

# Düsseldorfer Krankenhausrechtstag 2011

Krankenhäuser im Fokus: Patientenrechte,  
Entgeltrecht, Hygieneanforderungen

herausgegeben vom  
**Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter  
des Landes Nordrhein-Westfalen**

M 66 2012.1  
Universität zu Köln  
INSTITUT FÜR MEDIZINRECHT  
Albertus-Magnus-Platz  
50923 Köln

**Hinweis:** Die in den Referaten zum Ausdruck kommenden Auffassungen stellen die Meinungen des jeweiligen Verfassers dar; sie können durchaus von denen des Herausgebers abweichen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [www.dnb.de](http://www.dnb.de) abrufbar.

ISBN 978-3-415-04784-6

© 2012 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, [www.schaefer-buchsatz.de](http://www.schaefer-buchsatz.de) | Druck und Bindung: Laupp & Göbel GmbH, Talstr. 14, 72147 Nehren

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart  
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden  
[www.boorberg.de](http://www.boorberg.de)

## Inhaltsverzeichnis

<b>Begrüßung und Einführung</b> Marlis Bredehorst Staatssekretärin im Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter des Landes Nordrhein-Westfalen . . . . .	7
<b>Patientenrechte im Krankenhaus</b> Prof. Dr. Christian Katzenmeier Institut für Medizinrecht der Universität zu Köln . . . . .	11
<b>Das Krankenhaus in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung</b> Dr. Johannes Jansen Richter am Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Essen . . . . .	45
<b>Neue Entwicklungen im Krankenhausentgeltrecht</b> Dr. Vitus Gamperl Bayerisches Staatsministerium für Umwelt und Gesundheit, München . . . . .	69
<b>Hygieneanforderungen im Krankenhaus – fachliche Aspekte</b> Prof. Dr. Martin Mielke Robert-Koch-Institut, Berlin . . . . .	79
<b>Hygieneanforderungen im Krankenhaus – praktische Umsetzung</b> Wolfgang Büchel, Facharzt für Mikrobiologie, Neuss . . . . .	83
Referenten . . . . .	85
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	89
Stichwortverzeichnis . . . . .	95

# Patientenrechte im Krankenhaus

Prof. Dr. Christian Katzenmeier  
Institut für Medizinrecht der Universität zu Köln

## Inhaltsübersicht

A.	Status quo der Patientenrechte . . . . .	12
I.	Pflichten des Arztes/Krankenhausträgers . . . . .	12
1.	Maßgaben bei arbeitsteiliger Behandlung . . . . .	12
2.	Jüngere Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	15
3.	Bewertung . . . . .	15
II.	Anspruchsgegner – Haftungskonzentration beim Krankenhausträger . . . . .	17
1.	Geschäftsherrenhaftung, § 831 BGB . . . . .	17
2.	Organhaftung, § 31 BGB . . . . .	18
3.	Haftung wegen Organisationsverschuldens, § 823 Abs. 1 BGB . . . . .	20
4.	Fazit . . . . .	22
III.	Anspruchsumfang . . . . .	23
IV.	Anspruchsdurchsetzung . . . . .	24
1.	Verfahrensgrundsätze . . . . .	24
2.	Beweisrecht . . . . .	26
a.	Überblick . . . . .	26
b.	Voll beherrschbare Risiken . . . . .	27
aa.	Technisch-apparativer Bereich . . . . .	28
bb.	Hygiene . . . . .	29
cc.	Lagerungsschäden . . . . .	30
dd.	Personaldefizite . . . . .	30
ee.	Anfängeroperation . . . . .	31
c.	Fazit . . . . .	32
B.	Reformbestrebungen . . . . .	33
I.	Kodifikation von Patientenrechten . . . . .	33
1.	Von der Charta zum Gesetz . . . . .	33
2.	Bewertung . . . . .	34
a.	Verrechtlichung . . . . .	34
b.	Gesetzesziele und die Gefahr ihrer Verfehlung . . . . .	35
II.	Erleichterungen der Anspruchsdurchsetzung . . . . .	37
III.	Verbesserung der Patientensicherheit . . . . .	38
1.	Maßnahmen auf der Makroebene . . . . .	39
2.	Maßnahmen auf der Mikroebene . . . . .	40
C.	Ausblick . . . . .	42

Patientenrechte gewinnen immer mehr an Bedeutung. Die jüngsten Kodifikationsbestrebungen<sup>1</sup> geben Anlass, den aktuellen Stand der Rechte des Patienten im Krankenhaus zu skizzieren, um sodann Inhalt, Ziele und Auswirkungen eines Patientenrechtegesetzes einer kritischen Analyse zu unterziehen.

## A. Status quo der Patientenrechte

Die Absicherung der Patientenrechte erfolgt seit langem weitgehend über die Haftpflicht von Ärzten und Krankenhausträgern. Wie die meisten Rechtsordnungen kennt das deutsche Recht diesbezüglich keine besonderen Vorschriften. Das Fehlen spezieller Regelungen stellt indes kein Defizit dar, im Gegenteil: Die allgemeinen Normen des Vertrags- und Deliktsrechts erweisen sich als valide und flexibel zugleich. Sie ermöglichen der Rechtsprechung eine Fortschreibung des Arzt- und Krankenhaushaftungsrechts entsprechend den Entwicklungen der Medizin und den Anschauungen der Gesellschaft. Die wesentlichen Maßgaben der medizinischen Behandlung wurden in den vergangenen Jahrzehnten unabhängig von der Gesetzgebung durch die Judikatur formuliert<sup>2</sup>. Vornehmlich durch die Spruchpraxis des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs erfolgt eine bemerkenswerte, sozialbereichsbezogene Ausdifferenzierung der allgemeinen Vorschriften<sup>3</sup>.

### I. Pflichten des Arztes/Krankenhausträgers

Erstes Charakteristikum der modernen Arzt-/Krankenhaushaftung ist ein umfangreiches Pflichtenprogramm. Die Behandlungsseite treffen strenge Sorgfaltspflichten in allen Phasen der Krankenbehandlung, bei der Anamnese, Untersuchung, Diagnose, Indikation, Therapie einschließlich Nachsorge und Kontrolle, darüber hinaus bzgl. der Organisation des Behandlungsgeschehens, der Aufklärung des Patienten und der Dokumentation.

#### 1. Maßgaben bei arbeitsteiliger Behandlung

Im Falle des im Krankenhaus typischen arbeitsteiligen Vorgehens mehrerer Spezialisten ist grundsätzlich jeder Arzt für diejenigen Gefahren verantwortlich, die seinem Aufgabenbereich entstammen. Im Übrigen gilt der Vertrauensgrundsatz, wonach sich jeder auf die Einhaltung der gebotenen

Sorgfalt durch die anderen verlassen darf<sup>4</sup>. Folgt ein Schaden des Patienten gerade aus dem Zusammenwirken mehrerer Ärzte, so haften diese im Falle fehlerhafter Koordination gemeinschaftlich<sup>5</sup>. Dem Krankenhausträger und den Chefärzten obliegt dabei die gesamte Organisation des Behandlungsgeschehens, wozu insbes. auch die personelle Ausstattung des Operationsteams<sup>6</sup>, die Eignung der verwendeten Materialien<sup>7</sup>, die Gewährleistung der Hygiene<sup>8</sup> sowie die hinreichende fachliche Qualifikation der handelnden Ärzte zählt<sup>9</sup>. Strenge Pflichten bestehen zudem hinsichtlich der Dokumentation, die gerade bei fachbereichsübergreifenden Krankenhausbehandlungen sowie bei Schichtwechseln eine besondere Rolle spielt<sup>10</sup>. So muss der nachbehandelnde Arzt stets aus den entsprechenden Aufzeichnungen ersehen können, welche Befunde erhoben und welche Maßnahmen getroffen worden sind<sup>11</sup>.

Besondere Bedeutung kommt bei der Krankenbehandlung der Aufklärung des Patienten zu, wobei es zwischen Selbstbestimmungsaufklärung, therapeutischer Aufklärung und wirtschaftlicher Aufklärung zu unterscheiden gilt. Der Selbstbestimmungsaufklärung gebührt als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung in die Heilbehandlung hohe Aufmerksamkeit<sup>12</sup>. Sie hat so zu erfolgen, dass der Patient Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs erfassen<sup>13</sup> und das Für und Wider in den Grundzügen verstehen kann<sup>14</sup>. Als genuin ärztliche Tätigkeit obliegt sie allein

4 BGH, NJW 1980, 649, 650; BGHZ 140, 309, 314 = NJW 1999, 1779 = MedR 1999, 321; Katzenmeier, MedR 2004, 34, 35; Greiner, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2010, BGB §§ 823 ff., Rn. 54 f.; Alberts, in: Bergmann/Kienzle, Krankenhaushaftung, 3. Aufl. 2010, S. 73; Gaidzik/Weimer, in: Huster/Kaltenborn, Praxishandbuch Krankenhausrecht, 2010, § 13, Rn. 37.

5 BGHZ 140, 309, 314 = NJW 1999, 1779 = MedR 1999, 321; OLG Koblenz, VersR 2006, 1698.

6 OLG Köln, VersR 1992, 452, 453 (Übernahme durch einen Studenten im praktischen Jahr).

7 BGH, NJW 1978, 1683 = JR 1979, 111 m. Anm. Wittmann; NJW 1982, 699 = JR 1982, 197 m. Anm. Schlund.

8 BGH, NJW 1979, 764; VersR 1983, 735; NJW 1991, 1541, 1542 = VersR 1991, 467 m. Anm. Jaeger; OLG Hamm, MedR 2006, 288; vgl. auch BGHZ 171, 358 = NJW 2007, 1682.

9 BGH, NJW 1978, 1681 f. = VersR 1978, 542, 543; BGHZ 88, 248 = NJW 1984, 655 = VersR 1984, 60 = MedR 1984, 63.

10 Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. IX, Rn. 47; Hart, ZMGR 2007, 59, 63 f.

11 OLG Schleswig, GesR 2006, 376, 377; Kienzle, in: Bergmann/Kienzle, Krankenhaushaftung, 3. Aufl. 2010, S. 87; Gaidzik/Weimer, in: Huster/Kaltenborn, Praxishandbuch Krankenhausrecht, 2010, § 13, Rn. 95.

12 Näher hierzu Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. V, Rn. 1 ff.; ders., Arzthaftung, 2002, S. 322 ff.

13 BGHZ 29, 176, 180 = NJW 1959, 814.

14 BGH, NJW 1986, 780; 1990, 2929; BGHZ 166, 336, 339 = NJW 2006, 2108 (Blutspende); Nüßgens, in: RGRK BGB, 12. Aufl. 1989, § 823, Anh. II, Rn. 111; Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 258.

1 Grundlagenpapier des Patientenbeauftragten der BReg, BMJ und BMG v. 22. 3. 2011, veröffentlicht in MedR 2011, 236; s. auch bereits Koalitionsvertrag CDU/CSU, FDP v. 26. 10. 2009, S. 90; Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion für ein Patientenrechtegesetz, Mai 2009; Antrag SPD-Fraktion, BT-Drs. 17/906 v. 3. 3. 2010, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/009/1700907.pdf>.

2 Rechtsprechungspegel von Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 11. Aufl. 2010; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2009; Martis/Winkhart-Martis, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010.

3 Zur jüngsten Entwicklung vgl. Pentz, MedR 2011, 222.

dem Arzt, und zwar grundsätzlich dem behandelnden<sup>15</sup>. Eine Delegation dieses wesentlichen Teils des Arzt-Patienten-Gesprächs auf nichtärztliches Personal, etwa eine Krankenschwester oder ein Mitglied der Krankenhausverwaltung, ist unzulässig<sup>16</sup>. Sind mehrere Ärzte an der Behandlung eines Patienten beteiligt, so ist jeder für diejenigen Eingriffe und Behandlungsmaßnahmen aufklärungspflichtig, die er selbst durchführt<sup>17</sup>, und es kann sich keiner ohne entsprechende Verständigung oder sonstige sichere Anhaltspunkte darauf verlassen, dass ein anderer die Aufklärung besorgt hat oder besorgen werde<sup>18</sup>. Bei horizontaler Arbeitsteilung beschränkt sich die Verantwortung des Arztes prinzipiell auf sein eigenes Fachgebiet, hier sollte auch bzgl. der Patienteninformation der Vertrauensgrundsatz gelten<sup>19</sup>. Aus Gründen der klinischen Organisation kann die Aufklärungspflicht einem anderen Arzt übertragen werden, den dann die Haftung für Informationsversäumnisse in erster Linie trifft<sup>20</sup>. Dies entlastet den Behandlungsträger (Krankenhausträger, selbstliquidierender Chefarzt) indes nicht von der vertraglichen Haftung und auch deliktisch nur unter Umständen, wenn klare, wenigstens stichprobenweise kontrollierte Organisationsanweisungen bestehen und auch kein konkreter Anlass zu Zweifeln an der Eignung und Zuverlässigkeit des bestellten Arztes aufgetreten ist<sup>21</sup>. Hierbei stellt der BGH hohe Anforderungen an die Anleitungs- und Überwachungspflichten des behandelnden Arztes<sup>22</sup>.

- 15 BGH, NJW 1974, 604; 1984, 1807; MedR 1983, 30; *Laufs*, in: *ders./Kern* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 62, Rn. 1; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 287; *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, 1999, S. 144.
- 16 BGH, NJW 1974, 604, 605; VersR 1982, 1142, 1143; OLG Celle, VersR 1981, 1184; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 459, 461; OLG Jena, NJW-RR 2006, 135; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 306; *Hager*, in: *Staudinger/BGB*, 2009, § 823, Rn. I 80; zu Fragen der Einbeziehung des nichtärztlichen Pflegepersonals in die ärztliche Aufklärungspflicht *Kern*, in: FS f. *Weißauer*, 1986, S. 71 ff.
- 17 OLG Hamm, VersR 1994, 815; OLG Düsseldorf, VersR 2005, 230, 231; *Katzenmeier*, MedR 2004, 34, 37; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. C 106.
- 18 BGH, NJW 1979, 1933, 1934; OLG Karlsruhe, VersR 1998, 718, 719; *Katzenmeier*, MedR 2004, 34, 37.
- 19 Dazu BGH, NJW 1990, 1010; OLG Jena, GesR 2004, 180; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2005, 798; *Laufs*, in: *ders./Kern* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 62, Rn. 3; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 6. Auflage 2009, Rn. C 110.
- 20 BGH, NJW 1980, 1905; 1990, 2929 = MedR 1990, 264 = JZ 1990, 983 m. Anm. *Giesen*; BGHZ 169, 364, 366 = NJW-RR 2007, 310 = MedR 2007, 169 = JZ 2007, 641 m. Anm. *Katzenmeier*.
- 21 OLG Karlsruhe, VersR 1998, 718; OLG Koblenz, VersR 2003, 1313; OLG Köln, VersR 2004, 1181; *Laufs*, in: *ders./Kern* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 62, Rn. 2.
- 22 Vgl. BGHZ 169, 364, 367 f. = NJW-RR 2007, 310 = MedR 2007, 169 = JZ 2007, 641 mit der Forderung einer „Nachfrage beim Patienten und/oder Blick in die Krankenakte, ob verständlich aufgeklärt wurde“; krit. *Katzenmeier*, JZ 2007, 642; *Bender*, MedR 2007, 170; *Deutsch*, VersR 2007, 210; *Jungbecker*, VersR 2007, 211; ebenso OLG Koblenz, VersR 2009, 1077 = MedR 2010, 108.

## 2. Jüngere Rechtsprechungsentwicklung

Die Pflichten des Arztes und Krankenhausträgers wurden von der Rechtsprechung in einem breiten Strom der Erkenntnisse konkretisiert und beständig fortgeschrieben, dabei erfolgte über die Jahrzehnte eine zunehmende Haftungsverschärfung. Aus jüngerer Zeit seien nur etwa genannt die höchstrichterlichen Entscheidungen zum Umfang der Haftung bei pränataler Fehldiagnose<sup>23</sup>, zum Schutzbereich eines auf Schwangerschaftsabbruch gerichteten Behandlungsvertrags<sup>24</sup>, zur Reichweite der Aufklärungspflicht bezüglich verordneter Medikamente<sup>25</sup>, zur Haftung bei transfusionsassoziiertes HIV-Infektion<sup>26</sup>, zur Risikoaufklärung bei fremdnützigen Blutspenden<sup>27</sup>, zum Umfang der Aufklärung bei Anwendung einer neuen medizinischen Behandlungsmethode<sup>28</sup>, zur Verantwortlichkeit des Chefarztes für die ordnungsgemäße Organisation der Aufklärung im Krankenhaus<sup>29</sup>, zur Haftung bei einem Heilversuch mit einem neuen Arzneimittel<sup>30</sup>, zu Sorgfaltsmaßstab und Aufklärungspflicht bei Anwendung einer Außenseitermethode<sup>31</sup>.

## 3. Bewertung

Inzwischen mehren sich im Schrifttum Stimmen, die die Anforderungen insbesondere an Aufklärung und Dokumentation als überzogen bewerten<sup>32</sup>. Die Überspannung von Verhaltens-/Verkehrspflichten führt zu einer „Aushöhlung des Verschuldenserfordernisses (...)“, und zur heimlichen Einführung von Tatbeständen der Gefährdungshaftung, die mit der Absage des geltenden Rechts an eine generalklauselartige Einstandspflicht für

- 23 BGHZ 151, 133 = NJW 2002, 2636 = MedR 2002, 640; dazu *Schmidt-Recla/Schumann*, MedR 2002, 643; *Stürmer*, JZ 2002, 155; *C. Wagner*, NJW 2002, 3379; *Katzenmeier*, JR 2003, 70.
- 24 BGH, NJW 2007, 989 = MedR 2007, 540; dazu *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2007, 964; *Katzenmeier*, LMK 2007, 213142.
- 25 BGHZ 162, 320 = NJW 2005, 1716; dazu *Kern*, LMK 2005, II, 60; *Schlund*, JR 2006, 69.
- 26 BGHZ 163, 209 = NJW 2005, 2614; dazu *Katzenmeier*, NJW 2005, 3391; *Spickhoff*, LMK 2005, II, 110; *Schlund*, JR 2006, 117; *Bender*, MedR 2007, 533; *D. Magnus*, ZfP 120 (2007), 347.
- 27 BGHZ 166, 336 = NJW 2006, 2108 = MedR 2006, 588; dazu *Gödicke*, MedR 2006, 568 u. *Spickhoff*, NJW 2006, 2075.
- 28 BGHZ 168, 103 = NJW 2006, 2477 = MedR 2006, 650; dazu *Katzenmeier*, NJW 2006, 2738; *Buchner*, VersR 2006, 1460; *Olzen/Stylianidis*, JR 2007, 196; *Vogeler*, MedR 2008, 697.
- 29 BGHZ 169, 364 = NJW-RR 2007, 310 = MedR 2007, 169; dazu *Katzenmeier*, JZ 2007, 642; *Bender*, MedR 2007, 170; *Deutsch*, VersR 2007, 210; *Jungbecker*, VersR 2007, 211.
- 30 BGHZ 172, 1 = NJW 2007, 2767 = MedR 2007, 653; dazu *Katzenmeier*, JZ 2007, 1108; *Hart*, MedR 2007, 631; *Vogeler*, MedR 2008, 697.
- 31 BGHZ 172, 254 = NJW 2007, 2774 = MedR 2008, 87; dazu *Spickhoff*, MedR 2008, 89; *Vogeler*, MedR 2008, 697.
- 32 Zur Aufklärungspflicht vgl. nur *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. V, Rn. 63 ff. m. w. N.; zur Dokumentationspflicht *Uhlenbruck*, in: FS f. *Laufs*, 2005, S. 1123 ff. m. w. N.

unverschuldete Schädigungen unvereinbar ist<sup>33</sup>. Besonders problematisch ist es, wenn die Gerichte nachträglich Pflichten statuieren, deren hypothetische Beachtung geeignet gewesen wäre, den Schaden zu verhindern, und diese mit dem Schadenseintritt zugleich als verletzt ansehen, wenn also retrospektiv eine Fehlleistung konstruiert wird, die prospektiv als Verhaltensnorm gar nicht zu definieren gewesen wäre<sup>34</sup>. Gerade bei der Regulierung von Medizinschäden verfährt die Rechtsprechung nicht selten in der Weise, wobei – im Einzelfall kaum je nachweisbar, dennoch allgemein angenommen – Mitleid mit dem geschädigten Patienten<sup>35</sup> sowie der Versicherungsschutz von Arzt und Krankenhausträger, der es ihnen ermöglicht, den Schaden auf ein Kollektiv abzuwälzen, die nachträgliche Pflichtenverschärfung vorantreiben<sup>36</sup>.

Die Rechtsprechung hat zu beachten, dass die prinzipielle Erfüllbarkeit von Verhaltensanforderungen die Grenze der auf Rechtswidrigkeit und Verschulden aufbauenden Haftung und damit zugleich des Bereichs markiert, in dem der Richter zur Rechtsfortbildung durch Statuierung von Verkehrspflichten berufen ist. Die Gerichte müssen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass der Arzt oder Krankenhausträger nicht jedes Risiko vermeiden kann, sondern nur Risiken und Erfolgsaussichten einer Behandlung gegeneinander abzuwägen und im Übrigen auf Risikominimierung bedacht zu sein hat<sup>37</sup>. Wo die Rechtsprechung mehr als einen sachgerechten Umgang mit der Gefahr verlangt, droht sie die Grenzen glaubwürdiger Verhaltensanforderungen zugunsten einer rein distributiv bedingten Erfolgseinstandspflicht zu überschreiten und gefährdet damit zugleich ihre eigene Glaubwürdigkeit<sup>38</sup>. Nur realistische Pflichtenprogramme kön-

nen als wirksame Handlungsanleitung dienen, deren Einhaltung eine sichere und gerechte Ordnung des Medizinalwesens gewährleisten soll. Halten sich die Sorgfaltsanforderungen im Rahmen des noch prinzipiell zu Befolgenden und Erfüllbaren, dann bietet die Aussicht, durch Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt von Haftung frei zu sein, einen besonderen Anreiz zur Schadensprävention, und es erweist sich die besondere Dignität der Verschuldenshaftung als Ausdruck personaler Verantwortung für eigenes Handeln<sup>39</sup>.

## II. Anspruchsgegner – Haftungskonzentration beim Krankenhausträger

Bei Schäden, die ein Patient im Zuge einer medizinischen Behandlung erleidet, stehen ihm Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen jeden Beteiligten wegen eigenen Behandlungsverschuldens zu. In der Praxis ist bei stationären Behandlungen eine weitgehende Haftungskonzentration beim Krankenhausträger zu beobachten. Dies ist das Ergebnis einer immer strengeren Geschäftsherrenhaftung gem. § 831 BGB, einer ausdehnenden Anwendung der Organhaftung gem. § 31 BGB und der Anerkennung eines eigenständigen Haftungsstrangs wegen Organisationspflichtverletzung gem. § 823 Abs. 1 BGB.

### 1. Geschäftsherrenhaftung, § 831 BGB

An sich besteht bei rechtswidrig unerlaubten Handlungen von Verrichtungsgehilfen für den Geschäftsherrn nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Exkulpationsmöglichkeit. Diese ist jedoch durch eine sukzessive Verschärfung der Auswahl-, Anleitungs- und Überwachungspflichten zunehmend erschwert worden<sup>40</sup>. Die Gerichte stellen hohe Anforderungen an die Führung des Entlastungsbeweises<sup>41</sup>. Der Krankenhausträger darf Verrichtungsgehilfen nur solche Tätigkeiten übertragen, deren gefahrlose Durchführung er von ihnen erwarten kann und die hierfür die gesetzlichen Anforderungen erfüllen<sup>42</sup>. Zudem obliegt es ihm, sich laufend von der ordnungsgemäßen Dienstaussübung zu überzeugen<sup>43</sup>. Auch eine lange Bewährung der

33 *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 III 7 b.; *Laufs*, Unglück und Unrecht – Ausbau oder Preisgabe des Haftungssystems?, 1994, S. 11 u. 31. Zur Bedeutung des Verschuldensprinzips für die Arzthaftung s. *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 185 ff.: Sicherung individueller Handlungsfreiheit und Verantwortungsbereitschaft. Bemerkenswert jüngst die Bedachtnahme auf das Verschuldenserfordernis von BGH, NJW 2010, 3230 = MedR 2011, 242, 244 m. Anm. *Jaeger*.

34 Kritisch bereits *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S. V u. S. 23 ff., 32; v. *Caemmerer*, *RabelsZ* 42 (1978), 5, 15.

35 Zu psychosozialen Belangen der Parteien in Arzthaftungsprozessen s. *Rumler-Detzel*, in: FS f. *Steffen*, 1995, S. 373 ff.; zur Überspannung der Pflichten in „Mitleidsentscheidungen“ s. *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 III 7 b.

36 Zu Rückwirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Haftung s. *Katzenmeier*, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2011, vor § 823, Rn. 31 ff.; *ders.*, *VersR* 2002, 1449, 1451 f.; *Armbrüster*, NJW 2009, 187 ff. m. w. N.

37 *DGMR*, in: *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch* (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 1997, S. 352 (Empfehlung Nr. 12); *Deutsch*, NJW 1993, 1506, 1510; allg. *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, 20. Kap., II.2., unter Hinweis auf die pluralistische Risikogesellschaft.

38 *Mertens*, *VersR* 1980, 397, 405; s. auch *Kötz*, *AcP* 170 (1970), 1, 10 f.; v. *Caemmerer*, *RabelsZ* 42 (1978), 5, 25.

39 *Canaris*, *JbI* 1995, 2, 16 f.; *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, 13. Aufl. 1994, § 84 I 2 e.; *Deutsch*, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 1963/2. Aufl. 1995, S. 420 ff. Zur Bedeutung des Verschuldensprinzips für die Arzthaftung vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 150 ff.

40 *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. XI, Rn. 22; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 6. Aufl. 2008, Rn. 398.

41 Vgl. allg. *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 293; speziell zum Arzthaftungsrecht *Laufs/Kern*, in: *dies.* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 104, Rn. 2.

42 BGHZ 78, 209 = NJW 1981, 628; BGHZ 88, 248 = NJW 1984, 655; *Wagner*, in: *MüKo/BGB*, 5. Aufl. 2009, § 831, Rn. 33 ff.

43 BGHZ 77, 74 = NJW 1980, 1901; BGHZ 89, 263 = NJW 1984, 1400; BGHZ 105, 189 = NJW 1989, 769; *Giesen*, *Arzthaftungsrecht*, 4. Aufl. 1995, Rn. 174 ff.; vgl. auch *Schiemann*, in: *Erman*, *BGB*, 12. Aufl. 2008, § 831 Rn. 19: In frühen Jahren hatte der BGH für die Einschaltung ange-

Hilfsperson hebt die Überwachungspflicht nicht auf, sondern schränkt diese nur ein<sup>44</sup>. Darüber hinaus bestehen weitreichende Pflichten betreffend Anleitung (z. B. durch Dienstweisungen und Richtlinien)<sup>45</sup> sowie Instruktion, Belehrung und Weiterbildung des Personals<sup>46</sup>. Schließlich hat der Geschäftsherr die von den Gehilfen bedienten technischen Vorrichtungen auf ihre Verkehrssicherheit hin zu kontrollieren<sup>47</sup>. Für die Haftung des Krankenhausträgers lässt sich feststellen, dass der Entlastungsbeweis nur selten gelingt<sup>48</sup>.

## 2. Organhaftung, § 31 BGB

Daneben wird die Relevanz des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB faktisch reduziert durch eine ausdehnende Anwendung der Vorschriften über die Organhaftung. Nach § 31 BGB ist ein in der Rechtsform der juristischen Person betriebenes Krankenhaus für den Schaden verantwortlich, den ein verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt<sup>49</sup>. § 31 BGB gilt für alle juristischen Personen, auch solche des öffentlichen Rechts (§ 89 BGB), für nichtrechtsfähige Vereine, gewohnheitsrechtlich analog für OHG und KG, entsprechend für Partnerschaftsgesellschaften<sup>50</sup>, nach inzwischen h. M. auch für

die Außen-GbR<sup>51</sup>. Zudem wird auch der Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“, dessen Handeln ohne Entlastungsmöglichkeit zugerechnet wird, von der Rechtsprechung großzügig ausgelegt<sup>52</sup>. Es kommt nicht darauf an, ob der Handelnde entsprechend § 30 BGB in der Satzung als Vertreter benannt ist, auch braucht er nicht mit einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht ausgestattet zu sein<sup>53</sup>. Vielmehr genügt es, dass „dem Vertreter durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, dass er also die juristische Person auf diese Weise repräsentiert“<sup>54</sup>.

Gemäß dieser an Bedeutung und Selbständigkeit der Tätigkeit orientierten Auslegung greift die Organhaftung ohne Rücksicht auf das rechtsgeschäftliche Innenverhältnis für die sog. leitenden Krankenhausärzte, soweit diese Aufgaben des Klinikträgers wahrnehmen. Der BGH bejaht die Anwendbarkeit des § 31 BGB beim leitenden Chefarzt eines Krankenhauses<sup>55</sup>, auch beim Chefarzt einer organisatorisch unselbständigen Klinik<sup>56</sup>, darüber hinaus hinsichtlich der leitenden Ärzte einzelner Fachbereiche (Abteilungen) eines Krankenhauses<sup>57</sup> und schließlich bei einem Oberarzt als planmäßigem Vertreter eines der leitenden Ärzte, wenn er dessen Funktion wahrnimmt<sup>58</sup>. Keine Haftung nach § 31 BGB trifft den Krankenhausträger hingegen, wenn der handelnde Arzt den Schaden nicht „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen verursacht“, also gerade nicht in seiner

steller leitender Ärzte noch angenommen, sorgfältige Auswahl genüge, laufende Überwachung sei dem nicht fachkundigen Geschäftsherrn danach nicht mehr zuzumuten, so insb. BGHZ 1, 383. Diese Rspr. ist durch die Qualifizierung leitender Ärzte als Organe überholt. Hinsichtlich der nachgeordneten Ärzte und des ärztlichen Hilfspersonals gilt heute eine besonders strenge Pflicht zu laufender Aufsicht und Überwachung, vgl. BGH, NJW 1978, 1681 für Assistenzärzte; BGH, NJW 1959, 2302; 1979, 1935 für Krankenschwestern und Schwesternhelferinnen; weniger strikt BGH, NJW 1989, 769 für diensthabende Stations- und Ambulanzärzte; bzgl. der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Aufklärung im Krankenhaus sehr streng BGHZ 169, 364 = JZ 2007, 641 m. krit. Anm. Katzenmeier = MedR 2007, 169 m. krit. Anm. Bender = VersR 2007, 209 m. krit. Anm. Deutsch u. Jungbecker.

44 Belling/Eberl-Borges, in: Staudinger/BGB, 2008, § 831, Rn. 106 (Krankenhaus).

45 Wagner, in: MüKo/BGB, 5. Aufl. 2009, § 831, Rn. 34, 35; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 97.

46 Belling/Eberl-Borges, in: Staudinger/BGB, 2008, § 831, Rn. 106.

47 Bergmann/Vierling, in: Bergmann/Kienzle, Krankenhaushaftung, 3. Aufl. 2010, S. 182; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 102.

48 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 398.

49 § 31 BGB ist keine haftungsbegründende, sondern eine haftungszuweisende Norm. Sie gibt nicht selbst einen Schadensersatzanspruch, sondern setzt eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters voraus, wobei gleichgültig ist, worauf die Ersatzpflicht im Einzelnen beruht.

50 Außer bei Haftungskonzentration gem. § 8 Abs. 2 PartGG, vgl. Ulmer/Habersack, in: FSf. Brandner, 1996, S. 151, 154.

51 Vgl. BGHZ 154, 88 = NJW 2003, 1445 m. Bespr. K. Schmidt, NJW 2003, 1897 = MedR 2003, 635 m. Anm. Walter; BGHZ 172, 169 = NJW 2007, 2490 = JR 2008, 238 m. Anm. Damm; Ulmer, in: MüKo/BGB, 5. Aufl. 2009, § 705, Rn. 262 ff. m. w. N.

52 Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 79 III 5 b; Wagner, in: MüKo/BGB, 5. Aufl. 2009, § 823, Rn. 378; Spindler, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, § 823, Rn. 708; spez. zur Arzthaftung Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 26.

53 Sonst stünde es der juristischen Person frei, selbst darüber zu entscheiden, für welche Personen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will, vgl. Reuter, in: MüKo/BGB, 5. Aufl. 2006, § 31, Rn. 5 m. w. N.

54 BGHZ 49, 19 = NJW 1968, 391, seither st. Rspr.; zust. die h. L., allerdings mit dem Hinweis, dass es sich hierbei nicht mehr um Auslegung, sondern um eine analoge Anwendung des § 31 BGB handelt. Wer die juristische Person kraft allg. Betriebsregelung repräsentiert, ist nicht „verfassungsmäßig berufen“ und erst recht nicht ein satzungsmäßig verankelter „besonderer Vertreter“ i. S. d. § 30 BGB, vgl. Reuter, in: MüKo/BGB, 5. Aufl. 2006, § 31, Rn. 5; Weick, in: Staudinger/BGB, 2005, § 31, Rn. 34.

55 BGH, NJW 1972, 334, seither st. Rspr. BGHZ 1, 383 hatte eine Organhaftung nicht einmal in Betracht gezogen, BGHZ 4, 138, 152 ausdrücklich verneint; soweit ersichtlich blieb die früh bejahende Entscheidung BGH, NJW 1952, 658 zwanzig Jahre ein Einzelfall.

56 BGHZ 77, 74 = NJW 1980, 1901; noch offengelassen von BGH, NJW 1972, 334; erstmals bejaht von BGH, NJW 1975, 1463.

57 BGHZ 95, 63, 70 = NJW 1985, 2189, 2191; BGH, NJW 1986, 776.

58 BGHZ 101, 215, 218 = NJW 1987, 2925.

Eigenschaft als Organ der Klinik tätig wurde<sup>59</sup>. So ist es etwa beim gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag, wo der Belegarzt/selbstliquidierende Arzt im ärztlichen Wahlleistungsbereich zur Erfüllung eigener Pflichten tätig wird<sup>60</sup>. Ebenso haftet der Klinikträger nach ständiger Rechtsprechung nicht gemäß § 31 BGB für Fehler des Chefarztes in der von ihm betriebenen Ambulanz<sup>61</sup>.

### 3. Haftung wegen Organisationsverschuldens, § 823 Abs. 1 BGB

Drittens wird die Krankenhausträgerhaftung durch die Statuierung von Organisationspflichten verschärft<sup>62</sup>. Bedient sich der Träger für die Einstellung, Anleitung und Beaufsichtigung bestimmter Personen, die ihrerseits Aufgaben delegieren, so genügt es für eine Haftungsfreistellung nicht, dass er den Nachweis sorgfältiger Auswahl und Überwachung des von ihm eingesetzten, für den fraglichen Bereich verantwortlichen höheren Angestellten führt<sup>63</sup>. Vielmehr trifft ihn darüber hinaus die Pflicht, den gesamten Ablauf der Betriebsvorgänge und die Tätigkeit des Personals durch geeignete organisatorische Vorkehrungen so einzurichten und zu überwachen, dass Dritte nicht geschädigt werden<sup>64</sup>. Für eine Verletzung dieser Pflichten haftet der Geschäftsherr selbst gem. § 823 Abs. 1 BGB<sup>65</sup>. Auf diesem Wege kann der Krankenhausträger auch dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn das Versagen nicht auf einen bestimmten Gehilfen zurückgeführt werden kann<sup>66</sup>.

59 Vgl. dazu nur *Reuter*, in: MüKo/BGB, 5. Aufl. 2006, § 31, Rn. 33; *Belling/Eberl-Borges*, in: *Staudinger/BGB*, 2008, § 831, Rn. 79 ff.

60 BGHZ 85, 393, 397 = NJW 1983, 1374; abw. OLG Frankfurt a.M., MedR 2006, 294, 296 für den Fall, dass der haftende Belegarzt gleichzeitig Geschäftsführer des Klinikträgers ist; vgl. dazu auch *Schlund*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 115 Rn. 48 m.w.N.; mit Bezugnahme auf § 831 BGB OLG Oldenburg, GesR 2011, 158.

61 BGHZ 100, 363 = NJW 1987, 2289; BGHZ 105, 189 = NJW 1989, 769; BGHZ 120, 376 = NJW 1993, 784; *Deutsch*, NJW 2000, 1745, 1747.

62 Zu den Grundlagen und der Entwicklung *Katzenmeier*, ZaeFQ 2007, 531 ff.; *Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden, 2001.

63 So aber früher die Rspr. zum sog. „dezentralisierten Entlastungsbeweis“, vgl. RGZ 78, 107, 108; BGHZ 4, 1, 2 ff.; BGH, VersR 1964, 297; dazu *Belling/Eberl-Borges*, in: *Staudinger/BGB*, 2008, § 831, Rn. 120 ff.; zum heutigen Meinungsstand *Wagner*, in: MüKo/BGB, 5. Aufl. 2009, § 831, Rn. 42 ff. m.N.

64 BGHZ 95, 63, 71 ff. = NJW 1985, 2189, 2191; BGHZ 121, 107, 112 = NJW 1993, 779, 780; s. auch BGHZ 165, 290 = NJW 2006, 767 = MedR 2006, 346 ff. für den Fall, dass die Ermächtigung des operierenden Arztes gem. § 116 SGB V erloschen war. Zu den Organisationspflichten des Krankenhausträgers vgl. *Katzenmeier*, ZaeFQ 2007, 531, 533; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 378 f.; *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 13, Rn. 120 ff.; *Einbecker-Empfehlungen der DGMR*, MedR 2006, 127.

65 BGH, NJW 1968, 247, 248; 1971, 1313, 1314; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2011, Rn. 304 f., mit einer scharfen Abgrenzung ggü. der Haftung aus § 831 BGB.

66 Vgl. *Schiemann*, in: *Erman*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 823, Rn. 83, 84.

Organisationspflichten bezüglich des ärztlichen und nicht-ärztlichen Dienstes gehen über die Haftung für Hilfspersonen hinaus. Sie setzen einen allgemeinen rechtlichen Rahmen und betreffen die allgemeinen Anforderungen an die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit<sup>67</sup>. Folgende Kardinalpflichten lassen sich benennen<sup>68</sup>: (1) Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten im Krankenhaus müssen durch Einsatzpläne und Vertreterregelungen deutlich abgegrenzt und insbesondere Sonntags-, Nacht- und Bereitschaftsdienste gesichert sein. Auch für die Patientenaufklärung und die ärztliche Erstversorgung von Unfallopfern bedarf es besonderer Anweisungen. (2) Die Mitarbeiter müssen sorgfältig ausgewählt, angeleitet und überwacht werden. In jeder Behandlungsphase muss ein qualifizierter Arzt bereitstehen, um die notwendigen Anweisungen zu geben und Ausführungen zu kontrollieren. (3) Das Krankenhaus muss die Standards gewährleisten, und zwar personell, fachlich und apparativ<sup>69</sup>. (4) Die Sicherheit der Patienten muss gewährleistet sein. Besonderen Anfälligkeiten von Kindern oder von verletzungs- oder suizidgefährdeten Personen ist Rechnung zu tragen<sup>70</sup>. Darüber hinaus müssen hygienische Verhältnisse und die Funktionsfähigkeit aller medizinischen Geräte und Apparate sichergestellt sein<sup>71</sup>. Insgesamt verlangt die Rechtsprechung, dass die Behandlungsseite Diagnostik, Therapie und Nachbehandlung so organisiert, dass „jede vermeidbare Gefährdung der Patienten ausgeschlossen ist“<sup>72</sup>.

Da die Organisation eines Krankenhauses ein sehr weites Spektrum umfasst, hat sich auch der Begriff „Organisationsverschulden“ tendenziell uferlos entwickelt und ist zu einem „catch-all“ geworden, der dem Krankenhaus leicht zum Verhängnis werden kann<sup>73</sup>. Unverkennbar setzt die Praxis das unpräzise gefasste Rechtsinstitut immer wieder dazu ein, als unbillig empfundene Haftungslücken mehr oder weniger nach Belieben zu schließen<sup>74</sup>. Von der Schädigung des Patienten wird auf die Verletzung einer Pflicht rückgeschlossen, deren Beachtung den Schadenseintritt verhindert hätte. Fragen der Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit aus der

67 *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, 1999, S. 64 ff.; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 142 ff.

68 Vgl. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 13, Rn. 119.

69 Dabei ist auf die Größe, den Charakter und die Ausstattung der Klinik entsprechend ihrer Versorgungsstufe abzustellen. Zu Begriff und Funktion des Standards vgl. *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. X, Rn. 4 ff. Zu den Pflichten der Betreiberin eines Geburtshauses vgl. BGHZ 161, 255 = NJW 2005, 888 = MedR 2005, 412.

70 Siehe nur BGHZ 96, 98, 101; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 246 ff. mit weiteren Rspr.-Nachw.

71 *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 249 mit Rspr.-Nachw.

72 OLG Köln, VersR 1990, 1240 m. krit. Anm. *Schmude*.

73 *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 13, Rn. 119.

74 *Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden, 2001, Vorwort.

Sicht ex ante werden dabei kaum einmal gestellt, eine Verschuldensprüfung findet nicht statt. Ob die Gerichte in Anbetracht der Finanznot im Gesundheitswesen künftig in stärkerem Maße Zumutbarkeitserwägungen anstellen, bleibt abzuwarten. Örtliche Schwächelagen oder individuelle Unzulänglichkeiten entlasten freilich nicht, sie machen auch im Organisationsbereich haftbar unter dem Gesichtspunkt des Übernahmeverschuldens<sup>75</sup>.

Besonders hinzuweisen ist schließlich darauf, dass der Krankenhausträger verpflichtet ist, den Geschäftsbereich seiner Tätigkeit so zu organisieren, dass für alle wichtigen Aufgabengebiete ein verfassungsmäßig berufener Vertreter zuständig ist, der die wesentlichen Entscheidungen selbst trifft. Entspricht die Organisation des Krankenhauses diesen Anforderungen nicht, dann muss sich der Träger nach der Rechtsprechung so behandeln lassen, als sei der tatsächlich eingesetzte Gehilfe ein verfassungsmäßiger Vertreter. Er haftet in diesem Fall wegen eines Organisationsmangels gem. §§ 823 Abs. 1, 31 BGB (Fiktionshaftung)<sup>76</sup>.

#### 4. Fazit

Gegen die stetige Ausweitung der Krankenhausträgerhaftung ließen sich durchaus Bedenken anbringen<sup>77</sup>. Dass die Judikatur in der Literatur gleichwohl nahezu einhellig Zustimmung erfährt<sup>78</sup>, mag seinen Hauptgrund in der für das Deliktsrecht gleichermaßen wie für das Vertragsrecht geltenden Einschätzung haben, dass eine weitgehende Konzentrierung der Schadensregulierung beim Krankenhausträger dem Arzt-Patient-Verhältnis zugutekommt<sup>79</sup>. Ergebnis der judikativen Fortbildungen ist ein nahezu lückenloses Haftungssystem, errichtet im Zeichen des Patientenschutzes. Zugleich wird im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts der „richtige“ Haftungsadressat belastet: Der Krankenhausträger kann sein Haftungsrisiko besser versichern, sowie in Wahrnehmung seiner Geschäftsherrereigen-

schaft und in Ausübung seines Direktionsrechts auch Gefahrenvorsorge in Form eines professionellen Risk-Managements betreiben<sup>80</sup>.

### III. Anspruchsumfang

Die Rechte des Patienten wurden im Laufe der Zeit nicht nur durch eine beständige Verschärfung des Pflichtenprogramms der Ärzte und Krankenhausträger ausgebaut und erweitert, die Rechtsprechung erachtet auch in zunehmendem Maße Einbußen für ersatzfähig und spricht den Geschädigten immer höhere Beträge zu. In jüngerer Zeit verzeichnen die Haftpflichtversicherer einen steilen Anstieg des Schadensaufwands bei schweren Personenschäden<sup>81</sup>.

So wurden die Schmerzensgeldbeträge von den Gerichten beträchtlich angehoben. Erhielt etwa ein Geschädigter für eine schwere Hirnschädigung vor zwei Jahrzehnten noch ca. 75000 Euro<sup>82</sup>, so liegen die Höchstbeträge inzwischen bei über 500000 Euro<sup>83</sup>. Maßgeblich für die Entwicklung war u. a. eine Entscheidung aus dem Jahre 1992, in welcher der BGH den Standpunkt aufgab, dass bei schweren Schädigungen, die zu einem weitgehenden Verlust der Wahrnehmungs- und Empfindungsfähigkeit führen, lediglich eine symbolhafte Wiedergutmachung erfolgen kann, da das Opfer Genugtuung nicht zu empfinden vermag<sup>84</sup>. Das Gericht befindet seither, dass Beeinträchtigungen solchen Ausmaßes nach einer eigenständigen Bewertung verlangen<sup>85</sup>.

Zudem werden gerade auch die materiellen Schäden in weit größerem Umfang ersetzt. An erster Stelle zu nennen ist der Ausgleich für vermehrte Bedürfnisse. Die Kosten für Pflege sind inzwischen auf ca. 35–45 % des Gesamtschadensaufwands gewachsen, sie können in Einzelfällen bis zu über 5 Mio. Euro betragen<sup>86</sup>. Der Grund liegt darin, dass die Gerichte Schwerstgeschädigten heute professionelle Rundumpflege und häusliche Pflege durch professionelle Kräfte zusprechen. Hinzu kommt der Verdienst-

75 Vgl. BGH, NJW 1989, 2321 = VersR 1989, 851 = MedR 1989, 322; *Laufs/Kern*, in: *dies.* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 97, Rn. 24.

76 BGHZ 13, 198, 203; 24, 200, 213; 39, 124, 129 ff. = NJW 1963, 902 ff.; BGH, NJW-RR 1996, 867, 868; dazu *Reuter*, in: *MüKo/BGB*, 5. Aufl. 2006, § 31, Rn. 5; *Hadding*, in: *Soergel/BGB*, 13. Aufl. 2000, § 31, Rn. 15 ff. Zur Frage einer persönlichen Haftung des Krankenhaus-Geschäftsführers für Organisationsfehler *Bruns*, *ArztR* 2003, 60 ff.

77 Vgl. *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. XI, Rn. 32 m. w. N.

78 Vgl. etwa *Laufs/Kern*, in: *dies.* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 104, Rn. 1 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 6. Aufl. 2008, Rn. 374 f.; *Giesen*, *Arzthaftungsrecht*, 4. Aufl. 1995, Rn. 23 ff.

79 So BGHZ 85, 393, 396 = NJW 1983, 1374; BGHZ 121, 107, 112 = NJW 1993, 779, 780; zust. *Giesen*, *Arzthaftungsrecht*, 4. Aufl. 1995, Rn. 24; *Fuchs*, in: *Köhler/v. Maydell* (Hrsg.), *Arzthaftung – „Patientenversicherung“ – Versicherungsschutz im Gesundheitssektor*, 1997, S. 21, 24; *Kern*, *MedR* 2000, 347, 351.

80 *Brüggemeier*, in: *Ott/Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts*, 2001, S. 140, 146 ff.; *ders.*, *Deliktsrecht*, 1986, Rn. 134; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Kap. 9, 4.

81 Vgl. *Schlösser*, *MedR* 2011, 227.

82 Vgl. z. B. BGH, NJW 1992, 2962 = *MedR* 1993, 67.

83 OLG Hamm, *VersR* 2002, 1163; 2004, 386; OLG Köln, *VersR* 2007, 219; OLG Celle, *VersR* 2009, 500; OLG Zweibrücken, *MedR* 2009, 88 m. Anm. *Jaeger*; OLG Jena, *VersR* 2009, 1676: 600.000 Euro. Übersicht und Einzelheiten bei *Jaeger/Luckey*, *Schmerzensgeld*, 5. Aufl. 2010, 906 ff.

84 So etwa BGH, NJW 1976, 1147; 1982, 2123.

85 BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 m. Anm. *Deutsch* = *JZ* 1993, 516 m. Anm. *Giesen* = *MedR* 1993, 101; im Anschluss BGH, NJW 1993, 1531: auch in solchen Fällen soll der Richter bei der Schmerzensgeldbemessung den Grad des Verschuldens des Schädigers und seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit berücksichtigen.

86 Fallbeispiel bei *Petry*, in: *AG Rechtsanwälte im Medizinrecht* (Hrsg.), *Arzthaftung – Mängel im Schadensausgleich?*, 2009, S. 93, 100 f.; Erläuterungen von *Pardey*, ebd., S. 1, 6 ff.

ausfallschaden, der etwa bei Kindern auf bis zu 500000 Euro taxiert wird<sup>87</sup>.

Mitverantwortlich für die „dramatische Teuerung von Personenschäden im Heilwesen“<sup>88</sup> ist auch der medizinische Fortschritt. Er führt dazu, dass das Vorversterblichkeitsrisiko sinkt, so dass heute selbst Schwerstgeschädigte oft eine fast normale Lebenserwartung haben. Entsprechend lange sind Heilbehandlungs-, Pflege- und Rentenversicherungskosten zu ersetzen. So können sich die Schadensposten in einem Einzelfall auf einen zweistelligen Millionenbetrag belaufen<sup>89</sup>. Großschäden sind die Kostentreiber bei der Haftpflichtversicherung. Auch wenn Schadensfälle über 200.000 Euro nur ca. 1 % aller Fälle ausmachen, so sind sie doch für etwa die Hälfte aller Schadensaufwendungen verantwortlich<sup>90</sup>, sie haben „Größenordnungen erreicht, die die Versicherbarkeit des Heilwesenrisikos insgesamt in Frage stellen“<sup>91</sup>.

#### IV. Anspruchsdurchsetzung

Patientenrechte sind nicht nur materiellrechtlich durch ein strenges Pflichtenprogramm der Behandlungsseite hoch entwickelt, vielmehr auch prozessual gut abgesichert durch spezifische Modifikationen der Verfahrensgrundsätze und der Beweisregeln, die dem Medizingeschädigten die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen erleichtern<sup>92</sup>.

##### 1. Verfahrensgrundsätze

Die Rechtsprechung hat spezielle Grundsätze für den Verfahrensgang ausgeprägt, die das Informationsgefälle zwischen den Parteien verringern, die Verständigungsschwierigkeiten zwischen Medizinern und Juristen überbrücken und die Rolle des medizinischen Sachverständigen – dessen Bei-

ziehung in der Regel unausweichlich ist – auf ein adäquates Maß zurückführen<sup>93</sup>. Ziel ist die Herstellung von „Waffengleichheit“ im Prozess<sup>94</sup>.

Da der Patient – trotz des ihm schon außerprozessual zustehenden Einsichtsrechts in die vom Arzt sorgfältig zu führenden Krankenunterlagen<sup>95</sup> – zumeist nicht in der Lage ist, mit seinem Klagevorbringen den fachlichen Kernbereich des Falles zu erfassen und vorzustrukturieren, weil ihm die genaue Kenntnis des tatsächlichen Behandlungsgeschehens und auch das erforderliche medizinische Wissen in der Regel fehlen, werden an seine Substantiierungspflicht nur maßvolle und verständlich geringe Anforderungen gestellt<sup>96</sup>. Im Einzelfall kann die Gegenseite eine „sekundäre Darlegungslast“ treffen<sup>97</sup>. Besondere Bedeutung kommt im Arzthaftungsprozess der richterlichen Frage- und Hinweispflicht zu (§ 139 ZPO). Angesichts der besonders schwierigen Tatsachenfeststellung hat sich das Gericht „etwas intensiver in die Wahrheitsfindung einzuschalten“<sup>98</sup>, weshalb eine typenreine Verhandlungsmaxime nicht möglich ist<sup>99</sup>. Die sachgerechte Prozessleitung wird in der Praxis durch die Bildung von Fachkammern/-senaten und Besetzung dieser Spruchkörper mit spezialisierten Richtern gefördert, dadurch auch zumindest eine Plausibilitätskontrolle der Sachverständigen-gutachten ermöglicht<sup>100</sup>. So kann falsch verstandener Kollegialität und Standessolidarität unter Medizinern<sup>101</sup>, die kein allgemeiner Missstand mehr ist, aber bis heute doch immer wieder Probleme bereitet<sup>102</sup>, begegnet

93 Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 712.

94 BVerfGE 52, 131 = NJW 1979, 1925; näher zum „Waffengleichheitsgebot“ Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 378 ff.; Gleichheit vor dem Richter, nicht durch den Richter; Krämer, in: FS f. Hirsch, 2008, S. 387 ff.

95 BGHZ 85, 327 = NJW 1983, 328 = MedR 1983, 62; BVerfG, NJW 2006, 1116 = MedR 2006, 419; zu Dokumentationspflicht und Einsichtsrecht Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. IX, Rn. 43 ff. u. 54 ff.

96 BGH, VersR 1981, 752; 1982, 168; 2004, 1177; Spickhoff, in: ders. (Hrsg.), Medizinrecht, 2011, Nr. 80, Rn. 9; näher Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 392 f.

97 Vgl. etwa BGH, NJW 2005, 2614 – transfusionsassoziierte HIV-Infektion, m. Anm. Katzenmeier, NJW 2005, 3391.

98 Dunz, Aktuelle Fragen zum Arzthaftungsrecht, 1980, S. 50 f.

99 Nüßgens, in: RGRK/BGB, 12. Aufl. 1989, § 823 Anh. II, Rn. 342; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 270; s. auch Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 390 ff., gegen die behauptete Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes.

100 Zur Rolle des medizinischen Sachverständigen im Arzthaftungsprozess s. Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 395 ff.; ders., in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. XII.

101 Zur Sachverständigenhaftung für ein fehlerhaftes Gutachten s. Thole, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, 2004; Katzenmeier, in: FS f. Horn, 2006, 67 ff.

102 Die Glaubwürdigkeit medizinischer Sachverständiger erfuhr einen Tiefpunkt in den siebziger Jahren, in denen der BGH sich mehrfach zu kritischen Äußerungen betreffend deren Zuverlässigkeit und Objektivität veranlasst sah, vgl. BGH, NJW 1971, 241, 243; 1975, 1463,

87 Vgl. Petry, in: AG Rechtsanwältinnen im Medizinrecht (Hrsg.), Arzthaftung – Mängel im Schadensausgleich?, 2009, S. 93, 101; Erläuterungen von Pardey, ebd., S. 1, 35 ff; rechtsvgl. Buchner, ebd., S. 65, 66 ff.

88 Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft (GDV), zitiert nach Flintrop/Korzilius, DÄBl 2010, A-692, A-693.

89 Der bislang größte Schaden liegt bei 15 Mio. Euro, vgl. GDV, Allgemeine Haftpflichtversicherung, Entwicklung von Personenschäden im Segment Heilwesen, Management Summary, 1/2010, S. 4.

90 Einzelheiten bei Schlösser, MedR 2011, 227.

91 Petry, in: AG Rechtsanwältinnen im Medizinrecht (Hrsg.), Arzthaftung – Mängel im Schadensausgleich?, 2009, S. 93, 101; Weidinger, Die Praxis der Arzthaftung, 2010, S. 5 ff.; zur Situation der Hebammen und Pflege Großkopf/Knoch, RDG 2011, 12, 14 f.

92 Zu der gerade im Arzthaftungsrecht bestehenden starken Wechselbezogenheit von materiellem Recht und Verfahrensrecht vgl. Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 375 ff.; Zoll, MedR 2009, 569.

werden. Überdies bietet das reiche Angebot an Fachanwaltslehrgängen, Fortbildungsveranstaltungen und Fachliteratur gute Voraussetzungen dafür, dass die Parteiinteressen im Arzthaftungsprozess kompetent vertreten werden. „Patientenanwälte“ arbeiten häufig mit Krankenkassen, Selbsthilfegruppen und anderen Netzwerken zusammen, „im Ergebnis wird hier auf Augenhöhe verhandelt“<sup>103</sup>.

## 2. Beweisrecht

### a. Überblick

Das Kernproblem im Arzt- und Krankenhaushaftungsprozess bildet regelmäßig die Beweisführung und häufig die Beweisnot des Patienten. Grundsätzlich hat im Prozess jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zur Überzeugung des Gerichts darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen<sup>104</sup>, bei einer Behandlungsfehlerklage also der Patient Pflichtverletzung, Körper- oder Gesundheitsverletzung, haftungsbegründende Kausalität, Rechtswidrigkeit, Verschulden, Schaden und haftungsausfüllende Kausalität<sup>105</sup>. Die Gerichte gewähren dem Anspruchsteller indes eine ganze Reihe von Beweiserleichterungen und Beweislastumkehrungen<sup>106</sup>. Dabei geht es dem BGH weniger um starre beweisrechtliche Sanktionen als um ein ständig verfeinertes Instrumentarium des Tatrichters, das dazu dient, unbillige Störungen der Waffengleichheit in einer nach Lage des Falles billig erscheinenden Weise auszugleichen<sup>107</sup>. Die Literatur teilt die Auffassung, dass angesichts der Multikausalität physiologischer Abläufe, der strukturellen, informationellen und kognitiven Schlechterstellung des Patienten, der Abhängigkeitssituation des Kranken u. a. m. gewisse beweisrechtliche Erleichterungen unumgänglich sind, damit der verfassungsrechtlich gebotene Grundsatz eines fairen Verfahrens und eines effektiven Rechtsschutzes gewährleistet ist<sup>108</sup>. Dieses Ziel

erreicht die Judikatur mittels unterschiedlicher Methoden<sup>109</sup>: mit Hilfe der Regeln über den Anscheinsbeweis<sup>110</sup>, durch eine großzügige Inanspruchnahme des § 287 ZPO<sup>111</sup>, durch eine Beweislastumkehr bzgl. der haftungsbegründenden Kausalität bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers<sup>112</sup>, durch Beweiserleichterungen bei der Verletzung von Dokumentations-,<sup>113</sup> Befunderhebungs- und Befundsicherungspflichten<sup>114</sup>, durch eine Verschuldens- und Fehlervermutung bei voll beherrschbaren Risiken<sup>115</sup>, zudem durch die Belastung des Arztes mit dem Nachweis ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten<sup>116</sup> – als Folge der Qualifizierung des ärztlichen Heileingriffs als tatbestandsmäßige Körperverletzung<sup>117</sup>.

### b. Voll beherrschbare Risiken

Haben allgemein der grobe Behandlungs- und der Befunderhebungsfehler forensisch die größte Bedeutung, so spielen daneben im arbeitsteiligen, technisierten Krankenhausbetrieb voll beherrschbare Risiken eine gewichtige Rolle. Nach ständiger Rechtsprechung<sup>118</sup>, die im Schrifttum breite Zustimmung erfährt<sup>119</sup>, wird das Verschulden oder auch bereits das Vorliegen eines Fehlers vermutet, wenn feststeht, dass die Schädigung des Patien-

Wagner, in: MüKo/BGB, 5. Aufl. 2009, § 823, Rn. 800; Laufs/Kern, in: dies. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, §§ 107, Rn. 15.

109 Vgl. i. E. Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. XI, 2. Abschnitt; ders., in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 6, SchuldR BT III, 3. Aufl. 2010, § 823 Anh. II, Rn. 5 ff.

110 S. etwa BGHZ 4, 138 – Fremdkörper in Operationswunde; BGH, NJW 1989, 1533, 1534 – Gewebenekrose nach intraartikulärer Injektion (insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 106, 391); BGHZ 114, 284, 290 ff. = NJW 1991, 1948 – HIV-Infektion nach Bluttransfusion.

111 Vgl. etwa BGH, NJW 2008, 1381; Abgrenzung ggü. BGH, NJW 2004, 777.

112 Vgl. nur BGHZ 159, 48, 54 = JZ 2004, 1029, 1030 m. Anm. Katzenmeier = NJW 2004, 2011, 2012 m. Anm. Spickhoff, NJW 2004, 2345 = MedR 2004, 561; BGH, NJW 2008, 1304 = MedR 2009, 228.

113 BGHZ 72, 132, 139 = NJW 1978, 2337, 2339; BGHZ 129, 6, 9 ff. = NJW 1995, 1611 = MedR 1995, 366, 368.

114 BGHZ 99, 391, 397 = NJW 1987, 1482 = MedR 1988, 23; BGHZ 132, 47, 50 ff. = NJW 1996, 1589 = MedR 1996, 316; BGHZ 138, 1, 6 = NJW 1998, 1780.

115 Vgl. nur BGH, NJW 1978, 584; 1982, 699; 1984, 1403; 1991, 1540; 1991, 1541; 1994, 1594; 1995, 1618; VersR 2007, 1416; BGHZ 171, 358 = NJW 2007, 1682.

116 Vgl. etwa BGHZ 29, 176, 187 = NJW 1959, 814; BGHZ 90, 103, 111 = NJW 1984, 1397, 1399.

117 Zur Kritik an der Körperverletzungsdoktrin der Rspr. s. Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 2009, Kap. V, Rn. 8 ff. und 70 ff. m. N. zu dem über einhundert Jahre währenden Streit.

118 Vgl. BGH, NJW 1978, 584; 1982, 699; 1984, 1403; 1991, 1540; 1991, 1541; 1994, 1594; 1995, 1618; VersR 2007, 1416; BGHZ 171, 358 = NJW 2007, 1682, 1683.

119 Vgl. etwa Laufs/Kern, in: dies. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 109, Rn. 1; Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 444 ff.; Hager, in: Staudinger/BGB, 2009, § 823, Rn. I 46; Greiner, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2010, BGB §§ 823 ff., Rn. 161.

1464; 1978, 1681, 1682; VersR 1979, 939, 940; aus jüngerer Zeit NJW 2004, 1871 = MedR 2004, 559 f.; VersR 2009, 1406, 1407; 2010, 72, 73.

103 Medizinrechtssauschuss des Deutschen Anwaltvereins, ZMGR 2010, 82, 93.

104 Grdl. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl. 1965, S. 12, 98; aus der Rspr. vgl. nur etwa BGHZ 53, 245, 250 = NJW 1970, 946, 947; aus der Lit. Prütting, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Grundlagen, 2. Aufl. 2009, § 5, Rn. 20 ff. m. w. N.

105 Die Rspr. geht von einer „Strukturgleichheit“ von vertraglicher und deliktischer Haftung aus, vgl. BGH, NJW 1989, 705.

106 Eingehend Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 416 ff.; ders., in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. XI, 2. Abschnitt; Laufs/Kern, in: dies. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, §§ 107 ff.

107 Dunz, Aktuelle Fragen zum Arzthaftungsrecht, 1980, S. 59; s. auch bereits Stoll, AcP 176 (1976), 145, 146, zur grundsätzlichen Bedeutung des Beweisrechts bei der notwendigen „ständigen Verfeinerung des Haftungsrechts und (...) seiner Anpassung an neue Bedürfnisse“.

108 Vgl. Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986, Rn. 674; Spickhoff, in: Soergel/BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh I, Rn. 216; Spindler, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, § 823, Rn. 781 ff.;

ten aus einem Bereich stammt, dessen Gefahren voll beherrscht werden können und deshalb vermieden werden müssen. Dies betrifft vor allem den Einsatz medizinisch-technischer Geräte, sowie Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens<sup>120</sup>, wo Erfolg oder Misserfolg medizinischer Einzelmaßnahmen nicht durch die Unwägbarkeiten des lebenden menschlichen Organismus beeinflusst sein können. Diese Beweislastverteilung lässt sich jedoch nur solange aufrechterhalten, wie der Behandlungsseite nicht der Nachweis gelingt, dass im Einzelfall ein verschuldeter Behandlungsfehler nicht gegeben ist oder dass nicht ihrem Risikobereich zugehörige, bei der Operationsplanung nicht erkennbare Umstände vorlagen, die ebenfalls zu der Schädigung geführt haben könnten<sup>121</sup>.

#### aa. Technisch-apparativer Bereich

Die Behandlungsseite hat die technisch-apparativen Voraussetzungen für eine sachgemäße und möglichst gefahrlose Behandlung zu gewährleisten. Wird diese Pflicht objektiv verletzt, etwa durch das Bereitstellen eines funktionsuntauglichen Narkosegerätes<sup>122</sup>, die Verwendung eines verformten Tubus<sup>123</sup> oder defekten Therapiegerätes<sup>124</sup>, hat der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Arzt oder Krankenhaussträger zu beweisen, dass der ordnungswidrige Gerätezustand nicht von ihm oder einer seiner Hilfspersonen verschuldet ist<sup>125</sup>. Dabei stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an Sicherheits- und Kontrollvorkehrungen<sup>126</sup>. Es wird erwartet,

120 *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzt Haftungsrecht*, 4. Aufl. 2009, Rn. 156; speziell zu den Organisationspflichten im ärztlichen Krankenhausdienst *Giesen*, *Arzt Haftungsrecht*, 4. Aufl. 1995, Rn. 142 ff., 147 ff.; *Francke/Hart*, *Charta der Patientenrechte*, 1999, S. 64 ff.; *Hager*, in: *Staudinger/BGB*, 2009, § 823, Rn. I 37 ff.; *Spickhoff*, in: *Soergel/BGB*, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh I, Rn. 250, 251; *Deutsch*, *NJW* 2000, 1745 ff.; *Kern*, *MedR* 2000, 347 ff.

121 BGH, *NJW* 1995, 1618 = *MedR* 1995, 365; *Geiß/Greiner*, *Arzt Haftungsrecht*, 6. Aufl. 2009, Rn. B 246; *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzt Haftungsrecht*, 4. Aufl. 2009, Rn. 162; *Greiner*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2010, BGB §§ 823 ff., Rn. 163; *Hager*, in: *Staudinger/BGB*, 2009, § 823, Rn. I 46, mit weiteren Rspr.-Nachw.

122 BGH, *NJW* 1978, 584 = *JR* 1978, 372 m. Anm. *Baumgärtel* = *JZ* 1978, 275 m. Anm. *Deutsch*.

123 BGH, *VersR* 1975, 952, 954, nicht abgedruckt in BGH, *NJW* 1975, 2245; dazu *Musiak*, *JuS* 1977, 87.

124 BGH, *VersR* 2007, 1416.

125 Vgl. weiter BGH, *NJW* 1994, 1594 (Wärmeflaschen für Inkubatoren); OLG Hamm, *NJW* 1999, 1787 (Elektrokauter); OLG Köln, *VersR* 2000, 974 (Schraubverbindung zwischen arteriellem Katheter und Infiltrationspatrone); OLG Köln, *VersR* 2003, 1444 (suprapubischer Katheter). Der Rspr. zustimmend etwa *Giesen*, *Arzt Haftungsrecht*, 4. Aufl. 1995, Rn. 454; *Laufs/Kern*, in: *dies.* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 109, Rn. 22; *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzt Haftungsrecht*, 4. Aufl. 2009, Rn. 156; *Hager*, in: *Staudinger/BGB*, 2009, § 823, Rn. I 46; *Wagner*, in: *MüKo/BGB*, 5. Aufl. 2009, § 823, Rn. 820.

126 Dazu *Hager*, in: *Staudinger/BGB*, 2009, § 823, Rn. I 36. Zu den Grundpflichten des Betreibers und Anwenders nach dem MPG (BGBI. I 2002, 3146) u. der MPBetreibV (BGBI. I 2002, 3369) vgl. *Deutsch/Lippert/Ratzel/Tag*, *Kommentar zum MPG*, 2010; *Schrenk*, *Medizinproduktegesetz und Arzt Haftung*, Diss. Erlangen-Nürnberg 2004.

dass nur solche Apparate zum Einsatz kommen, die dem Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft entsprechen, dass diese regelmäßig durch das dafür zuständige Fachpersonal gewartet und dass Ärzte und Pflegepersonal im Umgang mit den modernen Techniken geschult und fortgebildet werden. Zudem müssen Bedienungsanweisungen genau beachtet und befolgt und das ordnungsgemäße Funktionieren der Apparate fortlaufend überwacht werden. Ein immer strengeres Pflichtenprogramm gibt Anlass zu betonen, dass der Arzt oder der Krankenhaussträger keine Garantie für das fehlerfreie Funktionieren der von ihm eingesetzten medizinisch-technischen Apparate übernehmen kann.<sup>127</sup> Insbesondere haftet er nicht bei einem für ihn unerkennbaren Konstruktionsfehler. Dafür hat der Hersteller des Gerätes nach deliktsrechtlichen Grundsätzen einzustehen. Dem Arzt oder Krankenhaussträger aber kann das Produkthaftungsrisiko nicht auferlegt werden.<sup>128</sup> Eine verschuldensunabhängige Haftung ist auch hinsichtlich des Einsatzes medizinisch-technischer Apparate nicht angemessen.<sup>129</sup> Im Falle eines vermeidbaren Versagens der Geräte greift aber durchweg die Vermutung, dass die Pflicht zur Gewährleistung entsprechender Sicherheit nicht genügend beachtet worden ist.<sup>130</sup>

#### bb. Hygiene

Zur Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens zählt auch etwa die Eignung der verwendeten Materialien, wie z. B. die Reinheit des benutzten Desinfektionsmittels<sup>131</sup> oder die Sterilität der verabreichten Infusionsflüssigkeit<sup>132</sup> und die Gewährleistung der Hygiene. Da aber absolute Keimfreiheit bei einer Operation naturgemäß nicht erreichbar ist, kommt eine Verschuldensvermutung im Falle von Infektionen nur in Betracht, wenn diese typischerweise auf Hygienemängel zurückzuführen und damit generell vermeidbar sind<sup>133</sup>. Bei Infektionen durch einen als Keimüberträger feststehenden Mitarbeiter verlagert der BGH die Darlegungs- und Beweislast auch dann auf die Behandlungsseite, wenn die Gefahr im konkreten Fall nicht erkennbar war<sup>134</sup>.

127 So schon früh der warnende Hinweis von *Baumgärtel*, *JR* 1978, 373; *Deutsch*, *JZ* 1978, 277; s. auch *Giesen*, *JZ* 1982, 345, 349: der Arzt ist kein „Techniker im Arztkittel“; *Oberheim*, *JuS* 1997, 348, 350; *Francke/Hart*, *Charta der Patientenrechte*, 1999, S. 60.

128 *Brüggemeier*, *Deliktsrecht*, 1986, Rn. 665; *Francke/Hart*, *Charta der Patientenrechte*, 1999, S. 60, s. aber auch S. 62 zu einer „modifizierten Produktbeobachtungspflicht“.

129 Vgl. *Katzenmeier*, *Arzt Haftung*, 2002, S. 174 ff., 184 f.

130 *Wagner*, in: *MüKo/BGB*, 5. Aufl. 2009, § 823, Rn. 820.

131 BGH, *NJW* 1978, 1683 = *JR* 1979, 111 m. Anm. *Wittmann*.

132 BGH, *NJW* 1982, 699 = *JR* 1982, 197 m. Anm. *Schlund*.

133 BGH, *NJW* 1991, 1541, 1542 = *VersR* 1991, 467 m. Anm. *Jaeger*; verneinend etwa OLG Zweibrücken, *NJW-RR* 2004, 1607; OLG Hamm, *MedR* 2006, 288.

134 BGHZ 171, 358 = *NJW* 2007, 1682 = *VersR* 2007, 847 m. Anm. *Jungbecker* = *MedR* 2010, 30 m. Anm. *Prütting*.

**cc. Lagerungsschäden**

Inzwischen ist die Rechtsprechung mit ihren Beweiserleichterungen „bis in die sensiblen Randbereiche der eigentlichen, selbst von den spezifischen Unberechenbarkeiten der Arbeit am lebenden Organismus geprägten, ärztlichen Behandlung“ vorgedrungen<sup>135</sup>. So wurde für den Fall eines Entblutungschocks, verursacht durch unbeobachtete Entkoppelung eines Infusionsschlauchs von einer Verweilkanüle, ein voll beherrschbares Risiko bejaht und damit ein Behandlungsfehler vermutet, den der Arzt zu widerlegen hat<sup>136</sup>. Letztlich kann die Beweislast für sorgfältiges Handeln den Arzt „sogar bis auf den Operationstisch verfolgen“<sup>137</sup>. Mehrfach hatten die Gerichte über Gesundheitsschäden zu befinden, die aufgrund der Art der Lagerung des Patienten während des Eingriffs entstanden. Sie ordneten die technisch richtige Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch, die Beachtung der dabei zu seinem Schutze vor etwaigen Lagerungsschäden einzuhaltenden Regeln und die Kontrolle der Lagerung durch die operierenden Ärzte ebenfalls dem voll beherrschbaren Risikobereich der Behandlungsseite zu mit der Folge, dass der Arzt sich entlasten muss<sup>138</sup>. Eine Beweislastumkehr sei allerdings dann nicht gerechtfertigt, wenn die Lagerungsschäden auf einer extrem seltenen körperlichen Anomalie basieren, wobei wiederum anderes gelten soll, wenn die Ärzte im konkreten Fall diese Anomalie hätten erkennen können<sup>139</sup>.

**dd. Personaldefizite**

Auch mangelnde personelle Ausstattung eines Operationsteams kann bei erlittenen Schäden zu Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten führen<sup>140</sup>. Darüber hinaus lässt sich der Rechtsgedanke auf spezifische Gefahren der Abstimmung, der Kooperation und Kommunikation bei der horizontalen Arbeitsteilung erstrecken<sup>141</sup>. Es geht um den voll beherrschbaren und verantwortbaren Teil des Zusammenwirkens von Ärzten verschiedener Fachrichtungen, also etwa des Chirurgen mit dem Anästhesisten, dem Röntgenologen und dem Histologen. In der vertikalen Arbeitsteilung

135 *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzt Haftungsrecht*, 4. Aufl. 2009, Rn. 160.

136 BGHZ 89, 263, 269 = NJW 1984, 1400, 1401.

137 *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzt Haftungsrecht*, 4. Aufl. 2009, Rn. 161.

138 BGH, NJW 1984, 1403, 1404; OLG Köln, *VersR* 1991, 695, 696; OLG Oldenburg, *VersR* 1995, 1194 ff.; OLG Hamm, *VersR* 1998, 1243; OLG Koblenz, NJW 2010, 1759 = *VersR* 2010, 629; entspr. bei Verletzungen des Patienten während einer Transportmaßnahme BGH, NJW 1991, 1540; OLG Hamm, *MedR* 2006, 584.

139 BGH, NJW 1995, 1618; OLG Jena, *MedR* 2007, 475.

140 OLG Köln, *VersR* 1992, 452, 453.

141 BGHZ 140, 309 = NJW 1999, 1779 = *MedR* 1999, 321 (mangelhafte Koordination zwischen Anästhesist und Ophthalmologe); *Katzenmeier*, *MedR* 2004, 34, 38 f.; *Steffen/Pauge*, *Arzt Haftungsrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 625; *Laufs/Kern*, in: *dies.* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 109 Rn. 2.

begründet bereits § 831 BGB bei nachgewiesenen Fehlern des Gehilfen eine Vermutung eigenen Auswahl-, Anleitungs- und Überwachungsverschuldens des Geschäftsherrn<sup>142</sup>.

**ee. Anfängeroperation**

Eine Frage der Organisation des Behandlungsgeschehens ist schließlich auch der Einsatz unterdurchschnittlich qualifizierter Ärzte. Rechtsprechung und Literatur sind sich einig, dass die Übertragung einer Operation ohne Aufsicht und Assistenz auf einen hierfür noch nicht ausreichend qualifizierten Berufsanfänger einen Behandlungsfehler darstellt, der der ärztlichen Leitung zur Last fällt<sup>143</sup>. Der BGH betont, dass die Notwendigkeit, dem in der Ausbildung stehenden Arzt Fachkenntnisse und Erfahrungen am Fall zu vermitteln, kein vom Patienten zu tragendes Risiko darstellt<sup>144</sup>. Damit verbundene zusätzliche Gefahren müssen durch besondere Vorkehrungen neutralisiert werden. Die höchstrichterliche Rechtsprechung verlangt eine vorausgehende Kontrolle des theoretischen Wissens des Auszubildenden über das Behandlungsfeld, die zu erwartenden Komplikationen und ihre Begegnung, sowie vor allem die Überwachung seiner Arbeit durch einen erfahrenen Facharzt<sup>145</sup>. Solange nicht feststeht, dass der Auszubildende die Operation auch praktisch beherrscht, ist prinzipiell Anwesenheit und eingriffsbereite Assistenz des aufsichtsführenden Arztes nötig. Dadurch soll in jeder Phase der medizinischen Behandlung der Standard eines erfahrenen Facharztes sichergestellt werden<sup>146</sup>.

Erleidet ein Patient bei der Behandlung durch einen (noch) nicht hinreichend qualifizierten Arzt Gesundheitsschäden, dann greifen Beweiserleichterungen für die Frage der Kausalität. Der Krankenträger, der für die Übertragung der Operation verantwortliche, möglicherweise der auf-

142 Vgl. *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. XI, Rn. 21.

143 Wegweisend BGHZ 88, 248 = NJW 1984, 655; dazu *Deutsch*, NJW 1984, 650; *Giesen*, JZ 1984, 311; s. auch *Müller-Graff*, JuS 1985, 352; vgl. weiter BGH, NJW 1985, 2193; 1988, 2298; 1993, 2989; 1998, 2736; *Oetker*, in: *MüKo/BGB*, 5. Aufl. 2007, § 249, Rn. 446; *Hager*, in: *Staudinger/BGB*, 2009, § 823, Rn. I 33; monographisch *Mehring*, *Die Anfängeroperation*, Diss. Regensburg 2007.

144 Rspr.-Nachw. bei *Steffen/Pauge*, *Arzt Haftungsrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 284 ff., auch zum Folgenden.

145 BGH, NJW 1992, 1560 besteht darauf, dass der aufsichtsführende Arzt ein Facharzt ist. Nur dieser garantiere dem Patienten die von ihm zu beanspruchende Qualität der Behandlung und nur dieser habe die erforderliche Autorität gegenüber dem Berufsanfänger; dazu *Steffen*, *MedR* 1995, 360; s. auch BGH, NJW 1993, 2989; krit. zu diesen Urteilen *Weißauer/Opderbecke*, *MedR* 1993, 2 ff.; *dies.*, *MedR* 1993, 447 ff.; *Ulsenheimer*, *Der Gynäkologe* 1993, 349 ff.; *Baur*, *ZaeF* 89 (1995), 597 ff.; *Bauer*, ebda., 602 ff.; *Kern*, in: *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baummann/Hirsch* (Hrsg.), *Die Entwicklung der Arzt Haftung*, 1997, S. 313, 316.

146 BGH, NJW 1992, 1560. Mit fortschreitender Erfahrung des Auszubildenden kann die Assistenz des Aufsichtsführenden aber gelockert werden, vgl. BGHZ 88, 248 = NJW 1984, 655; BGH, NJW 1993, 2989.

sichtsführende Arzt, aber auch der behandelnde, in Ausbildung befindliche Arzt selbst, tragen im Prozess die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die eingetretene Primärschädigung nicht auf mangelnder Übung und Erfahrung beruht<sup>147</sup>. Allerdings darf ein in Weiterbildung befindlicher Arzt vorbehaltlich besonderer Umstände darauf vertrauen, dass die für seinen Einsatz verantwortlichen Entscheidungsträger auch für den Fall einer seinen Erfahrungsstand überfordernden Situation und für Komplikationen organisatorische Vorsorge getroffen haben<sup>148</sup>.

### c. Fazit

Die Beweisregeln stellen gerade auch im Arzt- und Krankenhaushaftungsrecht das wichtigste Instrument richterlicher Rechtsfortbildung dar, sie bedeuten das Gravitationszentrum für Haftungsverlagerungen<sup>149</sup>. Bei den von der BGH-Rechtsprechung im Laufe der Jahrzehnte herausgebildeten Beweisregeln handelt es sich um hochentwickelte und feindifferenzierte Gerechtigkeitskriterien. Die Entwicklung ist weiter im Fluss und auch wenn die dogmatischen Grundlagen noch immer nicht restlos geklärt erscheinen und die Sonderregeln sich teilweise im Billigkeitsrecht verlieren<sup>150</sup> und manche Entscheidung der vergangenen Jahre die Anforderungen an die Behandlungsseite überspannt hat<sup>151</sup>, werden die Gerichte der typischerweise schwierigen Situation von Patient und Arzt doch zunehmend besser gerecht<sup>152</sup>. Entgegen landläufiger Ansicht bestehen heute durchaus gute Aussichten auf eine gerichtliche Durchsetzung gegen Ärzte und Krankenhausträger erhobener Schadensersatzansprüche<sup>153</sup>.

147 BGHZ 88, 248, 257 = NJW 1984, 655, 657; BGH, NJW 1985, 2193; 1988, 2298; 1992, 1560; 1993, 2989; 1994, 3008; 1998, 2736; entspr. bei Beschäftigung eines Heilpraktikers KG VersR 2008, 1267. Aus der Lit. vgl. *Deutsch*, NJW 2000, 1745, 1748 ff.; *Spindler*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl. 2008, § 823, Rn. 681; *Hager*, in: *Staudinger/BGB*, 2009, § 823, Rn. I 33 f.; krit. *Opderbecke/Weißauer*, MedR 1993, 2, 4.

148 BGH, NJW 1994, 3008 = MedR 1994, 490 m. Anm. *Baur*, MedR 1995, 192. Zum Vertrauen in ein mit dem Oberarzt abgesprochenes Vorgehen vgl. OLG Köln, VersR 1993, 1157, dazu *Gaisbauer*, VersR 1994, 431; OLG Zweibrücken, VersR 1997, 833; OLG Hamm, VersR 1998, 104.

149 *Stoll*, AcP 176 (1976), 145: „Haftungsverlagerung durch beweismittelrechtliche Mittel“; *Laufs*, Unglück und Unrecht – Ausbau oder Preisgabe des Haftungssystems?, 1994, S. 21; *Katzenmeier*, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2011, vor § 823, Rn. 17.

150 Zur Beweislastumkehr bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers s. *Katzenmeier*, in: FS f. *Laufs*, 2005, S. 909 ff.

151 Probleme bereiten in der Praxis insbes. weitreichende Organisationspflichten, vgl. *Katzenmeier*, ZaeFQ 2007, 531, sowie Befunderhebungs-/sicherungspflichten mit ihren beweismittelrechtlichen Konsequenzen, dazu *Sundmacher*, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, 2008.

152 Vgl. *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 480 f.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 416 ff., 535.

153 Die Erfolgsquote liegt bei ca. 35 %, vgl. etwa *Kohte-Pawel*, MedR 2010, 537 ff.: Auswertung der Arzthaftungsprozesse vor dem LG Dortmund im Jahre 2009. Nach Auskunft erfahrener

## B. Reformbestrebungen

Sind die Rechte des Patienten gegenüber Arzt und Krankenhausträger hierzulande durch die Rechtsprechung gut abgesichert, so werden aktuell doch zahlreiche Reformüberlegungen angestellt, die darauf abzielen, sie weiter zu verbessern und auszubauen.

### I. Kodifikation von Patientenrechten

#### 1. Von der Charta zum Gesetz

In der Öffentlichkeit und der Politik werden zunehmend Forderungen nach einer Kodifikation von Patientenrechten erhoben. Juristisch sind viele Fragen offen, obwohl in der vergangenen Dekade ein breiter Diskurs stattfand<sup>154</sup>. Mehrere Studien kamen zu dem Ergebnis, dass die Bundesrepublik mit den bestehenden Patientenrechten mit erheblichem Vorsprung eine Spitzenstellung innerhalb der Europäischen Union innehat<sup>155</sup>. Allerdings ist die Informationslage nicht zufriedenstellend, Patienten (und Ärzte) wissen oftmals nicht um ihre Rechte (und Pflichten). Daher wurde nach eingehender Diskussion im Jahr 2003 eine Patientenrechtecharta verabschiedet, deren Ziel die Stärkung der Verantwortungsbereitschaft ist, ein kooperatives Gespräch zwischen Arzt und Patient soll ermöglicht und damit ein Beitrag zu einer partnerschaftlichen Beziehung geleistet werden<sup>156</sup>. Das Dokument ist gut verständlich verfasst, bewirkt hat es gleichwohl wenig, die Charta hat insbesondere nicht das erhoffte Rechtsbewusstsein geschaffen.

Obwohl sich die Ministerien seinerzeit bewusst gegen eine weitere Kodifikation entschieden haben, bricht sich nun die Forderung nach einem Patientenrechtegesetz Bahn<sup>157</sup>. Ein Gesetz soll das bislang zersplitterte Recht bündeln und bestehende Rechte verdeutlichen, so einen Gewinn an

Medizinrechtsanwälte liegt die Quote noch höher, vgl. etwa *Bergmann*, FAZ v. 19. 11. 2008: 50 %.

154 Vgl. etwa *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, 1999; *Hanika*, MedR 1999, 149; *Laufs*, NJW 2000, 846; *Katzenmeier*, JR 2002, 444; *Bollweg/Brahms*, NJW 2003, 1505; weitere Nachweise bei *Hart*, in: HK-AKM, 2009, Nr. 4015.

155 *Hanika*, MedR 1999, 149, 159; *Fischer/Lilie*, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, 1999; auf der Basis von Fallstudien *Faure/Koziol* (Hrsg.), Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective, 2001, mit Länderbericht Deutschland von *Schiemann*.

156 „Patientenrechte in Deutschland – Leitfaden für Patienten und Ärzte“, hrsg. von BMG und BMJ, 2003, abrufbar im Internet unter <http://www.bmj.de/media/archive/226.pdf>.

157 Grundlagenpapier des Patientenbeauftragten der BReg, BMJ und BMG v. 22. 3. 2011 (publiziert in MedR 2011, 236); s. auch bereits Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion für ein Patientenrechtegesetz, Mai 2009; Koalitionsvertrag CDU/CSU, FDP v. 26. 10. 2009, S. 90; Antrag SPD-Fraktion, BT-Drs. 17/906 v. 3. 3. 2010, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/009/1700907.pdf>. Zu den Kodifikationsbestrebungen monographisch *Kubella*, Patientenrechtegesetz, Diss. Köln 2011.

Rechtssicherheit herbeiführen<sup>158</sup>, es soll die „Diskrepanz zwischen Normativität und Normalität“ überbrücken<sup>159</sup>. Patienten sollen Zugang zu Informationen über die Qualität und Preise von Leistungen erhalten, ihre Rechte gegenüber Leistungsträgern (z. B. Krankenkassen und Rentenversicherungsträgern) sollen ausgebaut und die Rechte der Opfer von Behandlungsfehlern sollen gestärkt werden.

## 2. Bewertung

Den Forderungen lässt sich auf den ersten Blick kaum etwas entgegenzusetzen, bisweilen sind sie aber mehr politisch motiviert als sachlich begründet. Klarzustellen gilt es, dass sich ein Gesetz nicht als Maßnahme eignet, um der Verkürzung von Patientenrechten infolge einer – verdeckten oder offenen – Rationierung medizinischer Leistungen im Gesundheitssystem zu begegnen<sup>160</sup>. Die Ressourcenknappheit ist ein Problem, das sich nicht mehr länger durch eine gesteigerte Inpflichtnahme der Leistungserbringer auf diese abwälzen lässt. Vor dem Hintergrund weiterer wirtschaftlicher Beschränkungen kann die Sicherstellung des medizinischen Standards nicht mehr allein Aufgabe der Leistungserbringer sein, sondern bedeutet immer mehr eine Herausforderung an die Entscheidungsträger im Gesundheitswesen und in der Gesundheitspolitik<sup>161</sup>.

### a. Verrechtlichung

Hinter manchem Ruf nach dem Gesetzgeber steckt der Glaube, ein Problem lasse sich eher lösen, wenn es eine gesetzliche Regelung dafür gibt. Diese Vorstellung ist ebenso verbreitet wie irrig<sup>162</sup> – und verträgt sich im Übrigen nicht mit der Kritik an der „Gesetzesflut“ im modernen Rechtsstaat. Juristen wissen, dass bisweilen mit dem Erlass eines Gesetzes die Probleme erst

158 So die vormalige Patientenbeauftragte der Bundesregierung *Kühn-Mengel*, etwa in: *AOK-BV*, Patientenrechte – Wunsch- oder Stiefkind?, 2007, S. 7 ff.; ebenso ihr Nachfolger im Amte *Zöller*, *MedR* 2011, 229.

159 *Hart*, in: *HK-AKM*, 2009, Nr. 4015, Rn. 5; s. auch *ders.*, in: *Schwarz* (Hrsg.), *Das Public-Health-Buch*, 2. Aufl. 2003, S. 337; *ders.*, in: *AOK-BV* (Hrsg.), *Patientenrechte – Wunsch- oder Stiefkind?*, 2007, S. 27 f., 33; *ders.*, *Forum* 2011, 27, 31.

160 So die Befürchtungen der Ärzteschaft, vgl. Entschließung TOP II auf dem 112. DÄT, DÄBl 2009, A-1120 f.; Entschließung TOP IV auf dem 113. DÄT, DÄBl 2010, A-1001 f.; s. auch *Katzenmeier*, Vortrag auf dem 112. DÄT, Dokument abrufbar unter <http://www.bundesaeztekammer.de/downloads/DAET2009RefKatzenmeier.pdf>.

161 Vgl. zum Problem der Ressourcenknappheit *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. X, Rn. 21 ff. m. w. N.; zum Vorschlag einer Priorisierung medizinischer Leistungen s. die Stellungnahme der *Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* (ZEKO), DÄBl 2007, A-2750; Artikelserie in DÄBl 106 (2009); *Schwerpunktheft*: ZEFQ 103 (2009), Heft 2; *Forschung und Lehre* 2011, Heft 8.

162 Ein Blick ins Ausland erweist, dass existierende Gesetze oftmals kein Beleg für hochentwickelte Patientenrechte sind, dass vielmehr gerade in diesen Ländern Normativität und Normalität weit auseinanderklaffen.

beginnen, nicht selten werden bei der Anwendung und Umsetzung eines Regelwerkes mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet.

Dabei kann an der grundsätzlichen Notwendigkeit einer staatlich-rechtlichen Regelung ärztlicher Tätigkeit kein Zweifel bestehen. Recht erfüllt eine wichtige Schutz- und Missbrauchsabwehrfunktion, überdies eine Richtlinienfunktion, schließlich kann es das Verhältnis von Arzt und Patient stabilisieren<sup>163</sup>. Doch gerade bei der rechtlichen Regulierung der Begegnung von Arzt und Patient ist Fingerspitzengefühl erforderlich. Der Alltag in Arztpraxis und Krankenhaus ist bereits juristisch durchnormiert, reguliert und bemessen, jeder weitere Verrechtlichungsschub bedeutet eine Gefahr für die Vertrauensbeziehung<sup>164</sup>. Bei einer übermäßigen Verrechtlichung droht ein Rückzug des Arztes auf den Rechtsstandpunkt. Der Arzt leistet dann nur noch, was rechtlich garantiert und eingeklagt werden kann, ärztliches Ethos wird auf diese Weise deformiert und verkümmert. Rechtsregeln können die gewissenhafte Entscheidung des Arztes nicht ersetzen<sup>165</sup>. Letztlich droht die Gefahr einer Defensivmedizin, die entweder zu wenig tut, weil sie nichts mehr wagt, oder zu viel unternimmt (etwa an diagnostischen Maßnahmen), um sich für alle Fälle zu feien<sup>166</sup>. In den USA ist „defensive medicine“ als Folge überzogener Arzthaftung ein großes Problem<sup>167</sup> und auch hierzulande sind Anzeichen wie Absicherung durch Formulare oder Verantwortungsscheu in schwierigen Situationen unverkennbar.

### b. Gesetzesziele und die Gefahr ihrer Verfehlung

Ziel eines Patientenrechtegesetzes darf daher nicht die Maximierung von Rechtspositionen der Patienten sein, sondern es muss um eine Optimierung gehen. Dies verlangt eine sorgfältige Abstimmung mit den Belangen der Behandlungsseite. Patientenrechte lassen sich nicht gegen Arztinteressen ausspielen, vielmehr können sie sich nur durch die Ärzte entfalten.

Bei dem aktuell in Rede stehenden Patientenrechtegesetz geht es weniger um die Schöpfung neuen Rechts als um einen Nachvollzug der bereits vorhandenen Rechtsprechungsgrundsätze. Insofern liegt eine Kodifikation des medizinischen Behandlungsvertrags im BGB nahe (§§ 630a ff. BGB)<sup>168</sup>, um die Bedeutung und auch den Privatrechtscharakter der Arzt-Patient-Bezie-

163 Näher *Katzenmeier*, in: *ders./Bergdolt* (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, 2009, S. 45, 47 f.

164 *Steffen*, 52. DJT 1978, I 8: „Recht (...) schadet sogar, wenn es zuviel will, die rechtliche Medikation ist darin der ärztlichen gleich“.

165 Näher *Wooopen*, *MedR* 2011, 232, insb. 233 f.; *Katzenmeier*, in: *ders./Bergdolt* (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, 2009, S. 46, 49 f.

166 *Katzenmeier*, in: *ders./Bergdolt* (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, 2009, S. 52 f.

167 *Studdert et. al.*, 293 *Journal of the American Medical Association* 2005, 2609 ff., mit repräsentativer Studie.

168 Früher Vorschlag von *Deutsch/Geiger*, *Medizinischer Behandlungsvertrag*, in: *BMJ* (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. II, 1981, S. 1049 ff.;

hung zu betonen<sup>169</sup>. Soweit ein umfassendes, rechtsgebietsübergreifendes Gesetz erwogen wird<sup>170</sup>, ist es schon regelungstechnisch überaus schwierig, zivil-, berufs-, verfassungs- und sozialrechtliche, vielleicht auch noch strafrechtliche, überdies sicherheits- und verfahrensrechtliche Regelungen in einem Gesetz zusammenzuführen<sup>171</sup>.

Eine Abbildung geltender Rechtsgrundsätze zum medizinischen Behandlungsgeschehen in einem Regelwerk wirft weitere Probleme auf, nämlich zahlreiche Auslegungsfragen. Bei jeder Regelungslücke wird sich die Frage nach einem Analogie- oder aber Umkehrschluss stellen. Eine ganz fragmentarische Regelung hilft niemandem. Soll das Gesetz Aussagekraft haben und als Richtschnur dienen, ist eine detailliertere Regelung geboten. Je umfangreicher und genauer ein Gesetz aber ist, umso mehr erhebt es den Anspruch auf eine abschließende Regelung. Die Kodifizierung kann so einer Rechtsfortbildung, etwa der judiziellen Anerkennung neuer Rechte und Pflichten oder der Herausbildung neuer Beweisregeln, im Wege stehen, denn Gesetze sind starr, weit weniger flexibel als Richterrecht<sup>172</sup>. Damit droht eine Festschreibung auf den status quo. Das aber gilt es gerade auf dem Gesundheitssektor möglichst zu vermeiden. Die Fortschritte in der Medizin sind rasant, das Recht kann ohnedies kaum mithalten, es „hinkt stets hintendrein“<sup>173</sup>. Ein Gesetz, welches die Rechte des Patienten fest schreibt, kann so letztlich das Gegenteil dessen bewirken, was es eigentlich bezweckt. Es wird rasch veralten und läuft Gefahr, sich eher als Hemmschuh denn als ein Zeugnis modernen Patientenschutzrechts zu erweisen<sup>174</sup>.

dafür auch Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) (Eckpunkte und Textentwurf von *Lindemann* vom Oktober 2005), vgl. *Billen*, BKK 2009, 71.

169 Vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 94 ff., zu den Vorzügen der im Zivilrecht herrschenden Vertragskonzeption auch bei der Behandlung von Kassenpatienten gegenüber der im Sozialrecht vorherrschenden Versorgungskonzeption.

170 So die Forderung von *Hart*, Forum 2011, 27 ff.

171 Kritisch die Stellungnahme des *Medizinrechtsausschusses des DAV*, ZMGR 2010, 82, 93 f.

172 S. nur etwa *Raiser*, ZRP 1985, 111; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1977, S. 119 ff., 153: „mangelnde Vorhersehbarkeit der Fälle, fehlende Anpassung der Gesetze, die Unmöglichkeit sprachlicher Fixierung, der Bezug auf Pflichtengesamtheiten, Billigkeit und Programmsätze (können) Gründe sein (...), die für eine Aufgabenwahrnehmung durch die Gerichte sprechen“.

173 Vielzitiert die Feststellung von *K.H. Bauer*, Langenbecks Archiv für Chirurgie 1968, 23: „Je größer ein Fortschritt technisch, umso unheimlicher wird er in menschlicher Hinsicht, vor allem hinken Moral, Ethik und Recht stets hintendrein.“

174 In Anbetracht der vielen Schwierigkeiten plädiert *Hart* in seiner Stellungnahme zum PatRG v. 19. 1. 2011 für ein „Grundsatzgesetz“ als „Anfang und Ausgangspunkt eines Prozesses der fortschreitenden Gewährleistung von Patientenrechten“, das „nicht am Anfang durch eine Vielzahl von detaillierten Regelungen überfrachtet wird“; s. auch *ders.*, in: HK-AKM, 2006, Nr. 4015, Rn. 13; *ders.*, Forum 2011, 27.

## II. Erleichterungen der Anspruchsdurchsetzung

Von Verbraucherschützern<sup>175</sup> und vereinzelt auch im juristischen Schrifttum wird die Ansicht vertreten, der Arzt oder Krankenhausträger sei bei jedem Behandlungsfehler mit dem Nachweis fehlender Kausalität zu belasten<sup>176</sup>. Die Forderung vermag nicht zu überzeugen. Da der Behandlungsseite dieser Negativbeweis auch bei Patientenschäden, die schicksalsbedingt eingetreten sein mögen, nur schwer gelingt, führt eine generelle Beweislastumkehr zu einer Zufallshaftung. Im praktischen Ergebnis kommt sie einer Erfolgseinstandspflicht gleich<sup>177</sup>. Eine solche wird aber allgemein abgelehnt<sup>178</sup>. Judizielle Beweislastzuteilungen dürfen nicht zu einer Rollenvertauschung im Arzt-Patienten-Verhältnis führen. Grundsätzlich ist, wo die Ermittlung des Geschehens dem Gericht nicht gelingt, diese Erkenntnislücke der Krankheit des Patienten zuzuschreiben. Der Behandlungsseite lässt sich die Beweislast nur dort zuschieben, wo auch diese Erkenntnislücke selbst auf der Pflichtverletzung beruht<sup>179</sup>.

Das Grundlagenpapier des Patientenbeauftragten der BReg, BMJ und BMG vom 22. 3. 2011 enthält keine Forderung einer generellen Beweislastumkehr, vielmehr sollen nur einige von der Rechtsprechung entwickelten Beweisrechtssonderregeln gesetzlich fixiert werden, nämlich die Beweislastumkehr hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers und die Fehlervermutung bei Verwirklichung eines voll beherrschbaren Risikos<sup>180</sup>. Eine Neuerung stellt die Einführung einer allgemeinen Verschuldensvermutung im Falle eines schadensursächlichen Behandlungsfehlers dar. Rechtsprechung und herrschende Lehre haben eine solche bislang stets verneint mit der Begrün-

175 Vgl. Eckpunktepapier Verbraucherzentrale Bundesverband von *Lindemann*, Okt. 2005, S. 17 f., 45 ff.; für den vzbv auch *Etgeton*, DÄBl 2010, A-857, A-858.

176 Dafür *Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 157; *Giesen*, JZ 1982, 448, 452; *Wahrendorf*, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, 1976, S. 94; *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 452; *Schiemann*, in: FSf. *Gernhuber*, 1993, S. 387, 401; *ders.*, in: *Erman*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 823, Rn. 142; *Heidelk*, Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, Diss. Bremen 2005, S. 149 ff.

177 *Hager*, in: *Staudinger/BGB*, 2009, § 823, Rn. I 59; *Oetker*, in: MüKo/BGB, 5. Aufl. 2007, § 249, Rn. 445; v. *Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 295; *Gottwald*, Jura 1980, 303, 308.

178 Auch von der Politik, vgl. *BReg.*, in: BT-Drs. 13/11452 v. 30. 9. 1998, S. 11. Jüngst lehnen CDU/CSU und FDP Änderungen bei der Beweislastverteilung im Rahmen des PatRG ab; die SPD-Fraktion ist in ihrem Antrag BT-Drs. 17/907 v. 3. 3. 2010 von der ursprünglich dahingehenden Forderung im Hinblick auf die Versicherbarkeit ärztlicher Risiken abgerückt; ebenso der Patientenbeauftragte *Zöller*, MedR 2011, 229.

179 *Steffen/Paue*, Arzthaftungsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 590; zust. *Laufs/Kern*, in: *dies.* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 107, Rn. 11..

180 Befunderhebungs- oder Befundsicherungsfehler werden nicht erwähnt, so dass sich die Frage stellt, ob die daran bislang anknüpfenden beweisrechtlichen Folgen nicht mehr gelten sollen.

dung, wegen der Unberechenbarkeit des menschlichen Organismus könne nicht schon von einem ausbleibenden Erfolg auf ein Verschulden geschlossen werden<sup>181</sup>. Diese Argumentation leitet jedoch irre, Anknüpfungspunkt einer Verschuldensvermutung ist nicht der ausbleibende Heilungserfolg, vielmehr allein ein feststehender Behandlungsfehler des Arztes. Dass ein Gesundheitsschaden aufgrund der Unwägbarkeiten des lebenden Körpers auch schicksalhaft eingetreten sein kann, spricht gegen eine Kausalitätsvermutung, nicht aber gegen die Annahme, dass der Handelnde sein objektives Fehlverhalten auch zu vertreten hat<sup>182</sup>. Dieses Ergebnis folgt i. ü. aus § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, von dem der Gesetzgeber bei der Schuldrechtsmodernisierung keine Bereichsausnahme für medizinische Behandlungsverträge vorgesehen hat. Eine nennenswerte Haftungsverschärfung ist damit indes nicht verbunden. Der Nachweis des Verschuldens bereitet kaum je Probleme, wenn das Vorliegen eines Behandlungsfehlers feststeht.<sup>183</sup>

Ebenfalls keine Aufnahme in das Grundlagenpapier haben – in Rechtspraxis wie Rechtswissenschaft kontrovers diskutierte – weitergehende Reformüberlegungen gefunden wie die Forderung nach einer Beweismaßreduktion im Schadensersatzprozess, nach einer Proportionalhaftung oder nach einer Ersetzung der Arzt-/Krankenhaustaftung durch eine Versicherungslösung („Heilbehandlungsrisikoversicherung“)<sup>184</sup>.

### III. Verbesserung der Patientensicherheit

Die aktuelle Lage in der Gesundheitsversorgung zeigt, dass sich Patientenrechte vor allem durch verstärkte Maßnahmen der Fehlerprophylaxe und der Risikominimierung absichern lassen. Schadensprävention ist das Gebot der Stunde<sup>185</sup>. Dabei ist es in erster Linie nicht Aufgabe der Versicherer und auch nicht der Juristen, Mediziner vor einer Schadensersatzpflicht zu bewahren, vielmehr hat der Berufsstand der Ärzte selbst gehörige Anstrengungen zu unternehmen, um Fehler möglichst zu vermeiden.

Vor etwa zwei Jahrzehnten begann ein intensiver interdisziplinärer Diskurs zu Fragen der Gewährleistung und Möglichkeiten einer systemati-

schon Weiterentwicklung der Qualität im Gesundheitswesen<sup>186</sup>. Umfangreiche Untersuchungen jüngerer Datums verdeutlichen, dass zu viele fehlerhafte Abläufe insbesondere in Krankenhäusern als system- und behandlungsimmanent wahrgenommen werden, die tatsächlich Qualitätsmängel darstellen. Patientensicherheit erlangt seither einen höheren Stellenwert im Rahmen der ärztlichen Bemühungen zur Verbesserung der Behandlungsqualität<sup>187</sup>.

#### 1. Maßnahmen auf der Makroebene

Europarat und WHO haben Empfehlungen zur Förderung von Patientensicherheitsmaßnahmen und -forschung verabschiedet<sup>188</sup>, die EU-Kommission will entsprechende Maßnahmen durch die Bereitstellung von Mitteln fördern<sup>189</sup>. In Deutschland wächst eine spezielle Infrastruktur, eine Schlüsselfunktion kommt dem Aktionsbündnis Patientensicherheit (APS) zu<sup>190</sup>. Das APS entwickelt durch die Bündelung von Expertenwissen in Arbeitsgruppen praktische Leitfäden und Handlungsempfehlungen zur Umsetzung von Patientensicherheit. Darüber hinaus arbeitet es an der Zusammenführung von Daten in einem Behandlungsfehlerregister, das eine Grundlage für die Ableitung präventiver Maßnahmen bildet<sup>191</sup>. Die praktische Arbeit des APS wird seit Anfang 2009 durch die wissenschaftliche Evaluation des Instituts für Patientensicherheit in Bonn (IfPS) ergänzt<sup>192</sup>. Zu seinen Projekten zählen etwa die Bewertung von Patientensicherheitsindikatoren (PSI) sowie die Validierung der Handlungsempfehlungen des APS. Zur Vermittlung von Hintergrundinformationen initiierten BÄK und KBV das Forum Patientensicherheit, das dem Medizinpersonal außerdem ein internetba-

181 BGH, NJW 1977, 1102, 1103; 1991, 1541, 1542; s. auch *Nixdorf*, VersR 1996, 160, 162; *G. Müller*, NJW 1997, 3049.

182 Vgl. *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. XI, Rn. 123 ff.

183 Nachweise bei *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. XI, Rn. 128.

184 Vgl. zu den verschiedenen Reformvorschlägen *Katzenmeier*, MedR 2011, 201, 206 ff. m. w. N.

185 Vgl. auch Grundlagenpapier des Patientenbeauftragten der BReg, BMJ und BMG v. 22. 3. 2011, MedR 2011, 236. Neue Rubrik „Risiko- und Qualitätsmanagement im Gesundheitswesen – Entwicklungen und Tendenzen“ in der Zeitschrift *Medizinrecht* von *Bergmann/Wever*, erstmals MedR 2010, 631.

186 Frühe rechtswissenschaftliche Publikationen von *Ulsenheimer*, MedR 1995, 438; *Katzenmeier*, MedR 1997, 498; *Schneider*, NZS 1997, 267; *Sethe/Krumpaszy*, VersR 1998, 420; *Wienke/Lippert/Eisenmenger* (Hrsg.), *Die ärztliche Berufsausübung in den Grenzen der Qualitätssicherung*, 1998.

187 Vgl. *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs. 15/530, S. 131 ff.; *Aktion Patientensicherheit*, Agenda Patientensicherheit 2008, S. 3 ff.; Ausgangspunkt ist die Publikation „To Err is Human“ des *Instituts of Medicine (IOM)* aus dem Jahre 1999.

188 Council of Europe – Committee of Ministers, Recommendation Rec (2006) 7 of the Committee of Ministers to member states on management of patient safety and prevention of adverse events in health care, Dokument abrufbar unter <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1005439&Site=CM>; WHO, World Alliance for Patient Safety – WHO Draft Guidelines for Adverse Event Reporting and Learning Systems, From Information to Action, 2005.

189 Pressemitteilung v. 15. 12. 2008. Webseite der Europäischen Kommission zum Thema Patientensicherheit: [http://ec.europa.eu/health/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/health/index_en.htm).

190 Informationen über das im April 2005 gegründete Bündnis unter <http://www.aktionsbueundnis-patientensicherheit.de/>.

191 Dazu *Lauterberg*, in: *Madea/Dettmeyer* (Hrsg.), *Medizinschadensfälle und Patientensicherheit*, 2007, S. 267 ff..

192 Informationen unter <http://www.ifpsbonn.de..>

siertes Fehlerberichtssystem ([www.CIRSmedical.de](http://www.CIRSmedical.de)) zum gemeinsamen Lernen aus Fehlern zur Verfügung stellt<sup>193</sup>.

## 2. Maßnahmen auf der Mikroebene

Angehörige der Heilberufe können die Patientensicherheit durch Implementierung der Handlungsempfehlungen und Leitfäden des APS in den Behandlungsalltag erhöhen. Daneben ist die Einrichtung eines Risikomanagements geboten<sup>194</sup>, es ist in der deutschen Krankenhauslandschaft aber noch nicht allorts etabliert<sup>195</sup>. Risikomanagement hat die Steigerung der Patientensicherheit durch die Verringerung iatrogenen Schäden zum Ziel. Es dient der Fehlerprävention und ist damit Teil eines umfassenden Qualitätsmanagements<sup>196</sup>. Bei im Wesentlichen freier Ausgestaltungsmöglichkeit funktioniert Risikomanagement auf Basis einer iterativen Fünf-Schritt-Methode bestehend aus Risikoidentifikation, -analyse, -bewertung, -bewältigung und -kontrolle<sup>197</sup>.

Risikoinformationen können über Patientenbeschwerden (Beschwerde-management), Aktenanalysen, Peer Reviews sowie Behandlungsfehler- und Schadensmelderegister gesammelt werden<sup>198</sup>. Ein wichtiges Instrument ist das krankenhauserne Fehlerberichtssystem (CIRS), in dem mit Hilfe gemeldeter Zwischenfälle, Komplikationen und (Beinahe)Fehler des Krankenhauspersonals Wissen auch über solche Risikokonstellationen generiert wird, die erst eine Vorstufe zum Medizinschadensfall bilden<sup>199</sup>. In der Theorie ist es ein wirksames Konzept für ein proaktives, vorausblickendes Risikomanagement, sofern auch die systemischen Einflussfaktoren

des kritischen Ereignisses analysiert und bestehende Sicherheitslücken beseitigt werden, so dass das Auftreten eines ähnlichen Fehlers mit möglicherweise schädlichem Ausgang für die Zukunft verhindert wird<sup>200</sup>. Probleme bereiten jedoch Berichtshemmnisse, die im Wesentlichen aus der Angst vor Schuldzuweisungen und Sanktionen resultieren. Die Berichtsrate liegt deshalb regelmäßig weit unterhalb der Zahl tatsächlich berichtenswerter Ereignisse<sup>201</sup>. Ein funktionierendes CIRS erfordert neben einer Einbettung in das Risikomanagement daher auch eine veränderte Fehlerkultur, in der eine offene Fehlerkommunikation als Chance für ein kollektives Lernen sowie als Möglichkeit, Organisationsstrukturen positiv zu beeinflussen, erkannt und wertgeschätzt wird<sup>202</sup>. Dazu sind Freiwilligkeit, Anonymität und die Zusicherung von Sanktionsfreiheit der Fehlerberichterstattung seitens der Einrichtung unerlässlich<sup>203</sup>.

Risikomanagement dient sowohl der Patientensicherheit als auch der Haftungsprävention, hat also stets eine doppelt positive Wirkung<sup>204</sup>. Im Rahmen der Analyse sollen auch Risikoinformationen aus dem Bereich normativ geprägter Schadensquellen ausgewertet werden (Behandlungsfehlerbereich, hier insbesondere Beobachtungspflichten, Aufklärung, Dokumentation und Organisation)<sup>205</sup>. Die gewonnenen Erkenntnisse können in pragmatische Maßnahmen wie Veränderungen des Arbeitsumfeldes<sup>206</sup>,

193 Informationen unter <http://www.forum-patientensicherheit.de/patientensicherheit>.

194 Hart, MedR 2007, 383, 385; ders., HK-AKM, 2006, Nr. 4605.

195 Nach einer Studie des *Deutschen Krankenhausinstituts* aus dem Jahr 2009, abrufbar unter <http://www.dki.de>, betreiben über 20 % der Krankenhäuser noch kein Risikomanagement, 40 % befinden sich in der Planungs- und Konzeptionsphase; dazu Blum/Offermanns/Perner, KH 2009, 535.

196 Bergmann, in: FS *AG Rechtsanwälte Medizinrecht im DAV* (Hrsg.), 2008, S. 497; ders./Wever, Die Arzthaftung, 3. Aufl., 2009, S. 222 f.; Müller, in: Bergmann/Kienzle (Hrsg.), Krankenhaushaftung, 3. Aufl. 2010, S. 394 f.; Schrappe in Lauterbach/Lüngen/Schrappe (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, 3. Aufl. 2010, S. 297.

197 Hart, MedR 2007, 383, 385 ff.; Ulsenheimer, in: Madea/Dettmeyer (Hrsg.), Medizinschadensfälle und Patientensicherheit, 2007, S. 183 ff.; zur Praxis Kahla-Witsch, Praxis des klinischen Risikomanagements, 2005; Meilwes, Praxis des Klinischen Risikomanagements, in: Enneker/Pietrowski/Kleine (Hrsg.), Klinisches Risikomanagement in der operativen Medizin, 2007, S. 155 ff.

198 Hart, MedR 2007, 383, 386.

199 Dazu monographisch Thüß, Rechtsfragen des Critical Incident Reporting Systems, Diss. Köln 2011. Einen besonderen Wert für die Risikoanalyse haben Beinahe-Fehler („Near Miss“, „Critical Incident“), da zum Zeitpunkt ihres Auftretens die gleichen Informationen verfügbar sind wie bei einem Schadensereignis, zudem vermutet wird, dass sie in ungleich höherer Zahl vorkommen, vgl. Staender, ZaeFQ 2001, 479; Köbberling, Med Klin 2005, 143.

200 Das *Aktionsbündnis Patientensicherheit* sowie die *Stiftung Patientensicherheit* (Schweiz) empfehlen eine Analyse nach dem sog. London Protocol, *Taylor-Adams/Vincent*, Systemanalyse klinischer Zwischenfälle, Stiftung Patientensicherheit (deutsche Übersetzung), abrufbar im Internet unter <http://www.patientensicherheit.ch/de/themen/Umgang-mit-Zwischenfaellen/ERA.html>.

201 Studie von Stanhope/Crowley-Murphy/Vincent/Taylor-Adams, *Journal of Evaluation in Clinical Practice* 1999; 5(1): 5.

202 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung des Gesundheitswesens*, Gutachten 2003, BT-Drs. 15/530, S. 170 ff.; Köbberling, MedKlin 2005, 143, 146; Badke-Schaub/Hofinger/Lauche, Human Factors – Psychologie sicheren Handelns in Risikobranchen, 2008, S. 43 ff.; Pfaff/Hammer/Ernstmann/Kowalski/Ommen, ZEFQ 2009, 493; Hoppe, MedR 2011, 216: „Stimmungswechsel (...) von der Schuldzuweisung (culture of blame) zu einer proaktiven Sicherheit (culture of safety)“.

203 Hart, MedR 2007, 383; Lauterberg, in: Hart/Mattern/Trent/Lauterberg (Hrsg.), Risiken verringern, Sicherheit steigern, 2009, S. 27 f.; näher zu Möglichkeiten der rechtlichen Ausgestaltung Thüß, Rechtsfragen des Critical Incident Reporting Systems, Diss. Köln 2011.

204 Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 301 ff.; Ulsenheimer, in: Berg/Ulsenheimer (Hrsg.), Patientensicherheit, Arzthaftung und Krankenhausorganisation, 2006, S. 1..

205 Ulsenheimer, MedR 1995, 438; ders., in: Madea/Dettmeyer (Hrsg.), Medizinschadensfälle und Patientensicherheit, 2007, S. 183 ff.; Bergmann/Wever, Die Arzthaftpflicht, 3. Aufl. 2009, S. 222 ff.; Müller, in: Bergmann/Kienzle (Hrsg.), Krankenhaushaftung, 3. Aufl. 2010, S. 379 f.

206 Z. B. Umräumen des Medikamentenschanks, Kennzeichnung ähnlicher Medikamente, Infusionen etc.

Dienstanweisungen, aber auch in klinische Behandlungspfade münden<sup>207</sup>. Auch wenn die Validierung von CIRS und Risikomanagement noch aussteht<sup>208</sup>, kann bereits die Vermeidung „normativer Fehlerquellen“ zur Verringerung des Haftungsrisikos wegen Organisationsverschuldens beitragen<sup>209</sup>.

### C. Ausblick

In der aktuell geführten Diskussion erstaunt das Zutrauen der Befürworter eines Patientenrechtegesetzes in die bewusstseinsprägende Kraft und die verhaltenssteuernde Wirkung von Rechtsnormen. Die Gefahr negativer Rückwirkungen eines übermäßigen Einsatzes von Recht auf das ärztliche Berufsethos und die Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient wird hingegen unterschätzt oder gar nicht erkannt. Dabei bedarf die medizinische Behandlung des vertrauensvollen Zusammenwirkens von Arzt und Patient. Gerade auch in Zeiten der Verwissenschaftlichung der Medizin, der Technisierung und Spezialisierung sollten Ärzte und Patienten ihre Beziehung als therapeutisches Arbeitsbündnis begreifen und die Chance zur Kooperation konsequenter nutzen als dies bislang der Fall ist. Dazu ist neben der technisch-instrumentellen eine kommunikative Kompetenz des Arztes unerlässlich. Er hat den Patienten über die Krankheit zu informieren und sich mit ihm über die Behandlung zu verständigen. Der Krankenhausträger kann zum Gelingen des Arzt-Patienten-Gesprächs einen wichtigen Beitrag leisten, z. B. durch die Schaffung des für eine solche Interaktion notwendigen (organisatorischen) Umfeldes oder gezielte Schulung der kommunikativen Fähigkeiten seiner Mitarbeiter. Erst die Interaktion mit dem Patienten führt dazu, dass nicht ein heteronom bestimmter, allgemeiner Behandlungsstandard an ihm vollzogen wird, sondern eine individuelle Behandlung stattfindet. An die Stelle des überkommenen paternalistischen Konzepts hat eine Behandlungs- und Entscheidungspartnerschaft zu treten, welche die Kräfte von Arzt und Patient vereint, Vertrauen stärkt sowie Freiheit und Würde aller Beteiligten wahrt<sup>210</sup>. Autonome Sittlichkeit sowie Standesethik gewinnen als eine dem Recht komplementäre Ord-

207 *Becker-Schwarze/Lelgemann*, in: *Hart* (Hrsg.), *Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht*, 2005, S. 310 ff.

208 Vgl. *Lauterberg*, in: *Hart/Mattern/Trent/Lauterberg* (Hrsg.), *Risiken verringern, Sicherheit steigern*, 2009, S. 29 ff.

209 *Hart*, *MedR* 2007, 383, 389 ff.; *ders.*, *ZEFQ* 2009, 504; *ders./Becker-Schwarze*, *GesR* 2005, 1; *Thüß*, *Rechtsfragen des Critical Incident Reporting Systems*, Diss. Köln 2011, Kap. 3. Zur Haftung des Krankenhausträgers wegen Organisationsverschuldens s. A. II. 3.

210 *Jaspers*, *Die Idee des Arztes*, 1953, in: *Philosophische Aufsätze*, 1967, S. 111, 116; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 57 ff.

nungskraft Bedeutung<sup>211</sup>. Ärztliche Verantwortungsethik, die ihr Pendant in einer Patientenethik finden sollte, vermag einen wichtigen Beitrag zu leisten zum Gelingen der Arzt-Patient-Beziehung und damit zur Umsetzung der Patientenrechte<sup>212</sup>.

211 *Taupitz*, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, 1991, S. 480 ff., 545 f.; *ders.*, *MedR* 1998, 1, 3 f.

212 Näher zum beruflichen Ethos: *Wooßen*, *MedR* 2011, 232; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 67 ff.