News | Information | Events

BDAktuell

JUS-Letter
Januar 2013 | Jahrgang 13 | Ausgabe 1

SONDERAUSGABE

Das Patientenrechtegesetz: „Risiken und Nebenwirkungen“?!

Änderungen im BGB

Dr. iur. E. Biermann, Nürnberg
Ass. iur. E. Weis, Nürnberg

Am 29.11.2012 hat der Bundestag das „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ (Patientenrechtegesetz) verabschiedet. Das Gesetz muss noch im Bundesrat beraten werden, bedarf aber keiner Zustimmung der Länderkammer, so dass mit dem Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung demnächst zu rechnen ist.

Der Anästhesist muss sich mit den Neuregelungen auseinandersetzen, hat jedoch nicht zu befürchten, dass sich die Rechtslage gravierend zu seinem Nachteil verschlechtert. Denn auch wenn bekanntlich der Teufel im Detail steckt und Juristen gerne über die Auslegung einzelner Formulierungen streiten, hat doch schon bereits die Bundesregierung in der Begründung zu ihrem Gesetzentwurf festgestellt:

> *„Sämtliche in den Paragraphen 630a bis 630h BGB-E dargelegten Pflichten sind bereits durch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Arzthaftung, durch das Grundgesetz, durch die Berufsordnung der Ärzte sowie durch weitergehende besondere Gesetze geregelt“.*

Im Folgenden soll nur auf die Ergänzungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) eingegangen werden. Die Regelungen zur Fehlervermeidungskultur durch Vergütungszuschläge für Krankenhäuser, die Risikomanagement- und Fehlermeldesysteme implementieren, die Pflicht der Krankenkassen, den Patienten bei der Verfolgung von Behandlungsfehlern zu unterstützen und die Stärkung der Patientenrechte gegenüber Leistungsträgern sollen hier ebenso wie die Gefährdung der ärztlichen Approbation bei nicht ausreichender Haftpflichtversicherung nicht näher thematisiert werden.

Behandlungsvertrag und „Behandler“

Der Behandlungsvertrag wird nun ausdrücklich als Unterform des Dienstvertrages im BGB verankert (§ 630a BGB-E). Der Behandlungsvertrag wird zwischen dem Patienten und demjenigen geschlossen, der die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt (Behandler). Da es um medizinische und nicht nur um ärztliche Behandlung geht, werden in die neuen gesetzlichen Regelungen auch andere Heilberufe, z.B. Zahnarzt, Heilpraktiker, Hebammen einbezogen. Wichtig: Die gesetzliche Regelung bestimmt nicht, wer die Behandlung in Person durchführt. Der die Behandlung Zusagende, der Vertragspartner des Patienten, und der die Behandlung tatsächlich Durchführende können – z.B. im klassischen Anwendungsfall privatversicherter Patient und niedergelassener Arzt – müssen jedoch nicht identisch sein. Insbesondere im Krankenhaus ist es bei gesetzlich versicherten Patienten der Krankenhausträger, der

In dieser Ausgabe:

Das Patientenrechtegesetz: „Risiken und Nebenwirkungen“?! 32

Berufsverband Deutscher Anästhesisten
- Justitiare -
Roritzerstraße 27
90419 Nürnberg
Telefon: 0911 93378 17
0911 93378 27
Telefax: 0911 3938195
E-Mail: Justitiare@bda-ev.de
Internet: www.bda.de

als „Behandler“ die Behandlung zusagt (Ausnahme: Belegkrankenhaus) und sich bei der Behandlungsleistung seiner angestellten Mitarbeiter (als sogenannte Erfüllungsgehilfen) bedient. Der Behandler im Sinne des § 630a BGB-E und der „behandelnde Arzt“ im Krankenhaus sind also in aller Regel nicht identisch. Das ist zu beachten, wenn das Gesetz im Folgenden von den Pflichten des „Behandlers“ spricht. Doch muss der Krankenhausträger als „Behandler“ dafür sorgen, dass die gesetzlichen Vorschriften in seinem Haus umgesetzt werden. Dies bedeutet, dass die Ärzte, auch dann, wenn sie selbst nicht Behandler im Sinne des Gesetzes sind, sich an den gesetzlichen Regelungen zu orientieren haben.

§ 630 a BGB-E

(1) Durch den Behandlungsvertrag wird derjenige, welcher die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt (Behandelnder), zur Leistung der versprochenen Behandlung, der andere Teil (Patient) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist.

(2) Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.

Der Verweis auf die „bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards“ dürfte, wie bisher auch, als Hinweis auf die von den Fachgebieten definierten Standards, wie sie insbesondere in Leitlinien, Empfehlungen und auch Vereinbarungen niedergelegt sein können, verstanden werden. Dazu gehören auch die von den Fachgebieten festgelegten Kriterien der Struktur- und Prozessqualität. Beispielhaft sei hier auf die Empfehlung zur Ausstattung des anästhesiologischen Arbeitsplatzes[1] verwiesen.

Die Einhaltung des fachlichen Standards wird zwar schon seit jeher von der Rechtsprechung gefordert, allerdings haben oftmals die Krankenhausverwaltungen Gerichtsentscheidungen mit der Bemerkung „das war eine Einzelfallentscheidung, das ist auf unsere Situation nicht übertragbar“ abgetan. Insofern könnte das Patientenrechtegesetz nicht nur die Rechte von Patienten, sondern auch die Rechte von Ärzten gegenüber Krankenhausträgern verbessern.

Der Gesetzeswortlaut schließt eine Delegation ärztlicher Maßnahmen an entsprechend qualifizierte Pflegekräfte nicht aus. Unter Beachtung der fachlichen Vorgaben ist dies weiterhin möglich. An die Entschließung zur Delegation und ärztlichen Kernkompetenz in Anästhesie und Intensivmedizin sei erinnert.[2]

Informationspflichten

Der Gesetzgeber unterscheidet Informationspflichten von Aufklärungspflichten. In § 630c Abs. 2 BGB-E werden „Informationspflichten“ festgelegt, die im Wesentlichen dem entsprechen, was bislang unter den Begriffen Verlaufsaufklärung und therapeutische Aufklärung verstanden wurde. Einer Information des Patienten „bedarf es nicht, soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn die Behandlung unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Information ausdrücklich verzichtet“ (§ 630c Abs. 4 BGB-E).

§ 630c Abs. 2 S. 1 BGB-E

Der Behandelnde ist verpflichtet, dem Patienten in verständlicher Weise zu Beginn der Behandlung und, soweit erforderlich, in deren Verlauf sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen.

Zu den Informationspflichten gehört auch die sogenannte „wirtschaftliche Aufklärung“.

§ 630c Abs. 3 BGB-E

Weiß der Behandelnde, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist, oder ergeben sich nach den Umständen hierfür hinreichende Anhaltspunkte, muss er den Patienten vor Beginn der Behandlung über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung in Textform informieren. Weitergehende Formanforderungen aus anderen Vorschriften bleiben unberührt.

Diese wirtschaftliche Informationspflicht ist inhaltlich nicht neu, neu ist allenfalls, dass die Information in Textform (§ 126b BGB) zu erfolgen hat. Die Vorschrift zielt vor allem auf sogenannte IGeL-Leistungen ab. Allerdings ist die Informationspflicht nicht darauf beschränkt, dass der Behandelnde positive Kenntnis von der Unsicherheit der Kostenübernahme hat. Denn zu informieren ist auch dann, wenn sich aus den Umständen hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten nicht gesichert ist. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die wirtschaftliche Aufklärungspflicht: Der Patient kann insoweit die Bezahlung der Behandlungskosten verweigern.

Ein Novum, zumindest in dem jetzt geregelten Umfang, ist die Pflicht zur Offenbarung eigener und fremder Behandlungsfehler.

§ 630c Abs. 2 S. 2 und 3 BGB-E

Sind dem Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren zu informieren. Ist dem Behandelnden oder einem seiner in § 52 Abs. 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen ein Behandlungsfehler unterlaufen, darf die Information nach Satz 2 zu Beweiszwecken in einem gegen den Behandelnden oder gegen seinen Angehörigen geführten Straf- oder Bußgeldverfahren nur mit Zustimmung des Behandelnden verwendet werden.

1 Anästh Intensivmed 2013;54:39-42
2 Anästh Intensivmed 2007;48:712-714 und Anästh Intensivmed 2008;49:52-53

Auch bislang musste der Arzt den Patienten – ungefragt – schon über Komplikationen unterrichten, wenn eine weitergehende Diagnostik oder Therapie zur Schadensminderung notwendig war. Fragt der Patient nach, dann muss der Arzt über eigene und fremde Behandlungsfehler informieren, soweit Umstände erkennbar sind, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen. Belohnt wird derjenige, der die Information erteilt, dann jedoch nicht etwa dadurch, dass er gegen Strafverfahren – etwa bei nur leicht fahrlässigem Verhalten – „immunisiert" wird. Ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen den Betroffenen bleibt weiterhin möglich. Jedoch darf nach § 630c Abs. 2 S. 3 BGB-E die Information in einem gegen ihn oder seinen Angehörigen geführten Straf- oder Bußgeldverfahren nicht verwendet werden. Offen bleibt, welche zivilrechtlichen Konsequenzen ein Verstoß gegen diese Informationspflicht hat.

Einwilligung

In § 630d BGB-E wird die auch bislang schon bestehende Pflicht, vor Beginn des Eingriffes die Einwilligung des Patienten bzw. seines Vertreters („Berechtigten") – nach Aufklärung – einzuholen, geregelt.

§ 630d BGB-E

(1) Vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen. Ist der Patient einwilligungsunfähig, ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 die Maßnahme gestattet oder untersagt. Weitergehende Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften bleiben unberührt. Kann eine Einwilligung für eine unaufschiebbare Maßnahme nicht rechtzeitig eingeholt werden, darf sie ohne Einwilligung durchgeführt werden, wenn sie dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.

(2) Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt voraus, dass der Patient oder im Falle des Abs. 1 S. 2 der zur Einwilligung Berechtigte vor der Einwilligung nach Maßgabe nach § 630e aufgeklärt worden ist.

(3) Die Einwilligung kann jederzeit und ohne Angabe von Gründen formlos widerrufen werden.

Vorausgesetzt wird in Abs. 1, dass der Patient einwilligungsfähig ist. Die Einwilligungsfähigkeit ist von der bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeit, die mit Vollendung des 18. Lebensjahres einsetzt, zu unterscheiden. Leider definiert das Gesetz nicht, wann diese Einwilligungsfähigkeit vorliegt bzw. wann nicht.

Ist der Patient „einwilligungsunfähig", entscheidet an seiner Stelle ein „Berechtigter" (z.B. Eltern für Kinder, Bevollmächtigter, Betreuer). Die Einwilligung eines Berechtigten ist entbehrlich, wenn eine Patientenverfügung die Maßnahme gestattet oder untersagt. In der Begründung zum Gesetzentwurf[3] wird dazu ausgeführt:

> *„Eine Patientenverfügung, die eine Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme enthält, ist nur mit vorangegangener ärztlicher Aufklärung oder bei erklärtem Aufklärungsverzicht wirksam. Enthält eine Patientenverfügung keinen ausdrücklich erklärten Verzicht auf eine ärztliche Aufklärung, ist die Patientenverfügung in diesen Fällen nur als Indiz für den mutmaßlichen Willen zu werten. Es bedarf dann immer einer Entscheidung des Betreuers oder des Bevollmächtigten über die Zulässigkeit des ärztlichen Eingriffs … Die Ablehnung einer ärztlichen Maßnahme in einer Patientenverfügung ist unabhängig von einer ärztlichen Aufklärung wirksam."*

Selbstbestimmungsaufklärung

In § 630e BGB-E wird die bisherige Rechtsprechung zur Aufklärung zusammengefasst.

§ 630e Abs. 1 und Abs. 2 BGB-E

(1) Der Behandelnde ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. Dazu gehören in der Regel insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie Ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder Therapie. Bei der Aufklärung ist auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können.

(2) Die Aufklärung muss

1. mündlich durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt; ergänzend kann auch auf Unterlagen Bezug genommen werden, die der Patient in Textform erhält,
2. so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann,
3. für den Patienten verständlich sein.

Dem Patienten sind Abschriften von Unterlagen, die er im Zusammenhang mit der Aufklärung oder Einwilligung unterzeichnet hat, auszuhändigen.

Eine nur schriftliche Aufklärung ist nicht zulässig. Ergänzend darf aber auf Unterlagen Bezug genommen werden. Dem Gesetzeswortlaut lässt sich nicht entnehmen, dass die von der Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen gebilligte fernmündliche Aufklärung[4] in Zukunft nicht mehr zulässig sein soll.

3 Drucksache 17/10488 vom 15.08.2012; www.bmg.bund.de/praevention/patientenrechte/patientenrechtegesetz.html

4 Weis E, Gaibler T: BGH: Telefonische Aufklärung bei „Routineeingriffen" zulässig, BDAktuell JUS-Letter September 2010, Anästh Intensivmed 2010;51:503-505

In § 630e Abs. 2 BGB-E werden die Person des Aufklärenden und der Zeitpunkt der Aufklärung näher definiert. Eine Delegation der Aufklärung bleibt zulässig. Die aufklärende Person muss allerdings über die „notwendige Ausbildung" verfügen. Im Entwurf der Bundesregierung wurde zunächst eine notwendige „Befähigung" verlangt. In der Begründung wies die Bundesregierung darauf hin, dass die aufklärende Person

> *„die notwendige Befähigung und Qualifikation zur Durchführung"*

der Maßnahme besitzen müsse. Dies hätte, wie bisher von der Rechtsprechung auch schon gefordert, als Hinweis darauf verstanden werden können, dass die Aufklärung nach Facharztstandard des jeweiligen Fachgebietes erfolgen müsse. Mit der nun gewählten Formulierung „Ausbildung" soll, so die Bundestagsdrucksache[5] klargestellt werden,

> *„dass die Aufklärung auch durch eine Person erfolgen darf, die aufgrund ihrer abgeschlossenen fachlichen Ausbildung die notwendige theoretische Befähigung zur Durchführung der vorgesehnen Maßnahme erworben hat, auch wenn sie möglicherweise noch nicht das Maß an praktischer Erfahrung aufweist, das für die eigenständige Durchführung der Maßnahme selbst unverzichtbar ist. Durch die geforderte „Ausbildung" ist weiterhin sichergestellt, dass die Person über die nötigen Kenntnisse verfügt, um den Patienten umfassend über sämtliche für die Durchführung der Maßnahme wesentlichen Umstände aufzuklären. Die Regelung entspricht den Anforderungen aus der bisherigen Praxis und trägt insbesondere den Bedürfnissen des Krankenhausalltags Rechnung, um eine gute, medizinische Aufklärung und Behandlung von Patientinnen und Patienten mit dem vorhandenen ärztlichen Personal zu gewährleisten."*

Die Aufklärung hat rechtzeitig zu erfolgen. Der Patient soll seine Entscheidung wohl überlegt treffen können. Näher definiert wird der Zeitraum zwischen Information und Beginn des Eingriffs nicht. Insofern kann auf die bisherige Rechtsprechung zum Zeitpunkt der Aufklärung vor ambulanten und stationären Eingriffen verwiesen werden[6]. In der Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf findet sich folgender Hinweis:

> *„Bestimmte Fristen für die Zeit zwischen der Aufklärung und der Einwilligung lassen sich nicht pauschal festlegen … Wenn allerdings zwischen dem Beginn der Aufklärung und der Einleitung der Narkose etwa nur eine halbe Stunde liegt, kann im Regelfall nicht angenommen werden, dass dem Patienten ausreichend Zeit für seine Entscheidung eingeräumt wurde."*

Neu ist, dass dem Patienten Abschriften von Unterlagen, die er im Zusammenhang mit der Aufklärung oder Einwilligung unterzeichnet hat, auszuhändigen sind. Dies bedeutet, soweit technisch möglich, dem Patienten eine Durchschrift oder, wenn dies nicht möglich ist, eine Kopie des – kompletten – unterzeichneten Materials mitzugeben. Soll diese Regelung den Patienten davor schützen, dass die Unterlagen später zu seinem Nachteil manipuliert werden, dann wird man wohl eine zeitnahe Übergabe der Dokumentation verlangen müssen. Das Gesetz äußert sich nicht dazu, ob der Patient auf die Übergabe der Dokumente verzichten kann.

§ 630e Abs. 3 BGB-E

Der Aufklärung des Patienten bedarf es nicht, soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn die Maßnahme unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Aufklärung ausdrücklich verzichtet hat.

Einer Aufklärung des Patienten bedarf es (nur dann) nicht, wenn diese aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist. Dies kann der Fall sein, wenn der Aufklärung, so die Begründung der Bundesregierung – erhebliche therapeutische Gründe entgegenstehen. Die Begründung macht aber deutlich, dass es nur um „Ausnahmefälle" geht, nämlich um solche Fälle, in denen die Aufklärung

> *„das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich"*

gefährdet. Die Gefahr, dass der Patient nach Aufklärung eine medizinisch unvernünftige Entscheidung treffen könnte, soll die Aufklärungspflicht in keinem Fall einschränken dürfen. Entbehrlich ist die Aufklärung „insbesondere" dann, wenn die Maßnahme unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Aufklärung ausdrücklich verzichtet hat. An die Wirksamkeit eines solchen Verzichtes, so die Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf,

> *„werden allerdings strenge Anforderungen gestellt. Der Patient muss den Verzicht deutlich, klar und unmissverständlich geäußert und die Erforderlichkeit der Behandlung sowie deren Chancen und Risiken zutreffend erkannt haben."*

„Insbesondere" macht deutlich, dass es noch andere Gründe geben kann, warum der Patient nicht aufgeklärt werden muss. So kann von einer Information ausnahmsweise auch dann abgesehen werden, so die Begründung der Bundesregierung,

> *„wenn der Patient aus anderen Gründen, etwa aufgrund ähnlicher Vorbehandlungen oder seines Vorwissens, über ausreichende Kenntnisse verfügt."*

§ 630e Abs. 4 BGB-E

Ist nach § 630d Absatz 1 Satz 2 die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, ist dieser nach Maßgabe der Absätze 1 bis 3 aufzuklären.

Da nach § 630e Abs. 3 BGB-E nur der Patient auf Aufklärung und dies auch nur „ausdrücklich" verzichten kann, findet sich in der Begründung der Bundesregie-

5 Drucksache 17/11710 vom 28.11.2012 (Seite 38); www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Laufende_Verfahren/P/Patientenrechte/1711710_Beschlussempfehlung_und_Bericht_Patientenrechte.pdf

6 Biermann E, Weis E: Zeitpunkt der Aufklärung bei Notfällen, BDAktuell JUS-Letter Juni 2008, Anästh Intensivmed 2008;49:353-354; Biermann E, Weis E: Zeitpunkt der Aufklärung bei vorinformierten Patienten, BDAktuell JUS-Letter Dezember 2009, Anästh Intensivmed 2009;50:757-758; Biermann E.: Zeitpunkt der Aufklärung – Repetitorium, BDAktuell JUS-Letter März 2010, Anästh Intensivmed 2010;51:188-189

rung zu § 630e Abs. 4 BGB-E bezüglich der Aufklärung der Personen, die als „Berechtigte" anstelle des einwilligungsunfähigen Patienten entscheiden, der Hinweis, dass es

„einem zur Einwilligung Berechtigten… nicht möglich sein (soll) … auf die Aufklärung über den Eingriff in die Rechtsgüter des Patienten zu verzichten."

§ 630e Abs. 5 BGB-E

Im Fall des § 630d Absatz 1 Satz 2 sind die wesentlichen Umstände nach Absatz 1 auch dem Patienten entsprechend seinem Verständnis zu erläutern, soweit dieser aufgrund seines Entwicklungsstandes und seiner Verständnismöglichkeiten in der Lage ist, die Erläuterung aufzunehmen, und soweit dies seinem Wohl nicht zuwider läuft. Absatz 3 gilt entsprechend.

Das Gesetz legt in § 630e Abs. 5 BGB-E die Pflicht fest, auch einen einwilligungsunfähigen Patienten zu Informieren. Es handelt sich hier aber nur um eine reine Information. Die Entscheidung über die vorzunehmenden Maßnahmen trifft der hierzu Berechtigte (z.B. Betreuer, Bevollmächtigter).

Dokumentation

Im Arzthaftungsprozess kommt der Dokumentation eine entscheidende Bedeutung zu. Bei Fehlen oder Mängeln der Dokumentation wird der Arzt, der in soweit dann mit dem Beweis belastet ist, nur schwer nachweisen können, wie er die Behandlung durchgeführt hat.

Bereits die Berufsordnung (§ 10 Abs. 1 MBO) enthält die Pflicht zur Dokumentation. Zum Inhalt der Dokumentation führt der BGH in seinem Urteil vom 24.01.1989 aus:

„Aufzuzeichnen sind… die für die ärztliche Diagnostik und Therapie wesentlichen medizinischen Fakten in einer für den Fachmann hinreichend klaren Form… Die ärztliche Dokumentation dient vor allem therapeutischen Belangen"[7].

Die Dokumentation kann auch elektronisch geführt werden.

§ 630f BGB-E

(1) Der Behandelnde ist verpflichtet, zum Zweck der Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung eine Patientenakte in Papierform oder elektronisch zu führen. Berichtigungen und Änderungen von Eintragungen in der Patientenakte sind nur zulässig, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen worden sind. Dies ist auch für elektronisch geführte Patientenakten sicherzustellen.

(2) Der Behandelnde ist verpflichtet, in der Patientenakte sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen. Arztbriefe sind in die Patientenakte aufzunehmen.

(3) Der Behandelnde hat die Patientenakte für die Dauer von 10 Jahren nach Abschluss der Behandlung aufzubewahren, soweit nicht nach anderen Vorschriften andere Aufbewahrungsfristen bestehen.

Werden Einträge in der Patientenakte berichtigt oder geändert, muss zukünftig der ursprüngliche Inhalt erkennbar bleiben. Außerdem muss erkennbar sein, wann die Änderung erfolgt ist. Nach dem Gesetzeswortlaut muss aus der Dokumentation allerdings nicht hervorgehen, wer die Änderung vorgenommen hat.

Schon nach der Musterberufsordnung war der Arzt verpflichtet, die Dokumentation 10 Jahre lang aufzubewahren. Da der Patient u.U. aber auch noch bis zu 30 Jahren Ansprüche aus einer angeblich fehlerhaften Behandlung geltend machen kann, kann die 10-Jahres-Grenze nur das untere Limit darstellen.

Wie die Formulierung zu verstehen ist, dass die Dokumentation „in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang" zu erfolgen hat, wird die Rechtsprechung zu konkretisieren haben.

Einsichtsrecht des Patienten

Schon nach der bisherigen Rechtsprechung hat der Patient einen Anspruch auf Einsicht in die ihn betreffenden (objektiven) Krankenaufzeichnungen[8]. Dies beinhaltet auch den Anspruch auf Überlassung einer vollständigen Kopie der Krankenakte gegen Erstattung der Kopierkosten[9]. Das Patientenrechtegesetz fasst die Rechtsprechung zusammen und konkretisiert die Einsichtsrechte der Erben und Angehörigen nach dem Tod des Patienten.

§ 630g BGB-E

(1) Dem Patienten ist auf Verlangen unverzüglich Einsicht in die vollständige, ihn betreffende Patientenakte zu gewähren, soweit der Einsichtnahme nicht erhebliche therapeutische Gründe oder sonstige erhebliche Rechte Dritter entgegenstehen. Die Ablehnung der Einsichtnahme ist zu begründen. § 811 ist entsprechend anzuwenden.

(2) Der Patient kann auch elektronische Abschriften von der Patientenakte verlangen. Er hat dem Behandelnden die entstandenen Kosten zu erstatten.

(3) Im Fall des Todes des Patienten stehen die Rechte aus den Abs. 1 und 2 zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen seinen Erben zu. Gleiches gilt für die nächsten Angehörigen des Patien-

7 Biermann E, Weis E: Ärztliche Dokumentationspflicht aus rechtlicher Sicht, BDAktuell JUS-Letter September 2004, Anästh Intensivmed 2005;46:53-56

8 BGH NJW 1985,674

9 Weis E: Einsicht in die Krankenakte: Erstattung der Kopierkosten?, BDAktuell JUS-Letter Juni 2010, Anästh Intensivmed 2010;51:367-368

ten, soweit sie immaterielle Interessen geltend machen. Die Rechte sind ausgeschlossen, soweit der Einsichtnahme der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Patienten entgegensteht.

Ging die Rechtsprechung bislang davon aus, dass der Patient nur ein Einsichtsrecht in die objektiven, jedoch nicht in die subjektiven, persönlichen Aufzeichnungen des Arztes hat, geht der Gesetzgeber hier weiter. Der Patient hat das Recht auf Einsicht in die „vollständige Patientenakte". Es wird Fälle geben (z.B. in der Psychotherapie) in denen es aus therapeutischen Gründen „kontraproduktiv" ist, dem Patienten diese Einsicht zu gewähren. Zwar darf der Arzt dann die Einsicht verweigern, muss die Ablehnung der Einsichtnahme allerdings begründen.

Beweislastverteilung

Schließlich regelt der Gesetzgeber in § 630h BGB-E die Verteilung der Beweislast und zwar beim sogenannten allgemeinen Behandlungsrisiko (Abs. 1), bei Einwilligungs-/Aufklärungsfehlern (Abs. 2), bei Aufzeichnungs-/Dokumentationsfehlern (Abs. 3), bei Anfängerfehlern (Abs. 4) sowie beim groben Behandlungsfehler/"einfachen" Befunderhebungsfehler (Abs. 5). Zu der im Vorfeld gefürchteten „kompletten" Beweislastumkehr zum Nachteil der „Behandler" ist es nicht gekommen. Der Gesetzgeber wollte mit diesen Regeln zur Beweislastverteilung die Rechtsprechung in gesetzliche Form gießen.

§ 630h BGB-E

(1) Ein Fehler des Behandelnden wird vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat.

(2) Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e aufgeklärt hat. Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.

(3) Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Abs. 1 oder Abs. 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Abs. 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat.

(4) War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war.

(5) Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, dass Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.

Schon bislang war der Arzt mit dem Beweis belastet, dass er seine Aufklärungspflichten zur Einholung einer wirksamen Einwilligung erfüllt hat. Bei Aufklärungsfehlern bleibt dem Arzt nach wie vor die Möglichkeit, den Beweis der hypothetischen Einwilligung zu führen, doch stellt die Rechtsprechung daran strenge Anforderungen.

Soweit im Gesetz „Vermutungen" angestellt werden, hat der „Behandelnde" immer noch die Chance gemäß § 292 Zivilprozessordnung (ZPO) den Beweis des Gegenteils anzutreten.

Schlussbemerkung

Es ist abzuwarten, wie sich das Gesetz in der Praxis bewährt, wie es von der Rechtsprechung ausgelegt wird. Die bisherige Rechtsprechung erging im Wesentlichen vor dem Hintergrund des (zivilrechtlichen) Deliktsrechtes (§§ 823 ff. BGB). Vertragliche Ansprüche haben in der Vergangenheit eine eher untergeordnete Rolle gespielt. In Zukunft wird sich das Verhältnis der vertragsrechtlichen Regelung zu den Vorschriften des Deliktsrechts und der dazu ergangenen Rechtsprechung neu justieren. Die Bundesregierung vermutet in der Begründung zum Gesetzentwurf, dass

> *„die Haftung aus Delikt neben der vertraglichen Haftung womöglich an eigenständiger Bedeutung einbüßen"*

wird. Aber auch der umgekehrte Fall ist denkbar.