

Stärkung und Weiterentwicklung der Patientenrechte in Deutschland



Barrierefreier Inhalt

www.sovd.de/Gutachten-Patientenrechte

Stärkung und Weiterentwicklung der Patientenrechte in Deutschland

Rechtswissenschaftliches Gutachten
im Auftrag des Sozialverband Deutschland e. V.
31. Dezember 2021

Prof. Dr. iur. Thomas Gutmann
Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht,
Rechtsphilosophie und Medizinrecht
an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Inhalt

Zusammenfassung: Handlungsbedarf 5

A. Einleitung 8

B. Untersuchungsfelder 11

I. Beweisrecht 11

1. Grundsätze 11
2. „Beweismaßreduktion“ hin zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit für den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem geltend gemachten Gesundheitsschaden 12
3. Grober Behandlungsfehler (§ 630h Abs. 5 BGB) 17
4. Hygienemängel 22
5. Weitere Beweisregeln 23

II. Ergänzung: Härtefallfonds 28

III. Interessengerechte Information der Patient*innen 30

1. Das Einsichtsrecht der Patient*innen 30
2. Informationspflicht über Vertragspartner 38
3. Informationspflicht bei Behandlungsfehlern ohne Nachfrage (§ 630c Abs. 2 S. 2 BGB) 41
4. Mitteilung über Verdacht auf drittverursachte Schäden, z.B. durch Produkthersteller 47

IV. § 66 SGB V: Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern 48

1. Verzahnung von Privat- und Sozialrecht 48
2. Probleme betroffener Patient*innen in der Realität der Rechtsverfolgung 48
3. Voraussetzungen des Anspruchs 50
4. Antragsprinzip 55
5. Anspruchsinhalt 56
6. Fazit zu § 66 SGB V 69

Zusammenfassung: Handlungsbedarf

Um die mit dem im Jahr 2013 in Kraft getretenen „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ angekündigte **Verbesserung** der Rechte von Patient*innen tatsächlich herzustellen, besteht weiterer gesetzlicher Regelungsbedarf.

1. Der Gesetzgeber sollte die Geltung der allgemeinen Prinzipien des vertraglichen Haftungsrechts für die Haftung im Rahmen des Behandlungsvertrags wiederherstellen. Er sollte zu diesem Zweck anordnen, dass der Patient nur die Pflichtverletzung des Behandelnden – die nach dem Standard des § 630a Abs. 2 BGB fehlerhafte Behandlung – nach Maßgabe des § 286 ZPO nachzuweisen hat und dass hinsichtlich der Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler und dem Eintritt sowie der Höhe des Schadens § 287 ZPO anzuwenden ist. Den Gerichten soll es jedenfalls möglich sein, den Anspruch bereits dann anzuerkennen, wenn die haftungsbegründende Kausalität nur überwiegend wahrscheinlich ist (→Seite 12 ff.).
2. Auf dieser Grundlage kann die Beweisregelung bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers (§ 630h Abs. 5 BGB) im Grunde unverändert bleiben. Es sollte aber erwogen werden, dann, wenn der Sachverständige einen Behandlungsfehler annimmt und zumindest konkrete Anhaltspunkte dafür feststellt, dass es sich um einen groben Fehler handelt, dem Behandelnden die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass sein Fehler nicht grob war (→Seite 17 ff.).
3. Als § 630h Abs. 1 S. 2 BGB (neu) sollte die Regel übernommen werden, dass ein Fehler des Behandelnden auch vermutet wird, wenn er die (die Krankenhaus- und die Prävention von Infektionen mit resistenten Krankheitserregern) betreffenden Empfehlungen nach § 23 IfSG nicht beachtet und auch keine mindestens gleichwertigen Maßnahmen angewendet hat (→Seite 22 ff.).
4. Wurde eine Maßnahme dokumentiert, die einen Behandlungsfehler darstellt, wenn sie tatsächlich durchgeführt worden wäre, sollte gemäß § 630h Abs. 3 BGB vermutet werden, dass sie tatsächlich erfolgt ist. § 630h Abs. 3 BGB sollte deshalb um einen Satz 2 ergänzt werden, dem zufolge dann, wenn der Behandelnde eine Maßnahme bzw. ihr Ergebnis in der Patientenakte aufgezeichnet hat, der Inhalt der Aufzeichnung zugunsten des Patienten als richtig unterstellt wird, wenn der Behandelnde nicht das Gegenteil nachweist (→Seite 27).
5. Neben der genannten Stärkung der Stellung der Patient*innen im bestehenden Haftungssystem sollte ergänzend ein Härtefallfonds mit gedeckelten Ansprüchen eingeführt werden, um besonders gelagerte Einzelfälle, die durch das Raster der abstrakt-generellen Regeln des Haftungssystems fallen und von diesen nicht gerecht entschieden werden können, verschuldensunabhängig aufzufangen (→Seite 28 f.).

6. In einem neuen § 630g Abs. 1 S. 5 BGB sollte festgehalten werden, dass sich das Einsichtsrecht des Patienten bei berechtigtem Interesse auch auf die Hygienepläne des Krankenhauses, die in § 23 Abs. 4 und Abs. 5 des Infektionsschutzgesetzes genannten anonymisierten Unterlagen sowie auf weitere Unterlagen und Aufzeichnungen erstreckt, hinsichtlich derer ein Zusammenhang mit der Behandlung des Patienten besteht oder bestehen kann (→Seite 36 ff.).
7. Für den Fall, dass die Patient*innen von ihrem Recht Gebrauch machen, elektronische Abschriften von ihrer Patientenakte zu verlangen, sollte der Behandelnde verpflichtet werden, die Vollständigkeit der von ihm zur Verfügung gestellten bzw. übermittelten Abschriften zu bestätigen. Im Interesse der Patient*innen sollte hinsichtlich der Verjährung ihrer möglichen Schadensersatzansprüche aus dem Behandlungsvertrag zudem rechtssicher festgehalten werden, dass der Lauf der Verjährungsfrist frühestens ab dem Zeitpunkt beginnt, zu dem die vollständige Patientenakte vom Patienten eingesehen werden konnte (→Seite 37 f.).
8. Als § 630c Abs. 2 S. 4 BGB (neu) sollte festgeschrieben werden, dass der Träger der Einrichtung, in deren Räumlichkeiten die Behandlung stattfand oder von der sie veranlasst wurde, auf Nachfrage dem Patienten bei berechtigtem Interesse die Namen seines Vertragspartners und der ihn tatsächlich behandelnden Personen zu nennen hat (→Seite 38 ff.).
9. Die Pflicht des Behandelnden, dem Patienten Tatsachen mitzuteilen, die das Vorliegen eines Behandlungsfehlers möglich oder naheliegend erscheinen lassen (§ 630c Abs. 2 S. 2 BGB), sollte künftig generell, auch ohne Nachfrage des Patienten, bestehen (→Seite 41 ff.).
10. Die Norm des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB sollte zugleich ergänzt werden und festhalten, dass dann, wenn für den Behandelnden Umstände erkennbar sind, die die Annahme eines Behandlungsfehlers **oder die Möglichkeit eines drittverursachten Schadens beispielsweise durch den Hersteller eines Medizin- oder Blutprodukts** begründen, er den Patienten über diese zu informieren hat (→Seite 47 f.).
11. Auch die sozialrechtliche Norm des § 66 SGB V, die die Unterstützung der gesetzlich versicherten Patient*innen durch ihre Krankenkassen im Falle eines Behandlungsfehlerverdachts regelt, sollte novelliert werden. Es empfiehlt sich eine gesetzliche Klarstellung, wann und unter welchen Umständen im Falle eines Mitgliedschaftswechsels auch die ehemalige Krankenkasse des Patienten aus § 66 SGB V verpflichtet ist (→Seite 48 ff., →Seite 51 f.).
12. Dabei wäre zugleich eine Ungenauigkeit im Text der Norm des § 66 SGB V zu korrigieren und klarzustellen, dass für die Unterstützungspflicht der Krankenkassen ein **vermuteter** Behandlungsfehler, aus dem ein Schadensersatzanspruch entstanden sein **könnte**, ausreicht (→Seite 52).

13. Es empfiehlt sich zudem, in § 66 Satz 1 SGB V die Formulierung „aus Behandlungsfehlern“ um den Zusatz „und Fehlern bei der Selbstbestimmungsaufklärung“ zu ergänzen (→Seite 53 f.).
14. § 66 SGB V sollte um eine Bestimmung des Inhalts erweitert werden, dass dann, wenn sich bereits aus den bei den Krankenkassen vorhandenen Daten und Informationen offensichtliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass einem Versicherten durch einen möglichen Behandlungsfehler oder einen Fehler bei der Einwilligungsaufklärung ein nicht nur geringfügiger Schaden entstanden sein könnte, die Krankenkassen den Versicherten hiervon zu unterrichten und auf sein Antragsrecht auf Unterstützungsleistungen aus dieser Vorschrift hinzuweisen haben (→Seite 55 f.).
15. Insbesondere sollte § 66 S. 1 SGB V de lege ferenda zu einer Muss-Vorschrift umgestaltet werden (→Seite 58).
16. Es ist zu empfehlen, konkretere Vorgaben zur Verpflichtung der gesetzlichen Krankenkassen in § 66 SGB V zu verankern, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise die Patientinnen und Patienten beim Nachweis eines Behandlungsfehlers zu unterstützen sind (→Seite 59 ff.).

A. Einleitung

Am 26.2.2013 trat das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (PatRG) in Kraft.¹ Im Zentrum stand die Kodifikation der Grundsätze des Arzthaftungs- und Behandlungsrechts, die über einen langen Zeitraum von etwa 120 Jahren rein richterrechtlich entwickelt worden waren und durch das PatRG unter dem Untertitel **Behandlungsvertrag** als §§ 630a bis 630h BGB in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt wurden.

Die Gesetzesbegründung² benannte als Hauptziele des PatRG neben der Beseitigung von Unsicherheiten, die sich aus der bisherigen Rechtsprechung ergaben, die Herstellung von Transparenz und Rechtssicherheit.³ Die Patient*innen⁴ sollten nunmehr „ihre wichtigsten Rechte möglichst selbst im Gesetz nachlesen können“.⁵ Man setzte zudem auf die Erhöhung der „Signalwirkung, die von verbindlichen, gesetzlich festgelegten Rechten und Pflichten ausgeht“.⁶ Grundsätzlich war die Kodifikation trotz der überwiegend kritischen Aufnahme in der rechtswissenschaftlichen Literatur⁷ zu begrüßen, denn im Laufe der Zeit hatte sich das richterrechtliche Arzthaftungs- und Behandlungsrecht zu einer komplexen Spezialmaterie mit einer schwer überschaubaren Kasuistik entwickelt, von der jedoch die Bevölkerung in hohem Maße betroffen ist, allein schon deshalb, weil praktisch jede und jeder im Laufe des Lebens eine Vielzahl von Behandlungsverträgen abschließt.

Die Gesetzesbegründung betonte damals zurecht, dass richtig verstandene Patientenrechte nicht auf rechtliche Bevormundung setzen, sondern sich am „Leitbild der mündigen Patientin, des mündigen Patienten“ orientieren.⁸ Dem Gesetz liege insgesamt der „Partnerschaftsgedanken zwischen dem Behandelnden und dem Patienten“ zugrunde.⁹ Damit wurde nachvollzogen, was die Rechtsprechung im Laufe vieler Jahrzehnte allmählich herausgearbeitet hat: Es ist bereits von Verfassungs wegen geboten, entgegen den traditionellen paternalistischen Leitbildern das Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen ins Zentrum zu stellen.¹⁰

Diese positive Entwicklung kann indessen nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich beim Arzt-Patienten-Verhältnis nach wie vor um eine Partnerschaft zwischen sehr ungleichen Partnern handelt, denn zwischen den Behandelnden und den Patient*innen

1 Zum Gesetzgebungsprozess vgl. Staudinger–Gutmann, 2021, Einleitung §§ 630a-h BGB, Rn. 1 f. m.w.N.

2 Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, BT-Drucks 17/10488 vom 15.08.2012.

3 A.a.O., 9.

4 In den §§ 630a-630h BGB wird ausschließlich das generische Maskulinum verwendet und auf „den Behandelnden“ und „den Patienten“ abgestellt. Gleiches gilt für den überwiegenden Teil der Rechtsprechung. Eine gendergerechte Sprache lässt sich in diesem Gutachten deshalb nicht bruchlos durchhalten.

5 Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, BT-Drucks 17/10488 vom 15.08.2012.

6 Ebenda.

7 Überblick hierzu Staudinger–Gutmann, 2021, Einleitung §§ 630a-h BGB, Rn. 6.

8 Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, BT-Drucks 17/10488 vom 15.08.2012, 9.

9 A.a.O., 21.

10 Ausführlich hierzu Staudinger–Gutmann, 2021, Einleitung §§ 630a-h BGB, Rn. 13-26.

besteht eine erhebliche Informations- und Wissensasymmetrie.¹¹ Die Behandelnden verfügen über medizinisches Fach- und Sachwissen, sie haben aus erster Hand Kenntnis über die Umstände und den tatsächlichen Verlauf einer Behandlung, sie erstellen die Behandlungsdokumentationen und haben sie in ihrem Besitz. Die Patient*innen hingegen sind im Normalfall medizinische Laien. Die Umstände und den tatsächlichen Verlauf einer Behandlung, die zumeist innerhalb der ihnen unbekanntem Organisationsstruktur der Behandelnden stattfindet, können sie häufig nur unvollständig wahrnehmen und erfassen. Auch können sie als Laien die Abläufe in einer Behandlungssituation und deren Folgen für ihre Gesundheit in ihrer medizinischen Bedeutung nicht vollständig einordnen. In besonderer Weise trifft dies auf Behandlungssituationen zu, in denen Patient*innen sediert, narkotisiert oder krankheitsbedingt in ihrer Wahrnehmungsfähigkeit beeinträchtigt sind.¹²

Wegen der Komplexität und mangelnden Beherrschbarkeit der Vorgänge im menschlichen Organismus und seiner Reaktionen auf Behandlungsmaßnahmen führen auch sorgfaltsgemäße medizinische Eingriffe und Maßnahmen nicht mit Sicherheit zu dem erwünschten Heilerfolg.¹³ Deshalb wird zu Recht ein Behandlungsfehler nur dann bejaht, wenn bei der Behandlung vom maßgeblichen medizinischen Standard in negativer Hinsicht abgewichen wurde.¹⁴ Sobald aber der Verdacht eines Behandlungsfehlers im Raum steht, tritt die strukturelle Unterlegenheit der Patient*innen besonders deutlich hervor, denn ungeachtet der zwischen ihnen und den Behandelnden bestehenden Wissens- und Informationsasymmetrie müssen sie nach geltender Rechtslage den Vollbeweis nicht nur für den Behandlungsfehler und den Schaden, sondern auch für die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Schaden erbringen.¹⁵

Hinzu kommt eine weitere Form von Ungleichheit, die dem Arzt-Patienten-Verhältnis von vorneherein und unveränderbar eingeschrieben ist: Wegen der Bedeutung der auf Seite der Patient*innen betroffenen Rechtsgüter – dem Leben, der Gesundheit und der körperlichen Unversehrtheit – sind sie in dieser Beziehung von Anfang an die Vulnerableren. Patient*innen sind deshalb darauf angewiesen, ihren Behandelnden zu vertrauen, ebenso wie die Behandelnden darauf angewiesen sind, dass ihnen dieses Vertrauen entgegengebracht wird. Blind sollte das Vertrauen allerdings nicht sein – dies wäre eine Rückkehr zum überwundenen paternalistischen Leitbild. Es ist vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, robuste rechtliche Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass sich mündige Patient*innen auf Basis einer begründeten Entscheidung im Wissen um ihre Rechte zum Vertrauen entschließen können. Die gesetzliche Verankerung von starken, transparenten und durchsetzbaren Patientenrechten leistet hierzu den

11 Eingehend hierzu Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 3 f. Vgl. auch die Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, BT-Drucks 17/10488 vom 15.08.2021, 29.

12 Alexandra-Lang-Stiftung, „Für mehr Fairness“: Zentrale Forderungen der Alexandra-Lang-Stiftung für eine weitere Stärkung des Patientenrechts, Stand 21.2.2021, 2, al-stiftung.com/infos-als-pdf/AL-Stiftung_zentrale_Forderungen_Patientenrechte.pdf (28.11.2021).

13 BT-Drucks 17/10488, 17.

14 Ausführlich zum Begriff des medizinischen Standards Staudinger–Gutmann, 2021, § 630a Rn. 130-171 mit zahlreichen w.N.

15 Siehe unten, B.I.2.

wichtigsten Beitrag. Dies betrifft nicht nur die Vorschriften zum Behandlungsvertrag im BGB, sondern auch im Sozialrecht, namentlich § 66 SGB V, der die Unterstützung der gesetzlich versicherten Patient*innen durch ihre Krankenkassen im Falle eines Behandlungsfehlerverdachts regelt.

Die Intention des Gesetzgebers des Patientenrechtegesetzes, Transparenz, Rechtssicherheit und Signalwirkung zu schaffen, war berechtigt und lässt sich nicht als bloße Symbolpolitik abtun. Nach fast einer Dekade ist es aber an der Zeit, Bilanz zu ziehen und kritisch zu hinterfragen, ob die mit dem PatRG verfolgten gesetzgeberischen Ziele erreicht worden sind und ob diese Ziele von vorneherein ambitioniert genug waren, um die im Gesetzestitel immerhin angekündigte **Verbesserung** der Rechte von Patientinnen und Patienten tatsächlich herzustellen. In diesem Sinne prüft die vorliegende Untersuchung einige besonders relevante Rechtsnormen, die durch das PatRG eingeführt bzw. (wie im Falle des § 66 SGB V) modifiziert wurden, auf Intransparenzen, Inkonsistenzen, Systemwidrigkeiten und Gerechtigkeitsdefizite und benennt den sich hieraus ergebenden Regelungsbedarf.

B. Untersuchungsfelder

I. Beweisrecht

1. Grundsätze

Im Bereich des Behandlungsvertrags bestehen im Schadensfall spezifische Beweisprobleme, die ihren Hauptgrund darin haben, dass wegen der Komplexität und mangelnden Beherrschbarkeit der Vorgänge im menschlichen Organismus und seiner Reaktionen auf Behandlungsmaßnahmen¹⁶ auch sorgfaltsgemäße medizinische Eingriffe nicht mit Sicherheit zu dem erwünschten Heilerfolg führen. Insbesondere die für Ursachenzusammenhänge jeweils beweisbelastete Partei befindet sich deshalb regelmäßig in einer strukturellen Beweisnot, so dass die Frage, wer diese Last zu tragen hat, meist über den Ausgang des Prozesses entscheidet. Im Schadensfall bleibt der hypothetische Zustand bei pflichtgemäßer Behandlung in der Regel unklar und spekulativ; sehr oft kann über den konkreten Kausalzusammenhang objektiv nicht entschieden werden. Dann gilt, dass sich „[d]ie Ungewissheit darüber, ob der Patient bei hypothetisch-sorgfaltsgemäßer Behandlung gesund geworden wäre, [...] von niemandem aufklären“¹⁷ lässt. Die Beweisregeln stellen deshalb das „Gravitationszentrum für Haftungsverlagerungen im Arzthaftungsrecht“¹⁸ dar.

Eine grundsätzliche „Waffengleichheit“ und mithin eine faire Verteilung der Beweisführungs- und Beweislast sind deshalb gerade im Arzthaftungsprozess verfassungsrechtlich gebotene Erfordernisse des Gleichheitssatzes wie auch des Rechtsstaatsprinzips.¹⁹ Schon deshalb könnte eine vollständige Beweislastumkehr zu Lasten des Behandelnden dem Ziel, einen fairen Ausgleich zwischen den Beteiligten zu schaffen, nicht dienlich sein.²⁰ Allerdings befinden sich Patient*innen im Arzthaftungsprozess im Verhältnis zum Behandlungserbringer aus mehreren Gründen in einer unterlegenen Position: Der Behandelnde verfügt über überlegenes Wissen und kontrolliert mit der Behandlungsdokumentation ein wesentliches Beweismittel; der Patient betritt das Behandlungsverhältnis als die strukturell vulnerable Partei und kann nicht selten – etwa weil er sediert oder narkotisiert ist – seine Behandlung nur eingeschränkt bewusst wahrnehmen oder gar nicht kontrollieren. Während der Behandelnde über das medizinische Fach- und Sachwissen zu den Umständen und dem Verlauf einer Behandlung verfügt, ist der Patient meist medizinischer Laie.

16 So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks 17/10488, 17.

17 Münchener Kommentar–Wagner, ⁸2020, § 630h Rn. 126 und 77 f; Wagner, Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, in: Festschrift Hirsch, 2008, 453; Schiemann, Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, in: Festschrift Canaris, 2007, 1161, 1162 (Kausalität als „black box“), 1172.

18 Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise – Entwicklungen, Perspektiven, Alternativen, MedR 2011, 201, 204.

19 BVerfG 25.7.1979 – 2 BvR 878/74, juris Rn. 68 ff., BVerfGE 52, 131.

20 Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise – Entwicklungen, Perspektiven, Alternativen, MedR 2011, 201, 206 (Dies würde zu einer Zufallshaftung und einer – in der Tat abzulehnenden – Erfolgseinstandspflicht des Arztes führen.).

Zum Zeitpunkt einer rechtlichen Auseinandersetzung über eine fehlgegangene Behandlung sind die klagenden Patient*innen häufig überdies noch durch ihre Krankheit sowie die eingetretene Schädigung und deren Folgen körperlich und seelisch belastet. Einige Veränderungen des Beweisrechts für die Behandlungsfehlerhaftung zu ihren Gunsten sind deshalb notwendig (2. und 4.), andere empfehlenswert (5.a und 5.d). Auch der Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung hält fest (S. 87): „Bei Behandlungsfehlern stärken wir die Stellung der Patientinnen und Patienten im bestehenden Haftungssystem.“²¹ Die Möglichkeiten für eine solche Stärkung werden im Folgenden erwogen.

2. „Beweismaßreduktion“ hin zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit für den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem geltend gemachten Gesundheitsschaden

Der Patient trägt nach allgemeinen Grundsätzen (die von § 630h BGB vorausgesetzt werden) die Darlegungs- und Beweislast für einen von ihm behaupteten Behandlungsfehler nach dem strengen Grundsatz des § 286 ZPO.²² Zwar erfährt der für das Vorliegen des Behandlungsfehlers beweispflichtige Patient in Bezug auf seine **Darlegungslast** Erleichterungen; an seine Substantiierungspflichten sind im Arzthaftungsprozess nur „maßvolle und verständige Anforderungen“ zu stellen, da von ihm regelmäßig keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden kann.²³ Echte **Beweiserleichterungen**, die seine Prozesssituation verbessern, kann der Patient im Hinblick auf das Vorliegen eines Behandlungsfehlers dabei aber nur ausnahmsweise in Anspruch nehmen. Diese wurden von der Rechtsprechung entwickelt und im Wesentlichen nunmehr in § 630h Abs. 1 und Abs. 3 BGB kodifiziert.²⁴ Dies ist – soweit man überhaupt im System des deutschen Beweisrechts bleiben will, anstatt zu einer Proportionalhaftung überzugehen (siehe → unten, 3.b.aa) – der konsentiertere Ausgangspunkt aller Überlegungen.

Darüber hinaus ist der Basisgrundsatz der Beweislastverteilung im Haftungsrecht des Behandlungsvertrags jedoch systemfremd.

Mit der Kodifikation des Behandlungsvertrags durch das Patientenrechtegesetz wurde das Vertragsrecht anstelle des Deliktsrechts **sedes materiae** der Arzt-

21 Vgl. bereits BT-Drucks 19/16059 vom 18.12.2019 (Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, „Opfer von Behandlungsfehlern stärken und Härtefallfonds einführen“): „Um eine faire Chance vor Gericht bei einem Behandlungsfehlerverdacht zu erwirken, muss die Beweislast für Patientinnen und Patienten bei ‚einfachen Behandlungsfehlern‘ erleichtert werden. Eine solche Erleichterung würde die Patientenseite bei der Durchsetzung ihrer Rechte vor den Gerichten erheblich stärken.“

22 BGH 28.8.2018 – VI ZR 509/17, juris Rn. 31, VersR 2018, 1510; BGH 20.3.2007 – VI ZR 158/06, juris Rn. 9, BGHZ 171, 358; BGH 24.1.1995 – VI ZR 60/94, juris Rn. 8, NJW 1995, 1618 und BGH 18.12.1990 – VI ZR 169/90, juris Rn. 10 m.w.N., VersR 1991, 310.

23 BGH 18.2.2020 – VI ZR 280/19, juris Rn. 9, MedR 2020, 924; BGH 28.8.2018 – VI ZR 509/17, juris Rn. 33, VersR 2018, 1510; BGH 16.8.2016 – VI ZR 634/15, juris Rn. 14, VersR 2016, 1380; BGH 24.2.2015 – VI ZR 106/13, juris Rn. 19, NJW 2015, 1601; BGH 8.6.2004 – VI ZR 199/03, juris Rn. 28, BGHZ 159, 245; BeckOK-Katzenmeier, Stand 1.2.2021, § 630h Rn. 15; Münchener Kommentar-Wagner, ⁸2020, § 630h Rn. 10.

24 Umfassend auch Katzenmeier, Beweisrecht – Unerlaubte Handlungen. § 823 BGB Anhang: Arzthaftung, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast III, ⁴2019, § 823 Anhang III, 88 ff.

(bzw. Behandelnden-)haftung.²⁵ Die Haftung des Behandelnden nach §§ 630a, 280 BGB ist eine vertragliche. Die Grundnorm des vertraglichen Haftungsrechts, § 280 Abs. 1 BGB, setzt – anders als § 823 Abs. 1 BGB – keine Rechtsgutsverletzung voraus, sondern knüpft den Schadensersatz an die Pflichtverletzung.²⁶ Im Recht des Behandlungsvertrags ist dies die Verletzung der Pflicht zu einer standardgemäßen (d.h. nicht fehlerhaften) Behandlung. Eine Pflichtverletzung hat nach § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB die Pflicht zum Ersatz „des hierdurch entstehenden Schadens“ zur Folge.²⁷ Dies ist jeder Schaden, der durch die verschuldete Pflichtverletzung verursacht wurde und mit ihr in einem Zurechnungszusammenhang steht.²⁸ Nach dem üblichen Beweismaß bei der Vertragshaftung gemäß § 280 Abs. 1 BGB müsste der geschädigte Patient also nach Maßgabe des § 286 ZPO nur die Pflichtverletzung des Behandelnden – die fehlerhafte Behandlung – als solche nachweisen.²⁹ Stünde diese fest, unterfiele die Frage, ob und in welcher Höhe dem Patienten durch diese Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist, § 287 ZPO³⁰, dem zufolge das Gericht „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung“ entscheidet. Hier kann und wird zur Überzeugungsbildung des Gerichts eine **überwiegende Wahrscheinlichkeit** des Ursachenzusammenhangs genügen,³¹ es reicht hierzu prinzipiell aus, dass der Patient Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt, die für eine Beurteilung nach § 287 ZPO ausreichende greifbare Anhaltspunkte bieten.³² Kurz: Eine „Beweismaßreduktion“ hin zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit

25 BT-Drucks 17/10488, 17 f.; Münchener Kommentar–Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 1071; anderer Ansicht Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, 817, 823.

26 Staudinger–Schwarze, 2019, § 280 Rn. C 1; Münchener Kommentar–Ernst, ⁸2020, § 280 Rn. 4.

27 Weil der „fachliche Standard“ des § 630a Abs. 2 BGB ein objektiv-typisierender Maßstab ist (vgl. Münchener Kommentar–Wagner, ⁸2020, § 630a Rn. 119; Taupitz, Patientenrechtegesetz: Hemmschuh für den medizinischen Fortschritt?, GesR 2015, 65, 67), ist für eine Entschuldigung gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB im Rahmen des Behandlungsvertrags grundsätzlich kein Raum (Münchener Kommentar–Wagner, ⁸2020, § 630a Rn. 22 f.).

28 BeckOGK–Riehm, Stand 1.4.2021, § 280 Rn. 315; Staudinger–Schwarze, 2019, § 280 Rn. E 1.

29 Wagner, Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, in: Festschrift Hirsch, 2008, 453, 464.

30 Dies wird außerhalb des richterrechtlichen Sonderwegs für die Arzthaftung für sonstige Schadensersatzansprüche aus Vertragsverletzung ohnehin im Grundsatz so gehandhabt, indem der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Eintritt eines daraus erwachsenen allgemeinen Vermögensschadens nach ständiger Rechtsprechung nicht zur haftungsbegründenden, sondern zu der § 287 ZPO unterfallenden haftungsausfüllenden Kausalität gerechnet wird (siehe zur Anwalts- und Notarhaftung BGH 3.12.1999 – IX ZR 332/98, juris Rn. 10, NJW 2000, 509 („Bei einem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung gehört der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Eintritt eines daraus erwachsenen allgemeinen Vermögensschadens nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht mehr zur haftungsbegründenden, sondern zur sogenannten haftungsausfüllenden Kausalität. Für den Nachweis gelten nicht die strengen Beweisführungsvoraussetzungen des § 286 ZPO, sondern die in § 287 ZPO vorgesehenen Beweiserleichterungen“) und BGH 7.3.1996 – IX ZR 169/95, juris Rn. 5 m.w.N., WM 1996, 1333 f.; zum Arbeitsrecht BAG 28.11.2019 – 8 AZR 125/18, juris Rn. 32, BAGE 169, 1 („Aufgrund von § 287 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch er ist“); für den Versicherungsmaklervertrag BGH 23.10.2014 – III ZR 82/13, juris Rn. 9, VersR 2015, 187; für die behandlungsvertragliche Haftung bereits de lege lata auch Foerste, Beweiserleichterung nach groben und einfachen Behandlungsfehlern, in: Festschrift Deutsch, 2009, 165, 169).

31 BGH 19.10.2010 – VI ZR 241/09, juris Rn. 21, NJW 2011, 375; BGH 12.2.2008 – VI ZR 221/06, juris Rn. 9, VersR 2008, 644; BGH 21.7.1998 – VI ZR 15/98, juris Rn. 10 ff, NJW 1998, 3417; BGH 24.6.1986 – VI ZR 21/85, juris Rn. 23, VersR 1986, 1121; Wagner, Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, in: Festschrift Hirsch, 2008, 453, 464.

32 Vgl. BGH 3.12.1999 – IX ZR 332/98, juris Rn. 10, NJW 2000, 509: „Nach § 287 ZPO reicht für die richterliche Überzeugung eine überwiegende, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit. Das wirkt sich auch auf die Darlegungslast des Geschädigten aus. Es genügt, daß dieser Tatsachen vorträgt und unter

für den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem geltend gemachten (Gesundheits-) Schaden wäre der **Normalfall** für eine vertragliche Haftung. Hiervon ist der Gesetzgeber mit dem Patientenrechtegesetz abgewichen, als er – ohne dies näher zu begründen – die von der Rechtsprechung **im Rahmen des Deliktsrechts** entwickelten richterrechtlichen Prinzipien ungeprüft in das Recht des Behandlungsvertrags übernommen und § 630h BGB zugrunde gelegt hat.³³ Diese deliktsrechtliche Perspektive – die der Bundesgerichtshof in Abweichung von seiner früheren Rechtsprechung³⁴ seit 1986 kurzerhand auch auf die vertragliche Arzthaftung übertragen hat³⁵ – unterscheidet insbesondere zwischen der **haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität**.³⁶ Erstere betrifft die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für die Rechtsgutverletzung als solche, also für den Primärschaden des Patienten im Sinne einer Belastung seiner gesundheitlichen Befindlichkeit. Auf dieser Grundlage muss der Patient auch beim behandlungsvertraglichen Schadensersatz die **Ursächlichkeit** der Pflichtverletzung des Behandelnden (d.h. der fehlerhaften Behandlung) für seinen Gesundheitsschaden („Primärschaden“) nach dem strengen Beweismaß des § 286 ZPO beweisen („Vollbeweis“).³⁷ Vom Richter wird im Rahmen des § 286 Abs. 1 ZPO die volle Überzeugung verlangt, dass er eine streitige Tatsachenbehauptung für wahr erachtet.³⁸ Wegen des für den Nachweis des Ursachenzusammenhangs zwischen dem Behandlungsfehler und dem geltend gemachten Gesundheitsschaden geltenden

Beweis stellt, die für eine Beurteilung nach § 287 ZPO ausreichende greifbare Anhaltspunkte bieten.“

- 33 Siehe zum Ziel des Gesetzgebers des Patientenrechtegesetzes, die verbliebenen Unterschiede zwischen Behandlungsvertrags- und Deliktsrecht weiter einzuebnen und die deliktsrechtliche Rechtsprechung samt der hierfür entwickelten Beweislastverteilung „in das Vertragsrecht [zu] spiegeln“ (Münchener Kommentar–Wagner, 8020, vor § 630a Rn. 18) und dort zu kodifizieren, BT-Drucks 17/10488, 23, 28 f, 31.
- 34 BGH 2.3.1965 – VI ZR 269/63, VersR 1965, 58 – Arzthaftung für unrichtige Diagnose („hatte sich das Berufungsgericht gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände eine freie Überzeugung darüber zu verschaffen, ob sich das gegen die Regeln ärztlicher Kunst verstoßende Verhalten der Bekl. auf die Bildung des Gehirnabszesses und der Rezidive und damit auf die Aufwendungen der zur Heilung erforderlichen Kosten ausgewirkt hat, ohne an Beweislastregeln und an die strengeren Vorschriften des § 286 ZPO über die Würdigung des Prozeßstoffes gebunden zu sein“).
- 35 Dies ist das sog. „Gleichlaufprinzip“ (Münchener Kommentar–Wagner, 8020, § 823 Rn. 1072), siehe BGH 24.6.1986 – VI ZR 21/85, juris Rn. 23, NJW 1987, 705; zustimmend Taupitz, Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen – insbesondere in der Arzthaftung?, in: Festschrift Canaris, 2007, 1231, 1240; kritisch Schiemann, Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, in: Festschrift Canaris, 2007, 1161, 1165 f und Wagner, Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, in: Festschrift Hirsch, 2008, 453, 463 f.
- 36 Paradigmatisch BGH 12.2.2008 – VI ZR 221/06, juris Rn. 9 m.w.N., VersR 2008, 644 („Der Patient hat grundsätzlich den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem geltend gemachten Gesundheitsschaden nachzuweisen. Dabei ist zwischen der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität zu unterscheiden. Erstere betrifft die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für die Rechtsgutverletzung als solche, also für den Primärschaden des Patienten im Sinne einer Belastung seiner gesundheitlichen Befindlichkeit. Insoweit gilt das strenge Beweismaß des § 286 ZPO, das einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit verlangt“).
- 37 Für die ständige, am Deliktsrecht gebildete Rechtsprechung siehe BGH 12.2.2008 – VI ZR 221/06, juris Rn. 9 m.w.N., VersR 2008, 644.
- 38 Münchener Kommentar–Prütting, 6020, § 286 ZPO Rn. 41. Die nach § 286 ZPO erforderliche Überzeugung des Richters setzt „einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet“ voraus (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH 28.1.2003 – VI ZR 139/02, juris Rn. 5, NJW 2003, 1116; BGH 12.2.2008 – VI ZR 221/06, juris Rn. 9 m.w.N., VersR 2008, 644; BGH 17.2.1970 – III ZR 139/67, juris Rn. 72, BGHZ 53, 245; Stein/Jonas–Thole, 752018, § 286 ZPO Rn. 4 und Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht, 142018, Rn. 562 m.w.N.).

strengen Beweismaßes des § 286 ZPO³⁹ werden Behandlungsfehlerklagen von Patienten deshalb in der Regel auch dann abgewiesen, wenn die Pflichtverletzung des Behandelnden mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Verletzung des Patienten geführt hat.⁴⁰ Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn das Gericht sich entschließt, einen „groben Behandlungsfehler“ (§ 630h Abs. 5 BGB, siehe → unten 3.) anzunehmen und sich dadurch die prozessentscheidende Beweislast für die Kausalität des Behandlungsfehlers für den geltend gemachten Gesundheitsschaden gegen den Behandelnden kehrt. Seit jeher wird deshalb die mit materiellen Gerechtigkeitsüberlegungen kaum vereinbare Zufallsbestimmtheit dieses „Alles-oder-Nichts-Prinzips“ kritisiert, das systematisch unbillige Entscheidungen produziere.⁴¹

In der vertraglichen Haftung hat die von der Rechtsprechung vorgenommene Unterscheidung nach Primärschaden (Rechtsgutsverletzung im Sinn des § 823 BGB) und Sekundärschäden jedoch keinen Platz.⁴² Schon mit der Schuldrechtsreform 2001, spätestens aber mit der Kodifikation der §§ 630a-h BGB im Jahr 2013 wäre es nötig gewesen, dies zu ändern. Stattdessen hat der Gesetzgeber sich bei Erlass des Patientenrechtegesetzes der Bequemlichkeit halber entschlossen, diese Sonderlinie der Rechtsprechung im Haftungsrecht des Behandlungsvertrags weiterlaufen zu lassen. Er hat hierdurch, mit anderen Worten, dem Patienten die angemessen günstige Beweisposition, die er als Vertragspartner des Behandelnden nach § 280 Abs. 1 BGB haben würde, erst einmal stillschweigend genommen, bevor er ihn hierfür durch § 630h Abs. 4 und Abs. 5 BGB – jedoch nur zu einem kleinen Teil – wieder entschädigt hat.⁴³ Diese systemfremde Ausnahme von den Prinzipien der vertraglichen Haftung für Schadensersatz sollte beseitigt werden. Es würde sich dabei nicht eigentlich um eine (untypische) „Beweislastreduktion“ handeln⁴⁴, sondern um die **Wiederherstellung** der Geltung der

39 Nur die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität und damit der Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für alle sich aus dem Primärschaden ergebenden weiteren bzw. Folgeschäden (Sekundärschaden einschließlich der Frage einer fehlerbedingten Verschlimmerung von Vorschäden) richtet sich der vom Gesetzgeber übernommenen Rechtsprechung zufolge nach § 287 ZPO und damit nach dem Grundsatz einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, siehe BGH 12.2.2008 – VI ZR 221/06, juris Rn. 9 m.w.N., VersR 2008, 644.

40 Siehe Steiner, Der grobe ärztliche Behandlungsfehler in der Praxis, VersR 2009, 473 am Beispiel der Arzthaftungskammer des LG München I: „Ich erlebe alltäglich Fälle, in denen der Sachverständige den einfachen Behandlungsfehler bejaht und einen ursächlichen Zusammenhang mit überwiegender Wahrscheinlichkeit annimmt. Diese Patienten verlieren den Prozess!“. Vgl. beispielsweise OLG Köln 20.10.2014 – I-5 U 97/14, juris Rn. 5, MedR 2015, 518 – Wahrscheinlichkeit von 50-70%, dass der Schaden ohne den Fehler vermieden worden wäre, nicht ausreichend; OLG Hamm 26.8.1998 – 3 U 201/97, VersR 2000, 325 – Erfolgchance bei regelrechter Behandlung 90 % für Beweis nach § 286 ZPO nicht ausreichend (es ging hier um einen im Operationsgebiet verbliebenen abgebrochenen Teil einer Metallzange).

41 Nachdrücklich Steiner, Der grobe ärztliche Behandlungsfehler in der Praxis, VersR 2009, 473; siehe Wagner, Gutachten, in: Verhandlungen des 66. DJT I, 2006, A 60; Schiemann, Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, in: Festschrift Canaris, 2007, 1161, 1169; Dopheide, Der grobe Behandlungsfehler – eine Beweislastverteilung nach Kollektiven?, VersR 2007, 1050; Mäsch, Umkehr der Kausalitätsbeweislast bei einem groben Pflichtenverstoß – Gefährliche Ausdehnung der BGH-Rechtsprechung, NJW 2017, 2080, 2080.

42 Mäsch, Demokratisches Schamanentum in Wahlkampfzeiten. Risiken und Nebenwirkungen des Patientenrechtegesetzes, NJW 2013, 1354, 1355; Schiemann, Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, in: FS Canaris, 2007, 1161, 1165.

43 Zustimmend dazu, dass der Gesetzgeber die „für die Arzthaftung recht unpassende Regel des § 280 I BGB korrigiert“ hat, u.a. Spickhoff, Patientenrechte und Gesetzgebung, ZRP 2012, 65, 69.

44 So terminologisch aber Teile der Literatur, z.B. Steiner, Probleme des Arzthaftungsprozesses, MedR 2021, 957, 962 (Für eine „Herabsetzung des Beweismaßes für den Primärschaden“).

allgemeinen Prinzipien des vertraglichen Haftungsrechts auch für die Haftung im Rahmen des Behandlungsvertrags. Schon hierdurch würden Patienten im Vergleich zum **status quo** ganz erhebliche Erleichterungen beim Nachweis der Kausalität zwischen Behandlungsfehler (bzw. Pflegefehler) und eingetretenem Schaden erfahren.

Der Gesetzgeber sollte deshalb zur Korrektur der vertragsrechtswidrigen Rechtsprechung⁴⁵ künftig anordnen, dass der geschädigte Patient nur die Pflichtverletzung des Behandlenden – die nach dem Standard des § 630a Abs. 2 BGB fehlerhafte Behandlung – nach Maßgabe des § 286 ZPO nachzuweisen hat **und dass hinsichtlich der Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler und dem Eintritt bzw. der Höhe des Schadens § 287 ZPO anzuwenden ist. Den Gerichten soll es möglich sein, den Anspruch des Patienten bereits dann anzuerkennen, wenn die haftungsbegründende Kausalität überwiegend wahrscheinlich ist.**⁴⁶ Diese Forderung findet nicht nur in der rechtswissenschaftlichen Literatur⁴⁷ Widerhall, sondern auch in der Richterschaft.⁴⁸ Auch Österreich und die Schweiz sind diesen Weg gegangen.⁴⁹

Hierauf zielt der Vorschlag der AOK-Gemeinschaft für einen künftigen § 630h Abs. 6 BGB:⁵⁰

„Der Patient hat das Vorliegen des Behandlungsfehlers und den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit zu beweisen. Hinsichtlich der Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler und dem Eintritt der Rechtsgutverletzung gilt der Beweis bei einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit als geführt.“

Eine präzisere und vertragsrechtsspezifischere Formulierung lautet:

„Der Patient hat vorbehaltlich der Absätze (1) und (3) das Vorliegen des Behandlungsfehlers zu beweisen. Hinsichtlich der Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler und dem Eintritt des Schadens sowie hinsichtlich der Höhe des zu ersetzenden Schadens entscheidet das Gericht vorbehaltlich der Absätze (4) und (5) unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung (§ 287 ZPO).“

45 Vgl. zum status quo BGH 4.11.2003 – VI ZR 28/03, Rn. 14 ff (Deliktsrecht).

46 § 287 ZPO erleichtert gegenüber § 286 ZPO im Rahmen einer Beweismaßsenkung die Feststellung, ob überhaupt ein Schaden eingetreten ist, welchen Umfang er hat und ob er auf dem verpflichtenden Verhalten beruht (haftungsausfüllende Kausalität), vgl. Musielak-Voit/Foerste, ¹⁸2021, § 287 ZPO Rn. 3. In der schwankenden Rechtsprechung und in der Literatur ist hinsichtlich der Abgrenzung von § 286 ZPO und § 287 ZPO im Einzelnen allerdings Vieles strittig (vgl. exemplarisch Stein/Jonas-Thole, ²³2018, § 287 ZPO Rn. 15), weswegen die im Folgenden vorgeschlagene gesetzliche Klarstellung nötig erscheint.

47 Münchener Kommentar-Wagner, ⁸2020, § 630h Rn. 127 m.w.N.; Wagner, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestags vom 4.11.2020, Punkt 12, <https://www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse19/a14/> (28.11.2021); Fleischer, Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, JZ 1999, 766, 773 f.; Schmidt, Der ärztliche Behandlungsfehler im Spannungsfeld zwischen medizinischem Versagen und juristischer Problembearbeitung, MedR 2007, 693, 698; Schiemann, Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, in: Festschrift Canaris, 2007, 1161, 1173 f.; ablehnend Katzenmeier, Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZZZ 117 [2004] 187, 197 ff. und Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise – Entwicklungen, Perspektiven, Alternativen, MedR 2011, 201, 206.

48 Jüngst mit Nachdruck der Vorsitzende des „Arzthaftungssenates“ am OLG München, Steiner, Probleme des Arzthaftungsprozesses, MedR 2021, 957, 962.

49 Vgl. näher Steiner, Probleme des Arzthaftungsprozesses, MedR 2021, 957, 962.

50 Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 33.

In dieser notwendigen Korrektur läge der wichtigste Schritt auf dem Weg zu einer angemessenen Regelung des Beweisrechts für den behandlungsvertraglichen Haftungsprozess, der zugleich die vertragliche Haftung für Behandlungsfehler wieder in das allgemeine vertragsrechtliche Haftungssystem zurückführen würde.

3. Grober Behandlungsfehler (§ 630h Abs. 5 BGB)

a) Grundsatzprobleme

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 gemäß § 630h Abs. 5 S. 1 BGB vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war.⁵¹ Durch diese Norm wurde die praktisch wichtigste und „profiliertere Regel der Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess“⁵², die die Rechtsprechung entwickelt hat, zum Gesetz. Die Norm ist regelmäßig prozessentscheidend.⁵³ Ihre Problematik liegt darin, dass die Kriterien dafür, wann der „Schalter“ des § 630h Abs. 5 S. 1 BGB umgelegt wird, nicht scharf umrissen sind. Es handelt sich um kein Tatbestandsmerkmal, unter das der Richter einfach subsumieren könnte:

Für einen groben Behandlungsfehler ist (am Beispiel des Arztes bzw. der Ärztin) nach ständiger Rechtsprechung erforderlich, dass der Behandelnde eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.⁵⁴ Zur Abgrenzung von einer bloßen Standardwidrigkeit (einem „einfachen“ Behandlungsfehler), d.h. von einem „Versagen [...]“, wie es einem hinreichend befähigten und allgemein verantwortungsbewussten Arzt zwar zum Verschulden gereichen, aber doch ‚passieren kann‘, [muss] ein Fehlverhalten vorliegen, das zwar nicht notwendig aus subjektiven, in der Person des Arztes liegenden Gründen, aber aus objektiver ärztlicher Sicht bei Anlegung des für

51 Die Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 BGB kommt (entgegen Hausch, Die personelle Reichweite der Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, VersR 2005, 600, 605 f) nach allgemeinen Grundsätzen ohne Weiteres auch einem Zessionar des Haftungsanspruchs, etwa einer Krankenkasse bzw. einem anderen Sozialversicherungsträger im Regressprozess nach § 116 Abs. 1 SGB X oder einem Dritten im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs nach § 426 Abs. 2 S. 1 BGB (OLG Hamm 17.11.2004 – 3 U 277/03, juris Rn. 27 ff, GesR 2005, 70; offengelassen von BGH 6.10.2009 – VI ZR 24/09, juris Rn. 13 f, MedR 2010, 637) zugute (Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 72014, B Rn. 256).

52 Spickhoff/Spickhoff, Medizinrecht, 32018, § 630h Rn. 14.

53 Siehe Steiner, Der grobe ärztliche Behandlungsfehler in der Praxis, VersR 2009, 473 am Beispiel der Arzthaftungskammer des LG München I: Hier „werden jährlich ca. 230 einschlägige Verfahren durch Urteil oder Vergleich erledigt. Mehr als die Hälfte aller Klagen bleiben schon deshalb erfolglos, weil der Nachweis eines Behandlungsfehlers misslingt (und auch ordnungsgemäß aufgeklärt wurde). Wo die Kläger diese Hürde überwinden können, stellt sich im Prozess als nächste Frage immer die, ob der Behandlungsfehler auch ursächlich für den geltend gemachten Schaden geworden ist. Der klare Nachweis oder Ausschluss gelingt nur in etwa 5 % der Fälle. In allen übrigen Verfahren – also ca. 40 % [aller Fälle] – muss nach Beweislast entschieden werden. Hier kommt es auf den groben Behandlungsfehler an – er allein kann die Klage jetzt noch ‚retten‘“.

54 BGH 25.10.2011 – VI ZR 139/10, juris Rn. 8, NJW 2012, 227; BGH 27.4.2004 – VI ZR 34/03, juris Rn. 11, BGHZ 159, 48; BGH 13.1.1998 – VI ZR 242/96, juris Rn. 9, BGHZ 138, 1; BGH 27.1.1998 – VI ZR 339/96, juris Rn. 11, NJW 1998, 1782; BGH 4.10.1994 – VI ZR 205/93, juris Rn. 12, VersR 1995, 46; BGH 26.11.1991 – VI ZR 389/90, juris Rn. 20, NJW 1992, 754; vgl. bereits BGH 3.12.1985 – VI ZR 106/84, juris Rn. 14, NJW 1986, 1540; für die allgemeine Ansicht Münchener Kommentar–Wagner, 82020, § 630h Rn. 92; Palandt–Weidenkaff, 802021, § 630h Rn. 9 und Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht, 142018, Rn. 593.

einen Arzt geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabes nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheint“.⁵⁵ Davon ist im Allgemeinen bei elementaren Fehlern wie etwa bei der Außerachtlassung von stets zu beachtenden diagnostischen und therapeutischen Grundregeln auszugehen⁵⁶, wenn etwa auf eindeutige Befunde nicht nach gefestigten Regeln der ärztlichen Kunst reagiert wird oder wenn grundlos Standardmethoden zur Verhinderung bekannter Risiken nicht angewendet werden.⁵⁷ Rechtsprechung und Literatur betonen zudem, dass die Würdigung der Schwere eines Behandlungsfehlers immer eine Gesamtbetrachtung des Behandlungsgeschehens unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls voraussetzt.^{58,59}

Die Dogmatik des groben Behandlungsfehlers ist nach alledem **kasuistisch** und **muss** dies sein. Sie beruht auf der Plausibilität paradigmatischer Fälle, die, sensitiv für den jeweiligen Kontext, die Zuordnung vergleichbarer Fallgestaltungen erlauben sollen. Im Vordergrund stehen Wertungsgesichtspunkte, die sich nur begrenzt generalisieren

55 BGH 10.5.1983 – VI ZR 270/81, juris Rn. 15, VersR 1983, 729; BT-Drucks 17/10488, 30; vgl. BGH 26.11.1991 – VI ZR 389/90, juris Rn. 20, NJW 1992, 75.

56 BT-Drucks 17/10488, 30; Deutsch-Spickhoff, Medizinrecht, ²2014, Rn. 374; Münchener Kommentar-Wagner, ⁸2020, § 630h Rn. 94; Erman-Rehborn/Gescher, ¹⁶2020, § 630g Rn. 31; Müller MedR 2001, 487, 489; vgl. BGH 20.9.2011 – VI ZR 55/09, juris Rn. 11, NJW 2011, 3442 – „die elementaren medizinischen Grundregeln, die im jeweiligen Fachgebiet vorausgesetzt werden“; hierzu Hart MedR 2012, 453.

57 BGH 10.5.1983 – VI ZR 270/81, juris Rn. 15, VersR 1983, 729; OLG Celle 7.5.2001 – 1 U 15/00, juris Rn. 62, VersR 2002, 1558. Diese „Grundregeln“ müssen, um elementar zu sein, nicht zwangsläufig Eingang in Leitlinien, Richtlinien oder anderweitige ausdrückliche Handlungsanweisungen gefunden haben (BGH 20.9.2011 – VI ZR 55/09, juris Rn. 11, NJW 2011, 3442; jurisPK-BGB-Lafontaine/Schmidt, ⁹2020, § 630h Rn. 180.

58 BGH 27.1.1998 – VI ZR 339/96, juris Rn. 11, NJW 1998, 178; BGH 16.11.2004 – VI ZR 328/03, juris Rn. 15, NJW 2005, 427; BGH 20.9.2011 – VI ZR 55/09, juris Rn. 8 und 12, NJW 2011, 3442; BGH 19.2.2019 – VI ZR 505/17, juris Rn. 11, BGHZ 221, 139; vgl. BGH 8.3.1988 – VI ZR 201/87, juris Rn. 15, NJW 1988, 1511; Staudinger-Hager, 2009, § 823 I Rn. 60; Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Glanzmann, Gesamtes Medizinrecht, ³2018, § 630h Rn. 312; jurisPK-BGB-Lafontaine/Schmidt, ⁹2020, § 630h Rn. 185; Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht, ¹⁴2018, Rn. 595; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, ⁷2014, B Rn. 253 m.w.N. sowie die Kasuistik bei Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht. Fallgruppenkommentar, ⁵2018, Rn. G 190 ff.

59 Trotz des spannungsreichen Verhältnisses von Haftungsrecht und sozialrechtlichen Vorgaben können Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses grundsätzlich den „zur Beurteilung eines Behandlungsfehlers gebotenen medizinischen Standard“ im Sinne des § 630a Abs. 2 BGB wiedergeben (so BGH 28.3.2008 – VI ZR 57/07, GesR 2008, 361; Heberlein, Richtlinien des G-BA als Behandlungsstandard, GuP 2019, 49; ders., in: Festschrift Plagemann, 2020, 399). Dies gilt grundsätzlich auch für die sektorenübergreifend zu erlassenen Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses zur Qualitätssicherung nach § 136 ff. SGB V. Weil nach § 135a Abs. 1 S. 2 SGB V Qualitätssicherung darauf zielt, dass die Leistungen der GKV dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse entsprechen und in der fachlich gebotenen Qualität erbracht werden, kann die Verfehlung der hier definierten Qualitätsanforderungen einen Behandlungsfehler darstellen. Die Verfehlung wesentlicher Qualitätsanforderungen kann deshalb im Einzelfall das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers indizieren. Eine Regel, dass die Verfehlung wesentlicher Qualitätsanforderungen in Richtlinien des G-BA per se einen groben Behandlungsfehler darstellt, verbietet sich aber erstens wegen der Diversität der in diesen Richtlinien definierten Anforderungen, zweitens wegen der Unsicherheit, welche dieser Anforderungen in dem Sinn so wesentlich sind, dass ihre Missachtung ein Fehlverhalten darstellt, das aus objektiver Sicht bei Anlegung des für einen Arzt geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabes nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheint bzw. der Außerachtlassung von stets zu beachtenden diagnostischen und therapeutischen Grundregeln gleichkommt. Drittes schließlich verbietet der primär sozialrechtliche, auf die Effizienz der Versorgung und deren Messung zielende Regelungszweck dieser Richtlinien (vgl. BT-Drucks 16/3100, 146; Becker/Kingreen-Becker, ⁷2020, § 136 SGB V Rn. 3) ihre „automatische“ Projektion auf § 630h Abs. 5 BGB (vgl. etwa die am 17.06.2021 in Kraft getretene Richtlinie zur datengestützten einrichtungsübergreifenden Qualitätssicherung – DeQS-RL [<https://www.g-ba.de/richtlinien/105/>], die vor allem infrastrukturelle und verfahrenstechnische Grundlagen zur Messung der Versorgungsqualität und für den Vergleich der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer untereinander festlegt).

und normieren lassen und die nicht auf Subsumtionsschlüsse ausgelegt sind.⁶⁰ Die Kritik daran, dass es an einer präzisen „Definition“ des groben Behandlungsfehlers mangle⁶¹, geht deshalb an der Sache vorbei.

Probleme liegen in der Operationalisierung des Konzepts im Prozess. Der „grobe Behandlungsfehler“ ist ein Rechtsbegriff. Bei der Beurteilung eines Behandlungsfehlers als grob handelt es sich nicht um die Feststellung eines Faktums, sondern um eine juristische Wertung. Die abschließende Beurteilung des ärztlichen Verhaltens im Sinne eines groben Fehlers kann deshalb nicht dem Sachverständigen, sondern allein dem Tatrichter obliegen.⁶² Diese richterliche Wertung muss jedoch auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhen. Im Prozess ist der medizinische Standard (dem gegenüber ein Verhalten als fehlerhaft oder eben grob fehlerhaft einzustufen ist) als das faktische Element des gesuchten normativen Standards anhand eines medizinischen Sachverständigen-gutachtens festzustellen. Die juristische Gewichtung des ärztlichen Vorgehens muss in den vom Sachverständigen mitgeteilten medizinischen Fakten ihre tatsächliche Grundlage finden.⁶³ Es ist dem Tatrichter nicht gestattet, den Behandlungsfehler ohne entsprechende Darlegungen, nur aufgrund einer nicht faktenbasierten eigenen Wertung oder gar entgegen den medizinischen Ausführungen des Sachverständigen kurzerhand als grob oder nicht grob zu qualifizieren.⁶⁴ Soll der Sachverständigenbeweis eine ausreichende Grundlage für die tatrichterliche Überzeugungsbildung bieten, so muss der Tatrichter die Äußerungen des Sachverständigen jedoch kritisch hinterfragen und sowohl den für eine solche Behandlung geltenden Sorgfaltsmaßstab als auch die tatsächlichen Voraussetzungen eines groben Behandlungsfehlers mit dem Sachverständigen erörtern.⁶⁵ Deshalb muss eine Definition des groben Behandlungsfehlers bereits im Beweisbeschluss enthalten sein.⁶⁶ Gleichwohl kommt dem Sachverständigen – und der Interaktion des Gerichts mit ihm – entscheidende Bedeutung zu. Der Sachverständige steht vor der Aufgabe, dem Richter medizinische Anknüpfungspunkte für die Subsumtion unter einen juristischen Begriff anzubieten (den er verstanden haben muss), wobei die Grenze zwischen einem nur „vorwerfbaren“ Verhalten (einem einfachen Behandlungsfehler) und einem Verhalten, „das schlechterdings nicht unterlaufen darf“

60 Theoretisch grundlegend Toulmin/Jonsen, *The Abuse of Casuistry*, 1988, 257 ff.

61 Erman-Rehborn/Gescher, ¹⁶2020, § 630h Rn. 31; Deutsch, *Deutsche Sonderwege zur Arzthaftung* NJW 2012, 2009, 2012; Hanten, *Die Beweisregeln des § 630h BGB in der anwaltlichen Praxis*, ZMGR 2017, 157, 158.

62 BT-Drucks 17/10488, 30; BGH 24.2.2015 – VI ZR 106/13, juris Rn. 16, NJW 2015, 1601; BGH 27.4.2004 – VI ZR 34/03, juris Rn. 17, BGHZ 159, 48; BGH 16.5.2000 – VI ZR 321/98, juris Rn. 19, BGHZ 144, 296; BGH 13.1.1998 – VI ZR 242/96, juris Rn. 9, BGHZ 138, 1; Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 72014, B Rn. 256.

63 BGH 7.6.2011 – VI ZR 87/10, juris Rn. 9, NJW 2011, 2508; BGH 16.5.2000 – VI ZR 321/98, juris Rn. 19, BGHZ 144, 296; BGH 13.2.1996 – VI ZR 402/94, juris Rn. 16, BGHZ 132, 47.

64 BGH 24.2.2015 – VI ZR 106/13, juris Rn. 16, NJW 2015, 1601; BGH 25.10.2011 – VI ZR 139/10, juris Rn. 9, NJW 2012, 227; BGH 7.6.2011 – VI ZR 87/10, juris Rn. 9, NJW 2011, 2508; Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Glanzmann, *Gesamtes Medizinrecht*, ³2018, § 630h Rn. 34; vgl. Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, 395 ff.

65 BGH 25.10.2011 – VI ZR 139/10, juris Rn. 9, NJW 2012, 227; BGH 9.6.2009 – VI ZR 261/08, juris Rn. 7, VersR 2009, 1406; BGH 19.11.1996 – VI ZR 350/95, juris Rn. 11, NJW 1997, 798; BeckOK-Katzenmeier, Stand 1.5.2021, § 630h Rn. 59; Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 72014, B Rn. 255; Ernst, *Die Feststellung des groben Behandlungsfehlers*, in: *Festschrift Bergmann*, 2016, 21, 22 ff.

66 (RiBGH) Frahm, *Der Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess*, MedR 2019, 117, 120. Gegebenenfalls muss der Richter auch ein Obergutachten einholen, vgl. BGH 19.11.1996 – VI ZR 350/95, juris Rn. 11, NJW 1997, 798.

(einem groben Behandlungsfehler), notwendigerweise unscharf ist.⁶⁷ An dieser Stelle ist die Kritik am Konzept des groben Behandlungsfehlers und seiner prozessualen Feststellung sowohl in der Rechtswissenschaft („Vabanque-Spiel“⁶⁸) als auch aus der richterlichen Perspektive⁶⁹ („die Beantwortung der Frage, ob ein einfacher oder grober Behandlungsfehler vorliegt, [gleichet] vielfach einem Lotteriespiel“⁷⁰) teilweise sehr heftig.

Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Überlegungen zu sehen.

b) Lösungsansätze

aa) Gesamtlösung

Hier ist zunächst zu beachten, dass dann, wenn – dem obigen Vorschlag entsprechend – eine grundsätzliche „Beweismaßreduktion“ hin zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit für den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem geltend gemachten (Gesundheits-) Schaden zugunsten der Patient*innen umgesetzt würde, die Unterscheidung zwischen einem „einfachen“ und einem „groben“ Behandlungsfehler ihre zentrale Bedeutung verlieren und schon hierdurch ein anderes Profil gewinnen würde. Als **zusätzliches** Institut, das wegen der Krassheit eines ärztlichen Fehlverhaltens der Behandlerseite die Beweislast für die Nicht-Ursächlichkeit eines solchen groben Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden auch dann auferlegt, wenn dieser Ursachenzusammenhang unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung des Gerichts nicht bereits ohnehin überwiegend wahrscheinlich ist, erschiene der „grobe Behandlungsfehler“ in seiner gegenwärtigen dogmatischen Gestalt sinnvoll.

Als weitere, eigenständige Alternative hierzu käme letztlich nur die systemverändernde Ersetzung des gegenwärtigen Regimes der Beweislastverteilung mit seinem „Alles-oder-Nichts“-Prinzip durch eine Haftung für verlorene Chancen bzw. eine Proportionalhaftung in Höhe der vereitelten Genesungschance des Patienten⁷¹ in Frage. Trotz starker Kritik an diesem Modell scheint es dem **status quo** des arzt haftungsrechtlichen Beweisrechts überlegen.⁷² Es wäre indes mit der Zumutung für die geschädigten Patient*innen

67 So Dopheide, Der grobe Behandlungsfehler – eine Beweislastverteilung nach Kollektiven?, VersR 2007, 1050.

68 Mäsch, Demokratisches Schamanentum in Wahlkampfzeiten. Risiken und Nebenwirkungen des Patientenrechtegesetzes, NJW 2013, 1354, 1355. Grundsätzlich kritisch zur Interaktion von Richter und Sachverständigem an dieser Stelle bereits Mäsch, Chance und Schaden, 2004, 50 ff.

69 Steiner, Der grobe ärztliche Behandlungsfehler in der Praxis, VersR 2009, 473: „Tatsächlich entsteht durch diese Figur nicht Gerechtigkeit im Einzelfall, sondern allenfalls in großem Maßstab zwischen den Kollektiven der Patienten einerseits und der Behandler andererseits“; und Dopheide, Der grobe Behandlungsfehler – eine Beweislastverteilung nach Kollektiven?, VersR 2007, 1050: „Die Beweislastumkehr des groben Behandlungsfehlers vermag bei einer generellen Betrachtung einen angemessenen Ausgleich zwischen den Gruppeninteressen der Arzt- und Patientenseite herzustellen, versagt aber vielfach beim Versuch einer angemessenen Einzelfalllösung.“

70 Dopheide, Der grobe Behandlungsfehler – eine Beweislastverteilung nach Kollektiven?, VersR 2007, 1050.

71 Mäsch, Chance und Schaden, 2004; Wagner, Gutachten, in: Verhandlungen des 66. DJT I, 2006, A 57; Wagner, Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, in: Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2006, 80 ff; Wagner, Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, in: Festschrift Hirsch, 2008, 453, 455 ff.; vgl. in diesem Sinn auch European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, 2005, Art. 3:106, 56 ff.

72 Vgl. Staudinger-Gutmann, 2021, § 630h Rn. 224.

verbunden, auch in „klaren“ Fällen nicht ihren vollen Schaden ersetzt zu erhalten.⁷³

Der Frage nachzugehen, ob die Ansicht der Begründung des Regierungsentwurfs des Patientenrechtegesetzes, dass eine Proportionalhaftung bzw. eine Haftung für den Verlust von Chancen „dem deutschen Haftungsrecht fremd“⁷⁴ sei, überzeugen kann, würde indessen den Rahmen dieses Gutachtens sprengen.

bb) Legaldefinition des Begriffs des groben Behandlungsfehlers

Es wird die Forderung erhoben, dass der Begriff des groben Behandlungsfehlers gesetzlich definiert werden müsse.⁷⁵ Eine solche Definition wäre nicht sinnlos. Die Wirksamkeit eines solchen Schritts wäre jedoch gering. Für die entscheidende Interaktion zwischen Gericht und Sachverständigem wäre eine solche Definition zu ungenau; hier müssen differenziertere Kriterien zur Anwendung kommen, die oben (unter a) skizziert wurden und die um eines allenfalls geringfügig besseren Laienverständnisses willen nicht durch eine holzschnittartige Definition verkürzt werden dürfen. Aber auch dem Laienverständnis wäre durch eine solche „Definition“ kasuistischer Wertungskriterien nur wenig gedient. Der Intention des Gesetzgebers, „Transparenz und Rechtssicherheit“ dadurch herzustellen, dass Patientinnen und Patienten „ihre wichtigsten Rechte möglichst selbst im Gesetz nachlesen können“, und auf die „Signalwirkung“ zu setzen, „die von verbindlichen gesetzlich festgelegten Rechten und Pflichten ausgeht“⁷⁶, genügt der in § 630h Abs. 5 BGB verwendete Begriff „grober Behandlungsfehler“ bereits in hinreichendem Maß; er sensibilisiert juristisch nicht vorgebildete Patient*innen gerade durch seine umgangssprachliche Fassung („grob“) recht gut dafür, dass und wann hier andere Kriterien für die Beweislast gelten. Alles Weitere wird notwendigerweise juristisch-fachlicher Detailarbeit für den vor dem Landgericht notwendigerweise anwaltlich vertretenen⁷⁷ Patienten bedürfen. Die Kritik, die Definition des groben Behandlungsfehlers durch den BGH sei „für den juristischen Laien kaum verständlich“⁷⁸, geht insoweit an der Sache vorbei. Bei allem notwendigen Bemühen um Transparenz lassen sich juristische Dogmatik und ihre methodischen Regeln nicht vollständig in eine Laienperspektive übersetzen.

73 Katzenmeier, Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZP 117 (2004), 187, 210 f.; Ehlgen, Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen, 2013, 292.

74 BT-Drucks 17/10488, 9.

75 Ein entsprechender Vorschlag der AOK-Gemeinschaft für einen künftigen § 630h Abs. 5 S. 3 BGB lautet beispielsweise: „Ein grober Behandlungsfehler liegt bei einem eindeutigen Verstoß gegen bewährte medizinische Behandlungsregeln und gesicherte medizinische Erkenntnisse vor, der sich objektiver Nachvollziehbarkeit entzieht und für den Patienten ein spezifisches Risiko in sich birgt, das sich verwirklicht hat.“ (Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 18). Siehe auch Wörn, Mehr Rechte für Patientinnen und Patienten. Eine Bilanz und Vorschläge für die Weiterentwicklung des Patientenrechtegesetzes, 2021, 49.

76 BT-Drucks 17/10488, 9.

77 Das Argument der Verbraucherzentrale Bundesverband („Patientenrechte tatsächlich stärken: Nachbesserungsbedarf am Patientenrechtegesetz“. Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, 17.10.2012), die geltende Verteilung von Beweispflichten und -mitteln führe schon deshalb zu Gerechtigkeitsdefiziten, weil die betroffenen Patienten sich in einer psychischen Belastungssituation und bei manifesten Gesundheitsschäden medizinische und juristische Fachkenntnisse aneignen müssten, die bei Leistungserbringern und Anwälten bereits mit der Ausbildung vorhanden seien, ist deshalb schief.

78 Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 18.

cc) Änderung der Beweislast für das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers

Dass der geschädigte Patient bei der Vertragshaftung gemäß § 280 Abs. 1 BGB nach Maßgabe des § 286 ZPO die Pflichtverletzung des Behandlenden – die fehlerhafte Behandlung – beweisen muss, ist notwendiger Ausgangspunkt aller (systemimmanenten) Überlegungen. Nicht zwingend ist jedoch der richterrechtliche Grundsatz, dass der Patient auch für die Feststellung, dass ein **grober** Behandlungsfehler vorliegt, nach Maßgabe des § 286 ZPO die Beweislast trägt⁷⁹ und sich hier sehr hohen Hürden gegenüber sieht. Das ohnehin richterrechtlich „erfundene“ und ausgeformte Institut des „groben“ Behandlungsfehlers würde sich hier ohne Weiteres alternativen Modellen öffnen. So sollte erwogen werden, dann, wenn der – durch den Beweisbeschluss mit klaren Kriterien für das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers versehene – Sachverständige einen Behandlungsfehler annimmt und zumindest konkrete Anhaltspunkte dafür feststellt, dass es sich um einen groben Fehler handelt, dem Behandlenden die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass sein Fehler nicht grob war.⁸⁰

4. Hygienemängel

Eine komplexe Verteilung der Darlegungs- und Beweislasten hat die Rechtsprechung für Fälle entwickelt, in denen ein Patient oder eine Patientin die Nichteinhaltung des hygienischen Standards im Hinblick auf nosokomiale (d.h. im zeitlichen Zusammenhang mit einer stationären oder ambulanten medizinischen Maßnahme stehende) Infektionen rügt.⁸¹ Die Vermeidung solcher Infektionen fällt nach herrschender Ansicht keineswegs grundsätzlich in den Bereich des vom Krankenhaus voll beherrschbaren Risikos im Sinne des § 630h Abs. 1 BGB, so dass ein Fehler des Behandlenden hier nicht ohne Weiteres vermutet werden kann.⁸² Bleiben hinsichtlich der Frage der Vermeidbarkeit des Keimtransfers Unsicherheiten, gehen diese nach allgemeinen Grundsätzen zu Lasten des für diesen haftungsrelevanten Sachverhalt darlegungs- und beweispflichtigen Patienten. Relevanter Bezugspunkt für den z.B. vom Krankenhaus geschuldeten Standard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB sind gemäß § 23 Abs. 3 S. 2 IfSG die Empfehlungen der beim Robert Koch-Institut angesiedelten Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention.⁸³ Die Justizministerkonferenz hat am 9.11.2017 gefordert, bei Infektions-

79 BT-Drucks 17/10488, 30; BeckOK-Katzenmeier, Stand 1.5.2021, § 630h Rn. 54; jurisPK-BGB-Lafontaine/Schmidt, 92020, § 630h Rn. 222.

80 Wörn, Mehr Rechte für Patientinnen und Patienten. Eine Bilanz und Vorschläge für die Weiterentwicklung des Patientenrechtegesetzes, 2021, 49, unter Verweis auf Geiger, Kurze schriftliche Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, BT-Ausschuss-Drucksache 17(14)0326(10), 1, 10.

81 Siehe zusammenfassend Staudinger-Gutmann, 2021, § 630h Rn. 25 ff und Bollweg/Wächter, Die Haftung für nosokomiale Infektionen aufgrund von Hygienemängeln, in: Festschrift Hart, 2020, 1.

82 Vgl. zusammenfassend Staudinger-Gutmann, 2021, § 630h Rn. 25 ff.

83 BGH 16.8.2016 – VI ZR 634/15, juris Rn. 10, 14, VersR 2016, 1380; Schultze-Zeu/Riehn/Augustinat, Neue Haftungsansätze bei Infektionen in Krankenhäusern und sonstigen medizinischen Einrichtungen unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des BGH und der Anwendung der KRINKO-Empfehlungen, VersR 2019, 1534, 1535 f.; Stöhr, Qualität, Qualitätssicherung und Haftung – Infektionsschutz im Krankenhaus, GesR 2015, 257, 262; Lorz MedR 2019, 305, 306; Jaeger, Patientenrechtegesetz, 2013, Rn. 360 f.; Kern/Reuter, Haftung für Hygienemängel – unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung und des Patientenrechtegesetzes, MedR 2014, 785, 786; jurisPK-BGB-Lafontaine/Schmidt, 92020, § 630h Rn. 85.

fällen durch Krankenhauskeime eine auf die haftungsbegründende **Kausalität** bezogene Beweislastumkehr für den Fall anzuordnen, dass Empfehlungen nach § 23 IfSG nicht beachtet und auch keine mindestens gleichwertigen Maßnahmen angewendet worden sind.⁸⁴ Diese Forderung sollte als § 630h Abs. 1 S. 2 BGB (neu) übernommen werden:

„Ein Fehler des Behandelnden wird auch vermutet, wenn er Empfehlungen nach § 23 IfSG nicht beachtet und auch keine mindestens gleichwertigen Maßnahmen angewendet hat.“

5. Weitere Beweisregeln

a) Kognitiv beeinträchtigte Patient*innen

Eine Beweislastumkehr zu Lasten des Behandelnden wird für Fälle gefordert, in denen die Patient*innen während der Behandlung narkotisiert oder sediert waren oder die näheren Umstände ihrer Behandlung krankheitsbedingt nicht erfassen konnten.⁸⁵ Die Prämisse dieser Forderung ist, dass eine solche Regel, die dem Behandelnden für Konstellationen dieser Art den Beweis für ein standardgemäßes Vorgehen auferlegen würde, unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten ein angemessener Ausgleich dafür wäre, dass der Patient in einer solchen Situation besonders vulnerabel ist, die Vertragsdurchführung nicht kontrollieren und seine Interessen nicht selbst wahrnehmen kann. Diese Annahme kann jedoch nicht überzeugen. Auch für den Behandlungsvertrag muss der allgemeine Grundsatz gelten, dass der Patient die Beweislast für das Vorliegen einer Pflichtverletzung seines Vertragspartners zu tragen hat. Der menschliche Organismus ist aufgrund der Komplexität seiner Vorgänge und seiner Reaktionen auf Behandlungsmaßnahmen nie vollständig beherrschbar.⁸⁶ Auch sorgfaltsgemäße medizinische Eingriffe führen nicht mit Sicherheit zu dem erwünschten Heilerfolg. Deshalb ist vom Behandelnden kein Erfolg, sondern lediglich ein fachgerechtes Bemühen um den Erfolg

84 Beschluss der Justizministerkonferenz vom 9.11.2017 (zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Verbesserungen im Arzthaftungsrecht“, <https://jm.rlp.de/de/themen/justizministerkonferenz-2017/beschluesse-der-herbstkonferenz/> [28.11.2021]): „Die Justizministerinnen und Justizminister teilen die Ansicht der Arbeitsgruppe, dass bei Infektionsfällen durch Krankenhauskeime eine Beweislastumkehr bezogen auf die haftungsbegründende Kausalität zugunsten der Patientin oder des Patienten für den Fall angeordnet werden sollte, dass (1) die gemeinsame Empfehlung der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention am Robert-Koch-Institut und des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, (2) die Empfehlungen der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention beim Robert-Koch-Institut oder (3) die Empfehlungen der Kommission Antiinfektiva, Resistenz und Therapie beim Robert-Koch-Institut nicht beachtet worden sind; die Beweislastumkehr sollte nicht eintreten, wenn die oder der für die Einhaltung der Krankenhaushygiene Verantwortliche nachweist, dass sie oder er zwar andere, aber mindestens gleichwertige Maßnahmen angewendet hat“; vgl. Walter MedR 2018, 241, 243 sowie Bollweg/Wächter, Die Haftung für nosokomiale Infektionen aufgrund von Hygienemängeln, in: Festschrift Hart, 2020, 1, 15 f und BeckOK-Katzenmeier, Stand 1.2.2021, § 630h Rn. 19.

85 Gefordert von der Alexandra-Lang-Stiftung, „Für mehr Fairness“: Zentrale Forderungen der Alexandra-Lang-Stiftung für eine weitere Stärkung des Patientenrechts, Stand 21.2.2021, 2, al-stiftung.com/infos-als-pdf/AL-Stiftung_zentrale_Forderungen_Patientenrechte.pdf (28.11.2021). Ebenso Wörn, Mehr Rechte für Patientinnen und Patienten. Eine Bilanz und Vorschläge für die Weiterentwicklung des Patientenrechtgesetzes, 2021, 48.

86 BT-Drucks 17/10488, 17.

geschuldet.⁸⁷ Das Prinzip, dass für den Behandelnden keine Garantiehaftung besteht, sondern er nur für eine Pflichtverletzung – die Unterschreitung des geschuldeten Behandlungsstandards – einzustehen hat, ist für den Behandlungsvertrag von besonderer Bedeutung. Eine grundsätzliche (und im Ergebnis keineswegs automatische) Verlagerung der Beweislast für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers sieht § 630h BGB – die gerechtigkeitsorientierte Kasuistik der Rechtsprechung zusammenfassend – (abgesehen vom Fall des Dokumentationsmangels, § 630h Abs. 3 BGB) nur für eine Konstellation vor: wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden **voll beherrschbar** war (§ 630h Abs. 1 BGB). Dies meint Risiken, (a) die sich allein dem Herrschafts- und Organisationsbereich des Behandelnden zuordnen lassen, (b) die – wenn erkannt – „mit Sicherheit“ bzw. „objektiv“ ausgeschlossen werden können und (c) die sich mithin von Gefahren, die vorrangig aus den Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus bzw. den Besonderheiten eines Eingriffs in diesen Organismus erwachsen und deshalb der Patientensphäre zuzurechnen sind, klar abgegrenzt werden können.⁸⁸ Damit ist die Situation des narkotisierten oder sedierten Patienten (die auch Notfalleingriffe umfasst) wertungsmäßig nicht vergleichbar; sie ändert nichts an der Notwendigkeit, die Risikosphären von Patient und Behandelnden anhand der Frage abzugrenzen, ob der Behandelnde objektiv fachgerecht vorgegangen ist oder nicht – eine Frage, die auch der kognitiv nicht beeinträchtigte Patient ohne Fachkenntnisse während seiner Behandlung in der Regel nicht hinreichend beurteilen kann. Dem Behandelnden schon wegen eines vorübergehenden kognitiven Defizits seines Patienten die Beweislast für pflichtgemäßes Verhalten aufzuerlegen, wäre unverhältnismäßig. Der Patient wird insoweit durch die durchaus hohen Dokumentationspflichten des Behandelnden gemäß § 630f BGB geschützt.

b) Nichtaushändigung der Aufklärungsunterlagen

Gemäß § 630e Abs. 2 S. 2 BGB sind dem Patienten Abschriften von Unterlagen, die er im Zusammenhang mit der Aufklärung oder Einwilligung unterzeichnet hat, auszuhändigen. Nach § 630h Abs. 2 S. 1 BGB hat der Behandelnde zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d BGB eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e BGB aufgeklärt hat. Der Zivilrichter hat hierfür den Inhalt des persönlichen Aufklärungsgesprächs zwischen Arzt und Patient zu ermitteln, weil nicht allein anhand eines vom Patienten unterzeichneten Aufklärungsbogens, sondern vielmehr auf der Grundlage des tatsächlich geführten Gesprächs zu entscheiden ist, ob der Patient vor einem ärztlichen Eingriff ordnungsgemäß aufgeklärt wurde.⁸⁹ Nach ständiger Rechtsprechung stellt das unterzeichnete Aufklärungs- und Einwilligungsformular – sowohl in positiver

⁸⁷ BGH 9.12.1974 – VII ZR 182/73, BGHZ 63, 306, 309; näher Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, 99 ff. m.w.N.; ausführlich zur Abgrenzung zum Werkvertrag vgl. Tillmanns, *Strukturfragen des Dienstvertrages*, 2007, 43 ff. und Staudinger–Latzel, 2020, § 611 Rn. 110 ff.

⁸⁸ Siehe zusammenfassend Staudinger–Gutmann, 2021, § 630h Rn. 16 ff. sowie BGH 28.8.2018 – VI ZR 509/17, juris Rn. 31, VersR 2018, 1510; BGH 16.8.2016 – VI ZR 634/15, juris Rn. 6, VersR 2016, 1380; BGH 20.3.2007 – VI ZR 158/06, juris Rn. 11, BGHZ 171, 358; Münchener Kommentar–Wagner, ⁸2020, § 630h Rn. 25; Frahm/Walter, *Arzthaftungsrecht*, ⁷2020, Rn. 335.

⁸⁹ OLG Hamm 9.11.2015 – I-3 U 68/15, *ArztR* 2016, 39.

als auch in negativer Hinsicht – nur, aber immerhin ein **Indiz** für die Durchführung und den Inhalt des Aufklärungsgesprächs dar.⁹⁰ Weil der Patient beweisen müsse, dass das Einwilligungsf formular nicht mit dem von ihm unterschriebenen Dokument übereinstimmt und er diesen Beweis nicht führen könne, wenn ihm das entsprechende Dokument nicht ausgehändigt wurde, schlägt die AOK-Gemeinschaft einen neuen § 630e Abs. 2 S. 3 BGB vor, demzufolge bei Verletzung der Pflicht zur Aushändigung der Unterlagen die Indizwirkung für die Durchführung eines Aufklärungsgesprächs und dessen Inhalt entfallen soll.⁹¹

Eine solche Klarstellung scheint sinnvoll, aber letztlich nicht nötig.

Vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes traf den Patienten ohne Weiteres die Beweislast für die Behauptung, das von ihm unterschriebene Aufklärungsformular sei durch nachträgliche Ergänzungen manipuliert worden, weil eine unstreitig vom Patienten unterzeichnete Einverständniserklärung als Privaturkunde grundsätzlich die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich hat.⁹² Mit Inkrafttreten des § 630e Abs. 2 S. 2 BGB ist hier eine differenziertere Beurteilung geboten. Stimmt bei Streit über Inhalt oder Ausmaß der erfolgten Aufklärung die dem Patienten nach dieser Vorschrift überlassene Kopie des Aufklärungsformulars (etwa wegen eines Einschubs auf dem Original) nicht mit dem Original überein, muss der Behandelnde beweisen, dass das Original trotzdem in der vorgelegten Form vom Patienten zur Kenntnis genommen und unterzeichnet wurde. Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des Originals besteht dann nicht.⁹³ Auch die beweisrechtlichen Konsequenzen einer Nichtaushändigung des Aufklärungsbogens sind zwar nicht völlig, aber von der Literatur doch anhand allgemeiner Beweisgrundsätze prinzipiell geklärt: Der Behandelnde hat zunächst zu beweisen, dass der Patient die ihm gemäß § 630e Abs. 2 S. 2 BGB zustehenden Abschriften erhalten hat.⁹⁴ Wenn der Behandelnde, nachdem der Patient dies bestritten hat, nicht durch Vorlage des Empfangsbekenntnisses des Patienten oder anderweitig beweisen kann, dass der Patient eine Ausfertigung des Aufklärungsbogens erhalten hat, werden aus den vom Patienten bestrittenen handschriftlichen ärztlichen Anmerkungen auf dem vom Behandelnden vorgelegten Aufklärungsbogen keine dem

90 BGH 11.10.2016 – VI ZR 462/15, juris Rn. 8, VersR 2017, 100 („lediglich ein Indiz“); BGH 28.1.2014 – VI ZR 143/13, juris Rn. 13, NJW 2014, 1527 („wesentliche[r] Anhaltspunkt“) m. Anm. Katzenmeier LMK 360330; BGH 22.5.2001 – VI ZR 268/00, juris Rn. 10, VersR 2002, 120; OLG München 30.9.2004 – 1 U 3940/03, juris Rn. 82, VersR 2006, 705; KG 12.3.2018 – 20 U 127/16, juris Rn. 86, MedR 2018, 813; OLG Dresden 30.6.2020 – 4 U 2883/19, juris Rn. 19; Petig/Rensen, Arzthaftung – Die Bedeutung des Aufklärungsformulars im Prozess, MDR 2012, 877, 880, 881; Münchener Kommentar–Wagner, ⁸2020, § 630e Rn. 52; BeckOK–Katzenmeier, Stand 1.5.2021, § 630e Rn. 34; Bergmann/Pauge/Steinmeyer–Glanzmann, Gesamtes Medizinrecht, ³2018, § 630h Rn. 81; jurisPK–BGB–Lafontaine/Schmidt, ⁹2020, § 630h Rn. 108; Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, ⁷2020, Rn. 496; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht. Fallgruppenkommentar, ⁵2018, Rn. A 2271b und A 2276a ff.

91 Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 34.

92 §§ 440 Abs. 2 ZPO, § 416 ZPO; siehe OLG Hamm 18.4.2005 – 3 U 259/04, juris Rn. 35, MedR 2006, 649 [LS]; OLG Hamm 12.5.2010 – I-3 U 134/09, juris Rn. 32, VersR 2011, 625 und bereits OLG Frankfurt am Main 13.05.1993 – 13 U 138/92, VersR 1994, 986; BeckOK–Katzenmeier, Stand 1.5.2021, § 630e Rn. 34; Lepa, in: Festschrift Geiß, 2000, 449, 459.

93 § 419 ZPO; jurisPK–BGB–Lafontaine/Schmidt, ⁹2020 § 630h Rn. 115 f; Rehborn, Patientenrechtsgesetz 2013, MDR 2013, 497, 502; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht. Fallgruppenkommentar, ⁵2018, Rn. A 2279a.

94 Erman–Rehborn/Gescher, ¹⁶2020, § 630e Rn. 38.

Behandelnden nützlichen Folgerungen hergeleitet werden können.⁹⁵ Jedenfalls kann die Rechtsprechung, die die Beweislast für die Behauptung, der Aufklärungsbogen mit Einverständniserklärung sei nach seiner Unterschriftsleistung durch eine Ergänzung manipuliert worden, einseitig dem Patienten zugewiesen hat⁹⁶, für diese Konstellation nicht fortgelten.^{97,98}

c) Anreize für die Verwendung einer manipulationssicheren Dokumentationssoftware

Durch die neuere Rechtsprechung erledigt haben sich Überlegungen, welche Anreize für die Verwendung einer manipulationssicheren Dokumentationssoftware gesetzt werden können und ob die Beweisregel des § 630h Abs. 3 BGB um einen Fall nicht ordnungsgemäßer Dokumentation ergänzt werden muss. Nach § 630f Abs. 1 S. 2 und 3 BGB sind Berichtigungen und Änderungen von Eintragungen in der Patientenakte nur zulässig, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen worden sind. Dies ist auch für elektronisch geführte Patientenakten sicherzustellen. Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Abs. 1 oder Abs. 2 BGB nicht in der Patientenakte aufgezeichnet, wird gemäß § 630h Abs. 3 BGB vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat; dies indiziert regelmäßig einen Behandlungsfehler. Umgekehrt hat eine ordnungsgemäße Dokumentation, die keinen Anhalt für nachträglich vorgenommene Veränderungen, Verfälschungen oder Widersprüchlichkeiten bietet, Indizwirkung; das Gericht kann ihr grundsätzlich – bis zum Beweis des Gegenteils – Glauben schenken.⁹⁹

Weil die Pflicht, nachträgliche Änderungen, Berichtigungen oder Ergänzungen der Dokumentation kenntlich zu machen, nach § 630f Abs. 1 S. 3 BGB ausdrücklich auch für elektronisch geführte Patientenakten gilt, muss die hierfür eingesetzte Software gewährleisten, dass alle nachträglichen Änderungen als solche erkennbar werden und

- 95 Ramm, Sollte der Patient nicht eine Ausfertigung des Aufklärungsbogens erhalten?, GesR 2012, 463, 466; vgl. Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht. Fallgruppenkommentar, ⁵2018, Rn. P 55 und jurisPK-BGB-Lafontaine/Schmidt, ⁹2020, § 630e Rn. 69: Beweislastumkehr; so offenbar auch Palandt/Weidenkaff, ⁸⁰2021, § 630e Rn. 11 und Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, ⁷2020, Rn. 497 Fn. 1601.
- 96 OLG Hamm 18.4.2005 – 3 U 259/04, juris Rn. 35, MedR 2006, 649 (Leitsatz); OLG Hamm 12.5.2010 – I-3 U 134/09, juris Rn. 32, VersR 2011, 625; zustimmend wohl immer noch BeckOK-Katzenmeier, Stand 1.5.2021, § 630e Rn. 34.
- 97 Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 147; so auch Ratzel/Luxenburger-Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, ⁴2020, § 14 Rn. 300.
- 98 Legt der Behandelnde das Original der Erklärung nicht vor, trifft ihn die Beweislast für die fehlende Authentizität der vom Patienten präsentierten Abschrift (Ramm, Sollte der Patient nicht eine Ausfertigung des Aufklärungsbogens erhalten?, GesR 2012, 463, 466; Erman-Rehborn/Gescher, ¹⁶2020, § 630e Rn. 38; Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 135). Legt der Patient im Haftungsprozess trotz Aufforderung seine Abschrift nicht vor, bleibt es dabei, dass er die fehlende Authentizität des Originals zu beweisen hat.
- 99 BGH 14.3.1978 – VI ZR 213/76, juris Rn. 25, NJW 1978, 1681; OLG Oldenburg 27.3.2019 – 5 U 112/18, juris Rn. 58 f, GesR 2020, 298; OLG Dresden 26.2.2018 – 4 U 1663/17, juris Rn. 6 und OLG Dresden 4.5.2020 – 4 U 463/20, juris Rn. 23, NJW-RR 2020, 1101; OLG Koblenz 27.4.2017 – 5 U 241/17, juris Rn. 24, VersR 2018, 436; OLG Köln 21.1.2016 – I-5 U 120/15, juris Rn. 7; OLG Hamm 29.10.2014 – I-3 U 55/14, juris Rn. 60, MedR 2016, 63; BeckOK-Katzenmeier, Stand 1.2.2021, § 630h Rn. 46; Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht, ¹⁴2018, Rn. 522; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht. Fallgruppenkommentar, ⁵2018, Rn. D 202; Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Glanzmann, Gesamtes Medizinrecht, ³2018, § 630f Rn. 11; Erman-Rehborn/Gescher, ¹⁶2020, § 630h Rn. 24.

auch der ursprünglichen Inhalt lesbar bleibt.¹⁰⁰ Der Bundesgerichtshof hat mit seiner Leitentscheidung vom 27.4.2021 festgehalten, dass eine EDV-Dokumentation ohne Sicherung gegen Veränderungen nicht mehr zulässig ist und ihr **nicht** der Beweiswert einer herkömmlichen schriftlichen Dokumentation ohne Änderungen zu kommt, selbst wenn der Arzt nachvollziehbar darlegt, dass sie nicht nachträglich verändert wurde und dass sie medizinisch plausibel ist.¹⁰¹ Die frühere, anderslautende Rechtsprechung¹⁰² kann angesichts des klaren Gesetzeswortlauts nicht fortgeführt werden.¹⁰³ Eintragungen in einer nicht grundsätzlich fälschungssicheren Software, die Veränderungen auf eine Weise zulässt, dass sie unbemerkt bleiben können, sind deshalb im Wesentlichen ohne Beweiswert und führen in der Regel zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Behandelnden gemäß § 630h Abs. 3 BGB.¹⁰⁴ Dies gilt auch dann, wenn der Patient keine greifbaren Anhaltspunkte dafür darlegt, dass und inwiefern die Behandlungsdokumentation zu seinen Lasten geändert worden ist.¹⁰⁵ Die Behandlungsseite hat dann nicht nur nachzuweisen, dass die Aufzeichnung zeitnah mit der Behandlung erstellt wurde, sondern dass die nicht ordnungsgemäß dokumentierte Maßnahme **überhaupt** stattgefunden hat. Die Steuerungswirkung dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist als Sanktion für die Verwendung einer nicht manipulations sicheren Dokumentationssoftware ausreichend.

d) Positive Vermutungswirkung der Patientenakte

Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Abs. 1 oder Abs. 2 BGB nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Abs. 3 BGB nicht aufbewahrt, wird nach § 630h Abs. 3 BGB vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat. Aus der Kommentarliteratur¹⁰⁶ kommt der Vorschlag, § 630h Abs. 3 BGB erweiternd dahin auszulegen, dass der Inhalt der Patientenakte zugunsten des Patienten

100 So BT-Drucks 17/10488, 26; BeckOK-Katzenmeier, Stand 1.2.2021, § 630f Rn. 11; siehe zu von den gegenwärtigen Produkten ganz überwiegend bereits umgesetzten technischen Anforderungen Wenzel, Patientenrechtgesetz, 2017, Rn. 853.

101 BGH 27.4.2021 – VI ZR 84/19, juris Rn. 28, NJW 2021, 2364 m. Anm. Jaeger VersR 2021, 972; siehe bereits OLG Frankfurt 13.1.2015 – 8 U 141/13, juris Rn. 9.

102 Vgl. OLG Hamm 26.01.2005 – 3 U 161/04, juris Rn. 16, VersR 2006, 842; OLG Oldenburg 23.7.2008 – 5 U 28/08, juris Rn. 19; MedR 2011, 163; OLG Naumburg 26.1.2012 – 1 U 45/11, juris Rn. 19, GesR 2012, 762; zustimmend Muschner VersR 2006, 621, 627.

103 So auch jurisPK-BGB-Schmidt, ⁹2020, § 630f Rn. 40; BeckOK-Katzenmeier, Stand 1.2.2021, § 630h Rn. 46; Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Glanzmann, Gesamtes Medizinrecht, ³2018, § 630f Rn. 16; Laufs/Katzenmeier/Lipp-Katzenmeier, Arztrecht, ⁸2021, IX Rn. 53; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht. Fallgruppenkommentar, ⁵2018, Rn. D 203d, D 441 und P 79; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, ⁷2014, B Rn. 204 sowie Ratzel/Luxenburger-Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, ⁴2020, § 13 Rn. 352; anderer Ansicht nur (vor der BGH-Entscheidung) noch Wenzel, Patientenrechtgesetz, 2017, Rn. 857, 860 und offenbar Münchner Anwaltshandbuch Medizinrecht-Terbille/Feifel, ³2020, § 1 Rn. 859 sowie Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht, ¹⁴2018, Rn. 523.

104 Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Glanzmann, Gesamtes Medizinrecht, ³2018, § 630f Rn. 16; Bayer, Ärztliche Dokumentationspflicht und Einsichtsrecht in Patientenakten, 2018, 70 f; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht. Fallgruppenkommentar, ⁵2018, Rn. D 203e, D 441. Der BGH (BGH 27.4.2021 – VI ZR 84/19, juris Rn. 30, NJW 2021, 2364) lässt die Berücksichtigung einer solchen elektronischen Akte nur im Rahmen der offenen Beweiswürdigung nach § 286 ZPO zu.

105 BGH 27.4.2021 – VI ZR 84/19, juris Rn. 29, NJW 2021, 2364.

106 Münchener Kommentar-Wagner, ⁸2020, § 630h Rn. 64.

als richtig unterstellt wird, wenn nicht der Behandelnde das Gegenteil nachweist. Sei eine Maßnahme dokumentiert worden, die einen Behandlungsfehler darstellt, wenn sie tatsächlich durchgeführt worden wäre, sei gemäß § 630h Abs. 3 BGB zu vermuten, dass sie tatsächlich erfolgt ist. Dies erscheint als folgerichtige Erweiterung des Grundgedankens der Norm. Sie ist mit dem engen, aber klaren Wortlaut der Vorschrift („Maßnahme **nicht** getroffen“) jedoch nicht vereinbar. Die ständige Rechtsprechung spricht einer ordnungsgemäßen Dokumentation zwar eine starke Indizwirkung zu, diese kommt in der Praxis allerdings fast ausschließlich der Behandelndenseite zugute.¹⁰⁷ Entscheidungen, die eine solche Vermutung (auch) zugunsten des Patienten aussprechen, sind sehr selten.¹⁰⁸ Deshalb empfiehlt es sich, § 630h Abs. 3 um einen S. 2 (neu) zu ergänzen:

„Hat der Behandelnde eine Maßnahme bzw. ihr Ergebnis in der Patientenakte aufgezeichnet, wird der Inhalt der Aufzeichnung zugunsten des Patienten als richtig unterstellt, wenn der Behandelnde nicht das Gegenteil nachweist.“

II. Ergänzung: Härtefallfonds

Der Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung hält fest, dass neben einer Stärkung der Stellung der Patientinnen und Patienten im bestehenden Haftungssystem **zusätzlich** „[e]in Härtefallfonds mit gedeckelten Ansprüchen [...] eingeführt“ werden soll (S. 87). Ein Vorschlag zur Einrichtung eines solchen Fonds¹⁰⁹ wurde im Gesetzgebungsverfahren 2012 zurückgewiesen. Der seinerzeit geforderte Fonds (mit geschätzten Kosten i.H.v. 60 Mio. Euro pro Jahr) sollte eintreten, wenn es keinen sicheren Nachweis der Schadensursache oder des Verschuldens gibt, oder eine seltene oder bislang unbekannte Komplikation aufgetreten ist, die die betroffene Person erheblich schädigt, oder die Durchsetzung des Schadensersatzanspruches unzumutbar lange dauern würde und eine finanzielle Hilfe aus sozialen oder anderen Gründen geboten erscheint.¹¹⁰ In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird eine „**Ersetzung** der Arzthaftung durch einen Entschädigungsfonds nach Art einer Patientenversicherung“¹¹¹ mit starken Gründen abgelehnt.¹¹² In der Tat wäre solch ein kollektives System eines verschuldens-

107 Vgl. Staudinger–Gutmann, 2021, § 630h Rn. 130 ff.

108 Siehe als Ausnahme immerhin OLG Hamm 29.1.2003 – 3 U 91/02, juris Rn. 41, VersR 2005, 412:

„Selbstverständlich können die Krankenunterlagen [...] zur Haftung des Arztes führen, wenn sie [...] die fehlerhafte Behandlung des Arztes belegen“.

109 BT-Drucks 17/11008.

110 BT-Drucks 17/11008, 2.

111 Münchener Kommentar–Wagner, ⁸2020, Vorbem. zu § 630a Rn. 43 (Hervorhebung T.G.).

112 Siehe v.a., jeweils m.w.N., Münchener Kommentar–Wagner, ⁸2020, Vorbem. zu § 630a Rn. 43 und Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise – Entwicklungen, Perspektiven, Alternativen, MedR 2011, 201, 207 ff. (209: gegen „Systemwechsel“) sowie die kritischen gutachterlichen Stellungnahmen Wagners [„Die Einrichtung eines Härtefallfonds für Medizinalgeschädigte ist nicht zu empfehlen, weil damit die Präventionswirkung des Haftungsrechts untergraben und die Patientensicherheit geschwächt würde“] und Katzenmeiers zur Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestags vom 4.11.2020, <https://www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse19/a14/> (28.11.2021). Zum europäischen Rechtsvergleich siehe Dute/Faure/Koziol (Eds.), No-Fault Compensation in the Health Care Sector, 2004. In diesem Sinn auch der Beschluss der Justizministerkonferenz vom 9.11.2017 (zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Verbesserungen

unabhängigen Ausgleichs dem geltenden System der Individualhaftung im Hinblick auf seine Gesamtkosten und Effizienz sowie auf das Ziel der Schadensprävention insgesamt nicht überlegen. Für Patient*innen, die (den Vorschlägen des vorliegenden Gutachtens gemäß) im Behandlungshaftungsprozess über eine faire Beweisposition verfügen, wäre die Ersetzung der Verschuldenshaftung durch eine verschuldensunabhängige Schadensversicherung mit gedeckelten Ersatzbeträgen im Ergebnis in aller Regel von Nachteil. Die genannten politischen Vorstöße in Deutschland (s.o.) zielen indes nicht auf eine **Ersetzung**, sondern nur auf eine **Ergänzung** des (zu reformierenden) Individualhaftungsrechts des Behandlungsvertrags.¹¹³ Als **zusätzliche** Einrichtung, um eine beschränkte Zahl speziell gelagerter Einzelfälle, die gleichsam durch das Raster der abstrakt-generellen Regeln des Haftungssystems fallen und von diesem nicht gerecht entschieden werden können, (mit gedeckelten Ansprüchen) verschuldensunabhängig aufzufangen, wäre ein Härtefallfonds sehr sinnvoll. Er würde nicht nur dem Grundsatz der Einzelfallgerechtigkeit dienen, sondern auch das Sozialstaatsprinzip dort verwirklichen, wo ohne sein Eingreifen unbillige Härten bei vulnerablen Personen entstünden. Kein überzeugendes Gegenargument stellt der Hinweis dar, dass kein sachlicher Grund für die Sonderregelung von Schäden im Zuge einer medizinischen Behandlung und mithin für eine Privilegierung gegenüber anderen Unfallopfern bestehe;¹¹⁴ die sozialstaatlich motivierte Linderung spezifischer Härten bei Einigen verliert ihre Legitimität nicht dadurch, dass nicht alle sozialen Härten zugleich beseitigt werden können.

im Arzthaftungsrecht“, <https://jm.rlp.de/de/themen/justizministerkonferenz-2017/beschluesse-der-herbstkonferenz/> [28.11.2021]): „Die Justizministerinnen und Justizminister sind auf der Grundlage des Berichts der Arbeitsgruppe der Auffassung, dass unter Berücksichtigung der in Deutschland gegebenen Rahmenbedingungen derzeit kein Modell eines Patientenentschädigungs- bzw. Härtefallfonds vorgeschlagen werden kann, das Verbesserungen im Arzthaftungsrecht im Sinne einer schnelleren außergerichtlichen oder gerichtlichen Regulierung bei Behandlungsfehlern erwarten lässt.“

113 Vgl. auch BT-Drucks 19/16059 vom 18.12.2019 (Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, „Opfer von Behandlungsfehlern stärken und Härtefallfonds einführen“): „einen Härtefallfonds [...], der denjenigen hilft, die im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung, einschließlich der Geburt, einen schweren gesundheitlichen Schaden erlitten haben, bei dem aber letztlich, trotz konkreter Anhaltspunkte für einen Behandlungsfehler, ein eindeutig zuzuordnender Fehler oder dessen Kausalität für den eingetretenen Schaden nicht nachweisbar ist. Dieser Fonds soll das bisherige Haftungsrecht ergänzen und für schnelle und unbürokratische Hilfen bei Härtefällen sorgen“. Ähnlich der Antrag der Fraktion Die Linke vom 30.09.2020, BT-Drucks 19/22995. Dem gegenüber offen ist auch der Beschluss der Justizministerkonferenz vom 9.11.2017 (zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Verbesserungen im Arzthaftungsrecht“, <https://jm.rlp.de/de/themen/justizministerkonferenz-2017/beschluesse-der-herbstkonferenz/> [28.11.2021]): „Die Beurteilung der Erforderlichkeit eines Sozialfonds zur Abschwächung von Härtefällen bei Gesundheitsschäden nach ärztlichen Behandlungen und gegebenenfalls seiner konkreten Ausgestaltung und Finanzierbarkeit bleibt der zuständigen Konferenz der Gesundheitsministerinnen und Gesundheitsminister vorbehalten“ (Hervorhebung T.G.). Ablehnend auch insoweit die Stellungnahme Wagners, ambivalent hingegen die Stellungnahme Katzenmeiers zur Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestags vom 4.11.2020, <https://www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse19/a14/> (28.11.2021).

114 Katzenmeier, Stellungnahme, a.a.O., 6.

III. Interessengerechte Information der Patient*innen

1. Das Einsichtsrecht der Patient*innen

a) Umfang des Einsichtsrechts: Der Begriff der „Patientenakte“

aa) Die Regelung in den §§ 630f und 630g BGB

Nach § 630f Abs. 1 S. 1 BGB ist der Behandelnde verpflichtet, zum Zweck der Dokumentation in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Behandlung eine Patientenakte in Papierform oder elektronisch zu führen. Gemäß § 630g Abs. 1 S. 1 BGB ist dem Patienten auf Verlangen unverzüglich Einsicht in die vollständige, ihn betreffende Patientenakte zu gewähren. Die Dokumentationspflicht und das mit ihr korrespondierende Einsichtsrecht bestehen vorrangig im Interesse des Patienten. Sie dienen nicht nur der Therapiesicherung, d.h. dem Zweck, durch die Aufzeichnung des Behandlungsgeschehens eine sachgerechte und sorgfältige therapeutische Behandlung und Weiterbehandlung zu gewährleisten¹¹⁵, sondern auch der Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Patient*innen¹¹⁶, weil sie ihnen die Möglichkeit eröffnen, sich – gegebenenfalls mit Hilfe Dritter – das zurückliegende Behandlungsgeschehen zu erschließen und zu kontrollieren, was an und mit ihnen gemacht wurde.¹¹⁷ Schließlich gehört auch die Beweissicherung für den Fall eines etwaigen Behandlungsfehlers zu den Funktionen der Dokumentationspflicht.¹¹⁸

Es könnte nun überlegt werden, ob eine genauere gesetzliche Definition des Begriffs der „Patientenakte“ zur Rechtssicherheit sowie zu einer weiteren Stärkung der Patientenrechte beitragen könnte.¹¹⁹

Nach § 630f Abs. 2 BGB ist der Behandelnde 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. Die Gesetzesnorm leistet hierdurch eine wesentliche Präzision der bis dahin in Rechtsprechung und Literatur verwendeten, i.d.R. nur sehr allgemeinen und stark unter-

115 BT-Drucks 17/10488, 25; vgl. BGH 27.6.1978 – VI ZR 183/76, juris Rn. 27, BGHZ 72, 132; BGH 23.11.1982 – VI ZR 222/79, juris Rn. 7, BGHZ 85, 327; BeckOK–Katzenmeier, Stand 1.2.2021, § 630f Rn. 3; Münchener Kommentar–Wagner, § 630f Rn. 3; Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht, 142018, Rn. 505 m.w.N.

116 BT-Drucks 17/10488, 26; Münchener Kommentar–Wagner, § 630f Rn. 3; jurisPK-BGB–Schmidt, § 630f Rn. 5; Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht, 142018, Rn. 505 m.w.N.; vgl. bereits knapp Deutsch AcP 192 (1992), 161, 171; Nüssgens, Zur ärztlichen Dokumentationspflicht und zum Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen, in: Festschrift Boujong, 1996, 831, 833 ff.; Giesen, Arzthaftungsrecht, 41995, Rn. 423; Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, 1999, 72.

117 BeckOK–Katzenmeier, Stand 1.2.2021, § 630f Rn. 4; vgl. Bender, Das postmortale Einsichtsrecht in Krankenunterlagen, 1998, 89 ff.; Bender VersR 1997, 918; Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, 1999, 72 und bereits Wasserburg, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, NJW 1980, 617 f.

118 BT-Drucks 17/10488, 26: „faktische Beweissicherung“; Münchener Kommentar–Wagner, § 630f Rn. 4; Spickhoff–Spickhoff, Medizinrecht, 32018, § 630f Rn. 1; jurisPK-BGB–Schmidt, § 630f Rn. 5; zurückhaltender Bayer, Ärztliche Dokumentationspflicht und Einsichtsrecht in Patientenakten, 2018, 40 ff, 44 („eingeschränkte Beweissicherungsfunktion“); so auch BSG 19.11.2019 – B 1 KR 33/18 R, juris Rn. 18, SozR 4-2500 § 109 Nr. 77. Siehe zum Ganzen Staudinger–Gutmann, 2021, § 630f Rn. 8 ff.

119 Vgl. etwa die Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 42 f.

bestimmten Umschreibungen des Umfangs der Dokumentationspflichten.¹²⁰ § 630f Abs. 2 BGB erscheint damit als hinreichend klare Definition des Begriffs der Patientenakte – was zur Patientenakte gehört, lässt sich präzise umschreiben.¹²¹ Dass dem Patienten gemäß § 630g Abs. 1 S. 1 BGB Einsicht in die „vollständige, ihn betreffende Patientenakte“ zu gewähren ist, zeigt zudem, dass das Einsichtsrecht grundsätzlich unbeschränkt und umfassend ist und sich auf das Original der Akte bezieht.¹²² Wesentliche Restriktionen, die die ständige Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes zu Lasten des Patienten aufgestellt hatte – wie die Ansicht des VI. Zivilsenats des BGH, dass das Einsichtsrecht des Patienten auf „Aufzeichnungen über objektive physische Befunde und Berichte über Behandlungsmaßnahmen (Medikation, Operation etc)“ beschränkt sei¹²³ – finden im Gesetz keine Grundlage mehr. Das Recht des Patienten auf Einsicht in die „vollständige, ihn betreffende Patientenakte“ umfasst zudem den Zugang zu Inhalten der Patientenakte, die über das gesetzlich Vorgeschriebene hinaus aufgezeichnet wurden. Nach Wortlaut und Sinn des § 630g Abs. 1 BGB reicht das Einsichtsrecht deshalb weiter als die Dokumentationspflicht nach § 630f BGB und erstreckt sich auf alles, was tatsächlich in die Patientenakte aufgenommen wurde.¹²⁴ Deshalb sind dem Patienten beispielsweise grundsätzlich auch Niederschriften über persönliche Eindrücke oder subjektive, die Person des Patienten betreffende Wahrnehmungen des Behandlenden offenzulegen.¹²⁵ Den möglichen Einwand der Behandlungsseite, einer Einsichtnahme durch den Patienten stünden „erhebliche therapeutische Gründe“ entgegen, hat der Gesetzgeber bereits auf „besonder[e] Einzelfäll[e]“¹²⁶ beschränkt; entlang der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts lässt sich der an dieser Stelle bestehende Spielraum der Behandlenden rechtssicher nahezu auf Null reduzieren.¹²⁷

120 BGH 14.3.1978 – VI ZR 213/76, VersR 1978, 543 – Dokumentation entsprechend „gutem ärztlichen Brauch“; BGH 27.6.1978 – VI ZR 183/76, juris Rn. 28, BGHZ 72, 132 – „ordnungsmäßig[e] ärztlich[e] Dokumentation“ bzw. „angemessene Dokumentation“; BGH 23.3.1993 – VI ZR 26/92, juris Rn. 9, VersR 1993, 836 – „ärztliche Übung“; vgl. die weiteren Nachweise bei BeckOK–Katzenmeier, Stand 1.2.2021, § 630f Rn. 11 und Bender, Der Umfang der ärztlichen Dokumentationspflicht, VersR 1997, 918, 920.

121 Siehe Staudinger–Gutmann, 2021, § 630f Rn. 23 ff.

122 Palandt–Weidenkaff, ⁸⁰2021, § 630f Rn. 3; BeckOGK–Walter, Stand 1.4.2021, § 630g Rn. 5; Jauernig–Mansel, ¹⁸2021, § 630g Rn. 3; Spickhoff–Spickhoff, Medizinrecht, ³2018, § 630g Rn. 2; Erman–Rehborn/Gescher, ¹⁶2020, § 630f Rn. 4; jurisPK–BGB–Lafontaine, ⁹2020, § 630g Rn. 103.

123 BGH 23.11.1982 – VI ZR 222/79, juris Rn. 16 und 23, BGHZ 85, 327; BGH 23.11.1982 – VI ZR 177/81, juris Rn. 12 f, BGHZ 85, 339; Nüssgens, Zur ärztlichen Dokumentationspflicht und zum Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen, in: Festschrift Boujong, 1996, 831, 841; kritisch demgegenüber bereits Giesen, Zum Einsichtsrecht der Patienten in Krankenunterlagen, JZ 1989, 442, 443 m.w.N. und Deutsch AcP 192 (1992), 161, 171.

124 BeckOGK–Walter, Stand 1.4.2021, § 630g Rn. 7; jurisPK–BGB–Lafontaine, ⁹2020, § 630g Rn. 92, 98.

125 BT-Drucks 17/10488, 27; OLG Karlsruhe 16.8.2017 – 7 U 202/16, juris Rn. 22, MedR 2018, 326 m. Anm. Wienke; Palandt–Weidenkaff, ⁸⁰2021, § 630g Rn. 3; BeckOGK–Walter, Stand 1.4.2021, § 630g Rn. 7f; Münchner Anwaltshandbuch–Terbille/Feifel, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 22; Schneider GesR 2014, 385, 386.

126 BT-Drucks 17/10488, 27.

127 Siehe Staudinger–Gutmann, 2021, § 630g Rn. 49 ff., 54 ff.

bb) Die europarechtliche Dimension

§ 630g Abs. 1 BGB wird durch die seit dem 25.5.2018 geltende Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016 (Datenschutz-Grundverordnung – DSGVO) überlagert.¹²⁸ Die DSGVO gilt (auch) in Deutschland unmittelbar¹²⁹, d.h. direkt und ohne Einschränkung für und gegen alle Normadressaten. Ihr kommt ein Anwendungsvorrang zu, der zwar die **Existenz** kollidierender nationaler Rechtsvorschriften wie z.B. § 630g BGB unberührt lässt, aber dazu führt, dass diese im konkreten Kollisionsfall nicht angewendet werden dürfen.¹³⁰

Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 Var. 1. DSGVO gewährt den Betroffenen – d.h. den tatsächlich behandelten Patient*innen, deren personenbezogene Daten (Art. 4 Ziffer 1 DSGVO) bei dem Behandelnden aufgezeichnet sind und damit von ihm i.S.v. Art. 4 Ziffer 2 DSGVO verarbeitet werden – ein Recht auf **Auskunft** über diese Daten. Der Anspruch ist europarechtlich verankert (nach Art. 8 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 EuGrCh hat „jede Person [...] das Recht, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten“). Von dem Anspruch umfasst sind alle Daten und Informationen mit Bezug zur Person der Patientin bzw. des Patienten, die bei dem Verantwortlichen vorhanden sind. Erwägungsgrund 63 S. 2 der DSGVO nennt hierbei paradigmatisch das Recht auf Auskunft über die eigenen gesundheitsbezogenen Daten, etwa Daten in Patientenakten. Gemäß Art. 4 Ziffer 1 DSGVO sind „personenbezogene Daten“ alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Alle, jedenfalls alle wesentlichen Inhalte einer Patientenakte – sowohl die nach § 630f Abs. 1 und Abs. 2 BGB dokumentationspflichtigen Daten als auch alle weiteren auf den konkreten Patienten bezogenen Informationen – sind „personenbezogene Daten“ in diesem Sinn. Der Anspruch aus Art 15 Abs. 1 Hs. 2 Var. 1 DSGVO bleibt hinsichtlich seines Gegenstands deshalb nicht hinter § 630g BGB zurück.

Die DSGVO gewährt der betroffenen Person darüber hinaus aber auch den „Zugang“¹³¹ zu ihren personenbezogenen Daten. Gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO hat der „Verantwortliche [...] eine **Kopie** der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zur Verfügung“ zu stellen. Dieser Anspruch ist wie der Auskunftsanspruch aus Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 Var. 1 DSGVO nicht zweckbeschränkt und besteht ohne Weiteres auch dann, wenn er zur Vorbereitung zivilrechtlicher Haftungsansprüche geltend gemacht wird.¹³² Der Anspruch aus Art. 15 DSGVO stellt deshalb heute die „prima lex des Auskunftsrechts“¹³³ des Patienten dar.

¹²⁸ Siehe zum Folgenden Staudinger–Gutmann, 2021, § 630g Rn. 5 ff.

¹²⁹ Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV.

¹³⁰ Vedder/Heintschel von Heinegg–Vedder, Europäisches Unionsrecht, ²2018, Art 288 AEUV Rn. 68; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim, Stand Februar 2021, Art. 288 AEUV Rn. 53; Herdegen, Europarecht, ²¹2019, § 10 Rn. 3; Cornelius/Spitz GesR 2019, 69; BVerfG 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, juris Rn. 98, BVerfGE 73, 339 und BVerfG 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, juris Rn. 335, BVerfGE 123, 267.

¹³¹ Erwägungsgrund 63 der DSGVO.

¹³² LG Dresden 29.5.2020 – 6 O 76/20, juris Rn. 12, MedR 2021, 58.

¹³³ Riemer, Der Datenauskunftsanspruch gem. Art. 15 DSGVO als pre-trial-discovery und prima lex des Auskunftsrechts, DSB 2019, 223, 224.

Der **europarechtliche Begriff der Patientenakte** wird weiter durch die Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments konkretisiert. Nach Art. 4 lit. f und Art. 5 lit. d dieser Richtlinie haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Patienten, die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung in Anspruch nehmen möchten, gemäß den Unionsvorschriften zum Schutz personenbezogener Daten mindestens eine „Kopie ihrer Patientenakte“ haben oder per Fernabfrage auf diese zugreifen können. Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Patientenakte“ sämtliche Unterlagen, die Daten, Bewertungen oder Informationen jeglicher Art über die klinische Situation und Entwicklung eines Patienten im Verlauf des Behandlungsprozesses enthalten.¹³⁴ Diese Definition ist breit und umfassend. Auch unter diesem Gesichtspunkt systematischer Auslegung umfasst die nach Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO geschuldete vollständige Kopie der verarbeiteten personenbezogenen Daten im Fall einer „Patientenakte“ also **sämtliche** patienten- und behandlungsbezogenen Aufzeichnungen, die sich sinnvollerweise in einer Patientenakte i.S.d. § 630f BGB befinden können. Der Begriff der „Patientenakte“ ist nach alledem umfassend genug und hinreichend klar definiert; sein rechtlicher Gehalt entspricht zudem weitestgehend dem umgangssprachlichen Verständnis. Eine noch genauere Definition der Patientenakte in § 630f BGB oder § 630g BGB ist deshalb nicht veranlasst.

b) Durchsetzung des Einsichtsrechts

aa) Sanktionspotential des § 630g BGB

Der Grund dafür, das Einsichtsrecht des Patienten in § 630g Abs. 1 BGB explizit zu regeln, war die Absicht, ein „Vollzugsdefizit“¹³⁵ zu beheben, war Patienten die Einsichtnahme in ihre Krankenunterlagen in der Praxis doch immer wieder erschwert oder verweigert worden. Obgleich das Gesetz nunmehr anordnet, dass Patient*innen auf Verlangen **unverzüglich** Einsicht in die **vollständige**, sie betreffende Patientenakte zu gewähren ist, ist davon auszugehen, dass Patient*innen nach wie vor regelmäßig auf praktische Schwierigkeiten stoßen, wenn sie dieses Recht einfordern.¹³⁶

Dies führt zu der Frage, ob neue gesetzliche Sanktionen für Situationen, in denen die Verpflichteten die Unterlagen nicht unverzüglich oder vollständig herausgeben, nötig scheinen. Im Ergebnis ist dies zu verneinen.

¹³⁴ So die Definition in Art. 3 lit. m der Richtlinie.

¹³⁵ Thole, Das Patientenrechtegesetz – Ziele der Politik, MedR 2013, 145, 148; BeckOK–Katzenmeier, Stand 1.5.2021, § 630g Rn. 1; Laufs/Katzenmeier/Lipp–Katzenmeier, Arztrecht, ⁸2021, IX Rn. 55; vgl. auch Hinne, Das Einsichtsrecht in Patientenakten, NJW 2005, 2270, 2272.

¹³⁶ Statistische Untersuchungen fehlen; die Evidenz ist anekdotisch. Bei einer Stichprobe der Stiftung Warentest (n=12) im Jahr 2015 waren die Unterlagen nur bei 3 von 12 Testern im Wesentlichen vollständig und lesbar; dreimal überreichte das Personal nur ein einziges Blatt Papier; nur von 2 der 12 Arztpraxen wurde die Herausgabe selbstverständlich gewährt (Stiftung Warentest, Einsicht in die Patientenakte. Wie Sie Ihr Recht durchsetzen, Test 8/2015, 84-88). Bei einer bevölkerungsrepräsentativen Onlinebefragung im Auftrag des AOK-Bundesverbandes (YouGov, Basis: 2.031 Personen ab 18 Jahren) vom August 2019 (zit. nach AOK Bundesverband, Patientenrechtegesetz 2.0, Pressegespräch am 24.10.2019, S. 3) gaben 27% der Befragten an, dass sie ihren behandelnden Arzt/ihre behandelnde Ärztin schon einmal darum gebeten haben, selbst Einsicht in ihre Behandlungsunterlagen nehmen zu dürfen; in 15% dieser Fälle sei die Einsichtnahme verweigert worden.

An einen Verstoß des Behandelnden gegen seine Pflicht, dem Patienten nach § 630g BGB Einsicht zu gewähren, knüpft das BGB keine unmittelbaren Folgen. Es ordnet keine Sanktionen für die unberechtigte Verzögerung der Einsichtnahme oder die unvollständige Aushändigung der Abschrift von der Patientenakte an. Das Einsichtsrecht aus § 630g BGB ist jedoch mittels einer Leistungsklage auf Ermöglichung der Einsichtnahme in die Patientenakte bzw. auf Erstellung der geforderten Abschriften selbständig einklagbar.¹³⁷ Obgleich eine solche Klage für den Patienten mit Belastungen verbunden ist, sollte die Drohung mit ihr für die Durchsetzung des Einsichtsrechts nicht ohne Wirkung bleiben. Verletzt der Behandelnde schuldhaft die Rechte des Patienten, seiner Erben oder Angehörigen aus § 630g BGB, können zudem Schadensersatzansprüche entstehen, beispielsweise weil der Patient eine Haftungsklage erhebt, deren mangelnde Begründung er mangels hinreichender Kenntnis der Patientenakte nicht erkennen konnte¹³⁸, weil ihm bei einer Weiterbehandlung durch einen anderen Arzt Aufwendungen für erneute diagnostische Maßnahmen erwachsen sind¹³⁹ oder weil nötige Maßnahmen der Weiterbehandlung mangels Kenntnis des Patienten von der Befundlage überhaupt unterblieben sind. Zudem hat ein Verstoß gegen die Dokumentationspflichten aus § 630f BGB beweisrechtliche Folgen: Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche (therapeutische oder diagnostische) Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Abs. 1 oder Abs. 2 BGB nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Abs. 3 BGB nicht aufbewahrt, wird nach § 630h Abs. 3 BGB vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat. Der Verlust oder die Vernichtung der Unterlagen wird einer unterlassenen Dokumentation gleichgestellt.¹⁴⁰ Dasselbe gilt für den Fall der Weigerung des Behandelnden, die Behandlungsdokumentation überhaupt zu offenbaren.¹⁴¹ Die bloße Verzögerung der Einsichtnahme des Patienten in die Dokumentation bzw. der Aushändigung von Abschriften der Patientenakte könnte eine Beweislastumkehr¹⁴² im Sinne des § 630h Abs. 3 BGB jedoch nicht rechtfertigen.

137 Münchener Kommentar–Wagner, ⁸2020, § 630g Rn. 47; Spickhoff–Spickhoff, Medizinrecht, ⁵2018, § 630g Rn. 1; Habermalz, Das Akteneinsichtsrecht des Patienten und seine zivilprozessuale Durchsetzung, NJW 2013, 3403, 3405; BT-Drucks 17/11710, 29. Zum Streitwert s OLG Dresden 26.2.2018 – 4 U 1570/17, juris Rn. 6 m.w.N., GesR 2018, 302 (i.d.R. höchstens 20% des Wertes einer beabsichtigten Haftungsklage nach der Vorstellung des Patienten) und OLG München 6.6.2011 – 1 W 953/11, juris Rn. 7 (je nach dem Interesse des Patienten an der Vorlage der Unterlagen zwischen 1/4 und 1/10 des Hauptsachestreitwerts).

138 Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht, ¹⁴2018, Rn. 528; Nüssgens, Zur ärztlichen Dokumentationspflicht und zum Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen, in: Festschrift Boujong, 1996, 831, 845.

139 Nüssgens, Zur ärztlichen Dokumentationspflicht und zum Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen, in: Festschrift Boujong, 1996, 831, 845.

140 OLG Oldenburg 25.10.2006 – 5 U 29/06, juris Rn. 15, GesR 2007, 66; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht. Fallgruppenkommentar, ⁵2018, Rn. D 205 und D 412 ff.

141 OLG München 17.3.2011 – 1 U 5245/10, juris Rn. 30 und 39; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht. Fallgruppenkommentar, ⁵2018, Rn. D 205.

142 Gefordert von der Alexandra-Lang-Stiftung, „Für mehr Fairness“: Zentrale Forderungen der Alexandra-Lang-Stiftung für eine weitere Stärkung des Patientenrechts, Stand 21.2.2021, 3, al-stiftung.com/infos-als-pdf/AL-Stiftung_zentrale_Forderungen_Patientenrechte.pdf (28.11.2021).

bb) Sanktionspotential der DSGVO

Vor allem jedoch ist die Datenschutz-Grundverordnung sanktionsbewehrt.

Der Vorrang der DSGVO vor den §§ 630f und 630g BGB verändert die Rechtslage zunächst **materiell** in zweierlei Hinsicht: (1) Dass der Patient gemäß § 630g Abs. 2 S. 2 BGB (bzw. gemäß § 630g Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 811 Abs. 2 S. 1 BGB) dem Behandelnden die für die Anfertigung einer Kopie der Patientenakte entstandenen **Kosten** zu erstatten hat, widerspricht Art. 12 Abs. 5 S. 1 DSGVO i.V.m. Art. 15 Abs. 3 DSGVO, die eine unentgeltliche Information verlangen und anordnen, dass dem Patienten die Erstellung einer kostenfreien Kopie zusteht.¹⁴³ § 630g Abs. 2 S. 2 BGB ist deshalb seit dem 25.5.2018 nicht mehr anzuwenden. Der Umstand, dass der Patient nicht gehalten ist, eine Rechtsgrundlage zu benennen, wenn er eine Kopie seiner Patientenakte anfordert, führt dazu, dass immer auch der Anspruch auf Erstellung einer kostenfreien Kopie gemäß Art. 15 Abs. 3 DSGVO aktiviert ist. (2) Während es sich bei § 630g Abs. 2 S. 1 BGB nach bisher herrschender Ansicht um eine Holschuld handelt und deshalb der Behandelnde nicht verpflichtet ist, die von ihm angefertigte Abschrift dem Patienten zu übersenden, hat der Behandelnde einem Patienten, der eine Kopie seiner Patientenakte gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO anfordert, diese nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 DSGVO **zu übermitteln**, also die Kopie an dessen Wohnort zu übersenden bzw. elektronisch zur Verfügung zu stellen.¹⁴⁴

Sodann bietet die DSGVO eigene Handlungsoptionen zur **Durchsetzung** des Einsichtsrechts und des Rechts auf eine Kopie der Patientenakte. Verstöße gegen Art. 15 DSGVO können gemäß Art. 83 Abs. 5 lit. b DSGVO mit Geldbußen sanktioniert werden. Die Möglichkeit für die datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden, wirksame Bußgelder in einer abschreckend wirkenden Höhe verhängen zu können (Art. 83 Abs. 1 DSGVO), war eine Kernforderung der europäischen Datenschutzreform, die im Ergebnis zur Regelung in Art. 83 DSGVO geführt hat.¹⁴⁵ Zur Einleitung eines solchen Verfahrens haben Patient*innen gemäß Art. 77 DSGVO das Recht auf Beschwerde bei einer datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörde. Zuständig ist die jeweilige Landesdatenschutzbehörde.¹⁴⁶ Art. 15 DSGVO ist darüber hinaus ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB; Verstöße sind also grundsätzlich Schadensersatzbewehrt. Daneben können Schadensersatzansprüche gemäß Art. 82 DSGVO entstehen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, einen Rechtsbehelf nach Art 79 DSGVO einzulegen.¹⁴⁷ Anstatt also an den von der DSGVO teilweise überholten § 630g BGB Sanktionen zu knüpfen, bietet es sich an, die Patient*innen stärker als bisher über ihre datenschutzrechtlichen Handlungs-

143 Palandt-Weidenkaff, ⁸⁰2021, § 630g Rn. 4; Erman-Rehborn/Gescher, ¹⁶2020, § 630f Rn. 1; BeckOK DatenschutzR-Schmidt-Wudy, Stand 1.5.2021, Art 15 DS-GVO Rn. 17.1; Ratzel/Luxenburger-Garbe, Handbuch Medizinrecht, ⁴2020, Kap 24 B Rn. 52; Bayer, Ärztliche Dokumentationspflicht und Einsichtsrecht in Patientenakten, 2018, 224; Prütting/Friedrich, Reformbedarf des § 630g BGB, MedR 2021, 523, 527.

144 BeckOK DatenschutzR-Schmidt-Wudy, Stand 1.5.2021, Art. 15 DS-GVO Rn. 17.1; Kühling/Buchner-Bäcker, ³2020, Art. 23 DSGVO Rn. 40.

145 § 41 BDSG regelt ausdrücklich, dass für die Verstöße nach Art. 83 Abs. 4-6 DSGVO die Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und der Strafprozessordnung sinngemäß anzuwenden sind.

146 Sydow-Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, ²2018, Art. 77 Rn. 15 ff.

147 Siehe zum Ganzen Sydow-Specht, Europäische Datenschutzgrundverordnung, ²2018, Art. 15 Rn. 25 und Simitis/Hornung/Spiecker-Dix, Datenschutzrecht, 2019, Art. 15 DSGVO Rn. 38.

möglichkeiten zu informieren und die Bußgeldbewehrung der Pflicht des Behandelnden aus Art. 15 DSGVO scharf zu stellen. Das vorhandene Regelungsregime sollte deshalb in der Lage sein, den Behandelnden ausreichende Anreize zu gesetzeskonformem Handeln zu vermitteln.

c) Handlungsbedarf

(1) Der Begriff der „Patientenakte“ ist jedoch in einer Hinsicht zu eng. Von ihm nicht erfasst sind nach heute herrschender Ansicht Unterlagen, die außerhalb der eigentlichen Patientenakte und nicht im Interesse des einzelnen Patienten sowie nicht in spezifischem Bezug auf ihn geführt wurden¹⁴⁸, die aber gleichwohl behandlungs- und beweisrelevant sind. So stellen Unterlagen über die interne Organisation und die Betriebsabläufe einer Klinik in der Regel keine „patientenbezogenen“ Behandlungsunterlagen dar, auf deren Herausgabe der Patient einen Anspruch hat.¹⁴⁹

Einsichtsrechte sollen grundsätzlich auch **nicht** hinsichtlich von Dokumenten zur Erfüllung **öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen** bestehen, die dem Behandelnden anlässlich der Behandlungen obliegen, wie beispielsweise hinsichtlich Aufzeichnungen über Niederschriften und Meldungen nach dem IfSG, deren Zweck nur darin bestehen soll, im übergeordneten allgemeinen Interesse die Verbreitung von übertragbaren Infektionen zu verhindern und die hierzu erforderliche Zusammenarbeit von Behörden, Krankenhäusern und Ärzten zu ermöglichen.¹⁵⁰ Im Hinblick auf das massive Problem der Krankenhausinfektionen ist es jedoch nicht einsehbar, die Beweisposition des Patienten dadurch zu verkürzen, dass ihm das Einsichtsrecht in die fortlaufenden Aufzeichnungen i.S.d. § 23 Abs. 4 IfSG sowie auf den Hygieneplan und die Meldungen des Krankenhauses an die Gesundheitsämter verwehrt wird.¹⁵¹ Die Justizministerkonferenz hat deshalb am 9.11.2017 gefordert, ein Einsichtsrecht für die durch eine Infektion betroffenen Patientinnen und Patienten in die Hygienepläne des Krankenhauses und namentlich in die in § 23 Abs. 4 und 5 des Infektionsschutzgesetzes genannten anonymisierten Unterlagen künftig ausdrücklich vorzusehen.¹⁵²

Weiter geht der Vorschlag der AOK¹⁵³, **de lege ferenda** bei berechtigtem Interesse des Patienten das Einsichtsrecht generell auf weitere Unterlagen, hinsichtlich derer ein Zusammenhang mit der Behandlung des Patienten besteht oder bestehen kann,

148 Rehborn, Das Patientenrechtegesetz, GesR 2013, 257, 267; Erman-Rehborn/Gescher, 162020, § 630f Rn. 7.

149 OLG Karlsruhe 16.8.2017 – 7 U 202/16, juris Rn. 22 ff, MedR 2018, 326 – Unterlagen zur allgemeinen Aufbereitung von Instrumenten in der Sterilgutversorgung anlässlich des Verdachts von Hygienemängeln bei einer Operation.

150 OLG Hamm 5.4.2011 – I-26 U 192/10, GesR 2011, 671; bestätigt durch BGH 14.2.2012 – VI ZR 129/11; Rehborn, Das Patientenrechtegesetz, GesR 2013, 257, 267; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht. Fallgruppenkommentar, 52018, Rn. E 15b.

151 So auch Jaeger, Patientenrechtegesetz, 2013, Rn. 395 ff und Schultze-Zeu/Riehn, Die haftungsrechtliche Bedeutung des novellierten § 23 Infektionsschutzgesetz unter besonderer Berücksichtigung der KRINKO-Empfehlung zur Prävention nosokomialer Infektionen in Krankenhäusern, VersR 2012, 1208, 1215.

152 Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Verbesserungen im Arzthaftungsrecht“, <https://jm.rlp.de/de/themen/justizministerkonferenz-2017/beschluesse-der-herbstkonferenz/> (28.11.2021); vgl. BeckOK-Katzenmeier, Stand 1.2.2021, § 630h Rn. 19 und Bollweg/Wächter, Die Haftung für nosokomiale Infektionen aufgrund von Hygienemängeln, in: Festschrift Hart, 2020, 1, 15 f.

153 Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 35.

zu erstrecken. Dieses Recht soll sich neben Unterlagen zur Einhaltung von Hygienevorschriften u.a. auf Aufzeichnungen über den Nachweis der Funktionsprüfung von medizinischen Geräten, über die Einweisung von behandelnden Personen sowie über durchgeführte Kontrollen und Instandsetzungsmaßnahmen beziehen, die allesamt beweisrechtlich bedeutsam sein können.¹⁵⁴ Beide Vorschläge sollten übernommen werden. § 630g Abs. 1 S. 5 BGB [neu] sollte lauten:

„Bei berechtigtem Interesse des Patienten erstreckt sich sein Einsichtsrecht auch auf die Hygienepläne des Krankenhauses, die in § 23 Abs. 4 und 5 des Infektionsschutzgesetzes genannten anonymisierten Unterlagen sowie auf weitere Unterlagen und Aufzeichnungen, hinsichtlich derer ein Zusammenhang mit der Behandlung des Patienten besteht oder bestehen kann.“

(2) Solange der Patient keine vollständige Einsicht in seine Patientenakte erhält, wird in den meisten Fällen die Verjährungsfrist für mögliche Ansprüche gegen den Behandelnden aus Behandlungsfehlerhaftung nicht anlaufen, weil der Patient von „den den Anspruch begründenden Umständen“ noch keine hinreichende „Kenntnis erlangt“ hat (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Der Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB beginnt für Ansprüche wegen Behandlungsfehlern erst, wenn der Patient von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Der Patient als medizinischer Laie hat erst dann **Kenntnis** von einem Behandlungsfehler, d.h. Kenntnis von Tatsachen erlangt, aus denen sich ergibt, dass der Arzt von dem üblichen ärztlichen Vorgehen abgewichen ist oder Maßnahmen nicht getroffen hat, die nach ärztlichem Standard zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich gewesen wären, wenn die bekannt gewordenen Tatsachen ausreichen, um den Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Anspruchsgegners und auf die Ursache dieses Verhaltens für den Schaden bzw. die erforderliche Folgeoperation als naheliegend erscheinen zu lassen und dem Patienten die Erhebung einer Schadensersatzklage, gegebenenfalls in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich ist.¹⁵⁵

Die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass dann, wenn nachgereichte Teile der Behandlungsunterlagen keine für die Klageerhebung relevante Informationslücke des Patienten schließen, sich die für den Verjährungsbeginn eines Schadensersatzanspruchs maßgebliche Kenntnis bereits mit Zugang der **unvollständigen** Patientenakte

¹⁵⁴ Die AOK-Gemeinschaft schlägt hierzu einen § 630g Abs. 1 S. 5 BGB [neu] vor: „Bei berechtigten Patienteninteressen erstreckt sich das Einsichtsrecht auch auf weitere Unterlagen, hinsichtlich derer ein Zusammenhang mit der Behandlung des Patienten besteht oder bestehen kann“ (Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 14 und 34).

¹⁵⁵ BGH 10.11.2009 – VI ZR 247/08, juris Rn. 6 m.w.N., MedR 2010, 258; BGH 31.10.2000 – VI ZR 198/99, juris Rn. 11, BGHZ 145, 358; BGH 29.11.1994 – VI ZR 189/93, juris Rn. 17, NJW 1995, 776; OLG Jena 5.6.2012 – 4 U 159/11, juris Rn. 37; vgl. allgemein Erman-Schmidt-Räntsch, ¹⁶2020, § 199 Rn. 18a; Staudinger-Peters/Jacoby, 2019, § 199 Rn. 62 ff. Dass dies ohne Weiteres bereits mit Kenntnis des Inhalts der Patientenakte der Fall sein soll, ist fraglich; so aber in einem besonders gelagerten Fall zutreffend OLG Koblenz 23.9.2015 – 5 U 403/15, juris Rn. 18 f, VersR 2016, 1004; vgl. BGH 8.11.2016 – VI ZR 594/15, juris Rn. 11 ff, NJW 2017, 949; zurückhaltend Staudinger-Peters/Jacoby, 2019, § 199 Rn. 63a.

einstellen kann.¹⁵⁶ In aller Regel ist der Patient aber erst nach Kenntnis der vollständigen Patientenakte in der Lage, die Behandlungsabläufe vollumfänglich nachzuvollziehen und sich zu entschließen, diese juristisch prüfen und bewerten zu lassen; eine Klagerhebung auf der Grundlage einer unvollständigen Behandlungsdokumentation kann ihm nicht zugemutet werden. Im Interesse des Patienten sollte hinsichtlich der Verjährung seiner möglichen Schadensersatzansprüche deshalb rechtssicher festgehalten werden, dass der Lauf der Verjährungsfrist frühestens ab dem Zeitpunkt beginnt, zu dem die vollständige Patientenakte vom Patienten eingesehen werden konnte

(3) Dem Patienten ist gemäß § 630g Abs. 1 S. 1 BGB Einsicht in die „vollständige, ihn betreffende Patientenakte“ zu gewähren. Für den Fall, dass die Patient*innen von ihrem Recht Gebrauch machen, elektronische Abschriften von ihrer Patientenakte zu verlangen, sollte der Behandelnde deshalb verpflichtet werden, die Vollständigkeit der von ihm zur Verfügung gestellten bzw. übermittelten Abschriften zu bestätigen. Dies hätte nicht nur eine klarstellende Funktion im Hinblick auf die eben angesprochene Verjährungsfrage, sondern ist auch im Hinblick auf die vom Gesetzgeber intendierte „Begründung und [...] Fortentwicklung des zwischen dem Behandelnden und dem Patienten bestehenden Vertrauensverhältnisses“¹⁵⁷ geboten. Das Wissen um die bestätigte Vollständigkeit fordert das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten bei der Umsetzung des Einsichtsrechts.

(4) § 630g Abs. 2 S. 3 und S. 4 BGB¹⁵⁸ (neu) sollte nach alledem lauten:

„Der Behandelnde hat die Vollständigkeit der von ihm erstellten Abschriften schriftlich zu bestätigen. Erfüllt der Behandelnde seine Pflicht aus Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 Satz 1 nicht, beginnt der Lauf der Verjährungsfrist für Ansprüche des Patienten frühestens ab dem Zeitpunkt, zu dem diesem die Einsichtnahme in die vollständige Akte gewährt oder ihm eine vollständige elektronische Abschrift der Akte ausgehändigt wurde.“

2. Informationspflicht über Vertragspartner

a) Information über die Person des Vertragspartners

Gemäß der Legaldefinition in § 630a Abs. 1 BGB ist Behandelnder, wer die medizinische Behandlung des Patienten zusagt, somit derjenige, der **Vertragspartner** wird. Dies kann eine natürliche, aber auch eine juristische Person sein. Der Vertragspartner ist Behandelnder im Rechtssinn also auch dann, wenn er die Behandlung später nicht selbst, sondern durch einen verfassungsgemäß berufenen Vertreter (§§ 31, 89 BGB) oder Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) ausführt. Der Behandelnde im Rechtssinn ist somit nicht zwingend und nicht einmal regelmäßig auch die die Behandlung tatsächlich

¹⁵⁶ OLG Koblenz 23.9.2015 – 5 U 403/15, juris Rn. 20, MedR 2016, 337.

¹⁵⁷ BT-Drucks 17/10488, 21.

¹⁵⁸ Bzw., bei Streichung des durch Art. 12 Abs. 5 S. 1 DSGVO i.V.m. Art. 15 Abs. 3 DSGVO obsolet gewordenen § 630g Abs. 2 S. 2 BGB, als § 630g Abs. 2 S. 2 und S. 3 BGB n.F.

durchführende Person.¹⁵⁹ Bei der Inanspruchnahme von Behandlungsleistungen begegnen sich die unterschiedlichsten vertragsrechtlichen Konstellationen. Juristisch nicht vorgebildeten Patient*innen **kann** – vom Aufsuchen eines Behandelnden in dessen Einzelpraxis abgesehen – dabei in aller Regel nicht klar sein, wer ihr Vertragspartner und damit im Streitfall auch passivlegitimiert ist.¹⁶⁰ So liegen bei einer Praxisgemeinschaft (Organisationsgemeinschaft) im Außenverhältnis zum Patienten rechtlich getrennte Praxen vor, während bei einer Gemeinschaftspraxis (Berufsausübungsgemeinschaft) diese Vertragspartei ist, wobei für die hier möglichen Gesellschaftsformen (GbR, Partnerschaftsgesellschaft, GmbH) je unterschiedliche Haftungsregime gelten. Wird der Patient an einen anderen Arzt überwiesen oder wird ein weiterer Facharzt konsultiert, so kommt – was den Beteiligten oft nicht bewusst ist – mit diesem bzw. mit dessen Praxis in der Regel (aber nicht immer) ein neuer Behandlungsvertrag mit dem entsprechenden Pflichtengefüge zustande, während im Falle einer Vertretung in der Praxis des Vertretenen kein zusätzlicher Vertrag mit dem Vertreter entsteht. Vertragspartner bei ambulanten Behandlungen im Rahmen einer Privatambulanz im Krankenhaus wird in der Regel der selbst liquidationsberechtigte, zur kassenärztlichen Versorgung ermächtigte Krankenhausarzt, der die Ambulanz leitet (meist der Chefarzt in konsentierter Nebentätigkeit), nicht der Krankenhausträger. Der Krankenhausträger ist hingegen Behandelnder im Falle der vor- und nachstationären Behandlung im Krankenhaus (§ 115a SGB V), bei ambulanten Operationen im Krankenhaus (§ 115a SGB V), bei der ambulanten Behandlung im Rahmen des §§ 116a und 116b SGB V sowie als Träger von Spezialeinrichtungen wie Hochschulambulanzen (§ 117 SGB V), psychiatrischen oder geriatrischen Institutsambulanzen (§§ 118, 118a SGB V) bzw. sozialpädiatrischen Zentren (§ 119 SGB V). Bei der stationären Behandlung kann der Patient im Fall des sog. totalen Krankenhausaufnahmevertrags mit Wahlleistungsvereinbarung und Arztzusatzvertrag zwei vertragliche Schuldner für die ärztlichen Leistungen haben. In diesem Fall kommt es auch zu einer Verdopplung der Haftung; Krankenhausträger und Chefarzt haften für Pflichtverletzungen im Bereich der wahlärztlichen Leistungen gesamtschuldnerisch. Der Träger des Krankenhauses haftet für alle in dem Krankenhaus an der Behandlung beteiligten Personen (§ 278 BGB), auch für Fehler des eigenliquidierenden Chefarztes (§§ 31, 89 BGB); der liquidationsberechtigte leitende Arzt muss seinerseits vertraglich für eigenes Verschulden und gemäß § 278 BGB für Fehler der ihm nachgeordneten Ärzte einstehen. Nach (umstrittener) herrschender Ansicht kann eine Wahlarztbehandlung jedoch durch eine – und sogar durch eine vorformulierte – Vertragsklausel so aufgespalten werden, dass der vereinbarungsgemäß behandelnde, liquidationsberechtigte Wahlarzt (bzw. die sog. Wahlartzkette gemäß § 17 Abs. 3 KHEntgG) ausschließlicher Vertragspartner und insoweit vertraglich allein Haftender für den ärztlichen Bereich ist.¹⁶¹ Beim sog. gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag (vor allem im Belegarztwesen) schließlich werden zwei verschiedene Verträge über getrennte

159 Vgl. BT-Drucks 17/10488, 18.

160 Siehe zum Folgenden Staudinger–Gutmann, 2021, § 630a Rn. 42 ff.

161 Siehe Staudinger–Gutmann, 2021, § 630a Rn. 71 ff.

Leistungsbereiche geschlossen; Belegarzt und Krankenhaus haften grundsätzlich getrennt, wobei sich in den Leistungs-„Schnittmengen“ die Pflichtenkreise von Belegarzt einerseits und Krankenhaus andererseits jedoch nicht immer genau trennen lassen.

In all diesen Konstellationen bleiben dem Patienten die genauen vertragsrechtlichen Beziehungen, die er eingeht, regelmäßig unklar. Dem jeweiligen Behandelnden ist es jedoch zumutbar, berechnete Zweifel des Patienten, ob er Vertragspartner und im Streitfall auch tatsächlich passivlegitimiert ist, auszuräumen. Das Gesetz sollte deshalb künftig eine ausdrückliche Informationspflicht über die Person des Vertragspartners enthalten.¹⁶²

b) Information über tatsächlich behandelnde Personen

Möchten Patient*innen, vor allem im Kontext einer Krankenhausbehandlung, **Namen und Identität der sie konkret behandelnden natürlichen Personen** in Erfahrung bringen (etwa weil deliktische Ansprüche auf Schadensersatz gegen diese im Raum stehen oder diese als Zeugen in Frage kommen), und können sie diese Information – wie regelmäßig – nicht der Behandlungsdokumentation (§§ 630f, 630g BGB) entnehmen, so sind sie bisher auf das allgemeine Institut des Auskunftsanspruchs aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) und die hierzu ergangene kasuistische und lückenhafte Rechtsprechung verwiesen.¹⁶³ Auch hier empfiehlt sich eine gesetzliche Klarstellung.¹⁶⁴

¹⁶² In diese Richtung auch Alexandra-Lang-Stiftung, „Für mehr Fairness“: Zentrale Forderungen der Alexandra-Lang-Stiftung für eine weitere Stärkung des Patientenrechts, Stand 21.2.2021, 3, [al-stiftung.com/infos-als-pdf/AL-Stiftung_zentrale_Forderungen_Patientenrechte.pdf](https://www.al-stiftung.com/infos-als-pdf/AL-Stiftung_zentrale_Forderungen_Patientenrechte.pdf) (28.11.2021) und Wörn, Mehr Rechte für Patientinnen und Patienten. Eine Bilanz und Vorschläge für die Weiterentwicklung des Patientenrechtegesetzes, 2021, 46.

¹⁶³ Siehe Staudinger-Gutmann, 2021, § 630g Rn. 133 ff. Einzelne oberlandesgerichtliche Entscheidungen gewähren einen solchen Anspruch. Ein Patient soll von seiner Klinik aufgrund des Behandlungsvertrags nur dann Auskunft über Namen und Anschriften der behandelnden Ärzte und Pfleger verlangen können, wenn er ein berechtigtes Interesse an diesen Daten nachweist, d.h. darlegt, dass diese als Anspruchsgegner wegen eines Behandlungs- oder Aufklärungsfehlers oder als Zeugen einer Falschbehandlung in Betracht kommen (OLG Hamm 14.7.2017 – 26 U 117/16, juris Rn. 5). Nach Ansicht des OLG Köln hat der Krankenhausträger auf Verlangen des Patienten Auskunft über Namen und ladungsfähige Anschrift der Ärzte zu erteilen, die den Patienten behandelt haben, wenn der Patient den Behandlungsabschnitt, bei dem er das Vorliegen einer Pflichtverletzung annimmt, konkret bezeichnet und darauf bezogen, keine aus Sicht eines medizinischen Laien eindeutigen und ausreichenden Angaben aus den Unterlagen gewinnen kann (OLG Köln 15.8.2018 – 5 W 18/18, juris Rn. 3, MedR 2019, 147). Dieser Auskunftsanspruch soll aber nicht erst dann gegeben sein, wenn die Patient*innen alle Möglichkeiten ausgeschöpft haben, an die Behandlungsunterlagen zu kommen; insbesondere sind sie nicht gehalten, zunächst den Anspruch auf Einsicht in die Behandlungsunterlagen nach § 630g BGB klageweise durchzusetzen (OLG Köln 15.8.2018 – 5 W 18/18, juris Rn. 5, MedR 2019, 147; jurisPK-BGB-Lafontaine, ⁹2020, § 630g Rn. 109). Aus datenschutzrechtlichen Gründen hat ein Patient, der einen Klinikträger sowie einen bei ihm angestellten Arzt auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, aber keinen Anspruch gegen den Klinikträger, ihm die Privatanschrift des Arztes mitzuteilen (BGH 20.1.2015 – VI ZR 137/14, juris Rn. 145 ff, NJW 2015, 1525; OLG Köln 15.8.2018 – 5 W 18/18, juris Rn. 3, MedR 2019, 147; jurisPK-BGB-Lafontaine, ⁹2020, § 630g Rn. 110; kritisch Münchener Kommentar-Wagner, ⁸2020, § 630g Rn. 45; a.A. noch OLG Frankfurt 23.9.2004 – 8 U 67/04, juris Rn. 15 für den Fall, dass der Arzt zwischenzeitlich aus der Klinik ausgeschieden ist und erst die Mitteilung der Privatanschrift eine Zustellung der Klageschrift ermöglicht. Siehe auch OLG Hamm 24.5.2000 – 3 U 145/99, VersR 2001, 375; OLG Düsseldorf 30.1.2003 – I-8 U 62/0, juris Rn. 32, VersR 2005, 694 und OLG Frankfurt 23.9.2004 – 8 U 67/04, juris Rn. 7 f., VersR 2006, 81; zum Ganzen auch Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht. Fallgruppenkommentar, ⁵2018, E 23 ff.

¹⁶⁴ Die AOK-Gemeinschaft schlägt hierfür einen ähnlichen § 630c Abs. 2 S. 5 BGB (neu) vor: „Auf Nachfrage ist dem Patienten bei berechtigtem Interesse der Name des rechtlich verantwortlichen Behandelnden oder des Vertragspartners vom Behandelnden selbst oder von der Einrichtung zu nennen, in deren Räumlichkeiten die

§ 630c Abs. 2 S. 4 (neu) BGB sollte lauten:

„Auf Nachfrage sind dem Patienten bei berechtigtem Interesse die Namen seines Vertragspartners und der ihn tatsächlich behandelnden Personen durch den Träger der Einrichtung zu nennen, in deren Räumlichkeiten die Behandlung stattfand oder von der sie veranlasst wurde.“

3. Informationspflicht bei Behandlungsfehlern ohne Nachfrage (§ 630c Abs. 2 S. 2 BGB)

a) Grundsatz

Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines (eigenen oder fremden) Behandlungsfehlers begründen, so hat er gemäß § 630c Abs. 2 S. 2 BGB den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren zu informieren. Mit dieser Vorschrift hatte der Gesetzgeber Neuland betreten; es handelt sich um die einzige wesentliche sachliche Innovation des Patientenrechtegesetzes.¹⁶⁵ Die Steuerungswirkung der Vorschrift dürfte jedoch gering bleiben. Obwohl die Normierung einer **generellen** Pflicht des Arztes zur **ungefragten** Offenbarung eigenen Fehlverhaltens von einem Teil der Literatur¹⁶⁶, von Patientenorganisationen¹⁶⁷ und vom Bundesrat¹⁶⁸ (!) gefordert wurde und diese breite Zustimmung in der Bevölkerung findet¹⁶⁹, hat sich der Gesetzgeber des Patientenrechtegesetzes gegen diese entschieden und die Informationspflicht auf die beiden Konstellationen „auf Nachfrage“ und „zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren“ beschränkt. Soweit die Norm dem „Interesse des Patienten am Schutz seiner Gesundheit“¹⁷⁰ und der Abwendung gesundheitlicher Gefahren dienen soll, wird ihr Zweck indessen bereits durch die Informationspflichten aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB erreicht: Eine Pflicht zur Offenbarung des Fehlschlagens einer Behandlung und in der Regel auch der fehlerbegründenden Umstände besteht bereits

Behandlung stattfand oder von der sie veranlasst wurde.“ Das erforderliche berechnete Interesse sollte sich dabei unter anderem bereits aus dem Verdacht auf einen Behandlungsfehler ergeben (Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 33).

165 Wagner, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? Zum Entwurf des Patientenrechtegesetzes, VersR 2012, 789, 795; vgl. Münchener Kommentar–Wagner, 8020, § 630c Rn. 29 und die umfassende Analyse bei Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 296 ff.

166 Terbille/Schmitz-Herscheidt, Zur Offenbarungspflicht bei ärztlichen Behandlungsfehlern, NJW 2000, 1749; Wörn, Mehr Rechte für Patientinnen und Patienten. Eine Bilanz und Vorschläge für die Weiterentwicklung des Patientenrechtegesetzes, 2021, 46.

167 Siehe Alexandra-Lang-Stiftung, „Für mehr Fairness“: Zentrale Forderungen der Alexandra-Lang-Stiftung für eine weitere Stärkung des Patientenrechts, Stand 21.2.2021, 3, al-stiftung.com/infos-als-pdf/AL-Stiftung_zentrale_Forderungen_Patientenrechte.pdf (28.11.2021) und die weiteren Nachweise bei Wörn, Mehr Rechte für Patientinnen und Patienten. Eine Bilanz und Vorschläge für die Weiterentwicklung des Patientenrechtegesetzes, 2021, 27.

168 BT-Drucks 17/10488, 37 ff., 38. Das Argument des Bundesrats, der Patient sei „aus Gründen der medizinischen Ethik immer und unverzüglich zu informieren, soweit der Behandelnde Umstände erkannt hat, die einen Behandlungsfehler vermuten lassen“ (ebenso Olzen/Uzunovic, Der Behandlungsvertrag im BGB, JR 2012, 447, 448) ist ethisch sicher vertretbar, wird von der ethischen Fachdiskussion aber so nicht gedeckt.

169 Bei einer bevölkerungsrepräsentativen Onlinebefragung im Auftrag des AOK-Bundesverbandes (YouGov, Basis: 2.031 Personen ab 18 Jahren) vom August 2019 (zit. nach AOK Bundesverband, Patientenrechtegesetz 2.0, Pressegespräch am 24.10.2019, S. 5) stimmten 68% der Befragten der Aussage „Wenn Ärzte vermuten, dass ihnen ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, sollten sie gesetzlich dazu verpflichtet werden, ihren Patienten auch ohne aktive Nachfrage darüber zu informieren“ voll und weitere 22% ihr eher zu.

170 BT-Drucks 17/10488, 21.

unabhängig von § 630c Abs. 2 S. 2 BGB im Rahmen der Pflicht zur therapeutischen Information gemäß § 630c Abs. 2 S. 1 BGB¹⁷¹, soweit diese Information erforderlich ist, um gesundheitlichen Schaden vom Patienten abzuwenden.^{172,173} Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „auf Nachfrage“ muss die wesentliche Funktion des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB deshalb darin bestehen, dem Patienten die Geltendmachung von Ersatzansprüchen zu erleichtern.¹⁷⁴ § 630c Abs. 2 S. 2 BGB muss also so verstanden werden, dass er auch den Schutz wirtschaftlicher Patienteninteressen bezweckt.

In dieser Perspektive erscheint das Erfordernis, dass der Patient im Rahmen der ersten Alternative der Norm „ausdrücklich nach einem Behandlungsfehler fragen“ muss¹⁷⁵, jedoch nicht überzeugend. Eine Nachfrage setzt einen Anhaltspunkt für einen möglichen

171 Jedenfalls dann, wenn der Behandelnde einen eigenen Behandlungsfehler durch einen erneuten Eingriff korrigieren möchte, ist er auch im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung für diesen Eingriff gemäß § 630e Abs. 1 BGB verpflichtet, den Patienten ungefragt über die Umstände zu unterrichten, die die Annahme begründen, dass die Korrekturbehandlung durch einen Fehler bei der Erstbehandlung nötig wurde, vgl. Staudinger–Gutmann, 2021, § 630c Rn. 113.

172 Die therapeutischen Informationspflichten aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB können nach einer seit langem gefestigten Rechtsprechung auch die Pflicht umfassen, auf eine mögliche Fehlbehandlung durch andere Behandelnde hinzuweisen (vgl. BeckOK–Katzenmeier, Stand 1.5.2020, § 630c Rn. 11). Kein Arzt darf sehenden Auges eine Gefährdung seines Patienten hinnehmen, wenn ein anderer Arzt seiner Ansicht nach etwas falsch gemacht hat oder er jedenfalls den dringenden Verdacht haben muss, es könne ein Fehler unterlaufen sein (BGH 8.11.1988 – VI ZR 320/87, juris Rn. 24, VersR 1989, 186; BGH 28.5.2002 – VI ZR 42/01, juris Rn. 7, NJW 2002, 2944; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 72014, Rn. B 116, 120 ff.).

173 § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB ist jedoch weit auszulegen. Der Behandelnde, für den Umstände erkennbar sind, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat seinen Patienten über diese regelmäßig auch ohne Nachfrage zu informieren. Dies hat seinen Grund darin, dass der Patient keine Maschine ist, die hinsichtlich ihrer Anschlussbehandlung nur zu programmieren wäre, sondern ein Vertragspartner, der von Rechts wegen als Person wahrzunehmen ist, die das Recht auf eigene, ihren ganz eigenen Maßstäben folgende und unter Umständen auch eigenwillige Entscheidungen hat. Als solche ist er auch ein Kausalfaktor seiner Gesundheit. Das fehlende Wissen darum, dass ein Behandlungsfehler bei der Erstbehandlung in Rede steht, kann die auf die Zukunft gerichteten Behandlungsentscheidungen des Patienten auf vielfältige Weise beeinflussen und verzerren und damit nicht nur sein Recht auf Selbstbestimmung über seine leiblich-seelische Integrität, sondern auch seine substantiellen Gesundheitsinteressen beeinträchtigen. Wurde der Patient an der falschen Bandscheibe operiert, muss er hierüber (und damit über die tatsächlichen Grundlagen eines naheliegenden Pflichtverstößes) informiert werden, weil er wegen seiner anhaltenden Beschwerden sonst Anlass haben kann, Bandscheibenoperationen für erfolglos zu halten und den indizierten Eingriff nicht durchführen zu lassen. Muss der Patient davon ausgehen, dass die notwendig gewordene Folgebehandlung von den Kostenträgern nicht oder nicht ganz übernommen wird (insbesondere weil dies – wie z.B. bei einer kosmetischen Operation – schon für die Erstbehandlung der Fall war, oder weil dies – wie insbesondere bei Psychotherapien und in den Fällen des § 52 Abs. 2 SGB V [s hierzu BSG 27.8.2019 – B 1 KR 37/18 R, NJW 2020, 708] – für Zweit- und Anschlussbehandlungen regelmäßig der Fall ist) und kann oder will er sich den Folgeeingriff bzw. die Anschlussbehandlung nicht als Selbstzahler leisten, kann das Wissen um einen möglichen Haftungsfall zur Voraussetzung dafür werden, die seinen Gesundheitsinteressen dienende Folge- oder Anschlussbehandlung überhaupt vornehmen zu lassen. Auch in Konstellationen dieser Art ist gerade die Offenlegung behandlungsfehlerrelevanter Umstände „zur Abwendung fortbestehender oder künftig möglicher gesundheitlicher Gefahren, die diese Umstände hervorgerufen haben bzw. künftig hervorrufen können“ (vgl. Jauernig–Mansel, 182021, § 630c Rn. 7) nötig; auch hier ist sie gefordert, weil sonst „die Gefahr eines gesundheitswidrigen Verhaltens“ besteht (vgl. hierzu Erman–Rehborn/Gescher, 162020, § 630c Rn. 20).

174 Wagner, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? Zum Entwurf des Patientenrechtegesetzes, VersR 2012, 789, 795; Erman–Rehborn/Gescher, 162020, § 630c Rn. 17; Spickhoff JZ 2015, 21; Jaeger, Patientenrechtegesetz, 2013, Rn. 140; anderer Ansicht Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, 819; BeckOK–Katzenmeier, Stand 1.5.2020, § 630c Rn. 12; Jauernig–Mansel, 182021, § 630c Rn. 7; Schelling/Warntjen, Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern, MedR 2012, 506, 511 und Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 327.

175 BT-Drucks 17/10488, 21.

Fehler voraus, der für den medizinischen Laien in der Regel nicht ersichtlich ist. Dies gilt insbesondere für Behandlungen, die bei einem sedierten oder narkotisierten, also bewusstlosen oder eingeschränkt wahrnehmungsfähigen Patienten durchgeführt wurden. Für den Patienten ist das Wissen um Umstände, die einen Behandlungs- und Pflegefehler möglich erscheinen lassen, entscheidend, um überhaupt die Möglichkeit zu haben, seine Rechte wahrzunehmen. Weil den Patient*innen – im Gegensatz zum Behandelnden – die entsprechenden medizinischen Anhaltspunkte aber meist fehlen, erfolgen ausdrückliche Nachfragen zum Vorliegen eines Behandlungsfehlers äußerst selten;¹⁷⁶ die Norm läuft deshalb weitgehend leer.

Hinzu kommt, dass infolge der gegenwärtig geltenden Nachfrageobliegenheit der misstrauische Patient einen besseren Schutz erfährt als der gutgläubige. Dies ist schwerlich mit der vom Gesetzgeber beabsichtigten „Begründung und [...] Fortentwicklung des zwischen dem Behandelnden und dem Patienten bestehenden Vertrauensverhältnisses“ und mit dem dem „Gesetz insgesamt zugrunde liegende[n] Partnerschaftsgedanken zwischen dem Behandelnden und dem Patienten“¹⁷⁷ vereinbar. Das Gesetz gibt vielmehr das Ziel einer offenen und aktiven Kultur des Umgangs mit Fehlern vor.

Die Pflicht des Behandelnden, Tatsachen mitzuteilen, die das Vorliegen eines Behandlungsfehlers möglich oder naheliegend erscheinen lassen (ohne dass er das aufgetretene unerwünschte Ereignis gegenüber dem Patienten auch als Folge einer Sorgfaltspflichtverletzung einordnen muss¹⁷⁸), sollte künftig deshalb generell, auch ohne Nachfrage des Patienten, bestehen. Ein Formulierungsvorschlag für eine Neufassung des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB lautet:

„Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese zu informieren.“¹⁷⁹

b) Strukturelle Grenzen der Sanktionierbarkeit

Allerdings muss damit gerechnet werden, dass die Steuerungsfunktion einer solchen Änderung in vielen Konstellationen vergleichsweise gering wäre. Schon gegenwärtig macht sich der Behandelnde nicht ohne Weiteres schadensersatzpflichtig, wenn er seine Informationspflichten aus § 630c Abs. 2 S. 2 BGB verletzt. Im Normalfall trägt der Behandelnde, der über eigene Behandlungsfehler nicht aufklärt, obwohl er danach gefragt worden ist, kein neues haftungsrechtliches Risiko, weil er für den Behandlungsfehler ohnehin einzustehen hat und der Anspruch des Patienten wegen Verletzung der Offenbarungspflicht nicht über die Haftung für den eigentlichen Behandlungsfehler

176 Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 39.

177 BT-Drucks 17/10488, 21.

178 Staudinger-Gutmann, 2021, § 630c Rn. 116 ff.

179 So auch Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 37. Siehe aber unten, 4.

hinausreicht.¹⁸⁰ Zu einem eigenen Haftungsfall werden solche Sachverhalte nur dann, wenn der Patient infolge des unterbliebenen Hinweises einen **weiteren** Körper- oder Gesundheitsschaden erleidet; diese Konstellation ist überwiegend bereits von der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung nach § 630c Abs. 2 S. 1 BGB erfasst. **Insoweit** besteht in der Tat eine starke Motivation für den Behandelnden, eine weitergehende Haftung zu vermeiden: Verletzt ein Arzt eine Pflicht zur Information des Patienten über behandlungsfehlerrelevante Umstände, die zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren erforderlich ist, begeht er einen (weiteren) Behandlungsfehler mit allen haftungsrechtlichen Konsequenzen. Handelt es sich bei der Verletzung dieser Informationspflicht (etwa wegen der dem Patienten erkennbar drohenden konkreten Gefahren) um einen groben Behandlungsfehler, kann es nach § 630 Abs. 5 BGB zudem zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität kommen.¹⁸¹ Verschweigt der Behandelnde in einer solchen Konstellation seinen Primärfehler vorsätzlich und verursacht er hierdurch einen weiteren Schaden des Patienten, läuft er nach § 103 VVG insoweit sogar Gefahr, den Schutz seiner Haftpflichtversicherung zu verlieren. Im Hinblick auf die Garantenstellung des Arztes droht hier zugleich auch eine Unterlassensstrafbarkeit. Eine vorsätzlich falsche Antwort des Behandelnden auf eine ausdrückliche Nachfrage des Patienten, die dem Ziel dient, einem Schadensersatzanspruch zu entgehen, kann schließlich einen Betrug (§ 263 StGB) darstellen.^{182, 183}

Besteht die Pflicht des Behandelnden, den Patienten über Umstände zu unterrichten, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, im konkreten Fall aber nicht um der Abwendung gesundheitlicher Gefahren willen, sondern „nur“, weil der Patient ihn fragt – oder, wie hier vorgeschlagen, im Rahmen einer generellen Informationspflicht über solche Umstände –, ist das Risiko des Behandelnden, durch die Nichterfüllung dieser Pflicht einen von ihm zu ersetzenden Schaden zu verursachen, denkbar gering. Auch für den Fall, dass ein **anderer** Behandelnder es entgegen § 630c Abs. 2 S. 2 BGB – sei es in der geltenden, sei es in der hier **de lege ferenda** vorgeschlagenen

180 Münchener Kommentar–Wagner, 82020, § 630c Rn. 25, 50; Wagner, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? Zum Entwurf des Patientenrechtgesetzes, VersR 2012, 789, 795 („ergebnisneutrale und daher sinnlose Verdoppelung der Haftung“); BeckOK–Katzenmeier, Stand 1.5.2020, § 630c Rn. 15; Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, 817, 819; Jauernig–Mansel, 182021, § 630c Rn. 7; NK-BGB–Voigt3, § 630c Rn. 13. Siehe zum Folgenden auch Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 382 ff.

181 Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 387.

182 Kett-Straub/Sipos-Lay, § 630c Abs. 2 S. 2 BGB im Spannungsfeld von Patientenrechten und dem Nemo tenetur-Grundsatz, MedR 2014, 867, 871; präzise analysierend Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 396 ff, 399 f.

183 Das LG München (LG München II 4.5.2021 – 1 O 2667/19, juris Rn. 40 ff – posttraumatische Belastungsreaktion nach Fehlinjektion) hat in einer weit ausgreifenden, neueren Entscheidung zu einem besonders gelagerten Fall aber festgehalten, dass es mit Blick sowohl auf § 630a Abs. 2 BGB als auch auf § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB zu den ärztlichen Hauptpflichten aus dem Behandlungsvertrag gehöre, einem Patienten Ursachen, Verlauf und Folgen eines Behandlungszwischenfalls zu erläutern und ihm Hilfen bei der Bewältigung anzubieten, soweit der Patient hierauf angewiesen sei, um das Erlebte angemessen verarbeiten und Folgeschäden vermeiden zu können. Dies obliege der Behandlerseite bereits ab dem Moment des Eintritts des Schadens und könne sich noch nach Erhebung einer Arzthaftungsklage bei entsprechender Beweislage zu der Pflicht des Behandelnden verdichten, seine Verantwortlichkeit einzugestehen oder gar seine Haftung wenigstens dem Grunde nach anzuerkennen. Eine nachhaltige Verletzung dieser Pflicht sei schmerzensgelderhöhend zu berücksichtigen.

Form – unterlässt, über den Fehler des Erstbehandelnden zu informieren, sind weder rechtliche Konsequenzen noch Anreize für normenkonformes Verhalten vorgesehen. Ist der Patient durch den Fehler des Erstbehandelnden bereits geschädigt, fehlt es für Haftungsansprüche gegen den Zweitbehandelnden insoweit am erforderlichen Kausalzusammenhang; die unterbliebene Information über den „fremden“ Behandlungsfehler bleibt deshalb im Normalfall ohne Rechtsfolgen.¹⁸⁴ Wenn ausnahmsweise ein weiterer Schaden eintritt, der durch die Information des Patienten durch den Zweitbehandelnden gemäß § 630c Abs. 2 S. 2 BGB hätte vermieden werden können, so haftet der Zweitbehandelnde für diesen Schaden ohnehin wegen eines eigenen **Behandlungsfehlers**, weil er eine notwendige Behandlung (und therapeutische Information) unterlassen hat, zu der er vertraglich und im Rahmen seiner Garantenstellung verpflichtet war; wegen des Verstoßes gegen § 630c Abs. 2 S. 2 BGB könnte sich deshalb auch insoweit nur ein zweiter Anspruch gleichen Umfangs ergeben.¹⁸⁵

Besteht die Pflicht des **weiteren** Behandelnden, den Patienten über Umstände zu unterrichten, die die Annahme eines Behandlungsfehlers des Erstbehandelnden begründen, jedoch im konkreten Fall nicht um der Abwendung gesundheitlicher Gefahren willen, sondern „nur“, weil der Patient ihn fragt – oder, wie hier vorgeschlagen, im Rahmen einer generellen Pflicht –, ist das Risiko des weiteren Behandelnden, einen von ihm zu ersetzenden Schaden zu verursachen, im Regelfall nicht hoch. Zu denken ist etwa an die Konstellationen, dass dem Patienten ein Schaden dadurch entsteht, dass er einen berechtigten Haftungsanspruch gegen den Erstbehandelnden erst verzögert geltend machen oder wegen dessen Insolvenz gar nicht mehr realisieren kann¹⁸⁶, oder dass ihm unnütze Prozesskosten anfallen.¹⁸⁷

Insgesamt bestehen deshalb nicht nur gegenwärtig für den Regelfall kaum Anreize zur Erfüllung der Pflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 BGB.¹⁸⁸ Auch die hier vorgeschlagene Novellierung der Norm hätte mit diesem Problem zu kämpfen. Dem Behandelnden für den Fall, dass er den Patienten nicht ungefragt – um wirtschaftlicher Patienteninteressen willen – über Umstände informiert, die auf einen eigenen oder fremden Behandlungsfehler schließen lassen, mit Schadensersatzansprüchen des Patienten zu drohen, liefe leer, weil diese Pflichtverletzung in aller Regel eben nicht kausal zu einem Schaden führt.^{189, 190}

184 Wagner, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? Zum Entwurf des Patientenrechtegesetzes, VersR 2012, 789, 798; BeckOK-Katzenmeier, Stand 1.5.2020, § 630c Rn. 15; NK-BGB-Voigt, 42021, § 630c Rn. 13.

185 Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 414.

186 Spickhoff JZ 2015, 15, 25; Spickhoff-Spickhoff, Medizinrecht, 32018, § 630c Rn. 16; skeptisch Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 383 ff.

187 Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 401, 410.

188 Wagner, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? Zum Entwurf des Patientenrechtegesetzes, VersR 2012, 789, 796 ff.

189 Deshalb erscheint auch der Vorschlag der AOK (Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 38) für einen neuen § 630c Abs. 2 S. 4 BGB („Schadensersatzansprüche des Patienten, die durch die Verletzung der Pflicht zur Information über die Umstände, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, entstehen, bleiben hiervon unberührt“) auch als „Klarstellung“ nicht nur überflüssig, sondern weitgehend sinnlos.

190 In Rechnung zu stellen ist schließlich auch das Spannungsverhältnis dieser Informationspflicht zur Prävention von Behandlungsfehlern. Es ist mit hoher empirischer Evidenz belegt, dass das wirksamste Mittel zum Schutz der Patienten vor Behandlungsfehlern Mechanismen sind, die die Lernfähigkeit des Systems „Medizin“ bzw. „Praxis“ oder „Krankenhaus“ verbessern (Hart, Patientensicherheit, Fehlermanagement, Arzthaftungsrecht

Auch der materiell-rechtlich sinnvoll erscheinende Vorschlag, **de lege ferenda** einen Anspruch des Patienten auf Information über Umstände, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, unabhängig davon festzuschreiben, ob der Patient nachfragt oder die Information der Abwehr gesundheitlicher Gefahren dient, würde sich deshalb dem Dilemma fehlender Anreize zur Normbefolgung gegenübersehen. Systematisch angemessen wäre eine berufsrechtliche Sanktionierung eines Verstoßes gegen diese Pflicht. Hierbei ist jedoch zu sehen, dass Ärztesfunktionäre die Offenbarungspflicht für Behandlungsfehler standespolitisch weitgehend ablehnen¹⁹¹ und deshalb Zweifel an einer effektiven **compliance** der Ärztekammern bestehen müssen. Der Vorschlag, einen Anspruch des Patienten auf Information über Umstände, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, unabhängig davon festzuschreiben, ob der Patient nachfragt oder die Information der Abwehr gesundheitlicher Gefahren dient, müsste deshalb weitgehend ohne Sanktionen auskommen und darauf hoffen, dass auch nicht unmittelbar sanktionierte Rechtspflichten auf längere Sicht verhaltenssteuernde Wirkungen entfalten. Vor diesem Hintergrund sind Vorschläge verständlich, Verstöße gegen die Offenbarungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 BGB künftig zu einer Änderung der Beweislast für den primären Behandlungsfehler führen zu lassen.¹⁹² Dies wäre denkbar und keineswegs systemfremd, erschiene jedoch – auch im Hinblick auf das anerkannte Institut der Beweisvereitelung – als eine harte Sanktion.

– zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Bedeutung von Empfehlungen, MedR 2012, 1 und Hart, Ein Patientenrechtegesetz ohne Eigenschaften. Über den Mangel an legislativer Eigenständigkeit, GesR 2012, 385, 388). Gemeint sind offene Systeme zur freiwilligen Erfassung von Behandlungsfehlern und Beinahe-Fehlern, die sogenannten Critical Incident Reporting Systems (CIRS; vgl. z.B. <http://www.cirsmedical.de> und <https://www.cirs.bayern>). Der Gesetzgeber hat durch das Patientenrechtegesetz in § 137 Abs. 1c SGB V den Gemeinsamen Bundesausschuss beauftragt, hierzu Näheres zu regeln. Gleichzeitig hat er in § 135a SGB V festgelegt, dass Meldungen und Daten aus solchen Fehlermeldesystemen im Rechtsverkehr nicht zum Nachteil des Meldenden verwendet werden dürfen. Die Offenbarungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 BGB kann diesem Ziel entgegenwirken. Zwar beruhen Fehlermeldesysteme darauf, dass die Daten anonymisiert erfasst werden; hierdurch verhindern sie rechtlich nachteilige Folgen für die meldende Person. Gleichwohl hängt eine Kultur des lernenden Umgangs mit kritischen Ereignissen von dem Austausch der Ärzt*innen und des weiteren Personals über die ihnen unterlaufenen Fehler (und Beinahe-Fehler), nicht zuletzt auch im eigenen Haus ab. Hierfür müssen die Behandelnden ihre Fehlleistungen auch in ihrem institutionellen Umfeld offen und schonungslos analysieren können, ohne rechtliche Nachteile befürchten zu müssen; der Schutz des Meldenden wäre deshalb nicht nur bei der anonymen Einstellung über das Internet, sondern auch bei der vertraulichen Diskussion innerhalb der klinischen Einrichtung wichtig. Gemäß § 630c Abs. 2 S. 2 BGB ist die Klinikleitung als Organ des „Behandelnden“ nun aber verpflichtet, alle Umstände, die erkennbar auf den Fehler eines angestellten Arztes hindeuten, gegenüber dem betroffenen Patienten auf dessen Frage hin – und, wie vorgeschlagen, künftig generell auch ungefragt – zu offenbaren. Hier kann die vertragsrechtliche, d.h. notwendigerweise individual-schützende normative Logik des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB mit dem Ziel der Förderung einer systemischen Fehlervermeidungskultur, d.h. der Patientensicherheit als kollektivem Gut, kollidieren.

191 Vgl. Montgomery et al., Das Patientenrechtegesetz aus Sicht der Ärzteschaft, MedR 2013, 149, 151.

192 Siehe die Forderungen von Olzen/Uzunovic, Der Behandlungsvertrag im BGB, JR 2012, 447, 448 und Schwarz, Die zivilrechtliche Pflicht zur Anzeige eigener Fehler, 2006, 343 ff. Vgl. plastisch Thurn (VorsRiOLG), Das Patientenrechtegesetz – Sicht der Rechtsprechung, MedR 2013, 153, 155: „Die einzig denkbare, geradezu auf der Hand liegende und den Arzt wirklich schmerzende Konsequenz einer Verletzung dieser – verfehlten – Informationspflicht wäre die Beweislastumkehr gewesen, und zwar wegen Erschwerung der Beweislage, ganz ähnlich in der Begründung wie beim groben Behandlungsfehler“. Hiergegen u.a. Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 378 ff, 387.

4. Mitteilung über Verdacht auf drittverursachte Schäden, z.B. durch Produkthersteller

In der politischen Diskussion wurde die Forderung erhoben, in einem neu zu fassenden § 294a Abs. 1 S. 1 SGB V die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte und Einrichtungen sowie die Krankenhäuser zu verpflichten, den Krankenkassen (unabhängig von daneben ggf. bestehenden spezialgesetzlichen, z.B. medizinsproduktrechtlichen Meldepflichten) Hinweise auf drittverursachte Gesundheitsschäden einschließlich potenziell medizinsprodukteassoziierter Schäden mitzuteilen.¹⁹³ Für eine Stärkung der Patientenrechte entscheidend ist jedoch die Frage, ob eine solche Informationspflicht **gegenüber dem Patienten** besteht.

Hier ist zu sehen, dass die Behandelnden bereits nach § 630c Abs. 2 S. 1 BGB (Information über „die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen“ – als nachwirkende therapeutische Informationspflicht gegebenenfalls selbst noch nach Beendigung des Behandlungsvertrags) die Pflicht zur Information des Patienten haben, wenn medizin- (oder blut-) produktspezifische Risiken erkennbar werden bzw. Schäden drohen, wie beispielsweise im Fall nachträglicher Erkenntnisse über die Bruchgefahr einer implantierten Hüftendoprothese.¹⁹⁴ Diese therapeutischen Informationspflichten aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB dienen jedoch primär der Sicherung des Behandlungserfolgs und damit dem gesundheitlichen Wohl des Patienten.¹⁹⁵ Sie zielen namentlich auf die Sicherung eines therapiegerechten Verhaltens des Patienten und die Vermeidung seiner möglichen Selbstgefährdung.¹⁹⁶ Es handelt sich um informationelle „Risiko-schutzpflichten“¹⁹⁷, ihre Nichterfüllung stellt grundsätzlich einen Behandlungsfehler dar.¹⁹⁸ Im Hinblick auf den Schutz **wirtschaftlicher** Patienteninteressen – etwa an der Realisierung eines Schadensersatzanspruchs – müsste eine solche unaufgeforderte Informationspflicht jedoch systematisch zugleich als Erweiterung des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB gefasst werden. Die Neufassung dieser Norm sollte deshalb lauten:

„Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers oder die Möglichkeit eines drittverursachten Schadens beispielsweise durch den Hersteller eines Medizin- oder Blutprodukts begründen, hat er den Patienten über diese zu informieren.“

193 Vgl. Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 53 ff.

194 KG 25.11.2013 – 20 U 49/12, juris Rn. 69 ff, MedR 2014, 887 – notwendiger Rat zu prophylaktischer Revisionsoperation; siehe auch BGH 14.6.2005 – VI ZR 179/04, juris Rn. 28, BGHZ 163, 209 – nachträgliche Erkenntnisse über mögliche HIV-Infektion durch die Verabreichung von Blutprodukten und Rat zu einem HIV-Test.

195 Laufs/Katzenmeier/Lipp-Katzenmeier, Arztrecht, 82021, Kap V Rn. 17.

196 BeckOK-Katzenmeier, Stand 1.5.2020, § 630c Rn. 7; BT-Drucks 17/10488, 21; BGH 14.9.2004 – VI ZR 186/03, juris Rn. 13, NJW 2004, 3703; OLG Koblenz 18.6.2015 – 5 U 66/15, juris Rn. 30, MedR 2016, 436.

197 KG 25.11.2013 – 20 U 49/12, juris Rn. 61, MedR 2014, 887.

198 Vgl. Staudinger-Gutmann, 2021, § 630c Rn. 81 m.w.N.

IV. § 66 SGB V: Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern

1. Verzahnung von Privat- und Sozialrecht

Die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche der Patient*innen, die durch einen Behandlungsfehler geschädigt werden, beruhen auf vertrags- und/oder deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen gegen die Vertragspartner bzw. die Behandelnden im BGB. Das im SGB V geregelte Verhältnis der gesetzlich Krankenversicherten zu ihren Krankenkassen ist hingegen öffentlich-rechtlicher Natur. § 66 SGB V stellt die sozialrechtliche Rechtsgrundlage für Unterstützungsleistungen der Krankenversicherungen für von einem Behandlungsfehler betroffene gesetzlich versicherte Patient*innen bei der Verfolgung ihrer zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche aus Behandlungsfehlern gegen die Leistungserbringer¹⁹⁹ dar, so dass sich insofern Zivilrecht und Sozialrecht miteinander verzahnen.

Für die Auslegung der – wie im Folgenden gezeigt werden wird – wenig konkret gehaltenen Norm ist auch die Gesetzgebungshistorie relevant. „Patientinnen und Patienten, die von einem Behandlungsfehler betroffen sind, dürfen nicht allein gelassen werden. Sie sollen sich zukünftig noch stärker auf Unterstützung durch ihre Krankenkasse verlassen können“, hieß es zwar in der Begründung des PatRG²⁰⁰, allerdings wurde die bereits seit 1989 geltende²⁰¹ Vorschrift des § 66 SGB V lediglich insofern geändert, als die Krankenkassen ihre Versicherten nunmehr nicht mehr nur unterstützen können, sondern sie unterstützen **sollen**. Im Jahr 2017 wurde die Norm mit der Begründung, es bestünden weiterhin „Unsicherheiten im Hinblick auf den Umfang der Datenerhebungsbefugnis der Krankenkassen für die Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern“, um Satz 2, der eine gesetzliche Klarstellung hinsichtlich der „möglichen Art der Unterstützungsleistungen der Krankenkassen“ enthält, ergänzt.^{202, 203}

Gemäß § 115 Abs. 3 S. 7 Hs. 2 SGB XI gilt die Vorschrift entsprechend für Pflegefehler.

2. Probleme betroffener Patient*innen in der Realität der Rechtsverfolgung

Dass sich die Patient*innen bereits aufgrund des Informations- und Wissensgefälles und der unter anderem hierdurch verursachten Schwierigkeiten den von ihnen verlangten **Vollbeweis** für den Behandlungsfehler, für den Schaden und insbesondere – obwohl systemwidrig innerhalb des vertraglichen Haftungsregimes²⁰⁴ – für die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Schaden zu erbringen, gegenüber den

199 Leistungserbringer erbringen Leistungen im Sinne der §§ 11 bis 68 SGB V. Der Begriff ist nicht deckungsgleich mit dem des Behandelnden im Sinne des § 630a Abs. 1 BGB, denn dieser umfasst nur Erbringer von medizinischen Behandlungen, nicht aber von pflegerischen und pharmakologischen Leistungen oder Betreuungsleistungen, vgl. NK-GesundhR–Rehborn, 2018, SGB V § 66 Rn. 8.

200 BT-Drucks 17/10488, 9.

201 BGBl. I 2477, 2498, Art. 79 GRG.

202 Begründung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks 18/11205, 62 f., zum Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz (HHVG) vom 4.4.2017, BGBl. I, 778.

203 Mit neuem Satz 3 wurde geregelt, dass die auf Grundlage der Einwilligung des Versicherten bei den Leistungserbringern erhobenen Daten ausschließlich zum Zwecke der Unterstützung des Versicherten bei Behandlungsfehlern verarbeitet werden dürfen; HHVG vom 4.4.2017, BGBl. I, 778; erneut geändert durch das 2. DSAnpUG-EU vom 20.11.2019, BGBl. I, 1626: nunmehr „verarbeiten“ statt „verwenden“.

204 Vgl. zur Systemwidrigkeit innerhalb des vertraglichen Haftungssystems die Ausführungen oben, I.1.2.

Behandelnden in einer Position der strukturellen Unterlegenheit befinden, wurde bereits erörtert.²⁰⁵ Den sich hieraus ergebenden Unterstützungsbedarf hat der Gesetzgeber in den Begründungen zum PatRG und zum HVVG auch explizit angesprochen:²⁰⁶ Den Versicherten sollen im Rahmen des § 66 SGB V Leistungen gewährt werden, durch die ihnen die **Beweisführung erleichtert** wird.

In der Realität der Rechtsverfolgung kommen jedoch zusätzliche Umstände hinzu, durch die sich das bereits bestehende Ungleichgewicht weiter zuungunsten der Patient*innen verschiebt. Im Wesentlichen handelt es sich hierbei um **drei Faktoren**, welche die gesundheitlich an Körper und/oder Psyche oftmals ohnehin schon beeinträchtigten Patient*innen noch vulnerabler und auch deshalb unterstützungsbedürftig²⁰⁷ machen:

Dies ist zum einen die belastende **Verfahrensdauer**: Wegen der Komplexität der Materie und weil in Arzthaftungsprozessen in der Regel ein oder mehrere Gutachten von gerichtlich beauftragten medizinischen Sachverständigen erforderlich sind, gehören diese Verfahren zu den sich am längsten hinziehenden Rechtsstreitigkeiten.²⁰⁸ Bereits vor den Amtsgerichten betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer einer Arzthaftungs-sache im Jahr 2020 14,4 Monate, die durchschnittliche Verfahrensdauer aller Zivilsachen vor den Amtsgerichten im selben Jahr hingegen nur 8,4 Monate.²⁰⁹

Hinzu kommt das erhebliche **Prozesskostenrisiko**.²¹⁰ Die Erfolgsaussichten in Arzthaftungssachen, und damit auch die Frage, wer die durch die Rechtsverfolgung entstehenden Kosten endgültig zu tragen haben wird, sind vorab oft schwer einzuschätzen. Sehr häufig ist erst das Gutachten des gerichtlich beauftragten medizinischen Sachverständigen prozessentscheidend. Auch in der Höhe ist das Kostenrisiko im Falle eines Prozessverlustes beträchtlich.²¹¹ Die Streitwerte in Arzthaftungssachen, von denen diese Kosten abhängen²¹², sind in der Regel hoch: Die große Mehrheit der Fälle²¹³ muss in erster Instanz vor den Landgerichten verhandelt werden, weil der Streitwert die Summe von 5.000 € übersteigt. Ein im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit für den Patientenbeauftragten der Bundesregierung erstelltes umfassendes

205 Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter A. sowie B. I.1.

206 BT-Drucks 17/10488, 32; BT-Drucks 18/11205, 62 f.

207 Grundlegend hierzu Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 3-19. Die folgenden Ausführungen unter B.IV.2. beruhen auf einer hinsichtlich der Datengrundlage aktualisierten Zusammenfassung dieser Darstellung.

208 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 14.

209 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2020, 38. Zu der Verfahrensdauer von Arzthaftungssachen vor den Landgerichten und den Oberlandesgerichten weist das Statistische Bundesamt in diesem Band keine Daten aus.

210 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 11.

211 Die klagenden Patient*innen müssen den Gerichtskostenvorschuss und – da sie im Normalfall beweisbelastet sind – auch die Auslagen für die vom Gericht beauftragten medizinischen Sachverständigen vorstrecken; im Unterliegensfall kommen die Kosten ihres eigenen Rechtsbeistandes sowie die notwendigen Kosten der anwaltlichen Vertretung der Gegenseite hinzu.

212 Mit Ausnahme der Kostenerstattung für gerichtlich beauftragte Sachverständige, die im Justizvergütungsgesetz geregelt ist.

213 Im Jahr 2020 wurden 87 % der Arzthaftungsfälle in erster Instanz vor den Landgerichten erledigt und nur 13 % vor den Amtsgerichten. Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2020, 38, 48 und 94. 1280 Arzthaftungssachen wurden vor den Amtsgerichten, 8554 vor den Landgerichten erstinstanzial erledigt.

Gutachten zum Unterstützungsbedarf nach § 66 SGB V zog im Jahr 2018 daher zutreffend Bilanz:²¹⁴

„Allzu häufig sind Patienten folglich bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche weiterhin auch finanziell auf sich allein gestellt. Nicht selten dürfte daran die (insbesondere gerichtliche) Geltendmachung von Ansprüchen scheitern.“

Drittens stehen auf der Gegenseite der geschädigten Patient*innen zumeist²¹⁵ die **Haftpflichtversicherer** der behandelnden Ärzt*innen mit den in Arzthaftungssachen entsprechend spezialisierten Rechtsabteilungen. Zudem wird das Regulierungsverhalten der Haftpflichtversicherer in Arzthaftungsangelegenheiten – oftmals wohl zurecht – als sehr zögerlich wahrgenommen.²¹⁶

Zu Recht rückt mittlerweile auch der **psychosoziale Unterstützungsbedarf** von Patient*innen, die durch Behandlungsfehler schwer geschädigt worden sind, in den Fokus.²¹⁷ Auch dieser verstärkt sich durch das Zusammenwirken der oben genannten Faktoren.

3. Voraussetzungen des Anspruchs

Die Krankenkassen sollen die Versicherten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen, die bei der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen aus Behandlungsfehlern entstanden sind und nicht nach § 116 SGB X auf die Krankenkassen übergehen, unterstützen, § 66 S. 1 SGB V. Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Formulierung als in vielerlei Hinsicht unpräzise.

Dies gilt weniger für die Tatbestandsmerkmale, wonach es sich bei den zu Unterstützenden um **Versicherte** (im Sinne von §§ 5 ff., 186 ff SGB V) handelt²¹⁸ und wonach der Schadensersatzanspruch bei der **Inanspruchnahme von Leistungen** entstanden sein muss, die zum Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung gehören.²¹⁹ Ohne Weiteres nachvollziehbar ist auch, dass die verfolgten Schadensersatz-

214 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 13.

215 Vgl. 5.2. der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung, Stand Februar 2016.

216 Vorschläge der AOK-Gemeinschaft zur Stärkung der Patientenrechte, 2019, 22; Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 5 f. m.w.N.; dies., Die Rolle der GKV bei Arzt-Patient-Streitigkeiten – Überlegungen zu einer „Materialisierung“ des § 66 SGB, in: Festschrift Dahm, 2017, 263 m.w.N. Jedoch kann hartnäckiges Inabredestellen der Einstandspflicht zur Intensivierung des Schadens führen und schmerzensgelderhöhend zu berücksichtigen sein (Landgericht München II, 4.5.2021 – 1 O 2667/19 Hei, Rn. 40, 49, juris). Allerdings geht aus den Entscheidungsgründen nicht hervor, dass eine Haftpflichtversicherung für den Behandelnden agiert hat.

217 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 19, 122; dies., Neuregelung der GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, NZS 2017, 761.

218 Der Anspruch steht nur den Versicherten selbst zu. Nach § 59 SGB I erlöschen Ansprüche auf Dienst- und Sachleistungen mit dem Tod des Berechtigten, nach § 56 SGB I sind solche Ansprüche nicht vererbbar, vgl. Becker/Kingreen–Lang, 72020, § 66 SGB V Rn. 1; LSG Baden-Württemberg 8.8.2018 – L 5 KR 1591/18, BeckRS 2018, 18411 Rn. 23 und 26.

219 Damit scheiden Schadensersatzansprüche für Behandlungsfehler, die bei privatärztlichen Leistungen (hierzu LSG Sachsen 15.7.2020 – L 1 KR 80/18, BeckRS 2020, 47691 Rn. 19) oder bei nicht in Verbindung mit einer GKV-Behandlung erbrachten sog. Individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL) stattgefunden haben, aus, vgl. Katzenmeier/Jansen, Neuregelung der GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, NZS 2017, 761 f.; Spickhoff/Nebendahl, Medizinrecht, 32018, § 66 SGB V Rn. 3; Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken-

ansprüche **nicht nach § 116 SGB X auf die Krankenkassen übergegangen sein dürfen.**²²⁰

Dies reduziert die von § 66 SGB V umfassten Schadensersatzansprüche in erster Linie auf die bei den gesetzlich krankenversicherten Patient*innen verbleibenden **Ansprüche auf Schmerzensgeld** aus § 253 Abs. 2 BGB.²²¹ Daneben können auch Ansprüche wegen Verdienstaufschlags, Haushaltsführungsschäden, selbst zu tragender Aufwendungen für Folgebehandlungen und Sachschäden in Betracht kommen.²²²

a) Anspruchsgegner bei Mitgliedschaftswechsel

Probleme kann für die Versicherten die Frage aufwerfen, welche Kasse Anspruchsgegner im Falle eines – in der Praxis regelmäßig vorkommenden und vom Gesetzgeber aus Wettbewerbsgründen geförderten²²³ – **Kassenwechsels** ist: Ist es die Kasse, bei der die Mitgliedschaft im Zeitpunkt des Unterstützungsbegehrens besteht oder die Kasse, bei der die Mitgliedschaft im Zeitpunkt der Behandlung bestanden hatte? Richtigerweise wird man davon ausgehen müssen, dass sich der Anspruch gegen die Kasse richtet, bei der der Versicherte im Zeitpunkt des Unterstützungsbegehrens Mitglied ist, und es also nicht erforderlich ist, dass die Mitgliedschaft zu dieser Krankenkasse schon im Behandlungszeitpunkt begründet war.²²⁴ Gemäß § 19 Abs. 1 SGB V erlöschen Leistungsansprüche mit dem Ende der Mitgliedschaft in einer Kasse, soweit im SGB V selbst nichts Abweichendes bestimmt ist, was für § 66 SGB V nicht geschehen ist. Andererseits liegen Fallkonstellationen auf der Hand, in denen wichtige, von den Versicherten benötigte Informationen **nur** bei der ehemaligen, im Zeitpunkt des Behandlungsfehlers zuständigen Krankenkasse vorliegen. Häufig werden die gesetzlich versicherten Patient*innen in solchen Fällen auf diese Informationen angewiesen sein, um bei der neuen Krankenkasse Angaben über den Behandlungsfehlerverdacht überhaupt erst vorbringen zu können. In diesen Fällen müsste somit, obwohl nicht gesetzlich geregelt, auch ein Anspruch gegen die frühere Krankenkasse gewährt werden²²⁵, etwa aus nachwirkenden Fürsorgepflichten aus dem Sozialrechtsverhältnis.²²⁶ Für die

und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 333. Eine Kostenbeteiligung der gesetzlichen Krankenversicherung, etwa wenn im Krankenhaus Wahlleistungen in Anspruch genommen wurden und die Krankenkasse sich in Höhe des allgemeinen Pflegesatzes beteiligt hat, soll aber ausreichend sein, so jurisPK-SGB V–Koch, 2020, § 66 SGB V Rn. 8; Krauskopf–Wagner, Stand August 2021, § 66 SGB V Rn. 6.

220 Per cessio legis auf die Krankenkassen übergegangene Ansprüche müssen die Kassen aus eigenem Recht selbst geltend machen. Insofern stehen den Versicherten keine eigenen Schadensersatzansprüche mehr zu und folglich kann die Krankenkasse hier auch keine Unterstützung leisten. Dies ist in der Fachliteratur unstrittig, für alle: LPK-SGB V–Henle, ⁵2016, § 66 SGB V Rn. 3 u. Becker/Kingreen–Lang, ⁷2020, § 66 SGB V Rn. 2.

221 Auch dies ist unstrittig, für alle: Bergmann/Pauge/Steinmeyer–Steinmeyer, *Gesamtes Medizinrecht*, ³2018, § 66 SGB V Rn. 2 und LPK-SGB V–Henle, ⁵2016, § 66 SGB V Rn. 3.

222 BeckOK SozR–Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 2; NK-GesundhR–Rehborn, ²2018, SGB § 66 V Rn. 6.

223 Vgl. etwa das MDK-Reformgesetz, das mit Wirkung zum 1.1.2021 die Mindestbindungsfrist der Mitglieder an ihre Kasse von 18 Monaten auf 12 Monate absenkte (§ 175 Abs. 5 SGB V).

224 NK-GesundhR–Rehborn, ²2018, SGB V § 66 Rn. 4; Spickhoff–Nebendahl, *Medizinrecht*, ³2018, § 66 SGB V Rn. 2; Katzenmeier/Jansen, *GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht*, 2018, 32.

225 Katzenmeier/Jansen, *GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht*, 2018, 32; LPK-SGB V–Henle, ⁵2016, § 66 SGB V Rn. 7; jurisPK-SGB V–Koch, 2020, § 66 SGB V Rn. 6; ohne Einschränkung Krauskopf–Wagner, Stand August 2021, SGB V § 66 Rn. 9.

226 Weil es sich bei diesen Informationen über die Behandlung um den Versicherten betreffende personenbezogene Daten (Art. 4 Ziffer 1 DSGVO) handelt, gewährt Art. 15 DSGVO den Patient*innen gegenüber der Krankenkasse ein Recht auf Auskunft über die bei der Krankenkasse vorhandenen (verarbeiteten) Daten und verpflichtet die

Versicherten birgt dies allerdings das Risiko, zwischen die Fronten zweier sich wechselseitig die Zuständigkeit zuweisenden Krankenkassen zu geraten. Es empfiehlt sich daher eine gesetzliche Klarstellung, wann und unter welchen Umständen im Falle eines Mitgliedschaftswechsels die ehemalige Krankenkasse aus § 66 SGB V verpflichtet ist.

b) Verfolgung von aus Behandlungsfehlern entstandenen Schadensersatzansprüchen

§ 66 SGB V setzt die **Verfolgung von aus Behandlungsfehlern entstandenen Schadensersatzansprüchen** voraus. Der sehr knapp gehaltene Wortlaut und die Überschrift der Norm („Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern“) könnten nahelegen, dass die Unterstützungspflicht der Krankenkassen erst dann ausgelöst wird, wenn bereits feststeht, dass ein Behandlungsfehler vorliegt und kausal dadurch ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch entstanden ist. Das trifft aber nicht zu: Ausreichend ist ein vermuteter Behandlungsfehler, aus dem ein Schadensersatzanspruch entstanden sein **könnte**.²²⁷ Es ist nicht auszuschließen, dass die missverständliche Formulierung der Vorschrift in Einzelfällen gesetzlich versicherte Patient*innen davon abhalten könnte, bei ihren Krankenkassen Unterstützung zu beantragen. Anlässlich einer Reform des § 66 SGB V sollte auch diese Ungenauigkeit korrigiert werden.

Offen²²⁸ ist, wann eine **Verfolgung** von Schadensersatzansprüchen durch die Versicherten vorliegt. Vom Normzweck ausgehend, sollen die Versicherten, die aufgrund von Informations- und Wissensdefiziten nur schwer entscheiden können, ob eine gerichtliche Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen die Leistungserbringer aussichtsreich erscheint, die für diese Entscheidung erforderlichen Informationen erhalten, die ihnen zugleich auch die Beweisführung erleichtern sollen.²²⁹ Deshalb kann in **zeitlicher** Perspektive nicht verlangt werden, dass die gesetzlich krankenversicherten Patient*innen etwa bereits Klage erhoben oder vorgerichtlich gegenüber den Leistungserbringern explizit Ansprüche geltend gemacht haben. Es muss vielmehr ausreichend sein, dass die Versicherten abklären möchten, **ob** aus einem vermuteten Behandlungsfehler Schadensersatzansprüche gegen Leistungserbringer in Betracht kommen, um auf der Basis dieser Abklärung die Ansprüche dann gegebenenfalls zu verwirklichen, also außergerichtlich oder gerichtlich oder in Verfahren vor den Gutachter- und/oder

Krankenkasse, den Patient*innen eine Kopie ihrer personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zur Verfügung zu stellen. Die DSGVO gilt im gesamten öffentlichen und privatwirtschaftlichen Gesundheitssektor.

227 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 31 f.; Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 332; Becker/Kingreen–Lang, ⁷2020, § 66 SGB V Rn. 1; NK-GesundhR–Rehborn, ²2018, § 66 SGB V Rn. 10; Bergmann/Pauge/Steinmeyer–Steinmeyer, *Gesamtes Medizinrecht*, ³2018, § 66 SGB V Rn. 3; Krauskopf–Wagner, *Stand August 2021*, § 66 SGB V Rn. 5; vgl. auch die Begründung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks 18/11205, 62 zum HHVG: „Beweisführung bei vermuteten Behandlungsfehlern“.

228 Süß, *MedR* 2016, 86; Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 31.

229 So auch Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 331; Schultze-Zeu/Riehn, *Ärztliche Behandlungsfehler – die Unterstützungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 66 SGB V und die Mitwirkungspflichten des Versicherten*, *VersR* 2013, 1482.

Schlichtungsstellen, die bei den jeweiligen (Landes-)Ärzttekammern eingerichtet sind, geltend zu machen.²³⁰

Ob und inwiefern die **Erfolgsaussichten** der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen bereits auf der Tatbestandsseite der Norm eine Rolle spielen können, wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur unterschiedlich beurteilt: Die Forderung, dass es auf die Erfolgsaussichten nicht ankommen solle²³¹, wird teilweise mit der Einschränkung verbunden, dass der Anspruch gegen den Leistungserbringer zumindest in Betracht kommen und nicht offensichtlich ausscheiden dürfe.²³² Zu weitgehend sind jedenfalls Auffassungen, wonach die Versicherten bei Geltendmachung des Unterstützungsanspruchs hinreichende Anhaltspunkte vortragen müssen, welche einen noch nicht verjährten Schadensersatzanspruch plausibel machen;²³³ auch die Forderung, das Behandlungsgeschehen müsse zumindest einige Anhaltspunkte für einen Behandlungsfehler erkennen lassen²³⁴, setzt Kenntnisse der gesetzlich versicherten Patient*innen über das Behandlungsgeschehen voraus, die diese im Rahmen der Unterstützung durch die Kasse oftmals überhaupt erst gewinnen können.²³⁵

c) Fehler bei der Selbstbestimmungsaufklärung

§ 66 S. 1 SGB V spricht lediglich von **Behandlungsfehlern**.²³⁶ Ein Behandlungsfehler im Sinne des § 630a Abs. 2 BGB ist eine Verletzung des Standards medizinischer Behandlung.²³⁷ Unter diesen Behandlungsfehlerbegriff²³⁸ fallen insbesondere Befunderhebungsfehler, Diagnosefehler, Fehler bei der Wahl und bei der Durchführung der Therapie sowie Versäumnisse bei der therapeutischen Information des Patienten

230 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 31; Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 333.

231 So bereits LSG Bayern 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, BeckRS 9999, 04154 Rn. 14; NK-GesundhR–Rehborn, ²2018, SGB V § 66 Rn. 1; Katzenmeier/Jansen, Neuregelung der GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, NZS 2017, 761, 762.

232 Krauskopf–Wagner, Stand August 2021, § 66 SGB V Rn. 5.

233 BeckOK SozR–Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 2. Dass der Versicherte die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs plausibel machen müsse, hat – allerdings nur in einem obiter dictum – auch das LSG Baden-Württemberg (8.8.2018 – L 5 KR 1591/18, BeckRS 2018, 18411, Rn. 27) verlangt.

234 Spickhoff–Nebendahl, Medizinrecht, ³2018, § 66 SGB V Rn. 3.

235 Die Anforderung weiterer Unterlagen bei den Leistungserbringern – in der Regel wird es sich hierbei um die Patientenakte oder noch fehlende Bestandteile der Patientenakte handeln – stellt eine der möglichen Unterstützungsleistungen auf der Rechtsfolgenseite der Norm dar, § 66 S. 2 SGB V. Die Einsicht in die vollständige Patientenakte wird regelmäßig überhaupt erst die Beurteilung ermöglichen, ob Schadensersatzansprüche in Frage kommen können.

236 Gleiches gilt für die Überschrift.

237 Ausführlich zum Begriff des medizinischen Standards Staudinger–Gutmann, 2021, § 630a Rn. 130-171 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

238 Vgl. Staudinger–Gutmann, 2021, § 630c Rn. 131. Im umfassenden Sinne bezeichnet der Begriff Behandlungsfehler eine Pflichtverletzung des Behandelnden dadurch, dass er sich unsachgemäß verhält, d.h. den jeweils geltenden fachlichen Standard unterschreitet, vgl. BeckOK–Katzenmeier, Stand 1.5.2021, § 630a Rn. 193. Hierbei ist (gegen Katzenmeier, a.a.O.) jedoch zu betonen, dass die Feststellung einer haftungsbegründenden Pflichtverletzung (Unterschreitung des nach § 630a Abs. 2 BGB geschuldeten Standards) durch den Behandelnden eine rechtliche Wertung darstellt und nicht das bloße Konstatieren einer Tatsache, vgl. Staudinger–Gutmann, 2021, § 630a Rn. 133 ff. Der „Standard medizinischer Behandlung“ ist ein Rechtsbegriff.

(„Sicherungsaufklärung“ i.S.v. § 630c Abs. 2 S. 1 BGB).²³⁹ Auch Organisationsfehler gehören dazu.²⁴⁰ **Keine** Behandlungsfehler im Sinne des BGB sind allerdings die in § 66 SGB V unerwähnt gebliebenen Fehler bei der **Selbstbestimmungsaufklärung**, § 630e BGB, die Voraussetzung einer wirksamen **Einwilligung in medizinische Behandlungen** ist (§ 630d Abs. 2 BGB).²⁴¹ Soweit das Problem in der rechtswissenschaftlichen Literatur behandelt wird²⁴², spricht sie sich unter den Bezug auf den Normzweck einhellig dafür aus, auch Fehler bei der Selbstbestimmungsaufklärung unter den „Behandlungsfehler“ i.S.d. § 66 SGB V zu subsumieren, so dass die Verfolgung von daraus resultierenden Schadensersatzansprüchen ebenfalls einen Unterstützungsanspruch gegen die Krankenkasse gewährt.²⁴³ Dem ist zuzustimmen, weil kein Grund dafür ersichtlich ist, Versicherte, die solche Ansprüche geltend machen, anders zu behandeln. Ursachen und Umfang ihres Unterstützungsbedarfes sind die gleichen. Dass allerdings der Begriff des **Behandlungsfehlers im Sozialrecht etwas anderes bedeutet als im Zivilrecht**, trägt aus Sicht der Normadressaten, insbesondere der gesetzlich versicherten Patient*innen, nicht zur Transparenz bei – im Gegenteil. Es empfiehlt sich deshalb, de lege ferenda in § 66 Satz 1 SGB V die Formulierung „aus Behandlungsfehlern“ um den Zusatz „und Fehlern bei der Selbstbestimmungsaufklärung“ zu ergänzen.

d) Zwischenfazit

Zusammenfassend ist zur Tatbestandsseite des § 66 SGB V festzustellen, dass sich die meisten der sich aus dem wenig präzisen Wortlaut ergebenden Fragen mittels Auslegung klären lassen. Dennoch ist die aktuelle Fassung unglücklich. Die unklaren und zu knapp gehaltenen Formulierungen können aufgrund ihrer Auslegungsbedürftigkeit zu Verunsicherungen bei den gesetzlich versicherten Patient*innen über die Voraussetzungen der Unterstützung durch ihre Krankenkassen führen und sie davon abhalten, ihre Kassen zur Unterstützung aufzufordern, im Falle einer vorschnellen Ablehnung auf ihren Rechten zu bestehen und diese durchzusetzen. Durch eine präzisere Fassung wären solche Risiken vermeidbar. Die Voraussetzungen, unter denen gesetzlich Versicherte einen Anspruch auf Unterstützungsleistungen ihrer Krankenkassen haben, sollten daher möglichst transparent bereits im Normtext benannt werden.

²³⁹ Staudinger–Gutmann, 2021, § 630c Rn. 95, 81; Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 33. Siehe zum Überblick über die Fallgruppen der haftungsbegründenden Pflichtverletzungen (Standardunterschreitungen) bei der Behandlung (Behandlungsfehler) stellvertretend Münchener Kommentar–Wagner, ⁸2020, § 630a Rn. 145-179 und (knapp) BT-Drucks 17/10488, 20.

²⁴⁰ Staudinger–Gutmann, 2021, § 630c Rn. 96; Münchener Kommentar–Wagner, ⁸2020, § 630c Rn. 39; Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 329; BT-Drucks 17/10488, 20; a.A. Jaeger, Patientenrechtgesetz, 2013, Rn. 106.

²⁴¹ Staudinger–Gutmann, 2021, § 630c Rn. 97. Zu den Anforderungen an die Selbstbestimmungsaufklärung vgl. die Kommentierung bei Staudinger–Gutmann, 2021, § 630e BGB, insbesondere zu Umfang Rn. 11-25, Inhalt Rn. 26-103 und Art und Weise Rn. 104-143, jeweils mit zahlreichen weiteren Belegen.

²⁴² Das Problem wird vielerorts allerdings nicht gesehen bzw. nicht thematisiert.

²⁴³ Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 332; Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 33 f.; BeckOK SozR–Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 2; Spickhoff–Nebendahl, Medizinrecht, ³2018, § 66 SGB V Rn. 3; NK-GesundhR–Rehborn, ²2018, § 66 SGB V Rn. 5; jurisPK-SGB V–Koch, 2020, § 66 SGB V Rn. 9.

4. Antragsprinzip

Für Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung gilt gemäß § 19 S. 1 SGB IV grundsätzlich das **Antragsprinzip** – es sei denn, eine Spezialregelung regelt dies anders, was aber bei § 66 SGB V nicht der Fall ist. Grundsätzlich darf also die Krankenkasse über den Unterstützungsanspruch nur auf Antrag entscheiden und von sich aus nicht tätig werden.²⁴⁴ Die Auffassung, dass § 66 SGB V die Krankenkassen verpflichtet, proaktiv von sich aus nach Behandlungsfehlerverdachtsmomenten zu suchen, da sie „von Amts wegen verpflichtet [sind], vorsorglich die ihnen zur Verfügung stehenden Sozialdaten ihrer Versicherten auszuwerten, um mögliches ärztliches Fehlverhalten zu entdecken. Verdachtsfälle sind diesen mitzuteilen und ihnen Hilfe anzubieten“²⁴⁵, lässt sich daher mit dem Antragsprinzip nur bedingt in Übereinstimmung bringen²⁴⁶, ginge allerdings **de lege ferenda** mit einer sehr weitreichenden Verbesserung der Position der Versicherten einher.

Die Anforderung an einen Antrag sind nicht hoch: Jede an den Versicherungsträger gerichtete, nicht formgebundene, also auch mündlich oder fernmündlich abgegebene Erklärung, die erkennbar auf die Gewährung einer Leistung gerichtet ist, ist als Antrag zu werten.²⁴⁷

Allerdings stellt sich die Frage, ob die Krankenkasse auch nach geltendem Recht **ausnahmsweise** verpflichtet oder zumindest berechtigt ist, von sich aus zu handeln und Versicherte **über die Möglichkeit der Antragsstellung** nach § 66 SGB V zu informieren, wenn sie, etwa aus den bei ihr vorhandenen Unterlagen, Kenntnis davon erlangt hat, dass sich vermutlich ein Behandlungsfehler ereignet hat.²⁴⁸ Wenig nachvollziehbar etwa wäre es, wenn die Krankenkasse in einem Fall untätig bleiben dürfte, in dem sich ihr bereits aufgrund der bei ihr bekannten Behandlungsdaten und Diagnoseschlüssel der Verdacht auf einen Behandlungsfehler aufdrängen muss, während die bei ihr versicherte Patientin, welcher der Behandlungsfehler von ärztlicher Seite nicht mitgeteilt wurde, Komplikationen oder Verschlechterungen ihres Gesundheitszustandes nichtsahnend irrtümlich auf einen schicksalhaften Verlauf zurückführt. Auch wäre es beispielweise nicht hinnehmbar, wenn die Kasse Regressverhandlungen mit dem Haftpflichtversicherer des Leistungserbringers aufnimmt, ohne den Versicherten über den vermuteten Behandlungsfehler zu informieren. Weil die Tolerierung eines solchen bewussten Verschweigens von Seiten der Kassen das Ziel des Patientenrechtegesetzes, wonach das Wissens- und Informationsgefälle zwischen Behandelnden und Patient*innen abgemildert werden soll, konterkarieren würde, ist

244 Krauskopf-Wagner, Stand August 2021, § 66 SGB V Rn. 3; Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 40 f.

245 Schultze-Zeu/Riehn, Ärztliche Behandlungsfehler – die Unterstützungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 66 SGB V und die Mitwirkungspflichten des Versicherten, VersR 2013, 1482, 1488.

246 jurisPK-SGB V-Koch, 2020, § 66 SGB V Rn. 11 a.E.: Keine Pflicht der Krankenkasse zu initiativen Recherchen zugunsten der Versicherten; Becker/Kingreen-Lang, 2020, § 66 SGB V Rn. 3.

247 Krauskopf-Stäbler, Stand August 2021, § 19 SGB IV Rn. 4; BeckOK SozR-Wagner, Stand 1.9.2021, § 19 SGB IV Rn. 5.

248 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 41.

eine Pflicht der Krankenkassen, ihre Versicherten zu unterrichten und auf die Antrags- und Unterstützungsmöglichkeit nach § 66 SGB hinzuweisen, zu bejahen. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird dies allerdings nicht von allen Seiten so gesehen.²⁴⁹ Entscheidungen der Sozialgerichte hierzu sind bisher, soweit ersichtlich, nicht ergangen, so dass auch insofern Unsicherheiten verbleiben. Diese Unsicherheiten könnten reduziert und das Vertrauen der Versicherten in ihre Krankenkassen gestärkt werden, wenn § 66 SGB V um eine Bestimmung folgenden Inhalts ergänzt werden würde:

Ergeben sich bereits aus den bei den Krankenkassen vorhandenen Daten und Informationen offensichtliche Anhaltspunkte dafür, dass einem Versicherten durch einen möglichen Behandlungsfehler oder Fehler bei der Einwilligungsaufklärung ein nicht nur geringfügiger Schaden entstanden sein könnte, so haben die Krankenkassen den Versicherten hiervon zu unterrichten und auf sein Antragsrecht auf Unterstützungsleistungen aus dieser Vorschrift hinzuweisen.

5. Anspruchsinhalt

a) Gebundenes Erschließungsermessen

Nach § 66 S. 1 SGB V **sollen** die Krankenkassen ihre Versicherten unterstützen. Dies bedeutet, dass ihr Entschließungsermessen gebunden ist und sie grundsätzlich zur Unterstützung verpflichtet sind, die sie nur in besonders gelagerten Einzelfällen nach pflichtgemäßem Ermessen und unter Angabe der Gründe ablehnen dürfen.²⁵⁰

Versagt die Krankenkasse die Unterstützung, stellt dies einen Verwaltungsakt dar²⁵¹, gegen den die Versicherten, wenn sie die Ablehnung nicht hinnehmen wollen, im Verwaltungsrechtsweg vorgehen, also Widerspruch einlegen und anschließend vor den Sozialgerichten kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage erheben müssen.²⁵²

Vor Gericht müssen die Krankenkassen das Vorliegen der Ausnahmetatbestände, die die Nichtunterstützung tragen sollen, darlegen und beweisen.²⁵³ Die Ausübung des gebundenen Ermessens ist vollumfänglich gerichtlich überprüfbar. Ob allerdings Versicherte geneigt sein dürften, diese Soll-Vorschrift gerichtlich durchzusetzen

249 Nachdrücklich dafür Schultze-Zeu/Riehn, Ärztliche Behandlungsfehler – die Unterstützungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 66 SGB V und die Mitwirkungspflichten des Versicherten, *VersR* 2013, 1482, 1483: „Das bedeutet, die gesetzlichen Krankenversicherungen müssen daher unverzüglich Verdachtsfällen nachgehen und die Geschädigten hierüber informieren“. Ebenfalls dafür, wenn auch etwas zurückhaltender: Katzenmeier/Jansen, *GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht*, 2018, 41 f. mit ausführlicher Begründung und unter Rekurs auf Treue- und Fürsorgepflichten aus dem Versicherungsverhältnis und die zur Rentenversicherung ergangene Entscheidung *BSGE* 41, 126, 128. Pro auch *NK-GesundhR-Rehborn*, 2018, § 66 SGB V Rn. 12. Contra: *BeckOK SozR-Scholz*, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 3: „Die Krankenkasse darf nicht gezielt von ihr ausgewählte Versicherte anschreiben und zur Prüfung auffordern, ob ein Behandlungsfehler vorliegt.“

250 *BSG* 8.9.2015 – B 1 KR 36/14 R, *SozR* 4-2500 § 140 Nr. 1, Rn. 21; *BT-Drucks* 17/10488, 9; *BeckOK SozR-Scholz*, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 3; *Becker/Kingreen-Lang*, 2020, § 66 SGB V Rn. 3; *Spickhoff-Nebendahl*, 2018, § 66 SGB V Rn. 5; *Krauskopf-Wagner*, Stand August 2021, § 66 SGB V Rn. 3; *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann-Jousen*, 2021, § 66 SGB V Rn. 3.

251 *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht-Roters*, Stand Juli 2021, § 66 SGB V Rn. 7 m.w.N.; *Krauskopf-Wagner*, Stand Mai 2021, § 66 SGB V Rn. 10 m.w.N.

252 *BSG* 8.9.2015 – B 1 KR 36/14 R; *Krauskopf-Wagner*, Stand Mai 2021, § 66 SGB V Rn. 12 m.w.N.

253 *Becker/Kingreen-Lang*, 2020, § 66 SGB V Rn. 3; *jurisPK-SGB V-Koch*, 2020, § 66 SGB V Rn.13.

und ob sich durch die Ausstattung des § 66 SGB V als Soll-Vorschrift die Stellung der Patient*innen tatsächlich verbessert hat, wurde schon früh angezweifelt.²⁵⁴ Die im Jahr 2013 geäußerte Hoffnung, die rechtliche Bedeutung des § 66 SGB V sei zugunsten der gesetzlich versicherten Patienten folgenreich erhöht worden²⁵⁵, scheint aus heutiger Sicht zu optimistisch.

aa) Versagungsgründe

In der rechtswissenschaftlichen Literatur besteht keine Einigkeit darüber, in welchen Fällen besondere Gründe, also Ausnahmetatbestände, vorliegen, die eine Unterstützungsverpflichtung der Krankenkassen entfallen lassen sollen: Teilweise wird auf eine offensichtlich fehlende Kausalität²⁵⁶ oder auf durch anderweitige Gutachten offenkundig bereits widerlegte Fehlerhaftigkeit abgestellt.²⁵⁷ Zum Teil wird vertreten, die Krankenkasse solle die Unterstützung bereits bei einer negativen Einschätzung der Erfolgsaussichten versagen können.²⁵⁸ Von anderer Seite wird dies als zu weitgehend verneint und verlangt, dass Schadensersatzansprüche offensichtlich nicht in Betracht kommen.²⁵⁹ Es wird auch vertreten, dass es für die Ablehnung der Unterstützung von Relevanz sein könne, ob der Versicherte befähigt sei, sich selbst Unterlagen zu beschaffen;²⁶⁰ dies wiederum geht nach anderer Auffassung zu weit.²⁶¹ Von einer Seite wird angedeutet, die Unterstützung dürfe versagt werden, wenn es sich um eine Bagatelle handle, bei der die Sachverhaltsaufklärung unter Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 SGB V) einen unverhältnismäßigen Aufwand verursache²⁶², insbesondere wenn der Versicherte nach Übergang gemäß § 116 SGB X nur noch Schmerzensgeld beanspruchen könne.²⁶³ Dies wird von zweiter Seite nur für Extremfälle akzeptiert²⁶⁴ und von einer dritten Seite in Gänze abgelehnt.²⁶⁵ Auch eingetretene Verjährung, Insolvenz des Leistungserbringers oder nicht mögliche Beweisführung werden als mögliche Ablehnungsgründe angeführt.²⁶⁶ Verfolge der

254 Preis/Schneider, Das Patientenrechtegesetz – eine gelungene Kodifikation?, NZS 2013, 281, 287; Bergmann/Paue/Steinmeyer–Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, 32018, § 66 SGB V Rn. 5.

255 Schultze-Zeu/Riehn, Ärztliche Behandlungsfehler – die Unterstützungsverpflichtung der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 66 SGB V und die Mitwirkungspflichten des Versicherten, VersR 2013, 1482.

256 NK-GesundhR–Rehborn, 22018, § 66 SGB V Rn. 17; in diese Richtung auch Finn, Die Unterstützungsverpflichtung von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 336f.

257 NK-GesundhR–Rehborn, 22018, § 66 SGB V Rn. 17; in diese Richtung auch Finn, Die Unterstützungsverpflichtung von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 336f.

258 BeckOK SozR–Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 3. Nach Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht–Roters, Stand Juli 2021, § 66 SGB V Rn. 7, genügt dafür eine Ersteinschätzung; nach jurisPK-SGB V–Koch, 2020, § 66 SGB V Rn. 13 ist hingegen eine sorgfältige Prüfung erforderlich.

259 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 45 f.

260 BeckOK SozR–Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 3.

261 Finn, Die Unterstützungsverpflichtung von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 336 f.

262 BeckOK SozR–Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 3; Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht–Roters, Stand Juli 2021, § 66 SGB V Rn. 7.

263 Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht–Roters, Stand Juli 2021, § 66 SGB V Rn. 7.

264 jurisPK-SGB V–Koch, 2020, § 66 SGB V Rn. 13.

265 Finn, Die Unterstützungsverpflichtung von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 336 f.

266 jurisPK-SGB V–Koch, 2020, § 66 SGB V Rn. 13; in diese Richtung auch Finn, Die Unterstützungsverpflichtung von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 336 f.

Versicherte die Schadensersatzansprüche gar nicht im Sinne der Norm, sei die Unterstützung in keiner Weise der Rechtsverfolgung dienlich und könne folglich abgelehnt werden.²⁶⁷ Dass der Darstellung des Versicherten kein Glaube geschenkt werde, könne hingegen nicht ausreichen.²⁶⁸

Diese knappe und notwendig verdichtende Zusammenfassung zeigt, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen von der Unterstützungspflicht zu bejahen sind, keinesfalls befriedigend und abschließend geklärt ist.²⁶⁹ Weil aber Ablehnungen ohne ausreichende Kenntnis der Tatsachengrundlage – diese wird oftmals erst der Patientenakte zu entnehmen sein – sich im Bereich der Spekulation bewegen und rein subjektive Einschätzungen darstellen, müssen sie bereits **de lege lata** unbeachtlich sein. Zur Abklärung der Unterstützungspflicht bedarf es daher regelmäßig der Anforderung der Patientenakte und zumindest deren Durchsicht.²⁷⁰

bb) Muss-Vorschrift

Von Patientenorganisationen wird die Forderung erhoben, **de lege ferenda** die Soll-Vorschrift des § 66 S. 1 SGB V in eine **Muss-Vorschrift** zu ändern.²⁷¹ In der Tat würde dies für die große Mehrheit der von Behandlungsfehlern betroffenen Versicherten mehr Rechtssicherheit bedeuten, da die Frage, **ob** sie von ihren Krankenkassen Unterstützung verlangen können, vom Gesetzgeber damit eindeutig entschieden worden wäre. Andererseits würden den Kassen dadurch Handlungsspielräume im Umgang mit solchen Ausnahmefällen genommen, denen bisher im Rahmen der Soll-Vorschrift die Unterstützung versagt werden konnte. Dass allerdings dadurch ein unverhältnismäßiger Mehraufwand für die Kassen entstehen würde, ist nicht zu befürchten. Bereits nach geltender Rechtslage muss der die Unterstützung versagende Verwaltungsakt begründet werden. Nach der hier vertretenen Ansicht muss vor einer Ablehnung der Unterstützung regelmäßig ohnehin die Patientenakte angefordert und durchgesehen werden, da es ansonsten an einer ausreichenden tatsächlichen Basis für die Entscheidung der Krankenkasse fehlt.²⁷² Da § 66 SGB V auf der Rechtsfolgenseite Unterstützungsleistungen verschiedener Art und Intensität zulässt²⁷³, könnte die Krankenkasse auch bei Einführung einer „Muss-Vorschrift“ in den eindeutigen Ausnahmefällen berechtigterweise eine **Unterstützungsleistung „light“** wählen und sich auf die mit Gründen versehene Information der Versicherten über die Ursachen des offensichtlichen

267 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 45 f.

268 Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht–Roters, Stand Juli 2021, § 66 SGB V Rn. 7; Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 45 f.

269 Süß, MedR 2016, 86.

270 So zutreffend Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 336 f.

271 Vgl. in diese Richtung Alexandra-Lang-Stiftung, „Für mehr Fairness“: Zentrale Forderungen der Alexandra-Lang-Stiftung für eine weitere Stärkung des Patientenrechts, Stand 21.2.2021, 2, [al-stiftung.com/infos-als-pdf/AL-Stiftung_zentrale_Forderungen_Patientenrechte.pdf](https://www.al-stiftung.com/infos-als-pdf/AL-Stiftung_zentrale_Forderungen_Patientenrechte.pdf) (28.11.2021), und explizit Geiger, „Härtefallfonds einführen“, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestags am 19.10.2020, 5, <https://www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse19/a14/> (28.11.2021).

272 So zutreffend Süß, MedR 2016, 86; vgl. die Ausführungen oben unter IV.5.a.aa).

273 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 49.

Ausscheidens von Schadensersatzansprüchen beschränken. Auch hiermit würde den „Ausnahmefall-Versicherten“ Unterstützung geleistet werden: Die Begründung der Krankenkasse, warum weitere Schritte von vorneherein aussichtslos erscheinen, kann in Ausnahmefällen eine ausreichende Unterstützungsleistung darstellen, denn der Normzweck des § 66 SGB V zielt auch darauf ab, die Versicherten bei der Beschaffung von solchen Informationen zu unterstützen, mit deren Hilfe sie in die Lage versetzt werden, eine fundierte Entscheidung darüber zu treffen, ob sie das Risiko eingehen, außergerichtlich oder gerichtlich mit Schadensersatzforderungen gegen einen Leistungserbringer vorzugehen.

Für die große Mehrheit aller anderen von Behandlungsfehlern betroffenen Versicherten könnte durch die Einführung einer Muss-Vorschrift jedoch mehr **Rechtssicherheit und Transparenz** hergestellt werden. Hinzu kommt die **Signalwirkung für eine Fortentwicklung der Stärkung der Patientenrechte**, die in einer eindeutigen Verpflichtung der Krankenkassen durch den Gesetzgeber läge.²⁷⁴

Es spricht somit Überwiegendes dafür, § 66 S. 1 SGB V de lege ferenda zu einer Muss-Vorschrift umzugestalten.

b) Inhalt des Leistungsanspruchs

aa) Novellierung 2017

Im Jahr 2017 wurde § 66 SGB V um Satz 2 ergänzt. Danach kann die Unterstützung der Krankenkassen insbesondere

- die Prüfung der von den Versicherten vorgelegten Unterlagen auf Vollständigkeit und Plausibilität,
- mit Einwilligung der Versicherten die Anforderung weiterer Unterlagen bei den Leistungserbringern,
- die Veranlassung einer sozialmedizinischen Begutachtung durch den Medizinischen Dienst nach § 275 Abs. 3 Nummer 4 SGB V
- sowie eine abschließende Gesamtbewertung aller vorliegenden Unterlagen

umfassen.

Zu Recht wird betont, dass es sich bei den in Satz 2 des § 66 SGB V nunmehr knapp beschriebenen Unterstützungsleistungen lediglich um eine unvollständige, nicht abschließende Auflistung von konkretisierenden Beispielen handelt, die nach dem klaren Wortlaut („kann insbesondere [...] umfassen“) unverbindlich sind und sein sollen.²⁷⁵ Es gibt also keinen festen Regelungskatalog, der ein bestimmtes,

²⁷⁴ Dass Signalwirkung ein gesetzgeberisches Ziel darstellen kann, hat der Gesetzgeber bereits bei Einführung des PatRG betont: „Nicht zuletzt wird außerdem die Signalwirkung, die von verbindlichen gesetzlich festgelegten Rechten und Pflichten ausgeht, erhöht.“ BT-Drucks 17/10488, 9.

²⁷⁵ Finn, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 334; Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 120 f.; BeckOK SozR-Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V, Vorbemerkung vor Rn. 1.

geschweige denn einheitliches Vorgehen der Krankenkassen bei der Anwendung des § 66 SGB V festlegt.²⁷⁶

bb) Tatsächlich praktizierte Unterstützungsleistungen durch die Krankenkassen

Bundesweit wenden sich jährlich etwa 16.000 Versicherte an die AOK, weil sie einen Behandlungsfehler vermuten.²⁷⁷ Allerdings bestand im Jahr 2020 nur bei 36,9 % der gesetzlich Versicherten eine AOK-Mitgliedschaft.²⁷⁸ Unterstellt man, dass ähnlich viele Mitglieder der Ersatzkassen, der Betriebs- und Innungskrankenkassen und der Knappschaft wegen eines Behandlungsfehlerverdachtes ihre Kassen kontaktieren und rechnet man dies hoch, kommt man auf deutlich über 40.000 Fälle im Jahr.²⁷⁹

(1) Eigendarstellung der Kassen

Mit Ausnahme der Zahl der von den Krankenkassen jährlich beauftragten Begutachtungen durch den Medizinischen Dienst (dazu siehe → [sogleich unter \(2\)](#)), konnten über die sonstigen, tatsächlich erfolgenden Unterstützungsleistungen durch die Kassen keine aktuellen²⁸⁰ und aussagekräftigen Daten ermittelt werden. Es bleibt daher nur die Eigendarstellung der Kassen. Die AOK Bayern geht nach eigener Darstellung in fünf Schritten vor:²⁸¹

1. Beratung mit medizinischer und juristischer Fachkompetenz zur Einschätzung der Behandlungsabläufe, Hinweise zu Medizinrecht und angrenzenden Rechtsgebieten sowie zu Beratungsalternativen;
2. Anforderung der Behandlungsunterlagen bei den Leistungserbringern sowie Überlassung eines Formulars zur Erstellung eines Gedächtnisprotokolls;

276 Das unterschiedliche Vorgehen der Krankenkassen bei der Unterstützung war in der Gesetzesbegründung zum Patientenrechtegesetz als ein Grund für die Einführung einer Soll-Vorschrift genannt worden, vgl. BT-Drucks 17/10488, 32.

277 AOK-Gemeinschaft, Stärkung der Patientenrechte, 2019, 4.

278 BMG, Daten des Gesundheitswesens, 2020, 112 (Stand August 2020).

279 2016 allerdings ging das IGES Institut, Studie zu den Wirkungen des Patientenrechtegesetzes, 2016, 83 (durch Hochrechnung der am 8.3.2016 in einem Schreiben des GKV-SV an die Geschäftsstelle des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten genannten Unterstützungsanträge) von jährlich nur 28.000 Leistungsanträgen aus, https://www.iges.com/e6/e1621/e10211/e13470/e15574/e15575/e15577/attr_objs15581/IGES_Patientenrechte_20161108_ger.pdf (28.11.2021).

280 Die von Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 24 ff. herangezogene Untersuchung der Verbraucherzentrale NRW stammt aus dem Jahr 2014 (Verbraucherzentrale NRW, Unterstützung von Patienten mit Behandlungsfehlerverdacht, Ergebnisse der Befragung von Krankenkassen, 2014, abrufbar unter https://www.verbraucherzentrale.nrw/sites/default/files/migration_files/media231404A.pdf (15.11.2021)). Die folgende Zusammenfassung erfolgt anhand der Auswertung bei Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 24 ff.: Nach jeweils eigenen Angaben der Kassen erfolgte bei 95% der befragten 50 Kassen zunächst immer eine allgemeine Aufklärung über die Rechte bei Behandlungsfehlern, weitere zur Rechtsverfolgung erforderliche Schritte sowie Unterstützungsmöglichkeiten seitens der Krankenkasse. 74% gaben an, den Sachverhalt immer anhand eigener Akten weiter zu klären, 18% meistens, 7% selten. 73% gaben an, immer in Richtung der Beschaffung /Anforderung von Behandlungsunterlagen tätig zu werden, mehr als 20% meistens oder selten. Die Beauftragung eines Gutachtens des MDK erfolgte nach den Angaben bei 70% der Kassen immer, bei 30 % meistens. 42% gaben an immer, 16% meistens, 14% selten und 28% nie eine medizinisch-juristische Fallberatung vorzuschalten. Die Aushändigung der Gutachten an die Versicherten erfolgte nach den Angaben bei 92% der Krankenkassen immer, bei 8% meistens.

281 <https://www.aok.de/pk/uni/inhalt/behandlungsfehler-so-hilft-die-aok/> (24.11.2021).

3. Prüfung der Unterlagen durch eigene Fachleute. Bei Erhärtung des Verdachtes medizinische Bewertung unter Zugrundelegung konkreter, einzelfallbezogener Fragestellungen mit Unterstützung des Medizinischen Dienstes in Form von Fachkonferenzen, Stellungnahmen und Gutachten;
4. Prüfung und juristische Bewertung des Ergebnisses des Gutachtens des Medizinischen Dienstes, evtl. Nachbesserung oder Neubewertung. Weitergabe des Ergebnisses der medizinischen Bewertung an den Versicherten, gegebenenfalls mit Erläuterung der Bewertung und der medizinischen Fachbegriffe. Gegebenenfalls Information über weitere Handlungsoptionen;
5. Unterstützung bei der Durchsetzung von berechtigten Schadenersatzansprüchen im Rahmen der außergerichtlichen und gerichtlichen Geltendmachung und Durchsetzung durch Hinweise zu möglichem Verjährungseintritt, zu etwaiger Beweislastumkehr und zu Fragen des materiellen Schadenersatzanspruchs. Unterstützung bei Verhandlungen mit Schädigern und Haftpflichtversicherern sowie im Klagefall durch Hilfe bei Fachanwaltssuche und Zusammenarbeit mit dem Rechtsbeistand, Überlassung von Formularen zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen und Verjährungsverzichtserklärungen. Im Einzelfall Prüfung von Klageschriften, Klageerwiderungen und anderen Gutachten. Im Einzelfall Unterstützung durch MDK-Gutachter vor Gericht mit medizinischer Bewertung des Sachverhalts auf Kosten der AOK. Auf Wunsch Information über Sachstand und Ergebnis der Verhandlungen der AOK zur Durchsetzung der auf die AOK übergegangenen Schadenersatzansprüche;
6. Keine Übernahme von Anwalts- und/oder Prozesskosten.

Hinsichtlich der tatsächlichen Intensität und Qualität der Unterstützung nach § 66 SGB V kommt dieser Selbstdarstellung allerdings nur wenig Aussagekraft zu.

(2) Insbesondere: Begutachtung durch den Medizinischen Dienst

Dem Medizinischen Dienst und seinen Gutachten wird im Hinblick auf § 66 SGB V in der Praxis eine zentrale Rolle zugeschrieben.²⁸²

Laut dem Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen (MDS) veranlasst die Krankenkasse „in der Regel eine medizinische Begutachtung durch den zuständigen Medizinischen Dienst.“²⁸³ Dass die Beauftragung des Medizinischen Dienstes tatsächlich der **Regelfall** ist, muss allerdings auf Grundlage der von der AOK veröffentlichten Daten bezweifelt werden. Alljährlich erfolgt die Beauftragung des Medizinischen Dienstes durch die gesetzlichen Krankenkassen nur in circa 14.000 Fällen.²⁸⁴ Allein an die AOK, auf die nur 36,9% der gesetzlich Versicherten

282 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 67; Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 340; jurisPK-SGB V-Koch, 42020, § 66 SGB V Rn. 9.

283 Behandlungsfehler-Begutachtung der Gemeinschaft der Medizinischen Dienste – Jahresstatistik 2020, 5.

284 Behandlungsfehler-Begutachtung der Gemeinschaft der Medizinischen Dienste – Jahresstatistik 2020, 10, https://md-bund.de/fileadmin/dokumente/Pressemitteilungen/2021/2021_10_12/Pressemappe_komplett.pdf (28.11.2021): Im Jahr 2020 begutachtete der MDS im Auftrag der Gesetzlichen Krankenversicherung 14.042 Fälle

entfallen²⁸⁵, wenden sich aber jährlich bereits circa 16.000 Versicherte mit einem Behandlungsfehlerverdacht.²⁸⁶ Geht man daher grob hochgerechnet von über 40.000 Fällen im Jahr aus, in denen ein Behandlungsfehlerverdacht von den Versicherten an ihre Krankenkassen herangetragen wird, dann erfolgt nur in etwa jedem dritten Fall eine Beauftragung des Medizinischen Dienstes.

Laut eigener Darstellung der Medizinischen Dienste erfolgt die Bewertung des Behandlungsfehlervorwurfes durch Auswertung der Krankenunterlagen (z.B. Operations- und Pflegeberichte, Laborwerte, handschriftliche bzw. elektronische Patientenunterlagen) sowie eines Gedächtnisprotokolls des oder der Versicherten. Wird ein Behandlungsfehler festgestellt, wird zusätzlich geprüft, ob der geltend gemachte Schaden auch objektiv vorliegt. Ist dies der Fall, wird aus medizinischer Sicht dargelegt, ob der gesundheitliche Schaden durch den Behandlungsfehler verursacht wurde.²⁸⁷

Eine Untersuchung der Patient*innen im Rahmen der Begutachtung ist nicht vorgesehen. Bei insgesamt 14.042 Begutachtungen im Jahr 2020 bestätigte der Medizinische Dienst in 4.099 Fällen einen Behandlungsfehler, davon in 3.550 Fällen auch einen Schaden und in 2.826 Fällen die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Schaden.²⁸⁸ Dies sind 20% der begutachteten Fälle, die Zahlen bewegen sich in etwa auf dem gleichen Niveau wie in den Vorjahren.²⁸⁹ Auch nach Ansicht des MDS zeigen diese Daten jedoch „nur einen kleinen Ausschnitt eines Problems, das engagierter angegangen werden muss“²⁹⁰, es bestehe kein Zweifel daran, dass die Dunkelziffer hoch sei.²⁹¹

Die Gutachten des Medizinischen Dienstes werden zum Teil sehr kritisch beurteilt. Neben der teilweise langen Bearbeitungszeit – laut MDS durchschnittlich 3 Monate²⁹², laut IGES-Studie in Einzelfällen bis zu einem Jahr²⁹³ – wird insbesondere die nicht immer den Anforderungen genügende Qualität der Expertise beklagt. Auch die Qualifikation

eines Behandlungsfehlerverdacht im Rahmen von medizinischen und zahnmedizinischen Leistungen sowie Leistungen der Kranken- und Altenpflege, im Jahr 2019 waren es 14.553 Fälle. Es lässt sich kein wesentlicher Unterschied gegenüber der Anzahl der in den Vorjahren begutachteten Fällen feststellen (2018 gab es 14.133, 2017 13.519 Begutachtungen, vgl. Behandlungsfehler-Begutachtung der Gemeinschaft der Medizinischen Dienste – Jahresstatistik 2018, 9), bereits seit 2013 bewegen sich die Begutachtungen auf etwa diesem Niveau (vgl. Behandlungsfehler-Begutachtung der Gemeinschaft der Medizinischen Dienste – Jahresstatistik 2020, 10).

285 Bundesministerium für Gesundheit, Daten des Gesundheitswesens, 2020, 112 (Stand August 2020).

286 AOK-Gemeinschaft, Stärkung der Patientenrechte, 2019, 4.

287 Behandlungsfehler-Begutachtung der Gemeinschaft der Medizinischen Dienste – Jahresstatistik 2020, 5f.

288 Pressemitteilung Behandlungsfehlerbegutachtung, Medizinischer Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen, 12.12.2021, 1, https://md-bund.de/fileadmin/dokumente/Pressemitteilungen/2021/2021_10_12/Pressemappe_komplett.pdf (28.11.2021).

289 Schriftliches Statement Gronemeyer, Pressekonferenz, Behandlungsfehlerbegutachtung, Medizinischer Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen, 12.12.2021, 1.

290 Pressemitteilung Behandlungsfehlerbegutachtung, Medizinischer Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen, 12.12.2021, 1.

291 Schriftliches Statement Zobel, Pressekonferenz, Behandlungsfehlerbegutachtung, Medizinischer Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen, 12.12.2021, 1; Behandlungsfehler-Begutachtung der Gemeinschaft der Medizinischen Dienste – Jahresstatistik 2020, 7.

292 Pressemappe zur Behandlungsfehler-Begutachtung der Gemeinschaft der Medizinischen Dienste – Jahresstatistik 2020, Fragen und Antworten, 3.

293 IGES Institut, Studie zu den Wirkungen des Patientenrechtegesetzes, 2016, 80, https://www.iges.com/e6/e1621/e10211/e13470/e15574/e15575/e15577/attr_objjs15581/IGES_Patientenrechte_20161108_ger.pdf (28.11.2021).

der Gutachter sei nicht immer zufriedenstellend.²⁹⁴ Zwar können externe Fachärztinnen und Fachärzte als Sachverständige hinzugezogen werden, falls die entsprechende Qualifikation im Medizinischen Dienst nicht vorhanden ist, vorrangig erfolgt die Begutachtung jedoch durch eigene Sachverständige.^{295, 296}

Vor Gericht sind die Gutachten regelmäßig nicht ausreichend, um einen Behandlungsfehler nachzuweisen, es wird dort in der Regel auf den vom Gericht beauftragten medizinischen Sachverständigen ankommen.²⁹⁷ Vereinzelt werden die Gutachten des Medizinischen Dienstes sogar als „für die Versicherten [...] zumeist wertlos“ bezeichnet.²⁹⁸

c) Überprüfbarkeit der Entscheidung der Krankenkassen

aa) Auswahlermessen

Überwiegend wird vertreten, dass den Krankenkassen für Inhalt, Art und Umfang der Unterstützungsleistung ein **Auswahlermessen** zustehe²⁹⁹, welches sie lediglich pflichtgemäß auszuüben haben (§ 39 Abs. 1 S. 2 SGB V). Die Rechtsprechung hat sich dem angeschlossen³⁰⁰, allerdings ist die Anzahl der zu § 66 SGB V vorliegenden Entscheidungen der Landessozialgerichte gering, so dass – noch – nicht von einer ständigen Rechtsprechung gesprochen werden kann. Versicherte können also nur verlangen, **dass** grundsätzlich überhaupt Unterstützung gewährt wird (gebundenes Entschließungsermessen). Die Entscheidung darüber, **wie** die geschuldete Unterstützungsleistung ausgestaltet wird, ist nach dieser (herrschenden) Auffassung den Krankenkassen überlassen, die unter Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten eine Auswahl zwischen verschiedenen möglichen Unterstützungsleistungen treffen dürfen.³⁰¹

294 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 68 mit weiteren Belegen; Finn, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 340.

295 Pressemappe zur Behandlungsfehler-Begutachtung der Gemeinschaft der Medizinischen Dienste – Jahresstatistik 2020, Fragen und Antworten, 3.

296 Bis Ende 2019 war noch eine vorrangige Einschaltung externer Gutachter durch den MDK (§ 279 Abs. 5 Hs. 2 SGB V a.F.) gesetzlich vorgesehen. Seit Inkrafttreten des MDK-Reformgesetzes zum 1.1.2020 ist hingegen das eigene Personal des MDS vorrangig einzuschalten (§ 283 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 SGB V i.V.m. der Präambel der „Externe Gutachter-Richtlinien Krankenversicherung“ des MDS vom 14.8.2018), siehe hierzu Finn, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 340f.

297 Preis/Schneider, Das Patientenrechtgesetz – eine gelungene Kodifikation?, NZS 2013, 281, 287; Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 68 mit weiteren Belegen.

298 Preis/Schneider, Das Patientenrechtgesetz – eine gelungene Kodifikation?, NZS 2013, 281, 287.

299 jurisPK-SGB V–Koch, 2020, § 66 SGB V Rn. 13; Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 121; BeckOK SozR–Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V, Vorbemerkung vor Rn. 1, Rn. 3; Bergmann/Paue/Steinmeyer–Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, ³2018, SGB V § 66 Rn. 4; Krauskopf–Wagner, Stand August 2021, SGB V § 66 Rn. 10. Explizit dagegen: Finn, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329 ff. Wohl ablehnend, allerdings sehr knapp: Spickhoff–Nebendahl, Medizinrecht, ³2018, § 66 SGB V Rn. 5 und NK-GesundhR–Rehborn, ²2018, § 66 SGB V Rn. 20.

300 LSG Baden-Württemberg 8.8.2018 – L 5 KR 1591/18, BeckRS, 2018, 18411 (allerdings nur in einem obiter dictum, Rn. 26b); wohl auch LSG Hessen 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, BeckRS 2015, 68787 u. LSG Schleswig-Holstein (allerdings nur im Beschlusswege im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes), 20.05.2015 – L 5 KR 4/15 ER.

301 LSG Baden-Württemberg 8.8.2018 – L 5 KR 1591/18, BeckRS 2018, 18411 Rn. 28 (allerdings nur in einem obiter dictum); Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 47, 53; jurisPK-SGB V–Koch, 2020, § 66 SGB V Rn. 13.

Sie haben aber ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten (§ 39 Abs. 1 S. 1 SGB V).

Weil mehrheitlich von einem Auswahlermessen ausgegangen wird, sind die Sozialgerichte bei der Überprüfung der Auswahl einer bestimmten Leistung durch die Krankenkasse auf eine reine Rechtskontrolle beschränkt.³⁰² Sie können nur prüfen, ob die Krankenkassen bei der Entscheidung ihr Ermessen pflichtwidrig, also fehlerhaft, unvollständig oder gar nicht ausgeübt oder überschritten haben.³⁰³ Beispielsweise kann ein Ermessensfehler vorliegen, wenn eine bestimmte Unterstützungsleistung, die von der Norm grundsätzlich erfasst ist, von vorneherein außer Betracht gelassen oder der medizinische Sachverhalt nicht ausreichend geprüft wurde und deswegen eine fundierte Entscheidung über die Auswahl der Unterstützungsleistung gar nicht getroffen werden kann.³⁰⁴

Die Zweckmäßigkeit der Entscheidung der Krankenkasse können die Gerichte nach dieser vorherrschenden Auffassung hingegen nicht überprüfen. Da das Auswahlermessen „im Begriff der Unterstützung angelegt“ sei, gelte dies selbst für den Fall, dass § 66 SGB V de lege ferenda zu einer „Muss-Vorschrift“ umgestaltet würde.³⁰⁵

bb) Unbestimmter Rechtsbegriff

Gegen diese Position wird mit beachtlichen Argumenten vorgebracht, dass es sich bei dem Begriff der „Unterstützung“ lediglich um einen **unbestimmten Rechtsbegriff** auf Rechtsfolgenseite handle, der von den Krankenkassen auszulegen und auf den konkreten Fall anzuwenden sei.³⁰⁶ In der Tat geht weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den Gesetzesmaterialien hervor, dass den Krankenkassen beim Vollzug des Gesetzes ein Auswahlermessen eingeräumt werden solle.³⁰⁷ Die Analyse, wonach die Formulierung des § 66 Satz 2 SGB V („Die Unterstützung der Krankenkassen nach Satz 1 kann insbesondere [...] umfassen“) den Krankenkassen lediglich die Kompetenz zuweist, bestimmte Unterstützungsinhalte zu erbringen, jedoch kein Auswahlermessen gewähren soll³⁰⁸, gewinnt an Überzeugungskraft dadurch, dass sie sich auch auf die Gesetzesbegründung anlässlich der Einführung von § 66 Satz 2 SGB V stützen kann. Denn hierin wird auf Unsicherheiten im Zusammenhang mit der **Befugnis** der Krankenkassen abgestellt, die durch die gesetzliche Klarstellung der möglichen Art der Unterstützungsleistungen in § 66 Satz 2 SGB V ausgeräumt werden sollen.³⁰⁹

302 LSG Baden-Württemberg 8.8.2018 – L 5 KR 1591/18, BeckRS 2018, 18411 Rn. 28 (allerdings nur in einem obiter dictum); jurisPK-SGB V-Koch, 2020, § 66 SGB V Rn. 13.

303 Detailliert zu den möglichen Ermessensfehlern Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 54 f.

304 Ebenda, 54.

305 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 112.

306 Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 334.

307 Ebenda, 335.

308 Ebenda, 335.

309 Begründung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks 18/11205, 62 f., zum Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz (HHVG) vom 4.4.2017 (BGBl. I, 778): „Unsicherheiten im Hinblick auf den Umfang der Datenerhebungsbefugnis der Krankenkassen nach § 284 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 für die Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern bestehen [...]. Diese Unsicherheiten werden durch eine

Sollte sich diese (zur Zeit jedoch eindeutige Minderheits-) Auffassung durchsetzen, wonach die Krankenkassen in Bezug auf Art, Inhalt und Umfang der Unterstützungsleistung **kein Auswahlermessen** haben, so hätte dies vor allem dann Konsequenzen, falls Versicherte gegen ihre Krankenkasse vor den Sozialgerichten klagten:

Dann bestünde nämlich eine **uneingeschränkte** gerichtliche Nachprüfbarkeit (Rechts- und Zweckmäßigkeitkontrolle) durch die Sozialgerichte hinsichtlich der konkreten Auswahlentscheidung.³¹⁰

Unter der derzeit herrschenden Annahme eines Auswahlermessens sind die Chancen eines/einer Versicherten, die Krankenkasse zu einer ganz bestimmten Unterstützungsleistung zu verpflichten, hingegen gering: Nur wenn angesichts der konkreten Umstände des Einzelfalls ausnahmsweise eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt, also gar keine andere fehlerfreie Entscheidung möglich ist, bestünde ein gerichtlich voll überprüfbarer Rechtsanspruch auf eine bestimmte Leistung.³¹¹

d) Rechtlich mögliche Unterstützungsleistungen durch die Kassen

Die Frage, welche Unterstützungsleistungen durch die Kassen **de lege lata** möglich sind, ist durch die in § 66 Satz 2 SGB V beispielhaft genannten, nicht abschließenden Unterstützungsleistungen nicht vorentschieden.³¹²

aa) Unterstützungszwecke

Sucht man nach der einem Gesetz zugrundeliegenden Regelungskonzeption, kommt neben dem Wortlaut und der Systematik den Gesetzesmaterialien eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu. Hierzu zählen unter anderem die Begründung eines Gesetzentwurfes, der unverändert verabschiedet worden ist, und die Stellungnahmen, Beschlussempfehlungen und Berichte der Ausschüsse.³¹³

Mehrheitlich wird unter Rekurs auf die Gesetzesbegründung vertreten, dass im Rahmen von § 66 SGB V den Versicherten nur solche Leistungen gewährt werden sollen, durch die ihnen die **Beweisführung** bei vermuteten Behandlungsfehlern erleichtert wird, also die ihnen für eine Rechtsverfolgung essenziellen Informationen zugänglich gemacht werden.³¹⁴ Doch findet hierbei die Gesetzesbegründung zum PatRG aus dem Jahr 2013 zu wenig Beachtung, denn hierin wird die Erleichterung der Beweisführung des Versicherten lediglich als **ein** beispielhafter Zweck möglicher Unterstützungsleistungen und gerade nicht als deren einziger Zweck genannt:

gesetzliche Klarstellung der möglichen Art der Unterstützungsleistungen der Krankenkassen ausgeräumt.“

310 Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 335f.

311 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 53.

312 Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 334; Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 120 f.; BeckOK SozR-Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V, Vorbemerkung vor Rn. 1.

313 BVerfG, 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, BVerfGE 149, 126, 155 Rn. 74.

314 Vgl. etwa Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht-Roters, Stand Juli 2021, § 66 SGB V Rn. 8; Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 331; Krauskopf-Wagner, Stand August 2021, § 66 SGB V Rn. 3; Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann-Joussen, 72021, § 66 SGB V Rn. 3; LSG Hessen, 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, BeckRS 2015, 68787, Rn. 17.

„Dies kann etwa durch Unterstützungsleistungen, mit denen die Beweisführung der Versicherten erleichtert wird, z.B. medizinische Gutachten, geschehen.“³¹⁵

Diese in der Begründung zum Patientenrechtegesetz angelegte Öffnung des § 66 SGB V auch für andere Unterstützungszwecke wurde im Jahr 2017 in der Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Gesundheit zum HHVG (Ergänzung des § 66 SGB V um Satz 2 und Satz 3)³¹⁶ wieder zurückgenommen. Ohne nähere Erläuterung³¹⁷ verweist die Begründung der Beschlussempfehlung auf ein Urteil des LSG Hessen aus dem Jahr 2015³¹⁸ und folgert, der Unterstützungsanspruch beinhalte „zwar keine umfassenden Hilfeleistungen bis hin zur Übernahme der Kosten der Rechtsverfolgung durch die Krankenkassen. Den Versicherten sollen jedoch Leistungen gewährt werden, durch die ihnen die Beweisführung bei vermuteten Behandlungsfehlern erleichtert wird.“³¹⁹ Das angeführte Urteil des LSG Hessen sieht den Gesetzeszweck des § 66 SGB V in der Tat darauf beschränkt „dem Versicherten Leistungen zu gewähren, die ihm die Beweisführung erleichtern, also ihm die für eine Rechtsverfolgung essentiellen Informationen zugänglich zu machen.“³²⁰ Dies ergebe sich aus dem Wortlaut, der lediglich von Unterstützung und nicht von umfassender Hilfeleistung spreche, sowie aus der Gesetzesbegründung zu § 66 SGB V.³²¹ Insofern rekurriert das LSG Hessen jedoch ausschließlich auf die **älteste** Gesetzesbegründung zu § 66 SGB V von 1989³²², während es die hinsichtlich der möglichen Unterstützungszwecke offener gefasste Gesetzesbegründung des **neueren** PatRG von 2013 außer Betracht lässt. Nachfolgend wurde die vom LSG Hessen vertretene Rechtsauffassung in die Begründung der Beschlussempfehlung zum HHVG zu § 66 SGB V „eingeschrieben“ und die Uhr damit ein Stück zurückgestellt, ohne dass sich klären ließe, ob dies vom Gesetzgeber auch so beabsichtigt war.

bb) Problemfälle

Offen und umstritten ist insbesondere, welche Unterstützungsleistungen die Krankenkassen neben den in § 66 S. 2 SGB V beispielhaft aufgeführten Leistungen erbringen müssen bzw. dürfen. Zwar ging das LSG Schleswig-Holstein im Jahr 2015 noch davon aus, dass sich die notwendige Information der Versicherten regelmäßig in der Angabe der Diagnose, Therapie sowie dem Namen des behandelnden Arztes, ggf. noch ergänzt

315 BT-Drucks 17/10488, 32. Es handelt sich hierbei um die Gesetzesbegründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 15.8.2012. Die nachfolgende Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit vom 28.11.2012 enthielt keinen Änderungsvorschlag zu § 66 SGB V, damit auch keine abweichende Begründung, vgl. BT-Drucks 17/11710, 12.

316 Begründung zu der – nachfolgend so verabschiedeten – Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks 18/11205, 62 f., zum Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz (HHVG) vom 4.4.2017 (BGBl. I, 778).

317 Katzenmeier/Jansen, GKV-Unterstützungsbedarf bei Behandlungsfehlerverdacht, 2018, 49.

318 LSG Hessen 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, BeckRS 2015, 68787.

319 Begründung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks 18/11205, 62 f., zum Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz (HHVG) vom 4.4.2017 (BGBl. I, 778).

320 LSG Hessen 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, BeckRS 2015, 68787, Rn. 17.

321 Ebenda.

322 BT-Drucks 11/2237 vom 3.5.1988, 189. Durch das Gesundheitsreformgesetz (GGR) wurde die Norm erstmals (zunächst als Kann-Vorschrift) eingeführt.

um ein Gutachten des MDK erschöpfe³²³, jedoch sind über die aufgezählten Beispiele hinausgehende Leistungsarten keineswegs von vornherein ausgeschlossen.³²⁴

(1) Körperliche Untersuchung

Mehrheitlich wird dafür gehalten, dass die Krankenkassen nicht befugt seien, Versicherte auf ihre Kosten medizinisch untersuchen zu lassen³²⁵ bzw. dass dies regelmäßig nicht geschuldet sei.³²⁶ Dass der Versicherte mit dem Ergebnis des Gutachtens des Medizinischen Dienstes nicht einverstanden sei, verpflichte die Krankenkasse nicht zur Vorstellung des Versicherten bei einem spezialisierten Facharzt.³²⁷

(2) Freie Gutachten

Die Krankenkasse sei auch nicht verpflichtet³²⁸, auf ihre Kosten ein freies Gutachten einholen zu lassen, nur weil der Versicherte mit dem Ergebnis des Gutachtens des Medizinischen Dienstes nicht einverstanden sei. Einige Stimmen scheinen auch zu vertreten, dass dies die Krankenkasse bereits nicht dürfe.³²⁹ Das LSG Baden-Württemberg hat im Jahr noch zur alten Fassung der Norm entschieden, dass die Einholung von freien Gutachten als Unterstützungshandlung ausscheiden müsse, weil die Krankenkasse damit die Ansprüche des Versicherten „selbst verfolgen“ würde.³³⁰ Worin das Selbst-Verfolgen von Ansprüchen bei Einholung eines freien Gutachtens liegt und warum sich dies bei einer Einholung eines Gutachtens des Medizinischen Dienstes, immerhin einer typischen Unterstützungsleistung der Krankenkassen, anders verhalten soll, geht aus der Entscheidung allerdings nicht in überzeugender Weise hervor.³³¹

Es sind Fälle denkbar, in denen komplexe medizinische Sachverhalte besonderen Sachverstand erfordern und dies nicht durch den Medizinischen Dienst geleistet werden kann. In diesen Fällen muss sich die Kasse, bzw. der Medizinische Dienst privater „Verwaltungshelfer“ bedienen.³³² Je nachdem, wie kompliziert der Sachverhalt ist und welche Anforderungen er an die Spezialisierung und Expertise des Gutachters stellt, wird die Krankenkasse nach geltender Rechtslage auch ein freies Gutachten eines ausgewiesenen Experten, im Einzelfall auch eines Hochschulprofessors, beauftragen

323 LSG Schleswig-Holstein 20.3.2015 – L 5 KR 40/15 B ER, BeckRS 2015, 67758.

324 Katzenmeier/Jansen, Neuregelung der GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, NZS 2017, 761, 765.

325 Preis/Schneider, Das Patientenrechtegesetz – eine gelungene Kodifikation?, NZS 2013, 281: Keine Befugnis zum Einsatz von Haushaltsmitteln, unter Verweis auf BayLSG 9. 7. 1998, L 4 KR 4/98.

326 Spickhoff-Nebendahl, Medizinrecht, 32018, § 66 SGB V Rn. 5; Bergmann/Pauge-Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, 32018, § 66 SGB V Rn. 6.

327 BeckOK SozR-Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 4 unter Verweis auf HessLSG BeckRS 2015, 68787.

328 BeckOK SozR-Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 4 unter Verweis auf HessLSG BeckRS 2015, 68787; Insoweit zustimmend Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 334.

329 Krauskopf-Wagner, Stand August 2021, § 66 SGB V Rn. 11 mit Verweis auf LSG Baden-Württemberg 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11. Wohl auch jurisPK-SGB V-Koch, 42020, § 66 SGB V Rn. 11.

330 LSG Baden-Württemberg 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11.

331 Vgl. Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 334.

332 Süß, MedR 2016, 86, 87.

dürfen, falls beim Medizinischen Dienst ein den Anforderungen des Einzelfalls genügender, entsprechend qualifizierter Spezialist nicht zur Verfügung steht.³³³

(3) Punktuelle versus begleitende Unterstützung

Nach Auffassung des LSG Schleswig-Holstein ist die Krankenkasse nicht dazu verpflichtet, einen von ihrem Versicherten angestregten Schadensersatzprozess in der Weise zu begleiten, dass sie zur Beantwortung medizinischer Nachfragen, die im Verlauf des Rechtsstreits entstehen, zur Verfügung steht.³³⁴ Dies ist zu pauschal. Die Pflicht der Kasse erschöpft sich nicht in einer punktuellen Leistung, § 66 SGB V ermöglicht vielmehr auch eine kontinuierliche Unterstützung.³³⁵ Es kommt darauf an, ob durch eine weitere Unterstützung die Beweisführung für den Versicherten erleichtert oder sogar auch erst ermöglicht wird.³³⁶ Zwar wird die Krankenkasse dem Versicherten während eines Arzthaftungsprozesses nicht **laufend** zur Beantwortung medizinischer Nachfragen zur Verfügung stehen müssen³³⁷, aber zumindest dann, wenn Entscheidungen über die Einleitung kostenträchtiger Verfahrensschritte wie die Einlegung eines Rechtsmittels oder die Beantragung eines Obergutachtens zu treffen und neue Sachfragen aufgetreten sind, kann eine weitere medizinische Stellungnahme veranlasst sein.³³⁸ Jedoch muss die Kasse hierbei die durch das Rechtsberatungsgesetz gezogenen Grenzen beachten.³³⁹ Noch weiter geht die Auffassung, nach der die Kasse im Zuge der weiteren Auseinandersetzung mit dem Leistungserbringer von diesem oder vom Gericht eingeholte Gutachten inhaltlich auf deren medizinische Richtigkeit überprüfen und gegebenenfalls Ergänzungsgutachten einholen darf.³⁴⁰

(4) Kosten der Rechtsverfolgung / Finanzielle Leistungen

Die Übernahme der Kosten der Rechtsverfolgung (Prozesskosten) ist den Krankenkassen nach ganz herrschender Meinung nicht gestattet. Teilweise werden hierfür haushaltsrechtliche Erwägungen angeführt, da die gesetzliche Krankenversicherung ihre Mittel nur zur Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben und nicht für private Interessen verwenden dürfe³⁴¹, teilweise wird mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot argumentiert.³⁴²

³³³ In diese Richtung wohl auch Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 334; Katzenmeier/Jansen, Neuregelung der GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, NZS 2017, 761, 765.

³³⁴ LSG Schleswig-Holstein 20.3.2015 – L 5 KR 40/15 B ER, BeckRS 2015, 67758. Ebenso jurisPK-SGB V–Koch, 42020, § 66 SGB V Rn. 11.

³³⁵ Becker/Kingreen–Lang, 72020, § 66 SGB V Rn. 4; Spickhoff–Nebendahl, Medizinrecht, 32018, § 66 SGB V Rn. 5.

³³⁶ Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann–Joussen, 72021, § 66 SGB V Rn. 3; Süß, MedR 2016, 86, 87 mit dem Hinweis, dass Amtspflichten nicht an der Gerichtspforte enden.

³³⁷ BeckOK SozR–Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 5.

³³⁸ Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 334.

³³⁹ Spickhoff–Nebendahl, Medizinrecht, 32018, § 66 SGB V Rn. 5; in diese Richtung auch Süß, MedR 2016, 86, 87.

³⁴⁰ NK-GesundhR–Rehborn, 22018, § 66 SGB V Rn. 14 unter Verweis auf eine gängige Praxis.

³⁴¹ jurisPK-SGB V–Koch, 42020, § 66 SGB V Rn. 16; wohl auch Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann–Joussen, 72021, § 66 SGB V Rn. 3; Spickhoff–Nebendahl, Medizinrecht, 32018, § 66 SGB V Rn. 5; so bereits LSG Bayern 9.7.1998 – L 4 KR 4/98.

³⁴² BeckOK SozR–Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V Rn. 3; dieses sei Tatbestandsmerkmal jedes Leistungsanspruchs in der GKV.

Von vielen wird dies aus der Gesetzgebungsgeschichte hergeleitet.³⁴³ Selbst dort, wo vertreten wird, dass eine finanzielle Unterstützung behandlungsfehlergeschädigter Versicherter auf der Basis des § 66 SGB V in bestimmten engen Grenzen letztlich doch möglich sei, zielt dies nicht unmittelbar auf die Übernahme der Prozesskosten oder die Finanzierung eines Rechtsbeistandes.³⁴⁴

Der Wortlaut des Gesetzes schließt eine finanzielle Unterstützung, auch eine Prozesskostenbeteiligung nicht von vorneherein aus.³⁴⁵ Der häufig behauptete semantische Gegensatz zwischen einer „Unterstützung“ und einer „umfassender Hilfeleistung“ ist keineswegs so zwingend, wie dies gelegentlich suggeriert wird.³⁴⁶ Auch das Argument, die gesetzliche Krankenversicherung dürfe ihre Mittel nur zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben verwenden, überzeugt nicht, denn mit § 66 SGB V hat der Gesetzgeber gerade eine Anordnung getroffen, die – zugegebenermaßen systemfremd³⁴⁷ – darauf abzielt auch innerhalb des Systems der öffentlich-rechtlichen Krankenversicherung ausnahmsweise Privatinteressen mit Mitteln der Krankenversicherung zu unterstützen.³⁴⁸ Allerdings zeigt die Gesetzesbegründung doch sehr klar, dass „umfassende Hilfeleistungen bis hin zur Übernahme der Kosten der Rechtsverfolgung durch die Krankenkassen“ vom Gesetzgeber eindeutig nicht gewollt waren.³⁴⁹ Hingegen scheint eine **Beteiligung** an den Rechtsverfolgungskosten sowohl nach dem Wortlaut als auch unter Einbeziehung der Gesetzesmaterialien möglich, da eine Beteiligung semantisch gerade keine „umfassende“ Hilfeleistung beinhaltet, sondern lediglich unterstützend gewährt wird.

6. Fazit zu § 66 SGB V

§ 66 SGB V ist auf der Tatbestandsseite unpräzise und auf der Rechtsfolgenseite in hohem Maße unbestimmt. Dies führt dazu, dass der Schlüsselbegriff der Vorschrift, der Begriff der „Unterstützung“, sowohl in der Rechtspraxis und als auch in der Rechts-

343 Becker/Kingreen–Lang, 72020, § 66 SGB V Rn. 4 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung bei der erstmaligen Einführung der Vorschrift, BT-Drucks 11/2237, 189; NK-GesundhR–Rehborn, 2018, § 66 SGB V Rn. 16; Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht–Roters, Stand Juli 2021, § 66 SGB V Rn. 8; Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 344.

344 Katzenmeier/Jansen, Neuregelung der GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, NZS 2017, 761, 765: Möglich sei die Einholung eines kostenpflichtigen externen Privatgutachtens, falls im Einzelfall das Gutachten des Medizinischen Dienstes zur Beurteilung der Erfolgsaussichten nicht ausreiche. Auch die Kooperation der Krankenkasse mit einem privaten Versicherungsunternehmen zwecks Zurverfügungstellung einer separaten Rechtsschutzversicherung für ihre Versicherten stelle eine potenzielle Unterstützungsoption dar. Jede finanzielle Unterstützung müsse sich an den Vorgaben des Wirtschaftlichkeitsgebots messen lassen, weshalb eine Auswahlentscheidung gegen diese Unterstützungsform und für eine weniger kostspielige Variante im Ergebnis in den seltensten Fällen ermessensfehlerhaft sein dürfte und Versicherten daher ein entsprechender Anspruch jedenfalls nicht zustehe.

345 Finn, Die Unterstützungspflicht von Kranken- und Pflegekassen nach § 66 SGB V, in: Festschrift Plagemann, 2020, 329, 344.

346 Süß, MedR 2016, 86,87 mit dem Hinweis, es sei nicht zielführend, einen unklaren Begriff gegen den nächsten auszutauschen.

347 BeckOK SozR–Scholz, Stand 1.9.2021, § 66 SGB V; NK-GesundhR–Rehborn, 2018, § 66 SGB V Rn. 19; Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht–Roters, Stand Juli 2021, § 66 SGB V Rn. 2.

348 NK-GesundhR–Rehborn, 2018, § 66 SGB V Rn. 16.

349 BT-Drucks 18/11205, 62.

wissenschaft über die Maßen mit (sehr unterschiedlicher) Bedeutung aufgeladen wird. Es ist daher nachdrücklich zu empfehlen, konkretere Vorgaben zur Verpflichtung der gesetzlichen Krankenkassen in § 66 SGB V zu verankern und ausdrücklich zu regeln, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise die Patientinnen und Patienten beim Nachweis eines Behandlungsfehlers zu unterstützen sind.³⁵⁰

31.12.2021

Prof. Dr. Thomas Gutmann

³⁵⁰ Vgl. bereits die Bitte der Gesundheitsministerkonferenz um eine dahingehende Überprüfung: Einstimmiger Beschluss der GMK vom 20.6.2018–21.6.2018, TOP 4.1. Nr. 14; <https://www.gmkonline.de/Beschluesse.html?jahr=2018> (28.11.2021).

Prof. Dr. Thomas Gutmann ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Rechtsphilosophie und Medizinrecht an der Universität Münster. Er ist Verfasser des Kommentars zu den §§ 630a-h BGB (Behandlungsvertrag) in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (München/Berlin: Otto Schmidt-de Gruyter, Dezember 2021). Von 2010-2018 war er Sprecher der Kolleg-Forscherguppe „Theoretische Grundfragen der Normenbegründung in Medizinethik und Biopolitik / Institute for Advanced Study in Bioethics“.

Impressum

Sozialverband Deutschland e. V.
Stralauer Straße 63
10179 Berlin
Tel. 030 72 62 22-0
Fax 030 72 62 22-311
kontakt@sovd.de
www.sovd.de • www.sovd-tv.de
www.sovd.de/mitgliedsantrag

Verfasser

Prof. Dr. Thomas Gutmann

Bildquellen

Titelbild © bnenin - stock.adobe.com

Druck

SoVD Bundesgeschäftsstelle, Berlin

Stand

Februar 2022

1. Auflage

© Sozialverband Deutschland e. V., 2022