

***Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Stärkung
der Patientenrechte***

*von Rechtsanwalt
Prof.Dr.Dr. Klaus Ulsenheimer*

I.

„Die Rechte des Patienten in seinen Beziehungen zu Arzt und Krankenhaus sind in Deutschland traditionell Richterrecht“,¹ d.h. nicht der Gesetzgeber hat die maßgebenden individuellen Patientenrechte bei Behandlung, Pflege, Rehabilitation und Prävention ausgeformt, vielmehr war es die richterliche Spruchpraxis,² vornehmlich der Zivil- und Strafgerichte. Diese haben – zunächst zögernd auf der Grundlage der allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen und des Strafgesetzbuchs – dann insbesondere unter Rückgriff auf die Wertentscheidungen des Grundgesetzes in Art. 1 und 2 GG mit der Achtung und dem Schutz der Würde des Menschen, seiner Freiheit und seines Rechts auf Leben und körperliche Integrität die wesentlichen Rechte und Pflichten von Arzt und Patient im Rahmen eines Behandlungsverhältnisses immer mehr entfaltet, erweitert und mit Hilfe besonderer Beweislastregeln zugunsten des Patienten auch in der praktischen Durchsetzung nachhaltig gestärkt..

Ich kann diese Entwicklung hier natürlich nur punktuell, an einigen besonders markanten Beispielen nachzeichnen, die aber die fortdauernde, ungebrochene, sowohl das materielle als auch das Prozessrecht umfassende Gesamtten der Rechtsprechung sehr deutlich erkennen lassen.

¹ Steffen, MedR 2002, 190

II.

1. Welch weiten Weg die Rechtsprechung zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten seit der Grundsatzentscheidung des Reichsgerichts vom 31.5.1894 bis heute zurückgelegt hat, wird eindrucksvoll belegt, wenn man den Ausgangspunkt mit dem gegenwärtig erreichten Rechtszustand vergleicht.

- a) Der zitierte Ausgangsfall betraf die Amputation des Fußes eines 7-jährigen Kindes gegen den erklärten Willen des Vaters trotz absoluter Indikation und erfolgreicher Operation. Das Reichsgericht sah hierin eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Körperverletzung, da

„für das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten innerhalb der Sphäre des bürgerlichen wie des peinlichen Rechts an der zwischen beiden Personen bestehenden Willensübereinstimmung unter allen Umständen als dem leitenden und entscheidenden Gesichtspunkte festzuhalten³ sei“.

Denn „der verfügbare Kranke“ räume dem Arzt „nicht eine unbeschränkte Gewaltherrschaft über seine Person“ ein, sondern mache dessen Behandlungsbefugnis von seinem Willen abhängig, so dass im Moment der Verweigerung einer Maßnahme „auch die Befugnis des Arztes zur Behandlung erlischt“. Unmittelbar anschließend erfolgt in den Urteilsgründen jedoch eine wesentliche Einschränkung der Maßgeblichkeit des Patientenwillens, wenn es dort heißt, „der Arzt dürfe davon ausgehen“, dass der Kranke sich seinem Rat unterordnen, seine Weisungen befolgen, sich seine Heilmittel gefallen lassen werde, ihm daher bei allen seinen Eingriffen in den Organismus des zu Heilenden dessen Zustimmung zur Seite steht“.

² siehe dazu Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 5 Rdnr. 9

Im Klartext bedeutet dies: „Soweit nicht dezidierte, den Willen des Patienten klar und deutlich hervorkehrende Äußerungen dem Wirken des Arztes Einhalt gebieten, handelt er nach seiner ärztlichen Einsicht, Erfahrung und Berufsauffassung, aus der ihm durch den Hippokratischen Eid auferlegten Verantwortung und geschützt durch die ihm konzedierte Vermutung, dass er der Zustimmung des Kranken sicher sein darf, solange dieser nicht ausdrücklich widerspricht.“⁴

- b) Angesichts dieser Grundeinstellung der Judikatur, die nur die Behandlung des Patienten gegen seinen Willen für rechtswidrig erachtete, wurde in der damaligen Zeit, wie auch alle anderen zivil- und strafrechtlichen Entscheidungen zeigen, die weitergehende Problematik der ärztlichen Aufklärungspflicht zur Sicherung umfassender Selbstbestimmung des Patienten im Behandlungsprozess überhaupt nicht aufgeworfen. Diese tauchte erstmals 1912 im Zusammenhang mit dem Einwilligungproblem auf, als der III. Zivilsenat des Reichsgerichts zur Nichtaufklärung über eventuell schädliche Operationsfolgen Stellung nehmen musste⁵ und dabei eine derartige Rechtspflicht ablehnte. Denn diese lasse

„sich weder aus der Übung der pflichtgetreuen und sorgfältigen Vertreter des ärztlichen Berufes noch aus inneren Gründen herleiten. Eine umfassende Belehrung des Kranken über alle möglichen nachteiligen Folgen der Operation würde nicht selten sogar falsch sein, sei es, dass der Kranke dadurch abgeschreckt wird, sich der Operation zu unterwerfen, sei es, dass der Kranke durch die Vorstellung der mit der Operation verbundenen Gefahren in Angst und Erregung versetzt und so der günstige Verlauf der Operation und der Heilung gefährdet wird“.

³ RGSt 25, 375, 381

⁴ Eb. Schmidt, Verhandlungen des 44. DJT, 1962, Bd. I, S. 20 f

⁵ RGZ 78, 433

Worüber der Arzt den Patienten zu belehren hat, bleibt in der Entscheidung offen und ganz vom ärztlichen Ermessen abhängig,⁶ wobei deutlich eine „Warnung vor Überspannung der Aufklärungspflicht und vor Überforderung des Arztes“ zum Ausdruck kommt.⁷

- c) Diese aus ärztlicher Sicht großzügige Einstellung der Rechtsprechung hielt sich bis zur Mitte der 30er Jahre, ehe das Reichsgericht dann „eine außerordentlich auffallende“ Kehrtwendung vollzog, indem es „überraschender Weise den Gedanken ärztlicher Fürsorge“ gänzlich hintanstellte und völlig einseitig die Pflicht des Arztes betonte, „das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu respektieren“.⁸ Dieses sei „so allgemeiner Natur und durch so wohlbegründete Erwägungen gefordert, dass die aus der Sorge um Schonung des Patienten hervorgehenden ärztlichen Bedenken gegen volle Aufklärung“ zurücktreten müssten.

Damit war der Primat der Selbstbestimmung begründet, an den der BGH nach dem Krieg nahtlos anknüpfte und 1954⁹ erstmals mit dem Rückgriff auf den Schutz des Persönlichkeitsrechts des Patienten untermauerte, das nur durch eine entsprechende ärztliche Aufklärung gewährleistet werden könne.¹⁰

- d) Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zeigt unter den verschiedensten Gesichtspunkten eine stetig zunehmende Verschärfung der Aufklärungsanforderungen zugunsten einer Stärkung der Patientenrechte. „Das Recht auf Selbstbestimmung, die dem einzelnen zukommende Entschließungsfreiheit und die Menschenwürde verlangen gebieterisch nach einer Unterrichtung des Patienten“, heißt es nunmehr mit großem Nachdruck und der Konsequenz, dass die „Aufklärungspflicht des Arztes grundsätzlich

⁶ Eb. Schmidt, a.a.O., S. 48

⁷ Eb. Schmidt, a.a.O., S. 48

⁸ Eb. Schmidt, a.a.O., S. 69

⁹ BGH NJW 1956, 1106

¹⁰ Eb. Schmidt, a.a.O., S. 93

als Rechtspflicht neben seiner Pflicht zu heilen steht“,¹¹ also integraler, unverzichtbarer Bestandteil der Krankenbehandlung ist.

- aa) Während aber zunächst Maß und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht vor allem „von der Häufigkeit und Schwere auftretender Komplikationen mitbestimmt“ werden und nur verlangt wird, den Patienten über „Art, Bedeutung und Folgen des Eingriffs in seinen Grundzügen“, nicht aber „in allen Einzelheiten“ aufzuklären, ist die höchstrichterliche Judikatur, insbesondere des BGH, in der Folgezeit weit über diese Aufklärung „im Großen und Ganzen“ hinausgegangen. Der Patient muss über mögliche Komplikationen, die für ihn „überraschend und in seinen besonderen Lebensverhältnissen erkennbar besonders schwerwiegend sind“,¹² auch bei extremster Seltenheit unterrichtet werden, wenn es sich um sog. eingriffsspezifische Risiken handelt. Die jüngste Entscheidung zur Aufklärungspflicht des Arztes über erhebliche Nebenwirkungen von aggressiven Medikamenten betont diese Notwendigkeit nochmals ausdrücklich unter Hinweis auf das Selbstbestimmungsrecht der Patientin, demgegenüber die Risikofrequenz an Bedeutung zurücktrete, wenn das betreffende Risiko dem Eingriff typischerweise anhaftet.
- bb) Die Tendenz der Rechtsprechung zur Stärkung der Entscheidungsgrundlagen des Patienten durch umfassende Unterrichtung spiegelt sich auch bei Vorliegen von Behandlungsalternativen wider. Die Wahl der Behandlungsmethode ist im Rahmen der ärztlichen Therapiefreiheit seit jeher „primär Sache des Arztes“,¹³ so dass er davon ausgehen darf, der Patient werde seiner ärztlichen Entscheidung vertrauen. Dies gilt jedoch nicht, wenn im Behandlungszeitpunkt zur beabsichtigten Maßnahme eine konkret verfügbare Alternative mit geringeren

¹¹ BGHZ 29, 176, 181

¹² BGH NJW 1992, 734

¹³ BGH NJW 1982, 2121, 2122

Risiken oder Belastungen oder besseren Erfolgsaussichten besteht.¹⁴ In solchen Fällen einer echten Wahlmöglichkeit hat der Patient bei gewichtigen Unterschieden ein berechtigtes und damit schützenswertes Interesse, nach sachverständiger und vollständiger Beratung durch den Arzt selbst prüfen und entscheiden zu können, was er an Belastungen und Gefahren bei Anwendung dieser oder jener Methode auf sich nehmen will. Deshalb muss der Arzt den Patienten über solche Vor- und Nachteile, Risiken und Erfolgschancen unterrichten, damit dieser sein Selbstbestimmungsrecht auch wirksam ausüben kann.

- cc) Ein besonders instruktives Beispiel für die Stärkung der Patientenrechte durch den BGH ist auch dessen Rechtsprechung zur Erweiterungsoperation. Dabei wird zunächst bezüglich des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung klargestellt, dass der – mutmaßliche – Wille des entscheidungsunfähigen Patienten auch dann zu berücksichtigen ist, wenn der Arzt vor der Frage steht, ob er eine mit Zustimmung des Patienten begonnene Operation erweitern oder sie abbrechen und den Patienten dem Risiko einer neuen, u.U. mit größeren Gefahren verbundenen, jedenfalls aber weitere körperliche und seelische Beeinträchtigungen mit sich bringenden Operation aussetzen soll.¹⁵ Dabei bestimmt sich der Inhalt dieses mutmaßlichen Willens im Hinblick auf den Vorrang des Selbstbestimmungsrechts in erster Linie aus den persönlichen Umständen des Patienten, seinen individuellen Interessen, Wünschen, Bedürfnissen und Wertvorstellungen. Objektive Kriterien, insbesondere die Beurteilung einer Maßnahme als gemeinhin vernünftig und normal sowie den Interessen eines verständigen Patienten üblicherweise entsprechend haben keine eigenständige Bedeutung, sondern dienen ledig-

¹⁴ BGH NJW 1982, 2121, 2122; NJW 1983, 2330; VersR 1992, 314, 315 f; VersR 1988, 179, 180 f; Schelling/Erlinger, MedR 2003, 331 ff mwN; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, Rdnr. 82 ff

lich der Ermittlung des individuellen hypothetischen Willens. Der Patientenwille, nicht die medizinische Vernunft des Arztes ist also maßgebend.

Der Arzt muss daher die Operation abbrechen, um für einen medizinisch indizierten Erweiterungseingriff die nötige Einwilligung einzuholen, wenn dies ohne Gefährdung des Patienten möglich und ungewiss ist, ob er die Änderung oder Erweiterung der Operation billigt bzw. Anhaltspunkte für eine Ablehnung der Operation vorliegen.

- dd) Eine Verschärfung der Aufklärungsanforderungen zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts sehe ich auch bei der Behandlung von Kindern. Jahrzehntlang begnügte sich die medizinische und juristische Praxis mit der stillschweigenden Einverständniserklärung des abwesenden Elternteils, wenn der Anwesende seine Zustimmung gegeben hatte. 1988 entwickelte der BGH jedoch eine „3-Stufen-Theorie“,¹⁵ die zwischen „Routinefällen“, „ärztlichen Eingriffen schwererer Art mit nicht unbedeutenden Risiken“ und „großen Operation mit schwierigen, weitreichenden Entscheidungen und erheblichen Risiken für das Kind“ differenziert. Im ersteren Falle, also bei der Behandlung „leichter Erkrankungen und Verletzungen“, darf sich der Arzt im allgemeinen ungefragt auf die Ermächtigung des erschienenen Elternteils verlassen. Bei Eingriffen mittlerer Schwere, also der zweiten Kategorie, muss sich der Arzt „darüber hinaus vergewissern, ob der erschienene Elternteil die Ermächtigung des anderen hat und wie weit diese reicht“. Bei der dritten Fallgruppe, den schwerwiegenden Eingriffen, muss sich nach Ansicht des BGH der Arzt jedoch Gewissheit über das Einverständnis des nicht erschienenen Elternteils mit der vorgesehenen Behandlung des Kindes verschaffen, damit das

¹⁵ BGH MedR 1988, 248 ff

¹⁶ NJW 1988, 2946 ff

gemeinsame elterliche Sorgerecht gewahrt bleibt. Ein Verstoß hingegen macht den Eingriff rechtswidrig.

- ee) Auch die neuen Urteile des BGH zum Zeitpunkt der Aufklärung vor operativen Eingriffen¹⁷ verfolgen durch Präzisierung und Verlängerung der Bedenkzeit die Stärkung der Patientenautonomie:

„Zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts erfordert dies grundsätzlich, dass ein Arzt, der einem Patienten eine Entscheidung über die Duldung eines operativen Eingriffs abverlangt und für diesen Eingriff bereits einen Termin bestimmt, ihm schon in diesem Zeitpunkt auch die Risiken aufzeigt, die mit diesem Eingriff verbunden sind.

.....

Je nach den Vorkenntnissen des Patienten von dem bevorstehenden Eingriff kann bei stationärer Behandlung eine Aufklärung im Verlauf des Vortages grundsätzlich genügen, wenn sie zu einer Zeit erfolgt, zu der sie dem Patienten die Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts erlaubt.“¹⁸

Bei normalen ambulanten Operationen genügt zwar die Aufklärung noch am Tag des Eingriffs, aber zwischen den beiden ärztlichen Handlungen muss eine Zäsur liegen, die dem Patienten angemessene Zeit zur Überlegung und Bildung seines Willens lässt.

- ff) Die Liste der Entscheidungen und Sachfragen, in denen die Rechtsprechung im Laufe der Zeit durch verschärfte Aufklärungsanforderungen zur Festigung der Patientenrechte beigetragen hat, ließe sich unschwer verlängern, doch will ich nur noch drei Punkte kurz nennen:

- (1) Merkblätter dürfen bei der Aufklärung verwendet werden – und sind sogar aus Beweisgründen empfehlenswert –

¹⁷ BGH VersR 1992, 960 ff; NJW 1998, 2734; NJW 2003, 2012 ff

doch ist das „vertrauensvolle Gespräch zwischen Arzt und Patient“ unabdingbar.¹⁹ Entscheidend ist ferner nicht, ob der Patient die schriftlichen Hinweise gelesen, sondern ob er sie verstanden hat.²⁰

- (2) Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts kann auch der ausdrückliche oder konkludente Verzicht des Patienten auf die Aufklärung sein, doch sieht die Judikatur den „Blankoverzicht“ auf jegliche Information im Interesse und zum Schutze des Patienten als unwirksam an. Nur wenn er Art und Erforderlichkeit des Eingriffs kennt und weiß, dass dieser nicht ohne jedes Risiko ist, kann er eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen, weshalb der wirksame Aufklärungsverzicht eine „Grundaufklärung“ über das schwerste in Betracht kommende Risiko voraussetzt.²¹
 - (3) Bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen muss der Patient auf etwaige Risiken und die Erfolgsaussichten besonders nachdrücklich und schonungslos hingewiesen werden, damit er nicht von falschen Erwartungen ausgeht, sondern eine zutreffende Nutzen-Risiko-Abwägung vornehmen kann.
2. Ein zweiter Bereich, in dem die Rechtsprechung die Patientenrechte gerade in letzter Zeit wesentlich gestärkt hat, betrifft das Selbstbestimmungsrecht am Ende des Lebens.

¹⁸ BGH NJW 2003, 2012, 2013

¹⁹ BGH JZ 2000, 897, 901

²⁰ BGH JZ 2000, 897, 901

²¹ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 64 Rdnr. 18

- a) Schon das OLG München hatte 1987²² festgestellt:

„Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten schließt auch die Selbstbestimmung zum Tode ein. Hinsichtlich lebensverlängernder Maßnahmen bindet der vom urteilsfähigen Patienten ausgesprochene Verzicht den Arzt auch dann, wenn der Patient im voraussehbaren Verlauf der Krankheit das Bewusstsein verliert und keine wesentliche Veränderung der seiner Erklärung zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände erkennbar ist, weil die Entscheidung gerade auch für dieses Stadium getroffen wurde, wie auch umgekehrt die Einwilligung zum Heileingriff nicht ihre rechtfertigende Wirkung mit Eintritt der Bewusstlosigkeit verliert“.

- b) Darüber hinaus hat der Patient Anspruch auf palliative Behandlung, insbesondere auf eine potente Schmerztherapie, selbst wenn als deren unbeabsichtigte Nebenwirkung möglicherweise das Leben verkürzt wird.²³ Dies hat der BGH ausdrücklich zur Wahrung elementarer Patienteninteressen gegenüber etwaigen rechtlichen Bedenken klargestellt.
- c) Dass auch lebenserhaltende und –verlängernde ärztliche Maßnahmen der Legitimation durch den Willen des Patienten bedürfen, ergibt sich schon aus der frühen Reichsgerichtsjudikatur, doch hat erstmals der BGH diese Folgerung so pointiert und eindrucksvoll formuliert:

„Es wäre ein rechtswidriger Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit, wenn ein Arzt – und sei es auch aus medizinisch berechtigten Gründen – eigenmächtig und selbstherrlich eine folgenschwere Operation bei einem Kranken, dessen Meinung rechtzeitig eingeholt werden kann, ohne dessen vorherige Billigung vornehme. Denn ein selbst lebensgefährlich Kranker kann triftige und sowohl menschlich wie sittlich achtenswerte Gründe haben, eine Operation abzuwenden, auch wenn er durch sie

²² JA 1987, 579, 583

²³ BGH NJW 1997, 807

und nur durch sie von seinem Leiden befreit werden könnte“.²⁴

Verweigert deshalb „der frei verantwortliche, in Todesgefahr schwebende Patient in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts die Einwilligung in die Vornahme dringend gebotener ärztlicher Eingriffe, so entfällt das aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis abgeleitete Behandlungsrecht und die auf Lebensschutz zielende Behandlungspflicht des Arztes, er wird zum Begleiter im Sterben und bleibt nur noch Garant für die Basisversorgung des Patienten“.²⁵

- d) Nichts anderes gilt nach der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 13.9.1994²⁶ für den Fall des Behandlungsabbruchs bei einem noch lebens-, aber nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten, wenn es also um die „Hilfe zum Sterben“ geht, die sich von der eigentlichen straffreien Sterbehilfe, der Hilfe beim Sterben, durch die fehlende unmittelbare Todesnähe unterscheidet. Nach Ansicht des BGH ist auch in solchen Fällen ein zulässiger Therapieverzicht „bei entsprechendem Patientenwillen als Ausdruck seiner allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) grundsätzlich anzuerkennen“, so dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten also auch in dieser Situation – der „Hilfe zum Sterben“ – in Gestalt des mutmaßlichen Willens das maßgebende Kriterium ist. Dessen Erforschung bildet somit die zentrale Aufgabe zur Durchsetzung der Patientenrechte in diesem Stadium und verlangt, deshalb „erhöhte Anforderungen“ und eine sorgfältige Abwägung aller Umstände. Denn es gelte, - so der BGH - von vornherein der Gefahr entgegenzuwirken, dass „Arzt, Angehörige oder Betreuer unabhängig vom Willen des entscheidungs-unfähigen Kranken nach eigenen Maßstäben und Vorstellungen das von ihnen als sinnlos, lebensunwert oder unnütz angesehene Dasein des Patienten beenden“.²⁷ Die Maßgeblichkeit des Patientenwillens,

²⁴ BGHSt 11, 111, 114; BGHSt 32, 367, 378

²⁵ OLG München, JA 1987, 579, 583

²⁶ BGHSt 40, 257 ff

²⁷ BGHSt 40, 257, 260

seines Rechts auf Selbstbestimmung, hätte kaum schärfer akzentuiert werden können.

- e) Folgerichtig und erwartungsgemäß kam es im Anschluss an diese Entscheidung zu einer breiten gesellschaftlichen Diskussion um die Problematik ärztlicher Sterbehilfe und einer Aufwertung der Patientenverfügung. Sie wird neben dem aktuellen und dem mutmaßlichen Willen als eine dritte Form der Willensäußerung, als sog. „antizipative“ Willensbekundung, anerkannt, die – einmal zu irgendeinem Zeitpunkt abgegeben – in die Zukunft fortwirkt, ohne dass irgendwelche Grenzen in zeitlicher Hinsicht bestehen. Die nach Abfassung einer Patientenverfügung eingetretene Einwilligungsunfähigkeit ändert also nichts an dem darin früher geäußerten Willen, vielmehr ist dieser maßgeblich und weiterhin bindend. Insbesondere stellt der BGH klar, dass die in eigenverantwortlichem Zustand getroffene Entscheidung „nicht unter spekulativer Berufung darauf unterlaufen werden“ darf, „dass der Patient vielleicht in der konkreten Situation doch etwas anderes gewollt hätte“.²⁸ Nur dann, wenn „der Betroffene sich von seiner früheren Verfügung mit erkennbarem Widerrufswillen distanziert oder die Sachlage sich nachträglich so erheblich geändert hat, dass die frühere, selbstverantwortlich getroffene Entscheidung die aktuelle Sachlage nicht umfasst“, gilt die Patientenverfügung nicht mehr.

Leider enthält der Beschluss des BGH vom 17.3.2003 aber Widersprüche und Ungereimtheiten, so dass er nach Ansicht fast aller Rezensenten statt Klarheit und Sicherheit Unsicherheit und Verwirrung bei Patienten, Ärzten, Betreuern und Richtern im Umgang mit der Patientenverfügung ausgelöst hat, so dass das letzte Wort auf diesem Feld wohl nicht die Rechtsprechung, sondern der Gesetzgeber in den nächsten Jahren sprechen wird.

²⁸ NJW 2003, 1588 ff

3. Auf einer gänzlich anderen Ebene, aber für die Garantie der Rechte des Patienten nicht minder wichtig, ist dessen Einsichtsrecht in die Krankenblattunterlagen. Jahrzehntlang wurde die ärztliche Dokumentation als bloße „interne Gedächtnisstütze“²⁹ angesehen, so dass sie im Haftungsrecht ein ausgesprochenes Schattendasein führte.³⁰ Das Krankenblatt war für die Judikatur nicht mehr als ein vom Arzt oder „für ihn gefertigtes Hilfsmittel, das ihm den jederzeit raschen Überblick über den Verlauf der Krankheit und ihrer Behandlung ermöglichen und ihn damit vor allem bei der Durchführung der Therapie entlasten“ sollte. Ausdrücklich hieß es in den älteren Entscheidungen, die sorgfältige und vollständige schriftliche Festlegung der Krankengeschichte sei keine Rechtspflicht des Arztes im Verhältnis zum Kranken.³¹

Seit 1978 hat sich die Judikatur und herrschende Meinung im juristischen Schrifttum bekanntlich vollständig geändert. Die frühere Rechtsansicht wurde als Ausdruck einer „überholten ärztlichen Berufsauffassung“ aufgegeben und die Pflicht des Arztes, jedenfalls auch im Interesse des Patienten genaue Aufzeichnungen über seine Tätigkeit zu machen, als berufliche Verpflichtung und zugleich als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag allgemein anerkannt. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest:³²

„Das Recht auf Selbstbestimmung und die personale Würde des Patienten (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) gebieten es, jedem Patienten gegenüber seinem Arzt und Krankenhaus grundsätzlich einen Anspruch auf Einsicht in die ihn betreffenden Krankenunterlagen einzuräumen“.³³

Besonderheiten bestehen nur in bezug auf psychiatrische Behandlungen, bei denen der Entscheidung des Arztes, ob eine Aushändigung der

²⁹ BGH VersR 1963, 169

³⁰ Schlund, MedR 1994, 190, 192

³¹ BGH VersR 1963, 168, 169

³² NJW 1999, 1777

³³ BGHZ 106, 146, 151

Krankenunterlagen an den Patienten medizinisch verantwortbar ist, besonderes Gewicht zukommt.³⁴

Der Wandel der Judikatur betreffend das Recht des Patienten auf Zugang zu sämtlichen Unterlagen, die seine Diagnose, Behandlung und Pflege betreffen, verbunden mit dem Recht auf eine Kopie der eigenen Akten oder Unterlagen macht deutlich, wie sehr die Rechtsprechung den Komplex „Vertrauen und Privatsphäre“ als zentralen Bereich der Patientenrechte gestärkt hat.

III.

Hand in Hand mit diesen Entwicklungen im materiellen Zivil- und Strafrecht geht das Bemühen der Rechtsprechung, die Beweisführungs- und Beweislast im Arzthaftungsprozess zugunsten des Patienten insbesondere durch Beweiserleichterungen, die bis hin zur Beweislastumkehr gehen, unter dem Aspekt „Waffengleichheit im Prozess“ auszugestalten. Hintergrund dieser Judikatur ist das nicht zu leugnende Faktum, „dass sich der Patient wegen der tatsächlichen Gegebenheiten einer Heilbehandlung üblicherweise erheblichen Schwierigkeiten in seiner Beweisführung ausgesetzt sieht“ und dies im Regelfall „zum Vorteil des Arztes oder des Krankenhausträgers ausschlägt“.³⁵

1. Deshalb gilt im Arzthaftungsprozess nicht die reine Dispositionsmaxime, die ausschließlich auf den Sachvortrag der Parteien abstellt, vielmehr obliegt dem Gericht eine „gesteigerte Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung“ von Amts wegen, der durch „großzügige Ausübung der richterlichen Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO Rechnung zu tragen ist“.³⁶

Besonders deutlich wird dies im Rahmen des Sachverständigenbeweises: Hier kann gem. § 411 Abs. 3 ZPO das Gericht im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens, also insbesondere zur Beseitigung von

³⁴ BGHZ 85, 339, 343

³⁵ BVerfG NJW 1979, 1925

³⁶ Frahm/Nixdorf, Arzthaftungsrecht, S. 163

Unklarheiten, Widersprüchen und Zweifeln, das Erscheinen des Sachverständigen vor Gericht anordnen, damit er sein schriftlich erstattetes Gutachten erläutere.³⁷ Ferner sind „Äußerungen medizinischer Sachverständiger auf ihre Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit zu prüfen“.³⁸ Wegen des für den Arzthaftungsprozess typischen Informationsgefälles zwischen Arzt und Patient ist im Arzthaftungsprozess auch eine mehrfache mündliche Anhörung des medizinischen Sachverständigen nicht von vornherein ausgeschlossen. Denn nur auf diese Weise sind die Parteien, aber auch das Gericht, in die Lage versetzt, nach der ersten Anhörung neue sachliche Einwendungen gegen das schriftliche oder mündliche Gutachten zu erheben.

U.U., z.B. wenn bei der mündlichen Gutachtenerstattung neue Aspekte auftauchen, muss auch ohne Antrag ein nicht nachgelassener Schriftsatz Berücksichtigung finden und erneut in die mündliche Verhandlung eingetreten oder ein Sachverständiger vom Berufungsgericht gehört werden, obwohl der Patient sein Anhörungsrecht durch grobe Nachlässigkeit im ersten Rechtszug verloren hat. Nur ein solches Vorgehen wird nach Ansicht der Judikatur den besonderen Schwierigkeiten der Tatsachenfeststellung im Arzthaftungsrecht und damit der „erhöhten Verantwortung“ des Gerichts gerecht, das allen Aufklärungsmöglichkeiten von Amts wegen nachgehen, die Gutachten kritisch auf Vollständigkeit und Folgerichtigkeit prüfen muss und die Sachverhaltsermittlung nicht einfach dem Sachverständigen überlassen darf.³⁹

Auf der gleichen Linie liegt die Rücksichtnahme der Rechtsprechung auf die Schwierigkeiten des Patienten, das fehlerhafte Verhalten des Arztes exakt darzulegen und Einwendungen gegen ein gerichtliches Gutachten zu begründen. Deshalb „dürfen an die Informations- und Substantiierungspflicht einer klagenden Partei im Arzthaftungsprozess nur maßvolle Anforderungen gestellt werden, weil von Patienten regelmäßig keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert

³⁷ BGH NJW 1982, 2875; 1994, 2419

³⁸ BGH NJW 2001, 1787, 1788

³⁹ Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 114 Rdnr. 5

werden“ kann.⁴⁰ Es genügt ein Sachvortrag, „der die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens des Arztes aufgrund der Folgen für den Patienten gestattet“, dieser müsse nicht „selbst oder durch Dritte in medizinischen Bibliotheken Recherchen anstellen“, um „sich das nötige Fachwissen zur ordnungsgemäßen Prozessführung anzueignen“.

Deutlich kommt in diesen Urteilen zum Ausdruck, wie sehr der nicht sachkundige Patient geschützt und in seiner prozessualen Stellung gestärkt werden soll, damit seine Rechte nicht nur „auf dem Papier“ stehen, sondern in der Rechtswirklichkeit auch durchgesetzt werden können.

2. In die gleiche Richtung gehen die zahlreichen Beweiserleichterungen, die die Rechtsprechung aus den Besonderheiten des Arzthaftungsprozesses entwickelt und dadurch die sonst gültige Prozessmaxime, wonach der Kläger die anspruchsbegründenden Tatsachen beweisen muss, weitgehend außer Kraft gesetzt hat.
 - a) Zu nennen ist in diesem Zusammenhang natürlich an erster Stelle die schon vom Reichsgericht vorsichtig eingeleitete Rechtsprechung zu den beweisrechtlichen Konsequenzen eines „groben“ Behandlungsfehlers, wenn er geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen. Dies soll wegen der durch einen solchen Behandlungsfehler erweiterten Beweisnot (infolge der Verbreiterung des Fehlerspektrums) „zu Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast“ im Rahmen der Kausalitätsprüfung führen. Diese abgestufte, vom Ermessen des Tatrichters abhängige Beweiserleichterung hat der BGH im vorigen Jahr⁴¹ ausdrücklich aufgegeben und klargestellt, dass ein grober Behandlungsfehler grundsätzlich die Umkehr der objektiven Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden nach sich zieht. Die Verlagerung der Beweislast auf die Behandlungsseite sei „nur ausnahmsweise“ dann ausgeschlossen,

⁴⁰ BGH NJW 2004, 2826, 2827

wenn „jeglicher haftungsbegründender Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich“ ist, was der Arzt im Prozess zu beweisen hat.⁴²

- b) Diese Grundsätze gelten entsprechend für den Nachweis des Kausalzusammenhangs bei einem einfachen Befunderhebungsfehler, wenn dieser zugleich auf einen groben Behandlungsfehler schließen lässt. Das ist dann der Fall, wenn „sich bei der unterlassenen Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen würde“.⁴³
- c) Einen weiteren Bereich, in dem das differenzierte Beweisverteilungssystem der Rechtsprechung den Beweisschwierigkeiten des Patienten Rechnung trägt, bildet die sog. „voll beherrschbare“ Risikosphäre, z.B. für die Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens sowie den Zustand der dazu benötigten Geräte und Materialien.⁴⁴ Deshalb wurde in zahlreichen Entscheidungen „dem Krankenhaus-träger und seinen Ärzten die Beweislast für eine sachgemäße und gefahrlose Behandlung zugewiesen, z.B. für den ordnungsgemäßen Zustand eines Tubus, die Funktionstüchtigkeit eines Narkosegeräts, die Reinheit eines Desinfektionsmittels oder im Falle einer fehlerhaften Lagerung auf dem OP-Tisch beim Sturz von der Untersuchungsliege oder dem Fehlen der erforderlichen Medikamente.“⁴⁵
- d) Besondere Bedeutung haben schließlich in der Praxis die bis zur Beweislastumkehr gehenden Beweiserleichterungen bei mangelhafter oder fehlender ärztlicher Dokumentation erlangt. Diese Judikatur setzte zu Beginn der 80er Jahre ein⁴⁶ und knüpfte an die

⁴¹ NJW 2004, 2011 ff

⁴² BGH, a.a.O., S. 2013

⁴³ BGH NJW 2004, 2013

⁴⁴ Müller, NJW 1997, 3050

⁴⁵ Müller, a.a.O., mwN

⁴⁶ BGH VersR 1983, 983, NJW 1984, 1403

Dokumentationspflicht des Arztes als notwendige Grundlage für die Sicherheit des Patienten an. Wenngleich die Rechtsprechung immer wieder betonte, dass die unterlassene oder nur lückenhaft vorgenommene Dokumentation keine eigenständige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz- und/oder Schmerzensgeldansprüche darstellt,⁴⁷ so bedeutet das Nichtdokumentieren einer ärztlich gebotenen Maßnahme doch ein Indiz für deren Unterbleiben, was – je nach Sachlage – ein einfacher oder auch grober Behandlungsfehler sein kann und vom Arzt widerlegt werden muss. In der Praxis der Arzthaftung haben die Beweiserleichterungen bei Dokumentationsmängeln zunehmende Bedeutung erlangt, da die Land- und Oberlandesgerichte fast durchgängig bei Fehlen der ärztlich erforderlichen Dokumentation eine Beweislastumkehr bejahen und dadurch viele Prozesse von der Behandlungsseite verloren werden.

- e) Schließlich ein letzter Punkt zur Darlegungs- und Beweislast im Prozess, der die Stärkung der Rechtsposition des Patienten durch die Rechtsprechung unschwer erkennen lässt: Im Zusammenhang mit dem vom Arzt vorgebrachten Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens bzw. der hypothetischen Einwilligung des Patienten werden an den Nachweis der Behauptung des Arztes, der Patient hätte sich auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung für den Eingriff entschieden, strenge Anforderungen gestellt,⁴⁸ damit nicht auf diesem Wege das Informations- und Selbstbestimmungsrecht des Patienten unterlaufen wird. Auf der anderen Seite braucht der Patient einen echten Entscheidungskonflikt im Falle sachgerechter Aufklärung lediglich plausibel zu machen, ohne dass er dartun müsste, wie er sich tatsächlich entschieden hätte.

⁴⁷ BGH NJW 1988, 2949 ff

⁴⁸ BGH NJW 1996, 3074; 1994, 2414

IV.

Meine Damen und Herren!

Ich habe versucht, das von der Rechtsprechung in Jahrzehnten geknüpft „dichte Netz von Leit- und Orientierungs-Richtlinien zu den Patientenrechten“⁴⁹ aufzuzeigen und in seiner Entwicklung nachzuzeichnen. Dabei hoffe ich, deutlich gemacht zu haben, wie flexibel und nachdrücklich die Judikatur in ihrer Gesamttendenz die Stärkung der Rechtspositionen des Patienten auf den verschiedensten Ebenen verfolgt hat, so dass eine Kodifikation in Gestalt eines Patienten-Schutzgesetzes oder einer Patienten-Charta „weder geboten noch zweckmäßig“⁵⁰ ist. M.E. muss man vielmehr umgekehrt fragen, ob nicht die notwendige Balance zwischen Patientenrechten, ärztlichem Heilauftrag, Selbstverantwortung und Fürsorgepflicht in eine Schiefelage geraten ist, z.B. durch eine ausufernde, zum Teil unberechenbare Aufklärungsjudikatur⁵¹ und andere Urteile, die den Freiraum ärztlichen Ermessens mehr und mehr einengen und durch die Verrechtlichung ärztlicher Kunst die Ärzteschaft zu einer Defensivmedizin drängen, die letztlich für alle Beteiligten nur Nachteile bringt.

*Anschrift des Verfassers:
Maximiliansplatz 12/IV
80333 München
Tel.: 089/24 20 81-0
Fax. 089/24 20 81-19
Email: Ulsenheimer@uls-frie.de*

⁴⁹ Steffen, MedR 2002, 190

⁵⁰ Steffen, a.a.O., S. 191

⁵¹ vgl. auch Laufs, Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht, 1991, S. 23; Ulsenheimer, ZS für ärztliche Fortbildung 1994, 970