

Einfluss der Rechtsprechung auf Entscheidungen in der Medizin (Chirurgie)?
Kongress der Thoraxchirurgen – Deutsche Gesellschaft für Thoraxchirurgie
28. September 2012 Karlsruhe Kongresszentrum
Referentin: Angela Diederichsen

Über Jahrhunderte hinweg war die Arzt-Patienten- Beziehung dem Zugriff des Rechts entzogen. Das Urbild des Arztes war der Heiler und Helfer, der seine Kunst in den Dienst am Kranken stellte und dessen Dienste nicht entlohnt, sondern honoriert wurden. Grenzen setzten dem ärztlichen Handel die Moral und die *lex artis*. Krankheit und ihre Folgen waren Schicksalsschläge. Sie waren einer rechtlichen Schuldzuweisung entzogen.

1. Warum und seit wann mischt sich das Recht in die Ausübung der Medizin ein?

Aufgabe des Rechts und der Rechtsprechung ist es, Ausgleich herzustellen zwischen ungleichgewichtigen Rechtspositionen, die sich meist zur Bewältigung einer Aufgabe begegnen. Das Arzt-Patienten-Verhältnis entbehrt des Gleichgewichts. Dies beruht unter anderem auf der historischen Entwicklung des Arztberufes.

Im frühen christlichen Abendland oblag den Klöstern vorrangig die Behandlung der Kranken. Daraus entwickelte sich ein Gelehrtenberuf, der von Angehörigen der gebildeten Oberschicht ausgeübt wurde. Vor kurzem habe ich bei einem Besuch des Doms zu Lübeck im Ostchor die Grabtafel eines Bischofs entdeckt, der von 1317 bis 1341 lebte. Auf ihr wird der Verstorbene als „magister in artibus et in medicina“ bezeichnet. Er war nicht nur das, er war auch noch Architekt und Baumeister, denn die Inschrift ging weiter: „...fecit construi hunc chorum“. Der *numerus clausus* für das medizinische Studium war zur Zeit meines Studiumbeginns so streng, dass nur sogenannte Einser-Abiturienten Chancen außerhalb des Losverfahrens hatten. Auch heute noch gilt das Studium als „schwierig“. Ob Sie sich als Gelehrte sehen oder nach der griechischen Bedeutung des Wortes „Chirurgie“ als Kunsthandwerker, möchte ich dem Urteil jedes einzelnen von Ihnen überlassen.

Der Arzt ist jedenfalls im Verhältnis zum Patienten im Regelfall der Sachkundige, er hat die Therapiehoheit. Er fühlt sich nicht selten als wohlmeinender Helfer, der

bestens weiß, was für den Patienten gut ist. Deshalb tritt er dem Patienten wissend und nicht selten wortkarg entgegen.

Der Patient hingegen befindet sich schon wegen seiner Erkrankung in einer Situation der Schwäche, er fühlt sich dem Arzt „überantwortet“. Geduldig wartet er auf Gängen und in Wartezimmern, bis sich der Arzt seiner annimmt. Nicht selten hinterfragt der Patient weder Methodenwahl noch Risiken der ihm notwendig erscheinenden Behandlung.

Eine solche Arzt-Patienten-Beziehung widerspricht dem modernen rechtlichen Verständnis von einem mündigen und autonomen Menschen. Der Patient soll heute über seine Behandlung selbst bestimmen. Er willigt in die Behandlung ein.

Das angespannte Verhältnis zwischen Recht und Medizin beruht aber maßgeblich auf der rechtlichen Doktrin, dass der ärztliche Eingriff als Körperverletzung zu werten ist, die zur Rechtfertigung der Einwilligung des Patienten bedarf. Das Skalpell wird zu dem den Patienten verletzenden Messer fehlt die Einwilligung in die Operation. In einen ärztlichen Kunstfehler kann ein Patient nicht einwilligen. Er bleibt immer eine Körperverletzung, für deren Folgen der Arzt und der Klinikträger haften, entsteht daraus ein Schaden.

Die Einbeziehung der Ärzte in das deutsche Haftungsrecht erfolgte ab dem beginnenden 20. Jahrhundert durch die Rechtsprechung. Auch derzeit ist Arzthaftungsrecht noch überwiegend Richterrecht. In diesem Jahr hat der Bundestag sich allerdings zur Kodifikation des Arzthaftungsrechts im Patientenrechtegesetz aufgerafft. Nach der gemeinsamen Erklärung der beiden mit dem Gesetzesvorhaben befassten Ministerien (Justiz- und Gesundheits- und Verbraucherschutzministerium) geht es darum,

„Transparenz über die bereits heute bestehenden, umfangreichen Rechte der Patienten und Patientinnen herzustellen, die tatsächliche Durchsetzung dieser Rechte zu verbessern, zugleich Patienten und Patientinnen im Sinne einer verbesserten Gesundheitsversorgung zu schützen und insbesondere im Fall eines Behandlungsfehlers stärker zu unterstützen.“

Danach haben wir es zu tun mit einem Schutzgesetz vor den Ärzten, nicht aber mit einer Regelung des Arzt-Patienten-Verhältnisses. Von den Rechten der Ärzte ist darin denn auch nicht die Rede.

2. Weshalb diese rechtliche Konstruktion? Das Recht will die Waffengleichheit der Parteien im Konfliktfall herstellen.

Besteht zwischen Arzt und Patient ein intaktes Vertrauensverhältnis, wird die Spannung zwischen dem Primat der Heilung und dem Primat der Selbstbestimmung kaum wahrnehmbar. Kommt es jedoch zum Konflikt zwischen Arzt und Patient, weil der gewünschte Heilerfolg ausbleibt oder sich das Leiden verschlimmert, und greift das Haftungsrecht ein, richtet sich dieses am Leitbild des mündigen selbstbestimmten Patienten aus. Das Haftungsrecht prüft, ob der Arzt mit Recht den Patienten behandelt und sich damit in dessen Gesundheitsfürsorge eingemischt hat. Der Arzt wählt die Therapie, dem Patienten obliegt aber die Wahl der Behandlung. Er kann sie auf sich nehmen oder ablehnen.

Er darf nicht zwangsmedikamentisiert und auch nicht zwangsbehandelt werden, mag er noch so krank sein. Ist er nicht ansprechbar, ist die Behandlung aufgrund seiner mutmaßlichen Einwilligung durchzuführen. Bestreitet er seine Einwilligung nachträglich oder macht er geltend, er habe nicht in Kenntnis des Risikos des Eingriffs eingewilligt, weil ihm dieses verschwiegen worden sei, kann sich der Arzt zwar darauf berufen, dass der Patient jedenfalls auch dann seine Einwilligung erteilt hätte, wenn er alle Umstände zutreffend gewusst hätte. Doch trägt der Arzt die Beweislast für die hypothetische Einwilligung, wenn der Patient einen Entscheidungskonflikt plausibel macht.

3. Das Haftungsrecht fordert und fördert die Kommunikation des Arztes mit dem Patienten und entlastet den Arzt.

In einer partnerschaftlichen Arzt-Patienten-Beziehung ist es Aufgabe des Arztes dem Patienten die Behandlung verständlich zu machen. Er wird den Patienten nach dessen Verständnishorizont über den Verlauf der Therapie aufklären. Nur der informierte Patient kann bei der Behandlung optimal mitwirken. Der informierte Patient entlastet andererseits den Arzt, wenn ihm durch die Erläuterung der Therapie und der Konsequenzen der Nichtbeachtung von Verhaltensregeln die Verantwortung für sich selbst und seine Gesundheit auferlegt wird. Die Aufklärung kann mithin einen Behandlungserfolg optimieren.

Der Arzt muss dem Patienten dabei helfen, mit seiner Krankheit zu leben, sie als Herausforderung anzunehmen und bestmöglich zu bewältigen. Einerseits entlastet

sich der Arzt dadurch von nicht zu erfüllenden Erwartungen. Er nimmt sich den Nimbus des Alleskönners und weist dem Behandelten eine eigene Rolle im Behandlungsgeschehen zu. Er bekennt sich zur Grenze seiner Kunst.

Andererseits wird ein Patient, der erkennt, dass er selbst mit seiner Krankheit umgehen muss und die ärztliche Kunst Grenzen hat, weniger geneigt sein, den ausbleibenden Heilungserfolg der Inkompetenz des Arztes anzulasten.

Aufklärung macht das Arzt-Patienten-Verhältnis und auch die Arbeit des Arztes ehrlicher und realistischer.

Die Respektierung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten gebietet vor Eingriffen die Risikoaufklärung und die Aufklärung über Behandlungsalternativen. Der Patient hat ein Recht darauf, selbständig zu entscheiden, ob er bereit ist, die mit einer vom Arzt vorgeschlagenen Therapie verbundenen Risiken einzugehen. Der Arzt tut gut daran, den Patienten nicht vor der Schilderung der Risiken zu verschonen. Er hat dem Patienten Einblick in seine konkrete Behandlungssituation mit ihren Chancen und Risiken zu vermitteln.

Auch wenn der Chirurg die Operation für optimal hält, hat der Patient das Recht zu erfahren, welche Alternativen es dazu gibt. Ob eine konservative Therapie unter Änderung der Lebensweise ihm helfen könnte. Mit welchen Narkosefolgen er zu rechnen hat. Der Patient muss mit den Folgen der Behandlung leben. Das wird ihm leichter fallen, wenn er in Kenntnis der Alternativen und Risiken in die Behandlung eingewilligt hat.

Dem Patienten muss klar gemacht werden, dass es trotz der enormen Leistungsfähigkeit der modernen Medizin schicksalhafte Entwicklungen geben kann, ohne dass ein ärztlicher Fehler gemacht worden ist.

Ich verkenne nicht, dass Patienten, die nicht den erwarteten Heilerfolg erfahren, vergesslich sind. Deshalb ist wichtig, dass sich in den klinischen Abläufen und ärztlichen Praxen die sorgfältige Dokumentation eines Arzt-Patienten-Gesprächs etabliert.

Die Dokumentation gewährleistet dem Arzt die Nachvollziehbarkeit von Behandlungsabläufen. Sie gibt ein Mehr an Sicherheit für den einzelnen Arzt. Eine korrekte Dokumentation kann das Prozessrisiko verringern.

So hat der BGH entschieden, dass der Tatrichter einer ordnungsgemäßen und daher vertrauenswürdigen Dokumentation bis zum Beweis ihrer Unrichtigkeit – der dem Patienten obliegt – Glauben schenken darf. Ist allerdings eine medizinisch gebotene Dokumentation unzulänglich, gilt - bis zum Beweis des Gegenteils - die Vermutung, dass die erforderliche ärztliche Anordnung unterblieben ist.

Ausnahmsweise kann ein Dokumentationsmangel auch bedeutsam für den Kausalitätsnachweis sein, wenn der wegen Fehlens der gebotenen Aufzeichnung indizierte Behandlungsfehler als grob zu bewerten wäre oder sich als Verstoß des Arztes gegen eine besondere Befundsicherungspflicht darstellen müsste und aus diesem Grund dem Patienten im Haftungsprozess Beweiserleichterungen zugutekommen.

Gerade in ihrem medizinischen Spektrum wird es immer wieder Patienten geben, die sich dem Arzt anvertrauen, die keine Aufklärung über die Risiken eines notwendigen Eingriffs wollen. Auch das ist Selbstbestimmungsrecht des Patienten. In einem solchen Fall tut der Arzt gut daran, ein solches Verhalten in den Krankenunterlagen sorgfältig zu dokumentieren und sich vom Patienten den Verzicht auf die Aufklärung bestätigen zu lassen.

Die Sicherung des Heilerfolgs und die Achtung vor dem Patienten gebieten es, diesen nach der Operation nicht nur in die Reha-Einrichtung baldmöglichst weiter zu reichen, sondern ihn medizinisch zu begleiten. Hier greift die therapeutische Aufklärung ein. Der Patient ist darüber aufzuklären, wie sich möglicherweise Komplikationen ankündigen werden und welche Maßnahmen er in einem solchen Fall ergreifen muss. Ihm sind Verhaltensregeln mitzugeben zur Einnahme von Medikamenten, und er ist auf die erforderliche Nachsorge hinzuweisen. Der BGH hat in einem Urteil einen groben Behandlungsfehler in Betracht gezogen, weil ein Patient nach der Operation eines Hypophysentumors aus der Klinik entlassen worden ist, ohne ihm dringend anzuempfehlen, auf eine ausreichende Flüssigkeitszufuhr zu achten und über die Folgen zu geringer Flüssigkeitsaufnahme aufzuklären. Aufgrund eines Flüssigkeitsmangels erlitt der Patient einen Zusammenbruch mit schwerer Hirnschädigung und ist inzwischen ein Pflegefall, für dessen Finanzierung die Klinik in die Haftung genommen worden ist.

Die Rechtsprechung hat mit der Betonung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten als Rechtfertigung für den medizinischen Eingriff einen Wandel

angestoßen, weg vom ärztlichen Paternalismus hin zu einem zeitgemäßen partnerschaftlichen Rollenbild. Über die Pflicht zur Aufklärung des Patienten als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung in die ärztliche Behandlung hält die Rechtsprechung den Arzt zur Kommunikation mit dem Patienten an und fordert ein am Patienten orientiertes Denken.

Der Arzt, der mit dem Patienten über die Notwendigkeit, Alternativen und Risiken zu einer geplanten Herzoperation spricht, ist gehalten, die Behandlungssituation objektiv zu bewerten bis hin zum gedanklichen Rollentausch. Der Arzt entlastet sich durch eine umfassende sorgfältige Aufklärung von eigener Verantwortung. Er ist nicht der alles wissende Übervater des Patienten, sondern kann Entscheidungen übertragen und sich von einem schicksalhaften Krankheitsverlauf entlasten.

Zusammenfassend ist festzustellen: Das Haftungsrecht fördert die Kommunikation und verhindert dadurch vermeidbare negative Behandlungsabläufe. Es wirkt Schadensfällen entgegen. Das Behandlungsverhältnis wird patientenbezogener.

4. Die gegenwärtige Rechtsauffassung vom Arzt-Patienten-Verhältnis.

Im Entwurf des Patientenrechtegesetzes wird die deliktische Haftung nicht einmal erwähnt, auch wenn sie neben die vertraglichen Haftungsgrundlagen in Anspruchskonkurrenz tritt. Die geplanten Regelungen betreffen ausschließlich den Behandlungsvertrag, der als neuer Abschnitt in das BGB eingefügt werden soll. Bisher führte der Behandlungsvertrag im zivilen Haftungsprozess eine untergeordnete Rolle. Doch nehmen die Patienten zunehmend das Arzt-Patienten-Verhältnis als vertragliches Dienstleistungsverhältnis wahr. Dies liegt unter anderem auch daran, dass neben dem Haftungsrecht das Sozialrecht getreten ist, das die Gesundheitsversorgung des überwiegenden Teils unserer Bevölkerung regelt. Ihm wächst zunehmend rechtliche Kontrollfunktion zu.

Die Zwänge des staatlichen Gesundheitssystems schränken zweifellos die Handlungsfreiheit des Arztes und die Wahl der Behandlung durch den Patienten ein. Sie betonen aber die vertragliche Komponente des Arzt-Patienten-Verhältnisses. Über die Leistungsebene des staatlichen Gesundheitssystems hinaus kann sich der Patient eine „bessere Leistung“ kaufen. Die Eigenbeteiligungen der Patienten sind im Kommen. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass man an eine Leistung, für die man zusätzlich zahlt, erhöhte Ansprüche stellt. Dies zeigen zunehmend

Gewährleistungsprozesse gegen Zahnärzte und Schönheitschirurgen. Hier wird nicht nur fachgerechte Behandlung erwartet, sondern ein positives Ergebnis. Der Dienstvertrag, um den es sich beim Arztvertrag im Allgemeinen handelt, wird zum erfolgsgebundenen Werkvertrag. Der Arzt schuldet nach gegenwärtiger Rechtsauffassung die sorgfältige medizinisch gebotene Behandlung, nicht aber den Heilerfolg.

In der rechtlichen Diskussion ist inzwischen der Begriff der „Heilungschance“ aufgetaucht¹. Nach dem Prozentsatz ihrer Realisierung soll nach Auffassung eines Teils der Rechtslehre bei einem ausbleibenden Heilerfolg gehaftet werden. Das Haftungsrecht entwickelt sich dadurch nach meiner Auffassung zu einer Art Gefährdungshaftung. Der Arzt haftete danach für die Gefahr des ausbleibenden Heilerfolges. Der Arzt eröffnet aber durch die Behandlung des Kranken nicht ein besonderes Gefahrenpotential, vergleichbar mit der Gefahr der Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr. Die „Proportionalhaftung“ schafft keinen gerechten Interessenausgleich in medizinischen Haftungsfällen. Sie benachteiligt die Behandlungsseite und trägt pönalen Gedanken Rechnung. Diese sind dem zivilen Haftungsrecht fremd. Das Haftungsrecht bestraft nicht, es schafft Ausgleich.

Das geltende Haftungsrecht wirkt sowohl defensiv als auch präventiv als Güterschutz. Das Gut „Gesundheit“ kann durch das Haftungsrecht nicht verbessert werden. Die Gesundheit wird geschützt gegen Verletzungen aufgrund einer schuldhaft unsachgemäßen oder aufgrund fehlender Einwilligung rechtswidrigen Behandlung.

Haftender ist nicht derjenige, der einen nicht geschuldeten Erfolg nicht erbringt, sondern derjenige, der die rechtlich geschützte Position des Behandelten verletzt und dadurch einen Schaden verursacht.

5. Repression und Prävention durch das haftungsrechtliche Fehlerregime

Über die Anforderungen an das Behandlungsregime wird anlässlich eines eingetretenen Schadensfalls von der Rechtsprechung repressiv entschieden. Das Recht antizipiert aber abstrakt den „worst case“, um Rechtsgutsverletzungen zu vermeiden und wirkt damit präventiv.

¹ Wagner, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags Bd. I 2006 S. 57 ff.; ders. Karlsruher Forum 2006, Schadensersatz- Zwecke, Inhalte, Grenzen, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2006, Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht –Bd. 35 S. 80 ff.; Mäsch, Chance und Schaden 2004.

Die Anforderungen an eine Behandlung, die zu einem Schaden geführt hat, werden mit Blick auf einen möglichen Haftungsfall auch von der medizinischen Fachwelt diskutiert und zur Prävention gegen weitere Schadensfälle eingesetzt. Fehlerquellen werden über die Rechtsprechung zu Haftungsfällen in Arztkreisen allgemein bekannt und können im medizinischen Behandlungsalltag eliminiert werden.

Das Haftungsrecht wirkt darüber präventiv, weil der Arzt darüber zu Handeln angehalten wird, das dem objektiven ärztlichen Sorgfaltsmaßstab entspricht.

Die Beachtung des medizinischen Standard spielt in Haftungsfällen eine entscheidende Rolle. Das Recht unterwirft das Verhalten des Arztes einem abstrakten Kontrollmaßstab. Der medizinische Standard wird aber nicht im Haftungsrecht und nicht von der Rechtsprechung entwickelt. Ihn entwickelt die Medizin. Evidenzbasierte Medizin schafft medizinischen Standard, an dem sich das Haftungsrecht bei der Beurteilung der ärztlichen Behandlung maßgeblich orientiert. Der Facharztstandard, der dem Patienten geschuldet wird, wird geprägt durch die Spezialisierung der Ärzte in medizinische Teilgebiete.

Maßgebend für die Beurteilung des Standards ist der Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft zur Zeit der Behandlung. Doch wird nicht stets das jeweils neueste Therapiekonzept geschuldet. Die Anwendung einer herkömmlichen bewährten Methode wird nicht schon deshalb zum Behandlungsfehler, weil bereits eine modernere Methode zur Verfügung steht. Eine Behandlungsmaßnahme genügt erst dann nicht mehr dem einzuhaltenden Qualitätsstandard, wenn andere Methoden risikoärmer sind und/oder bessere Heilungschancen versprechen, in der medizinischen Wissenschaft im Wesentlichen unumstritten sind und deshalb nur ihre Anwendung von einem sorgfältigen und auf Weiterbildung bedachten Arzt verantwortet werden kann. Der behandelnde Arzt oder das einen Patienten aufnehmende Krankenhaus muss prüfen, ob eine dem Standard entsprechende Behandlung geboten werden kann. Ist dies nicht der Fall und erfordert nicht die Eilbedürftigkeit eines Notfalls die Übernahme der Behandlung, besteht die Verpflichtung den Patienten in eine Spezialklinik oder an einen Facharzt weiter zu verweisen. Der Standard stellt unterschiedliche Anforderungen an die Behandlungsbedingungen in einem Spezialzentrum (wie einem Universitätskrankenhaus) gegenüber einem Krankenhaus der Grundversorgung. Der Patient ist nach der gegebenen Situation bestmöglich zu versorgen. Sind die

Behandlungsbedingungen nicht optimal, erhöhen sich allerdings die Pflichten an die Organisation der Behandlung und die Kooperation unter Krankenhäusern und Ärzten. Übernimmt ein Arzt oder eine Klinik die Behandlung, wird regelmäßig die Behandlung nach dem objektiven Standard des entsprechenden Fachgebiets geschuldet.

Grundlegenden Einfluss auf den Standard hat inzwischen auch das Sozialrecht. Nach den Richtlinien der Bundesausschüsse stehen nur bestimmte Therapien unter Versicherungsschutz. Sie werden in der ärztlichen Praxis angewendet und bilden sich auf diese Weise zum Standard aus. Grundsätzlich akzeptiert das Haftungsrecht auch wirtschaftliche Sichtweisen. Der haftungsrechtlich relevante medizinische Standard ist flexibel. Erst wenn sich die wirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Überlegungen vom Ziel der Heilung des Patienten abwenden und Rationalisierungsüberlegungen den Heil Auftrag des Arztes in Frage stellen würden, würde der Standardbegriff des Haftungsrechts sich am Wohl des Patienten orientieren müssen. Dieser Konflikt ist bisher Ihnen und uns, soweit ich das überblicke, erspart geblieben.

6. Haftungsrecht und medizinischer Fortschritt

Das Haftungsrecht fördert über die Anforderungen an die gebotene sorgfältige Behandlung den medizinischen Fortschritt. Es hindert das ärztliche Experiment am Patienten.

Die Anwendung neuer noch nicht zugelassener Medikamente und Behandlungsmethoden ist erforderlich, um den medizinischen Standard fortzuentwickeln. Die Anwendung neuer Behandlungsmethoden bzw. die Vornahme von Heilversuchen an Patienten mit neuen Medikamenten unterscheidet sich von herkömmlichen, bereits zum medizinischen Standard gehörenden Therapien vor allem dadurch, dass in besonderem Maße mit bisher unbekanntem Risiken und Nebenwirkungen zu rechnen ist.

Vor der Aufnahme der Behandlung nach einer neuen Methode ist deshalb das Für und Wider durch den Arzt abzuwägen. Für eine verantwortungsvolle medizinische Abwägung ist der sorgfältige Vergleich zwischen den zu erwartenden Vorteilen und ihren abzusehenden oder zu vermutenden Nachteilen unter besonderer

Berücksichtigung des Wohles des Patienten unabdingbar. Diese Abwägung muss während der Behandlung wiederholt werden, sobald neue Erkenntnisse über mögliche Risiken und Nebenwirkungen vorliegen.

Darüber hat sich der behandelnde Arzt zu informieren. Er muss unverzüglich Kontrolluntersuchungen vornehmen, wenn sich merkbar für den Patienten Risiken abzeichnen, die zwar nach Ursache, Art und Umfang noch nicht genau bekannt sind, jedoch bei ihrem Eintreten zu schweren Gesundheitsschäden führen können.

Die Anwendung der neuen Methode muss mit dem Patienten besprochen werden. Dieser ist darauf hinzuweisen, dass das Medikament (noch) nicht zugelassen ist bzw. die neue Methode unbekannte Risiken in sich birgt, welche Vor- und Nachteile und Risiken und Chancen zur Standardmethode gegeben sind.

Im Fall der Anwendung einer Außenseitermethode ist der Patient zu belehren, dass es sich um ein nicht eingeführtes und auch nicht in der Erprobung befindliches Verfahren handelt. Bei jeder maßgeblichen Veränderung, die das Wohl des Patienten betrifft, hat der Arzt zu prüfen, ob die Anwendung der Medikation oder Behandlungsmethode noch vertretbar ist oder ob mögliche nunmehr bekannt gewordene Nebenwirkungen im konkreten Fall den Abbruch der Behandlung gebieten.

Vor einiger Zeit hatte sich der BGH mit der Verabreichung eines Medikaments zur probeweisen Behandlung einer Herzrhythmie² zu befassen, das bei der Patientin zu einem Herzstillstand mit schweren bleibenden Schäden führte. Der Einsatz des neuen Medikaments war ohne Einwilligung der Patientin erfolgt. Der Arzt versuchte erfolglos sich damit zu entlasten, dass probeweise die Wirkung geprüft werden sollte, ob es überhaupt anschlägt. Erforderlich ist, dass der Patient bereits vor dem ersten Einsatz des Medikaments über die probeweise Behandlung und deren Risiken aufgeklärt wird, damit er entscheiden kann, ob er in dessen Erprobung überhaupt einwilligen oder wegen der möglichen Nebenwirkungen hierauf verzichten will. Risiken einer zuvor erfolgten ärztlichen Behandlung können mit den Risiken der neuen Behandlung auch nicht "verrechnet" werden in dem Sinne, dass auf das Risiko – hier des Herzstillstandes - schon im Zusammenhang mit der früheren Verordnung eines anderen zugelassenen Medikamentes hingewiesen worden ist.

² BGH NJW 2007, 2771

Der Patient ist vor dem Einsatz eines neuen Medikaments jeweils über dessen Risiken vollständig aufzuklären.

7. Haftungsrecht als Mittel zur Fehlerkontrolle

Die haftungsrechtliche Rechtsprechung fördert gegenseitige Kontrolle und beugt dadurch Fehlern vor.

Der Chefarzt ist haftungsrechtlich als Organ des Krankenhausträgers anzusehen³, soweit er bei seinen Organisations- und Anweisungsaufgaben die weisungsunabhängige Spitze darstellt; das gilt auch für die ebenfalls als Chefärzte anzusehenden Leiter einzelner Fachbereiche⁴. Deshalb hat der Krankenhausträger für deren Fehler grundsätzlich einzustehen.

Hiervon abgesehen, haftet der Chefarzt aber auch in eigener Person deliktisch für eine fehlerhafte Ausübung seiner Leitungsfunktionen in Bezug auf ärztliche und nichtärztliche Tätigkeiten, wenn er etwa die Verwendung veralteter oder gar nicht funktionsfähiger Geräte duldet⁵ oder nicht für eine ordnungsgemäße ärztliche Betreuung nach der Operation eines Patienten Sorge trägt⁶.

Der Hinweis auf das Haftungsrecht kann Forderungen an die Organisation unterstützen. Wird fehlerhaftes Individualverhalten dem Klinikträger zugerechnet, wird die individuelle Fehlerkontrolle interessant. Das Haftungsrecht unterstützt deshalb das Streben der Klinikorganisation nach Fehlerfreiheit. Die Fragen nach einem Haftungsfall lauten im Allgemeinen: „Woher kommt der Schaden und wer hat Schuld?“ Solche Fragen fördern Qualitätsmanagement. Fehlendes medizinisches Qualitätsmanagement führt zu Fehlern und zu Haftungsfällen. Im klinischen Alltag darf andererseits kein „Angstklima“ entstehen. Die Angst, einen Fehler zuzugeben, verhindert Maßnahmen gegen den Eintritt des Schadens.

Aufgrund der Ökonomisierung der Krankenhäuser und der daraus resultierenden unterschiedlichen Zielsetzungen entstehen zwischen Ärzten und Budgetverwaltern nicht selten Spannungen. Die Ökonomisierung und Privatisierung der Kliniken entwickelt sich zur Haftungsfalle.

Vergleichen Sie die Reaktion eines Autoherstellers auf einen Produktfehler mit der des Budgetverwalters einer Klinik, dem eine unzulängliche Ausstattung des OP-

³ BGHZ 77, 74 ff.; 95, 63, 70

⁴ BGHZ 77, 74, 78; 101, 215, 218

⁵ BGH, NJW 1994, 1594

⁶ BGHZ 116, 379, 386 = NJW 1992, 743 und BGHZ 169, 364.

Bereichs oder personelle Engpässe auf der Station nicht verborgen geblieben sein können. Nicht selten hofft der Budgetverwalter, dass es trotz unzureichender sachlicher und personeller Ausstattungen nicht zu einem Schadensfall kommt.

Hingegen wird der Autohersteller sofort eine aufwändige Rückrufaktion einleiten, geht es doch um den Ruf der Marke und damit um viel Geld.

Ein Arzt, der weiß, dass Missstände in der Klinik den Heilungserfolg der von ihm zu operierenden Patienten in Frage stellen, muss bei mangelnder Abhilfe durch den Klinikträger und vorhandener Ausweichmöglichkeit zu seiner eigenen Entlastung den Patienten entsprechend aufklären.

Ein Risikopatient muss von dem zunächst in Anspruch genommenen Krankenhaus an ein solches mit höherer Versorgungsstufe überwiesen werden, wenn dies medizinisch geboten ist. Der Wunsch, einen Patienten weiter zu behandeln, darf keinesfalls dessen Anspruch auf die erforderliche und mögliche ärztliche Versorgung verdrängen.

Durch die Rechtsprechung werden hierarchische Strukturen in Kliniken durchbrochen und die Kooperation zwischen Ärzten untereinander und dem Pflegepersonal gefördert.

Im deliktischen Haftungsrecht werden hierarchische Schranken eliminiert. Der Chefarzt, der seinem zwar geübten, aber doch erkennbar überforderten Anästhesisten die gleichzeitige Betreuung von drei Narkosen überlässt, handelt fahrlässig. Aber auch der Anästhesist, der dies nicht ablehnt, weil er in der Klinikhierarchie unter dem Chefarzt steht und um seine Karriere fürchtet, kann wegen mangelnder Sorgfalt und eines Übernahmeverschuldens deliktisch persönlich in die Haftung kommen, wenn aufgrund einer wegen seiner Überforderung nicht mehr beherrschbaren unterbrochenen Sauerstoffzufuhr bei einer der Operationen der Patient einen Hirnschaden erleidet.

Zwar gilt grundsätzlich der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens bei vertikaler Arbeitsteilung. Ergibt sich das besondere Risiko der Heilmaßnahme aber gerade aus dem Zusammenwirken zweier verschiedener Fachrichtungen und einer Unverträglichkeit der von ihnen verwendeten Methoden oder Instrumente, gebietet das Wohl des Patienten als oberstes Gebot und Richtschnur die gegenseitige Verständigung und Zusammenarbeit. Die beteiligten Ärzte müssen den spezifischen Gefahren der Arbeitsteilung durch kooperative Abstimmung und Kommunikation

entgegenwirken, um zum Schutz des Patienten einer etwaigen Unverträglichkeit verschiedener von den Fachrichtungen eingesetzten Methoden oder Instrumente vorzubeugen. Aufgrund unzureichender Kommunikationsprozesse zwischen den Ärzten können gravierende Schäden entstehen.

Der BGH hatte sich einmal mit der mangelnden Kooperation zwischen Anästhesisten und Chirurgen beim Kautern unter gleichzeitiger Sauerstoffzufuhr zu befassen. Die Folge waren schwerste Verbrennungen beim Patienten.

Der Krankenhausträger muss organisatorisch gewährleisten, dass er mit dem vorhandenen ärztlichen Personal seine Aufgaben auch erfüllen kann. Dazu gehört die Sicherstellung eines operativen Eingriffs durch ausreichend erfahrene und geübte Operateure, und selbstverständlich muss auch sichergestellt sein, dass die behandelnden Ärzte körperlich und geistig in der Lage sind, mit der im Einzelfall erforderlichen Konzentration und Sorgfalt zu operieren. Die personelle ärztliche Unterversorgung, die den erreichbaren medizinischen Standard einer sorgfältigen und optimalen Behandlung des Patienten gefährdet, führt bei Verwirklichung der damit verbundenen Gefahr zu einer Haftung des Krankenhausträgers.

Deswegen darf der Krankenhausträger keine Organisation des ärztlichen Dienstes dulden, die die Gefahr mit sich bringt, dass durch vorhergehenden anstrengenden Nachtdienst übermüdete und deswegen nicht mehr voll einsatzfähige Ärzte zu einer Operation herangezogen werden. Er muss, um solche Gefahren zu vermeiden, die notwendigen Anweisungen selbst erteilen.

Der Krankenhausträger kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, es sei allein Sache des die Operation übernehmenden Arztes, darüber zu entscheiden, ob er sich trotz eines vorangegangenen Nachtdienstes dieser Operation gewachsen fühle. Selbstverständlich gehört die pflichtgemäße Selbstprüfung zur Übernahmeverantwortung des betroffenen Arztes; aber dies entlässt den Krankenhausträger nicht aus seiner Mitverantwortung für eine entsprechende Einsatzsicherung. Das ist keine Frage der "ärztlichen Therapiefreiheit", vielmehr hat der Krankenhausträger zum Schutze der Patienten und nicht zuletzt auch zum

Schutze des überanstrengten Arztes selbst vor der Fehleinschätzung der eigenen Kräfte die allgemeine Vorsorge zu treffen⁷.

Hierarchische Prozesse dürfen auch im Übrigen nicht einfach laufen gelassen werden. Sie verursachen Fehlerquellen.

Der Chefarzt, der trotz mangelnder Fortbildung oder fehlender Gesundheitskontrollen operiert, wird für die Klinik zum Haftungsrisiko.

Der Anfänger darf nicht mit einer Komplikation alleine gelassen werden, um ihm einen Lernerfolg zu beschern, den der übergeordnete Arzt selbst vor 20 Jahren erlebt hat.

Der Wandel darf nicht verweigert werden. Die Totschlagsargumentation: "Das haben wir immer so gemacht. Oder: Das haben wir noch nie so gemacht." kennt das Haftungsrecht nicht als Rechtfertigung für einen schuldhaft verursachten Schadensfall.

Der Prävention vor Schadensfällen dient auch die Haftung der Klinikträger für die sogenannten voll beherrschbaren Risiken. Während der Arzt dem Patienten grundsätzlich nicht die erfolgreiche Herstellung seiner Gesundheit schuldet, sondern lediglich das sorgfältige Bemühen um Hilfe und Heilung, verhält es sich hinsichtlich der voll beherrschbaren Risiken eines Krankenhauses oder eines Praxisbetriebes anders. In diesem Bereich schuldet der Klinikträger einen Erfolg⁸, weil er dem Patienten aufgrund des Krankenhausvertrages eine standardgemäße Ausstattung, sorgsame Pflege und Versorgung zugesagt hat. Er haftet für Schadensfälle wegen des nicht ordnungsgemäßen Zustands eines verwendeten Tubus⁹, der mangelnden Funktionstüchtigkeit des eingesetzten Narkosegeräts, der Unreinheit des benutzten Desinfektionsmittels oder der mangelnden Sterilität der verabreichten Infusionsflüssigkeit. Dasselbe gilt für Schäden durch die unbemerkt gebliebene Entkoppelung eines Infusionssystems¹⁰, das Zurückbleiben eines Tupfers im Operationsgebiet¹¹ oder die richtige Lagerung des Patienten auf dem

⁷ Vgl. BGH, VersR 1986, 295.

⁸ vgl. BGHZ 89, 263, 269; BGH VersR 1978, 82, 83; VersR 1978, 764; VersR 1982, 161, 162; VersR 1991, 1058, 1059

⁹ BGH VersR 1975, 952, 954.

¹⁰ BGHZ 89, 263, 269.

¹¹ BGH VersR 1981, 462, 465.

Operationstisch¹². All diesen Fällen ist gemeinsam, dass die Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus für den Eintritt des Schadens beim Patienten keine Rolle spielen und der Klinikträger verpflichtet ist, den Patienten vor Schäden dieser Art durch sorgfältige Pflege mit mangelfreien Geräten zu bewahren.

Hier trägt das Haftungsrecht bei zur Verbesserung klinischer Ausstattung und Modernisierung von Behandlungsabläufen. Das Haftungsrecht wirkt aber auch in diesem Bereich gegen die Ökonomisierung der Medizin und die Gewinnmaximierung.

8. Ich fasse zusammen:

Das Haftungsrecht fördert patientenorientiertes Denken und objektives Bewerten von Behandlungsabläufen im gedanklichen Rollentausch.

Es unterstützt die Kommunikation zwischen Patienten und Ärzten, aber auch der Ärzte untereinander.

Es fördert den medizinischen Fortschritt und beugt Fehlern vor.

Es hat keine pönale Funktion. Eine Haftung ohne Schadensnachweis hat deshalb auszuscheiden.

Andererseits darf das Haftungsrecht die Medizin nicht überfordern, indem es den ärztlichen Alltag vernachlässigt, an eine sachliche Ausstattung zu hohe Ansprüche stellt, die unrealistisch und nicht finanzierbar sind.

Es muss dem Einzelfall gerecht werden.

Haftungsrecht soll insbesondere den Arzt nicht bevormunden.

Es darf beim Patienten nicht ungerechtfertigtes Anspruchsdenken fördern.

„Unsere Erfolge bescheint strahlend die Sonne, unsere Misserfolge bedeckt gnädig die Erde.“ Dass dieser Michel de Montaigne zugeschriebene Satz im zweiten Teil der Aussage heute nicht mehr gilt, verdanken wir dem medizinischen Fortschritt, für den Sie arbeiten und aufgrund dessen wir uns regelmäßig einer stabilen Gesundheit und langen Lebensdauer erfreuen. Die ärztliche Kunst verhindert inzwischen überwiegend, dass ärztliche Kunstfehler den Tod des Patienten bedingen. Der geschädigte Patient oder der für die Folgen einstehende Sozialversicherungsträger

¹² BGH VersR 1984, 386, 387.

werden allerdings nicht selten zum Kläger im Haftungsprozess. Die Schadensbilanz eines Menschen wird mit dem Tod abgeschlossen. Die Schadensbilanz eines geschädigten Patienten besteht aus weiteren Behandlungs- und Pflegekosten, Schmerzensgeld und Erwerbsschäden. Sie bedingt Haftungsprozesse.

Betrachte ich die präventiven Wirkungen der Haftungsrechtsprechung, beeinflusst sie zweifellos maßgeblich medizinische Entscheidungsprozesse. Es erwächst daraus die Chance, dass Recht und Medizin zusammenwirken zur Optimierung des medizinischen Erfolges zum Wohl der Patienten. Diese Chance gilt es wahrzunehmen.