

Peter Jabornegg
Reinhard Resch
Otfried Seewald

**Haftungsfragen
im System der Leistungserbringung
des Krankenversicherungsrechts**

SozRgespräche

2006

Beiträge zu den
Deutsch-Österreichischen
Sozialrechtsgesprächen 2006



Haftungsfragen im System der Leistungserbringung des Krankenversicherungsrechts

Herausgegeben von

O. Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg

Ao. Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch

Univ.-Prof. Dr. Otfried Seewald



Essen 2006

CW Haarfeld GmbH

Zitiervorschlag: *Autor*, in *Jabornegg/Resch/Seewald*, Haftungsfragen im System der Leistungserbringung des Krankenversicherungsrechts (2006) [Seite]

Haftungsfragen im System der Leistungserbringung
des Krankenversicherungsrechts/
hrsg. von Peter Jabornegg,
Reinhard Resch und Otfried Seewald
Essen: CW Haarfeld, 2006
ISBN 978-3-7747-1768-8

Printed in Germany

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verarbeitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© 2006 Verlag CW Haarfeld GmbH
Annastraße 32–36, 45130 Essen
Telefon 0201. 72095-0
E-Mail: service@cw-haarfeld.de
www.cw-haarfeld.de

Vorwort

Ein zeitloses Problem und somit auch ein juristischer Dauerbrenner ist das Problem der Haftung im Zusammenhang mit der Krankenbehandlung. In dem komplizierten Geflecht der Rechtsbeziehungen im Krankenversicherungsrecht ist die haftungsrechtliche Zuordnung der Verantwortlichkeit bei Behandlungsfehlern nicht immer eindeutig. Die Ärzte selbst, deren Vereinigungen (in Deutschland auch die Kassenärztlichen Vereinigungen) oder Arbeitgeber (z. B. Krankenhäuser oder deren Träger), gegebenenfalls auch die Krankenkassen kommen als Zurechnungssubjekte von Schadensersatzansprüchen in Betracht. Durch das Hinzutreten des gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Produkthaftungsrechts in den Bereichen der Krankenversorgung, in denen Medizingeräte – und -produkte – Anteil an der Krankenversorgung haben, wird die Haftungslage unter Umständen modifiziert. Neben dem öffentlichen Recht ist zudem an das privatrechtliche Haftungsrecht zu denken.

Bei der Lösung dieser Probleme geht es um Überlegungen und Vorschläge, die rechtsdogmatisch überzeugend sein sollten, zugleich den Interessen der Betroffenen dienen und ihnen eine gerechte und sozial adäquate, vernünftige Rechtsposition einräumen. Weiterhin stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, welche Erkenntnisse aus dem bisherigen Fehlergeschehen insoweit gewonnen werden können, als es um die Abwicklung entsprechender Vorgänge geht – in einer Art und Weise, die einerseits auf dem geltenden Recht basiert, andererseits die Rechtsverwirklichung und damit das (Wieder-)Herstellen von Gerechtigkeit von vermeidbaren Hindernissen frei hält. Aus der Sicht der Krankenkasse kommt das Behandlungsfehlermanagement diesem Auftrag nach.

Die damit angesprochenen Probleme stellen sich in Österreich und Deutschland in gleicher Weise. Somit ist es angezeigt, sich in der den Deutsch-Österreichischen Sozialrechtsgesprächen eigenen Art dieser Fragen in länderübergreifender Betrachtungsweise und unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten anzunehmen.

Auch diese Tagung wurde gemeinsam vorbereitet und veranstaltet durch das Institut der Universität Linz für Arbeitsrecht und Sozialrecht und den Lehrstuhl der Universität Passau für Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Sozialrecht. Der herzliche Dank der Veranstalter geht an die Referenten; zur Seite gestanden haben uns wiederum die AOK Bayern – Die Gesundheitskasse sowie der Fachverlag CW Haarfeld, Essen, dem wir auch die Fertigung dieses Bandes verdanken.

Linz/Passau

O. Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg

Ao. Univ.-Prof. Reinhard Resch

Univ.-Prof. Dr. Otfried Seewald

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	III
Autorenverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	IX
<i>Andreas Kletečka</i>	
Arzthaftung – Rechtsgrundlagen und Probleme	1
<i>Wolfgang Voit</i>	
Entsprechung und Abweichungen nach deutschem Arzthaftungsrecht	23
<i>Gerhard Aigner</i>	
Behandlungsschäden durch Produktfehler – Beweisnotstand des Patienten?	39
<i>Michael Theis</i>	
Arzthaftung und Produkthaftung aus der Sicht des sozialversicherungs- rechtlichen Rückgriffs – Rechtsprobleme und Berichte aus der Praxis	55
<i>Harald Lehner</i>	
Arzthaftung aus der Sicht des sozialversicherungsrechtlichen Rückgriffs – Rechtsprobleme und Berichte aus der Praxis Länderbericht Österreich	81
<i>Meinhard Lukas</i>	
Zivilrechtliche Haftungsfragen im Verhältnis von Krankenversicherungsträger und Patient	87
<i>Thomas Rompf</i>	
Behandlungsfehler des Vertragsarztes und Haftung der Kassenärztlichen Vereinigung	101
<i>Marcus Mohr</i>	
Die Haftung der Krankenkassen bei Behandlungsfehlern von Vertragsärzten ...	133
<i>Ralf M. K. Brum</i>	
Behandlungsfehlermanagement der AOK Bayern – Bericht aus der Praxis	149
<i>Gerhard W. Huber</i>	
Behandlungsfehlermanagement – Rechtsprobleme und Berichte aus der Praxis Länderbericht Österreich	157

Autorenverzeichnis

ao. Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka

Universität Wien
Institut für Zivilrecht
Schottenbastei 10 – 16 (Juridicum), A-1010 Wien

Prof. Dr. Wolfgang Voit

Philipps-Universität Marburg
Fachbereich Rechtswissenschaften
Institut für Verfahrensrecht
Universitätsstraße 6, D-35032 Marburg

MR Prof. Dr. Gerhard Aigner

Bundesministerium für Gesundheit und Frauen
Leiter des Bereichs Gesundheits-, KV- und UV-Recht
Radetzkystraße 2, A-1030 Wien

Michael Theis

AOK Rheinland/Hamburg – Die Gesundheitskasse
Kasernenstraße 61, D-40213 Düsseldorf

Dr. Harald Lehner

Oberösterreichische Gebietskrankenkasse
Gruberstraße 77, A-4021 Linz

ao. Univ.Prof. Dr. Meinhard Lukas

Johannes Kepler Universität Linz
Altenbergerstraße 69, A-4040 Linz

Dr. Thomas Rompf

Kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg,
Albstadtweg 11, D-70506 Stuttgart

RA Marcus Mohr

CMS Hasche Sigle
Stadthausbrücke 1–3, D-20355 Hamburg

Ralf M. K. Brum

Bereichsleiter Grundsatzfragen
AOK Bayern – Die Gesundheitskasse
Zentrale
Carl-Wery-Straße 28, D-81739 München

RA Dr. Gerhard W. Huber LL.M.

Kanzlei Pitzl-Huber
Rudolfstraße 4, A-4040 Linz

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	= am angegebenen/angeführten Ort
ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811
Abs.	= Absatz/Absätze
AcP	= Archiv für civilistische Praxis (Tübingen)
ÄrzteG	= Ärztegesetz
AHG	= Amtshaftungsgesetz
Art.	= Artikel (Singular oder Plural)
ASVG	= Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AÜG	= Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BGHZ	= Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Köln)
BKK	= Die BKK (Zeitschrift der Betrieblichen Krankenversicherung)
BlgNR	= Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMV-Ä	= Bundesmantelvertrag – Ärzte
BSG	= Bundessozialgericht
BSGE	= Entscheidungssammlung des BSG
BT-Drs.	= Bundestagsdrucksache
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DHG	= Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
DRdA	= Das Recht der Arbeit (Zeitschrift)
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVZ	= Deutsche Versicherungszeitschrift für Sozialversicherung und Privatversicherung
EB	= Erläuternde Bemerkungen
EBM	= Einheitlicher Bewertungsmaßstab
EFZG	= Entgeltfortzahlungsgesetz
EGBGB	= Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EstG	= Einkommensteuergesetz
EvBl	= Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, veröffentlicht in der Österreichischen Juristenzeitung

f., ff.	= folgende, fortfolgende
Fn.	= Fußnote
FS	= Festschrift
GBA	= Gemeinsamer Bundesausschuss (Gremium der gemeinsamen Selbstverwaltung von Ärzten, Krankenkassen und Krankenhäusern)
GewO	= Gewerbeordnung
GP	= Gesetzgebungsperiode
GRG	= Gesundheitsreformgesetz
GSVG	= Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
GuKG	= Bundesgesetz über Gesundheits- und Krankenpflegeberufe (Gesundheits- und Krankenpflegegesetz)
HebG	= Hebammengesetz
HVV	= Honorarverteilungsvertrag
idR	= in der Regel
JbSozR	= Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart
JuS	= Juristische Schulung (Zeitschrift)
KAKuG	= Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz des Bundes
KRSIlg	= Krankenanstaltenrechtliche Entscheidungssammlung
KSchG	= Kündigungsschutzgesetz
leg. cit.	= zitiertes Gesetz
LG	= Landgericht
LL.M.	= Master of Laws
LM	= Lindenmaier/Möhring (Nachschlagewerk des BGH)
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht/Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MPBetreibV	= Medizinprodukte-Betreiberverordnung
MTD-G	= Bundesgesetz über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-Gesetz)
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NVwZ	= Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	= Neue Zeitschrift für Sozialrecht

OGH	= Oberster Gerichtshof
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
OÖ.	= Oberösterreich/oberösterreichisch
OÖGKK	= Oberösterreichische Gebietskrankenkasse
OÖKAG	= Oberösterreichisches Krankenanstaltengesetz
ÖZW	= Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
pFV	= positive Forderungsverletzung
RdM	= Recht der Medizin (Zeitschrift)
re. Sp.	= rechte Spalte
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	= Richtlinie
Rn.	= Randnummer
RdW	= Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RVO	= Reichsversicherungsordnung
Rz	= Randziffer
SanG	= Sanitätergesetz
SEÄndG	= Schadensersatzänderungsgesetz
SozSi	= Soziale Sicherheit – Fachzeitschrift der österreichischen Sozialversicherung
SozVers	= Die Sozialversicherung (Zeitschrift)
SV-ÜG	= Sozialversicherungs-Überleitungsgesetz
SZ	= Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
UbG	= Unterbringungsgesetz
VersR	= Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VR	= Die Versicherungsrundschau (Zeitschrift)
VSSR	= Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
WarnR	= Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Sammlung von Warnemeyer
ZAS	= Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZBl	= Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis (Zeitschrift)
ZfS	= Zeitschrift für Schadensrecht

Arzthaftung – Rechtsgrundlagen und Probleme

ao. Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka, Universität Wien

1.1. Schadensersatzrecht

1.1.1. Bereiche des Schadensersatzrechts

Anders als im Strafrecht ist im Schadensersatzrecht nicht immer ein Verschulden erforderlich. Wir unterscheiden daher zwischen der

- Verschuldenshaftung (ABGB),
- Haftung ohne Verschulden (z. B. ImpfschadenG, §§ 79 a ff. GTG).

Bis auf wenige Ausnahmen kommt für die Angehörigen der Gesundheitsberufe und für die Krankenanstalten nur die Verschuldenshaftung zum Tragen. Das heißt, dass nur dann zu haften ist, wenn ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten gesetzt wurde.

Das Bestehen einer Haftpflichtversicherung ändert daran grundsätzlich nichts. Auch in diesem Fall ist im Schadensersatzprozess zwischen Behandler (Krankenanstalt) und Patient zu klären, ob ersterer ein vorwerfbares Verhalten gesetzt hat. Erst wenn dies feststeht, kann der Versicherungsnehmer (Behandler, Krankenanstalt) vom Versicherer verlangen, dass dieser den Schaden wirtschaftlich zu tragen hat.

Unabhängig von einem Verschulden kann ein Patient aufgrund der „Fondslösung“ (§ 27 a KAKuG) einen Ersatz erhalten. Zu betonen ist allerdings, dass der Patient keinen Rechtsanspruch auf die Leistung hat. Es handelt sich also nicht um eine gerichtlich durchsetzbare Forderung, sondern um eine freiwillige Leistung.

1.1.2. Haftpflichtige Personen

Als haftpflichtige Personen kommen in Betracht:

- Träger der Krankenanstalt,
- angestellter Arzt oder sonstiger Angehöriger eines Gesundheitsberufes,
- freiberufliche Angehörige eines Gesundheitsberufes (z. B. niedergelassener Arzt, selbstständige Hebamme, freiberufliche Diplomkrankenschwester)/Konsiliarius,
- Belegarzt,
- Haftpflichtversicherung,
- Rechtsträger nach dem AHG.

1.1.2.1. Träger der Krankenanstalt

Als Träger der Krankenanstalt kommen vor allem die Bundesländer (Landeskrankenhäuser), Gemeinden (Gemeindespitäler) und Sozialversicherungsträger in Betracht. Durch die in letzter Zeit häufiger werdenden Ausgliederungen vermehrt sich die Zahl der organisierten Rechtsträger (z. B. GmbH).

Wird ein Patient in einer Krankenanstalt aufgenommen, schließt er in der Regel mit dieser einen Behandlungsvertrag. Ist er nicht geschäftsfähig (z. B. bewusstloser Patient), aber dennoch eine Heilbehandlung notwendig, kommt nach den Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag ein in vielen Punkten einem Vertrag ähnliches gesetzliches Schuldverhältnis zustande. Aufgrund dieses vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses treffen den Träger der Krankenanstalt Pflichten. Da sich der Krankenanstalten-Träger zur Erfüllung dieser Verpflichtungen der Anstaltsärzte, des Pflegepersonals usw. bedient, sind alle diese Personen seine Erfüllungsgehilfen. Für Erfüllungsgehilfen hat der Geschäftsherr (Krankenanstalt) wie für eigenes Verhalten einzustehen (§ 1313 a ABGB). Das bedeutet, dass der Träger der Krankenanstalt grundsätzlich für alle Schäden zu haften hat, die von seinen Angestellten verschuldet werden.

Hat der Träger der Krankenanstalt den Schaden ersetzt, kann er unter Umständen nach dem DienstnehmerhaftpflichtG (DHG) Regress nehmen. Der Rückgriffsanspruch hängt von der Schwere des Verschuldens ab, das den Dienstnehmer trifft:

- Entschuldbare Fehlleistung (*culpa levissima*) – kein Regress
- Leichte Fahrlässigkeit – kein voller Regress, Minderung bis auf Null möglich
- Grobe Fahrlässigkeit – voller Regress oder Minderung, aber nicht bis auf Null
- Vorsatz – voller Regress

Die Minderung wird vom Richter in einem zwischen dem Anstaltsträger und dem Dienstnehmer geführten Prozess durchgeführt.

- In der Praxis kommt es in der Regel nur dann zu einem Regressverfahren, wenn das Dienstverhältnis beendet wird.

1.1.2.2. Angestellter Arzt oder Angehöriger eines sonstigen Gesundheitsberufes

Der in einer Krankenanstalt beschäftigte Arzt oder Angehörige eines sonstigen Gesundheitsberufes haftet nicht wegen Verletzung vertraglicher Pflichten. Wie gesagt, kommt ja der Behandlungsvertrag mit dem Anstaltsträger und nicht mit dem Behandler zustande. Neben dem Schadensersatz aus Vertrag besteht aber auch eine sogenannte deliktische Haftung des Angestellten. Diese greift immer dann ein, wenn in ein jedermann gegenüber geschütztes Gut (absolutes Recht), wie Leben, Gesundheit und Eigentum, eingegriffen wird. Da es sich bei den eintretenden Schäden fast immer um Gesundheitsbeeinträchtigungen handelt, kann der Patient neben der Krankenanstalt auch z. B. den Arzt in Anspruch nehmen, der den Behandlungsfehler begangen hat.

Neben dieser allgemeinen deliktischen Haftung kann sich eine Ersatzpflicht auch daraus ergeben, dass gegen sogenannte Schutzgesetze (§ 1311 ABGB) verstoßen wird. Darunter versteht man Vorschriften, die nicht unmittelbar eine Schadensersatzpflicht, aber ein bestimmtes Verhalten vorschreiben und damit den Eintritt eines Schadens verhindern wollen. Hier kommen vor allem Vorschriften des ÄrzteG, KAKuG, GuKG, HebG, MTD-G usw. in Betracht.

Nach überwiegender Ansicht haftet allerdings der angestellte Arzt dann aus Vertrag, wenn er mit einem Sonderklassepatienten eine Honorarvereinbarung schließt. Da der Träger der Krankenanstalt aber weiterhin die Behandlung schuldet und der Spitalsarzt keine zusätzliche Leistung, sondern bloß die persönliche Betreuung verspricht, kommt die herrschende Meinung zu einer solidarischen Haftung des Arztes und des Trägers.

Eine Haftung kann sich auch daraus ergeben, dass Anleitungs- und Aufsichtspflichten verletzt werden (z. B. Turnusärzte: § 3 Abs. 3 ÄrzteG; Gesundheits- und Krankenpflegeschüler: § 43 Abs. 2 GuKG). Die Aufsichtspflicht hinsichtlich von Auszubildenden ist keine starre, sondern reduziert sich mit dessen Ausbildungsstand.

- Abgesehen von den erwähnten Anleitungs- und Aufsichtspflichten sind Mitglieder eines Behandlungsteams nicht füreinander verantwortlich. Soweit möglich und zumutbar, haben alle Beteiligten darauf hinzuwirken, dass Schäden vermieden werden (Garantenstellung, vgl. § 4 Abs. 3 GuKG; § 6 Abs. 2 HebG). Im Rahmen dessen darf man auch vor Fehlern anderer die Augen nicht verschließen!

Zu beachten ist, dass der Patient alle Haftpflichtigen auf den gesamten Ersatzbetrag in Anspruch nehmen kann (Solidarhaftung). Natürlich erhält der Geschädigte aber den Schaden nur einmal ersetzt. Die Solidarhaftung mindert jedoch für den Patienten die Insolvenzgefahr, weil er bei Zahlungsunfähigkeit eines Haftpflichtigen von einem anderen vollen Ersatz erhält. Hat ein Schädiger bezahlt, kann er bei den Mitschädigern regressieren. Wie viel jeder Ersatzpflichtige im Verhältnis zu den anderen zu tragen hat, richtet sich in erster Linie nach der Schwere des Verschuldens. Dem Anstaltsträger gegenüber richtet sich der Rückgriff nach den oben dargestellten Regeln des DHG, wobei sozusagen die Vorzeichen umzukehren sind. Trifft also z. B. die Ärztin bloß eine entschuldbare Fehlleistung, kann sie beim Anstaltsträger in vollem Umfang Regress nehmen; es ist ihr also der gesamte Betrag rückzuerstatten, den sie an den Patienten gezahlt hat.

- Im Regelfall verklagt der Patient jedenfalls (auch) den Träger der Krankenanstalt, weshalb es also kaum einmal dazu kommt, dass ein angestellter Angehöriger eines Gesundheitsberufes in Vorlage treten und nachträglich regressieren muss.

1.1.2.3. Freiberufliche Angehörige der Gesundheitsberufe/Konsiliaris

Der niedergelassene Arzt/die niedergelassene Ärztin schließt selbst den Behandlungsvertrag. Aus diesem Grund treffen den Behandler – anders als in Krankenanstalten angestellte Personen – alle Vertragspflichten. Wird gegen diese Pflichten verstoßen und tritt dadurch ein Schaden ein, hat der Behandler aufgrund der im Vergleich zur deliktischen Haftung strengeren Vertragshaftung Schadensersatz zu leisten.

Die wichtigste Konsequenz daraus ist, dass der freiberufliche Behandler für seine Hilfspersonen (z. B. Sprechstundenhilfe) wie für eigenes Fehlverhalten einzustehen hat, weil er sie zur Vertragserfüllung einsetzt und sie deshalb Erfüllungsgehilfen (§ 1313 a ABGB) sind. Der niedergelassene Arzt usw. nimmt hier also dieselbe Position ein wie der Anstaltsträger, wenn der Patient in eine Krankenanstalt aufgenommen wird. Fraglich ist, ob z. B. ein Anästhesist ein Erfüllungsgehilfe eines in seiner Ordination operierenden Zahnarztes ist (offenlassend OGH RdM 2001/29). Hinsichtlich des Belegarztes hat dies der OGH bejaht (OGH RdM 2000/8). Wie dort kommt es auch hier auf den Inhalt des Behandlungsvertrages an. Umfasst dieser einen Eingriff unter Einbeziehung eines Anästhesisten und wird kein eigener Vertrag mit dem Anästhesisten geschlossen, ist meines Erachtens die Haftung für dessen Fehlleistungen zu bejahen.

Auch die Haftung eines beigezogenen Konsiliarius hängt von der Vertragsgestaltung ab. Der OGH stellt dabei wie bei der Überweisung darauf ab, ob es sich um eine interne Konsultation oder um eine Beiziehung im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis des Patienten handelt. Im zweiten Fall komme in der Regel ein selbstständiger Vertrag zustande, sodass der beigezogene Arzt für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen einzustehen hat (OGH RdM 2002/20). Meines Erachtens scheidet dann aber eine Haftung des niedergelassenen Arztes aus.

Neben der Vertragshaftung bleibt auch die deliktische Haftung für eigenes Verschulden bestehen. Diese trifft sowohl den freiberuflichen Behandler, bei welchem sie aber wegen der parallel laufenden Vertragshaftung fast keine praktische Rolle spielt, als auch seine Hilfspersonen, die ja nach vertraglichen Grundsätzen nicht herangezogen werden können.

1.1.2.4. Belegarzt/-ärztin

Von einem Belegarzt spricht man dann, wenn einem Arzt von einem Krankenhausträger das Recht eingeräumt wird, seine Patienten im Spital des Trägers (Belegspital) unter Inanspruchnahme der hierfür bereitgestellten Räume und Einrichtungen stationär zu behandeln. Dem Belegarzt wird grundsätzlich auch die Mitwirkung nachgeordneter Ärzte, Schwestern und Pfleger zugesagt.

Die vertragliche Situation wird zumeist mit dem etwas unglücklichen Begriff des „gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrags“ umschrieben, womit zum Ausdruck gebracht werden soll, dass bestimmte Teile der Behandlung vom Belegarzt und andere vom Belegspital zu erbringen sind. Richtigerweise schließt der Patient aber nicht einen, sondern zwei Verträge, nämlich je einen mit dem Belegarzt und einen mit dem Krankenhausträger. Der Hauptteil der Behandlung (z. B. Operation) ist vom Belegarzt zu erbringen. Weil beim Belegspital die Unterbringung und Verpflegung des Patienten im Vordergrund stehen, wird dieser Leistungsteil auch manchmal als „Hotelkomponente“ bezeichnet. Die Grenze der beiden Aufgabenbereiche verläuft nicht in jedem Fall gleich. Mangels genauer Festlegung im Vertrag mit dem Patienten ist ihr genauer Verlauf sehr schwer auszumachen. Wie sich zeigen wird, hängt die Haftung des Belegarztes entscheidend von dieser Pflichtenverteilung ab.

Die Rechtsprechung des OGH zur Haftung des Belegarztes hat zu Aufregungen in der medizinischen Praxis geführt. Der OGH bejaht die Einstandspflicht des Belegarztes sowohl für Fehler des assistierenden Hilfspersonals (OGH RdM 2000/7) als auch für jene des Anästhesisten (OGH RdM 2000/8). In beiden Fällen sei der unmittelbare Schädiger der Erfüllungsgehilfe (§1313a ABGB) des Belegarztes (Geschäftsherr), und zwar unabhängig davon, ob das Personal vom Belegspital oder vom Belegarzt beigestellt wird. Hinsichtlich des Anästhesisten ist dies vor allem deshalb auf Kritik gestoßen, weil den Chirurgen kein fachliches Weisungsrecht gegenüber dem Anästhesisten zukommt. Nach richtiger Meinung kommt es aber auf ein Weisungsrecht gegenüber dem Erfüllungsgehilfen nicht an, weil sonst Geschäftsherr und Gehilfe durch vertragliche Weisungsfreistellung den Patienten um die Haftung bringen könnten. Dass es auf eine fachliche Weisungsbefugnis nicht ankommen kann, zeigt sich schon darin, dass auch der in einer Krankenanstalt tätige Arzt medizinisch eigenverantwortlich tätig wird und keine fachlichen Anweisungen der Anhaltsträgers zu befolgen hat, er aber dennoch – wie gesagt – deren Erfüllungsgehilfe ist.

In den Worten des OGH:

Nach allen voranstehenden Erwägungen sind die feststehenden Tatsachen in rechtlicher Hinsicht dahin zu beurteilen, dass die Zweitbeklagte (Anästhesistin) ihre Anästhesieleistung als Gehilfin des Erstbeklagten (Belegarzt) in Erfüllung dessen Behandlungsvertrags erbrachte. Der Erstbeklagte hat daher für die Schadensfolgen der der Zweitbeklagten anzulastenden schuldhaft fehlerhaften Intubation einzustehen. (OGH RdM 2000/8)

Die Frage, für welche Personen der Belegarzt einzustehen hat, richtet sich danach, wozu er sich im Behandlungsvertrag mit dem Patienten verpflichtet hat. Verspricht er, z. B. die Behandlung „mit seinem Team“ durchzuführen, wird der Patient den Eindruck gewinnen dürfen, dass die gesamte Behandlung geschuldet ist. Dass der Belegarzt selbst die Anästhesie mangels entsprechender fachärztlicher Befugnis nicht durchführen darf (§ 31 Abs. 3 ÄrzteG), ist nicht entscheidend. Der Anhaltsträger verpflichtet sich ja ebenfalls zu Leistungen, die er nur durch Heranziehung von Erfüllungsgehilfen erbringen kann. Wird keine klare Regelung im Behandlungsvertrag getroffen, orientiert sich die Judikatur an Anliegen und Zweck des Vertrages.

Der OGH im Originalwortlaut:

Wird im Behandlungsvertrag nicht vorweg hinreichend klargestellt, was der Belegarzt schuldet, muss man sich am Anliegen und Zweck des Vertrags orientieren bzw. daran, was vernünftige Parteien in einem Fall wie dem jeweils vorliegenden üblicherweise an Leistungspflicht vereinbart hätten. (...) Mit einem vom Belegarzt geschlossenen Behandlungsvertrag sagt dieser die von ihm vorzunehmende ordnungsgemäße Behandlung unter Einschluss der Haftung für das Verschulden all jener Personen zu, die an dieser Behandlung unter der Ingerenz des Belegarztes mitwirken; dies unter Einschluss des Personals des Belegspitals. (OGH RdM 2000/7)

- Mit einer klaren Regelung in dem mit dem Patienten geschlossenen Behandlungsvertrag, welche die Aufgaben des Belegarztes und des Belegspitals festlegt, können ungewollte Haftungsrisiken vermieden werden. Die mit dem Patienten vereinbarte Aufgabenverteilung muss mit jener übereinstimmen, die im Verhältnis zwischen Belegarzt und Belegspital besteht.

1.1.2.5. Haftpflichtversicherung

Besteht eine Haftpflichtversicherung, hat der haftpflichtige Versicherungsnehmer einen Befreiungsanspruch gegen seinen Versicherer. Anders als bei Schäden, die durch ein Kfz verursacht werden, kann der Patient die Versicherungsanstalt nicht direkt in Anspruch nehmen, vielmehr kann er nur gegen den Haftpflichtigen selbst (z. B. Anstaltsträger, Behandler) klagen (keine Direktklage).

Durch § 58 a Abs. 2 ÄrzteG wird klargestellt, dass die Mitwirkung an der Sachverhaltsfeststellung dem Arzt von der Versicherung nicht vorgeworfen werden kann. In versicherungsrechtlicher Terminologie heißt das, dass dadurch keine Obliegenheitsverletzung begangen wird.

- Der Versicherungsnehmer ist zur Anzeige des Versicherungsfalles verpflichtet. Eine möglichst rasche Anzeige ist auch deshalb zu empfehlen, weil der Versicherungsschutz auch die Abwicklung des Schadensfalles umfasst. Ohne Zustimmung des Versicherers darf der Ersatzanspruch nicht anerkannt werden.

1.1.2.6. Rechtsträger nach dem AHG

Kommt es im Rahmen der Hoheitsverwaltung zu einer Schädigung, hat dafür der Rechtsträger nach dem AHG einzustehen. Als solche kommen die Republik Österreich (Bund), die Bundesländer, die Gemeinden und die Sozialversicherungsträger in Betracht. Entscheidend ist, welche Aufgaben das schädigende Organ wahrgenommen hat (funktionale Zuordnung). Da dies für den Geschädigten oft schwer feststellbar ist, kann er auch jenen Rechtsträger in Anspruch nehmen, dem das Organ organisatorisch zugeordnet ist, bei welchem z. B. das Organ beschäftigt ist. Der Träger der Krankenanstalt wird daher regelmäßig zugleich der organisatorische Rechtsträger nach dem AHG sein.

Auch eine Heilbehandlung kann Teil der Hoheitsverwaltung sein, wenn sie aufgrund einer zwangsweisen Einweisung (OGH SZ 61/8) oder im Rahmen der Unterbringung, und zwar auch bei jener auf eigenes Verlangen, erfolgt. Die Bescheinigung des Amtsarztes nach § 8 UbG, in der die Gründe anzuführen sind, nach denen der Arzt die Voraussetzungen für die Unterbringung als gegeben ansieht, ist ebenfalls dem hoheitlichen Bereich zuzuzählen (vgl. OGH 1 Ob 130/00z).

Folgende Tätigkeiten werden als nicht hoheitlich beurteilt:

- Erstattung von Gutachten als gerichtlicher Sachverständiger,
- Krankenbehandlung in öffentlichen Spitälern (OGH KRSIlg 1994/771),
- Tätigkeit der Schiedsstellen der Ärztekammern (OGH SZ 68/60).

Ob die Doppelfunktion einer Universitätsklinik (Heilbehandlung/Lehre und Forschung) dazu führt, dass eine beiden Bereichen zuzuordnende Tätigkeit (z. B. Anwendung neuer Behandlungsmethoden) als hoheitlich einzustufen ist, hat der OGH offengelassen (RdM 1998/22). Bejaht man dies, haftet der Bund, dem Lehre und Forschung zuzuordnen ist, nach dem AHG. Der OGH hat schließlich die Haftung des Anstaltsträgers (Gemeinde Wien) und des Bundes bejaht, Letztere aber nicht auf das AHG, sondern auf die von ihm angenommene „Betriebsföhreigenschaft“ des Bundes gestützt.

Zu betonen ist, dass das Organ (z. B. Amtsarzt) vom Patienten nicht in Anspruch genommen werden kann. Es haftet ausschließlich der Rechtsträger, der nur bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schädigung Regress nehmen kann. Bei leichter Fahrlässigkeit ist ein Rückgriff ausgeschlossen, bei grobem Verschulden kann der Regressanspruch vom Richter gemäßigt werden.

1.1.3. Die zwei Haftungsszenarien

Grundsätzlich kommen zwei Haftungsgründe in Betracht:

- Behandlungsfehler,
 - mangelnde Aufklärung.
- In den meisten zivilgerichtlichen Verurteilungen wird die Haftung nicht auf das Vorliegen eines Behandlungsfehlers, sondern auf die fehlende oder mangelhafte Aufklärung gestützt. Sorgfältige Aufklärung minimiert das Haftungsrisiko!

Ein Behandlungsfehler liegt dann vor, wenn gegen die anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft verstoßen wird (vgl. § 49 Abs. 1 ÄrzteG und § 8 Abs. 2 KAKuG). Fehlen solche Regeln, weil neue medizinische Methoden (§ 8c Abs. 3 KAKuG) angewendet werden, ist darauf abzustellen, was im Einzelfall als objektiv sorgfältig anzusehen ist. Dabei ist ein Vergleich mit einem sorgfältigen und eifrigen Durchschnittsarzt anzustellen. Bei Beurteilung neuer Methoden spielen die Ergebnisse der Grundlagenforschung und der angewandten Forschung sowie die ärztliche Erfahrung eine gewichtige Rolle.

Der OGH definiert den Behandlungsfehler wie folgt:

Ein Spitalsärzten anzulastendes Fehlverhalten liegt dann vor, wenn diese nicht nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung vorgegangen sind oder die übliche Sorgfalt eines ordentlichen pflichtgetreuen Durchschnittsarztes in der konkreten Situation vernachlässigt haben. (OGH RdM 2001/28)

Zur Zulässigkeit einer Behandlungsmethode führt der OGH Folgendes aus:

Die am Patienten angewendete Behandlungsmethode muss also den Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft und den Regeln der ärztlichen Kunst folgen. Der Arzt handelt nicht fahrlässig, wenn die von ihm gewählte Behandlungsmethode einer Praxis entspricht, die von angesehenen, mit dieser Methode vertrauten Medizinern anerkannt ist, selbst wenn ebenfalls kompetente Kollegen eine andere Methode bevorzugt hätten. Eine Behandlungsmethode ist grundsätzlich solange als fachgerecht anzusehen, als sie von einer anerkannten Schule medizinischer Wissenschaft vertreten wird. (OGH RdM 2001/28)

Der Behandler (die Krankenanstalt) schuldet die nach den konkreten Umständen dem ärztlichen Wissenschaftsstand entsprechende aussichtsreichste Behandlung (OGH SZ 63/90). Der Patient hat Anspruch auf die nach dem Stand der Wissenschaft sichersten Maßnahmen zur Abwendung bekannter Operationsgefahren (OGH 6 Ob 3/98 d).

Wegen fehlender oder mangelhafter Aufklärung ist auch dann zu haften, wenn der Eingriff *lege artis* erfolgt ist und sich lediglich das Operationsrisiko verwirklicht hat. D. h., dass eine Pflicht zum Schadensersatz besteht, obwohl abgesehen von der unzureichenden Aufklärung kein Fehlverhalten gesetzt wurde. Der Grund für dieses vor allem von ärztlicher Seite häufig kritisierte Ergebnis ist in folgender Konstruktion zu sehen: Jeder invasive Eingriff wird als Körperverletzung und damit als an sich rechtswidrig angesehen (Körperverletzungsdoktrin). Erst die Einwilligung des Patienten stelle einen Rechtfertigungsgrund dar, der aber voraussetze, dass eine ordnungsgemäße Aufklärung stattgefunden hat. Unterbleibt also eine Aufklärung, die den Patienten in die Lage versetzt, die Tragweite seiner Erklärung überschauen zu können, liegt keine wirksame Einwilligung vor, sodass der Eingriff rechtswidrig ist. Aus diesem Grund hat der Behandler (Krankenanstalt) für alle Schäden, die durch den Eingriff verursacht werden, zu haften, also auch für die Verwirklichung des Operationsrisikos. Auch dieser Schaden wäre ja nicht eingetreten, wenn die – mangels Zustimmung des Patienten rechtswidrige – Operation unterblieben wäre. Nur wenn nachgewiesen werden kann, dass der Geschädigte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte, scheidet eine Ersatzpflicht aus.

In den Worten des OGH:

Ist aber – wie im vorliegenden Fall – der Arzt seiner Aufklärungspflicht nicht genügend nachgekommen und hat sich bei dem Patienten ein Risiko verwirklicht, über das er hätte aufgeklärt werden müssen, wird der Arzt dafür haftbar, ohne dass es dazu noch des Nachweises des Vorliegens eines hier ebenfalls geltend gemachten Behandlungsfehlers und dessen Kausalität für die beim Patienten eingetretenen Körperschaden bedürfte. (OGH RdM 2001/22)

1.1.4. Der Haftungstatbestand

Sowohl bei der Haftung wegen des Vorliegens eines Behandlungsfehlers als auch bei jener wegen mangelnder Aufklärung besteht die Pflicht zum Ersatz des Schadens nur dann, wenn der Haftungstatbestand vollständig erfüllt ist, der sich aus den Elementen Schaden, Verursachung, Rechtswidrigkeit und Verschulden zusammensetzt.

1.1.4.1. Schaden

Erste Voraussetzung für das Bestehen eines Schadensersatzanspruches ist der Eintritt eines Schadens. Selbst eine vorsätzliche, rechtswidrige Handlung zieht keine Ersatzpflicht nach sich, wenn kein Schaden eingetreten ist. Zivilrechtlich ist der misslungene Versuch einer Schädigung sanktionslos.

Im medizinischen Bereich stehen die Körperverletzung und die Tötung im Zentrum der Betrachtung.

Im Falle einer Körperverletzung (Gesundheitsschädigung, Eingriff in die körperliche Integrität) sind in der Regel folgende Schäden zu ersetzen:

- Heilungskosten,
- Verdienstentgang,
- Schmerzen,
- Verunstaltungen.

In den meisten Fällen ist der Patient sozialversichert. In diesem Fall geht bereits im Zeitpunkt der Schädigung der Anspruch auf die Heilungskosten von Gesetzes wegen auf den Träger der Sozialversicherung über (Legalzession, § 332 ASVG). D. h., dass diese Forderung nicht mehr vom Patienten, sondern ausschließlich vom Sozialversicherungsträger (meistens Krankenversicherung) geltend gemacht werden kann.

Entgegen seiner älteren Judikatur hat der OGH in einer Grundsatzentscheidung eines verstärkten Senates ausgesprochen, dass der Ersatz fiktiver Heilungskosten nicht verlangt werden kann (OGH SZ 70/220). Das bedeutet, dass z. B. die Kosten einer kosmetischen Operation, mit der eine durch einen Behandlungsfehler eingetretene Entstellung gemindert werden soll, nur dann zu bezahlen sind, wenn sie der Patient auch tatsächlich vornehmen lässt. Es ist allerdings ein Vorschuss zu gewähren, der im Falle des Unterbleibens der Operation zurückzuzahlen ist.

In den Worten des OGH:

Die Kosten einer künftigen Heilbehandlung können vom Geschädigten, der die Heilbehandlung ernstlich beabsichtigt, nur vorschussweise begehrt werden. Dem Verletzten gebührt daher kein Ersatz von Heilbehandlungskosten, wenn feststeht, dass die Heilbehandlung unterbleibt. (OGH SZ 70/220)

Kann der geschädigte Patient aufgrund der Gesundheitsschädigung seiner Beschäftigung nicht oder nicht in dem Umfang wie bisher nachgehen, hat er Anspruch auf Ersatz des Verdienstentganges. Auch wenn der Geschädigte vor der Verletzung

kein Einkommen hatte, aber angenommen werden kann, dass er eine berufliche Tätigkeit aufgenommen hätte, ist Ersatz zu leisten. Ein künftiger Verdienstentgang ist durch eine regelmäßige Zahlung (Rente) auszugleichen. Wird die Erwerbsfähigkeit auf Dauer beeinträchtigt (Invalidität), kann der Verletzte auch dann eine Rente beanspruchen, wenn er in concreto keine Einkommenseinbuße erlitten hat (abstrakte Rente). Auch im Haushalt tätige Personen können bei Beeinträchtigung ihrer Fähigkeit zur Haushaltsführung eine sogenannte Hausfrauenrente beanspruchen. In den ersten sechs Wochen hat der unselbstständig beschäftigte Geschädigte keinen Verdienstentgang, weil der Arbeitgeber in dieser Zeit das Entgelt weiterzuzahlen hat (§ 8 AngG, § 2 EFZG). Entgegen seiner früheren Rechtsprechung anerkennt der OGH nunmehr das Recht des Arbeitgebers, das von ihm weiter gezahlte Gehalt vom Schädiger ersetzt zu erhalten.

Der Geschädigte kann auch ein angemessenes Schmerzensgeld verlangen (§ 1325 ABGB). Da es sich beim Schmerz nicht um einen Vermögensschaden, sondern um einen ideellen Schaden (Gefühlsschaden) handelt, stellt die Ausmessung des Schmerzensgeldes die Gerichte vor erhebliche Schwierigkeiten. Sie sind deshalb dazu übergegangen, medizinische Sachverständige mit der Feststellung von „gerafften Schmerzperioden“ zu beauftragen. In dem Gutachten wird ausgesprochen, wie viele Tage an schweren, mittelschweren und leichten Schmerzen durch die Schädigung verursacht wurden. Je nach Intensität des Schmerzes ziehen die Gerichte Tagessätze heran, die dann durch Multiplikation mit den festgestellten Tagen der jeweiligen Schmerzkategorie den Ersatzbetrag ergeben.

Die Tagessätze, die allerdings nicht in ganz Österreich gleich hoch sind, betragen derzeit ca.:

- qualvolle Schmerzen – bis 400 EUR (OLG Graz),
- schwere Schmerzen – 200 bis 300 EUR,
- mittelschwere Schmerzen – 120 bis 200 EUR,
- leichte Schmerzen – 80 bis 120 EUR.

Lange Zeit wurde als – allerdings gesetzlich nicht normierte – Obergrenze des Schmerzensgeldes 1 000 000 ATS (ca. 72 000 EUR) angesehen. Derzeit bewegt sich der OGH bei Extremfällen (z. B. Querschnittslähmung, künstliche Beatmung bei vollem Bewusstsein) im Bereich von 220 000 EUR.

Zu beachten ist, dass der Anspruch auf Schmerzensgeld davon unabhängig ist, ob der Schmerz auch tatsächlich empfunden wird. Deshalb gebührt Schmerzensgeld auch für die Dauer der Bewusstlosigkeit und sogar bei Vorliegen eines apallischen Syndroms. Die Verabreichung schmerzstillender Mittel hat ebenfalls keinen Einfluss auf den Anspruch.

Zieht die Schädigung eine Verunstaltung nach sich, ist auch dafür Ersatz zu leisten (§ 1326 ABGB). Das Gesetz hat hier vor allem Vermögensschäden vor Augen, die z. B. auf die Verschlechterung der Heiratsaussichten von Personen weiblichen Geschlechts zurückzuführen sind. Mittlerweile ist es aber völlig unstrittig, dass diese Bestimmung unabhängig vom Geschlecht anzuwenden ist (z. B. OGH 10 Ob 86/01 x). Letztlich wird zumindest im Ergebnis auch der ideelle Schaden, der in der Verunstaltung liegt, erfasst. Die Obergrenze der Verunstaltungsentschädigung dürfte derzeit bei ca. 25 500 EUR angesiedelt sein.

Hat das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten den Tod eines Menschen zur Folge, sind folgende Schäden zu ersetzen:

- Kosten der versuchten Heilung,
- Bestattungskosten,
- Unterhaltsschaden der Hinterbliebenen,
- Schockschaden,
- Trauerschaden.

Zu den Kosten der versuchten Heilung gilt das oben zur Körperverletzung Gesagte entsprechend. Unter Bestattungskosten sind alle mit dem Tod verbundenen Auslagen zu verstehen. Dazu zählt z. B. neben den Aufwendungen für ein angemessenes Begräbnis auch jene für Trauerkleidung der nächsten Angehörigen und Überführung der Leiche. Den Anspruch hat derjenige, der die Kosten tatsächlich getragen hat.

Regelmäßig den größten Posten macht der Ersatz des Unterhaltsschadens der Hinterbliebenen (§ 1327 ABGB) aus. Darunter versteht man jenen Vermögensnachteil, der dadurch entsteht, dass die Unterhaltsleistungen des Getöteten ausbleiben. Der Anspruch steht nur jenen Personen zu, die nach dem Gesetz einen Unterhaltsanspruch hatten (Kinder, Ehegatte), nicht aber diejenigen, denen der Verstorbene freiwillig oder aufgrund vertraglicher Vereinbarung Unterhalt geleistet hat. Deshalb kann z. B. der Lebensgefährte diesen Schaden nicht ersetzt verlangen. Der Unterhaltsschaden wird in Form einer Rente ersetzt. Überstieg die Unterhaltsleistung den gesetzlichen Unterhaltsanspruch, ist der Ersatz grundsätzlich aufgrund der höheren tatsächlichen Leistung auszumessen.

Wird ein naher Angehöriger getötet, haben auch die Hinterbliebenen einen Anspruch auf Schmerzensgeld für die erlittenen seelischen Schmerzen. Ist beim Angehörigen aufgrund der Tötung eine psychische Störung (z. B. depressive Psychose) eingetreten, der Krankheitswert zukommt, folgt dieser Anspruch einfach daraus, dass in einem solchen Fall auch der Hinterbliebene eine Körperverletzung erlitten hat. Für diese reicht nämlich eine als pathologisch zu qualifizierende psychische Beeinträchtigung aus. Ob diese durch das Unfallereignis selbst oder durch die Unfallnachricht ausgelöst wird, ist bedeutungslos (OGH 2 Ob 79/00 g; 2 Ob 136/00 i). Für die Frage, ob eine psychische Beeinträchtigung als Gesundheitsschädigung anzusehen ist, wird vor allem darauf abgestellt, ob eine Behandlung der psychischen Störung geboten ist und ob sie mit körperlichen Symptomen einhergeht (OGH 2 Ob 84/01 v). Welche Personen unter den Begriff „nahe Angehörige“ fallen, ist noch nicht eindeutig ausjudiziert.

Jedenfalls zählen dazu Eltern, Kinder und Ehegatte, nach einer Empfehlung des Europarates auch die Verlobten. Meines Erachtens wird man auch noch die Lebensgefährten in den Kreis der nahen Angehörigen einzubeziehen haben. Der Empfehlung des Europarates folgend, sollte auch noch eine enge Gefühlsbeziehung zwischen dem Opfer und dem Hinterbliebenen abgestellt werden. Diese durch den Tod eines nahen Angehörigen ausgelösten psychischen Störungen werden – abweichend von der medizinischen Definition des Schocks – als „Schockschäden“ bezeichnet („psychischer Schock“).

Seit dem Jahr 2001 anerkennt der OGH – entgegen seiner früheren Rechtsprechung – nun auch ein Schmerzgeld der nahen Angehörigen eines Getöteten für die „natürliche Trauer“, also für eine Trauerreaktion, die nicht als pathologisch zu beurteilen ist (OGH 2 Ob 84/01 v; 2 Ob 136/00 i). Dieser Trauerschaden ist aber vom Schädiger nur dann zu ersetzen, wenn ihm grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz zum Vorwurf gemacht werden kann. Der OGH hat den Ersatz des Trauerschadens damit begründet, dass das Fehlen einer entsprechenden Regelung eine Gesetzeslücke darstelle, die mit Analogie zu schließen sei. Tatsächlich enthielt die Rechtsordnung bis zu dieser Rechtsprechungsänderung den Wertungswiderspruch, dass bei Tötung eines geliebten Tieres unter Umständen nach § 1331 ABGB der Gefühlsschaden zu ersetzen war („Affektionsinteresse“), nicht aber bei Tötung eines geliebten Menschen. Für die Abgrenzung des Kreises der nahen Angehörigen ist auf das zum Schockschaden Gesagte zu verweisen.

Der OGH im Originalwortlaut:

Der erkennende Senat gelangt somit zum Ergebnis, dass ein Ersatz des Seelenschmerzes über den Verlust naher Angehöriger, der zu keiner eigenen Gesundheitsschädigung im Sinne des § 1325 ABGB geführt hat, nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Schädigers in Betracht kommt. Bei leichter Fahrlässigkeit oder im Fall bloßer Gefährdungshaftung fehlt es hingegen an der erforderlichen Schwere des Zurechnungsgrundes. (2 Ob 84/01 v)

Die bei Körperverletzung und Tötung genannten Schäden sind – mit Ausnahme des Trauerschadens – bereits bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen.

Die Beweislast für den Schadenseintritt trägt der Patient.

1.1.4.2. Verursachung

Der Schädiger hat nur für jene Nachteile einzustehen, die durch sein Verhalten verursacht wurden. Die Verursachung (Kausalität) wird nach der *conditio sine qua non*-Formel geprüft. Das bedeutet, dass man sich in einer Art Gedankenexperiment das Verhalten des potenziell Haftpflichtigen wegdenkt und sich fragt, ob der Schaden dann ebenfalls entfällt. Ist dies der Fall, ist die Kausalität zu bejahen. Wichtig ist zu betonen, dass bei der Prüfung der Verursachung noch nicht auf die Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens abzustellen ist. Es ist nur zu fragen, ob das Verhalten ursächlich war; ob der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn sich der Schädiger rechtmäßig verhalten hätte, darf hier hingegen noch nicht beurteilt werden. Diese Trennung stößt auch in der juristischen Praxis immer wieder auf Schwierigkeiten. Sie ist aber dennoch durchzuführen, weil hinsichtlich dieser beiden Fragen (Kausalität des Verhaltens und Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens) die Beweislast unterschiedlich verteilt ist.

Beispiel Unterscheidung zwischen Kausalität und Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens: Der behandelnde Arzt begeht einen Behandlungsfehler, der zum Tod des Patienten führt. Es lässt sich aber feststellen, dass der Patient auch dann innerhalb weniger Stunden gestorben wäre, wenn die Behandlung *lege artis* erfolgt wäre.

Im Beispielfall ist die Kausalität für den Tod des Patienten zu bejahen, aber die Verursachung des rechtswidrigen Verhaltens zu verneinen. Das sogenannte rechtmäßige Alternativverhalten (Behandlung *lege artis*) hätte nämlich den Tod des Patienten ebenfalls nicht verhindert. Für Ersteres ist der Patient beweispflichtig. Ist ihm der Verursachungsbeweis geglückt, muss der beklagte Arzt beweisen, dass das rechtmäßige Alternativverhalten ebenfalls zum Ableben des Patienten geführt hätte. Gelingt ihm das, scheidet eine Ersatzpflicht aus. Im Beispiel wäre die Haftung also zu verneinen.

➤ Es ist also zu beachten, dass trotz eindeutigen Vorliegens eines Fehlers es zu keiner Haftung kommt, wenn der Fehler den Schaden nicht verursacht hat.

Wie gesagt, ist die Verursachung durch den Patienten zu beweisen. Da ihm dies oft nur sehr schwer möglich ist, hat die Rechtsprechung die Ansicht vertreten, dass dem Patienten Beweiserleichterungen zugute kämen. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht erscheint dies allerdings problematisch. So hat der OGH wiederholt im Zusammenhang mit der Verursachung von einer Beweislastumkehr gesprochen. Soweit damit etwas anderes als der Beweis hinsichtlich des rechtmäßigen Alternativverhaltens gemeint ist, kann dem nicht gefolgt werden.

Die Aussagen des OGH sind allerdings nicht sehr klar:

Diese erwiesene Vertragsverletzung bürdet der Beklagten – ähnlich wie bei der Verletzung eines Schutzgesetzes – den vollen Beweis dafür auf, dass das nach Erfahrung und logischer Erwägung vom Patienten zu tragende natürliche Behandlungsrisiko einer bleibenden Gesundheitsschädigung wesentlich erhöhende Verhalten (Unterlassung einer Fortsetzung der künstlichen Beatmung) im konkreten Behandlungsfall mit größter Wahrscheinlichkeit für die Folgen des während der Operation eingetretenen Herzstillstandes unwesentlich geblieben sei (OGH SZ 63/90; ebenso auch OGH EvBl 1993/32).

Diese Beweislastumkehr hinsichtlich der Verursachung soll offenbar immer schon dann eintreten, wenn ein Behandlungsfehler feststeht und dieser die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts nicht bloß unwesentlich erhöht hat (OGH 6 Ob 3/98 d). Dies ist zu kritisieren, weil richtigerweise der Patient zu beweisen hätte, dass die Kausalität mit einem hohen Maß an Wahrscheinlichkeit gegeben ist (zutreffend OGH 2 Ob 590/92).

Ein allgemeines über den Bereich der Behandlerhaftung hinaus anerkanntes Mittel der Beweiserleichterung stellt die Möglichkeit des Anscheinsbeweises dar. Dieser kommt dem Geschädigten immer dann zu Hilfe, wenn es ihm zwar nicht gelingt, den vollen Beweis für die Kausalität zu erbringen, er aber eine Tatsache beweisen kann, die aufgrund eines Erfahrungssatzes auf die Verursachung schließen lässt. Für den Beklagten besteht hier – anders als bei einer Beweislastumkehr – die Möglichkeit, sich dadurch von der Haftung zu befreien, dass er einen anderen als den typischen Geschehensablauf als nicht unwahrscheinlich darlegt. In der Judikatur wird häufig die Unterscheidung zwischen Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr zu wenig beachtet (vgl. z. B. 6 Ob 3/98 d).

In der rechtswissenschaftlichen Lehre wurden zu speziellen Fallgestaltungen Lösungen entwickelt, nach welchen im Ergebnis ausnahmsweise auf das Kriterium der Verursachung verzichtet wird. Handeln z. B. zwei mögliche Schädiger rechtswidrig und schuldhaft und steht fest, dass einer von beiden den Schaden verursacht hat, haften danach beide solidarisch, obwohl man nicht feststellen kann, wer von den beiden nun tatsächlich kausal war. Man spricht hier von alternativer Kausalität. Diese allgemein anerkannte Lösung ist überzeugend, weil feststeht, dass der Geschädigte Ersatz erhalten soll und man nur nicht weiß, wer zur Leistung verpflichtet ist. Das Risiko der Unauflösbarkeit ist in diesem Fall eher den potenziellen Verursachern zuzumuten, die sich ja beide rechtswidrig und schuldhaft verhalten haben. In manchen Entscheidungen erstreckt der OGH diese Ansicht aber auch auf Fälle, in denen nicht zwei Schädiger miteinander konkurrieren, sondern neben einem Behandlungsfehler als mögliche Ursache das unvermeidbare Operationsrisiko oder ein sonstiger Zufall in Betracht kommt (OGH SZ 68/207; RdW 1997, 394; 6 Ob 36/01 i). Obwohl sich der OGH dabei auf Teile des rechtswissenschaftlichen Schrifttums stützen kann, erscheint diese Meinung nicht unzweifelhaft, weil in einer solchen Konstellation es ja gerade nicht feststeht, dass der Verletzte einen Ersatz erhalten soll. Die Wertung, dass dem Geschädigten jedenfalls eine Entschädigung gebührt, die bei Vorhandensein zweier möglicher Schädiger zur Bejahung der Haftung geführt hat, kann hier dem Gesetz gerade nicht entnommen werden. Eine der potenziellen Ursachen (Operationsrisiko) hat der Geschädigte zu vertreten, weil bei zufälliger Schädigung eben keine Schadensüberwälzung eingreift. Der OGH trägt diesem Umstand nur dadurch Rechnung, dass er eine Schadensteilung eingreifen lässt. Der Verletzte bekommt deshalb in der Regel die Hälfte seines Schadens ersetzt. Da dies letztlich auf eine Haftung nach Wahrscheinlichkeitsquoten hinausläuft, die unserem Recht fremd ist, müsste hingegen richtigerweise die Ersatzpflicht zur Gänze verneint werden.

Der OGH prägte folgenden Rechtssatz:

Da nach den Feststellungen der Vorinstanzen die Instabilität im Wirbelsäulensegment L 3/4 des Klägers mit gleich hoher Wahrscheinlichkeit entweder als Folge der – nicht indizierten – Operation (percutane Nukleotomie) oder – unabhängig von dieser Operation – degenerativ bedingt eingetreten ist, liegt hier ein Fall alternativer Kausalität in Form einer Konkurrenz zwischen einem Haftungsgrund aus einem Behandlungsfehler und einem vom Geschädigten zu vertretenden Zufall vor. Kann nicht festgestellt werden, ob ein in die Risikosphäre des Verletzten fallender Umstand oder das Fehlverhalten eines anderen für den Schaden tatsächlich kausal war, ist der Schaden zwischen dem Geschädigten und dem möglichen Schädiger zu teilen. (OGH 6 Ob 36/01 i)

Lässt sich feststellen, dass der durch den Behandlungsfehler oder durch die mangelhafte Aufklärung verursachte Schaden aufgrund einer krankhaften Anlage des Patienten später in gleicher Weise eingetreten wäre (Anlageschaden), ist nur für den Nachteil zu haften, der im früheren Eintreten des Schadens liegt.

Zum Anlageschaden hat der OGH ausgeführt:

Auszugehen ist von der Feststellung, dass auch bei Unterbleiben der Operation die Querschnittslähmung des Klägers als weitere Folge seiner Erkrankung zu erwarten gewesen wäre. Damit wird das Problem der sogenannten „überholenden oder hypothetischen Kausalität“ angesprochen. In der Praxis spielt das Problem der überholenden Kausalität vor allem bei den sogenannten Anlagefällen eine Rolle: Bei Vorhandensein einer krankhaften Anlage kann sich der Schädiger grundsätzlich auf überholende Kausalität berufen: Seine Ersatzpflicht beschränkt sich auf jene Nachteile, die durch die zeitliche Vorverlagerung des Schadens entstanden sind. Dem Schädiger werden derartige Folgen bis zu dem Zeitpunkt zugerechnet, bis zu dem die Erkrankung auch sonst eingetreten wäre. Für die Berücksichtigung der überholenden Kausalität muss allerdings feststehen, dass der gleiche Erfolg auch ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre; der maßgebende Zeitpunkt muss mit einiger Sicherheit bestimmt werden können. Die Behauptungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der überholenden Kausalität trägt der Schädiger. Dass der Schaden möglicherweise auch ohne die schadenbringende Handlung eingetreten wäre, reicht nicht aus. (OGH SZ 69/199)

1.1.4.3. Rechtswidrigkeit

Oben wurde bereits ausgeführt, dass es zwei Haftungsszenarien gibt, nämlich die Haftung für Behandlungsfehler und mangelhafte Aufklärung. Die Rechtswidrigkeit kann also einerseits darin liegen, dass die Behandlung nicht *lege artis* erfolgt oder darin, dass die Einwilligung des Patienten unwirksam ist, weil ihr keine (ausreichende) Aufklärung vorausgegangen ist.

Im Einzelnen kann sich die Rechtswidrigkeit aus Folgendem ergeben:

- Behandlungsvertrag,
- Schutzgesetze (§ 1311 ABGB),
- Verletzung eines absoluten Rechts.

Ein und dasselbe Verhalten kann aus allen drei Gründen rechtswidrig sein: Unterbleibt z. B. die Aufklärung des Patienten, wird dadurch gegen den Behandlungsvertrag verstoßen, weil aus diesem – auch wenn das nicht ausdrücklich erwähnt wird – eine Pflicht zur Aufklärung abzuleiten ist. Es wird aber auch gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen (§ 110 StGB: eigenmächtige Heilbehandlung; § 8 Abs. 3 KAKuG), die den Schutz des Patienten zum Ziel haben und deshalb als Schutzgesetze anzusehen sind (OGH RdM 1994/25). Aufgrund der Körperverletzungsdoktrin stellt das Verhalten aber auch einen Eingriff in das Rechtsgut der Gesundheit dar, das absoluten Schutz genießt.

Der Grund für die Unterscheidung dieser Anspruchsgrundlagen liegt darin, dass die Strenge der Haftung von oben nach unten abnimmt. Am schärfsten ist die Haftung aufgrund einer Vertragsverletzung, am mildesten ist sie dann, wenn sie ausschließlich auf die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts gestützt werden kann.

Wird gegen vertragliche Pflichten verstoßen,

- hat der Vertragspartner für alle Hilfspersonen einzustehen (Erfüllungsgehilfenhaftung, § 1313 a ABGB);
- greift eine Beweislastumkehr zugunsten des Geschädigten ein (§ 1298 ABGB);
- ist auch für bloße Vermögensschäden zu haften (also für Schäden, die keine Folge eines Eingriffs in absolute Rechte sind, z. B. zweckverfehlende Aufwendungen).

Bei Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 1311 ABGB) greift die Erfüllungsgehilfenhaftung nicht ein, und auch die Haftung für bloße Vermögensschäden besteht nicht in allen Fällen.

Wird ein absolutes Recht (z. B. Leben, Gesundheit, Eigentum) beeinträchtigt, ohne dass damit zugleich eine Vertrags- oder eine Schutzgesetzverletzung begangen wird, besteht keine der erwähnten Haftungsverschärfungen.

Die an sich gegebene Rechtswidrigkeit kann durch Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen werden. Wie erwähnt, ist einer der wichtigsten Rechtfertigungsgründe die Einwilligung des Patienten. Ist ein Eingriff dringend notwendig und kann die Zustimmung des Patienten bzw. seines Vertreters deshalb nicht abgewartet werden, stellt auch dies einen die Rechtswidrigkeit ausschließenden Grund dar (§ 8 Abs. 3 KAKuG, § 110 Abs. 2 StGB). Daneben ist auch noch an die Rechtfertigungsgründe der mutmaßlichen Einwilligung, der Pflichtenkollision und des rechtfertigenden Notstandes zu denken.

Wen die Beweislast für die die Rechtswidrigkeit begründenden Tatsachen trifft, hängt davon ab, ob die Haftung vom Kläger mit einem Behandlungsfehler oder mit der Mangelhaftigkeit der Aufklärung begründet wird. Das Vorliegen eines Behandlungsfehlers hat der Patient zu beweisen (OGH 6 Ob 3/98d). Dass der Patient ausreichend aufgeklärt wurde, hat hingegen der Behandler (Krankenanstalt) zu beweisen (OGH RdM 1994/2; 3 Ob 130/01 s). Letzteres folgt aus der Körperverletzungsdoktrin, nach der die Aufklärung ein Teil des Rechtfertigungsgrundes „Einwilligung“ ist. Das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes hat der Schädiger zu beweisen.

Werden Dokumentationspflichten verletzt, begründet dies die Vermutung, dass die nicht dokumentierte Maßnahme nicht gesetzt wurde (OGH RdM 1999/12; RdM 2002/4). Da auch die Aufklärung in der Krankengeschichte (§ 10 Abs. 1 Z 2 a KAKuG) bzw. in den ärztlichen Aufzeichnungen (§ 51 Abs. ÄrzteG) zu dokumentieren ist, kann jedenfalls bei mangelhafter Dokumentation auch damit die Ansicht des OGH gerechtfertigt werden, dass hinsichtlich der Aufklärung der Aufklärungspflichtige den Beweis zu erbringen hat.

Misslingt der Beweis der ordnungsgemäßen Aufklärung, kommt es dann zu keiner Haftung, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Patient auch zugestimmt hätte, wenn er ausreichend aufgeklärt worden wäre. Dies ist einer jener Fälle, in denen das rechtmäßige Alternativverhalten (die Aufklärung) den Schaden ebenfalls verursacht hätte. Der Patient hätte ja das Behandlungsrisiko, dessen Verwirklichung zum Schaden geführt hat, auf jeden Fall in Kauf genommen. Auch diesbezüglich trifft den Behandler (Krankenanstalt) die Beweislast (OGH RdM 1999/11; RdM 2000/2; RdM 2001/28). Da dieser Beweis sehr schwer zu führen ist, trifft den Patienten eine sogenannte Substantiierungspflicht: Er hat substantiiert darzulegen, dass er bei ausreichender Aufklärung zum damaligen Zeitpunkt vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden wäre, aus dem heraus die von ihm behauptete Ablehnung der Behandlung verständlich wird (OGH RdM 2000/2). Dabei ist nicht die Entscheidung eines „vernünftigen Patienten“ als Maßstab heranzuziehen, vielmehr ist auf die persönliche Entscheidungssituation des Patienten abzustellen.

1.1.4.4. Verschulden

Obwohl das Verschulden dem hier relevanten Haftungsbereich den Namen gibt (Verschuldenshaftung), spielt sie bei der Haftung der Sachverständigen keine allzu große Rolle. Dies deshalb, weil beim Sachverständigen nicht nur – wie beim Laien – Fleiß und Aufmerksamkeit, sondern auch Fähigkeiten und Kenntnisse objektiv zu beurteilen sind (§ 1299 ABGB). Ein Laie kann sich zwar nicht damit „entschuldigen“, dass er auch in eigenen Angelegenheiten sorglos ist, er kann aber geltend machen, dass seine Fähigkeiten und Kenntnisse nicht dafür ausgereicht haben, den Schadenseintritt zu vermeiden. Der Sachverständige kann sich hingegen auch darauf nicht berufen. Er muss sich daran messen lassen, was man von einem Sachverständigen seiner Profession erwarten darf. Seine mangelnde subjektive Eignung entlastet ihn also nicht.

Als Sachverständiger ist nicht nur der anzusehen, der eine entsprechende Ausbildung und berufliche Erfahrung hat, sondern jeder, der als Sachverständiger auftritt. Der Grund dafür liegt in einer Art Übernahmefahrlässigkeit. Damit bezeichnet man den Vorwurf, der einer Person zu machen ist, die Aufgaben übernimmt, denen sie nicht gewachsen ist. Bei der Objektivierung des Beurteilungsmaßstabes für Sachverständige kommt es aber – anders als bei der Übernahmefahrlässigkeit – nicht einmal darauf an, ob der Schädiger erkennen konnte, dass seine Fähigkeiten nicht ausreichen. Die Haftung greift auch dann ein, wenn dies nicht der Fall ist.

Wenn es um die Haftung des Sachverständigen geht, folgt das Verschulden also in der Regel bereits aus der Rechtswidrigkeit. Ausnahmen davon bestehen nur, wenn dem Schädiger z. B. wegen einer psychischen Störung oder Unterschreitung der Altersgrenze von 14 Jahren die Deliktsfähigkeit fehlt oder Schuldausschließungsgründe (entschuldigender Notstand) vorliegen.

Deshalb spielt auch die Beweislastumkehr, die bei Vertragshaftungen (§ 1298 ABGB) und nach herrschender Ansicht auch bei Schutzgesetzverletzungen den Schädiger mit dem Entlastungsbeweis hinsichtlich des Verschuldens belastet, bei der Sachverständigenhaftung eine geringe Rolle.

Schon bedeutender ist die Unterscheidung nach Verschuldensgraden. Dabei unterscheiden wir:

- leichte Fahrlässigkeit,
- grobe Fahrlässigkeit,
- Vorsatz.

Unter leichter Fahrlässigkeit ist ein Verschulden zu verstehen, das auch einem sorgfältigen Menschen der Bezugsgruppe (z. B. Zahnarzt, Diplomkrankenschwester, Diplomhebamme) unterlaufen kann. Grobe Fahrlässigkeit liegt hingegen dann vor, wenn es sich um ein Verhalten handelt, das von einer an sich sorgfältigen Vergleichsperson nie gesetzt würde. Auch der Vorsatz lässt sich noch steigern (Wissentlichkeit, Absicht). Die leichteste Form des Vorsatzes wird *dolus eventualis* (Eventualvorsatz) genannt. Er liegt dann vor, wenn der Schädiger sich der Rechtswidrigkeit bewusst ist, er den Schaden vorhersieht und sich mit seinem Eintritt abfindet.

Anders als im Strafrecht ist im Zivilrecht nicht die Trennung zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz, sondern jene zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit entscheidend. Ab grobem Verschulden ist nämlich der Umfang des Schadensersatzes größer, weil der Ersatz auch den entgangenen Gewinn umfasst. Zu beachten ist aber, dass mit Ausnahme des Trauerschadens alle oben angeführten Schäden (auch der Verdienstentgang) bereits bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen sind.

Wegen der Beweislastumkehr (§ 1298 ABGB) hat der Behandler zu beweisen, dass ihm keine leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Wie gesagt, kommt dieser Beweislastumkehr für das Verschulden bei Sachverständigen keine entscheidende Bedeutung zu, weil das Verschulden fast immer schon dann feststeht, wenn man die Rechtswidrigkeit bejaht hat. Dass dem Behandler ein grobes Verschulden oder gar Vorsatz vorzuwerfen ist, hat der Patient zu beweisen. Lediglich dann, wenn die Haftung für leichte Fahrlässigkeit vertraglich ausgeschlossen wird, hat der Schädiger sich auch vom Vorwurf der groben Fahrlässigkeit freizubeweisen (§ 1298 Satz 2 ABGB). Da in unserem Zusammenhang eine Haftungsfreizeichnung nicht zulässig ist, hat diese Vorschrift hier keinen Anwendungsbereich. Das heißt, dass in allen Fällen der Patient die Beweislast hinsichtlich der groben Fahrlässigkeit trägt.

Trifft den Patienten ein Mitverschulden an seinem Schaden, ist der Ersatzanspruch zu mindern (§ 1304 ABGB). Ein solches Mitverschulden des Geschädigten liegt z. B. dann vor, wenn er sich nach einer Schädigung aufgrund eines Behandlungsfehlers sich einer zumutbaren Nachbehandlung nicht unterzieht, obwohl diese den Schaden gemindert hätte. Auch das Nichtaufsuchen einer Klinik bei Auftreten von Komplikationen kann ein Mitverschulden darstellen. Dass den Patienten ein Mitverschulden trifft, muss der Behandler beweisen.

Der OGH hat Folgendes ausgesprochen:

Das Berufungsgericht hat die Entscheidung 3 Ob 2121/96z = RdM 1998, 57 ausdrücklich berücksichtigt, wonach den Patienten bei Geltendmachung eines Schmerzensgeldes dann ein Mitverschulden trifft, wenn er die vereinbarte Nachbehandlung nicht wahrnimmt und bei Komplikationen nicht, wie ihm vom behandelnden Arzt empfohlen, Notarzt oder Klinik aufsucht. (...) Bei der Beurteilung, was dem Geschädigten im Rahmen der Schadensminderungspflicht zumutbar ist, kommt es wesentlich auf die Umstände des Einzelfalles an. (3 Ob 17/02z)

1.1.5. Übersicht zur Beweislast

Im Folgenden wird die Beweislastverteilung schematisch dargestellt. Hinsichtlich der genaueren Ausgestaltung wird auf die Ausführungen zur Beweistragung in den einzelnen Unterkapiteln verwiesen.

- | | |
|---|-------------------------|
| ■ Schaden: | Patient |
| ■ Verursachung: | grundsätzlich Patient |
| ● Beweiserleichterungen: | |
| – Zum Teil: Beweislastumkehr | |
| – Anscheinsbeweis | |
| – Alternative Kausalität mit Operationsrisiko | |
| ■ Rechtswidrigkeit: | grundsätzlich Patient |
| – Behandlungsfehler: | Patient |
| – Bei Dokumentationsmangel: | Behandler |
| – Aufklärung: | Behandler |
| – Zustimmung bei Aufklärung: | Behandler |
| ■ Verschulden: | |
| – Deliktisch: | Patient |
| – Vertrag: | Behandler (§ 1298 ABGB) |
| – Grobe Fahrlässigkeit: | Patient |
| – Vorsatz: | Patient |
| – Mitverschulden des Patienten: | Behandler |

1.1.6. Haftungsfreizeichnung?

Nach § 6 Abs. 1 Z 9 KSchG sind vertragliche Haftungsausschlüsse für Personenschäden dann unzulässig, wenn der sich von der Haftung Freizeichnende Unternehmer und der Vertragspartner Verbraucher ist. Da diese Voraussetzung sowohl bei Krankenanstalten als auch bei freiberuflichen Behandlern erfüllt ist, ist ein Ausschluss oder auch nur eine Einschränkung der Haftung für Personenschäden unwirksam. Selbst außerhalb des KSchG werden Haftungsfreizeichnungen für Personenschäden von der Rechtsprechung jedenfalls dann als sittenwidrig angesehen, wenn sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind (OGH SZ 71/58; JBl 2001, 590). Von diesen vor der Schädigung erfolgenden Haftungsausschlüssen sind danach erfolgende Schadensregulierungen durch Abfindungsvergleich zu unterscheiden.

- Haftungsausschlüsse für Personenschäden sind unwirksam und sollten deshalb unterbleiben.

1.1.7. Abfindungsvergleich

Sehr häufig werden Schadensersatzansprüche nicht gerichtlich geltend gemacht, sondern durch Abschluss eines Vergleiches (Abfindungsvergleich) außergerichtlich reguliert. Das Wesen dieses Vertrages besteht darin, dass Streitigkeiten und Unsicherheiten über das Bestehen und die Höhe des Anspruchs endgültig bereinigt werden. Das heißt, dass selbst dann, wenn sich später herausstellen sollte, dass die Forderung in Wirklichkeit höher oder geringer war oder auch überhaupt nicht bestanden hat, es in aller Regel bei den im Vergleich festgelegten Beträgen bleibt. Ein dabei unterlaufener Irrtum kann nur in ganz engen Grenzen berücksichtigt werden, nämlich dann, wenn er sich auf Tatsachen bezieht, die beide Vertragsteile als sicher feststehend angenommen haben.

Regelmäßig beziehen sich solche Abfindungsvergleiche nicht nur auf die bekannten und erkennbaren, sondern auch auf unerkennbare und unvorhersehbare Schäden. Übersteigt der Anspruch aus dem unvorhergesehenen Schaden den Abfindungsbetrag bei weitem, sodass es zu einem dem Verletzten unzumutbaren Missverhältnis kommt, ist eine solche Klausel sittenwidrig und damit wirkungslos. Der Geschädigte kann in einem solchen Fall trotz Abfindungsvergleichs aus den unerkennbaren und unvorhersehbaren Verletzungsfolgen Ersatzansprüche ableiten.

In den Worten des OGH:

Als sittenwidrig ist eine Abfindungsklausel jedenfalls dann anzusehen, wenn der Eintritt nicht vorhergesehener Folgen zu einem ganz krassen und dem Geschädigten völlig unzumutbaren Missverhältnis zwischen Schaden und der bloß auf Basis der bekannten Folgen errechneten Abfindungssumme führt. Der Schädiger beziehungsweise dessen Versicherer kann sich wegen Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB auf eine solche Klausel nicht mit Erfolg berufen. (OGH SZ 70/139)

- Um eine endgültige Schadensregulierung zu erreichen, müsste auch eine Risikoabgeltung für die Möglichkeit des Hervorkommens unerkennbarer und unvorhersehbarer Gesundheitsbeeinträchtigungen in relevanter Höhe bezahlt werden. Dabei sind die Wahrscheinlichkeit und die Höhe des Schadens in Anschlag zu bringen.

1.1.8. Verjährung

Schadensersatzansprüche verjähren drei Jahre nach Kenntnis von Schaden und Schädiger (§ 1489 ABGB). Das bedeutet, dass der geschädigte Patient den Schadensersatzanspruch grundsätzlich innerhalb von drei Jahren gerechnet ab jenem Zeitpunkt gerichtlich geltend machen muss, in dem er den Schaden und den Schädiger kennt. Tut er dies nicht, geht sein Klagerecht verloren. Die absolute Verjährungsfrist beträgt 30 Jahre. Werden also dem Verletzten Schaden und Schädiger nicht bekannt, verjährt sein Recht nach 30 Jahren. Ersatzansprüche aus einer gerichtlich strafbaren Handlung, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, verjähren in jedem Fall erst nach 30 Jahren. Da z. B. die Strafdrohung bei eigenmächtiger Heilbehandlung sechs Monate beträgt, gilt für daraus abgeleitete Schadensersatzforderungen wegen Fehlens einer wirksamen Einwilligung die dreijährige Verjährungsfrist.

Ansprüche aus vorhersehbaren Folgeschäden beginnen mit dem Eintritt des Erstschadens zu verjähren. Um zu verhindern, dass die Frist verstreicht, bevor auf Leistung von Schadensersatz geklagt werden kann, muss auf Feststellung geklagt werden.

Führen Schädiger und Geschädigter Vergleichsverhandlungen, tritt eine sogenannte Ablaufshemmung ein. Das bedeutet, dass für die Dauer der Verhandlungen der Anspruch nicht verjährt. Scheitern sie, muss allerdings – wenn in der Zwischenzeit die Dreijahresfrist verstrichen ist – innerhalb einer kurzen zur Klageeinbringung notwendigen Frist geklagt werden. Vergleichsverhandlungen setzen allerdings voraus, dass wechselseitige Vergleichsvorschläge erstattet werden.

§ 58 a Abs. 1 ÄrzteG sieht darüber hinaus eine Hemmung vor. Sie tritt dann ein, wenn eine Schadensersatzforderung schriftlich gestellt wird und der darin bezeichnete Schädiger, sein Vertreter, der Haftpflichtversicherer oder der Anstaltsträger schriftlich erklärt hat, zur Verhandlung über eine außergerichtliche Regelung der Angelegenheit bereit zu sein. Diese Regelung wirft einige Fragen auf, die hier nicht ausführlich erörtert werden können. So bringt das Gesetz z. B. nicht eindeutig zum Ausdruck, ob es sich um eine Ablaufs- oder eine Fortlaufshemmung handelt. Bei letzterer bleibt der Fristenlauf gleichsam stehen, sodass nach Wegfall des Hemmungsgrundes jener Teil der Frist, der im Zeitpunkt des Beginns der Hemmung noch nicht verstrichen war, noch offen ist. Bei der Ablaufshemmung läuft die Frist hingegen weiter, sie kann nur nicht ablaufen (siehe vorigen Absatz). Wegen der Ähnlichkeit zur Hemmung durch Vergleichsverhandlungen wird man wohl eine Ablaufshemmung anzunehmen haben. Offenbar soll eine Hemmung dem potenziellen Schädiger gegenüber auch dann eintreten, wenn sich nicht er, sondern z. B. bloß der Anstaltsträger zu Verhandlungen bereit erklärt hat. Dies erscheint problematisch. Hält man dies für richtig, muss eine Pflicht des Trägers angenommen werden, den Arzt zu verständigen, damit dieser die Hemmung ihm gegenüber durch die Erklärung, dass er nicht verhandlungswillig ist, beendet (vgl. § 58 a Abs. 1 letzter Satz ÄrzteG).

Die Hemmung tritt auch dann ein, wenn ein angeblich Geschädigter oder der potenzielle Schädiger einen Patientenanwalt oder eine ärztliche Schlichtungsstelle (die nicht unbedingt bei den Ärztekammern eingerichtet sein muss) schriftlich um Vermittlung ersucht (§ 58 a Abs. 1 Satz 2 ÄrzteG).

Bei beiden Hemmungsgründen des § 58 Abs. 1 ÄrzteG endet die Hemmung dann, wenn eine der beiden Seiten oder der Patientenanwalt (Schlichtungsstelle) schriftlich erklärt, dass die Verhandlungen als gescheitert angesehen werden, jedenfalls aber nach 18 Monaten (§ 58 a Abs. 1 letzter Satz ÄrzteG). Werden auch nach Ablauf der 18-monatigen Frist noch Vergleichsverhandlungen geführt, bewirken diese das Weiterbestehen der Ablaufshemmung (siehe oben).

Anders als der allgemeine Hemmungsgrund der Vergleichsverhandlungen gilt § 58 a ÄrzteG nur für Ärzte, nicht auch für andere Angehörige von Gesundheitsberufen.

Entsprechung und Abweichungen nach deutschem Arzthaftungsrecht

Prof. Dr. Wolfgang Voit, Philipps-Universität Marburg

I. Vertrag und Delikt – Verschiebung der Gewichte durch § 253 Abs. 2 BGB

Das deutsche Recht kennt – wie das österreichische auch¹ – die Dichotomie der Ansprüche aus Vertragsrecht und aus Deliktsrecht. Dabei hat sich die Ausgestaltung der Pflichten und der Sorgfaltsmaßstab bei der Pflichtenerfüllung in Deutschland ganz weitgehend angenähert. In vielen Lehrbüchern verzichtet man ganz darauf, bei der Darstellung des Arzthaftungsrechts zwischen diesen Pflichten zu differenzieren. Man spricht von Berufspflichten des Arztes und meint damit Sorgfaltspflichten, die der Arzt als Vertragspartner und als Operateur und damit als jemand, der die körperliche Integrität verletzt, in gleicher Weise zu beachten hat. Diese Gleichschaltung vertraglicher und deliktsrechtlicher Pflichten hat ihren Grund darin, dass in Deutschland ein Schmerzensgeldanspruch bis zum Jahre 2002 nur auf der Grundlage deliktsrechtlicher Ansprüche gewährt wurde (vgl. § 847 BGB aF). Erst die unerlaubte Handlung führte zu einer billigen Entschädigung des immateriellen Schadens, während bei anderen Anspruchgrundlagen, insbesondere bei der Verletzung vertraglicher Verpflichtungen, der Ersatz immaterieller Schäden ausgeschlossen war, § 253 Abs. 1 BGB aF. Dieser Umstand führte dazu, dass nahezu alle Entscheidungen zum Arzthaftungsrecht die deliktsrechtlichen Ansprüche in den Vordergrund stellten.

Eine weitere Konsequenz des eingeschränkten Schmerzensgeldanspruchs lag darin, dass bei einer stationären Behandlung Ansprüche gegen den Krankenhausträger, der auch in Deutschland regelmäßig Vertragspartner des Krankenhausaufnahmevertrages ist, nur dann die Entschädigung wegen immaterieller Schäden umfassen, wenn den Krankenhausträger auch eine deliktsrechtliche Verantwortung trifft. Da nach deutschem Deliktsrecht aber der Geschäftsherr sich für eine unerlaubte Handlung seiner Gehilfen exkulpieren kann, wenn er die Hilfsperson sorgfältig ausgewählt und überwacht hat, konnte ein Schmerzensgeldanspruch gegenüber dem Krankenhausträger nur darauf gestützt werden, dass er eigene Organisationspflichten verletzt hat. Dies hat in Deutschland zu einer sehr weiten Ausgestaltung der deliktsrechtlichen Organisationspflichten im Krankenhaus geführt. Da dennoch die Anspruchsdurchsetzung wegen immaterieller Schäden gegenüber dem Krankenhausträger problematisch blieb, wurde zusätzlich stets der operierende Arzt selbst in Anspruch genommen, wenn der Patient einen Behandlungsfehler vermutete.

Diese Ausgangslage der Arzthaftung hat sich durch die Einführung eines Ersatzanspruchs für immaterielle Beeinträchtigungen auch im Vertragsrecht völlig verändert. Seit der Neuregelung des § 253 Abs. 2 BGB besteht die Möglichkeit, den Vertragspartner bei Behandlungsfehlern durch einen Erfüllungsgehilfen auf Ersatz der materiellen und der immateriellen Schäden in Anspruch zu nehmen. Steht der Fehler des behandelnden Arztes fest, so kommt es für Ersatzansprüche gegen den Krankenhausträger auf ein eigenes Organisationsverschulden nicht an. Damit entfällt im Grundsatz auch die Notwendigkeit, den Arzt persönlich für den Schaden in Anspruch

zu nehmen. Allerdings kann sich dies aus prozessualen Gründen empfehlen, denn als Partei des Rechtsstreits scheidet eine Vernehmung des Arztes als Zeuge aus. Deshalb wird man auch in Zukunft von einem Prozess gegen Krankenhaus und Arzt ausgehen müssen.

Auch wenn die Folgen dieser Entwicklung heute kaum spürbar sind, wird sich langfristig deshalb die Anspruchsdurchsetzung stärker auf das Vertragsrecht stützen. Im Gegenzug könnten die Veränderungen des Deliktsrechts zurückgenommen werden, die von der Rechtsprechung entwickelt wurden. Zur Verdeutlichung seien an dieser Stelle nur die starke Ausprägung der Organisationspflichten und die Bestimmung des Fahrlässigkeitsmaß durch Berufsstandards genannt. Diese können sich je nach dem Zuschnitt des Krankenhauses unterscheiden. Das ist aber dem Deliktsrecht als einem Recht im Jedermann-Kontakt eigentlich fremd. Obwohl durch den neuen § 253 Abs. 2 BGB die drängende Notwendigkeit einer solchen Ausweitung des Deliktsrechts entfallen ist, sind wir von einer Rücknahme dieser Entwicklung derzeit noch weit entfernt.

II. Vertragliche Beziehungen bei der ärztlichen Behandlung

1. Totalaufnahmevertrag – Wahlleistungsvertrag – gespaltener Vertrag

Nach dem deutschen Recht kommt durch die Erklärungen anlässlich der Aufnahme in das Krankenhaus ein Vertrag zustande, der die gesamte Behandlung einschließlich der Pflege bis hin zur Verpflegung umfasst. Daneben können mit einzelnen Ärzten Sondervereinbarungen oder Wahlvereinbarungen getroffen werden. Dazu ist wegen § 22 Abs. 2 Bundespflegesatzverordnung die Schriftform erforderlich². Auch wenn eine Sondervereinbarung getroffen ist, ändert diese in der Regel an der umfassenden vertraglichen Verpflichtung des Krankenhauses nichts³. Anders verhält es sich, wenn die Parteien eindeutig einen gespaltene Krankenhausvertrag geschlossen haben, so wie dies bei Belegärzten häufig der Fall ist. Dort ist regelmäßig allein der Belegarzt zur Erbringung der ärztlichen Leistung verpflichtet, während das Krankenhaus die gesamte sonstige Versorgung einschließlich der Notfallversorgung und die Bereitstellung der technischen und räumlichen Vorrichtungen für die Behandlung schuldet⁴.

Die deutsche Rechtslage ist also in etwa mit der in Österreich vergleichbar, denn auch dort kommt bei Sonderklassepatienten ein zusätzlicher Vertrag mit dem behandelnden Arzt zustande, ohne dass damit das Krankenhaus aus seiner Verpflichtung entlassen wird, und auch dort kennt man den gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag⁵.

2. Vertragliche Beziehungen bei Kassenpatienten

Wie die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungserbringern und Patienten, die gesetzlich krankenversichert sind, einzuordnen sind, ist immer wieder Gegenstand von Diskussionen. Das Problem fußt auf dem sozialversicherungsrechtlichen Sachleistungsprinzip, das dafür spricht, die Krankenkassen als „Einkäufer“ der Behandlungsleistung zu sehen, die dann wiederum die Kassen ihren Mitgliedern als Sachleistung zur Verfügung stellen. Der Pflichtenstandard für die Ärzte ergibt sich dann aus einer Norm, die eine Gleichbehandlung mit dem bürgerlich-rechtlichen Sorgfaltsmaßstab anordnet (§ 76 Abs. 4 SGB V). Diese Konstruktion, die jetzt insbesondere auch bei der

Arzneimittelversorgung durch Internet-Apotheken diskutiert wird⁶, ist jedenfalls aus Sicht des Zivilrechts und der Rechtsprechung des BGH im Bereich des Krankenhausvertrages abzulehnen. Wie der BGH auch in einer aktuellen Entscheidung betont⁷, kommen auch beim gesetzlich Krankenversicherten unmittelbar vertragliche Beziehungen zum Krankenhausträger zustande. Diese werden sozialrechtlich überlagert, insbesondere dadurch, dass der Patient von einer Vergütungspflicht freigestellt wird. Für haftungsrechtliche Fragen kann dieses Problem aber in aller Regel dahinstehen, weil der Pflichtenstandard durch § 76 Abs. 4 SGB V harmonisiert wird.

III. Einwilligung und Aufklärung

1. Entwicklung der Anforderungen an Einwilligung und Aufklärung

Welche Anforderungen an die ärztliche Aufklärung und damit an eine wirksame Einwilligung des Patienten zu stellen sind, gehört zu den wichtigsten Fragen des Arzthaftungsrechts. Dieser Problemkreis betrifft das Vertrags- und Deliktsrecht in gleicher Weise. Während jedoch in Österreich die Anforderungen an die Aufklärung und die Einwilligung gesetzlich oder durch Vereinbarung zwischen dem Bund und einzelnen Ländern geregelt sind, ist dies in Deutschland nicht der Fall. Dennoch stimmen die Grundsätze der Einwilligung und der Aufklärung ganz weitgehend überein. Erforderlich ist eine Aufklärung, die eine Entscheidung ohne Zeitdruck ermöglicht und bei der der Patient über die Risiken der Behandlung und mögliche Alternativen so informiert wird, dass ihm eine eigenverantwortliche Entscheidung möglich ist⁸. Zu diesem Problemkreis gibt es sehr viele Einzelfragen, die vom Zeitpunkt der Einwilligung⁹ bis hin zum Verschweigen von Risiken im Interesse des Patienten¹⁰ reichen. Auf einige aktuelle Fragestellungen soll im Folgenden kurz eingegangen werden.

2. Aufklärung über nicht kassenfinanzierte Leistungen

Angesichts knapper Budgets wird die Frage immer drängender, ob der Arzt auch über Behandlungsalternativen aufklären muss, die aus medizinischer Sicht vorzuzugswürdig sind, deren Kosten aber von der gesetzlichen Krankenversicherung nicht übernommen werden. Es soll dabei an dieser Stelle weniger um eine Informationspflicht des Arztes gehen, wenn er eine solche, von der Versicherung nicht gedeckte Methode wählt. Diese Informationspflicht besteht; wird sie verletzt, so entstehen Schadensersatzansprüche, und der Vergütungsanspruch des Arztes kann entfallen. Das ist wenig problematisch. Es geht auch nicht um die Frage, ob nicht die gesetzliche Krankenversicherung ohnehin in Wirklichkeit alle Kosten übernimmt, die medizinisch notwendig sind. Selbst wenn das richtig ist, kann der Fall auftreten, dass der Arzt der Auffassung ist, medizinisch sei eine andere, von der Kasse nicht übernommene Behandlung sachgerecht oder es sei eine Behandlung erforderlich, die aus der pauschalen Vergütung nicht zu finanzieren ist. Hält man sich die besondere Bedeutung einer Heilbehandlung für den Patienten vor Augen und bedenkt man, für wie wichtig man die selbstbestimmte Entscheidung des Patienten ansieht, dann scheint es keinen Zweifel daran zu geben, dass eine solche Aufklärung erforderlich ist. Der Patient muss selbst entscheiden, ob er eigene Mittel aufbringen will, wenn er eine solche abweichende Behandlung wünscht.

Umso bemerkenswerter ist es, dass sich in Deutschland die gegenteilige Auffassung durchzusetzen scheint. In dem Buch von Steffen und Dressler, renommierten Richtern am Bundesgerichtshof, wird eine solche Pflicht verneint¹¹, ja zur Vermeidung einer Verunsicherung des Patienten sogar von einer Information abgeraten. Auch in einigen Entscheidungen wird diese Auffassung vertreten: So soll ein Zahnarzt davon ausgehen können, dass ein Kassenpatient auch nur die Leistungen wünsche, die von der Kasse übernommen werden, sodass er über Alternativen in der Regel nicht aufklären müsse¹².

Aber auch die Verfechter dieser Auffassung bestreiten nicht, dass jedenfalls dann eine Aufklärung erforderlich ist, wenn die abweichende Methode aus medizinischer Sicht ganz deutliche Vorzüge hat. Bei geringerem Vorzug der abweichenden Methode kann meines Erachtens eine Einschränkung der Aufklärung nur dann gerechtfertigt sein, wenn die Zusatzkosten mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit vom Patienten nicht investiert werden und eine Verunsicherung vermieden werden soll. An diesem Punkt findet die Einschränkung der Aufklärung eine Entsprechung beim sogenannten therapeutischen Privileg, also bei dem Unterlassen der Aufklärung, um den Krankheitsprozess nicht durch nicht mehr hinnehmbare psychische Belastungen zusätzlich zu erschweren¹³.

Dagegen darf das Argument, das Vertrauen der Patienten in eine umfassende Versorgung durch die gesetzliche Krankenversicherung mit allen medizinisch erforderlichen Leistungen dürfe nicht zerstört werden, nicht gelten. Mit diesem Argument löst man die Frage der Rationierung der Gesundheitsleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung auf Kosten des Selbstbestimmungsrechts der Patienten. Es zählt aber gerade zu den Aufgaben des Haftungsrechts, derartigen Eingriffen entgegenzutreten.

3. Aufklärung über andernorts vorhandene, überlegene technische Möglichkeiten

Eng damit verwandt ist die Frage, ob der Arzt fehlerhaft handelt, wenn er wegen älterer medizinischer Geräte eine eingeführte und anerkannte Behandlungsmethode anwendet, obwohl andere Ärzte oder Krankenhäuser mit neuerer technischer Ausstattung Methoden verwenden, die für den Patienten geringere Risiken mit sich bringen. Auch in dieser Frage hat der BGH dem Amortisierungsinteresse des Arztes oder der Krankenhäuser den Vorrang eingeräumt. Es könne nicht erwartet werden, dass die technische Ausstattung stets dem neuesten Stand entspreche. Eine Aufklärung über bessere technische Behandlungsmöglichkeiten sei nur dann erforderlich, wenn diese erhebliche Vorteile oder erheblich niedrigere Risiken mit sich bringen¹⁴. Angesichts der hohen Kosten moderner medizinischer Behandlung und der Diskussion um die Finanzierbarkeit des Gesundheitssystems kann man für diese Entscheidungen durchaus Sympathie haben, ich halte sie aber dennoch für nicht sachgerecht. Wenn das Haftungsrecht an diesen Punkten die Aufklärung reduziert, nimmt man den Patienten die Möglichkeit, selbst vorzusorgen. Das entspricht aber nicht unserem Verständnis von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung.

4. Aufklärung über abweichende Behandlungsmethoden in strukturierten Behandlungsprogrammen

Eine neue Spielart dieser Fragen findet sich in den Disease-Management-Programmen (DMP). Es handelt sich dabei um Programme, die von den Krankenkassen initiiert und im Risikostrukturausgleich gesondert finanziert werden. Diese strukturierten Behandlungsprogramme sehen für bestimmte Erkrankungen eine Regelbehandlung vor, die ungewöhnlich detailliert ist. So finden sich beispielsweise im DMP-Brustkrebs sehr genaue Angaben, wann ein Tumor mit welchem Sicherheitsabstand vom Gewebe entfernt wird und wann eine Chemotherapie mit welchen Wirkstoffen und welcher Medikation vorzuziehen ist. Die Patienten schreiben sich freiwillig in diese Programme ein, wobei ihnen gegenüber mit einer Behandlung auf dem neuesten Stand von erfahrenen Ärzten mit entsprechenden Fallzahlen geworben wird. Außerdem wird ein finanzieller Anreiz gesetzt, weil die Patienten von Zuzahlungen teilweise oder ganz befreit werden. Die Ärzte wiederum verpflichten sich zur Beachtung des Programms, können und müssen aber im Einzelfall bei medizinischer Notwendigkeit abweichen.

Haftungsrechtlich relevant werden diese Programme, wenn sie entgegen den Anpreisungen der Krankenkasse nicht oder nicht mehr dem aktuellen medizinischen Stand entsprechen. Dies ist nicht nur ein theoretisches Problem, denn die Behandlungsprogramme bleiben in einigen Punkten bereits jetzt hinter den Leitlinien der Fachgesellschaften zurück. Außerdem ist in den Vorgaben des Risikostrukturausgleichs zwar ein System zur Überarbeitung der Programme vorgesehen, dies ist aber relativ schwerfällig und sieht in der Endphase eines Programms auch Ausnahmen von der Anpassungspflicht vor. Selbstverständlich erlauben diese Regeln es den Kassen, Programme auch schneller zu aktualisieren, aber der Kostendruck wird dem in der Regel entgegenstehen.

Neue medizinische Methoden sind also möglicherweise nur schwer oder nur mit einer erheblichen Verzögerung in das Programm zu installieren, und die Ärzte werden nicht unbedingt geneigt sein, sie außerhalb des Programms anzuwenden. Das birgt aus medizinischer Sicht die Gefahr der Versteinerung der Behandlungsmethoden. Aus juristischer Sicht wirft es die Frage nach der Haftungsverantwortung auf. Dabei wird man der Einschreibung des Patienten in das Programm nicht etwa ein Einverständnis mit der in diesem Programm vorgesehenen Regelbehandlung entnehmen können. Angesichts der Bewerbung dieser Programme wird im Gegenteil der Eindruck besonders aktueller und hochwertiger Krankenversorgung erweckt. Der Behandlungsanspruch bestimmt sich deshalb meines Erachtens nicht nach den Regeln des DMP, sondern der Patient kann auch in diesem Programm eine Behandlung nach dem aktuellen Stand erwarten. Damit ist zunächst der Arzt der Verantwortliche. Ihn entlastet die Berufung auf die Vorgaben nicht. Auch das Vorbringen, er sei gegenüber der Kasse verpflichtet, die Leistungen nach Maßgabe des Programms zu erbringen, ändert an seiner Verantwortung nichts. Noch zu wenig beachtet scheint mir in diesem Zusammenhang die Frage, ob auch die Krankenkassen gegenüber ihren Mitgliedern haftungsrechtliche Verantwortung tragen. Denn sie veranlassen ihre Mitglieder zu einer Einschreibung in ein Programm, das zwar in vielen Punkten besser sein mag als viele andere Behandlungsformen, die dem einzelnen Arzt die Methodenwahl überlassen, das aber nicht das hält, was die Kasse dem Patienten bei der Einschreibung ver-

spricht. Meines Erachtens spricht hier viel dafür, trotz der sozialrechtlichen Prägung des Rechtsverhältnisses, eine Schadensersatzpflicht anzunehmen, wenn z. B. das DMP eine Nachsorgeuntersuchung im jährlichen Rhythmus vorsieht, während die Leitlinien und die ärztliche Wissenschaft einen halbjährigen Turnus für sachgerecht halten¹⁵.

IV. Zusammenwirken von Ärzten

1. Verantwortung im Behandlungsteam

Gerade im operativen Bereich ist die Behandlung durch mehrere Ärzte nicht selten. Ergeben sich aus dem Zusammenwirken besondere Gefahren, so müssen sich die Ärzte gegenseitig abstimmen. Dabei reicht es nicht aus, wenn ihre eigene Behandlungsleistung als solche fehlerfrei ist. Vielmehr müssen sie ihre Behandlungsmethoden sorgfältig aufeinander abstimmen. So hatte der BGH einen Fall zu entscheiden¹⁶, in welchem der Anästhesist die Narkose mit einer Sauerstoffnarkose *lege artis* durchführte und der Operateur für eine Augenoperation einen Thermokauter benutzte. Auch dies war *lege artis*, dennoch führte die gemeinsame Anwendung zu einer Verpuffung und einer erheblichen Verletzung des Patienten. Dafür hatten beide Ärzte als Gesamtschuldner aufzukommen.

2. Verantwortung bei Behandlungspfaden

Vierorts wird im Augenblick daran gegangen, die ärztliche Behandlung bei Standardfällen in sogenannten Behandlungspfaden zu organisieren. Dies ist im Hinblick auf die Fallpauschalen im Interesse der Kostensicherheit sinnvoll, es kann aber gerade bei sektorenübergreifenden Behandlungen auch zu erheblichen Einsparungen führen, weil im Behandlungspfad die Schnittstellen optimiert und so Doppeluntersuchungen vermieden werden können. Zugleich ist es – vor allem bei konzernverbundenen Gesundheitseinrichtungen – möglich, Behandlungsschritte aus einem nachfolgenden Prozess vorzuverlagern, wenn die vorgelagerte Versorgungsstufe diesen Schritt günstiger erbringen kann. Wird dies mit einer Fallpauschale vergütet, so lassen sich in einem Konzern zusätzliche Gewinne realisieren.

Derartige Behandlungspfade, also detaillierte Behandlungsablaufpläne, beruhen auf einer Standardisierung der Behandlung und bergen die Gefahr, dass die beteiligten Ärzte einen Abweichungsbedarf nicht erkennen oder wegen unklarer Finanzierung von einer Abweichung absehen. Dies ist haftungsrechtlich zu korrigieren, sodass die Beachtung des Behandlungspfades nicht haftungsentlastend wirkt. Dies gilt auch für die Haftung wegen veralteter Behandlungspfade. Hier trifft sowohl den Arzt, der neuere Erkenntnisse nicht berücksichtigt hat, als auch denjenigen haftungsrechtliche Verantwortung, der den Pfad aufgestellt hat. Insofern ähneln sich die Probleme mit den vorhin erwähnten DMP-Fragen.

Auf ein besonderes Risiko bei den Behandlungspfaden ist aber hinzuweisen, weil es meines Erachtens im Augenblick noch unterschätzt wird. Jeder Behandlungspfad ist das Ergebnis eines Optimierungsprozesses, der von medizinischen, ökonomischen und ablauftechnischen Überlegungen geprägt ist. So werden z. B. Untersuchungen zeitlich vorgezogen, weil man die Verweildauer im Krankenhaus verkürzen kann, wenn diese

aus medizinischer Sicht noch nicht erforderliche Untersuchung vorgezogen wird. Oder es werden apparative Untersuchungen zeitlich vorgezogen, weil der Auslastungsgrad in einer vorgelagerten Behandlungseinrichtung verbessert werden soll. Diese Festlegung kann aber in einem späteren Haftungsfall zu Problemen führen, wenn die Untersuchung in dem vorgesehenen Zeitpunkt nicht durchgeführt wurde – etwa wegen Personalmangels – und bei dieser Untersuchung relevante Faktoren zu Tage getreten wären. Der Vorwurf eines Sorgfaltsverstößes wegen Nichtbeachtung des selbst aufgestellten Behandlungsplans liegt dann nahe, und der Hinweis auf ökonomische Gründe für seine Aufstellung wird wahrscheinlich wenig Glauben finden. Es ist deshalb dringend zu raten, den Prozess der Aufstellung des Pfades und die Gründe für den Zeitpunkt des einzelnen Behandlungsschritts zumindest zu dokumentieren.

3. Verantwortung bei aufeinander aufbauenden ärztlichen Leistungen

Bei sektorenübergreifenden Behandlungspfaden wird man sich außerdem die Frage der Überprüfung von Untersuchungsergebnissen neu stellen müssen. Bislang ist die Diskussion von zwei Punkten geprägt: Zum einen gilt der sogenannte Vertrauensgrundsatz. Jeder Arzt kann sich im Grundsatz darauf verlassen, dass der vorher tätige Arzt seine Aufgabe ordnungsgemäß erfüllt hat, solange er keine Anhaltspunkte für Fehler hat¹⁷. Zum anderen galt der Grundsatz, dass wesentliche Befunde noch einmal erhoben werden. Vernetzt man nun die ärztlichen Behandlungsschritte stärker, und versucht man, durch Standardisierung Doppeluntersuchungen zu vermeiden, dann werden sich die Prüfungspflichten erhöhen. So wird man die Anforderungen an die Plausibilitätsprüfung erhöhen, wenn sich der Arzt bei Befunden, die bislang vom Krankenhaus erhoben wurden, jetzt auf die Befunde des Hausarztes verlässt. Dies gilt ganz besonders dann, wenn die unterschiedlichen Behandlungsstufen ihre Behandlung in einer gemeinsamen elektronischen Patientenakte zusammenfassen. Hier wird man verlangen müssen, dass der gesamte Akteninhalt der Behandlung zugrunde gelegt und in seinen wesentlichen Punkten auf Plausibilität und Konsistenz der Befunde überprüft wird.

V. Beweisfragen

1. Beweis des Behandlungsfehlers – Auswirkungen des § 280 Abs. 1 BGB

Bei der Beweislastverteilung hat die Neuregelung des Schuldrechts mit seinem einheitlichen Begriff der Pflichtverletzung, der Haupt- und Nebenpflichten umfasst, in Deutschland kurzfristig für einige Irritationen gesorgt. Hintergrund ist § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, der vom Schuldner hinsichtlich des Verschuldens eine Entlastung verlangt und ihm so die Beweislast zuweist. Daraus wurde in einer ersten Aufregung eine Verschiebung der Arzthaftung zulasten des Arztes gesehen, weil man meinte, dass nun der Arzt bei jeder missglückten Behandlung einen Entlastungsbeweis antreten müsse. Damit wird das Pflichtenbild des Arztes aber verkannt: Er schuldet nicht den Erfolg, und deshalb ist der Misserfolg auch keine Pflichtverletzung. Geschuldet wird eine Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst¹⁸. Die Verletzung dieser Regeln ist also Voraussetzung für den Entlastungsbeweis, während der Nachweis der Pflichtverletzung vom Patienten zu führen ist. Dies deckt sich mit den Regeln in Österreich¹⁹.

2. Nachweis des Behandlungsfehlers bei Dokumentationsmängeln

In vielen Fällen spielt für die Beweisführung des Patienten die Dokumentation eine entscheidende Rolle²⁰. Obwohl die Dokumentation ursprünglich allein im Interesse des Arztes und des medizinischen Fortschritts begonnen wurde, ermöglicht sie heute über das Einsichtsrecht des Patienten in die Krankenakten die Rekonstruktion des Behandlungsverlaufs und erhöht damit auch die Möglichkeit, eventuelle Fehler aufzudecken²¹. Dies betrifft vor allem die Frage, ob bestimmte Behandlungsschritte unterblieben sind und ob Anzeichen für eine relevante Maßnahme übersehen wurden. Dabei wird als Grundsatz aufgestellt, dass im Zweifelsfall nicht dokumentierte Behandlungsmaßnahmen auch nicht durchgeführt wurden²². Dem Arzt obliegt dann der Beweis für die Durchführung der nicht dokumentierten Maßnahme. Gelingt dieser nicht und wäre das Unterlassen pflichtwidrig, so geht die Unsicherheit zu seinen Lasten. Dies entspricht der Rechtsprechung in Österreich²³.

3. Kausalitätsbeweis: Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern und bei Dokumentationsmängeln

Steht der Behandlungsfehler fest und gelingt eine Entlastung hinsichtlich des Vertretenmüssens nicht, so hängt der Schadensersatzanspruch von dem Nachweis der Kausalität ab. Die Rechtsprechung kehrt hier zugunsten des Patienten die Beweislast um, wenn der Arzt einen groben Behandlungsfehler begangen hat und dieser geeignet ist, den eingetretenen Schaden hervorzurufen²⁴. Der Arzt kann sich dann durch den Nachweis entlasten, ein Kausalzusammenhang sei „äußerst unwahrscheinlich“²⁵.

Dabei spricht man von einem groben Behandlungsfehler, wenn der Arzt 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 des entsprechenden Fachs nicht unterlaufen darf²⁶.

Diese Rechtsprechung ist für den Patienten häufig hilfreich, verschiebt aber im Prozess den Streit in die Diskussion über die Schwere des Behandlungsfehlers, denn angesichts der Schwierigkeiten beim Kausalitätsnachweis ist die Einordnung als grob oder nicht grob häufig der Dreh- und Angelpunkt des Haftungsprozesses. Dies führt zu vielen Detailfragen, denn der Begriff verlangt eine rechtliche Wertung durch das Gericht, die auf entsprechenden Tatsachenfeststellungen des Sachverständigen fußt²⁷. Dabei ist die deutsche Rechtsprechung sehr eng und begriffsorientiert, sodass letztlich die forensische Erfahrung des Sachverständigen und die Erfahrung des Gerichts und der Anwälte bei der Formulierung der Zeugenaussage eine Bedeutung erlangen, die an sich nicht angemessen ist. So hat der BGH die Formulierung: „Dies müsste jeder vernünftige Arzt wissen“ nicht ausreichen lassen²⁸. Ebenso wenig soll es ausreichen, wenn die unterlassene Untersuchung nach den Worten des Sachverständigen „klar und selbstverständlich“ notwendig gewesen sei²⁹.

Schwierig wird die Beurteilung auch dann, wenn mehrere kleinere Fehler zusammenkommen, die dann von der Rechtsprechung insgesamt als grober Behandlungsfehler eingestuft werden³⁰.

Die Rechtfertigung für diese Beweislastumkehr ist nicht einfach zu finden, denn eine solche Abstufung ist sowohl dem materiellen wie auch dem Verfahrensrecht fremd. Sie ist aus einer Rechtsprechung entstanden, die bei leichtfertigen Handeln den Arzt als beweisbelastet ansah und wurde dann vom BGH im Wege einer Interessenabwägung auf die Fälle eines groben Behandlungsfehlers übertragen³¹.

4. Die Lehre vom Entscheidungskonflikt

Im Zusammenhang mit dem Nachweis der Kausalität eines Aufklärungsfehlers spielt in Deutschland die Lehre vom Entscheidungskonflikt eine erhebliche Rolle. Die Konstellation tritt auf, wenn der Arzt behauptet, sein Fehler bei der Aufklärung über bestimmte Risiken habe sich nicht ausgewirkt, weil der Patient sich auch bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung zu der Operation entschlossen hätte³². Bereits die Einordnung dieses Einwands fällt nicht ganz leicht. Wird hier die Kausalität des Pflichtverstößes infrage gestellt, sodass den Patienten die Beweislast dafür trifft, dass er sich bei einer entsprechenden Aufklärung gegen die Operation entschieden hätte? Die Rechtsprechung sieht es anders und knüpft an den Aufklärungsmangel selbst an: Der Eingriff in die körperliche Integrität sei widerrechtlich, weil es an einer wirksamen Einwilligung fehle³³. Damit wird die Behauptung der entsprechenden Entscheidung des Patienten zum Problem einer hypothetischen Einwilligung. Der Arzt beruft sich darauf, dass der Patient bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung die geringen Risiken vernünftigerweise in Kauf genommen und in die Operation eingewilligt hätte.

Der Nachweis einer solchen hypothetischen Einwilligung unterliegt nach der Rechtsprechung strengen Voraussetzungen, damit nicht das Recht des Patienten zur Aufklärung auf diesem Wege unterlaufen wird³⁴. Wird aber substantiiert vorgetragen, dass der Patient z. B. wegen der medizinischen Notwendigkeit die Einwilligung bei ordnungsgemäßer Aufklärung erteilt hätte, so muss der Patient plausible Gründe dafür darlegen, dass er sich dann in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte. Er braucht also nicht den Beweis zu führen, dass er die Einwilligung nicht erteilt hätte, sondern es reicht aus, wenn er aus seiner Sicht die Nichtbehandlung oder eine andere Operation ernsthaft erwogen hätte. Es kommt dabei auf die Entscheidungssituation des konkreten Patienten an, sodass die Feststellung, wie sich ein „vernünftiger“ Patient entschieden hätte, nicht entscheidend ist³⁵.

VI. Zum Verhältnis der Arzthaftung zur Arzneimittelhaftung und Medizinproduktehaftung

1. Arzneimittelhaftung

a. Arzneimittelgefährdungshaftung

In Deutschland ist die Arzneimittelhaftung als eine Gefährdungshaftung ohne die Möglichkeit einer Entlastung bei Entwicklungsrisiken ausgestaltet, vgl. § 84 Abs. 1 und 3 AMG. Sie trifft den pharmazeutischen Unternehmer und greift ein, wenn das Arzneimittel bei bestimmungsgemäßem Gebrauch unvertretbare schädliche Wirkungen hat. Im Rahmen der Arzthaftung spielt diese Gefährdungshaftung keine Rolle, weil die Verschreibung von Arzneimitteln mit unentdeckbaren Risiken kaum jemals eine Haftung des Arztes auslösen kann.

b. Information über Arzneimittelrisiken

Wesentlich interessanter ist die Frage nach der Aufklärung über Arzneimittelrisiken. Bei diesem Thema handelt es sich aus meiner Sicht um eine Frage, bei der wir noch ganz am Anfang der Entwicklung stehen. Es gehört für mich zu den großen Rätseln des Arzneimittelrechts, warum wir einerseits sehr detaillierte Patientinformationen für Arzneimittel fordern, die der Patient in der Apotheke erhält und zu Hause einnimmt, andererseits aber auf nahezu jede Information verzichten, wenn der Patient diese Mittel im Krankenhaus verabreicht bekommt. Die Vorstellung, die Medikation sei Teil der ärztlichen Behandlung und deshalb sei er – der Arzt – derjenige, der die Entscheidung treffe und deshalb zu informieren sei, wäre nur dann richtig, wenn der Patient in die Risiken der Medikation in gleichem Umfang einwilligt wie in die einer Operation – und wenn er auch ebenso umfangreich aufgeklärt würde.

In Deutschland hatte jüngst der BGH Gelegenheit, die Aufklärung über Arzneimittelrisiken etwas genauer zu beleuchten. Der BGH vertritt dort die völlig zutreffende, aber noch zu zaghaft formulierte Auffassung, dass der Arzt über erkannte besondere Risiken eines Arzneimittels aufzuklären habe und sich nicht auf den Verweis auf den Beipackzettel beschränken dürfe³⁶. Das ist gewiss richtig, zumal die Informationen im Rahmen der Aufklärung einer Arzneimitteltherapie individualisiert für das patientenspezifische Risiko aufzubereiten sind, während der Beipackzettel Risiken nur allgemein oder für bestimmte Patientengruppen aufzeigen kann. Diese Entscheidung betraf aber nicht die Aufklärung im Krankenhaus, sondern sie betraf ebenfalls eine Einnahme zu Hause. Ich sehe aber keine sachliche Rechtfertigung dafür, diese Grundsätze nicht auch im stationären Bereich anzuwenden.

c. Verschreibungsfehler

Ein typischer Fall für die Arzthaftung im Zusammenhang mit Arzneimitteln ist die Verschreibung eines Arzneimittels mit bekanntermaßen nicht vertretbaren schädlichen Wirkungen. Dies kann auch in der Form einer Koverschreibung miteinander unverträglicher Mittel vorkommen. Der Fall Lipobay hat dies gezeigt und dabei eindrucksvoll belegt, in welchem Maße jedenfalls US-amerikanische Ärzte gegen Kon-

traindikationen und Warnungen resistent sind. Die Quote der Koverschreibungen von Lipobay und Genfibrozil ging nur wenige Monate zurück und erreichte dann wieder fast den ursprünglichen Stand. Dabei ist die Verschreibung trotz Kontraindikation ganz sicher ein Fall der Arzthaftung, auch wenn die Pharmaindustrie wegen des Interesses an guten Beziehungen zur Ärzteschaft von einem Regress absehen wird.

Diese Problematik wird sich wegen der elektronischen Entscheidungssysteme im Krankenhaus und wegen der Gesundheitskarte in Zukunft möglicherweise etwas anders darstellen, denn dann werden derartige Koverschreibungen kaum mehr unbewusst vorkommen können. Zugleich werden die Prüfungspflichten durch die erleichterte Möglichkeit der Kenntnisnahme von anderen verschriebenen Arzneimitteln weiter ansteigen.

d) Off-Label-Use

Eine weitere interessante Frage zur Arzthaftung stellt sich bei der Verschreibung von Arzneimitteln außerhalb der zugelassenen Indikation. Diese Frage hat eine sozialrechtliche Seite hinsichtlich der Kostenübernahme durch die gesetzliche Krankenversicherung – das BSG³⁷ hat hier die Kriterien genannt und der Gemeinsame Bundesausschuss hat jüngst die Grundsätze zur Kostenübernahme konkretisiert³⁸.

Die Frage hat aber auch eine haftungsrechtliche Komponente. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Verschreibung außerhalb der vorgeschriebenen Indikation keineswegs immer pflichtwidrig ist. Dies gilt zunächst für die Fälle, in denen gar kein anderes Arzneimittel zur Verfügung steht. Das ist vor allem bei ernsten Erkrankungen von Kindern häufig der Fall. Dabei ist der Hintergrund dafür, dass die Arzneimittel für Kinder nicht zugelassen sind, nicht selten der, dass die erforderlichen Studien mit einwilligungsunfähigen Kindern kaum durchzuführen sind. Die 12. AMG-Novelle hat hier etwas Rechtsklarheit gebracht, außerdem gibt es auf europäischer Ebene sehr intensive Bemühungen, die Zulassung von Kinderarzneimitteln zu fördern³⁹.

Aber auch bei anderen schweren Erkrankungen kann der Einsatz von Arzneimitteln geboten sein, auch wenn diese nicht für die Krankheit zugelassen sind, sie sich aber in der Praxis bewährt haben. Es gibt sogar Entscheidungen, die im Unterlassen der Verschreibung eines solchen Arzneimittels einen Behandlungsfehler gesehen haben⁴⁰.

Problematischer ist dagegen der Einsatz von Arzneimitteln außerhalb der zugelassenen Indikation, wenn es eine Standardtherapie mit zugelassenen Arzneimitteln gibt. Auch hier kann nach den Grundsätzen des Heilversuchs eine Verschreibung pflichtgemäß sein, man wird dann aber eine genaue Abwägung und auch eine entsprechende Aufklärung verlangen müssen. Diese Fälle sind im Übrigen nicht selten, weil es immer wieder Studien oder Vorträge gibt, in denen neue Anwendungsbereiche bekannter Arzneimittel vorgestellt werden.

e) Nachträgliche Sicherungsaufklärung

Die ärztliche Aufklärungspflicht endet anders als die arzneimittelrechtliche Haftung nicht mit der Einnahme des Medikaments. Vielmehr kann ein Arzt im Rahmen der weiteren Behandlung auch verpflichtet sein, später auf Risiken und Probleme aufmerksam zu machen. So hatte der BGH jüngst zu entscheiden, ob ein Notfallpatient im Nachhinein über ein HIV-Risiko aufgeklärt werden muss, wenn vor der Übertra-

gung eines Blutprodukts keine solche Aufklärung möglich war. Der BGH bejaht dies und spricht der Partnerin des Infizierten einen Schmerzensgeldanspruch von rund 127 000 EUR zu, weil dem Infizierten zumindest zu einem HIV-Test hätte geraten werden müssen⁴¹.

2. Medizinproduktehaftung

a. Produkthaftung der Medizinproduktehersteller

Die ärztliche Behandlung ist ganz weitgehend mit der Verwendung von Medizinprodukten verbunden. Vom Krankenbett über das Thermometer, vom OP-Tisch bis hin zum Implantat handelt es sich um Medizinprodukte. Haftungsrechtlich sind diese Produkte zunächst durch das Produkthaftungsrecht interessant, weil der Hersteller für Schäden, die durch Fehler dieser Geräte entstehen, einstehen muss. Gelingt dem Geschädigten der Fehlerbereichsnachweis, so ist es am Hersteller nachzuweisen, dass es sich um einen unentdeckbaren Fehler handelt⁴². In Deutschland führt dieser Nachweis zur Haftungsbefreiung, während Österreich meines Wissens bei der Umsetzung der Produkthaftungsrichtlinie von dieser Option keinen Gebrauch gemacht hat, sodass das Entwicklungsrisiko beim Hersteller bleibt.

Haftet der Hersteller nach den Grundsätzen des ProdHaftG, so umfasst dies nach der Neuregelung durch das 2. SEÄndG auch einen Schmerzensgeldanspruch.

Daneben treffen den Medizinproduktehersteller die allgemeinen deliktsrechtlichen Pflichten. Hier deutet sich durch das neue Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG) eine Akzentverschiebung zugunsten des Verbraucherschutzes an, wenn es um Fehlanwendungen geht. Das GPSG sieht hier bei sogenannten Verbraucherprodukten Warnpflichten vor, die bei Gefahren greifen, die sich aus einem vorhersehbaren Fehlgebrauch oder einer vorhersehbaren Fehlkombination von Produkten ergeben. Damit wird sich aber auch der deliktsrechtliche Schutz an diesem Standard orientieren müssen, sodass hier mit einer weiteren Verschärfung der Haftung zu rechnen ist⁴³.

b. Arztpraxen als Betreiber von Medizinprodukten

Weniger bekannt als die Produkthaftung für Medizinprodukte sind die vielen Sonderregeln des Medizinprodukterechts, die den Betreibern und Anwendern auferlegt werden, und die zum Teil als Schutzgesetze im Sinne des Deliktsrechts anzusehen sind. Bei Gerätefehlern sind hier insbesondere die Wartungspflichten von Interesse und die Pflichten zur Schulung der Mitarbeiter und zur Bereithaltung von Anleitungen. Diese Pflichten treffen den Betreiber der Medizinprodukte, und das ist regelmäßig der Krankenhausträger oder der Inhaber der Arztpraxis.

**c. Ärzte als Anwender von Medizinprodukten;
Beweislastfragen bei nicht funktionierenden Produkten**

Verwenden Ärzte Medizinprodukte, so unterliegen sie neben den vertraglichen und deliktsrechtlichen Regelungen auch denen, die sich speziell an die Anwender eines Medizinprodukts richten. So gibt es z. B. Verbote, Knochenimplantate nach Ablauf der angegebenen Frist zu verwenden.

Daneben bleibt es bei der vertraglichen Haftung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Arzt zwar hinsichtlich des Heilungserfolgs keine Einstandspflicht trifft, weil er redlicherweise nur das Bemühen zusagt. Dieser Gedanke lässt sich auf die apparativen Voraussetzungen für ein fehlerfreies Funktionieren der Geräte im Rahmen des vom Vertragspartner voll beherrschbaren Risikos erwarten. Dies hat für die Verteilung der Beweislast Auswirkungen. Steht fest, dass der Schaden auf einem Apparateversagen beruht, so brauchte der Patient der Frage, warum ein Produkt bei der Behandlung nicht funktioniert hat, nicht nachzugehen. Es wäre dann vielmehr am Arzt, diese Frage aufzuklären und sich gegebenenfalls zu entlasten. So hatte das OLG Köln einen Fall zu entscheiden, in welchem sich aus ungeklärten Gründen bei einer Blutwäsche die Schraubverbindung zwischen einem arteriell liegenden Katheter und der Infiltrationspatrone gelöst hatte, was letztlich zum Tod des Patienten führte. Das OLG sah unter Anwendung der Verschuldensvermutung den Arzt als entlastungsverpflichtet an⁴⁴. Ebenso muss sich das Krankenhaus vom Verschulden entlasten, wenn ein Narkosegerät⁴⁵, ein Röntengerät⁴⁶ oder ein Infusionssystem⁴⁷ nicht funktioniert, ein Infusionsschlauch entkoppelt wird, wenn sich ein Tubus nicht in einwandfreiem Zustand befindet⁴⁸ oder ein verunreinigtes Desinfektionsmittel verwendet wurde⁴⁹.

Dabei wird man aber nicht so weit gehen können, dem Arzt ein Herstellerverschulden zuzurechnen, denn der Patient weiß, dass der Arzt diese Produkte nur anwendet und für die Herstellung keine Verantwortung hat. Dies verhält sich nicht anders als beim Zwischenhändler. Den Arzt treffen also Pflichten zur sorgfältigen Auswahl der Produkte, er muss Anzeichen für Fehler nachgehen, die Geräte warten und der Anleitung entsprechend anwenden. Er hat aber nicht für die bloße Fehlfunktion einzustehen.

d. Sonderfragen bei der fehlerhaften Kombination von Medizinprodukten

Schwierige Haftungsfragen wirft die Kombination von Medizinprodukten auf. Dabei kann die Frage, ob die gemeinsame Verwendung durch den Hersteller des Produkts gestattet ist oder ob er einen allgemeinen Passus aufgenommen hat, sie nur gemeinsam mit seinen eigenen Produkten zu verwenden, nur der Ausgangspunkt sein, denn der Hersteller muss mit einer Fehlanwendung rechnen und vor bekannten Gefahren konkret warnen. Deshalb ist er im Rahmen seiner Produktbeobachtungspflicht gehalten, auch Produkte anderer Hersteller im Blick zu behalten, die regelmäßig mit seinen Produkten kombiniert werden. Das ist für Zubehörteile bereits einmal vom BGH entschieden worden⁵⁰. Bei sehr schwerwiegenden Gefahren kann diese Pflicht so weit reichen, dass durch konstruktive Änderungen eine Fehlanwendung durch den Hersteller ausgeschlossen werden muss – etwa indem die Steckverbindun-

gen so ausgestaltet werden, dass eine Fehlverbindung ausgeschlossen wird. Auch in diesem Bereich werden möglicherweise vom GPSG einige Impulse ausgehen, weil dort ausdrücklich die Gefahr einer Fehlkombination von Produkten in die Warnpflichten eingezogen wird⁵¹.

e. Rückgriffsklauseln bei integrierter Versorgung im DRG-System

Eine ganz neue Fragestellung des Ausgleichs von Materialfehlern vor allem von Medizinprodukten ergibt sich dann, wenn die Produkte bei einer integrierten Versorgung nach dem Fallpauschalensystem eingesetzt werden. Der Hintergrund liegt darin, dass die Versorgungsverträge zwischen Krankenkasse und Krankenhaus eine Art Gewährleistung vorsehen: Erforderliche Nachoperationen – auch infolge von Materialfehlern – müssen bei einer entsprechenden Vereinbarung vom Krankenhaus ohne Zusatzvergütung erbracht werden. Sie sind mit der Fallpauschale abgegolten.

Der Krankenkasse entstehen also durch einen Fehler des Medizinprodukts keine zusätzlichen Behandlungskosten, weil dieses Risiko auf das Krankenhaus abgewälzt wird. Dies führt zu komplizierten Ausgleichsfragen, die an dieser Stelle nur angedeutet werden können: Durch die Vereinbarung wird der Mehraufwand der Behandlungskosten zunächst zu einem eigenen Schaden des Krankenhauses, der infolge der Fehlerhaftigkeit des Medizinprodukts – z. B. einer künstlichen Hüfte – entstanden ist. Damit besteht die Möglichkeit, diesen Schaden auf der Grundlage der Vertragsverletzung geltend zu machen. Dies reicht aber häufig nicht aus, denn der Anspruch setzt ein Verschulden des Herstellers voraus, und die Gewährleistungsfristen können sehr kurz sein. Auf die verschuldensunabhängige Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz kann das Krankenhaus nicht zurückgreifen, denn es ist selbst nicht im Sinne dieses Gesetzes geschädigt, und es ist kein Schaden des Patienten auf das Krankenhaus übergegangen. Hier hilft derzeit nur vertragliche Vorsorge durch entsprechende Rückgriffsklauseln. Die Wirksamkeit solcher Klauseln, die eine verschuldensunabhängige Haftung des Medizinprodukteherstellers vorsehen und die über die übliche Gewährleistungszeit deutlich hinausgehen, wird in Deutschland zwar infrage gestellt, ich halte sie aber im Hinblick auf die ansonsten bestehende Produkthaftung des Herstellers im Grundsatz für wirksam.

Zusammenfassung

Wie dieser kleine Überblick gezeigt hat, sind die Abweichungen zum österreichischen Recht im Ergebnis relativ gering. Impulse für das Arzthaftungsrecht ergeben sich in Deutschland durch die Einführung eines Schmerzensgeldanspruchs auch bei Verletzung vertraglicher Ansprüche und bei der Gefährdungshaftung nach Arzneimittel- und Produkthaftungsrecht. Noch wichtigere Änderungen kommen jedoch durch den Kostendruck auf das Arzthaftungsrecht zu. Hier wird man sich entscheiden müssen, ob das Dogma einer Vollversorgung auf dem Stand der medizinischen Wissenschaft aufrechterhalten werden soll.

Bei den neuen Versorgungsformen werden vor allem die stärkere Vernetzung der unterschiedlichen Behandlungsschritte und der Datenverbund einige Änderungen mit sich bringen, die im Ergebnis auf eine weitere Verschärfung der Arzthaftung hinauslaufen werden.

- ¹ Vgl. nur Flohr, Arzthaftung in Österreich, 37.
- ² BGH NJW 2004, 684
- ³ BGH NJW 1988, 1778
- ⁴ BGHZ 129, 6, 13
- ⁵ Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht für die Praxis, II/9; vgl. auch Flohr, Arzthaftung in Österreich, 68 f.
- ⁶ Näher Voit, Versandhandel mit Arzneimitteln aus zivilrechtlicher Sicht, in: Neuregelung des Apothekenrechts, Workshop der Forschungsstelle für Pharmarecht, pmi Verlag Frankfurt, 2004, 30-47
- ⁷ BGH NJW 2005, 2069, 2070
- ⁸ BGH NJW 2005, 1718; vgl. auch BGH NJW 2000, 1788 f. (Aufklärung über konservative, aber Operation vermeidende Behandlungsform); OLG Sachsen-Anhalt VersR 2004, 1460
- ⁹ Vgl. nur BGH VersR 2003, 1441, 1443; für die nachträgliche Indikation eines Eingriff vgl. BGH NJW 2003, 1862, 1863.
- ¹⁰ Vgl. Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63 Rn. 8.
- ¹¹ Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rn. 385 (Arzt solle mit einem Aufklärungsrecht verständnisvoll umgehen); vgl. auch Rn. 136.
- ¹² LG Aachen VersR 2000, 1374
- ¹³ Vgl. Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63 Rn. 8.
- ¹⁴ BGH NJW 1988, 763; NJW 1988, 2302
- ¹⁵ Ausführlich dazu jetzt Wilhelm, Haftung der Krankenkassen im Zusammenhang mit strukturierten Behandlungsprogrammen, VSSR 2005, 469 ff.
- ¹⁶ BGH NJW 1999, 1779
- ¹⁷ BGH NJW 1999, 1779, 1780
- ¹⁸ Vgl. nur Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 39 Rn. 10.
- ¹⁹ Dazu ausführlich die rechtsvergleichende Darstellung bei Flohr, Arzthaftung in Österreich, S. 165
- ²⁰ Ausführlich Bartlakowski, Die ärztliche Behandlungsdokumentation, 2003, S. 111 ff.
- ²¹ Zur Entwicklung vgl. Bartlakowski, Die ärztliche Behandlungsdokumentation, 2003, S. 9 ff.
- ²² BGHZ 129, 6, 9 f; vgl. auch Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 266 m. w. N.
- ²³ Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht für die Praxis, II/25; Flohr, Arzthaftung in Österreich, S. 191
- ²⁴ Zur Eignung: BGH NJW 1988, 2949; vgl. auch BGHZ 159, 48 ff. = NJW 2004, 2011 ff.
- ²⁵ BGH NJW 2000, 3423
- ²⁶ BGH VersR 2002, 1026; NJW 2001, 2792; Martis S. 302 m. w. N.
- ²⁷ BGH NJW 2001, 2795, 2796 (Richter darf groben Behandlungsfehler nicht ohne Sachverständigengutachten bejahen); vgl. auch BGH NJW 2001, 2794.
- ²⁸ BGH VersR 2001, 859; vgl. auch Hausch VersR 2002, 671
- ²⁹ BGH VersR 1995, 46
- ³⁰ BGH VersR 2001, 1030
- ³¹ BGH NJW 1959, 1583, 1584; NJW 1968, 2291, 2293
- ³² BGH NJW 1998, 2734
- ³³ Vgl. etwa BGH NJW 1998, 2734.
- ³⁴ BGH NJW 1994, 2414 = LM H. 11-1994 § 823 [Aa] BGB Nr. 156 = VersR 1994, 1302 re. Sp. m. w. N.
- ³⁵ BGH VersR 2005, 694; vgl. auch BGH NJW 1998, 2734.
- ³⁶ BGH NJW 2005, 1716 ff.
- ³⁷ BSGE 89, 184 ff. = NJW 2003, 460, 463
- ³⁸ Vgl. Pressemitteilung des GBA vom 18. 4. 2006.
- ³⁹ Vgl. Mitteilung der Kommission KOM (2006) 118 vom 13. 3. 2006 über den gemeinsamen Standpunkt zum Erlass einer entsprechenden Verordnung über Kinderarzneimittel.
- ⁴⁰ Vgl. etwa OLG Köln VersR 1991, 186, 188 (mit Anmerkung Deutsch).
- ⁴¹ BGH NJW 2005, 2614
- ⁴² BGHZ 129, 353; Nur Konstruktionsfehler, keine Fabrikationsfehler
- ⁴³ Näher Voit, Die Auswirkungen des GPSG auf die Haftung für Medizinprodukte, 1. Tagung der Forschungsstelle für Medizinprodukterecht, Augsburg, pmi Verlag Frankfurt, 2006

⁴⁴ OLG Köln VersR 2000, 974

⁴⁵ BGH NJW 1978, 584

⁴⁶ OLG Hamm VersR 1980, 585

⁴⁷ BGH NJW 1984, 1400

⁴⁸ BGH NJW 1991, 1540

⁴⁹ BGH NJW 1978, 1683

⁵⁰ Vgl. BGHZ 99, 167 ff. = NJW 1987, 1009 ff. (Produktbeobachtungs- und Warnpflicht eines Motorradherstellers vor Gefahren durch Kombination seines Produkts mit Zubehörteilen anderer Hersteller).

⁵¹ Unabhängig vom GPSG ergeben sich Konstruktionspflichten nach § 7 MPG in Verbindung mit Richtlinie 93/42 Anhang I Nr. 7.3 und 9.1. – Grundlegende Anforderungen – sowie Pflichten des Betreibers aus § 2 Abs. 3 MPBetreibV.

Behandlungsschäden durch Produktfehler – Beweisnotstand des Patienten?

*MR Prof. Dr. Gerhard Aigner,
Bundesministerium für Gesundheit und Frauen, Wien*

In den letzten Jahren wurden insbesondere seitens der Patientenanwaltschaften, zuletzt aber auch durch die Volksanwaltschaft¹, Sachverhalte an das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen (BMGF) herangetragen, nach denen im Verlauf von Behandlungen Patienten durch vermeintlich fehlerhafte Medizinprodukte geschädigt wurden (Implantate, Knochenschrauben und -nägel, Herz-Lungen-Maschine), Spitals-träger aber ein Verhalten setzten, das dem Patienten die Verfolgung seiner Ansprüche gegenüber dem Hersteller de facto unmöglich gemacht hat. Gebrochene Schrauben usw. wurden dem Hersteller rückübermittelt und gerieten dabei in Verstoß, eine implantierte und in der Folge gebrochene Prothese wurde vom Spitalspersonal entsorgt, Geräte wurden über viele Tage dem technischen Servicedienst des Herstellers überlassen, dem damit jede Möglichkeit eröffnet wurde, einen eventuell tatsächlich aufgetretenen Fehler, der für den Hersteller haftungsrelevant hätte sein können, rechtzeitig zu beheben.

Es stellt sich die Frage, ob derartige Verhaltensweisen medizinischer Leistungserbringer (Träger von Krankenanstalten oder Kuranstalten, freiberuflich tätige Gesundheitsberufe) – mögen sie auch unbewusst gesetzt werden – ihrerseits Ansprüche des Patienten oder auch des Krankenversicherers, den weitere Behandlungskosten treffen können, gegen den medizinischen Leistungserbringer eröffnen. Denn so würde eine Durchsetzbarkeit des Anspruchs des Patienten oder eines leistungspflichtigen Krankenversicherungsträgers gegen den Hersteller wesentlich erschwert oder sogar unmöglich gemacht.

Die folgende Betrachtung soll unter den Gesichtspunkten

- des Behandlungsvertrages,
- des Sozialversicherungsrechts,
- der Verletzung allfälliger Schutzvorschriften des Medizinproduktegesetzes (MPG)²,
- einer möglichen Verletzung des Eigentumsrechts des Patienten und
- einer allfälligen Unterdrückung von Beweismitteln

geschehen. Ein kurzer Seitenblick soll auch in die Richtung möglicher Amtshilfe durch das BMGF gegenüber den Patientenanwaltschaften erfolgen.

1. Behandlungsvertrag

Der Behandlungsvertrag begründet – wie allgemein im Vertragsrecht – auch wechselseitige Nebenleistungspflichten einschließlich der sogenannten Schutz- und Sorgfaltspflichten der Vertragspartner. Die Erfüllungshandlungen sind so zu setzen, dass der Vertragspartner weder an seiner Person noch an seinen sonstigen Rechtsgütern geschädigt wird. Jeder Partner ist zur nötigen Aufklärung des anderen und zur Loyalität ihm gegenüber verpflichtet³. Die schuldhaft, wenn auch fahrlässige Verletzung der jedem Vertragspartner als Nebenleistungspflicht obliegenden Schutz- und Sorgfaltspflichten begründet einen Anspruch auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens⁴. Jeder Vertragspartner hat sich nämlich so zu verhalten, wie es der andere in der gegebenen Situation mit Rücksicht auf den konkreten Vertragszweck, die besondere Art der Leistung und die Erfordernisse eines loyalen Zusammenwirkens erwarten darf, damit die Erreichung des Vertragszwecks nicht vereitelt, sondern erleichtert und Schaden verhütet wird⁵.

Es ist wohl geboten, der Loyalitätspflicht zwischen den Vertragspartnern des Behandlungsvertrages auch deren wechselseitige Pflicht abzuverlangen, nicht die Rechtsposition, d. h. im gegebenen Zusammenhang die Beweisposition des anderen zu schwächen, zumal bei den zur Diskussion stehenden Fällen eines Patientenschadens durch fehlerhafte Medizinprodukte die Sicherung der Beweisposition des Patienten nicht die Position des medizinischen Leistungserbringers verschlechtert, ja vielmehr sogar bei Krankenanstaltenträgern sich in einer Vielzahl von Fällen unmittelbar mit deren Interessenlage treffen wird⁶; das heißt mit anderen Worten, dass das zur Diskussion stehende Verhalten, das die Beweisposition des Patienten absichert, nicht zulasten der Rechtsinteressen des medizinischen Leistungserbringers geht⁷. Diese Loyalitätspflicht kommt, falls die Schädigung des Patienten erst nach Erfüllung der Hauptleistung erkennbar wird, im Sinne „nachwirkender Vertragspflichten“ auch für den Zeitraum nach Abschluss der Behandlung zum Tragen⁸.

Zum gleichen Ergebnis wie die dargestellte Beurteilung aus der Sicht der Loyalitätspflicht von Vertragspartnern führt auch die Auslegung des Behandlungsvertrages. Da davon auszugehen ist, dass der Behandlungsvertrag keine ausdrücklichen spezifischen Regelungen für den Fall einer Schädigung der Gesundheit des Patienten durch ein vermeintlich fehlerhaftes Medizinprodukt enthält, hat im Sinne des § 914 ABGB eine ergänzende Vertragsauslegung dahin zu erfolgen, welche Lösung redliche und vernünftige Parteien vereinbart hätten⁹. Es kann ausgeschlossen werden, dass Patienten für die in Rede stehenden Fälle eine Vorgehensweise vereinbaren würden, die ihnen die Chancen auf die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nimmt. Es lässt sich damit festhalten, dass der Verlust des vermutlich fehlerhaften Medizinprodukts ebenso wie dessen Überlassung an Serviceteams des Herstellers in aller Regel die Beweisposition des geschädigten Patienten massiv erschweren wird, selbst wenn diesem zunächst das Benefiz des Anscheinsbeweises zugute kommt.

Kann nun in der vertragswidrigen Schwächung der Beweisposition des Patienten eine derartige positive Vertragsverletzung oder auch positive Forderungsverletzung¹⁰ durch den medizinischen Leistungserbringer gesehen werden, so ist damit bei Vorliegen eines Verschuldens eine wesentliche Voraussetzung für einen Anspruch auf Schadensersatz aus dem Vertrag erfüllt.

Freilich ist es an dieser Stelle der Überlegungen noch geboten, sich dem Argument zu stellen, dass auch im Anwendungsbereich des § 1298 ABGB den Geschädigten (d. h. den Patienten) die Beweislast dafür trifft, dass der Schaden bei gebotem Verhalten nicht eingetreten wäre¹¹. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht (Loyalitätspflicht) für sich genommen noch keine Haftung des medizinischen Leistungserbringers begründen kann, wenn die Vertragsverletzung nicht kausal für den Gesundheitsschaden war. Verursacht ist dagegen der Schaden, der daraus entsteht, dass die Fehlerhaftigkeit des Produkts dem Hersteller gegenüber nicht nachgewiesen werden kann. Die verletzte vertragliche Nebenpflicht würde auch gerade das Entstehen dieses Schadens verhindern wollen, womit auch der Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben wäre, doch bleibt eben ungeklärt, ob das Produkt tatsächlich fehlerhaft war. Wird das Fehlverhalten des medizinischen Leistungserbringers wegedacht, so bleibt daher offen, ob der Schaden tatsächlich unterblieben wäre, d. h. ob tatsächlich ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Hersteller bestanden hätte. Eine derartige Beweisführung müsste den Nachweis erbringen, dass das abhandeln gekommene oder vom Servicedienst gewartete Medizinprodukt tatsächlich einen haftungsbegründenden Defekt aufgewiesen hat, weshalb ein den Vertragspflichten entsprechendes Vorgehen des medizinischen Leistungserbringers für den Patienten durchsetzbare Schadensersatzansprüche eröffnet hätte. Es erübrigt sich jede weitere Bemerkung, dass diese Beweisführung dem geschädigten Patienten nahezu nicht möglich ist.

Schlussendlich wird aus dieser Betrachtung für den sich vertragswidrig verhaltenen medizinischen Leistungserbringer regelmäßig aber nichts zu gewinnen sein: Der OGH verweist in seiner Rechtsprechung wiederholt darauf, dass die dargestellte Regel, wonach der Geschädigte zu beweisen habe, dass der Schaden bei gebotem Verhalten nicht eingetreten wäre, auf dem Gebiet der Arzthaftung bei Verletzung der vertraglich und krankenanstaltenrechtlich gebotenen Sorgfalt nicht zum Tragen kommt¹². Angesichts der im Bereich der Naturwissenschaften gegebenen Unmöglichkeit, den Eintritt gesundheitsschädigender Folgen stets mit Sicherheit beweisen zu können, bürdet eine erwiesene Vertragsverletzung dem medizinischen Leistungserbringer den Beweis auf, dass sein Verhalten unwesentlich dafür war, das vom Patienten zu tragende Behandlungsrisko zu erhöhen.

Es kann kein Grund erkannt werden, weshalb diese zu den ärztlichen Behandlungsfehlern entwickelte Rechtsprechung bei der hier zur Diskussion stehenden Missachtung anderer dem Behandlungsvertrag entspringender Pflichten nicht ebenso zutreffen sollte. In diesem Zusammenhang kann auch ein Vergleich zur Rechtsprechung des OGH auf dem Gebiet der Anwaltschaft gezogen werden, wonach an einen für die Haftungsbegründung erforderlichen Kausalitätsbeweis bei Unterlassungen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen und sich die Beweislast des Klägers darauf beschränkt, dass bei pflichtgemäßem Handeln der Schaden mit

überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre¹³. Diese beim geschädigten Patienten verbleibende Beweisführung ist schlicht auf die Position des medizinischen Leistungserbringers zu stützen, der seinerseits (insbesondere durch seine eigene Dokumentation unterstützt) einen Behandlungsfehler ausschließt und vielmehr von einer Ursache für den Schaden in einer Fehlerhaftigkeit des Medizinprodukts ausgeht. Mit anderen Worten: Es untermauert der medizinische Leistungserbringer selbst den Beweis, dass der Schaden bei einem den Schutz- und Sorgfaltspflichten entsprechenden Verhalten mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre.

Zum gleichen Ergebnis führt auch eine Prüfung unter dem Aspekt des rechtmäßigen Alternativverhaltens, d. h. dass eine Haftung für pflichtwidriges Verhalten dann zum Tragen kommt, wenn dies die Schadenswahrscheinlichkeit gegenüber dem rechtmäßigen Verhalten in relevanter Weise erhöht hat¹⁴. Es kann wohl nicht in Zweifel gezogen werden, dass die in Rede stehenden Handlungen medizinischer Leistungserbringer, die Wahrscheinlichkeit des Verlusts bzw. der Unbrauchbarkeit wesentlicher Beweismittel und damit auch die Wahrscheinlichkeit, dass es dem Patienten nicht gelingt, den Beweis für Ansprüche wegen eines fehlerhaften Medizinprodukts zu erbringen, in relevanter Weise erhöhen. Damit ergibt sich aber nun für den Schädiger (medizinischen Leistungserbringer) die unerfüllbare Pflicht zu beweisen, dass der Schaden auch dann eingetreten wäre, hätte er ein pflichtgemäßes Verhalten im Sinne der Sicherung der Beweisposition des geschädigten Patienten gesetzt.

Schadensersatzansprüche gegenüber dem medizinischen Leistungserbringer wegen Verletzung der ihn treffenden Loyalitätspflichten lassen sich daher auch nach diesen Betrachtungen von Fragen der Beweislast bekräftigen.

Angemerkt sei an dieser Stelle, dass aus der Sicht des Produkthaftungsgesetzes¹⁵ bei Ereignissen der in Rede stehenden Art für den geschädigten Patienten im Hinblick auf dessen Beweislage nichts zu gewinnen ist. Auch im Regime des Produkthaftungsrechts obliegt dem Geschädigten unter anderem der Beweis des Eintritts des Schadens, des Produktfehlers und des Kausalzusammenhanges zwischen Fehler und Schaden¹⁶. Zwar wird (nicht produkthaftungsspezifisch, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen des [formellen] Beweisrechts) insbesondere der Nachweis des Produktfehlers und des Kausalzusammenhanges zwischen Fehler und Schaden durch die Möglichkeit, einen Anscheinsbeweis zu führen, erleichtert¹⁷; es genügt folglich zunächst im Sinne eines Prima-facie-Beweises, wenn es dem Patienten aufgrund feststehender Tatsachen gelingt darzutun, dass seine Schädigung durch ein fehlerhaftes Medizinprodukt wahrscheinlich ist. Diese Vermutung wird allerdings entkräftet, wenn der Hersteller wahrscheinlich macht, dass im konkreten Fall der Kausalverlauf auch ein anderer – z. B. sorgfaltswidrige Anwendung – gewesen sein könnte¹⁸.

Das Produkthaftungsgesetz eröffnet daher keine zusätzlichen Aspekte, dem geschädigten Patienten die Durchsetzung seiner Ansprüche zu erleichtern.

In den Raum zu stellen ist schließlich, ob und bejahendenfalls innerhalb welcher Grenzen den Schadensersatzansprüchen gegenüber dem medizinischen Leistungserbringer gegenübergestellt werden könnte, dass Verschulden und daraus folgend Schadensersatz wegen Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten nicht überspannt werden dürfen¹⁹. Ist es – so könnte argumentiert werden – einer freiberuflich tätigen Ärztin,

Hebamme etc. tatsächlich zusinnbar, im Zuge einer pannenbehafteten Behandlung auch die Rechtsposition des Vertragspartners zu beachten und juristisch richtig die Beweislage des Patienten zu sichern?

Es wird nicht möglich sein, diese Frage umfassend und abschließend zu klären; der Einwand, diese Vertragspflicht nicht zu überspannen, scheint jedenfalls ebenso denkbar wie eine Vielzahl differenzierter Einzelfallbeurteilungen. Damit stellt sich aber jedenfalls auch die Frage, ob überhaupt und allenfalls, wo dieser Einwand an seine Grenzen stößt. Nun ist der Bogen medizinischer Behandlungseinrichtungen ein weit gespannter. Er reicht z. B. von der freiberuflich tätigen Hebamme bis hin zu Zentralkrankenanstalten und Universitätskliniken. Schließt die Organisation des Trägers einer Krankenanstalt ein eigenes Rechtsbüro ein oder findet sich professioneller rechtlicher Support etwa durch eigene Organisationseinheiten im Bereich der öffentlichen Verwaltung, so kann von einem Überspannen von Schutz- und Sorgfaltspflichten des Trägers bei Erfüllung des Behandlungsvertrages auch in rechtlicher Hinsicht wohl keine Rede sein. Vor dem Hintergrund ärztlicher Aufklärungs- und Auskunftspflicht²⁰ bzw. den entsprechenden Pflichten der Angehörigen anderer Gesundheitsberufe wird allerdings kein Argument zu finden sein, die Hinweispflicht dieser medizinischen Leistungserbringer auf die Ursache eines Patientenschadens und der gebotenen Beweissicherung in anderen Bereichen, insbesondere dem niedergelassenen Bereich, grundsätzlich anders zu sehen²¹. Organisations- und Berufsgesetze²² verpflichten medizinische Leistungserbringer umfassend zur Wahrung wissenschaftlicher Standards, hinzu tritt die im ABGB normierte besondere Sorgfaltspflicht von Sachverständigen²³.

Tritt im Zuge der Behandlung ein Schaden am Patienten ein, der durch ein defektes Medizinprodukt verursacht wurde, dann kann jedenfalls objektiv nicht der Standpunkt eingenommen werden, dass die erbrachte Leistung – die Behandlung – dem Stand der medizinischen Wissenschaft entspricht. Die Frage ist nun, ob sich etwa darin eine Alternative zur vereitelten Schadensersatzforderung an den Produkthersteller eröffnet, ist doch das Ergebnis der Erfüllung des Behandlungsvertrages nicht dem State of the Art entsprechend.

Dieser Ansatz wird in aller Regel zu verwerfen sein. Wie oben festgestellt, führt die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung zwar zu Schadensersatzansprüchen aus dem Vertrag (§ 1295 ABGB), doch setzt dies eben Verschulden voraus²⁴. Ein solches wird aber nicht zu sehen sein, wenn seitens des medizinischen Leistungserbringers dem Stand der Wissenschaft und den Sorgfaltsmaßstäben entsprechend alles getan wurde, um ein Versagen der Technik hintanzuhalten. Mit anderen Worten: Wurden seitens des medizinischen Leistungserbringers alle zu fordernden Schritte wie regelmäßige Wartung, Sicherheitschecks, Beachtung von Warnsignalen etc. gesetzt und war dabei auch bei gehöriger Aufmerksamkeit das Versagen der Technik nicht (rechtzeitig) zu erkennen, so kann an ihn auch kein Verschuldensvorwurf gerichtet werden. Haftungsansprüche wegen positiver Vertragsverletzung aus diesem Grund scheiden damit mangels Verschuldens aus, ein Entstehen des medizinischen Leistungserbringers für nicht erkennbare Defekte der Medizintechnik ist mangels Verschuldens nicht anzunehmen.

Anders freilich jene Fallgruppen, in denen Sorglosigkeit, Schlamperei, Sparsamkeit etc. die Ursache dafür waren, dass vorschriftswidrig²⁵ (entgegen dem Stand der Wissenschaft und Technik) Wartung und Sicherheitschecks unterblieben²⁶ oder auch Warnsignale nicht (rechtzeitig) Beachtung fanden. Diesfalls wird wohl kein Zweifel bestehen, dass den medizinischen Leistungserbringer auch eine Haftung für technisches Versagen der von ihm verwendeten Technik trifft.

Nochmals differenziert werden schließlich jene Fallgruppen zu beurteilen sein, in denen nicht die dem Stand der Wissenschaft zu erbringende Behandlung²⁷, sondern dem Werkvertrag entsprechend tatsächlich ein bestimmter (positiver) Erfolg geschuldet wird. Derartige Konstellationen sind etwa in der Zahnmedizin anzunehmen (Krone, Implantate etc.). In diesem Fall wird dem Patienten gegen den Behandler bei wesentlichen behebbaren Mängeln das Recht auf Verbesserung oder Preisminderung (Wandlung nur dann, wenn nicht ganz leicht behebbar) zukommen, bei wesentlichen unbehebbar Mängeln ein Recht auf Wandlung oder auch Preisminderung. Gerade auf dem Gebiet der Medizin wird zur Beurteilung der Frage, ob dem Patienten zugemutet werden kann, vom Recht auf Verbesserung (statt Preisminderung oder Wandlung) Gebrauch zu machen, wesentlich der Umstand eine Rolle spielen wird, welche Bedeutung (Risiko, Schmerzen, Krankenstand und vorübergehende Berufsunfähigkeit) die für die Verbesserung notwendigen neuerlichen Eingriffe aufweisen.

Die Frage nach allfälligen Haftungsansprüchen gegen den Hersteller eines fehlerhaften Medizinproduktes wird damit bei dieser Fallgruppe in den Bereich der Regressebene verschoben, d. h. der den Erfolg schuldig gebliebene medizinische Leistungserbringer wird überlegen können, ob es ihm gelingt, den Beweis des Produktfehlers zu erbringen und sich im Regressweg gegenüber dem Hersteller des Medizinprodukts schadlos zu halten. Damit aber wird das Interesse an der Sicherung möglicher Beweismittel definitiv zu einem ureigenen Interesse des medizinischen Leistungserbringers.

Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass Ansprüche auf Schmerzensgeld als Form echten Schadensersatzes im Sinne der §§ 1295ff. ABGB stets ein Verschulden voraussetzen.

Ein letzter Aspekt im Rahmen der Beurteilung unter dem Blickwinkel des Behandlungsvertrages sei den aus dem Behandlungsvertrag selbst abzuleitenden, ebenso aber auch in Organisations- und Berufsausübungsregeln normierten Dokumentationspflichten und Aufklärungsregeln²⁸ gewidmet.

Unstrittig wird der Standpunkt eingenommen werden können, dass Aufklärungspflichten des medizinischen Leistungserbringers auch hinsichtlich bedeutsamer Umstände bestehen, die erst im Zuge der Behandlung auftreten, wie eben insbesondere technisches Versagen und daraus resultierend eine Schädigung der Gesundheit des Patienten²⁹. Ist darüber nun mit dem Patienten ein Gespräch zu führen, so scheint

es auch geboten, gemeinsam mit diesem den Weg der Durchsetzung allfälliger Schadensersatzansprüche zu besprechen, da ja andererseits – sollte diesbezüglich eine Verständigung unterblieben sein – dem Patienten nicht unterstellt werden kann, er habe möglicherweise schon bei Abschluss des Behandlungsvertrages stillschweigend/konkudent jenem Weg zugestimmt (Rückübermittlung an Hersteller, Reparatur durch Hersteller), der für die Wahrung seiner allfälligen Schadensersatzansprüche der am meisten kontraproduktive ist³⁰. Ansprüche wegen Verletzung der Aufklärungspflicht scheinen daher auch im gegebenen Zusammenhang durchaus möglich.

Hinzu kommen – ebenso aus dem Behandlungsvertrag ableitbar – Dokumentationspflichten des Erbringers einer medizinischen Leistung. Zwar wird nicht vertretbar sein, auch defekte Implantate, Knochenschrauben und -nägel etc. als Bestandteil der Krankengeschichte zu werten, doch scheint es durchaus vertretbar, den oben erwähnten Schutz- und Sorgfaltspflichten entsprechend auch Dokumentationspflichten anzunehmen, die außerhalb des durch das KAKuG auf der Ebene des Organisationsrechts für Krankenanstalten gezogenen Kreises liegen und sich auch aus berufsrechtlichen Dokumentationsbestimmungen ergeben können³¹. Eine ohne oder sogar entgegen der Zustimmung des Patienten erfolgte Weitergabe vermeintlich defekter Produkte an den Hersteller könnte sich damit ebenso wie das Unterlassen, entscheidende Fakten (z. B. Chargennummer) festzuhalten, auch als Verstoß gegen Dokumentationspflichten erweisen und damit ebenso haftungsbegründend sein. Zu beachten ist dabei zwar, dass eine lückenhafte oder unzulängliche Dokumentation allein noch keine Vermutung eines objektiven Sorgfaltsverstoßes begründet³² und nicht selbst eine Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche des Patienten bildet, doch ist der wesentliche Zweck der Dokumentation im Bereich der Medizin neben der Therapiesicherung eben gerade auch die Beweissicherung. Vertritt nun, wie bereits oben dargestellt, der medizinische Leistungserbringer – auch belegt durch die von ihm im Übrigen geführte Dokumentation – den Standpunkt, nicht ein Behandlungsfehler, sondern ein fehlerhaftes Produkt hätte den Schaden verursacht, so muss dem Patienten die aus der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten erfließende Beweiserleichterung zugute kommen³³.

Ob schließlich auch noch die Auseinandersetzung mit der Frage von Bedeutung ist, ob sich die sorglose Vorgangsweise des Behandlungsvertragspartners, die zum Verlust des allenfalls entscheidenden Beweismittels eines fehlerhaften Medizinprodukts führt, auch als Schutzgesetzverletzung nach dem MPG erweist und damit vorteilhaft für den geschädigten Patienten die Anwendung des § 1311 Satz 2 zweiter Fall ABGB eröffnet, wird näher unter Punkt 3. untersucht.

2. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte

Wurde unter Punkt 1. die Pflicht des medizinischen Leistungserbringers zur Wahrung der Rechtsansprüche seines Vertragspartners Patient untersucht, so soll nunmehr weiters die Frage untersucht werden, ob nicht auch die Rechtsposition des zumeist die Behandlungskosten tragenden Trägers der gesetzlichen Krankenversicherung in den in Rede stehenden Fällen dem medizinischen Leistungserbringer ein Verhalten gebietet, die Beweisführung durch Sicherung der Beweismittel auch tatsächlich zu ermöglichen.

Zunächst ist festzuhalten, dass die gesetzlichen Krankenversicherungsträger ebenso Vertragspartner der medizinischen Leistungserbringer sind, was insbesondere auch gegenüber den Trägern von Krankenanstalten einschließlich des Bereichs der durch die Landesgesundheitsfonds finanzierten öffentlichen Krankenanstalten gilt. So werden auch im System der öffentlichen Spitalsversorgung die Beziehungen der Versicherungsträger zu den Krankenanstalten durch privatrechtliche Verträge geregelt³⁴, wobei auf diese Verträge im Rahmen der Bestimmungen des § 148 ASVG und des KAKuG die Regeln des ABGB anzuwenden sind³⁵. Es ist daher davon auszugehen, dass die unter 1. aus Anlass des Behandlungsvertrages angestellten Überlegungen hinsichtlich Schutz- und Sorgfaltpflichten von Vertragspartnern, v. a. auch zu deren wechselseitigen Loyalitätspflichten, ebenso für das Rechtsverhältnis zwischen den medizinischen Leistungserbringern (einschließlich der durch die Landesgesundheitsfonds finanzierten Krankenanstalten) und den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung zum Tragen kommen³⁶.

Diesem Ergebnis aufrechter Loyalitätspflichten auch zwischen medizinischen Leistungserbringern und Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung kommt vor dem Hintergrund der Legalzession des § 332 ASVG³⁷ im Rahmen der gegenständlichen Thematik besondere Bedeutung zu, gehen demnach doch die Schadensersatzansprüche des Versicherten gegen den Haftpflichtigen auf den leistungspflichtigen Versicherungsträger insoweit über, als dieser Leistungen zu erbringen hat³⁸. Damit liegt auf der Hand, dass jegliches Verhalten eines medizinischen Leistungserbringers, das den Nachweis eines haftungsrelevanten Produktmangels zunichte macht, unmittelbar auch die Rechtsposition seines Vertragspartners aus dem Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung entsprechend verschlechtert, wird es diesem damit doch verunmöglicht, die auf ihn übergegangenen Schadensersatzansprüche gegenüber dem Haftpflichtigen geltend zu machen³⁹.

Die Bedeutung dieser Legalzession für die Interessen und Position der gesetzlichen Sozialversicherungsträger wird durch die Rechtsprechung unterstrichen, nach der bereits die Möglichkeit weiterer Regressansprüche ein Feststellungsinteresse des Sozialversicherungsträgers (Verjährungsunterbrechung durch Feststellungsbegehren) begründet⁴⁰.

Zusammenfassend lässt sich daher auch für die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung sowie für andere Sozialversicherungsträger, die Vertragspartner medizinischer Leistungserbringer sind, festhalten, dass diesen ebenso ein Anspruch auf die Einhaltung der ihnen gegenüber bestehenden Schutz- und Sorgfaltspflichten zukommt und daher ein Verhalten, das die Geltendmachung der nach § 332 ASVG auf sie übergegangenen Ansprüche vereitelt, zu entsprechenden Schadensersatzforderungen gegenüber dem betreffenden Vertragspartner führen kann.

3. Haftungsrechtliche Anknüpfungspunkte im Verwaltungsrecht – Verletzung allfälliger Schutzvorschriften nach dem Medizinproduktegesetz (MPG)?

Das MPG enthält in seinen §§ 70 ff. eine Reihe von Meldepflichten medizinischer Leistungserbringer gegenüber dem Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen⁴¹ im Zusammenhang mit Fehlfunktionen, Qualitätsmängeln, Nebenwirkungen und anderem mehr. Das Unterlassen oder auch nur Unterbleiben unverzüglicher derartiger Meldungen⁴² ist eine Verletzung dieser verwaltungsrechtlich gebotenen und unter Strafsanktion stehenden⁴³ Pflicht, doch stellt sich im gegebenen Zusammenhang die Frage, ob derlei Verstöße gegen medizinproduktrechtlich gebotene Meldepflichten als Verletzung eines „Schutzgesetzes“ auch mit Relevanz für die vorliegende Problematik in die Sphäre des zivilen Haftungsrechts hineinreichen und damit die Position des geschädigten Patienten deutlich verbessern könnten.

Nach § 1311 Satz 2 zweiter Fall ABGB haftet jemand, der ein Gesetz übertritt, das zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, für jeden Nachteil, der sonst nicht eingetreten wäre. Die Kausalität stellt dabei die erste Voraussetzung für das Entstehen der Schadensersatzpflicht dar, als weitere Voraussetzung der Schadenszurechnung ist die Prüfung vorzunehmen, ob der betreffende Schaden auch in einem normativen Zusammenhang mit dem Zweck der übertretenen Verhaltensnorm steht⁴⁴. Verschulden ist im Hinblick auf die Übertretung dabei ebenso Voraussetzung⁴⁵. Dem Kläger (Patienten) obliegt in diesen Fällen bloß die Pflicht, den Nachweis der Übertretung einer Schutznorm zu erbringen, dem Beklagten (den Schaden zufügender medizinischer Leistungserbringer) steht die Möglichkeit zu, den an ihn gerichteten Anspruch abzuwehren, indem er seine Schuldlosigkeit nachweist⁴⁶ oder beweist, dass der Schaden auch im Fall vorschriftsmäßigen Verhaltens eingetreten wäre⁴⁷.

Die Frage ist nun, ob die genannten Normen des MPG im Sinne des § 1311 Satz 2 zweiter Fall ABGB als Schutznormen zugunsten des geschädigten Patienten gesehen werden können, ein Zuwiderhandeln daher Haftungsmöglichkeiten aus diesem Grund gegen den medizinischen Leistungserbringer eröffnen könnte.

De lege lata scheint dieser Weg nicht zu bestehen: Der im Kontext mit den §§ 70 ff. MPG erkennbare Zweck dieser Regelungen ist der Schutz der Bevölkerung (künftiger Patienten) vor Schäden, die durch die Weiterverwendung eines als schadhaft erkannten Medizinproduktes entstehen könnten⁴⁸. Nicht vom Regelungszweck erfasst ist dabei das Ziel, auch den im Einzelfall bereits geschädigten Patienten die Beweisposition zu sichern und ihm die Durchsetzung seiner Ansprüche gegen Hersteller zu ermöglichen. Aus dieser, aus den Formulierungen der §§ 70 ff. MPG und dem daraus erschießbaren Regelungszweck folgenden Erkenntnis⁴⁹ mag zunächst noch nicht abschließend etwas gewonnen sein, da sehr wohl die Prüfung abstrakt gefasster strafrechtlicher Kollektivrechtsgüter dahinter stehend auch einen handfesten Schutz von Individualinteressen erkennen lassen kann⁵⁰.

Eine zusammenfassende Prüfung aller Teilfragen des Normzwecks wird aber an dem negativen Ergebnis der Prüfung, ob Verstöße gegen die Meldepflicht nach den §§ 70 ff. MPG auch im gegebenen Zusammenhang von Relevanz sein könnten, nicht zu rütteln vermögen. Es mag dahin gestellt bleiben, ob diesen Regelungen allenfalls auch ein Individualschutzzweck innewohnt; ein sachlicher Schutzbereich dahin, auch Schäden von der Art der eingetretenen Verschlechterung der Beweisposition des Patienten zu verhindern, ist jedenfalls ebenso zu verneinen wie die Frage nach dem persönlichen Schutzbereich, ob solche Schäden auch gerade zugunsten des in der Beweislage geschädigten Patienten hätten verhindert werden sollen⁵¹. Der Prüfung eines Verschuldens des die Meldepflicht Verletzenden bedarf es damit nicht mehr.

Somit scheidet der Weg aus, bei den in Rede stehenden und in der Einleitung erwähnten Fällen Ansprüche der geschädigten Patienten gestützt auf § 1311 Satz 2 zweiter Fall ABGB in Verbindung mit der Unterlassung von Meldungen nach dem MPG gegen den medizinischen Leistungserbringer zu richten. Dieser hat zwar durch das Unterlassen oder durch die verzögerte Verständigung des Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen und der stattdessen erfolgten Einbindung des Herstellers das MPG, nicht aber eine Schutznorm im Sinne der dargestellten zivilrechtlichen Haftung verletzt.

4. Eigentumsrecht

Erfolgt eine körperliche Zusammenführung bisher selbstständiger Sachen und sind diese nicht mehr absonderbar, so stellt dieser Weg eine Form des Eigentumserwerbs dar, wobei es keine Rolle spielt, ob das Entgelt für die implantierte Sache vom Patienten selbst geleistet wird, aus den Mitteln der Sozialversicherung stammt oder im öffentlichen Spitalsbereich durch die pauschale Abgeltung durch den Landesfonds erfolgt.

Nun können Implantate, Knochenschrauben, -nägel und anderes mehr zwar chirurgisch wieder entfernt werden, doch wird der von den Vertragsparteien des Behandlungsvertrages vertretene Wille einer endgültigen Vereinigung des Medizinprodukts mit dem Patienten samt der medizinischen Sinnwidrigkeit, derartige Gegenstände ohne entsprechende Indikation wieder zu entfernen, die in Rede stehenden Sachverhalte von Implantationen stets als körperliche Zusammenführung ohne Möglichkeit einer späteren Absonderung erscheinen lassen⁵². Für diese Sicht spricht auch die in jedem Fall mehr oder weniger bestehende Risikenlage für den Patienten, durch einen neuerlichen invasiven Eingriff einen implantierten Gegenstand wieder zu entfernen.

Der Patient ist bei dieser Betrachtung Eigentümer geworden, er hat daher im Falle einer Entfernung wegen eines Defekts schon kraft Eigentumsrechts über den weiteren Weg seiner Sache zu entscheiden⁵³. Die Trennung (Explantation) des defekten Medizinprodukts vermag nichts daran zu ändern, dass es weiterhin im Eigentum des ursprünglichen Trägers (geschädigten Patienten) verbleibt⁵⁴.

Zu den eigentumsrechtlichen Aspekten hinzu treten Aspekte der dem Patienten zustehenden Persönlichkeitsrechte, die es wohl gebieten, bei der Entfernung von Teilen seines Körpers ihn in die weitere Entscheidungsfindung einzubeziehen⁵⁵.

Für die Frage der Absicherung von Entschädigungsansprüchen bei Behandlungsschäden durch defekte Medizinprodukte kann aus dieser Betrachtung unter eigentumsrechtlichen Aspekten zunächst nicht all zu viel gewonnen werden. Der in seinem Eigentumsrecht verletzte Patient hätte wohl einen Herausgabeanspruch auf die ihm entzogene Sache, der ins Leere geht, da diese eben in Verstoß geraten ist. Überdies bestünde die (theoretisch) denkbare Entschädigung in einem gleichwertigen Ersatz, d. h. etwa einem gleichwertigen (gebrochenen) Knochennagel oder dem Ersatz des objektiven Wertes, der wohl in der Gegend von null anzunehmen wäre.

Gänzlich anders fällt indes die Beurteilung einer Verletzung des Eigentumsrechts unter dem Aspekt der bereits dargestellten Verletzung vertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten aus. Dass die Achtung und Wahrung von Eigentumsrechten des Vertragspartners ebenso von vertraglichen Nebenpflichten umfasst ist, wird nicht infrage zu stellen sein. Wendet nun der medizinische Leistungserbringer ein, dass seine Verletzung der vertraglichen Pflicht, das Eigentumsrecht des Patienten zu wahren, nicht kausal für den Schaden des Patienten ist, da auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten⁵⁶ kein anderes Ergebnis erzielt worden wäre, so verlagert sich damit das Beweisproblem für den Nachweis eines fehlerbehafteten bzw. fehlerfreien Medizinprodukts auf die Seite des medizinischen Leistungserbringers; ein Beweis, der bei Verlust oder Vernichtung des Produkts nicht erbringbar ist.

Völlig versagen muss dieser Weg allerdings dann, wenn nicht ein (vermeintlich) defektes Produkt implantiert wurde, somit kein Eigentumserwerb durch den Patienten stattfand⁵⁷, sondern ein Gerät – wie z. B. eine Beatmungsmaschine – versagt und Schaden verursacht hat.

5. Beweismittelunterdrückung (§ 295 StGB)

Der Vollständigkeit halber sei auch noch kurz der Frage nachgegangen, ob den eingangs geschilderten Sachverhalten auch vor dem Hintergrund des Tatbestands der Unterdrückung eines Beweismittels nach § 295 StGB Relevanz zukommen kann. Zu bestrafen ist nach dieser Gesetzesstelle, wer ein Beweismittel, das zur Verwendung in einem gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren bestimmt ist und über das er nicht oder nicht allein verfügen darf, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt, sofern er mit dem Vorsatz handelt zu verhindern, dass das Beweismittel im Verfahren gebraucht werde. Das Delikt ist gegenüber jenem der Urkundenunterdrückung und Versetzung von Grenzzeichen (§§ 229 ff. StGB) subsidiär.

Eine Anwendbarkeit dieses Strafrechtsdelikts wird wohl – wenn überhaupt – nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen: Tatbestandsmäßig entscheidend ist zunächst, dass das Medizinprodukt als Beweismittel zur gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verwendung schon zum Tatzeitpunkt⁵⁸ bestimmt sein muss. Dies wird mehr oder weniger weit im Vorfeld allfälliger Überlegungen des geschädigten Patienten, Ansprüche geltend zu machen, zu verneinen sein. Gleiches gilt bei einer allfälligen Prüfung des Schadensfalles durch eine Patientenanwaltschaft, da dieser Einrichtung keine Behördenqualifikation zukommt⁵⁹.

Damit scheidet eine Anwendbarkeit des § 295 StGB bereits aus, mag aus den dargestellten zivilrechtlichen Nebenpflichten aus dem Behandlungsvertrag und aus der Sicht des Eigentumserwerbs durch den Patienten auch strafrechtlich zu folgern sein, dass dem medizinischen Leistungserbringer ein (alleiniges) Verfügungsrecht im Sinne des § 295 leg. cit. über das vermeintlich schadhafte Medizinprodukt nicht zusteht⁶⁰.

Schließlich wird auch in pragmatischer Hinsicht der Nachweis eines Vorsatzes, selbst eines *dolus eventualis*, kaum zu erbringen sein.

6. Exkurs: „Amtshilfe“ des BMGF – Patientenanwaltschaften

Art. 22 B-VG verpflichtet alle Organe des Bundes, der Länder und der Gemeinden zur wechselseitigen Hilfeleistung im Rahmen ihres gesetzmäßigen Wirkungsbereiches. Damit stellt sich die Frage, ob das BMGF ihm oder dem Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen in Vollziehung des MPG vorliegende Gutachten und anderes mehr an Patientenanwaltschaften auf deren Ersuchen weiterzugeben hat, wenn diese darum zur Klärung allfälliger Ansprüche von Patienten ersuchen. Dies wird allerdings zu verneinen sein, da die Tätigkeit der Patientenanwaltschaften nicht im Bereich der Hoheitsverwaltung liegt und Art. 22 B-VG für Zwecke der Privatwirtschaftsverwaltung nicht Anwendung findet⁶¹.

Offen bleibt damit freilich, ob diese Möglichkeit dem BMGF oder dem Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen sonst – außerhalb einer Verpflichtung im Sinne des Art. 22 B-VG – frei steht.

§ 110 MPG normiert eine umfassende Verschwiegenheitspflicht für Personen, denen Aufgaben der Vollziehung dieses BG übertragen sind, soweit nicht andere Verschwiegenheitspflichten bestehen. Für den öffentlichen Bereich kommt daher schon die im Art. 20 Abs. 3 B-VG verankerte Pflicht zur Amtsverschwiegenheit zum Tragen.

Tritt nun eine Patientenanwaltschaft an das BMGF mit dem Ersuchen heran, ihr ein dem Gesundheitsressort vorliegendes Gutachten oder sonstige Unterlagen über ein schadhaftes Medizinprodukt zu übermitteln, so stellt sich die Frage, ob das BMGF diesem Ersuchen ohne Verletzung seiner Pflicht nach Art. 20 Abs. 3 B-VG entsprechen kann.

Dies wird im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung zu entscheiden sein. Stehen einander gleichwertige Interessenlagen gegenüber (Geheimhaltungsinteresse des Herstellers versus Auskunftsinteresse des Patienten/der Patientenanwaltschaft), so besteht keine Geheimhaltungspflicht; eine solche ist vielmehr nur bei Überwiegen der Geheimhaltungsinteressen anzunehmen⁶². Eine Weitergabe von Gutachten und Ähnlichem mehr an Patientenanwaltschaften ist daher in Einzelfällen nach sorgfältiger Abwägung der berührten divergierenden Interessen zulässig.

7. Schlussbetrachtung – Ausblick

Bereits die geltende Rechtslage bietet verschiedene Ansätze, die durchaus eine Absicherung der Beweisposition des Patienten bei Schäden durch Versagen eines Medizinproduktes annehmen lassen. Zivilrechtliche Loyalitäts-, aber auch Aufklärungs- und Dokumentationspflichten, die aus dem Behandlungsvertrag erfließen, gebieten dabei ebenso wie das Eigentumsrecht des Patienten schon *de lege lata* eine Wahrung seiner Rechtsposition durch den medizinischen Leistungserbringer. Verletzungen dieser Pflichten können Schadensersatzforderungen des Patienten gegenüber dem medizinischen Leistungserbringer begründen. Gleiches gilt im Hinblick auf § 332 ASVG auch für die Rechtsposition der die Behandlungskosten tragenden gesetzlichen Krankenversicherung. Freilich ist von einer umfassenden und völlig befriedigenden Lösung nicht auszugehen, da ausdrückliche Rechtsvorschriften fehlen und die klagsweise Durchsetzung dieser Schadensersatzansprüche von Patienten oder gesetzlichen Krankenversicherungsträgern gegen medizinische Leistungserbringer in den Bereich mühsamer Rechtsdurchsetzung fallen.

Die Ahndung von Verletzungen von Meldepflichten nach dem MPG durch die Verwaltungsstraßbehörden ist für die Rechtsposition des geschädigten Patienten ohne Relevanz.

De lege ferenda ist im Sinne einer Verdeutlichung der Rechtslage daher eine Erweiterung des MPG im Rahmen seiner §§ 70 ff. anzustreben, um diesen Abschnitt des MPG ausdrücklich um den Schutzzweck der Wahrung der Position des geschädigten Patienten und einer Schadloshaltung für den Fall des vom medizinischen Leistungserbringer verursachten Verlusts entscheidender Beweismittel zu erweitern. Dies könnte etwa dahin erfolgen, dass der medizinische Leistungserbringer bei Anzeichen eines Medizinproduktefehlers ausdrücklich zur Beweissicherung für den geschädigten Patienten verpflichtet wird, andernfalls er einen wegen Verletzung dieser Pflicht an ihn gerichteten Schadensersatzanspruch des Patienten nur anwenden kann, wenn ihm der Beweis gelingt, dass ein Fehler des Produkts doch nicht bestanden hat. Eine solche ausdrückliche Regelung hätte auch den Sinn, die medizinischen Leistungserbringer in aller Deutlichkeit vor den dargestellten, schon nach der geltenden Rechtslage denkbaren haftungsrechtlichen Konsequenzen zu warnen, sollten sie Handlungen setzen, die der Beweisposition des Patienten in Zusammenhang mit Medizinproduktefehlern zum Nachteil gereichen.

Daneben besteht der im Rahmen der Durchbrechung der Amtsverschwiegenheit aufgezeigte Weg von Einzelfalllösungen⁶³.

- 1 GZ VA BD/25-GU/05 – R und GZ VA W/54-GES/06 – MH
- 2 BGBl 1996/657, zuletzt geändert durch BGBl I 2005/153
- 3 Koziol/Welser, Bürgerliches Recht 12, II (2001), 5
- 4 Dittrich/Tades, ABGB 36 (2003) § 1295 E 303
- 5 Dittrich/Tades, a. a. O., § 1295 E 305
- 6 Siehe den im § 48 KAKuG idF BGBl I 2004/179 normierten Übergang eines Schadensersatzanspruches, der aus dem Titel des Heilungskostensatzes entstanden ist, an den Rechtsträger einer öffentlichen Krankenanstalt bis zur Höhe noch unbeglichener LKF-Gebühren oder Pflegegebühren, wenn die Erkrankung, die zur Anstaltsbehandlung des Pflingenden geführt hat, auf ein Verschulden zurückzuführen ist, für das zufolge gesetzlicher Vorschriften ein Dritter haftet.
- 7 Vgl. demgegenüber eine Beschränkung der Pflicht des Vertragspartners auf die Notwendigkeit einer Rechtshandlung hinzuweisen, wenn damit seine eigene Position verschlechtert wird, OGH 18. 1. 1977, 3 Ob 632/76, = JBl 1978, 426.
- 8 Siehe zur Verletzung „nachwirkender Vertragspflichten“ als positive Vertragsverletzung OGH 1. 10. 1986, 1 Ob 600/86, = JBl 1987, 102; zu Rechtspflichten nach Erbringung der Hauptleistung Dittrich/Tades, a. a. O., § 1295 E 346
- 9 Dittrich/Tades, a. a. O. § 914 E 110
- 10 Koziol/Welser, a. a. O., 85
- 11 Siehe dazu z. B. OGH 31. 1. 2002, 6 Ob 316/01 s.
- 12 Siehe z. B. OGH 25. 9. 2001, 1 Ob 151/01i und 10. 10. 1991, JBl 1992, 522.
- 13 Siehe nochmals z. B. OGH 25. 9. 2001, 1 Ob 151/01 i.
- 14 Siehe zum Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens und dessen Grenzen Rebhahn, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997), 630 ff.
- 15 BGBl 1988/99, zuletzt geändert durch BGBl I 2001/98
- 16 Fitz/Grau/Reindl, Produkthaftung^C (2004) § 1 Rz 107 und § 7 Rz 2, sowie Welser/Rabl, PHG^C § 1 Rz 72; siehe auch schon grundsätzlich Art. 4 der RL 85/374/EWG.
- 17 Fitz/Grau/Reindl, a. a. O., § 1 Rz 110.
- 18 Vgl. Welser/Rabl, a. a. O., § 7 Rz 7 und 8.
- 19 Siehe dazu OGH 16. 1. 1992, 7 Ob 636/91, = JBl 1992, 593 (Beschränkung vertraglicher Schutzpflichten auf „vernünftiges Maß“ bei beiderseitigem Verschulden).
- 20 Siehe § 51 ÄrzteG 1998 u. a. mit umfassender Pflicht zur Auskunftserteilung z. B. auch über Krankheitsverlauf, hinsichtlich spezieller Information von Implantatträgern gemäß § 81 Abs. 2 MPG auch BMGF 10. 10. 2003, GZ 20562/238-III/A/2/03.
- 21 Siehe dazu nochmals die Rechtsprechung zu Auskunft oder Belehrung nach Erbringung der Hauptleistung unter Fn 8.
- 22 Siehe z. B. § 49 Abs. 1 ÄrzteG 1998, § 8 Abs. 2 KAKuG.
- 23 Siehe § 1299 ABGB.
- 24 Vgl. OGH in JBl 1979, 34; JBl 1985, 625.
- 25 Darunter fallen im gegebenen Zusammenhang auch Verstöße gegen Betriebs- und Wartungsvorschriften des Herstellers.
- 26 Vgl. auch die regelmäßig vorzunehmenden Nacheichnungen bei Messgeräten.
- 27 Behandlung ist im Rahmen dieser Arbeit weit, d. h. sowohl im Sinne des § 110 StGB (umfasst damit nicht nur Therapie, sondern auch diagnostische und prophylaktische Eingriffe) als auch über § 110 StGB hinaus (z. B. Schönheitschirurgie) zu verstehen.
- 28 Siehe z. B. § 10 KAKuG und § 51 ÄrzteG 1998.
- 29 Siehe auch Fn 8, „nachwirkende Vertragspflichten“.
- 30 Siehe dazu nochmals § 914 ABGB, wonach Verträge nach der Übung des redlichen Verkehrs auszulegen sind und – im Fall der ergänzenden Auslegung – daher darauf abzustellen ist, was redliche und vernünftige Parteien vereinbart hätten (dazu Dittrich/Tades, a. a. O., § 914 E 110).
- 31 Vgl. überdies die in den einzelnen Berufsgesetzen normierten Dokumentationspflichten wie § 51 ÄrzteG 1998, § 5 GuKG, § 5 SanG und andere mehr.
- 32 OGH 18. 8. 2001, RdM 2002/4
- 33 Demgegenüber postulieren Literatur und Rechtsprechung in der BRD ausdrücklich eine über die Dokumentationspflicht hinausgehende Beweissicherungspflicht des Arztes (vgl. Peter, Die Beweissicherungspflicht des Arztes, NJW 1988, 725 ff. m. w. N.; BGH, VersRecht 1994, 562 m. w. N.).
- 34 Siehe dazu § 148 Z 10 ASVG idF BGBl I 2004/179 und die dazu ergangenen Ausführungsgesetze der Länder.
- 35 Siehe Teschner/Widlar, Allgemeine Sozialversicherung, ASVG, MAG 39 a, § 148 Anm. 5.
- 36 Daneben kommen freilich auch Vertragsbeziehungen zwischen privaten Krankenanstaltsträgern und gesetzlichen oder privaten Versicherungsträgern in Betracht, siehe insbesondere § 149 Abs. 1 ASVG.
- 37 Vgl. auch § 190 GSVG, § 178 BSVG, § 125 B-KUVG und § 64 a NVG.

- ³⁸ Zur Vorleistungspflicht des Trägers der gesetzlichen Krankenversicherung unter Übernahme des die Schadensersatzansprüche betreffenden Eintreibungsrisikos siehe Krejci/Böhler in: Tomandl, Sozialversicherungssystem, 3.2.1.
- ³⁹ § 332 ASVG erfasst nicht nur den Bereich einer unmittelbaren Leistungspflicht des Krankenversicherungsträgers (z. B. Behandlung des Geschädigten durch einen niedergelassenen Vertragsarzt), sondern schließt mit seinem zweiten und dritten Satz auch den Bereich der durch Landesgesundheitsfonds finanzierten Krankenanstalten mit ein.
- ⁴⁰ OGH 16. 12.1968, 2 Ob 345/68, = ZVR 1969, 242
- ⁴¹ Zum Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen siehe § 6 a des Gesundheits- und ErnährungssicherheitsG – GESG, BGBl I 2002/63, idF BGBl I 2005/107.
- ⁴² Siehe § 70 Abs. 1 MPG „... unverzüglich dem Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen zu melden ...“
- ⁴³ Siehe insbesondere § 111 Z 16 MPG.
- ⁴⁴ Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992), 337
- ⁴⁵ Koziol/Welser, a. a. O., 318; OGH 2 Ob 53/99 d, ZVR 2000/23, 78
- ⁴⁶ U. a. OGH 31. 8. 1984, JBl 1985, 355
- ⁴⁷ Siehe z. B. OGH 2 Ob 15/99s, RdW 2000/577.
- ⁴⁸ Siehe z. B. die §§ 70 Abs. 4, 71 und 74 MPG in Verbindung mit § 75 MPG.
- ⁴⁹ Siehe auch die EB der RV des MPG 313 BlgNR 20. GP, 89, die zu § 72 MPG ausführen, dass Meldungen gemäß § 70 und begründete Verdachtsmomente gemäß § 75 einer raschen und eingehenden Abklärung bedürfen, um mögliche Schäden oder Gefährdungen für Gesundheit oder Leben von weiteren Patienten, Anwendern oder Dritten abzuwenden.
- ⁵⁰ Karollus, a. a. O., 342
- ⁵¹ Siehe nochmals Karollus, a. a. O., 346.
- ⁵² So scheidet auch eine Anwendbarkeit der §§ 414 ff. ABGB aus, da bei Implantationen keine zufällige, ohne Wissen und Willen des Eigentümers geschehene Verarbeitung oder Vereinigung vorliegt, was aber Voraussetzung für die Anwendbarkeit der in den §§ 414 ff. ABGB vorgesehenen Regelungen wäre (siehe Dittrich/Tades, a. a. O., § 414 E 1).
- ⁵³ Siehe auch Ofter, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in: Kopetzki/Mayer[Hrsg], Biotechnologie und Recht, 186, wonach zum Menschen, der nicht als Sache im Sinne des § 285 ABGB gilt, auch die mit ihm fest verbundenen künstlichen Teile (z. B. Herzschrittmacher, Knochenschrauben und -nägel) gehören; siehe weiters auch OGH 6. 10. 1988, 12 Os 106/88, wonach ein implantierter Knochenspan Teil des Körpers ist und nicht unter den Sachbegriff fällt.
- ⁵⁴ Siehe auch Kopetzki, Die Verwendung menschlicher Körpersubstanzen zu Forschungszwecken, in: FS Burgstaller (2004), 609, in Zusammenhang mit der Verwendung abgetrennter körperlicher Substanzen; siehe auch Krejci, Wem gehört die Nabelschnur?, RdM 2001, 67 (70).
- ⁵⁵ Siehe schon § 16 ABGB; zur jüngsten Rechtsentwicklung Kopetzki, a. a. O., 609.
- ⁵⁶ Siehe dazu unter Punkt 1. und Fn 14.
- ⁵⁷ Z. B. auch dann, wenn schon am Beginn des Implantationsvorgangs noch vor einer Verbindung mit dem Körper des Patienten der Schaden eingetreten ist
- ⁵⁸ Siehe Plöchl/Seidl in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 295 Rz 3.
- ⁵⁹ Siehe die nach § 11 e KAKuG auf eine Beschwerdenprüfung und Patienteninteressenwahrnehmung beschränkte Kompetenz der Patientenvertretungen; überdies gebietet eine verfassungskonforme Interpretation von Landesgesetzen, die Patientenanzwaltschaften auch für den Bereich des Gesundheitswesens gemäß Art. 10 Abs. 1 Z 12 B-VG errichten, diese nicht als Behörden zu qualifizieren, da eine derartige Kompetenz zur Errichtung von Behörden im Bereich der Bundesverwaltung dem Landesgesetzgeber nicht zusteht.
- ⁶⁰ Aus der Missachtung verwaltungsrechtlicher Aufbewahrungspflichten wäre ein Verstoß gegen § 295 StGB noch nicht abzuleiten (vgl. Plöchl/Seidl, a. a. O. § 295 RZ 9).
- ⁶¹ Siehe Mayer, B-VG, 3. Auflage (2002), Art. 22 B-VG III.3.
- ⁶² Siehe z. B. Mayer, Vollziehung des LMG und Amtsverschwiegenheit, Ernährung 1992, 725 ff.
- ⁶³ Zuletzt dankt der Autor den zahlreichen Hinweisen und Anregungen, die er in der Diskussion dieser Problematik seitens Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka und der Kollegen des BMJ, Hon.-Prof. Dr. Georg Kathrein und Dr. Peter Barth, erhalten hat.

Arzthaftung und Produkthaftung aus der Sicht des sozialversicherungsrechtlichen Rückgriffs – Rechtsprobleme und Berichte aus der Praxis

Michael Theis, AOK Rheinland/Hamburg – Die Gesundheitskasse

Für den Sozialversicherungsträger ergeben sich im Bereich des sozialversicherungsrechtlichen Rückgriffs bei Arzt- und Medizinprodukthaftung zwei Handlungsfelder:

Zum einen ergibt sich aus § 66 SGB V der Anspruch des Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger, bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen Unterstützung zu erhalten, die bei der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen aus Behandlungsfehlern entstanden und nicht nach § 116 SGB X auf die Krankenkassen übergegangen sind; zum anderen ergibt sich für den Krankenversicherungsträger eben gerade aus § 116 SGB X die Verpflichtung, eventuellen Regressansprüchen gegenüber Leistungserbringern, die aufgrund von ärztlichen Behandlungsfehlern oder Medizinprodukthaftung entstehen, nachzugehen und diese zu realisieren.

Die AOK Rheinland hat 1996 ein „Service-Team Ärztliche Behandlungsfehler“ zur Unterstützung der Versicherten bei einem vermuteten ärztlichen Behandlungsfehler implementiert und dabei die Regressierung ihrer Ersatzansprüche diesem Service-Team mit übertragen.

Die nachfolgenden Abbildungen verdeutlichen den Umfang der von den Mitarbeitern des Service-Teams zu leistenden Arbeit und geben einen Einblick in den Umfang der regressierten Schadensersatzansprüche.

Fallneuanlagen

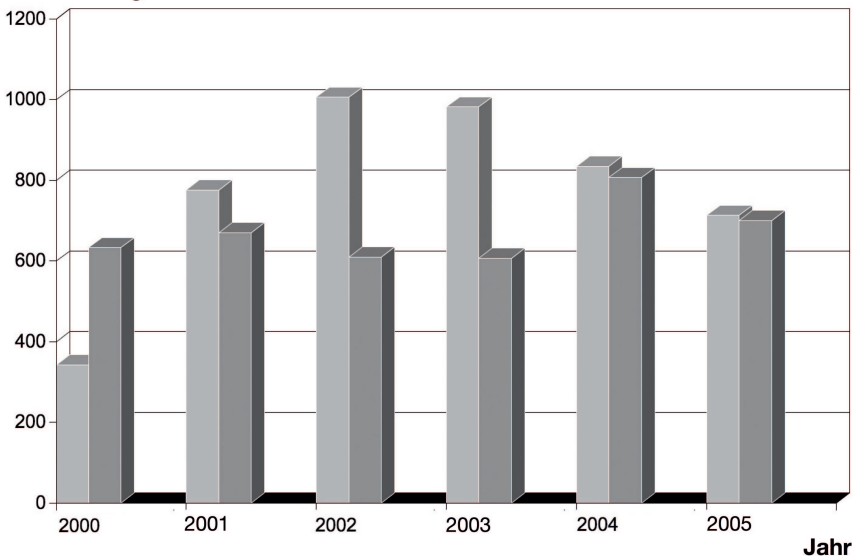


Abb. 1 Entwicklung der Neuanlagen

Abb.1 zeigt dabei die Entwicklung der Fallneuanlagen für den Zeitraum der Jahre 2000 bis 2005 einmal für die AOK Rheinland (mittelgrau) und zum anderen als Vergleichsmaßstab für eine weitere vergleichbare AOK im AOK-System. Dabei fällt auf, dass die Zahl der Neuanlagen bei der AOK Rheinland nicht so großen Schwankungen unterworfen ist wie die Neuanlagenzahl der anderen AOK. Dies wird wohl damit zu begründen sein, dass aufgrund der längeren Bekanntheit des Service-Teams im Rheinland eine doch kontinuierlichere Belastung stattfindet; die KollegInnen der anderen AOKs haben dieses Service-Team im Jahre 1999 aufgebaut.

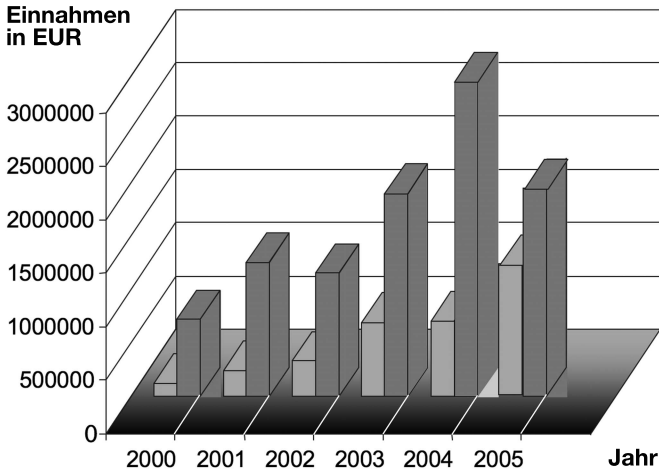
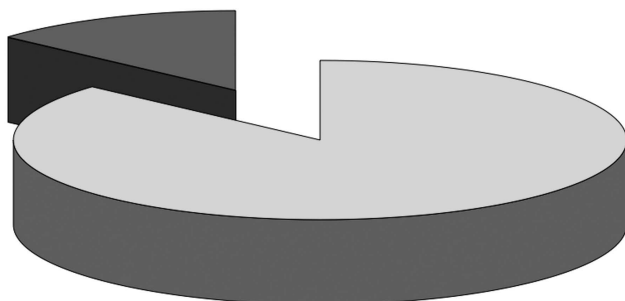


Abb. 2 Entwicklung der Einnahmen

Der Abb. 1 nachgebildet vermittelt Abb. 2 die entsprechenden Einnahmeentwicklungen für den Bereich der Schadensersatzforderung bei ärztlichen Behandlungsfehlern. Der „Ausreißer“ bei der AOK Rheinland (dunkelgrau) für das Jahr 2004 ist damit begründet, dass in diesem Jahr mehrere Geburtsschäden aufgrund ärztlicher Behandlungsfehler in der Geburt durch Vergleichsverhandlungen realisiert werden konnten. Die Abb. zeigt weiterhin, dass eine Kontinuität auf der Einnahmenseite in der Form nicht zu verzeichnen ist, sondern immer von den Einzelfällen abhängig ist.

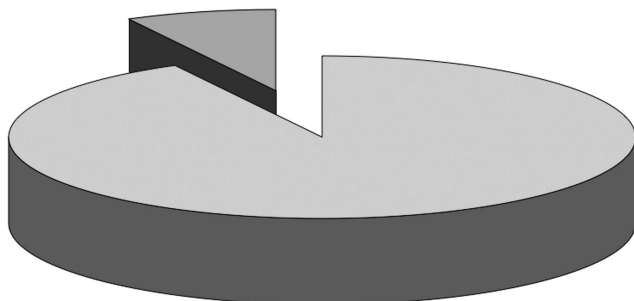
Schadensersatz ärztliche Behandlungsfehler
13 %
(2.940.000,00 EUR)



Sonstige
Ersatzansprüche
87 %
(19.290.000,00 EUR)

Abb. 3 Einnahmen aus Ersatzansprüchen 2004 Rheinland

Schadensersatz ärztliche Behandlungsfehler
8 %
(703.852,00 EUR)



Sonstige
Ersatzansprüche
92 %
(8.472.000,00 EUR)

Abb. 4 Einnahmen aus Ersatzansprüchen 2004 AOK 2

Abb. 3 und Abb. 4 zeigen das Verhältnis auf, in dem die realisierten Schadensersatzansprüche im Bereich ärztlicher Behandlungsfehler zum Gesamtumfang der eingekommen Schadensersatzansprüche der AOK Rheinland (bzw. der zweiten AOK in Abb. 4) stehen. Die dargestellten Werte sind durchaus mit den Werten anderer AOKs zu vergleichen.

Dass die Bearbeitung von ärztlichen Behandlungsfehlern im AOK-System gegenüber anderen gesetzlichen Krankenversicherungen in Deutschland eine gewisse Vorrangstellung einnimmt, zeigt die nachfolgende Abb. 5, in der die Jahresstatistik der beim Medizinischen Dienst der Krankenkassen bundesweit erstellten Gutachten für das Jahr 2004 dargestellt wird.

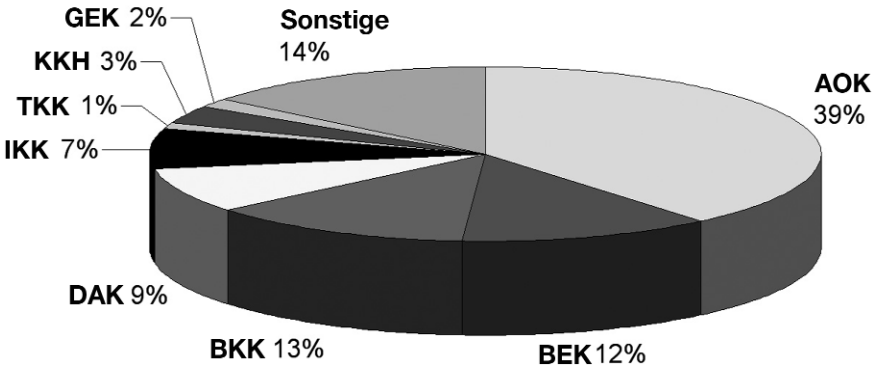


Abb. 5 Jahresstatistik MDK-Gutachten 2004

Das Verhältnis zwischen Auftrag und tatsächlich erstellten Gutachten bundesweit zeigt Abb. 6. Sie zeigt zudem, dass mit zunehmender Professionalisierung in der Bearbeitung möglicher ärztlicher Behandlungsfehler aufseiten des Krankenversicherungsträgers zum einen die Aufträge, zum anderen aber auch die Qualität der Beauftragung zunehmen.

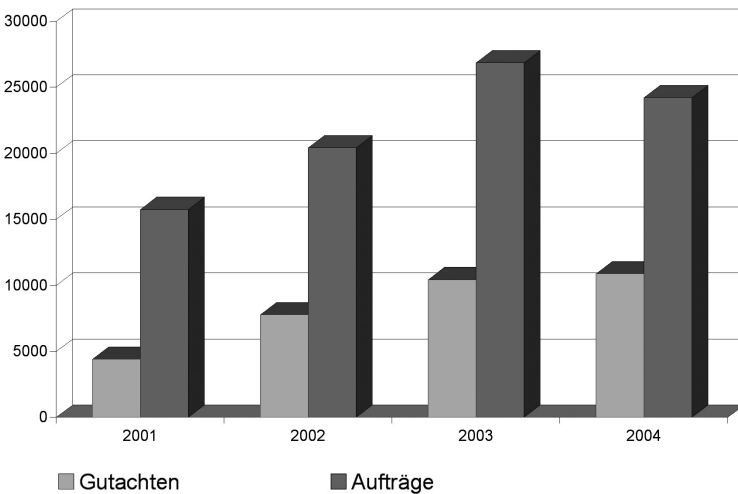


Abb. 6 Jahresstatistik MDK-Aufträge/Gutachten 2004

Medizinprodukthaftung

Der zunehmenden Qualität im Bereich der Bearbeitung von ärztlichen Behandlungsfehlern steht eine bislang vernachlässigte Bearbeitung von Fällen im Bereich der Medizinprodukthaftung gegenüber. Im Jahre 2005 haben Pharmaunternehmen öffentlich im Internet 524 Produkte zurückgerufen, während im gleichen Zeitraum im AOK-System bundesweit (soweit dem Verfasser bekannt) lediglich im Hinblick auf 17 unterschiedliche Produkte Verfahren zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen eingeleitet wurden. Für die AOK Rheinland war diese Erkenntnis Grund genug, dem Bereich der Medizinprodukthaftung mehr Aufmerksamkeit zu schenken. Es wäre aber übertrieben, hier von Rechtsproblemen und Problemstellungen in der Praxis berichten zu wollen.

Die wohl bekanntesten Fälle der letzten Jahre im Bereich der Medizinprodukthaftung sind die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bei HIV-verseuchten Blutkonserven; Schadensersatzansprüche aufgrund defekter Pflegebetten im Bereich der häuslichen Krankenpflege, Schadensersatzansprüche bei defekten Defibrillatoren und Schadensersatzansprüche in Zusammenhang mit der Verabreichung von Medikamenten, hier insbesondere der Fall Lipobay und Vioxx.

Allen Fällen ist gemeinsam, dass sie in der Öffentlichkeit und in der Presse größte Beachtung fanden mit der Folge, dass an die Qualität der Herangehensweise hinsichtlich der Realisierung möglicher Schadensersatzansprüche aufseiten der Krankenversicherer höchste Anforderungen gestellt wurden. Dies hat in der Regel zu Folge, dass auch unter dem Aspekt der Kosten- und Risikoverlagerung eine gemeinsame Vorgehensweise auf Spitzenverbandsebene der gesetzlichen Krankenversicherungen angestrebt wird. Die Konsequenz dieser Vorgehensweise wiederum ist, dass es nicht zu konkreten Schadensersatzanspruchsprozessen kommt, sondern eine Rückabwicklung auf dem Vergleichswege angestrebt wird. Die geleistete Entschädigungssumme wird dann entsprechend den Versicherten auf die einzelnen gesetzlichen Krankenversicherungen aufgeteilt.

Neben den geschilderten taktischen Erwägungen sind auch handfeste juristische Probleme Ursache für die zögerliche Bearbeitung im Bereich der Medizinprodukthaftung.

Als Beispiel sei hier die Vorgehensweise im Falle Lipobay geschildert:

Ab dem 16. August 2001 bis zum 13. September 2001 erfolgte durch die Bayer AG eine Arzneimittelrücknahme von Lipobay und Zenas in allen Stärken und Packungsgrößen über den Pharma-Großhandel. Mit der Folge, dass am 4. September 2001 die Staatsanwaltschaft Köln ein Verfahren gegen Verantwortliche der Bayer AG wegen Verstoßes gegen das Arzneimittelgesetz eingeleitet hat. Vorausgegangen waren ein Rote-Hand-Brief von Bayer betreffend Lipobay am 28. Juni 2001, in dem die Kontraindikation zwischen Lipobay und Zenas mit dem Arzneimittel Gemfibrozil festgestellt wurde, ein Schreiben des AOK-Bundesverbandes an die Vertragsärzte im Juni 2001, dass für den Wirkstoff Lipobay der Beleg eines klinischen Nutzens fehle und schließlich Angaben von Bayer im Bereich Januar und Februar 2001, dass anhand erster Daten eine weiterführende Studie zur Bewertung der Nutzen-Risiko-Profile von Lipobay durchgeführt werden würde. Ausschlaggebend für die gesamte Problematik war jedoch die Berichterstattung in den Medien, dass im Zusammenhang mit der Einnahme von Lipobay insbesondere in den USA Todesfälle eingetreten seien.

§ 84 Arzneimittelgesetz (AMG) a. F. als Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage der Geschädigten und damit gemäß § 116 SGB X auch des Sozialversicherungsträgers gegenüber der Bayer AG ist § 84 AMG a. F.

Dabei ist als erster Problembereich die Begrenzung der Haftung anzusprechen; diese besteht nur in den Fällen, in denen sich die besondere Arzneimittelgefahr verwirklicht hat. Dies bedeutet, dass eine Rechtsgutverletzung gerade durch diejenigen schädlichen Eigenschaften von Lipobay verursacht worden sein müsse, die über ein nach den Kenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen. Sind bei einem Patienten nur solche Schäden eingetreten, die aufgrund einer Nutzen-Risiko-Abwägung hinzunehmen sind, so kann er nicht deshalb Schadensersatz geltend machen, weil Lipobay auch unvertretbare Wirkungen hatte.

Hinzu kommt, dass die Haftung für den Eintritt schädlicher Wirkungen auch nur dann gegeben ist, wenn ein bestimmungsgemäßer Gebrauch des Arzneimittels vorliegt. Wann ein bestimmungsgemäßer Gebrauch vorliegt, richtet sich in erster Linie nach den von dem Unternehmen angegebenen Indikationen, der angegebenen Art der Anwendung, den Kontraindikationen – insgesamt also den Aussagen der Kennzeichen, Packungsbeilage und der Fachinformation.

Ab dem 28. Juni 2001, dem Zugang des Rote-Hand-Briefes an die Ärzte, in dem die gleichzeitige Einnahme von Lipobay und Gemfibrozil als kontraindiziert dargestellt wird, liegt kein bestimmungsgemäßer Gebrauch mehr vor. Wohl aber ein möglicher Behandlungsfehler durch den behandelnden Arzt.

Ob vor diesem Zeitpunkt eine Haftung der Bayer AG des Bayer-Konzerns in Betracht kommt, hängt entscheidend davon ab, ob Bayer nach dem Verständnis des Verbrauchers des betreffenden Arzneimittels vor möglichen Nebenwirkungen und Kontraindikationen gewarnt hat. Sollten sich dabei wohl Unklarheiten hinsichtlich der Ausdrucksweise und Deutlichkeit ergeben, gehen diese zulasten des pharmazeutischen Unternehmens.

Hierbei wird bereits deutlich, dass die Frage bestimmungsgemäßen oder nicht bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Medikamentes Lipobay von einer Wertung des Gerichts abhängt und das Ergebnis kaum vorherzusagen ist. In Fällen, in denen der eingetretene Gesundheitsschaden auf einer gleichzeitigen Einnahme von Lipobay und Gemfibrozil beruht, liegt immer noch ein bestimmungsgemäßer Gebrauch vor, wenn der Patient die schadensverursachende Menge Lipobay vor Zugang des Rote-Hand-Briefes beim jeweils behandelnden Arzt eingenommen hat; danach liegt kein bestimmungsgemäßer Gebrauch mehr vor, mit der Folge, dass zum einen die Haftung des Bayer-Konzerns ausscheidet, zum anderen jedoch die Haftung des Arztes zunimmt.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die Einnahme von Lipobay und die daraus resultierenden schädlichen Wirkungen über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen. Dies ist die Frage der Nutzen-Risiko-Abwägung eines Medikamentes, die sich an dem Grundsatz orientiert, dass je ausgeprägter die Wirksamkeit des Arzneimittels und je gravierender die Indikation ist, umso schwerer unerwünschte Arzneimittelwirkungen toleriert werden können.

Im Falle von Lipobay gibt es Indizien dafür, dass diese Abwägung ungünstiger ausfällt als bei anderen vergleichbaren Arzneimitteln, welche die gleiche Substanz (Statine) beinhalten, da diesem einen bessere Affinität zu dem oft parallel verordneten Medikament Gemfibrozil bestätigt wird.

Das heißt, dass der Nutzen von Lipobay (Prävention von Herz-Kreislauf-Erkrankungen) in Relation gestellt werden muss zu den in Rede stehenden Nebenwirkungen (Rhabdomyolyse = Zerfall der Skelettmuskulatur bis hin zum Todesfall). Dies unterstellt, führt es zu der weiteren Frage, ob die Wirksamkeit von Lipobay so groß oder die Indikation so gravierend ist, dass erhebliche Nebenwirkungen toleriert werden müssen. Auch hieraus ergibt sich, dass eine endgültige Bewertung einem naturwissenschaftlichen Sachverständigengutachten vorbehalten werden muss, verbunden mit der Frage und dem Ergebnis, dass es jeweils zu patientengruppenbezogenen Aussagen kommen kann, somit aber noch keine konkrete Schadensposition im Hinblick auf den Einzelfall angegeben werden kann.

Hier zeigt sich bereits, dass die Frage der Erfolgsaussichten weitestgehend von der Beurteilung naturwissenschaftlicher Ereignisse und Abläufe abhängt.

Auch eine nächste mögliche Anspruchsgrundlage – die Haftung aufgrund eines Instruktionsfehlers gemäß § 84 S.2 Ziffer 2 AMG a. F. – ist aufgrund der gemachten Erfahrungen in den „Kindertee-Prozessen“ in ihrer Realisierung eher fraglich als augenscheinlich durchsetzbar.

Es erscheint zumindest fraglich, ob die Pflicht, komplexe medizinische und chemische Sachverhalte für Laien verständlich darzustellen, den Rahmen von Produktinformationen übersteigt. Inwieweit dann eine Hinweispflicht, die eine Instruktionspflicht-

verletzung beinhaltet, postuliert werden kann, ist so offen, dass auf sie eine Schadensersatzklage nicht gestützt werden kann, zumal selbst bei Bejahung dieser Voraussetzung ein weiterer Ursachenzusammenhang zwischen der unzureichenden Arzneimittelinformation und dem Schaden bestehen muss. Der wiederum ist nicht zu bejahen, wenn der Patient auch bei ausreichender Information dieses Arzneimittel eingenommen hätte oder wenn feststeht, dass der Arzt, der den Patienten mit dem Mittel behandelt hat, eine etwaige Gebrauchs- oder Fachinformation mit den entsprechenden Hinweisen nicht zur Kenntnis genommen hatte. Alle diese Eventualitäten verdeutlichen die Problematik einer Schadensersatzrealisierung gegenüber dem Pharmaunternehmen bei gleichzeitiger Erhöhung der Erfolgsaussichten im Falle einer Klage gegen den behandelnden Arzt.

Die nächste zu überwindende Klippe – jedenfalls nach altem Recht – ist, dass der Geschädigte bei Geltendmachung von Ansprüchen gemäß § 84 AMG zu beweisen hat, dass der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn die Gebrauchsinformation, Kennzeichnung oder Fachinformation erschöpfend und zutreffend gewesen wären – dies alles unter der Prämisse des Nachweises, dass ein bestimmungsgemäßer Gebrauch des Arzneimittels vorgelegen hat.

Auch hier wird deutlich, wie schwierig es sein würde, eine schlüssige Klage mit Erfolg durchzuführen.

§ 823 BGB als Anspruchsgrundlage

Entscheidend ist, ob der Bayer AG und deren Verantwortlichen eine Verletzung ihrer Verkehrssicherungspflicht nachgewiesen werden kann. Für den Fall eines möglichen Konstruktions- und Instruktionsfehlers ist auf das zu § 84 a. F. AMG Gesagte hinzuweisen.

Nach ständiger Rechtsprechung zu § 823 Abs. 1 BGB endet die Pflicht zur Verkehrssicherung nicht alleine mit dem In-Verkehr-Bringen eines Produktes. Vielmehr muss der Warenhersteller und Unternehmer danach auch die Bewahrung seines Produktes in der Praxis ständig überprüfen, damit er aus ermittelten und ihm bislang unbekannt gebliebenen Gefahren die notwendigen Konsequenzen ziehen kann. Ist die Gesundheit von Menschen bedroht, so muss der Unternehmer schon bei einem ernst zu nehmenden Verdacht einer Gefahr tätig werden und vor der Gefahr warnen bzw. äußerstenfalls – wie auch im Fall Lipobay geschehen – einen Rückruf durchführen; insofern erfährt das AMG im Bereich der deliktischen Haftung in Form der Produktbeobachtungspflicht eine Ausdehnung.

Bereits aus dem Vorgesagten ergibt sich, dass auch hier im Hinblick auf die Realisierbarkeit eines möglichen Schadensersatzanspruches erhebliche Bedenken bestehen. Zum einen stellt sich die Frage, inwieweit den zuständigen Personen der Bayer AG nachgewiesen werden kann, (wenn überhaupt) ab welchem Zeitpunkt eine Bewertung der drohenden Gesundheitsgefahren durch Lipobay möglich war.

Eine weitere Frage stellt sich dahingehend, inwieweit eine Pflicht entstanden ist – und wenn ja, ab welchem Zeitpunkt –, durch eigene Studien weiter zu erforschen, ob eine Gesundheitsgefährdung oder Bedrohung vorliegt.

Erst im Anschluss daran stellt sich die Frage, inwieweit die Bayer AG und – wenn ja – mit welchen Mitteln hätte reagieren müssen und ob sie diese Reaktionen zum richtigen Zeitpunkt versäumt hat.

Diese Fragen bestehen auch im Hinblick auf einen möglichen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den §§ 5 Abs. 1, 11 Abs. 1, 11 a Abs. 1 AMG infolge der Verletzung eines Schutzgesetzes, sodass hier auf die weiteren Anspruchsgrundlagen nicht eingegangen werden soll.

Eine Haftung aus Produkthaftungsgesetz scheidet gemäß § 15 Produkthaftungsgesetz aus.

Bei der anschließenden Prüfung, ob eine Haftung des behandelnden Arztes aufgrund eines Sorgfaltsverstoßes bei der Arzneimitteltherapie mit Lipobay durchsetzbar wäre, kam man zu dem Ergebnis, dass die Erfolgsaussichten eines Haftungsprozesses gegenüber dem Arzt höher einzustufen sind als im Bereich der Arzneimittelhaftung des Bayer Konzerns.

Unter dem Regime des neuen § 82 AMG sind bereits Erleichterungen möglich geworden; die Tendenz, solche Fälle in den Bereich der Arzthaftung zu verlagern, besteht aufgrund der geschilderten Sach- und Rechtslage für den Sozialversicherungsträger jedoch weiterhin.

Regress bei vermuteten ärztlichen Behandlungsfehlern

Nun zu den Rechtsproblemen beim Regress der gesetzlichen Krankenversicherung im Bereich des ärztlichen Behandlungsfehlers und zu der zentralen Vorschrift des § 116 SGB X.

Die Rechtsprobleme einer gesetzlichen Krankenversicherung und der Pflegeversicherung bei der Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche aufgrund eines ärztlichen Behandlungsfehlers sind im Wesentlichen die gleichen wie die des Patienten gegenüber dem behandelnden Arzt und/oder Krankenhaus.

Aufgrund der besonderen Stellung der Sozialversicherungsträger im System der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung ergeben sich jedoch Besonderheiten, die neben den materiell-rechtlichen Problemen aus dem Bereich der Anspruchsgrundlagen auftreten.

Ein erstes Problemfeld insbesondere im Hinblick auf den Schutz der Sozialdaten der Mitglieder von Kranken- und Pflegeversicherung ist die Personalunion des Sachbearbeiters der gesetzlichen Krankenversicherung. Gemäß §§ 46 ff. SGB XI werden die Pflegekassen als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung bei jeder Krankenkasse errichtet. Arbeitgeber und Dienstherr der für die bei der Pflegekasse Beschäftigten ist die Krankenkasse, bei der die Pflegekasse errichtet ist.

Damit wird jeder Regresssachbearbeiter einer gesetzlichen Krankenversicherung im Falle der Regressierung eines möglichen ärztlichen Behandlungsfehlers auch als Sachbearbeiter der Pflegeversicherung tätig. Die Systematik des Sozialgesetzbuches bringt es mit sich, dass für die im Bereich der ärztlichen Behandlungsfehler interessie-

renden Fragen in der Regel gemeinsame Vorschriften bestehen und nur in Ausnahmefällen Erweiterungen oder Eingrenzungen der Befugnisse kodifiziert sind – niemals jedoch entgegengesetzte Rechtspositionen aufgebaut werden.

In einem ersten Schritt wird man sagen können, dass aufgrund der Erfahrungen des Gesetzgebers mit der Umsetzung der gesetzlichen Krankenversicherung zum einen der Qualitätssicherung der Pflegeleistungen und zum anderen dem verantwortlichen Verhältnis der in der Pflege handelnden Personen und Institutionen mehr Rechnung getragen wird.

Im Folgenden werden beide Institutionen (Krankenversicherung und Pflegeversicherung) unter dem Begriff des Sozialversicherungsträgers zusammengefasst.

Regelungsinhalt von § 116 SGB X

In groben Zügen stellt sich der Regelungsinhalt des § 116 SGB X wie folgt dar:

- Regress als gesetzliche Aufgabe des Sozialversicherungsträger
- Grundsatz der Vorteilsausgleichung (§ 116 Abs. 7 SGB X)
- Regelung des Anspruchsübergangs
- Anwendbarkeit des BGB (§ 116 Abs. 1 SGB X)
- Forderungshöhe (§ 116 Abs. 1 SGB X)
- Forderungshöhe bei Mitverschulden (§ 116 Abs. 3 SGB X)
- Schadenshöhe bei Fallpauschale (§ 116 Abs. 8 SGB X)
- Schadenshöhe bei Pauschalierung durch Teilungsabkommen
- Befriedigungsvorrecht des Versicherten (§ 116 Abs. 2 SGB X)
- Durchsetzungsvorrecht des Versicherten (§ 116 Abs. 4 SGB X)
- Schutz der Ehe und Familie (§ 116 Abs. 6 SGB X)

Vorteilsausgleich

Für das Verständnis des gesetzlichen Forderungsübergangs im Bereich der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bei ärztlichen Behandlungsfehlern und unter Beachtung der Themenstellung können im Einzelnen folgende Aussagen getroffen werden:

Die Vorschrift des § 116 SGB X beruht auf dem Gedanken der Vorteilsausgleichung, der besagt, dass der Versicherte nicht mehr Ersatz erhalten soll als ihm an Schaden entstanden ist, im Gegenzug der Schädiger durch das System der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung nicht besser gestellt sein soll. Beteiligt an dem Forderungsübergang sind die beiden an den Patienten Leistungspflichtigen; zum einen der leistungspflichtige Sozialversicherungsträger als Neugläubiger und zum anderen der schadensersatzpflichtige Arzt und zwar als Schuldner zunächst gegenüber dem geschädigten Patienten und dann gegenüber dem Sozialversicherungsträger.

Anwendung des BGB

Die Regelung in § 116 Abs. 1 SGB X „an die Stelle des Versicherten oder Sozialhilfeempfängers“ wird allgemein dahingehend ausgelegt, dass der Forderungsübergang keinen Einfluss auf die Rechtsnatur des übergegangenen Anspruchs hat, sodass im Falle der Arzthaftung der Schadensersatzanspruch weiterhin eine bürgerlich-rechtliche Forderung bleibt, auf die gemäß § 412 BGB die §§ 399 bis 404 und 406 bis 410 BGB entsprechend anzuwenden sind. Dies hat auch zur Folge, dass der Sozialversicherungsträger als neuer Gläubiger berechnete Einwendungen gegen sich gelten lassen muss, die den Schadensersatzanspruch ausschließen. Hierzu gehören Fälle des ausschließlichen Selbstverschuldens bzw. ausdrücklichem vorherigem Haftungsausschluss. Im Bereich des Arzthaftungsrechts ist dabei an die formularmäßige und individuelle Haftungsfreistellung für ärztliche Behandlungsfehler zu denken. Eine formularmäßige Freistellung bzw. Beschränkung der Haftung galt jedoch gemäß § 11 Nr. 7 AGBG als unzulässig; der einzelvertragliche Haftungsausschluss verstößt jedenfalls gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und ist ebenfalls unzulässig (OLG Stuttgart, NJW 79, Seite 2355).

Weiterhin findet im Rahmen der Schadensberechnung § 249 BGB Anwendung, der besagt, dass, wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ebenso sind durch die Anwendbarkeit des BGB die Verjährungsvorschriften des § 194 BGB auf den Anspruch des Sozialversicherungsträgers anwendbar. Dies hatte in der Vergangenheit den Vorteil, dass der Sozialversicherungsträger der seine Ansprüche vorwiegend aus dem Vertragsverhältnis herleitete, mit einer Verjährungsfrist von 30 Jahren arbeiten konnte, während der Versicherte, der überwiegend darauf aus war, einen Schmerzensgeldanspruch zu realisieren, dies innerhalb der deliktischen Verjährungsfrist von drei Jahren tun musste. Die Tendenz des Sozialversicherungsträgers, die Ergebnisse der Bemühungen des Versicherten bei der Realisierung seines Schadensersatzanspruches abzuwarten, um diese bei der Verfolgung seiner Schadensersatzansprüche einzusetzen, ist nachvollziehbar, und man hat oft in diesem Zusammenhang von der „Trittbrettfahrermentalität der Sozialversicherungsträger“ gesprochen.

Mit Änderung der Gesetzeslage, die eine allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren mit sich brachte, ist diese Ausgangssituation dem Krankenversicherungsträger genommen, da sowohl deliktische als auch vertragliche Ansprüche der gleichen Verjährungsfrist unterliegen.

Weiterhin hat die Rechtsnatur des übergegangenen Anspruchs als zivilrechtlicher Anspruch zur Folge, dass die Geltendmachung über den Zivilrechtsweg erfolgen muss und auch die Vollstreckung sich nach den Regeln für den der Zivilprozessordnung richtet. Auch diese gesetzliche Normierung war in der Vergangenheit umstritten und führt in der praktischen Umsetzung dazu, dass in der Regel für den Sozialversicherungsträger höhere Kosten entstehen, da sowohl die gerichtliche Geltendmachung als auch eine mögliche Vollstreckung mit höheren Kosten verbunden ist, als wenn eine Verweisung zur Sozialgerichtsbarkeit erfolgt und eine Durchsetzung durch Vollstreckungsorgane der gesetzlichen Krankenversicherung möglich gewesen wäre.

Zeitpunkt des Übergangs

Die Regelung des § 116 SGB X bewirkt, dass der Anspruch kraft Gesetzes übergeht, mit der Folge, dass die Krankenkasse nicht erst dann Inhaber des Anspruches wird, wenn sie Leistungen nach dem SGB V tatsächlich erbracht hat, sondern bereits im Augenblick des schadenstiftenden Ereignisses. Also dann, wenn die Möglichkeit nicht mehr ausgeschlossen werden kann, dass die Krankenkasse dem Geschädigten Leistungen zu erbringen haben wird. Erfasst sind dabei alle künftigen Aufwendungen, auch wenn diese in der Person des Patienten noch nicht eingetreten sind. Intention der Regelung ist ein möglichst weitgehender Schutz des Sozialversicherungsträgers vor anderweitigen Verfügungen des Geschädigten, wenn die zu erwartenden Leistungen der sozialen Sicherheit zu dem konkreten Schädigungszeitpunkt rechtlich bereits angelegt sind. Aus diesem Gedanken wird ersichtlich, dass bei einer sogenannten Systemänderung ein Forderungsübergang gemäß § 116 SGB X bei „Altfällen“ erst im Zeitpunkt des Leistungsbeginns stattfindet und nicht bereits im Zeitpunkt des zurückliegenden Schadensereignisses. Bei den hier infrage kommenden Schadensersatzansprüchen hat der Gesetzgeber das neue Recht ausdrücklich so konzipiert, dass der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz der Schadenseinheit bei der Bestimmung des Verjährungsbeginns sowohl gesetzlicher als auch vertraglicher Schadensersatzansprüche Anwendung findet. Der Grundsatz besagt, dass ein Schadensersatzanspruch auch hinsichtlich der noch nicht eingetretenen Schäden mit der Verwirklichung des ersten Schadenspostens insgesamt entstanden ist, soweit die später zutage tretenden Schadenselemente eine vorhersehbare Folge des Schadensgeschehens sind. Entscheidend wird darauf abgestellt, ob der Geschädigte nach dem sich ihm zeigenden Schadensbild keinen nahe liegenden Grund hat, sich über später möglicherweise nicht eintretende Schäden von einem Fachkundigen beraten zu lassen oder zur Abwendung der Verjährung eine Feststellungsklage zu erheben. Die Voraussehbarkeit wird also an der Sichtweise der medizinischen Fachkreise festgemacht.

Beispiel:

In einem Urteil vom 16. 11. 1999 (Az.: 6 ZR 37/88) kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass bei mehreren zeitlich auseinanderfallenden Spätfolgen auch hinsichtlich der zuletzt eingetretenen Spätfolge es darauf ankommt, dass diese wiederum für Fachkreise aufgrund der vorausgegangenen Spätschäden voraussehbar gewesen war.

Bei einem Unfall aus dem Jahre 1984 erlitt die Klägerin am rechten Bein einen Unterschenkeltrümmerbruch und einen Oberschenkelschaftbruch. Wegen der Beschwerden suchte die Klägerin seit dem 20. 3. 1990 verschiedene Ärzte auf; im Januar 1994 erschien es dem behandelnden Arzt möglich, dass eine festgestellte Gonarthrose im rechten Kniegelenk eine Unfallverletzung aus 1984 darstellen könne. Eine drei Jahre später durchgeführte Arthroskopie des rechten oberen Sprunggelenks ergab eine sekundäre Arthrose, die im Zusammenhang mit der Unfallverletzung zu sehen war. Mit dem oben genannten Urteil kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass die Folgeschäden am rechten Knie und am rechten oberen Sprunggelenk der Klägerin nicht vorhersehbar gewesen waren und daher die von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht verjährt waren.

Verjährung

In dieser Frage gewinnt die Entscheidung des BGH vom 9. März 2000 (Az.: 3 ZR 198/99), ergangenem noch zu § 852 Abs. 1 BGB a. F., an Bedeutung.

In dieser Entscheidung musste der BGH dazu Stellung nehmen, ob eine Verjährung der Regressansprüche einer Berufsgenossenschaft eingetreten ist, wenn Mitarbeiter der Leistungsabteilung bei organisatorischer Aufteilung der Unfallsachbearbeitung zwischen Leistungs- und Regressabteilung Kenntnis erlangt haben oder ob es allein auf den Kenntnisstand der Bediensteten der Regressabteilung ankommt.

Der BGH kommt zu dem Schluss, dass das Wissen der Bediensteten der Leistungsabteilung regelmäßig unmaßgeblich ist, und zwar auch dann, wenn die Mitarbeiter dieser Abteilung aufgrund einer behördeninternen Anordnung gehalten sind, die Unfälle an die Regressabteilung weiterzuleiten, sofern sich im Zuge der Sachbearbeitung Anhaltspunkte für eine Unfallverursachung Dritter oder aber eine Gefährdungshaftung ergeben.

Dass für den Verjährungsbeginn im Falle der Legalzession gemäß § 116 SGB X auf einen Sozialversicherungsträger es nur noch auf die Kenntnis des Sozialversicherungsträgers ankommt, stellt der BGH nochmals klar; es darf jedoch nicht dem Sozialversicherungsträger die Kenntnis eines jeden Bediensteten zugerechnet werden. Der BGH stellt gemäß seiner ständigen Rechtsprechung auf den sogenannten Wissensvertreter ab und sagt, wenn im Falle eines Sozialversicherungsträgers mehrere Stellen für die Bearbeitung des Schadensfalles zuständig sind, es grundsätzlich auf den Kenntnisstand der Bediensteten ankommt, die für den Sozialversicherungsträger an zuständiger Stelle die Regresse durchführen. Darauf, ob die Leistungsabteilung oder andere Sachbearbeiter Recherchen für die Feststellung eines möglichen Regressanspruches durchführen und die EDV-Eingaben für den Sozialversicherungsträger in dessen System durchführen, kommt es nicht an. Selbst die Tatsache, dass die eigens durchgeführten Recherchen zu dem Ergebnis führen, dass ein Stempel mit dem Vermerk „Regressverfahren“ von der für die Regressführung nicht zuständigen Stelle ausgegeben wird, ist für den BGH noch kein Indiz dafür, dass von einer Kenntnisnahme des Sozialversicherungsträgers auszugehen ist. Vielmehr betrachtet der BGH dies gleichsam als „Nebenprodukt“ der für die sachgemäße Bearbeitung des Leistungsbegehrens entfalteten Ermittlungstätigkeit der Leistungsabteilung, die damit die Eigenverantwortlichkeit der Regressabteilung für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen des Sozialversicherungsträgers nicht infrage stellen will. Weiterhin bleibt unerlässliche Voraussetzung für eine Wissensvertretung, dass der betreffende Bedienstete eigenverantwortlich mit der Vorbereitung von Regressansprüchen vertraut ist.

Als letzter Punkt sei hier noch erwähnt, dass die in § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB neu hinzugefügte grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners im Falle eines Sozialversicherungsträgers als Gläubiger der Schadensersatzforderung dazu führt, dass dieser bei Nachlässigkeit und Untätigkeit Gefahr läuft, seine Ansprüche nicht durchsetzen zu können.

Soweit ersichtlich, wird in der Literatur durchweg die Meinung vertreten, dass die bisherige Rechtsprechung des BGH zu § 852 Abs. 1 BGH a. F. für die Interpretation herangezogen werden kann und sollte. In einer Entscheidung vom 18. Januar 2000 (Az.: 6 ZR 375/98) führte der BGH dazu aus, dass es einer erforderlichen positiven Kenntnis des Geschädigten vom Schaden einschließlich des Schadenshergangs und des Schädigers für den Beginn der Verjährung dann ausnahmsweise nicht bedarf, wenn dieser es versäumt hat, eine gleichsam auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit wahrzunehmen und deshalb letztlich das sich Berufen auf Unkenntnis als Förmelerei erscheint; weil jeder andere in der Lage des Geschädigten unter denselben konkreten Umständen die Kenntnis gehabt hätte. Eine Initiative des Geschädigten, über Schadenshergang und die Person des Schädigers Kenntnis erlangen zu können, bürdet der BGH dem Geschädigten nicht auf. Gleichwohl wird man für die Organisation eines Sozialversicherungsträgers als Körperschaft des öffentlichen Rechts verlangen können, dass dieser durch organisatorische und strukturelle Maßnahmen dafür Sorge tragen muss, dass eine aktenmäßige Erfassung und ein genereller Informationsaustausch über verjährungsrelevante Tatsachen innerhalb der arbeitsteilig aufgegliederten Bereiche gewährleistet ist. Ist ein solches Mindestmaß an aktueller Erfassung und reibungslosem Informationsaustausch nicht gegeben, so wird man fortan von einem Fall der grob fahrlässigen Unkenntnis auszugehen haben. Es wird daher – je nach Grad der Aufgliederung der Organisationseinheiten – für den Sozialversicherungsträger entscheidend sein, durch eine straffe Organisation für einen Informationsfluss Sorge zu tragen, der gewährleistet, dass der für den Regress zuständige Sachbearbeiter umgehend von einem möglichen Behandlungsfehler Kenntnis erhält. Geht man davon aus, dass z. B. ein Geschäftsstellenleiter einer gesetzlichen Krankenversicherung als Wissensvertreter des Sozialversicherungsträgers angesehen werden muss, so wird deutlich, welche organisatorischen Anstrengungen erforderlich sind, damit eine möglicherweise zentrale Regressbearbeitung zeitnah über einen möglichen Schadensersatzfall im Bereich eines ärztlichen Behandlungsfehlers in Kenntnis gesetzt wird.

Forderungsübergang und Rechtsnachfolge

Änderungen im Sozialrecht, insbesondere im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung und hier besonders im Bereich des Wahlrechts des Versicherten führen zu Änderungen zugunsten des Bürgers, Verbrauchers und Versicherten, die auf das Verhalten des Sozialversicherungsträgers Einfluss haben. Die Präsenz des „Wechsels des Versicherungsträgers“ nimmt für die Praxis in dem Maße zu, in dem von der gesetzlich eingeräumten Wahlmöglichkeit für eine bestimmte Krankenkasse in zunehmendem Maße Gebrauch gemacht wird.

Tritt demnach ein Versicherter nach einem ärztlichen Behandlungsfehler z. B. durch Ausübung seines Wahlrechts in eine andere Krankenkasse ein, so ist diese Rechtsnachfolgerin der ersten Krankenkasse. Sie übernimmt demnach den Rückgriffsanspruch gegen den Arzt in dem Zustand, in dem er sich im Zeitpunkt des Wechsels der Zuständigkeit befand. Dies hat zur Folge, dass die neue Krankenkasse an das gebunden ist, was die Vorgängerin zur Sicherung des Anspruchs getan oder unterlassen hat.

Weitgehende Konsequenzen hat dies im Falle eines Abfindungsvergleiches zwischen dem ersten Krankenversicherer und dem Schädiger für den neuen Versicherungsträger. In einem solchen Vergleich wird ausdrücklich vereinbart, dass mit der Zahlung des vereinbarten Vergleichsbetrages auch alle Zukunftsschäden mit abgegolten sein sollen. Der nach § 116 Abs. 9 BGB X zulässige Abfindungsvergleich zwischen Sozialversicherungsträger und Haftpflichtversicherungen als Einzelfallpauschalierung beinhaltet demnach eine rechtsverbindliche Einigung der beiden Parteien über die Zukunftsschäden. Als Ausnahme muss jedoch der Fall angesehen werden, in dem nach Abschluss des Vergleiches außergewöhnliche und nicht vorhersehbare Spätfolgen auftreten, die außerhalb des beim Vergleichsabschluss vorgestellten Schadenskreises liegen. In einem solchen Falle entsteht in der Regel zwischen der gefundenen Vergleichssumme und dem tatsächlich eingetretenen Schaden ein derart krasses Missverhältnis, dass die Versicherung gegen Treu und Glauben verstoßen würde, würde sie gegenüber dem Sozialversicherungsträger weiterhin an dem unzumutbaren Verhältnis festhalten. Nach einem Urteil des BGH (VersR 1990, S. 984) gilt dies selbst dann, wenn eine Krankenkasse in dem Vergleich auf alle Ansprüche jeglicher Art aus dem Schadensereignis verzichtet hat.

Ein solcher Nachbesserungsanspruch wird auch dann gegeben sein, wenn erkennbar ist, dass bei Vergleichsabschluss der Sozialversicherungsträger mit eintretenden Spätschäden nicht gerechnet hat und daher diese überhaupt nicht mit in den Vergleich einbezogen hat. Man wird in einem solchen Falle davon ausgehen müssen, dass Spätfolgen überhaupt nicht Regelungsgegenstand des Vergleiches gewesen sein sollen, sodass man über die Konstruktion des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ eine Anpassung des Abfindungsvergleiches an die geänderten Verhältnisse oder dessen Aufhebung in Betracht ziehen muss.

Die bisherige Rechtsprechung des BGH seit 1985 (VersR 1985, S. 1083) kommt jedenfalls zu dem Schluss, dass – mangels anderer Abmachungen zwischen den Vergleichspartnern – ein Sozialversicherungsträger grundsätzlich nicht verpflichtet ist, Interessen einer Rechtsnachfolgerin zu berücksichtigen und diese an der Abfindungs-

summe zu beteiligen. Der Sozialversicherungsträger ist alleiniger Inhaber der gesamten Schadensersatzforderung und damit befugt, auch die zukünftigen Schäden mit in den Umfang des Abfindungsvergleiches einzubeziehen. Die rein theoretische Möglichkeit eines späteren Rechtsübergangs an eine Rechtsnachfolgerin kann nicht zu einer Einschränkung der Verfügungsbefugnis führen, da zum Zeitpunkt des Abfindungsvergleiches feststeht, dass alleine der vergleichsabschließende Sozialversicherungsträger Inhaber der Leistungspflicht ist. Es entspricht weiterhin allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dass mit Zahlung der Vergleichssumme durch die Haftpflichtversicherung die Schadensersatzforderung endgültig erloschen ist. Die Berechtigung des erstzuständigen Sozialversicherungsträgers zur Entgegennahme der Abfindungssumme entfällt nicht nachträglich durch einen etwaigen Rechtsübergang.

Eine Korrektur dieser Vermögensverschiebung in Form eines Bereicherungsanspruches gemäß §§ 816 Abs. 2 in Verbindung mit 812 BGB ist nicht gegeben, da der sich vergleichende Sozialversicherungsträger als allein berechtigter Forderungsinhaber nicht auf Kosten des Nachfolgeträgers bereichert ist. Da weiterhin davon auszugehen ist, dass der sich vergleichende Sozialversicherungsträger in allererster Linie sein eigenes Geschäft besorgen will, scheiden auch Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 677 in Verbindung mit §§ 681, 667 BGB zugunsten der Nachfolgerin aus.

Abgesehen von der Berücksichtigung solcher Umstände des jeweiligen Einzelfalles wird man davon ausgehen müssen, dass solche Vergleiche zulässig sind. Es kann demnach durchaus der Fall eintreten, dass ein Großteil eines behandlungsfehlerbedingten Schadens von einem Sozialversicherungsträger getragen werden muss, der nicht mehr die Möglichkeit hat – aufgrund eines Abfindungsvergleiches der Vorgängerin – diesen Schaden zu regressieren.

Umfang des Schadens

Nach dem Wortlaut des § 116 Abs. 1 SGB X gehen nur diejenigen Ansprüche auf den Versicherungsträger über, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadensersatz beziehen; man spricht insofern von einer sachlichen und zeitlichen Kongruenz der Leistungen des Versicherungsträgers und den Ansprüchen des Geschädigten. Des Weiteren wird auf das die Leistungspflicht des Versicherungsträgers auslösende Schadensereignis abgestellt mit der Folge, dass es nicht auf die Frage der Personenidentität ankommt.

Im Bereich der sachlichen und zeitlichen Kongruenz ist im Einzelnen vieles umstritten, und es besteht eine Fülle von Einzelfallentscheidungen. In dem hier interessierenden Umfang sind die Grobeinteilung und Zuteilung in verschiedene Schadensgruppen gängig und auch ausreichend. Diese Aufteilung stellt sich wie folgt dar:

1. Sachliche Kongruenz

a. Heilungskosten und „vermehrte Bedürfnisse“

Den Heilungskosten entsprechen als Leistungen der Krankenversicherung im Rahmen der Krankenkassenbehandlung die ärztliche und zahnärztliche Behandlung (§ 28 SGB V), die Kostenerstattung bei Zahnersatz (§ 20 SGB V), Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmittel (§§ 31, 33 SGB V).

Zur Schadensgruppe „vermehrte Bedürfnisse“ gehören folgende Leistungen:

- Haushaltshilfeleistungen gemäß § 28 SGB V,
- häusliche Krankenpflege (§ 37 SGB V),
- Krankengeld bei der Betreuung eines erkrankten Kindes (§ 45 SGB V),
- mögliche Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nach den Vorschriften des SGB XI,
- sonstige ergänzende Leistungen gemäß § 43 SGB V.

b. Erwerbsschaden

Die dem Erwerbsschaden kongruenten Leistungen der Krankenkasse sind insbesondere das Krankengeld (§ 44 SGB V) und weitere Leistungen, die den Zweck haben, das ausfallende Erwerbseinkommen zu ersetzen. Dabei gehört das an einen Empfänger von Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe gezahlte Krankengeld ebenfalls zu den übergangsfähigen Kosten.

Des Weiteren gehören die Krankenhauskosten in Höhe der Minderung wegen Anrechnung der häuslichen Ersparnisse dazu.

2. Zeitliche Kongruenz

Neben der sachlichen Kongruenz ist es ebenfalls erforderlich, dass eine zeitliche Übereinstimmung besteht.

Das heißt, dass neben demselben Zweck die Leistung sich auch auf denselben Zeitraum beziehen muss wie der von dem Schädiger zu leistende Schadensersatz. Also ist für die Feststellung des auf die Krankenkasse übergegangenen Schadensersatzanspruches im Allgemeinen der Teil, der von dem Versicherungsträger erbrachten Leistung gegenüberzustellen, der für den jeweiligen Zeitabschnitt bestimmt war. Für den Bereich des Krankengeldes heißt dies, dass jeweils der kalendertägliche Ausfall des Netto-Arbeitsentgeltes zu ermitteln ist. Des Weiteren ergibt sich aus diesem Grundsatz, dass für Zeiträume, für die der Geschädigte von der Krankenkasse Leistungen nicht zu beanspruchen hat, entsprechend Schadensersatzansprüche auch nicht übergehen können, so z. B. bei Lohnfortzahlung vonseiten des Arbeitgebers.

Teilungsabkommen

Eine weitere Besonderheit im Bereich der Regressierung des Sozialversicherungsträgers bilden die sogenannten Teilungsabkommen, die der Sozialversicherungsträger mit der jeweiligen Versicherungsgesellschaft abschließt.

Aus der amtlichen Begründung zu § 116 Abs. 9 SGB X wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber der geschichtlichen Entwicklung Rechnung tragen wollte und die Übung zwischen Haftpflichtversicherern und Sozialleistungsträgern, Teilungsabkommen abzuschließen, gesetzlich zulassen wollte. Ziel des Teilungsabkommens ist es, aufgrund seiner Anwendung zu rascher und Kosten sparender Erledigung der Schadensfälle zu führen, ohne dass in übertriebenem Maße die Justiz in Anspruch genommen werden muss. Diesem Erfordernis dient die allgemeine Formulierung in den Teilungsabkommen, dass lediglich ein Kausalzusammenhang zwischen Schaden und haftpflichtversichertem Wagnis bestehen muss, damit eine entsprechende Schadensquote verlangt werden kann.

Grundsätzlich setzt die Anwendbarkeit eines Teilungsabkommens voraus, dass der Schadensfall sich innerhalb der zeitlichen Geltungsgrenzen des Abkommens ereignet hat und dass der Versicherte zur Zeit des Unfalls Mitglied einer Kasse gewesen ist, die ein entsprechendes Abkommen abgeschlossen hat. Dabei ist unter dem Schadensfall im Sinne der Regelung im Teilungsabkommen das Schadensereignis im versicherungsvertraglichen Sinne gemeint und nicht der sozialversicherungsrechtliche Leistungsfall, sodass eine Wiedererkrankung an den Folgen eines Behandlungsfehlers daher nicht als neuer Schadensfall anzusehen ist.

Das Teilungsabkommen ist seiner Rechtsnatur nach ein Rahmenvertrag, der sich einem bestimmten Vertragstypus nicht zuordnen lässt, sondern als Vertrag *sui generis* zwischen dem Sozialversicherungsträger und der Haftpflichtversicherung begründet wird. Inhaltlich beziehen sich die Teilungsabkommen auf alle nach § 116 Abs. 1 SGB X übergangsfähige Ersatzansprüche des Sozialversicherungsträgers. Sie enthalten in der Regel eine Vereinbarung einer sogenannten Höchstgrenze (Abkommenslimit), bis zu der die Abrechnung im einzelnen Schadensfall nach dem Teilungsabkommen erfolgt, darüber hinaus jedoch nach Sach- und Rechtslage.

Das abgeschlossene Teilungsabkommen hat keine unmittelbare Wirkung auf das Haftungsverhältnis zwischen Sozialversicherungsträger und dem Schädiger in dem Sinne, dass an seiner Stelle, sozusagen durch eine Novation, das Abkommensverhältnis tritt. Vielmehr folgt aus der Anwendung des Teilungsabkommens, dass der Schadensersatzanspruch gegenüber dem Schädiger in Höhe der Zahlung durch den Haftpflichtversicherer erlischt. Der Sozialversicherungsträger nimmt die Abkommensquote an Erfüllung statt für die Aufwendungen an, die durch die Quote gedeckt werden sollen, sodass der Sozialversicherungsträger weder der Haftpflichtversicherung noch dem Schädiger gegenüber auf deren weitere Haftung zurückgreifen kann. Bis zur Zahlung der Quote ist der Ersatzanspruch gegenüber dem Schädiger gestundet und der Schädiger in gleicher Weise zur Leistungsverweigerung berechtigt.

In der Regulierungspraxis spielen solche Teilungsabkommen insbesondere im Bereich der Verkehrs- und Kfz-Schadensfälle mit ca. 80 % eine herausragende Rolle. Im Bereich der Realisierung von Ersatzansprüchen aufgrund ärztlicher Behandlungsfehler hat die Bedeutung der Teilungsabkommen nachgelassen. Zum einen wurden bestehende Verträge seitens der Sozialversicherungsträger gekündigt, da die Versicherungsseite von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, sogenannte berechnete Zweifel an der Kausalität zwischen Verletzungshandlung und Schadenseintritt geltend zu machen, mit der Folge, dass der Sozialversicherungsträger dann beweispflichtig wurde – die Vorteile des Rahmenteilungsabkommens damit für den Sozialversicherungsträger aufgehoben wurden –, und zum anderen, weil in vielen Fällen das Abkommenslimit erschöpft ist und der Sozialversicherungsträger gegenüber dem Schädiger sodann auf den regulären Schadensersatzanspruch nach Sach- und Rechtslage angewiesen ist – was beinhaltet, dass spätestens ab diesem Zeitpunkt die tatbestandlichen Voraussetzungen unter Beweis gestellt werden müssen und auch somit der Vorteil eines Rahmenteilungsabkommens aufseiten des Sozialversicherungsträgers nicht mehr besteht. Besondere Probleme im Bereich der Teilungsabkommen ergeben sich im Bereich der Rechtsnachfolge.

Hat im Falle einer Fusion die aufgenommene Kasse lediglich ein Teilungsabkommen mit der gegnerischen Haftpflichtversicherung zur Zeit der Fusion, so tritt die aufnehmende Kasse in die Rechte und Pflichten aus dem Teilungsabkommen ein. Die aufgenommene Kasse bringt sozusagen das Teilungsabkommen mit in die Fusion, sodass man weitestgehend davon ausgehen muss, dass lediglich die neuen Versicherten unter das Teilungsabkommen fallen, während die bisherigen Versicherten nicht in den Geltungsbereich des Teilungsabkommens einbezogen sind.

Hat lediglich die aufnehmende Kasse ein Teilungsabkommen abgeschlossen, so wird man davon ausgehen müssen, dass man den bisherigen Vertragsparteien unterstellen kann, dass nunmehr auch für die Mitglieder der aufgenommenen Kasse das Teilungsabkommen Anwendung finden soll. Allerdings nur dann, wenn der Unfall während der Geltungszeit des Abkommens eingetreten ist und der Unfall nach dem Zeitpunkt der Fusion sich ereignet hat.

Haben beide Kassen zum Fusionszeitpunkt ein Teilungsabkommen, so geht der BGH (VersR 1982, S. 1072) davon aus, dass beide Teilungsabkommen fortbestehen, mit der Folge, dass beide Abkommen nebeneinander anwendbar bleiben. Die Frage der Rechtsnachfolge bei Teilungsabkommen wird man in Anlehnung an die vorhergehenden Überlegungen wie folgt beantworten müssen.

Wechsel bei sonstiger Rechtsnachfolge

Wenn der Rechtsnachfolger der Krankenversicherung kein Teilungsabkommen zur Regulierung von Schadensersatzansprüchen hat, so wird er im Falle der Rechtsnachfolge mit dem Haftpflichtversicherer nicht nach Teilungsabkommen abrechnen können. Das Teilungsabkommen ist als Rahmenvergleich nur zwischen den jeweiligen Abkommenspartnern wirksam. Man wird insofern dem vertragsschließenden Krankenversicherer nicht einen dahingehenden Abschlusswillen unterstellen können, für einen später zuständig werdenden Krankenversicherer einen Quotenvergleich über dessen

Regressansprüche abschließen zu wollen, zumal diese ihm dann nicht mehr zustehen. Die zweite Krankenkasse muss demnach mit dem Haftpflichtversicherer nach Sach- und Rechtslage abrechnen.

Wenn mit der ersten Krankenkasse kein Teilungsabkommen bestand und mit dieser ein Teil des Anspruchs nach Sach- und Rechtslage geregelt worden ist, so kann die zweite Krankenkasse als Rechtsnachfolgerin, mit der ein Teilungsabkommen besteht, hinsichtlich ihrer Aufwendungen die Erledigung nach dem Teilungsabkommen verlangen, wenn die übrigen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Wenn z. B. das Teilungsabkommen zeitlich erst nach dem Unfalldatum in Kraft tritt, so wird man seine Anwendung nur dann verlangen können, wenn in der Vereinbarung auch schwebende Fälle erfasst sind.

Hinsichtlich der Verjährungsfrist, wenn nur mit der ersten Kasse ein Teilungsabkommen besteht, steht fest, dass im Verhältnis der Abkommenspartner aufgrund des Charakters des Teilungsabkommens als pactum de non petendo diese dem Schädiger gegenüber für die Dauer des Teilungsabkommens gehemmt ist. Sie beginnt aber wieder zu laufen, sobald eine zweite Kasse zuständig wird, die diesen Beschränkungen eines Teilungsabkommens nicht unterliegt.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass hier alleine die Fälle betroffen sind, in denen zum Zeitpunkt des Schadensfalles der Verletzte sozialversicherungspflichtig gewesen ist. Nur dann kann ein Rechtsübergang auf die Krankenkasse stattfinden. Wird der Verletzte erst zu einem späteren Zeitpunkt Mitglied einer gesetzlichen Krankenversicherung und muss diese dann aufgrund des Behandlungsfehlers für die Heilbehandlung aufkommen, so findet der Rechtsübergang erst in dem Augenblick statt, in dem eine solche Leistungspflicht entsteht. Dies hat zur Folge, dass, wenn der Verletzte oder dessen private Krankenversicherung einen Abfindungsvergleich geschlossen hat, dieser auch gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen, die im Anschluss daran leistungspflichtig werden, gilt. Eine Abrechnung nach Teilungsabkommen durch eine gesetzliche Krankenversicherung ist – wenn kein Abfindungsvergleich vorher geschlossen wurde – denkbar, wenn diese bereits zum Unfallzeitpunkt Gültigkeit hatte.

Nach Urteil des BGH vom 19. Dezember 1990 (NJW 1991, S. 1546 ff.) steht fest, dass mit Gewährung der im Teilungsabkommen vereinbarten Leistungen des Haftpflichtversicherers die Kasse abgefunden ist; auch weitergehende öffentlich-rechtliche Ansprüche wegen des Schadensfalles gegen den Arzt darf die Kasse nicht durchsetzen. Spätestens seit dieser Entscheidung ist die Frage, ob aufgrund der vertraglichen Beziehung zwischen Krankenkasse (Leistungsträger) und Arzt bzw. Krankenhaus (Leistungserbringer) ein dem übergegangenen bürgerlich-rechtlichen Anspruch deckungsgleicher Ersatzanspruch der Kasse realisierbar ist, zugunsten des bürgerlich-rechtlichen Anspruchs entschieden. Eine entsprechende Regelung für das Verhältnis zwischen Krankenkasse und Arzt findet sich nunmehr in § 50 BMV-Ä, der besagt, dass Schadensersatzansprüche, welche eine Krankenkasse aus eigenem oder übergeleitetem Recht gegen einen Vertragsarzt wegen des Vorwurfs der Verletzung der ärztlichen Sorgfalt bei der Untersuchung oder Behandlung erhebt, nicht Gegenstand der Verfahren vor den Prüfungseinrichtungen oder Schlichtungsstellen sind.

Befriedigungsvorrecht

Das dem Versicherten in § 116 Abs. 2 SGB X eingeräumte Vorrecht bei gesetzlicher Haftungsbegrenzung tritt dann ein, wenn aufgrund gesetzlicher Normierung eine Höchstsummenbegrenzung besteht und aufgrund dieser Begrenzung eine Realisierung des Anspruchs des Geschädigten gefährdet ist. Der Geschädigte erhält demnach den Schadensersatzanspruch bis zur Höhe seines Differenzschadens, der Sozialleistungsträger erhält seinen Ausgleich nur in Höhe des restlichen Teiles des Ersatzanspruches. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Vorgängervorschrift des § 116 SGB X bis zum 1. Juli 1983 ein absolutes Quotenvorrecht des Sozialversicherungsträgers vorsah.

Im Bereich der ärztlichen Behandlungsfehler ist diese Regelung von untergeordneter Bedeutung, da in der Regel lediglich bei Gefährdungshaftungsgesetzen Höchstsummenbegrenzungen festgesetzt sind (so in § 88 AMG oder § 10 Produkthaftungsgesetz), die entweder im Bereich der Arzthaftung eine untergeordnete Rolle spielen oder aber weil die Höchstsummenbegrenzungen so hoch sind, dass sowohl der Anspruch des Sozialversicherungsträgers als auch der des Geschädigten realisiert werden können.

Durchsetzungsvorrecht

Anders verhält es sich hier im Bereich des Durchsetzungsrechts des Geschädigten in der Vollstreckung (§ 116 Abs. 4 SGB X). Hier kann es aufgrund fehlender Masse zur Befriedigung aller Ersatzansprüche dazu führen, dass der Geschädigte von dem ihm gesetzlich eingeräumten Vorrecht bei der Vollstreckung gegenüber den Ersatzansprüchen der Sozialversicherungsträger Gebrauch machen muss. Die Vorschrift hindert den Sozialversicherungsträger nicht, den Ersatzanspruch geltend zu machen und einen Vollstreckungstitel zu erwirken, sowie aus diesem Titel zu vollstrecken; er braucht auch nicht das Erlangte wieder herauszugeben. Gleichwohl ist das Durchsetzungsvorrecht vonseiten des Sozialversicherungsträgers im Verhältnis zu seinem Mitglied zu beachten.

Die Regulierungspraxis der Krankenkassen – jedenfalls im Bereich der AOK Rheinland – ist die, dass dieses Vorrecht in die Überlegungen bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches einfließt. Wenn der Geschädigte in jeder Lage des Verfahrens auf das ihm gewährte Vorrecht sich berufen kann (so wohl die herrschende Meinung), dann muss dies ebenfalls bereits zu einem früheren Zeitpunkt als der Vollstreckung berücksichtigt werden. Dies ergibt sich aus der Anwendung des Grundsatzes der wirtschaftlichen Mittelverwendung für die Krankenkassen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung.

In diesen Fällen sollte vielmehr das Verteilungsverfahren gemäß den §§ 155, 156 VVG in Zusammenarbeit mit den Haftpflichtversicherern frühzeitig diskutiert werden, wenngleich auch in der Literatur hierzu vertreten wird, dass eine Zahlungsverweigerung des Haftpflichtversicherers unter Hinweis auf das Verteilungsverfahren nicht möglich ist. Eine solche Vorgehensweise entspricht auch dem Sinn des Gesetzes.

Im Übrigen kann der Berechtigte dieses Vorrecht im Wege des Verteilungsverfahrens nach den Vorschriften der §§ 872 ff. ZPO durchsetzen.

Einsichtsrecht des Sozialversicherungsträgers

Besondere Probleme im Bereich der Regulierung von Schadensersatzansprüchen im Bereich ärztlicher Behandlungsfehler bildet die Einsicht des Sozialversicherungsträgers in die Krankenunterlagen.

Vor der Einführung des § 294 a SGB V durch Gesetz vom 14. November 2003 gab es große Diskussionen darüber, ob ein originäres Einsichtsrecht des Sozialversicherungsträgers besteht.

Gemäß § 401 BGB gehen mit der abgetretenen Forderung auch die sogenannten Neben- und Vorzugsrechte über. Hierzu gehören auch sogenannte Hilfsrechte, die zur Durchführung der Forderung erforderlich sind.

Ein Auskunftsanspruch des Sozialversicherungsträgers als Hilfsrecht geht demnach auf den neuen Gläubiger über. Da es sich jedoch vorliegend bei der Geltendmachung des Einsichtsrechts in die Krankenunterlagen um einen Auskunftsanspruch höchstpersönlicher Natur handelt, weil personenbezogene Daten an den neuen Gläubiger weitergeleitet werden, bedarf es für den gesetzlichen Übergang mit der Hauptforderung eines weiteren Willensaktes des Versicherten als altem Gläubiger, nämlich einer entsprechenden Entbindungserklärung oder aber einer besonderen gesetzlichen Anordnung, die im Bereich des Forderungsüberganges auf den Sozialversicherungsträger nicht festzustellen ist.

Anders dagegen das LG München – Az.: 9 O 6603/04 –, das in seiner Entscheidung vom 10. November 2004 von einem originärem Einsichtsrecht des Sozialversicherungsträgers ausgeht.

Als weitere Rechtsgrundlage kommt § 100 SGB X in Betracht.

Nach dieser Vorschrift sind unter anderen Ärzte verpflichtet, dem Leistungsträger (Sozialversicherungsträger) im Einzelfall auf Verlangen Auskunft zu erteilen, soweit es für die Durchführung von dessen Aufgaben erforderlich und gesetzlich zugelassen ist oder der Betroffene im Einzelfall eingewilligt hat (§ 100 Abs. 1 SGB X). Sowohl die Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern nach § 66 SGB V als auch die Geltendmachung eigener Schadensersatzansprüche zählen zu den gesetzlich zugelassenen Aufgaben der Krankenkassen. Dabei besteht die Auskunftspflicht nur bezüglich der Informationen, die dem Auskunftspflichtigen selbst zur Verfügung stehen.

Im Einzelnen ist umstritten, ob und welche Unterlagen zur Verfügung gestellt werden sollen und müssen. Man wird auch hier im Wege einer Gesamtschau der Vorschriften des Sozialgesetzbuches zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Funktionsfähigkeit des kassenärztlichen Versorgungssystems es verlangt, dass die an der Leistungserbringung Beteiligten befugt sind, dem anderen zur Mitwirkung verpflichtet sind, diejenigen Informationen zukommen zu lassen, die dieser zur Erfüllung seiner Aufgaben und damit seines Leistungsbeitrages benötigt.

Man wird der Vorschrift des § 100 Abs. 1 SGB X – neben der neuen Vorschrift des § 294 a SGB V – wohl eine zentrale Bedeutung hinsichtlich der Einsichtsrechte der Sozialversicherungsträger zubilligen müssen, zumal diese durch ihre Einordnung im dritten Teil, der überschrieben ist mit „Zusammenarbeit der Leistungsträger mit

Dritten“, an exponierter Stelle als einzige Norm des SGB X eindeutig Bezug nimmt auf die Auskunftspflichten des Arztes oder Angehörigen eines anderen Heilberufes.

Diese Stellung im System der Normen des SGB berechtigt auch zu der Annahme, dass in der hier postulierten „Auskunftserteilung“ nicht nur die Möglichkeit umfasst ist, eine Auskunft mündlich oder schriftlich zu erteilen, sondern damit auch die Vorlage von Unterlagen gemeint sein muss. Wie anders soll ein Sozialversicherungsträger seine Aufgabe der Regressierung möglicher Schadensersatzansprüche zum Wohle der Solidargemeinschaft erfüllen, wenn er allein aufgrund einer Auskunft des möglicherweise betroffenen Arztes die Erfolgsaussichten einer möglichen Klage bewerten soll.

Auch der Gesetzestext legt eine solche Auffassung nahe, da ansonsten – selbst wenn der Betroffene seine Einwilligung erteilen würde – der Leistungsträger lediglich zu einer Auskunftserteilung ohne Überlassung der Krankenunterlagen an den Sozialversicherungsträger verpflichtet wäre. Wenn aber bereits der Betroffene selbst unbestritten einen Anspruch auf Überlassung seiner Krankenunterlagen hat und er eine entsprechende Einwilligung gibt, so muss es auch dem Sozialversicherungsträger möglich sein, die Krankenunterlagen zu erhalten. Da eine solche Ausnahmebestimmung, die der tatsächlichen Rechtslage Rechnung trägt, nicht existiert, wird man wohl davon ausgehen müssen, dass § 100 SGB X auch die Überlassung der Datenunterlagen beinhaltet, zumal das BSG in einer Entscheidung vom 17. Mai 2000 – Az.: B 3 KR 33/99 R – davon ausgeht, dass die Krankenkassen ein Recht darauf haben, die tatsächlich erstellte Dokumentation in Augenschein zu nehmen.

Damit wird man wohl eine Befugnis des Arztes zur Offenbarung von Patientendaten gegenüber den Krankenkassen, dem MDK und auch gegenüber seiner Kassenärztlichen Vereinigung annehmen müssen.

Die Neuregelung des § 294 a SGB V

Nach der jetzigen Regelung des § 294 a SGB V besteht eine Verpflichtung von Vertragsärzten, ärztlich geleiteten Einrichtungen und Krankenhäusern, bei Anhaltspunkten für eine Körperverletzung oder drittverursachtem Gesundheitsschaden eine Mitteilung der erforderlichen Daten über Verursacher und Schadensumfang gegenüber dem jeweiligen Sozialversicherungsträger zu erstatten.

Erste Urteile von Sozialgerichten (so z. B. SG Berlin – S 82 KR 2038/02) sehen in § 294 a SGB V einen originären Anspruch der Sozialversicherungsträger der als Folge der bis dahin geführten Diskussion vom Gesetzgeber eingeführt wurde. Im Einzelnen ist weiterhin umstritten, welche Daten als erforderlich im Sinne der Vorschrift anzusehen sind und ob die hier angesprochene Mitteilungsverpflichtung auch den Bereich der Einsichtnahme mit umfasst.

In Anbetracht dieser Ungewissheiten sieht die Praxis der AOK Rheinland so aus, dass eine Schweigepflichtentbindungserklärung des Patienten eingeholt wird und diese bei der Geltendmachung des Einsichtsrechts mit beigefügt wird.

Der Regress bei zahnärztlicher Fehlbehandlung als weitere Besonderheit des sozialmedizinischen-rechtlichen Rückgriffs

Im Gegensatz zur zivilrechtlichen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und Schmerzensgeld für den Versicherten muss im Hinblick auf die Vorgehensweise der Krankenkasse gegenüber dem Zahnarzt zwischen den Behandlungsformen der konservierenden Behandlung und Maßnahmen der Prothetik unterschieden werden. Während die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aufgrund einer konservierenden Behandlung auch für die Krankenversicherung der Zivilrechtsweg offensteht, existiert für die Versorgung mit Zahnersatz und Zahnkronen zwischen den einzelnen Krankenkassen und den jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigungen eine Vereinbarung, die ein spezielles Gutachterverfahren und die damit verbundene Regressabwicklung regelt.

Da diese sozialrechtlichen Regelungen über die Regressansprüche der Krankenkassen gegen Zahnärzte wegen mangelhaften Zahnersatzes Spezialregelungen gegenüber dem Zivilrecht darstellen, schließen diese die Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften aus. Soweit also der verursachte Schaden über die reine Schädigung durch fehlerhafte Anfertigung von Zahnersatz hinausgeht, sogenannte Mangelfolgeschäden (wie z. B. die Verletzung der Gesundheit des Patienten durch den Zahnersatz und dadurch bedingter weiterer Folgekosten), bleibt es bei der Regelung, dass auch dann zivilrechtliche Schadensersatzansprüche von der Krankenkasse geltend gemacht werden können. Dies führt in der Praxis zu erheblichen Abgrenzungsproblemen, die nachfolgender Fall verdeutlicht.

Aufgrund eines Heil- und Kostenplanes gliederte der zur vertragszahnärztlichen Versorgung zugelassene Zahnarzt bei einer Versicherten Zahnersatz ein. Die Versicherte klagte daraufhin über Schmerzen, ohne jedoch nähere Angaben über Lokalisation oder Art und Intensität machen zu können. Daraufhin veranlasste die Krankenkasse die Begutachtung der Versorgung durch einen Gutachter, der in seinem Gutachten zu dem Schluss kam, dass die prothetische Versorgung nicht frei von Fehlern sei und wesentliche Mängel aufweise. Bei den palatinal sehr tief subgingival präparierten Kronen ließen sich bei den Zähnen 13, 12, 21 und 23 die nicht von den Kronenrändern abgedeckten Reparationsstufen sondieren. Nach Abnahme des Kronenblocks zeigten sich bei den präparierten Zähnen teilweise umfangreiche kariöse Läsionen. Weiterhin musste beanstandet werden, dass in der Schlussbisslage im Frontzahnbereich kein Kontakt hergestellt wird; die zu hohe Einstellung der Bisshöhe der Prothesen mit deutlicher Sperrung der Front ist dann auch gesondert als eindeutiger Mangel hervorgehoben worden.

Nachdem die Versicherte mehrmals, jedoch ohne Erfolg, beim Zahnarzt zur Nachbesserung gewesen war, war sie nicht mehr bereit, sich weiter von diesem Zahnarzt behandeln zu lassen, und wechselte den behandelnden Zahnarzt. Dieser erstellte in der Folgezeit eine einwandfreie prothetische Versorgung.

Während die Versicherte über den Zivilrechtsweg Klage auf Schadensersatz und Schmerzensgeld realisierte, stellt sich für die Krankenkasse die Frage, ob die vorhandenen Randspalten, die zu Kariesrezidiven bei der Versicherten führten, aufgrund einer mangelnden Präparation der prothetischen Versorgung oder aber aufgrund unzureichender konservierender Behandlung (Abschleifen der Zähne) entstanden waren. Die Frage ist ähnlich der Streitfrage, ob ein Glas Wasser halb voll oder halb leer ist; allein die Beantwortung dieser Frage entscheidet über den Rechtsweg und über die Vorgehensweise der Krankenkasse.

Aus Praktikabilitätsgründen wird die Krankenkasse immer – wie auch hier – den Weg über die Erstattung der von ihr verauslagten Kosten durch die Kassenärztliche Vereinigung gehen. Dieses Verfahren sieht vor, dass die Krankenkasse einen Kostenerstattungsanspruch gegenüber der Kassenzahnärztlichen Vereinigung beantragt, über den im Verwaltungsverfahren entschieden wird. Anschließend belastet die Kassenzahnärztliche Vereinigung das Honorarkonto ihres Mitgliedes mit dem entsprechenden Betrag. Der Zahnarzt hat dann die Möglichkeit, ebenfalls im Wege des Widerspruchs und sozialgerichtlichem Klageverfahren die Rechtmäßigkeit der Entscheidung überprüfen zu lassen.

Rechtsgrundlage für diese Vorgehensweise bildet § 24 Bundesmantelvertrag Zahnärzte (BMV-Z) und die als Anlage 12 zum BMV-Z vereinbarte Regelung über das Gutachterverfahren bei der Versorgung mit Zahnersatz und Zahnkronen.

Nach § 24 BMV-Z und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des BSG ist für die Feststellung eines Schadensersatzanspruches und die damit begründete Belastung des Honorarkontos die Kassenärztliche Vereinigung zuständig (BSG-Urteil vom 21. 04. 1993, SozR 3-5555 § 15 Nr. 1). Danach ist die Belastung des Honorarkontos durch die Kassenärztliche Vereinigung ein Schadensersatzanspruch, der durch die Verletzung des BMV-Z entstanden ist. Nach § 24 Satz 1 BMV-Z ist ein Zahnarzt als Vertragszahnarzt verpflichtet, den durch die Nichterfüllung der kassenzahnärztlichen Pflichten entstandenen und durch die Prüfungseinrichtung festgestellten Schaden zu ersetzen, wenn er bei der Erfüllung der kassenzahnärztlichen Pflichten die nach den Umständen erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat.

In der Vereinbarung als Anlage 12 zum BMV-Z ist die konkrete Verfahrensweise geregelt, nach der sowohl bei noch nicht als auch bei bereits ausgeführten prothetischen Leistungen eine Qualitätsüberprüfung durchzuführen ist. Ein gemeinsam bestellter Gutachter, der für einen bestimmten Zeitraum durch gemeinsame Entscheidungen der Vereinbarungspartner bestellt wird, wird die prothetische Arbeit auf Mängel überprüfen.

Gem. § 4 dieser Vereinbarung ist ein bei der Kassenzahnärztlichen Vereinigung gebildeter sogenannter Prothetikeinigungsausschuß für die Überprüfung von Mängeln bereits ausgeführter prothetischer Leistungen zuständig. Dort muss gemäß § 4 Abs. 1 innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der Eingliederung des Zahnersatzes die Mängelrüge geltend gemacht werden. Auch der behandelnde Zahnarzt hat die Möglichkeit, den Prothetikeinigungsausschuß anzurufen, wenn er mit der vorher durchgeführten Begutachtung nicht einverstanden ist (§ 4 Abs. 3).

Der Prothetikeinigungsausschuss entscheidet in diesem Verfahren abschließend über den Mängelanspruch; eine eventuelle Honorarkürzung erfolgt dann über die Kassenzahnärztliche Vereinigung. Die Zusammensetzung und Arbeitsweise des Prothetikeinigungsausschusses ist ähnlich wie die der Ärztekammern, der Gutachter oder Schlichtungsstellen bei den Kassenzahnärztlichen Vereinigungen unterschiedlich, in der Regel sind sie jedoch paritätisch besetzt und entscheiden durch Stimmenmehrheit.

Durch diese Regelung soll es dem Versicherten und Patienten ermöglicht werden, in einem einfacheren und effizienteren Verfahren die Qualität der zahnärztlichen Versorgung beurteilen zu lassen und Rechtsklarheit herzustellen. Dabei besteht Einigkeit, dass der Versicherte seine Ansprüche auf Nachbesserung, Minderung, Rückabwicklung oder Schadensersatz wegen Schlechterfüllung auch unmittelbar aus dem zwischen ihm und dem Zahnarzt geschlossenen Vertrag geltend machen kann. Ihn trifft insoweit keine Einschränkung.

Für die beteiligte Krankenkasse allerdings muss davon ausgegangen werden, dass aufgrund der Vereinbarung zwischen ihr und der Kassenzahnärztlichen Vereinigung der hier beschriebene Modus zwingend ist, d. h., dass der Schadensersatzanspruch über die zuständige Kassenzahnärztliche Vereinigung abgewickelt werden muss. Die Frage, inwieweit die Gutachterentscheidung über den Zahnersatz für beide Parteien bindend ist, wird man im Hinblick auf § 275 SGB V dahingehend beantworten müssen, dass die Rechte der Krankenkassen durch dieses Gutachterverfahren nicht verdrängt werden können, sodass eine Überprüfung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen möglich ist.

Zusammenfassung

Abschließend bleibt festzustellen, dass gerade im Bereich der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aufgrund ärztlicher Behandlungsfehler und Medizinprodukthaftung die rechtlichen und auch politischen Möglichkeiten der Sozialversicherungsträger bei weitem noch nicht ausgelotet sind und die Stellung der Sozialversicherungsträger in diesem Bereich neu definiert werden wird. Dabei wird man nicht umhin kommen, die Rechte der Sozialversicherungsträger auch im Hinblick auf die Interessen ihrer durch den Behandlungsfehler geschädigten Mitglieder zu festigen, deren Wahrnehmung sie zu unterstützen haben.

Arzthaftung aus der Sicht des sozialversicherungsrechtlichen Rückgriffs – Rechtsprobleme und Berichte aus der Praxis

Länderbericht Österreich

Dr. Harald Lehner, Oberösterreichische Gebietskrankenkasse

1. Allgemeines über das österreichische Regressrecht

Die Bestimmungen über die Legalzession von Schadensersatzansprüchen auf die Versicherungsträger finden sich in den §§ SGB 332 ff. Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG). Entsprechend nachgebildete Regelungen sind in den berufsständischen Sondersicherungsgesetzen (Beamte, Bauern, Gewerbetreibende) enthalten.

Der Schadensersatzanspruch geht auf den Versicherungsträger über, wenn der Versicherte – oder auch ein Angehöriger – den Ersatz des Schadens, der durch den Versicherungsfall eingetreten ist, aufgrund anderer gesetzlicher Vorschriften verlangen kann. Der Übergang erfolgt nur insoweit, als der Versicherungsträger selbst Leistungen erbringt (zeitliche und sachliche Kongruenz). Ansprüche auf Schmerzensgeld sind ausdrücklich von der Legalzession ausgenommen.

Eine Besonderheit ergibt sich durch das österreichische System der Krankenanstaltenfinanzierung. Die Finanzierung erfolgt durch den sogenannten Landesgesundheitsfonds, in den auch Mittel der Sozialversicherung fließen. Der auf den Träger übergehende Anspruch umfasst auch die Aufwendungen dieses Fonds. Der Träger hat diesem jenen Teil der Regresseinnahmen, der nicht durch Mittel der Sozialversicherung gedeckt ist, zu überweisen. Dafür erhält er einen anteilmäßigen Verwaltungskostenersatz. Bei einem Behandlungsfehler in einer Krankenanstalt hätte dies zur Folge, dass der Sozialversicherungsträger die Kosten für weitere Krankenhausbehandlungen vom Rechtsträger der verursachenden Einrichtung verlangen muss. Ein wesentlicher Anteil davon (ca. 50 %) ist an den Landesgesundheitsfonds abzuführen.

Der Anspruch geht mit Entstehen der Schadensersatzforderung auf den Versicherungsträger über. Dies gilt auch, wenn der Versicherungsträger keine Kenntnis vom Vorfall hat.

Die Verjährungsfrist für den Versicherungsträger beginnt hingegen erst mit seiner Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen. Diese Rechtsmeinung setzte sich erst in jüngster Zeit durch (Änderung der Judikatur durch 2 Ob 238/02 t vom 24. 10. 2002). Bis dahin musste sich der Versicherungsträger die Kenntnis des Geschädigten anrechnen lassen, dies bedeutete in vielen Fällen – insbesondere bei Behandlungsfehlern – einen Verlust des Anspruchs durch Verjährung. Das Interessante an der angeführten Entscheidung ist, dass ihm ein Verkehrsunfall zwischen einem deutschen und einem italienischen Fahrzeug in Österreich zugrunde liegt. Von dem deutschen Versicherungsträger wurden seine Regressansprüche gemäß § 116 SGB X in Österreich geltend gemacht bzw. wurden nach dieser Norm beurteilt. Die Frage der Verjährung richtete sich in diesem Fall nach dem Schuldstatut, im vorliegenden Fall also nach österreichischem Recht.

Im Hinblick darauf setzte sich der OGH mit der Judikatur des BGH zum § 1542 RVO und der Judikaturänderung mit der Entscheidung BGHZ 48, 181 auseinander und änderte seine Rechtsprechung.

Wie sich aus diesen Ausführungen ergibt, sind Regressansprüche im Zivilrechtsweg geltend zu machen und nach der Exekutionsordnung zu vollstrecken.

2. Die Information des Versicherungsträgers

Nach der Praxis der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse (OÖGKK) – und auch der anderen Sozialversicherungsträger – wird bei „potenziellen“ Regressfällen ein Fragebogen – ein sogenannter Unfallerhebungsbogen (UEB) – an den Versicherten (Anspruchsberechtigten) gesandt. Aufgrund der gesetzlichen Bestimmung des § 43 ASVG besteht eine Auskunftspflicht des Versicherten bzw. des Zahlungs(Leistungs-)empfängers. Demnach müssen diese genannten Personen dem Versicherungsträger binnen 14 Tagen wahrheitsgemäß Auskunft über alle für das Versicherungsverhältnis und für die Prüfung bzw. Durchsetzung von Ansprüchen nach den §§ 332 ff. maßgebenden Umstände erteilen. Diese eindeutige Rechtsgrundlage für die Auskunftspflicht bei Regressfällen wurde erst 1996 durch das SRÄG (Sozialrechtsänderungsgesetz) explizit verankert, um den Sozialversicherungsträgern eine reibungslose Durchsetzung von Regressansprüchen zu sichern.

Das Problem besteht nicht so sehr in der gesetzlichen Berechtigung des Versicherungsträgers, sondern im Faktischen: Wann liegt ein „potenzieller“ Regressfall vor, unter welchen Umständen wird ein solcher UEB ausgesandt? Versicherungsträger orientieren sich dabei an der Diagnose, die vom Arzt bzw. der Behandlungseinrichtung (Krankenhaus) angegeben wird. Handelt es sich dabei um eine Ursache, die exogener Natur (z. B. Bruch, Prellung), und somit auf ein mögliches Fremdverschulden zurückzuführen ist, erfolgt eine Aussendung.

Diese Vorgangsweise hat sich bei Verkehrsunfällen, Raufereien und ähnlichen Vorgängen sehr gut bewährt. Eine allein automationsgesteuerte Versendung (nach Diagnoseschlüssel) brachte dabei keine besseren Ergebnisse als die „händisch“ gesteuerte Aussendung durch Mitarbeiter (nach Plausibilitätsprüfung).

Dem Bereich der Behandlungsfehler ist folgendes Problem immanent: Die Diagnose wird vom Behandler (Arzt, Krankenhaus), dem potenziellen Verursacher des Behandlungsfehlers, erstellt. Dieser wird keine entsprechenden Angaben machen bzw. weiß zum Zeitpunkt der Diagnoseerstellung selbst noch nicht, dass ein Behandlungsfehler vorliegt! Tritt ein solcher Behandlungsfehler bei einem Versicherungsfall mit endogener Ursache auf, ist die Wahrscheinlichkeit äußerst hoch, dass kein UEB ausgesandt wird und der Versicherungsträger somit keine Information erhält.

Grundsätzlich besteht auch eine Auskunftspflicht von Verwaltungsbehörden (z. B. Polizei) und Gerichten gegenüber der Sozialversicherung. So sind die Verwaltungsbehörden und die Gerichte verpflichtet, den im Vollzug dieses Bundesgesetzes an sie ergehenden Ersuchen der Versicherungsträger und des Hauptverbandes im Rahmen ihrer fachlichen und örtlichen Zuständigkeit zu entsprechen.

Aus der Wendung „an Sie ergehenden Ersuchen“ wird geschlossen, dass keine Verpflichtung der Behörden/Gerichte besteht, von sich aus eine Mitteilung an den Sozialversicherungsträger zu machen. Über Anregung einzelner Sozialversicherungsträger wurden Novellierungsvorschläge gemacht, eine entsprechende Meldeverpflichtung zu statuieren. Vom Gesetzgeber wurden diese Entwürfe jedoch nicht angenommen oder umgesetzt.

Bezüglich der Patientenvertretung Oberösterreich (die offizielle Anlauf-/Beschwerdestelle bei Behandlungszwischenfällen in Krankenanstalten) ist auszuführen, dass sie ein „Hilfsorgan“ des Landes ist. Sie hat keinen „Behördenstatus“, somit besteht für sie keine Anzeigepflicht für solche Vorkommnisse nach § 84 StPO (Strafprozessordnung). Daraus wurde von ihr abgeleitet, dass rechtlich keine Möglichkeit besteht, solche Vorfälle der OÖGKK auch auf Anfrage mitzuteilen. Diese Rechtsansicht ist durchaus diskutabel, es zeigt aber deutlich die Absicht und Rolle dieser Institution: Sie will – unbeeinträchtigt von den Interessen und Intentionen Dritter – den zwischen Patient und Behandler strittigen Fall einer Lösung zuführen.

Informationen bezüglich Behandlungsfehler an die OÖGKK – und wahrscheinlich an die anderen Sozialversicherungsträger – sind im Hinblick auf die geschilderte Unfallerhebungsbogenaussendung als eher zufällig zu bezeichnen. Im Wesentlichen kommt es dann dazu, wenn Versicherte bzw. ihre Rechtsvertreter Leistungsaufstellungen oder Bestätigungen zur Geltendmachung ihrer Ansprüche (z. B. Arbeitsunfähigkeitsbestätigung mit bestimmter Diagnose) benötigen. Weiters kommt es manchmal aufgrund des „LIVE“ (einmal jährlich erfolgt die Information über beanspruchte Leistungen an Versicherte) zu Rückmeldungen. Es wird darauf hingewiesen, dass die „hohen Kosten“ aufgrund eines „Kunstfehlers“ zustande gekommen sind.

3. Die Patientenberatung – ein Versuch

Im Jahr 1999 erschütterte ein Skandal Oberösterreich:

Im Landeskrankenhaus Freistadt sollten – laut den Aufzeichnungen und Aussagen eines leitenden Arztes – häufig, um nicht zu sagen massenhaft, „Kunstfehler“ vorgekommen und die Patienten nicht sachgemäß behandelt worden sein. Diese Welle schwappte in andere Bereiche über, und bald wurde in ganz Oberösterreich eine „Kunstfehler-Epidemie“ vermutet.

Diese Ereignisse im Spitalsbereich veranlassten viele Versicherte dazu, bei vermuteten ärztlichen „Kunstfehlern“ die OÖGKK zu kontaktieren. Von dieser erwartete man Beratung, Klärung der Fragen und Unterstützung bei der Geltendmachung von Ansprüchen. Diese Erwartungen gingen bis zur Übernahme der allfälligen Prozesskosten bzw. der Beistellung von Rechtsanwälten. Die OÖGKK stand somit in einem eminenten Spannungsfeld zwischen diesen Erwartungen, ihrer gesundheitspolitischen Rolle, den gesetzlichen Aufgaben bzw. ihren Möglichkeiten.

§ 81 ASVG bestimmt nämlich, dass die Mittel der Sozialversicherung nur für die gesetzlich vorgeschriebenen oder zulässigen Zwecke verwendet werden dürfen. Eine explizite gesetzliche Bestimmung – wie der § 66 SGB V in Deutschland – existiert im ASVG nicht.

Eine „Behandlungsfehlerberatung“ ist weder vorgeschrieben noch ausdrücklich für zulässig erklärt. Eine Aktivität in diese Richtung erschien – prima vista – als gesetzlich nicht gedeckt.

Aufgrund der bereits erwähnten Regressnormen (§§ 332 ff. ASVG) haben die Sozialversicherungsträger die Möglichkeit, einen durch Behandlungsfehler entstandenen Schaden vom Verursacher bzw. seiner Versicherung einzufordern.

Der Zugang zu solchen Fällen ist – wie bereits geschildert – eher zufällig. Durch eine Beratung der Versicherten bei vermeintlichen Behandlungsfehlern schienen sich jedoch hier verbesserte Möglichkeiten zu eröffnen: Die Beratung sollte – aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive – einen vermehrten und verbesserten Zugang zu Informationen bewirken. Durch dieses Angebot einer „Patientenberatung“ sollten diese „brachliegenden“ Regressfälle für die OÖGKK greifbar, auch tatsächlich verfolgbar und einbringlich gemacht werden.

Aus der Sicht des Versicherten sollte eine fundierte und zielführende Information erteilt bzw. ihm Hilfestellung für die weiteren Schritte geleistet werden.

Als „Mittel“ zum „Zweck“ einer verbesserten Regressführung und entsprechenden Mehreinnahmen war eine solche „Patientenberatung“ unproblematisch mit dem Inhalt von § 81 ASVG vereinbar. Ein solches Handeln stand auch in keinem Widerspruch zu den durch Art. 126 b Abs. 5 B-VG (Bundesverfassungsgesetz) statuierten Grundsätzen des Verwaltungshandelns (Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit).

Bei dieser Konzeption wurde vereinbart, die Arbeiterkammer für Oberösterreich (AK) einzubinden. Als gesetzliche-berufliche Interessensvertretung der Dienstnehmer – dieser Personenkreis ist quasi identisch mit den Versicherten der OÖGKK – sollte sie im weiteren Verlauf tätig werden:

Die OÖGKK sollte als medizinische und juristische Anlaufstelle fungieren und die „Vorsichtung“ übernehmen, die AK hingegen sollte im weiteren Verlauf die Patienten vor der Schlichtungskommission (Schlichtungsstelle der Ärztekammer) vertreten.

Diese „Arbeitsteilung“ erwies sich deshalb als notwendig, weil eine Vertretung des Patienten durch Mitarbeiter der OÖGKK nicht mehr – auch bei weitester Auslegung – unter die erwähnte Zulässigkeitsbestimmung zu subsumieren war.

Mittelfristig sollte – nach den Intentionen der Urheber – ein unabhängiges Schlichtungsgremium entstehen, das dem Standard der EU-Kommission entspricht.

Im Detail sollten von der OÖGKK folgende Leistungen erbracht werden:

- a.) Zusendung eines Informationspaketes: Dieses bestand aus einem Merkblatt zu Patientenrechten, einer Informationsbroschüre (Behandlungsvertrag, Kunstfehler, Rechtsfolgen usw.), einem Antrag auf Zusendung der Krankengeschichte (vom Krankenhaus) und einem Fragebogen (zum Ablauf der Behandlung bzw. des Kunstfehlers und seiner Folgen). Die Ausgabe dieser Informationspakete erfolgte in den jeweiligen Einrichtungen der OÖGKK (Außenstellen), bzw. sie wurden auf Anfrage zugesandt;
- b.) qualifizierte Fallaufnahme: Der Versicherte erhielt die Möglichkeit, seinen Fall/Anliegen einem Juristen zu schildern und unter dessen Anleitung die weiteren Schritte zu setzen;
- c.) qualifizierte Sichtung und Beurteilung: Durch den chefärztlichen Dienst erfolgte eine Beurteilung der Unterlagen hinsichtlich Plausibilität des Vorbringens und der Kausalität. Weiters wurden die Stellungnahmen bei betroffenen Behandlern/Einrichtungen eingeholt;
- d.) Abklärung der Erfolgsaussichten mit der Arbeiterkammer für Oberösterreich.

Bei positiver Beurteilung – d. h. ein Behandlungsfehler wurde als wahrscheinlich bzw. als möglich angesehen – wurde der Fall an die AK abgetreten. Diese sollte dann die Vertretung des Patienten vor den Schlichtungsstellen übernehmen. Bei erfolgreicher Schlichtung sollte die OÖGKK vom Ausgang informiert werden und ihrerseits Regressansprüche geltend machen.

Für die Zukunft war vorgesehen, dass eine Behandlung der Regressansprüche gleich bei diesen Schlichtungsstellen miterfolgen sollte.

Von besonderer Bedeutung war – in Konzeption und Praxis – die medizinische Beurteilung des Vorbringens und der Unterlagen. Es stellte sich bald heraus, dass ein Großteil der vorgebrachten Beschwerden die Gebiete Chirurgie, Orthopädie und Neurochirurgie betraf. Innerhalb des Versicherungsträgers fehlte es an fachärztlichen Ressourcen, um diese äußerst diffizilen Problemstellungen abschließend und umfassend abzuklären. Nötigenfalls sollten auch Gutachten von externen medizinischen Experten eingeholt werden. So sollten unabhängige Privatgutachten in Auftrag gegeben werden. In erster Linie war geplant, einen Gutachterpool von Ärzten der Sozialversicherung zu schaffen. Insbesondere die Träger der Unfall- und Pensionsversicherung beschäftigten Fachärzte aus diesen Gebieten. Als Gegenleistung sollten auch diese Träger hinsichtlich ihrer Ansprüche in das Regressverfahren eingebunden werden.

Die Entwicklung in der Praxis wich jedoch vom Konzept ab: Von den versicherten Patienten wurde diese Serviceleistung sehr gut aufgenommen. Dabei wurden auch Fälle vorgelegt, die bereits bei anderen Stellen anhängig oder sogar abgewiesen waren. In weiterer Folge zeigten sich jedoch die Schwachstellen: Von den anderen Sozialversicherungsträgern, insbesondere Pensionsversicherungsanstalt und gesetzlicher Unfallversicherung konnten keine entsprechenden Unterstützungsleistungen durch Fachärzte abgeben werden.

Die Modalitäten des Schlichtungsverfahrens – die von Arbeiterkammer und Ärztekammer verhandelt wurden – nahmen immer mehr Gestalt an. Dabei wurde zur Bedingung gemacht, dass über die Ergebnisse des Schlichtungsverfahrens Verschwiegenheit zu wahren sei. Für die OÖGKK eröffnete sich daher keine Möglichkeit mehr, an die Information über den Ausgang des Schlichtungsverfahrens „heranzukommen“. Es entfiel damit die systematische Möglichkeit, erfolgreich Regressverfahren aufgrund der Ergebnisse des Schlichtungsverfahrens zu führen. Natürlich war auch eine „Miterledigung“ der Regressansprüche im Schlichtungsverfahren nicht möglich bzw. sogar unerwünscht.

Im Hinblick auf den Entfall einer systematischen Regressmöglichkeit war auch ein finanzieller Anreiz für die Gebietskrankenkasse nicht mehr gegeben. Noch bedeutsamer war, dass damit auch die rechtliche Deckung für die Zulässigkeit dieser Tätigkeit (Patientenberatung) im Hinblick auf § 81 ASVG nicht mehr vorlag.

Aufgrund dieser Erfahrungen und der dargestellten Entwicklung wurde entschieden, von einer weiteren Patientenberatung durch die OÖGKK Abstand zu nehmen.

Zivilrechtliche Haftungsfragen im Verhältnis von Krankenversicherungsträger und Patient

a. Univ.-Prof. Dr. Meinhard Lukas, Universität Linz

I. Problemstellung

Erweisen sich medizinische Leistungen als mangelhaft, werden in der Praxis meist der behandelnde Arzt und – im Falle einer Anstaltspflege – (auch) der Träger der Krankenanstalt auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Dabei macht es keinen Unterschied, wenn die fragliche Leistung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht wurde. An Ansprüche gegen den Krankenversicherungsträger wird dagegen offenbar selten gedacht¹. In der – vor allem sozialversicherungsrechtlich – geprägten wissenschaftlichen Diskussion spielt dagegen die Frage nach einer Haftung des gesetzlichen Krankenversicherers für Pflichtverletzungen im Zuge einer Krankenbehandlung eine beachtliche Rolle². Es erscheint demnach durchaus lohnend, dieses Problem einer neuerlichen zivilrechtlichen Betrachtung zu unterziehen. Dabei sind Pflichtverletzungen der gesetzlichen Krankenversicherungsträger im unmittelbar eigenen Bereich (z. B. ein Organisationsverschulden) ebenso in Betracht zu ziehen wie solche ihrer Vertragsärzte, ihrer eigenen Behandlungseinrichtungen sowie von Wahlärzten. Als Haftungsansatz ist zum einen an eine Verschuldenshaftung nach allgemeinem Zivilrecht (§§ 1295 ff. ABGB), zum anderen aber auch – soweit eine Pflichtverletzung im Rahmen hoheitlichen Handelns des Krankenversicherungsträgers zur Diskussion steht – an Amtshaftung zu denken.

II. Rechtsbeziehungen zwischen Versicherungsträger, Arzt und Patient

Die Rechtsbeziehungen zwischen Versicherungsträger, Arzt und Patient sind durch ein dreipersonales Schuldverhältnis gekennzeichnet, das verschiedene Besonderheiten aufweist: Während die Beziehungen zwischen Krankenversicherungsträgern und freiberuflichen Ärzten jeweils durch Gesamtverträge und darauf aufbauende Einzelverträge – somit durch privatrechtliche Instrumente³ – geregelt werden (§ 341 ASVG), trifft die Krankenversicherungsträger gegenüber ihren Versicherten kraft gesetzlicher Anordnung (§§ 116 ff. ASVG) die öffentlich-rechtliche Verpflichtung, im Krankheitsfall Krankenbehandlung zu gewähren. Dazu gehören neben Heilbehelfen und Heilmitteln vor allem die ärztliche Hilfe (§ 133 Abs. 1 ASVG). Diese wird durch Vertragsärzte, Wahlärzte sowie Ärzte in Vertragseinrichtungen oder eigenen Einrichtungen gewährt (§ 135 Abs. 1 ASVG).

Das Verhältnis zwischen versichertem Patienten und Vertragsarzt wird durch dessen Einzelvertrag mit dem Krankenversicherungsträger geprägt. Wie bereits Welsler überzeugend dargelegt hat, ist der Einzelvertrag als Vertrag zugunsten der Versicherten des Krankenversicherungsträgers zu qualifizieren. Ob es sich dabei – wie von Welsler vertreten – tatsächlich bloß um einen Vorvertrag zugunsten Dritter handelt, der den Arzt gegenüber dem Patienten nicht unmittelbar zur ärztlichen Leistung, sondern lediglich zum Abschluss eines Behandlungsvertrages verpflichtet, hängt wesentlich vom Inhalt

des Valutaverhältnisses des Dreiecks – also der Beziehung zwischen Versicherungsträger und Patient – ab. Schuldet der Versicherungsträger dem Patienten bloß die Bereitstellung der ärztlichen Leistung, nicht aber die Behandlung selbst, trifft ihn also keine „Naturalleistungspflicht“, spricht viel für die Vorvertragskonstruktion⁴. Ziel des Einzelvertrages zwischen Versicherungsträger und Arzt wird es dann nämlich bloß sein, diesem gegenüber den Versicherten einen Kontrahierungszwang aufzuerlegen. Freilich darf bei all dem nicht die Gegenleistungsverpflichtung für die ärztliche Behandlung übersehen werden. Sie trifft den Versicherungsträger gegenüber dem Vertragsarzt. Grundlage dafür ist unmittelbar der – durch den Gesamtvertrag – determinierte Einzelvertrag. Dessen Funktion erschöpft sich demnach keineswegs in der eines Vorvertrags.

III. Besonderheiten des Amtshaftungsrechts

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des gesetzlichen Krankenversicherungsträgers für eine fehlerhafte Krankenbehandlung hängt unter anderem von den Rahmenbedingungen des Amtshaftungsrechts ab. Hier ist zunächst die Zentralnorm des § 1 Abs. 1 AHG⁵ von Interesse: *„Der Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung – im folgenden Rechtsträger genannt – haften nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben; dem Geschädigten haftet das Organ nicht. Der Schaden ist nur in Geld zu ersetzen.“*

Angesichts dieser Rechtsfolgen ist naturgemäß von Interesse, ob die von den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern bereitzustellende Krankenbehandlung „in Vollziehung der Gesetze“ erfolgt. Sollte dies zutreffen, würde die Krankenversicherungsträger für Kunstfehler ihrer Vertragsärzte eine Amtshaftung treffen; eine Schadensersatzpflicht des Vertragsarztes gegenüber dem Patienten wäre dagegen prinzipiell ausgeschlossen⁶. Es ist allerdings eine heikle Abgrenzungsfrage, welche Handlungen der Sozialversicherungsträger als Hoheitsakte zu qualifizieren sind⁷: Einerseits verwirklichen sie die ihnen gesetzlich vorgegebenen Ziele in verschiedenen Bereichen in den Formen des Privatrechts. Andererseits können sie aber auch im hoheitlichen Bereich formlos und verfahrensfrei auftreten⁸. Dabei könnte den Vertragsärzten – aus der Perspektive des Amtshaftungsrechts – durchaus auch eine Organstellung zukommen, wie § 1 Abs. 2 AHG zeigt: *„Organe im Sinne dieses Bundesgesetzes sind alle physischen Personen, wenn sie in Vollziehung der Gesetze (Gerichtsbarkeit oder Verwaltung) handeln, gleichviel, ob sie dauernd oder vorübergehend oder für den einzelnen Fall bestellt sind, ob sie gewählte, ernannte oder sonstwie bestellte Organe sind und ob ihr Verhältnis zum Rechtsträger nach öffentlichem oder privatem Recht zu beurteilen ist.“* Das ausschließlich privatrechtlich zu deutende Verhältnis zwischen den Krankenversicherungsträgern und ihren Vertragsärzten⁹ steht demnach einer hoheitlichen Qualifikation der Krankenbehandlung (im Verhältnis zum Patienten) nicht entgegen.

Tatsächlich spricht – freilich (wie noch zu zeigen sein wird) ganz unabhängig von § 1 Abs. 2 AHG – viel dafür, ein hoheitliches Handeln anzunehmen, wenn ein Krankenversicherungsträger seiner Leistungspflicht nachkommt: Gewährt er seinen Versicherten Dienst- und Sachleistungen, handelt es sich dabei um einen Realakt, der den

hoheitlichen Charakter des Versicherungsverhältnisses teilt¹⁰. Wie Korinek¹¹ betont, besteht insofern eine Analogie zum von der Lehre für den Bereich der Eingriffsverwaltung entwickelten Typus des verfahrensfreien Verwaltungsaktes¹². Auch der OGH ordnet Realakte eines Organs der Vollziehung der Gesetze zu, wenn sie einen hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhang mit einer Aufgabe staatlicher Vollziehung haben¹³. Alle mit deren Besorgung verbundenen – auch rein tatsächlichen – Verhaltensweisen sind solche in Vollziehung der Gesetze¹⁴. Aus Sicht des Amtshaftungsrechts macht es folglich keinen Unterschied, ob der Krankenversicherungsträger in Leistungssachen Bescheide erlässt oder verfahrensfreie Erfüllungsakte setzt.

Diese Überlegung mag zum Schluss verleiten, die Krankenbehandlung durch einen Vertragsarzt ohne Weiteres dem Bereich hoheitlichen Handelns zuzuordnen. Bei näherer Betrachtung handelt es sich dabei freilich um einen Kurzschluss: Wenn der hoheitliche Charakter des Versicherungsverhältnisses auch auf darauf bezogene Erfüllungshandlungen durchschlägt, hängt es letztlich vom Inhalt (präzise: der Reichweite) der Leistungspflicht des Krankenversicherungsträgers ab, ob in der Krankenbehandlung durch Vertragsärzte eine Vollziehung der Gesetze zu erblicken ist. Schuldet der Krankenversicherungsträger selbst die Krankenbehandlung (Naturalleistungspflicht), ist die Tätigkeit der Vertragsärzte Teil der Erfüllung und somit auf Grundlage der Theorie vom verfahrensfreien Verwaltungsakt tatsächlich als Vollziehung der Gesetze zu qualifizieren¹⁵. Ist der Krankenversicherungsträger dagegen nur verpflichtet, die Krankenbehandlung bereitzustellen (bloße Bereitstellungspflicht), erschöpft sich darin sein hoheitliches Handeln. Die Durchführung der Krankenbehandlung selbst ist dann ausschließlich privatrechtlich zu deuten¹⁶.

IV. Die Krankenbehandlung im System der Verschuldenshaftung nach ABGB

1. Relevanz der § 1293 ff. ABGB innerhalb und außerhalb des AHG

Soweit die Krankenbehandlung durch Vertragsärzte tatsächlich dem Privatrecht zuzuordnen ist, hängt die Haftung des Krankenversicherungsträgers für ärztliche Fehlleistungen allein von den einschlägigen Bestimmungen des ABGB (§§ 1293 ff.) ab. Aber auch im Falle hoheitlichen Handelns sind aufgrund der Gesamtverweisung in § 1 Abs. 1 AHG¹⁷ die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts – gleichsam als *leges generales*¹⁸ – maßgeblich. Was freilich die Zurechnung fremden Verhaltens betrifft, kommt es zu der für das Amtshaftungsrecht bestimmenden Haftung der Rechtsträger für ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten ihrer Organe. §§ 1313 ff. ABGB sind insofern überlagert.

2. Grundlagen der Verschuldenshaftung

Das ABGB nennt in § 1294 die „Quellen der Beschädigung“ und stellt dabei widerrechtliche Handlungen oder Unterlassungen zufälligen Ereignissen gegenüber. Rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten verpflichtet den Täter nach der Generalklausel des § 1295 Abs. 1 ABGB zum Schadensersatz gegenüber dem Geschädigten. Die Beurteilung eines Verhaltens als rechtmäßig oder rechtswidrig ist unter Berücksichtigung aller Normen der Rechtsordnung vorzunehmen¹⁹. Es ist also nicht nur auf die Bestimmungen des Zivilrechts, sondern auch jene des Straf- und des Verwaltungsrechts abzustellen.

Abgesehen davon differenziert das ABGB im Rahmen der Verschuldenshaftung zwischen der Verletzung vertraglicher und deliktischer Pflichten. Der Existenz vertraglicher Pflichten kommt unter anderem für die Zurechnung von Gehilfen zentrale Bedeutung zu. Während nach der allgemeinen Regel des § 1313 ABGB für fremde widerrechtliche Handlungen mangels Beteiligung in aller Regel nicht gehaftet wird, lässt § 1313 a ABGB den Schuldner einer Leistung für das Verhalten der Personen, denen er sich zur Erfüllung bedient hat, wie für sein eigenes haften. Die Reichweite dieser Haftung für Erfüllungsgehilfen, der § 1315 ABGB eine äußerst restriktive Haftung für bloße „Besorgungsgehilfen“ gegenüberstellt²⁰, hängt vom Inhalt des Schuldverhältnisses ab. So erweist sich § 1313 a ABGB nicht als einschlägig, wenn der Schuldner nur Personen auswählen bzw. bereitstellen soll, die ihrerseits die Leistung erbringen²¹.

Ausgehend davon macht es auch im Lichte des § 1313 a ABGB einen wesentlichen Unterschied, ob der Krankenversicherungsträger dem Patienten die Krankenbehandlung selbst oder lediglich deren Bereitstellung schuldet. Im Falle einer bloßen Bereitstellungspflicht kann ein Vertragsarzt schon deswegen kein Erfüllungsgehilfe des Krankenversicherungsträgers sein, weil er nur eigene Pflichten gegenüber dem Patienten erfüllt. Ist dagegen der Krankenversicherungsträger selbst zur Krankenbehandlung verpflichtet, kommen die Vertragsärzte im Rahmen ihrer Tätigkeit (auch) einer Leistungspflicht des Krankenversicherungsträgers nach. Dies könnte prima vista für eine Haftung des Krankenversicherungsträgers für ihre Vertragsärzte nach § 1313 a ABGB sprechen. Schließlich kommt auch bei öffentlich-rechtlich begründeten Schuldverhältnissen eine Haftung für Erfüllungsgehilfen nach den Grundsätzen des § 1313 a ABGB in Betracht²². Voraussetzung ist allerdings, dass das Schuldverhältnis zumindest seiner Durchführung nach einer privatrechtlichen Verpflichtung gleichkommt²³. Gerade diese Voraussetzung ist nun aber – wie bereits gezeigt²⁴ – im Fall des gesetzlichen Krankenversicherungsverhältnisses nicht erfüllt. Daraus ergeben sich wichtige Schlussfolgerungen für das hier zu behandelnde Problem.

V. Zwischenergebnis

Wie die Auseinandersetzung sowohl mit dem Amtshaftungsrecht als auch mit der Regelung des § 1313 a ABGB gezeigt hat, hängt die Frage der Haftung der Krankenversicherungsträger für ihre Vertragsärzte wesentlich vom Inhalt der Leistungspflicht gegenüber den Versicherten ab. Im Falle einer bloßen Bereitstellungspflicht scheidet eine auf § 1313 a ABGB gestützte Haftung der Krankenversicherungsträger schon deswegen aus, weil in dieser Konstellation die Vertragsärzte gegenüber ihren Patienten nur in Erfüllung ihrer eigenen Verpflichtung aus dem Behandlungsvertrag tätig werden. Aber selbst wenn die Krankenversicherungsträger aufgrund des Sozialversicherungsverhältnisses eine Naturalleistungspflicht trifft, kommt es zu keiner Gehilfenhaftung nach § 1313 a ABGB, zumal dann die Krankenbehandlung als – aus schadensersatzrechtlicher Sicht dem AHG zu unterstellendes – hoheitliches Handeln zu qualifizieren ist. Eine Haftung des Krankenversicherungsträgers für seine Vertragsärzte kommt demnach – wenn überhaupt – nur im Rahmen des Amtshaftungsrechts in Betracht. Dessen Anwendbarkeit hätte aber zugleich eine „Haftungsimmunität“ der Vertragsärzte nach § 1 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 Abs. 5 AHG zur Folge²⁵.

VI. Sachleistungsprinzip

Angesichts der zivilrechtlichen Vorgaben des Amtshaftungsrechts und des allgemeinen Schadensersatzrechts des ABGB sind die Pflichten der gesetzlichen Krankenversicherungsträger näher zu untersuchen. Wie gezeigt, macht es unter schadensersatzrechtlichen Gesichtspunkten einen wesentlichen Unterschied, ob das Versicherungsverhältnis den einzelnen Krankenversicherungsträger selbst zur Krankenbehandlung oder bloß zu deren Bereitstellung verpflichtet.

1. Gesetzliche Determinanten

Nach § 23 Abs. 5 obliegt es den Trägern der Krankenversicherung, für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihre Familienangehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen. Diese Verpflichtung wird in den §§ 116 ff. ASVG näher konkretisiert. Demnach erfasst die Krankenversicherung unter anderem die Vorsorge für die Versicherungsfälle der Krankheit, der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und der Mutterschaft (§ 116 Abs. 1 Z 2 ASVG). Aus dem Versicherungsfall der Krankheit werden als Leistung in der Krankenversicherung die Krankenbehandlung sowie erforderlichenfalls medizinische Hauskrankenpflege oder Anstaltspflege gewährt (§ 117 Z 2 ASVG). Der Umfang der Krankenbehandlung wird in § 133 Abs. 2 ASVG determiniert: *„Die Krankenbehandlung muß ausreichend und zweckmäßig sein, sie darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Durch die Krankenbehandlung sollen die Gesundheit, die Arbeitsfähigkeit und die Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, nach Möglichkeit wiederhergestellt, gefestigt oder gebessert werden. Die Leistungen der Krankenbehandlung werden, soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt wird, als Sachleistungen erbracht.“* Die Krankenbehandlung umfasst ärztliche Hilfe, Heilmittel und Heilbehelfe (§ 133 Abs. 1 ASVG). Nach § 135 Abs. 1 ASVG wird die ärztliche Hilfe durch Vertragsärzte und Vertrags-Gruppenpraxen, durch Wahlärzte und Wahl-Gruppenpraxen sowie durch Ärzte in eigenen Einrichtungen (oder Vertragseinrichtungen) der Versicherungsträger gewährt.

Bemerkenswert ist schließlich auch die Regelung in § 23 Abs. 5 in Verbindung mit § 338 Abs. 2 ASVG. Demnach ist es Aufgabe der Krankenversicherungsträger, durch Verträge mit den Leistungserbringern die ausreichende Versorgung mit den vorgesehenen Leistungen sicherzustellen. Eigene Einrichtungen der Versicherungsträger dürfen für die Versorgung mit diesen Leistungen nur nach Maßgabe der hierfür geltenden gesetzlichen Vorschriften herangezogen werden.

Auch im GSVG²⁶ findet sich in § 85 eine Regelung zur „Art der Leistungserbringung“. Demnach sind die Leistungen der Krankenversicherung Geldleistungen oder Sachleistungen (Abs. 1). § 85 Abs. 3 GSVG definiert Sachleistungen als Leistungen, die vom Versicherungsträger durch einen Vertragspartner gegen direkte Verrechnung der vertragsmäßigen Kosten oder durch eine eigene Einrichtung erbracht werden. Der Versicherungsträger kann in seiner Satzung unter bestimmten Voraussetzungen bestimmen, dass für Versicherte anstelle der Sachleistungen bare Leistungen gewährt werden.

2. Schlussfolgerung

Die gerade wiedergegebenen Bestimmungen lassen letztlich offen, ob die Krankenversicherungsträger unmittelbar eine Behandlungspflicht („Naturalleistungspflicht“) oder bloß die Pflicht zu einer ausreichenden Organisation der Krankenbehandlung („Bereitstellungspflicht“) trifft. Als aufschlussreicher als der bloße Gesetzestext erweist sich allerdings die historische Entwicklung des Vertragspartnerrechts. Es war erklärtes Ziel des SV-ÜG²⁷, eine vollständige Neuregelung des Vertragspartnerrechts herbeizuführen²⁸. Dabei weist § 69 SV-ÜG eine wesentliche Besonderheit gegenüber der Nachfolgebestimmung des § 338 ASVG auf: In § 69 Abs. 1 SV-ÜG ist noch davon die Rede, dass die Beziehungen der Sozialversicherungsträger zu den freiberuflich tätigen Ärzten, Zahnärzten, Dentisten, Hebammen, Apothekern und „anderen Erfüllungsgehilfen“ durch privatrechtliche Verträge geregelt werden. § 338 Abs. 1 ASVG enthält eine nahezu identische Regelung, spricht aber nicht mehr von „anderen Erfüllungsgehilfen“, sondern „anderen Vertragspartnern“. Die Gründe für diese modifizierte Formulierung lassen sich in den Gesetzesmaterialien zu § 338 ASVG nachlesen²⁹: „Die aus dem Privatrecht in das Sozialversicherungs-Überleitungsgesetz übernommene Bezeichnung ‚Erfüllungsgehilfen‘ wurde, weil sie in missverständlicher Deutung dieser Bezeichnung bei der Ärzteschaft Anstoß erregt hat, durch die Bezeichnung ‚Vertragspartner‘ ersetzt.“

Hat diese Änderung nicht bloß „ästhetische“ Gründe, sondern misst man ihr auch einen substanziellen Gehalt zu³⁰, sprechen allein schon die Gesetzesmaterialien zum ASVG gegen eine Naturalleistungspflicht der Krankenversicherungsträger: Wenn die Vertragsärzte nicht als Erfüllungsgehilfen der Krankenversicherungsträger, sondern ausschließlich in Erfüllung eigener Pflichten tätig werden, trifft die Krankenversicherungsträger selbst keine unmittelbare Pflicht zur Krankenbehandlung. Ansonsten wäre die vom Gesetzgeber intendierte Rollenverteilung zwischen Krankenversicherungsträgern und Vertragsärzten inkonsequent umgesetzt. Überdies erscheint ein Modell, in dem Vertragsärzten die Funktion von Erfüllungsgehilfen (im technischen Sinn) oder – bei zutreffender amtshaftungsrechtlicher Beurteilung³¹ – gar die Rolle eines Organs des Krankenversicherungsträgers zukommt, kaum vereinbar mit der Zielsetzung des Gesetzgebers, die freie Berufsausübung der Ärzteschaft in einem besonderen Maß zu respektieren³². Weder das Konzept der Erfüllungsgehilfenhaftung nach ABGB noch jenes der Amtshaftung für die Durchführung der Krankenbehandlung lässt sich mit dem Rechtsverhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenversicherungsträger harmonisch in Einklang bringen³³. Mit der ganz überwiegenden Lehre³⁴ und Rechtsprechung³⁵ ist daher die Annahme einer Naturalleistungspflicht der Krankenversicherungsträger abzulehnen. Diese haben – wie der OGH bereits in SZ 12/226 ausgesprochen hat – lediglich in entsprechendem Umfang vorzusorgen, dass die Vertragsärzte leisten.

3. Konkretisierung der Leistungspflicht des Krankenversicherungsträgers

Wenn auch die Krankenversicherungsträger selbst keine Krankenbehandlung schulden, erschöpft sich doch ihre Verpflichtung keineswegs darin, die Kosten der Krankenbehandlung zu tragen³⁶. Der gesetzliche Auftrag zur Sachleistungsvorsorge (§ 133 Abs. 2 ASVG) impliziert nach § 338 Abs. 2 ASVG die Verpflichtung, eine ausreichende ärztliche Versorgung durch den Abschluss von Gesamt- und Einzelverträgen sicherzustellen³⁷. Marhold³⁸ deutet diese Verbindlichkeit als Nebenpflicht des Krankenversicherungsträgers: Ein Versicherungsträger, der beim Abschluss von Gesamtvertrag und Einzelvertrag die ihm wirtschaftlich zumutbaren Vorsorgepflichten verletzt, hafte den erkrankten sozialversicherten Patienten aus der Verletzung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses zugunsten Dritter auf vollen Ersatz anderweitiger Behandlungskosten.

Eines Rekurses auf das Instrument des vorvertraglichen Schuldverhältnisses bedarf es freilich gar nicht. Die Pflicht zur Sachleistungsvorsorge ergibt sich – wie gezeigt – unmittelbar aus dem Gesetz. Überdies ist nicht recht einsichtig, inwiefern der rechtsgeschäftliche Kontakt, den der Krankenversicherungsträger im Interesse der krankenversicherten Patienten mit der Ärzteschaft aufnimmt, vorvertragliche Pflichten des Krankenversicherungsträgers (!) gegenüber seinen Versicherten zu begründen vermag. Marholds Ausführungen sind aber jedenfalls insofern zutreffend, als er in concreto lediglich eine Bemühungspflicht annimmt. Der Krankenversicherungsträger schuldet demnach die Bereitstellung der ärztlichen Versorgung nicht als Erfolg. Ihn trifft vielmehr nur die Pflicht, sich um diesen Erfolg – im Rahmen des (insbesondere finanziell) Zumutbaren – zu bemühen. Mosler sieht in diesem Zusammenhang eine Parallele zur Pflichtenlage beim Auftrag³⁹: Der Gewalthaber ist nach § 1009 ABGB verpflichtet, das Geschäft seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäß emsig und redlich zu besorgen. Die Geschäftsbesorgungsverpflichtung ist demnach – vorbehaltlich einer weiter gehenden Vereinbarung – als bloße Sorgfaltsverbindlichkeit zu qualifizieren⁴⁰. Abgesehen von dieser Parallele mag man sich bei der Verpflichtung des Krankenversicherungsträgers auch an den Schuldinhalt bei der Verwendungszusage (§ 880 a Satz 1 ABGB) erinnern: Der Krankenversicherungsträger hat sich um das Angebot einer Krankenbehandlung durch eine entsprechende Zahl von Ärzten zu bemühen. Mosler deutet daher die in § 338 Abs. 2 ASVG statuierte Verpflichtung des Krankenversicherungsträgers als eine Art „gesetzliche Verwendungszusage“⁴¹.

Die aus dieser Verpflichtung resultierende Sorgfaltsverbindlichkeit findet ihre Grenze in der Bereitschaft der Ärztekammer und der Ärzte, an der gesetzlich vorgesehenen Krankenbehandlung zu angemessenen Bedingungen mitzuwirken. Den Sozialversicherungsträgern muss es folglich freistehen, den Abschluss der Gesamtverträge von deren Zweckmäßigkeit abhängig zu machen⁴². Ein vertragsloser Zustand muss daher keineswegs eine Pflichtverletzung gegenüber den versicherten Patienten bedeuten. Dies zeigt auch die Bestimmung des § 131a ASVG, die den Fall des Scheiterns von Vertragsverhandlungen mit der Ärzteschaft bedenkt: Stehen Vertragsärzte infolge des Fehlens einer Regelung durch Verträge (§ 338 ASVG) nicht zur Verfügung, hat der Versicherungsträger dem Versicherten für die außerhalb einer eigenen Einrichtung in Anspruch genommene Behandlung (den Zahnersatz) die Kostenerstattung in der Höhe des Betrages zu leisten, der vor Eintritt des vertragslosen Zustandes bei Inan-

spruchnahme eines Wahlarztes zu leisten gewesen wäre. Der Versicherungsträger kann diese Kostenerstattung durch die Satzung unter Bedachtnahme auf seine finanzielle Leistungsfähigkeit und das wirtschaftliche Bedürfnis der Versicherten erhöhen.

Angesichts dieser gesetzlichen Vorgaben liegt es nahe, dem Krankenversicherungsträger bei der Verwirklichung der Sachleistungsvorsorge ein entsprechendes Ermessen zuzubilligen. Ein Ermessensmissbrauch – und damit zugleich eine Pflichtverletzung – liegt freilich dann vor, wenn ein Krankenversicherungsträger den Abschluss eines Gesamtvertrages aus unsachlichen Gründen überhaupt ablehnt oder sich bei der inhaltlichen Gestaltung des Vertrages von unsachlichen Erwägungen leiten lässt⁴³. Im Einzelnen stellen sich hier freilich heikle Abgrenzungsfragen.

VII. Haftungsansatz bei Pflichtverletzung im Rahmen der Krankenbehandlung

1. Verletzung der Bereitstellungspflicht

Steht eine Pflichtverletzung des Krankenversicherungsträgers im Zusammenhang mit der Sachleistungsvorsorge fest, sind die Rahmenbedingungen einer schadenersatzrechtlichen Haftung gegenüber dem betroffenen Patienten zu klären. Welser geht in dieser Situation von einer Verschuldenshaftung des Krankenversicherungsträgers wegen der Verletzung des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses mit dem versicherten Patienten aus⁴⁴. Marhold begründet die Haftung – wie bereits ausgeführt – mit einer Verletzung vorvertraglicher Pflichten des Krankenversicherungsträgers zugunsten Dritter⁴⁵. Diese Konstruktion ist allein schon deswegen abzulehnen, weil sie ein – aus Sicht des geschädigten Patienten – fremdes Rechtsverhältnis zur Haftungs begründung heranzieht, obwohl aufgrund der gesetzlichen Krankenversicherung ohnedies eine Sonderbeziehung direkt zwischen Krankenversicherungsträger und Patient besteht.

Ganz abgesehen von dieser Überlegung lassen sowohl Marhold als auch Welser unberücksichtigt, dass Handlungen im Zusammenhang mit der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Krankenversicherungsverhältnisses als Realakte zu qualifizieren sind, die den hoheitlichen Charakter des Versicherungsverhältnisses teilen⁴⁶. Eine Pflichtverletzung des Krankenversicherungsträgers im Zusammenhang mit der Sachleistungsvorsorge begründet daher nach Maßgabe des § 1 AHG einen Amtshaftungsanspruch des Patienten gegen Krankenversicherungsträger. Abschluss, Abwicklung und Beendigung der Gesamt- und Einzelverträge sind demzufolge janusköpfig: Gegenüber der Ärzteschaft erfolgen sie mit den Mitteln des Privatrechts; im Verhältnis zu den Versicherten sind es dagegen Akte hoheitlichen Handelns.

2. Verletzung von Sorgfaltspflichten durch Vertragsärzte

Ungeachtet der Geltung des Amtshaftungsrechts im Verhältnis zwischen Krankenversicherungsträger und versicherten Patienten kommen direkte Schadensersatzansprüche der Patienten gegen Vertragsärzte nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 1293 ff. ABGB) in Betracht, zumal die Amtshaftung nur die Bereitstellung der ärztlichen Leistung, nicht aber die Krankenbehandlung selbst erfasst⁴⁷. Im Falle eines Kunstfeh-

lers des Vertragsarztes haftet dieser dem Patienten aus dem Behandlungsvertrag. Verweigert ein Vertragsarzt unberechtigt die Behandlung, kann der betroffene Patient aus dem (zu seinen Gunsten abgeschlossenen) Einzelvertrag zwischen Vertragsarzt und Krankenversicherungsträger Ersatzansprüche ableiten. Auch insofern ist der Vertragsarzt nicht als Organ des Krankenversicherungsträgers anzusehen, weil dessen öffentlich-rechtliche Pflicht im Rahmen der Sachleistungsvorsorge nur darin besteht, durch Auswahl und vertragliche Bindung geeigneter Vertragsärzte die Voraussetzungen für die Krankenbehandlung der Versicherten zu schaffen. Verweigert dennoch ein Vertragsarzt die Behandlung eines versicherten Patienten, kann darin keine Pflichtverletzung des Krankenversicherungsträgers erblickt werden.

3. Auswahl-/Überwachungsverschulden des Krankenversicherungsträgers

Der Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht durch einen Vertragsarzt kann ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Krankenversicherungsträgers vorangehen. In dieser Situation steht eine Amtshaftung des Krankenversicherungsträgers neben der Haftung des Vertragsarztes aus dem Behandlungsvertrag zur Diskussion. Auch im Rahmen des Amtshaftungsrechts können nämlich Organisationsmängel ein Verschulden begründen, wobei hier sowohl an ein Auswahl- als auch ein Überwachungsverschulden zu denken ist⁴⁸.

Im ASVG finden sich verschiedene Anhaltspunkte für die Annahme spezifischer Auswahl- und Überwachungspflichten des Krankenversicherungsträgers, was den Einsatz von Vertragsärzten betrifft: Für die Auswahl der Vertragsärzte und der Vertrags-Gruppenpraxen sind auf Vorschlag der österreichischen Ärztekammer durch Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen verbindliche Kriterien für die Reihung der Bewerber um Einzelverträge festzulegen (Reihungskriterien). Dabei ist unter anderem auch die fachliche Eignung der Bewerber zu berücksichtigen (§ 343 Abs. 1 ASVG). Diesem Gesichtspunkt kommt auch bei bestehenden Vertragsverhältnissen eine maßgebliche Bedeutung zu: Der Einzelvertrag des Krankenversicherungsträgers mit dem Vertragsarzt erlischt ohne Kündigung im Falle einer im Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufes wegen groben Verschuldens strafgerichtlichen rechtskräftigen Verurteilung des Vertragsarztes (§ 343 Abs. 2 Z 5 ASVG). Auch bei einem wiederholten rechtskräftigen zivilgerichtlichen Urteil, in dem ein Verschulden des Vertragsarztes im Zusammenhang mit der Ausübung der vertraglichen Tätigkeit festgestellt wird (§ 343 Abs. 2 Z 6 ASVG), erlischt der Einzelvertrag ipso iure. Die Bestimmung des § 343 ASVG bedenkt in Abs. 4 zudem die ordentliche Kündigung des Einzelvertrags. Diese kann wegen sozialer Härte für den betroffenen Vertragsarzt für unwirksam erklärt werden, soweit keine beharrliche oder schwerwiegende Verletzung des Vertrages oder von Berufspflichten vorliegt, die eine Fortsetzung des Vertrages unzumutbar macht. Im ÄrzteG finden sich schließlich auch Evaluierungsansätze: Nach § 118 a Abs. 5 ÄrzteG sind Evaluierungsergebnisse der Gesellschaft für Qualitätssicherung den Krankenversicherungsträgern auf Anfrage bekannt zu geben.

Diese Bestimmungen bestätigen die Annahme von Sorgfaltspflichten des Krankenversicherungsträgers bei der Auswahl und bei der Überwachung seiner Vertragsärzte. Die einschlägigen Verhaltensgebote dienen gerade oder zumindest auch dem

Schutz der versicherten Patienten⁴⁹. Es handelt sich daher keineswegs bloß um Pflichten, die den Krankenversicherungsträger nur im Interesse der Allgemeinheit treffen. Für einen spezifischen Schutz der Versicherten spricht auch die zwischen ihnen und dem Krankenversicherungsträger bestehende Sonderverbindung. Demnach kommt bei einer fehlgeschlagenen Krankenbehandlung eine Solidarhaftung von Krankenversicherungsträger und behandelndem Vertragsarzt nach § 1302 ABGB in Betracht, wenn ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden im Bereich des Krankenversicherungsträgers und ein (dadurch ermöglichter) ärztlicher Kunstfehler bei der Schädigung des betroffenen Patienten zusammengewirkt haben.

4. Keine Haftung des Krankenversicherungsträgers nach § 1315 ABGB

Abgesehen von einer Amtshaftung des Krankenversicherungsträgers für ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden beim Einsatz von Vertragsärzten wäre aus Sicht der versicherten Patienten überdies eine Haftung nach § 1315 ABGB von Interesse. Diese Bestimmung lässt denjenigen, der sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den in dieser Eigenschaft einem Dritten zugefügten Schaden haften. Da es dabei auf ein Verschulden des Geschäftsherrn nicht ankommt⁵⁰, geht die Bestimmung des § 1315 ABGB über eine Haftung für ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden hinaus.

Nach zutreffender Ansicht können jedoch die Vertragsärzte nicht als Besorgungshelfen des Krankenversicherungsträgers qualifiziert werden⁵¹, zumal dieser sie nicht zur Besorgung eigener Angelegenheiten einsetzt⁵². Zudem ist der Vertragsarzt nicht in den Herrschafts- und/oder Organisationsbereich des Krankenversicherungsträgers eingegliedert⁵³. Eine Haftung des Krankenversicherungsträgers für seine Vertragsärzte nach § 1315 ABGB scheidet demnach ebenso aus wie jene nach § 1313 a ABGB⁵⁴.

VIII. Eigene Einrichtungen des Krankenversicherungsträgers

Wird die Krankenbehandlung in einer eigenen Einrichtung des Krankenversicherungsträgers vorgenommen, übernimmt dieser selbst Behandlungspflichten. Insofern besteht ein beachtlicher Unterschied zur Behandlung durch Vertragsärzte. Aus haftungsrechtlicher Sicht lässt sich dieser Unterschied durch zwei alternative Lösungsansätze in den Griff bekommen: Man mag die den Krankenversicherungsträger im Rahmen der Krankenbehandlung in eigenen Einrichtungen treffende Behandlungspflicht öffentlich-rechtlich deuten, indem man eine entsprechende Erweiterung der Pflichten aus dem gesetzlichen Krankenversicherungsverhältnis annimmt. Ausgehend davon beurteilt sich die Haftung des Krankenversicherungsträgers im Falle einer Fehlbehandlung in eigenen Einrichtungen nach dem AHG, zumal Leistungsakte des Versicherungsträgers den hoheitlichen Charakter des Sozialversicherungsverhältnisses teilen⁵⁵. Die Behandlung eines versicherten Patienten in einer Einrichtung des Krankenversicherungsträgers mag ihre Grundlage aber auch schlicht in einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis zwischen Versicherungsträger und Patient haben. In diesem Fall tritt neben die öffentlich-rechtliche Bereitstellungspflicht eine privatrechtlich begründete Behandlungspflicht. Dann haftet der Krankenversicherungsträger für ein Verschulden seiner Ärzte nach Maßgabe des § 1313 a ABGB.

Für die – in der Rechtsprechung herrschende⁵⁶ – privatrechtliche Deutung der Krankenbehandlung in Einrichtungen des Krankenversicherungsträgers spricht die damit verbundene Gleichbehandlung der Versicherten: Den Krankenversicherungsträger trifft aus dem hoheitlichen Sozialversicherungsverhältnis selbst dann keine Behandlungs-, sondern bloß eine Bereitstellungspflicht, wenn die Krankenbehandlung in eigenen Einrichtungen erfolgt. Aus Sicht der versicherten Patienten wird hier der Krankenversicherungsträger im Rahmen der Krankenbehandlung gleich einem Vertragsarzt tätig.

IX. Wahlärzte

Nimmt der versicherte Patient nicht die Vertragsärzte oder die eigenen Einrichtungen (Vertragseinrichtungen) des Versicherungsträgers zur Krankenbehandlung in Anspruch, so gebührt ihm der Ersatz der Kosten dieser Krankenbehandlung im Ausmaß von 80 % des Betrages, der bei Inanspruchnahme der entsprechenden Vertragspartner des Versicherungsträgers von diesem aufzuwenden gewesen wäre (§ 131 Abs. 1 ASVG). Damit ist die Behandlung durch Wahlärzte angesprochen. Da diese Ärzte definitionsgemäß in keinem Vertragsverhältnis zum Krankenversicherungsträger stehen, treffen diesen hier – von der nachträglichen Pflicht der Kostenerstattung gegenüber dem Versicherten abgesehen – nicht einmal Geschäftsbesorgungspflichten. Die zuvor diskutierten Haftungsprobleme im Zusammenhang mit der Sachleistungspflicht des Krankenversicherungsträgers stellen sich daher bei Wahlärzten nicht.

- ¹ Vgl. Schragel, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (AHG)³ (2003) § 1 Rz 117 aE: „In den zahllosen Arzthaftungsprozessen wurde bisher auch noch nie versucht, Amtshaftung eines Sozialversicherungsträgers in Anspruch zu nehmen ...“
- ² Vgl. Klang, Die Haftung der Krankenkassen für Verschulden ihrer Ärzte, ZBl 1931, 641 ff.; Krejci, Das sozialversicherungsrechtliche Schuldverhältnis – Ein Vergleich mit Bauelementen des bürgerlichen Schuldrechts, VR 1973, 210 (229 ff.); Welsler, Das Zivilrecht und das Dreiecksverhältnis zwischen Sozialversicherungsträger, Arzt und Patient, in: Tomandl, Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht (1975) 101 (105 ff.); Rill, Die rechtliche Problematik des Dreiecks, „Sozialversicherungsträger – Krankenanstaltenträger – Sozialversicherter“, in: Tomandl, Sozialversicherung (1975) 61 (90); Selb, Der private rechtliche Vertrag als Instrument zur Leistungserbringung in der Sozialversicherung, ZAS 1976, 43 und 94 (96 f.); Schrammel, Das Sachleistungsprinzip in der sozialen Krankenversicherung – Naturalleistung oder Kostengarantie?, ZAS 1977, 163 (167 ff.); denselben in: Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (Loseblatt – Stand 1. 11.2005, 18. Ergänzungslieferung) 2.1.3.2.; Marhold, Der Behandlungsanspruch des sozialversicherten Patienten, in: Schrammel (Hrsg.), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 1 (4 ff.); Reischauer in: Rummel, ABGB³ § 1299 Rz 29; Mosler in: Strasser (Hrsg.), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995) 40 ff.
- ³ Zur Rechtsnatur von Gesamt- und Einzelvertrag VtGH 1988 VtSlg 11.729; Mosler in: Strasser, Krankenversicherung 104 ff. m. w. N.; vgl. dagegen Tomandl, Rechtsnatur und Rechtswirkungen des ärztlichen Gesamtvertrages im Sinne des ASVG, in: Mayer-Maly/Nowak/Tomandl (Hrsg.), FS Schmitz, 2. Teilband (1967) 478 (485 f.), der tendenziell für eine öffentlich-rechtliche Einordnung des Gesamtvertrags eintritt.
- ⁴ AM M. Binder in: Tomandl, System 2.2.3. D mit Fn. 33
- ⁵ Bundesgesetz vom 18. 12.1948, womit die Haftung des Bundes, der Länder, der Bezirke, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für den in Vollziehung der Gesetze zugefügten Schaden geregelt wird (Amtshaftungsgesetz), BGBl 1949/29
- ⁶ Im Lichte der Judikatur zu § 1 AHG (vgl. dazu Mader in: Schwimann, ABGB³ § 9 AHG Rz 13 f.) könnte allerdings nicht sein, ob der Vertragsarzt dem Patienten – ungeachtet einer Amtshaftung des Krankenversicherungsträgers – auf Grundlage des Behandlungsvertrages haftet; vgl. einerseits OGH EvBl 1996/117 (amtshaftungsrechtliche Immunität des Organs trotz vertraglicher Bindung mit dem Geschädigten) und andererseits insbesondere OGH SZ 70/241 zu Kunstfehlern im Bereich einer Universitätsklinik: Solidarhaftung des Bundes (Vollziehung der universitären Lehr- und Forschungsaufgaben) und des Krankenhausträgers (aufgrund des Behandlungsvertrages). Die Entscheidung betraf freilich lediglich einen Regressanspruch des bereits rechtskräftig verurteilten Trägers der Krankenanstalt gegen den Bund. Überdies ist die Sonderstellung von Universitätskliniken als Ausbildungs- und Forschungseinrichtung einerseits und als Krankenanstalt andererseits zu berücksichtigen. Schließlich dürfte auch der Status des Krankenhausträgers als juristische Person eine wesentliche Rolle gespielt haben (vgl. zu diesem Aspekt OGH SZ 74/55; SZ 2003/28), zumal nach § 1 Abs. 2 AHG nur physischen Personen eine Organstellung zukommen kann. Dass sich aus SZ 70/241 keine allzu weitreichenden Schlüsse ableiten lassen, zeigt auch die aktuellere Entscheidung JBl 2005, 387. Sie betraf den Unfall eines Schülers, der im Rahmen des Schulunterrichts an einem Kajak-Kurs teilnahm. Zwischen dem Schulerhalter und dem Betreiber des Kajakcenters wurde zuvor ein Vertrag über die Abhaltung des Kurses abgeschlossen. Fraglich war, ob dieser Vertrag einen Direktanspruch des Schülers gegen den Betreiber des Kajakcenters zu begründen vermag. Das Höchstgericht hat diese Frage verneint: Der weite Organbegriff des § 1 Abs. 2 AHG „... umfasst (...) auch jene physischen Personen, die – wie hier – mittels Vertrags bestellt wurden. Wollte man allein schon den Bestellsvertrag als den Direktanspruch gegen das Organ begründend ansehen, so wäre § 9 Abs. 5 AHG, der ausdrücklich den ordentlichen Rechtsweg für den gegen das Organ gerichteten Ersatzanspruch wegen eines in Vollziehung der Gesetze zugefügten Schadens ausschließt, über weite Strecken seines Anwendungsbereichs beraubt, weil etwa jeder Vertragsbedienstete wegen seiner Bestellung durch einen Vertrag für Schäden im Rahmen hoheitlichen Handelns persönlich in Anspruch genommen werden könnte. Es muss hier nicht weiter untersucht werden, ob eine vertragliche Haftung des Organs (...) etwa dann zu bejahen wäre, wenn zu dem Vertrag als Bestellsvertrag ein weiterer, und diesmal zwischen dem Organ und dem später Geschädigten geschlossener Werkvertrag hinzutritt, (...) weil ein derartiges Vertragsverhältnis zwischen den Beklagten und den Schülern beziehungsweise deren Eltern (...) nicht begründet wurde“. Der OGH lässt hier also ausdrücklich die Frage offen, ob ein Vertrag zwischen dem in Vollziehung der Gesetze Geschädigten und dem verantwortlichen Organ dessen Haftung ungeachtet der Regelung in § 1 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 Abs. 5 AHG zu begründen vermag.
- ⁷ Vgl. allgemein zu dieser Abgrenzung die instruktiven Ausführungen im Bericht des Ausschusses für Verwaltungsreform zu § 1 AHG, 515 BldgNR 5. GP 2: „Ein Organ handelt in Vollziehung der Gesetze, wenn es hoheitliche Aufgaben des Rechtsträgers besorgt, nicht aber, wenn es den Rechtsträger als Träger von Privatreechten vertritt. Wenn z. B. der Chefarzt einer staatl. Krankenanstalt einen Patienten operiert, wird er in der Regel nicht in Vollziehung des Gesetzes handeln. Wohl aber handelt der Amtsarzt in Vollziehung der Gesetze, wenn er Schulkinder impft. Soweit die Rechtsträger als Träger von Privatreechten in Betracht kommen, haften sie schon bisher nach den Bestimmungen des Zivilrechts.“
- ⁸ Vgl. Korinek in: Tomandl, System 4.1.5. B; Schragel, Amtshaftungsrecht³ § 1 Rz 117.
- ⁹ Siehe oben II.
- ¹⁰ Korinek a. a. O.; Oberndorfer in: Tomandl, System 6.1.3.4; vgl. auch Schragel a. a. O.
- ¹¹ a. a. O.
- ¹² Vgl. dazu grundlegend Funk, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975).

- ¹³ OGH SZ 64/85; SZ 60/156; 1 Ob 140/98i; 1 Ob 303/97h; 1 Ob 206/98w; 1 Ob 117/97f; JBl 2000, 179. Die zuletzt genannte Entscheidung – sie betraf eine Sektenwarnung durch das zuständige Ministerium – erweist sich als besonders instruktiv: „Es kann ... zur Vereinheitlichung der Entscheidungspraxis in der Bejahung oder Verneinung eines hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhangs eines bestimmten Realakts mit einer Verwaltungsmaterie, die ihrem Wesen nach hoheitlicher Natur ist, häufig nützlich sein, Hoheitsverwaltung (...) dann anzunehmen, wenn die hoheitlich zu vollziehende Verwaltungsmaterie nicht weggedacht werden könnte, ohne dass auch der zu beurteilende Realakt entfiel.“ Ausgehend davon qualifizierte das Höchstgericht die Sektenwarnung als hoheitlichen Realakt; ebenso das Interview des Leiters einer Polizeibehörde zu einem anhängigen Verfahren (OGH 1 Ob 2/92) oder alle Tätigkeiten von Lehrern im Rahmen der Erteilung des Unterrichts unabhängig von ihrer dienstrechtlichen Stellung (vgl. z. B. OGH SZ 63/128); nicht jedoch das Verhalten eines Schuldirektors, der eigenmächtig einen Beförderungsvertrag mit einem Schulbusunternehmen abschließt (OGH SZ 51/45).
- ¹⁴ Vgl. aus der Literatur Raschauer, „Daseinsvorsorge“ als Rechtsbegriff, ÖZW 1980, 72 (76); Vrba/Zechner, Kommentar zum Amtshaftungsrecht (1983) 57; Puck, Haftung des Staates für informelle Zusagen und Auskünfte, in: Aicher, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988) 171 (177); Mader in: Schwimann, ABGB³ VII § 1 AHG Rz 27.
- ¹⁵ In diesem Sinne offenbar Oberndorfer in: Tomandl, System 6.1.3.4; Schrammel in: Tomandl, System 2.1.3.2. B.; siehe auch bereits denselben, ZAS 1977, 168 ff.
- ¹⁶ Treffend Schragel, Amtshaftungsgesetz § 1 Rz 117 aE
- ¹⁷ Vgl. dazu Schragel, Amtshaftungsgesetz § 1 Rz 139.
- ¹⁸ Mader in: Schwimann, ABGB³ VII § 1 AHG Rz 16
- ¹⁹ Vgl. nur Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht³ I (1997) Rz 4/1 ff.; Reischauer in: Rummel, ABGB³ 1294 Rz 6 ff.; Harrer in: Schwimann, ABGB³ VI § 1294 Rz 6 ff.
- ²⁰ § 1315 ABGB lautet: „Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.“
- ²¹ OGH SZ 43/62; JBl 1986, 789; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht² II (1984) 341; Reischauer in: Rummel, ABGB³ II/2b § 1313 a Rz 11; Karner in: Koziol/P. Bydlynski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB (2005) § 1313 a Rz 4
- ²² Vgl. die Nachweise bei Reischauer in: Rummel, ABGB³ § 1313 a Rz 6.
- ²³ Reischauer a. a. O. m. w. N.
- ²⁴ Siehe oben III.
- ²⁵ Siehe oben V.
- ²⁶ Bundesgesetz vom 11. 10. 1978 über die Sozialversicherung der in der gewerblichen Wirtschaft selbstständigen Erwerbstätigen (Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz – GSVG)
- ²⁷ Bundesgesetz vom 12. 6. 1947 über die Überleitung zum österreichischen Sozialversicherungsrecht (Sozialversicherungs-Überleitungsgesetz – SV-ÜG), BGBl 1947/142
- ²⁸ Mosler in: Strasser, Krankenversicherung 23 m. w. N.
- ²⁹ EB RV 599 BIGNR 7. GP 101
- ³⁰ Welser, Dreiecksverhältnis 108 f.; Schrammel, ZAS 1977, 165 f., vertritt freilich, dass durch die Ersetzung des Wortes „Erfüllungsgehilfe“ durch „Vertragspartner“ keine Rechtsänderung herbeigeführt werden sollte, sondern die Neuformulierung nur gewählt worden sei, um die Ärzte zu beruhigen.
- ³¹ Siehe oben V.
- ³² Treffend Krejci, ZAS 1989, 118; Mosler in: Strasser, Krankenversicherung 42
- ³³ Mosler, a. a. O. 43, der hier auch die weiteren Argumente Schrammels für die Annahme einer Naturalleistungspflicht des Krankenversicherungsträgers überzeugend entkräftet
- ³⁴ Welser, Dreiecksverhältnis 108 ff.; Selb, ZAS 1976, 96 ff.; derselbe in: Tomandl, System 5.3.1.1.; M. Binder in: Tomandl, System 2.2.1.4.; Geppert, DRdA 1987, 180; Krejci, VR 1973, 229 ff.; derselbe, SozSi 1988, 305; derselbe, ZAS 1989, 117 ff.; Marhold, Der Behandlungsanspruch des sozialversicherten Patienten, in: Schrammel (Hrsg.), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) I (4 ff.); Reischauer in: Rummel, ABGB³ § 1299 Rz 29; Mosler in: Strasser, Krankenversicherung 40 ff. m. w. N. in Fn. 36
- ³⁵ OGH SZ 12/226; RZ 1934, 54; JBl 1933, 300; JBl 1952, 89; JBl 1959, 595
- ³⁶ Mosler in: Strasser, Krankenversicherung 46 f. m. w. N.; aM Selb in: Tomandl, System 5.3.1.1
- ³⁷ Treffend Marhold, Behandlungsanspruch 11; vgl. auch Mosler in: Strasser, Krankenversicherung 46 f. a. a. O.
- ³⁹ Mosler in: Strasser, Krankenversicherung 49 ff.
- ⁴⁰ Strasser in: Rummel, ABGB³ § 1009 Rz 9
- ⁴¹ Krankenversicherung 50
- ⁴² Mosler in: Strasser, Krankenversicherung 51

⁴³ Mosler, a. a. O. 52 f.

⁴⁴ Welser, Dreiecksverhältnis 118

⁴⁵ Marhold, Behandlungsanspruch 12

⁴⁶ Siehe oben III.

⁴⁷ Siehe oben V. und VI.2.

⁴⁸ Vgl. OGH SZ 44/45; SZ 51/80; Schragel, Amtshaftungsgesetz³ § 1 Rz 158; Mader in: Schwimann, ABGB³ VII § 1 AHG Rz 80

⁴⁹ Zur Schutzzwecktheorie im Amtshaftungsrecht vgl. nur Schragel, Amtshaftungsgesetz³ § 1 AHG Rz 130 m. w. N.

⁵⁰ Vgl. nur Reischauer in: Rummel, ABGB³ II/2b § 1315 Rz 3.

⁵¹ Abgesehen davon ist auch das Verhältnis von § 1315 ABGB zur Amtshaftung ungeklärt.

⁵² Welser, Dreiecksverhältnis 118; siehe auch oben VI.2.

⁵³ Reischauer in: Rummel, ABGB³ § 1299 Rz 29

⁵⁴ Siehe oben IV.2. und V.

⁵⁵ Siehe oben III.

⁵⁶ Vgl. OGH SZ 12/276; RZ 1934, 54; SZ 24/262; JBl 1959, 595.

Behandlungsfehler des Vertragsarztes und Haftung der Kassenärztlichen Vereinigung

*Dr. Thomas Rompf, Kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg,
Stuttgart*

A. Problemstellung¹

Die Honorierung des Vertragsarztes für die Behandlung des Versicherten erfolgt durch eine komplexe Verflechtung von drei hintereinander geschalteten Rechtsbeziehungen, an denen der Versicherte nur insoweit beteiligt ist, als er Mitglied einer Krankenkasse ist. Der Versicherte zahlt Beiträge an seine Krankenkasse; diese entrichtet mit befreiender Wirkung die Gesamtvergütung an die Kassenärztliche Vereinigung (KV), die das Honorar wiederum unter den Vertragsärzten verteilt. Abgesehen von den Eigenanteilen des Versicherten (§ 29 III SGB V) besteht kein Zahlungsanspruch des Vertragsarztes gegenüber dem Versicherten.

Die Verantwortung des Vertragsarztes für Behandlungsfehler darf sich infolgedessen nicht in seiner zivilrechtlichen Haftung gegenüber dem Versicherten erschöpfen. In Ermangelung eines Primäranspruchs des Versicherten gegen den Arzt sind Gegenstand der zivilen Arzthaftung ausschließlich Sekundäransprüche, von deren Kompensation die bei der Kassenärztlichen Vereinigung bzw. den Krankenkassen infolge von Behandlungsfehlern entstandenen finanziellen Schäden unberührt bleiben. Obwohl die Bezifferung solcher Schäden wegen der abstrakten Bewertung der ärztlichen Leistungen durch Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM) und den Honorarverteilungsvertrag (HVV) schwierig ist, bedarf es der Entwicklung eines praktisch durchführbaren sozialversicherungsrechtlichen Regresses, um einerseits entstandene Schäden zu ersetzen und andererseits so eine weitere Form der Qualitätssicherung zu schaffen², die im Hinblick auf den Behandlungsfehler des Vertragsarztes unter zweierlei Aspekten berührt wird:

Zum einen betrifft der Behandlungsfehler die Prozessqualität, d. h. die Indikation und Durchführung von Diagnose und Therapie³, zum anderen wird der Behandlungsfehler unter dem Gesichtspunkt der Ergebnis-Qualität relevant, worunter Heilungsdauer und therapiebedingte Komplikationen fallen, soweit sie nicht aus der Natur der Erkrankung selbst folgen, sondern der ärztlichen Behandlung zuzuschreiben sind⁴.

Eine derartige sozialversicherungsrechtliche Regressverpflichtung des Vertragsarztes könnte zudem neben sachlich-rechnerischer Richtigstellung der Abrechnung und der Wirtschaftlichkeitsprüfung eine dritte Säule finanzieller Kontrolle des Vertragsarztes begründen, nachdem das BVerfG in seiner Entscheidung vom 8. März 2000⁵ die Funktion der Plausibilitätskontrollen, denen bis dahin innerhalb der Abrechnungskontrolle eine große Bedeutung zugekommen war, dahingehend eingegrenzt hat, dass sich aus diesen heraus kein Rückforderungsanspruch der KV gegen den Vertragsarzt ergeben darf.

Vom BSG⁶ wurde bislang – wenn auch ohne nähere dogmatische Ausgestaltung des Anspruchs – ein unmittelbarer Regress der Krankenkassen gegen den Vertragsarzt statuiert, der im Schrifttum⁷ eine gewisse dogmatische Untermauerung erfuhr. Da aber diese (hierzu unter B. I.) und andere Konstruktionen (unter B. II. u. III) eines Regresses teilweise gegen die geltende Rechtsordnung verstoßen bzw. nicht zu einer umfassenden Kompensation sämtlicher Schadenspositionen der Beteiligten geeignet sind, soll hier ein neues, gesetzeskonformes und gleichermaßen praktisch realisierbares Modell für einen sozialversicherungsrechtlichen Regress entworfen werden.

B. Bestandsaufnahme bislang diskutierter Anspruchsgrundlagen der Krankenkasse auf Schadensersatz wegen eines Behandlungsfehlers des Vertragsarztes

I. Anspruch aus der vertragsarztrechtlichen Zulassung in Verbindung mit § 328 BGB analog

In seinem Urteil vom 22. Juni 1983 hat das BSG⁸ erstmals einen unmittelbaren Anspruch einer Krankenkasse gegen einen Vertragsarzt auf Ersatz desjenigen Schadens bejaht, der der Krankenkasse infolge eines Behandlungsfehlers des Arztes entstanden war.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Vertragsarzt einer Versicherten eine intramuskuläre Injektion verabreicht, obwohl im Patientenpass der durch den Vertragsarzt behandelten Versicherten ein Vermerk vorhanden war, dass bei ihr eine solche Injektion nach Möglichkeit vermieden werden sollte. Dies hatte zur Folge, dass die Versicherte innere Blutungen erlitt und 29 Tage stationär im Krankenhaus behandelt werden musste⁹.

Ohne dabei eine konkrete Anspruchsgrundlage zu benennen, stellt das BSG hier auf eine gegenüber dem Vertragsarzt Pflichten begründende Kombination aus der Zulassung des Vertragsarztes und dem Gewährleistungsauftrag der KV aus § 368 h I RVO¹⁰ ab.

Als Prämisse wird § 368 e RVO herangezogen, woraus sich ein Anspruch des Versicherten auf ärztliche Versorgung (...) nach den Regeln der ärztlichen Kunst ergab¹¹. Im Umkehrschluss habe der Vertragsarzt daher kraft seiner Zulassung Verstöße gegen die ärztliche Kunst zu unterlassen¹². Der KV stehe also gegenüber dem Vertragsarzt ein entsprechender Unterlassungsanspruch zu; umgekehrt folge aber aus § 368 h I RVO, dass der bei der KV liegende Sicherstellungsauftrag auch gegenüber der Krankenkasse bestehe. Damit sei der KV eine originär der Krankenkasse obliegende Verpflichtung übertragen worden¹³. Als Mitglied der KV sei der Arzt wiederum verpflichtet, Vermögensnachteile gegenüber der Krankenkasse fernzuhalten; eine Verletzung dieser Pflicht begründe daher einen unmittelbaren Anspruch der Krankenkasse gegenüber dem Arzt¹⁴.

Diese vom BSG nicht näher klassifizierte Konstruktion wird im Schrifttum überwiegend als ein Anspruch aus der Zulassung in Verbindung mit § 328 BGB analog¹⁵ bzw. als Vertrag zugunsten Dritter¹⁶ qualifiziert.

Das BSG beschränkt sich hingegen auf die Feststellung, die Krankenkassen seien in die dem Vertragsarzt gegenüber der KV bestehenden Verpflichtungen einbezogen; die einzelnen Voraussetzungen des Vertrags zugunsten Dritter bzw. des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte werden hierbei jedoch nicht herausgearbeitet. Lediglich auf das in der älteren Rechtsprechung¹⁷ für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte geforderte „Wohl und Wehe“, wonach der Dritte dem Gläubiger in der Weise nahe stehen muss, dass dieser zu dessen Schutz und Fürsorge verpflichtet ist, geht das BSG kurz ein.

Von Einem¹⁸ sieht die für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte erforderliche Leistungsnähe¹⁹ der Krankenkasse an der Verpflichtung des Arztes gegenüber der KV in der Behandlungspflicht, da diese letztlich von der Krankenkasse finanziert werde, sodass diese der mit der Leistung verbundenen Gefahr im selben Maße ausgesetzt sei wie die KV. Sowohl die Leistungsnähe als auch die Einbeziehung in die Schutzpflicht aufgrund des „Wohl und Wehe“ sind nach von Einem²⁰ für den Vertragsarzt ohne Weiteres erkennbar, womit die Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts erfüllt seien.

II. § 628 II BGB analog

In einer späteren, den Schadensersatzanspruch einer Ersatzkasse²¹ betreffenden Entscheidung²² zog das BSG § 628 II BGB analog als Anspruchsgrundlage heran. Das BSG geht hier davon aus, dass die Behandlungstätigkeit des Arztes aufgrund einer dienstvertraglichen Verpflichtung geschehe und ein Behandlungsfehler des Vertragsarztes daher als ein vertragswidriges Verhalten zu werten sei²³. Der Krankenkasse sei daher die Fortsetzung des Dienstvertrages unzumutbar, sodass sie zu dessen außerordentlicher Kündigung berechtigt sei. Da der Arzt diese Kündigung durch sein eigenes vertragswidriges Verhalten veranlasst habe, sei er nach § 628 II BGB analog zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, der aus der Aufhebung dieses Dienstverhältnisses entstanden sei.

III. Cessio legis nach § 116 I SGB X

Bereits vor der Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Regresses der Krankenkassen gegenüber dem Vertragsarzt durch das BSG wurde in der Rechtsprechung²⁴ und später auch in der Literatur²⁵ anerkannt, dass der zivilrechtliche Anspruch des Versicherten²⁶, dem dieser wegen Verletzung der Behandlungspflicht aufgrund von § 76 IV gegen den Vertragsarzt zusteht, zum Zeitpunkt seiner Entstehung nach § 116 I SGB X auf den Sozialversicherungsträger, d. h. die Krankenkasse, übergeht.

Gegenüber den beiden anderen Anspruchsgrundlagen weist diese Konzeption zwei wesentliche Unterschiede auf: Zum einen steht den Krankenkassen hier kein eigener, sondern nur ein abgeleiteter Anspruch gegen den Vertragsarzt zu, zum anderen verändert der Forderungübergang nach § 116 I SGB X die zivilrechtliche Qualität des Anspruchs nicht, wohingegen die unmittelbaren Ansprüche der Krankenkasse gegen den Arzt in dessen Verpflichtungen gegenüber der KV wurzeln und daher als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind.

Dieser Unterschied ist insbesondere für den bei der gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs zu beschreitenden Rechtsweg von Bedeutung.

C. Würdigung der Ansatzpunkte zum Regressanspruch der Krankenkasse gegen den Arzt

I. Der Anspruch aus Zulassung des Vertragsarztes in Verbindung mit § 328 BGB analog

1. Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Erstaunlicherweise hat die Judikatur des BSG²⁷ zum unmittelbaren Regressanspruch der Krankenkasse gegen den Vertragsarzt in der Literatur wenig kritische Resonanz gefunden.

Dogmatisch irrelevant ist der Hinweis von Narr²⁸, die Prüfungsinstanzen der gemeinsamen Selbstverwaltung seien mit der Festsetzung derartiger Regressforderungen überfordert. Im Übrigen beschränkt sich die Kritik im Wesentlichen darauf, dass eine solche die Freiheit der Berufsausübung des Arztes tangierende Regressforderung einer gesetzlichen Grundlage bedürfe²⁹. Als Begründung hierfür wird der Vorbehalt des Gesetzes nach § 31 SGB I angeführt.

Es stellt sich jedoch hier die Frage, ob eine (von der Krankenkasse oder einem anderen Organ der vertragsärztlichen Selbstverwaltung) gegen den Vertragsarzt gerichtete Forderung eine Pflicht im Sinne des § 31 SGB I darstellt, deren Begründung nur durch ein Gesetz erfolgen darf. Grundsätzlich soll § 31 SGB I sämtliche in den besonderen Teilen des SGB geregelten Bereiche erfassen, wobei es auf die ausdrückliche Bezeichnung einer Rechtsposition als Recht oder Pflicht nicht ankommen soll³⁰. Damit besteht der Sinn der Normierung des Gesetzesvorbehalts, der – was die Pflichtenbegründung betrifft – bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, darin, den Bürger vor willkürlichen staatlichen Eingriffen zu schützen. Unbestritten steht auch der Arzt in seiner Eigenschaft als an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmender Vertragsarzt dem Staat als Bürger gegenüber³¹. Allerdings ist der Bürger insoweit nicht schutzbedürftig, als er für die Folgen der Verletzung einer ihm obliegenden Pflicht einstehen muss. Nach § 95 III 1 ist der Vertragsarzt kraft Zulassung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung berechtigt und verpflichtet. Aufgrund dieser Verpflichtung ist der Vertragsarzt auch den Vorgaben des § 72 II unterworfen, der unter anderem eine dem allgemeinen Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Leistungserbringung fordert. Die Rechtsordnung geht aber davon aus, dass jedermann bewusst ist, für die Folgen der Verletzung ihm vertraglich oder kraft Gesetzes obliegender Pflichten einstehen zu müssen.

Zum Vergleich sei in diesem Zusammenhang die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber im Rahmen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs³² erwähnt, die ohne gesetzliche Regelung im Wege der Positiven Forderungsverletzung³³ erfolgt³⁴. Mit diesem Vergleich soll keineswegs die Zulassung des Vertragsarztes als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden³⁵, jedoch weisen beide Konstellationen hinsichtlich des Haftungsgrundes erhebliche Gemeinsamkeiten auf: Das Verhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber wird wegen der sozialen Mächtigkeit des letzteren häufig mit dem Verhältnis zwischen Bürger und Staat verglichen, weshalb dem Arbeitnehmer in gewissen Teilbereichen gegenüber dem Arbeitgeber analoger Grundrechtsschutz gewährt wird³⁶. Die zweite Parallele von Vertragsarzt und Arbeitnehmer wird durch den Gegenstand der erbrachten

Leistung deutlich: Beide erbringen Dienstleistungen im Rahmen ihrer Berufsausübung. Dass sie sich über die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Verrichtung dieser Dienste und etwaige Konsequenzen einer Verletzung dieser Verpflichtungen bewusst sind, ist evident. Eine Haftung kann daher aufgrund der richterrechtlich seit nahezu einem Jahrhundert anerkannten pFV erfolgen.

Eine gesetzliche Anspruchsgrundlage ist daher aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht vonnöten.

2. Die Krankenkasse als Dritte im Sinne des § 328 BGB analog

Problematisch ist der vom BSG anerkannte unmittelbare Anspruch der Krankenkasse gegen den Vertragsarzt jedoch unter zwei verschiedenen Aspekten der Einbeziehung der Krankenkasse als Dritte in die Rechtsbeziehung zwischen Vertragsarzt und KV.

Eine derartige, dem Rechtsgedanken des § 328 BGB entnommene Einbeziehung kann ihrer Natur nach nur bei vertraglichen Rechtsbeziehungen Platz greifen³⁷. Gesetzliche Schuldverhältnisse und erst recht einseitige, durch Hoheitsakt begründete Rechtsbeziehungen sind vom Willen der Beteiligten unabhängig und vermögen daher bei ihrer Entstehung keine Interessen Dritter einzubeziehen. Mit diesem Problem setzt sich das BSG³⁸ überhaupt nicht auseinander. In einer älteren, den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch betreffenden Entscheidung³⁹ nimmt das BSG jedoch unter Berufung auf die Funktionseinheit der Behörden eine Einbeziehung der Krankenkasse in die Rechtsbeziehung zwischen dem Rentenversicherungsträger und dem Versicherten an.

Diese Judikatur ist auf die Einbeziehung der Krankenkassen in das Rechtsverhältnis zwischen der KV und dem Vertragsarzt allerdings nicht übertragbar, denn die Krankenkassen bilden mit der KV keine Funktionseinheit. Während die Träger der Kranken- und Rentenversicherung im Grunde dieselbe Funktion, nämlich die soziale Sicherung des Bürgers, verfolgen und daher in Bezug auf ihr Verhältnis zum Versicherten gleichermaßen schutzbedürftig sind⁴⁰, handelt es sich bei der KV gerade um keinen Sozialversicherungsträger, sondern um eine im Interessengegensatz zu diesen stehende Vereinigung von ärztlichen Leistungserbringern. Auch wenn sie durch die gemeinsame Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung eine zweckgerichtete Wirkungseinheit bilden, lässt sich hieraus noch keine Funktionseinheit herleiten.

Die Rechtsbeziehung des Vertragsarztes zur KV beruht im Übrigen auf der Zulassung, die ihrerseits einen Verwaltungsakt im Sinne des § 31 SGB X darstellt⁴¹. Für eine vom Willen der Beteiligten abhängige Einbeziehung der Krankenkasse ist also auch hier kein Raum.

Darüber hinaus geht von Einem⁴² unzutreffenderweise davon aus, dass zwischen den Krankenkassen und dem Rechtsverhältnis zwischen KV und Vertragsarzt Leistungsnähe besteht, was er damit begründet, dass die Krankenkassen letztlich die Behandlungen, finanzierten die der Vertragsarzt in Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber der KV erbringt. Diese Wertung wird jedoch weder der grundsätzlichen Bedeutung des Merkmals „Leistungsnähe“ noch der strikten Trennung zwischen der Entrichtung der Gesamtvergütung einerseits und der Honorarverteilung andererseits

gerecht; denn hierbei wird ignoriert, dass die Krankenkassen die Gesamtvergütung ausweislich § 85 I mit befreiender Wirkung leisten. Mit der Entrichtung der Gesamtvergütung hat sich die Krankenkasse ihrerseits der ihr obliegenden Verpflichtungen entledigt und kann für den Fall einer Vertragsstörung lediglich bei ihrem Gläubiger KV liquidieren, nicht jedoch beim Vertragsarzt selbst. Mit der Befreiung von der Schuld sind die Krankenkassen zudem den mit der Leistung verbundenen Gefahren nicht mehr im selben Maße ausgesetzt⁴³ wie die KV als Gläubiger der Behandlungspflicht.

Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung Dritter ist damit nicht geeignet, einen unmittelbaren Regressanspruch der Krankenkassen gegen den Vertragsarzt wegen der Verletzung seiner Behandlungspflicht zu begründen. Der diesbezüglichen Rechtsprechung⁴⁴ des BSG ist daher nicht zu folgen.

II. § 628 II BGB analog

Die Auffassung, wonach sich ein Regressanspruch der Krankenkasse gegen den Vertragsarzt aus § 628 II BGB analog ergibt, ist bereits im Ansatz als verfehlt zu betrachten.

Einzuräumen ist zwar, dass der Gegenstand der vom Vertragsarzt erbrachten Leistung in der Regel als Dienstleistung zu werten ist⁴⁵, jedoch setzt § 628 II BGB einen Dienstvertrag zwischen der zum Schadensersatz verpflichteten Person und dem Kündigungsberechtigten voraus⁴⁶. Der Vertragsarzt leistet die Dienste in Form der Behandlung der Versicherten allerdings nicht gegenüber der Krankenkasse, sondern er erfüllt damit seine Verpflichtung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung gegenüber der KV⁴⁷. Unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Vertragsärzten existieren im Vertragsarztrecht nicht.

Wendet man dennoch trotz Fehlens einer unmittelbaren Rechtsbeziehung den § 628 II BGB analog an, so liefe dies auf eine Sekundärhaftung ohne bestehende Primärpflichten hinaus. Einen solchen Ausnahmefall kennt das SGB V lediglich in Form von § 76 IV, der eine Haftung des Vertragsarztes gegenüber dem Versicherten vorsieht, obwohl zwischen diesen Personen nach überwiegender und zutreffender Auffassung keine vertraglichen Primärpflichten bestehen⁴⁸. Diese Ausnahme ist jedoch in der besonderen Situation des sozialversicherten Patienten begründet, demgegenüber Vertragspartner (Krankenkasse) und Leistungserbringer (Vertragsarzt) divergieren. Infolge dieses Auseinanderfallens zwischen der Person des Verpflichteten und desjenigen, der die Verpflichtung erfüllt, ist der Versicherte besonderen Risiken ausgesetzt, weil zwischen Verpflichtetem und Leistungserbringer selbst keine unmittelbare Rechtsbeziehung besteht. Durch die Verletzung der Sorgfaltspflichten durch den Vertragsarzt können beim Versicherten Schadenspositionen materieller wie immaterieller Art (z.B. Verdienstaufschlag oder Schmerzensgeld) entstehen, die nicht vom Schutzbereich der vom Vertragsarzt der KV gegenüber geschuldeten Behandlungspflicht erfasst sind, da die KV diesbezüglich überhaupt nicht schutzbedürftig ist. Solche Schäden, die durch eine Verletzung der Behandlungspflicht des Vertragsarztes hervorgerufen werden, kann der Versicherte daher auch nicht gegenüber seiner Krankenkasse im Wege eines Versichertenregresses geltend machen⁴⁹. Um den Versicherten bezüglich solcher Schadenspositionen aber nicht rechtlos zu stellen, lässt § 76 IV vom Grundsatz der Konnexität von Primär- und Sekundärpflicht eine Ausnahme zu und erkennt einen Sekundäranspruch des Versicherten ohne bestehende Primärrechtsbeziehung an.

Ein derartiger Ausnahmecharakter kann jedoch dem Verhältnis des Vertragsarztes gegenüber der Krankenkasse nicht entnommen werden, denn die Rechtsbeziehungen der Krankenkasse zu den übrigen Beteiligten der vertragsärztlichen Versorgung stellt niemanden rechtlos: Die Krankenkasse ist den Versicherten gegenüber zur Einziehung von Beiträgen berechtigt und zur Erbringung von Leistungen verpflichtet. Gegenüber der KV ist die Krankenkasse zur Entrichtung der Gesamtvergütung verpflichtet und hat umgekehrt gegen die KV einen Anspruch auf eine den vertraglichen und gesetzlichen Vorschriften entsprechende Durchführung der vertragsärztlichen Versorgung, § 75 I 1. Werden diese der Krankenkasse gegenüber bestehenden Verpflichtungen nicht erfüllt, so hat diese jederzeit die Möglichkeit, vom jeweiligen Anspruchsgegner selbst die Erfüllung seiner Verpflichtungen zu verlangen. Es besteht daher kein Bedürfnis zur Begründung einer system-abweichenden Sekundärrechtsbeziehung zwischen Krankenkasse und Vertragsarzt.

Abgesehen vom Fall des § 76 IV gewährt die Rechtsprechung⁵⁰ einen Schadensersatzanspruch aus pFV ohne Bestehen einer Primärleistungspflicht noch im Bereich gewisser unentgeltlicher Gefälligkeitsverhältnisse, bei denen zwar mangels entsprechenden Rechtsbindungswillens kein Anspruch auf Erfüllung besteht, jedoch wegen der für den Gefälligen erkennbaren Bedeutung der Angelegenheit für den anderen Teil für den Fall eines hierbei entstehenden Schadens eine Haftung angenommen wird⁵¹.

Aber auch diese Judikatur ist nicht auf das Verhältnis zwischen der Krankenkasse und dem Vertragsarzt übertragbar; denn während im Rahmen der Gefälligkeitsverhältnisse ein grundsätzlich rechtsfreier Raum ausnahmsweise mit einer Haftungsmöglichkeit überzogen wird, ist die Rechtsposition der Krankenkasse – wie soeben dargelegt – durch wechselseitige Ansprüche und Verpflichtungen gegenüber den Versicherten und gegenüber der KV ausgestaltet, sodass eine entsprechende Absicherung der Krankenkassen ohnehin besteht.

Darüber hinaus kennt die Rechtsordnung keine Sekundärhaftung ohne bestehende Primärleistungsbeziehungen. Ein Regressanspruch der Krankenkassen gegenüber dem Vertragsarzt wegen einer Verletzung der Behandlungspflicht kann folglich nicht auf § 628 II BGB analog gestützt werden.

III. Die cessio legis nach § 116 I SGB X des zivilrechtlichen Anspruchs des Versicherten gegen den Vertragsarzt aus § 76 IV

Der Übergang des bürgerlich-rechtlichen Schadensersatzanspruchs des Versicherten gegen den Vertragsarzt kraft Gesetzes auf die Krankenkasse hat in § 50 S. 2 BMV-Ä bereits normative Anerkennung auf untergesetzlicher Ebene gefunden. Dass die Spitzenverbände der Krankenkassen und die KBV gleichermaßen an einer solchen Abwicklung interessiert sind, ist nachvollziehbar, da die Krankenkassen auf diese Weise die prozessuale Durchsetzung des Anspruchs dem Versicherten überlassen können und die KV aus der Schadensabwicklung gänzlich heraus gehalten wird. Für den Fall, dass der Versicherte den Anspruch gegen den Vertragsarzt nicht geltend macht, räumt § 50 S. 2 BMV-Ä den Krankenkassen die Möglichkeit der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens bei der KV ein.

Diese Vereinbarung ist jedoch gegenstandslos, da in Ermangelung eines zur *cessio legis* fähigen Anspruchs die Geltendmachung des Anspruchs aus § 116 I SGB X durch die Krankenkassen ausscheidet. Eine im Rahmen des BMV-Ä getroffene Vereinbarung kann die materielle Rechtslage hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens von Ansprüchen nicht ändern. § 50 S. 2 BMV-Ä setzt einen Anspruch voraus, begründet einen solchen aber nicht.

Eine *cessio legis* nach § 116 I SGB X kommt nur dann in Betracht, wenn die Verpflichtung des Schädigers und die Leistungen des Sozialversicherungsträgers der Behebung eines Schadens gleicher Art dienen. Verlangt ist hier eine sachliche Kongruenz⁵², an der es zwischen den Verpflichtungen des Vertragsarztes infolge verletzter Behandlungspflicht und den Aufwendungen der Krankenkasse fehlt. Gegenstand eines zivilrechtlichen Anspruchs des Versicherten gegen den Vertragsarzt können einerseits solche Schadenspositionen sein, die im privaten Lebensbereich des Versicherten wurzeln (z. B. entgangener Gewinn, Schmerzensgeld), die aber keine weiteren Aufwendungen der Krankenkasse erfordern, weil nämlich kein weiterer Behandlungsaufwand entsteht (z. B. weil der Versicherte lediglich ein paar Tage länger häusliche Bettruhe benötigt). In diesen Fällen kommt ein Anspruchsübergang kraft Gesetzes schon deshalb nicht in Betracht, da keine Sozialleistungen erbracht werden⁵³.

Wird hingegen infolge eines Behandlungsfehlers eine weitere Behandlung erforderlich, sodass die Krankenkasse entsprechende Leistungen erbringen muss, die ohne den Behandlungsfehler nicht hätten geleistet werden müssen, so erhebt sich zunächst die Frage, ob der Krankenkasse hierdurch konkret bezifferbare Aufwendungen entstehen. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Krankenkasse die Gesamtvergütung bereits an die KV entrichtet hat und die Gesamtvergütung durch die KV in vollem Umfang zur Honorarverteilung verwendet wird⁵⁴. Der Schaden liegt daher nicht bei der Krankenkasse, sondern maximal bei den Vertragsärzten, da der Wert des einzelnen Punktes infolge dieser Leistungsvermehrung sinkt. Ein Schaden bei der Krankenkasse ist daher nur anzunehmen, wenn der Behandlungsfehler solche weiteren Leistungen zur Folge hat, die außerhalb einer bereits entrichteten Gesamtvergütung honoriert werden. Allerdings fehlt es auch in diesen Fällen an einem der *cessio legis* fähigen Anspruch des Versicherten gegen den Vertragsarzt, da dem Versicherten selbst gar kein Schaden entstanden ist. Die aufgrund des Behandlungsfehlers erforderlichen weiteren Behandlungen setzen beim Versicherten den Versicherungsfall Krankheit fort, sodass ihm ein weiterer Leistungsanspruch gegen seine Krankenkasse zusteht. Da es beim Versicherten an einem Schaden fehlt, hat dieser auch keinen Schadensersatzanspruch gegen den Vertragsarzt, der auf die Krankenkasse übergehen könnte.

Ein denkbarer Ansatzpunkt, angesichts der besonderen Interessensituation dennoch einen Schadensersatzanspruch des Versicherten zu konstruieren, ist die Heranziehung der Rechtsfigur des normativen Schadens⁵⁵. Bei einem solchen wird ausnahmsweise ein Schaden auch ohne das Vorliegen einer Vermögenseinbuße angenommen, wenn normativ wertende Umstände hierfür sprechen⁵⁶. Konkret bedeutet dies, dass ein Vermögensnachteil deshalb nicht eingetreten ist, weil dieser von anderer Seite ausgeglichen wurde, aber eine gesetzliche Wertung erkennen lässt, dass durch diesen Ausgleich der Schädiger nicht entlastet werden sollte⁵⁷. Während die erste Prämisse unproblematisch bejaht werden kann, da die Schadensfreiheit des Versicherten hier aus

der Leistungsgewährung der Krankenkasse folgt, ist die zweite Voraussetzung hinsichtlich des Behandlungsfehlers zu verneinen: Als Normen, die einer Gesamtwertung zu unterziehen sind, kommen die Leistungsnormen der §§ 27 ff. sowie § 76 IV in Betracht. Die Leistungsansprüche des Versicherten sind insoweit wertneutral: Sie verfolgen unabhängig vom Verursacherprinzip⁵⁸ die Versorgung des Versicherten im Krankheitsfall und schließen daher gerade die Behandlungspflicht ein. Die Bedeutung des § 76 IV folgt indes bereits aus seinem Inhalt, wonach die Abwicklung von Behandlungsfehlern im Verhältnis zwischen dem Versicherten und dem Vertragsarzt explizit aus dem Sozialrecht hinaus in das Zivilrecht transferiert wird. Hierdurch wird deutlich, dass Gegenstand dieser Haftung gerade nicht weitere Rechte und Pflichten aus dem sozial rechtlichen Überbau des Vertragsarztrechts sind, sondern der Anspruch aus § 76 IV in Verbindung mit einer bürgerlich-rechtlichen Anspruchsgrundlage eben gerade auf das rein zivilrechtliche Rechtsverhältnis zwischen dem Vertragsarzt und dem Versicherten beschränkt sein soll. Unter Beteiligung der Krankenkassen würde dieser Anspruch wieder sozialrechtlich eingekleidet, was erhebliche Probleme in Bezug auf den zu beschreitenden Rechtsweg aufwerfen würde. Hieraus folgt, dass die Aufwendungen der Krankenkasse dem Versicherten nicht als normativer Schaden zuzurechnen sind. Die Krankenkasse steht mithin trotz untergesetzlicher Verankerung (§ 50 S.2 BMV-Ä) kein abgeleiteter zivilrechtlicher Anspruch infolge einer *cessio legis* nach § 116 I SGB X zu.

IV. Fazit

Wie aus der vorangegangenen Untersuchung hervorgeht, entbehren sämtliche bislang in Rechtsprechung und Schrifttum unternommenen Versuche, einen Regress der Krankenkasse wegen eines Behandlungsfehlers des Vertragsarztes zu begründen, einer dogmatisch nachvollziehbaren Begründung. Der Grund hierfür ist offensichtlich: Sämtliche Ansätze stützen sich auf unmittelbare bzw. abgeleitete Ansprüche der Krankenkasse gegen den Vertragsarzt selbst, obwohl in diesem Verhältnis keinerlei Rechtsbeziehungen existieren.

Es empfiehlt sich daher zu prüfen, ob innerhalb der einzelnen Rechtsbeziehungen zwischen den am Vertragsarztrecht Beteiligten ein Regressanspruch besteht und gegebenenfalls durch ein Hintereinanderschalten dieser Anspruchsbeziehungen die Krankenkasse im Ergebnis doch zu einem Regressanspruch gelangt.

D. Entwurf eines Haftungsmodells im Wege des Regresses innerhalb der einzelnen Rechtsbeziehungen

I. Vorüberlegungen

Die Abwicklung des Schadensregresses für Aufwendungen der Krankenkassen, die infolge ärztlicher Behandlungsfehler entstanden sind, kann nur bedeuten, dass die Krankenkasse zunächst einen Schadensersatzanspruch gegenüber der KV geltend macht und sich diese wiederum am einzelnen Vertragsarzt, dessen Fehlverhalten für die Aufwendungen der Krankenkasse kausal war, schadlos hält. Das Aufsuchen der hierfür in Betracht

kommenden Anspruchsgrundlagen gestaltet sich angesichts der durch Gesamtverträge und die Normen des IV. Abschnitts des SGB V differenzierten Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen der KV und den Krankenkassen relativ schwierig:

§ 50 S. 2 BMV-Ä weist neben dem bereits als nicht einschlägig erkannten § 116 I SGB X auf die §§ 66 und 76 IV hin. Diese Vorschriften betreffen allerdings nicht das Verhältnis der Krankenkasse zur KV; § 76 IV bezieht sich auf die beim Versicherten entstandenen und dort verbliebenen Schäden, während § 66 gar keine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt⁵⁹, sondern lediglich die Krankenkasse dazu berechtigt und verpflichtet, den Versicherten bei der Verfolgung seiner Ansprüche gegen den Vertragsarzt zu unterstützen.

Daneben ordnet § 50 S. 2 BMV-Ä aber an, dass sich Ansprüche der Krankenkasse wegen des Vorwurfs der Verletzung der ärztlichen Sorgfalt bei der Untersuchung oder Behandlung nach Bürgerlichem Recht richten. Dass § 50 S. 1 BMV-Ä als Anspruchsgegner den Vertragsarzt und nicht die KV nennt, erklärt sich daraus, dass die Vertragspartner des BMV-Ä bei der Abfassung dieser Norm primär den kraft Gesetzes auf die Krankenkasse übergegangenen Anspruch des Versicherten gegen den Vertragsarzt im Auge hatten, wie auch die Zitierung des § 116 I SGB X in § 50 S. 2 BMV-Ä erkennen lässt.

Da ein solcher abgeleiteter Anspruch jedoch – wie oben dargelegt – nicht existiert⁶⁰, die Spitzenverbände der Krankenkassen und die KBV aber erkennbar die Abwicklung des bei der Krankenkasse infolge des Behandlungsfehlers entstandenen Schadens nach Bürgerlichem Recht anstreben, kann davon ausgegangen werden, dass auch der Regress zwischen der Krankenkasse und der KV – hätten die Vertragspartner des BMV-Ä die Abwicklung innerhalb dieser Rechtsbeziehung zugrunde gelegt – aufgrund zivilrechtlicher Regelungen erfolgen soll.

Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass den Spitzenverbänden der Krankenkassen und der KBV nicht die Kompetenz zukommt, die Abwicklung kassenarztrechtlicher Rechtsverhältnisse in vollem Umfang dem Bürgerlichen Recht zuzuweisen. Ausweislich § 51 II Nr. 1 SGG ist für sämtliche Angelegenheiten, die sich aus den vertragsarztrechtlichen Rechtsbeziehungen ergeben, der Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit eröffnet. Soweit § 50 BMV-Ä auch den Regress der Krankenkasse gegenüber der KV erfassen soll, ist diese Bestimmung somit dahingehend teleologisch zu reduzieren, als die Verweisung auf das Bürgerliche Recht nur die materiell-rechtliche, nicht aber die prozessuale Abwicklung der Schadensersatzforderung erfasst.

Eine weitere Einschränkung erfährt § 50 S. 2 BMV-Ä durch § 69 S. 1, 3 HS. 2 idF des GK-Gesundheitsreformgesetzes 2000⁶¹, wonach die Regelungen des 4. Abschnitts des SGB V einschließlich der §§ 63 bis 66 als abschließend zu betrachten sind und die Vorschriften des BGB nur noch insoweit heranzuziehen sind, als die in § 70 normierten Gewährleistungsaufgaben und die übrigen gesetzlich bestimmten Aufgaben der Beteiligten dies zulassen.

Dies hat vor allem zur Folge, dass abweichend von § 37 SGB I die §§ 63 ff. SGB X, die bislang einhellig⁶² auf die vertragsarztrechtlichen Kollektivverträge angewendet wurden, in diesem Zusammenhang nicht mehr heranzuziehen sind⁶³.

Die erste Prämisse für die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB, die Konformität mit den Leistungserfordernissen des § 70, ist unproblematisch zu bejahen; denn dem Schadensregress kommt als Maßnahme der Qualitätssicherung in Bezug auf die in § 70 I 1, 2 genannten Gewährleistungsfaktoren „ausreichend, zweckmäßig, dem Stand der medizinischen Kenntnisse entsprechend, das Maß des Notwendigen nicht übersteigend“ eine besondere Bedeutung zu.

Für die Prüfung der zweiten Voraussetzung, ob die gesetzlich bestimmten Aufgaben der Beteiligten eine Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften zulassen, sind zunächst diese Aufgaben einzuzugrenzen. Im Verhältnis zwischen den Krankenkassen und der KV spielt in erster Linie die Verpflichtung der Krankenkassen zur Entrichtung der Gesamtvergütung nach § 85 I eine Rolle. Die Gegenleistung hierzu bildet die der KV nach § 75 I 1 obliegende Übernahme der Gewähr dafür, dass die vertragsärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht. Obwohl diese Verpflichtungen im Gesetz systematisch an unterschiedlichen Stellen normiert sind, sind sie unabhängig voneinander kaum denkbar. Der Zweck der Entrichtung der Gesamtvergütung realisiert sich gerade in der gesetzeskonformen Durchführung der vertragsärztlichen Versorgung durch die KV. Beiderseitige Verpflichtungen stehen somit, obwohl gesetzlichen und nicht vertraglichen Ursprungs, in einem klassischen Austauschverhältnis. Aufgrund dieser Strukturgleichheit zu vertraglichen Schuldverhältnissen lassen diese Pflichten nicht nur die Anwendung der Vorschriften des BGB zu, sondern sie gebieten diese geradezu.

Zur Klarstellung sei an dieser Stelle noch einmal darauf hingewiesen, dass mit der Anwendung zivilrechtlicher Haftungsgrundlagen keineswegs eine zivilrechtliche Qualifizierung der vertragsarztrechtlichen Rechtsbeziehungen einhergehen soll. Diese sind – wie § 69 S. 3 in der Fassung des Gesundheitsreformgesetzes 2000⁶⁴ klarstellt – allesamt öffentlich-rechtlich. Der Rückgriff auf zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen erfolgt zum einen in Ermangelung einschlägiger öffentlich-rechtlicher Normen, zum anderen, da § 69 S. 3 für die Abwicklung der vertragsarztrechtlichen Rechtsbeziehungen eine Öffnungsklausel enthält, die im konkreten Fall die Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften ermöglicht.

Die im besonderen Teil des BGB geregelten Anspruchsgrundlagen für Schadensersatzansprüche sind jedoch im Hinblick auf einen Regress der Krankenkasse gegen die Kassenärztliche Vereinigung unergiebig: Eine Qualifizierung der Aufwendungen der Krankenkassen als Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)⁶⁵ scheidet aus, da die Krankenkasse mit der Gewährung erneuter Sachleistungen gerade bewusst ihre eigenen Pflichten gegenüber dem Versicherten erfüllt und insoweit nicht im Pflichtenkreis der KV tätig wird. Die von der KV der Krankenkasse gegenüber zu gewährende vertrags- und gesetzeskonforme Durchführung der vertragsärztlichen Versorgung stellt letzthin die Summe sämtlicher durch die Vertragsärzte erbrachten Dienstleistungen dar und trägt, da es sich um eine originär den Krankenkassen zukommende Verpflichtung handelt, gewisse Züge einer Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB. Weder das Dienstvertragsrecht noch das Recht der Geschäftsbesorgung sehen ein eigenes Haftungssystem für Schlechtleistungen vor. Abzustellen bleibt folglich auf die Haftung der KV aus § 280 Abs. 1 BGB, soweit diese Anspruchsgrundlage im Verhältnis zwischen Krankenkasse und KV Anwendung findet; daneben kommt eine Haftung aus allgemeinem Deliktsrecht in Betracht.

II. Die Haftung der KV gegenüber der Krankenkasse für den Behandlungsfehler des Vertragsarztes

1. Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB analog

a. Die Gewährleistungspflicht der KV gegenüber der Krankenkasse als Gegenstand eines Schuldverhältnisses im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB

aa. Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 BGB auf gesetzliche Schuldverhältnisse

Im Schrifttum⁶⁶ ist seit langem anerkannt, dass durch den Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB nicht nur derjenige Schaden, der infolge einer Verletzung vertraglicher Pflichten entstanden ist, ersetzt werden soll, sondern dass auch gesetzliche Schuldverhältnisse von dieser Anspruchsgrundlage erfasst sein sollen. Dies folgt daraus, dass mit § 280 Abs. 1 BGB sämtliche vom Leistungsstörungssystem des BGB erfassten Schäden, die durch eine Pflichtverletzung des Schuldners entstanden sind, abgewickelt werden sollen⁶⁷.

An dieser Stelle soll sogar noch weiter gegangen werden. Im Gegensatz zu vertraglichen Schuldverhältnissen, die primär auf den Austausch privater Interessen ausgerichtet sind, liegt den Normen, die ein gesetzliches Schuldverhältnis begründen, in der Regel eine im öffentlichen Interesse liegende Wertung zugrunde. Der Erfüllung gesetzlicher Schuldverhältnisse kommt daher für die Allgemeinheit eine wesentlich größere Bedeutung zu als die der vertraglichen Schuldverhältnisse⁶⁸.

Die Verpflichtung der KV, der Krankenkasse gegenüber die Gewähr für eine den vertraglichen und gesetzlichen Vorgaben entsprechende vertragsärztliche Versorgung zu übernehmen, stellt eine solche im öffentlichen Interesse stehende Pflicht dar. Für ihre Verletzung muss § 280 Abs. 1 BGB daher erst recht gelten.

bb. Die Rechtsbeziehung zwischen Krankenkasse und KV als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB

Die Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 BGB ist jedoch einzugrenzen. Um die Haftung nicht ins Uferlose wachsen zu lassen, muss dieser Auffangtatbestand, der vom Wortlaut jede Pflichtverletzung innerhalb eines Schuldverhältnisses erfasst, auf solche Rechtsbeziehungen beschränkt werden, bei denen eine Verletzung der daraus resultierenden Pflichten nach der Schutzrichtung dieser Verpflichtung eine Haftung begründen soll. Es genügt daher nicht jedwede rechtliche Beziehung; erforderlich ist eine Sonderverbindung, die eine derartige Schutzintention enthält.

Die Rechtsbeziehung zwischen Krankenkasse und KV weist bezüglich der von der KV geschuldeten Gewährleistungspflicht gegenüber denjenigen Konstellationen, bezüglich derer die Anwendbarkeit bürgerlich-rechtlicher Anspruchsgrundlagen im öffentlichen Recht normalerweise erörtert wird⁶⁹, eine Besonderheit auf. Es geht vorliegend nicht um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern um eine Verpflichtung zwischen zwei Körperschaften des öffentlichen Rechts, die damit nicht durch ein subordinatisches, sondern durch ein koordinatisches Verhältnis gekennzeichnet sind. Dass dies der Qualifizierung als öffentlich-

rechtlicher Rechtsbeziehung nicht entgegensteht, zeigt beispielsweise die Existenz des öffentlich-rechtlichen Vertrages in der Variante des koordinationsrechtlichen Vertrages. Aufgrund dessen kann die ansonsten im Rahmen des Problems der Anwendbarkeit bürgerlich-rechtlicher Anspruchsgrundlagen im öffentlichen Recht häufig erörterte Problematik, ob diese Anwendbarkeit aufgrund einer Analogie⁷⁰ oder aus der Heranziehung eines allgemeinen Rechtsgedankens folgt⁷¹, hier unterbleiben⁷². Einigkeit besteht insoweit, als die Anwendung von Privatrecht im öffentlichen Recht restriktiv gehandhabt werden soll⁷³, denn der Staat soll prinzipiell vor einer über den § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG hinausgehenden Haftung für Amtspflichtverletzungen geschützt werden. Im Übrigen wird auf die unterschiedlichen Funktionen des Zivil- und des öffentlichen Rechts verwiesen⁷⁴.

Hieraus soll jedoch kein genereller Ausschluss der Anwendbarkeit vom Privatrecht im Verwaltungsrecht abgeleitet werden. Erste Ansätze öffentlich-rechtlicher Sonderverbindungen im Sinne eines Schuldverhältnisses wurden von der Rechtsprechung⁷⁵ im Zusammenhang mit der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber dem Beamten erkannt. Diese Haftungsgrundlage wurde dahingehend weiterentwickelt, dass innerhalb solcher öffentlich-rechtlicher Beziehungen ein Haftungsgrund gegeben sei, bei denen in Ermangelung ausdrücklicher Regelungen ein Bedürfnis zu einer angemessenen Verteilung des Risikos infolge einer Pflichtverletzung bestünde⁷⁶. Letzteres ist insbesondere innerhalb solcher Rechtsbeziehungen anzunehmen, aufgrund derer im gegenseitigen Interesse liegende Verpflichtungen begründet werden. Dies ist wiederum in Bezug auf die Gewährleistungspflicht des § 75 I 1 der Fall. Das Interesse der Krankenkasse folgt bereits aus der Tatsache, dass diese nur durch eine gesetzeskonforme Durchführung der vertragsärztlichen Versorgung durch die KV ihre eigenen Verpflichtungen gegenüber den Versicherten erfüllen kann. Das Interesse der KV an der Erfüllung der ihr obliegenden Gewährleistungspflicht folgt aus ihrer doppelten Einbindung in die vertragsarztrechtlichen Verpflichtungen: Einerseits ist sie gegenüber dem Vertragsarzt Gläubigerin einer behandlungsfehlerfreien Leistungserbringung, andererseits hat sie hierfür gegen die Krankenkassen einen Anspruch auf Entrichtung der Gesamtvergütung. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass Gewährleistungspflicht und Entrichtung der Gesamtvergütung in einem klassischen synallagmatischen Austauschverhältnis stehen. Unter diesem Aspekt des gegenseitigen Interesses erlischt auch der Einwand der unterschiedlichen Funktion von Zivil- und Verwaltungsrecht, der im Wesentlichen darauf fußt, dass das Zivilrecht zum Ausgleich privater Belange dient, wohingegen das öffentliche Recht die Berücksichtigung der Allgemeininteressen im Auge habe. Damit wirkt sich auch an dieser Stelle die Besonderheit der koordinationsrechtlichen Beziehung zwischen KV und Krankenkasse gegenüber der subordinationsrechtlichen Bürger-Staat-Beziehung aus, auf deren Basis die Anwendbarkeit privatrechtlicher Rechtsfiguren im öffentlichen Recht ansonsten diskutiert wird⁷⁷. Stattdessen kommt es in diesem Zusammenhang darauf an, dass die Rechtsordnung stets die Folgen der Verletzung solcher Pflichten gewähren muss, deren Einhaltung sie postuliert⁷⁸.

Dennoch darf die Vergleichbarkeit mit zivilrechtlichen Haftungsinteressen nicht darüber hinwegtäuschen, dass gleichwohl den Besonderheiten des öffentlichen Rechts hinreichend Rechnung getragen werden muss. So darf die Anerkennung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung als Sonderrechtsbeziehung im Sinne des § 280 Abs. 1

BGB nicht dem öffentlichen Interesse widersprechen⁷⁹. Angesichts der Tatsache, dass die Gesamtvergütung, mit der die von der KV geschuldeten Leistungen abgegolten werden, aus Beiträgen der Versicherten und damit der Allgemeinheit finanziert werden, steht es gerade in einem besonders hohen Maße im öffentlichen Interesse, die KV haftungsrechtlich für die Nicht- bzw. Schlechterfüllung der Schadensersatzpflicht heranzuziehen.

Damit bestehen keinerlei Bedenken dagegen, die Rechtsbeziehung zwischen der Krankenkasse und der KV als öffentlich-rechtliche Sonderverbindung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB zu betrachten, bei der die Verletzung einer hieraus resultierenden Verpflichtung zu einer Haftung aufgrund einer analogen Anwendung dieser Norm führt.

b. Der Behandlungsfehler des Vertragsarztes als schuldhaft⁸⁰ Pflichtverletzung der KV

Unterläuft dem Arzt im Rahmen seiner vertragsärztlichen Tätigkeit ein schuldhaft herbeigeführter Behandlungsfehler, so besteht noch insoweit Einigkeit, dass der Arzt damit sowohl seine Sorgfaltspflichten gegenüber dem Versicherten, § 76 IV, als auch seine aus der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung nach § 95 III 1 resultierenden Pflichten gegenüber der KV verletzt⁸¹.

Ob das Verschulden durch den Vertragsarzt jedoch der KV dahingehend zugerechnet werden kann, dass diese somit ihre Gewährleistungspflicht gegenüber den Krankenkassen schuldhaft verletzt, wird einhellig mit der Begründung verneint, der Vertragsarzt sei kein Erfüllungsgehilfe der KV nach § 278 BGB analog⁸².

Die offenkundig pragmatische Argumentation, mit der versucht wird, dieses Ergebnis zu rechtfertigen, legt aber nahe, dass es den Vertretern dieser Auffassung vielmehr darum geht, im Ergebnis eine Haftung der KV gegenüber den Krankenkassen auszuschließen. Doch sämtliche dahingehende Ansätze halten einer rechtlichen Würdigung nicht stand:

Der älteste Einwand gegen die Anerkennung des Vertragsarztes als Erfüllungsgehilfen stammt vom Reichsgericht⁸³ und stützt sich im Wesentlichen darauf, dass die Krankenkassen⁸⁴ organisatorisch überfordert seien, für ein Verschulden der Kassenärzte einstehen zu müssen. Dieses Argument trägt jedoch spätestens seit dem Zeitpunkt nicht mehr, in dem anstelle der Krankenkassen die KV den Gewährleistungsauftrag innehat; denn der KV ist aufgrund der Tatsache, dass sie von Ärzten geleitet wird, ein wesentlich höheres Maß an diesbezüglicher Sachnähe zu eigen als den Krankenkassen. Zudem werden bei der KV ohnehin Schlichtungsstellen nach § 49 BMV-Ä eingerichtet, die die Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit überwachen, sodass heute die organisatorischen Strukturen für die Übernahme der Verantwortung für das Behandlungsverhalten der Ärzte bei der KV durchaus gegeben sind.

Anknüpfend an diese Rechtsprechung des RG weist Rosin⁸⁵ darauf hin, dass bereits das Prinzip der freien Arztwahl verhindere, den Kassenarzt als Erfüllungsgehilfen (damals der Krankenkasse) anzusehen, da den Krankenkassen bei der Aufnahme eines Behandlungsverhältnisses durch den Arzt nicht bekannt sei, welcher Arzt von welchem Versicherten in welcher Angelegenheit konsultiert werde.

Auch dieses Argument überzeugt keineswegs; denn trotz freier Arztwahl bleibt der Versicherte auf die Inanspruchnahme zugelassener Ärzte beschränkt. Diese werden allesamt aufgrund der ihnen erteilten Zulassung generell im Pflichtenkreis der KV tätig. Indem die KV einen Arzt zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung zulässt, wird dieser nach § 95 II 1 umgekehrt zur Teilnahme hieran verpflichtet. Damit wird er in Kenntnis der KV innerhalb deren Verpflichtung zur Gewährleistung einer den vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden vertragsärztlichen Versorgung tätig. Da jeder Arzt dieselben Zulassungsvoraussetzungen erfüllen muss, kommt es für die Übernahme der Verantwortung der KV für das Handeln der Vertragsärzte nicht darauf an, welcher Vertragsarzt durch den Versicherten konsultiert wird.

Im neueren Schrifttum⁸⁶ wird die Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Vertragsarztes unter Berufung darauf, dass der Arzt einen freien Beruf ausübe und infolgedessen eigenverantwortlich und frei von Weisungen handle, verneint.

Zunächst verkennt diese Ansicht, dass der Begriff des freien Berufs insoweit sozialversicherungsrechtlich irrelevant ist⁸⁷. Terminologisch stammt diese Bezeichnung aus dem Einkommensteuerrecht (§ 18 EStG), wo durch Typisierung gewisser Berufe eine Abgrenzung zu Gewerbebetrieben des § 15 EStG einerseits und nichtselbstständiger Tätigkeit im Sinne des § 19 EStG andererseits in Bezug auf die Ermittlung der Einkünfte vorgenommen wird. Darüber hinaus ist es für die Rechtsposition als Erfüllungsgehilfe ohne jede Bedeutung, in welchem Rechtsverhältnis dieser zum Schuldner steht; entscheidend ist stattdessen ausschließlich die Funktion, in der er für den Schuldner tätig wird⁸⁸. Dies folgt bereits aus einer Gegenüberstellung des Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 BGB mit dem Verrichtungsgehilfen des § 831 BGB. Während der Geschäftsherr im Rahmen der Haftung nach § 831 BGB von der Ersatzpflicht befreit wird, wenn ihn kein Auswahl- oder Überwachungsverschulden trifft, besteht bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen eine solche Möglichkeit nicht. Im Rahmen der deliktischen Haftung muss der Schuldner daher einen kontrollierbaren Einfluss auf den Dritten haben, wozu im Zusammenhang mit der vertraglichen Haftung keine Notwendigkeit besteht.

Des Weiteren entspricht es auch nicht der *ratio legis* des § 278 BGB, die Anerkennung als Erfüllungsgehilfe von der Art der Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Gehilfen abhängig zu machen. Der Sinn dieser Regelung besteht darin, dass derjenige, der zur Erfüllung seiner eigenen Pflichten andere einschaltet, umgekehrt auch für die Risiken, die sich aus der Einbeziehung von Dritten in ein Rechtsverhältnis ergeben, einstehen muss⁸⁹. Käme es hierbei auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner der Leistung und dem einbezogenen Dritten an, so hätte es der Schuldner einseitig in der Hand, durch Wahl der Rechtsform seine eigene Haftung gegenüber dem Gläubiger auszuschließen.

Weiter wird gegen die Qualifizierung des Vertragsarztes als Erfüllungsgehilfen angeführt, die daraus resultierenden haftungsrechtlichen Konsequenzen seien mit der Monopolstellung der Vertragsärzte nicht vereinbar⁹⁰.

Schon auf den ersten Blick erscheint diese Begründung kaum nachvollziehbar. An keiner Stelle sieht die deutsche Rechtsordnung einen Haftungsausschluss zugunsten von Inhabern einer Monopolstellung vor. Unter Zugrundelegung dieser Auffassung

müsste das gesamte Staatshaftungsrecht infrage gestellt werden, da die Gemeinden und der Staat in Ausübung ihrer Aufgaben und Befugnisse in der Regel dem Bürger gegenüber eine Monopolstellung innehaben.

Zudem verkennt diese Ansicht die Doppelverpflichtung des Vertragsarztes. Während die Pflicht zu einer den vertraglichen und gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Leistungserbringung sowohl der KV als auch dem Versicherten gegenüber besteht, wirkt sich seine Monopolstellung lediglich im Verhältnis gegenüber dem Versicherten bei der Inanspruchnahme von Leistungen aus. Im Rechtsverhältnis zur KV, aus dem die Stellung als Erfüllungsgehilfen abgeleitet werden kann, spielt die Monopolstellung indes keine Rolle. Es fehlt damit an einem logischen Zusammenhang zwischen der Monopolstellung der Vertragsärzte einerseits und dem Haftungsgrund gegenüber der KV andererseits.

Schließlich wird auch die in § 72 I normierte Verpflichtung der Ärzte, gemeinsam mit den Krankenkassen die vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen, bemüht, um dem Vertragsarzt die Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe abzusprechen⁹¹. Allerdings ist § 72 I nicht als Befugnis, sondern lediglich als eine Art Programmsatz zu werten⁹², der erst in § 75 I, soweit es die Ärzteseite betrifft, näher konkretisiert wird. Dort wird die Sicherstellung aufseiten der Ärzte ausdrücklich der KBV und den Kassenärztlichen Vereinigungen übertragen; doch selbst wenn man diese Körperschaften lediglich als Summe sämtlicher zugelassener Ärzte betrachtete (was angesichts der eigenen Rechtspersönlichkeit von KBV und KV ohnehin nur konstruiert wäre, § 77 V), so schließt ein dahingehendes Zusammenwirken der Ärzte mit den Krankenkassen zum Zweck der Sicherstellung nicht aus, dass der einzelne Vertragsarzt als Erfüllungsgehilfe der KV tätig wird, da es für die Annahme eines Erfüllungsgehilfen – wie bereits dargelegt – auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen dem Schuldner und dem Dritten nicht ankommen kann.

Damit sind nicht nur sämtliche Versuche, die Erfüllungsgehilfenschaft des Vertragsarztes abzulehnen, gescheitert; vielmehr entspricht dieses Ergebnis auch nicht dem Wesen des Erfüllungsgehilfen, unter dem derjenige zu verstehen ist, der mit Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeiten als seine Hilfsperson tätig wird⁹³. Würde man den Vertragsarzt nicht als Erfüllungsgehilfen der KV anerkennen, so führte dies zu geradezu willkürlichen Haftungskonstellationen, was mit einem Vergleich zur Krankenhaushaftung verdeutlicht werden soll: Im Rahmen eines sogenannten totalen Krankenhausaufnahmevertrages, d. h. einer Krankenhausbehandlung, die nicht im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung, sondern aufgrund eines Leistungsanspruchs des Versicherten gemäß § 39 nach den Leistungserbringungsvorschriften der §§ 107 ff. erfolgt, wird der am Krankenhaus beschäftigte Arzt unabhängig davon, ob er als Beamter oder Angestellter tätig ist, unstreitig als Erfüllungsgehilfe des Krankenhausträgers betrachtet⁹⁴. Für eine schuldhafte Pflichtverletzung dieses Krankenhausarztes, aus der weitere Aufwendungen für die Krankenkasse entstehen, steht ihr daher ein Schadensersatzanspruch gegen den Krankenhausträger zu. Erfolgte die Krankenhausbehandlung aber im Rahmen von belegärztlicher Tätigkeit und damit nach § 121 III 1 als Gegenstand der vertragsärztlichen Versorgung, so käme unter Zugrundelegung der Auffassung, dass der Vertragsarzt kein Erfüllungsgehilfe der KV ist, keine Haftung der KV gegenüber der Krankenkasse

für einen verschuldeten Behandlungsfehler des Belegarztes in Betracht. Damit geraten zwei der im Rahmen aktueller Reformbestrebungen gleichermaßen favorisierten Ziele in Widerspruch zueinander: die Stärkung der belegärztlichen Tätigkeit⁹⁵ und die Qualitätssicherung⁹⁶.

c. Der Schaden der Krankenkasse

aa. Erneute Aufwendungen der Krankenkasse

Die Vermögensminderung, die bei der Krankenkasse infolge des Behandlungsfehlers eingetreten ist, besteht darin, dass die Krankenkasse wegen Fortbestehens des Versicherungsfalls weitere Leistungen an den Versicherten zu erbringen hat⁹⁷. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass bei der Krankenkasse insoweit kein Schaden entsteht, als die nunmehr als Folge des Behandlungsfehlers erbrachten Leistungen durch eine bereits entrichtete Gesamtvergütung abgegolten ist, da die Gesamtvergütung mit befreiender Wirkung geleistet wird, § 85 Abs. 1, und in diesem Fall kein erneuter finanzieller Aufwand der Krankenkasse hervorgerufen wird. Der Mehraufwand aufgrund zusätzlich gewährter Leistungen wirkt sich dann nur noch mittelbar auf die Gesamtvergütung aus, soweit der Umfang der ärztlichen Leistungen bei der Veränderung der Gesamtvergütung nach § 85 III berücksichtigt wird. Dennoch kann keine unmittelbare Kausalität zwischen einem einzelnen zusätzlichen Leistungsfall und einem entsprechenden Anteil desjenigen Betrages, um den sich im nächsten Abrechnungszeitraum die Gesamtvergütung erhöht, angenommen werden; denn der Umfang der ärztlichen Tätigkeit wird bei der Veränderung der Gesamtvergütung lediglich prozentual und damit pauschal berücksichtigt, d. h., die einzelne zusätzlich gewährte Leistung fließt nicht als solche ein. Es wäre zwar mit einem erheblichen Maß an Verwaltungsaufwand feststellbar, um wie viele Punkte sich das erbrachte Leistungsvolumen erhöht hat; jedoch kann angesichts der unterschiedlichen Punktwerthöhe im Primär- und Ersatzkassenbereich und der eigenständigen Entwicklung des Punktwerts innerhalb der Teilbudgets nicht nachvollzogen werden, welcher Euro-Betrag hinter diesem aufgrund der Behandlungsfehler zusätzlich erbrachten Punktevolumen steht. Es ist daher festzuhalten, dass dann kein Schaden der Krankenkasse anzunehmen ist, wenn die infolge des Behandlungsfehlers erneut gewährten Leistungen der Krankenkasse durch eine bereits entrichtete Gesamtvergütung abgegolten sind.

Als Schadenspositionen der Krankenkasse verbleiben jedoch zum einen diejenigen Leistungen der vertragsärztlichen Versorgung, die nicht von der Gesamtvergütung erfasst sind, sowie sämtliche Leistungen außerhalb der vertragsärztlichen Versorgung. Hierbei ist in erster Linie die Krankenhausbehandlung zu nennen, soweit diese nicht im Rahmen einer belegärztlichen Tätigkeit erfolgt⁹⁸, Krankengeld, Rehabilitationsmaßnahmen, Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln, Heilmittel, Hilfsmittel, Häusliche Krankenpflege und Haushaltshilfe sowie diejenigen Leistungen der vertragsärztlichen Versorgung, die nicht Gegenstand der Gesamtvergütung sind.

bb. Versicherungsregress als Schaden der Krankenkasse

Dabei stellt sich die Frage, ob ein weiterer Schaden der Krankenkasse daraus folgt, dass die Krankenkasse ihrerseits Regressansprüchen von Versicherten ausgesetzt sein könnte, die eine mangelhafte Erfüllung ihrer Leistungsansprüche geltend machen.

Ein solcher Schadensersatzanspruch des Versicherten gegen die Krankenkasse wird in der Rechtsprechung⁹⁹ und im Schrifttum¹⁰⁰ übereinstimmend abgelehnt. Dabei scheint dieses Ergebnis so selbstverständlich zu sein, dass es kaum begründet wird. Es wird lediglich teilweise darauf hingewiesen, dass der Vertragsarzt kein Erfüllungsgehilfe der Krankenkasse oder der KV sei mit der Folge, dass die Krankenkasse für dessen Verschulden nicht einzustehen habe. Da hier jedoch zugrunde gelegt wird, dass der Vertragsarzt durchaus Erfüllungsgehilfe der KV ist¹⁰¹, trägt dieses Argument nicht mehr.

Natter¹⁰² weist darauf hin, dass es dem Sachleistungsprinzip nicht gerecht werde, wenn man dem Versicherten einen Schadensersatzanspruch gegen die Krankenkasse versagte. Da die Krankenkasse zur Erbringung der Sachleistungen verpflichtet sei, müsse sie auch für die Folgen der Schlechterfüllung aufkommen. Hierin liege eine Verletzung der Konnexität von Primär- und Sekundärleistungspflicht.

Betrachtet man aber die Rechtsbeziehung zwischen der Krankenkasse und dem Versicherten unter dem Aspekt der einander geschuldeten Leistungen, ist der in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend vertretene Auffassung zuzustimmen, die einen Schadensersatzanspruch des Versicherten gegen die Krankenkasse wegen Schlechterfüllung der Sachleistungen aufgrund eines Behandlungsfehlers des Vertragsarztes ablehnt.

Das zwischen der Krankenkasse und dem Versicherten bestehende Sozialrechtsverhältnis kann nicht in Orientierung an anderweitigen Austauschverhältnissen so charakterisiert werden, dass der Versicherte der Krankenkasse die Entrichtung der Beiträge und die Krankenkasse dem Versicherten die Gewährung von Leistungen schulde¹⁰³. Dies hätte zur Folge, dass die Krankenkasse gegenüber einem Versicherten, der während der Dauer des Versicherungsverhältnisses nicht krank wird, ihre Verpflichtung nicht erfüllt hätte. Betrachtet man diese Verpflichtungen sogar als zueinander im Synallagma stehend¹⁰⁴, so könnte der Versicherte, dem mangels Erkrankung keine Leistungen gewährt wurden, entsprechend § 320 BGB die von ihm aufgrund des Versicherungsvertrages entrichteten Beiträge zurückfordern. Damit würde jedoch der durch die solidarische Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), § 3 S. 1, intendierte Ausgleich zwischen Gesunden und Kranken¹⁰⁵ zunichte gemacht. Als im Synallagma mit der Beitragspflicht des Versicherten stehende Verpflichtung der Krankenkasse kann daher nur eine bedingte, vom Eintritt des Versicherungsfalles abhängige Leistungspflicht¹⁰⁶ der Krankenkasse zur Gewährung von Sachleistungen angenommen werden. Das Sozialversicherungsverhältnis ist somit nicht durch eine unmittelbare Korrelation von Leistung und Gegenleistung gekennzeichnet; denn der Versicherte erlangt aus der Beitragszahlung keinen konkreten Leistungsanspruch, sondern es steht zum Zeitpunkt der jeweiligen Beitragsentrichtung noch gar nicht fest, ob er jemals eine Sachleistung als Gegenleistung erhalten wird. Es liefe daher dem die GKV beherrschenden Solidaritätsprinzip¹⁰⁷ zuwider, wenn demjenigen, dem eine fehler-

hafte Sachleistung erbracht wird, im Wege eines Versicherungsregresses Teile seiner Beiträge zurückerstattet würden, wohingegen jene Versicherten, die gar keine Leistungen beanspruchen, daher auch keine Beitragsrückzahlung zu erwarten hätten¹⁰⁸, zumal der Gewährleistungsauftrag für eine dem Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Versorgung nach § 75 I 1 eben nicht bei den Krankenkassen, sondern bei den Kassenärztlichen Vereinigungen liegt.

Aufgrund dieser Gegebenheiten des Sozialversicherungsverhältnisses, dessen Vollzug sich nicht wie bei sonstigen Verträgen als unbedingter Austausch von Leistung und Gegenleistung darstellt, kann die Rechtsbeziehung zwischen dem Versicherten und der Krankenkasse nicht als öffentlich-rechtliche Sonderverbindung qualifiziert werden, bei der die Verletzung der daraus resultierenden Pflichten zu einer Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB analog führt.

d. Zwischenergebnis

Soweit der Krankenkasse infolge eines Behandlungsfehlers weitere Aufwendungen entstehen, die nicht durch eine bereits entrichtete Gesamtvergütung abgegolten sind, besteht ein Anspruch der Krankenkasse gegen die KV auf Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung der Gewährleistungspflicht einer den vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Durchführung der vertragsärztlichen Versorgung aus einer entsprechenden Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB.

2. Die deliktische Haftung der KV gegenüber der Krankenkasse

Grundsätzlich kommt neben einer vertraglichen bzw. vertragsähnlichen Haftung bei der Verletzung von Amtspflichten auch eine deliktische Haftung in Betracht, zumal die vertragliche Haftung durch die Satzung ausgeschlossen werden kann¹⁰⁹ und der Geschädigte dann rechtlos gestellt wäre.

a. Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG

Angesichts der öffentlich-rechtlichen Qualifikation der Rechtsbeziehung zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Verbänden der Krankenkassen¹¹⁰ fällt der erste Blick auf den klassischen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Vertragsarzt als Beamter im Sinne des § 839 BGB bzw. als „jemand“ im Sinne des Art. 34 GG, kurzum als Haftungssubjekt des Amtshaftungsanspruchs anzusehen ist. Die ursprünglich durch die haftungsbegründende Norm des § 839 I BGB auf den Beamten im statusrechtlichen Sinn beschränkte Amtshaftung erfuhr mit der Haftungsüberleitung durch Art. 34 Satz 1 GG zugleich eine personelle Erweiterung im Bereich der Verantwortlichen: Verpflichteter nach § 839 BGB, Art. 34 GG ist damit jeder, der ein öffentliches Amt ausübt¹¹¹. Entscheidend ist damit nicht mehr die organisatorische Eingliederung, sondern die Tatsache, dass jemand mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut wird¹¹² und bei deren Ausübung eine schuldhafte Pflichtverletzung begeht. Im Schrifttum¹¹³ wird der damit in Betracht kommende Personenkreis in der Regel damit umschrieben, dass somit auch Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes sowie Privatpersonen, die als Beliehener oder Verwaltungshelfer mit der Erledigung öffentlicher Aufgaben beauf-

tragt sind, eine Amtspflicht im Sinne des § 839 I BGB ausüben. Der Vertragsarzt ist jedoch weder Beamter im statusrechtlichen Sinn¹¹⁴ noch Angestellter der Kassenärztlichen Vereinigung¹¹⁵. Auch ist er kein Beliehener. Ein Verwaltungshelfer wird im Gegensatz zum Beliehenen nicht selbstständig, sondern auf Weisung der Behörde tätig¹¹⁶. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass der Vertragsarzt nicht als Verwaltungshelfer der Kassenärztlichen Vereinigung anzusehen ist.

Die Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit stellt daher keine hoheitliche Tätigkeit dar, sodass der Vertragsarzt als Haftungssubjekt des Amtshaftungsanspruchs ausscheidet. Ein Anspruch der Krankenkassen gegen die Kassenärztlichen Vereinigungen auf Ersatz des durch den Behandlungsfehler des Vertragsarztes entstandenen Schadens aus § 839 BGB, Art. 34 GG besteht daher nicht.

b. Anspruch aus §§ 823 I, 89, 31 BGB

Denkbar ist aber eine Haftung der Kassenärztlichen Vereinigungen gegenüber den Krankenkassen nach den §§ 823 I, 89, 31 BGB, soweit ein in der Person des Vertragsarztes begründeter Schadensersatzanspruch nach den §§ 89, 31 BGB auf die Kassenärztliche Vereinigung übergeht. Allerdings setzt der § 823 I BGB im Gegensatz zu § 839 BGB keine drittbezogene Amtspflicht, sondern die Verletzung eines der in der Norm aufgezählten Rechtsgüter voraus. Der Behandlungsfehler des Vertragsarztes verwirklicht zwar den Tatbestand der Körperverletzung, jedoch ist hier, soweit ein Schaden vorliegt, der Versicherte als Geschädigter der Körperverletzung anspruchsberechtigt. Auf der Seite der Krankenkassen ist aufgrund weiterer Behandlungskosten lediglich ein Vermögensschaden entstanden, der von der Haftung nach § 823 I BGB nicht gedeckt ist¹¹⁷.

c. Anspruch aus § 823 II, 89, 31 BGB in Verbindung mit § 16 BMV-Ä

Die Schädigung des Vermögens der Krankenkasse infolge des Behandlungsfehlers durch den Vertragsarzt könnte jedoch aufgrund von § 823 II BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz zur Haftung der Kassenärztlichen Vereinigung gegenüber der Krankenkasse führen. Dies setzt zunächst voraus, dass der Vertragsarzt durch seinen Behandlungsfehler ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB verletzt. Außerdem müsste diese schuldhaftige Verletzung des Schutzgesetzes über die §§ 89, 31 BGB der Kassenärztlichen Vereinigung zugerechnet werden.

Als Schutzgesetz, das durch den Behandlungsfehler des Vertragsarztes verletzt wird, kommt § 16 I 1 BMV-Ä in Betracht, der kraft seiner normativen Wirkung auch gegenüber den Vertragsärzten gilt. Dieser besagt, dass die Vertragsärzte die vertragsärztlichen Leistungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst und unter Berücksichtigung des allgemeinen Standes der medizinischen Erkenntnisse zu erbringen haben. Indem der Vertragsarzt seine Behandlungsleistung fehlerhaft erbringt, verletzt er die nach § 16 I BMV-Ä zu wahrenen Regeln der ärztlichen Kunst, sodass diese Norm im Fall eines Behandlungsfehlers verletzt wird. Ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB ist jede Rechtsnorm, die auch dem Schutz Dritter zu dienen bestimmt ist¹¹⁸. Art. 2 EGBGB bestimmt, dass ein Gesetz im Sinne des BGB jede Rechtsnorm ist. Demzu-

folge kommt auch § 16 BMV-Ä als untergesetzliche Norm¹¹⁹ die Bedeutung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 II BGB zu. Angesichts des systematischen Standortes im BMV-Ä erhebt sich allerdings die Frage, ob § 16 I 1 BMV-Ä dem Schutz Dritter zu dienen bestimmt ist. Der BMV-Ä bezweckt nicht in erster Linie einen zivilrechtlichen Ausgleich zwischen den am Vertragsarztrecht Beteiligten; die Bedeutung dieses Regelwerks besteht vielmehr in der Schaffung des allgemeinen Inhalts der Gesamtverträge, § 82 I 1. Die Rechtsprechung¹²⁰ lässt es für ein Schutzgesetz allerdings genügen, dass mit einer Norm die Schaffung eines individuellen Schadensanspruchs im Rahmen des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint. Diesen Anforderungen genügt § 16 I 1 BMV-Ä, denn die Verpflichtung des Vertragsarztes, den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechend zu handeln, soll neben dem primär intendierten Schutz des Versicherten auch der Kassenärztlichen Vereinigung zur Erfüllung ihres Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrages gegenüber den Krankenkassen dienen. § 16 I 1 BMV-Ä stellt daher eine Schutznorm nach § 823 II BGB dar, sodass ein schuldhaft herbeigeführter Behandlungsfehler einen Haftungsanspruch nach § 823 II BGB in Verbindung mit § 16 I 1 BMV-Ä begründet.

Ob diese Haftung aber nach den §§ 89, 31 BGB auf die Kassenärztliche Vereinigung übergeht, hängt davon ab, ob der Vertragsarzt als verfassungsmäßig berufener Vertreter der Kassenärztlichen Vereinigung zu qualifizieren ist. Unter einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter versteht man alle Personen, denen durch die Organisationsnormen der juristischen Person bestimmten Aufgaben zur eigenständigen Erledigung übertragen werden¹²¹ und der diese juristische Person insoweit repräsentiert¹²². Die Rechtsprechung hat sich mit der Eigenschaft eines Arztes als verfassungsmäßig berufener Vertreter bislang nur im Zusammenhang mit Krankenhausärzten befasst. Während der Chefarzt als verfassungsmäßig berufener Vertreter eines Krankenhauses betrachtet wird¹²³, und zwar auch dann, wenn er privat gegenüber dem Patienten liquidiert, wird dem Stationsarzt diese Rolle nicht beigemessen¹²⁴. Diese Differenzierung macht deutlich, dass der Komponente der Repräsentanz eine erhebliche Bedeutung zukommt; denn der im Krankenhaus privat liquidierende Chefarzt erfüllt insoweit gar keine vom Krankenhaus übertragene Aufgabe, sondern handelt im eigenen Interesse. Dennoch repräsentiert er hierbei das Krankenhaus, in dem die Privatleistungen erbracht werden. Gemessen an diesen Vorgaben kann man nicht davon ausgehen, dass der Vertragsarzt als verfassungsmäßig berufener Vertreter der Kassenärztlichen Vereinigung anzusehen ist. Die Aufgaben, die er im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung erfüllt, wurden ihm nicht von den Kassenärztlichen Vereinigung übertragen; vielmehr hat er diese Aufgaben kraft Gesetzes nach § 95 III 2 zu erfüllen. Darüber hinaus fungiert der Vertragsarzt gegenüber den sozialversicherten Patienten nicht als Repräsentant der Kassenärztlichen Vereinigung. Auch seine Tätigkeit im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung stellt sich gegenüber den Versicherten als eigenständige und eigenverantwortliche Tätigkeit des Arztes dar. Verfassungsmäßig berufene Vertreter einer KV ist insbesondere der Vorstand, der die KV nach innen verwaltet und nach außen vertritt, § 79 Abs. 5 Satz 1. Daher wird die Haftung des Vertragsarztes für Behandlungsfehler nach § 823 II BGB in Verbindung mit § 16 I 1 BMV-Ä nicht nach den §§ 89, 31 der Kassenärztlichen Vereinigung zugerechnet.

3. Ergebnis

Das Rechtsverhältnis zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen ist als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis zu qualifizieren, vermöge dessen der Krankenkasse gegen die KV ein Anspruch auf Ersatz derjenigen Aufwendungen zusteht, die ihr infolge eines schuldhaften Behandlungsfehlers der Vertragsärzte entstanden sind.

Eine deliktische Haftung der Kassenärztlichen Vereinigung gegenüber den Krankenkassen scheidet hingegen aus.

Ein Schadensersatzanspruch der Krankenkasse gegen die KV besteht daher regelmäßig lediglich aufgrund einer entsprechenden Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB, nicht jedoch aus deliktischer Haftung.

III. Die Haftung des Vertragsarztes gegenüber der KV

1. Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB analog

a. Die Mitgliedschaft des Vertragsarztes in der KV als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis¹²⁵

Die Rechtsbeziehung zwischen dem Vertragsarzt und der KV unterscheidet sich vom Rechtsverhältnis zwischen der Krankenkasse und der KV schon in der Rechtsperson der Beteiligten: Während in letzterem zwei öffentlich-rechtliche Körperschaften koordinatorisch einander gegenüberstehen, stehen im Verhältnis Vertragsarzt – KV eine natürliche Person und eine juristische Person des öffentlichen Rechts gegenüber. Dennoch entspricht diese Rechtsbeziehung nicht dem klassischen, durch Subordination gekennzeichneten Charakter des Verhältnisses zwischen Bürger und Staat; denn der Vertragsarzt ist kraft seiner Mitgliedschaft in der KV nach § 95 III 1 zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung berechtigt und zugleich verpflichtet. Der Anspruch des Vertragsarztes gegen die KV, z. B. auf Honorierung seiner Leistungen und die Ansprüche der KV gegen den Vertragsarzt, z. B. auf eine den Qualitätsstandards des § 72 II entsprechenden Behandlungstätigkeit, stehen damit im Synallagma zueinander¹²⁶. Die Zulassung stellt für Berechtigung und Verpflichtung den gemeinsamen Rechtsgrund dar. Dass dabei die unbedingte Abhängigkeit beider Rechtspositionen voneinander gewollt ist, folgt bereits daraus, dass die KV andernfalls den ihr nach § 75 I 1 obliegenden Sicherstellungsauftrag nicht erfüllen könnte. Im Übrigen ist eine Partizipation an der Honorarverteilung, die eine der wesentlichen Berechtigungen im Sinne des § 95 III 1 darstellt¹²⁷, ausschließlich durch die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung möglich. Die Zulassung wiederum ist die zentrale und einzige auf Dauer angelegte Form der Teilnahme eines einzelnen Arztes an der vertragsärztlichen Versorgung, da die übrigen Teilnahmeformen¹²⁸ nur subsidiär in Betracht kommen, wenn die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung nicht allein durch zugelassene Ärzte erreicht werden kann. Dies zeigt sich auch darin, dass lediglich aufgrund der Zulassung eine ordentliche Mitgliedschaft in der KV begründet wird, § 77 III 1.

Diese Abhängigkeit der Verpflichtungen voneinander hat wesentlichen Einfluss auf die Interessenlage der Beteiligten, die – wie bereits dargelegt – für die Qualifizierung einer Rechtsbeziehung als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB von Bedeutung ist. Erfüllt der Vertragsarzt seine Behandlungspflicht, die ein wesentliches Element seiner Verpflichtung aus § 95 III 1 ist, nicht, so sieht sich die KV Regressansprüchen der Krankenkasse ausgesetzt¹²⁹. Umgekehrt hat der Arzt, der bei einem Organisationsgrad der GKV von über 90 % der Bevölkerung¹³⁰ seine Praxis in der Regel ohne Zulassung kaum in wirtschaftlich rentabler Weise betreiben kann, ein existenzielles Interesse an der ordnungsgemäßen und richtigen Durchführung der Honorarverteilung.

Wie bereits im Zusammenhang mit der Rechtsbeziehung zwischen den Krankenkassen und der KV dargelegt¹³¹, ist die übereinstimmende Interessenlage der Beteiligten ein entscheidendes Kriterium für die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtliche Sonderverbindung, da eine effektive Durchsetzung dieser Verpflichtungen nur unter Aufrechterhaltung eines Haftungssystems möglich ist, das die vermögensrechtlichen Folgen der Verletzung dieser Verpflichtungen kompensiert¹³².

Hinzu kommt der Aspekt, dass der Ursprung der haftungsrechtlichen Sonderverbindung zwischen Staat und Bürger im Bereich der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber dem Beamten wurzelt¹³³. Auch wenn der Vertragsarzt weder Beamter im haftungsrechtlichen Sinn noch Angestellter der KV ist¹³⁴, ist der Stellung des Vertragsarztes gegenüber der KV ein gewisses Bedürfnis nach Fürsorge nicht abzuspüren, denn die Fürsorgepflicht ist weniger die Folge von arbeits- bzw. beamtenrechtlicher, sondern von wirtschaftlicher Abhängigkeit¹³⁵. Dass der Vertragsarzt auf die Honorarverteilung durch die KV wirtschaftlich angewiesen ist, wurde bereits dargelegt.

Damit ist auch das Mitgliedschaftsverhältnis des Vertragsarztes in der KV als öffentlich-rechtliche Sonderverbindung zu qualifizieren, die bei schuldhafter Verletzung der daraus resultierenden Pflichten eine Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB analog nach sich zieht.

b. Der Behandlungsfehler als schuldhafte Verletzung der Verpflichtung des Vertragsarztes aus § 95 III 1

Die Haftung nach der entsprechenden Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB greift nur, wenn dem Vertragsarzt bei der Verletzung seiner Verpflichtungen gegenüber der KV die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat¹³⁶, § 276 II BGB. Seit der am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform wird das Verschulden vermutet und ist nach § 280 I 2 BGB nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner nachweist, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Angesichts dessen, dass bereits § 76 IV dem Vertragsarzt diesen Sorgfaltsmaßstab gegenüber dem Versicherten auferlegt, gehen Teile der vertragsarztrechtlichen Literatur¹³⁷ davon aus, dass mit der gesetzlichen Anordnung der Haftung des Vertragsarztes gegenüber dem Versicherten eine Exemption¹³⁸ der ärztlichen Haftung aus dem öffentlich-rechtlichen Anspruchsgefüge der GKV stattfindet mit der Folge, dass neben der Haftung gegenüber dem Versicherten kein Raum mehr für eine Haftung gegenüber der KV bestehe. Plagemann¹³⁹ begründet diese partielle Haftungsfreistellung damit, dass bei einer gleichzeitigen

zivil- und sozialrechtlichen Haftung die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme des Vertragsarztes bestehe. Bogs¹⁴⁰ weist auf die fachliche Autonomie des Arztes hin, die den Grundcharakter des gesetzlichen Berufssystems bilde und somit keine Haftung des Arztes gegenüber der KV zulasse.

Beide Argumente halten einer rechtlichen Würdigung nicht stand. Plagemann verkennt, dass die Haftung des Vertragsarztes gegenüber der KV gänzlich andere Schadenspositionen zum Gegenstand hat als die gegenüber dem Versicherten. Letzterer erleidet Sekundärschäden vermögens- und nichtvermögensrechtlicher Art wie z. B. Verdienstausfall oder Schmerzensgeld, während ihn die Aufwendungen, die infolge des Behandlungsfehlers bei der Krankenkasse und infolge deren Regressanspruchs bei der KV entstehen, nicht berühren. Demgegenüber sind die Krankenkasse und die KV von den beim Versicherten entstandenen Sekundärschäden nicht betroffen. Eine Gefahr der Doppelhaftung besteht daher nicht, da völlig unterschiedliche Schadenspositionen zu kompensieren sind. Stattdessen führte ein Ausschluss der Haftung des Vertragsarztes gegenüber der KV dazu, dass die der KV aufgrund des Regressanspruchs der Krankenkasse entstandenen Schäden nicht ersetzt werden müssten und der Arzt im Ergebnis zulasten der KV begünstigt würde.

Indem Bogs aus der beruflichen Autonomie des Arztes den Ausschluss von dessen Haftung gegenüber der KV folgert, während er die zivilrechtliche Haftung des Arztes gegenüber dem Patienten bejaht, nimmt er eine dogmatisch nicht erklärbare Aufspaltung der normativen Verantwortung des Vertragsarztes vor. Das der Haftung zugrunde liegende schädigende Ereignis ist in beiden Fällen identisch; sollte dem Arzt tatsächlich eine berufliche Autonomie zu eigen sein, deren Bedeutung so überragend wäre, dass sie trotz des dem Arztberufs immanenten Gefahrenpotenzials zu einer Haftungsfreistellung führte, so müsste dies aber in Bezug auf die gesamte Haftung des Arztes gelten. Es sind jedoch keine Gründe ersichtlich, weshalb der Arzt, der durch ein und dieselbe Tätigkeit, nämlich seine Behandlungstätigkeit, unterschiedliche Pflichten, nämlich die Sorgfaltspflicht gegenüber dem Versicherten nach § 76 IV und die Verpflichtung gegenüber der KV zur Durchführung einer den Qualitätsstandards des § 72 II entsprechenden Behandlung aus § 95 III 1, erfüllt, von den Folgen der Verletzung der einen Pflicht befreit werden sollte und von der anderen nicht, zumal im Falle eines Behandlungsfehlers stets beide Verpflichtungen verletzt sind.

Auch der ratio legis des § 76 IV ist ein derartiger Haftungsausschluss in Richtung auf die KV nicht zu entnehmen; denn die Norm verfolgt lediglich den Zweck, die zivil- und sozialrechtliche Verantwortung des Vertragsarztes voneinander zu trennen¹⁴¹, ohne dabei aber letztere auszuschließen. Im Übrigen sollte mit dieser Regelung der in der GKV versicherte Patient bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen den Arzt wegen nicht den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechenden Behandlung den Privatpatienten gleichgestellt werden. Schließlich zielte die Zuordnung der Sekundärhaftung des Arztes gegenüber dem Patienten zum Zivilrecht darauf, dass die deliktische Verantwortung des Arztes gegenüber dem Versicherten auf die KV übergeht, was bei einer Amtshaftung nach Art. 34 GG nicht der Fall gewesen wäre. Diese mannigfachen Motive des § 76 IV erlauben allesamt keinen Schluss darauf, dass hiermit die Haftung des Vertragsarztes gegenüber der KV in Bezug auf die dieser gegenüber bestehenden Verpflichtungen ausgeschlossen sein sollte.

Mithin ist im Behandlungsfehler des Vertragsarztes eine Verletzung seiner der KV gegenüber bestehenden Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen, die dem Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen, zu erkennen.

c. Schaden

Der der KV zu ersetzende Schaden besteht in den Beträgen, die die KV der Krankenkasse aufgrund von deren Regressansprüchen schuldet.

2. Deliktische Haftung

Wie bereits im Rahmen der Prüfung der deliktischen Ansprüche der Krankenkassen gegenüber den Kassenärztlichen Vereinigungen festgestellt wurde, ist der Vertragsarzt kein Haftungssubjekt der § 839 BGB, Art. 34, sodass ein Amtshaftungsanspruch¹⁴² auch im Verhältnis zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung und dem Vertragsarzt ausscheiden muss. Ein Anspruch aus § 823 I BGB ist hier ebenfalls ausgeschlossen, da nur das von § 823 I BGB nicht geschützte Vermögen der Kassenärztlichen Vereinigung geschädigt wird. Ein deliktischer Anspruch besteht jedoch nach § 823 II BGB in Verbindung mit § 16 I 1 BMV-Ä, da dieser auch die Interessen der Kassenärztlichen Vereinigung schützt und insoweit ein Schutzgesetz darstellt¹⁴³.

3. Ergebnis zur Haftung des Vertragsarztes

Unter Anerkennung der Mitgliedschaft des Vertragsarztes in der KV als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB sowie der Erkenntnis, dass § 76 IV keineswegs eine Haftung ausschließt, gelangt man zu einer Haftung des Vertragsarztes für verschuldete Behandlungsfehler nach § 280 Abs. 1 BGB sowie aus § 823 II BGB in Verbindung mit § 16 BMV-Ä.

Eine deliktische Verantwortlichkeit kommt daneben allerdings nicht in Betracht, da der Vertragsarzt bezüglich seiner öffentlich-rechtlichen Pflichtenstellung gegenüber der KV als Amtsträger nach § 839 I BGB zu qualifizieren ist, dessen Haftung ausweislich Art. 34 Satz 1 GG auf die KV selbst übergeht.

IV. Abwicklung des vertragsarztrechtlichen Schadensregresses

1. Der Schadensersatzanspruch der Krankenkasse gegen die KV

Da sich die bei der Krankenkasse entstandenen Schäden ausschließlich aus den Kosten für nicht von der Gesamtvergütung erfasste Leistungen zusammensetzen, kann der zu ersetzende Betrag unabhängig vom aktuellen Punktwert sofort nach Entstehung des Schadens beziffert werden. Grundlage für die Bewertung müssen nach den allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts analog § 249 BGB die dieser Krankenkasse tatsächlich entstandenen Aufwendungen sein.

Dieser in einem EUR-Wert bezifferbare Anspruch ist jedoch nicht gegen den Anspruch der KV auf Entrichtung der Gesamtvergütung aufrechenbar: Zwar steht das Gegenseitigkeitserfordernis des § 387 BGB nicht entgegen, denn Gegenseitigkeit in diesem Sinne setzt nicht den gleichen Rechtsgrund beider Ansprüche voraus, sondern es genügt, dass der aufrechnende Gläubiger der Gegenforderung und Schuldner der Hauptforderung und der Aufrechnungsgegner Schuldner der Gegenforderung und Gläubiger der Hauptforderung ist¹⁴⁴.

Die Aufrechnung ist jedoch aus zwei anderen Gründen ausgeschlossen: Zum einen ist eine Aufrechnung gegen eine Forderung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts¹⁴⁵ nur dann möglich, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist. Da die Forderung der aufrechnenden KV jedoch gerade dem finanziellen Kontingent der Krankenkasse außerhalb der Gesamtvergütung zugute kommt, fehlt es an dieser Voraussetzung. Die KV muss die Forderung stattdessen aus Mitgliederbeträgen begleichen.

Ein weiterer Grund gegen die Aufrechenbarkeit von Gesamtvergütung und Schadensersatzforderung folgt daraus, dass die Gesamtvergütung durch die KV abgesehen von organisatorisch bedingten Kostenpunkten in vollem Umfang für die Honorarverteilung zu verwenden ist. Die KV müsste demnach den um den Schadensersatzanspruch verminderten Betrag der Gesamtvergütung in entsprechender Höhe aufstocken. Hierauf hätte die Krankenkasse jedoch angesichts dessen, dass die Honorarverteilung autonom von der KV durchgeführt wird, keinen Einfluss. Da eine entsprechende Verpflichtung der KV, der Gesamtvergütung anderweitig abgeflossene Beträge wieder zuzufügen, an keiner Stelle normiert ist, besteht auch keine Grundlage für eine diesbezügliche aufsichtsrechtliche Maßnahme, mit der die KV zur Aufstockung der um die Schadensersatzansprüche verminderten Gesamtvergütung angehalten werden könnte.

Der Schadensersatzanspruch der Krankenkasse gegen die KV bleibt damit eine selbstständige Forderung, deren Geltendmachung nach § 51 II 1 Nr. 1 SGG vor der Sozialgerichtsbarkeit erfolgt.

Auch wenn § 40 II 1 VwGO insoweit eine abdrängende Sonderzuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit enthält, so unter anderem für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht aus öffentlich-rechtlichen Verträgen resultieren, verbleibt die Geltendmachung des Regressanspruchs der Krankenkasse gegen die KV wegen Verletzung der Gewährleistungspflicht nach § 75 I 1 dennoch bei der Sozialgerichtsbarkeit, denn § 40 II 1 umfasst nur solche Streitigkeiten, die auch bisher (d. h. vor Inkrafttreten der VwGO 1960) durch Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit entschieden wurden und nicht im Wege von § 40 I VwGO zur Verwaltungsgerichtsbarkeit übergeleitet werden sollten¹⁴⁶. Die Regressansprüche der Krankenkasse gegen die KV unterliegen dieser Zweckbestimmung aber nicht, da sie zu keinem Zeitpunkt vor Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit geltend gemacht wurden.

2. Der Schadensersatzanspruch der KV gegenüber dem Vertragsarzt

In dieser Rechtsbeziehung bestehen gegen die Aufrechenbarkeit des Regressanspruchs der KV gegen den Honoraranspruch des Vertragsarztes keine Bedenken, da der KV die Verwendung des Betrages aufgrund der ihr im Rahmen der Honorarverteilung verliehenen Autonomie (§ 85 IV) freisteht.

Für den Rechtsweg ist auf die Ausführungen im Zusammenhang mit dem Regressanspruch der Krankenkasse gegen die KV zu verweisen¹⁴⁷.

V. Ergebnis

Da in Ermangelung unmittelbarer vertraglicher oder gesetzlicher Rechtsbeziehungen kein direkter Regress der Krankenkassen gegenüber dem Vertragsarzt in Betracht kommen kann, bietet sich als einzig infrage kommender Ansatzpunkt für die Konstruktion eines vertragsarztrechtlichen Haftungssystems eine hintereinander geschaltete Haftung innerhalb der einzelnen Rechtsbeziehungen zwischen den Rechtssubjekten des Vertragsarztrechts an. Demnach wird die KV Schuldner der Krankenkasse, soweit der Behandlungsfehler des Vertragsarztes der KV als Verletzung der ihr gegenüber der Krankenkasse obliegenden Gewährleistungspflicht zugerechnet werden kann. Dies ist deshalb der Fall, da die Gewährleistungspflicht eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB analog zwischen der Krankenkasse und der KV begründet und der Vertragsarzt als Erfüllungsgehilfe der KV zu qualifizieren ist.

Infolge dieser finanziellen Inanspruchnahme durch die Krankenkasse entsteht bei der KV ein Vermögensschaden, den die KV wiederum gegenüber dem Vertragsarzt aufgrund einer entsprechenden Anwendung des Haftungstatbestands § 280 Abs. 1 BGB geltend macht. Auch die Zulassung des Vertragsarztes und seine daraus resultierende Mitgliedschaft in der KV schafft eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung im Sinne des § 280 BGB zwischen dem Vertragsarzt und der KV. Ein Verschulden des Vertragsarztes gegenüber der KV wird nicht durch § 76 IV ausgeschlossen, da seine Haftung gegenüber dem Versicherten eine darüber hinausgehende Verantwortlichkeit für anderweitige Schäden nicht konsumiert.

Innerhalb beider Rechtsbeziehungen bleibt die Haftung auf den vertragsärztlichen Regress auf § 280 Abs. 1 BGB analog beschränkt; deliktische Ansprüche können daneben in der Regel nicht geltend gemacht werden. Einen deliktischen Anspruch hat lediglich die Kassenärztliche Vereinigung gegen den Vertragsarzt aus § 823 II BGB in Verbindung mit § 16 BMV-Ä, soweit der Kassenärztliche Vereinigung aufgrund einer Anspruchsverpflichtung gegenüber den Krankenkassen ein finanzieller Schaden entsteht.

Ein sozialversicherungsrechtlicher Regress ist somit nur unter Einbeziehung der Kassenärztlichen Vereinigungen möglich. Dieses Ergebnis ist schon im Hinblick auf den Auftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen sachgerecht, die Interessen ihrer Mitglieder gegenüber den Krankenkassen zu vertreten, § 75 Abs. 2 SGB V Satz 1.

- ¹ §§ ohne besondere Bezeichnung sind solche des SGB V
- ² Diese muss nach Bogs, FS für Deutsch, S. 463, (465) mit allen Mitteln betrieben werden und darf daher die Aufarbeitung von Einzelfällen nicht scheuen.
- ³ Vgl. Hess in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, § 135, Rn. 2
- ⁴ Schneider, NZS 1997, 267; Knittel in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 135, Rn. 2
- ⁵ BVerfG NZS 2001, 213
- ⁶ BSGE 55, 144
- ⁷ von Einem, ZfS 1985, 289 ff.; Deutsch, Medizinrecht, S. 191
- ⁸ BSGE 55, 144
- ⁹ Zum Sachverhalt siehe BSGE 55, 144 (145).
- ¹⁰ Jetzt § 75 SGB V
- ¹¹ Eine entsprechende Norm ist in den §§ 69 ff. SGB V nicht mehr enthalten, da sie als Anspruchsnorm des Versicherten systematisch nicht in das Leistungserbringungsrecht gehört; eine dem § 27 I SGB V entsprechende Anspruchsgrundlage kannte die RVO jedoch bereits in Form von § 182 RVO, sodass § 368 e ohnehin nur deklaratorische Bedeutung gehabt haben dürfte; zur Bedeutung von § 368 e RVO vgl. Natter, NJW 1986, 1929, (1930).
- ¹² BSGE 55, 144, (146)
- ¹³ BSGE 55, 144, (147)
- ¹⁴ BSGE 55, 144, (150)
- ¹⁵ So Bogs, FS für Deutsch, S. 463, (464)
- ¹⁶ So von Einem, ZfS 1985, 289, (297); Deutsch, Medizinrecht, S. 191, zieht die Rechtfertigung des Anspruchs vor allem aus dem entstandenen Sozialschaden, da die Aufwendungen hierfür letztlich von der Allgemeinheit erbracht würden; Clemens in: Schulin (Hrsg.), HV-KV, S. 969, geht von einer Drittschadensliquidation und sieht die Konturen eines Vertrags zugunsten Dritter erst in einer späteren Entscheidung (BSG SozR 3-2500, § 12 Nr. 1, S. 5), die einen vertragszahnarzt-rechtlichen Regress betraf. Dieser Betrachtung ist indes nicht zu folgen, da unter Zugrundelegung einer Drittschadensliquidation die intensiven Bemühungen des Senats, die Pflichten des Vertragsarztes auch in Richtung der Krankenkasse zu lenken, überflüssig gewesen wären, da für die Drittschadensliquidation gerade typisch ist, dass derjenige, der den Schaden hat, gar keinen Anspruch innehat.
- ¹⁷ BGHZ 51, 91, (92)
- ¹⁸ ZfS 1985, 289, (298)
- ¹⁹ BSHZ 70, 327, (329)
- ²⁰ ZfS 1995, 289, (299)
- ²¹ Zum damaligen Zeitpunkt war das Vertragsrecht der Ersatzkassen noch nicht in das Kassenarztrecht des SGB V inkorporiert.
- ²² BGH NJW 1992, 1530
- ²³ BGH NJW 1992, 1530, (1531)
- ²⁴ BGHZ 9, 179
- ²⁵ Deutsch, Medizinrecht, S. 191; Plagemann, NJW 1984, 1377; Bogs, FS für Deutsch, S. 463, (466); Clemens in: Schulin (Hrsg.), HV-KV, S. 964
- ²⁶ In der Regel sind dies Ansprüche aus § 280 Abs. 1 bzw. § 823 II BGB, vgl. hierzu Krause, SGB 1982, 425, (430).
- ²⁷ BSGE 55, 144
- ²⁸ JbSozR 1984, 231, (249)
- ²⁹ So Bogs, FS für Deutsch, S. 463, (471 f.); Plagemann, NJW 1984, 1377, (1378)
- ³⁰ Seewald in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, § 31, Rn. 6
- ³¹ Insoweit kommt es also nicht darauf an, ob sich die Grundrechtsposition des Vertragsarztes in dieser Eigenschaft aus Art. 12 I GG (so Isensee, VSSR 1995, 321, (332)) oder aus Art. 33 V (so Bogs, FS für Thieme, S. 715, 717) ergibt.
- ³² Großer Senat NJW 1993, 1732
- ³³ Inzwischen in § 280 Abs. 33 BGB gesetzlich verankert
- ³⁴ Zöllner, Arbeitsrecht, S. 252
- ³⁵ Auf diese Gefahr weist Bogs, FS für Deutsch, S. 463, (472) hin.
- ³⁶ Dies galt schon unter der WRV, vgl. Nipperday in: Neumann/Nipperday/Schemmel, Die Grundrechte der Reichsverfassung, Bd. II, S. 20; für die aktuelle Ansicht Säcker in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Einleitung, Rn. 55 ff.
- ³⁷ So wohl auch Haus, SGB 1993, 449, (450)
- ³⁸ BSGE 55, 144

- ³⁹ BSGE 51, 89, (95)
- ⁴⁰ Der Krankenkasse kommt aufgrund dessen, dass bei ihr der Beitragseinzug für sämtliche Sozialversicherungsbereiche mit Ausnahme der Unfallversicherung konzentriert ist, § 28 h I SGB IV, ein besonderer Schutz gegenüber den übrigen Versicherungszweigen zu.
- ⁴¹ Siewert, Vertragsarztrecht, S. 181
- ⁴² ZfS 1985, 289, (297)
- ⁴³ Hierin besteht aber gerade der Sinn des Merkmals „Leistungsnähe“, so Fikentscher, Schuldrecht, S. 187.
- ⁴⁴ BSGE 55, 144
- ⁴⁵ Soweit auch Clemens in: Schulin (Hrsg.) HV-KV, S. 973
- ⁴⁶ Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Norm „des anderen Teils“.
- ⁴⁷ Tiedemann, NJW 1985, 2169, (2170)
- ⁴⁸ Die Gegenauffassung, wonach zwischen dem Vertragsarzt und dem Versicherten ein zivilrechtlicher Dienstvertrag zustande kommt, wird im Wesentlichen darauf gestützt, dass nur so eine Gleichstellung zwischen dem sozialversicherungsrechtlich Versicherten und dem Versicherten der PKV erreicht werden könne (so Deutsch, Medizinrecht, S. 37; Natter, Der Arztvertrag, S. 172; Jantz/Prange, Kassenarztrecht, § 368 d, Stern, SozVersR 1976, 206, [209]), was deshalb erforderlich sei, da gegenüber beiden prinzipiell identische Leistungen erbracht würden. Allerdings lässt die Identität von Leistungen keineswegs einen Schluss auf eine Identität der Art der Verpflichtung zu. Zudem erscheint es im Hinblick auf die völlig unterschiedlichen Abwicklungsmodalitäten der Leistungshonorierung bei GKV und PKV wenig erstrebenswert, hier eine Gleichstellung herbeiführen zu wollen. Die Anerkennung eines Vertrags entspricht zudem nicht der Interessenlage der Beteiligten, da ein sozialversicherter Patient bei der Konsultation eines Arztes wegen des Sachleistungsprinzips sich rechtlich nicht dahingehend binden will, irgendeine Zahlungsverpflichtung einzugehen. Vielmehr macht er bei einem Arztbesuch seinen Leistungsanspruch gegen die Krankenkasse geltend (so auch Eberhardt, AcP 171, 289, [297]; Krause, SGB 1982, 425, [430]; Schmitt-De Caluwe, VSSR 1998, 207, [230]; Letzterer spricht von einem gesetzlichen sozialversicherungsrechtlichem Sonderschuldverhältnis.).
- ⁴⁹ Siehe hierzu D. II. 1. c.
- ⁵⁰ So seit BGHZ 21, 107
- ⁵¹ Vgl. hierzu Willoweit, JuS 1984, 909, (913).
- ⁵² Schmalz in: Schroeder-Printzen, SGB X, § 116, Rn. 5; von Maydell in: von Maydell/Schellhorn, SGB X, § 116, Rn. 31; von Einem, Regress, S. 122
- ⁵³ So auch Clemens in: Schulin (Hrsg.), HV-KV, S. 964; Tiemann, NJW 1984, 2169, (2170); Haus, SGB 1993, 449, (451); Schmalz in: Schroeder-Printzen, SGB X, § 116, Rn. 12
- ⁵⁴ Zu den vorher abzuziehenden Verwaltungskosten siehe Teil 1, D. II. 1.
- ⁵⁵ Clemens in: Schulin (Hrsg.), HV-KV, S. 964 wirft diese Frage auf, ohne aber näher darauf einzugehen.
- ⁵⁶ Fikentscher, Schuldrecht, S. 293
- ⁵⁷ Brox, Allgemeines Schuldrecht, S. 187
- ⁵⁸ Schulin/Igl. Sozialrecht, 7. Auflage 2002, Rn. 295
- ⁵⁹ Höfler in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, § 66, Rn. 2
- ⁶⁰ Siehe CIII.
- ⁶¹ BGBl I 2626
- ⁶² BSGE 70, 240, (243); Sodan, NZS 1997, 305, (307); Schneider, Handbuch, S. 284
- ⁶³ Boerner, NJW 2000, 2718, (2719); ders, SGB 2000, 389, (391)
- ⁶⁴ BGBl. (1999) I S. 2626
- ⁶⁵ So im Ansatz von Einem, Regress, S. 40
- ⁶⁶ Heinrichs in: Palandt, BGB, § 276, Rn. 104; Medicus, Bürgerliches Recht, S. 218.
- ⁶⁷ In § 280 Abs. 1 BGB ist die Positive Forderungsverletzung eingegangen. Hierzu: Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 21 ff.
- ⁶⁸ So auch: Simons, Leistungsstörungen, S. 135
- ⁶⁹ So z. B. bei von Einem, Regress, S. 44 ff.; Papier, Forderungsverletzung, S. 71 ff.; Sammet, Leistungsstörungen, S. 113 f; Simons, Leistungsstörungen, S. 129 ff; Eckert, DVBl 1962, 11, (14)
- ⁷⁰ So Papier, Forderungsverletzung, S. 77 ff.
- ⁷¹ So Simons, Leistungsstörungen, S. 131 f.

- ⁷² Nach Büllesbach, Öffentlich-rechtliche Verwahrung, S.31f, stimmen Analogie und allgemeine Rechtsgrundsätze ohnehin überein, da es in beiden Fällen auf die Freilegung des Zwecks der Bestimmung ankomme.
- ⁷³ BGHZ 21, 214, (219)
- ⁷⁴ Simons, Leistungsstörungen, S. 137
- ⁷⁵ RGZ 155, 227, (232)
- ⁷⁶ BGHZ 21, 214, (218 f.)
- ⁷⁷ Papier, Forderungsverletzung, S. 79 hält hingegen im Zusammenhang mit der Diskussion um die Anwendbarkeit bürgerlich-rechtlicher Anspruchsgrundlagen im öffentlichen Recht die Unterscheidung zwischen subordinatorischen und koordinatori-schen Rechtsverhältnissen für irrelevant, da das Gesetz in § 40 II VwGO ohnehin Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften vorsehe und dabei eine solche Trennung in Gleichordnung und Über-/Unterordnung nicht vornehme. Stattdessen stellt Papier für die Anwendung einer zivilrechtlichen Haftungsnorm im öffentlichen Recht darauf ab, dass das zugrundeliegende Schuldverhältnis dem Gläubiger gegenüber eine besondere Schutzfunktion zukommen lasse. Dies sei dort der Fall, wo die Macht des Schuldners, den Gläubiger zu schädigen, entsprechend groß sei. Dieses Kriterium entbehrt jedoch jeglicher für eine Abgrenzung erforderlichen Klarheit und ist daher abzulehnen.
- ⁷⁸ Sammet, Leistungsstörungen, S. 114; Simons, Leistungsstörungen, S. 137 f.
- ⁷⁹ So auch Eckert, DVBl. 1962, 11, (14)
- ⁸⁰ In diesem Zusammenhang muss nochmals hervorgehoben werden, dass es bei einer Prüfung des § 280 BGB in Bezug auf die KV ausschließlich auf eine Verletzung der Gewährleistungspflicht gegenüber der Krankenkasse durch einen Behandlungsfehler des Arztes geht und nicht um eine objektive Verletzung des Sicherstellungsauftrages, der unstreitig eine verschuldensunabhängige Haftung nach sich zöge; vgl. Schneider, Kassenarztrecht, S. 98; Natter, Der Arztvertrag, S. 96.
- ⁸¹ Tiemann, NJW 1985, 2169, (2171)
- ⁸² Plagemann, NJW 1984, 1277, (1378); Tiemann, NJW 1985, 2169, (2171); von Einem, ZfS 1985, 289, (291), ders., Regress, S. 65
- ⁸³ RGZ 174, 163, (167)
- ⁸⁴ Dabei ist zu berücksichtigen, dass es zum damaligen Zeitpunkt noch keine KV gab und sich die Entscheidung daher mit der Frage befasst, ob der Kassenarzt Erfüllungsgehilfe der Krankenkasse ist.
- ⁸⁵ Rosin, Arbeiterversorgung, Bd. I, S. 518
- ⁸⁶ Tiemann/Tiemann, Kassenarztrecht, S. 385; Schneider, Kassenarztrecht, S. 98
- ⁸⁷ Maßgebliches Kriterium im Sozialversicherungsrecht ist die Beschäftigung im Sinne des § 7 I SGB IV.
- ⁸⁸ BGHZ 50, 32, (35)
- ⁸⁹ Löwisch in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, § 278, Rn. 1 unter Bezugnahme auf die Motive II, S. 30
- ⁹⁰ Natter, Der Arztvertrag, S. 99, weist hierauf als potenzielles Argument hin, ohne es sich aber zueigen zu machen.
- ⁹¹ Schmitt De-Caluwe, VSSR 1998, 207, (228)
- ⁹² Hess in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, § 72, Rn. 2 spricht von einer Einweisungsvorschrift; ähnlich Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 72, Rn. 1
- ⁹³ BGHZ 13, 111, (113)
- ⁹⁴ So seit BGHZ 23, 321
- ⁹⁵ Vgl. Hess in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, § 121, Rn. 2 unter Berufung auf den Regierungs-Entwurf zum GRG, S. 203.
- ⁹⁶ Hierzu eingehend: Schneider, NZS 1997, 267, (268 f.)
- ⁹⁷ Neben der Krankenkasse kommt auch eine Schädigung des Arbeitgebers in Betracht, wenn der Versicherte aufgrund des Behandlungsfehlers arbeitsunfähig wird und gem. § 3 EFZG einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat, soweit er ohne den Behandlungsfehler nicht arbeitsunfähig gewesen wäre.
- ⁹⁸ Im Rahmen der belegärztlichen Tätigkeit beschränkt sich der Schaden der Krankenkasse auf den Pflegeaufwand und die übrigen Krankenhauskosten, da die ärztliche Behandlung hier aus der Gesamtvergütung erbracht wird, § 121 III 1.
- ⁹⁹ So seit RGZ 59, 197; zuletzt BGHZ 63, 265
- ¹⁰⁰ Krause, SGB 1982, 425, (430); Bogs in: FS für Wannagat, S. 52, (63)
- ¹⁰¹ Siehe D. II. 1. b.
- ¹⁰² Natter, Der Arztvertrag, S. 92
- ¹⁰³ So aber Bley/Kreikenbohm, Sozialrecht, S. 58
- ¹⁰⁴ So Gitter, VSSR 1977, 323, (325)
- ¹⁰⁵ Peters, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 3, Rn. 6
- ¹⁰⁶ Wie diese Leistung beschaffen sein muss, folgt systematisch aus den §§ 11 ff.; § 12 I nennt als Gewährleistungsstandards aber nur eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Leistung. Der für den Behandlungsfehler maßgebliche Stand der medizinischen Erkenntnisse wird jedoch bereits in § 2 I 3 unter den allgemeinen Grundsätzen normiert, die für das Leistungs- und Leistungserbringungsrecht gleichermaßen gelten; § 72 II kommt insoweit nur noch eine deklaratorische Bedeutung zu.

- ¹⁰⁷ Peters in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, § 3, Rn. 3
- ¹⁰⁸ Letzteres wird teilweise in der PKV praktiziert; in der GKV wäre eine grundsätzliche Beitragsrückerstattung für Nicht-Inanspruchnahme von Leistungen hingegen mit dem Solidaritätsprinzip unvereinbar, da somit für die tatsächlichen Leistungsfälle auch nur noch das von diesen erbrachte Beitragsaufkommen zur Verfügung stünde; auf diese Weise wäre der von der GKV intendierte Solidarausgleich zwischen Kranken und Gesunden nicht erzielbar.
- ¹⁰⁹ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 753
- ¹¹⁰ Boerner, NJW 2000, 2718; ders., SGB 2000, 389
- ¹¹¹ Rübner in: Erichsen/Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 551
- ¹¹² Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 630
- ¹¹³ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 631; Papier in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 839, Rn. 129; Thomas in: Palandt, BGB, § 839, Rn. 29
- ¹¹⁴ Isensee, VSSR 1995, 321, (328)
- ¹¹⁵ Isensee, VSSR 1995, 321, (327)
- ¹¹⁶ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 518
- ¹¹⁷ BGHZ 41, 127
- ¹¹⁸ Thomas in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rn. 140
- ¹¹⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich um eine Rechtsverordnung, vgl. Rompf, Die Rechtsbeziehungen im Vertragsarztrecht im Hinblick auf einen sozialversicherungsrechtlichen Regress wegen eines Behandlungsfehlers des Vertragsarztes, S. 169 ff.
- ¹²⁰ BGHZ 46, 23
- ¹²¹ RGZ 157, 237
- ¹²² BGHZ 49, 21
- ¹²³ BGHZ 77, 74
- ¹²⁴ OLG Bamberg NJW 1959, 816
- ¹²⁵ Von Einem, ZfS 1985, 289, (295) folgert die Qualifikation der Mitgliedschaft des Arztes in der KV als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis bereits aus einem Vergleich mit der BGB-Gesellschaft im Sinne der §§ 705 BGB, bei der unstreitig trotz Fehlens einer eigenen Rechtspersönlichkeit ein Schuldverhältnis zwischen dem einzelnen Gesellschafter und der Gesamthand angenommen werde; da im Gegensatz zur Personengesellschaft bei einer Körperschaft die Rechtsbeziehungen ausschließlich zwischen dem Mitglied und der Körperschaft beständen, müssten diese erst recht als ein Schuldverhältnis im Sinne einer öffentlich-rechtlichen Sonderverbindung betrachtet werden. Auch wenn diese Ansicht dadurch gestützt wird, dass zunehmend von der Rechtspersönlichkeit der BGB-Gesellschaft ausgegangen wird (Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 207; BGH, Urteil vom 30. 1.2001) trägt dieser auf das Gesellschaftsrecht beschränkte Vergleich dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Mitgliedschaft des Vertragsarztes in der KV nicht hinreichend Rechnung.
- ¹²⁶ Danach könnte es nahe liegen, die rechtlichen Folgen des Behandlungsfehlers nicht nach § 280 Abs. 2 BGB, sondern entsprechend §§ 320 ff. BGB abzuwickeln. Die §§ 320 ff. beziehen sich jedoch nur auf die gänzliche oder teilweise Nichtleistung synallagmatischer Verpflichtungen (Otto in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, § 320, Rn. 21; Heinrich in: Palandt, BGB, § 320, Rn. 7). Der Behandlungsfehler ist jedoch dadurch gekennzeichnet, dass die Leistung im Grunde erbracht, jedoch qualitativ nicht ordnungsgemäß erfüllt wird. Dass die §§ 320 ff. BGB für eine solche Schlechtleistung nicht gelten (für die Anwendung: Emmerich in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 320, Rn. 18) beweist die Existenz zahlreicher Spezialvorschriften für das Gewährleistungsrecht, z. B. §§ 459 ff., 633 ff. BGB.
- ¹²⁷ Hess in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, § 95, Rn. 58; Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 95, Rn. 5
- ¹²⁸ §§ 5 I, II, BMV-Ä, §§ 31 III, V ZV, 120, 121 SGB V
- ¹²⁹ Siehe D. II.
- ¹³⁰ Schimmelpfeng-Schütte, MedR 2000, 512, (516)
- ¹³¹ D. II. 1. a. bb.
- ¹³² Sammet, Leistungsstörungen, S. 114; Simons, Leistungsstörungen, S. 133
- ¹³³ So seit RGZ 155, 227, (232)
- ¹³⁴ Isensee, VSSR 1995, 321, (327 f.)
- ¹³⁵ Die erste Normierung der Fürsorgepflicht erfolgte ohnehin in § 120 a GewO als öffentlich-rechtliche Verpflichtung und erlangte im zivilen Arbeitsrecht erst über § 618 BGB Bedeutung, vgl. Blomeyer in: Münchener Handbuch des Arbeitsrechts, § 84, Rn. 4.
- ¹³⁶ Zum Verschuldensmaßstab bei der pFV grundlegend: BGHZ 11, 80
- ¹³⁷ Bogs in: FS für Wannagat, S. 51, (63 f.); Tiemann, NJW 1985, 2169, (2170); Plagemann, NJW 1984, 1377, (1378); Lüke, SGB 1985, 301 (305)

¹³⁸ So Tiemann, NJW 1985, 2169, (2170)

¹³⁹ Plagemann, NJW 1984, 1377, (1378)

¹⁴⁰ Bogs in: FS für Wannagat, S. 51, (64)

¹⁴¹ BGH SGB 1999, 501, (504)

¹⁴² Ein Amtshaftungsanspruch der Kassenärztlichen Vereinigung gegenüber dem Vertragsarzt wäre ohnehin unter dem Gesichtspunkt der Konfusion problematisch, da die Haftung nach Art. 34 GG auf die Kassenärztliche Vereinigung als Anstellungskörperschaft überginge, sodass Anspruchsinhaber und -gegner identisch wären. Dies führt nach dem Grundsatz der Konfusion zum Erlöschen des Anspruchs.

¹⁴³ Vgl. D. II. 2.

¹⁴⁴ Heinrichs in: Palandt, BGB, § 387, Rn. 4

¹⁴⁵ § 395 nennt zwar nur das Recht von Bundesstaaten, Gemeinden oder Kommunalverbänden; nach inzwischen allgemein anerkannter Auffassung gilt dieses partielle Aufrechnungshindernis des § 395 BGB jedoch gegenüber Forderungen sämtlicher öffentlich-rechtlicher Körperschaften (Heinrichs in: Palandt, BGB, § 395 Rn. 1); dies muss insbesondere für Krankenkassen gelten, die zum Zeitpunkt des Erlasses des BGB noch gar keinen Körperschaftsstatus innehatten bzw. für die KV, die seiner Zeit noch nicht existierte, sodass der Gesetzgeber sie noch nicht zugrunde legen konnte.

¹⁴⁶ Kopp/Schenke, VwGO, § 40, Rn. 69

¹⁴⁷ E. I V. 1

Die Haftung der Krankenkassen bei Behandlungsfehlern von Vertragsärzten

RA Marcus Mohr, CMS Hasche Sigle, Hamburg

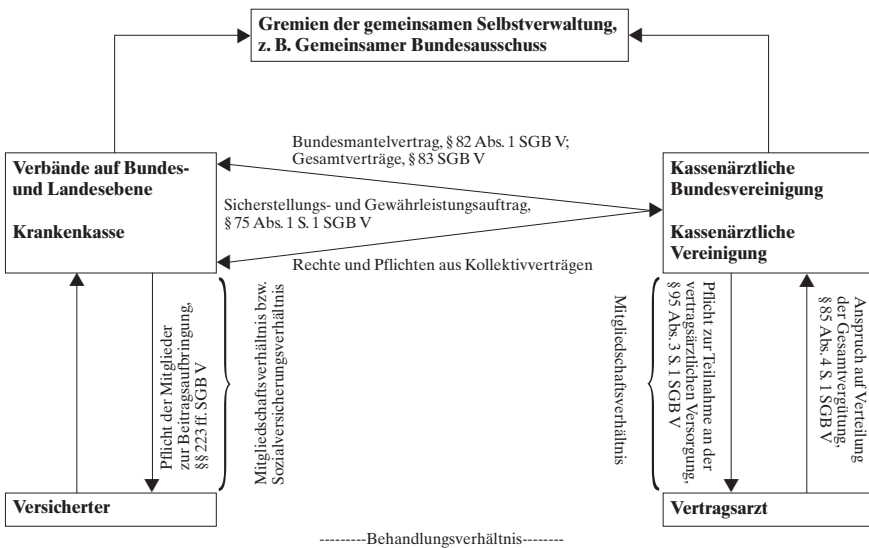
I. Einführung

Die Auseinandersetzung mit den „Haftungsfragen im System der Leistungserbringung des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts“ – so das Thema der diesjährigen Tagungsveranstaltung – ist schon angesichts ihrer enormen Bedeutung für die Praxis gerechtfertigt. Bedenkt man, dass in Deutschland über 85 %¹ der Bevölkerung in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind, können Untersuchungen, ob und gegebenenfalls wie die Besonderheiten dieser Rechtsmaterie auf das Haftungsrecht durchschlagen, in ihren Auswirkungen kaum unterschätzt werden. Die Bedeutung der Haftung der Krankenkassen bei Behandlungsfehlern von Vertragsärzten lässt sich dabei ebenfalls bereits statistisch belegen. Man geht davon aus, dass die Zahl der Arzthaftpflichtstreitigkeiten in Deutschland ständig zunimmt². Dabei wird sich ein Großteil dieser Streitigkeiten mutmaßlich gegen Vertragsärzte richten, d. h. gegen die Ärzte, die zur ambulanten Versorgung sozialversicherter Patienten zugelassen sind (vgl. § 95 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 SGB V). Denn von insgesamt 305 000 berufstätigen Ärzten in Deutschland gehören ca. 116 000 und somit etwa rund 38 % dem Kreis dieser zugelassenen Leistungserbringer an und sind als solche dem möglichen Vorwurf eines Behandlungsfehlers ausgesetzt³.

Der Grund dafür, dass auch der sozialversicherte Patient lediglich versuchen wird, den ihn fehlbehandelnden Arzt in Anspruch zu nehmen, findet sich in dem „unangefochtenen“⁴ und „unumstößlichen“⁵ Grundsatz der ausschließlichen Eigenverantwortlichkeit der Ärzte. Eine Haftung der Krankenkassen für ärztliche Behandlungsfehler wird selten erwogen und von den wenigen Stimmen in der Rechtsprechung und Literatur, die sich mit ihr eingehend auseinandersetzen⁶, nahezu ausnahmslos abgelehnt⁷. Dabei finden allerdings die Besonderheiten des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts (nachfolgend II.) keine hinreichende Berücksichtigung. Zwar hat der Vertragsarzt, dem bei der ambulanten Behandlung sozialversicherter Patienten schuldhaft ein Behandlungsfehler unterläuft, letzterem gegenüber auf Ersatz aller adäquat kausal verursachten Schäden einzustehen (nachfolgend III.). Die gleiche Verantwortlichkeit trifft daneben allerdings auch die Krankenkasse des Versicherten, soweit sie die Krankenbehandlung als Naturalleistung erbringt (nachfolgend IV.).

II. Die Besonderheiten des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts

Die wesentliche Besonderheit des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts besteht im Hinblick auf die Haftungsfrage darin, dass – anders als bei der Versorgung von Privatpatienten – an der vertragsärztlichen Versorgung von Kassenpatienten eben nicht bloß Arzt und Patient beteiligt sind. Vielmehr ist – grob skizziert – innerhalb eines „subtil organisierten öffentlich-rechtlichen Systems“⁸ von einem Vierecksverhältnis zwischen dem Versicherten, seiner Krankenkasse, der Kassenärztlichen Vereinigung und dem Vertragsarzt auszugehen.



1. Sozialversicherungsverhältnis zwischen dem Versicherten und seiner Krankenkasse

Der in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherte Personenkreis (vgl. §§ 5 bis 10 SGB V) hat im Krankheitsfall einen Anspruch auf Krankenbehandlung (§ 11 Abs. 1 Nr. 4, §§ 27 ff. SGB V). Dieser Anspruch richtet sich gegen die Krankenkassen, die als Körperschaften des öffentlichen Rechts Träger der gesetzlichen Krankenversicherung sind (§ 29 Abs. 1 SGB IV, § 4 Abs. 1 SGB V). Von diesem Sozialversicherungsverhältnis ist das Mitgliedschaftsverhältnis im Sinne der §§ 186 ff. SGB V zu unterscheiden. Es ist Grundlage dafür, dass die meisten Versicherten die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung für sich und die von ihrer Stammmitgliedschaft abgeleiteten Versicherungsverhältnisse (vgl. § 10 SGB V) durch Beiträge „erkaufen“⁹. Diese Leistungen erhalten die Versicherten von den Krankenkassen schließlich als Sach- und Dienstleistungen (§ 2 Abs. 2 S. 1 SGB V). Denn anders als der Privatpatient beschafft sich der sozialversicherte Patient im Krankheitsfall erforderliche Gesundheitsleistungen grundsätzlich nicht selbst und bekommt die insoweit verauslagten Kosten von seiner Krankenkasse erstattet. Vielmehr stellt die Krankenkasse ihrem Versicherten unter anderem auch die ambulante ärztliche Behandlung unmittelbar zur Verfügung. Dieses Naturalleistungsprinzip gehört selbst nach über 100 Jahren¹⁰ zu den „tragenden“ Strukturprinzipien der gesetzlichen Krankenversicherung¹¹, auch wenn das System dem Kostenerstattungsprinzip mittlerweile offen gegenübersteht (vgl. § 13 Abs. 2 S. 1 SGB V).

2. Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen

Das Naturalleistungsprinzip erfordert es, dass die Krankenkassen in Rechtsbeziehungen zu Ärzten treten, um sie zur kostenlosen ambulanten Behandlung ihrer Versicherten zu verpflichten. Unmittelbare Rechtsbeziehungen bestehen zwischen den Krankenkassen und diesen Leistungserbringern im Regelfall allerdings nicht¹². Vielmehr sind Ärzte und Krankenkassen über die Kassenärztlichen Vereinigungen miteinander verbunden. Letztere haben gemäß § 75 Abs. 1 S. 1 SGB V gegenüber den Kassen die vertragsärztliche Versorgung der Versicherten sicherzustellen und die Gewähr dafür zu übernehmen, dass die Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht. Dementsprechend werden Einzelheiten über die ambulante Behandlung sozialversicherter Patienten grundsätzlich nicht zwischen den Krankenkassen und einzelnen Ärzten, sondern auf Bundes- und Landesebene zwischen den Krankenkassenverbänden und den Kassenärztlichen Vereinigungen in Kollektivverträgen – dem Bundesmantelvertrag und den Gesamtverträgen – vereinbart (vgl. § 82 f. SGB V).

3. Rechtsbeziehungen zwischen dem Vertragsarzt und seiner Kassenärztlichen Vereinigung

Die Kassenärztlichen Vereinigungen kommen als Körperschaften des öffentlichen Rechts (vgl. § 77 Abs. 5 SGB V) ihrem Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrag in erster Linie durch die Vertragsärzte nach, die bereits kraft ihrer Zulassung Zwangsmitglieder der für ihren Arztsitz zuständigen Vereinigung sind. Als solche sind die Ärzte gegenüber ihrer Kassenärztlichen Vereinigung zur ambulanten Behandlung sozialversicherter Patienten nicht nur berechtigt, sondern unter Beachtung der gesetzlichen und untergesetzlichen Vorgaben des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts auch verpflichtet (vgl. § 95 Abs. 3 SGB V). Dementsprechend richten sich auch die Vergütungsansprüche der Ärzte weder gegen die Versicherten noch gegen die Krankenkassen¹³. Vielmehr erfolgt eine Abrechnung ambulant erbrachter Versorgungsleistungen durch die Ärzte unmittelbar gegenüber ihrer Kassenärztlichen Vereinigung, welche die insoweit von den Kassen mit befreiender Wirkung entrichtete Gesamtvergütung unter ihren Mitgliedern verteilt (vgl. § 85 SGB V).

4. Einordnung des Behandlungsverhältnisses zwischen dem Vertragsarzt und dem Kassenpatienten

Der Vertragsarzt erfüllt schließlich in jedem einzelnen Behandlungsfall den gegen die Kasse gerichteten Anspruch des Versicherten auf ambulante ärztliche Behandlung. Letzterer ist im Krankheitsfall berechtigt, frei unter den zugelassenen Leistungserbringern zu wählen und von jedem von ihnen kostenlose Behandlung zu verlangen (§ 76 Abs. 1 S. 1 SGB V). Ob und welche Rechtsbeziehungen dabei zwischen Vertragsarzt und Kassenpatient bestehen, d. h. wie sich das aufgezeigte Vierecksverhältnis schließt, ist seit langer Zeit in der Rechtsprechung und Literatur umstritten¹⁴. Vor allem die Zivilrechtler gehen davon aus, dass trotz der öffentlich-rechtlichen Determinierung des Vertragsarzt-Kassenpatienten-Verhältnisses mit der Übernahme der Behandlung –

ebenso wie zwischen Arzt und Privatpatient – zwischen ihnen ein privatrechtlicher Behandlungsvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB zustande kommt (Vertragskonzeption)¹⁵. Die Annahme, dass Vertragsarzt und Kassenpatient – sei es auch nur konkludent – auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärungen austauschen, bleibt allerdings reine Fiktion¹⁶. Denn der Versicherte, der einen Vertragsarzt aufsucht, will diesen nicht vertraglich zu einer Leistung verpflichten. Er verlangt vielmehr eine Behandlung, die er sich durch seine Mitgliedsbeiträge schon von der Kasse erkauft hat¹⁷. Andererseits weiß auch der Vertragsarzt, dass er bereits gesetzlich zur Behandlung von Kassenpatienten verpflichtet ist und dass es darüber hinaus einer zusätzlichen Verpflichtung auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages nicht bedarf. Er weiß zudem, dass sich seine Vergütungsansprüche nicht gegen seinen vermeintlichen Vertragspartner, sondern gegen seine Kassenärztliche Vereinigung richten¹⁸. Dementsprechend ist mit den Anhängern der Versorgungskonzeption¹⁹ davon auszugehen, dass Vertragsarzt und Kassenpatient ohne die Vorschrift des § 76 Abs. 4 SGB V in keinerlei Rechtsbeziehungen zueinander stünden. Diese Norm, die unter Zugrundelegung der Vertragskonzeption zudem obsolet wäre²⁰, verpflichtet den Vertragsarzt allerdings mit der Behandlungsübernahme gegenüber dem Versicherten zur Einhaltung der Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts. Mit der Behandlungsübernahme begründet § 76 Abs. 4 SGB V daher zwischen Vertragsarzt und Kassenpatient ein einseitiges Sorgfaltspflichtenverhältnis²¹.

III. Die Eigenhaftung des Vertragsarztes für Behandlungsfehler

Im Hinblick auf die Eigenhaftung des Vertragsarztes für Behandlungsfehler hat der vorbenannte Meinungsstreit keine Auswirkungen. Sowohl die Vertreter der Vertragskonzeption als auch die Vertreter der Versorgungskonzeption kommen zu dem Ergebnis, dass der Arzt dem sozialversicherten Patienten auf Schadensersatz einzustehen hat, sofern ihm bei der medizinischen Versorgung schuldhaft ein Fehler unterläuft²². Dabei wird von einer zivilrechtlichen Arzthaftung ausgegangen, die sich aus § 280 BGB sowie aus § 823 BGB ergeben soll²³. Denn selbst nach der Versorgungskonzeption ist der Vertragsarzt gegenüber dem Versicherten – wenn auch nicht vertraglich – jedenfalls gesetzlich zur sorgfältigen Behandlung verpflichtet und besteht dementsprechend auch auf dieser Grundlage ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien, innerhalb dessen sich jede Abweichung vom medizinischen Standard als eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB darstellt.

Dieses Ergebnis, d. h. die Eigenhaftung des Arztes, steht schließlich auch im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers, der durch § 76 Abs. 4 SGB V bzw. die inhaltsgleiche Vorgängerregelung in § 368 d Abs. 4 RVO gegenüber Zweifeln²⁴ an der Eigenhaftung des Arztes gerade „klarstellen [wollte], dass durch die Übernahme der Behandlung der Kassenarzt dem Versicherten gegenüber in gleicher Weise zur Sorgfalt verpflichtet wird, wie gegenüber den ihm in Anspruch nehmenden Privatpatienten“²⁵. Ziel der Vorschrift war es somit, die Arzthaftung gegenüber dem Kassenpatienten und Privatpatienten inhaltlich gleich auszugestalten. Dennoch ist unter Beachtung des Nachstehenden fraglich, ob es sich tatsächlich um eine zivilrechtliche Haftung des Vertragsarztes gegenüber dem Versicherten handelt (und handeln muss). Vielmehr spricht einiges dafür, dass gerade durch § 76 Abs. 4 SGB V lediglich ein zivilrechtlicher

Sorgfaltsmaßstab („Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts“) in das öffentliche Recht übertragen wird, d. h. zwischen Arzt und Versichertem ein einseitiges, dem öffentlichen Recht zuzuordnendes Sorgfaltspflichtenverhältnis besteht²⁶, auf das § 280 Abs. 1 BGB „nur“ entsprechende Anwendung findet. Ob daher tatsächlich sogar von einer öffentlich-rechtlichen Arzthaftung auszugehen ist, soll an dieser Stelle jedoch dahingestellt bleiben.

IV. Die Haftung der Krankenkassen für Behandlungsfehler „ihrer“ Vertragsärzte

Unstreitig stehen dem sozialversicherten Patienten, der durch einen Behandlungsfehler in seinen Rechtsgütern verletzt wird, nach Maßgabe des SGB V Primärleistungsansprüche gegen seine Krankenkasse zu, so etwa ein Anspruch auf eine erforderliche Folgekrankenbehandlung. Denn maßgeblich ist insoweit zunächst allein das Bestehen des Versicherungsfalls Krankheit, auf dessen Ursache es grundsätzlich nicht ankommt²⁷. Nach der hier vertretenen Auffassung hat die Krankenkasse darüber hinaus ihrem Versicherten aber auch für solche Schäden einzustehen, die nicht bereits durch Sozialleistungen ausgeglichen werden, und schuldet sie im Wege des Schadenersatzes zum Ausgleich immaterieller Schäden, z. B. auch die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes (vgl. § 253 BGB).

1. Ansätze für eine Behandlungsfehlerhaftung der Krankenkasse

Im Ansatz lässt sich eine Behandlungsfehlerhaftung der Krankenkasse auf zwei Wegen herleiten²⁸:

a. Originäre Verantwortlichkeit

Einerseits kommt eine originäre, d. h. unmittelbare Verantwortlichkeit entsprechend § 280 Abs. 1 BGB in Betracht. Die sinngemäße Anwendung des vertraglichen Schuldrechts auf öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse ist als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens generell immer dann anerkannt, „wo ein besonders enges Verhältnis des Einzelnen zum Staat oder zur Verwaltung begründet worden ist und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen ein Bedürfnis zu einer angemessenen Verteilung der Verantwortung innerhalb des öffentlichen Rechts vorliegt“²⁹. Davon ausgehend wird das Sozialversicherungsverhältnis zu Recht als geradezu „maßgeschneidertes“ öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis bezeichnet, auf das die Vorschriften des zivilrechtlichen Schuldrechts über Leistungsstörungen mangels vergleichbarer Regelungen im Sozialgesetzbuch schon zur Vermeidung von Haftungsdefiziten entsprechend anzuwenden sind³⁰. Die Krankenkasse hat demzufolge ihrem Versicherten auf Schadensersatz einzustehen, wenn sich der vertragsärztliche Behandlungsfehler innerhalb des Sozialversicherungsverhältnisses als eine von ihr zu vertretende Pflichtverletzung darstellt. Das wäre schon immer dann der Fall, wenn sie ihrem Versicherten im Krankheitsfall auch die sorgfältige Durchführung der ambulanten medizinischen Versorgung schuldet und sich gemäß § 278 BGB das vertragsärztliche Verschulden zurechnen lassen muss, mithin der fehlbehandelnde Vertragsarzt bei der ambulanten Versorgung sozialversicherter Patienten als Erfüllungsgehilfe der Kasse tätig wird.

b. Derivative Verantwortlichkeit

Andererseits ist an eine derivative, d. h. mittelbare (Amts-)Haftung der Krankenkassen zu denken, die besteht, soweit die unter III. dargestellte persönliche Schadenersatzpflicht des Vertragsarztes gegenüber dem Versicherten auf die Kasse übergeleitet wird. Eine solche Schuldübernahme sieht das deutsche Recht bekanntlich in Art. 34 S. 1 GG vor. Voraussetzung ist demnach, dass der Vertragsarzt bei der Behandlung sozialversicherter Patienten ein öffentliches Amt ausübt. Unbeschadet der Frage, ob in diesem Fall die Verantwortlichkeit anstelle des Vertragsarztes die Krankenkasse trifft³¹, würde eine befreiende Schuldübernahme nach Art. 34 S. 1 GG im Außenverhältnis zum geschädigten Patienten allerdings zu einer völligen Enthftung des Arztes führen. Der Vertragsarzt könnte wegen eines Behandlungsfehlers allenfalls noch im Wege des Regresses – und das unter Beachtung des Art. 34 S. 2 GG grundsätzlich nur eingeschränkt³² – in Anspruch genommen werden.

2. Die (vermeintlichen) Gegenargumente

Für eine Haftung der Krankenkasse kommt es somit entscheidend darauf an, dass der Vertragsarzt bei der Behandlung sozialversicherter Patienten als Erfüllungsgehilfe in ihrem Pflichtenkreis tätig wird oder aber ein von ihr anvertrautes öffentliches Amt ausübt. Beides wird nahezu ausnahmslos abgelehnt. Betrachtet man allerdings die Gründe genauer, die im Wesentlichen gegen eine Behandlungsfehlerhaftung der Kasse ins Feld geführt werden, geht es offensichtlich aber einzig und allein darum, ein unerwünschtes Ergebnis zu vermeiden.

a. Freiberuflichkeit der Vertragsärzte

Beispielsweise findet sich immer wieder das Argument, dass die freiberufliche Stellung der Vertragsärzte deren Qualifikation als Erfüllungsgehilfen der Krankenkassen entgegenstehe und darüber hinaus deren persönliche Haftung erfordere³³. Ein Zusammenhang zwischen der Tatsache, dass jeder Arzt einen freien Beruf ausübt (vgl. § 1 Abs. 2 BÄO, § 1 Abs. 1 S. 2, 3 MBO-Ä), und der gegenständlichen Haftungsproblematik ist jedoch nicht erkennbar. Denn abgesehen davon, dass jedenfalls durch die rechtliche Qualifikation des Vertragsarztes als Erfüllungsgehilfe dessen Eigenhaftung unberührt bliebe, können auch Freiberufler anerkanntermaßen Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 S. 1 BGB sein oder ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 34 S. 1 GG ausüben. Das folgt schon darauf, dass beide Vorschriften eine Zurechnung bzw. Schuldübernahme nicht von dem Rechtsstatus des Handelnden abhängig machen, sondern allein auf die Funktion des Handelnden abstellen³⁴. Dementsprechend muss sich nicht nur der Arbeitgeber das schuldhaftes Fehlverhalten seines angestellten Arztes gemäß § 278 S. 1 BGB wie eigenes zurechnen lassen, wenn er – der Arbeitgeber – selbst Schuldner des bei der ärztlichen Behandlung geschädigten Patienten ist³⁵, sondern ist in der Rechtsprechung und Literatur auch anerkannt, dass Ärzte ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 34 S. 1 GG ausüben können³⁶. Die Freiberuflichkeit trifft also für sich betrachtet keine Aussage über die Haftung der Krankenkasse. Vielmehr wollte der

Gesetzgeber mit § 1 Abs. 2 BÄO nur klarstellen, dass die Freiheit des ärztlichen Handelns im Sinne der Therapiefreiheit gewährleistet sein muss, und zwar unabhängig davon, in welcher Form der Beruf ausgeübt wird^{37,38}.

b. Ausschluss der Behandlungsfehlerhaftung der Krankenkasse durch § 76 Abs. 4 SGB V

Andere Stimmen in der Literatur wollen schließlich davon ausgehen, dass § 76 Abs. 4 SGB V einer Haftung der Krankenkasse für ärztliches Fehlverhalten entgegenstehe³⁹. Die Vorschrift soll demnach nicht nur die persönliche Haftung der Vertragsärzte für Behandlungsfehler anordnen bzw. klarstellen, sondern soll gleichfalls eine dahingehende Verantwortlichkeit anderer Haftungssubjekte – wie etwa der Krankenkasse – ausschließen⁴⁰. Allein aus dem Wortlaut ergibt sich ein solcher Haftungsausschluss allerdings nicht. Vielmehr wird in § 76 Abs. 4 SGB V lediglich auf einen Sorgfaltsmaßstab verwiesen. Die Feststellung, dass hier „weder von der Person des Haftungsgegners – Kassenarzt oder Krankenkasse – noch von den Haftungsgrundlagen – Vertrags-, Delikts- oder Amtshaftung – [...] die Rede“ ist⁴¹, ist zutreffend.

aa. Ausschluss einer derivativen Haftung

Gleichwohl ist es richtig, § 76 Abs. 4 SGB V über seinen Wortlaut hinaus Bedeutung beizumessen. Denn nur so lässt sich dem gesetzgeberischen Willen Rechnung tragen, die Arzthaftung gegenüber dem Privatpatienten und dem Kassenpatienten inhaltlich gleich auszugestalten⁴². Denn unbeschadet dessen, dass es einem Prinzip unserer Rechtsordnung entspricht, dass derjenige, den bestimmte Haupt- oder Nebenleistungspflichten treffen, seinem Gläubiger gegenüber für die Folgen ihrer Verletzung einzustehen hat⁴³, sollte nach dem Willen des Gesetzgebers mit der dem Vertragsarzt auferlegten Verpflichtung zur Einhaltung der Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts auch dessen Eigenhaftung bei der Verletzung dieser Sorgfaltspflicht korrespondieren. Eine persönliche Inanspruchnahme des Vertragsarztes durch den Kassenpatienten wäre aber unter den Voraussetzungen des Art. 34 S. 1 GG, wie gesagt⁴⁴, ausgeschlossen. Der Normzweck von § 76 Abs. 4 SGB V ist daher nur erreichbar, wenn die Vorschrift einer befreienden Schuldübernahme entgegensteht. Obwohl einiges dafür spricht, dass der Vertragsarzt bei der ambulanten Behandlung innerhalb des „subtil organisierten öffentlich-rechtlichen Systems“ ein öffentliches Amt ausübt, d. h. die Voraussetzungen einer Haftungsüberleitung grundsätzlich vorliegen, ist somit in der Tat davon auszugehen, dass § 76 Abs. 4 SGB V – vergleichbar mit § 19 Abs. 1 S. 4 BNotO – die Rechtsfolge des Art. 34 S. 1 GG und damit eine derivative Behandlungsfehlerhaftung der Krankenkasse (konkulent) ausschließt⁴⁵.

bb. Kein Ausschluss einer originären Haftung

Daraus folgt jedoch nicht, dass § 76 Abs. 4 SGB V auch einer originären Verantwortlichkeit der Krankenkasse für Behandlungsfehler „ihrer“ Vertragsärzte entgegensteht. Denn von einem „untrennbaren Zusammenhang zwischen der Haftungsbegründung im Kassenarzt/Versicherten-Verhältnis und dem Haftungsausschluss im Krankenkasse/Versicherten-Verhältnis“⁴⁶ kann gerade nicht die Rede sein, solange eine gleich gelagerte Schadensersatzpflicht der Krankenkasse die Eigenhaftung des Vertragsarztes unberührt lässt. Letzteres ist aber der Fall, soweit die Krankenkasse allein nach § 280 Abs. 1 BGB ihrem Versicherten auf Schadensersatz einzustehen hat, weil selbst die Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Vertragsarztes seine persönliche Haftung gegenüber den sozialversicherten Patienten unangetastet ließe. Die zuvor – unter aa. – geführten Überlegungen greifen daher in diesem Zusammenhang nicht. Vielmehr ist ein Ausschluss der originären Verantwortlichkeit der Krankenkasse allenfalls zu vertreten, wenn man davon ausgeht, dass durch § 76 Abs. 4 SGB V dem Vertragsarzt die sorgfältige Behandlung von Kassenpatienten im Sinne einer Substitution abschließend und ausschließlich zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung übertragen wurde⁴⁷. Das lässt sich jedoch weder dem Wortlaut der Vorschrift entnehmen noch kann man dem Gesetzgeber einen dahingehenden Willen unterstellen. Der Gesetzgeber wollte zwar sicherstellen, dass auch der Vertragsarzt von dem Kassenpatienten wegen der Folgen eines Behandlungsfehlers persönlich auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann. Er wollte jedoch nicht gleichzeitig eine Behandlungsfehlerhaftung der Krankenkasse ausschließen, die er überhaupt nicht in Erwägung gezogen hat.

c. Pflichtenkreis der Krankenkasse

Kommt weiterhin zumindest eine Haftung der Krankenkasse entsprechend § 280 Abs. 1 BGB in Betracht, soweit dem Vertragsarzt bei der ambulanten Behandlung sozialversicherter Patienten schuldhaft ein Fehler unterläuft, kann im Hinblick auf die Haftungsbegründung allein noch der Umfang ihrer Naturalleistungsverpflichtung im Krankheitsfall infrage gestellt werden. Denn auf der Grundlage ihres Pflichtenkreises bestimmt sich die Reichweite des Verantwortungsbereichs der Krankenkasse⁴⁸. Kurzum: Schuldet die Krankenkasse ihrem Versicherten im Krankheitsfall die ambulante Krankenbehandlung als solche, d. h. im Sinne einer Dienstleistung, schuldet sie diesem auch die ordnungsgemäße Erbringung dieser Dienstleistung, und es würde sich jede Abweichung vom medizinischen Standard objektiv als Pflichtverletzung der Kasse darstellen⁴⁹. Schuldet die Kasse dagegen ihrem Versicherten nur die Vermittlung dienstbereiter Ärzte (Dienstvermittlungstheorie⁵⁰) oder die Verschaffung ärztlicher Dienstleistungen (Dienstverschaffungstheorie⁵¹), endet ihr Verantwortungsbereich spätestens mit der tatsächlichen Übernahme der Behandlung durch den Vertragsarzt und muss im Zusammenhang mit Fehlern anlässlich der Behandlung ihr gegenüber der Vorwurf einer Pflichtverletzung ausscheiden⁵².

aa. Überlegungen zum Pflichtenkreis der Krankenkasse

Tatsächlich haben sich bislang in Deutschland nur wenige Autoren im Zusammenhang mit der gegenständlichen Haftungsfrage mit der Reichweite der Naturalleistungspflichten der Krankenkasse beschäftigt. Natter gesteht schließlich offen ein, dass allein eine „Korrektur des Naturalleistungsprinzips“ der juristische Hebel sei, um die Verantwortlichkeit der Krankenkasse für Behandlungsfehler auszuschließen⁵³. Diese ergebnisorientierte Korrektur hält allerdings einer dogmatischen Überprüfung nicht stand. Die Annahme, dass die Krankenkasse ihrem Versicherten im Krankheitsfall nicht die medizinische Versorgung als solche schuldet, bereitet auf der Grundlage der Versorgungskonzeption⁵⁴ schon deswegen Schwierigkeiten, weil dem Versicherten anderenfalls überhaupt kein (Haupt-)Leistungsanspruch auf ambulante Krankenbehandlung zustünde. Denn es besteht entgegen den Vertretern der Vertragskonzeption⁵⁵ gerade kein Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient, aus dem sich ein dahingehender Anspruch ergibt. Auch darüber hinaus sprechen zahlreiche Erwägungen für ein weites Verständnis der Naturalleistungsverpflichtung der Kasse. Der Einfachheit halber soll nachfolgend allein auf den Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung abgestellt werden. Danach schuldet die Kasse ihrem Versicherten die ärztliche Behandlung⁵⁶. Die These, ihre Verpflichtung umfasse nur die Vermittlung von abschlussbereiten Ärzten oder die Verschaffung von ärztlichen Dienstleistungen, ist nicht aufrechtzuerhalten⁵⁷.

bb. Wortlaut einschlägiger Bestimmungen des Leistungsrechts des SGB V

Bereits in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V heißt es: „Die Krankenkassen stellen den Versicherten die [...] Leistungen [...] zur Verfügung.“ Das Gesetz geht also nicht davon aus, dass die Pflicht der Krankenkasse sich in der Zurverfügungstellung von Leistungserbringern erschöpft. Vielmehr fasst es den Pflichtenkreis weiter, zumal – wie § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V ausdrücklich zu entnehmen ist – dem Versicherten als Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen sind. Das ist keinesfalls gleichbedeutend mit einer Dienstverschaffungspflicht der Krankenkasse. Ärztliche Dienstleistungen sind eben nicht bloß „zu verschaffen“ oder „zu überlassen“ (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG). Bestätigung findet das auch in § 13 Abs. 3 S. 1 SGB V, der für einen Fall des Systemversagens⁵⁸ die Möglichkeit der Kostenerstattung vorsieht, wenn „die Krankenkasse eine unaufschiebbare Leistung nicht rechtzeitig erbringen“ konnte oder „sie eine Leistung zu Unrecht abgelehnt“ hat. „Leistung“ kann demnach nur als die Erbringung einer Dienstleistung selbst begriffen werden⁵⁹. Es ist gerade nicht zu lesen, dass die Krankenkasse einen Leistungserbringer nicht rechtzeitig zur Verfügung stellen oder eine Leistung nicht rechtzeitig verschaffen konnte. Darüber hinaus erfasst ein „Erbringen“ ebenso wie ein „Erhalten“ (vgl. § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V) – noch deutlicher als ein „zur Verfügung stellen“ – seinem Wortsinn nach die Durchführung der Leistung als solche.

Jegliche Zweifel beseitigen die §§ 11 Abs. 1 Nr. 4, 27 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 SGB V⁶⁰. Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 4 SGB V haben Versicherte einen „Anspruch auf Leistungen zur Behandlung einer Krankheit“. Konkret geht § 27 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 SGB V von einem „Anspruch auf Krankenbehandlung“ aus, der die „ärztliche Behandlung“ umfasst. Zwangsläufig korrespondiert mit diesem Behandlungsanspruch des Versicherten die Verpflichtung der Krankenkasse als Schuldnerin. Der Grundsatz, dass aus dem Anspruch des Sozialleistungsberechtigten eine entsprechende Pflicht des Leistungsträgers resultiert, folgt allgemein bereits aus § 17 Abs. 1 SGB I. Es steht auch außer Frage, dass insoweit allein die Krankenkasse als Verpflichtete in Betracht kommt (vgl. schon § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V: „die Krankenkassen“). Selbst nach § 13 Abs. 1 SGB V darf die „Krankenkasse“ „anstelle der Sach- oder Dienstleistungen (§ 2 Abs. 2)“ Kosten nur in den gesetzlich geregelten Fällen erstatten. Die Krankenkasse ist demzufolge nicht nur in den gesetzlich geregelten Fällen Schuldnerin der Kostenerstattung. Sie ist auch für den Regelfall Schuldnerin der Sach- und Dienstleistungen, mitunter der ärztlichen Behandlung im Sinne von § 28 Abs. 1 SGB V. Es kann weiterhin nicht bezweifelt werden, dass Inhalt dieses Anspruchs des Versicherten die „ärztliche Behandlung“ als solche ist. Nicht einmal andeutungsweise kann man den §§ 11 Abs. 1 Nr. 4, 27 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1, 28 SGB V entnehmen, dass die Durchführung der Behandlung aus dem Verantwortungsbereich der Krankenkasse im Sinne der Dienstvermittlungs- bzw. -verschaffungstheorie auszuklammern ist. Dem entspricht schließlich auch § 12 Abs. 1 SGB V, wonach die Leistungen „ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich“ sein müssen und „das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“ dürfen. Der Anspruch des Versicherten erhält somit mit § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V eine qualitative Komponente, die sich unmittelbar auf die Leistung bestimmter ärztlicher Verrichtungen bezieht⁶¹. Diese qualitative Komponente passt weder zu einer bloßen Dienstvermittlungs- noch zu einer Dienstverschaffungspflicht der Krankenkasse.

Demgegenüber verweisen die Vertreter der Gegenauffassung zwar auf § 2 Abs. 2 S. 2 [jetzt: S. 3]⁶² SGB V, woraus sich ergäbe, dass die Krankenkasse nur die Vermittlung qualifizierter Ärzte⁶³ bzw. die Verschaffung von deren Dienstleistungen⁶⁴ und jedenfalls nicht die ärztliche Behandlung selbst schulde. Die Vorschrift sieht jedoch lediglich den Abschluss von Verträgen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern über die Erbringung der Sach- und Dienstleistungen nach Maßgabe der Vorschriften des Vierten Kapitels des SGB V vor. Damit spricht sich die Norm weder für eine Dienstvermittlungs- bzw. Dienstverschaffungspflicht noch für eine Dienstleistungspflicht der Krankenkasse aus. Denn unabhängig von dem Umfang ihrer Verpflichtung ist die Krankenkasse in jedem Fall auf den Abschluss solcher Verträge mit den Leistungserbringern (hier: den Ärzten) angewiesen. Allenfalls könnten daher die Vorschriften des Vierten Kapitels des SGB V (§§ 69 ff. SGB V) selber auf einen eingeschränkten Pflichtenkreis der Krankenkasse schließen lassen. Dem ist aber schon von vornherein entgegenzuhalten, dass das Vertragsarztrecht zwar ausgestalten kann, auf welche Weise die Krankenkasse ihren Leistungspflichten gegenüber dem Versicherten organisatorisch nachkommt, es aber nicht die Leistungspflichten selbst einschränken kann⁶⁵. Die Auslegung der §§ 69 ff. SGB V kann also keinen Einfluss auf das Ergebnis haben, dass der Wortlaut der §§ 2, 11, 13, 27 SGB V eindeutig dafür spricht, dass die Krankenkasse selbst ihrem Versicherten im Krankheitsfall die ambulante ärztliche Behandlung schuldet.

d. Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Vertragsarztes

Unter der Prämisse, dass die Krankenkasse ihrem Versicherten im Krankheitsfall die Krankenbehandlung schuldet, kann aber auch die Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Vertragsarztes nicht mehr in Zweifel gezogen werden. Denn in diesem Fall bedient sich die Kasse des Vertragsarztes als Hilfsperson zur Erfüllung ihrer eigenen Verbindlichkeiten gegenüber dem Versicherten⁶⁶. Zwar mag die dahingehende Qualifikation der Vertragsärzte nicht deren Selbstverständnis entsprechen. In rechtlicher Hinsicht ist jedoch für eine Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB zunächst allein dieses Tätigwerden des Arztes im Pflichtenkreis der Krankenkasse entscheidend⁶⁷. Unerheblich ist insbesondere, dass im Regelfall keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen der Krankenkasse und dem Vertragsarzt bestehen⁶⁸ oder dass der Vertragsarzt nach § 95 Abs. 3 SGB V mit der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung auch eine eigene Verbindlichkeit erfüllt, solange er eben nicht ausschließlich eine eigene Verbindlichkeit erfüllt⁶⁹. Anders als bei einem Verrichtungsgehilfen im Sinne des § 831 BGB kommt es für eine Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB schließlich auch nicht darauf an, ob die Krankenkasse den Arzt bei der Durchführung der ambulanten Behandlung sozialversicherter Patienten kontrollieren und ihm im Einzelfall sogar Weisungen erteilen kann⁷⁰. Der dahingehende Einwand⁷¹ – das sei nur am Rande bemerkt – ist im Übrigen schon in der Sache verfehlt. Denn die Kassen haben zumindest mittelbar sehr wohl die Möglichkeit, die ambulante ärztliche Versorgung durch Vertragsärzte zu kontrollieren bzw. zu steuern, wenn sie aufgrund ihrer Beteiligung an den Zulassungsausschüssen (vgl. §§ 96 f. SGB V) an der Auswahl der Leistungserbringer beteiligt sind oder etwa als Teil des paritätisch besetzten Gemeinsamen Bundesausschusses durch Richtlinien über die ärztliche Behandlung (§ 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB V) oder z. B. durch die Nichtanerkennung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden (§§ 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 135 Abs. 1 SGB V) auf die Therapiefreiheit des einzelnen Arztes Einfluss nehmen können.

Dementsprechend ließe sich mit Blick auf das Recht des Versicherten auf freie Arztwahl (vgl. § 76 Abs. 1 S. 1 SGB V) allenfalls infrage stellen, ob der Vertragsarzt mit Willen der Krankenkasse bei der ambulanten Behandlung als deren Hilfsperson tätig wird. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Kasse bereits mit der vorangegangenen Zulassung eines Arztes zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ihren Willen bekundet hat, dass gerade dieser Arzt – irgendwann – im konkreten Fall die Durchführung der Behandlung als ihr Gehilfe übernimmt. Ihr Wille umfasst demnach generell den Einsatz aller im Rahmen der freien Arztwahl konsultierten Vertragsärzte zur Durchführung der ärztlichen Behandlung⁷². Eine darüber hinausgehende Konkretisierung, d. h. individuelle Auswahl eines bestimmten Vertragsarztes durch die Krankenkasse im einzelnen Behandlungsfall, ist nicht erforderlich⁷³. Ist die Krankenkasse generell damit einverstanden, dass die Vertragsärzte zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit herangezogen werden, kann sie die Vertragsärzte hierzu ermächtigen, ohne dass sie „selbst im Einzelnen zu erfahren braucht, ob und welche Erfüllungsgehilfen“ in ihrem Interesse „tätig geworden sind“⁷⁴.

3. Behandlungsfehlerhaftung der Krankenkasse entsprechend §§ 280 Abs. 1, 278 BGB

Der in seinen Rechtsgütern verletzte Kassenpatient kann seine Krankenkasse somit nicht nur auf Primärleistungsansprüche nach Maßgabe des SGB V in Anspruch nehmen. Vielmehr hat auch die Kasse entsprechend § 280 Abs. 1 BGB ihrem Versicherten gegenüber auf Schadensersatz einzustehen, soweit dem Arzt bei seiner Behandlung ein Fehler unterläuft⁷⁵. Denn bei einem weiten Verständnis ihrer Naturalleistungsverpflichtung schuldet sie ihrem Versicherten im Krankheitsfall die ambulante Krankenbehandlung und damit auch deren sorgfältige Durchführung. Jeder vertragsärztliche Behandlungsfehler stellt sich daher innerhalb des Sozialversicherungsverhältnisses als haftungsbegründende Schlechterfüllung des Leistungsanspruchs des Versicherten dar⁷⁶. Die Krankenkasse hat diese Pflichtverletzung schließlich auch zu vertreten, soweit dem Vertragsarzt bei der Behandlung von Kassenpatienten schuldhaft ein Behandlungsfehler unterläuft. Dabei kann ein etwaiges Organisationsverschulden der Kasse dahingestellt bleiben. Es findet generell eine Verschuldenszurechnung in sinngemäßer Anwendung des § 278 S. 1 BGB statt, soweit die Krankenkasse selbst Schuldnerin der ärztlichen Behandlung ist⁷⁷.

Art und Umfang seines Schadensersatzes richten sich – wie auch im Zusammenhang mit der Haftung des Vertragsarztes – nach den §§ 249 ff. BGB. Für Streitigkeiten zwischen dem Versicherten und seiner Krankenkasse über die aus § 280 Abs. 1 BGB (entsprechend) folgende Behandlungsfehlerhaftpflicht der Kasse scheint jedenfalls auf den ersten Blick allerdings gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 Alt. 1 SGG der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet⁷⁸. Denn die allgemeine Rechtswegzuweisung des § 40 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 Alt. 3 VwGO tritt zurück, wenn für bestimmte Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten spezialgesetzlich ein anderer Rechtsweg vorgesehen ist⁷⁹.

V. Ausblick

Die These, dass Vertragsarzt und Krankenkasse dem Versicherten gegenüber gemeinsam auf Schadensersatz einzustehen haben, soweit dem Arzt bei der ambulanten Behandlung schuldhaft ein Fehler unterläuft, steht nicht im Einklang mit der bislang herrschenden Meinung. Auch wenn sie an dieser Stelle nur im Ansatz dargestellt werden konnte, sollte jedoch deutlich werden, dass sich eine Behandlungsfehlerhaftung der Krankenkasse in Deutschland mit guten Argumenten vertreten lässt und daher ein Umdenken im Zusammenhang mit der „Arzt“haftung erforderlich ist. Kritikern ist bereits an dieser Stelle entgegenzuhalten, dass sich die finanzielle Mehrbelastung der Kassen in Grenzen halten wird, soweit man davon ausgeht, dass sie sich regelmäßig im Wege des Regresses bei dem fehlbehandelnden Arzt schadlos stellen können, wenn sie von ihrem Versicherten nach einem Behandlungsfehler auf Primär- und/oder Schadensersatzleistungen in Anspruch genommen werden. Gerade über diesen Ausgleich im Innenverhältnis zwischen Krankenkasse und Vertragsarzt lassen sich darüber hinaus aber im Einzelfall sach- und interessengerechte Lösungen erzielen.

Denn in Ausnahmefällen mag es gerade nicht billig sein, den Vertragsarzt letztverantwortlich für die Folgen eines Behandlungsfehlers einstehen zu lassen, weil der Fehler (mit-)ursächlich auf das System und die Vorgaben des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts zurückzuführen ist. Ein solches „Systemversagen“ kann beispielsweise anzunehmen sein, wenn der Vertragsarzt sich bei der Behandlung sozialversicherter Patienten strikt an den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung hält, obwohl dieser hinter dem haftungsrechtlich Gebotenen zurückbleibt.

- ¹ Im Jahr 2003 waren von insgesamt ca. 82,5 Mio. Bundesbürgern ca. 70,4 Mio. in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert.
- ² Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, 5. Aufl., 2003, Rn. 124; Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, S. 43
- ³ Quelle sämtlicher Zahlenangaben ist das Informationssystem der Gesundheitsberichterstattung des Bundes (<http://www.gbe-bund.de>).
- ⁴ Natter, *Der Arztvertrag mit dem sozialversicherten Patienten*, 1986, S. 91; Krauskopf, *Die Haftung des Kassenarztes*, in: FS für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, 1992, S. 523 (531)
- ⁵ Buddee, *Der Arztvertrag nach dem SGB V*, 1997, S. 94
- ⁶ Hervorzuhebende Ausnahmen sind die Ausführungen von Natter, S. 91 ff. (Fn. 4), und Sodan, *Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung*, 1997, S. 169 ff., an die dieser Beitrag anknüpft. Sowohl Natter als auch Sodan lehnen – entgegen der hier vertretenen Auffassung – jedoch im Ergebnis eine Behandlungsfehlerhaftung der Krankenkasse ab.
- ⁷ Vgl. etwa RGZ 74, 163 (166 f.); 131, 67 (70); BGHZ 63, 264 (270 ff.); Hess, in: *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*, 2005, § 75 SGB V, Rn. 11; Balfanz, *Die Schadensersatzansprüche der Kassenpatienten der Sozialversicherung bei Verweigerung oder fehlerhafter Durchführung ärztlicher Behandlung*, 1953, S. 31 ff.; Weidenkaff, in: Palandt, *BGB*, 65. Aufl., 2006, Einf v § 611 Rn. 18; Grundmann, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. Aufl., 2003, § 278 Rn. 35; Fischer, *DOK* 56, 95; Krause, *SGb* 82, 425 (427); Schmidt-De Caluwe, *VSSR* 98, 207 (227 ff.); Stern, *SozVers* 76, 206 (207); v. Einem, *ZIS* 85, 289 (291); Grömig, *SGb* 54, 130 (132); Haus, *SGb* 93, 449 (451); Plagemann, *NJW* 84, 1377 (1378); H. Bogs, FS für Wannagat, S. 51 (63 f.); Heinemann, *LZ* 25, Sp. 244 (247). Zumindest Bedenken gegen die alleinige Haftung des Arztes äußert Erhard, *Die Rechtsnatur des kassenärztlichen Behandlungsverhältnisses*, 1985, S. 68. A. A. – soweit ersichtlich – lediglich Borchert, *SF* 90, 268. Vgl. zum österreichischem Recht Schrammel, *ZAS* 77, 163 (169 f.); Klang, *ZBl. f. d. juristische Praxis* Bd. 49 (1931), 641 (651), die unter ähnlichen Vorzeichen ebenfalls von einer Behandlungsfehlerhaftung der Krankenkasse ausgehen.
- ⁸ *BVerfGE* 11, 30 (40)
- ⁹ Vgl. Eberhardt, *AcP* 171 (1971), 289 (297).
- ¹⁰ Vgl. bereits § 6 Abs. 1 Nr. 1 des Bismarck'schen „Gesetz betreffend der Krankenversicherung der Arbeiter“ vom 15. 6. 1883 (KVG), *RGBl.* S. 73 ff.
- ¹¹ Wasem in: Schulin, *Handbuch des Sozialversicherungsrechts*, Bd. 1, 1994, § 3 Rn. 157; Eberhardt, *AcP* 171 (1971), 289 (291).
- ¹² Allerdings gewinnt der Abschluss von Einzelverträgen zunehmend an Bedeutung. Die Möglichkeit hierzu sehen etwa § 64 Abs. 1 SGB V (Modellvorhaben), § 73 b Abs. 2 SGB V (Hausarzt-zentrierte Versorgung), § 140 b Abs. 1 Nr. 1 SGB V (integrierte Versorgung) vor.
- ¹³ Funk in: Schulin (Fn. 11), § 32 Rn. 90
- ¹⁴ Vgl. eingehend hierzu Schmidt-De Caluwe, *VSSR* 98, 207 ff., m. w. N.
- ¹⁵ So etwa BGHZ 47, 75 (77 f.); 76, 259 (261); 89, 250 (255, 260); 97, 273 (276); 100, 363 (367 f.); 108, 230 (233); Richardi in: Staudinger, *BGB*, 13. Bearb., 1999, Vorbemerkung zu §§ 611 ff. Rn. 1252; Weidenkaff in: Palandt (Fn. 7), Einf v § 611 Rn. 18; Kraft in: Soergel, *BGB*, 12. Aufl., 1997, Vor § 611 Rn. 105; Deutsch/Spickhoff, Rn. 3, 67 (Fn. 2); Katzenmeier, S. 96 ff. (Fn. 2); Uhlenbruck/Laufs in: *Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl., 2002, § 40 Rn. 31.
- ¹⁶ Vgl. Sodan, S. 127 (Fn. 6); Krause, *SGb* 82, 425 (430).
- ¹⁷ So zutreffend Eberhardt, *AcP* 171 (1971), 289 (297); Schmidt-De Caluwe, *VSSR* 98, 207 (220)
- ¹⁸ Hauelsen, *NJW* 56, 1745 (1746); Krauskopf, *SozVers* 68, 300 (301); Schmidt-De Caluwe, *VSSR* 98, 207 (220)
- ¹⁹ So etwa BSGE 33, 158 (160 f.); 59, 172 (177); 61, 96 (98); 73, 271 (282); Clemens in: Schulin (Fn. 11), § 36 Rn. 38; Krauskopf in: *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 15), § 25 Rn. 7 ff.; ders., *SozVers* 68, 300 (301); Bley/Kreikebohm/Marschner, *Sozialrecht*, 8. Aufl., 2001, Rn. 664; Muckel, *Sozialrecht*, 2003, § 8 Rn. 150; Eberhardt, *AcP* 171 (1971), 289 (296 ff.); Schmidt-De Caluwe, *VSSR* 98, 207 (224 ff.); Borchert, *SF* 90, 268.
- ²⁰ BSGE 59, 172 (177); Schnapp/Düring, *NJW* 89, 2913 (2916); Krauskopf, FS für Lange (Fn. 4), S. 523 (536); Schmidt-De Caluwe, *VSSR* 98, 207 (220); Sodan, S. 128 (Fn. 6)
- ²¹ Tiemann, *NJW* 85, 2169; Schulin/Düe, *JuS* 84, 920 (926); Krause, *SGb* 82, 425 (429 ff.)
- ²² Vgl. auch Eichenhofer, *Sozialrecht*, 4. Aufl., 2003, Rn. 374; Mrozynski in: Wannagat, *Kommentar zum SGB*, 2004, § 30 SGB V Rn. 12; Katzenmeier, S. 96 (Fn. 2); Schmitt, *NJW* 88, 1494 (1498); Schnapp/Düring, *NJW* 89, 2913 (2916); Schütte, *SozVers* 97, 143 (148).
- ²³ Deutsch/Spickhoff, Rn. 126 (Fn. 2); Hager in: Staudinger (Fn. 15), 13. Bearb. 1999, § 823 Rn. I 6; Laufs in: *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 15), § 97 Rn. 9
- ²⁴ Mit der Etablierung der Kassenärztlichen Vereinigungen und dem Wegfall einzelvertraglicher Beziehungen zwischen Krankenkasse und Arzt, die als Verträge zugunsten der Versicherten im Sinne des § 328 BGB qualifiziert wurden, entstanden in der Rechtsprechung Zweifel, ob sich die vertrag(sähnliche) Arzthaftung im Sinne des heutigen § 280 Abs. 1 BGB noch aufrechterhalten ließ. Der Gesetzgeber nahm diese Zweifel zum Anlass, dem gesetzlichen Krankenversicherungsrecht die Vorschrift des § 368 d Abs. 4 „zu verordnen“. Siehe im Einzelnen zum historischen Hintergrund Schmidt-De Caluwe, *VSSR* 98, 207 ff.

- ²⁵ BT-Drs. 1/3904, S. 20; BT-Drs. 2/87, S. 20. Der Entwurf des jetzigen § 76 SGB V brachte keine Änderungen in der Begründung mit sich. In BT-Drs. 11/2237, S. 193, heißt es nur: „Die Grundsätze des bisherigen Rechts werden im wesentlichen übernommen.“
- ²⁶ Vgl. hierzu auch Schmidt-De Caluwe, VSSR 98, 207 (224 ff.).
- ²⁷ Schulin/Igl, Sozialrecht, 7. Aufl., 2002, Rn. 295; Waltermann, Sozialrecht, 4. Aufl., 2004, Rn. 172. Es bestehen mit § 11 Abs. 4 und mit § 52 SGB V im Wesentlichen nur zwei Ausnahmen von dem Finalprinzip.
- ²⁸ So schon Natter, S. 91 ff. (Fn. 4), und Sodan, S. 169 ff. (Fn. 6)
- ²⁹ Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 21, 214 (218). Vgl. auch BGHZ 54, 299 (303); 59, 303 (305); 61, 7 (11); BGH, NJW 74, 1816
- ³⁰ Natter, S. 95 (Fn. 4); Sodan, S. 125, 173 (Fn. 6). Ebenso Rüfner, JuS 81, 259 (262); ders., VSSR 77, 347 (348). Tendenzen zu einer Haftung bei der Verletzung von Pflichten aus dem Sozialversicherungsverhältnis als Schuldverhältnis lassen sich auch in der Rechtsprechung erkennen, vgl. BSG, NJW 70, 1254; RGZ 131, 67 (73 f.); 131, 278 (279); 165, 91 (97).
- ³¹ Vgl. hierzu Sodan, S. 186 f. (Fn. 6), der unter Heranziehung der sogenannten Anvertrauensstheorie eine Haftungsverlagerung auf die Krankenkasse für sachgerecht hält.
- ³² Vgl. aber aus jüngster Zeit BGHZ 161, 6 (11 ff.), demnach die Rückgriffsbestimmung des Art. 34 S. 2 GG selbstständigen Privatunternehmern, die ein öffentliches Amt im Sinne von Art. 34 S. 1 GG ausüben, nicht zugute kommt, wenn dies der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck von Art. 34 S. 2 GG widerspricht. Für die Anwendung des Art. 34 S. 2 GG genügt es also nicht, die Voraussetzungen des Art. 34 S. 1 GG zu bejahen.
- ³³ Vgl. Jörg, Das neue Kassenarztrecht, 1993, Rn. 58; von Einem, ZfS 85, 289 (291).
- ³⁴ Grüneberg in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2003, § 278 Rn. 11; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 12
- ³⁵ Vgl. nur BGHZ 95, 63 (67 ff.); OLG Brandenburg, NJW-RR 00, 24 (25); OLG-NL 03, 145 (146); LG Hannover, NJW 81, 1320 (1322); Deutsch/Spickhoff, Rn. 313 (Fn. 2); Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck (Fn. 15), § 98 Rn. 14 ff.; Gitter, RdA 83, 156 (160).
- ³⁶ Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGHZ 59, 310 (313); BGH, NJW 94, 2415 (2416) [Amtsarzt]; BGHZ 126, 386 (387) [Impfparzt]; BGHZ 108, 230 (232); 120, 176 (178) [Truppenarzt]; BGH, NJW 96, 2431; LG Kassel, NVwZ 02, 126 [Zivilarzt im Auftrag der Bundeswehr]; BGHZ 153, 268 (270 ff.); BGH, NJW 05, 429 [Notarzt in Bayern]; BGH, VersR 61, 225 (226); NJW 68, 2293 (2294) [Vertrauensarzt der Krankenkasse, jetzt: Medizinischer Dienst der Krankenkasse]; BGHZ 63, 265 (272 f.) [Durchgangsarzt einer Berufsgenossenschaft bei seiner Entscheidung, ob und in welcher Weise ein Verletzter in die berufsgenossenschaftliche Heilbehandlung übernommen werden soll, und bei der sie vorbereitenden Untersuchung].
- ³⁷ BT-Drs. 3/2810, S. 1 [Ausschuss für Gesundheitswesen].
- ³⁸ Vgl. zu alledem schon eingehend Natter, S. 102 ff. (Fn. 4), dem insoweit zuzustimmen ist.
- ³⁹ Heinemann/Liebold, Kassenarztrecht, 2004, § 76 SGB V Rn. C-22; Schmidt-De Caluwe, VSSR 98, 207 (227, dort insbesondere Fn. 110); Erhard, S. 115 (Fn. 7); Tiemann, NJW 85, 2169 (2170)
- ⁴⁰ Vgl. von Einem, ZfS 85, 289 (290): „[...] Übereinstimmung besteht, dass § 368 d Abs. 4 RVO ausdrücklich und ausschließlich eine Haftung des Arztes gegenüber dem Kassenpatienten [...] anordnet.“
- ⁴¹ Natter, S. 105 (Fn. 4). Verfehlt daher Tiemann, NJW 85, 2169 (2172), die davon ausgeht, dass § 368 d Abs. 4 RVO (heute: § 76 Abs. 4 SGB V) als Haftungsschuldner den Arzt und als Haftungsgläubiger ausdrücklich den Patienten nenne
- ⁴² Siehe hierzu schon unter III.
- ⁴³ Ernst in: Münchener Kommentar (Fn. 7), § 280 Rn. 1
- ⁴⁴ Vgl. unter IV 1. b.
- ⁴⁵ Vgl. auch Schmidt-De Caluwe, VSSR 98, 207 (227, dort insbes. Fn. 110). A. A. Sodan, S. 188 ff. (Fn. 6); Natter, S. 104 ff. (Fn. 4).
- ⁴⁶ Natter, Der Arztvertrag, S. 104
- ⁴⁷ So Schmidt-De Caluwe, VSSR 98, 207 (229 f.)
- ⁴⁸ Vgl. auch Balfanz, S. 36 (Fn. 7). Vgl. auch Klang, Zbl. f. d. juristische Praxis Bd. 49 (1931), 641 (645) [zum österreichischen Recht].
- ⁴⁹ Borchert, SF 90, 268 (270). Unter dieser Prämisse kommt auch Sodan, S. 169 ff. (Fn. 6), zu einer Haftung der Krankenkasse für Behandlungsfehler. Ebenso Natter, S. 94 ff. (Fn. 4), der daher eine Reduzierung der Leistungspflicht postuliert, um die Verantwortlichkeit der Krankenkasse auszuschließen, a. a. O., S. 107. Vgl. auch Krause, SGB 82, 425 f.
- ⁵⁰ So etwa RGZ 74, 163 (166); 131, 67 (70); BGHZ 63, 265 (271); 108, 230 (235); Natter, S. 132 (Fn. 4); Sodan, S. 193 (Fn. 6); Katzenmeier, S. 23 (Fn. 2); Heinemann, BKK 31, 269 (270) [vgl. aber auch ders., LZ 25, Sp. 244: Die Krankenkassen haben die ärztliche Hilfe ihren Mitgliedern in natura zu leisten]; Stern, SozVers 76, 206 (207); Haus, SGB 93, 449 (451); Eberhardt, AcP 171 (1971), 289 (291).
- ⁵¹ So etwa RG, WarnR 1915, Nr. 203, S. 307; BSGE 73, 271 (274 ff.); BGHZ 89, 250 (253); Buddee, S. 18, 62 (Fn. 5); Zipperer in: Maaßen/Schermer/Wiegand/Zipperer, Kommentar zum SGB V, 2005, § 2 Rn. 9; Behrends, Grenzen des Privatrechts in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1986, S. 19 f.

- ⁵² Vgl. RGZ 74, 163 (166); RG, WarmR 1915, Nr. 203, S. 307; Sodan, S. 193 (Fn. 6); Natter, S. 107 f. (Fn. 4); Heinemann, BKK 31, 269 (271); Stern, SozVers 76, 206 (207); Haus, SGB 93, 449 (451).
- ⁵³ Natter, S. 107 (Fn. 4)
- ⁵⁴ Siehe unter II. 4.
- ⁵⁵ Siehe unter II. 4.
- ⁵⁶ Borchert, SF 90, 268 (269); Sodan, S. 125 f. (Fn. 6). Sodan geht aber davon aus, dass die Tatsache, dass es den Kassen grundsätzlich untersagt ist, Eigeneinrichtungen zu errichten und zu betreiben (vgl. § 140 SGB V), einem weiten Verständnis der Naturalleistungsverpflichtung entgegenstehe. Er übersieht dabei allerdings, dass der Pflichtenkreis der Krankenkasse nicht anhand von Erfüllungsmodalitäten bestimmt werden kann. Es ist generell nicht zutreffend, dass ein Schuldner, nur weil er zur Eigenleistung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, von einer Verbindlichkeit teilweise befreit wird, vgl. RGZ 64, 231 (234); 160, 310 (314); BGHZ 62, 119 (123 f.) [Notar als Erfüllungsgehilfe]; Grüneberg in: Bamberger/Roth (Fn. 34), § 278 Rn. 11; Natter, S. 69 (Fn. 4). Siehe hierzu auch Klang, Zbl. f. d. juristische Praxis Bd. 49 (1931), 641 (643).
- ⁵⁷ Im Ergebnis verstehen die Naturalleistungsverpflichtung der Krankenkasse als Dienstleistungspflicht etwa auch Borchert, SF 90, 268 (269 f.); Medicus, Schuldrecht II, 11. Aufl., 2003, § 98 Rn. 355; Schulin in: Schulin (Fn. 11), § 6 Rn. 223; Waltermann, Rn. 198 (Fn. 27); Erhard, S. 85 (Fn. 7); Schnapp, NZS 01, 337 (338 f.); Bongen/Kremer, NJW 92, 723 (724); Albrecht, DVZ 55, 238 (239); Ebsen, ZSR 92, 328; Krauskopf, FS für Lange (Fn. 4), S. 523 (532)
- ⁵⁸ Vgl. BSGE 73, 271 (273).
- ⁵⁹ Schmidt-De Caluwe, VSSR 98, 207 (225), der den Begriff der Dienstverschaffung im Sinne einer Dienstleistung versteht
- ⁶⁰ Vgl. zu dem nachfolgenden Gedankengang bereits Sodan, S. 125 (Fn. 6).
- ⁶¹ Vgl. Erhard, S. 84 (Fn. 7).
- ⁶² § 2 Abs. 2 S. 2 SGB V wurde eingefügt durch Art. 4 des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27. 12. 2003 (BGBl I S. 3022 ff.).
- ⁶³ Katzenmeier, S. 23, dort Fn. 121 (Fn. 2)
- ⁶⁴ Zipperer in: Maaßen/Schermer/Wiegand/Zipperer (Fn. 51), § 2 Rn. 9
- ⁶⁵ Borchert, SF 90, 268 (269); Erhard, S. 84 (Fn. 7). A.A. Natter, S. 75 (Fn. 4), mit der Begründung, dass Leistungsrecht und Erfüllungsrecht nicht mit der erforderlichen Präzision getrennt werden können
- ⁶⁶ Ausführlich bereits Sodan, S. 173 ff. (Fn. 4)
- ⁶⁷ Siehe allgemein hierzu RGZ 98, 327 (328); BGHZ 13, 111 (113); 50, 32 (35); 62, 119 (124); 98, 330 (334); 100, 117 (122); Heinrichs, in: Palandt (Fn. 7), § 278 Rn. 7; Grundmann in: Münchener Kommentar (Fn. 7), § 278 Rn. 20.
- ⁶⁸ RGZ 108, 221 (223); BGHZ 13, 111 (113); 50, 32 (35); 95, 170 (180); OLG Hamm, NJW 74, 1090; Grundmann in: Münchener Kommentar (Fn. 7), § 278 Rn. 42; Heinrichs in: Palandt (Fn. 7), § 278 Rn. 7; Sodan, S. 175 (Fn. 4)
- ⁶⁹ Vgl. RGZ 108, 221 (223); 127, 313 (314 f.); BGHZ 13, 111 (114); Grüneberg in: Bamberger/Roth (Fn. 34), § 278 Rn. 11; Sodan, S. 176 (Fn. 4).
- ⁷⁰ Vgl. BGHZ 62, 119 (124); 100, 117 (122); BGH, NJW 88, 1907 (1908); Natter, S. 97 (Fn. 4); Sodan, S. 177 (Fn. 6).
- ⁷¹ Etwa von Krause, SGB 82, 425 (427)
- ⁷² Vgl. auch Rompf, Die Rechtsbeziehungen im Vertragsarztrecht im Hinblick auf einen sozialversicherungsrechtlichen Regress wegen eines Behandlungsfehlers des Vertragsarztes, 2003, S. 227, allerdings zur Frage, ob der Vertragsarzt Erfüllungsgehilfe der Kassenärztlichen Vereinigung ist.
- ⁷³ Vgl. Sodan, S. 178 (Fn. 6), der zu Recht anführt, dass gerade die Zulassungsvoraussetzungen die Eignung und Befähigung zur Teilnahme an der ärztlichen Versorgung sicherstellen sollen. Ebenso Rompf, S. 227 (Fn. 72)
- ⁷⁴ Vgl. BGH, NJW 52, 217 (217).
- ⁷⁵ So im Ergebnis auch Borchert, SF 90, 268 (270)
- ⁷⁶ Vgl. unter IV. 2. c.
- ⁷⁷ Vgl. unter IV. 2. c.
- ⁷⁸ Offengelassen von Borchert, SF 90, 268 (270)
- ⁷⁹ Ehlers in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, 9. Aufl., 2003, § 40 Rn. 540

Behandlungsfehlermanagement der AOK Bayern – Bericht aus der Praxis

Ralf M. K. Brum, AOK Bayern – Die Gesundheitskasse, München

Der Patient im Mittelpunkt

Die Stärkung der Patientenkompetenz und der Ausbau der Patientenpartizipation sind – glücklicherweise – keine „weichen“ Themen mehr. Das hat seine Gründe: So haben sich die Sensibilität und das Bewusstsein der Bevölkerung für Gesundheitsfragen stark entwickelt. Auch die verschiedenen Lebensmittel- und Arzneimittelskandale der letzten Jahre haben hier ihre Wirkung gezeigt.

Immer mehr Menschen beklagen, dass in unserem modernen, komplexen und hochgradig arbeitsteiligen Gesundheitssystem die ganzheitliche Sicht auf den Patienten nicht mehr möglich ist. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass Patienten und Versicherte ihre Bedürfnisse deutlicher artikulieren. Sie fordern nicht nur im Arzt-Patienten-Verhältnis und bei anderen Gesundheitsberufen eine stärkere Orientierung auf ihre Bedürfnisse. Auch von der Politik und den Krankenkassen erwarten Patienten mehr Beteiligungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten.

Versicherte bringen die finanziellen Mittel für die Leistungen auf, die sie als Patient nachfragen. Schon aus diesem Grund darf man erwarten, dass ihre Bedürfnisse, Erwartungen und Prioritäten ernst genommen werden: in der Politik, bei Leistungsträgern und Leistungsanbietern. Ein anderer Gedanke ist noch wichtiger: Es wird zunehmend deutlicher, dass in der gesundheitlichen Versorgung auch die Patienten das Gut Gesundheit „mitproduzieren“. Die Patienten selbst haben einen enormen Einfluss auf die Prozess- und Ergebnisqualität. Vor diesem Hintergrund ist es bedauerlich, dass die Patienten bei vielen Experten noch immer als Laien gelten, deren subjektive Wahrnehmung, Urteilskraft und Verhalten im Leistungsgeschehen von untergeordneter Bedeutung sind. Aber: Mehr Qualität und Wirtschaftlichkeit in einem hochkomplexen Gesundheitswesen lassen sich nicht ohne, sondern nur gemeinsam mit Versicherten und Patienten erzielen. Dazu bedarf es umfassender Informationen.

Dass der Informationsbedarf seitens unserer Versicherten sehr groß ist, zeigen die wenigen Studien und Marktbeobachtungen über das Verbraucherverhalten im Gesundheitswesen. Dort wird bestätigt, dass Patienten sich immer häufiger alleine gelassen und nicht ernst genommen fühlen, darüber klagen, sich im „Dschungel“ des Gesundheitswesens nicht mehr zurechtzufinden und dass strukturelle Veränderungen im Gesundheitswesen zu Verunsicherung und Orientierungslosigkeit führen. Die Patienten sind bereits selbstbewusster geworden. Immer häufiger sind sie nicht nur Erduldende und Leidende, sondern sie sind mündiger, kritischer und aufgeklärter als noch vor wenigen Jahren. Diesen Prozess wollen wir unterstützen.

Worauf richten sich nun die Erwartungshaltungen unserer Versicherten? Die Patienten und Versicherten erwarten zuallererst Hilfe zur Selbsthilfe in Form von fundierter Information und individueller Beratung, insbesondere zur Diagnosesicherheit, zur Differenzialdiagnostik, zu Therapiealternativen und Behandlungsfolgen. Auch richtet sich der Fokus der Patienten zunehmend auf die individuelle Qualifikation des Behandlers und die ausgewiesene Qualität der Leistungserbringung. Der Patient will erst dann aufwendige und nebenwirkungsreiche technische Leistungen angewandt sehen, wenn er eine persönliche Entscheidung als Ergebnis qualifizierter Abwägung treffen kann und getroffen hat.

Die Transparenz von Angebotsstrukturen sowie von Qualität und Kosten der Leistungserbringung ist eine wesentliche Voraussetzung für die Entscheidungssouveränität seitens der Patienten und Versicherten. Dies gilt in gleichem Maße für Informationen über gesundheitliche Handlungsalternativen sowie organisatorische und institutionelle Angebote der Gesundheitsversorgung bzw. des gesundheitlichen Verbraucherschutzes.

Leider fehlen noch immer ausreichende Ermächtigungs- und Datengrundlagen für die gesetzlichen Krankenkassen, um zum Beispiel rechtssicher über Qualitätsunterschiede informieren und Empfehlungen aussprechen oder ganz einfach den Versicherten bei der Durchsetzung seiner individuellen Patientenrechte noch besser unterstützen zu können.

Positionierung der AOK-Gemeinschaft

Vor diesem Hintergrund erfolgte die Umsetzung eines ersten Gesamtkonzeptes zur Stärkung der Patientenrechte und des gesundheitlichen Verbraucherschutzes bei der AOK Bayern mit starkem Engagement und zeitlich ambitionierter Zielsetzung. Die Selbstverwaltung hat hier von Anfang an eine klare Position bezogen und den Ausbau von patienten- und versichertenorientierten Strukturen gefordert.

Eine Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitssteuerung im wechselseitigen Interesse unserer Versicherten und der AOK konnte in diesem Zusammenhang nur in einem ersten Ansatz identifiziert werden. Die AOK Bayern war deshalb aufgefordert, in eigener Kompetenz für ihre Versicherten ein – den Erwartungen und den Bedürfnissen entsprechendes – Beratungsangebot zur Gesamthematik Patientenrechte bereitzustellen.

Hierzu wurden durch die AOK Bayern in einem ersten Schritt die vier Handlungsfelder

- Förderung der Selbsthilfe,
- Förderung von Einrichtungen des gesundheitlichen Verbraucherschutzes,
- Behandlungsfehlermanagement und
- medizinische Versicherteninformation

identifiziert.

Grundsätzliches zum Behandlungsfehlermanagement

Im Besonderen nimmt dabei das Behandlungsfehlermanagement der AOK Bayern einen wichtigen Teil der Aktivitäten ein. Versichertenberatung und -information sind dabei unabdingbare Investitionen für den mündigen und selbstbewussten Patienten. Wir investieren hier gerne, weil vernünftige Strukturen im Gesundheitswesen mit gut informierten Versicherten erheblich einfacher entwickelt und umgesetzt werden können. Vor allem ist es wichtig, dass der Patient leichter als bislang zu seinem Recht kommt, wenn etwas nicht richtig gelaufen ist. Die Beratung bei Verdacht auf Behandlungsfehler verstehen wir als praktizierten gesundheitlichen Verbraucherschutz.

Obwohl sich die medizinische Versorgung in Deutschland auf einem sehr hohen Niveau bewegt, können Behandlungsfehler nicht vollständig ausgeschlossen werden. So trivial diese Feststellung ist, so schwer ist der Umgang mit Behandlungsfehlern im Alltag. Kommt es während einer Behandlung zu einem unerwünschten Ereignis oder einem unbefriedigenden Ergebnis, so ist zunächst nicht immer klar, welche Ursachen dafür verantwortlich sind. Es können krankheitsimmanente Faktoren, handlungsimmanente Nebenwirkungen oder aber ärztliche Behandlungsfehler sein.

Sollte ein Behandlungsfehler vorliegen, ist der Patient, da er diesen zu beweisen hat, meistens in einer schwierigen Position. Deshalb hat der Gesetzgeber die Krankenkassen über § 66 Sozialgesetzbuch V (SGB V) bevollmächtigt, ihre Versicherten zu unterstützen, wenn sie Schadensersatzansprüche durchsetzen wollen. Es handelt sich um eine Ermessensregelung, die von den Krankenkassen nicht umgesetzt werden muss.

Es war jedoch erklärter Wille und Selbstverpflichtung der AOK Bayern, insbesondere auch aus der Selbstverwaltung heraus, auf Basis der als Ermessensvorschrift existierenden gesetzlichen Regelung zur Unterstützung der Versicherten bei vermuteten Behandlungsfehlern ein gesteuertes, koordiniertes Verfahren bereitzustellen, um optimal einen effektiven Patientenschutz zu gewährleisten. Inzwischen ist ein medizinisch und juristisch fundiertes Beratungs- und Beschwerdemanagement aufgebaut, das den Versicherten hilft, bei vermuteten Behandlungsfehlern eine Klärung herbeizuführen und gegebenenfalls Ansprüche durchzusetzen.

Wo kann die AOK unterstützen; wo kann die AOK nicht unterstützen?

Der durch einen Behandlungsfehler geschädigte Versicherte ist oft in einer schwierigen Lage. An dieser Stelle setzen wir mit einem qualifizierten Beratungsservice ein. Es ist die Aufgabe unserer PatientenberaterInnen in der Direktion, den Versicherten bei der objektiven Aufklärung zu unterstützen.

Dies umfasst zunächst die Klärung des Sachverhaltes. Hierbei werden Fragen geklärt wie:

- Was führt den Versicherten zur Annahme, dass ein Behandlungsfehler vorliegt?
- Welche medizinischen Unterlagen liegen ihm bereits vor?
- Was hat er bereits unternommen?
- Welche Vorstellungen und Wünsche hat der Versicherte?

An dieser Stelle kann dem Versicherten auch das Einholen einer zweiten ärztlichen Meinung empfohlen werden, um den von ihm vermuteten Sachverhalt prüfen zu lassen. Missverständnisse können so bereits im Vorfeld aufgeklärt werden.

Die Unterstützung der AOK erstreckt sich im Einzelfall auf die kostenfreie Einholung von Gutachten beim Medizinischen Dienst der Krankenversicherung in Bayern (MDK), auf die Hilfe bei der Antragstellung zur Einleitung eines Verfahrens vor der Gutachterstelle der Landesärztekammer, wenn vom Versicherten gewünscht, die Hilfe bei der Anwaltssuche (spezialisierte Rechtsanwälte), die Klärung von medizinischen Fragen mit Hilfe des MDK in Bayern oder des AOK-Beratungsarztes sowie die Anbahnung von Kontakten zu Patientenvereinigungen oder Selbsthilfeeinrichtungen.

Weitere Angebote sind die Beschaffung von Behandlungsunterlagen, im Einzelfall die Übernahme von Kopierkosten sowie ärztliche Stellungnahmen, die Beratung bei der Korrespondenz mit Anwälten und Versicherungen und die Vermittlung zwischen dem Versicherten und dem Verursacher des Behandlungsfehlers bzw. dessen Haftpflichtversicherer.

Wir begleiten und informieren unsere Versicherten zwar aktiv während des gesamten Verlaufes und stellen Behandlungsunterlagen und Einschätzungen juristischer und medizinischer Art zur Verfügung, wir dürfen ihnen jedoch aus rechtlichen Gründen die Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche nicht abnehmen.

Daten und Fakten

Es zeigte sich schnell, welch immenses Potenzial in der Aufklärungsarbeit steckt. Die durchgängig positive Resonanz von betroffenen Versicherten bestätigte, dass unsere Entscheidung, sich diesem Handlungsfeld sehr intensiv zu widmen, richtig war. Seit September 2000 leisteten unsere PatientenberaterInnen bis zum Ende des IV. Quartals 2005 in knapp 10 000 Fällen eines vermuteten Behandlungsfehlers aktive Hilfestellung, zumindest im Rahmen einer umfangreichen Erstberatung. Dies bedeutet die Durchführung von 1 800 bis 2 000 Erstberatungsgesprächen jährlich.

Mittlerweile gehen ca. 700 Aufträge pro Jahr an den MDK in Bayern zur Erstellung eines ausführlichen Gutachtens. In rund 30 % der Begutachtungsfälle, also in gut jedem vierten Fall, bestätigte sich der Verdacht eines Behandlungsfehlers. In den meisten Fällen klagen die betroffenen Versicherten zivilrechtlich Schmerzensgeld ein. Da durch die Behandlungsfehler auch die Versichertengemeinschaft geschädigt wird, macht die AOK Bayern ebenfalls ihre originären Ersatzleistungsansprüche bei den Versicherungen der Leistungserbringer geltend.

Weiterentwicklung und Rechtsprobleme

Das Unterstützungs- und Beratungsangebot der AOK Bayern bezieht sich aktuell überwiegend auf ärztliche Behandlungsfehler in den klassischen medizinischen Fächern. Dabei soll es nicht bleiben. Im Pflegebereich sind in der Vergangenheit immer wieder z. B. skandalöse Fälle von gefährlicher oder qualitativ schlechter Pflege aufgedeckt worden. Seit dem 1. Januar 2002 ist die Rechtsgrundlage geschaffen, dass die Pflegekassen ihre Versicherten bei Schadensersatzansprüchen gegenüber Pflegeeinrichtungen unterstützen können. Es hat sich aber gezeigt, dass in einer großen Anzahl von Fällen, in denen ein Fehlverhalten der Leistungserbringer wahrscheinlich ist, die eigentlich Betroffenen die Patientenberatung der AOK von sich aus nicht in Anspruch nehmen.

Die AOK Bayern will trotz alledem erreichen, dass die Schädigung ihrer Versicherten durch mangelhafte Pflege massiv reduziert wird und die dadurch entstehenden hohen zusätzlichen Kosten vermieden werden. Mittlerweile liegen umfangreiche Fallbeschreibungen vor, die zeigen, dass Betroffene oder deren Angehörige nicht mehr bereit sind, Pflegefehler kritiklos hinzunehmen.

Hier stellt sich jedoch auch die generelle Frage nach den rechtlichen Handlungsmöglichkeiten der AOK, vor allen Dingen im Verhältnis zu den Betroffenen und den Vertragspartnern, da zunehmend im Innenverhältnis Fälle erkannt werden, in denen die Vermutung nahe liegt, dass Qualitätsmängel in Einrichtungen vorliegen bzw. eine korrekte Behandlung/Pflege nicht durchgeführt wurde – mit der Folge von zum Teil erheblichen finanziellen Belastungen für die Versichertengemeinschaft der AOK Bayern.

Insbesondere auch bei der nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V von uns veranlassten Prüfung der Abrechnungen für stationäre Krankenhausaufenthalte durch den MDK ergeben sich immer wieder Anhaltspunkte, die einen ärztlichen Behandlungsfehler vermuten lassen. Derartige Fälle können nach Auffassung der AOK Bayern vor dem Hintergrund der Erhaltung und Verbesserung der medizinischen Versorgung, aber auch der Regressrelevanz und der Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Mittelverwendung nicht vernachlässigt werden.

Die für eine Weiterverfolgung derartiger Fälle notwendigen Rahmenbedingungen wurden aus unserer Sicht auch durch das GMG manifestiert. § 35 Abs. 1 Satz 1 SGB I stellt klar, dass jeder Anspruch darauf hat, dass die ihn betreffenden Daten (§ 67 Abs. 1 SGB X) von den Leistungsträgern nicht unbefugt erhoben, verarbeitet oder genutzt werden (Sozialgeheimnis). Eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Sozialdaten ist daher nur unter den Voraussetzungen des 2. Kap. des SGB X gestattet (§ 35 Abs. 2 SGB I). Nach § 67 a Abs. 1 SGB X ist eine Erhebung von Sozialdaten durch in § 35 SGB I genannte Stellen zulässig, wenn ihre Kenntnis zur Erfüllung einer Aufgabe der erhebenden Stelle nach diesem Gesetzbuch erforderlich ist.

Auch das Bundesverfassungsgericht stellte bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1967 fest (NJW 1967, S. 1414), dass die Geltendmachung von Regressansprüchen (damals § 1542 RVO, heute § 116 SGB X) eine Aufgabe der Sozialleistungsträger ist. In diesem Zusammenhang wurde im Rahmen der Neuregelungen durch das GMG mit Wirkung ab 1. Januar 2004 die Bestimmung des § 284 SGB V dahingehend ergänzt, dass es dort nunmehr unter § 284 Abs. 1 Nr. 11 SGB V heißt: „Die Krankenkassen dürfen Sozialdaten für Zwecke der Krankenversicherung nur erheben und speichern, soweit diese für die Durchführung von Erstattungs- und Ersatzansprüchen erforderlich sind.“

Die Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 15/1525) stellt hierzu ausdrücklich klar: „Die Krankenkassen haben, wie andere Sozialversicherungsträger auch, die Aufgabe im Falle der Schädigung ihrer Versicherten durch Dritte, die dadurch bedingten Leistungsaufwendungen beim Dritten oder dessen Versicherung einzufordern. Dazu müssen ihnen die entsprechenden Daten zur Verfügung stehen. Die Ergänzung stellt sicher, dass sie die dazu erforderliche datenschutzrechtliche Grundlage erhalten. Diese entspricht der Regelung bei anderen Sozialversicherungsträgern (Unfallversicherung § 199 Abs. 1 Nr. 4 SGB VII, Arbeitsförderung § 402 Abs. 1 Nr. 11 SGB III).“

Nach der hier vertretenen Auffassung bestehen daher keine Bedenken, wenn bei einem Verdacht auf einen möglichen Ersatzanspruch die Versicherten durch Unterzeichnung einer entsprechenden Schweigepflichtentbindungserklärung die Anforderung von Behandlungsunterlagen und damit weitere Ermittlungen ermöglichen, auch wenn sie selbst an einer Verfolgung etwaiger Schadensersatzansprüche (insbesondere Schmerzensgeld) nicht interessiert sind. Genau für diese Zwecke (Verfolgung von Ersatz- und Erstattungsansprüchen) wurde durch die Erweiterung des § 284 SGB V im oben beschriebenen Sinne durch das GMG die erforderliche datenschutzrechtliche Grundlage geschaffen.

Die Verweigerung der Übersendung der Patientenunterlagen und der Einsicht in die Behandlungsdokumente der Versicherten trotz Vorlage einer Schweigepflichtentbindungserklärung und Herausgabegenehmigung ist darüber hinaus in diesen Fällen eine Missachtung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Versicherten.

Vertragsärzte, ärztlich geleitete Einrichtungen und Krankenhäuser sind darüber hinaus aber zwischenzeitlich nach § 294 a SGB V verpflichtet, sofern Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Krankheit oder deren Spätfolgen Ursache oder Folge oder Spätfolge eines Unfalls oder einer Körperverletzung ist oder Hinweise auf drittverursachte Gesundheitsschäden gegeben sind, die erforderlichen Daten – einschließlich der Angaben über Ursachen und den möglichen Verursacher – den Krankenkassen mitzuteilen.

Die Auslegungen der vorgenannten rechtlichen Grundlagen zum Status quo lösen, in der Natur der Sache liegend, gerade aufseiten der Leistungserbringer einen mehr als nur differentiellen Rechtsstandpunkt aus. Umso mehr hat unser Haus aktuell das Bayerische Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung darum gebeten, dass die Thematik der Einforderung der Krankenunterlagen zur Überprüfung möglicher Qualitätsmängel durch interne Feststellungen der Krankenkasse gemeinsam erörtert wird.

Organisations- und Ansprechstrukturen

Seit September 2000 unterstützen in 39 AOK-Direktionen in Bayern über 40 erfahrene Patientenberaterinnen und Patientenberater AOK-Versicherte bei Verdacht auf Vorliegen eines Behandlungsfehlers. Es handelt sich dabei um AOK-MitarbeiterInnen, die nach einer umfassenden Schulung die Erstberatung bei vermuteten Behandlungsfehlern neben dem Tagesgeschäft durchführen. Die PatientenberaterInnen sind über alle 250 AOK-Geschäftsstellen persönlich oder telefonisch erreichbar. Parallel steht eine Behandlungsfehler-Hotline zur Verfügung.

Zugleich ist in der Zentrale ein medizinisch-juristisches-Service-Team installiert. Es besteht aus einer Medizinerin, einem Juristen, situativ einem Sozialpädagogen und zwei auf diesem Gebiet mit einschlägiger Berufserfahrung versehenen Sozialversicherungsfachangestellten. Für Fragen im Bereich der Pflege steht bei Bedarf eine Pflegekraft zur Verfügung. Die primäre Aufgabe dieses Serviceteams besteht darin, das Behandlungsfehlermanagement bei der AOK Bayern insgesamt und speziell bei herausgehobenen Fällen umzusetzen, zu koordinieren, weiterzuentwickeln und die PatientenberaterInnen zu unterstützen. Es ist gewissermaßen die zweite Ansprechenebene für unsere Versicherten, die von den PatientenberaterInnen bei komplizierten Fragestellungen eingeschaltet wird und unter Umständen auch die Fälle übernimmt.

Zusammenfassung

Eine bessere Vernetzung und Optimierung der Beratung insgesamt – nicht nur was die Hilfe für geschädigte Versicherte anbelangt – gehört zu den wesentlichen Handlungsfeldern der AOK Bayern. Ziel ist es, unsere Versicherten zu befähigen, ihr Handeln bei gesundheitlichen Fragestellungen maßgeblich selbst zu bestimmen. Den Wandel der Patientenrolle vom „Erfüllungsgehilfen“ und Konsumenten medizinischer Dienstleistung hin zum Partner und Co-Produzenten seiner Gesundheit gilt es nachhaltig zu fördern. Informierte Patienten bringen vor allem riskant erscheinenden Behandlungsschritten eine gesunde Skepsis entgegen. Umfassende und kompetente Information kann auch dazu führen, dass unnötige medizinische Leistungen vermieden werden.

Eines muss hierbei immer wieder deutlich hervorgehoben werden: Die AOK setzt in diesem Prozess ausdrücklich nicht auf Konfrontation, sondern auf Kooperation mit den Leistungserbringern. Kooperation liegt im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten.

Behandlungsfehlermanagement – Rechtsprobleme und Berichte aus der Praxis

Länderbericht Österreich

RA Dr. Gerhard W. Huber LL.M., Kanzlei Pitzl-Huber, Linz

Einem Patienten, der sich durch einen ärztlichen Behandlungsfehler beschwert erachtet, stehen in Österreich verschiedene Wege zur Abklärung dieser Frage offen, wobei hier die wesentlichsten skizziert werden sollen.

Dabei ist vorauszuschicken, dass die Regelungen in den einzelnen Ländern nicht vollkommen identisch sind. Dies ist darin begründet, dass nach Art. 12 Bundes-Verfassungsgesetz beispielsweise für Heil- und Pflegeanstalten der Bund lediglich die Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung hat, während die Erlassung von Ausführungsgesetzen und die Vollziehung Landessache sind. Aus Zeitgründen werden daher lediglich die in den Bundesländern im Wesentlichen gleichlautenden Grundsätze dargestellt, exemplarisch wird auf die Regelungen im Land Oberösterreich verwiesen.

Vorab wird das Behandlungsfehler-Management der Krankenanstalten erläutert, zumal dort im Verhältnis zu niedergelassenen Ärzten wesentlich mehr Beschwerdefälle vorliegen; selbstverständlich wird jedoch auch die Situation der niedergelassenen Ärzte beleuchtet.

Welche Anlaufstellen stehen einem Patienten, der sich nicht lege artis behandelt fühlt, zur Verfügung?

1. Informations- und Beschwerdestellen

In Oberösterreich ist in jeder Krankenanstalt eine Informations- und Beschwerdestelle einzurichten, bei der sich Patienten über Missstände bzw. Mängel (selbstverständlich auch über angebliche Behandlungsfehler) mündlich oder schriftlich beschweren und Auskünfte begehren können (§ 11 OÖKAG).

Eingelangte Beschwerden oder Anfragen sind unverzüglich, längstens jedoch binnen zwei Wochen zu erledigen. Wenn ein Begehren nicht oder nicht innerhalb dieses Zeitraums erledigt werden kann, ist es der Patientenvertretung zur weiteren Behandlung vorzulegen.

Der Leiter der Informations- und Beschwerdestelle hat mindestens vierteljährlich der Patientenvertretung, dem Rechtsträger und der Landesregierung einen vollständigen Tätigkeitsbericht vorzulegen.

2. Patientenvertretung

Gemäß § 11 e Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) hat die Landesgesetzgebung vorzusehen, dass zur Prüfung allfälliger Beschwerden und auf Wunsch zur Wahrung der Patienteninteressen unabhängige Patientenvertretungen (Patientensprecher, Ombudseinrichtungen oder ähnliche Vertretungen) zur Verfügung stehen.

Die Patientenvertretungen („Patientenanwälte“) werden durch die Landesgesetzgeber geregelt. In Oberösterreich durch §§ 12 f. OÖKAG. Hier wird geregelt, dass zur Aufklärung von Missständen, zur Behandlung von Beschwerden und zur Erteilung von Auskünften, die mit dem Aufenthalt eines Patienten in einer oberösterreichischen Krankenanstalt zusammenhängen, am Sitz der Landesregierung eine Patientenvertretung einzurichten ist.

Der Patient kann sich direkt und formfrei an die Patientenvertretung wenden. In regelmäßigen Abständen werden von der Patientenvertretung zudem Sprechtage in den Bezirken, in denen sich öffentliche Krankenanstalten befinden, abgehalten.

Obgleich sich der Auftrag an die Patientenvertretung in Oberösterreich, Salzburg, in der Steiermark und in Tirol gesetzlich beschränkt auf Beschwerden im Zusammenhang mit Behandlungen in Krankenanstalten (stationär und ambulant), berät und vertritt die OÖ. Patientenvertretung Patienten auf freiwilliger Basis auch bei Beschwerden gegen niedergelassene Ärzte. In anderen Bundesländern besteht diesbezüglich teils ein gesetzlicher Auftrag an die Patientenanwälte. In Wien, Niederösterreich und im Burgenland haben die Patientenanwaltschaften einen umfassenden sachlichen Aufgabenbereich (Krankenanstalten, Apotheken, Rettungsdienste, Kuranstalten, Pflegeheime, Hauskrankenpflege).

Die Patientenvertretung in Oberösterreich wird tätig insbesondere aufgrund einer Eingabe einer Informations- und Beschwerdestelle (s. o.) oder aber auch aufgrund einer direkten Beschwerde von Patienten oder diesen nahestehender Personen.

Bevor die Patientenvertretung in Oberösterreich Erhebungen durchführt, wird die Krankenanstalt ersucht, die Krankengeschichten zu übermitteln und zu der Beschwerde Stellung zu nehmen. Anschließend führt die Patientenvertretung selbst Erhebungen durch, in Oberösterreich stehen der Patientenanwältin dafür Vertrauensärzte sachkundig zur Verfügung.

Beschwerdefälle sind von der Patientenvertretung letztlich schriftlich zu erledigen, wobei diese Erledigung sowohl der Einschreiter als auch der Rechtsträger und die Landesregierung bekommen, gegebenenfalls mit einer Empfehlung.

Die Erledigung hat zu beinhalten, ob das Beschwerdevorbringen mit dem erhobenen Sachverhalt übereinstimmt, die Würdigung der geltend gemachten Beschwerdegründe und Vorschläge zur Beseitigung der festgestellten Missstände. Ist eine Beschwerde nur im ordentlichen Rechtsweg zu erledigen, so hat die Patientenvertretung den Beschwerdeführer darüber aufzuklären. Oftmals wird die Beschwerde, wenn sie berechtigt erscheint, an die Schiedsstelle (s. u.) weitergeleitet, und es wird in einer Schiedsverhandlung versucht, eine einvernehmliche Einigung mit dem Rechtsträger der Krankenanstalt bzw. mit dem niedergelassenen Arzt zu erzielen.

Die OÖ. Patientenvertretung begann im Jahr 1991 mit 72 Beschwerdefällen, und die Beschwerden blieben die ersten fünf Jahre unter 100. Die letzten vier Jahre fielen ca. 500 Beschwerden im Jahr an. Von den im Jahr 2004 neu angefallenen 492 Beschwerden erwiesen sich bereits 184 bei der internen Prüfung als nicht gerechtfertigt, 44 konnten intern positiv erledigt werden (Rechtsauskünfte, Aktenbeischaufung etc.), acht Beschwerden wurden von Patienten zurückgezogen, in vier Fällen ist der Patient nicht erschienen, vier Beschwerden wurden an Patientenvertretungen in anderen Bundesländern abgetreten, 17 Fälle waren lediglich allgemeine Anfragen ohne Bezug auf Patienten, in sieben Fällen schritten in der Folge Rechtsanwälte für den Patienten ein, und in 14 Fällen konnte unmittelbar ein Vergleich mit den Versicherungen getroffen werden. 37 Beschwerden wurden an die Schiedsstelle für Behandlungszwischenfälle bei der OÖ. Ärztekammer abgetreten, 173 Fälle blieben offen.

Die Organisation der Patientenvertretung wird in §13 OÖKAG geregelt. Die Patientenvertretung besteht aus drei Mitgliedern, mit der Patientenvertreterin als Vorsitzenden, einem Arzt und einer rechtskundigen Person als weitere Mitglieder. Die Patientenvertretung wird für die Dauer der Funktionsperiode der Landesregierung bestellt.

In Ausübung ihrer Tätigkeit ist die Patientenvertretung weisungsfrei. Details zur Bearbeitung der Geschäftsfälle werden in der Geschäftsordnung festgelegt.

3. Schiedsstellen für Behandlungszwischenfälle

Die Schieds- oder Schlichtungsstellen in Wien, Niederösterreich, Oberösterreich, im Burgenland und in Tirol sind bei den Ärztekammern der Länder eingerichtet und arbeiten demnach im Detail unterschiedlich. Die Schlichtungsstellen in Kärnten und Vorarlberg beruhen auf einer Vereinbarung zwischen den Landesregierungen, den Ärztekammern und den Arbeiterkammern. In Salzburg ist die Interventionsstelle nur für niedergelassene Ärzte zuständig und versucht, Streitigkeiten im direkten Dialog mit der Patientenanwältin zu regeln. Wegen der unterschiedlichen Regelungen werden lediglich die Grundsätze dargestellt, hervorgehoben wird wieder die Schiedsstelle bei der Ärztekammer für Oberösterreich: Diese Schiedsstelle hat vor 15 Jahren ihre Tätigkeit aufgenommen.

Jeder Patient, der meint, durch eine medizinische Behandlung in Oberösterreich geschädigt worden zu sein, kann sich an die Schiedsstelle wenden. Diese ist daher zuständig sowohl für behauptete Behandlungsfehler in oberösterreichischen Krankenhäusern als auch bei niedergelassenen Ärzten in Oberösterreich.

Die Befassung der Schiedsstelle muss schriftlich erfolgen, d. h. der Patient wird ersucht, seine Beschwerde schriftlich, diesbezüglich jedoch vollkommen formlos vorzubringen. Oftmals wird der Patient vor der Schiedsstelle ohnedies bereits durch die Patientenvertretung oder einen Anwalt vertreten. In der Beschwerde sollte dargelegt werden, gegen wen sich die Beschwerde richtet, wann die Behandlung stattgefunden hat, worin die Beschwerde begründet ist sowie welche Schäden und daraus resultierende Forderungen behauptet werden.

In der Folge wird vom Patienten eine schriftliche Zustimmung eingeholt, dass alle erforderlichen Krankengeschichten eingesehen werden dürfen.

Die Schiedskommission setzt sich zusammen aus einem Richter im Ruhestand als Vorsitzenden, einem ärztlichen Beisitzer und einem rechtlichen Beisitzer. Grundsätzlich beurteilt das ärztliche Mitglied der Kommission den Beschwerdefall aus ärztlicher Sicht. Bei Notwendigkeit (fachspezifische Probleme, dramatische Krankheitsverläufe, hohe Forderungen etc.) werden externe Gutachten eingeholt. Die Gutachterbestellung erfolgt im Einvernehmen mit Arzt/Krankenanstalt und Patienten.

Die Patienten tragen für das Schiedsverfahren keinerlei Kostenrisiko! Der interne Aufwand (Räumlichkeiten, Sekretariat etc.) wird von der Ärztekammer getragen; sollten externe Gutachten erforderlich sein und eingeholt werden, werden diese – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – vom Haftpflichtversicherer der Krankenanstalt/des Arztes getragen.

Die Verfahrensdauer hängt natürlich vom Einzelfall ab. In der Regel kann mit einer Verfahrensbeendigung in sechs bis acht Monaten gerechnet werden. Dies ist jedenfalls wesentlich rascher als ein erstinstanzliches Gerichtsverfahren.

Das Verfahren vor der Schiedsstelle hemmt den Lauf der Verjährungsfrist (wie auch die Befassung des Patientenanwalts mit einem Beschwerdefall). Die Hemmung des Laufs der Verjährungsfrist endet, wenn unter anderem der angebliche Schädiger schriftlich erklärt hat, dass er die Vergleichsverhandlungen als gescheitert ansieht oder durch den angerufenen Patientenanwalt oder die befasste ärztliche Schlichtungsstelle eine gleiche Erklärung schriftlich abgegeben wird, spätestens aber 18 Monate nach Beginn des Laufes dieser Hemmungsfrist (§ 58 a ÄrzteG).

Die Schiedskommission gibt letztlich Empfehlungen für eine vergleichsweise Einigung ab, exekutierbare Entscheidungen können nicht gefällt werden.

Insgesamt erscheint das Verfahren vor der Schiedsstelle nicht nur für den Patienten (kein Kostenrisiko, rasches Verfahren, hohe Fachkompetenz der Schiedsstelle, Verjährungshemmung), sondern auch für den Arzt/die Krankenanstalt (keine Stigmatisierung/Verurteilung, Streben nach Einigung in Güte) als äußerst empfehlenswertes Instrument.

4. Patientenentschädigungsfonds

Seit der KAG-Novelle 2001 bezahlen Patienten der Fondskrankenanstalten pro Aufenthaltstag 0,73 EUR in einen Patientenentschädigungsfonds. Aus diesen Fonds soll Patienten „verschuldensunabhängig Schadenersatz“ geleistet werden, wenn sie durch die medizinische Behandlung gesundheitliche Nachteile erleiden. Konkret sollen Schäden abgedeckt werden, die durch die Behandlung in einer Krankenanstalt entstanden sind und bei denen eine Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben ist (§ 27 a Abs. 5 und 6 KAKuG).

Voraussetzung und Rechtsnatur der Ersatzleistung sind unklar geregelt, die Umsetzung der Grundsatzbestimmung des KAKuG durch die Länder erfolgte zum Teil unterschiedlichst. Die wesentlichen Details: Lediglich zwei Leistungsvoraussetzungen des Fonds sind durch die Grundsatzbestimmungen des KAKuG vorgegeben: Einerseits muss der Schaden durch die Behandlung entstanden sein (Kausalität), und andererseits darf die Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben sein.

Letztere Voraussetzung zielt auf einen Unsicherheitstatbestand ab, sodass bei einem Ausschluss von Zweifeln (in die eine oder in die andere Richtung) eine Leistung aus dem Fonds verwehrt werden müsste. Eine Entschädigung käme demnach nicht in Betracht, wenn entweder eine Haftung des Rechtsträgers eindeutig nicht gegeben ist oder aber eine Haftung des Rechtsträgers eindeutig vorliegt. Gerade in Arzthaftungssachen ist eine vorprozessuale Sicherheit in die eine oder in die andere Richtung oftmals kaum gegeben.

Als weitere Voraussetzungen (neben der Kausalität und der fraglichen Haftung des Rechtsträgers) wird in den Ländern regelmäßig bestimmt, dass kein Zivilverfahren über denselben Schadensfall anhängig sein darf und eine außergerichtliche Prüfung durch die Schiedsstelle und/oder den Patientenvertreter erfolgt. In Oberösterreich ist eine Entschädigung aus dem Fonds ausgeschlossen, wenn aus demselben Schadensfall und auch demselben Rechtsgrund ein Schadenersatzbetrag gerichtlich zuerkannt oder eine Geldleistung ausbezahlt wurde.

Die Entschädigungskommissionen agieren weisungsfrei, auf Leistungen aus den Patientenentschädigungsfonds besteht kein Rechtsanspruch. Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Fonds sind in Tirol nicht vorgesehen, ansonsten *expressis verbis* ausgeschlossen. Die Aufsicht über die Fonds üben regelmäßig die Landesregierungen aus.

Unterschiedlich geregelt in den Ländern sind die Entscheidungsträger: Während z. B. in Niederösterreich das Schicksal über die Fondszuwendung praktisch in der alleinigen Hand des Patientenanwalts liegt, entscheiden in den meisten anderen Bundesländern regelmäßig Entschädigungskommissionen. Diese besteht beispielsweise in Oberösterreich aus fünf Mitgliedern, unter anderem der Patientenvertreterin.

Unterschiedlich geregelt sind auch die Entschädigungshöhen, oftmals werden Höchstbeträge festgelegt, in Oberösterreich beispielsweise 72 000,00 EUR.

Diskussionswürdig wäre, ob die Fonds im Rahmen der Hoheitsverwaltung oder der Privatwirtschaftsverwaltung tätig sind. Praktisch bedeutsam wird dies bei einer allfälligen Rückforderung der Leistungen. Während in Salzburg und in der Steiermark die Rückforderung mit Bescheid vorgeschrieben wird (dagegen steht in Salzburg der Rechtszug an den Unabhängigen Verwaltungssenat offen), behelfen sich andere Bundesländer wie beispielsweise Oberösterreich mit privatrechtlichen Konstruktionen (Forderungsabtretungen bzw. Forderungsübergang oder Rückzahlungsverpflichtung).

Zu weiteren Details wird auf unsere Website verwiesen:

www.medizinrecht.at → publikationen

***→ Verschuldensunabhängige Patientenentschädigung –
Patientenentschädigungsfonds – RDM 04/2003***

5. Sonstiges

Im Übrigen werden fragliche Behandlungsfehler auch in direkten Gesprächen zwischen dem Patienten (vertreten durch seinen Rechtsanwalt, dem Patientenvertreter oder zuweilen auch durch die Arbeiterkammer) und den Haftpflichtversicherern reguliert. Ein letztlich nicht unerheblicher Anteil der strittigen Behandlungsfehler bleibt letztlich den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung überlassen.

6. Resümee

In keinem anderen Rechtsgebiet als in Arzthaftungssachen steht dem vermeintlich Geschädigten eine derart breite Palette an Anlaufstellen und außergerichtlichen Regulierungshilfen zur Verfügung. Dies reicht hin bis zu einer „Entschädigung“ in Fällen, in denen eine Haftung tatsächlich gar nicht feststeht. Dies nach meinem Dafürhalten aus einem guten Grund: Das Arzt-Patienten-Verhältnis erfordert wechselseitiges Vertrauen; sollte ein Behandlungsfehler fraglich sein, bedarf es besonderer Managementanstrengungen, diese Frage abzuklären, ohne das Vertrauensverhältnis zur Ärzteschaft generell zu beeinträchtigen.



CW Haarfeld
Annastraße 32-36
45130 Essen

ISBN 978-3-7747-1768-8