

Thomas Bayer

Ärztliche Dokumentationspflicht und Einsichtsrecht in Patientenakten

Eine Untersuchung zu den §§ 630f und 630g BGB
mit Bezügen zum nationalen sowie europäischen
Datenschutzrecht

MedR Schriftenreihe Medizinrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Andreas Spickhoff

Weitere Bände siehe
<http://www.springer.com/series/852>

Thomas Bayer

Ärztliche Dokumentationspflicht und Einsichtsrecht in Patientenakten

Eine Untersuchung zu den §§ 630f und
630g BGB mit Bezügen zum nationalen
sowie europäischen Datenschutzrecht

Thomas Bayer
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht
und Medizinrecht
Ludwig-Maximilians-Universität München
München
Deutschland

ISSN 1431-1151

MedR Schriftenreihe Medizinrecht

ISBN 978-3-662-57488-1

ISBN 978-3-662-57489-8 (eBook)

<https://doi.org/10.1007/978-3-662-57489-8>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer-Verlag GmbH Deutschland, ein Teil von Springer Nature 2018

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer-Verlag GmbH, DE und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

Für Julia

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2017/2018 von der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Neue Rechtsprechung und Literatur konnte bis Mitte März 2018 berücksichtigt werden, wobei die Druckfassung bereits an die datenschutzrechtliche Situation in Deutschland und der EU nach Maßgabe der europäischen Datenschutzgrundverordnung angepasst ist. Diese Arbeit wurde durch ein Begabtenstipendium der Hanns-Seidel-Stiftung aus Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) gefördert.

Mein aufrichtiger und herzlichster Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Andreas Spickhoff* für die Anregung zum Thema, die Betreuung und Förderung sowie die Aufnahme der Arbeit in die MedR Schriftenreihe Medizinrecht. Herrn Prof. Dr. *Stephan Lorenz* danke ich für die rasche Anfertigung des Zweitgutachtens. Überdies danke ich meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl, insbesondere *Irina Rebin*, *Natalia Ishyna* und *Gesa Franke* für zahlreiche lohnende Diskussionen. Ebenfalls danke ich allen Ärzten und Juristen, die mir für diese Arbeit offene und weitgehende Einblicke in ihre tägliche Praxis gewährt haben.

Von ganzem Herzen danke ich meiner Ehefrau Dr. *Julia Bayer*, der diese Arbeit gewidmet ist, sowie meinen Eltern für ihre Liebe, Bestärkung und Unterstützung.

Augsburg, im März 2018

Thomas Bayer

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Historische Entwicklung	3
I. Entwicklung der Dokumentationspflicht	3
1. Rechtsprechung des Reichsgerichts	3
2. Rechtsprechung des BGH von 1950 bis 1972	4
3. Rechtsprechung des BGH ab 1972	5
a) Arsenvergiftungsfall vom 16. Mai 1972	6
b) Dammschnitturteil vom 14. März 1978	7
c) Dokumentationsurteil vom 27. Juni 1978	7
d) Zwischenergebnis	9
4. Die Zeit nach 1978	10
a) Ständesrechtliche Rezeption	10
b) Patientenrechtegesetz	11
II. Entwicklung des Einsichtsrechts	12
1. Zunächst kein Einsichtsrecht des Patienten	12
2. Rechtsprechungsänderung ab 1982	14
C. Bestimmung der Akteure: Behandelnder und Patient	19
I. Behandelnder	19
II. Patient	20
D. Anwendungsbereich der §§ 630f und 630g BGB	23
I. Vertraglicher Kontext	23
1. „Klassischer“ Behandlungsvertrag	23
2. Verträge über Heim- und Pflegeleistungen	24
II. Außervertraglicher Kontext	27
1. Geschäftsführung ohne Auftrag	28
2. Öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis?	30
3. Notarzt und Rettungsdienst	31
4. Öffentlich-rechtliche Unterbringung	33
5. Amtsärztliche Untersuchung	34

E. Dokumentationspflicht	35
I. Zusammenschau der Dokumentationspflichten.	35
II. Dokumentationszwecke.	37
1. Therapiesicherung	37
2. Patientenautonomie und Rechenschaftspflicht	38
3. Beweissicherung	40
a) Bisher kein Beweissicherungszweck	40
b) Akzentverschiebung durch das PatRG?	41
c) Eingeschränkte Beweissicherungsfunktion	44
4. Leistungsrechtliche Funktion	46
III. Inhalt und Umfang der Dokumentation.	46
1. Aus fachlicher Sicht wesentliche Maßnahmen	47
2. Katalog des § 630f Abs. 2 BGB	51
3. Empfängerhorizont	52
4. Arztbriefe und Transferdokumente	53
5. Sonderfälle	54
a) Berufsanfänger	54
b) Off-Label-Use.	54
c) Außenseiter- oder Neulandmethoden	55
IV. Form der Dokumentation	55
V. Zeitpunkt der Dokumentation	57
1. Unmittelbarkeit	57
2. Konsequenz zeitlicher Verzögerung	60
VI. Revisionsicherheit	62
VII. Delegation der Dokumentation	65
VIII. Rechtsfolgen bei Verletzung der Dokumentationspflicht	66
1. Kein eigenständiger Leistungs- und Ersatzanspruch.	66
2. Dokumentationsmangel als Schadensursache.	67
3. Unzutreffende Dokumentation	68
4. Beweisrechtliche Konsequenzen	69
a) Vermutung für Unterlassen der Maßnahme	69
b) Widerleglichkeit der Vermutung.	71
c) Analogie zu § 630h Abs. 3 BGB.	72
IX. Abdingbarkeit der Dokumentationspflicht	72
1. Individualvertraglicher Ausschluss	72
2. Ausschluss mittels AGB-Klausel.	74
F. Aufbewahrungspflicht	75
I. Aufbewahrungsfristen	76
1. Grundsatz: Zehn-Jahres-Frist	76
2. Andere Aufbewahrungsfristen	77
a) § 10 Abs. 3 MBO-Ä	78
b) § 12 MBO-Z.	78
c) § 199 Abs. 2 BGB.	79
d) Datenschutzrechtliche Aufbewahrungspflicht?	80

- aa) Anwendbarkeit. 80
- bb) Aufbewahrungspflicht als Betroffenenrecht? 81
- cc) Bewertung 82
- dd) Zwischenergebnis 83
- e) Ausdehnung der Zehnjahresfrist im Einzelfall? 83
- II. Fristbeginn 85
- III. Umfang der aufzubewahrenden Dokumentation 86
- IV. Grenzen der Aufbewahrung 87
- V. Pflicht zur Nacheile 89
- VI. Verstoß gegen die Aufbewahrungspflicht. 89
- G. Einsichtsrecht 93**
 - I. Übersicht zu § 630g BGB 93
 - II. Begriff der Einsichtnahme 94
 - III. Gegenstand und Umfang des Einsichtsrechts 97
 - 1. Gegenständlicher Umfang 97
 - 2. Inhaltlicher Umfang 101
 - a) Objektive Befunde und subjektive Wertungen. 101
 - b) Formelle und informelle Dokumentation 103
 - c) Dokumentation interner Abläufe 105
 - d) Personalien der Behandlungsseite 107
 - IV. Disponibilität des Einsichtsrechts 108
 - V. Geltendmachung des Anspruchs 110
 - 1. Das Einsichtnahmeverlangen 110
 - 2. Angemessene Zeitspanne 110
 - 3. Problematik bei minderjährigen Patienten 113
 - VI. Originäres Einsichtsrecht des Patienten (§ 630g Abs. 1 BGB) 115
 - 1. Kein besonderes Interesse 115
 - 2. Einsichtnahme durch Bevollmächtigte 116
 - a) Berechtigtes Vertretungsinteresse 116
 - b) Rechtsgeschäftliche Vollmacht 117
 - c) Schweigepflichtentbindung 119
 - 3. Befugnis kraft Gesetzes 122
 - a) Sorgerechtsinhaber. 122
 - b) Ehegatten 123
 - c) Lebenspartner. 125
 - d) Betreuer 125
 - e) Entgegenstehender Patientenwille 126
 - VII. Postmortales Einsichtsrecht (§ 630g Abs. 3 BGB) 126
 - 1. Rechtliche Qualifikation des Anspruchs. 127
 - a) Vertragliche Abrede 127
 - b) Übergang von Todes wegen 128
 - c) Bloße Wahrnehmungsbefugnis 130
 - d) Gesetzliches Schuldverhältnis 130
 - 2. Einsichtsrecht der Erben. 132

a) Erbenbegriff	132
b) Nachweis der Erbenstellung	133
c) Autonomes Erbenrecht	133
d) Vermögensrechtliches Interesse	134
e) Vererbbarkeit von Schriftstücken und Familienpapieren	136
3. Einsichtsrecht der Angehörigen	137
a) Angehörigenbegriff	137
aa) § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB	137
bb) § 77 Abs. 2 StGB	138
cc) § 1a Nr. 5 TPG	139
dd) § 60 Abs. 2 UrhG bzw. § 22 S. 4 KUG	139
ee) § 1 Nr. 1 BArchG	139
ff) Herleitung eines passenden Angehörigenbegriffs	140
b) Rangmäßiger Ausschluss	142
c) Immaterielles Interesse	144
4. Ausdrücklicher und mutmaßlicher Patientenwille	147
a) Ausdrücklicher Patientenwille	148
b) Mutmaßlicher Patientenwille	150
c) Beweislast	153
5. Gestaltungsmöglichkeiten des Patienten bzgl. postmortaler Einsicht	155
VIII. Sonderfall: Bewusstlose Patienten	156
IX. Verweigerung der Einsichtnahme	157
1. Erhebliche therapeutische Gründe	158
a) Begriff der therapeutischen Gründe	158
b) Bezugsperson	160
c) Erheblichkeitsschwelle als inzidenter Abwägungsauftrag	162
d) Verhältnismäßigkeit der Art und Weise	165
e) Pflicht zur Verweigerung	166
2. Sonstige erhebliche Rechte Dritter	167
a) Begriff des Dritten	167
b) Erhebliche Drittrechte	168
c) Güterabwägung	169
d) Der Behandelnde als Dritter?	170
3. Rechte des Behandelnden	171
a) Pauschale Verweigerung und subjektive Wertungen	171
b) Entscheidung des VG München v. 16.09.2016	172
c) Beachtlichkeit im Rahmen von § 630g BGB	173
d) Korrektiv- und Schrankenfunktion des § 242 BGB	177
4. Offenlegung der Verweigerung	178
5. Einschränkender Klageantrag	179
6. Unmöglichkeit nach § 275 BGB	179
X. Begründungspflicht des § 630g Abs. 1 S. 2 BGB	180
1. Problematik	180
2. Begründungstiefe	181

3. Möglicher Zweckgefährdungsvorbehalt	182
4. Gerichtliche Kontrolle	183
a) Eingeschränkte Überprüfbarkeit.	183
b) In-camera-Verfahren.	184
c) Entscheidung durch Arzt des Vertrauens	185
d) Bewertung	186
XI. Weitere Modalitäten des § 630g BGB.	186
1. Ort der Einsichtnahme.	186
2. Anspruch auf Abschriften	188
3. Übersendung der Abschriften	191
4. Vertragliche Ersetzung der Einsicht durch Übersendung von Kopien	194
5. Bestätigung der Vollständigkeit.	195
6. Kosten	196
a) Allgemeines	196
b) Vermeintlich doppelte Kostenregelung	199
c) Besonderheiten im Kontext des § 291a SGB V	199
d) Zahlungsweise und Zurückbehaltungsrecht.	200
aa) Vorschusspflicht	201
bb) Erstattungspflicht.	201
cc) Bewertung	202
dd) Zurückbehaltungsrecht	203
7. Zeitpunkt der Einsichtnahme	204
8. Wiederholtes Verlangen.	206
9. Lesbarkeit und Erläuterung der Unterlagen	207
10. Streitwertbemessung	208
11. Verjährung und Verwirkung.	209
XII. Eigentum an Krankenunterlagen.	210
XIII. Einsichtsrechte aufgrund anderer Vorschriften	212
1. Elektronische Gesundheitskarte, § 291a SGB V	212
a) Zugriffsrechte	212
b) Anwendungsbereich in GKV und PKV	213
c) Ausgewählte Problemkreise	214
2. Datenschutzrechtliche Aspekte	215
a) BDSG 2003	216
b) EU-Datenschutzgrundverordnung	219
aa) Anwendungsbereich.	220
bb) Auskunftsrecht nach Art. 15 DSGVO	221
(1) Anspruchsinhalt	221
(2) Anspruchsumfang.	223
cc) Ausgewählte Problemkreise.	224
(1) Kostentragung	224
(2) Auskunftsverweigerung	225
c) Die postmortale Dimension des Datenschutzrechts.	227

- H. Schlussbetrachtung** 229
 - I. Grundlegendes. 229
 - II. Dokumentationspflicht 229
 - III. Aufbewahrungspflicht 230
 - IV. Einsichtsrecht 230
 - V. Postmortales Einsichtsrecht. 231
 - VI. E-Health-Gesetz und Datenschutzrecht. 232
- Literatur.** 233

Abkürzungsverzeichnis

AGS	Anwaltsgebühren spezial (Zeitschrift)
BayÄbl	Bayerisches Ärzteblatt (Zeitschrift)
BDSG 2003	Bundesdatenschutzgesetz (in Kraft bis 24.05.2018)
BDSG-neu	Bundesdatenschutzgesetz (in Kraft ab 25.05.2018)
BeckOGK	BeckOnline Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BMV-Ä	Bundesmantelvertrag – Ärzte
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BR-PIPr.	Bundesratsplenarprotokoll
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BT-PIPr.	Bundestagsplenarprotokoll
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt (Zeitschrift)
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift (Zeitschrift)
DSGVO	Europäische Datenschutzgrundverordnung
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
eGK	Elektronische Gesundheitskarte
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GesR	Gesundheitsrecht (Zeitschrift)
GuP	Gesundheit und Pflege (Zeitschrift)
GRC	EU-Grundrechte-Charta
HeimG	Heimgesetz
HKaG	Heilberufe-Kammergesetz (Bayern)
HK-BGB	<i>Schulze/Dörner</i> , Handkommentar BGB
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Entscheidungssammlung)
jurisPK-BGB	juris Praxiskommentar BGB
jurisPR-MedizinR	juris Praxisreport Medizinrecht
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
KrV	Kranken- und Pflegeversicherung (Zeitschrift)
L/K/L	<i>Laufs/Katzenmeier/Lipp</i> , Arztrecht

MAHMedR	<i>Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen</i> , Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht
MBO-Ä	Musterberufsordnung für Ärzte
MBO-Z	Musterberufsordnung für Zahnärzte
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MedR-Komm	<i>Prütting</i> , Medizinrecht Kommentar
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht (Zeitschrift)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖKZ	Das österreichische Gesundheitswesen (Zeitschrift); früher: Österreichische Krankenhauszeitung
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
PatRG	Patientenrechtegesetz (Deutschland)
PfleWoqG	Gesetz zur Regelung der Pflege-, Betreuungs- und Wohnqualität im Alter und bei Behinderung (Bayern)
RöV	Röntgenverordnung
RuP	Recht und Psychiatrie (Zeitschrift)
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
Sra	Sozialrecht aktuell (Zeitschrift)
SZ	Süddeutsche Zeitung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZfMER	Zeitschrift für Medizin-Ethik-Recht

A. Einleitung



Mit dem „Patientenrechtegesetz“ vom 26. Februar 2013¹ wurde die Pflicht des Behandelnden zur Dokumentation aller wesentlichen medizinischen Tatsachen erstmals im Rahmen des Bürgerlichen Rechts normiert und hat nunmehr im Behandlungsvertragsrecht in der Vorschrift des § 630f BGB ihren Niederschlag gefunden.² Daran anknüpfend findet sich in § 630g BGB das mit der Dokumentationspflicht eng verknüpfte Recht des Patienten auf Einsichtnahme in seine Patientenakte, dessen Normierung insoweit ein bisher bestehendes „Vollzugsdefizit“³ bei der Informationsgewinnung des Patienten beseitigen soll.

Diese Arbeit untersucht, ausgehend von der historischen Entwicklung der Dokumentationspflicht sowie des Einsichtsrechts, welche Auswirkungen die Kodifikation der §§ 630f und 630g BGB auf den Pflichtenkanon des Behandelnden hat und wo sich mitunter Akzentverschiebungen zur bisherigen Rechtsprechungspraxis ergeben haben. Berücksichtigung finden dabei zudem sowohl aktuelle Entwicklungen in Deutschland – etwa die geplante Einführung der elektronischen Gesundheitskarte – als auch auf europäischer Ebene, namentlich die Datenschutzgrundverordnung.

Ziel dieser Arbeit ist, für die in den einzelnen Bereichen auftretenden Fragen „eine Lösung zu entwickeln, die neben den rechtlichen Aspekten die Probleme des medizinischen Alltags“ berücksichtigt und in ihren juristischen Kategorien daran nicht vorbeigeht.⁴ „Auf der anderen Seite müßte die Medizin mehr Verständnis aufbringen für die Notwendigkeit einer generellen Kontrolle auch ihres Verhaltens“,⁵ zumal die Patientenseite in der Realität ohnehin nur „über sehr disparate Einsichts- und Einflußmöglichkeiten verfügt“.⁶

¹ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.02.2013, BGBl. I S. 277.

² *Spickhoff*, MedR 2015, 845 (851).

³ *Thole*, MedR 2013, 145 (148); ebenso *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB, § 630g Rn. 1.

⁴ *Lilie*, Ärztliche Dokumentation, S. 118 f.; ähnlich *Deutsch*, NJW 1978, 1657 (1661).

⁵ *Schreiber*, in: Wahrheit am Krankenbett, S. 33 (46).

⁶ *Scheiwe*, KritV 1998, 313 (314).

War etwa *Stürner* im Jahre 1976 noch der Meinung, ein „Kontrollrecht“ über die ärztliche Tätigkeit [...] widerspreche der selbständigen Stellung des Arztes und sei mit dem persönlichen Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient unvereinbar“,⁷ so hat sich diese Auffassung zwischenzeitlich gewandelt: Der Behandlungsvertrag wird heute nicht mehr als ein dem Recht kaum zugängliches Konstrukt angesehen, das *allein* auf einer Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient beruht, sondern als Dienstleistung begriffen, in deren Rahmen dem Patienten die Rolle eines – zunehmend anspruchsvollen – Kunden mit einer bisweilen „teilweise übersteigerte[n] Erwartungshaltung“⁸ zukommt. Daher muss, um es mit den Worten von *Katzenmeier* zu sagen, umgekehrt vor „übersteigerten Anforderungen an den Arzt“ und mithin vor einer „Apotheose von Patientengrundrechten [...] gewarnt werden“.⁹ Vielmehr ist auch hier ein tragfähiger Konsens zwischen beiden Vertragsparteien, dem Behandelnden und seinem Patienten, stets oberstes Ziel und anzustrebende Maxime.

⁷ *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 313 m.w.N zur damals ganz h.M. in Rechtsprechung und Literatur.

⁸ *Peter*, Einsicht in Krankenunterlagen, S. 6.

⁹ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 273.

B. Historische Entwicklung



I. Entwicklung der Dokumentationspflicht

Ein Querschnitt durch die Rechtsprechung der freien Dienstleistungsberufe höherer Art macht deutlich, dass die Frage nach dem Bestehen einer Dokumentationspflicht zunächst ausschließlich im Zusammenhang mit dem Arzthaftungsrecht eine Rolle spielte und erst von dort im weiteren Verlauf von der Rechtsprechung auf andere Berufsgruppen ausgedehnt wurde.¹ Jedoch durchlebte gerade auch die ärztliche Dokumentationspflicht selbst von der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bis zum heutigen § 630f BGB eine höchst unstete und wenig einheitliche Entwicklung.

1. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Schon das Reichsgericht hatte sich mit der ärztlichen Dokumentation auseinanderzusetzen und dabei insbesondere zur Problematik unzureichender Aufzeichnungen Stellung zu beziehen.² In einem der Entscheidungen vom 21. März 1935 zugrunde liegenden Fall litt die Klägerin an einem nässenden Ekzem im Brustbereich. Die vom beklagten Arzt im Jahr 1928 mittels Röntgenstrahlen mehrfach durchgeführte Behandlung führte zu Röntgenverbrennungen auf der Haut der Patientin. In den Vorinstanzen misslang der Nachweis, dass die Strahlendosis angesichts der durch das Ekzem bereits vorgeschädigten Haut zu hoch und deshalb behandlungsfehlerhaft gewesen war. Diese Beweisschwierigkeiten der Klägerin, so das Reichsgericht, seien jedoch allein darauf zurückzuführen, dass der Arzt

¹ Vgl. *Dolle*, Verletzung von Dokumentations- und Befundsicherungspflichten, S. 11.

² RG v. 21.03.1935 – VI 429/34, HRR 1935, Nr. 1009.

es entgegen der ihm obliegenden Verpf[lichtung] unterlassen hat, über die technischen Einzelheiten der von ihm vorgenommenen Bestrahlungen [...] mit der erforderl[ichen] Genauigkeit Buch zu führen. Diese Folge [...] muß nach anerkannter Rspr. [...] dahin tragen, daß die Mängel der Aufklärbarkeit [...] zu Lasten des Bekl[agten] gehen, sich also die Bew[eis]-Last insoweit umkehrt.³

Dies zeigt, dass bereits das Reichsgericht auf Beweiserleichterungen für klagende Patienten erkannte, sofern der Arzt durch lückenhafte Dokumentation zur Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes beigetragen hatte. Auch wenn sich keine Entscheidungen des Reichsgerichtes finden, in denen ausdrücklich eine schuldrechtliche Dokumentationspflicht angenommen wird,⁴ spricht das Reichsgericht hier von einer dem Arzt obliegenden Verpflichtung. Das vorliegende Urteil kann somit durchaus dahingehend interpretiert werden, dass es Aufgabe des Arztes sei, die ordnungsgemäße Dokumentation als eine – wie auch immer geartete – Pflicht bzw. Obliegenheit sicherzustellen.⁵ Dieser frühe Ansatz der Rechtsprechung bleibt indes in den historischen Darstellungen der ärztlichen Dokumentationspflicht weitestgehend unerwähnt.⁶

2. Rechtsprechung des BGH von 1950 bis 1972

Ausdrücklich abgelehnt wurde eine eigenständige Pflicht des Arztes zur Anfertigung einer Dokumentation über die vorgenommene Behandlung gegenüber seinen Patienten von der frühen bundesdeutschen Rechtsprechung.⁷ Vielmehr vertraten die Gerichte den Standpunkt, bei derartigen Aufzeichnungen handele es sich um eine – in das freie Belieben gestellte – eigene Gedächtnisstütze des Arztes.⁸

Das Krankenblatt ist eine Gedächtnisstütze des Arztes, ein von ihm oder für ihn gefertigtes Hilfsmittel, das ihm den jederzeitigen, raschen Überblick über den Verlauf der Krankheit und ihre Behandlung ermöglichen und ihn damit vor allem bei der Durchführung der Therapie entlasten soll. Es ist nicht etwa eine schriftliche Festlegung der Krankengeschichte, die sorgfältig und vollständig zu führen der Arzt im Verhältnis zum Kranken verpflichtet wäre.⁹

³ RG v. 21.03.1935 – VI 429/34, HRR 1935, Nr. 1009.

⁴ *Dolle*, Verletzung von Dokumentations- und Befundsicherungspflichten, S. 11.

⁵ A.A. wohl *Peter*, Einsicht in Krankenunterlagen, S. 11.

⁶ Darauf hinweisend *Dolle*, Verletzung von Dokumentations- und Befundsicherungspflichten, S. 12.

⁷ LG Hannover v. 24.06.1955 – 10 S 108/55, NJW 1956, 348 (348); OLG Stuttgart v. 04.02.1958 – 6 U 35/57, NJW 1958, 2118 (2119); BGH v. 04.12.1962 – VI ZR 101/62, VersR 1963, 168 (169); diesen Gedanken zugrunde legend ebenfalls BVerfG v. 08.03.1972 – 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373 = NJW 1972, 1123 (1124); in diesem Punkt wohl auch noch OLG Köln v. 15.07.1974 – 10 W 9/74, OLGZ 1975, 16 (17).

⁸ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 471.

⁹ BGH v. 04.12.1962 – VI ZR 101/62, VersR 1963, 168 (169).

Damit lag die Rechtsprechung auf einer Linie mit der damals ganz herrschenden Auffassung im Schrifttum.¹⁰ Diese Sicht auf die Behandlungsdokumentation rührt von der seinerzeitigen Diskussion um das strafprozessuale Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StPO her.¹¹ Damals war umstritten, ob die Aufzeichnungen von Berufsgeheimnisträgern (§ 53 StPO), welche diese im Zusammenhang mit ihrem Beruf angefertigt hatten, von dem Verbot der Beschlagnahme umfasst waren.¹² Im Jahr 1953 wurde die Vorschrift dahingehend erweitert, dass nun ausdrücklich auch die Beschlagnahme der angefertigten Krankengeschichte, die sich im Besitz von Ärzten und Krankenhäusern befindet, für unzulässig erklärt wurde.¹³ Damit wollte der Gesetzgeber ein Unterlaufen des Zeugnisverweigerungsrechts der Berufsgeheimnisträger verhindern.¹⁴ Ausgangspunkt für diese ursprünglich strafrechtliche Dimension der aufgezeigten Problematik war gewissermaßen, wie *E. Schmidt* im Jahr 1950 schreibt, dass „die Krankengeschichten in den Krankenblättern [...] ein Stück zu Papier gebrachtes Gedächtnis des Arztes“¹⁵ sind. Da aber das ärztliche „Gedächtnis“ selbst bereits hinreichend durch das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 StPO geschützt war, bedurfte es einer konsequenten Ausdehnung dieses Schutzes auch auf die aus dem Gedächtnis angefertigten Aufzeichnungen. Aus dieser für den Schutz vor staatlichen Eingriffen notwendigen Schlussfolgerung ergab sich die Bewertung der Behandlungsdokumentation als Verschriftlichung der ärztlichen Gedanken. Diese originär strafrechtliche Wertung machten sich in der Folge auch die Zivilgerichte zu eigen und gelangten so zu der Auffassung, dass es sich bei der Dokumentation lediglich um eine „Gedankenstütze des Arztes“ handle.

3. Rechtsprechung des BGH ab 1972

Auch wenn weithin erst die beiden Entscheidungen¹⁶ des BGH vom 14. März 1978 sowie vom 27. Juni 1978 als Wendepunkt in Bezug auf die ärztliche

¹⁰ *Eb. Schmidt*, in: Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1. Aufl. 1950, S. 1 (27 Fn. 3); *Wiethaup*, JR 1954, 174 (175); *Bewer*, JR 1956, 11 (12); *Kleinewefers*, VersR 1963, 297 (300), der zw. persönlichen und technisch gewonnenen Aufzeichnungen differenziert; *Schulz*, Arztrecht für die Praxis, S. 329; *Brändl*, in: Staudinger, 10./11. Aufl. 1975 [Lfg. 28, 1960], § 810 BGB Rn. 8; *Laufs*, NJW 1975, 1433 (1435); *Bischoff*, BayÄbl 1976, 406 (410); *Rieger*, DMW 1978, 595 (595).

¹¹ *Brüggemeier*, Deliktsrecht, Rn. 678.

¹² *Hartung*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 19. Aufl. 1934, § 97 StPO Anm. 9; siehe dazu ebenfalls BT-Drs. 1/3713, S. 49.

¹³ *Görtz-Leible*, Die Beschlagnahmeverbote des § 97 Abs. 1 StPO, S. 225.

¹⁴ *Greven*, in: Karlsruher Kommentar StPO, § 97 Rn. 1; vgl. BT-Drs. 1/3713, S. 49.

¹⁵ *Eb. Schmidt*, in: Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1. Aufl. 1950, S. 1 (27, vgl. dort Fn. 3).

¹⁶ BGH v. 14.03.1978 – VI ZR 213/76, NJW 1978, 1681; BGH v. 27.06.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337.

Dokumentationspflicht verstanden werden,¹⁷ so bleibt dabei eine frühere Entscheidung¹⁸ des Gerichts vom 16. Mai 1972 oft unberücksichtigt.

a) Arsenvergiftungsfall vom 16. Mai 1972

Der BGH hatte sich bis zu diesem Zeitpunkt nicht nur mit lückenhaften Behandlungsdokumentationen auseinandergesetzt und dabei den Weg für Beweiserleichterungen freigemacht,¹⁹ sondern in seinem Urteil vom 16. Mai 1972 auch in Bezug auf eine materiell-rechtliche Dimension der ärztlichen Dokumentationspflicht einen Rechtsprechungswandel angedeutet.

Ein Arzt hatte seinen Patienten mit Arsen behandelt, obwohl dies nur bei einem Paralyseverdacht medizinisch indiziert war. Ein solcher Verdacht war jedoch nicht im Krankenblatt eingetragen, sodass das OLG Braunschweig dem Beklagten die Beweislast für dessen Vorliegen auferlegte und damit für die Tatsache, dass die Arsenbehandlung nicht behandlungsfehlerhaft gewesen sei. Diesen Beweis konnte der beklagte Arzt indes nicht führen. Der BGH bestätigte das Urteil:

Unter diesen Umständen ist die Tatsache, daß das Krankenblatt zu dieser wichtigen Frage keine Eintragungen enthält, ein wichtiges Indiz. Sie kann sogar zu einer Umkehr der Beweislast in der Weise führen, daß es nunmehr Sache der Bekl. ist, den Beweis dafür zu erbringen, daß gleichwohl damals der Verdacht einer Paralyse bestand.²⁰

Dem Urteil ist darüber hinaus aber auch zu entnehmen, dass der BGH offenbar damals schon von einer materiellen Pflicht zur ordnungsgemäßen Dokumentation ausging und sich somit ein Rechtsprechungswandel weg vom Verständnis der Dokumentation als einer bloßen ärztlichen Gedächtnisstütze bereits abzeichnete:

Der Leiter der Nervenklinik [...] hat bei seiner Vernehmung eingeräumt, daß die Diagnose hätte aktenkundig gemacht werden müssen, weil sich nach ihr die Therapie richtete. Es sind keine Gründe dargetan, aus denen die gebotene Eintragung unterblieben ist.²¹

Die Formulierung dieser Zeugenvernehmung sowie die Aussage, dass „keine Gründe dargetan seien, aus denen die *gebotene* Eintragung unterblieben“ sei, lässt den Schluss zu, dass der Senat die vorliegende Krankenakte nicht mehr bloß als eine freiwillige Gedächtnisstütze des Arztes betrachten wollte, sondern

¹⁷ *Lilie*, Ärztliche Dokumentation, S. 128 ff.; *Peter*, Einsicht in Krankenunterlagen, S. 14 ff.; *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung und ihre Auswirkungen im Arzthaftungsprozeß, S. 42 ff.; *Dolle*, Verletzung von Dokumentations- und Befundsicherungspflichten, S. 14.

¹⁸ BGH v. 16.05.1972 – VI ZR 7/71, VersR 1972, 887.

¹⁹ Vgl. BGH v. 06.03.1956 – VI ZR 2/55, VersR 1956, 449; BGH v. 10.07.1956 – VI ZR 199/55, VersR 1956, 577; BGH v. 07.02.1961 – VI ZR 69/60, VersR 1961, 421.

²⁰ BGH v. 16.05.1972 – VI ZR 7/71, VersR 1972, 887 (888).

²¹ BGH v. 16.05.1972 – VI ZR 7/71, VersR 1972, 887 (888).

therapieerhebliche Eintragungen tatsächlich für *geboten* erachtete. Anders lässt sich nicht erklären, weshalb ein Unterbleiben derartiger Eintragungen durch „Gründe dargetan“ werden müsste.

Somit kann festgehalten werden, dass mit dieser Entscheidung aus dem Jahr 1972 das Bild der ärztlichen Gedächtnisstütze ausgedient hatte und die Dokumentation auch nach Auffassung des BGH nicht mehr als reine Privatsache des Arztes anzusehen war, wie hier erstmals andeutungsweise zum Ausdruck kommt.

b) Dammschnitturteil vom 14. März 1978

Die endgültige und ausdrückliche Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung vollzog der BGH dann im Jahr 1978 mit gleich zwei wegweisenden Entscheidungen, wodurch die Frage der ärztlichen Dokumentationspflicht endgültig „eine ‚genuin arzthaftungsrechtliche Dimension‘²² gewann“.²³

Zunächst musste sich der VI. Zivilsenat im *Dammschnitturteil*²⁴ vom 14. März 1978 mit der Beweisnot einer Klägerin auseinandersetzen, die mangels vorliegender Operationsberichte in den Vorinstanzen einen ärztlichen „Kunstfehler“ nicht beweisen konnte und deren Klage deswegen abgewiesen wurde. Die dagegen eingelegte Revision hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung an das OLG Köln, denn der BGH vertrat nunmehr die Auffassung, dass den Arzt zumindest eine „prozessuale Aufklärungspflicht“²⁵ treffe.

Damit erfordert es der Grundsatz der ‚Waffengleichheit‘ im Arztfehlerprozeß [...] zunächst, daß der Arzt dem klagenden Patienten Aufschluß über sein Vorgehen in dem Umfang gibt, in dem ihm dies ohne weiteres möglich ist, und insoweit auch zumutbare Beweise erbringt. Dieser Beweispflicht genügt der Arzt weithin durch Vorlage einer ordnungsmäßigen Dokumentation im Operationsbericht, Krankenblatt oder Patientenkarte, wie sie auch gutem ärztlichen Brauch entspricht.²⁶

c) Dokumentationsurteil vom 27. Juni 1978

Kurze Zeit später konkretisierte derselbe Senat des BGH seine angedeutete Linie in der als *Dokumentationsurteil*²⁷ vom 27. Juni 1978 bekannt gewordenen Entscheidung.

²² *Brüggemeier*, Deliktsrecht, Rn. 679.

²³ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 471.

²⁴ BGH v. 14.03.1978 – VI ZR 213/76, NJW 1978, 1681.

²⁵ *Brüggemeier*, Deliktsrecht, Rn. 679.

²⁶ BGH v. 14.03.1978 – VI ZR 213/76, NJW 1978, 1681 (1682).

²⁷ BGH v. 27.06.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337.

Die Angehörigen einer im Anschluss an die Behandlung verstorbenen Patientin verfolgten mit ihrer Klage ein Schadensersatzverlangen aufgrund eines behaupteten Behandlungsfehlers. Die Patientin war mit Bauchschmerzen in ein Belegkrankenhaus eingewiesen worden, wo von der Ärztin eine Appendektomie durchgeführt wurde. Wenige Tage nach der Operation verstarb die Patientin. Im Prozess stellte sich heraus, dass die Ärztin im Vorfeld der Operation keine Laboruntersuchung des Urins hatte durchführen lassen, jedoch eine am Tag nach der Operation erfolgte Laboruntersuchung auf das Datum vor der Operation hatte zurückdatieren lassen; dieser Befund war hochgradig pathologisch. Die Kläger unterlagen in den Vorinstanzen, da die Richter keine ärztliche Pflichtverletzung zu erkennen vermochten. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das OLG Oldenburg, da nach Ansicht des BGH

das angefochtene Urteil [...] auch insoweit keinen Bestand haben [kann], als es aus der ganz unzulänglichen und teilweise sogar (möglicherweise bewußt) falschen ärztlichen Dokumentation keine beweisrechtlichen Folgerungen ziehen will.²⁸

Insoweit lag der BGH hier ganz auf der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung und der des Reichsgerichts, wenn er in prozessualer Hinsicht beweisrechtliche Konsequenzen zieht. Neu ist hingegen die erstmals ausdrücklich geäußerte Auffassung des Gerichts, den Arzt treffe nunmehr auch eine materiell-rechtliche Dokumentationspflicht:

Dem BerGer. ist zuzustimmen, soweit es die Führung ordnungsmäßiger Krankenunterlagen als eine dem Arzt dem Patienten gegenüber obliegende Pflicht betrachtet. Zwar hat der erkennende Senat in zurückliegender Zeit noch die Auffassung vertreten, daß Aufzeichnungen des Arztes nur eine interne Gedächtnisstütze seien und daß zu ihrer sorgfältigen und vollständigen Führung dem Patienten gegenüber keine Pflicht bestehe. Der Senat hat aber inzwischen mehrfach zu erkennen gegeben, daß an dieser Rechtsprechung [...] nicht mehr festgehalten werden kann.²⁹

Als Grund für diese Rechtsprechungsänderung führt der BGH an, dass an einer solch „überholten ärztlichen Berufsauffassung“ nicht mehr festgehalten werden könne, da sie dem Arzt „unangemessen Raum zugesteht“.³⁰ Zudem sei die ärztliche Dokumentationspflicht „inzwischen auch in den ärztlichen Berufsordnungen allgemein anerkannt“,³¹ wobei sich der BGH in seiner Argumentation offenbar auf den Wortlaut des § 11 Abs. 1 der Musterberufsordnung (MBO) aus dem Jahr 1976 bezog, der lautete:

Ärztliche Aufzeichnungen sind Gedächtnisstützen des Arztes. Der Arzt hat über die in Ausübung seines Berufes gemachten Feststellungen und getroffenen Maßnahmen hinreichende Aufzeichnungen zu fertigen.³²

²⁸ BGH v. 27.06.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337 (2338).

²⁹ BGH v. 27.06.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337 (2338).

³⁰ BGH v. 27.06.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337 (2338).

³¹ BGH v. 27.06.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337 (2339).

³² DÄBl 1976, 1543 (1545).

Zwar verfolgte das damalige Standesrecht noch immer die Vorstellung von der Dokumentation als Gedächtnisstütze weiter, gleichwohl hatte in diesem Punkt bereits vor den beiden Urteilen des BGH ein Umdenken innerhalb der Ärzteschaft eingesetzt. Auch entsprach der maßgebliche Wortlaut des § 11 Abs. 1 MBO nahezu dem seiner Vorgängernorm³³ aus dem Jahr 1970, was zeigt, dass die Pflicht des Arztes, hinreichende Aufzeichnungen zu fertigen, sogar schon ein knappes Jahrzehnt vor der ausdrücklichen Anerkennung als materielle Rechtspflicht durch den BGH berufsrechtlich verankert war. Insofern lag der BGH richtig, wenn er seine explizite Rechtsprechungsänderung zusätzlich darauf stützte, dass die eigenen Standesvorstellungen der Ärzteschaft im Fluss waren. Mit der Korrektur seiner Spruchpraxis versuchte der BGH, einer „überholten ärztlichen Berufsauffassung“ der vergangenen Jahrzehnte gerecht zu werden. Allerdings kann die Entscheidung nicht dahingehend verstanden werden, dass eine Pflicht zur Dokumentation bereits unmittelbar aus dem Berufsrecht folgt.³⁴ Denn die Annahme einer Dokumentationspflicht

lässt sich [...] letztlich nur aus der selbstverständlichen therapeutischen Pflicht gegenüber dem Patienten erklären, auf deren Gestaltung die Berufsordnung allerdings unmittelbar keinen Einfluß nehmen kann.³⁵

Mit dieser Entscheidung kommt der BGH nunmehr einer Forderung nach, die zuvor im Schrifttum vor allem von *Dunz* geäußert worden war. Dieser beklagte in einer Schrift aus dem Jahr 1974, die ärztliche Dokumentation sei seit langer Zeit „ein Stiefkind [...] der Rechtsprechung“.³⁶ Er fordert, die Dokumentation als eine „echte Nebenpflicht des Arztes anzunehmen“, denn „es ist einfach nicht einzusehen, weshalb [...] über fremdes Geld auf den Pfennig minutiös abgerechnet wird, während man mit fremder Gesundheit so freihändig sollte umgehen dürfen“.³⁷ Diese Überlegung greift der BGH im Dokumentationsurteil auf. Denn allein schon aus dem Vergleich des Arztes als einem „den Patienten im ganzen ‚verwaltenden‘ Kliniker“ mit einem Vermögensverwalter müsse sich eine mindestens genauso gebotene Aufzeichnungspflicht des Arztes ergeben.³⁸

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass schon das Reichsgericht bei unzureichender Dokumentation auf *Beweiserleichterungen* für den Patienten

³³ § 8 Abs. 1 MBO [1970]: „Ärztliche Aufzeichnungen sind Gedächtnisstützen des Arztes. Der Arzt hat über Befunde und Behandlungsmaßnahmen hinreichende Aufzeichnungen zu machen.“, DÄBl 1970, 2025 ff.

³⁴ Für diese Interpretation jedoch *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung und ihre Auswirkungen im Arzthaftungsprozeß, S. 31, worauf *Dolle*, Zur Dogmatik der Verletzung von Dokumentations- u. Befundsicherungspflichten, S. 44, hinweist. Dagegen bezieht sich *H. Schmid*, NJW 1987, 681 (682) in seinem Beitrag auf eine völlig andere Entscheidung, was wiederum *Dolle* übersieht.

³⁵ BGH v. 27.06.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337 (2339).

³⁶ *Dunz*, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, S. 32.

³⁷ *Dunz*, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, S. 33.

³⁸ BGH v. 27.06.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337 (2339).

erkannte und der BGH diese Spruchpraxis fortgeführt hat. In *materieller Hinsicht* vertrat das Reichsgericht in seiner Entscheidung³⁹ vom 21. März 1935, dass dem Arzt eine Dokumentationsverpflichtung obliege, der BGH ging mit der herrschenden Meinung in der Literatur dagegen zunächst davon aus, dass es sich bei den Aufzeichnungen des Arztes lediglich um eine freiwillige Gedächtnisstütze handele. Erst ab den 1970er Jahren änderte der BGH seine Spruchpraxis dahingehend, dass er nun eine echte materielle Dokumentationspflicht des Arztes annimmt, wie er andeutungsweise bereits in seiner Entscheidung⁴⁰ vom 16. Mai 1972 und schließlich ausdrücklich im Dokumentationsurteil⁴¹ vom 27. Juni 1978 klargestellt hat.

4. Die Zeit nach 1978

Wenige Monate nach dem Dokumentationsurteil, im September 1978, sprach sich zudem die arztrechtliche Abteilung des 52. Deutschen Juristentages in Wiesbaden unter Berufung auf das kürzlich ergangene Urteil mit einer deutlichen Mehrheit zugunsten einer materiellen Dokumentationspflicht aus und forderte den Gesetzgeber auf, dementsprechende gesetzliche Regelungen zu treffen.⁴² Dies sollte freilich noch bis zur Einführung des Patientenrechtgesetzes⁴³ im Jahr 2013 mit dem darin enthaltenen § 630f BGB dauern.

a) Standesrechtliche Rezeption

Auch wenn die neuartigen standesrechtlichen Bestrebungen dem BGH zunächst auch als Argumentationsgrundlage für seine Rechtsprechungsänderung dienten, wurde das eher statische Berufsrecht durch diese Entwicklung sehr schnell wieder überholt. Denn es ist nicht zu verkennen, dass der – zunächst sehr fortschrittliche – Wortlaut des § 11 Abs. 1 MBO⁴⁴ in der Fassung von 1976 einen gewissen Widerspruch aufweist, der jedenfalls mit der Rechtsprechung *nach* dem Dokumentationsurteil kaum mehr in Einklang zu bringen ist. Denn einerseits ist von einer Gedächtnisstütze des Arztes die Rede, andererseits wird bereits eine Pflicht zur Dokumentation statuiert. Der BGH ging aber gerade davon aus, dass die Dokumentation primär im

³⁹ RG v. 21.03.1935 – VI 429/34, HRR 1935, Nr. 1009.

⁴⁰ BGH v. 16.05.1972 – VI ZR 7/71, VersR 1972, 887 (888).

⁴¹ BGH v. 27.06.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337 (2339).

⁴² Verhandlungen des 52. DJT, Bd. II, I 205 Nr. 4 lit. d): Angenommen zu 80:54:3.

⁴³ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.02.2013, BGBl. I S. 277.

⁴⁴ § 11 Abs. 1 MBO [1976]: „Ärztliche Aufzeichnungen sind Gedächtnisstützen des Arztes. Der Arzt hat über die in Ausübung seines Berufes gemachten Feststellungen und getroffenen Maßnahmen hinreichende Aufzeichnungen zu fertigen.“, DÄBl 1976, 1543 (1545).

Interesse des Patienten liegt, was die alleinige Qualifikation als Gedächtnisstütze im Eigeninteresse des Arztes nicht mehr tragen konnte und weshalb der 82. Deutsche Ärztetag in Nürnberg 1979 schon bald die Berufsordnung anpasste:

§ 11 Ärztliche Aufzeichnungen [MBO 1979]

(1) Der Arzt hat über die in Ausübung seines Berufes gemachten Feststellungen und getroffenen Maßnahmen die erforderlichen Aufzeichnungen zu machen. Ärztliche Aufzeichnungen sind nicht nur Gedächtnisstützen für den Arzt, sie dienen auch dem Interesse des Patienten an einer ordnungsgemäßen Dokumentation.⁴⁵

Auch wenn *H. Lilie* diese Änderungen noch für unzureichend befand,⁴⁶ so muss die Regelung doch stets im historisch-gesellschaftlichen Kontext bewertet werden. Denn es ist allein schon beachtenswert, dass zunächst seit 1970 eine Dokumentationspflicht im Landesrecht anerkannt war, bevor der BGH diese überhaupt erst ab 1978 ausdrücklich postulierte. Dies zeugt durchaus von einer gewissen Aufgeschlossenheit der Ärzteschaft gegenüber den Belangen ihrer Patienten, welche dieser Berufsgruppe heute oftmals zu Unrecht abgesprochen wird.

b) Patientenrechtegesetz

Mit Wirkung zum 26. Februar 2013 trat schließlich das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, kurz: Patientenrechtegesetz (PatRG),⁴⁷ in Kraft, als dessen „Kernstück“ die Kodifikation des Behandlungsvertrages bezeichnet werden kann.⁴⁸ Innerhalb der dabei neu eingefügten §§ 630a – h BGB findet sich die Vorschrift des § 630f BGB, die explizit eine Dokumentationspflicht des Behandlenden sowie dessen Pflicht zur Aufbewahrung der Patientenakten festschreibt.⁴⁹

Das PatRG orientiert sich dabei ausdrücklich an der bisherigen Rechtsprechung des BGH, will diese andererseits aber auch fortentwickeln.⁵⁰ Es „geht zurück auf einen gemeinsamen Gesetzentwurf der Bundesministerien der Justiz und für Gesundheit“ und wurzelt zudem in der von *Francke/Hart* im Jahr 1999 verfassten ‚Charta der Patientenrechte‘, „die ein ‚Recht auf gute und sichere Behandlung‘ einschließt“.⁵¹ Nicht zuletzt greift das Gesetz auch eine langjährige Forderung nach der Kodifikation des Behandlungsvertragsrechts auf, die jedoch nicht immer

⁴⁵ Zit. nach *Baldus*, DÄBI 1976, 1573 (1574).

⁴⁶ *Lilie*, Ärztliche Dokumentation, S. 137 f.

⁴⁷ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.02.2013, BGBl. I S. 277.

⁴⁸ Vgl. nur *Th. Bayer/Spickhoff*, Zeitschrift f. Rheumatologie 2017, 287 (287).

⁴⁹ Grundlegend zur Neuregelung der §§ 630a ff. BGB nur *Wagner*, VersR 2012, 789; *Katzenmeier*, NJW 2013, 817; *Spickhoff*, VersR 2013, 267; *ders.*, MedR 2015, 845.

⁵⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

⁵¹ *Wagner*, in: MüKo-BGB, Vor § 630a Rn. 1 m.w.N.; vgl. darüberhinaus *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, 1999.

unumstritten war.⁵² So zeigen die gefassten Beschlüsse der arztrechtlichen Abteilung des 52. DJT in Wiesbaden 1978, dass die Mehrheit gegen eine vollumfängliche gesetzliche Regelung zu den Rechten und Pflichten des Behandlungsverhältnisses stimmte,⁵³ hingegen aber einer Regelung der ärztlichen Dokumentationspflicht aufgeschlossen gegenüberstand.⁵⁴ Ab 1981 wurde die Kodifikation des Behandlungsvertragsrechts dann vor allem von *Deutsch/Geiger* gefordert: „Die mangelnde Berücksichtigung des Arzt-Patienten-Verhältnisses im Vertragsrecht des BGB hat dazu geführt, daß sich in anderen Rechtsgebieten besondere Schwerpunkte gebildet haben. [...] Es ist an der Zeit, die allgemeinen Regeln des Arzt-Patienten-Verhältnisses in konkreter Gestalt dort zu akzentuieren, wo dieses Rechtsverhältnis seinen eigentlichen Sitz hat: im Vertragsrecht.“⁵⁵ Dabei nehmen sie insbesondere auch Bezug auf die Dokumentationspflicht und die kurz zuvor ergangene Rechtsprechung⁵⁶ des BGH.⁵⁷ Es sollte freilich noch 32 Jahre dauern, bis diese Forderung mit dem PatRG im Jahr 2013 schließlich juristische Realität wurde.

II. Entwicklung des Einsichtsrechts

1. Zunächst kein Einsichtsrecht des Patienten

Ein Anspruch des Patienten auf Einsicht in seine Krankenunterlagen wurde von den Gerichten lange Zeit abgelehnt und insoweit oftmals auf die Funktion der Behandlungsdokumentation als reine Gedächtnisstütze verwiesen.⁵⁸ Ohne eine zugrundeliegende Dokumentationspflicht, so die Schlussfolgerung, könne erst recht kein Einsichtsrecht bzw. eine sogar noch weitergehende Herausgabepflicht hinsichtlich der Krankenunterlagen bestehen.⁵⁹ Streitgegenstand waren dabei oftmals Röntgenbilder,⁶⁰ deren Herausgabe – auch als Kopie – teilweise schon aufgrund einer vermeintlich fehlenden Urkundenqualität i.S.d. § 810 BGB, §§ 427, 444 ZPO als nicht

⁵² Dazu ausf. *Fiekas*, § 630f BGB – die Dokumentation der Behandlung, S. 21 ff.

⁵³ Verhandlungen des 52. DJT, Bd. II, I 204 Nr. 1 lit. a): Abgelehnt zu 43:85:5.

⁵⁴ Verhandlungen des 52. DJT, Bd. II, I 205 Nr. 4 lit. d): Angenommen zu 80:54:3.

⁵⁵ *Deutsch/Geiger*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, S. 1049 (1055).

⁵⁶ BGH v. 14.03.1978 – VI ZR 213/76, NJW 1978, 1681 sowie BGH v. 27.06.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337.

⁵⁷ *Deutsch/Geiger*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, S. 1049 (1065).

⁵⁸ Dazu bereits oben Kap. B.I.2.

⁵⁹ Ausdrücklich OLG Celle v. 30.11.1977 – 3 U 17/77, NJW 1978, 1200; andeutungsweise auch BGH v. 06.11.1962 – VI ZR 29/62, NJW 1963, 389 (389); OLG Stuttgart v. 04.02.1958 – 6 U 35/57, NJW 1958, 2118 (2119).

⁶⁰ Vgl. auch *Lenkaitis*, Krankenunterlagen, S. 139.