



GesundheitsRecht

Zeitschrift für Arztrecht, Krankenhausrecht,
Apotheken- und Arzneimittelrecht

Herausgeber: Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Rehborn · Rechtsanwalt Dr. Rudolf Ratzel

gesr.de



Nutzen Sie jetzt
Ihre Datenbank!



Aufsätze >

Hans-Berndt Ziegler / Anne Ziegler – Die Musterfeststellungsklage im Arzthaftungsrecht 205

Patricia Bals / Anna Kristina Kuhn – SARS-CoV-2 – das „Corona-virus“ unter rechtlichen Gesichtspunkten ¹¹⁵ 213

Rechtsprechung >

Recht auf selbstbestimmtes Sterben (BVerfG, Ur. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16) 227

Grenzen der Zwangsbehandlung Untergebrachter (BGH, Beschl. v. 15.1.2020 – XII ZB 381/19) 252

Wirtschaftliche Informationspflichten bei neuartiger Behandlungsmethode (BGH, Ur. v. 28.1.2020 – VI ZR 92/19) 255

Haftung des medizinischen Sachverständigen (BGH, Beschl. v. 30.1.2020 – III ZR 91/19) 260

Patientenverfügung versus Zwangsbehandlung (LG Osnabrück, Beschl. v. 10.1.2020 – 4 T 8/20, 4 T 9/20, 4 T 10/20) 262

Kein „Late-Night-Shopping“ bei „Corona“ (VG Stuttgart, Beschl. v. 14.3.2020 – 16 KA 1466/20) 270



Ziegler & Kollegen
Rechtsanwälte
Hans-Berndt Ziegler
Am Grün 18
35037 Marburg

Dr. Otto Schmidt KG - G.-Heinemann-Ufer 58 - 50968 Köln
PVSt, DPA G, Entgelt bezahlt, 59865
ABOVER1010075XGESRXX2020X4#492#1#82#





Aufsätze

Dr. Hans-Berndt Ziegler / Anne Ziegler

Die Musterfeststellungsklage im Arzthaftungsrecht

Bisher wurde die Musterfeststellungsklage lediglich in Angelegenheiten erhoben, denen Streitigkeiten aus dem Kauf-, Miet- oder Darlehensvertragsrecht zugrunde lagen. Sie wurde am 1.11.2018 zum Schutz der Verbraucher im Bereich standardisierter Massengeschäfte eingeführt. Die individuelle medizinische Behandlung ist ein solches Geschäft auf den ersten Blick nicht. Dennoch gibt es auch im Arzthaftungsrecht Bereiche, in denen sie auf den zweiten Blick eine Rolle spielen könnte. Insbesondere wenn viele Patienten in gleicher Weise betroffen sind. Das ist z.B. bei Hygienemängeln und standardisierter Aufklärung der Fall. Dennoch ist nicht zu erwarten, dass sich die Musterfeststellungsklage im Arzthaftungsrecht im großen Umfang durchsetzen wird. Sie ist nicht geeignet, den individuellen Schaden für den betroffenen einzelnen Patienten abschließend, verbindlich und befriedigend festzustellen.

I. Einleitung

Bis November 2018 war es ein Grundprinzip des deutschen Zivilprozessrechts, dass jede Person individuell ihre Rechte geltend macht und dementsprechend Einzelprozesse führt. Das Verfahren war auf einen Zwei-Parteienprozess zugeschnitten.¹ Die Einbeziehung Dritter war nur ausnahmsweise vorgesehen und noch dazu aufwendig und kostenintensiv. Da dem Prozessrecht in Deutschland der kollektive Rechtsschutz aufgrund des in Art. 19 Abs. 4 GG normierten Individualrechtsschutzes als primäres Mittel zur Rechtsdurchsetzung eigentlich grundsätzlich fremd ist,² sollten Popularklagen vermieden werden.³ Es gab daher zunächst nur spezialgesetzliche Regelungen für die Durchführung von Massenverfahren außerhalb der Zivilprozessordnung nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG⁴), dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG⁵) sowie dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG⁶).

Obwohl gerade im Bereich des Medizin- und Pharmarechts beispielsweise der Glyphosat-, Contergan- und PIP-Skandal die Diskussion zur Einführung der Musterfeststellungsklage schon früher hätten anstoßen können, musste erst des Deutschen⁷ liebstes Kind – das Auto! – betroffen sein, bevor – bezeichnerweise im Rahmen eines Wahlkampfes – plötzliche Eile geboten war.⁸

Vor etwa eineinhalb Jahren hat daher der „Diesel-Skandal“ dafür gesorgt, dass die Zivilprozessordnung mit den Vorschriften

1 BT-Drucks., 19/2439, v. 4.6.2018, „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage“.

2 Vgl. *Heinzelmann*, Musterfeststellungsklagen auch im Arbeitsrecht?, Arb-Aktuell 2018, 597 (598).

3 *Geissler/Ströbel*, Datenschutzrechtliche Schadensersatzansprüche im Musterfeststellungsverfahren, NJW 2019, 3416; *Weth* in Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 51 Rz. 14.

4 In der ursprünglichen Fassung am 1.11.2005 in Kraft getreten, voraussetzliches Außerkrafttreten am 1.11.2020: https://www.gesetze-im-internet.de/kapmug_2012/.

5 In der ursprünglichen Fassung in Kraft getreten am 1.1.2002: <https://www.gesetze-im-internet.de/uklag/index.html>.

6 In der ursprünglichen Fassung am 1.7.1896 in Kraft getreten.

7 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird ausschließlich die männliche Form benutzt. Es können dabei aber sowohl männliche, weibliche als auch diversgeschlechtliche Personen gemeint sein. Dieser Hinweis ist an dieser Stelle besonders angebracht, da es eine genderkonforme Bezeichnung „des Deutschen“ für diversgeschlechtliche Personen offenbar nicht gibt.

8 *Gängel*, Erste Erfahrungen mit der Musterfeststellungsklage, NJ 2019 378 ff. mit Zitaten aus den Plenarprotokollen, die nahelegen, dass die Musterfeststellungsklage durchaus überwiegend politisch und nicht rechtspolitisch motiviert installiert wurde (... „die Einführung der Musterfeststellungsklage wurde auf Kosten der Sorgfalt in einem Affenzahn durch dieses Parlament getrieben“...).

der §§ 606 ff. ZPO um die sog. Musterfeststellungsklage⁹ ergänzt und kurz vor der Verjährung der Gewährleistungsansprüche zahlreicher Verbraucher nunmehr auch eine allgemeine zivilprozessuale Möglichkeit kollektiven Rechtsschutzes geschaffen wurde.

II. Die Musterfeststellungsklage

Aus dem Begriff „Musterfeststellungsklage“ selbst und aus den Regelungen der §§ 606 ff. ZPO sowie aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass mit der Änderung der Zivilprozessordnung das gesetzgeberische Ziel verfolgt wird, durch Massenverfahren die Justiz zu entlasten, indem Einzelklagen mit möglicherweise divergierenden Entscheidungen verhindert werden.¹⁰ Außerdem sollte aus verbraucherschutzrechtlichen Erwägungen vermieden werden, dass durch unternehmerische Profitgier in unserem inzwischen durch „standardisierte Massengeschäfte geprägten Wirtschaftsleben“ geschädigte Verbraucher von einem zu hohen Aufwand im Zusammenhang mit der individuellen Durchsetzung ihrer Rechte abgeschreckt werden.¹¹ Durch die Bündelung von Individualansprüchen wird beabsichtigt, dieses sog. „rationale Desinteresse“ der geschädigten Verbraucher zu überwinden und eine effektive Rechtsdurchsetzung mit Breitenwirkung zu erreichen.¹²

Jedenfalls das Ziel der gebündelten Anspruchsanmeldung wurde im Fall der ersten und bisher größten „VW-Klage“ vor dem OLG Braunschweig¹³ erreicht. Bis zum Ablauf der Anmelde- bzw. Beitrittsfrist am 29.9.2019¹⁴ haben sich rund 445.000 Verbraucher registrieren lassen.¹⁵ Aufgrund eines gerichtlichen Hinweises, laufen nach rund 16-monatiger Verfahrensdauer und bereits 2 Verhandlungstagen derzeit Vergleichsverhandlungen.¹⁶

Grundsätzlich ist die neue Musterfeststellungsklage nach § 606 Abs. 1 S. 1 ZPO in allen Lebensbereichen möglich, der Anwendungsbereich soll sich auf sämtliche verbraucherrechtlichen Angelegenheiten erstrecken.¹⁷ Bisher wurden im Klageregister des Bundesamtes für Justiz insgesamt 8 Musterfeststellungsverfahren mit Feststellungszielen aus den eingangs genannten Rechtsgebieten bekannt gegeben, wobei 2 bereits erstinstanzlich abgeschlossen wurden.¹⁸

III. Die Musterfeststellungsklage im Arzthaftungsrecht

Grundsätzlich können Gegenstand der Musterfeststellungsklage alle vertraglichen und gesetzlichen Ansprüche oder Rechtsverhältnisse sein,¹⁹ also auch solche aus einem medizinischen Behandlungsverhältnis.²⁰

Im Arzthaftungsrecht bestehen jedoch Umstände, die es fraglich erscheinen lassen, ob auch hier die Musterfeststellungsklage zulässig begründet und sinnvoll wäre. Im „Diesel-Skandal“ geht es um im Wesentlichen gleich gelagerte Sachverhalte – Neufahrzeuge wurden mit „Schummel-Software“ verkauft. Die Situation im Arzthaftungsrecht ist komplexer und in der Regel individuell. Es gibt ca. 13.000 bekannte Erkrankungen des Menschen, die mit mehr als 4.000 medizinischen Prozeduren und mehr als 6.000 bekannten Medikamenten angegangen werden.²¹ Auch dem sorgfältigsten Arzt, kann es angesichts der Komplexität des menschlichen Körpers deshalb passieren, dass er falsch behandelt, weil er mit seiner Diagnose daneben lag. Das ist unvermeidbar. Denn kein Fall ist wie der andere: „Die

*Kausalverläufe bei ärztlichen Eingriffen sind, weil ein jeweils anderer Organismus betroffen ist, dessen Zustand und Reaktion nicht sicher berechenbar ist, häufig weder vorausschauend noch rückwirkend eindeutig feststellbar. Misserfolge und Komplikationen im Verlauf einer ärztlichen Behandlung weisen deshalb nicht stets auf ein Fehlverhalten des behandelnden Arztes hin.*²²

Rechtsprechung und Literatur schränken vor diesem Hintergrund die Haftung des Arztes ein und privilegieren ihn in diesem Bereich.²³ Dennoch gibt es auch im Arzthaftungsrecht Bereiche, in denen massenhaft vermeidbare Probleme auftreten, die auf den ersten Blick mit wenig Aufwand für alle beteiligten Patienten gleich und gerecht durch ein Musterfeststellungsverfahren entschieden werden könnten.

Einige Beispiele:²⁴

Im „**Rinderknochen-Skandal**“²⁵ ging es in den Jahren 1999 bis 2005 darum, dass ca. 300 Patienten in der Marburger Universitätsklinik teilweise gegen ihren Willen, teilweise ohne ihren Willen, teilweise aber auch mit ihrem Einverständnis, Rinderknochenanteile in den Körper eingesetzt wurden, um u.a. bei Kreuzband-OP's Sehnen im eigenen Knochen neu zu ver-

9 BT-Drucks., 19/2439.

10 BT-Drucks., 19/2439, S. 16.

11 So genanntes „rationales Desinteresse“, BT-Drucks., 19/2439, S. 13.

12 BT-Drucks., 19/2439, S. 15; *Vollkommer* in Zöller, 33. Aufl. 2020, ZPO, § 606 Rz. 5.

13 Aktenzeichen: 4 MK 1/18.

14 Vgl. § 608 Abs. 1 ZPO.

15 „Bewegung bei VW-Musterklage“, *Oberhessische Presse* v. 19.11.2019.

16 Vgl. zu den in diesem Zusammenhang auftretenden Schwierigkeiten ausführlich *Stadler*, Grenzüberschreitende Wirkung von Vergleichen und Urteilen im Musterfeststellungsverfahren, *NJW* 2020, 265.

17 BT-Drucks., 19/2439, S. 16.

18 Rechtskräftig abgeschlossen sind diese Verfahren jedoch noch nicht: OLG Stuttgart, Urt. v. 20.3.2019 – 6 MK 1/18, MDR 2019, 632 (betreffend die Musterfeststellungsklage gegen die Mercedes Benz AG im Zusammenhang mit Verbraucherdarlehensverträgen. Nach Einlegung der Revision ist das Verfahren beim BGH unter dem Az. XI ZR 171/19 anhängig) sowie OLG München, Urt. v. 15.10.2019 – MK 1/19, MDR 2020, 87 (betreffend die Musterfeststellungsklage gegen eine Immobiliengesellschaft im Zusammenhang mit Mieterhöhungen. Auch diese Klage ist zweitinstanzlich beim BGH anhängig, Az. VIII ZR 305/19).

19 *Vollkommer* in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 606 Rz. 3.

20 I.S.d. § 630a BGB oder auch aus deliktischen Rechtsverhältnissen.

21 *Schäfer*, Dr. House Medizin, Die Diagnosen des Dr. House, Weinheim 2012, S. 81; der Autor des zitierten Werkes ist Medizinprofessor und Leiter des „Zentrums für unbekannte Krankheiten“ an den Universitätskliniken Gießen & Marburg GmbH.

22 So wörtlich der BGH, Urt. v. 20.9.1983 – VI ZR 35/82, *NJW* 1984, 661 = MDR 1984, 220.

23 Vgl. auch exemplarisch etwa BGH, Urt. v. 14.7.1981 – VI ZR 35/79, *NJW* 1981, 2360: „Die Symptome der Erkrankungen sind nicht immer eindeutig, sondern können auf die verschiedensten Ursachen hinweisen, selbst wenn Gelegenheit besteht, die vielfachen technischen Hilfsmittel zur Gewinnung von zutreffenden Untersuchungsergebnissen einzusetzen“ sowie zahlreiche weitere Nachweise in *Ziegler*, Entschuldbarer Diagnoseirrtum vs. unterlassene Befunderhebung, *GesR* 2014, 647.

24 Es wurden nur die folgenden Fallgruppen exemplarisch ausgewählt, weil die Kanzlei der Autoren in allen sieben Fallgruppen beteiligt war. Wahrscheinlich ließe sich die Liste umfangreich fortsetzen, ohne dass sich aber dadurch die Anzahl der zu lösenden Probleme gravierend ändern würde.

25 Nicht veröffentlichte Entscheidung des OLG Frankfurt, Zivilsenat in Kassel, Aktenzeichen: 15 U 172/14.

ankern.²⁶ Ob dadurch die Gefahr bestand, dass diese Patienten an Rinderwahn erkrankten, blieb offen.

Im Jahre 1998 wurde vor dem OLG Düsseldorf der „**Blutbank-Skandal**“²⁷ verhandelt. Zuvor waren hunderten Patienten aus Kostengründen Blutkonserven verabreicht worden, die aus angebrochenen, vorher auch schon für andere Patienten genutzten Beuteln stammten. Da das System nicht keimfrei funktionierte, kam es zu zahlreichen Todesfällen durch Blutvergiftungen.

Mindestens 800 – 1000 Hüftpatienten wurden an der BGU Frankfurt ab Mitte der 90er Jahre bis 2004 von einem Roboter operiert, der angeblich genauer und besser arbeiten sollte, als der menschliche Chirurg. In mehreren dieser „**Robodoc-Fälle**“²⁸ kam es zu massiven Nervverletzungen.²⁹

In den „**Propofol-Fällen**“³⁰ verwandte ein Anästhesist dieselbe apparative Narkoseeinheit für gleichzeitig 8 seiner Augenpatienten, die nacheinander behandelt wurden. Alle erlitten, weil auch hier Keimfreiheit nicht erreicht wurde, ebenfalls Blutvergiftungen.

Aufgrund der Verwendung ungeeigneter Prothesenlager (Gleitpaarungen) bei Hüfttransplantationen, kam es in den „**Metall-Hüftprothesen-Vergiftungs-Fällen**“³¹ infolge von Metallabrieb zu massiven und weitreichenden organischen Gesundheitsschäden bei vermutlich Tausenden betroffenen Hüftpatienten.³²

Auch der „**PIP-Skandal**“ betraf eine Vielzahl von Patientinnen: Bei in Frankreich hergestellten billigen Brustimplantaten trat Silikon aus, so dass die Implantate bei mindestens 20.000 Frauen in ganz Europa operativ entfernt werden mussten.³³

Erwähnenswert sind auch die massenhaft aufgetretenen „**Kunstlinsen-Fälle**“. Dort fielen Augenlinsen zur Korrektur der Sehstärke aufgrund von Materialfehlern aus, weil diese im Laufe der Zeit milchig wurden. Das führte zur Erblindung der betroffenen Patienten und zu einem „freiwilligen“ Rückruf der betroffenen Produkte.³⁴

Die letzten drei Fallgruppen (Hüftprothesen, Billig-Silikon, Augenlinsen) können bei der weiteren Betrachtung unberücksichtigt bleiben, weil sie ersichtlich nicht in erster Linie dem Arzthaftungsrecht, sondern dem Produkthaftungsrecht zuzuordnen sind.³⁵ Das wäre nur anders zu bewerten, wenn die fehlerhaften Produkte nicht lege artis und wissentlich von Ärzten eingesetzt wurden,³⁶ was lebensfremd ist und jedenfalls nicht zahlenmäßig eine Größenordnung erreichen würde, die Gegenstand der Musterfeststellungsklage sein könnte. Die vier erstgenannten Fallgruppen (Rinderknochen, Blutbank, Robodoc, Propofol) sind dagegen dem Arzthaftungsrecht zuzuordnen, da hier Verstöße gegen den medizinischen Standard beziehungsweise gegen ärztliche Aufklärungspflichten in Betracht kamen und auch teilweise festgestellt wurden. Die Rechtsprechung hat sich mit diesen Fällen zumeist jeweils in Individualprozessen befasst.³⁷ Möglicherweise hätten sich auch schon hier Vorteile durch die Erhebung einer Musterfeststellungsklage ergeben können.

1. Zulässigkeit der Musterfeststellungsklage im Arzthaftungsrecht

a) Statthaftigkeit

Statthaft ist eine Musterfeststellungsklage, wenn eine qualifizierte Einrichtung i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG die Feststellung des Vorliegens oder Nicht-Vorliegens zentraler anspruchsbegründender bzw. anspruchsausschließender Umstände³⁸ in Form von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nicht-Bestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen (Feststellungsziele) zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer begehrt.

aa) Qualifizierte Einrichtung

Um zu gewährleisten, dass die Musterfeststellungsklage ausschließlich im Interesse betroffener Verbraucher und nicht aufgrund von Gewinnerzielungsabsichten erhoben wird,³⁹ ist die Klagebefugnis durch strenge Anforderungen beschränkt. Nach § 606 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1 ZPO kann die Musterfeststellungsklage nicht von einem Einzelanwalt, sondern nur von einer dafür qualifizierten Einrichtung erhoben werden. Qualifizierte Einrichtungen im Sinne dieser Vorschrift müssen verschiedene Voraussetzungen des § 606 Abs. 1 S. 2 ZPO erfüllen, die deutlich über die Anforderungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1

- 26 FAZ online vom 5.5.2009, „Implantate aus Rinderknochen eingesetzt“, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/hessen/ehemalige-r-chefarzt-verurteilt-implantate-aus-rinderknochen-eingesetzt-1799029.html#void>.
- 27 Die Welt online vom 19.12.1998, „Geldstrafen im Düsseldorfer Prozess um Blutskandal“, abrufbar: <https://www.welt.de/print-welt/article629640/Geldstrafen-im-Duesseldorfer-Prozess-um-Blutskandal.html>.
- 28 OLG Frankfurt, Urt. v. 7.12.2004 – 8 U 194/03, GesR 2005, 118 = NJW-RR 2005, 173; BGH, Urt. v. 13.6.2006 – VI ZR 323/04, GesR 2006, 411.
- 29 Nach telefonischer Auskunft der BGU vom 7.2.2020 wird das Verfahren heute nicht mehr praktiziert.
- 30 LG Paderborn, Urt. v. 21.2.2018 – 4 O 380/16.
- 31 „Metall-Hüftprothesen: Vergiftung durch Abrieb“, abrufbar unter: <https://www.ndr.de/ratgeber/gesundheit/Metall-Hueftprothesen-Vergiftung-durch-Abrieb,huefte254.html>.
- 32 Allein im Freiburger Loretto-Krankenhaus wurden über 800 dieser (produkt-)fehlerhaften Hüftgelenke implantiert: https://www.focus.de/gesundheit/ratgeber/gelenkschmerzen/news/abrieb-von-metallstaub-im-gelenkhundertere-schadhafte-hueftprothesen-ausgetauscht_aid_727407.html.
- 33 Allein in Deutschland und Frankreich waren mindestens 20.000 Patientinnen betroffen, vgl. „Die Welt“ vom 16.2.2017, abrufbar unter: <https://www.welt.de/vermischtes/article162139277/Wenn-das-Brustimplantat-krank-macht.html>.
- 34 Rückruf des Herstellers an das BfArM vom 3.12.2004, abrufbar unter: http://www.bfarm.de/SharedDocs/Kundeninfos/DE/11/2014/08056-14_kundeninfo_de.pdf?__blob=publicationFile&v=3.
- 35 Im Bereich des Produkthaftungsrechts bei Ansprüchen gegen die Hersteller, nicht die Behandler, hätte allerdings in diesen Fällen, wie beim „Diesel-Skandal“ mit der Musterfeststellungsklage sicher sinnvoll gearbeitet werden können, weil massenhaft fehlerhafte Produkte eingesetzt wurden und die betroffenen Patienten vergleichbare Schäden erlitten.
- 36 Liebold, Rechtsprobleme an der Schnittstelle von Arzthaftung und Medizinproduktehaftung an dem Beispiel Hüftprothese – Darstellung aus Patientensicht, ZMGR 2013, 222.
- 37 Lediglich der „**Blutbank-Skandal**“ wurde einheitlich – allerdings strafrechtlich – aufbereitet.
- 38 BT-Drucks., 19/2439, S. 1.
- 39 BT-Drucks., 19/2439, S. 16.

UKlaG hinausgehen.⁴⁰ Gemäß § 606 Abs. 1 S. 4 ZPO wird allerdings unwiderleglich vermutet, dass Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, die erforderlichen Voraussetzungen erfüllen. Geschädigte Patienten können sich also jedenfalls an diese Organisationen wenden.⁴¹

Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch wenn die exklusiv klagebefugten Einrichtungen im Gesetz als „qualifiziert“ bezeichnet werden, das sicherlich nicht die fachliche Qualifikation im Arzthaftungsrecht betrifft. Juristen mit vertieften Kenntnissen im Medizin- und insbesondere Arzthaftungsrecht arbeiten dort in der Regel nicht.

bb) Feststellungsziel

Die Feststellungsziele der Musterfeststellungsklage im „Diesel-Skandal“ bestehen u.a. in der grundsätzlichen Feststellung der Schadenersatzpflicht von VW gegenüber den betroffenen Verbrauchern, der Feststellung der Nichtigkeit der Kaufverträge sowie Form und Umfang des von VW zu leistenden Schadenersatzes.⁴²

Bei einer arzthaftungsrechtlichen Musterfeststellungsklage könnte das Feststellungsziel ebenfalls in der grundsätzlichen Feststellung der Ersatzpflicht für Schäden aufgrund eines Aufklärungs- oder Behandlungsfehlers liegen.

cc) Personale Zulässigkeitsvoraussetzungen

Das begehrte Feststellungsziel muss gem. § 606 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 2 ZPO Ansprüche oder Rechtsverhältnisse zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer betreffen.

Die Verbrauchereigenschaft ist in § 13 BGB legal definiert: Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Der Patient unterliegt diesen Voraussetzungen und ist damit zweifelsohne Verbraucher im Sinne der Vorschrift.⁴³ Daran ändert auch der prozessuale Verbraucherbegriff (§ 29c Abs. 2 ZPO) nichts, weil er sich mit den Merkmalen des BGB deckt bzw. noch weiter gefasst ist. Denn ein Bezug zu einem Rechtsgeschäft ist nicht mehr erforderlich, um auch gesetzlich begründete Rechtsverhältnisse einzubeziehen.⁴⁴ Dies ist insbesondere von Bedeutung, wenn mangels Behandlungsvertrag nur deliktische Ansprüche in Betracht kommen.

Zwar wird die Unternehmereigenschaft auch im BGB, dort in § 14 BGB, legal definiert. Bei der Musterfeststellungsklage erfolgt jedoch wegen des Gleichlaufs zum UWG⁴⁵ ein Rückgriff auf die Definition dieses Gesetzes.⁴⁶ Im Ergebnis kann trotz der grundsätzlich freien Berufsausübung von der erforderlichen Unternehmereigenschaft des Krankenhauses⁴⁷ oder des privat liquidierenden Arztes⁴⁸ ausgegangen werden. Auch öffentlich-rechtliche Körperschaften – wie im „*Rinderknochen*“ beziehungsweise im „*Blutbank-Skandal*“ eine Universitätsklinik – die primär der Patientenversorgung sowie Forschung und Lehre verpflichtet sind, können daher unter die Unternehmereigenschaft subsumiert werden.

Letztlich sind also die personalen Zulässigkeitsvoraussetzungen in sämtlichen Konstellationen der Behandlungsverhältnisse unproblematisch zu bejahen.

b) Zulässigkeitsvoraussetzungen

aa) Zuständigkeit

Erstinstanzlich zuständig ist streitwertunabhängig gem. § 119 Abs. 3 S. 1 GVG das OLG am allgemeinen Gerichtsstand der Musterbeklagten.

bb) Form und Inhalt der Klageschrift

Gemäß §§ 606, 608 Nr. 4 ZPO muss die Musterfeststellungsklage Angaben zum Gegenstand und Grund des Anspruchs enthalten. Das bedeutet, dass ein Sachverhalt vorgetragen werden muss, der für die erforderliche Anzahl der Verbraucher im Wesentlichen gleich ist, damit es über das „Muster“ zu einer Bindungswirkung i.S.d. § 613 ZPO (Urteil) oder des § 611 ZPO (Vergleich) zwischen den angemeldeten Verbrauchern und der Musterbeklagten kommen kann.⁴⁹ Bemerkenswerterweise besteht diese kurze Darstellung des Lebenssachverhaltes bei der „VW-Klage“ aus ganzen fünf Sätzen.⁵⁰ Wie die Darstellung der arzthaftungsrechtlichen Musterfälle zeigt, wäre dies auch dort entsprechend möglich.

cc) Quorum

Da die Musterfeststellungsklage der einheitlichen Entscheidung zentraler Streitfragen mit Breitenwirkung⁵¹ dienen soll, liegt das erforderliche Quorum gem. § 606 Abs. 3 Nr. 2 ZPO bei zehn Fällen, wobei sich nach § 606 Abs. 3 Nr. 3 ZPO mindestens 50 Verbraucher der Musterfeststellungsklage anschließen müssen.

In den „*Propofol-Fällen*“ wäre die erforderliche Quote nicht erreicht worden, da nur 8 bzw. 10 statt 50 Patienten betroffen waren. Das wird in vielen Bereichen des Arzthaftungsrechts

40 Insbesondere in Bezug auf Mitgliederzahlen, Eintragungsdauer, Aufgaben, Zwecke und Finanzierung. Vgl. zu den Einzelheiten ausführlich: *Beckmann/Wasmuth*, Die Musterfeststellungsklage – Teil I – WM 2019, 45 (46).

41 Weitere Patientenschutzorganisationen müssten die strengen Anforderungen jeweils nachweisen.

42 Register für Musterfeststellungsklagen des Bundesamts für Justiz, Musterfeststellungsklage gegen die Volkswagen AG, abrufbar unter: https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Allgemeines_node.html.

43 Ein Patient ist wegen unionsrechtlicher Verpflichtungen sogar „*bevorzugt schutzwürdiger Verbraucher*“, vgl. *Micklitz* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2018, § 13 Rz. 11.

44 *Schultzky* in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 29c Rz. 9a.

45 *Vollkommer* in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 606 Rz. 17.

46 § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG.

47 Wobei die Tätigkeiten angestellter Ärzte gem. § 278 BGB dem Träger zuzurechnen sind.

48 Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung folgt die Haftung dem Geld, vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 21.1.2014 – VI ZR 78/13, GesR 2014, 150. Danach gilt die Faustregel „*dass haftet, wer liquidiert*“.

49 *Windau*, „Spannungen im „Dreiecksverhältnis“ der Musterfeststellungsklage“, JURIS, Die Monatszeitschrift 11/2019, S. 404 unter Berufung auf OLG Stuttgart, Urt. v. 20.3.2019 – 6 MK 1/18, MDR 2019, 632.

50 Register für Musterfeststellungsklagen des Bundesamts für Justiz, Musterfeststellungsklage gegen die Volkswagen AG, abrufbar unter: https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Allgemeines_node.html.

51 BT-Drucks., 19/2439, S. 16.

ähnlich sein, weil es Medizin am Fließband aus den eingangs genannten Gründen⁵² (noch) nicht gibt. Im „**Rinderknochen-Skandal**“ hingegen wäre das Quorum erfüllt worden. Dort waren etwa 300 Patienten betroffen.⁵³ Auch in den „**Robodoc-Fällen**“ hätte das Quorum von 10 bzw. 50 Fällen keine Rolle gespielt.⁵⁴ Das computerunterstützte Fräsverfahren („Robodoc“) am coxalen Femur (Hüft-Oberschenkelknochen) bei Implantation einer Hüftgelenksendoprothese wurde u.a. an der BGU Frankfurt seit 1994 angewendet und dort in ca. 800 bis 1000 Operationen durchgeführt.⁵⁵ Ebenso im „**Blutbank-Skandal**“ hätte das Quorum der Zulässigkeit einer Musterfeststellungsklage nicht entgegengestanden, da die Methode über Jahre praktiziert wurde.⁵⁶

c) Zwischenfazit

Die Beispielfälle zeigen, dass überwiegend Probleme im Bereich des Quorums bestehen. Sofern also mehr als zehn bzw. 50 Patienten von einem Fehler betroffen sind, dürfte in weiten Bereichen von grundsätzlicher Zulässigkeit einer Musterfeststellungsklage im Arzthaftungsrecht auszugehen sein.

2. Begründetheit der Musterfeststellungsklage im Arzthaftungsrecht

Die Musterfeststellungsklage ist begründet, wenn sich das Feststellungsziel unter Anwendung der einschlägigen Rechtsvorschriften aus dem Mustersachverhalt ergibt.⁵⁷ Demnach müsste ein Lebenssachverhalt vorgetragen werden, aus dem sich Verstöße gegen Pflichten der Behandlungsseite ergeben. In Betracht kommen dabei sowohl Verletzungen der Aufklärungspflichten,⁵⁸ als auch Behandlungsfehler.⁵⁹ Die Feststellung dieser Pflichtverstöße kann in Arzthaftungsangelegenheiten – auch in einem Massenverfahren – nur von der Beurteilung eines medizinischen Sachverständigen abhängen. Denn nach ständiger Rechtsprechung ist in jeder Arzthaftungsangelegenheit ein Sachverständigengutachten einzuholen.⁶⁰

In den „**Robodoc-Fällen**“ wäre eine Klage in einem Musterfeststellungsprozess mit dem Feststellungsziel, die Anwendbarkeit der „Robodoc“-Methode per se als fehlerhaft zu erklären, als unbegründet abgewiesen worden. Denn ein Behandlungsfehler wurde allein durch die Anwendung des computergestützten Fräsverfahrens nach sachverständiger Beratung durch drei Instanzen verneint. Es wurde „lediglich“ gefordert, dass die rechtmäßige Anwendung dieses neuen Verfahrens eine ordnungsgemäße Aufklärung voraussetzt.⁶¹ Dass diese Voraussetzung im Streitfall eingehalten wurden, wurde in allen Instanzen bestätigt.⁶²

Auch im „**Rinderknochen-Skandal**“ konnte letztlich kein Behandlungsfehler festgestellt werden,⁶³ auch traten keine Folgeschäden auf.⁶⁴ Zum Ausbruch von Rinderwahn kam es bis heute nicht. Allein die Verletzung der Aufklärungspflicht konnte einen Schmerzensgeldanspruch, weil neben der Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes keine Körperschäden eintraten, nicht rechtfertigen.⁶⁵

Darüber hinaus zeigt der „**Rinderknochen-Skandal**“, dass er für die Musterfeststellungsklage aus einem weiteren Grund ungeeignet gewesen wäre. Ein überwiegend einheitlicher Sachverhalt im Bereich der Aufklärung bestand nicht. Einige Betroffene haben der Verwendung des Materials widersprochen und

bekamen es trotzdem. Wegen dieser Fälle wurde der Universitätsprofessor strafrechtlich verurteilt.⁶⁶ Andere Patienten wussten von nichts, manche stimmten ausdrücklich zu, waren über die Neulandmethode aber möglicherweise nicht ausreichend aufgeklärt worden. Das ist mit dem Fall zigfach verkaufter „Schummel-Software“ in Dieselfahrzeugen nicht vergleichbar.⁶⁷

Ähnlich liegen die Dinge bei „**Robodoc**“. Behandlungsfehler lagen ebenfalls nicht vor. Auch hier dürfte jeweils die Aufklärungssituation individuell zu beleuchten sein. Hinzu kommt die Indikation im Einzelfall. Ist der Patient für diese Methode

52 Vgl. Fn. 21.

53 FAZ online vom 5.5.2009, „Implantate aus Rinderknochen eingesetzt“, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/hessen/ehemaliger-chefarzt-verurteilt-implantate-aus-rinderknochen-eingesetzt-1799029.html#void>.

54 OLG Frankfurt, Urt. v. 7.12.2004 – 8 U 194/03, GesR 2005, 118 = NJW-RR 2005, 173.

55 BGH, Urt. v. 13.6.2006 – VI ZR 323/04, GesR 2006, 411; OLG Frankfurt, Urt. v. 7.12.2004 – 8 U 194/03, GesR 2005, 118 = NJW-RR 2005, 173.

56 Exemplarisch wurde nur ein Zeitraum von drei Monaten untersucht, bei dem alleine acht Tote zu verzeichnen waren, vgl. Fn. 27. Zudem wurde der Fall nicht zivilrechtlich, sondern strafrechtlich entschieden und die Ansprüche der Hinterbliebenen wegen der klaren Sach- und Rechtslage individuell im Strafverfahren oder außergerichtlich reguliert.

57 *Vollkommer* in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 612 Rz. 4.

58 Die Aufklärungspflichten sind für vertragliche Behandlungsverhältnisse im Wesentlichen kodifiziert in § 630e BGB.

59 Also pflichtwidrige Abweichungen vom medizinischen Standard, vgl. § 630 Abs. 2 BGB.

60 Es sei denn, das Gericht verfügt in absoluten Einzelfällen selbst über die für die Beurteilung des Behandlungsgeschehens erforderliche Sachkunde.

61 Aufklärungspflichtig war insbesondere die Tatsache, dass es sich um eine neue Methode handelte, die noch nicht lange praktiziert wurde, dass alternativ auch die Durchführung der Operation im herkömmlichen Verfahren mit ausschließlich manueller Technik möglich gewesen wäre und dass ein wesentlicher Unterschied darin bestand, dass die Operation nach der der neuen Methode länger dauern würde und außerdem eine Voroperation zur Anbringung von Pins (Markierungsstifte) am Oberschenkel erforderlich war.

62 Bemerkenswerterweise wurden die Roboter trotzdem eingemottet, vgl. Fußnote 29.

63 Das medizinische Verfahren entbehrte auch nicht einer gewissen Genialität. Autologe menschliche Knochen, die ebenfalls hätten eingesetzt werden können, hätten in einer zweiten OP entnommen werden müssen. Leichenknochen wären beim Sterilisieren zu weich geworden. Rinderknochen nicht. Sie waren gut formbar und daher bestens geeignet als Befestigungsanker zu dienen.

64 Wenn nur der mögliche Rinderwahn nicht gewesen wäre. Wegen einer nicht ganz auszuschließenden Gefahr von diesbezüglichen Spätschäden, wurde der stets geltend gemachte Feststeller in den meisten Fällen gegen einen kleinen Abfindungsbetrag von der Haftpflichtversicherung abgekauft. In den Fällen in denen dies nicht geschah und kein Vergleich geschlossen wurde, wurden die Klagen regelmäßig abgewiesen, weil die Gefahr weiterer Schäden fern lag, vgl. Fn. 26.

65 Dies entspricht zwar ständiger Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ, 176, 342; NJW 2008, 2344), wird von *Katzenmeier* jedoch zutreffend abgelehnt, vgl. *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Rz. 393 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur (insb. OLG Jena, Urt. v. 3.12.1997 – 4 U 687/97, VersR 1998, 586 = MDR 1998, 536).

66 LG Marburg, Urt. v. 5.5.2009 – 1 KLs 1JS 4939/09, vgl. dazu *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl. 2015, Rz. 937 sowie FAZ online vom 5.5.2009, „Implantate aus Rinderknochen eingesetzt“, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/hessen/ehemaliger-chefarzt-verurteilt-implantate-aus-rinderknochen-eingesetzt-1799029.html#void>. Der Rest der Fälle wurde eingestellt.

67 Die Autokäufer wussten weder, was ihnen geschah, noch hätten sie rechtfertigend einwilligen können.

mit seiner individuellen Hüft- oder Kniesituation überhaupt geeignet? Ein grundsätzlich falscher Einsatz liegt nach der Rechtsprechung des BGH nicht vor.⁶⁸

In einem der „Propofol-Fälle“ stellte das LG Paderborn⁶⁹ nach sachverständiger Beratung fest, dass der beklagte Anästhesist allgemein bekannte Regeln missachtet habe, die nachdrücklich auf die nur einmalige Verwendung von Spritzen, Ampullen und Durchstechflaschen bei jeweils nur einem Patienten hinweisen. Vor diesem Hintergrund bewertete es den Fehler des Arztes als groben Behandlungsfehler.⁷⁰ In diesem Fall wäre eine Musterfeststellungsklage begründet gewesen, wenn sie denn mangels Erreichen des erforderlichen Quorums nicht bereits unzulässig gewesen wäre.

In den meisten Beispielfällen die dem Arzthaftungsrecht zuzuordnen sind, wäre eine Musterfeststellungsklage demnach aus unterschiedlichen Gründen gescheitert. Lediglich im „Blutbank-Skandal“ wäre eine Musterfeststellungsklage sowohl zulässig als auch begründet gewesen. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, ob sie die gesetzgeberischen Ziele erreichen, im Interesse der Patienten liegen würde und damit auch im Arzthaftungsrecht sinnvoll wäre.

3. Sinnhaftigkeit der Musterfeststellungsklage im Arzthaftungsrecht

Für diese Frage entscheidend ist, ob dem einzelnen Patienten mit der Musterfeststellungsklage auch im Arzthaftungsrecht ein Instrument an die Hand gegeben wird, mit dem die gesetzgeberischen Ziele auch hier erreicht werden und sich für ihn durch die Gesetzesänderung eine Verbesserung der Sach- und Rechtslage ergibt. Ausweislich der Gesetzesbegründung liegen die Ziele insbesondere in der Entlastung der Justiz, der Verbesserung des zivilprozessualen Rechtsschutzes für Verbraucher sowie der Vermeidung unrechtmäßig erlangter Vorteile von Wettbewerbsteilnehmern.⁷¹

a) Entlastung der Justiz

Durch Bündelung einer Vielzahl von Individualverfahren und einheitlicher sowie verbindlicher Entscheidung über wesentliche Tatsachen und/oder Rechtsfragen, soll eine Vielzahl divergierender Einzelentscheidungen vermieden werden.⁷² Eine Entlastung der Justiz kann durch die Durchführung einer Musterfeststellungsklage jedoch nur erreicht werden, wenn die beabsichtigte Bindungswirkung durch Musterentscheid (Urteil oder Vergleich) tatsächlich und nicht nur theoretisch entfaltet wird und das Ergebnis des Musterfeststellungsverfahrens zu einer prozessualen Befriedigung geschädigter Patienten führt.

Zwar müssen auch in der „VW-Klage“ individuelle Ansprüche der Verbraucher im Anschluss an die grundsätzliche Feststellung der Schadenersatzpflicht noch von den einzelnen Verbrauchern angemeldet bzw. gegebenenfalls durchgesetzt werden. Dabei geht es jedoch um harte Faktoren wie Kaufpreis, Kilometerstand etc. Ein Kausalitätsnachweis ist nicht mehr erforderlich. Der Gesetzgeber hofft, dass bei Feststellung der grundsätzlichen Schadenersatzpflicht, dieser auch zügig und insbesondere außergerichtlich geleistet wird.⁷³ Dies erscheint nicht unrealistisch.

In Arzthaftungsangelegenheiten stellt sich die Situation jedoch anders dar. Aufgrund der Komplexität des menschlichen Organismus⁷⁴ und der unterschiedlichen Konstitutionen der Patienten (Alter, Allgemeinzustand, Vorerkrankung etc.), dürften die Auswirkungen eines mustergültig festgestellten Arztfehlers derart unterschiedlich sein, dass ein zusätzlicher Kausalitätsnachweis für den immateriellen und materiellen Schaden erbracht werden muss.

Dieser Kausalitätsnachweis obliegt im Grundsatz dem Patienten und kann bei Bestätigung eines lediglich einfachen Behandlungsfehlers nur schwer erbracht werden. Denn der Patient muss mit sachverständiger Unterstützung⁷⁵ zur vollen Überzeugung des Gerichts⁷⁶ darlegen, dass ihm ein auf die Pflichtverletzung kausal zurückzuführender Schaden an einem geschützten Rechtsgut entstanden ist.

Anders wäre die Situation lediglich zu beurteilen, wenn der Sachverständige einen groben Behandlungsfehler feststellt. In diesem Fall kehrt sich die Beweislast zugunsten des Patienten um (§ 630h Abs. 5 S. 1 BGB). Es muss dann die Behandlungsseite nachweisen, dass es auch ohne den (festgestellten) groben Behandlungsfehler zu den eingetretenen Gesundheitsschäden gekommen wäre.

Die Feststellung eines groben Behandlungsfehlers könnte also auf den ersten Blick tatsächlich dazu führen, dass eine außergerichtliche Einigung zustande kommt. Bei Feststellung eines groben Behandlungsfehlers könnte wegen der Bindungswirkung der Musterfeststellungsentscheidung vermeintlich das gesetzgeberische Ziel der Förderung der außergerichtlichen Streitschlichtung erreicht, beziehungsweise zumindest gefördert werden. Jedoch könnte durch eine Entscheidung im Musterfeststellungsverfahren, wie oben ausgeführt, der individuelle immaterielle und materielle Schaden des einzelnen Patienten nicht erfasst werden. Wie bei der Einzelfeststellung gem. § 256 ZPO wäre ein weiteres Betragsverfahren erforderlich.⁷⁷ Auch die mögliche Einschaltung der Schlichtungsstellen bei den Landesärztekammern zur Vermeidung eines zweiten Prozesses

68 BGH, Urt. v. 13.6.2006 – VI ZR 323/04, GesR 2006, 411.

69 LG Paderborn, Urt. v. 21.2.2018 – 4 O 380/16.

70 Diese Entscheidung ist rechtskräftig. Eine Entscheidung des OLG Frankfurt – Zivilsenat in Kassel – zu einem weiteren Fall desselben Anästhesisten steht noch aus. In 6 von insgesamt 8 Fällen dieser Serie regulierte die Haftpflichtversicherung des beteiligten Anästhesisten ohne (weiteren) Prozess.

71 Der zwar moderne Hinweis auf die Nachhaltigkeitsstrategie in der Gesetzesbegründung zeigt, dass der Gesetzgeber eine Anwendung der Musterfeststellungsklage im Arzthaftungsrecht nicht gesehen haben kann.

72 BT-Drucks., 19/2439, S. 16.

73 BT-Drucks., 19/2439, S. 17.

74 Siehe oben Fn. 21.

75 Wobei hier bereits die „Krähentheorie“ erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Vgl. zu dieser Problematik: BGH, Urt. v. 22.4.1975 – VI ZR 50/74, NJW 1975, 1464; BGH, Urt. v. 10.11.1970 – VI ZR 83/69, NJW 1971, 241 (243); Der Münchner Patientenanwalt *Dr. Hugo Lanz* überschreibt den ersten Abschnitt seines Aufsatzes: „Zweiklassenrecht durch Gutachterkauf“ zur mangelnden Neutralität vieler gerichtlicher Gutachter mit der Zeile „Wess Brot ich ess, des Lied ich sing“; ZRP, 1998, Seite 337; vgl. auch: *Laufs*, Nicht der Arzt allein muss bereit sein, das notwendige zu tun, NJW 2000, 1764 sowie vertiefend: *Ziegler*, Schwarzkittel und Weißkittel, JR 7/02, 265 ff.

76 § 286 ZPO.

77 Diese Situation ist mit dem Verhältnis von selbständigem Beweisverfahren und Hauptsacheprozess vergleichbar.

wäre nicht hilfreich, weil sich diese Stellen nicht mit der Anspruchshöhe, sondern immer nur mit dem Anspruchsgrund befassen. Die Bestimmung der Höhe von Schmerzensgeldern und die Berechnung von Verdienstaufschlag, Haushaltsführungsschaden etc. ist und bleibt eine Domäne der Arzthaftungskammern beziehungsweise von spezialisierten Medizinrechtsjuristen. Ein Laie würde hier scheitern und von den Haftpflichtversicherungen regelmäßig über den Tisch gezogen werden. Letztlich würde das gesetzgeberische Ziel – Entlastung der Justiz – durch die Musterfeststellungsklage nicht erreicht beziehungsweise allenfalls auf Kosten des schutzwürdigen Patienten.

Ähnlich komplex sind die Zusammenhänge im Bereich der Aufklärungsfehler. Eine Vielzahl der Arzthaftungsprozesse wird inzwischen – zumindest hilfsweise – auf Aufklärungsfehler gestützt, da die Rechtsprechung in diesem Bereich zunehmend patientenfreundlicher wird und sich Behandlungsfehler nur sehr schwer beweisen lassen.⁷⁸ Für das Einholen einer wirksamen Einwilligung auf Basis einer ordnungsgemäßen Aufklärung ist hingegen die Behandlerseite beweisbelastet (§ 630h Abs. 2 BGB).

Eine Angriffsfläche könnten die für eine Vielzahl von Patienten vorformulierten/standardisierten Aufklärungsbögen bieten. Zwar existiert bereits die Möglichkeit für im Sinne des UKlaG qualifizierte Einrichtungen, auf Unterlassung der Verwendung unwirksamer Klauseln in Aufklärungsbögen zu klagen.⁷⁹ Im Gegensatz zur Musterfeststellungsklage entfaltet eine solche Entscheidung jedoch keine Bindungswirkung für die Verbraucher/Patienten. Mit einer Musterfeststellungsklage ließe sich bei Verwendung unwirksamer Aufklärungsklauseln, die die Beweislast zum Vorteil des eigentlich beweisbelasteten Arztes verändern und damit gegen § 309 Nr. 12b BGB verstoßen,⁸⁰ feststellen, dass der Bogen wegen der Klausel keine Indizwirkung⁸¹ für ein Aufklärungsgespräch mehr entfalten kann. In der Konsequenz würde dies jedoch „nur“ dazu führen, dass die Behandlungsseite den Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung anderweitig zu erbringen hat.⁸²

Selbst wenn es jedoch einen Musterentscheid geben sollte, der einen Aufklärungsfehler grundsätzlich bestätigt, steht damit die Haftung des Arztes noch lange nicht fest. Denn in der Praxis ist festzustellen, dass sich die Behandlungsseite – meist erfolgreich – auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung⁸³ für den Fall ordnungsgemäßer Aufklärung berufen kann und es dann von der Darlegung eines glaubhaften Entscheidungskonfliktes des Patienten abhängt, ob die streitgegenständliche Behandlung als rechtswidrige Körperverletzung einzustufen ist oder nicht. Da nach gefestigter Rechtsprechung bei der Darlegung des Entscheidungskonfliktes nicht auf einen durchschnittlichen, verständigen oder gar „vernünftigen“ Patienten abgestellt werden darf,⁸⁴ kann auch diese Frage ausschließlich von dem betroffenen Patienten beantwortet werden. Solche Situationen können nicht massenweise und einheitlich, sondern nur im Rahmen einer individuellen Beweisaufnahme beurteilt werden. Deshalb kann die Musterfeststellungsklage die Justiz auch im Bereich der Aufklärung nicht entlasten.

Anders ist die Situation hingegen bei der Beurteilung vollkommener abstrakter Vorfragen zu sehen. Solche könnten durchaus im Rahmen der Musterfeststellungsklage geklärt werden. Beispielsweise im „Blutbank-Skandal“ und auch in den „Pro-pofol-Fällen“ hätte mustergültig durch Einholung eines hygie-

nerechlichen Sachverständigengutachtens festgestellt werden können, dass es sich bei dem Vorgehen der beklagten Ärzte um eklatante Hygieneverstöße handelte. Bei diesen Fragen kommt es auf die individuellen Gegebenheiten nicht an, sie sind pauschal zu beantworten und führen zu einer veränderten Beweislastsituation. An der beschriebenen Problematik im Bereich der Schadensbezifferung ändert dies jedoch nichts.

b) Verbesserung des zivilprozessualen Rechtsschutzes für Verbraucher

Durch die Stärkung des Kollektivrechtsschutzes soll zudem eine effektivere Rechtsdurchsetzung für den Verbraucher erreicht werden. Vorteile sieht der Gesetzgeber insbesondere in der kostenneutralen Anmelde-möglichkeit, dem vereinfachten Zugang zum Gerichtsverfahren ohne Anwaltszwang, der Hemmung der Verjährung und der Entfaltung von Bindungswirkungen der Musterentscheidung für nachfolgende Individualverfahren, wodurch im Ergebnis eine Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung erreicht und das sog. „rationale Desinteresse“ überwunden werden soll.⁸⁵

aa) Kosten

Die Anmeldung zur Musterfeststellungsklage ist für den Patienten zwar kostenfrei und insbesondere nicht mit einem Prozesskostenrisiko verbunden, dem geschädigten Patienten stehen jedoch auch ohne die Musterfeststellungsklage Möglichkeiten zur Verfügung, kostenlose medizinische Gutachten entweder über seine Krankenkasse⁸⁶ oder die Schlichtungsstellen bei den Landesärztekammern einzuholen. Selbst wenn er über die Musterfeststellungsklage eine Feststellung erhalte, nach der massenhaftes ärztliches Vorgehen medizinisch fehlerhaft war, würde das den persönlichen Schadenersatzprozess wegen individueller Kausalitätsprobleme nicht verhindern. Die Kosten wären nicht geringer.

bb) Vereinfachter Zugang zum gerichtlichen Verfahren

Um auch in einer Vielzahl von Fällen verallgemeinerungsfähige einzelne Elemente oder „Vorfragen“ eines Rechtsverhältnisses

78 Vgl. Fußnote 74.

79 LG Düsseldorf, Urt. v. 7.12.2016 – 12 O 75/16.

80 *Martis/Winkhart*, Fallgruppenkommentar Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rz. A71.

81 BGH, Urt. v. 30.9.2014 – VI ZR 443/13, GesR 2015, 20; BGH, Urt. v. 28.1.2014 – VI ZR 143/13, GesR 2014, 227.

82 Wegen der indiziellen Bedeutung von Aufklärungsbögen im Zusammenhang mit der „immer-so“-Rechtsprechung könnte dies für Fälle, die sich nach Inkrafttreten der §§ 630a ff. BGB ereignet haben, durchaus prozessentscheidende Bedeutung haben. Vgl. vertiefend *Ziegler/Ziegler*, Schluss mit „immer-so“?, GesR 2019, 205 ff.

83 Inzwischen für das vertragliche Behandlungsverhältnis kodifiziert in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB.

84 Ständige Rechtsprechung bereits seit BGH, Urt. v. 22.1.1980 – VI ZR 263/78; BGH, Urt. v. 22.1.1980 – VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, vgl. vertiefend *Ziegler*, Ausschluss der hypothetischen Einwilligung durch „erweiterte“ Patientenverfügung, VersR 2019, 1406.

85 BT-Drucks., 19/2439, S. 16.

86 § 66 SGB V.

oder einer Anspruchsgrundlage und damit die Haftungsgrundlage des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher einheitlich und verbindlich feststellen zu können,⁸⁷ wird der Umfang zulässiger Feststellungsanträge i.S.d. § 606 Abs. 1 S. 1 ZPO gegenüber § 256 Abs. 1 ZPO erweitert.⁸⁸ Dadurch trifft es zwar theoretisch zu, dass ein vereinfachter Zugang zum Gerichtsverfahren durch die Musterfeststellungsklage erreicht würde. Das böte dem Patienten wegen des zusätzlich notwendigen Schadenersatzprozesses aber im Ergebnis keinen Vorteil.

Auch die Dauer der Verfahren muss vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber ausdrücklich gewünschten Effektivität⁸⁹ Berücksichtigung finden. Arzthaftungsangelegenheiten haben grundsätzlich eine lange Verfahrensdauer, weil die Einholung von Gutachten und deren Auswertung den Prozess verzögern.⁹⁰ Betrachtet man die bisher im Wege der Musterfeststellungsklage öffentlich bekannt gemachten Verfahren, ist festzustellen, dass auch dort keine besonders kurze Verfahrensdauer vorliegt. Zwar konnten zwei Verfahren nach vier bzw. fünf Monaten erstinstanzlich abgeschlossen werden, Rechtskraft besteht allerdings noch nicht.⁹¹ Hinzu kommt, dass während der Rechtshängigkeit der Musterfeststellungsklage gem. § 610 Abs. 3 ZPO die anderweitige gerichtliche Verfolgung der Ansprüche ausgeschlossen ist. Darüber hinaus darf man nicht übersehen, dass immer zwei Rechtsverhältnisse geklärt werden müssen. Nämlich zunächst der Streit über das Feststellungsziel (Behandlungs- oder Aufklärungsfehler) und dann noch der individuelle Schaden. Das ist mit dem Verhältnis des selbstständigen Beweisverfahrens zum Hauptsacheprozess vergleichbar. Auch hier wird die Verfahrensdauer in der Regel nicht verkürzt, sondern das Verfahren insgesamt in die Länge gezogen.

cc) Hemmung der Verjährung

Die Verjährung der von den Feststellungszielen abhängenden und im Klageregister angemeldeten Ansprüche wird durch die Erhebung der Musterfeststellungsklage gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB). Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche wegen Behandlungs- und Aufklärungsfehlern unterliegen grundsätzlich jeweils der dreijährigen Regelverjährung (§ 195 BGB). Die Verjährungsfrist beginnt am Ende des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und der Patient Kenntnis von den haftungsbegründenden Umständen sowie der Person des Schädigers erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

Da der Patient als medizinischer Laie häufig nicht abschätzen kann, ob die bei ihm nach einer ärztlichen Behandlung aufgetretenen Gesundheitsschäden auf einen vermeidbaren Behandlungsfehler oder einen Aufklärungsfehler zurückzuführen sind, als Teil der Grunderkrankung ohnehin aufgetreten wären oder ob sich eine Komplikation schicksalhaft, also ohne ärztliches Verschulden, realisiert hat, beginnt die Verjährungsfrist in Arzthaftungsangelegenheiten erst am Ende des Jahres zu laufen, in dem Patienten ein ärztliches Gutachten vorliegt, wonach ein Behandlungsfehler bestätigt wird⁹² oder aber, wenn der Behandlungsfehler derart offensichtlich ist, dass dies bereits für einen medizinischen Laien offensichtlich ist.

Da im Arzthaftungsrecht nicht nur Behandlungsfehler, sondern häufig auch Aufklärungsfehlervorwürfe Gegenstand eines Rechtsstreits sind und die daraus jeweilig resultierenden An-

sprüche unterschiedlichen Verjährungsfristen⁹³ unterliegen können, kann – da die Verjährungshemmung demnach nur und ausschließlich im Hinblick auf das konkrete Feststellungsziel eintritt – die Beteiligung an einer Musterfeststellungsklage auch trügerische Sicherheit vorgaukeln.

Darüber hinaus bestehen im Arzthaftungsrecht zahlreiche Möglichkeiten, die durch den Verbraucher ebenfalls kostenneutral zur Hemmung der Verjährung seiner Ansprüche unterommen werden können. Beispielsweise hemmt der formlose Antrag auf Durchführung eines Schlichtungsverfahrens bei der Schlichtungsstelle der Landesärztekammer die Verjährung.⁹⁴ Auch die Einholung eines Einredevetzichts im Hinblick auf die drohende Verjährung kann der Patient theoretisch selbst kostenlos veranlassen.

Die Erhebung der Musterfeststellungsklage verbessert die Situation im Bereich der Verjährung für den Patienten damit nicht entscheidend. Im Gegenteil, gegebenenfalls gehen Ansprüche sogar verloren.

dd) Überwindung des „rationalen Desinteresses“

Durch vereinfachte, zügige und kostenrisikolose Rechtsdurchsetzung soll das „rationale Desinteresses“ der Verbraucher überwunden werden.

Aufgrund der Individualität der Patienten und der Komplexität der menschlichen Organismen ist es kaum realistisch, dass in Arzthaftungs-sachen einheitliche Vergleiche i.S.d. § 611 ZPO abgeschlossen werden können. Beispielsweise im Prozess um den „Blutbank-Skandal“ wurde zwar ein grober Behandlungsfehler festgestellt, die Kausalität für die bei den betroffenen Patienten eingetretenen Gesundheitsschäden und insbesondere die Schadenhöhe waren aufgrund etwaiger Vorerkrankungen jedoch vollkommen unterschiedlich zu beurteilen und hätten sich deshalb realistisch nicht für einen einheitlichen Vergleich geeignet. Damit wird das Problem des „rationalen Desinteresses“ lediglich verlagert.⁹⁵ Denn selbst wenn ein lediglich geringfügig in seiner Gesundheit geschädigter Patient sich auf die Feststellung eines groben Behandlungsfehlers in einer Musterfeststellungsklage berufen kann, so liegt es dann doch bei ihm, entsprechende Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüche bei dem jeweiligen Haftpflichtversicherer geltend zu machen und durchzusetzen.

87 BT-Drucks., 19/2439, S. 22.

88 *Vollkommer* in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 606 Rz. 1.4.

89 BT-Drucks., 19/2439, S. 19: „Die Musterfeststellungsklage soll der zügigen Klärung von Tatsachen und Rechtsfragen dienen und hierdurch zu einem effektiven Mittel der Rechtsverfolgung werden.“

90 *Keders/Walter*, „Langdauernde Zivilverfahren – Ursachen überlanger Verfahrensdauern und Abhilfemöglichkeiten“, NJW 2013, 1697 (1700).

91 Vgl. Fn. 18.

92 Vergleiche dazu ausführlich: *Ziegler/Oynar*, Verjährung im Arzthaftungsrecht, NJW 2017, 2438.

93 BGH, Urt. v. 8.11.2016 – VI ZR 594/15, GesR 2017, 94 = VersR 2017, 165.

94 BGH, Urt. v. 17.1.2017 – VI ZR 239/15, GesR 2017, 165.

95 Dies ist mit dem selbstständigen Beweisverfahren i.S.d. § 485 ZPO vergleichbar, Fn. 76.

c) Vermeidung unrechtmäßig erlangter Vorteile von Wettbewerbsteilnehmern

Schließlich soll – letztlich ebenfalls durch Überwindung des „rationalen Desinteresses“ – auch vermieden werden, dass unrechtmäßige Verhaltensweisen von Unternehmern zu einem Wettbewerbsvorteil gegenüber rechtstreuen Wettbewerbern führen, in dem diese das unrechtmäßig Erlangte im Wege von Schadenersatzleistungen an die geschädigten Verbraucher zurückzahlen müssen.⁹⁶

Dieser Aspekt könnte im Arzthaftungsrecht, insbesondere aufgrund der fortschreitenden Privatisierung des Gesundheitswesens durchaus eine Rolle spielen. Dass der steigende Kostendruck sich bereits auf den Behandlungsalltag auswirkt, ist an den „Propofol-“ und auch den „Blutbank“-Fällen erkennbar. Wie die „Robodoc“-Methode und die aktuellen Entwicklungen in der Telemedizin zeigen, wird es auch irgendwann Medizin am Fließband und damit standardisierte Massengeschäfte im medizinischen Behandlungsbereich geben.

IV. Fazit

Die Musterfeststellungsklage wurde unter dem Eindruck von „Dieselgate“ entwickelt. Es ging dabei um den tausendfachen Einsatz von „Schummel-Software“. Das insbesondere dafür geschaffene zivilprozessuale Instrumentarium sollte Fälle erfassen, in denen möglichst viele Ansprüche gebündelt werden,⁹⁷ zentrale Streitfragen mit Breitenwirkung einheitlich entschieden werden können⁹⁸ und der Ausgleich individueller Ansprüche erheblich vereinfacht wird.⁹⁹

Für den üblichen, individuellen Arzthaftungsfall passt dieses Instrumentarium nicht. Der Mensch ist keine Maschine. Die gesetzgeberischen Ziele werden hier nicht erreicht. Musterverfahren kann und wird es deshalb nur geben, wenn es um massenhafte Behandlungsfehler geht. Beispielsweise bei fehlerhaften oder rechtswidrigen Massenimpfungen, bei Hygieneverstößen mit massenhaften Auswirkungen¹⁰⁰ oder bei Verwendung

einer Vielzahl inhaltlich falscher Aufklärungsbögen.¹⁰¹ Auch hier wird der Ertrag aber nur mäßig sein, weil der individuelle Schaden mit der Musterfeststellungsklage nicht ermittelt werden kann.

Sollte ein Musterfeststellungsverfahren im arzthaftungsrechtlichen Bereich allerdings gegen die Patienten ausgehen und ein Aufklärungs- oder Behandlungsfehler verneint werden, würde zumindest eines der gesetzgeberischen Ziele erreicht. Die Gerichte würden entlastet, weil die betroffenen Patienten an die negative Entscheidung gebunden wären.¹⁰²

Dr. Hans-Berndt Ziegler

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht

Kanzlei Ziegler & Kollegen, Marburg



Anne Ziegler, LL.M. (Medizinrecht)

Dipl. Wirtschaftsjuristin (FH), angestellte Juristin mit Tätigkeitsschwerpunkt im Arzthaftungsrecht

Kanzlei Ziegler & Kollegen, Marburg



96 BT-Drucks., 19/2439, S. 14.

97 BT-Drucks., 19/2439, S. 15.

98 BT-Drucks., 19/2439, S. 16.

99 BT-Drucks., 19/2439, S. 17.

100 Massenhaft fehlerhafte Medizinprodukte betrifft diese Feststellung nicht. Außerhalb des Arzthaftungsrechts im Produkthaftungsrecht liegen die Dinge anders.

101 Die von den Behandlern verwandten Aufklärungsbögen weisen in weiten Teilen eine verharmlosende Risikoinzidenz auf, vgl. dazu Ziegler/Ziegler, Risiken und Nebenwirkungen in Aufklärungsbögen, NJW 2019, 398 ff.

102 *Vollkommer* in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 613 Rz. 2.

§15 FAO Selbststudium

Patricia Bals / Anna Kristina Kuhn, LL.M.

SARS-CoV-2 – das „Coronavirus“ unter rechtlichen Gesichtspunkten

Eine Pandemie stellt für jedes Gesundheitssystem eine große Herausforderung dar. Die Verhütung und Bekämpfung von Pandemien bringen das Gesundheitssystem, scheinbar aber auch unsere Rechtsordnung, an ihre Grenzen. Der Beitrag befasst sich insbesondere mit dem Instrument der Quarantäne und der Abschottung ganzer Städte innerhalb Deutschlands sowie der staatlichen Verpflichtung zur Rückholung deutscher Bürger aus Krisengebieten.

I. Einführung

Wohl erstmals im Dezember 2019 wurde in der chinesischen Millionenstadt Wuhan der Ausbruch einer neuartigen Erkrankung, ausgelöst durch das sog. Coronavirus¹, in der Presse kol-

1 In der Wissenschaft werden die Bezeichnungen SARS-CoV-2 bzw. COVID-19 parallel verwendet; hier wird im Folgenden der einfachen Lesbarkeit halber die umgangssprachliche Variante gebraucht.