



HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE

Haftungsrechtliche Aspekte der Corona Pandemie

Rechtsanwalt Sven Lichtschlag-Traut
Fachanwalt für Medizinrecht
Kanzlei Heimes & Müller
Saarbrücken

1

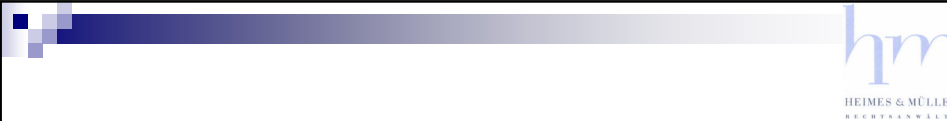


HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE

Beratungsthemen:

- Impfung
 - Indikation / Aufklärung
- Impfstatuts des Patienten
- Priorisierung / Triage
- Hygiene / einrichtungsbezogene Impfpflicht

2

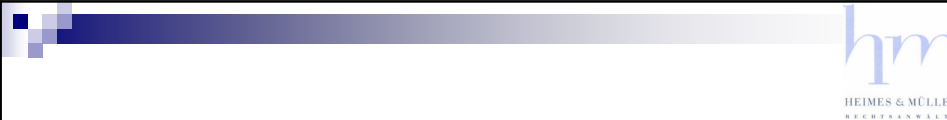


HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE

Beratungsthemen:
Sicherheitsbericht PEI vom 07.02.2022

148.760.720 Impfungen
244.576 Verdachtsfälle gemeldet
29.786 Verdachtsfälle mit schwerwiegenden Reaktionen
2.255 Meldungen über tödlichen Ausgang
85 PEI sieht möglichen/wahrscheinlichen Zusammenhang

3




HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE

Impfung:

Erstkontakt mit diesem Thema am 26.03.2020
Beratung eines mobilen Impfteams
Impfungen in den Altenheimen


4



Impfung:
Haftungsrisiken für die Mandantin

- Versorgungsanspruch des Geschädigten nach § 60 IfSG schließt eine Haftung des Behandelnden nicht aus
- Behandlungsfehler - Indikation
- Aufklärungspflichtverletzung
- Strafrechtliche Verantwortung

5




Impfung:

Deckt die bestehende Haftpflichtversicherung die Risiken ab?

War nicht der Fall, so dass eine neuen abgeschlossen worden ist

Freistellungsvereinbarung mit dem Land

6



Impfung:


Form der Aufklärung:

§ 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HS. 1 BGB fordert eine mündliche Aufklärung

Es gab erhebliche Bestrebungen, für die Impfung eine Ausnahme zu konstruieren:

z.B. Informationsblatt mit Gesprächsgelegenheit (Prof. Gödicke) / Aufklärung durch die öffentliche Diskussion mit konkludenter Einwilligung

7




Impfung:

Form der Aufklärung:

Einer solchen Risikoaufklärung bedarf es auch bei einer freiwilligen Impfung, und zwar selbst dann, wenn diese öffentlich empfohlen ist (BGH Z 126,386).

Alternativ wurde es mit einem – von der Behandlerseite gewünschten - Verzicht auf die Aufklärung versucht


8



Impfung:
Form der Aufklärung:
Aktuelles Muster Anamnese und Einwilligungserklärung
Deutsches Grünes Kreuz e.V. und RKI

Ich habe keine weiteren Fragen und verzichte ausdrücklich auf das ärztliche Aufklärungsgespräch


9



Impfung:
Form der Aufklärung:
Verzicht gemäß § 630 e Abs. 3 BGB zulässig

Es ist erforderlich, dass der Patient den Verzicht deutlich klar und unmissverständlich geäußert und die Erforderlichkeit des Eingriffes sowie dessen Chancen und Risiken zutreffend erkannt haben muss (Martis/Winkhart, 6. Auflage Rn. P 60 m.w.N).

10



Impfung:

Form der Aufklärung:


Problem: Aufklärung der Betreuer bei Desinteresse oder Besuchsverbot

Bei nicht einwilligungsfähigen Patienten ist gemäß § 630 d Abs. 1 Satz 2 i.V.m § 630 e Abs. 4 BGB die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen.

Dieser ist nach § 630 Abs. 4 HS 2 BGB mündlich aufzuklären

Mündlich = 4 Augengespräch in Präsenz ?

11




Impfung:

Form der Aufklärung:

Ausnahmsweise kann die Aufklärung in einfach gelagerten Fällen auch telefonisch erfolgen. Dies gibt dem Behandelnden ebenfalls die Möglichkeit, auf individuelle Belange des Patienten einzugehen und eventuelle Fragen zu beantworten. Besteht der Patient dagegen auf einem persönlichen Gespräch, ist die telefonische Aufklärung unzureichend. Gleiches gilt regelmäßig bei komplizierten Eingriffen mit erheblichen Risiken (vgl. BGH Urteil vom 15.06.2010 Az.: VI ZR 204/09; Martis/Winkhart, 6. Auflage Rn. P45).

12




Impfung:

Form der Aufklärung:

Eine Ergänzung oder Abänderung des § 630e Absatz 1 und 2 BGB ist allerdings nicht veranlasst. Denn die nach Maßgabe des § 630e Absatz 1 BGB vorzunehmende Aufklärung des Patienten **kann bereits nach geltendem Recht auch unter der Verwendung von Telekommunikationsmitteln erfolgen**, solange diese den unmittelbaren sprachlichen Austausch zwischen dem Patienten und dem Behandelnden zulassen.

Das BGB enthält keine Legaldefinition der mündlichen Kommunikation. Nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre setzt der Begriff der Mündlichkeit die gemeinsame körperliche Anwesenheit aller Beteiligten nicht voraus.

13




Impfung:

Form der Aufklärung:

Beispiele für dem Erfordernis der Mündlichkeit genügende Telekommunikationsmittel sind demnach insbesondere das fernmündliche Gespräch, sowie die Videotelefonie und weitere sprach- und gegebenenfalls zusätzlich bildbasierte Möglichkeiten der Fernkommunikation (Digitale-Versorgungs-Gesetz - Bundestagsdrucksache 19/13438, 70).

Bevor keine Aufklärung stattfindet, eine Aufklärung per Fax oder ein Aufklärungsverzicht versucht wird, sollte eine Aufklärung über Telekommunikationsmittel erfolgen.

14




HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE

Eskalation - Indikation:
STIKO-Empfehlung 08.01.2021

*Zur Frage, wann Personen mit nachgewiesenermaßen durchgemachter SARS-CoV-2-Infektion eine Impfung angeboten werden sollte, kann die STIKO auf Basis der aktuell vorliegenden Evidenz noch keine endgültige Aussage machen. **Nach überwiegender Expertenmeinung sollten Personen, die eine labordiagnostisch gesicherte Infektion mit SARS-CoV-2 durchgemacht haben, zunächst nicht geimpft werden.***

FAQ: Entsprechend der STIKO Empfehlung sollten Personen, die eine labordiagnostisch gesicherte Infektion mit SARS-CoV-2 bereits im Vorfeld durchgemacht haben, zunächst nicht geimpft werden

15




HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE

Eskalation - Indikation:
STIKO-Empfehlung = Facharztstandard

BGH Urteil vom 15.02.2000

Überdies ist zu beachten, daß die Empfehlungen der STIKO nach den Feststellungen des sachverständig beratenden Berufungsgerichts medizinischer Standard sind (Rn. 25 nach juris).

16



Eskalation - Indikation:

Argument Ministerium


Hinweis STIKO:

Nach den bisher vorliegenden Daten gibt es keinen Hinweis darauf, dass die Impfung nach bereits unbemerkt durchgemachter SARSCoV-2-Infektion eine Gefährdung darstellt. Entsprechend besteht keine Notwendigkeit, vor Verabreichung einer COVID-19-Impfung das Vorliegen einer akuten asymptomatischen oder unerkannt durchgemachten SARS-CoV-2- Infektion labordiagnostisch auszuschließen.

Für meine Mandantin nicht überzeugend

Reaktion: Dann ändern wir halt die STIKO Empfehlung

17




Eskalation - Indikation:

Druck der Heimbetreiber und des Ministeriums wurde erhöht:

Die Einwilligung der Betreuer ist entscheidend. Die Ärzte sind dann verpflichtet, die Patienten gegen die STIKO-Empfehlung zu impfen. Es wurde ein eigener Aufklärungsbogen entwickelt:

- Herr/Frau _____ hat nachgewiesenermaßen eine SARS-CoV-2-Infektion durchgemacht und wünscht eine Schutzimpfung gegen COVID-19 (Corona Virus Disease 2019) mit mRNA-Wirkstoff.

18




Eskalation - Indikation:

Meine Mandantin hat sich auch davon nicht beeindrucken lassen.

Zwar kann nach § 630 a Abs. 2 BGB ein Abweichen vom Facharztstandard vereinbart werden. Eine Vereinbarung setzt aber zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Der Arzt muss also gewillt sein, vom Facharztstandard abzuweichen.

19




Impfstatuts des Patienten

Anfrage, ob Ärzte sich weigern dürfen, ungeimpfte Patienten zu behandeln. Diese Diskussion wird auch in den KV geführt.

§ 7 Abs. 2 MBO

Ärztinnen und Ärzte achten das Recht ihrer Patientinnen und Patienten, die Ärztin oder den Arzt frei zu wählen oder zu wechseln. **Andererseits sind – von Notfällen oder besonderen rechtlichen Verpflichtungen abgesehen – auch Ärztinnen und Ärzte frei, eine Behandlung abzulehnen.**

20




Impfstatuts des Patienten

Anfrage, ob Ärzte sich weigern dürfen, ungeimpfte Patienten zu behandeln. Diese Diskussion wird auch in einigen KV geführt.

§ 13 Abs. 7 BMV-Ä

Der Vertragsarzt ist berechtigt, die Behandlung eines Versicherten, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, abzulehnen, wenn dieser nicht vor der Behandlung die elektronische Gesundheitskarte vorlegt. Dies gilt nicht bei akuter Behandlungsbedürftigkeit sowie für die nicht persönliche Inanspruchnahme des Vertragsarztes durch den Versicherten. Der Vertragsarzt darf die Behandlung eines Versicherten im Übrigen **nur in begründeten Fällen** ablehnen. Er ist berechtigt, die Krankenkasse unter Mitteilung der Gründe zu informieren.

21



Impfstatuts des Patienten


Anfrage, ob Ärzte sich weigern dürfen, ungeimpfte Patienten zu behandeln. Diese Diskussion wird auch in einigen KV geführt.

Notfälle dürfen grundsätzlich nicht abgewiesen werden

Solange genügend Schutzausrüstung vorhanden ist, dürfen die Patienten nicht abgewiesen werden.

Es ist zulässig, für symptomatische nur bestimmte Sprechstunden (Infektsprechstunden) anzubieten

22




Impfstatuts des Patienten

Aufforderung zu Stellungnahme – Dialysepraxis führt 3 G ein, wenn es sich nicht um eine Notfallbehandlung handelt. KV will dies untersagen.

Zulässig, um die vulnerable Patientengruppe zu schützen. KV stellt Verfahren ein

23




Priorisierung / Triage

3 Grundkonstellationen

Ex-ante-Triage

Als Ex-ante-Triage wird die Situation bezeichnet, in der mehr Patienten eintreffen, als Behandlungskapazitäten bestehen und daher auszuwählen ist, wer behandelt wird.

24




3 Grundkonstellationen

Ex-post-Triage

Eine laufende Behandlung wird abgebrochen, um Platz für neu ankommende Patienten zu schaffen, denen auf Grund von Triage-Kriterien Priorität eingeräumt werden soll.

25



3 Grundkonstellationen

präventive Triage

Es sind zwar noch Behandlungskapazitäten frei, dennoch wird ein Patient abgewiesen, um den Platz für prioritär zu behandelnde Patienten aufzusparen.

26




Ex ante Triage

Gewohnheitsrecht:

Rechtfertigende Pflichtenkollision


27



Ex ante Triage

Jenseits des Menschenmöglichen gibt es keine rechtlichen Pflichten

28




HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE

Ex ante Triage

Vor diesem Hintergrund ist auch die Entscheidung, nach welchen medizinischen Kriterien die begrenzten Behandlungsressourcen verteilt werden, nicht mehr durch das Strafrecht vorgegeben, sondern dem Garanten (Arzt) in der Situation der Pflichtenkollision freigestellt.

29



HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE


Ex ante Triage

Kollision mehrerer gleichwertiger Handlungspflichten (Die Todesgefahr muss gleich groß sein)

Unzulässige Auswahlkriterien:

Lebensalter, Behinderung, Tätigkeit in einem systemrelevanten Beruf, Vorverschulden eines Patienten (Impfstatuts) Aussage Prof. Henn : Impfgegner sollten eine Patientenverfügung unterschreiben

30




Ex ante Triage

Umstritten ist, ob der objektive Tatbestand entfällt oder die Schuld. Für das Ergebnis spielt es keine Rolle.

In der Diskussion:
Auswahlkriterien / Losverfahren oder Münzwurf als einzig gerechte Lösung / freies Ermessen der Ärzte

31



Ex post Triage

Dann muss es doch auch erlaubt sein, eine schon laufende Behandlung abbrechen und damit den Tod des Patienten in Kauf zu nehmen, wenn dafür ein Patient mit einer höheren Überlebenschance gerettet werden kann.

32




Ex post Triage

Rechtfertigende Pflichtenkollision greift nur bei Unterlassungsdelikten

Rechtfertigender Notstand ?


33



Ex post Triage

Rechtfertigender Notstand setzt voraus, dass das zu schützende Rechtsgut (das Leben des neuankommenden Patienten) das beeinträchtigende Rechtsgut (das Leben des bereits behandelten Patienten) wesentlich überwiegt.


34



Ex post Triage

Das menschliche Leben ist kraft der Menschenwürdegarantie grundsätzlich jeder qualitativen und quantitativen Abwägung entzogen.

35




In der Diskussion:

Entschuldigender Notstand bei einem besonderen Näheverhältnis

Ex post Triage doch straffrei, wenn die Überlebenschance des neuen Patienten evident überwiegt

36




In der Diskussion:

Der Umstand, dass die Ex post Triage strafbar ist, wird von den meisten Ärzten vollkommen ignoriert.

PrioPan Studie Klinikum rechts der Isar München

37




Präventive Triage

Unzulässig und strafbar da noch keine Konkurrenz zwischen gleichrangigen Gütern besteht.

Wurde in der Praxis durchgeführt und von den Ministerien angeordnet (Höchstbelegungsanordnung).

38




HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE

Triage

BVerfG Beschluss 16.12.2021 1 BvR 1541/20

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass der Gesetzgeber Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verletzt hat, weil er es unterlassen hat, Vorkehrungen zu treffen, damit niemand wegen einer Behinderung bei der Zuteilung überlebenswichtiger, nicht für alle zur Verfügung stehenden intensivmedizinischer Behandlungsressourcen benachteiligt wird.

39



HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE


Triage

BVerfG Beschluss 16.12.2021 1 BvR 1541/20

*Das gelingt nur, wenn sichergestellt ist, dass allein **nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit** entschieden wird.*

*Hierbei hat der Gesetzgeber die Sachgesetzlichkeiten der klinischen Praxis, etwa die aus medizinischen Gründen gebotene Geschwindigkeit von Entscheidungsprozessen, ebenso zu achten wie **die Letztverantwortung des ärztlichen Personals für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte im konkreten Einzelfall**, die in deren besonderer Fachkompetenz und klinischer Erfahrung begründet liegt.*

40



HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE


Einrichtungsbezogene Impfpflicht

Einsatz von ungeimpften Personal in der Patientenversorgung als Hygieneverstoß?

Nach § 23 Absatz 3 IfSG sind die Leiter von medizinischen Einrichtungen verpflichtet, sicherzustellen, dass die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, um nosokomiale Infektionen zu verhüten und die Weiterverbreitung von Krankheitserregern in ihren Institutionen zu vermeiden.

Die Einhaltung des Standes der medizinischen Wissenschaft auf diesem Gebiet wird vermutet, wenn jeweils die veröffentlichten Empfehlungen der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention beim Robert Koch-Institut und der Kommission Antiinfektiva, Resistenz und Therapie beim Robert Koch-Institut beachtet worden sind.

41



HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE


Einrichtungsbezogene Impfpflicht

Einsatz von ungeimpften Personal in der Patientenversorgung als Hygieneverstoß?

Empfehlung der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention (KRINKO) beim RKI

Impfung von Personal in medizinischen Einrichtungen in Deutschland: Empfehlung zur Umsetzung der gesetzlichen Regelung in § 23 a Infektionsschutzgesetz.

42




HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE

Einrichtungsbezogene Impfpflicht

Einsatz von ungeimpften Personal in der Patientenversorgung als Hygieneverstoß?

Diese Empfehlung der KRINKO berücksichtigt COVID-19 jedoch nicht, da angesichts der erst kurzzeitigen Verfügbarkeit von Impfstoffes gegen SARS-CoV-2 für eine valide Aussage zur Bewertung des Impf- oder Serostatus noch keine ausreichende Datenbasis vorhanden ist. Des Weiteren liegen bislang wenige Erkenntnisse zur Dauer des Immunschutzes sowie zur Übertragbarkeit einer Infektion trotz Impfung vor.

43



HEIMES & MÜLLER
RECHTSANWÄLTE

Einrichtungsbezogene Impfpflicht


Einsatz von ungeimpften Personal in der Patientenversorgung als Hygieneverstoß?

Auch das RKI ist derzeit nicht in der Lage, eine wissenschaftlich begründete Einschätzung abzugeben, ob eine Impfung das Risiko einer Weitergabe verringert.

Dennoch gesetzliche Verpflichtung (§ 20a Abs. 3 IfSG) – Verstoß als grober Behandlungsfehler zu werten? Ab wann (16.03.2022 / Entscheidung Gesundheitsamt)?

Bis das Gesundheitsamt über den Fall entschieden hat und ggf. ein Betretungs- bzw. Tätigkeitsverbot ausgesprochen hat, ist eine Weiterbeschäftigung der betroffenen Person möglich. Die öffentlich-rechtliche Vorschrift des § 20a IfSG begründet kein Recht des Arbeitgebers zur Freistellung (FAQ zu § 20 a IfSG BMG).

44




Einrichtungsbezogene Impfpflicht

Einsatz von ungeimpften Personal in der Patientenversorgung als Hygieneverstoß?

BVerfG Beschluss vom 10.02.2022 1 BvR 2649/21

Zwar begegnet die Einführung einer einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht in § 20a IfSG als solche unter Berücksichtigung der in diesem Verfahren eingeholten Stellungnahmen vor allem der sachkundigen Dritten zum Zeitpunkt dieser Entscheidung keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Es bestehen aber jedenfalls Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der in § 20a IfSG gewählten gesetzlichen Regelungstechnik.

45



Ansteckung in Praxis oder Krankenhaus - Hygieneverstoß?

Beweisführung des Patienten überhaupt möglich ?

Auch asymptomatische, negativ getestete Personen können ansteckend sein !

Daher vollbeherrschbares Risiko - ? Sind alle sonstigen Maßnahmen eingehalten worden (z.B. Empfehlungen des RKI zu Hygienemaßnahmen im Rahmen der Behandlung und Pflege von Patienten mit einer Infektion durch SARS-CoV-2) ?

46

