

Arztrecht

Laufs / Katzenmeier / Lipp

8., völlig neu bearbeitete Auflage 2021
ISBN 978-3-406-73675-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Vernunftthoheit des Arztes hinaus. Darüber besteht heute zumindest unter Juristen Einigkeit.¹⁹² Im Übrigen sind die Voraussetzungen einer Aufklärungsreduktion wegen medizinischer Kontraindikation umstritten, es divergieren die Ansichten darüber, wie schwer die zu erwartende Unbill sein muss, mit welcher Wahrscheinlichkeit sie drohen muss und wie der Arzt bei der Kontraindikation verfahren soll.¹⁹³ Der BGH judiziert hier – anders als etwa die Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten von Amerika¹⁹⁴ oder auch das Schweizerische Bundesgericht¹⁹⁵ – „sehr streng und engherzig“.¹⁹⁶ Eine medizinische Kontraindikation erkennt er nur an, wenn die Aufklärung „zu einer ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsbeschädigung des Patienten führen würde“.¹⁹⁷ Psychische Beeinträchtigungen sollen außer Betracht bleiben,¹⁹⁸ diese begreift die Rechtsprechung in Deutschland als unvermeidbaren Nachteil, der angesichts des unverzichtbaren Selbstbestimmungsrechts in Kauf genommen werden müsse.¹⁹⁹

III. Durchführung der Aufklärung

1. Gebot schonender Aufklärung

Die konkrete Weise der Aufklärung überlässt die Rechtsprechung prinzipiell dem **pflichtgemäßen Ermessen des Arztes**.²⁰⁰ Entsprechend hat der Gesetzgeber die Modalitäten des Aufklärungsvorganges nur hinsichtlich einzelner Aspekte vertragsrechtlich geregelt, vgl. § 630e Abs. 2 BGB.²⁰¹ Der Arzt sollte den Patienten stets **möglichst schonend** informieren.²⁰² Theoretisch lässt sich das die Durchführung der Aufklärung betreffende

¹⁹² Kritisch zu einer noch immer vorfindbaren abweichenden Einstellung mancher Ärzte *Giesen*, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 318.

¹⁹³ *Laufs* in *Laufs/Kern ArztR-HdB* § 60 Rn. 20; *Kern/Laufs*, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, 123; *Voll*, *Die Einwilligung im Arztrecht*, 131 ff.; *Glatz*, *Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung*, 260.

¹⁹⁴ Grundlegend *Canterbury v. Spence*, 464 F. 2d 772, 789 (D. C. Cir. 1972): „Where patient would become so ill or emotionally distraught on disclosure as to foreclose rational decision, or complicate or hinder treatment, or perhaps even pose psychological damage to patient, portents of such type may justify physician in action he deems medically warranted“; *Pedersen v. Vahidy*, 552 A. 2d 419, 425 f. (Conn. 1989); ausführlich *Rofßner*, *Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten*, 105 ff.

¹⁹⁵ Vgl. BGE 105 II 284 (287); 113 I b 420 (426); 117 I b 197 (203): Keine Aufklärung erforderlich, wenn dies die Gesundheit schädigende Angstzustände beim Patienten hervorriefe; dazu *Honsell* ZSR 109 (1990), 135 (148). Nachweise zu anderen europäischen Ländern, die eine medizinische Kontraindikation zumeist großzügiger anerkennen, bei *Fischer/Lilie*, *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich*, 47.

¹⁹⁶ *Tempel* NJW 1980, 609 (614); *Laufs* in *Laufs/Kern ArztR-HdB* § 60 Rn. 21; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 502 f.; zust. aber etwa *Tag*, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, 355 ff.

¹⁹⁷ BGHZ 29, 46 (56) = NJW 1959, 811 (813); s. auch BGHZ 29, 176 (182) = NJW 1959, 814 (815); BGHZ 90, 103 (109 f.) = NJW 1984, 1397 (1398).

¹⁹⁸ BGHZ 107, 222 (226) = NJW 1989, 2318 (2319 f.); BGHZ 90, 96 (99) = NJW 1984, 1395 (1396); BGH NJW 1956, 1106 (1107).

¹⁹⁹ Vgl. BVerfG NJW 1979, 1925 (1932), *Votum der Richter Hirsch, Niebler u. Steinberger*: „Kehrseite freier Selbstbestimmung“; BGHZ 29, 46 (55) = NJW 1959, 811 (813); BGHZ 85, 327 (333) = NJW 1983, 328 (329); KG NJW 1981, 2521 (2523).

²⁰⁰ Vgl. BGHZ 90, 103 = NJW 1984, 1395; BGH NJW 1984, 2629 (2630); 1990, 2928 (2929); *Rixen/Höfling/Kuhlmann/Westhofen* MedR 2003, 191 ff. unterbreiten eine Entscheidungsmatrix zur Strukturierung des Aufklärungsgesprächs.

²⁰¹ S. näher → Rn. 46 ff.

²⁰² BT-Drs. 17/10488, 25: schonende Aufklärung bei Heileingriffen und schonungslose Aufklärung bei kosmetisch-ästhetischen Eingriffen, dort allerdings fälschlicherweise als Frage der Verständlichkeit der Aufklärung angesprochen; *Mansel* in *Jauernig BGB* § 630e Rn. 2; *Hager* in *Staudinger*

Gebot der Schonung von der den Aufklärungsumfang einschränkenden medizinischen Kontraindikation unterscheiden, beides wird jedoch selten auseinander gehalten und geht faktisch ineinander über. Eine **rücksichtslose Aufklärung** zwecks weitestgehender Absicherung gegen eventuelle Haftungsrisiken kann dem Patienten schweren gesundheitlichen Schaden zufügen und für sich genommen eine Körper- oder Gesundheitsverletzung darstellen.²⁰³ Auch verschafft eine Aufklärung im Übermaß dem Kranken oftmals nicht die notwendigen Informationen, da diese nicht angemessen verarbeitet werden können, insbesondere das Eindecken mit medizinischem Fachwissen häufig eher Verunsicherung denn Klarheit bewirkt.²⁰⁴ Der Arzt kann und soll bei seinen Formulierungen Rücksicht nehmen auf den Stellenwert des Risikos gegenüber den Folgen einer Nichtbehandlung und das Verhältnis irreversibler gegenüber reversiblen Folgen, freilich darf er die Risiken nicht verharmlosen oder durch Verschweigen der beschränkten Erfolgsaussichten des Eingriffs die Bedeutung der Risiken für die Entscheidung des Patienten in ein falsches Rangverhältnis rücken.²⁰⁵ Die Aufklärung muss immer auf das Ziel bezogen bleiben, den Patienten im Rahmen des Möglichen zu einer abgewogenen Entscheidung instand zu setzen.²⁰⁶

2. Aufklärungspflichtiger und -adressat

- 46 a) **Aufklärungspflichtiger.** Da Aufklärung eine **genuin ärztliche Tätigkeit** ist, obliegt sie dem Arzt und zwar grundsätzlich dem behandelnden.²⁰⁷ Sind mehrere Ärzte an der Behandlung eines Patienten beteiligt, so ist jeder für diejenigen Eingriffe und Behandlungsmaßnahmen aufklärungspflichtig, die er selbst durchführt,²⁰⁸ und es kann sich keiner ohne entsprechende Verständigung oder sonstige sichere Anhaltspunkte darauf verlassen, dass ein anderer die Aufklärung besorgt hat oder besorgen werde.²⁰⁹ Bei **horizontaler Arbeitsteilung** beschränkt sich die Verantwortung des Arztes prinzipiell auf sein eigenes Fachgebiet, hier sollte der Vertrauensgrundsatz gelten.²¹⁰ Im Verhältnis zwischen **überweisendem Arzt und Spezialisten** hat grundsätzlich der behandelnde Spezialist aufzuklären, denn die Aufklärung setzt, soll sie mehr als nur ein allgemeiner Hinweis auf Gefahren sein, eine genaue Anamnese und Diagnose voraus, die sich meist erst bei dem Spezialisten

BGB § 823 Rn. I 102 f.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 476 mwN; *Spickhoff* VersR 2013, 267 (276).

²⁰³ *Deutsch* NJW 1980, 1305 (1308); *ders.* AcP 192 (1992), 161 (168); *Katzenmeier/Voigt* JZ 2014, 900 (901); s. auch OLG Köln NJW 1988, 2306 (2307).

²⁰⁴ *Spann/Liebhardt/Penning* FS für Weißauer, 143 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 510: „Die Unterrichtung im Übermaß ist also keine Aufklärung und der Arzt haftet für sie wie bei unterlassener Information“; *Wagner* in MüKoBGB § 630e Rn. 54.

²⁰⁵ *Pauge/Offenloch*, Arzthaftungsrecht, Rn. 435 m. Rspr.-Nachw.; *Laufs* in *Laufs/Kern* ArztR-HdB § 62 Rn. 4.

²⁰⁶ *Wagner* in MüKoBGB § 630e Rn. 7; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 258.

²⁰⁷ BGH NJW 1974, 604 (605); 1984, 1807 (1808 f.); s. auch BGH MedR 1983, 30; *Laufs* in *Laufs/Kern* ArztR-HdB § 62 Rn. 1; *Frahm/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 215; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 287; *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, 144; *Achterfeld*, Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen, 141 ff.

²⁰⁸ OLG Hamm VersR 1994, 815; *Katzenmeier* MedR 2004, 34 (37). Der Patient kann durch eindeutige Äußerung seine Einwilligung auf die Behandlung durch einen bestimmten Arzt beschränken. Sagt dieser eine persönliche Behandlung verbindlich zu, darf nicht ohne erneute Aufklärung und Einwilligung des Patienten ein anderer Arzt den Eingriff ausführen, BGH NJW 2010, 2580 = MedR 2010, 787 = VersR 2010, 1038 mAnm *Rinke* VersR 2010, 1653; näher zur Einwilligung ad personam *Bender* VersR 2010, 450.

²⁰⁹ BGH NJW 1979, 1933 (1934); OLG Karlsruhe VersR 1998, 718 (719).

²¹⁰ Dazu BGH NJW 1990, 2929; OLG Jena GesR 2004, 180 (181); OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 798; OLG Köln MedR 2009, 343 (344) (Grenzen des Vertrauensgrundsatzes); *Laufs* in *Laufs/Kern* ArztR-HdB § 62 Rn. 3; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Rn. C 110.

mit seinen gesteigerten Erkenntnismöglichkeiten ergibt.²¹¹ Die Anforderungen an die Aufklärungspflichten des Heilpraktikers entsprechen grundsätzlich denen der Ärzte.²¹²

Die Aufklärung des Patienten hat der Behandelnde nicht zwingend persönlich zu leisten. Aus Gründen etwa der klinischen Organisation oder auch aus anderen Gründen der Behandlungsbeteiligung kann die Aufklärungspflicht einem **anderen Arzt übertragen** werden, den dann die Haftung für Informationsversäumnisse in erster Linie trifft.²¹³ Dies entlastet den Behandlungsträger (Krankenhaussträger; selbstliquidierender Chefarzt) indes nicht von der vertraglichen Haftung und auch deliktisch nur unter Umständen, wenn „klare, wenigstens stichprobenweise kontrollierte Organisationsanweisungen bestehen und auch kein konkreter Anlass zu Zweifeln an der Eignung und Zuverlässigkeit des bestellten Arztes aufgetreten ist“.²¹⁴ Der BGH stellt hohe Anforderungen an die Anleitungs- und Überwachungspflichten des behandelnden Arztes. Im Streitfall muss er darlegen, welche organisatorischen Maßnahmen er ergriffen hat, um eine ordnungsgemäße Aufklärung sicherzustellen und zu kontrollieren.²¹⁵

Nach § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB kann die Aufklärung auch durch eine Person erfolgen, die „über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt“. Der Aufklärende muss also jedenfalls die theoretischen Kenntnisse zur Durchführung der vorgesehenen Maßnahme durch eine abgeschlossene fachliche Ausbildung erworben haben, auch wenn er noch nicht das Maß an praktischer Erfahrung aufweist, das für die eigenständige Durchführung der Maßnahme selbst unverzichtbar ist.²¹⁶ Über die notwendige Ausbildung verfügt der Arzt mit der Approbation, nicht erforderlich ist eine entsprechende Facharztanerkennung.²¹⁷ Mit der Regelung soll den Bedürfnissen der Praxis, insbesondere des Krankenhausalltags, in dem oft Assistenzärzte die Patientenaufklärung übernehmen, Rechnung getragen werden.²¹⁸ Unzulässig ist jedenfalls die Aufklärung durch einen Medizinstudenten im praktischen Jahr (sog. PJler) ohne unmittelbare Anwesenheit eines anleitenden Arztes.²¹⁹

²¹¹ BGH NJW 1979, 1933 (1934); OLG Koblenz MedR 2006, 61 (62). Nach BGH NJW 1980, 633 (634) soll bereits der Hausarzt, der den Patienten mit einer nicht weiter begründeten Standarddiagnose in die Klinik einweist, für die ausreichende Aufklärung verantwortlich gemacht werden können; krit. *Kleinwefers* VersR 1981, 99 (103). Nach OLG Oldenburg VersR 1999, 1422 soll auch derjenige Arzt aufklärungspflichtig sein, der durch eine bloße Therapieempfehlung einen Teil der Behandlung mit übernimmt; dagegen zu Recht *Rehborn* MDR 2000, 1101 (1105 f.). Zu nachwirkender therapeutischer Informationspflicht eines überweisenden Arztes s. → Rn. 17.

²¹² BGHZ 113, 297 (302 ff.) = NJW 1991, 1535 (1537); *Eberhardt* VersR 1986, 110 (115); s. aber auch *Taupitz* NJW 1991, 1505 (1510).

²¹³ BGHZ 169, 364 (366) = JZ 2007, 641 mAnm *Katzenmeier*; s. auch BGH NJW 1980, 1905 (1906); 1990, 2929 (2930); 2015, 477 (478).

²¹⁴ OLG Karlsruhe VersR 1998, 718; OLG Koblenz VersR 2003, 1313 (1314); OLG Köln VersR 2004, 1181; *Kern* MedR 2000, 347 (350); *Laufs* in *Laufs/Kern* ArztR-HdB § 62 Rn. 2.

²¹⁵ BGHZ 169, 364 (367 f.) = JZ 2007, 641 verlangt „eine Nachfrage beim Patienten und/oder Blick in die Krankenakte, ob verständlich aufgeklärt wurde“; krit. *Katzenmeier* JZ 2007, 642 (644): „Faktisch führt dies zu einer unbedingten Einstandspflicht des behandelnden Arztes für jedes Informationsdefizit im Krankenhaus, der er allenfalls noch dadurch entkommen kann, dass er das Aufklärungsgespräch insgesamt fehlerfrei und auch noch rechtzeitig wiederholt. Arbeitsteilung bei der Patientinformation ist so für ihn mit kaum mehr absehbaren Haftungsrisiken verbunden“; krit. auch *Bender* MedR 2007, 170; *Deutsch* VersR 2007, 210; *Jungbecker* VersR 2007, 211.

²¹⁶ BT-Drs. 17/10488, 24.

²¹⁷ Zutreffend *Rehborn* GesR 2013, 257 (264); *Bender* VersR 2013, 962 ff.: Arzt-, nicht Facharztvorbehalt.

²¹⁸ BT-Drs. 17/11710, 28 f.; krit. *Hart* MedR 2013, 159 (162 f.), der eine Beeinträchtigung der Qualität und Sicherheit der Selbstbestimmungsaufklärung befürchtet; strenger auch *Mansel* in *Jauernig* BGB § 630e Rn. 4.

²¹⁹ Für Zulässigkeit OLG Karlsruhe VersR 2014, 710 f.; *Spindler* in *BeckOK* BGB § 823 Rn. 841; dagegen *Katzenmeier/Achterfeld* FS für Bergmann, 89 (92 ff.); *Achterfeld* FS für Dahm, 1 (14 f.);

- 49 Eine Delegation dieses wesentlichen Teils des Arzt-Patient-Gesprächs auf nichtärztliches Personal, etwa eine Krankenschwester oder ein Mitglied der Krankenhausverwaltung, wurde von der Rechtsprechung bislang ausnahmslos als unzulässig erachtet.²²⁰ Abzuwarten bleibt, ob die Rechtsprechung künftig bezüglich solcher Maßnahmen, die zwar von einem Arzt angeordnet, deren Durchführung aber zulässigerweise an nichtärztliche Mitarbeiter delegiert werden, eine Aufklärung durch diese für zulässig erachtet.²²¹
- 50 **b) Aufklärungsadressat.** Aufklärungsadressat ist, wer die Einwilligung in die Behandlung zu erteilen hat (vgl. für das Vertragsrecht § 630d Abs. 2 BGB). Das ist grundsätzlich der zu behandelnde **Patient** persönlich,²²² bei Einwilligungsunfähigen ist es der zur Erteilung der Einwilligung **Berechtigte** (Sorgeberechtigter, Vorsorgebevollmächtigter oder Betreuer als gesetzlicher Vertreter),²²³ soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB die geplante Maßnahme gestattet oder untersagt (vgl. für das Vertragsrecht § 630d Abs. 1 S. 2 BGB). Die wesentlichen Umstände sind dann gem. § 630e Abs. 5 BGB auch dem zu Behandelnden entsprechend seinem Verständnis zu erläutern.²²⁴ Kann – etwa bei einem dringlichen **Notfall** oder bei einer nicht vorhersehbaren Operationserweiterung – die Einwilligung des Berechtigten in eine zum Schutz von Leben oder Gesundheit des Patienten unaufschiebbare medizinische Maßnahme nicht rechtzeitig eingeholt werden, darf der Eingriff ausnahmsweise mit Rücksicht auf dessen **mutmaßlichen Willen** erfolgen (vgl. bei bestehendem Vertragsverhältnis § 630d Abs. 1 S. 4 BGB).²²⁵ Soweit in einer solchen Situation die nächsten Angehörigen zu befragen sind, sind diese nicht etwa Zustimmungsträger, sondern allein Auskunftspersonen zur Erhellung des mutmaßlichen Patientenwillens.²²⁶ Einen ihm bekannten Willen des Patienten hat der Behandelnde stets zu respektieren, auch wenn er unvernünftig erscheint.
- 51 Die **Einwilligung** in eine ärztliche Heilbehandlung stellt keine Willenserklärung und keine rechtsgeschäftliche Verfügung über die betroffenen Güter dar, sondern ist eine **geschäftähnliche Handlung**, nämlich eine „Gestattung oder **Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen**, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen.“²²⁷ Die Vorschriften über Willenserklärungen, insbes. die Regeln über Willensmängel

Bergmann VersR 2017, 661 (664); *Rehborn/Gescher* in Erman BGB § 630e Rn. 19; *Wenzel*, Patientenrechtegesetz, Rn. 759.

²²⁰ BGH NJW 1974, 604 (605); VersR 1982, 1142 (1143); OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 459 (461); OLG Jena NJW-RR 2006, 135; offen gelassen von LG Heidelberg MedR 2012, 136 (139); abw. bzgl. „Bagatelleingriffen“ *Wagner* in MüKoBGB § 630e Rn. 43; *ders.* VersR 2012, 789 (793); *Taupitz/Pitz/Niedziolka*, Der Einsatz nicht-ärztlichen Heilpersonals, 2008, 53; dagegen *Achterfeld* MedR 2012, 140 (141 f.); *Katzenmeier/Achterfeld* FS für Bergmann, 89 (97 ff.); *Frabm/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 215.

²²¹ Näher *Achterfeld*, Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen: Rechtliche Rahmenbedingungen der Delegation ärztlicher Leistungen, 141 ff.; *Katzenmeier/Achterfeld* FS für Bergmann, 89 (96 ff.).

²²² BGHZ 29, 176 (179 f.) = NJW 1959, 814 (815) für die Selbstbestimmungsaufklärung; BGHZ 107, 222 = NJW 1989, 2318 = JZ 1989, 901 m. zust. Anm. *Laufs* auch für die therapeutische Aufklärung; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 249.

²²³ Einzelheiten bei *Taupitz*, Gutachten 63. DJT, A 52 ff.; *Schwedler* MedR 2013, 652 ff.; s. auch *Damm* MedR 2013, 201 (206 ff.).

²²⁴ § 630e Abs. 5 BGB eingefügt im Anschluss an BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113, vgl. BT-Drs. 17/11710, 39. Zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes *Kreße* MedR 2015, 91 (94 f.).

²²⁵ BGH NJW 1993, 2372 (2374) mAnm *Laufs/Hiersche*; BGH NJW 2019, 3072 (3074) = MedR 2020, 125 (127); BT-Drs. 17/10488, 24 mit Verweis auf BGHSt 45, 219 = NJW 1977, 337.

²²⁶ BGH NJW 1987, 2291 (2293); OLG Schleswig VersR 1989, 810 (811). Näher zur mutmaßlichen Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen *Fischer* FS für Deutsch, 545 ff.

²²⁷ BGHZ 29, 33 (36) = NJW 1959, 811; 105, 45 (47 f.) = NJW 1988, 2946 f.

(§§ 119 ff. BGB) sind nicht anwendbar.²²⁸ Ein Irrtum des korrekt aufgeklärten Patienten nimmt der Einwilligung nicht die Wirksamkeit.²²⁹ Wegen jederzeitiger Widerrufsmöglichkeit (§ 630d Abs. 3 BGB) besteht für eine Anfechtung kein Bedarf.²³⁰ Anders verhält es sich, wenn die Einwilligung durch Gewalt, Zwang, arglistige Täuschung oder rechtswidrige Drohung erreicht worden ist, weil es an der notwendigen Freiheit fehlt.²³¹ Da es bei der Einwilligung um die Disposition über ein höchstpersönliches Rechtsgut geht, hängt die Befugnis dazu nicht von der Geschäftsfähigkeit ab, sondern entscheidend von der **Einwilligungsfähigkeit (vgl. § 630d Abs. 1 S. 2 BGB)**.²³² Den Begriff der Einwilligungsfähigkeit hat der Gesetzgeber nicht definiert, obwohl bezüglich Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie viele Fragen offen sind.²³³ So bleiben zur Bestimmung nur die hergebrachten Rechtsprechungsgrundsätze, auf die der Gesetzgeber ausdrücklich verweist: „Das Einsichtsvermögen und die Urteilkraft des Patienten müssen ausreichen, um die vorherige Aufklärung zu verstehen, den Nutzen einer Behandlung gegen deren Risiken abzuwägen und um schließlich eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen [...]. Der Behandelnde muss sich davon überzeugen, dass der Patient die **natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit** besitzt und Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der medizinischen Maßnahme erfassen und seinen Willen hiernach ausrichten kann [...]. Bei Erwachsenen ist regelmäßig von Einwilligungsfähigkeit auszugehen. Die Einwilligungsunfähigkeit ist eine rechtshindernde Einwendung. Wer sich auf die Einwilligungsunfähigkeit beruft, muss sie beweisen.“²³⁴ Das gilt auch, wenn der Patient die Einwilligungsfähigkeit infolge krankheits- oder unfallbedingter Schmerzen in Abrede stellt, sofern nicht eine Gesamtschau der unstrittigen medizinischen Fakten die fehlende Einwilligungsfähigkeit eindeutig indiziert.²³⁵ Auch für den Widerruf einer erteilten Einwilligung ist der Patient beweispflichtig.²³⁶ Dieser setzt, wie die Einwilligung selbst, Einwilligungsfähigkeit voraus.²³⁷

Bei einem Heranwachsenden kommt es zur Feststellung der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit darauf an, ob er „nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag“.²³⁸

52

²²⁸ AA *Klose/Straub* MedR 2019, 714 (717 ff.) mwN.

²²⁹ BGH NJW 1964, 1177 (1778); *Spickhoff* in Soergel BGB § 823 Anh. I, Rn. 105; aA *Ohly* „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 366 ff.; *Koziol* MedR 2019, 105 ff.

²³⁰ Allerdings entfaltet der Widerruf Wirkung erst ab Widerrufszugang, nicht rückwirkend. Ist die Einwilligung unwirksam, bedarf es keines Widerrufs, OLG Köln BeckRS 2019, 2369 =VersR 2019, 947.

²³¹ BGH LM Nr. 15 zu § 839 (Fc) (Zwang); OLG Nürnberg VersR 1988, 299 f. (Täuschung); *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 (385).

²³² BT-Drs. 17/10488, 23 zu § 630d BGB: natürliche Willensfähigkeit; *Belling/Eberl/Michlik*, Das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen, 125 ff.; *Amelung*, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention, 8 ff.; aA *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 178 ff., 201 ff., 221 ff., 238 ff.; *U. Diederichsen* FS für Schreiber, 2003, 635 (646 ff.); dagegen *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 419 ff.; zum Meinungsstand A. *Diederichsen* FS für Hirsch, 355 f. mwN.

²³³ Krit. *Katzenmeier* MedR 2012, 576 (581); *ders.* NJW 2013, 817 (820); *Damm* MedR 2013, 201 (206); *Spickhoff* VersR 2013, 267 (275 f.); näher *Coester-Waltjen* MedR 2012, 553 (554 ff.).

²³⁴ BT-Drs. 17/10488, 23. Zur Beweislast *Krefse* MedR 2015, 91 (92 ff.).

²³⁵ OLG Frankfurt a. M. VersR 1984, 289 (291); OLG Koblenz NJW 2015, 79 f. = MedR 2015, 422; aA *Genske* MedR 2016, 173.

²³⁶ BGH NJW 1980, 1903 (1904); *Weidenkaff* in Palandt BGB § 630d Rn. 2.

²³⁷ *Spickhoff* in *Spickhoff*, Medizinrecht, BGB § 630d Rn. 14.

²³⁸ BGHZ 29, 33 (36) = NJW 1959, 811; BGH NJW 1972, 335 (337); *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, 2000, 84 ff.; *Laufs* in *Laufs/Kern* ArztR-HdB § 62 Rn. 9; *Kohle* AcP 185 (1985), 105 (114 ff., 143 ff.); *Taupitz*, Gutachten 63. DJT, A 54 ff., A 60 ff.; Prüfungskriterien bei A. *Diederichsen* FS für Hirsch, 355 (358 f.).

Generell soll der Arzt bei Minderjährigen unter **vierzehn Jahren** die Einwilligung der Sorgeberechtigten, in der Regel der Eltern, einholen. Auf der Altersstufe vom vierzehnten bis zum achtzehnten Lebensjahr kommt es darauf an, wie der Arzt die Persönlichkeit des Jugendlichen im Hinblick auf den geplanten, konkreten Eingriff beurteilt. Hat er Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen, so wird der Arzt sich an die Eltern wenden. Soweit der Minderjährige die erforderliche Urteilsfähigkeit aufweist, wird er Träger der Zustimmungsbefugnis. Inwieweit es **daneben der Zustimmung der Eltern** bedarf, wird nicht einheitlich beurteilt, was den behandelnden Arzt vor Unwägbarkeiten stellen kann.²³⁹ Teilweise wird dies unter Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit der Einwilligung und die Schweigepflicht des Arztes abgelehnt.²⁴⁰ Rechtsprechung und herrschende Lehre aber fordern – insbesondere bei **schweren Eingriffen** – zusätzlich das Einverständnis der Inhaber der elterlichen Sorge (sog. Co-Konsens).²⁴¹ Der Arzt sollte sich daher jedenfalls bei erheblichen Eingriffen stets auch an die Personensorgeberechtigten wenden. Bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen, zB kosmetischen Operationen oder auch Tätowierungen, hat die Annahme der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen sehr restriktiv zu erfolgen.²⁴² In eine Lebendorganspende kann der Minderjährige gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1a TPG nicht wirksam einwilligen, insofern können die Personensorgeberechtigten ihn hier auch nicht wirksam vertreten.²⁴³ Besonders schwierig ist die Frage, ob für den Abbruch der Schwangerschaft einer minderjährigen Frau deren Einwilligung ausreicht oder ob zusätzlich die Zustimmung der personensorgeberechtigten Eltern einzuholen ist. Überwiegend wird hier dem Selbstbestimmungsrecht der einsichtsfähigen Betroffenen der Vorrang vor dem Erziehungsrecht der Eltern eingeräumt, zumal diese die Konfliktsituation der Schwangeren nicht auflösen können.²⁴⁴ An die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen durch den behandelnden Arzt sind hohe Anforderungen zu stellen.²⁴⁵

- 53 Träger der Zustimmungsbefugnis beim **minderjährigen Patienten** sind grundsätzlich **beide Eltern** (entspr. §§ 1626 Abs. 1, 1627, 1629 Abs. 1 BGB; zur elterlichen Sorge für das nichteheliche Kind s. § 1626a BGB).²⁴⁶ Indes kann jeder Elternteil den anderen –

²³⁹ Eingehend *Belling/Ebert/Michlik*, Das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen, 1994; *Rothärmel*, Einwilligung, Veto, Mitbestimmung. Die Geltung der Patientenrechte für Minderjährige, 2004; *Nebendabl MedR* 2009, 197 ff.

²⁴⁰ *Kern NJW* 1994, 753 (755); *Rouka*, Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen bei ärztlichen Eingriffen, 1996, 164 f.; grds. auch *Spickhoff FamRZ* 2018, 412 (423).

²⁴¹ So etwa BGHZ 105, 45 (48) = *NJW* 1988, 2946 ff. = *JZ* 1989, 93 (94) m. zust. Anm. *Giesen*; BGH *NJW* 1972, 335 (337); 1991, 2344 (2345); 2010, 2430 (2341); OLG Hamm *NJW* 1998, 3424 (3425); OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2019, 20043 Rn. 48 ff. = *MedR* 2020, 383 (385 f.) mAnm *Kreße*; *Lipp* Freiheit und Fürsorge, 33 f.; *A. Diederichsen* FS für Hirsch, 355 (359 ff.); *Nebendabl MedR* 2009, 197 ff.; beschränkt auf die Fälle begründeter Gefahr des Todes oder erheblicher gesundheitlicher Schäden *Taupitz* Gutachten 63. DJT, A 63 ff.; dazu ausführlich → Kap. VI Rn. 177 ff.

²⁴² *Spickhoff FamRZ* 2018, 412 (424); *Wagner* in *MüKoBGB* § 630d Rn. 44.

²⁴³ *Olzen* in *MüKoBGB* § 1666 Rn. 81.

²⁴⁴ OLG Hamm *NJW* 2020, 1373 (1374 f.) m. Bespr. *Lugani NJW* 2020, 1330 = *MedR* 2020, 679 (680 ff.) mAnm *Lemmert*; LG Köln *GesR* 2009, 43 (44); LG München I *NJW* 1980, 646; AG Schlüchtern *NJW* 1998, 832 (833); *Amend-Traut/Bongartz FamRZ* 2016, 5; aA OLG Hamm *NJW* 1998, 3424 (3425); OLG Naumburg *FamRZ* 2004, 1806; OLG Hamburg *NZ Fam* 2014, 948; LG Berlin *FamRZ* 1980, 285 (286 f.); zum Schwangerschaftsabbruch vgl. → Kap. VII Rn. 41 ff.

²⁴⁵ *Spickhoff FamRZ* 2018, 412 (423); OLG Hamm *NJW* 2020, 1373 (1375) = *MedR* 2020, 679 (682) mAnm *Lemmert*.

²⁴⁶ Zum Behandlungsvertrag → Kap. III Rn. 15 f. Für das werdende Kind in der Geburt ist nach BGHZ 106, 153 (157 f.) = *NJW* 1989, 1538 (1539) allein die Mutter Aufklärungsadressatin und Zustimmungsträgerin; zur Einwilligung in die medikamentöse Behandlung von Kindern vgl. *U. Walter* FS für Schwab, 962; zur Einwilligung in die Heilbehandlung von Kindern durch minderjährige Eltern *Kern MedR* 2005, 628.

ausdrücklich oder durch familiäre Funktionsteilung – ermächtigen, für ihn mitzuentcheiden.²⁴⁷ Dann bedarf es nur der Aufklärung des so ermächtigten Elternteils. Zur Reichweite der Ermächtigung und der Befugnis des Arztes, darauf zu vertrauen, unterscheidet der BGH nach der Schwere der Erkrankung des Minderjährigen: In Fällen leichter Erkrankungen oder alltäglicher Verletzungen, welche der ärztlichen Behandlungsroutine unterfallen, darf der Arzt von einer Ermächtigung des mit dem Kind erschienenen Elternteils ausgehen.²⁴⁸ Bei erheblicheren Erkrankungen oder Verletzungen mit nicht unbedeutenden Behandlungsrisiken bedarf es der Rückfragen beim erschienenen Elternteil, auf dessen Auskunft der Arzt prinzipiell vertrauen darf.²⁴⁹ Hingegen bei weitreichenden Entscheidungen betreffend die Therapie schwerer Erkrankungen hat der Arzt den nicht erschienenen Elternteil grundsätzlich an der Entschließung zu beteiligen, sofern dieser nicht ihm gegenüber vorbehaltlos und umfassend darauf verzichtet hat.²⁵⁰

Verkennt der Arzt trotz redlichen Bemühens, dass der Minderjährige einwilligungsfähig ist und holt er deswegen nur das Einverständnis der Eltern ein, wird ihm dies kaum zu rechtlichem Nachteil gereichen.²⁵¹ Der Zustimmung seiner Eltern kann ein **urteilsfähiger Minderjähriger** jedenfalls dann widersprechen, wenn ein nur relativ indizierter Eingriff mit möglicherweise erheblichen Folgen für die weitere Lebensführung in Frage steht.²⁵² Nach dem Personensorgerecht haben die Eltern nicht die Befugnis, unvernünftige Entschlüsse zum Nachteil ihres Kindes zu fassen, ihre Entscheidungsfreiheit ist wesentlich enger als die eines Kranken im Blick auf seine eigene Person.²⁵³ Verschließen sie sich etwa aus religiösen Gründen notwendigen medizinischen Maßnahmen, so hat der Arzt das Familiengericht anzurufen und einen Pfleger bestellen zu lassen, der dann zu entscheiden hat, was dem Wohl des Kindes entspricht, und ggf. die Einwilligung erteilen mag.²⁵⁴ Bei Uneinigkeit der Eltern über die Durchführung einer von der Ständigen Impfkommission beim Robert-Koch-Institut empfohlenen **Impfung** kann die Entscheidungsbefugnis dem Elternteil, der die Impfung des Kindes befürwortet, jedenfalls dann nach

²⁴⁷ BGH NJW 2010, 2430 (2431) mAnm *Katzenmeier* LMK 2010, 308091 = MedR 2010, 857 mAnm *Finn*.

²⁴⁸ BGHZ 144, 1 (4) (Routineimpfung) = NJW 2000, 1784 (1785).

²⁴⁹ BGH NJW 1988, 2946 (2947); OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2019, 20043 Rn. 56 (relativ indizierte radikale Zirkumzision) = MedR 2020, 383 (386) mAnm *Kreße*.

²⁵⁰ BGHZ 105, 45 (47 ff.) (Herzoperation) = NJW 1988, 2946 (2947 f.); 144, 1 (4 f.); BGH NJW 2000, 1784 (1785).

²⁵¹ Vgl. BGH NJW 1971, 1887; *Laufs* in Laufs/Kern ArztR-HdB § 62 Rn. 9; *Nüßgens* in RGRK-BGB § 823 Anh. II Rn. 74; *Kreße* MedR 2015, 91 (93): Beurteilungsspielraum des Behandelnden, der nachträglich nur auf grobe Fehleinschätzungen überprüft werden kann. Die Frage des Verschuldens stellt sich auch, wenn der Arzt irrtümlich den allein aufgeklärten Patienten für einwilligungsfähig hielt, v. *Pentz* MedR 2016, 16 (23) mwN.

²⁵² BGH NJW 2007, 217 (218) = MedR 2008, 289 mAnm *Lipp*; vgl. dazu → Kap. VI Rn. 83; ausführlich zum Vetorecht des nicht Einwilligungsfähigen *Amelung*, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Interventionen, 1995; *Taupitz*, Gutachten 63. DJT, A 75 ff. Diskussion krit. Stimmen, die für eine Alleinzuständigkeit oder wenigstens ein Mitwirkungsrecht des Minderjährigen eintreten, bei *Nebendabl* MedR 2009, 197 ff.

²⁵³ *Laufs* in Laufs/Kern ArztR-HdB § 62 Rn. 11; *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 30; näher *A. Diederichsen* FS für Hirsch, 355 (359): ausschließlich dienender Charakter des Sorgerechts. Zur Bescheidung s. aber § 1631a BGB.

²⁵⁴ Vgl. zB OLG Celle NJW 1995, 792: Ablehnung der ärztlich indizierten Bluttransfusion bei einem neugeborenen Kind durch die Eltern als Zeugen Jehovas – vorläufige Anordnungen bei besonderer Eilbedürftigkeit auch ohne Gewährung rechtlichen Gehörs für die Eltern; zur Problematik vgl. *Bender* MedR 1999, 260 ff.; dazu *Hessler/Glockentin* MedR 2000, 419 ff.; ausführlich → Kap. VI Rn. 181. Zum Einsatz sog. Cochlea-Implantate bei gehörlos geborenen Kindern gegen den elterlichen Willen *Drygala/Kenzler* FamRZ 2018, 156 ff. Zu Zulässigkeit und Grenzen der Einwilligung in geschlechtskorrigierende Operationen bei intersexuellen Minderjährigen *Lindenberg* MedR 2019, 208 (210 ff.).

§ 1628 Abs. 1 BGB übertragen werden, wenn bei dem Kind keine besonderen Impfrisiken vorliegen.²⁵⁵

Bei **Gefahr im Verzuge** darf der Arzt einen zweifelsfrei gebotenen Eingriff auch ohne Einschaltung des Familiengerichts vornehmen. Dem Arzt steht in diesem Kollisionsfall der Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB zur Seite. Andererseits können die Eltern und der Arzt gemeinsam gegen den Willen des Minderjährigen von Rechts wegen grundsätzlich nicht vorgehen. Die Vetomündigkeit des Minderjährigen reicht weiter als die Einwilligungsfähigkeit.

- 55 Solange ein erwachsener Patient noch einwilligungsfähig ist, kommt es allein auf seine Einwilligung an. Der Patientenvertreter, d. h. der **Vorsorgebevollmächtigte** (§ 1896 Abs. 2 BGB) oder **Betreuer** (§ 1896 Abs. 1 BGB), darf erst dann in eine medizinische Maßnahme stellvertretend einwilligen, wenn der Patient in der konkreten Situation einwilligungsunfähig und die anstehende Maßnahme auch nicht von seiner zuvor erklärten Einwilligung oder seiner Patientenverfügung gedeckt ist (vgl. § 630d Abs. 1 S. 2 BGB). Dabei ist er an den erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen gebunden (§ 1901a Abs. 1 S. 2 BGB). Die Einwilligung eines Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf nach § 1904 BGB aber immer dann der Genehmigung des **Betreuungsgerichts**, wenn zwischen dem behandelnden Arzt und dem Patientenvertreter ein Dissens über den Patientenwillen besteht und wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme oder ihres Unterlassens stirbt oder einen schweren oder länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Das Betreuungsgericht wird sich vor seiner Entscheidung durch den behandelnden Arzt über das Für und Wider unterrichten lassen, stets hat dieser den Patientenvertreter uneingeschränkt aufzuklären und auch den Patienten soweit möglich und zuträglich zu informieren (vgl. auch § 630e Abs. 4 und 5 BGB).²⁵⁶ Wo die natürliche Einsichts- und Entschlussfähigkeit des Betreuten einmal gegeben sein sollte, findet § 1904 keine Anwendung.²⁵⁷

Für eine Einwilligung des Patientenvertreters und für eine daran anknüpfende Genehmigung des Betreuungsgerichts ist indessen kein Raum, wenn der Patient einen entsprechenden eigenen Willen bereits in einer wirksamen **Patientenverfügung** (§ 1901a Abs. 1 BGB) niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft.²⁵⁸ Nach der Gesetzesbegründung ist eine Patientenverfügung, die eine Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme enthält, nur mit vorangegangener ärztlicher Aufklärung oder bei erklärtem Aufklärungsverzicht wirksam.²⁵⁹ Enthält sie keinen ausdrücklich erklärten Verzicht auf eine ärztliche Aufklärung, ist die Patientenverfügung in diesen Fällen nur als Indiz für den mutmaßlichen Willen zu werten. Es bedarf dann immer einer Entscheidung des Betreuers oder des Bevollmächtigten über die Zulässigkeit des ärztlichen Eingriffs.²⁶⁰ Die Ablehnung einer ärztlichen Maßnahme in einer Patientenverfügung ist hingegen unabhängig von einer ärztlichen Aufklärung wirksam.²⁶¹

²⁵⁵ BGH NJW 2017, 2826 f. = MedR 2018, 39 mAnm Zuck.

²⁵⁶ Laufs in Laufs/Kern ArztR-HdB § 62 Rn. 12. Zur Bedeutung des Betreuungsgesetzes für das Arztrecht vgl. Kern MedR 1991, 66 ff. Wo die natürliche Einsichts- und Entschlussfähigkeit des Betreuten einmal gegeben sein sollte, findet § 1904 BGB keine Anwendung.

²⁵⁷ Zur zeitlichen und gegenständlichen Relativität der Einwilligungsfähigkeit vgl. v. Sachsen-Gessaphe, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, 1999, 333 ff. Zur Einwilligung in ärztliche Maßnahmen bei betreuten Personen Taupitz, Gutachten 63. DJT, A 52 ff.; D. Schwab FS für Henrich, 2000, 511 (518 ff.); Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, 1999, 163 ff.

²⁵⁸ BGHZ 202, 226 ff. = NJW 2014, 3572 (3574 f.) = JZ 2015, 39 mAnm Duttge = FamRZ 2014, 1909 mAnm Spickhoff.

²⁵⁹ BT-Drs. 17/10488, 23; krit. Spickhoff VersR 2013, 267 (275).

²⁶⁰ Zur Aufgabe des Patientenvertreters und seiner Kontrolle ausführlich → Kap. VI Rn. 118 ff.

²⁶¹ BT-Drs. 17/10488, 23 f.