

Arztrecht

Bearbeitet von
Prof. Dr. Christian Katzenmeier, Prof. Dr. Volker Lipp

7. Auflage 2015. Buch. XVIII, 586 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 64773 4
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Recht > Öffentliches Recht > Medizinrecht, Gesundheitsrecht > Arztrecht,
Patientenrecht, Arzthaftungsrecht, Behandlungsvertrag

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

derentwillen der Arzt den schadensträchtigen eigenmächtigen Eingriff vorgenommen hat, oder ob aus anderen Gründen. Die Berücksichtigung dieses Umstandes als schadensmindernd liegt in der Konsequenz der **Differenzhypothese**, welche den zu ersetzenden Schaden durch einen Vergleich der Vermögensgesamtlage des Geschädigten, wie sie tatsächlich jetzt ist, mit der, wie sie ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis sein würde, zu bestimmen sucht.²⁷³ Nimmt die Behandlungsseite einen hypothetischen Ursachenzusammenhang für sich in Anspruch, so trägt sie dafür die volle **Beweislast** (§ 286 ZPO).²⁷⁴ Beweisbelastet ist sie auch hinsichtlich des Einwandes, ein ohne Behandlungsfehler misslungener eigenmächtiger Eingriff wäre ebenso einem anderen Arzt in gleicher Weise misslungen.²⁷⁵ Da auch der ordnungsgemäße Heileingriff infolge der Individualität der Beteiligten, aufgrund unterschiedlicher Übung und Fähigkeiten der Ärzte, unterschiedlicher sachlicher Mittel und Disposition des Patienten im Ergebnis durchaus unterschiedlich ausfallen kann, ist dieser Beweis nur sehr schwer zu führen.²⁷⁶ Gelingt er aber im Einzelfall, dann beschränkt sich die Ersatzpflicht auf den Zeitraum, in dem der Schaden durch den schädigenden eigenmächtigen Eingriff früher eingetreten ist.²⁷⁷

C. Bewertung der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht

I. Grundsätzliche Kritik in der Ärzteschaft und der juristischen Literatur

Kein anderes arztrechtliches Thema ist heftiger umstritten, häufiger diskutiert und stärker mit Emotionen befrachtet als die von der Rechtsprechung entwickelten, nunmehr in § 630e BGB kodifizierten Grundsätze ärztlicher Aufklärungspflicht.²⁷⁸ Seit jeher melden sich Mediziner mit herbem Widerspruch gegen die, wie sie meinen, juristischen Anforderungen zu Wort.²⁷⁹ Noch heute begreifen einige das Aufklärungsgebot als eine durch Fachfremde auferlegte, den medizinischen Dienst hemmende, **Patienten wie Ärzte überfordernde Last**. Die Zeit des „Kalten Krieges“ zwischen Medizinern und Juristen²⁸⁰ kann gleichwohl als überwunden betrachtet werden,²⁸¹ da die ganz überwiegende Zahl der Ärzte das grundsätzliche Erfordernis eines „informed consent“ anerkennt. Allgemein wird

²⁷³ Larenz, Schuldrecht I, § 30, zu der auf F. Mommsen zurückgehenden „Differenztheorie“ unter § 29 I a. Die Schadenszurechnung verneint BGH NJW 1985, 676 (677); 1998, 1307 (1308); Schiemann in Staudinger § 249 Rn. 93 f.; Hager in Staudinger § 823 Rn. I 125.

²⁷⁴ BGHZ 106, 153 = NJW 1989, 1538; BGH NJW 2005, 1718 (1719 f.) = MedR 2005, 599 (600); zu Abgrenzungsfragen der Kausalität BGHZ 192, 298 = NJW 2012, 850 = MedR 2012, 456 mAnm Baur; OLG Köln MedR 2013, 47 (50); Steffen/Paue Arzthaftungsrecht Rn. 521, 530; Geiß/Greiner Arzthaftpflichtrecht Rn. C 151; allg. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 185.

²⁷⁵ BGHZ 106, 153 (156) = NJW 1989, 1538; BGH NJW 1989, 1541; 2005, 1718 u. 2072.

²⁷⁶ Streng BGH NJW 1996, 3074; s. auch Steffen/Paue Arzthaftungsrecht Rn. 702 f. mwN.

²⁷⁷ Steffen FS für Medicus, 637 (643); Nüßgens in RGRK BGB § 823 Anh. II Rn. 151.

²⁷⁸ Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 2; Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 1 u. 6; s. auch Spickhoff in Soergel § 823 Anh. I Rn. 96; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, Rn. 679 f.; Schiemann in Erman § 823 Rn. 138 aE: „Kernproblem der Arzthaftung“; zu § 630e BGB Jaeger, Patientenrechtegesetz, 2013, Rn. 206: „Herzstück der Regelung“.

²⁷⁹ Vgl. etwa Kuhlendahl FS für Bockelmann, 465 (471): Die Aufklärungspflicht „als Zuchtrute der Justiz“ sei „zum Schreckgespenst geworden“; Carstensen, Der Chirurg, 1980, 414 (415) spricht vom „Tod durch Aufklärung“; Wachsmuth/Schreiber NJW 1981, 1985; Bochnik/Gärtner/Richtberg VersR 1983, 793; Demling MedR 1983, 207. Nachweise älterer Stellungnahmen bei Jung, Das Recht auf Gesundheit, S. 138, Note 33.

²⁸⁰ Kuhlendahl FS für Bockelmann, 465 (469); Giesen JZ 1982, 391 (401); Diehl/Diehl VersR 1982, 716; Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 2.

²⁸¹ Laufs in Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 57 Rn. 13; Kern GesR 2009, 1; s. andererseits Franzki MedR 1994, 171 (175): „Selbst nach jahrzehntelanger Diskussion, in der man sich durchaus ernsthaft um gegenseitiges Verständnis bemüht hat, sind die Gräben nicht zugeschüttet.“

der Ratschlag des *Hippokrates*, „dem Kranken das meiste zu verbergen und ihm nichts von dem zu sagen, was kommen wird und ihn bedroht“²⁸² als mit den heutigen Anschauungen vom Beruf des Arztes und mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht mehr vereinbar begriffen. Auch die Bemerkung *Karl Jaspers*, der Kranke wolle „eigentlich nicht wissen, sondern gehorchen. Die Autorität des Arztes [sei] ihm ein erwünschter Punkt, der ihn eigenen Nachdenkens und eigener Verantwortung überhebt“,²⁸³ kann in Zeiten eines vertieften Verständnisses der Autonomie des Einzelnen so keine Geltung mehr beanspruchen.²⁸⁴ Die Behandlungsseite erkennt das Interesse des Kranken, sich ein realistisches Bild von seiner Lage zu machen, und ist zumeist grundsätzlich bereit und bemüht, dem Informationsbedürfnis zu entsprechen. Der Generalkonsens über Ziel und Zweck der Aufklärung bedeutet aber nicht das Ende der Probleme zwischen Recht und Medizin. Die Probleme haben sich verlagert.²⁸⁵ Für Streit sorgt nunmehr die Frage, in welchem Umfang der Aufklärungspflicht nachgekommen werden muss, damit der Patient eine seinem Selbstbestimmungsrecht entsprechende Entscheidung treffen kann.²⁸⁶

- 76 Mediziner beklagen lebensfremde **Übersteigerungen** durch die Rechtsprechung, welche auf ärztliche Belange kaum Rücksicht nehme. Gerichte schlossen sich kaum jemals an das medizinisch Sinnvolle an, sondern stellten abstrakte Forderungen an den ärztlichen Berufsstand, die von mangelhafter Sach- und Fachkenntnis zeugten.²⁸⁷ Kein Arzt sei heute mehr in der Lage, die von der Judikatur gestellten Anforderungen voll zu erfüllen.²⁸⁸ Auch dem Kranken sei durch die strengen Maßgaben wenig gedient. Das Maß der von der Rechtsprechung geforderten Aufklärung liege weit jenseits des **Auffassungsvermögens** des verständigen Patienten. Ein Übermaß an aufklärungspflichtigen Fakten aber wirke kontraproduktiv. Die Informationsfülle verwirre den Patienten, könne ihn unnötig ängstigen und eine selbstbestimmte Entscheidung erschweren, bisweilen gar unmöglich machen.²⁸⁹ Letzten Endes entfremde die Rechtsprechung die Aufklärung ihrer eigentlichen Bestimmung, indem sie diese zur Begründung von Schadensersatzansprüchen funktionalisiere. Dies sei dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient abträglich und fördere eine **defensive Formularpraxis**.²⁹⁰
- 77 In der juristischen Literatur stößt die strenge und oftmals komplizierte Spruchpraxis des Bundesgerichtshofes auf eine ähnlich nachhaltige Kritik. Angemahnt werden die Nöte der Behandlungsseite: Es „erwartet die Ärzteschaft, die dem Aufklärungspostulat täglich tausendfach im hektischen Praxis- und Klinikbetrieb in den unterschiedlichsten Situationen genügen soll, eindeutige und praktikable Handlungsanweisungen. Dieser berechtigten Erwartung wird eine ständig weiter ausdifferenzierte, auch vom juristischen Kenner der Materie in ihren letzten Verästelungen kaum noch überschaubare Rechtsprechung schwer-

²⁸² Zit. nach. *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht (1939), 98 f.

²⁸³ *Jaspers*, Die Idee des Arztes, 111 (113).

²⁸⁴ Vgl. zum Wandel vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Arzt-Patient-Verhältnis *Katzenmeier* Arztthaftung 57 ff.

²⁸⁵ *Weißauer* in Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch, Die Entwicklung der Arztthaftung, S. 17, 18; *Pelz* DRiZ 1998, 473 (477); *Damm* JZ 1998, 926 (928).

²⁸⁶ *Giesen* FS für Skapski, 45 (55); *Rumler-Detzel* FS für Deutsch, 1999, 699; *Spickhoff* in Soergel § 823 Anh. I Rn. 95; *Picker* Karlsruher Forum 2013, 162 f.; *Grigoleit*, ebd., 169 f.

²⁸⁷ S. bei *Kern* in Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch, Die Entwicklung der Arztthaftung, 313 (317), und bei *Giebel/Wienke/Sauerborn/Edelmann/Mennigen/Dievenich* NJW 2001, 863 ff.

²⁸⁸ S. bei *Pelz* in Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch, Die Entwicklung der Arztthaftung, 41 (55); *Ehlers*, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 143.

²⁸⁹ *Weißauer* in Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch, Die Entwicklung der Arztthaftung, 17 (18); *Knoche* NJW 1989, 757 (758); *Eibach/Schäfer* MedR 2001, 21 ff.; *Giebel/Wienke/Sauerborn/Edelmann/Mennigen/Dievenich* NJW 2001, 863 (866 ff.); *Picker* Karlsruher Forum 2013, 162 f.

²⁹⁰ *Wachsmuth/Schreiber* NJW 1981, 1985; *Bochnik/Gärtner/Richtberg* VersR 1981, 793; *Demling* MedR 1983, 207.

lich gerecht“.²⁹¹ Die *Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht* kritisiert eine **fortwährende Verschärfung** der Anforderungen an die ärztliche Eingriffsaufklärung, ohne dass es der Rechtsprechung bislang gelungen wäre, die aufklärungspflichtigen Risiken mit ausreichender Bestimmtheit abzugrenzen und sie im Bereich dessen zu halten, was im Gespräch zu vermitteln sei.²⁹² Sie sieht darin eine Kollision mit dem Rechtsstaatsprinzip und beanstandet die unzureichende Rücksichtnahme der Gerichte auf das angesichts der besonderen psychischen Situation begrenzte Aufnahmevermögen des Patienten.²⁹³ Eine wachsende Zahl an Fachautoren bezeichnet die richterliche Spruchpraxis zur Aufklärungspflicht als überspannt²⁹⁴ und betrachtet das Maß des dem Arzt im Allgemeinen Zumutbaren als erschöpft.²⁹⁵ Sie missbilligen, dass die Gerichte häufig auf das eher in der Kompetenz des Juristen liegende Gebiet der Aufklärungspflichtverletzung ausweichen, wenn sie einen Behandlungsfehler argwöhnen, dieser sich aber nicht beweisen lässt, und so das verlorene Urteilsterrain (das ärztliche Tun) auf einem Nebenpfad wieder zurückzugewinnen trachten.²⁹⁶

II. Stellungnahme

1. Überzogenes Pflichtenprogramm

Die inzwischen breite Front kritischer Stimmen in der Ärzteschaft wie in Juristenkreisen muss der Rechtsprechung ein Warnzeichen sein und Anlass geben, die vertretenen Positionen zu überdenken. Auf der großen Linie wird man „der Justiz Respekt nicht versagen können: Die Gerichte haben ihre Aufgabe beim Streit der Parteien um den richtigen Umgang mit Gefahren im Ganzen erfüllt und sind jedenfalls dem Leid der von medizinischen Fehlschlägen betroffenen Kranken gerecht geworden. [. . .] Die **Justiz** hat das **Verdienst**, die Autonomie des kranken Menschen auf festen juristischen Grund gestellt zu haben“.²⁹⁷ Auch sind angesichts der Verschiedenartigkeit der Fallgestaltungen und der

78

²⁹¹ *Franzki* MedR 1994, 171 (176); zust. *Laufs* in *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 57 Rn. 13; idS auch *Büttner* FS für Geiß, 353 (354 ff.); vehemente Kritik übte bereits *Bockelmann*, Referat 44. DJT 1962, 39: Das Recht sei „so etwas wie eine dunkle Wolke geworden, aus der das Gericht Blitze niedersausen lassen kann. [. . .] ob das Gericht morgen diese oder jene Ansicht nicht wieder ändern, ob es nicht den Entschluss fassen wird, das Recht ein weiteres Mal fortzubilden und dabei aufzugeben, was es bisher vertreten hat – wer will darüber eine Prognose wagen? Man bedenke, was diese Ungewissheit für den Arzt bedeutet.“

²⁹² *DGMR* in *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch*, Die Entwicklung der Arzthaftung, 349.

²⁹³ *DGMR* in *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch*, Die Entwicklung der Arzthaftung, 353.

²⁹⁴ Vgl. etwa *Ulsenheimer*, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, 13 ff. (21); *Pelz* in *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch*, Die Entwicklung der Arzthaftung, 41 (55); *Kern* ebd., 313 (317); *Hauschild*, Der Maßstab für die ärztliche Aufklärung, 49; *Eisner*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, 111 ff. (219 ff.); *Ehlers*, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 6 f.; *Schreiber*, Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle in der Medizin, 47; *Tröndle* MDR 1983, 881; *Knoche* NJW 1989, 757 ff.; *Honsell* SVZ 1995, 329 (336); *Giebel/Wienke/Sauerborn/Edelmann/Mennigen/Dievenich* NJW 2001, 863 (866 ff.); *Hausch* VersR 2009, 1178 ff.; *Lechner* MedR 2013, 429 (431 f.); *Picker* Karlsruher Forum 2013, 162 f.; *Grigoleit*, ebd., 169 f.: „information overload“.

²⁹⁵ *Laufs* RPG 1997, 3 (11); *ders.* in *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 57 Rn. 13; *Bodenburg* NJW 1981, 601 (604); die fortwährenden Verschärfungen begrüßt *Strücker-Pitz* VersR 2008, 752 ff.

²⁹⁶ *Wiethölter*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71 (79); *Weyers*, Gutachten 52. DJT, A 112 f.; *Kern* in *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch*, Die Entwicklung der Arzthaftung, 313 (314 f.); s. auch *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, § 76 II. g.

²⁹⁷ *Laufs* RPG 1997, 3 (4); *ders.* NJW 1996, 2413; *ders.* in *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 57 Rn. 13: „Juristen haben mit dem Richterrecht zur Aufklärung geradezu ein Bollwerk des Patientenschutzes errichtet.“; ebenso *Hanika* MedR 1999, 149 (159); *Weyers*, Gutachten 52. DJT, A 112; grundsätzlich positive Bewertung der Leistungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung von *Giesen*

höchstpersönlichen Natur der Patientenentscheidung generalklauselartige Maßstäbe unumgänglich.²⁹⁸

- 79 Jedoch droht durch immer weitergehende Differenzierungen, Fallgruppen- und Unterfallgruppenbildungen mit Ausnahme- und Unterausnahmeregelungen aus der facettenreichen Spruchpraxis der Spezialkammern und -senate eine **unüberschaubare Kasuistik** zu werden²⁹⁹ mit immer weniger abzusehenden Haftungsrisiken für den Aufklärungspflichtigen.³⁰⁰ Als zu optimistisch hat sich die Einschätzung erwiesen, die vielgestaltige Rechtsprechung löse sich bald in „eine bemerkenswert kontinuierliche und im Ergebnis auch für den unvoreingenommenen Laien – das heißt erst recht für den Arzt, der sich in Erfüllung seiner Weiterbildungspflicht die Mühe macht, wichtige höchstrichterliche Entscheidungen zu lesen – voraussehbare Reihe von Entscheidungen auf“,³⁰¹ wobei sie weder übertrieben harte noch impraktikable Maßstäbe setze, ein Arzt werde „kaum je in Schwierigkeiten kommen, solange er sich des grundsätzlichen Selbstbestimmungsrechts des Patienten bewusst bleibt“. ³⁰² Der BGH hat sich zwar gerade in den letzten Dekaden um die Klärung zahlreicher offener Fragen und um eine weitere Präzisierung seiner Rechtsprechung bemüht. Dabei ist dem Gericht aber nicht in allen Punkten eine zufriedenstellende, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und den ärztlichen Heilauftrag in Einklang bringende Lösung gelungen.³⁰³
- 80 Manche Entscheidungen haben die Anforderungen an den Arzt überzogen,³⁰⁴ sie werden begünstigt durch eine **Transformation des Konflikts auf verfassungsrechtliche Ebene**. Bereits *Rudolf Wiethölter* warnte in diesem Zusammenhang vor einer „hemmungslosen Kommerzialisierung bestimmter Grundrechte“, erblickte die große Gefahr für das Privatrecht darin, Grundrechte zu begreifen als „deliktsrechtliche[n] Nothelfer, als Anspruchsreservoir, wo Ansprüche sonst nicht begründbar sind“. ³⁰⁵ Bei allem Respekt vor dem Wesen und dem Zweck der Grundrechte warnte er vor einer Apotheose und betonte, dass sich das Problem der ärztlichen Aufklärung im Privatrecht gleichermaßen stellt und löst, ob man auf Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG rekurriert oder nicht.³⁰⁶ Die Gefahr ihrer Abnutzung liege in der trügerischen Hoffnung, diese Bestimmungen böten in sich schon einen brauchbaren Bewertungsmaßstab für die zu beurteilenden Interessen. Ein Ende der „überhitzten Konjunktur in Grundrechten“ ist nicht in

Arzthaftungsrecht Rn. 200 ff., 337 ff.; *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 110 ff., 160 ff., 199 ff.; *Rumler-Detzel* FS für Steffen, 373 (382 ff.).

²⁹⁸ *Taupitz* NJW 1986, 2851 (2861); *Giesen* Arzthaftungsrecht Rn. 337.

²⁹⁹ *Büttner* FS für Geiß, 353 (359); *Honsell*, Handbuch des Arztrechts, 3; *Eisner*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, 112; *Bodenburg* NJW 1981, 601 ff.; *Wachsmuth/Schreiber* NJW 1981, 1985 ff.

³⁰⁰ *Giebel/Wienke/Sauerborn/Edelmann/Mennigen/Dievenich* NJW 2001, 863 (864); *Fischer/Lilie*, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, 2000, 33 (163); für die Rechtslage nach Kodifizierung der Aufklärungspflicht in §§ 630c, 630d f. BGB *Lechner* MedR 2013, 429 (431); gegen eine Überschätzung der Rolle von Aufklärungsfehlern *Wagner* in *MüKoBGB* § 823 Rn. 810.

³⁰¹ *Giesen* Arzthaftungsrecht Rn. 338; *ders.* FS für Skapski, 45 (71).

³⁰² *Dunz*, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, S. 14; zust. *Giesen* Arzthaftungsrecht Rn. 338; s. auch *Francke/Hart* in *Badura/Hart/Schellschmidt*, Bürgerorientierung des Gesundheitswesens, 135 (196).

³⁰³ *Giesen* Arzthaftungsrecht Rn. 339, der allerdings für noch weitergehende Verschärfungen der Aufklärungspflicht plädiert; dafür auch *Strücker-Pitz* VersR 2008, 752 ff.

³⁰⁴ Dies konzediert auch der langjährige Vorsitzende Richter des VI. Zivilsenates des BGH *Steffen* FS für *Medicus*, 637 (649): „Gelegentliche Ausreißer des BGH haben mit dazu beigetragen, dass im Mosaik von Einzelfallentscheidungen die Anforderungen an die Patientenaufklärung schärfer geworden sind, als er sie in seinen eigenen Leitsätzen angestrebt hat.“

³⁰⁵ *Wiethölter*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71 (76): „Leider geht in der Regel mit der Anhebung von Menschenrechten die Anhebung des Menschenbildes nicht Hand in Hand.“

³⁰⁶ *Wiethölter*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71 (77); ebenso deutlich aus jüngerer Zeit *Lepa* FS für *Steffen*, 261 (264 ff.); instruktiv *Schmidt-Jortzig* in *Katzenmeier/Bergdolt*, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 87 ff.

Sicht.³⁰⁷ Das Gegenteil ist der Fall. Namhafte Zivilrechtslehrer betrachten die Frage nach den Einwirkungen der Verfassung auf das Privatrecht heute geradezu als „Jahrhundertproblematik“.³⁰⁸

Nachdenklich stimmt bei einer Betrachtung des Ausgangs von Schadensersatzprozessen wegen ärztlicher Aufklärungspflichtverletzungen, dass die Verschuldensfrage im konkreten Fall in der Praxis so gut wie nie gestellt wird.³⁰⁹ Der Boden des geltenden Haftungsrechts wird jedenfalls dann verlassen, wenn ein Gericht – was durchaus nicht selten geschieht – erst im Prozess und entgegen der Rechtsauffassung der Vorinstanz(en) neue Anforderungen an den Arzt entwickelt.³¹⁰ Wie bei der Behandlungsfehlerhaftung führt die nachträgliche Normierung immer strengerer Aufklärungspflichten zu einer **Erosion des Culpa-Prinzips**.³¹¹ Auch hier ist der Verschuldensgrundsatz deutlicher zu verfolgen.³¹² Überzogene Verhaltensanforderungen, Auswüchse und unkontrollierte Wucherungen der Leitsatzjurisprudenz gilt es zu erkennen und tunlichst zu korrigieren,³¹³ soll die Spruchpraxis der Gerichte glaubwürdig, ihre verhaltensleitende, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten effektiv schützende Funktion erhalten bleiben³¹⁴ und die Aufklärungspflicht des Arztes nicht zu einem Instrument ganz im Dienste der Haftungsbegründung, letztlich der **Schadensdistribution**, degenerieren.³¹⁵ Angezeigt erscheint zwar keine Umkehr, doch eine Moderation.³¹⁶

Die Chance einer kritischen Reflexion der Rechtsprechungsgrundsätze wurde bei Erlass des **Patientenrechtegesetzes** nicht genutzt. Dem Gesetzgeber ging es auch bei der Regelung von Einwilligung und Aufklärung in §§ 630d und 630e BGB weniger um eine Neuregelung als um den schlichten Nachvollzug der geltenden höchstrichterlichen Spruchpraxis. Dabei sind zum einen aber doch abermals gewisse Verschärfungen der Aufklärungs- und Dokumentationspflichten zu verzeichnen, die die Praxis der Krankenbehand-

³⁰⁷ Der von *Wietöhler*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71 (79), vor Jahrzehnten zum Ausdruck gebrachte Optimismus hat sich längst verflüchtigt, vgl. nur *Ehlers*, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 1.

³⁰⁸ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 9 f.; *Fezer* JZ 1998, 267; *Diederichsen* AcP 198 (1998), 171 ff.; *Zöllner* AcP 196 (1996), 1 ff.; *Hager* JZ 1994, 373 ff.; *Medicus* AcP 192 (1992), 35 (43 ff.).

³⁰⁹ *Ulsenheimer*, Ausgreifende Arztthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, 18; *ders.* MedR 1992, 127 (133); *Pflüger* MedR 2000, 6 (8); *Hausch* VersR 2009, 1178.

³¹⁰ Vgl. *Franzki* FS für Remmers, 467 (477); *Laufs* in *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 57 Rn. 13; *ders.* RPG 1997, 3 (4); *ders.* NJW 1996, 2413 (2414); s. auch *Fellmann* SJZ 91 (1995), 41 (47 f.). Ein „Kommissionsprivileg“, wonach einem nach Auffassung eines höheren Gerichts rechtswidrig Handelnden kein Verschulden zur Last fällt, wenn sein Verhalten von einem unteren Kollegialgericht gutgeheißen worden war (vgl. *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 412), wurde noch keinem Arzt zugestanden.

³¹¹ Vgl. *Katzenmeier* Arztthaftung 167 ff.

³¹² So mit Nachdruck auch und gerade für die Aufklärungsfehlerhaftung des Arztes *Laufs* NJW 1996, 2413 (2414); *ders.* FS für Gernhuber, 245 (252); *ders.* in *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 57 Rn. 13. Zur Bedeutung des Verschuldensgrundsatzes im Arztrecht vgl. *Katzenmeier* Arztthaftung 150 ff., 185 ff.

³¹³ *Kern* in *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch*, Die Entwicklung der Arztthaftung, 313 (319).

³¹⁴ *Tröndle* MDR 1983, 881 (887): „Wo das Recht andere überfordert, verstößt es nicht nur gegen den Grundsatz *ultra posse nemo obligatur*, es ist das Recht selbst, das überstrapaziert wird, wenn es seine Grenzen überschreitet“; *Hauschild*, Der Maßstab für die ärztliche Aufklärung, 49: „Jedes Urteil, das Aufklärungspflichten bemüht, wo es nur um billigen Ausgleich geht, riskiert deren moralische und rechtliche Überzeugungskraft.“

³¹⁵ Zum Erfordernis prinzipieller Erfüllbarkeit der Berufspflichten zwecks Stärkung der Bereitschaft zu aktiver Verantwortungsübernahme vgl. *Katzenmeier* Arztthaftung 190 ff.

³¹⁶ *Laufs* RPG 1997, 3, 11. In jüngerer Zeit hat der BGH gelegentlich doch wieder stärker auf das Verschuldenserfordernis Bedacht genommen, vgl. BGH NJW 2010, 3230 = MedR 2011, 242; NJW 2011, 375 = MedR 2011, 244 mAnm *Jaeger*.

lung zusätzlich belasten.³¹⁷ Zum anderen stellt der Übergang von Richterrecht zu Gesetzesrecht einen weiteren Schritt in dem langen Prozess fortwährender **Verrechtlichung** dar und verschärft die Gefahr der Überregulierung der Arzt-Patient-Beziehung.³¹⁸ Zugleich lässt das Gesetz wichtige Fragen offen. Der eigentliche Regelungsgehalt der Vorschriften ergibt sich häufig erst aus der Gesetzesbegründung, nicht selten erschließt er sich gar erst bei genauerer Kenntnis der Rechtsprechung. Erst aus den Gesetzgebungsmaterialien wird etwa deutlich, dass Art und Weise sowie Umfang und Intensität der Aufklärung in Abhängigkeit vom Eingriff variieren.³¹⁹ Die von der Kodifikation erwünschte Rechtsklarheit und Transparenz lässt sich so schwerlich erreichen. Der Gesetzgeber betont gleichwohl die „Signalwirkung, die von verbindlichen gesetzlich festgelegten Rechten und Pflichten ausgeht“.³²⁰ Das bedeutet letztlich vor allem, dass Arzt und Patient sich in ihrer Begegnung künftig noch stärker auf den Rechtsstandpunkt beziehen werden, die **Klagebereitschaft** wird weiter zunehmen³²¹ und das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient bedrohen.

2. Kritik an Einzelpunkten

- 83 a) **Körperverletzungsdoktrin.** Belastet wird das Thema der im Interesse der Entscheidungsfreiheit des Patienten liegenden ärztlichen Aufklärung durch das Festhalten der Rechtsprechung am Leitbild vom **Heileingriff als Körperverletzung**.³²² Die – im BGB nicht festgeschriebene – Körperverletzungsdoktrin reduziert die überaus wichtige Arzt-Patient-Kommunikation zum „Anhängsel“ einer paternalistisch konzipierten Arztrolle, indem sie die Aufklärung nur auf die fürsorgende Behandlung des Arztes („Einwilligung“) bezieht und den Patienten nur aus dieser Sicht (die zweiseitige Kommunikationsbeziehung vernachlässigend) wahrnimmt.³²³ Damit verfehlt die Rechtsprechung den berufsrechtlichen Bezug der Arzthaftung und den subjektbezogenen **Autonomieschutz** des Patienten gleichermaßen. Geeigneter Anknüpfungspunkt für die Etablierung berufsrechtlicher Pflichten des Arztes zur Information und Beratung ist nicht der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung, sondern das **Selbstbestimmungsrecht** des Patienten. „Die Eigenständigkeit der Persönlichkeitsrechtsverletzung ist gegenüber der ‚Einwilligungshypertrophie‘ der Körperverletzungsdoktrin die rechtlich adäquatere Wahrnehmung der kommunikativen Verfassung der partnerschaftlichen Arzt-Patient-Beziehung“,³²⁴ der persönlichkeitsrechtliche Ansatz ist methodisch überzeugender als die durch dogmatische Unstimmigkeiten auf der

³¹⁷ Bürokratischen Mehraufwand bewirkt etwa die Pflicht zur Aushändigung von Abschriften von Unterlagen nach § 630e Abs. 2 S. 2 BGB, → Rn. 58.

³¹⁸ Krit. → Rn. 76 f.

³¹⁹ Vgl. → Rn. 28 f.; zu Einwilligungsfähigkeit → Rn. 51, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten insb. bei neuen Behandlungsmethoden Rn. 34 ff., eingriffsspezifischen Risiken → Rn. 30 ff., 87 f., therapeutischer Kontraindikation → Rn. 43 f., 89 ff., Aufklärungspflichtigem → Rn. 46 ff., Aufklärungszeitpunkt → Rn. 59 ff., 92 ff., Entkräftung des Einwands hypothetischer Einwilligung nach § 630h Abs. 2 S. 2 BGB durch Darlegung eines „echten Entscheidungskonflikts“ → Rn. 70 ff., 99 ff.

³²⁰ BT-Drs. 17/10488, 9.

³²¹ So auch *Spickhoff* VersR 2013, 267 (268): Allein die Existenz der neuen Normen wird die Nachfrage nach Haftungsansprüchen tendenziell steigern; ebenso *Jaeger*, Patientenrechtegesetz, Rn. 19.

³²² *Laufs* in *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59 Rn. 2; *Brüggemeier* Deliktsrecht Rn. 633: „Die Einwilligungszentriertheit der deliktischen Arzthaftung für Körperverletzungen führte in der Folgezeit zu einer Aufklärungshypertrophie“, zur Entwicklung der Rechtsprechungsgrundsätze vgl. *Katzenmeier* Arzthaftung 112 ff.

³²³ Vgl. *Katzenmeier* Arzthaftung 118 ff.

³²⁴ *Hart* FS für Heinrichs, 291 (310); *Wiethölter*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71 (111).

Handlungs-, der Rechtsguts-, der Rechtswidrigkeits- und partiell der Haftungsausfüllungsebene gekennzeichnete Rechtsprechung.³²⁵

In der Praxis zeigt sich der tagtägliche Umgang von Arzt und Patient vor allem durch folgenden Umstand beschwert: Während den Behandlungsfehlervorwurf grundsätzlich der Patient zur Überzeugung des Gerichts darzulegen und zu beweisen hat,³²⁶ muss beim Vorwurf der nicht konsentierten Behandlung der Arzt sich entlasten.³²⁷ Die **unterschiedliche Beweislast** führte in der Vergangenheit dazu, dass im gewöhnlichen Arzthaftungsprozess immer häufiger und stärker neben den Vorwurf eines Behandlungsfehlers, der ursprünglich weit im Vordergrund stand, die Geltendmachung einer unterlassenen oder unvollständigen Information des Patienten getreten ist.³²⁸ Die Aufklärungsfehlerrüge hat sich zu einem regelrechten **Auffangtatbestand** entwickelt,³²⁹ sie wird oftmals im laufenden Prozess nachgeschoben, wenn ein Behandlungsfehler nicht nachweisbar ist.³³⁰ Namhafte Autoren beanstanden, „dass mit dem dogmatischen Ansatz der Rechtsprechung auf Ganze gesehen der Sack der Aufklärungspflichtverletzung geschlagen wird, wo der Esel des oft kaum zu beweisenden aber naheliegenden Kunstfehlers getroffen werden soll“,³³¹ und der BGH sah sich zu der ausdrücklichen Klarstellung veranlasst, dass nachträgliche Aufklärungsrügen nicht zum bloßen Vorwand werden dürfen, um das Risiko unvermeidbarer Fehlschläge auf den Arzt oder Krankenhausträger zu überbürden.³³² Währenddessen sind **missbräuchliche Prozessstrategien** auf Klägerseite nicht selten zu beobachten³³³ und die weiterhin geltende gerichtliche Praxis drängt Kliniken und Ärzte zu beweisichernden Maßnahmen, die das Verhältnis zum Patienten durchaus belasten können.³³⁴

Der tagtägliche Arzt-Patient-Kontakt wird so durch die rechtliche Bewertung von Informationsdefiziten durch die Judikatur „pathologisiert“,³³⁵ auch wenn der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen seit langem den Terminus Körperverletzung vermeidet und der ehemalige Vorsitzende des VI. Zivilsenates *Erich Steffen* wiederholt um Verständnis werbend ausführt, Leitbild des BGH sei „weniger das den Eingriff per se in Frage stellende Rechtswidrigkeitskonzept als dasjenige von einer ärztlichen Behandlung,

³²⁵ Esser/Weyers, Schuldrecht II/2, § 55 I.1.b; Einzelheiten bei Weyers, Gutachten 52. DJT, A 23, 26, 112 und bei Hart FS für Heinrichs, 291 (292 f.).

³²⁶ S. die Ausführungen → Kap. XI Rn. 48 ff. und bei Katzenmeier Arzthaftung 417 ff.

³²⁷ Dazu näher → Kap. XI Rn. 147 ff. und bei Katzenmeier Arzthaftung 494 ff.

³²⁸ Laufs in Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 59 Rn. 3; Nüssgens in RGRK BGB § 823 Anh. II Rn. 173.

³²⁹ Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, 14; Quaas/Zuck Medizinrecht § 13 Rn. 69; Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 5 f.; Hirte Berufshaftung 113; Wagner in MüKoBGB § 823 Rn. 810; Wiedemann in Soergel vor § 275 Rn. 563; Deutsch VersR 1982, 305 (307); Knoche NJW 1989, 757 (758); Katzenmeier ZRP 1997, 156 (161); Giebel/Wienke/Sauerborn/Edelmann/Mennigen/Dievenich NJW 2001, 863 (866, 868); Thora VersR 2011, 1016.

³³⁰ Vgl. die Auswertungen gerichtlicher Verfahren von Weyers, Gutachten 52. DJT, A 43 und von Seehafer, Der Arzthaftungsprozeß in der Praxis, 1991, 62 ff.; zurückhaltender Rumler-Detzel FS für Deutsch, 1999, 699 (704 ff.); Taupitz, Gutachten 63. DJT, A 32; vgl. aber auch noch etwa Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 5 f.; Deutsch RPG 1997, 1 f.; Schreiber in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 503 (507); G. Müller FS für Geiß, 461; dies. MedR 2001, 487 (488); auch Giesen Arzthaftungsrecht Rn. 308; Spickhoff NJW 2001, 1757 (1762); weitere Nachweise bei Hirte Berufshaftung 113 Fn. 162.

³³¹ Esser/Weyers, Schuldrecht II/2, 82000, § 55 I.1.b; Taupitz NJW 1986, 2851 (2859): „Okkupation und Befrachtung mit zweckfremden Aufgaben“.

³³² BGH NJW 1979, 1933 (1934).

³³³ Vgl. BGH NJW 1978, 587; 1979, 1933; 1980, 633; OLG Schleswig VersR 1982, 378; Brüggemeier Deliktsrecht Rn. 633; Franzki MedR 1994, 171 (176).

³³⁴ Laufs in Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 59 Rn. 4.

³³⁵ Brüggemeier Deliktsrecht Rn. 633.

die über das medizinische Anliegen hinaus dem personalen Anspruch des Patienten gerecht werden muss, nicht Objekt, sondern Subjekt der Behandlung zu sein“.³³⁶

- 86 Dieses Ziel lässt sich besser erreichen durch eine Lösung, die auf das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** als betroffenes Schutzgut bei Aufklärungsmängeln abstellt.³³⁷ Diese rechtliche Einordnung vermeidet jede Diskreditierung gebotenen ärztlichen Handelns, indem sie dieses nicht grundsätzlich der Verbotsmaterie zuordnet mit Aufhebung des Unrechtsurteils im Einzelfall, vielmehr die Feststellung einer rechtswidrigen Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten anhand einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung erfolgt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist damit in besonderer Weise geeignet, die jeweiligen Informations- und Schutzinteressen als rechtlichen Gegenstand von Relationierungen zu thematisieren.³³⁸ Auch dem Verständnis der Arzt-Patient-Beziehung als Behandlungs- und Entscheidungspartnerschaft, als therapeutisches Arbeitsbündnis, in dem die Beteiligten zu konsequenter Kooperation angehalten sind,³³⁹ wäre durch eine Abkopplung der ärztlichen Aufklärungspflicht von der Körperverletzung und Verselbständigung zwecks effektiver Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts und wahrer Respektierung der Patientenautonomie gedient.³⁴⁰ Insgesamt würde die in der Spruchpraxis der Gerichte bisweilen stark strapazierte Aufklärungsrüge dadurch haftpflichtrechtlich merklich entlastet.³⁴¹
- 87 **b) Spezifische Risiken.** Unabhängig von der dogmatischen Einordnung der ärztlichen Aufklärungspflicht sind Bedenken anzumelden gegenüber der Forderung der Rechtsprechung, dass der Patient noch über Risiken informiert werden soll, die zwar als „eingriffs-spezifisch“ bezeichnet werden, deren Verwirklichungswahrscheinlichkeit sich aber nur im Promillebereich bewegt,³⁴² die der Arzt selbst in seinem Berufsleben oft noch nie erlebt hat und von denen er allenfalls aus Statistiken erfährt. Die Argumentation der Gerichte ist für die Aufklärungspflichtigen schwer nachvollziehbar, weil nach allgemeinem Verständnis die **Spezifik** eines Risikos nicht gänzlich losgelöst von der **Komplikationsdichte** beurteilt werden kann.³⁴³ Jedenfalls bei einer Verwirklichungswahrscheinlichkeit von 1 : 400 000 kann ein Risiko schwerlich als eingriffsspezifisch und deshalb aufklärungsbedürftig angesehen werden.³⁴⁴
- 88 Dabei soll nicht verkannt werden, dass Prozentzahlen betreffend die Komplikationsdichte für verschiedene Patienten ganz unterschiedliche Bedeutung haben können. Dieser

³³⁶ Steffen/Paue Arzthaftungsrecht Rn. 366 ; Steffen FS für Medicus, 637 (645); ders., Referat 52. DJT, I 26; zust. Rumler-Detzel FS für Deutsch, 1999, 699 (701); den Standpunkt der Rspr. bekräftigt G. Müller in Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 75 (79 f.).

³³⁷ Vgl. Katzenmeier Arzthaftung 118 ff.

³³⁸ Hart FS für Heinrichs, 291 (312); s. auch bereits Laufs NJW 1974, 2025 (2028).

³³⁹ Vgl. Katzenmeier Arzthaftung 57 ff.

³⁴⁰ Hart FS für Heinrichs, 291 (310); Wiethölter, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71, (103, 111); Katzenmeier MedR 2012, 576 (582 f.).

³⁴¹ Laufs NJW 1997, 1609 (1611); Hart FS für Heinrichs, 291 (317); Giebel/Wienke/Sauerborn/Edelmann/Mennigen/Dievenich NJW 2001, 863 (868); Katzenmeier Arzthaftung 125 f., 502 f. Nicht nachvollziehbar ist die Befürchtung in BGHZ 176, 342 (347) = NJW 2008, 2344 (2345) = MedR 2009, 666 (668), der Tatbestandswechsel „würde zu einer uferlosen Haftung der Ärzte führen“.

³⁴² Vgl. die Rechtsprechungsnachweise in → Rn. 31.

³⁴³ Kern in Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch, Die Entwicklung der Arzthaftung, 313 (317 f.), der allerdings die (vom BGH nicht behauptete) Typik in Frage stellt.

³⁴⁴ So aber OLG Bremen VersR 1991, 425 m. Nichtannahmebeschluss des BGH; bzgl. einer Beratungspflicht sogar bei einem Risiko von 1:15,5 Mio. nicht per se ausschließend BGHZ 126, 386 = NJW 1994, 3012; zu diesem Urteil Laufs in LM § 839 BGB [Ca] Nr. 96; v. Mühlendahl NJW 1995, 3043; Kamps MedR 1995, 268. Zum fortwährenden Bedeutungsverlust der Komplikationsdichte als Abgrenzungskriterium in der Rechtsprechung der letzten vier Jahrzehnte vgl. Weißauer in Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch, Die Entwicklung der Arzthaftung, 17 (19); s. auch Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftungspflichtjudikatur und Defensivmedizin, 14 ff.