

# Medizinrecht

Ein Balanceakt zwischen Können und Dürfen

Bearbeitet von

Michael Jahn, Johann H. Kim, Leonard Knegendorf, Larissa Rickli, Franca Poll-Wolbeck

1. Auflage 2015. Buch. VII, 163 S. Hardcover

ISBN 978 3 16 154343 2

Format (B x L): 16,4 x 23,6 cm

Gewicht: 392 g

[Weitere Fachgebiete > Medizin > Human-Medizin, Gesundheitswesen > Medizinrechtliche Fragen](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



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.

*Medizinrecht*





# **Medizinrecht**

Ein Balanceakt zwischen Können und Dürfen

Herausgegeben von

Michael Jahn, Johann H. Kim, Leonard Knegendorf,  
Larissa Rickli und Franca Poll-Wolbeck

**Mohr Siebeck**

*Michael Jahn* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Humboldt-Universität zu Berlin.

*Johann H. Kim* ist Doktorand am Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft, Universität Heidelberg.

*Leonard Knegendorf* ist Doktorand am Twincore-Zentrum für Experimentelle und Klinische Infektionsforschung, AG Virus Transmission, Hannover, Fellow des Deutschen Zentrums für Infektionsforschung (DZIF).

*Larissa Rickli* ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin.

*Franca Poll-Wolbeck* ist Referendarin im Landgerichtsbezirk Bonn.

ISBN 978-3-16-154343-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnetet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

*Medizinrecht – Ein Balanceakt zwischen Können und Dürfen.* Unter diesem Titel diskutierten vom 16. bis 19. Oktober 2014 in der katholischen Akademie in Schwerte aktuelle und ehemalige Stipendiatinnen und Stipendiaten der Bischoflichen Studienförderung Cusanuswerk mit Vertretern aus Wissenschaft und Praxis über die gegenwärtigen Herausforderungen medizinischen Fortschritts und ihre rechtlichen Implikationen.

Der vorliegende Tagungsband enthält die Beiträge der Vortragenden in überarbeiteter und angepasster Form. Die Herausgeber danken an erster Stelle den Referentinnen und Referenten für ihre engagierte Teilnahme und Diskussionsbereitschaft während der Tagung sowie für die Zurverfügungstellung der ausgearbeiteten Manuskripte. Ein großer Dank gebührt dem Cusanuswerk, das die Tagung sowohl in finanzieller als auch organisatorischer Hinsicht maßgeblich unterstützt hat, und dabei insbesondere den Mitarbeiterinnen in der Geschäftsstelle in Bonn, *Dr. Ingrid Reul, Sandra Henk, Christa Schäfer und Anne Niephaus*, die der Fachschaftsleitung bei Fragen und Problemen mit Rat und Tat zur Seite standen.

Für großzügige Spenden, ohne die dieser Tagungsband nicht hätte erscheinen können, danken wir recht herzlich der Kanzlei *Noerr LLP* und dem *Verband Forschender Arzneimittelhersteller e.V. (VFA)*. Wir danken schließlich allen Referentinnen und Referenten, Tagungsteilnehmerinnen und -teilnehmern sowie Alumnae und Alumni, die das Erscheinen des Tagungsbandes mit ihren Spenden unterstützt haben.

1. September 2015

*Die Herausgeber*



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
<i>Michael Jahn</i>	
Einleitung .....	1
<i>Peter W. Gaidzik</i>	
Medizinrecht – Ein Balanceakt zwischen Können und Dürfen.....	5
<i>Wolfram Höfling</i>	
Hirntodkonzept und sog. postmortale Organspende –	
Oder: Totgesagte leben länger .....	15
<i>Andreas Spickhoff</i>	
Brennpunkte des Patientenrechtegesetzes –	
Informationspflichten auf dem Prüfstand .....	25
<i>Christine Godt</i>	
Bio-Patente in der Medizin –	
Zur Bedeutung der Auseinandersetzungen um „Myriad“ und „Brüstle“...	61
<i>Ulrich Schroth</i>	
Die gesetzliche Regelung der PID – De lege lata et de lege ferenda .....	83
<i>Heinz Schöch</i>	
Recht der Sterbehilfe in der Bundesrepublik Deutschland .....	103
<i>Martin Heger</i>	
Doping & Enhancement –	
„Verbesserungen“ des Körpers aus strafrechtlicher Sicht .....	121
Autorenverzeichnis .....	159
Sachregister .....	161



# Einleitung

*Michael Jahn*

Das Medizinrecht hat als eine eigene, abgrenzbare Disziplin der Rechtswissenschaften in den vergangenen Jahren immer stärker an Bedeutung gewonnen. Während dem Fach in der Praxis mit der Einführung eines Fachanwalts für Medizinrecht im Jahr 2004 eine neue Bedeutung zuteil wurde, haben auch viele juristische Fakultäten der wachsenden Relevanz des Medizinrechts mit der Einführung entsprechender Schwerpunktbereiche Rechnung getragen. An einer ganzen Reihe von Hochschulen können sich Studierende nun bereits während des Studiums auf arztrechtliche und bioethische Themen spezialisieren und dabei auf einen inzwischen beachtlich gewachsenen Bestand an Ausbildungsliteratur zurückgreifen. Diese Entwicklung hat die Fachschaft Jura der *Bischöflichen Studienförderung Cusanuswerk* im Oktober 2014 zum Anlass genommen, sich ihrerseits mit einer Tagung diesem Thema zu widmen: Die Veranstaltung mit dem Titel „*Medizinrecht – Ein Balanceakt zwischen Können und Dürfen*“ hatte es sich dabei zum Ziel gesetzt, das Spannungsverhältnis zwischen moderner Medizin und ihren rechtlichen Rahmenbedingungen zu evaluieren.

Jenes Spannungsverhältnis also, das im breiten Anwendungsgebiet einer Querschnittsmaterie zu finden ist. Während das Medizinrecht früherer Zeit vor allem aus einer strafrechtlichen Perspektive auf sich aufmerksam machte, werden unter dem Begriff heute Aspekte des Strafrechts, Zivilrechts, Sozialrechts und Verfassungsrechts vereint und damit wichtige Fragen gesellschaftlicher Entwicklung unter einen Oberbegriff gebracht. Nicht zuletzt genauso wichtig für das Medizinrecht ist die Diskussion ethischer Fragen, die der Ausgestaltung rechtlicher Rahmenbedingungen vorgeschalet ist. Für den Bereich des Medizinrechts ist dies von besonders hervorgehobener Bedeutung oder wie es *Eberhard Schmidt* ausdrückte: „Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen des Menschen fließt im ärztlichen Bereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen.“<sup>1</sup> Schon allein unter diesem Aspekt war es angezeigt, dass sich ein Begabtenförderungswerk der

---

<sup>1</sup> *Eberhard Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, in: Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Aufl. 1957, S. 2.

katholischen Kirche mit den aktuellen Brennpunkten des Medizinrechts näher befasst, ergeben sich in solchen Fragen doch immer auch Berührungs punkte mit der kirchlichen Ethik. Entscheidende Streitthemen sind dabei zum Beispiel solche, die den Lebensbeginn und das Lebensende des Menschen umfassen. Mehr denn je aktuell ist die Debatte um die Sterbehilfe und insbesondere die Rolle des Arztes bei der Begleitung Kranker am Ende ihres Lebens. Wie kein anderes Thema steht die Sterbehilfe exemplarisch für das Spannungsverhältnis zwischen Können und Dürfen. Nachdem der Bundesgerichtshof 2010 mit einem Grundsatzurteil im Fall „Putz“ (BGHSt 55, 191) neue Klarheit für den Fall des Behandlungsabbruchs geschaffen hatte, ist die Debatte inzwischen auf die Beihilfe zur Selbsttötung verlagert worden. Im Herbst 2015 wird der Bundestag in einer Abstimmung ohne Fraktions zwang darüber entscheiden, welche Regeln für den ärztlich assistierten Suizid gelten sollen. Die Vorschläge dafür sind breit: Sie reichen von einem grundlegenden strafrechtlichen Verbot der Beihilfe zum Suizid bis hin zu Änderungen im Vereinsrecht, durch die eine vereinsmäßig organisierte, wenn auch keine kommerzielle, Sterbehilfe ermöglicht wird.

Die jüngere Zeit ist bei genauerer Betrachtung geprägt durch eine fließende Entwicklung in vielen Teilbereichen des Medizinrechts. Zu denken ist etwa an das *Zirkumzisions-Urteil* des Landgerichts Köln vom 07.05.2012, das den Sommer diesen Jahres mit der Beschneidungsdebatte geprägt hat und auf das der Gesetzgeber in Rekordgeschwindigkeit mit Einführung des § 1631d BGB reagiert hat. Im Gegensatz dazu wurde im Herbst 2013 die Verstümmelung weiblicher Genitalien durch § 226a StGB unter Strafe gestellt, was teilweise für grundlegende Kritik gesorgt hat. Den Sommer des Jahres 2012 geprägt hat auch ein Organspendeskandal, der auf mehrere Kliniken bundesweit zurückgeht und der der Öffentlichkeit als *Göttinger Transplantationsskandal* bekannt geworden ist. Stärkere Regulierung und Kontrolle wurden daraufhin für das System der Organtransplantation gefordert und neue Sanktionsmöglichkeiten mit der Schaffung von § 19 Abs. 2a TPG eingeführt. Der Kern der Vorwürfe, das Melden falscher Daten an Eurotransplant, hat indes auch klassische arztstrafrechtliche Folgen gezeitigt und zu einem Verfahren wegen versuchten Totschlags vor dem Landgericht Köln geführt. Zwar ist dieses durch einen Freispruch im Mai 2015 vorerst beendet worden. Eine Entscheidung im Verfahren der Revision durch den Bundesgerichtshof steht indes noch aus.

Im Fluss ist derzeit auch die rechtliche Wertung in weiteren Teilbereichen des Arztrechts. Zu denken ist an das Korruptionsurteil im vertragsärztlichen Bereich durch den Großen Senat des Bundesgerichtshof (BGHSt 57, 202) und den postwendend vorgelegten Referentenentwurf, der noch 2015 den Anwendungsbereich der Korruptionsdelikte durch einen § 299a StGB auf den Vertragsarzt ausweiten soll. Lange geforderte Änderungen scheinen

sich auch in einem anderen Bereich abzuzeichnen: So wurde im Frühjahr 2015 der Entwurf eines Anti-Doping-Gesetzes durch das Kabinett beschlossen. Bis zum Ende des Jahres soll das Gesetz durch den Bundestag verabschiedet werden. Zu hoffen ist, dass das Gesetz auch die Beteiligung von Ärzten an unlauteren Handlungen der Sportler eindämmt, wenngleich die größten Veränderungen die Leistungssportler treffen, soll doch in Zukunft das Selbstdoping des Sportlers nicht nur durch das Verbandsrecht, sondern auch durch das Strafrecht sanktioniert werden.

Die wachsende Relevanz des Medizinrechts hat der Gesetzgeber im Jahr 2013 auch für den Bereich des Zivilrechts unterstrichen, indem mit dem „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ (Patientenrechtegesetz) die bestehenden durch die Rechtsprechung entwickelten Regelungen im ärztlichen Bereich der Haftung in Gesetzesform gefasst wurden. Damit hielt unter anderem der Behandlungsvertrag als Untertyp des Dienstvertrages prominent Einzug in den Abschnitt über die einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Im Zentrum der Tagung stand immer wieder das Spannungsverhältnis zwischen Patientenautonomie und -freiheit zu staatlicher Regulierung. Ziel des Patientenrechtegesetzes war es, die Rechte und Einflussmöglichkeiten von Patienten zu stärken und für eine souveränere Position des Patienten im Arzt-Patienten-Verhältnis zu sorgen. Ebenso geht die Tendenz im Bereich der Sterbehilfe und -begleitung dahin, die Autonomie des Patienten zu stärken und dessen Wunsch der Nichtbehandlung entscheidend zu berücksichtigen. Schließlich genießen im Bereich der Organspende Patienten durch die in Deutschland angewandte Entscheidungslösung ein im europäischen Vergleich besonders hohes Maß an Autonomie.

Für eine Auseinandersetzung mit dem Spannungsverhältnis zwischen Können und Dürfen hat die Tagung versucht, Fragestellungen von besonderer Aktualität und Relevanz herauszugreifen, die vielfach auch exemplarisch für viele Streitfragen im Medizinrecht stehen. Der Natur des Rechtsgebiets ist es geschuldet, dass dabei Themen aus verschiedensten Bereichen zusammengekommen sind. Im ersten Beitrag geht *Peter W. Gaidzik* der Frage nach, was das Medizinrecht als solches ausmacht und wie sich neben die ursprünglich allein relevante Frage „Was können wir (medizinisch) leisten?“ die heute ebenso wichtigen Fragen „Was dürfen/sollen wir leisten?“ gestellt haben. Im zweiten Beitrag untersucht *Wolfram Höfing* das Modell des Hirntods als derzeitige Grundlage der postmortalen Organspende und erklärt darin, warum die Hirntodkonzeption inzwischen mehrheitlich der Kritik ausgesetzt ist und allein keine tragfähige Argumentationsbasis für die Übertragung von Organen darstellen kann. Es schließt sich ein Beitrag von *Andreas Spickhoff* an, der das Patientenrechtegesetz aus dem Jahr 2013 unter die Lupe nimmt und sich dabei auf die neuen Informationspflichten und

ihre Implikationen konzentriert. Im vierten Beitrag befasst sich *Christine Godt* aus der Perspektive des geistigen Eigentums mit dem Thema Kommerzialisierung von Medizin und Mensch und zeigt die Möglichkeiten und Grenzen der Patentierung in der Medizin auf.

Daran schließen sich drei Aufsätze an, die dem Bereich des klassischen Arztstrafrechts zuzuordnen sind. *Heinz Schöch* unternimmt in seinem Beitrag eine Einordnung der Sterbehilfe de lege lata und zeichnet die historische Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich kritisch nach, um nicht zuletzt Stellung zu nehmen zur aktuellen Debatte um die Strafbarkeit des ärztlich assistierten Suizids. Auf die neuen Regelungen zur Präimplantationsdiagnostik und die Tatbestände zum Schutze des Embryos geht *Ulrich Schroth* mit dem vorletzten Beitrag ein. Der Band schließt mit einem Aufsatz von *Martin Heger* zu den aktuellen Entwicklungen im Bereich Doping im Sport, der die kriminalstrafrechtlichen und verbandsstrafrechtlichen Sanktionsmechanismen untersucht und zugleich auf neuere Formen des „Dopings“ als sog. Enhancement eingeht.

Die interdisziplinäre Zusammensetzung des Tagungsauditoriums aus Studierenden der Rechtswissenschaften und der Medizin konnte ihrerseits dazu beitragen, dass viele Fragen aus neuen Blickwinkeln betrachtet wurden und in den nachfolgenden Diskussionen einzelne Aspekte neu überdacht werden mussten. Manchmal bedarf es eben eines Anstoßes von außen, dass juristische Denkweisen und Vorstellungen neu auf den Prüfstand gestellt werden. Oder mit anderen Worten: Es bräuchte mehr Mediziner mit juristischen Fachkenntnissen und mehr Juristen mit medizinischem Hintergrund, wie es *Peter W. Gaidzik* in seinem Vortrag forderte.

Die Herausgeber hoffen, mit der Tagung zum Medizinrecht den Studierenden neue Perspektiven eröffnet zu haben und mit dem Vorlegen des Bandes das Fach des Medizinrechts um eine Auswahl besonders aktueller und für die Breite des Faches repräsentativer Beiträge bereichern zu können. Viele Teilbereiche der Disziplin sind derzeit in Bewegung und so wird man die weitere Entwicklung des Medizinrechts mit Spannung verfolgen können

# Medizinrecht – Ein Balanceakt zwischen Können und Dürfen

*Peter W. Gaidzik*

Eine Tagung, die sich thematisch dem medizinrechtlichen Spannungsfeld zwischen „Können und Dürfen“ widmen möchte, kommt nicht umhin, zunächst das Feld des Medizinrechts inhaltlich abzustecken.

## I. Was ist „Medizinrecht“?

Dabei tauchen schon erste Schwierigkeiten auf, denn neben der Ausgestaltung der – schuldrechtlichen – Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und Patient und der strafrechtlichen Sanktionierung von hier auftretendem Fehlverhalten bewegen sich zahllose öffentlich-rechtliche Regelungen im Schnittbereich zwischen Medizin und Recht. Angefangen vom allgemeinen Berufsrecht der (Zahn-)Ärzte (selbst Tierärzte unterliegen einer Kammeraufsicht mit spezifischer Berufsordnung!) bis hin zu ihrem Gebührenrecht in der privaten und der gesetzlichen Krankenversicherung. Gerade der letztgenannte Sektor erfreut sich in den letzten Jahren einer besonderen Zuwendung des Gesetzgebers und erfährt nahezu im Jahresrhythmus normative Änderungen. Im weiteren Sinne fällt auch das Krankenhausrecht, das Recht der Pflegeberufe, Apotheken-, Pharma- und Medizinproduktrecht in das Medizinrecht, so dass letztlich alle klassischen Rechtsgebiete Berührungs punkte mit unserem Thema aufweisen. Dieser Charakter eines „juristischen Mikrokosmos“, der sich der klassischen Kategorisierung der universitären Rechtsgebiete entzieht, scheint – zumindest in Deutschland – der Etablierung des Medizinrechts als eigenständiges wissenschaftliches Fachgebiet im Wege zu stehen. Auf einer Tagung, die 1996 auf Initiative des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht auf Schloss Ringberg, Tegernsee, stattfand, beklagten die deutschen Teilnehmer die geringe Bedeutung des Medizinrechts als Gegenstand universitärer Forschung als einem bloß „sektoralen Anhängsel verschiedener juristischer Disziplinen“. An dieser desin-

tegrativen Lage des Medizinrechts hatte sich bis zur Publikation des Tagungsbandes<sup>1</sup> und hat sich auch seither nur wenig geändert. Zwar existieren mittlerweile einige wenige Universitätsinstitute für Medizinrecht und einige Lehrstühle führen dieses Rechtsgebiet im Titel, letztlich aber ist es bei dem schon 1996 kritisierten Annexcharakter geblieben.

Wenn schon nicht als rechtliche Entität in der deutschen Academia besitzt das Medizinrecht doch wenigstens hinsichtlich der ihm zuzuordnenden Regelungsbereiche eine lange Tradition, die sich auch personell abbilden lässt. Rechtslehrer wie *Karl Engisch*, *Paul Bockelmann*, *Adolf Laufs*, *Erwin Deutsch*, *Hans-Ludwig Schreiber* oder *Albin Eser* befassten sich eingehend mit medizinrechtlichen Fragestellungen, teils noch in einer Zeit, als es den Begriff (noch) gar nicht gab, sondern man eher vom Arztrecht oder ärztlichen Berufsrecht sprach. Folgerichtig fanden sich entsprechende Lehrinhalte über viele Jahre in aller Regel nur an den medizinischen Fakultäten, dort dann zumeist vermittelt durch die Fachvertreter der Rechtsmedizin.

Es gehört sonach zu den Eigenheiten meines Fachs, dass sich seine Ausgestaltung weniger in den Lehrstuben und Hörsälen der Universitäten, als in der forensischen Wirklichkeit vollzog. Es waren die rasanten Entwicklungen der Medizin im vergangenen Jahrhundert, die eine juristische Aufarbeitung und Antwort erzwangen. Während das Medizinrecht, wie oben gezeigt, selbst heute noch an den Universitäten ein Schattendasein fristet, gelang mit seiner Aufnahme in die Fachanwaltsordnung 2004 der Durchbruch im Bewusstsein der juristischen Fachwelt. Seither ist es aus dem Kanon jedenfalls der praktischen juristischen Tätigkeit nicht mehr wegzudenken, den Fachanwälten stehen im Zivilrecht seit vielen Jahren spezialisierte Spruchkörper an Land- und Oberlandesgerichten gegenüber, und auch in der Sozialgerichtsbarkeit sind ähnliche Entwicklungen auszumachen.

Welche Detailfragen aber sind es, mit denen sich das Medizinrecht befasst und aus denen das im Thema angesprochene Spannungsfeld resultiert?

## II. Können und Dürfen

Am Anfang stand für Jahrhunderte tatsächlich nur die Frage im Raum, ob Ärzte alles dürfen, was sie faktisch können. So untersagte schon die erste grundlegende Formulierung der ärztlichen Ethik, der Eid des Hippokrates von Kos (460 bis 370 v.Chr.), die Sterbehilfe ebenso wie die Abtreibung, er enthielt elementare Verhaltensregeln, wie etwa die Beachtung der ärztlichen Schweigepflicht oder den Grundsatz des „nil nocere“ als nach wie vor gül-

---

<sup>1</sup> Eser/Just/Koch (Hrsg.), Perspektiven des Medizinrechts, 2004.

tigen Maßstab ärztlichen Handelns. Ungeachtet in der Geschichtswissenschaft strittigen Charakters dieser Eidesformel erschien der darin aufgezeigte ethische Rahmen so bedeutsam, dass er in zahlreichen Ländern auch eine rechtliche Absicherung erfuhr. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 enthielt bereits den bis heute immer wieder diskutierten § 216 StGB, wonach jedermann, also auch Ärzte, bestraft wird, wenn sie sich durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen einer Person zu deren Tötung bewegen lassen. Die berufsbezogene Schweigepflicht nicht allein, aber auch der Ärzte war in § 300 StGB verankert, der in der Geschichte und den Rechtsordnungen unterschiedlich geregelte Schwangerschaftsabbruch in den §§ 218 ff. StGB.

Waren also ursprünglich die rechtlichen Implikationen medizinischer Tätigkeit maßgeblich durch Verbotsnormen des Strafrechts geprägt, traten ab den 50er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts haftungsrechtliche Aspekte in den Vordergrund. Ausgehend von den allgemeinen Normen des vertraglichen und deliktischen Haftungsrechts entwickelte die Rechtsprechung insbesondere des 6. Zivilsenates des BGH über nahezu sieben Jahrzehnte ein differenziertes materiell- und beweisrechtliches System, um für einen Schadensausgleich bei schuldhaft durch Ärzte/Zahnärzte oder anderen Angehörigen der so genannten „Heilhilfsberufe“ an Patienten verursachte Schäden zu sorgen. 2013 entschloss sich der Gesetzgeber, Teile des bislang rein richterrechtlich entwickelten Systems zu kodifizieren, freilich beschränkt auf den Behandlungsvertrag und auch dort auf rein materiell-rechtliche Regelungen. Entgegen den etwas vollmundigen Ankündigungen zum „Patientenrechtegesetz“ im politischen Raum, übernahm man dabei im wesentlichen nur Grundsätze und Formulierungen der Judikatur, ohne den Versuch einer inhaltlichen Konkretisierung zu unternehmen oder gar neue Ansätze zu liefern, wie man sie etwa vor dem Hintergrund der skandinavischen Versicherungssysteme auch im bundesdeutschen Fachschrifttum seit längerem diskutiert hatte. Ähnliches gilt für die Frage, ob das Prinzip des materiell-rechtlichen Alles-oder-Nichts-Prinzips verknüpft mit den hohen Beweishürden im Haftungsgrund den komplexen medizinischen Ursache-/Wirkungsbeziehungen gerecht werden kann oder ob nicht das aus dem französischen Recht bekannte Institute des Ersatzes für eine „*perte d'une chance*“ bei Beweisschwierigkeiten sachgerechtere Ergebnisse liefern könnte. Statt der angestrebten Rechtsklarheit finden sich jetzt noch weitere Unklarheiten im Gesetzestext, die in den kommenden Jahren wiederum der Klärung durch die Fachgerichte anheimgestellt sind. So wird man davon ausgehen können, dass die Formulierung der „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ in § 630a Abs. 2 BGB n. F. dem schon bisher geschuldeten „Facharztstandard“ entsprechen soll, also dem Verhalten eines gewissenhaften Facharztes in der konkreten Behandlungssituation. Hingegen ist die Reichweite des zweiten

Halbsatzes („soweit nicht etwas anderes vereinbart ist“) unklar. Gedacht war insoweit an Behandlungsmaßnahmen im Bereich der „Neulandmedizin“ oder aber der Alternativ- bzw. Komplementärmedizin. Können aber durch derartige individualvertragliche Vereinbarungen auch Maßnahmen unterhalb des an sich vorhandenen fachlichen Standards vereinbart werden oder verstößt dies *ipso facto* gegen Verfassungsrecht, da naturgemäß hochrangige Rechtsgüter, nämlich Leben und Gesundheit der Patienten, betroffen sind? Der Begriff des „groben Behandlungsfehlers“ ist ohne inhaltliche Präzisierung schlicht in das Gesetz übernommen worden und auch der beweisrechtlich ungemein wichtigen Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers, der schon unterhalb der Schwelle des groben Pflichtverstoßes zur Beweislastumkehr führen kann, vom bloßen Diagnosefehler ist man – leider – nicht weiter nachgegangen.

Immerhin aber trug der Gesetzgeber mit der Kodifizierung der zunehmenden gesellschaftlichen Relevanz der Haftung für medizinische Fehlleistungen Rechnung. Die im Schrifttum kolportierten Zahlen von Schadensersatzklagen reichen auf das Jahr gerechnet von 10.000 bis 40.000, die vermutete Zahl der Behandlungsfehler bewegen sich je nach Quelle zwischen 100.000 bis zu 300.000 oder gar 400.000 p.a. Die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen können anhand ihrer jährlich publizierten Zahlen einen zwar langsam, aber steten Anstieg von Antragseingängen in der Größenordnung von rund 12.000 p.a. verzeichnen. Mit Ausnahme dieser Statistik, die aber nur einen Teil der Vorwürfe zu erfassen vermag, fehlen verlässliche Zahlen zur Häufigkeit von Schadensersatzansprüchen und erst recht zur Häufigkeit von Behandlungsfehlern. Jedoch lässt sich zumindest die Aussage treffen, dass sich einerseits all diese Schätzungen im Vergleich zur Gesamtzahl der Behandlungsfälle im Promillebereich bewegen, andererseits aber die Patienten tendenziell immer weniger bereit sind, ein schlechtes Therapieergebnis als schicksalhaftes Ereignis hinzunehmen, was die zunehmende Attraktivität dieses Teilgebiet des Medizinrechts in der Anwaltschaft zu erklären vermag.

### III. Können, Dürfen und Sollen

Die traditionellen Problemstellungen im Straf- und Haftungsrecht wurden mit den zunehmenden Möglichkeiten der Medizin im Bereich des Lebensendes, aber auch des Lebensanfangs um völlig neue Themen erweitert. Die rasanten Fortschritte in der Intensivmedizin machten Organtransplantationen möglich, Erkrankungen waren durch moderne Techniken in der vorgeburtlichen Diagnostik bereits *in utero* zu diagnostizieren, mit den Techniken

## Sachregister

- AE-StB, 103 ff., 113 f., 117
- Amputation, 123, 150 ff.
- amyotrophe Lateralsklerose, 108
- Analogieverbot, 92
- Anscheinsbeweis, 125
- Anti-Doping-Gesetz, 3, 124 f., 130, 146
- apallisches Syndrom, 108
- Approbationsentzug, 120
- Arzneimittelzulassung, 12
- Aufklärung
  - Aufklärungsverzicht, 31
  - Aufklärungsfehler, 43
  - Aufklärungspflicht, 33, 38, 40
    - wirtschaftliche Aufklärungspflicht, 47 f.
- Behandlungsautomatismus, 120
- Behandlungsbegrenzung, 9 f., 107 f.
- Behandlungsfehler, 8, 41, 43 f., 46, 53 f., 58
  - Beweiserleichterung, 27
  - grober Behandlungsfehler, 8, 53, 58 f.
- Behandlungsvertrag, 3, 7, 25, 27 f., 37, 47, 60
- Behandlungsverzicht, 109
- Berufsverbot, 117
- Bestimmtheitsgebot, 148
- Betäubungsmittel, 114, 126, 146
- Betrug, 123, 133, 135 ff.
  - Vermögensschaden, 135, 137, 139
  - Vermögensverfügung, 135 ff.
- Beweislastumkehr, 8, 53, 56, 58 f.
- Beweisverwendungsverbot, 41
- Biobanken-RL, 69
- Biopatente, 61, 72 ff., 80
- Biopatent-RL, 63, 66
- Brüstle-Entscheidung, 65, 75, 79
- Bundesärztekammer, 107 f., 117
- CAS, 144
- Cefetra-Entscheidung, 64
- Chorea Huntington, 91
- Clenbuterol, 125
- Dead-Donor-Rule, 15, 23
- Deutscher Ethikrat, 16, 18 ff., 93
- DIGNITAS, 114, 116
  - doctrine of nature, 64
- Dolmetscherkosten, 34
- Doping, 123 ff.
  - Fremddoping, 126
  - Minderjährigendoping, 132, 152
  - Selbstdoping, 3, 124, 128, 130, 142, 143, 146
  - Strafbedürftigkeit, 138
  - Strafwürdigkeit, 139
- Doppelbestrafungsverbot, 124
- Einsichtnahme in die Patientenakte, 50
- Einsichtsfähigkeit, 128, 151, 152
- Einwilligung, 30 ff., 40, 55, 86, 99 ff., 128 ff., 150 ff.
  - Einwilligungsfähigkeit, 30 ff. 103, 109, 111, 129, 155
  - mutmaßliche Einwilligung, 37, 105, 108 ff., 154
- Embryo, 65 ff. 86, 89 f., 98 ff.
- Embryonenschutz, 66, 70, 84
- embryopathische Indikation, 88
- Enhancement, 150 ff.
  - Neuro-Enhancement, 122
- Entwurf eines
  - Fortpflanzungsmedizingesetzes, 95, 98
- Erheblichkeitsschwelle, 127
- Ersatzursache, hypothetische, 136 f.
- Ethikkommission, 86, 93, 100
- Euthanasie, aktive, 104
- EXIT, 116

- Facharztstandard, 7, 29, 36, 39
- Feststellung des Todes, 17
- Fitspritzen, 153, 156 f.
- Förderwirkung von Patenten, 71
- Freitodbegleitung, 116
- Fremdtötung
  - einverständliche Fremdtötung, 7, 104
  - Totschlag, 104
  - Totschlag durch Unterlassen, 113
  - versuchter Totschlag, 2, 109 ff.
- Garant, 113, 134
- Genabschnitte, 68
  - Patentierbarkeit, 62, 80
- Gendiagnostikgesetz, 88, 91 ff., 99 ff., 156
- Gleichheitssatz, 143
- Heileingriff, 121, 151, 153 ff.
- Herztransplantation, 15
- Hirntod, 15 ff.
  - Hirntodkonzept, 3, 15 ff.
- Human Genome Science-Entscheidung, 64
- humane embryonale Stammzellen, 65
- Irrtum, 134
  - Erlaubnisirrtum, 111
  - irrtumsbedingte Vermögensverfügung, 136 f.
  - Irrtumsherrschaft, 128
- ISCC-Entscheidung, 67
- Kausalität, 27, 30, 47, 52 ff., 126, 136
  - haftungsbegründende Kausalität, 58 f.
  - Kausalitätsvermutung, 57
- Kemptener Fall, 9, 108 f.
- Klonverbot, 70
- Knabenbeschneidung, 152
- Körperverletzung, 107, 122, 126 ff., 139, 150 ff.
  - fahrlässige Körperverletzung, 127
  - Gesundheitsschädigung, 126
  - schwere Körperverletzung, 150
  - Sittenwidrigkeit, 129, 150 f., 157
- Krankenversicherung, 5, 11, 34 f., 48
- Kronzeugenregelung, 145
- Landesärztekammer, 117
- Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale, 92
- Moore-Fall, 63
- Myriad-Fall, 62, 69
- Natrium-Pentobarbital, 114
- Nemo-Tenetur-Grundsatz, 40
- non heart beating donation, 23
- Normkohärenz, 74
- Off-Label-Use, 12
- Organentnahme, 15, 23
- Organisationsfehler, 30, 38, 43, 57
- Organspende
  - Lebendorganspende, 129
  - postmortale Organspende, 15, 23
- Orvieto-Konvention, 70 f.
- Palliativmedizin, 11, 110, 117 f.
- Parthenote, 67
- Patientenautonomie, 3, 9, 109
- Patientenverfügung, 10, 31, 103, 107, 109 ff., 119 f., 156
  - Patientenverfügungsgesetz, 10, 109, 112
- Pränataldiagnostik, 91, 95, 97 ff.
- President's Council on Bioethics, 16, 21 f.
  - Controversies in the Determination of Death, 16
- Rechtfertigungsmedizin, 120
- Rechtsgutsprinzip, 139, 147
- Rettungspflicht, 113
- Schiefe-Ebene-Argument, 97
- Schönheits-Operation, 153
- Schwangerschaftsabbruch, 7, 75, 88, 95, 97, 100, 102
  - embryopathische Indikation, 88
- Schweigepflicht, 6, 31, 51, 52
- Sedierung, terminale, 118
- Selbsttötung
  - ärztlich assistierte Selbsttötung, 2, 4, 113 f., 117, 120
  - Beihilfe zur Selbsttötung, 2, 104, 112 ff.

- Beihilfe zur Selbsttötung, 113
- freiverantwortliche Selbsttötung, 113 f.
- freiverantwortlichen Selbsttötung, 112
- unterlassene Verhinderung, 113
- Selbstverletzung, 128, 139 ff., 147
- Stammzellgesetz, 65, 75, 93
- Standesrecht, 103, 117, 120
- Sterbebegleitung, 103, 105 f., 111, 120
- Sterbehilfe, 2 ff., 6 ff., 103 ff., 112, 119
  - aktive, 104, 106, 108, 113 f., 119
  - indirekte, 105 f., 118
  - organisierte, 114, 119
  - passive, 107
- Sterbephase, 109
- Sterbetourismus, 114
- strict liability, 124
- Suizid. *Siehe* Selbsttötung
- Therapiebegrenzung, 10, 107
- Todeskriterien, 17 f.
- Todesverständnis, 17 ff.
- Totschlag. *Siehe* Fremdtötung
- Transplantationsgesetz, 2, 15 f., 19
  - Österreichisches TPG, 15
  - Schweizerisches TPG, 15
- Trophektoderm-Zellen, 89
- unterlassene Hilfeleistung, 113
- Verbandsstrafen, 123, 125
- Verhaltenssteuerung durch Patente, 72, 73
- WADA, 122
- WARF-Entscheidung, 65, 74, 78
- Wettbewerbsbeschränkung, 72
- Wirtschaftlichkeitsgebot, 11
- Zellen
  - pluripotent, 66, 89
  - totipotent, 67, 84, 89 ff.
- Zyankali, 114