



# **Ethik und Recht in der Medizin**

VON HEINRICH HONSELL, ZÜRICH/SALZBURG





*Udo Steiner*, der Freund und Kollege aus Bielefelder Tagen, hat sich als Richter am Bundesverfassungsgericht auch mit Fragen des Sozialrechts beschäftigt. Ich hoffe deshalb, dass dieser kleine Beitrag aus einer Schnittmenge unserer Arbeitsgebiete sein Interesse findet.

## I. Prolegomena: Wirtschaftsethik und Medizin

In der Medizin geht es um Gesundheit und Krankheit, um Leben und Tod. Fragen der Ethik und des richtigen Handelns spielen deshalb eine herausragende Rolle. Während das Recht im Rahmen der Privatautonomie im Allgemeinen nur ein ethisches Minimum<sup>1</sup> schützt, muss das Medizinrecht versuchen, Recht und Ethik möglichst in Einklang zu bringen. So ist man bestrebt, allen Bürgern die gleiche medizinische Versorgung zu gewährleisten und einen zentralen Mechanismus der Privatautonomie, die Knappheit des Geldes und den Ausgleich von Angebot und Nachfrage auf dem Markt, auszuschalten. Der Satz „Weil du arm bist, musst du früher sterben“ darf nicht gelten. Eine von den öffentlichen Kassen geplante, eigentlich selbstverständliche Kosten-Nutzen-Analyse medizinischer Verfahren und pharmazeutischer Produkte sorgt für erhebliche Unruhe. Im Gesundheitswesen steigen die Kosten unaufhaltsam, wie es scheint, mit naturgesetzlicher Notwendigkeit. Die Gründe hierfür sind seit Langem analysiert. Eine wesentliche Ursache ist die Fehlmotivation der beteiligten Marktteilnehmer (Patienten, Kassen, Ärzte/Krankenhäuser, Pharmaunternehmen) hinsichtlich Sparsamkeit und knapper Ressourcen: Der Patient will eine maximale Leistung, für die er nichts bezahlen muss, der Arzt möglichst viel Honorar, die Pharmaindustrie und die Apotheken streben nach Gewinnmaximierung; die Krankenhäuser hat-

<sup>1</sup> Diese Formulierung findet sich schon bei *Jellinek*, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl. 1908, S. 45; der Gedanke selbst ist viel älter. Er klingt an bei *Cicero*, De officiis, Bd. 3, Abs. 68: „sed aliter leges aliter philosophi tollunt astutias“. Sittenwidrigkeit wurde im Römischen Recht nur in krassen Fällen angenommen und statt einer Lehre vom gerechten Preis wie sie v. *Aquin*, Summa theologica, Bd. II, Teilbd. II, quaestio 77, entwickelt hat, galt der Grundsatz, dass es erlaubt sei, sich gegenseitig zu übervorteilen, s. etwa *Paulus*, Corpus Iuris Civilis, Digesten, Buch 19, Titel 2, lex 22, Abschnitt 3: „quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est“ (vgl. zu dieser Stelle und zum *iustum pretium* *Wacke*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 94 [1977], 184 ff.; *Mayer-Maly*, Iura 6 [1955], 128 ff.).





Heinrich Honsell

---

ten jedenfalls in der Vergangenheit kaum Wettbewerbsdruck, denn sie erhielten Kostenersatz;<sup>2</sup> die Versicherer schließlich waren zufrieden, solange die Prämien stiegen. Inzwischen sind die Grenzen dieses Wachstums erreicht, wenn nicht überschritten. Eine immer kostenintensivere Medizin kann nicht unbegrenzt von der Versichertengemeinschaft getragen werden. Die Kassen erstatten nicht mehr alle medizinischen Leistungen. In Deutschland ist die gesetzliche Krankenkasse verpflichtet, Leistungen zu erbringen, die „ausreichend, zweckmäßig, wirtschaftlich und das Maß des Notwendigen nicht übersteigend“ sind (vgl. Fünftes Buch Sozialgesetzbuch). § 133 Abs. 2 des österreichischen ASVG verwendet dieselben Begriffe. Die Formel eröffnet Spielräume für Kostensenkung, enthält aber auch Streitpotenzial.

Ein Fall, in dem der Gesetzgeber sich scheut einzugreifen, sind die überzogenen und ethisch wie rechtlich nicht mehr vertretbaren Preise der pharmazeutischen Industrie, namentlich bei neuen Medikamenten gegen Aids oder Krebs. Bis zu 150 000 Euro kann eine Krebstherapie kosten. 4 000 Euro für eine einzige Therapieeinheit sind keine Seltenheit. Die Pharmaindustrie kann die Medikamentenpreise frei festsetzen. So werden Medikamente mit oft nur geringer Innovation zu völlig überhöhten Preisen auf den Markt gebracht, weil der Patient in seiner Notlage und in der Hoffnung auf Heilung oder Linderung jeden Preis akzeptiert und sich die Kassen schwertun, eine Behandlung, die vielleicht einen gewissen Nutzen hat, abzulehnen. Die Rekordgewinne werden mit angeblichen Forschungskosten und kurzen Patentfristen begründet, doch legen die Hersteller ihre Kalkulation nicht offen. Zivilrechtlich handelt es sich schlicht um Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB). Es wird eine Notlage ausgenutzt, um sich eine Leistung gewähren zu lassen, die in auffälligem Missverhältnis zur Gegenleistung steht. Da der Markt offensichtlich nicht funktioniert, kann eine Lösung des Problems nur in der Rückkehr zur amtlichen Preisfestsetzung liegen, wie sie auch in anderen Ländern praktiziert wird.

## II. Transplantationsmedizin

Ein anderer Bereich der Medizin, in dem sich Ethik und Wirtschaft berühren, ist die Transplantationsmedizin. Dass Marktgrundsätze hier nicht gelten können, liegt auf der Hand. Nach §§ 16 und 17 Trans-

<sup>2</sup> Heute gibt es Fallpauschalen, die eine kostendeckende Behandlung erschweren. Die Zahl von 2100 Krankenhäusern ist nach Expertenmeinung zu hoch.





plantationsgesetz (TPG) ist der Organhandel verboten und strafbar. Ratio ist, dass niemand in die Lage kommen soll, aus Not ein Organ zu veräußern, aber auch, dass niemand sich ein Organ für Geld soll kaufen können. Für Lebendspenden gelten zusätzliche Voraussetzungen, insbesondere § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG, der bestimmt: „Die Entnahme einer Niere, des Teils einer Leber oder anderer nicht regenerierungsfähiger Organe ist darüber hinaus nur zulässig zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahe stehen.“ Über das Vorliegen dieser Voraussetzungen befindet eine Kommission. Mit dieser Einschränkung will man der Gefahr der Kommerzialisierung vorbeugen und als Freundschaftsdienst getarnte Geschäfte ausschließen.<sup>3</sup> Inzwischen gibt es jedoch zunehmend Fälle von anonymen altruistischen Spendern ohne kommerzielle Interessen.<sup>4</sup> Angesichts der dramatischen Situation der Wartelisten gerade bei der Nierentransplantation sollte der Gesetzgeber dem schnellstens Rechnung tragen und solche Spenden zulassen. Namentlich, weil sich das Risiko des Spenders, später selbst Dialysepatient zu werden, praktisch nicht erhöht. Nicht einleuchtend ist es weiter, wenn auch Ringtausch- und Überkreuzspenden ausgeschlossen werden, die notwendig sind, wenn das Organ des Spenders aus dem Familienkreis nicht kompatibel ist. Das Bundesverfassungsgericht<sup>5</sup> hat die Verfassungsbeschwerde eines niereninsuffizienten Dialysepatienten nicht angenommen, der im familiären Umfeld keinen geeigneten Spender hatte, dem jedoch eine Person zur Verfügung stand, „die ihm aus ausschließlich altruistischen und humanitären Gründen die dringend benötigte Niere spenden wollte“. Mit der Problematik der Ringtausch- und Überkreuzspenden hat sich das Gericht nicht befasst.

Auch im Rahmen der Organzuteilung<sup>6</sup> darf Geld keine Rolle spielen. Sie ist ein Paradigma der Distributionsgerechtigkeit<sup>7</sup>, der *iustitia distributiva* des *Aristoteles*.<sup>8</sup> Dass man die Verteilung nicht dem Markt und der Privatautonomie überlassen kann, ist ethisch unmittelbar einleuchtend. Es entstünde sonst ein Organhandel, bei dem der Meistbietende den Zuschlag erhielte. Die Verteilungsfrage spitzt sich zu, weil sie oft eine Frage von Leben und Tod ist. Es gibt viel zu wenig Organe, was mit den restriktiven Transplantationsgesetzen zusammenhängt, die eine Zustimmung der Hinterbliebenen zur Organentnahme

3 Eine weitere Frage ist es, ob damit auch ein remuneratorisches Verhalten ausgeschlossen werden soll.

4 Vgl. *Lakotta*, *Der Spiegel*, 34. Ausgabe 2008, 127 f.

5 BVerfG, NJW 1999, 3399 ff.

6 Dazu etwa *V. Schmidt*, *Politik der Organverteilung*, 1997.

7 *Canaris*, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1997, S. 42 f.; *Honsell*, in: *Schermaier/Rainer/Winkel* (Hrsg.), *Iurisprudentia universalis. FS Mayer-Maly*, 2002, S. 287 ff.

8 *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, S. 1138, Spalte b.





Heinrich Honsell

---

verlangen.<sup>9</sup> Die sind in ihrem Schmerz und aus vermeintlicher Pietät mit einer solchen Entscheidung oft überfordert. Die Organzuteilung wirft Fragen auf, die hier nur kurz angedeutet werden können: So ist man sich zwar einig, dass nur medizinische Kriterien in Betracht kommen, nicht z. B. gar pekuniäre oder auch soziale, wie etwa die Stellung in der Gesellschaft. Insoweit herrscht also formale Gleichheit, doch ist z. B. umstritten, inwieweit das Alter des Empfängers zu berücksichtigen ist. Der junge Patient kann mit dem Organ länger leben als der alte. Schwierig ist auch die Abwägung zwischen Dringlichkeit und Organkompatibilität. Die Zuteilung erfolgt anhand von Wartelisten nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit (§ 12 Abs. 3 TPG). Die Einzelheiten regeln gemäß § 16 TPG Richtlinien der Bundesärztekammer.

### III. Embryonenschutz

Ethische Fragen stellen sich auch im Zusammenhang mit dem Embryonenschutzgesetz. Die In-vitro-Fertilisation ist heute in den meisten Ländern gesetzlich geregelt, in Deutschland durch das Embryonenschutzgesetz, in Österreich durch das Fortpflanzungsmedizinengesetz. Leihmutterchaft ist verboten. Die heterologe Insemination ist nur eingeschränkt zulässig. Die katholische Kirche lehnt sie gänzlich ab.<sup>10</sup> Nach deutschem und schweizerischem Recht dürfen Embryonen nur für die künstliche Befruchtung verwendet werden, insbesondere ist es nicht erlaubt, sie zu Forschungszwecken zu verwenden. Nach dem ursprünglichen Schweizer Stammzellenforschungsgesetz mussten überzählige Embryonen vernichtet werden. Nicht forschen, sondern vernichten, das war widersprüchlich. Deshalb dürfen in der Schweiz heute überzählige Embryonen mit Zustimmung der Betroffenen zu Forschungszwecken verwendet werden (Art. 5 Abs. 1 Stammzellenforschungsgesetz – StFG); wird sie verweigert, so sind die Embryonen zu vernichten (Art. 5 Abs. 4 StFG). In Deutschland sucht man dem Dilemma dadurch zu entgehen, dass man überzählige Embryonen vermeidet. Zulässig ist nur die Gewinnung von drei Embryonen, die alle

<sup>9</sup> So auch das deutsche Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz – TPG) v. 4.9.2007, BGBl. I S. 2206. Die meisten Transplantate wurden – relativ gesehen – in Österreich gewonnen, das in vorbildlicher Solidarität schon vor Jahrzehnten die Widerspruchslösung eingeführt hat (§ 62a öKAG).

<sup>10</sup> S. Kongregation für die Glaubenslehre, Instruktion der Kongregation für die Glaubenslehre über die Achtung vor dem beginnenden menschlichen Leben und die Würde der Fortpflanzung, 1987.





eingepflanzt werden müssen, was zu einer erhöhten Zahl von Mehrlingsschwangerschaften<sup>11</sup> führt und zur Abtreibung von einzelnen Föten, die nicht verboten ist. Es ist aber widersprüchlich, wenn die Vernichtung einzelner Embryonen wegen der Menschenwürde und des Rechts auf Leben unzulässig ist, der Fetozid hingegen nicht. Auch lässt sich das Anfallen überzähliger Embryonen nicht ganz vermeiden, z. B. wenn das Paar von einer In-vitro-Fertilisation Abstand nimmt. In Deutschland gibt es schätzungsweise 350 überzählige Embryonen, die kryokonserviert sind und deren rechtliches Schicksal ungeklärt ist. Verboten ist auch die Präimplantationsdiagnostik und die Selektion des am besten geeigneten Embryos, weil dabei wiederum Embryonen hergestellt würden, die nicht eingepflanzt, sondern vernichtet würden. Im Widerspruch dazu lässt man bei Behinderungen sogar Spätabtreibungen zu. Ein weiterer Widerspruch der Politik liegt darin, dass die Forschung mit im Ausland vor dem 1.1.2002 hergestellten aus Embryonen gewonnenen Zelllinien nach § 4 StammzellG zulässig ist. Der Gesetzgeber hat diese Ausnahmeregelung unlängst verlängert: Jetzt müssen sie vor dem 15.5.2007 gewonnen worden sein. Die Differenzierung zwischen Ausland und Inland ist jedenfalls ethisch anfechtbar und ebenso die (erneute) zeitliche Terminierung. Genießt wirklich der Embryo schon vor der Nidation den Schutz von Art. 2 Abs. 2 GG,<sup>12</sup> so dürfte die Herkunft aus dem Ausland keinen Unterschied machen und auch die temporäre Zulassung wäre undenkbar. Fragen kann man sich aber, ob wirklich der Embryo schon vor der Nidation mit Menschenwürde und Recht auf Leben ausgestattet werden muss. Dann wäre auch die Verwendung einer Spirale oder der „Pille danach“ schon ein Eingriff in diese Grundrechte. Zwar trifft es zu, dass eine Grenzziehung schwierig ist, doch ist dies kein Grund, den frühestmöglichen Zeitpunkt zu Grunde zu legen und den rigorosesten Standpunkt einzunehmen.

Die Stammzellen werden für die Forschung benötigt. Embryonale Stammzellen sind im Gegensatz zu adulten pluripotent. Die Wissenschaft hat die Hoffnung, neue Zellen und Organe in der Petrischale züchten zu können. Die hat sich freilich noch nicht bestätigt.

11 Unlängst hat in Österreich ein Ehepaar, das nach In-vitro-Fertilisation Drillinge bekommen hatte, auf Ersatz der Kosten für das dritte, nicht erwünschte Kind geklagt; geplant gewesen seien nur zwei. Der OGH hat die Klage abgewiesen (Salzburger Nachrichten v. 13.9.2008, S. 4).

12 So offenbar die h. L. vgl. Steiner, in: Piazzolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, 1995, S. 107 ff., 120. BVerfGE 39, 1 (37) und BVerfGE 88, 203 (251 f.) haben die Frage offen gelassen.



Heinrich Honsell

---

## IV. Sterbehilfe

Ethische Fragen begleiten nicht nur den Beginn des Lebens, sondern auch dessen Ende. Der Begriff Euthanasie wird heute mit den Verbrechen des Nationalsozialismus assoziiert. Etymologisch hat er keine pejorative Bedeutung, sondern bedeutet guter, leichter Tod. Heute benutzt man den Begriff Sterbehilfe. Das Problem der Sterbehilfe wird durch die Fortschritte der Medizin verschärft. Namentlich ältere Patienten liegen heute oft Monate auf der Intensivstation mit künstlicher Beatmung und Ernährung (PEG-Sonden). Komatöse Patienten werden jahrelang künstlich am Leben gehalten. Diese Menschen nicht sterben zu lassen ist inhuman. Die Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs in der Intensivmedizin ist jedoch umstritten. Lange Zeit wurde gesagt, der Arzt dürfe zwar passive Sterbehilfe durch Unterlassen leisten, nicht aber aktive, durch Handeln. Wäre das richtig, dürfte er auch bei komatösen Patienten die einmal eingeschaltete Herz-Lungen-Maschine nie wieder abschalten. Es liegt auf der Hand, dass dies nicht richtig ist. Eine stimmige Verantwortungsethik lässt sich nicht auf die haftungsrechtlich archaische Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen reduzieren. Gleichwohl ist dies noch heute rechtlicher Standard im Strafrecht. Aktive Sterbehilfe ist in Deutschland und Österreich strafbar. In Holland ist sie unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt. 15 % der Sterbenden machen hiervon Gebrauch.

Aktive Sterbehilfe ist als Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB strafbar. Hingegen ist Beihilfe zum Suizid wegen des Prinzips der Akzessorietät straffrei, weil Selbstmord nicht strafbar ist.<sup>13</sup> Ein vermehrter „Sterbetourismus“ zu Dignitas in die Schweiz und der Aufsehen erregende Fall einer Selbstmord-Beihilfe, die ein ehemaliger Hamburger Justizsenator inszeniert hatte, haben zu Gesetzesplänen geführt, die Straffreiheit abzuschaffen oder einzuschränken. Stattdessen sollte man über die Entkriminalisierung der aktiven Sterbehilfe nachdenken.

Das Problem wird dadurch noch komplizierter, dass Garanten wie der Hausarzt oder Familienangehörige auch für Unterlassen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Der hard case war ein Fall, den der Bundesgerichtshof<sup>14</sup> entschieden hat. Der Hausarzt hatte eine seit Langem kranke Witwe zur Patientin, die schon mehrfach den Wunsch zu sterben geäußert hatte und die er täglich besuchte. Eines Tages fand er sie bewusstlos im Bett, ein leeres Röhrchen Schlaftabletten und einen Abschiedsbrief auf

13 §§ 77, 78 öStGB behandeln beide Fälle gleich. Das Schweizer Recht bestraft die Tötung auf Verlangen (§ 114 StGB), Beihilfe zum Suizid dagegen nur bei Vorliegen selbstsüchtiger Beweggründe. Daher ist die Beihilfe von Dignitas nicht strafbar.

14 BGHSt 32, 367 ff.





dem Nachtkästchen, in dem stand, sie wolle sterben und der Arzt solle auf keinen Fall etwas dagegen unternehmen. Der Arzt hielt sich an diesen Wunsch und blieb bei der Patientin, bis sie gestorben war. Der Bundesgerichtshof sah darin eine Tötung auf Verlangen durch Unterlassen, weil dem Garanten die Tatherrschaft stets in dem Augenblick zufalle, in welchem der Suizident bewusstlos und handlungsunfähig geworden sei, weil es jetzt allein von seinem Willen abhinge, ob der Schutzbefohlene sterbe oder der Eintritt des Todes verhindert werde. In concreto blieb der Arzt nur straffrei, weil man seine Einlassung nicht widerlegen konnte, er sei davon ausgegangen, dass eine Rettung nicht mehr möglich sei. Die Beteiligung an einem Selbstmord sei – so die Begründung des Bundesgerichtshofs – für diejenigen, den Garantenpflichten für das Leben des Suizidenten trafen, nach den Tötungstatbeständen und den hierzu entwickelten allgemeinen Grundsätzen strafbar, soweit sich nicht aus der Entscheidung des Gesetzgebers, die Beteiligung an dem Selbstmord als solche straffrei zu lassen, Einschränkungen ergäben. An dieser Beurteilung ändere sich nichts dadurch, dass der eine Hilfeleistung erfordernde Zustand des handlungs- und willensunfähig gewordenen Opfers von diesem absichtlich herbeigeführt worden sei. Denn auch dann hätten bei wertender Betrachtung der Untätigkeit des Garanten die auf Täterschaft hinweisenden Elemente das Übergewicht gegenüber den Gesichtspunkten, die lediglich für eine Beihilfe zur straflosen „Haupttat“ des Opfers und damit für Straflosigkeit sprechen könnten. Wenn nämlich der Suizident die tatsächliche Möglichkeit der Beeinflussung des Geschehens („Tatherrschaft“) endgültig verloren habe, weil er infolge Bewusstlosigkeit nicht mehr von seinem Entschluss zurücktreten könne, hänge der Eintritt des Todes jetzt allein vom Verhalten des Garanten ab. In dessen Hand liege es nunmehr, ob das Opfer, für dessen Leben er von Rechts wegen einzustehen habe, gerettet werde oder nicht. In diesem Stadium des sich – wie hier – oft über viele Stunden hinziehenden Sterbens habe dann nicht mehr der Selbstmörder, sondern nur noch der Garant die Tatherrschaft und, wenn er die Abhängigkeit des weiteren Verlaufs ausschließlich von seiner Entscheidung in seine Vorstellung aufgenommen habe, auch den Täterwillen.

Nach dieser Rechtsprechung ist auch die Ehefrau strafbar, die den Wunsch ihres Ehemannes respektiert und bei dessen Suizid anwesend ist. Bis zur Einnahme des Gifts ist ihr nichts vorzuwerfen, weil der Ehemann das Gift eigenverantwortlich und selbständig genommen hat, insoweit also Tatherrschaft hatte. Die Frau hat keinen Einfluss auf den Vorgang, denn es hängt allein vom Mann ab, ob er das Gift nimmt oder nicht. Mit Eintreten der Bewusstlosigkeit ändert sich die Lage: Die Tatherrschaft geht auf die Frau über, weil der Mann keine Kontrolle mehr über das Geschehen hat. Es hängt also allein von der Frau ab, ob der Erfolg (Tod des Mannes) eintritt oder nicht. Aufgrund ihrer Garantenstellung ist die Frau strafbar wegen „Tötung auf Verlangen durch Unterlassen“.





Heinrich Honsell

---

Das Ergebnis ist paradox: Solange der Suizident bei Bewusstsein ist, ist selbst eine Beihilfe straffrei. Sobald er jedoch bewusstlos wird, muss man als Garant erfolgsabwendend tätig werden. Es ist widersinnig, dass derjenige, der dem Selbstmörder straflos das Tötungsmittel zur Verfügung stellen darf, einschreiten muss, sobald es wirkt.<sup>15</sup> Wenn die Förderung der Tat zuvor straffrei war, kann sich daran durch ein späteres Unterlassen nichts mehr ändern.

## V. Arzthaftung wegen Verletzung der Aufklärungspflicht

### 1. Das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient

Ein letztes wichtiges Thema aus dem Problembereich Medizin, Recht und Ethik ist die Arzthaftung wegen Verletzung der Aufklärungspflicht. Die ärztliche Verantwortung wurde lange Zeit mehr durch Ethik determiniert als durch Recht. Eine Verrechtlichung mit der Konsequenz gerichtlicher Prozesse um die Frage des richtigen ärztlichen Handelns gab es kaum. Heute ist das anders. Es ist ein allgemein zu beobachtendes Phänomen, dass die rechtsfreien Räume praktisch überall zurückgedrängt werden. Entsprechend dem Zeitgeist wird alles in Gesetze und Paragraphen gefasst. Diese Entwicklung ist problematisch; denn leider muss man feststellen, dass in wichtigen Fragen der notwendige Grundkonsens zwischen Ärzten und Juristen verloren gegangen ist. Zwischen den beiden Disziplinen hat sich ein tiefer Graben interdisziplinärer Verständnisschwierigkeiten aufgetan. Das wichtigste Beispiel hierfür ist die Judikatur zur Aufklärungspflicht des Arztes. Während sich die Gerichte sonst in Fachfragen der Sachkenntnis von Sachverständigen bedienen, weiß über den notwendigen Umfang der Patientenaufklärung jeder Richter selbst Bescheid. So entstanden ein unübersichtlicher Wirrwarr von Anforderungen und eine kaum mehr überschaubare und inkonsistente Kasuistik. Man denke allein an die zahllosen „Arten“ der Aufklärung. Natürlich soll nicht behauptet werden, das Verhältnis zwischen Arzt und Patient befinde sich in einem rechtsfreien Raum. Zwischen Arzt und Patient besteht ein (teils durch öffentliches Recht) überlagertes privates Vertragsverhältnis. Die ethische Basis dieses Vertragsverhältnisses und das notwendige Vertrauen leiden jedoch Schaden durch eine überzogene Verrechtlichung, sei es durch Gesetz oder durch Richterrecht. Vom Arzt erwartet man eine Verantwortungsethik, die an der alten

<sup>15</sup> S. z. B. Eser, in: Auer/Menzel/Eser (Hrsg.), *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe*, 1977, S. 111 ff.; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4. Aufl. 1984, S. 474.





Maxime des *Hippokrates* orientiert ist: *salus aegroti suprema lex*. Leitbild ist eine selbstlose und aufopfernde Berufshaltung. Diese Arztethik bedarf jedoch eines Pendantes in einer Patientenethik, die nicht in jeder Komplikation sogleich menschliches Versagen sieht, Krankheit auch als Schicksal begreift und nicht stets nach einem Schuldigen sucht. An die Stelle des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient ist vielfach eine mehr geschäftsmäßige Beziehung getreten. Der Arzt sieht in dem Patienten nicht selten bereits den künftigen Kläger und versucht, sich durch Aufklärungsformulare, Haftungsreverse und minutiöse Dokumentation der Krankengeschichte entsprechend abzusichern.

Die Zahl der Arzthaftungsprozesse hat in den letzten Jahrzehnten enorm zugenommen. Dabei geht es den Klägern meist nur um Schmerzensgeld, denn die Krankheits- oder Invaliditätskosten trägt in aller Regel eine private oder öffentliche Kranken- oder Rentenkasse, Institutionen, die selten Regressprozesse führen. Man kann die rigorose Arzthaftung auch nicht damit begründen, dass der Arzt letztlich ja nicht selbst haftet, weil der Schadenersatz von einer Versicherung oder vom Krankenhausträger bezahlt wird. Abgesehen davon, dass mit den Kosten über die Versicherungsprämien und über steigende Krankenkosten letztlich doch wieder die Patienten bzw. das soziale Gesundheitssystem belastet werden, scheint diese Lösung vor allem deshalb nicht sinnvoll, weil die Feststellung der Schadenersatzpflicht praktisch immer mit einem strafrechtlichen Vorwurf gegen den Arzt verbunden ist, auch wenn in vielen Fällen keine Anklage erhoben wird.

Die Judikatur zur Aufklärungspflicht hat eine Art Auffangfunktion. Auch wenn kein Behandlungsfehler vorliegt, will man dem Patienten Schadenersatz, insbesondere Schmerzensgeld zubilligen. Man überspannt zu diesem Zweck die Aufklärung, ja missbraucht sie durch Statuierung immer extremerer Anforderungen. Das führt zu einer verschuldensunabhängigen Haftung des Arztes.

## 2. Die juristische Konstruktion der Aufklärungsrechtsprechung

Die ausufernde Judikatur<sup>16</sup> zur Haftung des Arztes wegen Verletzung der Aufklärungspflicht basiert auf folgender Konstruktion: Der ärztliche Heileingriff, also jede Art der ärztlichen Behandlung, die eine Veränderung des menschlichen Organismus bewirkt, ist eine Körperverletzung. Nicht nur eine Operation, sondern auch Injektionen oder medikamentöse Behandlungen sind nach Juristenmeinung tatbestandlich

16 Zur übertriebenen Ausweitung der Aufklärungspflicht s. *Honsell*, Schweizerische Ärztezeitung 1993, 1136 ff.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 111 ff.





Heinrich Honsell

---

eine rechtswidrige Körperverletzung, die nur durch Einwilligung gerechtfertigt werden kann, so dass Haftpflicht und Strafbarkeit ausnahmsweise entfallen. Die Einwilligung ist aber nur wirksam, wenn der Patient *voll aufgeklärt* worden ist.<sup>17</sup> Nur wer alle Risiken und alle Alternativen kenne, könne verbindlich einwilligen (informed consent<sup>18</sup>). Dieser Grundsatz gilt in der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung sogar im Strafrecht.<sup>19</sup> Hingegen verwendet man ihn in Österreich nur im Zivilrecht. Für das Strafrecht zieht die herrschende Lehre in Österreich aus dem Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung (§ 110 StGB) den zutreffenden Schluss, dass eine Heilbehandlung ohne Einwilligung gerade keine Körperverletzung darstellt.<sup>20</sup> Fehlende oder unzulängliche Aufklärung verletzt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, aber nicht seine körperliche Integrität. Die Frage nach dem Rechtsbedürfnis einer Strafbarkeit der eigenmächtigen Heilbehandlung ist eine rechtspolitische, der hier nicht weiter nachzugehen ist. Unzulässig ist es jedenfalls, wenn man in Deutschland und der Schweiz, wo eine dem § 110 StGB vergleichbare Norm fehlt, diese angebliche „Strafbarkeitslücke“ einfach durch Annahme einer Körperverletzung schließen will. Das verstößt gegen das strafrechtliche Analogieverbot und gegen den fundamentalen Rechtsgrundsatz *nulla poena sine lege*.<sup>21</sup> Die Juristen kommen zu solch abstrusen Ergebnissen, weil ihnen der Tatbestandsaufbau straf- und zivilrechtlicher Haftungsnormen, wo die „Tat“ von der Rechtswidrigkeit zu trennen ist, den richtigen Blick auf das Leben verstellt. Nach herrschender Meinung<sup>22</sup> ist der Heileingriff (die „Tat“) an sich rechtswidrig. Ein solches Juristen-Einmaleins erinnert an die Anfänge der Eisenbahnhaftpflicht im vorvorigen Jahrhundert, als man vor Einführung der Gefährdungshaftung den Betrieb einer Eisenbahn als „an sich rechtswidrig und culpös“ (schuldhaft)

17 Ganz h.L. vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Sprau*, in: Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl. 2008, § 823 Rn. 151 ff., 154c; für die Schweiz BGE 117 Ib 197; BGE 108 II 59 ff.

18 Dazu neben den oben Genannten *Linzbach*, Informed consent. Die Aufklärungspflicht des Arztes im amerikanischen und deutschen Recht, 1980; *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, 1996; *Laufs*, MedR 4 [1986], 163 ff.; *Füllmich*, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 1990, S. 33 ff.

19 RGSt 25, 375 ff.; ebenso BGHSt 29, 46 (56 f.); für die Schweiz BGE 99 IV 208; *Rehberg*, in: Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 1994, S. 303 ff.

20 Vgl. *Schmoller*, in: Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), StGB-Kommentar (Loseblattslg.), Stand: 5. Lieferung 1997, § 110 Rn. 4 mit zahlreichen Nachweisen. Das war auch die Auffassung des Gesetzgebers, s. EBRV 1971, 241. Leider berücksichtigt das österreichische Zivilrecht dieses Argument für die Haftung bei Körperverletzung nach § 1325 ABGB nicht. Die Einheit der Rechtsordnung legt eine identische Definition der Körperverletzung in § 1325 ABGB und § 83 StGB nahe.

21 *Kaufmann*, ZStW 73 [1961], 341 (374); *Ulsenheimer*, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 138 Rn. 4.

22 Vgl. z. B. *Deutsch*, Medizinrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 101 ff.; *Laufs*, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 103 Rn. 4 ff., jeweils mit Nachweisen.





qualifizierte, nur um zu einer Haftung der Bahn zu gelangen.<sup>23</sup> Gibt man die Gleichsetzung von Heileingriff und Körperverletzung auf, so bedeutet dies nicht, dass Ärzte strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden könnten. Nur werden sie dann nicht schon wegen fehlender Aufklärung verurteilt, sondern erst, wenn sie wirklich einen vorwerfbaren Fehler gemacht haben. Der schuldhaft fehlerhafte Eingriff ist nach herrschender Lehre Körperverletzung oder fahrlässige Tötung.<sup>24</sup>

Die falsche Grundthese ist das Produkt einer erstaunlichen *déformation professionnelle* der Juristen, denn jeder Laie kann zwischen der Verwendung eines Skalpells und einer Messerstecherei unterscheiden, ja er kommt gar nicht auf die Idee, dies, wenn auch nur in abstracto, gleichzusetzen. Die Juristen hingegen erklären gerade diesen Unterschied rechtlich für irrelevant und geben dies auch noch als Abstraktionsleistung aus. Auf zu hohem Abstraktionsniveau geraten aber die relevanten Unterschiede und notwendigen Differenzierungen aus dem Blickfeld. Man kann sich vorstellen, dass solche Prämissen der Juristen bei den Medizinern auf Unverständnis stoßen. Ein sachlich indizierter und lege artis ausgeführter Heileingriff stellt niemals eine Körperverletzung dar, auch dann nicht, wenn er fehlschlägt. Das ist lebensfremd, in der Sache höchst ungerechter, aber vor allem auch juristisch falscher Konstruktionalismus. Die Judikatur beruht auf einer phänomenologischen Verkennung des Wesens der ärztlichen Tätigkeit und nicht, wie behauptet wird, auf einer sinnvollen juristischen Abstraktion.<sup>25</sup> Ärztliches Handeln ist nicht auf eine Verletzung der Gesundheit gerichtet, sondern im Gegenteil auf deren Wiederherstellung.<sup>26</sup> Steht es in Einklang mit der Pflichtenethik, kann es nicht gleichzeitig tatbestandliches Unrecht sein, das erst durch einen Rechtfertigungsgrund vom Odium der Rechtswidrigkeit befreit wird. Die Konstruktion von an sich gegebener Rechtswidrigkeit und ausnahmsweise eingreifender Rechtfertigung ist dieselbe wie bei einem Foul auf dem Fußballplatz. Dort sagt man, dass der Spieler durch seine Teilnahme in Verletzungen durch gewöhnliche Fouls einwilligt, wodurch die Rechtswidrigkeit entfällt. Ebenso soll die

23 Vgl. Oberappellationsgericht München, J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten 14 [1861], Nr. 208.

24 Man kann darüber streiten, ob das richtig ist. Die Befürworter einer verschärften Arzthaftung argumentieren, nur durch eine strenge Haftpflicht und durch Androhung von Strafen ließe sich verantwortungsbewusstes Handeln der Ärzte sicherstellen. Das ist eine lebensferne, repressive Präventionsphilosophie. Es ist das Niveau der Carolina aus dem Jahre 1532, die in Art. 134 die Tötung durch den Arzt „aus unfleiß oder unkunst“ unter Strafe gestellt hat (vgl. Laufs/Eichener, in: Jayme/Laufs/Misera/Reinhart/Serick (Hrsg.), FS Niederländer, 1991, S. 71 ff.). Ärztliche Standesethik und Verantwortungsbewusstsein sind allemal die besseren Garanten für eine humane Medizin als Strafgesetze und Prozesse.

25 Vgl. dazu Honsell, in: Honsell/Rey (Hrsg.), Symposium Stark. Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, 1991, S. 15, 19 ff. und die Diskussionsbeiträge von Kramer, S. 41, und Bucher, S. 42 f., die beide die h. L. verteidigen.

26 S. dazu Binding, Handbuch des Strafrechts, 2. Aufl. 1902, S. 53 ff., insb. S. 56, dessen Feststellung, dass dies der Volks- und Rechtsanschauung entspricht, unveränderte Gültigkeit hat.





Heinrich Honsell

---

Rechtswidrigkeit der ärztlichen Tätigkeit nur dadurch entfallen, dass der Patient seine Einwilligung erteilt. Es ist der alte Rechtfertigungsgrund *volenti non fit iniuria*, den schon das römische Recht kannte. Zwischen beiden Fällen besteht aber ein wesentlicher Unterschied: In der Arzthaftung dient die Einwilligung nicht dazu, die Haftung für ein an sich vorliegendes Verschulden auszuschließen, sondern um einem korrekten Eingriff das Stigma der Körperverletzung wieder zu nehmen, das ihm zuvor von den Juristen angeheftet worden ist. Liegt keine Einwilligung vor, so nimmt die herrschende Lehre eine Körperverletzung an; ebenso, wenn die Einwilligung unwirksam ist, weil sie auf einer unzulänglichen Aufklärung beruht. Die naive Betrachtung eines komplexen Phänomens durch die Juristen hat die Malaise der Aufklärungsrechtsprechung also erst hervorgerufen.

Diese famose Rechtsprechung zum Heileingriff als Körperverletzung ist von den bekanntesten deutschen Strafrechtlern wie *Karl Binding*<sup>27</sup>, *Eberhard Schmidt*<sup>28</sup>, *Karl Engisch*<sup>29</sup>, *Paul Bockelmann*<sup>30</sup>, *Arthur Kaufmann*<sup>31</sup> und anderen<sup>32</sup> bekämpft worden. *Bockelmann* hat sie „das Ärgerlichste [genannt], um das es in den Diskussionen zwischen Ärzten und Juristen geht“. Obwohl die herrschende Lehre diesen lebensfremden Konstruktionalismus also mit überzeugenden Gründen widerlegt hat, hat sich die Judikatur damit nie auseinandergesetzt, und das verfehlte Dogma wurde leider auch ins schweizerische und österreichische Recht rezipiert. An seinem Anfang stand ein ungewöhnlicher Fall, den das deutsche Reichsgericht vor über 100 Jahren entschieden hat.<sup>33</sup> Ein siebenjähriges Mädchen hatte eine fortschreitende tuberkulöse Osteomyelitis der Fußknochen, die nach dem Stand der damaligen Schulmedizin eine Amputation notwendig machte. Die vital indizierte Operation wurde fachgerecht vorgenommen, allerdings gegen den ausdrücklichen Willen des Vaters der Patientin, der ein Anhänger der Naturheilkunde war und chirurgische Eingriffe ablehnte. Das Reichsgericht hat entschieden, dass Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit rechtswidrige Körperverletzungen seien, falls sie nicht der zuvor erklärte Wille des Verletzten oder seines gesetzlichen Vertreters decke. An diesem Extremfall bewahrheitet sich der alte Satz „hard cases make bad law“. Natürlich darf sich der Arzt nicht über den ausdrücklichen Willen des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters hinwegsetzen.

27 Vgl. Fn. 26.

28 *E. Schmidt*, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, 1962, Bd. I, 4. Teil.

29 *Engisch*, ZStW 58 [1938], 1 ff.

30 *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 50 ff.

31 *Kaufmann* (Fn. 21), S. 374.

32 S. noch *Laufs* (Fn. 22), § 6 Rn. 25 ff.; *Ulsenheimer* (Fn. 21), § 138 Rn. 1 ff.

33 RG (Fn. 19), S. 375.





Verweigert ein Sachwalter oder Betreuer zum Nachteil des Pflegebefohlenen die Zustimmung zu einer lebensrettenden Maßnahme, so muss nötigenfalls eine Eilentscheidung des Vormundschaftsgerichtes eingeholt werden, wenn hierfür noch Zeit ist.

Zu streng sind die Anforderungen der Rechtsprechung an die Aufklärung auch, wenn sich während einer Operation die Notwendigkeit einer Erweiterung gibt, die nicht von der erteilten Einwilligung gedeckt ist. Hier darf der Chirurg die Operation grundsätzlich nicht ausdehnen. Er muss erst die Einwilligung einholen, d. h. die Operation beenden und den Patienten befragen.<sup>34</sup> Es liegt auf der Hand, dass diese Vorgabe zu starr ist. Jedenfalls in Notfällen muss auch ein Handeln nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag möglich sein.

Ein letztes Problem ist das sogenannte therapeutische Privileg<sup>35</sup>: Darf der Arzt eine infauste Prognose verschweigen, wenn er glaubt, die Mitteilung werde den Lebenswillen des Patienten zerstören und die Krankheit noch beschleunigen? Die Antwort der deutschen Gerichte ist klar: Der Patient muss voll informiert werden und es darf nichts beschönigt werden, auch nicht aus Barmherzigkeit, ja nicht einmal dann, wenn die volle Aufklärung das Leiden beschleunigen oder verschlimmern würde.<sup>36</sup> Freilich müsse der Arzt schonend vorgehen. Aber wie sagt man jemandem schonend, dass er sterben muss? Nur wenn die Gefahr besteht, der Patient werde Selbstmord begehen, darf der Arzt z. B. eine Krebsdiagnose verschweigen. Ich meine, dass man diese schwierige Entscheidung dem Arzt überlassen sollte. Ein verantwortungsbewusster Arzt wird prüfen, ob er dem Patienten die volle Wahrheit zumuten kann und allenfalls die Angehörigen informieren, was allerdings im Hinblick auf das Arztgeheimnis nicht unproblematisch ist. Nach der deutschen Rechtsprechung reicht das freilich nicht: So hatte z. B. ein Arzt einem Patienten, der ein Sarkom am Auge hatte, zwar den Befund klar mitgeteilt, aber verschwiegen, dass die Prognose infaust war und mit dem Auftreten eines Sarkoms auch an dem anderen Auge gerechnet werden musste. Er teilte dies aber den Angehörigen mit.<sup>37</sup> Der Patient hat später Schadensersatz mit dem Argument verlangt, er hätte sein Leben anders eingerichtet, wenn er die Prognose gekannt hätte. Der Arzt wurde verurteilt.

34 So in der Tat BGH, NJW 1977, 337 ff.; eine Fortsetzung oder Erweiterung der Operation soll nur bei vitaler Indikation in Betracht kommen; OLG Frankfurt, NJW 1981, 1322 ff.

35 S. etwa *Eberbach*, MedR 4 [1986], 180 ff.

36 BGH (Fn. 34), S. 337; BGHZ 90, 103 ff. Kritisch zur rigorosen Rspr. bzgl. Mitteilung von infausten Prognosen *Herrmann*, MedR 6 [1988], 1 ff.

37 BGH, MedR 7 [1989], 320 ff.





Heinrich Honsell

---

Im Widerstreit zwischen *salus* und *voluntas aegroti* hat der Wille Vorrang. Das ist in einer der Privatautonomie verpflichteten Jurisprudenz selbstverständlich, wird aber problematisch, sobald der Patient etwas Unvernünftiges will.<sup>38</sup> Beim Suizid ignoriert der Bundesgerichtshof das Willenspostulat vollständig.<sup>39</sup>

## VI. Ausblick

Im Recht der Medizin streben wir nach einem Optimum an Ethik. Gewissheit in ethischen Fragen zu erlangen und Konsens zu erzielen, ist Aufgabe des gesellschaftlichen Diskurses, der freilich oft nur Kompromisse zulässt. Gesetzgeber und Gerichte sind aufgerufen, die gesellschaftlichen Vorgaben möglichst klar und widerspruchsfrei umzusetzen.

38 Vgl. etwa BGH, NJW 1978, 1206 ff.: Eine Patientin mit Rheuma bildete sich ein, dies komme von den Zähnen. Sie verlangte vom Zahnarzt, er solle ihr die Zähne ziehen. Der lehnte zunächst ab, gab aber schließlich dem Drängen der Frau nach. Der BGH verurteilte ihn zu Schadenersatz; vgl. auch den tragischen Fall BGH, NJW 1983, 350 ff.

39 S. o. IV insb. BGH (Fn. 14), S. 367 ff.

