

Göttinger Juristische Schriften

Keiichi Yamanaka, Frank Schorkopf,  
Jörg-Martin Jehle (Hg.)

Präventive Tendenzen  
in Staat und Gesellschaft  
zwischen Sicherheit und Freiheit

Ein deutsch-japanisches Symposium

国家・社会における安全と自由  
—その予防的傾向



Universitätsverlag Göttingen



Keiichi Yamanaka, Frank Schorkopf, Jörg-Martin Jehle (Hg.)  
Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft  
zwischen Sicherheit und Freiheit

Dieses Werk ist lizenziert unter einer  
[Creative Commons  
Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen  
4.0 International Lizenz.](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)



erschienen als Band 16 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“  
im Universitätsverlag Göttingen 2014

---

Keiichi Yamanaka,  
Frank Schorkopf,  
Jörg-Martin Jehle (Hg.)

Präventive Tendenzen  
in Staat und Gesellschaft  
zwischen Sicherheit und  
Freiheit

Ein deutsch-japanisches Symposium  
Ehrenpromotion  
von Keiichi Yamanaka

Göttinger Juristische Schriften,  
Band 16



Universitätsverlag Göttingen  
2014

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Kontakt

Prof. Dr. Dr. h. c. Jörg-Martin Jehle  
Email: [abtkrim@uni-goettingen.de](mailto:abtkrim@uni-goettingen.de)

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Lorenz Bode

© 2014 Universitätsverlag Göttingen  
<http://univerlag.uni-goettingen.de>  
ISBN: 978-3-86395-168-9  
ISSN: 1864-2128

# **Begrenzung der ärztlichen Aufklärung aus therapeutischen Gründen?**

## **Renaissance eines alten Themas im neuen Patientenrechtegesetz**

*Gunnar Dutte*

### **I. „Die rechten Worte finden...“**

Das „Kernstück einer kunstgerecht am Krankenbett ausgeübten Medizin“ besteht in der „Kunst des Zuhörens“ und der „Anteilnahme am Patienten“. Allein schon die sorgfältige Erhebung der Krankengeschichte hat häufig für sich etwas Heilendes: „Worte sind das mächtigste Werkzeug, über das ein Arzt verfügt“ – und „nur wenige Heilmittel sind mächtiger als ein sorgsam gewähltes Wort. (...) Wie oft ist ein einfaches, harmloses Wort eine Quelle der Ermutigung und Hoffnung. (...) Worte können allerdings – wie ein zweischneidiges Schwert – auch verletzen...“<sup>1</sup>. Mit diesem eindringlichen Plädoyer für die überragende Bedeutung einer „spre-

---

<sup>1</sup> *Lonn*, Die verlorene Kunst des Heilens. Anleitung zum Umdenken, 11. Aufl. 2012 (engl. Originalausgabe 1996), S. 17, 30, 87, 106.

chenden Medizin“ hat der berühmte Kardiologe an der Harvard Medical School und Friedensnobelpreisträger *Bernard Lown* in seinem Buch zur „verlorenen Kunst des Heilens“ weltweit Aufsehen erregt. Die gemeinsame therapeutische Aufgabe mit Ermutigung und Optimismus zu beginnen, ohne dabei die Realität zu verleugnen oder gar zu verfälschen – dies ist seine zentrale Empfehlung, weil Optimismus nicht nur subjektive Empfindung ist, sondern „einen objektiven Faktor dar[stellt], der für die Freisetzung gesundheitsfördernder Energien unerlässlich ist“. Pessimismus hingegen „zerrt am sozialen Netzwerk und trägt zur Entfremdung bei“, weil er den Patienten daran hindert, sich nach außen zu öffnen<sup>2</sup> – mit u.U. fatalen Folgen nicht zuletzt auch für den erhofften Heilungserfolg.

Offenbar ist diese „Kunst“ aber in den letzten Jahrzehnten einer zunehmend hochtechnisierten und auf wissenschaftliche „Evidenz“<sup>3</sup> fixierten Medizin immer mehr verlorengegangen. Der Freiburger Medizinethiker *Giovanni Maio* sieht die moderne Medizin gar in einer „Identitätskrise“, weil sie „sprachlos“ sich in Technik flüchtet, wo das vertrauensvolle Gespräch viel heilsamer wäre.<sup>4</sup> *Lown* erkennt einen wesentlichen Grund hierfür bemerkenswerterweise in der Angst der Ärzte vor rechtlichen Konsequenzen: „Die Angst vor Strafverfolgung ... leiste[t] Tests und invasiven Maßnahmen Vorschub. Die Logik, die sich dahinter verbirgt, ist: Wenn alle diagnostischen Optionen ausgeschöpft wurden, können Anzeigen wegen Nachlässigkeit vor Gericht leicht widerlegt werden. Diese Art einer defensiven Medizin ist der Grund dafür, dass auch nur geringfügigen Problemen mit einer ganzen Reihe von Untersuchungen zu Leibe gerückt wird.“<sup>5</sup> Und diese Logik ist zugleich prägend dafür, dass „Ärzte sich durch die Rechtslage genötigt fühlen, den Patienten schonungslos aufzuklären“: „Sie sehen sich Fremden gegenüber, die unter Umständen Prozesse wegen Fehlverhaltens des Arztes anstrengen. Viele Ärzte sind deshalb davon überzeugt, dass sie später nicht zur Rechenschaft gezogen werden können, wenn sie den Patienten auf das schlimmste Szenario vorbereitet haben“<sup>6</sup>.

In der Tat wird eine umfängliche ärztliche Aufklärung des Patienten zwecks Ermöglichung eines „informed consent“<sup>7</sup> zivil- wie strafrechtlich erwartet. Schließlich kann sich der einzelne Patient nur dann selbstbestimmt bzw. „autonom“ (autos nomos = sich selbst Gesetze gebend) für oder gegen einen beabsichtigten Heileingriff entscheiden und hierdurch zum (nominell) gleichberechtigten

<sup>2</sup> *Lown* (Fn 1), S. 118.

<sup>3</sup> Kritisch zum Begriff der „Evidenzbasierung“ *Strech* Ethik in der Medizin 2008, 274 ff.; zu den Gefahren der evidence-based medicine näher *Wiesing*, Wer heilt, hat Recht?, 2004, S. 63 ff.

<sup>4</sup> *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2012, S. 391 ff. sowie in: Duttge/Zimmermann-Acklin (Hrsg.), Gerechtere Sorgen. Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende, 2013, S. 169, 175 f.

<sup>5</sup> *Lown* (Fn 1), S. 177.

<sup>6</sup> *Lown* (Fn 1), S. 101.

<sup>7</sup> Aus medizinrechtlicher Sicht im Überblick *Duttge*, in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie. Handbuch, 2013, S. 77 f.

Teilhaber am Geschehen mutieren, wenn er über seine Erkrankungssituation und die möglichen therapeutischen Optionen mitsamt deren jeweiligen Erfolgsaussichten und Risiken/Belastungen hinreichend informiert ist. Dieser ärztlichen Aufklärungspflicht, die gerade die „Mündigkeit“ und „Eigenverantwortlichkeit“ des Patienten als mitbestimmende Instanz sicherstellen will, ist jedoch ein Momentum inhärent, das diese Zielsetzung in der klinischen Praxis untergraben kann: Eine drastische Aufklärung über die evtl. Folgen einer Nichtbehandlung, ggf. unterstrichen durch eine furchteinflößende Sprache, hilft, den Patienten willfährig zu machen. Noch einmal in den Worten *Lown*: „Nichts wirkt besser, als versteckt anzudeuten, dass das Wohlbefinden und Überleben des Patienten von den Ergebnissen der vorgeschlagenen Untersuchungen ... abhängt. Selbst der intelligenteste und skeptischste Patient fügt sich nur allzu bereitwillig einem derartig überzeugenden Argument. (...) Während sich Patienten über die Zurückhaltung eines Arztes beklagen, gilt eine gefühllose und angsteinflößende Sprache ... als unumgänglicher Preis, den man für eine wissenschaftliche Medizin zu zahlen hat“<sup>8</sup>.

Mehr Wissen bedeutet also keineswegs per se ein Mehr an Macht, d.h. an Selbstbestimmung,<sup>9</sup> anders als das Credo der modernen Aufklärung verheißt; sonst wäre die Anerkennung eines „Rechts auf Nichtwissen“<sup>10</sup> bzw. treffender auf Informationsverzicht (i.S.e. „nicht-informiert-werden-wollens“<sup>11</sup>, z.B. im Kontext genetischer Untersuchungen, vgl. § 9 II Nr. 5 GenDG) ganz und gar unverständlich. Neuerdings ist in der klinischen Medizin vermehrt vom sog. „Nocebo-Effekt“ die Rede, wonach also – im Sinne eines Gegenstücks zum weit bekannteren Placebo-Effekt – negative Informationen ebenso wie eine negative Grundeinstellung des Patienten nicht selten schädliche somatische Wirkungen verursachen können. Der US-amerikanische Mediziner und Bestsellerautor *Clifton K. Meador* fasste seine klinische Erfahrung in die erschreckende Einsicht zusammen: „Manche Menschen sterben nicht an Krebs, sondern daran, dass sie glauben, an Krebs zu sterben“<sup>12</sup>; die Rede ist auch von einem „Tod durch Hoffnungslosigkeit und negative Erwartungen“<sup>13</sup>. Und in der Tat sind die Berichte inzwischen zahlreich, wie sehr die ärztliche Kommunikation missglücken kann, indem sie den hilfesu-chenden Patienten (nicht selten durch Fachjargons) verunsichert („wir haben Metastasen gesucht – der Befund war negativ“; „jetzt schläfern wir Sie ein“ [Narkosebeginn], „wir machen Sie jetzt fertig“ [OP-Vorbereitung]), negative Suggestio-

---

<sup>8</sup> *Lown* (Fn 1), S. 104 f.; eindrucksvoll auch der Erfahrungsbericht von *Engert*, in: Feuerstein/Kuhlmann (Hrsg.), Neopaternalistische Medizin. Der Mythos der Selbstbestimmung im Arzt-Patienten-Verhältnis, 1999, S. 27 ff.: „Ich gehe mal eben noch zwei Einwilligungen machen...“.

<sup>9</sup> Die *Bacon*sche Formulierung in seinem *Novum Organum* (1620) lautet bekanntlich: „Scientia et potentia humana in idem coincidunt, quia ignoratio causae destituit effectum“.

<sup>10</sup> Im Überblick zuletzt *Duttge*, in: *Duttge/Lee* (Hrsg.), *The Law in the Information and Risk Society* (Göttinger Juristische Schriften, Bd. 10), 2011, S. 41 ff.

<sup>11</sup> *Taupitz*, in: *Wiese-FS* 1998, S. 583, 592.

<sup>12</sup> *Zit.* nach *Bartens*, in: *SZ* v. 12.7.2012 (online: <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/nocebo-effekt-wenn-der-arzt-mit-worten-toetet-1.1410542>).

<sup>13</sup> *Bartens* (Fn 12).

nen weckt („Sie sind ein Risikopatient“, „das tut immer höllisch weh“, „Sie sollten nichts Schweres heben, nicht dass Sie noch gelähmt sind“) oder seine Aufmerksamkeit unnötig – ggf. durch Verniedlichung noch verstärkt – auf mögliche Nebenwirkungen lenkt („Rühren Sie sich, wenn Sie Schmerzen haben“, „Sie brauchen jetzt keine Angst zu haben“)<sup>14</sup>. Hierin zeigt sich in aller Deutlichkeit ein fundamentales Dilemma der ärztlichen Aufklärung: Sie ist dem hehren Prinzip der „Patientenautonomie“ verpflichtet, die durch Informationsgabe ein „mündiges“ Subjekt als kompetentes Gegenüber zum Behandler schaffen will; eben dieser Inthronisierung des Patienten zu einem Mitentscheider ist aber offenbar die Gefahr einer Schädigung immanent, d.h. eines Verstoßes gegen das nicht minder bedeutsame Prinzip der ärztlichen Fürsorge („beneficence“, „non-maleficence“). In diesem Lichte scheint es ein Resultat der Lebensklugheit zu sein, manchmal besser zu schweigen: Ist aber das bewusste Vorenthalten von gesundheits- und damit letztlich für die Lebensplanung des Patienten relevanten Informationen zur Vermeidung einer gerade dadurch bewirkten Schadenszufügung überhaupt rechtlich erlaubt und medizinethisch akzeptierbar?

## II. Grundprinzip der informierten Selbstbestimmung

Die Arzt-Patienten-Beziehung ist strukturell durch eine signifikante Asymmetrie der Machtverhältnisse geprägt: auf der einen Seite die exklusiven Inhaber von Expertenwissen und Beherrscher der organisatorischen Abläufe, auf der anderen Seite der leidende und hilfeschuchende Patient, der sich unausweichlich als „Handlungsobjekt“ der ärztlichen Fürsorge überantworten muss.<sup>15</sup> In der hippokratischen Tradition ist es daher allein der Arzt gewesen, der dazu berufen war, auf die Ursituation von Not und Leid eine (objektiv) „vernünftige“ Antwort zu geben. Dieser vom Leitgedanken der Fürsorge gespeiste Ethos des Arztes ist eben deshalb im Kern paternalistisch, weil er zu wissen für sich reklamiert, was für den Patienten das jeweils Beste ist: „Im paternalistischen Modell, manchmal auch das Eltern- oder Priestermodell genannt, handelt der Arzt als Vormund des Patienten, indem er bestimmt und durchführt, was für den Patienten am besten ist“<sup>16</sup>. Der charakteristische Ausruf des Paternalisten lautet: „Tue das nicht, das ist nicht gut für Dich!“<sup>17</sup> Die Grundproblematik dieses Fürsorgeethos besteht einerseits in der Schwierigkeit, wirklich wissen zu können, was auch für den individuellen Patienten das Beste ist, und andererseits in der Gefahr der Subjektvergessenheit: „Man

---

<sup>14</sup> Beispiele nach *Bartens* (Fn 12).

<sup>15</sup> Dazu eingehend *Wooßen*, in: Katzenmeier/Bergdolt (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, 2009, S. 181 ff.

<sup>16</sup> *Emanuel/Emanuel*, *Four Models of the Physician-Patient Relationship*, in: *Journal of the American Medical Association* 267 (1992), 2221 ff.; zu den Formen des ärztlichen Paternalismus vgl. *Maio* (Fn 4), S. 156 ff.

<sup>17</sup> *Harris*, *Der Wert des Lebens*, 1995, S. 269.

vergisst, es mit einem kranken Mit-Menschen und nicht mit einem Behandlungsobjekt zu tun zu haben; die Grenze zwischen echter Fürsorge und (unbewusster) Manipulation ist nicht leicht einzuhalten, und die Spannung zwischen Heilauftrag und Eigeninteresse (z.B. Forschungsinteresse) kann leicht zugunsten des letzteren abgebaut werden<sup>18</sup>.

Deshalb legen Medizinrecht und -ethik liberal verfasster Gesellschaften größten Wert darauf, den Patienten normativ wie faktisch zu einem gleichberechtigten Kontrapart „aufzurüsten“: Denn zum einen haben sich im Zuge der Modernisierung der Gesellschaften die patriarchalischen Strukturen aufgelöst und infolgedessen die Lebensentwürfe und Wertvorstellungen der Menschen individualisiert, so dass Fürsorge nahtlos in respektlose Bevormundung oder gar Entmündigung übergehen kann. Ist doch dem Paternalismus eigen, das Objekt seiner Fürsorge de facto für inkompetent zu erklären: „Paternalisten verweigern der Person die Möglichkeit, über ihr eigenes Leben und Schicksal selbst zu verfügen, und behandeln sie, als habe sie nicht die Kompetenz, ihr Leben nach ihren Wünschen zu lenken“<sup>19</sup>. Zum anderen hat insbesondere die Entwicklung der modernen Intensivmedizin gezeigt, dass das technisch Machbare nicht immer dem Wohl des Patienten dient – und daher das ärztliche Wirken und Streben einer externen Schrankenziehung bedarf, wo eine Selbstbegrenzung nicht stattfindet. Zentraler Aspekt des Grundprinzips der „Patientenautonomie“ ist daher die Betonung der individuellen Handlungs- und Entscheidungsbefugnis, auch gegen die „ärztliche Vernunft“ und selbst zur Abwehr einer vital indizierten Behandlung: „Personen haben ein grundsätzliches Recht, von anderen unbehelligt zu bleiben; dieses Recht bildet den innersten Kern der säkularen Moral ...: Da die säkulare Moral über keine allgemeinverbindliche und gehaltvolle Vorstellung des Guten ... verfügt, stellt das Prinzip der individuellen Freiheit die wichtigste Quelle moralischer Verpflichtung dar“<sup>20</sup>.

Ganz in diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof in Strafsachen schon im Jahr 1957 entschieden, dass sich „niemand ... zum Richter in der Frage aufwerfen [darf], unter welchen Umständen ein anderer vernünftigerweise bereit sein sollte, seine körperliche Unversehrtheit zu opfern, um dadurch [evtl.] wieder gesund zu werden“: „Zwar ist es das vornehmste Recht und die wesentlichste Pflicht des Arztes, den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinem Leiden zu heilen; dieses Recht und diese Pflicht finden aber in dem (...) freien Selbstbestimmungsrechts des Menschen über seinen Körper ihre Grenze...“<sup>21</sup>. Dieses Recht bildet den Kern der würdebegründenden Subjektstellung eines Menschen als „Person“ einschließlich des hieraus resultierenden Achtungsanspruchs, der auch nicht dadurch verlorengelht, dass der Patient zur Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts ggf. nur noch eingeschränkt oder gar nicht mehr imstande ist. Denn wie das

---

<sup>18</sup> Pöltner, Grundkurs Medizin-Ethik, 2002, S. 92.

<sup>19</sup> Harris (Fn 17), S. 269.

<sup>20</sup> Engelhardt, The Foundations of Bioethics, 2. Aufl. 1996, S. 288 (übersetzt von A. Kitidis und M. Bormuth).

<sup>21</sup> BGHSt 11, 111, 114.

Bundesverfassungsgericht hervorgehoben hat, schützt das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG „die körperliche Unversehrtheit des Menschen nicht lediglich nach Maßgabe seines konkreten Gesundheits- oder Krankheitszustandes; es gewährleistet zuvörderst Freiheitsschutz im Bereich der leiblich-seelischen Integrität des Menschen (...). Auch der Kranke oder Versehrte hat das volle Selbstbestimmungsrecht über seine leiblich-seelische Integrität“<sup>22</sup>. Denn es käme geradezu einer Diskriminierung von Erkrankten und Hilflosen gleich, wenn das ihnen überantwortete Selbstbestimmungsrecht nach Maß ihrer Erkrankung mehr verkürzt und an die Stelle ihrer „ureigensten Maßstäbe“<sup>23</sup> das Phantom eines „vernünftigen Patienten“ gesetzt werden dürfte. Ein evtl. Behandlungsveto des Patienten bildet daher die unübersteigbare Grenze der ärztlichen Fürsorge selbst bei vitaler Indikation; der dann absehbar eintretende Tod liegt nicht mehr in der Verantwortungssphäre des behandelnden Arztes, sondern allein in der Verantwortung des Patienten:<sup>24</sup> Und dieser „ist von Verfassungs wegen allenfalls sich selbst, nicht aber dritten Personen und deren Maßstäben Rechenschaft schuldig“<sup>25</sup>.

Eine „autonome“ Inanspruchnahme der „Patientenautonomie“ erfordert jedoch mehr, als einem therapeutischen Vorschlag des Arztes nachzugeben; vielmehr bedarf es einer „Autorisierung“ durch den Patienten dergestalt, dass dieser die avisierte Therapieentscheidung *eigenverantwortlich* mittragen kann: „Eine Person gibt ihr informiertes Einverständnis ... nur dann, wenn sie aufgrund eines umfassenden Verständnisses und frei von äußerem Zwang den Auftrag zu einer medizinischen Maßnahme erteilt“<sup>26</sup>. Um also von einer wahrhaft selbstbestimmten Entscheidung des Patienten sprechen zu können, muss diese nicht nur frei von Täuschung und Zwang, sondern Ergebnis einer eigenständigen Reflexion auf der Basis umfassender Informationen sein:<sup>27</sup> „Freie Zustimmung setzt das entsprechende Wissen um die eigene Situation voraus“<sup>28</sup>. Von hier aus erklärt sich somit der Anspruch auf eine verlässliche Aufklärung und damit korrespondierend die dahingehende Verpflichtung des behandelnden Arztes – in den Worten des britischen Medizinethikers *John Harris*: „Soll jeder Mensch frei und auf seine eigene Weise die Dinge verfolgen können, die seinem Leben Wert oder Sinn verleihen, so besitzt jeder das denkbar stärkste Anrecht auf diejenigen Informationen über die eigene Person, die ihm seiner Einschätzung nach dabei am ehesten hilfreich

---

<sup>22</sup> BVerfGE 52, 171, 173 f.

<sup>23</sup> Wie Fn 22.

<sup>24</sup> Zur geteilten Verantwortung innerhalb der „therapeutischen Partnerschaft“ statt vieler nur *Duttge*, in: Eckart/Forst/Briegel (Hrsg.), *Intensivmedizin*. Loseblattsammlung, 39. Erg.Lfg. 2010, Kap. XIV – 13, S. 2.

<sup>25</sup> BVerfGE 52, 171, 178.

<sup>26</sup> *Beauchamp/Faden*, in: dies. (Hrsg.), *Encyclopedia of Bioethics*, 1995, S. 1238 ff.

<sup>27</sup> Medizinethisch wird für eine „autonome“ Entscheidung meist verlangt: 1. Urteilsfähigkeit, 2. Verstehen (Aufgeklärtheit), 3. Freiwilligkeit und ggf. – freilich umstritten – 4. Wohlüberlegtheit (Authentizität), siehe dazu etwa *Maio* (Fn 4), S. 145 ff.

<sup>28</sup> *Pöltner* (Fn 18), S. 99.

sind<sup>29</sup>. Ziel ist dabei nicht etwa, dem Patienten von vornherein nur zu einer aus ärztlicher Sicht „vernünftigen“ Entscheidung zu verhelfen;<sup>30</sup> dies würde das Selbstbestimmungsrecht des Patienten letztlich der ärztlichen Autorität ausliefern und verkennen, dass jeder Eigenverantwortung auch ein „Recht auf Unvernunft“, d.h. im hiesigen Kontext eine „Freiheit zur Krankheit“<sup>31</sup> immanent ist. Das informationelle „Empowerment“ des Patienten soll diesem vielmehr die Möglichkeit zu einer nach seinen höchstpersönlichen Wertvorstellungen „rationalen“ Entscheidung eröffnen; wenn diese von der ärztlichen Vernunft abweicht, so muss dies aus ärztlicher Sicht grundsätzlich<sup>32</sup> respektiert werden.

Die ärztliche Aufklärungspflicht umfasst erstens die Erteilung notwendiger Hinweise, wie der Patient den weiteren Heilungserfolg unterstützt und nicht vereitelt (compliance). Diese sog. Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung ist notwendiger Bestandteil einer kunstgerechten ärztlichen Behandlung, ihre Nichterfüllung stellt einen Behandlungsfehler dar.<sup>33</sup> Zweitens ist bei erkennbarer Relevanz für den jeweiligen Patienten auch über die wirtschaftlichen Folgen einer Behandlung zu informieren,<sup>34</sup> was in einer Zeit zunehmender Ausdünnung des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung an Bedeutung gewinnt: Dieser Aspekt kann durchaus die Entscheidung des Patienten beeinflussen, wenn etwa die schonendste Behandlungsmethode nicht von der Krankenkasse übernommen wird.<sup>35</sup> Drittens schließlich bezweckt die ärztliche Aufklärung vor allem eine hinreichende Information des Patienten über „Wesen, Bedeutung und Tragweite“<sup>36</sup> der in Aussicht genommenen Intervention bzw. – in der umständlichen Diktion des neuen Patientenrechtegesetzes – über „Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie“ (§ 630e Abs. 1 S. 2 BGB n.F.), und zwar im Vergleich zu den ernstlich in Betracht kommenden Alternativen<sup>37</sup> (sog. Selbstbestimmungsaufklärung, unterteilt in Risi-

<sup>29</sup> Harris (Fn 17), S. 288 f.

<sup>30</sup> So aber die „Empfehlungen zur Patientenaufklärung“ der Bundesärztekammer, in: DÄBl. 87 (1990), B-940 ff. (Ziff. 4).

<sup>31</sup> So ausdrücklich BVerfG NJW 2011, 2113, 2115 im Kontext der (nur noch begrenzten Zulässigkeit) ärztlicher Zwangsmaßnahmen im Maßregelvollzug; zuvor bereits BVerfGE 58, 208, 224 ff.; NJW 1998, 1774, 1775.

<sup>32</sup> Solange der behandelnde Arzt nicht zu einer Maßnahme genötigt wird, die den Rahmen ärztlicher Professionalität überschreitet: Auf ein fehlerhaftes ärztliches Tun hat der Patient selbstredend keinen Anspruch.

<sup>33</sup> Statt vieler etwa Katzenmeier, in: Wiesemann/Simon (Fn 7), S. 90, 93; Laufs, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 58 Rn 1; siehe auch § 630c Abs. 2 S. 1 BGB i.d.F. des Patientenrechtegesetzes vom 20.02.2013 (BGBl. I, 277).

<sup>34</sup> Vgl. OLG Stuttgart VersR 2003, 462 und 992; OLG Köln VersR 2005, 1589 sowie § 630c Abs. 3 BGB (n.F.).

<sup>35</sup> Beispiel nach Katzenmeier, in: Wiesemann/Simon (Fn 7), S. 90, 94.

<sup>36</sup> BGH NStZ 1981, 351.

<sup>37</sup> Dazu etwa BGH NJW 1989, 1538; 1992, 2353; 2000, 766; 2004, 3703; OLG Köln VersR 2006, 124.

ko-, Diagnose- und Verlaufsaufklärung); mit der Beachtung der hier gestellten Anforderungen steht und fällt die Wirksamkeit der erteilten Einwilligung. Unsicher ist dabei jedoch der geforderte Umfang der Patientenaufklärung: Die höchstrichterliche Judikatur hat einerseits beschwichtigend betont, dass der Patient nicht alle Details erfahren, sondern lediglich „im Großen und Ganzen“ wissen müsse, worin er einwillige.<sup>38</sup> Andererseits erhöht sich das Maß an geschuldeter Aufklärung, wenn hohe Risiken eingegangen werden, wobei nach ständiger Rechtsprechung selbst über sehr „seltene Risiken“ informiert werden muss, „wo sie, wenn sie sich verwirklichen, die Lebensführung schwer belasten und trotz ihrer Seltenheit für den Eingriff spezifisch, für den Laien überraschend sind“<sup>39</sup>. Dabei hat es der BGH stets abgelehnt, sich auf ein bestimmtes Zahlenverhältnis festzulegen, so dass selbst „extrem seltene Risiken“, die im Promillebereich liegen, nicht ausgespart bleiben dürfen<sup>40</sup> und es letztlich überhaupt „keine allgemeine Grenzlinie [gibt], jenseits derer die Aufklärungspflicht über [sog. eingriffsspezifische] Risiken entfiel“<sup>41</sup>.

Weitere Besonderheiten gelten etwa, wenn die Maßnahme nicht dringlich, d.h. nur relativ indiziert oder als Neuland- oder Außenseitermethode<sup>42</sup> anzusehen ist. Strenge Maßstäbe gelten ebenfalls bei sog. diagnostischen Eingriffen (ohne therapeutischen Eigenwert), weil die hierdurch erhofften Vorteile verglichen mit den zugemuteten Eingriffsrisiken als meist weniger gewichtig gelten.<sup>43</sup> Umgekehrt ist die Aufklärungspflicht auch bei sog. „Routineeingriffen“ entgegen landläufiger ärztlicher Meinung nicht etwa suspendiert, sondern allenfalls in ihrer Intensität reduziert.<sup>44</sup> Im Bestreben nach Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit finden sich in der höchstrichterlichen Spruchpraxis noch eine Reihe weiterer Differenzierungen, die das hohe Gut der Rechtssicherheit weitgehend auflösen: Wenn jeweils eine dem individuellen Patienten „maßgeschneiderte“ Aufklärung geschuldet ist,<sup>45</sup> kann kein Arzt mehr sicher sein, ob er der ihm auferlegte Pflicht jemals genügt.<sup>46</sup> Hinzu kommt jedoch der die Sinnhaftigkeit der Rechtslage nicht minder fundamental in Frage stellende Umstand, dass die klinische Praxis das Ausmaß an ge-

<sup>38</sup> BGHZ 90, 103, 105 f.; 102, 17, 23; 144, 1, 7; 166, 336, 339.

<sup>39</sup> BGH NJW 1984, 1395; 1990, 1528; BGHZ 126, 386; 166, 336, 343.

<sup>40</sup> Vgl. BGH NJW 1980, 633, 634; 1996, 330, 331; OLG Düsseldorf NJW 1989, 2334; OLG Koblenz NJW 1999, 3419; MedR 2004, 501; OLG Köln VersR 2008, 1072. – Anders soll es dagegen für solche Risiken, die derart außergewöhnlich und unvorhersehbar sind, dass sie für den Einschluss von Patienten keine Bedeutung haben, s. dazu BGH NJW 1991, 2346; OLG Düsseldorf VersR 1991, 1230; OLG Hamm MedR 2006, 215, 217.

<sup>41</sup> Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap V Rn 23.

<sup>42</sup> Dazu zuletzt BGH NJW 2006, 2477, 2478 f. (Robodoc) m. Anm. Katzenmeier, NJW 2006, 2738 ff.; BGH NJW 2007, 2774, 2775 (Racz) m. Anm. Spickhoff, MedR 2008, 89 f.

<sup>43</sup> Laufs (Fn 33), § 60 Rn 8 f.

<sup>44</sup> Z.B. LG Bonn VersR 1989, 811. – Zur Frage einer evtl. Delegierbarkeit auf nichtärztliches Personal siehe Preis/Schneider, NZS 2013, 281, 284; Wagner, VersR 2012, 789, 793.

<sup>45</sup> Giesen, in: Skapski-FS 1994, S. 45, 61.

<sup>46</sup> Dazu eindringlich Borgemann, NJW 2010, 3190 ff.; in diesem Sinne auch schon Franzke, MedR 1994, 171, 176; Hausch VersR 2009, 1178 ff.

schuldeter ärztlicher Aufklärung gerade auch für die häufig schwerstkranken und betagten Patienten als überfordernd und eben deshalb gerade nicht patientendienlich erfährt: Nicht selten verwirrt die Informationsfülle die Patienten, ängstigt sie unnötig und erschwert eine selbstbestimmte Entscheidung, so dass als lebensklug gilt, wer sich der Aufklärung entzieht. Bemerkenswerterweise hatte jedoch das Bundesverfassungsgericht noch insistiert, dass die u.U. erhebliche seelische Belastung, die dem Patienten mit der Aufklärung aufgebürdet werde, grundsätzlich hinzunehmen sei, weil es sich dabei bloß um die „Kehrseite freier Selbstbestimmung“ handle.<sup>47</sup> Damit scheint aber eher eine idealisierte, abstrakte Selbstbestimmung des als mündig postulierten Menschen gezeichnet zu sein, die „über die Hilfsbedürftigkeit des konkreten Patienten und seine wirkliche Abhängigkeit von der Krankheit hinweg[geht]“<sup>48</sup>.

Auf dem Boden der realen Welt erweist sich die „Autonomie“ des Kranken von vornherein als eine nur „imperfekte“<sup>49</sup>: „Vollständige Autonomie ist, selbst hinsichtlich einzelner Entscheidungen, eine Idealvorstellung, und wir können bestenfalls hoffen, ihr mehr oder minder nahe zu kommen; denn die Fähigkeit des Individuums, sich autonom zu entscheiden, kann durch alle möglichen Dinge untergraben werden“<sup>50</sup>. Das illusionäre Leitbild produziert in der klinischen Praxis eine „Perfektion der Aufklärungsformulare“, mit der sich die Pflichtigen bestmöglich abzusichern suchen. Damit wird jedoch der eigentliche Sinn einer ärztlichen Aufklärung verfehlt, denn anstelle eines wahrhaftigen, begründeten Konsenses beruhigt man sich mit einem „Autonomie-Placebo“: „Die weitgehende Umwandlung des mündlichen Gesprächs in einen mehr oder weniger ausgedehnten Schriftverkehr führt zwangsläufig zur Vernachlässigung des individuellen Charakters der Arzt-Patienten-Beziehung“<sup>51</sup>. Als sei die Bürokratisierung ärztlichen Wirkens nicht schon Ärgernis genug: Die ungeschminkte Aufklärung des Patienten über die „bestehende Situation mit [all] ihren Unsicherheiten und Risiken“<sup>52</sup> ist geeignet, das „Patientenvertrauen als Kapital für die Therapie dadurch zu zerstören, dass der Patient auf diese Weise bösgläubig gemacht wird“<sup>53</sup>. *Lown* hat dies wie folgt kommentiert: „Selbstverständlich kann ... jedes Problem entweder als eine lösbare Aufgabe oder als ein sprichwörtliches Todesurteil dargestellt werden – weshalb dann aber letzteres wählen?“<sup>54</sup> Mit anderen Worten produziert die ärztliche Aufklärungspflicht im Falle ihrer „Übererfüllung“ die Gefahr, selbst berechtigte Hoffnungen des Patienten zu zerstören und ärztliche Verantwortung abzu-

---

<sup>47</sup> BVerfGE 52, 171, 180.

<sup>48</sup> *Schreiber/Wachsmuth*, NJW 1981, 1985 f. sowie in: Lilie/Rosenau (Hrsg.), Hans-Ludwig Schreiber. Schriften zur Rechtsphilosophie, zum Strafrecht und zum Medizin- und Biorecht, 2013, S. 395, 396.

<sup>49</sup> Treffend *Damm*, MedR 2002, 375 ff.

<sup>50</sup> *Harris* (Fn 17), S. 271 f.

<sup>51</sup> *Schreiber/Wachsmuth* (Fn 48).

<sup>52</sup> BVerfGE 52, 171, 179.

<sup>53</sup> *Steffen*, Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, 1978, Sitzungsbericht I, S. 13, 14.

<sup>54</sup> *Lown* (Fn 1), S. 101.

schieben<sup>55</sup> – und dies u.U. mit negativen Folgen für den Therapieverlauf: Denn ebenso wie sich für den Placeboeffekt mittels des Einsatzes bildgebender neuro-wissenschaftlicher Verfahren mittlerweile zeigen ließ, dass es sich hierbei nicht etwa um ein bloßes Epiphänomen handelt, sondern um ein real-objektives Faktum, das hirnpfysiologisch und -anatomisch lokalisiert werden kann,<sup>56</sup> lässt sich umgekehrt auch der Noceboeffekt empirisch nachweisen und psychologisch erklären.<sup>57</sup> Eine Reihe von klinischen Prüfungen<sup>58</sup> haben bemerkenswerte Resultate zutage gefördert, so z.B. bei einer Arzneimittelgabe, der das Risiko einer sexuellen Dysfunktion immanent war:<sup>59</sup> In der Gruppe, die ausführliche Informationen über das Medikament sowie über dieses Risiko erhielt, klagten anschließend 32 % über das tatsächliche Auftreten der Dysfunktion; in jener Gruppe, die zwar über das Medikament, nicht aber über das spezifische Risiko aufgeklärt wurde, waren es lediglich 13 %; und in jener Gruppe, der überhaupt keine Angaben über Medikament und Nebenwirkung gemacht wurden, klagten lediglich 8 %. Die ärztliche Aufklärungspflicht scheint Ärzte also in ein fundamentales ethisches Dilemma zu stürzen.

### III. „Therapeutisches Privileg“ aus Gründen der „Humanität“?

Damit erlangt ein altbekanntes Thema ungeahnte Aktualität: Darf oder muss gar der behandelnde Arzt im Lichte seiner therapeutischen Verantwortlichkeit schweigen, wenn Auskunft und Redlichkeit dem Patienten Schaden zufügen und ihm u.U. die letzte Hoffnung rauben kann? Wie lange ist am Gebot der „Wahrheit[-spflicht] am Krankenbett“ festzuhalten?<sup>60</sup> – Bekanntlich hat die Auffassung, die es für gerechtfertigt hält, den Patienten ggf. von der Wahrheit zu verschonen, eine lange Tradition. Schon *Hufeland* meinte in seinem „Enchiridion medicum“: „Den Tod verkünden heißt, den Tod zu geben, und das kann, das darf nie ein Geschäft dessen sein, der bloß da ist, um Leben zu verbreiten“<sup>61</sup>. Wo also die

<sup>55</sup> Dazu näher *Friedrich*, in: Frewer/Bruns/Rascher (Hrsg.), *Hoffnung und Verantwortung. Herausforderungen für die Medizin*, Jahrbuch Ethik in der Klinik 3 (2010), S. 167 ff.

<sup>56</sup> Dazu die ausführliche Stellungnahme der *Bundesärztekammer*, *Placebo in der Medizin*, 2010, S. 49 ff. m.w.N.

<sup>57</sup> Näher *Häuser/Hansen/Eck*, DÄBl. 109 (2012), A-459 ff. m.w.N.; *Rief/Hofmann/Nestoriuc*, *The Power of Expectation. Understanding the Placebo and Nocebo Phenomenon*, *Social and Personality Psychology Compass* 2008, 1624 ff. (online: [http://placeboforschung.de/wiki/images/7/79/Rief\\_et\\_al\\_2008.pdf](http://placeboforschung.de/wiki/images/7/79/Rief_et_al_2008.pdf)).

<sup>58</sup> Übersicht bei *Häuser/Hansen/Eck* (Fn 57), A-463 (Tabelle 2).

<sup>59</sup> *Silvestri/Galetta/Cerquetani et al.*, *Report of erectile dysfunction after therapy with beta-blockers is related to patient knowledge of side effects and is reversed by placebo*, *European Heart Journal* 2003, 1928 ff.

<sup>60</sup> Dazu grundlegend die Beiträge im gleichnamigen Sammelband von *Zöckler* (1978).

<sup>61</sup> Zit. nach *Ansohn*, *Die Wahrheit am Krankenbett*, 2. Aufl. 1969, S. 25.

Wahrheit den Tod bringt – so der berühmte *Rudolph von Ihering* –, „ist die Verhüllung derselben Pflicht“<sup>62</sup>. Von *Thomas Mann* sind bewegende Zeilen über das Schicksal Theodor Storms überliefert, wonach dessen meisterhafter „Schimmelreiter“ letztlich ein „Produkt barmherziger Illusionierung“ sei.<sup>63</sup> Und wer weiß, ob uns nicht auch „Doktor Faustus“ vorenthalten geblieben wäre, hätte man nicht auch *Mann* auf Betreiben seiner Ehefrau den bei ihm im amerikanischen Exil diagnostizierten Lungentumor verheimlicht.<sup>64</sup> Ist hier denn nicht dem kantischen „Rigorismus der Wahrheit“ ein „humanitäres Prinzip“ entgegenzusetzen, das sich letztlich aus dem Gebot des *nil nocere* speist, um einer evtl. „Tötung durch Aufklärung“ (*Carstensen*) zuvorzukommen?<sup>65</sup>

Schon in einer recht frühen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof in der Tat entschieden, dass „besondere Fälle“ denkbar sind, in denen ein „Absehen von der ärztlichen Aufklärung“ ausnahmsweise gerechtfertigt sein könne. Dies soll immer dann der Fall sein, wenn „die mit der Aufklärung verbundene Eröffnung der Natur des Leidens zu einer ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsschädigung führen würde“<sup>66</sup>. Während einzelne hieran kritisierten, dass jeder Patient ein Anrecht habe zu erfahren, wie es um ihn stehe – um etwa die verbleibende Lebenszeit noch zur Regelung wichtiger Angelegenheiten zu nutzen –, meinten andere, dass diese Ausnahme viel zu restriktiv formuliert sei. Insbesondere *Erwin Deutsch* benannte, den Türspalt des höchstrichterlichen Judikats wesentlich ausweitung, vier Fallgruppen, in denen eine Nichtaufklärung oder wenigstens Beschränkung der Aufklärungspflicht nach „pflichtgemäßem Ermessen des Arztes“ zulässig sein soll:<sup>67</sup> Erstens bei jedweder zu besorgenden „erheblichen psychischen Belastung“, sei es durch eine „besondere Tiefe des Leidens“ oder durch seine „lange Dauer“; zweitens bei der Gefahr einer „psychotisch-unverständigen Ablehnung“ der „unbedingt notwendigen Behandlung“; drittens bei „Gefährdung Dritter“ wie etwa von Familienangehörigen, die einer Verletzung seitens des aufgebrachten (Psychiatrie-)Patienten ausgesetzt sein könnten; und schließlich viertens bei „Erhöhung des Risikos“ einer „sich selbst erfüllenden Prophezeiung“, wenn beispielsweise der Patient sich bei Mitteilung so aufzuregen drohe, dass er den befürchteten tödlichen Herzinfarkt erleiden könnte.

Diese im Schrifttum zunächst vorherrschende Expansionstendenz hat sich jedoch in der Folgezeit nicht durchsetzen können; in der jüngeren Vergangenheit bestand vielmehr weitgehende Einigkeit, dass die Annahme eines – missverständlich so bezeichneten – „therapeutischen Privilegs“<sup>68</sup> in Anbetracht seiner Miss-

<sup>62</sup> Zit. nach *Druey*, in: *Pedrazzini-FS* 1990, S. 379, 385.

<sup>63</sup> *Th. Mann*, *Leiden und Größe der Meister*, Ausgabe 1974 (1. Aufl. 1935), S. 151, 171 f.

<sup>64</sup> Dazu näher *Virchow sen. et al.*, *DMW* 122 (1997), 1432 ff.

<sup>65</sup> So *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 6. Aufl. 2008, Rn 321, 325.

<sup>66</sup> *BGHZ* 29, 176, 183.

<sup>67</sup> Zum Folgenden *Deutsch*, *NJW* 1980, 1305 ff.

<sup>68</sup> Zutreffend *Schreiber*, in: Heim (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht*, 1984, S. 71 ff. sowie in: *Lilie/Rosenau* (Fn 48), S. 415, 417 f.: kein „Privileg“ des Arztes, sondern Schutz des Patienten.

brauchsanfälligkeit und des hohen Wertes des Selbstbestimmungsrechts enger Restriktionen bedarf, damit – in völliger Übereinstimmung mit dem Berufsrecht (vgl. § 8 MBO-Ä) – das unbestreitbare Regel-Ausnahme-Prinzip zugunsten der Aufklärung nicht schleichend ins Gegenteil verkehrt wird.<sup>69</sup> Wie schon an anderer Stelle näher herausgearbeitet,<sup>70</sup> wird man hierfür – ausgerichtet an den sonst begegnenden Wertungen der Rechtsordnung (vgl. insbesondere §§ 216, 228 StGB) – „wenigstens die Gefahr einer erheblichen und dauerhaften Gesundheitsschädigung verlangen müssen, die sich nach Aufklärung aller Umstände auf hinreichender Tatsachengrundlage nachweislich als sehr wahrscheinlich darstellt“: „Denn nur so lassen sich spekulative Annahmen über mögliche Beeinträchtigungen der Stimmungslage und einem drohenden Verlust des Lebensmuts vorbeugen“. Und überdies muss ein striktes Subsidiaritätsverhältnis zugrunde gelegt werden: „Nur wenn sich die drohenden Schäden ... auf keine andere Weise als allein durch nicht-konsentiertes Vorenthalten der Informationen vermeiden lassen, kann im übertragenen Sinne von einer Notfalllage, von einem echten Dilemma die Rede sein ... – d.h.: Stets vorrangig gegenüber in solchem Sinne ärztlicher Eigenmacht sind die Optionen einer betont schonenden, einfühlsam-tastenden Aufklärung oder eines herbeigeführten Aufklärungsverzichts“<sup>71</sup>. Oder mit anderen Worten: Humanität impliziert nicht die Entmündigung des Patienten, sondern eine menschliche Begegnung mitsamt dem Bemühen um ein Kommunizieren auf menschlich-empathische Weise, um den Hilfsbedürftigen zur Selbstbestimmung zu befähigen.<sup>72</sup>

Medizinethisch liegt dem das Bild einer Arzt-Patienten-Beziehung zugrunde, die einerseits den Patienten nicht als unselbständiges Kind (paternalistisch), aber andererseits auch nicht als bloßen Kunden begreift. Während das sog. „Konsumentenmodell“ strikt zwischen Fakten und deren Bewertung trennt und letztere allein der beliebigen Eigenverantwortung des Patienten überlässt, ist der Arzt im sog. „interpretativen Modell“ ein Freund und Berater, der gemeinsam mit dem Patienten daran arbeitet, dessen Wert- und Zielvorstellungen kohärent sichtbar werden zu lassen, damit dieser auf der Basis solcher Selbsterkenntnis möglichst „gute“ bzw. „richtige“ Entscheidungen (im Sinne seiner subjektiven Präferenzen) treffen kann.<sup>73</sup> Die ärztliche Aufklärung versteht sich in diesem Lichte nicht in erster Linie als (lästige) rechtliche Pflichterfüllung, sondern als genuiner, zentraler Bestandteil einer vertrauensvollen „therapeutischen Partnerschaft“: Das existentielle Angewiesensein des hilfsbedürftigen Patienten appelliert an den behandelnden

---

<sup>69</sup> Siehe etwa BGHZ 85, 327, 333; 90, 103, 109 f.; 107, 222, 226; siehe auch BVerfG NJW 2006, 1116 ff.

<sup>70</sup> Näher Duttge, in: Journal of Yeditepe University, Volume III/2, 2006, S. 91 ff.

<sup>71</sup> Wie Fn 70.

<sup>72</sup> Vgl. Weißauer/Opderbecke, MedR 1992, 312: „Mobilisierung der Selbstbestimmung“; zust. Katzenmeier (Fn 41), Kap. V Rn 94; Laufs, RPG 1997, 3, 11.

<sup>73</sup> Emanuel/Emanuel, Four Models of the Physician-Patient Relationship, in: Journal of the American Medical Association 267 (1992), 2221 ff.

Arzt, „sich der Belange des Patienten anzunehmen und zu versuchen, ihm durch helfende Unterstützung weitestmöglich jene Autonomie zurückzugeben, die er braucht, um seinen eigenen Weg im Umgang mit der Krankheit zu finden“<sup>74</sup>. Die wachsenden Erkenntnisse über die psychologischen Folgen negativer Erwartungen und „schlechter Nachrichten“ (sog. Nocebo-Effekte) bildet daher eine große Herausforderung an die Arzt-Patienten-Kommunikation, rechtfertigt jedoch mitnichten „Taschenspielertricks“ nach Art der ärztlicherseits immer wieder gerne empfohlenen Devise, wonach zwar alles wahr sein müsse, was gesagt werde, jedoch nicht alles gesagt werden müsse:<sup>75</sup> Wahrhaftigkeit ist die unverzichtbare Grundlage einer jeden vertrauensvollen Beziehung, Transparenz und Ernstnahme der Nöte des anderen die zentrale Bedingung für ein gelingendes Miteinander. Und in Abwandlung eines Aphorismus bei *Wittgenstein*: „Worüber man nicht schweigen darf, darüber müssen wir reden (...)“<sup>76</sup>.

#### IV. Zum neuen Patientenrechtegesetz

Transparenz, Stärkung der „Mündigkeit“ des Patienten und Rechtssicherheit waren auch die Leitmotive des Gesetzgebers, als er sich entschloss, die „Patientenrechte“ in Gesetzesform zu gießen.<sup>77</sup> Weil zentrale Aspekte des ärztlichen Behandlungs- und Haftungsrechts bis dato „nur“ Ausprägung von Richterrecht waren, sei es allen Beteiligten wesentlich erschwert gewesen, die jeweils bestehenden Rechte und Pflichten überhaupt zu kennen, geschweige denn innerhalb der konkreten Arzt-Patienten-Beziehung zu realisieren, im Konfliktfall also ggf. auch einzufordern. Ein gesetzlicher Rahmen schaffe die nötige Transparenz und Rechtssicherheit, die es Patienten und Behandler ermögliche, sich „auf Augenhöhe“ begegnen zu können. Dadurch sollten sich zugleich evtl. Lücken des bisherigen Rechts schließen sowie die Defizite bei der Durchsetzung der Patientenrechte beseitigen lassen.<sup>78</sup> Zu diesem Zweck wurde zum einen das SGB V um neue Regelungen (insbesondere zur Stärkung der Rechte gegenüber den Krankenkassen, vgl. §§ 13 IIIa, 66 SGB V, aber auch zur „Stärkung der Patientenbeteiligung“ innerhalb des Systems der GKV, vgl. §§ 99, 140f SGB V) ergänzt sowie zum anderen – vor allem – eine Rahmenkodifikation des gesamten Behandlungs- und Arzthaftungsrechts in das Bürgerliche Gesetzbuch implementiert (§§ 630a-630h BGB).

---

<sup>74</sup> *Maio* (Fn 4), S. 143 f. und 170.

<sup>75</sup> Z.B. *Bauer*, in: Stud. Ber. Kathol. Akademie Bayern 20 (1963), 47 ff.; *Carstensen*, in: Schreiber-FS 2003, S. 627 ff.

<sup>76</sup> *Greß-Heister*, in: Ingensiep/Rehbock /Hrsg.), „Die rechten Worte finden... – Sprache und Sinn in Grenzsituationen des Lebens, 2009, S. 179, 196.

<sup>77</sup> Durch das „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ v. 20.2.2013 (BGBl. I, 277).

<sup>78</sup> Siehe zu den Motiven im Einzelnen: BT-Drucks. 17/10488 bzw. BR-Drucks. 312/12.

Es ist im hiesigen Kontext weder Raum noch Notwendigkeit, diese Kodifikation in ihrer Gesamtheit zu beleuchten.<sup>79</sup> Was die grundlegende Zielsetzung anbelangt, sollte jedoch nicht verschwiegen werden, dass diese bei näherer Betrachtung eine doch arg simplifizierende Vorstellung von der Wirkweise des Rechts offenbart. Denn wie schon an anderer Stelle näher ausgeführt,<sup>80</sup> stützen sich die Annahmen des Gesetzgebers im Kern auf eine dreifache Hypothese, die in all ihren Bestandteilen mit Fragezeichen zu versehen ist: „Erstens, dass die beklagten Defizite bei der Durchsetzung der Patientenrechte in der Vergangenheit gerade oder jedenfalls nicht unwesentlich auch durch deren Unkenntnis bedingt waren; dass zweitens das zentrale Moment dieser Unkenntnis in der fehlenden Vergesetzlichung lag und schließlich drittens die jetzt implementierte Rahmenregelung die erstrebte Transparenz und Verlässlichkeit schaffe“. Was dabei von Grund auf verkannt wird: Die mangelnde Realisierung des Idealbildes einer wahrhaft „therapeutischen Partnerschaft“ hatte und hat ihre Ursache keineswegs (bloß) in einem kognitiven Defizit, sondern im asymmetrischen Machtverhältnis zwischen Arzt und Patient. Auch bei noch so exzellenter Rechtskenntnis kann es dem Patienten leicht widerfahren, dass seine Rechte keine Beachtung finden, dass sie einfach ignoriert werden oder im Betrieb einer Großorganisation (Klinik) „untergehen“. Auf Seiten der Ärzteschaft dürfte es eine gewiss nicht nur seltene Haltung sein, dass mancher sich lieber die seinen Interessen und tradierten Praktiken günstigere „Rechtsmeinung“ zu eigen macht, ggf. durch selektive Eigenlektüre und Laieninterpretation. Die hehre Rede von der größeren Rechtssicherheit durch gesetzliche Verankerung fördert nun gerade den Irrglauben, dass die Komplexität des Rechts durch simple Lektüre eines „passenden“ Rechtssatzes erfasst werden könne. Natürlich ist einzuräumen, dass Richterrecht aufgrund seiner Einzelfallbezogenheit bei der Suche nach seinen generalisierbaren Aussagen stets besondere Verständnisschwierigkeiten aufwirft; immerhin hat es aber den Vorzug der Konkret- und Differenziertheit, was einer notwendig abstrahierenden Rahmengesetzgebung abgeht. Dass die unbestimmten Begriffe des Rahmengesetzes von juristischen Laien besser begriffen werden können als Gerichtsentscheidungen, ist im Übrigen eine wenig plausible Annahme.

Dies zeigt sich nicht zuletzt im hiesigen Kontext der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihrer Grenzen: Der (behandlungsbezogenen) Informations- und (eingriffsbezogenen) Aufklärungspflicht soll es nach dem neuen Patientenrechtegesetz nicht bedürfen, „soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ... [sind], insbesondere wenn die Behandlung/Maßnahme unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Information/Aufklärung ausdrücklich verzichtet hat“ (§§ 630c IV, 630e III BGB). Ein erster unbefangener Blick könnte

---

<sup>79</sup> Dazu etwa *Hart*, MedR 2013, 159 ff.; *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 ff. und NJW 2013, 817 ff.; *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 ff.; *Olzen/Uzunovic*, JR 2012, 447 ff.; *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281 ff.; *Rehborn*, MDR 2013, 497 ff., 565 ff.; *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 ff. und VersR 2013, 267 ff.; *Thurn*, MedR 2013, 153 ff.; *Wagner*, VersR 2012, 789 ff.

<sup>80</sup> *Duttge*, in: Jahrbuch Ethik in der Klinik 6 (2013) – im Erscheinen.

vielleicht glauben lassen, dass therapeutische Vorbehalte hiermit nicht gemeint seien: Immerhin spricht sie der Gesetzgeber nicht ausdrücklich an (Wortsinnargument), und dies gerade im Unterschied zum Einsichtsrecht in die Patientenakte (vgl. § 630g I S. 1 BGB: „...soweit der Einsichtnahme nicht erhebliche therapeutische Gründe ... entgegenstehen“, systematisches Argument). Die gesetzliche Formulierung ist jedoch in zweifacher Hinsicht rätselhaft, weil sie zum einen deutlich zu erkennen gibt, dass es neben den beiden ausdrücklich benannten Fällen (Unaufschiebbarkeit und Verzicht) auch noch weitere Konstellationen geben soll („insbesondere“), die aber zum anderen dem hochgradig unbestimmten Blankett der „besonderen Umstände“ eben nicht zu entnehmen sind. Die Gesetzesbegründung offenbart jedoch unmissverständlich, dass der Gesetzgeber mit der Rubrik der unbestimmten sonstigen Fälle einer „entbehrlichen“ Aufklärung gerade und dezidiert den therapeutischen Vorbehalt in Bezug nehmen wollte: „Der Katalog ... [des § 630c IV bzw. § 630e III BGB] ist nicht abschließend; so können im Einzelfall auch erhebliche therapeutische Gründe der Informationspflicht [bzw. Aufklärungspflicht] entgegenstehen, soweit die begründete Gefahr besteht, dass der Patient infolge der Information sein Leben oder seine Gesundheit gefährdet“<sup>81</sup>. Mit Blick auf § 630e BGB findet sich immerhin noch ergänzend ausgeführt, dass „das Selbstbestimmungsrecht des Patienten aber nur unter engen Voraussetzungen eingeschränkt werden darf“, so dass die Anforderungen an solche therapeutischen Gründe „sehr streng“ zu handhaben seien und dem „Gebot einer schonenden Aufklärung“ Vorrang eingeräumt werden müsse.<sup>82</sup> Das alles ist selbstredend nicht falsch, und doch fragt sich der überraschte Leser, warum diese theoretisch wie praktisch hochbedeutsame Frage in die Gesetzesmaterialien „versteckt“ und die komplexe Aufgabe der näheren Maßstabbildung und konkreten Grenzziehung weitgehend dem Rechtsanwender überlassen wurde.

Man erinnere sich: Der Gesetzgeber ist angetreten, mit der Kodifizierung der Patientenrechte mehr Transparenz und Rechtssicherheit zu schaffen! Dabei hatte der ursprüngliche Referentenentwurf aus den zuständigen Ministerien den „therapeutischen Vorbehalt“ noch ausdrücklich benannt (vgl. §§ 630v IV Nr. 2, 630e III Nr. 2 BGB-E).<sup>83</sup> Dieser Vorschlag ist aber aufgrund der hiergegen vorgebrachten Kritik (aus der Medizinrechtswissenschaft) hernach aus dem Gesetzestext gestrichen worden – um gleichsam still und heimlich „durch die Hintertüre“ wieder Eingang zu finden! Schlimmer noch: Mit einer detaillierten gesetzlichen Regelung hätte der Beurteilungsmaßstab für eine solche „Ausnahme“ verbindlich konkretisiert werden können, was den Ausnahmecharakter erst sichergestellt hätte. Dass sich jetzt in den Materialien punktuell Erwägungen dazu finden, ist letztlich von weit geringerer Verbindlichkeit, denn nach den allgemeinen Grundsätzen der Aus-

---

<sup>81</sup> BT-Drucks. 17/10488, S.23.

<sup>82</sup> BT-Drucks. 17/10488, S.25.

<sup>83</sup> Abrufbar unter:

[www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE\\_Gesetz\\_zur\\_Verbesserung\\_der\\_Rechte\\_von\\_Patientinnen\\_und\\_Patienten.pdf?\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_Gesetz_zur_Verbesserung_der_Rechte_von_Patientinnen_und_Patienten.pdf?_blob=publicationFile).

legungsmethodik entscheidet letztlich, was Eingang in das Gesetz selbst gefunden hat. Mit anderen Worten ebnet das neue Patientenrechtegesetz dem ärztlichen Paternalismus auf ungeahnte Weise Tür und Tor, was als Rückfall in längst überwunden geglaubte Zeiten nachdrückliche Kritik verdient. Der Bundesrat hatte im Übrigen in seiner Stellungnahme zum neuen Gesetz noch für eine abschließende Fassung des Ausnahmereichs unter Verzicht auf einen „therapeutischen Vorbehalt“ plädiert, weil sich Arzt und Patient nur auf der Basis gleicher Informationslage „auf Augenhöhe“ begegnen können;<sup>84</sup> die Bundesregierung hat dies jedoch zurückgewiesen, weil nur eine „allgemein gehaltene Formulierung“ den „notwendigen Spielraum für die Umstände im Einzelfall“ eröffne.<sup>85</sup> Dass die Ausfüllung dieser Spielräume dann denknötwendig doch wieder dem Belieben des jeweils behandelnden Arztes überlassen bleibt, ohne Gewähr, dass sich die intendierte „Ausnahme“ in praxi tatsächlich auf Ausnahmefälle beschränkt, läuft nicht nur dem Anspruch der Patienten auf Gleichbehandlung, sondern nicht zuletzt der Idee der Patientenautonomie eklatant zuwider. Ein Gesetz, das es dem Pflichtigen überlässt, die Grenzen seiner Pflichtigkeit im jeweils konkreten Einzelfall selbst festzulegen, sollte um der sprachlichen Redlichkeit und Verlässlichkeit willen besser nicht (mehr) von einer „Stärkung der Patientenrechte“ sprechen!

## V. Ausblick

Nach alledem ist geradezu evident, was schon seit längerem als gesicherte Erkenntnis aus einer Vielzahl klinisch-praktischer Erfahrungen gelten kann: Die ärztliche Aufklärungspflicht sucht ein hehres Ideal zu verwirklichen, das in der klinischen Praxis nicht nur häufig verfehlt wird, sondern schlimmer noch kontraproduktive Folgewirkungen nach sich gezogen hat, an deren Beseitigung sowohl Ärzteschaft als auch das Recht größtes Interesse haben sollten: Die Ärzteschaft klagt über ein zeitraubendes Überhandnehmen von Bürokratisierung und Formalisierung, woran sie allerdings – man denke an die Vielzahl umfangreicher Aufklärungsformulare in Umsetzung der gerade zu ihrer Entlastung und Absicherung etablierten „Stufenaufklärung“ – nicht ganz unschuldig sind. Für Patienten bleibt mehr oder weniger unverständlich, was ihnen damit eigentlich gesagt werden soll, mehr noch, wenn der behandelnde Arzt dann den „schwarzen Peter“ wieder an das Recht zurückverweist. Im Ganzen werden damit die seit längerem spürbaren Schäden einer sog. „Defensivmedizin“ nur noch befördert, statt dieser endlich mit „vertrauensbildenden Maßnahmen“ entgegenzutreten. Wie bis heute die „Teufelsspirale“ aller hehren Rede von der „therapeutischen Partnerschaft“ Hohn spricht, ist schon bei *Lown* treffend beschrieben: Eine Defensivmedizin „beeinträchtigt die Berufsausübung und beraubt die ärztliche Tätigkeit jeder Menschlichkeit. Der

---

<sup>84</sup> BT-Drucks. 17/10488, S. 41 und 42.

<sup>85</sup> BT-Drucks. 17/10488, S. 54 und 55 („Wahrung der erforderlichen Flexibilität“).

Patient hat es nicht mit einem freundlichen und anteilnehmenden Arzt zu tun, sondern stößt auf Desinteresse und Feindseligkeit. Diese Atmosphäre untergräbt die Kommunikation, und wenn der Patient immer verdrossener und sichtlich unzufriedener wird, wächst bei dem Arzt der Verdacht, dass sein Klient möglicherweise prozesswütig sei. Ist die Beziehung erst einmal schlecht, tritt ein zugesagter Heilerfolg nicht ein, erscheint eine ärztliche Rechnung übertrieben hoch oder setzt eine Komplikation ein, (...) so kommen die Räder eines Rechtsstreites in Gang. Dieser sinnlosen Dynamik haftet die Unvermeidlichkeit einer sich selbst erfüllenden Prophezeiung an: Der Patient hat kaum Gewissensbisse, gegen einen gleichgültigen Fremden eine Klage anzustrengen<sup>86</sup>.

Was könnte dem für die Zukunft, gleichsam zwecks verbesserter Prävention gegen ärztlichen Paternalismus, entgegengesetzt werden? In erster Linie sollte sich der Blick auf die praktischen Rahmenbedingungen richten, in denen ärztliche Aufklärung heute stattfindet: Wo exorbitanter Zeitdruck und Personalknappheit herrscht und die Ökonomie keine Anreize für ein ausführliches Gespräch setzt, kann es nicht überraschen, wenn hier nur noch Fassade und nicht mehr Substanz vorherrscht. Erforderlich wäre insbesondere eine nachhaltige Verbesserung der ärztlichen Befähigung zur laienverständlichen Kommunikation, neben der dringlichen Professionalisierung der medizinrechtlichen Ausbildung im Medizinstudium, die bislang noch immer Nicht- oder Halbjuristen überlassen wird. Interdisziplinäre Forschung täte hier not, um zu evaluieren, warum bei Patienten so wenig „ankommt“, was von ärztlicher Seite kommuniziert wird; interdisziplinäre Forschung hätte desweiteren die Möglichkeit der Ausarbeitung von Konzepten einer verständlichen, sinnhaften und die modernen technologischen Möglichkeiten einbeziehenden „Kommunikation“ zwecks Herstellung und Bewahrung des unverzichtbaren wechselseitigen Vertrauens. Von hier aus macht es dann im zweiten Schritt auch Sinn, über die Angemessenheit des Rechtsrahmens neu zu befinden. Neben der Frage, inwieweit die rechtlichen Anforderungen nicht vielleicht besser (insbesondere bzgl. der Risikoaufklärung) etwas zurückgenommen werden sollten, wäre mehr als bisher auch die Sanktionsseite mit zu bedenken: Es fördert gewiss nicht die erhoffte Vertrauensbeziehung, wenn jedes Aufklärungsdefizit sogleich (auch) strafrechtliche Konsequenzen hat. Hier verdient vielmehr ein Gedanke Beachtung und näherer Diskussion, den *Keiichi Yamanaka* aufgegriffen hat: „Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht muss ... in einer Weise im Fahrlässigkeitstatbestand [scil.: des § 222 bzw. § 229 StGB] berücksichtigt werden, die ihrer Rolle in der Fahrlässigkeitsdogmatik gerecht wird; anders als im Deliktsrecht genügt z.B. allein die Verletzung der Aufklärungspflicht nicht für die Tatbestandserfüllung im Strafrecht<sup>87</sup>. Wie das strafrechtsdogmatisch im Einzelnen begründet werden könnte, harrt – wie vieles im hiesigen Kontext – noch einer Antwort.

---

<sup>86</sup> *Lown* (Fn 1), S. 118.

<sup>87</sup> *Yamanaka*, in: *Heinz-FS* 2010, S. 837, 852.