

Ivo Bach

## Das Leben ist kein Schaden

(zu BGH, 2.4.2019 – VI ZR 13/18, NJW 2019, 1741)

NJW 2019, 1915-1918

### I. Lebensanfang und Lebensende

„Der Mensch hat grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und hat keinen Anspruch auf seine Verhütung oder Vernichtung durch andere.“ Unter anderem mit dieser markanten Begründung lehnte es der *BGH* 1983 in seiner wegweisenden *Wrongful-birth*-Entscheidung<sup>1</sup> ab, einem Kind, das wegen einer Rötelerkrankung der Mutter mit schweren Behinderungen geboren worden war, einen Anspruch gegen den Gynäkologen der Mutter zuzuerkennen. Demgegenüber bejahte er – wie bereits in einigen vorangegangenen Entscheidungen<sup>2</sup> – einen Schadensersatzanspruch der Eltern: Dass der Arzt die Rötelerkrankung der Mutter nicht erkannt habe, stelle eine schuldhaftige Verletzung des Behandlungsvertrags dar. Auch sei den Eltern durch den behinderungsbedingten Mehraufwand für die Versorgung des Kindes ein ersatzfähiger Schaden entstanden. In Fällen, in denen die fehlerhafte Behandlung oder Beratung dazu geführt hat, dass das Kind überhaupt zur Welt gebracht wurde, hielt der *BGH* sogar den gesamten Unterhalt für ersatzfähig, betonte jedoch stets, nicht das Kind sei in diesen Fällen der Schaden, sondern die Vermögenseinbuße der Eltern.<sup>3</sup> Das *BVerfG* verfolgte in Bezug auf den Anspruch der Eltern bemerkenswerterweise keine klare Linie: der *Zweite Senat* hielt die *BGH*-Rechtsprechung für verfassungswidrig,<sup>4</sup> der *Erste* billigte sie.<sup>5</sup>

36 Jahre nach der *Wrongful-birth*-Entscheidung ging es nun<sup>6</sup> um die entsprechende Frage in Bezug auf das Lebensende: um den Anspruch eines unheilbar kranken Patienten gegen seinen Hausarzt auf Schadensersatz und Schmerzensgeld wegen lebensverlängernder Maßnahmen (konkret: in Form der künstlichen Ernährung). Im Ergebnis lehnte der *BGH* diesen Anspruch ab.<sup>7</sup> Er konnte sich dafür allerdings nicht ohne Weiteres auf seine alte *Wrongful-birth*-Entscheidung stützen: Nicht erst seit Inkrafttreten des § 1901 a BGB besteht nämlich kein Zweifel mehr daran, dass ein Mensch durchaus einen Anspruch auf sein Lebensende haben kann – zwar nicht auf die aktive Vernichtung seines Lebens, wohl aber darauf, dessen Erhaltung zu unterlas-

[↑ NJW 2019, 1915 ↑](#)

[↓ NJW 2019, 1916 ↓](#)

sen.<sup>8</sup> Es stellten sich daher zwei neue Fragen: Hat der behandelnde Arzt durch die Fortführung der künstlichen Ernährung seine vertraglichen Pflichten gegenüber dem Patienten verletzt? Und wenn ja: Ist dem Patienten ein ersatzfähiger Schaden entstanden?

Während sich die beiden Vorinstanzen, das *LG* und das *OLG München*,<sup>9</sup> noch ausführlich mit der erstgenannten Frage nach der Pflichtverletzung auseinandergesetzt (und sie bejaht) hatten, beschränkte sich der *BGH* auf die zweitgenannte Frage nach dem ersatzfähigen Schaden.

## II. Lebenserhaltende Maßnahmen als Pflichtverletzung

### 1. Behandlungsfehler

Dass lebenserhaltende Maßnahmen grundsätzlich eine Pflichtverletzung (in Form eines Behandlungsfehlers) darstellen können, steht außer Zweifel: Wie jeder andere ärztliche Heileingriff sind sie nur rechtmäßig, wenn sie a) medizinisch indiziert sind, b) *lege artis* ausgeführt werden und c) von einer informierten Einwilligung des Patienten gedeckt sind.

Komplex und schwierig war im konkreten Fall die Frage der Indikation. Abstrakt gilt diesbezüglich Folgendes: Eine Maßnahme ist indiziert, wenn sie geeignet und – unter Abwägung von Chancen und Risiken – angemessen ist, um das Therapieziel zu erreichen.<sup>10</sup> Maßgeblich für die Beantwortung der Indikationsfrage ist also das Therapieziel. Worin dieses Therapieziel besteht, wird im Regelfall von Arzt und Patient gemeinsam festgelegt. Dabei besteht folgende Rollenverteilung: Der Arzt stellt fest, welche Therapieziele aus medizinischer Sicht mit welcher Erfolgsaussicht erreicht werden können; der Patient entscheidet sich dann nach seinen persönlichen Vorstellungen und Überzeugungen für eines dieser Ziele.<sup>11</sup> Ist der Patient selbst nicht in der Lage an der Festlegung des Therapieziels mitzuwirken, wird sein Betreuer für ihn tätig.

Im konkreten Fall ging es, wie eingangs angerissen, um eine künstliche Ernährung des Patienten, und zwar mittels einer PEG-Sonde. Diese war dem an schwerer Demenz leidenden Patienten bereits 2006 gelegt worden, um ihn gegen Exsikkose (Austrocknung) zu schützen; zuvor hatte er wegen Mangelernährung stationär behandelt werden müssen. Das Therapieziel bestand also letztlich in der Lebenserhaltung. Diesbezüglich war die Ernährung via PEG-Sonde fraglos indiziert. Die Schwierigkeit lag im konkreten Fall nun darin, dass sich der Gesundheitszustand des Patienten im Laufe der Jahre weiter verschlechtert hatte. Es bestand daher spätestens im Jahr 2010 Anlass, über eine Änderung des Therapieziels nachzudenken: weg vom Schutz vor Exsikkose, hin zu einer palliativen Versorgung. Weder der Arzt noch der Betreuer des Patienten hatten diesbezüglich jedoch die Initiative ergriffen. Damit war das Therapieziel nach wie vor auf Lebenserhaltung gerichtet gewesen; die künstliche Ernährung blieb indiziert.

Angemerkt sei an dieser Stelle, dass bisweilen bezweifelt wird, dass die bloße Lebenserhaltung als solche ein taugliches Therapieziel darstelle; vielmehr bedürfe es stets eines Heilerfolgs, zumindest in Form einer Verbesserung der Lebensqualität.<sup>12</sup> Diese Zweifel zerstreut der konkrete Fall. Geht man davon aus, dass die Ernährung via PEG-Sonde nicht zur Erhöhung der Lebensqualität führte, sondern nur der Lebenserhaltung diene, dann galt dies nämlich nicht erst seit 2010, sondern bereits seit 2006. Die damalige Entscheidung zur Einführung der Sonde wird jedoch (zu Recht) an keiner Stelle angegriffen. Seinerzeit war das Therapieziel der reinen

Lebenserhaltung also sicher nicht untauglich. Abstrakt kann man wohl formulieren: Solange das Leben lebenswert ist, stellt dessen reine Erhaltung (auch ohne jede Verbesserung) ein taugliches Therapieziel dar.<sup>13</sup> Die Entscheidung darüber, ob ein Leben lebenswert ist oder nicht, steht indes nur dem Betroffenen selbst zu. Weder Mediziner noch Juristen sind berufen, diese Entscheidung zu treffen. Dementsprechend steht es ihnen auch nicht zu, das Therapieziel der Lebenserhaltung im konkreten Fall einseitig für untauglich zu erklären.<sup>14</sup> Ist der Betroffene nicht mehr in der Lage, die Entscheidung zu treffen, obliegt es seinem Betreuer, das Therapieziel regelmäßig zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen (vgl. § 1901 a II BGB); hinsichtlich der medizinischen Aspekte wird er dabei vom Arzt unterstützt (vgl. § 1901 b I BGB).

## 2. Kommunikationsfehler

Obwohl die künstliche Ernährung also angesichts des fortbestehenden Therapieziels „Lebenserhaltung“ medizinisch indiziert war, haben sowohl das *LG* als auch das *OLG München* eine Pflichtverletzung des Arztes bejaht. Beide Gerichte haben dafür jedoch nicht auf den medizinischen Eingriff, also die künstliche Ernährung als solche abgestellt, sondern darauf, dass der Arzt es unterlassen habe, wegen der veränderten gesundheitlichen Situation des Patienten das Gespräch mit dessen Betreuer zu suchen. Hierzu sei er nämlich verpflichtet gewesen. Das *LG München* las diese Pflicht aus § 1901 b I BGB heraus, wonach Arzt und Betreuer gemeinsam erörtern, welche Maßnahmen auf Basis des Patientenwillens zu treffen sind. Das *OLG München* stützte sich vornehmlich auf die in § 630 e BGB angeordnete Aufklärungspflicht des Arztes.

Der vom *OLG* eingeschlagene Begründungsweg führt allerdings letztlich dazu, dass doch die medizinische Maßnahme als solche eine Pflichtverletzung begründet: Eine ordnungsgemäße Aufklärung ist nämlich Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung, und die Einwilligung ist ihrerseits Voraussetzung dafür, dass der ärztliche Eingriff als rechtmäßig eingestuft werden kann. Dabei gilt für Dauermaßnahmen wie die künstliche Ernährung, dass eine fortgesetzte Einwilligung erforderlich ist.<sup>15</sup> Weil auch die fortgesetzte Einwilligung natürlich eine „informierte“ sein muss, muss der Kenntnisstand des Patienten stets auf dem aktuellen Stand gehalten werden. Mit anderen Worten: Besteht Aufklärungsbedarf und kommt der Arzt diesem nicht nach, dann wird die Einwilligung ex nunc unwirksam.<sup>16</sup>

[↑ NJW 2019, 1916 ↑](#)

[↓ NJW 2019, 1917 ↓](#)

Der *BGH* lässt die Frage nach einer Pflichtverletzung des Arztes ausdrücklich offen, kann sich aber den Hinweis nicht verkneifen, es sei „zweifelhaft“, ob eine Pflichtverletzung vorliege. Diese Zweifel sind durchaus nachvollziehbar. § 1901 b I 2 BGB weist dem Arzt zwar ausdrücklich die Aufgabe der Erörterung mit dem Betreuer zu, schweigt allerdings darüber, von wem hierbei die Initiative auszugehen hat.<sup>17</sup> Das Aufklärungsgespräch nach § 630 e BGB muss der Arzt zwar sicherlich aus eigener Initiative durchführen; es ist allerdings zumindest nicht völlig eindeutig, dass sich diese Aufklärungspflicht auch auf das Therapieziel bezieht. Jedenfalls aber gilt hier, dass der Patient nicht über etwas aufgeklärt werden muss, das er bereits weiß; insoweit ist die Aufklärung nach § 630 e III BGB vielmehr entbehrlich.<sup>18</sup> Zumindest für § 630 e BGB gilt

daher: Einerseits kann vom Arzt dann eine Initiative erwartet werden, wenn sich der gesundheitliche Zustand des Patienten schlagartig und/oder für den Betreuer nicht erkennbar ändert. Andererseits muss der Arzt nicht von sich aus aktiv werden, wenn der Betreuer die wesentlichen Umstände des Gesundheitszustands seines Patienten kennt.<sup>19</sup> Derselbe Maßstab sollte auch im Rahmen des § 1901 b BGB gelten. Einerseits kann es nämlich nicht Aufgabe des Arztes sein, einen nachlässigen Betreuer zum Tätigwerden anzuhalten; andererseits gebietet es das ärztliche Berufsrecht (und Selbstverständnis), dem „Sterbenden Beistand zu leisten“ (§ 1 II MBO-Ä); das gilt auch im Hinblick auf die Anpassung des Therapieziels weg von der Lebenserhaltung, hin zum würdevollen Sterben.

### III. Kein ersatzfähiger Schaden

Der *BGH* umschiffte eine Festlegung in Bezug auf die Pflichtverletzungsfrage, indem er das Pferd gewissermaßen von hinten aufzäumte und die Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld an einem ersatzfähigen materiellen bzw. immateriellen Schaden scheitern ließ.

#### 1. Immaterielle Schäden

Hinsichtlich des immateriellen Schadens verfolgte der *BGH* seine Linie aus der Wrongful-birth-Entscheidung konsequent weiter: Das Leben sei kein Schaden, auch dann nicht, wenn der Patient selbst es als lebensunwert erachte (Leitsatz 1). Zumindest dürfe staatliche Gewalt das menschliche Leben nicht als Schaden – und damit letztlich als unwert – einstufen. Es gibt kein wrongful life: weder eine wrongful birth, noch ein wrongful survival.

Streng genommen liegt der geltend gemachte Schaden zwar nicht im Weiterleben, sondern im Weitererleiden. Beides lässt sich in den betreffenden Situationen aber nicht trennen: Das Leid endet erst, wenn auch das Leben endet.<sup>20</sup> Anders als bei „gewöhnlichen“ Schmerzensgeldansprüchen ist die Alternative zum Leiden eben nicht das leidlose Leben, sondern der Tod. Bemerkenswert ist, dass der *BGH* seine Entscheidung mit einem fast schon transzendenten Argument untermauert (das er in ähnlicher Weise bereits in der Wrongful-birth-Entscheidung angeführt hatte): Der für die Differenzhypothese erforderliche Vergleich zwischen Ist- und Soll-Zustand scheitere an der fehlenden „menschlichen Erkenntnisfähigkeit“ in Bezug auf den letzteren (Rn. 20).<sup>21</sup> Konsequenterweise gilt im umgekehrten Fall dasselbe: Werden lebensverlängernde Maßnahmen pflicht- bzw. rechtswidrig eingestellt, so löst auch dies keinen Schmerzensgeldanspruch des Patienten aus, allerdings bereits aus einem anderen (weltlicheren) Grund, nämlich weil mit dem Tod die Rechtsfähigkeit endet, also die Fähigkeit Inhaber eines Anspruchs zu sein.<sup>22</sup>

Ausdrücklich offen lässt der *BGH* die Frage, ob ein Schmerzensgeldanspruch unmittelbar aus der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts resultieren kann. Eine solche Verletzung kam im konkreten Fall deswegen nicht in Betracht, weil der Patient selbst nie den Willen geäußert hatte, nicht weiter am Leben gehalten zu werden; insbesondere gab es keine Patientenverfügung. Dass der *BGH* die Frage in naher oder ferner Zukunft wird klären müssen, ist unwahrscheinlich: Anders als

Schmerzensgeldansprüche wegen einer Körperverletzung gehen Schmerzensgeldansprüche wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung nach dem Tod des Geschädigten nicht auf dessen Erben über;<sup>23</sup> sie können also nur vom Patienten selbst geltend gemacht werden.

## 2. Materielle Schäden

Den Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens (Kosten der fortgesetzten Heilbehandlung) verneint der *BGH* schließlich mit dem Argument des fehlenden Schutzzweckzusammenhangs zwischen der ärztlichen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden (Rn. 27 ff.). Die Pflicht des Arztes, seinen Patienten sterben zu lassen, wenn dieser es wünscht, diene nicht dazu, den Patienten vor wirtschaftlichen Belastungen zu schützen. Insbesondere – und dieser Aspekt ist dem *BGH* so wichtig, dass er ihn in die Leitsätze seines Urteils aufnimmt – diene die Pflicht nicht dazu, „den Erben das Vermögen des Patienten möglichst ungeschmälert zu erhalten“ (Leitsatz 2).

Letztlich basiert auch diese Entscheidung vornehmlich auf der ethischen Überzeugung, dass das Leben keinen Schaden darstellen könne. Dieser Grundsatz soll nicht über die Hintertür ausgehebelt werden, einen durch das Weiterleben eingetretenen Vermögensverlust geltend zu machen. Auch die *Kosten* des Lebens sind also kein Schaden. Um diese Hintertür für den Kläger zu verstellen, musste der *BGH* allerdings gewissermaßen selbst eine Hintertür nutzen, nämlich eine im Schadensrecht. Daran mag man kritisieren, dass der *BGH* sicherlich eher induktiv als deduktiv vorgegangen sein dürfte. Immerhin aber bleibt er diesbezüglich transparent, wenn er ausdrücklich feststellt, es sei eine „wertende Betrachtung geboten“ (Rn. 30).

Auch bezüglich des materiellen Schadens knüpft das neue Urteil letztlich nahtlos an das alte an. In Sachen *wrongful birth* hat der *BGH* seinerzeit zwar einen Vermögensschaden der Eltern bejaht; dem Kind selbst hat er jedoch keinen Schadensersatz zugebilligt – und dabei ausdrücklich in Kauf genommen, dass der Unterhalt des Kindes nur über die Eltern gesichert ist.<sup>24</sup> Auch damals galt also schon: das *eigene* Leben ist kein Schaden, weder ein immaterieller noch ein materieller. Dass der *BGH* seinerzeit nicht auf das Institut des Schutzzweckzusammenhangs zurückgreifen musste, lag wie erwähnt daran, dass er den Anspruch bereits dem Grunde nach scheitern lassen konnte.

[↑ NJW 2019, 1917 ↑](#)

[↓ NJW 2019, 1918 ↓](#)

## IV. Ausblick

Das Urteil des *BGH* bedeutet eine gewisse Erleichterung für die Ärzteschaft. Zwar kann es naturgemäß nichts daran ändern, dass die Entscheidung über eine Fortsetzung lebenserhaltender Maßnahmen oft schwierig und emotional aufreibend ist. Zumindest entfällt künftig aber die zusätzliche Belastung durch potenzielle haftungsrechtliche Konsequenzen einer (Fehl-)Entscheidung *pro vita*.<sup>25</sup> Offen bleibt freilich, ob auch die Kostenersparnis bei Pflege- und Krankenversicherern außerhalb des Schutzzwecks der Pflicht zum Sterbenlassen liegt, ob der Arzt seine Behandlung also – plump formuliert – bezahlt bekommt. Hinzu kommt, dass das *BGH*-Urteil mögliche straf- und

berufsrechtliche Konsequenzen unberührt lässt. Der Arzt ist also auch künftig keineswegs nur seinem eigenen Gewissen unterworfen.

Es bleibt die Frage, ob es der Patient in der Hand hat, derartige Situationen zu vermeiden, indem er eine Patientenverfügung erstellt. Das erscheint zumindest im konkreten Fall zweifelhaft. Eine Patientenverfügung ist nur wirksam, wenn sie hinreichend bestimmt ist, wenn aus ihr also klar genug hervorgeht, welche Maßnahme in welcher gesundheitlichen Situation gewünscht ist und welche nicht. Im konkreten Fall hätte die Patientenverfügung also festlegen müssen, ab welchem Krankheitsstadium die künstliche Ernährung eingestellt werden solle. Sie hätte also eine Grenzlinie in den Prozess des fortschreitenden körperlichen und geistigen Verfalls zeichnen müssen. Schon der retrospektive Versuch dieser Grenzziehung ist jedoch, wie angerissen, äußerst schwierig; ungleich komplexer ist der prospektiv-prognostische Versuch, einen Zustand zu schildern, ab dem das Leiden den Wunsch weiterzuleben überlagert.

---

<sup>1</sup> BGHZ 86, 240 (250 ff.) = NJW 1983, 1371.

<sup>2</sup> Grdl. BGHZ 76, 249 (253) = NJW 1980, 1450.

<sup>3</sup> Ausdr. etwa BGHZ 124, 128 (135) = NJW 1994, 788; ebenso *Deutsch*, NJW 1994, 776 (778).

<sup>4</sup> BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751 für Fälle des Schwangerschaftsabbruchs.

<sup>5</sup> BVerfGE 96, 375 = NJW 1998, 519 für Fälle der fehlgeschlagenen Sterilisation und der fehlerhaften genetischen Beratung.

<sup>6</sup> BGH, NJW 2019, 1741.

<sup>7</sup> Vgl. etwa BGHZ 154, 205 (216) = NJW 2003, 1588; BGHZ 202, 226 (231 f.) = NJW 2014, 3572.

<sup>8</sup> LG München I, MedR 2017, 889 = BeckRS 2017, 112362; dazu *Ludyga*, NZFam 2017, 595; *Duttge*, MedR 2017, 892; *OLG München*, MedR 2018, 317 = BeckRS 2017, 146433; dazu *Beckmann*, MedR 2018, 556; *Makoski*, jurisPR-MedizinR, 9/2018, Anm. 2.

<sup>9</sup> BÄK, DÄBl. 2015, A-838; *Lipp* in *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2019, Kap. VI Rn. 95; *Beckmann*, MedR 2018, 556; vgl. auch BGHZ 154, 205 (224) = NJW 2003, 1588.

<sup>10</sup> *Duttge*, MedR 2017, 892 (894); *Beckmann*, MedR 2018, 556; *Lipp* in *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. VI. Rn. 107.

<sup>11</sup> *Kurze* in *Burandt/Rojahn*, *Erbrecht*, 3. Aufl. 2019, § 1901 b BGB Rn. 55; *Huber*, *GesR* 2017, 616; vgl. auch *Duttge*, *Medizinische Klinik* 2019, 229 (232); dagegen *Beckmann*, MedR 2018, 556 (560).

<sup>12</sup> Ebenso *Beckmann*, MedR 2018, 556 (560).

<sup>13</sup> Ähnl. *Beckmann*, MedR 2018, 556 (557).

<sup>14</sup> BGHZ 202, 226 (236) = NJW 2013, 3572 (3575).

<sup>15</sup> *Laumen*, MDR 2019, Heft 9, R5 (R6); *Makoski*, jurisPR-MedizinR, 9/2018, Anm. 2.

<sup>16</sup> Vgl. zu dieser Frage einerseits *Beckmann*, MedR 2018, 556 (562); andererseits *Duttge*, MedR 2017, 892 (894).

<sup>17</sup> Begr. des GE der BReg, BT-Drs. 17/10488, 25 re. Sp.; *BGH*, NJW 2003, 2012 (2014); *MüKoBGB/Wagner*, 7. Aufl. 2016, § 630 e Rn. 28; *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, § 630 e BGB Rn. 12.

<sup>18</sup> Ähnl. *Beckmann*, MedR 2018, 556 (559).

<sup>19</sup> Vgl. *Ludyga*, NZFam 2017, 595 (596).

<sup>20</sup> Ähnl. auch *Ludyga*, NZFam 2017, 595 (597).

<sup>21</sup> MüKoBGB/*Spickhoff*, § 1 Rn. 18.

<sup>22</sup> *BGHZ* 201, 45 (46) = *NJW* 2014, 2871.

<sup>23</sup> *BGHZ* 86, 240 (254 f.) = *NJW* 1983, 1371.

<sup>24</sup> Vgl. zur Angst vor Straf- und zivilrechtlicher Haftung als Grund für eine „Defensivmedizin“ *Janda*, *MedR* 2018, 778 (781); ähnl. *Ludyga*, *NZFam* 2017, 595 (598).

<sup>25</sup> Vgl. dazu jüngst *BGH*, *NJW* 2019, 600.