

Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arztrecht

unter besonderer Berücksichtigung ihrer dogmatischen Grundlagen

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz

vorgelegt von
Michael Müller-Hegen
aus Darmstadt

Mainz 2005

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Januar 2005.

INHALTSVERZEICHNIS

<u>Teil A:</u> Einleitung -----	(1)
I.) Gegenstand der Arbeit -----	(1)
II.) Die haftungsrechtliche Brisanz der Thematik -----	(4)
1.) Die Brisanz der Arzthaftung im Allgemeinen -----	(4)
2.) Die Brisanz der Arzthaftung wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung im Besonderen -----	(7)
3.) Generelle Einschätzung/Ausblick -----	(8)
III.) Die geschichtliche Entwicklung der Aufklärungspflicht -----	(10)
<u>Teil B:</u> Überblick: System der Arzthaftung im Deutschen Recht/ Die dogmatischen Grundlagen/Die Lokalisierung der Aufklärungsproblematik im Haftungssystem -----	(14)
I.) Einleitung -----	(14)
II.) Die Anspruchsgrundlagen beim Behandlungsfehler -----	(17)
1.) aus Vertrag -----	(17)
2.) aus Delikt -----	(17)
III.) Die Anspruchsgrundlagen bei Verletzung der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung-----	(18)
1.) aus Vertrag -----	(19)
2.) aus Delikt -----	(21)
<u>Teil C:</u> Deliktischer Rechtsgüterschutz und Schadenszurechnung insbe- sondere bei Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung -----	(24)
I.) Der deliktische Haftungstatbestand -----	(24)
1.) Das verletzte Rechtsgut/ Darstellung der Problematik -----	(24)

a.) Körperverletzungsdoktrin-----	(24)
aa.) Darstellung -----	(24)
bb.) Konsequenzen-----	(25)
aaa.) Beweislast -----	(25)
bbb.) Umfang des Schadensersatzes -----	(26)
b.) Persönlichkeitsrechtsdoktrin -----	(28)
aa.) Darstellung-----	(28)
aaa.) grundsätzliche Anerkennung eines APR. als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB-----	(28)
bbb.) Der nicht ordnungsgemäß konsentierter Heil- eingriff als Persönlichkeitsrechtsverletzung -----	(29)
(a.) Der maßgebliche Unrechtsschwerpunkt -----	(30)
(b.) Diskriminierung des ärztlichen Berufes -----	(30)
bb.) Konsequenzen -----	(31)
aaa.) Beweislast -----	(31)
bbb.) Umfang des Schadensersatzes -----	(32)
c.) Transparenztheorie von Deutsch -----	(33)
d.) Lehre vom doppelten Schutzgut nach Brüggemeier -----	(35)
e.) sonderdeliktsrechtlicher Ansatz -----	(35)

2.) Stellungnahme -----	(37)
a.) Ablehnung der Persönlichkeitsrechtsdoktrin-----	(37)
aa.) Äußerliche Betrachtung des Heileingriffes // vermeintliche Diskriminierung des ärztlichen Berufes, Vergleich mit der Situation anderer Berufe -----	(37)
aaa.) Äußerliche Betrachtung des Heileingriffes -----	(37)
bbb.) vermeintliche Diskriminierung des ärztlichen Berufes, Vergleich mit der Situation anderer Berufe -----	(38)
ccc.) Ergebnis zu aa.) -----	(42)
bb.) dogmatische Gründe gegen die Persönlichkeitsrechtsdoktrin [und deren Varianten]-----	(43)
aaa.) Einleitung -----	(43)
bbb.) Die verfassungsrechtliche Problematik des ärztlichen Heileingriffes/ Einschlägige Grundrechte, Kollisionsregeln-----	(48)
(a.) Die verfassungsrechtliche Qualifizierung der ärzt- lichen Heilbehandlung -----	(48)
(b.) Der Schutz der Selbstbestimmung -----	(48)
(aa.) sachlicher Inhalt des APR.- Grundrechts-----	(48)
(bb.) Die Selbstbestimmung des Patienten nicht als Teil des verfassungsrechtlichen APR -----	(50)
ccc.) Das Spannungsverhältnis Zivilrecht/ Verfassungsrecht. verfassungsrechtliche Bedenken gegen die zivilrecht- liche Persönlichkeitsrechtsdoktrin -----	(52)
(a.) Keine Indikation der zivilrechtlichen Persönlichkeits- rechtsdoktrin durch das Verfassungsrecht-----	(52)
(b.) Ausblendung des Körperbezuges der Heilbehand- lung als zusätzlicher Verstoß gg. Art. 20 III GG.---	(54)
(c.) Rechtshistorisch-funktionaler Aspekt -----	(56)
(d.) Zusammenfassung zu ccc.) -----	(58)
ddd.) Die dogmatische Konzeption des deliktsrechtlichen Rechtsgüterschutzes des § 823 I BGB nach der Körperverletzungsdoktrin -----	(58)
(a.) Die Konzeption der Rechtsprechung-----	(58)
(b.) Die Konzeption des Rechtsgüterschutzes des § 823 I BGB nach der überwiegenden Literatur -----	(59)
eee.) Zwischenergebnis/ eigener Ansatz -----	(61)
(a.) erste Fallgruppe -----	(62)

(b.) zweite Fallgruppe -----	(64)
(c.) dritte Fallgruppe -----	(66)
cc.) ergebnisbezogene Betrachtung der Persönlichkeits- rechtsdoktrin-----	(69)
aaa.) Voraussetzungen und Umfang eines Schadensersatz- anspruches -----	(69)
(a.) Umfang eines Schadensersatzanspruches-----	(70)
(b.) Tatbestandliche Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches -----	(71)
bbb.) Beweislast -----	(73)
ccc.) Zwischenergebnis zu cc.) -----	(74)
dd.) Zusammenfassendes Zwischenergebnis zu aa.) bis cc.) -----	(74)
b.) Ablehnung der Transparenztheorie von Deutsch -----	(76)
c.) Ablehnung von Brüggemeiners Lehre vom Doppelrechtsgut -----	(77)
d.) Ablehnung des sonderdeliktischen Ansatzes nach der Konzeption von Weber-Steinhaus -----	(78)
II.) Rechtsnatur und Inhalt der rechtfertigenden Einwilligung -----	(83)
1.) Einführung in die Problematik -----	(83)
2.) Die Rechtsnatur der rechtfertigenden Einwilligung -----	(83)
3.) Inhalt der rechtfertigenden Einwilligung -----	(90)

III.) Die Relevanz der Unrechtslehren für die Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern -----	(91)
1.) Einleitung -----	(91)
2.) Die Lehre vom Handlungsunrecht -----	(92)
a.) Darstellung mit arzthaftungsrechtlichem Bezug/ Die Position der Literatur -----	(92)
b.) Die Position der Rechtsprechung -----	(96)
3.) Konsequenzen der Lehre vom Handlungsunrecht -----	(97)
a.) Konsequenzen für die Beweislast -----	(97)
b.) Kollisionstendenz der Rechtswidrigkeit mit dem Verschulden ----	(97)
c.) Konsequenzen für den Umfang des zu ersetzenden Schadens -----	(98)
d.) Zusammenfassende Bemerkung und Ausblick -----	(102)
4.) Stellungnahme: Argumente gegen die Lehre vom Verhaltens- unrecht -----	(103)
a.) Die Entstehungsgeschichte des BGB; Sinn und Zweck des absoluten Rechts(güter)schutzes des § 823 I BGB -----	(103)
aa.) Einwände gegen die Lehre vom Verhaltensunrecht bezogen auf den Haftungsgrund -----	(103)
bb.) Einwände gegen die Lehre vom Verhaltensunrecht bezogen auf den Haftungsumfang -----	(107)
b.) Sachliche Unnötigkeit der Lehre vom Verhaltensunrecht -----	(109)
c.) Keine Unstimmigkeiten der Lehre vom Erfolgsunrecht -----	(111)

IV.) Die Problematik der Schadensfolgenrechnung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern -----	(116)
1.) Einleitung -----	(116)
2.) Allgemeine Dogmatik der Zurechnungslehre mit arzt haftungsrechtlichen Bezügen.-----	(118)
a.) Äquivalenztheorie -----	(120)
b.) Die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang -----	(120)
c.) Schadenszurechnung nach dem Schutzzweck der Haftungsnorm --	(122)
aa.) Einleitung -----	(122)
bb.) Anwendungsbereiche der Schutzzwecklehre -----	(126)
aaa.) Schutzbereich eines Schutzgesetzes-----	(126)
bbb.) vertraglicher Schutzbereich-----	(126)
ccc.) Schutzbereich bei § 823 I BGB-----	(127)
(a.) Haftungsbegründung-----	(128)
(b.) Haftungsausfüllung-----	(129)
(aa.) Ablehnung der Normzwecklehre bei § 823 I BGB im Rahmen der Haftungsausfüllung am Beispiel der Ansicht von Larenz und Voll -----	(130)
(bb.) verhaltenspflichtbezogene Ermittlung des Schutzbereiches bei § 823 I BGB im Rahmen der Haftungsausfüllung -----	(132)
(aaa.) Allgemeines -----	(132)
(bbb.) Der verhaltenspflichtbezogene Ansatz von Schramm speziell für das AHR. -----	(134)
((a.)) Darstellung -----	(134)
((aa.)) Behandlungsfehler -----	(134)
((bb.)) Selbstbestimmungsaufklärungsfehler----	(135)
((b.)) Stellungnahme-----	(135)
(ccc.) Der verhaltenspflichtbezogene Ansatz von Helbron speziell für das Arzthaftungsrecht -----	(140)
((a.)) Darstellung-----	(140)
((b.)) Stellungnahme-----	(141)
((aa.)) dogmatische Bedenken -----	(141)
((bb.)) Bedenken gegen die Sachgerechtigkeit der Ergebnisse Helbrons-----	(145)
((cc.)) abschließende Beurteilung von Helbrons Ansatz -----	(147)
cc.) Zwischenergebnis/Stellungnahme zum gesamten Problemkomplex unter c.) -----	(148)

d.) Schadenszurechnung mittels haftungsrechtsspezifischer Topoi: Allgemeine Voraussetzungen und Grundsätze -----	(156)
aa.) Die gesetzliche Lücke/ die teleologische Reduktion -----	(156)
aaa.) Einführung in die Problematik/ die verschiedenen Stufen der Rechtsfindung/ Klärung von Grundbegriffen -----	(156)
bbb.) Die Untauglichkeit der Auslegung -----	(158)
ccc.) Der Weg der Rechtsfortbildung -----	(159)
(a.) die Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung -----	(160)
(aa.) historischer Aspekt -----	(161)
(bb.) teleologischer Aspekt -----	(162)
(b.) die Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung-----	(164)
bb.) Lückenfüllung durch teleologische Reduktion: Die Topik als Hilfsmittel der Rechtsfortbildung zur Auf- findung von Argumenten für Gesetzeslückenfüllung im Einzelfall -----	(165)
aaa.) Die Methode der Lückenfüllung-----	(165)
bbb.) Die topische Methode als Hilfsmittel zur Auffindung von Argumenten--	(167)
cc.) Die Ausfüllung der Lücke als Wertungsproblem -----	(173)
e.) Schadenszurechnung mittels haftungsrechtsspezifischer Topoi: Fallanalyse, Fallvergleichung und Bildung von Fallgruppen bei der Schadensfolgenzurechnung im Kontext der Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern -----	(176)
aa.) Einleitung -----	(176)
bb.) Einzelne Problemvarianten und Zurechnungstopoi -----	(179)
aaa.) 1. Problemvariante -----	(180)
(a.) Darstellung anhand einschlägiger Rechtsprechung-----	(180)
(aa.) Urteil des OLG Karlsruhe, MedR 1983, S. 190 ff. -----	(180)
(bb.) Urteil des BGH, BGHZ 90, 96 ff. -----	(181)
Stellungnahme zu den Urteilen unter (aa.) und (bb.)----	(183)
(cc.) Urteil des BGH, VersR 1989, 514 ff. -----	(184)
Analyse -----	(185)
(aaa.) erste Variante -----	(186)
(bbb.) zweite Variante -----	(186)
(ccc.) dritte Variante -----	(187)

(b.) Stellungnahme zur ersten Problemvariante insgesamt/ Anwendung der Topik-----	(188)
bbb.) 2. Problemvariante -----	(196)
(a.) Darstellung -----	(196)
Urteil des BGH, BGHZ 144,1 -----	(197)
Analyse -----	(197)
(b.) Stellungnahme zur zweiten Problemvariante/ Anwendung der Topik -----	(198)
ccc.) 3. Problemvariante -----	(200)
(a.) Darstellung -----	(200)
Urteil des BGH, VersR 2001, 592 f. -----	(200)
Analyse -----	(200)
(b.) Stellungnahme zur dritten Problemvariante -----	(201)
ddd.) 4. Problemvariante -----	(202)
eee.) 5. Problemvariante -----	(203)
3.) Endergebnis zum gesamten Kapitel Teil C.) IV.) -----	(204)

Teil D: Inhaltliche, formelle und prozessuale Probleme der ärztlichen Aufklärungspflicht -----	(209)
I.) Die inhaltlichen und formellen Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht----	(209)
1.) Einleitung -----	(209)
2.) Die therapeutische Aufklärung -----	(209)
3.) Die Selbstbestimmungsaufklärung -----	(212)
a.) Allgemeine Grundsätze/Überblick-----	(212)
b.) Die Arten der Selbstbestimmungsaufklärung im Einzelnen -----	(214)
aa.) Die Diagnoseaufklärung -----	(214)

aaa.) Diagnoseaufklärung als Teil der Selbstbestimmungsaufklärung-----	(214)
bbb.) Diagnoseaufklärung als selbständige Vertragspflicht/“reiner Diagnosevertrag“-----	(214)
ccc.) Umfang der Diagnoseaufklärung -----	(214)
bb.) Die Verlaufsaufklärung-----	(216)
cc.) Die Risikoaufklärung-----	(218)
aaa.) Einleitung-----	(218)
bbb.) Umfang der Risikoaufklärung-----	(219)
(a.) allgemeine Grundsätze-----	(219)
(b.) Einschränkungen des Umfanges der Risikoaufklärung--	(222)
(aa.) allgemein bekannte Risiken -----	(223)
(bb.) medizinisches Vorwissen -----	(223)
(cc.) Aufklärungsverzicht -----	(224)
(dd.) „therapeutisches Privileg“ -----	(225)
(ee.) Die informierte Behandlungsverweigerung (informed refusal) -----	(227)
(ff.) Die mutmaßliche Einwilligung-----	(228)
4.) Die wirtschaftliche Aufklärung-----	(228)
5.) Der Aufklärende und der Aufzuklärende -----	(230)
a.) Der Aufklärende -----	(230)
b.) Der Aufzuklärende -----	(233)
aa.) Allgemeines -----	(233)
bb.) Minderjähriger Patient -----	(233)
aaa.) Die Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen-----	(233)
bbb.) Funktionale Reichweite der Einwilligungsfähigkeit-	(234)
ccc.) Die Beteiligung der Eltern bei Einwilligungen in Heilbehandlungen von nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen-----	(235)
cc.) Ausländischer Patient -----	(235)
dd.) besondere Lebensumstände -----	(236)
6.) Die Art und Weise der Aufklärung -----	(236)
a.) Verständlichkeit der Aufklärung-----	(236)
b.) Gebot schonender Aufklärung-----	(237)
7.) Die Form der Aufklärung -----	(238)
8.) Der Aufklärungszeitpunkt -----	(239)
a.) Der stationär aufgenommene Patient -----	(241)
b.) Einfache stationäre Eingriffe und stationäre Eingriffe mit weniger einschneidenden Risiken-----	(242)

c.) ambulante Eingriffe-----	(242)
d.) Notoperationen, intraoperative Erweiterungen und Entbindungsmethoden -----	(243)
e.) Narkoserisiken-----	(244)
II.) Beweisrechtliche Probleme der ärztlichen Aufklärungspflicht -----	(245)
1.) Einführung/Überblick über die besonderen beweisrechtlichen Probleme der Arzthaftung-----	(245)
a.) beweisrechtliche Probleme beim Behandlungsfehlervorwurf--	(246)
b.) beweisrechtliche Probleme beim Vorwurf mangelhafter Selbstbestimmungsaufklärung-----	(246)
2.) Beweisprobleme bei der Selbstbestimmungsaufklärungsfehlerrüge im Besonderen-----	(248)
a.) Zulässigkeit der allgemeinen Beweismittel-----	(248)
b.) Aufklärungs- und Einwilligungsfomulare-----	(248)
c.) Eintrag in Krankenakte-----	(250)
d.) Zeugenbeweis-----	(251)
e.) Sachverständigenbeweis-----	(252)
f.) Parteivernehmung des Arztes-----	(252)
3.) materiell-rechtliche Einwände des Arztes bei nicht gelingendem Beweis ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung-----	(253)
a.) Aufklärungsverzicht-----	(253)
b.) Hypothetische Einwilligung/rechtmäßiges Alternativverhalten-----	(253)
c.) hypothetische Kausalität-----	(255)
III.) Stellungnahme zu Teil D.) insgesamt -----	(256)
Schlußwort -----	(262)

LITERATURVERZEICHNIS

Amelung, Knut /Eymann, Frieder: Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, S. 937 bis 946.

Ankermann, Ernst: Haftung für fehlerhaften oder fehlenden ärztlichen Rat, in: Festschrift für Erich Steffen, Berlin, New York 1995, S. 1 bis 17.

Arloth, Frank/ Tilch, Horst (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon , 3. Auflage, Band 3 (q-z), München 2001.

Armbrüster, Christian: Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Der mißglückte Heileingriff, in: JuS 1997, S. 907 bis 912.

Von Bar, Christian: Verkehrspflichten, Göttingen 1980.

Bamberger, Georg/ Roth, Herbert (Hrsg.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (§§ 611 bis 1296), München 2003 zitiert: Bamberger/Roth – Bearbeiter, § ..., Rz

Baston-Vogt, Marion: Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997.

Baumgärtel, Gottfried: Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, herausgegeben von Johannes Baltzer, Gottfried Baumgärtel, Egbert Peters und Helmut Pieper, München 1980, S. 93 bis 109.

Baumgärtel, Gottfried: Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 1, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1991.

Berger, Christian: Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, JZ 2000, S. 797 bis 805.

Bockelmann, Paul: Referat für den 44. DJT 1962, Vierte Abteilung, F 35 bis F 63.

B

Bodenburg, Reinhard: Der ärztliche Kunstfehler als Funktionsbegriff zivilrechtlicher Dogmatik, Göttingen 1983.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, S. 2089 bis 2099.

Bolsinger, Markus P.: Dogmatik der Arzthaftung, Baden-Baden 1999.

Brandenburg, Hans-Friedrich: Die teleologische Reduktion, Göttingen, 1983.

Brüggemeier, Gert: Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, in: AcP 182, (1982), S. 385 bis 452.

Brüggemeier, Gert: Deliktsrecht, Baden-Baden 1986.

Brüggemeier, Gert: Judizielle Schutzpolitik de lege lata – zur Restrukturierung des BGB-Deliktsrechts, JZ 1986, S. 969 bis 979.

Brüggemeier, Gert: Prinzipien des Haftungsrechts. Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Baden-Baden 1999.

Büttner, Hermann: Die deliktsrechtliche Einordnung der ärztlichen Eingriffsaufklärung – ein juristischer Behandlungsfehler ?, in: Festschrift für Karlmann Geiß, Köln/Berlin/Bonn/München, 2000, S. 353 bis 365.

Buschmann, Till Egbert: Die ärztliche Aufklärungspflicht, vornehmlich in der Fortpflanzungsmedizin, Köln, 1998, zitiert: Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht.

Von Caemmerer, Ernst: Wandlungen des Deliktsrechts, Karlsruhe 1964.

Von Caemmerer, Ernst: Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, in: Gesammelte Schriften, Band I, Tübingen 1968, S. 395 bis 410.

Von Caemmerer, Ernst: Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen, in: DAR 1970, S. 283 bis 292.

C

Canaris, Claus-Wilhelm: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1983.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage, Berlin 1983.

Canaris, Claus-Wilhelm: Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993 bis 1004.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161 bis 172.

Damm, Reinhard: Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung, in: JZ 1998, S. 926 bis 938.

Degenhart, Christoph: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, JuS 1992, S. 361 bis 368.

Deutsch, Erwin: Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, in: NJW 1965, Seite 1985 bis 1989.

Deutsch, Erwin: Besprechung von Hans Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht in RabelsZ 33 (1969), S. 763 bis 767.

Deutsch, Erwin: Haftungsrecht und Strafrecht, in: Festschrift für Eduard Wahl, Heidelberg 1973, S. 339 bis 352.

Deutsch, Erwin: Rechtswidrigkeitszusammenhang, Gefahrerhöhung und Sorgfaltsausgleichung bei der Arzthaftung, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer, S. 329 bis 342, Tübingen 1978.

Deutsch, Erwin: Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, in: NJW 1979, S. 1905 bis 1909.

Deutsch, Erwin: Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten, NJW 1980, S. 1305 bis 1309.

D

Deutsch, Erwin: Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: NJW 1984, S. 1802 bis 1803.

Deutsch, Erwin: Aufklärungspflicht und Zurechnungszusammenhang, in: NJW 1989, S. 2313 bis 2314.

Deutsch, Erwin: Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, in: AcP Band 192 (1992), S. 161 bis 180.

Deutsch, Erwin: Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden, in: VersR 1995, S. 609 bis 616.

Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996.

Deutsch, Erwin: Aufklärung und Einwilligung vor Impfungen, VersR 1998, S. 1053 bis 1059.

Deutsch, Erwin: Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York, 1999.

Deutsch, Erwin: Kausalität und Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, in: Festschrift für Karlmann Geiß, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 367 bis 377.

Deutsch, Erwin: Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, ZRP 2001, S. 351 bis 354.

Deutsch, Erwin: Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, in: AcP 202 (2002), S. 889 bis 911.

Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas: Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 5. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York, 2003.

Diederichsen, Uwe: Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 1966, S. 697 bis 705.

E

Dörner, Heinrich: Der Haftungsschadensersatzanspruch des Besitzers und seine Begrenzung bei vertraglich vergrößerter Schadenshöhe, VersR 1980, S. 1000 bis 1005.

Dreier, Horst (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Band I (Art. 1 bis 19), Tübingen 1996.

Dreier, Horst (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar Band II (Artikel 20 bis 82), Tübingen 1998.

Dürig, Günter: Grundrechte und Zivilrechtsprechung in: Festschrift für Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 bis 190.

Dunz, Walter: Zuzurechnende Schadensfolgen bei mangelhafter Aufklärung des Patienten, in: Festschrift für Helmut Narr. Berlin/Heidelberg/New York 1988, S. 144 bis 149.

Ehlers, Alexander P.F.: Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, Köln/Berlin/Bonn/München 1987

Ehlers, Alexander P.F./ Broglie, Maximilian G.: Arzthaftungsrecht. Grundlagen und Praxis, 2. Auflage, München 2001.

Ehmann, Horst: Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Jus, 1997, Seite 193 bis 203.

Emmerich, Volker: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.02.1984 [VI ZR 174/82], in: JuS 1984, S. 809 bis 810.

Engisch, Karl/ Hallermann, Wilhelm: Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht Köln/Berlin/Bonn/München 1970.

Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, 9. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 1997.

Erichsen, Hans-Uwe: § 152, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Freiheitsrechte, Heidelberg 2001, S. 1185 bis 1220.

F

Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 10. Auflage, Münster, 2000. (zitiert: Erman/Bearbeiter, §, Rz).

Esser, Josef: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1972.

Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. unveränderte Auflage, Tübingen 1990.

Esser, Josef/Schmidt, Eike: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg 2000.

Esser, Josef/ Weyers, Hans-Leo: Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg 2000.

Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin/New York 1997.

Fischer, G.: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79, in: JR 1981, S. 501 bis 503

Foerste, Ulrich: Anmerkung zu Michael Börgers: Von den „Wandlungen“ zur „Restrukturierung“ des Deliktsrechts?, in: AcP 194 (1994), S. 516 bis 520.

Forkel, Hans: Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, S. 593 bis 599.

Fraenkel, Michael: Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Absatz 1 BGB, Berlin 1979.

Frahm, Wolfgang/Nixdorf, Wolfgang: Arzthaftungsrecht, Karlsruhe 2001.

Francke, Robert: Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte. Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des ärztlichen Berufsrechts und des Patientenschutzes, Stuttgart, 1994 zitiert: Franke, Patientenrechte.

Francke, Robert/ Hart, Dieter: Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation. Eine Untersuchung zum privaten und öffentlichen Recht der Arzt- Patient-Beziehung, Stuttgart 1987

G

Franzki, Dietmar: Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, Berlin 1982.

Franzki, Harald: Von der Verantwortung des Richters für die Medizin – Entwicklungen und Fehlentwicklungen der Rechtsprechung zur Arzthaftung, in: MedR 1994, S. 171 bis 179.

Freund, Georg/Heubel, Friedrich: Der menschliche Körper als Rechtsbegriff, MedR 1995, S. 194 bis 198.

Friese, Ulrich: Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, Diss. Jur. Erlangen/Nürnberg 1968. Zitiert: Haftungsbegrenzung für Folgeschäden.

Füllmich, Reiner: Zur Ablehnung künstlich lebensverlängernder medizinischer Maßnahmen durch nicht entscheidungsfähige Patienten, NJW 1990, S. 2301 bis 2303.

Geiß, Karlmann/ Greiner, Hans-Peter: Arzthaftpflichtrecht, 4. Auflage, München 2001.

Gehrlein, Markus: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.01. 2001, [VI ZR 353/ 99], VersR 2001, S. 593.

Giesen, Dieter: Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung, Jura 1981, S. 10 bis 24.

Giesen, Dieter, Arzthaftungsrecht im Umbruch (II) – Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung seit 1974 – JZ 1982, S. 391 bis 403.

Giesen, Dieter: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 07.02. 1984 [VI ZR 188/82] in: JR 1984, S. 372 bis 374.

Giesen, Dieter: Wandlungen im Arzthaftungsrecht. Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf dem Gebiet des Arzthaftungsrechts in den achtziger Jahren, in: JZ 1990, S. 1053 bis 1064.

Giesen, Dieter: Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, 4. Auflage, Tübingen 1995

H

Giesen, Dieter/ Langkeit, J.: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.02.1989 – [VI ZR 65/88], in: JR 1989, Seite 290-293.

Glatz, Christian: Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung. Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten, Berlin 1998.

Gottwald, Peter: Schadenszurechnung und Schadensschätzung. Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß, München 1979.

Greiner, Hans-Peter: Aufklärung über >Behandlungsschritte< und >Behandlungstechniken< , in: Festschrift für Karlmann Geiß, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 411 bis 428.

Großfeld, Bernhard: Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, Heidelberg/Karlsruhe 1977.

Grupp, Klaus: Rechtliche Probleme alternativer Behandlungsmethoden, MedR 1992, S. 256 bis 263.

Hart, Dieter: Autonomiesicherung im Arzthaftungsrecht. Ein Beitrag zur Entkoppelung von ärztlicher Aufklärungspflicht und Körperverletzung, in: Festschrift für Helmut Heinrichs, München 1998, S. 291 bis 318.

Hauß, Fritz: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.02.1989, [VI ZR 65/ 88], in: VersR 1989, S. 517-518.

Heilmann, Joachim: Der Stand der deliktischen Arzthaftung, in: NJW 1990, S. 1513 bis 1520.

Heisig, Carsten: Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich, Hamburg 1999.

Helbron, Hanja: Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, München 2001

Hoppe, Jürgen F.: Der Zeitpunkt der Aufklärung des Patienten – Konsequenzen der neuen Rechtsprechung, in: NJW 1998, Seite 782 bis 787.

Horn, Norbert: Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, NJW 1967, S. 601 bis 608.

I

Huber, Ulrich: Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 07.06. 1968, JZ 1969, S. 677 bis 683.

Huber, Ulrich: Verschulden, Gefährdung und Adäquanz, in: Festschrift für Eduard Wahl, Heidelberg 1973, S. 301 bis 337.

Hübner, Ulrich: Die Berufshaftung – ein zumutbares Berufsrisiko? NJW 1989, S. 5 bis 11.

Hufen, Friedhelm: Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, zweiter Band, Tübingen 2001 (S. 105 bis 125).

Jakobs, Horst Heinrich/ Schubert, Werner (Herausgeber): Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 652 bis 853, Berlin/New York, 1983.

Jansen, Nils: Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB, in: AcP 202 (2002), S. 517 bis 554.

Jansen, Nils: Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003.

Jarass, Hans D: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, in: NJW 1989, S. 857 bis 862.

Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage, München 2002, zitiert: Jarass/Pieroth – Autor, Art. ..., Rz

Jauernig, Othmar (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, München 2003. (Zit.: Jauernig/Bearbeiter, §, Rz

Jungbecker, Rolf: Die formularmäßige Operationsaufklärung und – einwilligung, MedR 1990, S. 173 bis 182.

Jungnickel, Sebastian/ Meinel, Gernod: Aufklärungsdefizit und verwirklichtes Risiko – zum Schutzbereich der ärztlichen Aufklärungspflicht – in: MDR 1988, S. 456 bis 458.

J

Jorzig, Alexandra: Arzthaftungsprozeß – Beweislast und Beweismittel, MDR 2001, S. 481 bis 485.

Katzenmeier, Christian: Vertragliche und deliktische Haftung in ihrem Zusammenspiel, Berlin, 1994.

Katzenmeier, Christian: Ein Sonderstraftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: ZRP 1997, S. 156 bis 161.

Katzenmeier, Christian: Arzthaftung, Tübingen 2002.

Katzenmeier, Christian: Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung - Umbruch in der Arzthaftung, VersR 2002, S. 1066 bis 1074.

Katzenmeier, Christian: Zur neueren dogmengeschichtlichen Entwicklung der Deliktsrechtstatbestände, in: AcP 203 (2003), S. 79 bis 118.

Kaufmann, Franz Josef: Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß, München 1984.

Kern, Bernd-Rüdiger/Laufs, Adolf: Die ärztliche Aufklärungspflicht - Unter besonderer Berücksichtigung der richterlichen Spruchpraxis Berlin/Heidelberg/New York 1983.

Kerschbaum, Alfred: Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, Regensburg 2000.

Keuk, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, Bonn, 1972.

Kim, Min-Joong: Aufklärungspflicht im Arztrecht. Eine zivilrechtliche Untersuchung über den Umfang und die Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Diss. Göttingen 1989

Kirchhof, Paul: Richterliche Rechtsfortbildung, gebunden an „Gesetz und Recht“, NJW 1986, S. 2275 bis 2280.

Kleindiek, Detlef: Deliktshaftung und juristische Person, Tübingen 1997.

K

Kleinewerfers, Herbert: Gutachterstelle sowie ärztliche Sorgfalts- und Aufklärungspflichten, VersR 1986, S. 1140 bis 1148.

Kötz, Hein/ Wagner, Gerhard: Deliktsrecht, 9. Auflage, Neuwied und Kriftel 2001.

Kohlhaas, Max: Medizin und Recht, München/Berlin 1969.

Kohte, Wolfhard: Die rechtfertigende Einwilligung, in: AcP 185 (1985), S. 105 bis 161.

Kramer, Ernst: Schutzgesetze und adäquate Kausalität, JZ 1976, S. 338 bis 346.

Kriele, Martin: Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Auflage, Berlin 1976.

Kröning, Jürgen: Die Bedeutung des Kunstfehlers für die Haftung des Arztes nach § 823, Abs. 1 BGB, Diss. Göttingen 1974.

Von Kübel, Franz Philipp (Verfasser): Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 Allgemeiner Teil, Berlin/New York 1980.

Künnell, Erich: Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers, in: VersR 1980, S. 502 bis 510.

Lackner, Karl/ Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Auflage, München 2001.

Lang, Rolf: Normzweck und Duty of Care. Eine Untersuchung über die Grenzen der Zurechnung im deutschen und anglo-amerikanischen Deliktsrecht, München 1983.

Lange, Heinrich: Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, AcP 156 (1957), S. 114 bis 136.

Lange, Hermann: Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Tübingen 1960.

Lange, Hermann: Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente, in: JZ 1976, S. 198-207.

L

Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried: Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen 2003.

Larenz, Karl: Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in: Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 275 bis 305.

Larenz, Karl: Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik, JZ 1962, S. 105 bis 110.

Larenz, Karl: Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht, in: Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen 1970, S. 79 bis 90.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 11. Auflage, München 1977.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin u.a. 1992.

Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994.

Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg 1995.

Laufs, Adolf: Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht, NJW 1969, S. 529 bis 533.

Laufs, Adolf: Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge, in: NJW 1974, S. 2025 bis 2030.

Laufs, Adolf: Die Entwicklung des Arztrechts 1989/90, in: NJW 1990, S. 1505 bis 1513.

Laufs, Adolf: Der Arzt im Recht – historische Perspektiven und Zukunftsfragen: eine Skizze, in: FS für Hermann Lange, Stuttgart/Berlin/Köln 1992, S. 163 bis 184.

M

Laufs, Adolf: *Arztrecht*, 5. Auflage, München 1993.

Laufs, Adolf: Die Entwicklung des Arztrechts 1993/1994, *NJW* 1994, S. 1562 bis 1571.

Laufs, Adolf: *Unglück und Unrecht. Ausbau oder Preisgabe des Haftungssystems?* Heidelberg 1994.

Laufs, Adolf: *Medizinrecht im Wandel*, *NJW* 1996, S. 1571 bis 1580.

Laufs, Adolf/ Dierks, Christian/ Wienke, Albrecht/ Graf-Baumann, Toni/ Hirsch, Günther: *Die Entwicklung der Arzthaftung*, Berlin u.a. 1997.

Laufs, Adolf/ Hiersche, Hans-Dieter: Anm. zu BGH, Urteil v. 16.02.1993 - VI ZR 300/91 (Nürnberg), in: *NJW* 1993, S. 2375.

Laufs, Adolf/ Kern, Bernd-Rüdiger: Anm. zu BGH, Urteil vom 07.02.1984 [VI ZR 188/82 (Oldenburg)] in *JZ* 1984, S. 631 bis 632.

Laufs, Adolf/ Uhlenbruck, Wilhelm, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, München 2002.

Lepa, Manfred: Beweisprobleme beim Schadensersatzanspruch aus Verletzung der Verpflichtung des Arztes zur Risikoaufklärung, in: *Festschrift für Karlmann Geiß*: Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 449 bis 460.

Lorenz, Dieter: § 128, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Isensee, Josef /Kirchhof, Paul (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI, Freiheitsrechte, Heidelberg 2001, S. 3 bis 39.

Lüer, Hans-Jochem: *Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen*, Karlsruhe, 1969 zitiert: *Die Begrenzung der Haftung*.

Von Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian: *Das Bonner Grundgesetz - Kommentar Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19*, München 1999, zitiert: v MKS/ Bearbeiter, Art... Rz ...

Martis, Rüdiger/ Winkhart, Martina: *Arzthaftungsrecht aktuell*, Köln 2003.

N

Maunz, Theodor / Dürig, Günter: Grundgesetz Kommentar, Band I (Art. 1 bis 11), Loseblatt, Stand: 42. Ergänzungslieferung, zitiert: Maunz/Dürig- Bearbeiter, Art. ..., Rz

Von Mayenburg, David: Nur Bagatellen ? - Einige Bemerkungen zur Einführung von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung im Regierungsentwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, VersR 2002, S. 278 bis 287.

Medicus, Dieter: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), S. 35 bis 70.

Medicus, Dieter: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 10. Auflage, München 2000.

Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, 19. Auflage, München 2002.

Medicus, Dieter: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 13. Auflage, München 2002.

Menter, Myriam J.: Die therapeutische Aufklärung als Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Heilpflichtprimat des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, Diss. Bremen, Aachen 1994, zitiert: Menter, Die therapeutische Aufklärung.

Mertens, Hans-Joachim: Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967.

Mertens, Hans-Joachim: Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, in: AcP 178, (1978), S. 227 bis 262.

Mertens, Hans-Joachim: Verkehrspflichten und Deliktsrecht, in: VersR 1980, S. 397 bis 408.

Mertens, Hans-Joachim/ Reeb, Hartmut: Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlungen, JuS 1971, S. 586 bis 589.

Michalski, Lutz: Haftungsbeschränkung durch den Schutzzweck der Norm, Jura 1996, S. 393 bis 396.

O

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1896.

Müller, Gerda: Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß, NJW 1997, S. 3049 bis 3056.

Müller, Gerda: Aufklärungsfehler als Grundlage ärztlicher Haftung, in: Festschrift für Karlmann Geiß, Köln/Berlin/ Bonn/ München 2000, S. 461 bis 475.

Müller, Gerda: Spielregeln für den Arzthaftungsprozeß, in: DRiZ 2000, S. 259 bis 271.

Müller, Gerhard: Gesetzgebung und Richterrecht, DB 1981, S. 93 bis 102.

Von Münch, Ingo Staatsrecht, Band II, 5. Auflage Stuttgart/ Berlin/ Köln 2002.

Von Münch, Ingo/ Kunig, Philip: Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Auflage, München 2000, zitiert: von Münch/Kunig – Bearbeiter, Art. ..., Rz ...

Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 bis 240, AGB-Gesetz) 4. Auflage, München 2001.

Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§241 bis 432) 4. Auflage, München 2001.

Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, Halbband 2 (§§652 bis 853), 2. Auflage, München 1986.

Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II (§§ 607 bis 704), 3. Auflage, München 1997.

Münchener Kommentar zum BGB, Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III (§§705-853), 3. Auflage, München 1997.

Musielak, Hans-Joachim: Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozeßfähigkeit, NJW 1997, S. 1736 bis 1741.

P

Ohly, Ansgar: „Volenti non fit iniuria“ Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002, zitiert: „Die Einwilligung im Privatrecht“.

Pannek, H.W./ Oppel, F./ Wolf, P.: Die Patientenaufklärung vor epilepsiechirurgischen Operationen (Wahleingriffen), ArztR 2001, S. 200 bis 205.

Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 62. Auflage, München 2003, (zitiert: Palandt/ Bearbeiter, § ... Rz ...).

Palandt, Otto (Begr.): Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Ergänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München 2002, zitiert: Palandt/Bearbeiter, SMG § ..., Rz

Park, Young-Kyu: Das System des Arzthaftungsrechts, Frankfurt a.M. u.a. 1992.

Pawlowski, Hans-Martin: Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage, Heidelberg 1999.

Pelz, Franz Joseph: Entwicklungstendenzen des Arzthaftungsrechts, DRiZ 1998, S. 473 bis 481.

Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard, Grundrechte/ Staatsrecht II, 18. Auflage, Heidelberg 2002.

Preusche, Rainer: Unternehmensschutz und Haftungsbeschränkung im Deliktsrecht, Berlin 1974.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs

a.) Band I, Berlin 1897, zitiert: Protokolle Bd I.

b.) Band II, Berlin 1898, zitiert: Protokolle Bd II.

Quentin, Andreas: Kausalität und deliktische Haftungsbegründung, Berlin 1994.

Rehbock, Klaus: Topik und Recht. Eine Standortanalyse unter besonderer Berücksichtigung der aristotelischen Topik. München 1988.

Q

Reiling, Emil: Buchbesprechung von Jörg Fastenrath: „Arzthaftpflichtprozeß und Beweislastverteilung“, MedR 1992, S. 268 bis 269.

RGRK: Reichsgerichtsrätekomentar. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Bundesgerichtshofes,
a.) Band II, 5. Teil, (§§ 812-831); 12. Auflage, Berlin / New York 1989. (zitiert: RGRK-Bearbeiter, § Rz);
b.) Band II, 1. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse, (§ 433 bis 704), Berlin 1959.

Rolfs, Christian: Neues zur Deliktshaftung Minderjähriger, JZ 1999, S. 233 bis 242.

Rosener, Wolfgang: Die Einwilligung in Heileingriffe, Diss. Berlin 1965.

Roßner, Hans-Jürgen: Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten: eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts, Frankfurt 1998.

Roßner, Hans-Jürgen: Verzicht des Patienten auf eine Aufklärung durch den Arzt, in: NJW 1990, S. 2291-2296.

Roussos, Kleantis, Schaden und Folgeschaden, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1992.

Rumler-Detzel, Pia: Psychosoziale Belange der Parteien in Arzthaftungsprozessen und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Arzthaftungsrecht, in: FS Erich Steffen, Berlin/ New York 1995, S. 373 bis 386.

Rumler-Detzel, Pia: Die Aufklärungspflichtverletzung als Klagegrundlage. Häufigkeit, Inhalt, Prozeßerfolg in der Prozeßentwicklung eines Oberlandesgerichts, in: Festschrift für Erwin Deutsch, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, S. 699 bis 709.

Sabella, Joseph D.: Stand der Arzthaftpflichtversicherung in den USA, in: VersR 1990, S. 1186 bis 1193.

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage, München 2003, zitiert: Sachs- Bearbeiter, Art. Rz

Schack, Haimo: Der Schutzzweck als Mittel der Haftungsbegrenzung im Vertragsrecht, JZ 1986, S. 305 bis 314.

R

Schaffer, Wolfgang: Die Aufklärungspflicht des Arztes bei invasiven medizinischen Maßnahmen, in: VersR 1993, S. 1458 bis 1465.

Schickedanz, Erich: Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie, NJW 1971, S. 916 bis 920.

Schiemann, Gottfried: Besprechung von
Huber, Christian: Fragen der Schadensberechnung und
Roussos, Kleanthis: Schaden und Folgeschaden,
in: AcP 194 (1994), S. 414 bis 419.

Schlechtriem, Peter: Inhalt und systematischer Standort des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, DRiZ 1975, S. 65 bis 70.

Schlosshauer-Selbach, Stefan: Zurechnungszusammenhang und Selbstbestimmung bei ärztlicher Aufklärung, in: NJW 1985, S. 660-663.

Schlund, Gerhard H.: Zur Haftung des Anästhesisten aus juristischer Sicht, MedR 1993, S. 185 bis 189

Schlund, Gerhard H.: Rechtliche Vorgaben bei operativen gynäkologischen Eingriffen am Beispiel der ärztlichen Verpflichtung zu Aufklärung und Dokumentation, MedR 1994, S. 190 bis 193.

Schmid, Hugo: Die Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: NJW 1984, 2601-2606.

Schmidt, Eberhard: Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, Tübingen 1962.

Schmitt Glaeser, §129: Schutz der Privatsphäre, in: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Freiheitsrechte, Heidelberg 2001.

Schnapp, Friedrich E/ Düring, Ruth: Die Rechtsbeziehung zwischen Kassenzahnarzt und sozialversichertem Patienten nach dem Gesundheits-Reformgesetz, NJW 1989, S. 2913 bis 2917.

S

Schnorbus, York: Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung von Sperma – BGH, NJW 1994, 127, in: JuS 1994, S. 830 bis 836.

Schönke, Adolf/ Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, 26. Auflage, München 2001.

Schramm, Stephan: Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, Karlsruhe 1992

Schubert, Werner (Hrsg.): Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1. Allgemeiner Teil; Verfasser: Franz Philipp von Kübel, Berlin/New York, 1980. (zit. VE zu §..., S. ...).

Schünemann, H.: Einwilligung und Aufklärung von psychisch Kranken, in: VersR 1981, S. 306 bis 310.

Schulze, Christian: Die Haftung des Schädigers bei besonderen Eigenschaften (Abnormitäten) des Opfers im deutschen und englischen Deliktsrecht, Frankfurt/Main 1984.

Siedler, Johannes: Haftungsbegrenzung nach der Adäquanztheorie und der Normzwecklehre, Diss Würzburg 1987.

Soergel, Hs. Th. (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Allgemeiner Teil 2 (§§ 104 bis 240) Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1999.

Soergel, Hs. Th. (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I (§§241 bis 432), 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 1990, zitiert: Soergel-Bearbeiter, BGB § ... Rz ...

Soergel, Hs. Th. (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band 5/2, Schuldrecht IV/2 (§§823 bis 853), 12. Auflage, Stuttgart/ Berlin/ Köln 1999, zitiert: Soergel/Bearbeiter, § ... Rz

Sourlas, Paul: Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach § 823 I BGB, Berlin 1974.

Spickhoff, Andreas: Die Entwicklung des Arztrechts 2001/ 2002, NJW 2002, S. 1758 bis 1767.

T

Spickhoff, Andreas: Die Entwicklung des Arztrechts 2002/ 2003, NJW 2003, S. 1701 bis 1710.

J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

- a.) Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§243 bis 254), 12. Auflage, Berlin 1983.
- b.) Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§249 bis 254), 13. Bearbeitung, Berlin 1998.
- c.) Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, (§§ 823 bis 825), 13. Bearbeitung, Berlin 1999.

Steding, Rolf: § 90 a BGB: nur juristische Begriffskosmetik? Reflexionen zur Stellung des Tieres im Recht, JuS 1996, S. 962 bis 964.

Steffen, Erich: Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz und Handlungsfreiheit, VersR 1980, S. 409 bis 412.

Steffen, Erich: Patientenaufklärung: Zurechnungszusammenhang und Schadensberechnung, in: RPG 1997, S. 95 bis 100.

Steffen, Erich/ Dressler, Wolf-Dieter: Arzthaftungsrecht: Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung , 9. Auflage, Köln 2002.

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, München 1994.

Stoll, Hans: Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 364/365, Tübingen, 1968.

Stoll, Hans: Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, in: AcP 176 (1976), S. 145 bis 196.

Stoll, Hans: Freiheit der Meinungsäußerung und Schutz der Persönlichkeit in der neueren Rechtsprechung zur zivilrechtlichen Haftung, Jura 1979, S. 576 bis 590.

Struck, Gerhard: Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt/ Main 1971.

U

Stürner, Rolf: Die Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß, in: NJW 1979, S. 2334 bis 2338.

Taupitz, Jochen: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 09.11.1993 [VI ZR 62/ 93], in: JR 1995, S. 22 bis 25.

Tempel, Otto: Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: NJW 1980, S. 609-617

Thalheim, Eva: Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung. Ein Vergleich zwischen Adäquanz-, Schutzzweck- und Schutzbereichstheorie, Diss. Jur. Hamburg 1964.

Tröndle, Herbert: Selbstbestimmungsrecht des Patienten – Wohltat und Plage ? MDR 1983 S. 881 bis 887.

Ulsenheimer, Klaus: Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin – ein Verhältnis von Ursache und Wirkung, Berlin 1997.

Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 14. Wahlperiode, Drucksachen Band 690 (Drucksachen 14/ 7721 bis 14/ 7830), Berlin 2001.

Viehweg, Theodor: Topik und Jurisprudenz 5. Auflage, München 1974.

Voll, Doris: Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt/ Berlin 1996.

Wachsmuth, Werner/ Schreiber, Hans-Ludwig: Das Dilemma der ärztlichen Aufklärung, in: NJW 1981, 1985-1987.

Weber-Steinhaus, Dietrich: Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, Stuttgart, 1990

Wertenbruch, Johannes: Der Zeitpunkt der Patientenaufklärung, in: MedR 1995, S. 306-310

Weyers, Hans-Leo/ Mirtsching, Wolfram: Zum Stand des Arzthaftungsrechts, JuS 1980, S. 317 bis 323.

Weyers, Hans-Leo: Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen ? Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag, München 1978.

Wiethölter, Rudolf: Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln/ Berlin 1962.

Wolf, Joseph Georg: Der Normzweck im Deliktsrecht, Göttingen 1962.

Wussow, Robert-Joachim: Umfang und Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, VersR 2002, S. 1337 bis 1345.

Zippelius, Reinhold: Problemjurisprudenz und Topik, NJW 1967, S. 2229 bis 2234.

Zippelius, Reinhold: Rechtsphilosophie, 4. Auflage, München 2003.

Zöller, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, begründet von Richard Zöller, 23. Auflage Köln 2002.

Abkürzungsverzeichnis

I: Gesetze und Verordnungen, Zeitschriften, Entscheidungssammlungen

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AMG...	Arzneimittelgesetz
ArztR	Arztrecht
BÄrztO	Bundesärzteordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Amtliche Sammlung der BGH-Rechtsprechung in Zivilsachen, Band und Seite
BGHSt	Amtliche Sammlung der BGH-Rechtsprechung in Strafsachen, Band und Seite
BOÄ	Berufsordnung für Deutsche Ärzte
BVerfGE	Amtliche Sammlung der VerfG-Rechtsprechung, Band und Seite
DÄBL	Deutsches Ärzteblatt
DAR	Deutsches Autorecht
DRL	Deutsches Rechtslexikon
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EGBGB	Einührungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
RGZ	Amtliche Sammlung der RG-Rechtsprechung in Zivilsachen, Band und Seite
RGSt	Amtliche Sammlung der RG-Rechtsprechung in Strafsachen, Band und Seite
VersR	Versicherungsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

II. Juristische Fachausdrücke, allgemeine Wortabkürzungen

aA.	andere Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
Abl.	Ablehnung
abl.	ablehnen(d)
abs.	absolut
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
aE.	am Ende
aF.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
a. Grd.	auf Grund, auf Grund von
allg.	allgemein
allg.M.	allgemeine Meinung
APR	Allgemeines Persönlichkeitsrecht
a.M.	anderer Meinung
and.	anders
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
bes.	besonders
bestr.	bestritten
Bsp.	Beispiel
bzgl.	bezüglich
c.i.c.	culpa in contrahendo
ders.	derselbe
dh.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
Einf.	Einführung
f.	und die folgende Seite
ff.	und die folgenden mindestens zwei weiteren Seiten
Fn.	Fußnote
FS.	Festschrift
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
Grds.	Grundsatz
grdsl.	grundsätzlich
GS.	Gedächtnisschrift
Hs.	Halbsatz
hL.	herrschende Lehre
hM.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
idF.	in der Fassung
idR.	in der Regel
iE.	im Einzelnen

i.Erg.	im Ergebnis
ieS.	im engeren Sinne
iHv.	in Höhe von
ind.	individuell
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des
IVm.	in Verbindung mit
iwS.	im weiteren Sinne
KG	Kammergericht
krit.	kritisch
LG	Landgericht
LS	Leitsatz
li. Sp.	linke Spalte
ltd.	leitend
mat.	materiell
m.E.	meines Erachtens
mind.	mindestens
MJ., mj.	Minderjähriger, minderjährig
mwN.	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung, neue Folge
obj.	objektiv
OLG	Oberlandesgericht
priv.	privat
pVV	positive Vertragsverletzung
re. Sp.	rechte Spalte
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
SE	Schadensersatz
str.	streitig
subj.	subjektiv
umstr.	umstritten
u.a.	unter anderem
Vfg.	Verfügung
vgl.	vergleiche
zT.	zum Teil
zus.	zusammen
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
zZ.	zur Zeit

Teil A: Einleitung

I.) Gegenstand der Arbeit

Das Recht der Arzthaftung gilt heute als ein eigener haftungsrechtlicher Komplex¹ und ist - nicht zuletzt, weil es keine spezialgesetzliche Regelung erhalten hat² - deshalb ein rechtlich besonders umstrittenes Gebiet. Es gibt kaum einen Ansatzpunkt, kaum eine Meinung, die hier bisher nicht vertreten wurde³.

Nicht nur die dogmatischen Grundlagen der Arzthaftung sind bisher alles andere als gesichert⁴, auch in tatsächlicher Hinsicht wird eine kaum überschaubare Kasuistik⁵ und dadurch insgesamt bedingt, eine erhebliche Rechtsunsicherheit⁶ beklagt. Die dogmatischen Unsicherheiten zeigen sich besonders deutlich bei der Haftung des Arztes wegen mangelhafter *Aufklärung des Patienten*⁷, weshalb dieser Problembereich auch Gegenstand dieser Arbeit sein soll.

Wenn - etwas vergrößernd - von „ärztlichen Aufklärungspflichten“ gesprochen wird, so ist hierunter keinesfalls nur, aber in erster Linie die Pflicht des Arztes zur *Selbstbestimmungsaufklärung*⁸ des Patienten vor einem ärztlichen Eingriff gemeint, um die es in dieser Arbeit auch im Schwerpunkt geht.

Ein anderer wichtiger Problembereich der ärztlichen Aufklärungspflicht ist die sogenannte *therapeutische Aufklärung*. In deren Rahmen mahnt der Arzt den Patienten zum therapiegerechten Verhalten an und klärt ihn über die Risiken auf, die er bei Verstoß gegen diese „Verhaltenspflicht im eigenen Interesse“ laufen kann.⁹ Fehler der therapeutischen Aufklärung werden dogmatisch als *Behandlungsfehler* gewertet.

¹ Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, S.15.

² insoweit unterscheidet es sich nicht von den meisten Rechtssystemen dieser Welt, vgl. Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 1; Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 I (S. 76).

³ Kim, Aufklärungspflicht im Arztrecht, S. 7 oben.

⁴ Vgl. Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, S. 15.

⁵ Hierzu die grundsätzliche Kritik an einem zunehmenden Zerfall unseres Rechtssystems in Einzelfalllösungen schon von Großfeld, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, S. 7, 9 ff.; sowie Zöllner, AcP 188 (1988), 85 (86 ff.); insbes. zum Haftpflichtrecht Laufs, Unglück und Unrecht. Ausbau oder Preisgabe des Haftungssystems?; Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 1, 18 ff.

⁶ Kritik an dieser Rechtsunsicherheit speziell im Arztrecht übte bereits Bockelmann, Referat 44. DJT 1962, 4. Abteilung, F 35:

Das Recht sei „so etwas wie eine dunkle Wolke geworden, aus der das Gericht Blitze niedersausen lassen kann. (...) ob das Gericht morgen diese oder jene Ansicht nicht wieder ändern, ob es nicht den Entschluß fassen wird, das Recht ein weiteres Mal fortzubilden und dabei aufzugeben, was es bisher vertreten hat – wer will darüber eine Prognose wagen? Man bedenke, was diese Ungewißheit für den Arzt bedeutet ...“.

⁷ Deutsch, VersR 1995, 609/ 615 spricht davon, man befinde sich in diesem Zusammenhang auf „schwankendem Boden“, ebenso: MüKO/Mertens (2) [1986], § 823 Rz 423; Schaffer, VersR 1993, 1458/ 1459 f.; Damm, JZ 1998, S. 926, 928: Die dogmatischen Strukturen der ärztlichen Aufklärungspflicht seien „nach wie vor nicht abschließend geklärt“; ähnlich auch Dunz, FS Narr, S. 144, 145.

⁸ Auch „Risikoaufklärung“ oder „Eingriffsaufklärung“ genannt.

⁹ Zur Abgrenzung zwischen beiden Aufklärungsarten noch unten in Teil D.) dieser Arbeit.

Im Rahmen der *Selbstbestimmungsaufklärung* hat der Arzt den Patienten über die mit dem Eingriff verbundenen unvermeidbaren Risiken der Behandlung aufzuklären. Da der Kanon der in diesem Zusammenhang mitzuteilenden Risiken in nicht wenigen Fällen einen ganz erheblichen Umfang erreichen kann, geschieht es nicht selten, daß der Arzt (versehentlich) dem Patienten nicht sämtliche Risiken des Heileingriffes mitteilt. Die Einwilligung des Patienten in die Heilbehandlung ist in diesem Falle dann mangels Kenntnis sämtlicher Eingriffsrisiken unwirksam¹⁰. Man sagt in einem solchen Falle dann häufig auch, daß eine solche ohne wirksame Einwilligung vorgenommene ärztliche Maßnahme eine „eigenmächtige“ sei.¹¹

Stark umstritten ist die *haftungsrechtliche Relevanz* eines Fehlers der Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten.

Zwar kommen in diesen Fällen sowohl vertragliche als auch deliktische Anspruchsgrundlagen für einen Schadenersatzanspruch des Patienten in Betracht. Allerdings hat sich die Diskussion um die dogmatische Konzeption der Arzthaftung wegen „eigenmächtigen Heilbehandlungen“ in der Vergangenheit ganz auf den Bereich des Deliktsrechtes verlagert, der deshalb innerhalb dieser Arbeit auch die zentrale Stellung einnehmen wird.

In diesem Zusammenhang ist nach wie vor ungeklärt, welches das bei „eigenmächtigen Heilbehandlungen“ *verletzte Recht(sgut)* ist, wer die *Beweislast* für die ordnungsgemäße Aufklärung des Patienten (bzw. umgekehrt für den Aufklärungsfehler) trägt, sowie *in welchem Umfang* der Arzt bei eigenmächtigen Heilbehandlungen dem Patient Schadenersatz zu leisten hat. Die beiden letzteren Fragen werden (auch) maßgeblich beeinflusst von der zuerst erwähnten Problematik des in solchen Fällen verletzten Rechts(guts). Angesichts der erheblichen Relevanz dieser Frage kann man - insbesondere im Hinblick auf die beiden jüngsten höchstrichterlichen Urteile¹², die (auch) die Problematik der Zurechnung der Schadensfolgen eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes betrafen - mitnichten davon sprechen, daß es sich hierbei bloß um einen „rechtshistorischen Streit“¹³ handele. Vielmehr ist festzustellen, daß das Verhältnis von „Substanzschutz“¹⁴ einerseits und „Autonomieschutz“ in der hier relevanten speziellen Form des Schutzes der Selbstbestimmung des Rechtsgutsträgers über das jeweilige Recht(sgut) andererseits nach wie vor nicht befriedigend geklärt ist.

Die Problematik der Beweislast und der Schadensfolgenzurechnung werden aber nicht nur von der Frage nach dem bei „eigenmächtigen Heilbehandlungen“ verletzten Recht(sgut) beeinflusst.

Bei der Frage der *Beweislast* für die ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten spielt im Kontext der sogenannten „Körperverletzungsdoktrin“ auch die Kontroverse um die verschiedenen Unrechtslehren eine maßgebliche Rolle. Diese Kontroverse ist aber auch - und das wird häufig verkannt - für die Problematik der Zurechnung der Schadensfolgen von Relevanz, da gerade viele

¹⁰ Zu Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht unten in Teil D.)

¹¹ statt vieler z.B. Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 22 und Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 200; zum Begriff der „ärztlichen Eigenmacht“ im im Rahmen dieser Arbeit gebrauchten Sinne noch eingehend unten in Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) (c.).]

¹² BGH, Urteil vom 15.02.2000, MedR 2001, S. 42 ff. einerseits sowie BGH, Urteil vom 30.01.2001, VersR 2001, S. 592 f. andererseits.

¹³ so Hart in FS Heinrichs, S. 291; die Kontroverse sei „Rechtsgeschichte“ (so Laufs, Arztrecht, Rz 177).

¹⁴ Wie er von den Rechten und Rechtsgütern des § 823 I BGB intendiert ist.

Anhänger einer verhaltenspflichtbezogenen Unrechtskonzeption im Rahmen des § 823 I BGB auf der Ebene der Haftungsausfüllung im Kontext von Normzweckbetrachtungen (auch und sogar in erster Linie) die verletzte Verhaltenspflicht zum Bezugspunkt der Schadensfolgenzurechnung wählen. Der Streit um die Unrechtslehren besitzt somit bei genauer Betrachtung nicht nur eine beweisrechtliche, sondern (bei der Zurechnung der zu ersetzenden Schadensfolgen) auch eine materiell-rechtliche Relevanz, weshalb er im Rahmen dieser Arbeit auch aufgegriffen werden muß.

Da die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht im Rahmen der *therapeutischen Aufklärung* als Behandlungsfehler qualifiziert wird, ist auf die Haftungsmodalitäten des Arztes wegen *Behandlungsfehlern* im Rahmen dieser Arbeit ebenfalls in der notwendigen Ausführlichkeit einzugehen. Zudem dient das vergleichende Abstellen auf die Behandlungsfehlerhaftung der näheren Begründung von im Kontext ärztlicher Haftung wegen fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung zu entwickelnden Zurechnungsregeln bei der Schadensfolgenzurechnung im Zusammenhang der an dortiger Stelle im Rahmen dieser Arbeit vertretenen *topischen Methodik* der Problembewältigung, im Gegensatz zur *deduktiv-systematischen Methode*, wie sie - jedenfalls vom theoretischen Ansatz her - die Lehre vom „Schutzzweck der Norm“ vertritt.

Insgesamt betrachtet bietet die Problematik der deliktischen Arzthaftung wegen „Aufklärungsfehlern“ einen komplexen Bereich, bei dem starke Verflechtungen zwischen den - auf den ersten Blick leicht auseinanderzuhaltenden - dogmatischen Problemen des *geschützten Rechtsgutes*, den *Unrechtslehren* und der Problematik der *Schadensfolgenzurechnung* bestehen, was nicht zuletzt auch die Darstellung dieser Probleme im Rahmen einer Arbeit erschwert.

Die Untersuchung der Problematik soll hierbei auf das Arzt-Patient-Verhältnis als ein Zweipersonenverhältnis - wie es z.B. unstreitig zwischen niedergelassenem Arzt und Privatpatient besteht - beschränkt bleiben. Dies stellt zwar nur einen Ausschnitt aus den möglichen Beziehungen eines Arztes zu seinem Patienten dar, der vor allem weite Teile der ärztlichen Zusammenarbeit und Arbeitsteilung ausblendet. Für die im Rahmen dieser Arbeit interessierenden dogmatischen Problemstellungen wäre durch die Einbeziehung solcher weiterer Fragen indessen nichts gewonnen.

II.) Die haftungsrechtliche Brisanz der Thematik

1.) Die Brisanz der Arzthaftung im Allgemeinen.

Die soeben angedeuteten dogmatischen Unsicherheiten in vielen Bereichen der Arzthaftung, vor allem aber eine grundlegende Veränderung der Beziehung zwischen Arzt und Patient haben in den vergangenen Jahrzehnten zu einer wahren Prozeßflut im Bereich der Arzthaftung geführt¹⁵. In dem Bestreben, die Haftung des Arztes immer mehr auszuweiten, verwischen sich dabei die Grenzen zwischen Unrecht und Unglück.¹⁶

Primäre Aufgabe des Arztes ist es nach §1 Absatz II der (Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärzte „das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen“, sowie „Leiden zu lindern“¹⁷.

Aber eine solche rein medizinische Sicht der Dinge greift heutzutage viel zu kurz. Das enorme fachliche Wissen des Arztes führt zwangsläufig zu einem Über- und Unterordnungsverhältnis¹⁸ zwischen Arzt und Patient, einem „einseitigen Machtgefälle“¹⁹ zugunsten des Arztes, welches in der Vergangenheit die Arzt-Patient-Beziehung entsprechend paternalistisch ausprägte.

Die gesamte neuere Entwicklung, vor allem im 20. Jahrhundert, - sei es in medizinisch-technischer, sei es in gesellschaftlicher oder juristischer Hinsicht - hat indessen das Verhältnis zwischen Arzt und Patient grundlegend verändert²⁰.

In juristischer Hinsicht wurde das klassische Arzt-Patient-Verhältnis, das auf einem „Mensch-zu-Mensch-Arztum“²¹ basierte, zunehmend durch Gesetzgebung und Verwaltung verrechtlicht.

In besonderem Maße aber hat die *Rechtsprechung* den Wandel der Beziehung zwischen Arzt und Patient bestimmt.

Im Jahre 1963 noch konnte ein langjährig tätiger Chirurg²² glaubhaft versichern, zwischen 1944 bis 1961 sei bei 135.895 Operationen, 125.797 stationären und 386.895 ambulanten Behandlungen in seinem Verantwortungsbereich kein einziger Fall aufgetreten, in dem ein Patient gegen die Ärzte oder die Klinik geklagt hätte.

Diese Situation hat sich jedoch seitdem grundlegend geändert.²³

¹⁵ Vgl. dazu Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, S. 5 ff.; zum demographischen Hintergrund der Arzthaftung eingehend Katzenmeier, Arzthaftung, § 1 (S. 5 ff.)

¹⁶ vgl. Laufs, Unglück und Unrecht; ders. NJW 1994, 1562; Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, S. 15.

¹⁷ Abgedruckt z.B. bei Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, Anhang zu Kapitel 1 (S. 39 ff.)

¹⁸ Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 21

¹⁹ Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 21.

²⁰ Vgl. dazu Brüggemeier, Deliktsrecht RZ 618 ff., insb. 620: Nach ihm befindet sich die Arzt-Patient-Beziehung im Wandel „vom Paternalismus zur Partnerschaft“.

²¹ Hallermann, in: Engisch/Hallermann, Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, S. 45,54.

²² mitgeteilt bei Ulsenheimer aaO, S. 6.

²³ Vgl. Pannek/Oppel/Wolf, Die Patientenaufklärung vor epilepsiechirurgischen Operationen, ArztR 2001, S. 200 f. berichteten jüngst, daß während ihrer 10 jährigen Tätigkeit an ihrem Epilepsie-Zentrum speziell in der epilepsiechirurgischen Abteilung von 1990 bis 2000 976 Operationen erfolgten. Über

Von einer „Hochkonjunktur“²⁴ in ärztlichen Haftpflichtfragen wird gesprochen. Nüchterne statistische Zahlen aus verschiedenen Perspektiven sprechen hier für sich:

Während in der Zeit von 1951 bis 1961 lediglich 175 einschlägige Revisionen beim BGH gezählt wurden, fielen allein im Jahre 1988 130 neue Revisionsverfahren an.²⁵ Auch in jüngster Zeit wurde eine weitere Zunahme der Arzthaftungsprozesse registriert²⁶.

Allerdings ist zu bemerken, daß von der Gesamtzahl aller Haftpflichtfälle nur ca. 15 % vor Gericht kommen²⁷ und von diesen führt wiederum nur etwa jeder Zehnte zu einer vollständigen Verurteilung des Arztes.²⁸

Auch die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen melden einen starken Anstieg der Zahl der Anträge auf Durchführung eines Verfahrens²⁹.

Diese allgemein steigende Tendenz reklamierter ärztlicher Haftpflichtfälle wird auch von den Statistiken der Haftpflichtversicherer bestätigt.

Ende der siebziger Jahre wurden den Haftpflichtversicherern in Deutschland 6000 Arzthaftpflichtfälle per annum gemeldet.³⁰ Innerhalb des nächsten Jahrzehnts stieg die Zahl auf über 15.000 und bis Ende der 90er Jahre auf etwa 20.000 Schadensmeldungen per annum an.³¹

Ärztliche Haftpflichtversicherer reagieren angesichts dieser Entwicklung mit Prämien erhöhungen, Vertragskündigungen oder gar dem gänzlichen Ausstieg aus diesem Hochrisikobereich³².

Besonders betroffen von dieser Entwicklung sind vor allem Chirurgen, Anästhesisten, Gynäkologen³³ und in ganz besonderem Maße die Geburtshelfer³⁴, von denen mancher schon jetzt Mühe hat, überhaupt eine Versicherungsgesellschaft für sein

diesen gesamten Zeitraum hätten sie immerhin 3 rechtskräftige Verfahren führen müssen, also gut ein Gerichtsverfahren auf 325 Operationen.

Vergleicht man diese Zahlen mit den soeben bei Ulsenheimer mitgeteilten Erfahrungen des langjährig tätigen Chirurgen, so zeigt sich - schon beim Vergleich dieser beiden ganz persönlichen Erfahrungen - eine tendenziell enorme Steigerung des ärztlichen Prozeßrisikos.

²⁴ Ulsenheimer, aaO, S.6.

²⁵ Ulsenheimer, aaO, S. 6, Fn 17.

²⁶ H. Franzki, MedR 1994,171,173: Zunahme der Arzthaftungsprozesse dauere an.

²⁷ Jung, in: Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch, Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 85 (87); Katzenmeier, Arzthaftung, § 1 III, 2 (S. 41).

²⁸ Katzenmeier, Arzthaftung, § 1 III, 2 (S. 42); Die Erfolgsquote der Arztfehlerprozesse sei nach Auskunft von Laufs, Arztrecht, Rz 552 sogar rückläufig.

²⁹ Kleinewefers, VersR 1986,1140: Zunahme bei der Gutachter und Schlichtungsstelle für Hessen und Rheinland-Pflaz von 200 Eingängen in 1977 auf 500 Eingänge in 1984 und 1985.

Nach Mitteilung von Katzenmeier aaO, S. 41 nahm bei den Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen die Zahl der Eingänge in den neunziger Jahren jährlich um bis zu 10 % zu.

³⁰ Künnell, VersR 1980, 502, 503; Katzenmeier, aaO, S. 40.

³¹ Katzenmeier, aaO, S. 41/41, allerdings bei stark schwankenden Angaben in den von ihm zitierten Statistiken.

³² Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, S. 7.

³³ Deutsch berichtet (NJW 1993,784): Versicherungsprämien für Gynäkologen, die 25.000 DM übersteigen – Prämien für geburtshilfliche Abteilungen von Krankenhäusern von 1200 DM pro Jahr pro Bett.

³⁴ Schlund MedR 1994,190: Anstieg des Schadenbedarfs bei Gynäkologen und Geburtshelfern um 304,4 % in den Jahren 1978 bis 1988, wogegen der Schadenbedarf in Arzthaftpflichtsachen generell „nur“ um 122,6% angestiegen sei.

Berufshaftpflichtrisiko zu finden, und dabei mit enormen Haftpflichtprämien (über 50.000,00 DM ab 1996 für geburtshilflich tätige Belegärzte) rechnen muß und das, obwohl die Müttersterblichkeit in Deutschland, - welches im Bereich der geburtshilflichen Versorgung die Spitzenposition in der Welt hält - , seit 1950 um 95 % zurückgegangen und die perinatale Sterblichkeit nahe an dem überhaupt nur für theoretisch möglich gehaltenen Ziel von 0,5 % liegt³⁵.

Auch im Ausland zeigt sich eine äußerst rege Arzthaftungsrechtsprechung. In den USA schwebt das „Damoklesschwert“ zivil- und strafrechtlicher Haftung noch deutlich stärker als in Deutschland über der Arbeit der Mediziner³⁶, wo die Zahl der mit einem Haftpflichtprozeß überzogenen Ärzte „um ein Vielfaches größer als hierzulande“ sei.³⁷

Berichtet wird gar von auf Arzthaftungsrecht spezialisierten Anwaltskanzleien, die Kleinstbüros in Krankenhäusern eingerichtet haben³⁸.

Insgesamt wird die Situation der Arzthaftung in den USA als sehr negativ empfunden³⁹, wobei einige kritische Beobachter ähnliche Verhältnisse auch hierzulande für möglich halten.⁴⁰

Ein wesentlicher Grund für diese enorme Zunahme der Arzthaftungsprozesse in jüngerer Zeit in Deutschland und anderswo liegt ganz allgemein darin, daß der Patient - wie überhaupt der Bürger - , heutzutage „aufgeklärter“, „emanzipierter“, „selbstbewußter“ und damit natürlich auch „anspruchsvoller“ und „prozeßfreudiger“ geworden ist.⁴¹

Eine wahre Flut von Informationen in den Medien und der „Regenbogenpresse“ informiert die Bürger – sehr häufig völlig unzureichend, verzerrt und sensationsfreudig – über „ihr Recht“, sensibilisiert dadurch das „Problembewußtsein“ und fördert die Konfliktbereitschaft. Dies geht einher mit einer zunehmenden Anonymisierung der Heilbetriebe in den Großpraxen und Kliniken, was die Hemmschwelle zum „juristischen Angriff“ auf den Arzt erheblich herabsetzt.

Zudem ist die Bereitschaft enorm gesunken, eine fehlgeschlagene Behandlung als Schicksalsschlag hinzunehmen.⁴² Der Betroffene neigt dazu, sein persönliches Elend auf andere, oder jedenfalls auf die Gemeinschaft abzuwälzen. Dieses Verhalten ist nicht erstaunlich angesichts des enormen medizinisch-technischen Fortschritts, der glauben macht, praktisch alle Mißstände ließen sich durch Kunstmaßnahmen „reparieren“.

³⁵ Alle Zahlen mitgeteilt von Ulsenheimer aaO S.7.

³⁶ Füllmich, NJW 1990, 2301, 2302.

³⁷ Katzenmeier, Arzthaftung, § 1 III, 3 (S. 44)

³⁸ Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S.4.

³⁹ von einer Denaturierung des Haftungsrechts in Amerika ist die Rede (Katzenmeier, Arzthaftung, §1 III, 3, (S. 45/46); vgl. auch die harsche Kritik des amerikanischen Arztes Sabella, VersR 1990, 1186, 1188: „Unser Rechtssystem ist eindeutig außer Kontrolle geraten und wird von Jahr zu Jahr schlechter; es ist eine nationale Katastrophe.“

⁴⁰ vgl. Katzenmeier, Arzthaftung, § 1 III, 3 (S. 46) m.w.N. in Fn. 286.

⁴¹ Vgl. Tempel, NJW 1980, 609, 610, re. Sp.

⁴² Tempel, aaO, S. 609, 610, re. Sp.

2.) Die Brisanz der Arzthaftung wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung im Besonderen

Wenn auch in neuerer Zeit vereinzelt eine leicht rückläufige Tendenz beobachtet wird⁴³, spielt im Bereich der Arzthaftung die Haftung des Arztes für unzureichende *Selbstbestimmungsaufklärung* des Patienten vor operativen Eingriffen eine bedeutende Rolle.

Hierbei liegt nach ständiger Rechtsprechung die Beweislast für eine ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten beim Arzt, wogegen ein eventueller Behandlungsfehler vom Patient bewiesen werden muß.⁴⁴

Insbesondere die nach der herrschenden Meinung den Arzt treffende Beweislast der ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten hat in der Vergangenheit zu einer steigenden Zahl der Arzthaftungsprozesse mit der Rüge einer Verletzung der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung geführt, wenn eine Behandlung den Gesamtzustand des Patienten zwar verschlechtert, ein Behandlungsfehler dem Arzt aber nicht nachzuweisen ist⁴⁵.

Belastet mit der Beweislast einer korrekt erfolgten Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten wird sich der Arzt häufig mit Problemen der Beweisführung konfrontiert sehen. Das Aufklärungsgespräch im Sprechzimmer oder am Krankenbett erfolgt häufig ohne Zeugen. Nicht selten mangelt es auch an einer hinreichend detaillierten Dokumentation des Gespräches, was den Beweis für den Arzt häufig unmöglich macht.

⁴³ Laufs, *Arztrecht*, Rz 173 in Fn 19.

Vgl. auch Pannek/Oppel/Wolf, *ArztR* 2001, S. 201, die berichten, daß in keinem der drei von ihnen geführten Haftungsprozessen der Vorwurf einer fehlerhaften Aufklärung oder ähnlicher Mängel bestanden habe; eine uneinheitliche Tendenz feststellend, Rumler-Detzel, *FS Deutsch*, 699, 706 f.;

Nach Spickhoff, *NJW* 2003, 1701, 1707 „verstärkt sich der Eindruck, daß die Zahl der erfolgreichen Klagen wegen Aufklärungspflichtverletzungen zurückgeht“. Die Haftung für Behandlungsfehler gewinne „als erster und hauptsächlicher Haftungsgrund an Bedeutung“.

⁴⁴ Im einzelnen zu Fragen der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß noch eingehend unten in Teil C.) I.) und III.) dieser Arbeit.

⁴⁵ Diese prozeßrechtliche Relevanz der Rüge fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung wird in statistischer Hinsicht indes sehr unterschiedlich beschrieben:

Teilweise wird berichtet, daß bis zu zwei Drittel aller Haftungsklagen gegen Ärzte auf Aufklärungsmängel gestützt seien (Wachsmuth/Schreiber, *NJW* 1981, 1985)

Nach Ehlers, *Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen*, S. 5 würde von Versicherungsgesellschaften gar ein Anteil von über 90 % gemeldet.

Ganz krass äußert sich Bolsinger, *Dogmatik der Arzthaftung*, S. 54 m.w.N: „Zumindest als Auffangtatbestand“ werde die Aufklärungsrüge „in fast jedem Prozeß wegen einem Behandlungsfehler...“ geltend gemacht.

Deutlich differenziertere Angaben liest man bei Weyers. Anlässlich seines Gutachtens zum 52. DJT führte Weyers eine Analyse arzthaftungsrechtlicher Streitigkeiten durch. Hierbei ergab sich, daß dem Beklagten in etwa zwei Dritteln der Fälle allein ein Behandlungsfehler vorgeworfen wurde, in nur wenigen Einzelfällen allein eine Aufklärungspflichtverletzung und in knapp einem Drittel eine Kombination von beiden. In der letzten Gruppe zeigte sich auch, daß Verstöße gegen die Aufklärungspflicht zunächst nur zu 20 % vorgebracht, im weiteren mehr als 40 % aber nachträglich erhoben wurden, wenn sich der Behandlungsfehlervorwurf des Klägers nicht erhärten ließ. (vgl. Weyers, *Gutachten 52. DJT*, A 43.)

Nach einer neueren Untersuchung von Rumler-Detzel in *FS Deutsch*, S. 699 (704 ff.), lag der Anteil der Aufklärungsfehlerrügen bei den Berufungsverfahren am OLG Köln in den Jahren 1987-1997 zwischen 10 und 20 %, wobei die Verfasserin in ihren Erfahrungen den häufig erwähnten Trend der „Umformulierung“ einer Behandlungsfehlerklage in eine Aufklärungspflichtverletzung meint, nicht bestätigen zu können.

Angesichts dieser Entwicklung, die die Problematik der ärztlichen Selbstbestimmungsaufklärung im Arzthaftungsprozeß genommen hat, erstaunt die reichhaltige Literatur, die bisher zum Thema „Aufklärungspflicht im Arztrecht“ erschienen ist keinesfalls.⁴⁶

Die Problematik der Selbstbestimmungsaufklärung ist nach wie vor ein „heißes Eisen“.

Feststellungen wie: „eine Stärkung der Einwilligungrechte erscheint als Gebot der Zeit“⁴⁷ wecken Interesse an einer Untersuchung und kritischen Auseinandersetzung mit der aktuellen Situation in diesem Bereich.

Nicht nur Juristen, sondern auch Mediziner befassen sich mit der Problematik der Aufklärungspflicht im Arztrecht, wenn auch hierbei jede Seite das Problem aus ihrer eigenen Perspektive sieht.

Insbesondere von Seiten der Ärzte wird immer wieder der Vorwurf erhoben, die Anforderungen der Rechtsprechung im Bereich der Aufklärungspflichten würden zu einer defensiven Medizin führen, in der die Ärzte in ihrer Entscheidungsfreude gehindert, teilweise geradezu „blockiert“ würden und von daher auch viel zu stark auf ihren eigenen rechtlichen Schutz achten müßten.⁴⁸

Angesichts der selbst für spezialisierte Juristen längst unüberschaubar gewordenen Kasuistik zur Aufklärungspflicht ist es für praktizierende Mediziner schwierig, allen rechtlichen Anforderungen gerecht zu werden. Nicht zuletzt deswegen wird im Zusammenhang mit der Aufklärungspflicht auch von einem „Lotteriespiel der Arzthaftung“ gesprochen⁴⁹.

3.) Generelle Einschätzung/Ausblick

Abschließend ist ganz allgemein zu beobachten, daß die Rechtsentwicklung auf dem Gebiete der Arzthaftung sehr unterschiedlich beurteilt wird.

Nach einer Ansicht nehme die Haftung des Arztes „keine Sonderstellung“ ein, sondern sei „durchaus vergleichbar mit der anderer freier Berufe“⁵⁰. Die Entwicklung wird

⁴⁶ Kim, Aufklärungspflicht im Arztrecht S.7, berichtet in Fn. 32 unter Berufung auf andere Quellen, daß es allein in den USA bereits 1979 mehr als 4000 Bücher bezüglich der ärztlichen Aufklärungspflicht („informed consent“) gab;

⁴⁷ Laufs, NJW 1996, S. 1571, 1577.

⁴⁸ vgl. zur Belastung des Arzt-Patient-Verhältnisses durch die Verwendung von Aufklärungsformularen zu Beweissicherungszwecken, Laufs, ArztR, Rz 178 ff.;

Tröndle hat in MDR 1983, S. 881, 886 (re. Sp.) folgende wahrlich unglaubliche Begebenheit berichtet: „Ein durch arztrechtliche Veröffentlichungen hervorgetretener Strafrechtsprofessor berichtete mir jüngst, daß ihn direkt aus dem Operationssaal ein weithin bekannter und angesehener Chefarzt angerufen habe, ob er - trotz der nachträglich zutage getretenen Komplikationen - die begonnene Operation fortsetzen dürfe ... Inzwischen waren 20 Minuten vergangen, während denen die betroffene Patientin mit offenem Leib - in Vollnarkose natürlich - liegenblieb“.

⁴⁹ Schaffer, VersR 1993, 1458, 1460.

⁵⁰ Katzenmeier, Arzthaftung, § 1 III,2 (S. 43), besonders in Fußnote 268 dort unter Hinweis darauf, daß gegen Rechtsanwälte jährlich doppelt so viele Klagen erhoben würden wie gegen Ärzte.

insgesamt teilweise als „maßvoll“⁵¹, „angemessen“⁵² und ausgewogen, „den beiderseitigen Interessen und den Eigenheiten des jeweiligen Falles gerecht“⁵³ werdend angesehen, von einer „Haftungsexplosion im Heilwesen“ könne keine Rede sein.⁵⁴

Von anderen wird aber sehr wohl über „übersteigerte Sorgfaltsanforderungen“, eine „ausgreifende Aufklärungsjudikatur“ und „insgesamt eine Dominanz von Patientenbelangen“ geklagt.⁵⁵

⁵¹ Laufs, NJW 1990, 1505; ders. in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 2, Rz. 10 m.w.N.

⁵² Giesen, JZ 1990, 1053, 1064.

⁵³ Reiling, MedR 1992, 268.

⁵⁴ Katzenmeier, Arzthaftung, § 1 III,2 (S. 43).

⁵⁵ Alle Zitate aus Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, S. 21.

III.) Die geschichtliche Entwicklung der Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern:

Die Aufklärungspflicht des Arztes, insbesondere die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten, wie wir sie heute kennen, hat ihre Wurzel in der Geistesbewegung der Aufklärung. Die Freiheit des Individuums, sein Leben selbst zu gestalten, wird zum hohen Gut.⁵⁶

Parallel dazu nimmt seit etwa zwei Jahrhunderten die medizinische Entwicklung einen enormen Aufschwung⁵⁷. Die immer größeren Heilmöglichkeiten der Medizin aber führen in der Folgezeit unweigerlich zur Kollision mit dem Postulat der Autonomie des Individuums. „Können und Möglichkeiten der Ärzte wuchsen parallel zu dem Anspruch des Patienten, sich frei zu entscheiden“.⁵⁸

Es dauert allerdings noch bis weit in das 20. Jahrhundert hinein, bis die Aufklärungspflicht des Arztes als solche allgemein anerkannt ist und die an sie gestellten Anforderungen allmählich Konturen gewinnen.

In der ersten - strafrechtlichen - Entscheidung des Reichsgerichts⁵⁹, die die Autonomie des Patienten im Kontext einer Heilbehandlung zum Gegenstand hatte, ging es noch ausschließlich um die *Einwilligung* des Patienten als solche.

In dieser Entscheidung qualifizierte das Reichsgericht den ärztlichen Heileingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung gemäß §223 StGB, die nur durch die Einwilligung des Verletzten oder seines Vertreters straflos bleibe.⁶⁰

Das Reichsgericht trat in diesem Urteil der damals sowohl unter Ärzten als auch Juristen weit verbreiteten Ansicht entgegen, schon die medizinische Indikation einer Maßnahme rechtfertige die Behandlung des Patienten. Von nun an wurde die „ärztliche Heilgewalt“ streng an die Einwilligung des Patienten gebunden, der alleinig darüber zu bestimmen hatte, ob und in welcher Intensität ein Arzt zu einer Behandlung berechtigt war.⁶¹ Falls eine Einwilligung nicht vorlag, konnte der Arzt sowohl strafrechtlich⁶² als auch zivilrechtlich⁶³ haftbar gemacht werden.⁶⁴

Fragen einer „Aufklärungspflicht“ des Arztes wurden damals allerdings noch nicht erörtert⁶⁵, vielmehr stand es dem Arzt ansonsten frei, „nach seiner ärztlichen Einsicht, Erfahrung und Berufsauffassung zum Wohl des Patienten zu verfahren“⁶⁶, allerdings nicht im Sinne einer „unbeschränkten Gewaltherrschaft“ über dessen Person.⁶⁷ Die Einzelheiten der Behandlung wurden nach wie vor vom Arzt bestimmt,⁶⁸ das

⁵⁶ Schünemann, H. VersR 1981, S. 306; vgl. auch Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 47.

⁵⁷ Nach Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen S. 15 spricht man heutzutage von einer Halbwertszeit medizinischen Wissens von ca. drei bis sechs Jahren, wobei nach Ehlers unter Halbwertszeit die Zeitspanne zu verstehen ist, in der sich das Wissen jeweils verdoppelt hat.

⁵⁸ Ehlers, aaO, S. 16.

⁵⁹ RGSt 25, 375 ff.

⁶⁰ Noch in RGSt 2, 442 f. und 6, 61(63) maß das Reichsgericht der Einwilligung des Verletzten bei einer Körperverletzung keine rechtliche Wirksamkeit bei.

⁶¹ Vgl. Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 8.

⁶² Vgl. Hierzu RGSt 38, 34 (36)

⁶³ RGZ 68, 431 (434). Diese Entscheidung des Reichsgerichts stellt noch einmal klar, daß dem Arzt nicht bereits aufgrund seiner Approbation ein besonderes Berufsrecht zur Seite stehe „vermöge dessen ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des anderen ohne oder selbst gegen dessen Willen erlaubt wäre“.

⁶⁴ Voll, aaO, S.8.

⁶⁵ Voll, aaO, S.8.; Tempel, NJW 1980, 609, li. Sp.

⁶⁶ vgl. Schmidt, Gutachten f.d. 44.DJT, 1962, S. 19 f.;

⁶⁷ RGSt, 25, 375 (382).

⁶⁸ Katzenmeier, Arzthaftung, §6 I, (S. 322); Brüggemeier, Deliktsrecht, Rz 689.

Reichsgericht, das insoweit von der Vermutung eines dem Arzt „aktuell zur Seite stehenden Konsenses“ der Beteiligten ausging, legte damit faktisch ein weitgehendes therapeutisches Privileg des Arztes zugrunde.⁶⁹

Erste Anklänge an eine ärztliche Aufklärungspflicht tauchten in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 01.03.1912⁷⁰ auf, allerdings zunächst mit negativem Ergebnis: „Eine Verpflichtung des Arztes, den Kranken auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die möglicherweise bei einer dem Kranken angeratenen Operation entstehen können, kann nicht anerkannt werden. Die Annahme einer derartigen Verpflichtung läßt sich weder aus der Übung der pflichtgetreuen und sorgfältigen Vertreter des ärztlichen Berufes, noch aus inneren Gründen herleiten. Eine umfassende Belehrung des Kranken über alle möglichen nachteiligen Folgen der Operation würde nicht selten sogar falsch sein, sei es, daß der Kranke dadurch abgeschreckt wird, sich der Operation zu unterwerfen, obwohl sie trotz der damit verbundenen Gefahren geboten oder doch zweckmäßig ist, sei es, daß der Kranke durch die Vorstellung der mit der Operation verbundenen Gefahren in Angst und Erregung versetzt und so der günstige Verlauf der Operation und der Heilung gefährdet wird“.

Dieser enge thematische Zusammenhang zwischen Aufklärung und Einwilligung führte im nächsten Schritt dann doch dazu, daß eine Aufklärung des Patienten durch den Arzt über die Erfolgsaussichten und Nebenwirkungen des jeweiligen Eingriffes gefordert wurde.

In den dreißiger Jahren gab das Reichsgericht dann Ansprüchen wegen Verletzung der Aufklärungspflicht statt⁷¹. In einem wichtigen Urteil von 1940⁷² stellt es klar, „daß der Arzt sich vor jedem Eingriff der klaren, auf zutreffenden Vorstellungen über Art und Folgen des Eingriffes beruhenden ... Einwilligung des Kranken“ versichern müsse. Hierbei sprach das RG auch von der „mit ihrer Einholung verbundene[n] Aufklärung“, die durchaus „die Herabdrückung seiner [des Patienten] Stimmung oder sogar seines Allgemeinbefindens zur Folge“ haben könne, wobei es sich „um unvermeidbare Nachteile [handelte], die in Kauf genommen werden müssen“.

Allerdings wurde die Grenze für eine Patientenaufklärung dort gezogen, wo „eine allzu eingehende Belehrung unter Umständen den beabsichtigten ungestörten Heilungserfolg beeinträchtigen kann“.⁷³

Zusammenfassend betrachtet, ließ die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur ärztlichen Aufklärungspflicht bis 1945 eine zurückhaltende Tendenz erkennen.⁷⁴ Von 1907 bis 1943 sind nur etwas mehr als ein Dutzend Entscheidungen des Reichsgerichts ergangen, die in irgendeiner Weise das Problem der Aufklärungspflicht tangieren.⁷⁵

Nach dem zweiten Weltkrieg jedoch stiegen die Entscheidungen zur ärztlichen Aufklärungspflicht stark an und rückten - mit der Zunahme der

⁶⁹ Brüggemeier, Deliktsrecht, Rz 689.

⁷⁰ RGZ 78, 432, 433/434.

⁷¹ dazu Tempel NJW 1980, S. 609 f.

⁷² RGZ 163, 129, 138.

⁷³ RGZ 168, 207, 213.

⁷⁴ Vgl. Tempel aaO, S. 610 li. Sp.

⁷⁵ Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S. 18.

Behandlungsmöglichkeiten und dem sich parallel dazu entfaltenden Persönlichkeitsschutz - in den Mittelpunkt der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.⁷⁶ Ehlers berichtet, daß allein von 1951 bis zum 31. Januar 1987 zweihundertelf wegbereitende Urteile und Beschlüsse zu Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht zu verzeichnen sind.⁷⁷

Mit der Geltung des Grundgesetzes und unter dem Eindruck der Folgen der nationalsozialistischen Herrschaft, erfuhr der Grundrechtsschutz und damit die Rolle des Individuums ganz allgemein in der modernen bundesrepublikanischen Gesellschaft eine starke Bedeutung. Die Grundrechte galten hierbei nicht nur als Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat. Zunehmend wurde aus den Grundrechten auch eine Pflicht des Staates hergeleitet, diese im Verhältnis unter Privaten zu schützen.

Im Rahmen der Arzthaftung zeigte sich diese Wirkung des Grundrechtsschutzes dergestalt, daß der Staat durch seine zunehmend strengere Rechtsprechung zu ärztlichen Aufklärungspflichten, insbesondere im Kontext der sogenannten „Selbstbestimmungsaufklärung“ auf einen besseren Schutz der (auch) grundrechtlich verankerten Selbstbestimmung⁷⁸ des Patienten hinwirkte.⁷⁹

Beispielhaft zeigt sich das im „1. Elektroschockurteil“ des BGH von 1956⁸⁰, wo der BGH ausführt, daß ein ärztlicher Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten nur insoweit vertragsmäßig und nicht rechtswidrig sei, als die Einwilligung des Patienten reiche. Der Arzt müsse sich vor jedem Eingriff der klaren, auf zutreffenden Vorstellungen über die Art und Folgen des Eingriffs beruhenden Einwilligung des Patienten versichern.

Kurz darauf wurde im „2. Elektroschockurteil“ klargestellt, daß dem Arzt grundsätzlich kein unüberprüfbarer Ermessensspielraum bei der Aufklärung zusteht.⁸¹ Eine restlose Aufklärung des Patienten finde allerdings dann ihre Grenze, „wenn durch die Aufklärung die Gesundheit oder gar das Leben des Patienten gefährdet“ werden.⁸²

Die gesamte Rechtsprechung der folgenden Jahrzehnte steht in einer Linie mit diesen frühen und grundlegenden Entscheidungen des BGH⁸³.

In diesem Zusammenhang ist es zu sehen, wenn das Verhältnis zwischen Arzt und Patient sich dahingehend wandelte, daß der Patient in diesem Verhältnis als gleichberechtigter Partner angesehen wurde, der selbständig die Entscheidung über einen medizinischen Eingriff treffen sollte.

Inzwischen wird dies auch von der Ärzteschaft im Grundsatz nicht mehr bestritten.

Vielmehr heißt es in § 8 der ärztlichen Musterberufsordnung⁸⁴: „Zur Behandlung bedarf

⁷⁶ Laufs, FS Lange, S. 163, 175; RGRK-Nüßgens, § 823 Anh. II, Rz 43; Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S. 1 ff; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 I (S. 322/323).

⁷⁷ Ehlers, aaO S. 18.

⁷⁸ Wo genau die Selbstbestimmung des Patienten auf der Ebene der Verfassung zu verorten ist, dazu noch eingehend unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) bbb.) in dieser Arbeit.

⁷⁹ vgl. zur Drittwirkung der Grundrechte in diesem Zusammenhang BVerfG, NJW 1979, 1925 ff.; hierzu Stürner, NJW 1979, 2334.

⁸⁰ BGH, NJW 1956, 1106. Wörtlich der BGH in dieser Entscheidung: „Eine wirksame Einwilligung des Patienten setzt voraus, daß dieser das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des ärztlichen Eingriffs in seinen Grundzügen erkannt hat“.

⁸¹ Wörtlich in BGHZ 29, 46, 57: „Soweit die Ärzte für sich die alleinige Entscheidung darüber in Anspruch nehmen, ob und in welchem Umfang der Kranke im Einzelfall aufzuklären ist, kann dies nicht gebilligt werden, wenn damit gesagt werden soll, daß dem Richter jede Nachprüfung der ärztlichen Entscheidung untersagt sei“; ähnlich BGHZ 29, 176, 184.

⁸² BGHZ 29, 46, 56.

⁸³ Vgl. Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 11.

⁸⁴ Abgedruckt bei Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, Anhang zu Kapitel 1 (S. 42).

der Arzt der Einwilligung des Patienten. Der Einwilligung hat grundsätzlich die erforderliche Aufklärung im persönlichen Gespräch voranzugehen“.

Als Ergebnis kann an dieser Stelle festgehalten werden, daß jeder ärztliche Heileingriff heutzutage für seine Rechtmäßigkeit nicht nur die *Einwilligung* des Patienten als solche, sondern auch die eingehende *Aufklärung* des Patienten über die Risiken des Heileingriffes in Form der sogenannten „Selbstbestimmungsaufklärung“ voraussetzt. „Aus der Einwilligung wird die aufgeklärte Einwilligung!“⁸⁵

Die dogmatischen Strukturen und Problempunkte der Thematik der ärztlichen Aufklärung - insbesondere der Selbstbestimmungsaufklärung - sollen jetzt sogleich in Teil C.) dieser Arbeit erörtert werden.

Die inhaltlichen Anforderungen an die ärztlichen Aufklärungspflichten werden gesondert in Teil D.) dieser Arbeit behandelt.

⁸⁵ Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 77.

Teil B.) Überblick: System der Arzthaftung im deutschen Recht / Die dogmatischen Grundlagen/ Die Lokalisierung der Aufklärungsproblematik im Haftungssystem.

I.) Einleitung

Besondere Vorschriften über die zivilrechtliche Haftung des Arztes finden sich in der deutschen Rechtsordnung nicht.⁸⁶ Es sind daher die auftretenden Fälle nach den allgemeinen Haftungsvorschriften des Zivilrechtes zu beurteilen,⁸⁷ wobei das heute geltende Recht der Arzthaftung in erster Linie durch die richterliche Spruchpraxis in den vergangenen Jahrzehnten entwickelt worden ist⁸⁸. Die Gerichte interpretieren und modifizieren hierbei die vorhandenen Rechtsgrundsätze.⁸⁹

Bei der Haftung des Arztes gegenüber seinem Patient sind im deutschen Recht - wie oben unter Teil A.) I.) schon angedeutet - grundlegend zwei Problembereiche zu unterscheiden:

Die Haftung des Arztes wegen fehlerhafter *Behandlung* einerseits und die Haftung wegen Verletzung der ärztlichen *Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten* andererseits.⁹⁰

Schon an dieser Stelle ist klar hervorzuheben, daß eine pauschale Gegenüberstellung von „Behandlungsfehler“ und „Aufklärungsfehler“ - wie dies gelegentlich vor allem in kursorischen Darstellungen des Arzthaftungsrechtes geschieht⁹¹- nicht exakt genug ist, weil der Begriff des Aufklärungsfehlers seinerseits ganz unterschiedliche Fallgruppen abdeckt. Bezüglich des „Aufklärungsfehlers“ ist nämlich schon im Ansatz grundlegend zwischen der sogenannten *Selbstbestimmungsaufklärung* (auch Risiko- oder Eingriffsaufklärung⁹² genannt) einerseits und der sogenannten *therapeutischen Aufklärung*⁹³ (auch Sicherungsaufklärung⁹⁴ oder Sicherheitsaufklärung⁹⁵ genannt) andererseits zu unterscheiden.⁹⁶

Bei der *therapeutischen Aufklärung* handelt es sich um die ärztliche Beratung über therapierichtiges Verhalten zur Sicherung des Heilerfolges und zur Gefahrvermeidung.

⁸⁶ Zur Reformdiskussion Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 I, 3, (S. 85 ff.)

⁸⁷ RGRK-Nüßgens, § 823 Anh II, Rz 1; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 2; Park, Das System des Arzthaftungsrechts, S.1: „Die Arzthaftungsfälle sind im Grunde ein Unterfall der normalen zivilrechtlichen Haftung“.

⁸⁸ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 2; Laufs, Arztrecht, Rz 20; G. Müller, DRiZ 2000, 259; RGRK-Nüßgens, §823 Anh. II Rz 1.

⁸⁹ Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 I, 1 (S. 77); vgl. auch Park, Das System des Arzthaftungsrechts, S. 1, ff.

⁹⁰ Man spricht daher auch gelegentlich von der „Zweispurigkeit“ der Arzthaftpflicht; vgl. Emmerich, Anm. JuS 1984, 809, 810;

⁹¹ z.B. Emmerich, Anm. zu BGH, Urteil vom 07.02. 1984 VI ZR 174/82 (JuS 1984, 809); Damm, JZ 1998, 926, 928 [unterstrichen durch mich]: „In der arzthaftungsrechtlichen Judikatur ist die Aufklärungsfehlerhaftung neben der Behandlungsfehlerhaftung zur wichtigen zweiten Spur ärztlicher Pflichtenkreise geworden“. Vgl. auch Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX, 5 (S. 107).

⁹² Beide Begriffe hierfür bei Rumler-Detzel in FS Steffen, 373, 382 f.

⁹³ Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 183 ff.;

⁹⁴ Dieses Synonym so darstellend Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 183.

⁹⁵ Ankermann, FS Steffen, S. 1, 4.

⁹⁶ Vgl. Zur Unterscheidung im Ausgangspunkt statt vieler nur Laufs, Arztrecht, Rz. 168.

Ärztliche Fehler in diesem Bereich stellen nach der Rechtsprechung des BGH Verstöße gegen die Pflicht des Arztes zur Gefahrabwendung dar und werden mithin als Behandlungsfehler behandelt⁹⁷.

Demgegenüber dient die sogenannte *Selbstbestimmungsaufklärung* der Unterrichtung des Patienten über das Risiko des beabsichtigten ärztlichen Vorgehens. Sie ist von besonderer Bedeutung, weil sie in der ganz überwiegenden Zahl der Aufklärungsfehlerprozesse den Gegenstand darstellt.

Zur ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung gehört auch eine Aufklärung über die Diagnose⁹⁸ der Untersuchung und den voraussichtlichen Verlauf der Erkrankung, weil ohne die Kenntnis auch dieser Umstände eine vollständige Risikoaufklärung bzgl. des Eingriffes nicht sinnvoll ist⁹⁹.

Als weitere Aufklärungsart wird die sog. *wirtschaftliche Aufklärung*¹⁰⁰ diskutiert. Im Rahmen der wirtschaftlichen Aufklärung klärt der Arzt den Patienten über die Kosten des Heileingriffes auf, sowie darüber, daß gewisse ärztliche Leistungen von der Krankenkasse bzw. Privatversicherung nicht getragen werden. Die Verletzung dieser Pflicht hat zwar im Grundsatz keinerlei deliktsrechtliche Relevanz, kann aber unter gewissen Voraussetzungen zu einem Verlust des Honoraranspruches des Arztes gegenüber seinem Patienten führen¹⁰¹. Ob und in welchem Umfang überhaupt eine solche Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung anzuerkennen ist, ist bisher noch weitgehend ungeklärt.

Auf die inhaltlichen Anforderungen an sämtliche Arten der ärztlichen Aufklärungspflicht wird noch ausführlich unten in Teil D.) dieser Arbeit eingegangen.

Als Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche des durch Arztverschulden geschädigten Patienten - sei es im Kontext eines Behandlungsfehlers oder eines Fehlers der Selbstbestimmungsaufklärung - kommt sowohl das zwischen Patient und Arzt bestehende *Vertragsverhältnis*¹⁰² als auch der Rechtsgrund der *unerlaubten Handlung* in Betracht¹⁰³, wobei vertragliche und deliktische Haftung nach dem Grundsatz der Anspruchs Konkurrenz nebeneinander zur Anwendung kommen¹⁰⁴.

⁹⁷ Geiß/ Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz B 98; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 325; Francke/Hart *Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation* S. 19/ 20; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II, 1 (S. 327).

⁹⁸ Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II, 1, (S. 325); zur Einordnung der Diagnoseaufklärung eingehend noch unten in Teil D.) I.) 3.) b.) aa.)

⁹⁹ Deutsch, NJW 1979, 1905: „Die Aufklärung über die Diagnose, den Verlauf und die Risiken der Behandlung sind also nicht etwa getrennt voneinander zu sehen ... sondern stehen miteinander im Zusammenhang“.

¹⁰⁰ vgl. dazu Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz A 7 und Rz A 96 und eingehend unten in Teil D.) I.) 4.).

¹⁰¹ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz. A 96; anders in der Begründung BGH, NJW 2000, 3429: Bei Verstoß gegen die wirtschaftliche Aufklärungspflicht kann dem Patienten ein Schadensersatzanspruch zustehen, „den er dem Anspruch des Krankenhausträgers auf Bezahlung der Behandlungskosten entgegenhalten kann“.

¹⁰² Kommt (etwa in Not- oder Sondersituationen) ein wirksamer Vertrag zwischen behandelndem Arzt und Patient nicht zustande, kann auf quasivertragliche Rechtsverhältnisse, insbesondere auf Geschäftsführung ohne Auftrag zurückzugreifen sein. (dazu Katzenmeier aaO, S. 109 ff. m.w.N).

¹⁰³ Laufs, Arztrecht, Rz 467; ders. in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 97, Rz 9; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz.1.

¹⁰⁴ vgl. nur Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 97, Rz. 10: „Anspruchskonkurrenz“; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz. 1: „Keine Ordnung schließt die andere aus“; zur historischen Entwicklung und zum aktuellen Stand der Konkurrenzlehre Katzenmeier: Vertragliche und deliktische Haftung in ihrem Zusammenspiel, S. 138 ff ; a.A. Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, S. 65 ff., der von einer „exklusiven Haftung des Arztes aus der vertraglichen Sonderverbindung wegen eines Abwicklungsfehlers“ (S. 88 ff.; 139) und einer „Sorgehaftung des Arztes aus der Verletzung der in dem gesetzlichen Schuldverhältnis aus sozialem Kontakt beinhalteten Rücksichtnahmepflicht auf Leben, Körper und Gesundheit (...)des Patienten“. (S. 113 ff., 139) ausgeht. Bolsinger verneint die Anwendbarkeit deliktischer Haftungsregeln mit der Begründung, daß derjenige, der sich in sozialen Kontakt zu einem anderen gebe und diesem bestimmte Güter im Rahmen der Sonderverbindung zugänglich mache, sich des diesen Gütern innewohnenden deliktsrechtlichen Primärschutzes entäußere (Bolsinger, aaO, S. 89).

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Patient auf der einen und dem Arzt bzw. Krankenhaus auf der anderen Seite ist grundsätzlich als privatrechtliches zu qualifizieren¹⁰⁵, auch wenn der Behandlungsträger sich öffentlich-rechtlich konstituiert.¹⁰⁶

Auch im Hinblick auf Kassenpatienten geht sowohl der BGH¹⁰⁷ als auch nahezu das gesamte zivilrechtliche Schrifttum¹⁰⁸ davon aus, daß auch zwischen Kassen-/Vertragsarzt und Kassenpatient ein zivilrechtlicher Vertrag zustande kommt.

Inhaltlich wird das zivilrechtliche Vertragsverhältnis zwischen Patient und Arzt in der Regel als *Dienstvertrag* qualifiziert.¹⁰⁹

Eine Einordnung als Werkvertrag kommt häufig deswegen nicht in Betracht, weil der Arzt bei der Behandlungsübernahme wegen der Unberechenbarkeiten des lebenden Organismus keine Erfolgsgarantie in Form der erwarteten Gesundheit des Patienten abgeben kann¹¹⁰. Vielmehr schuldet er lediglich die sorgfältige Erbringung bestimmter Dienstleistungen in Form von Behandlungsmaßnahmen, wenn auch in der geforderten hohen Qualität dieser Dienstleistungen eine gewisse Erfolgsbezogenheit enthalten ist.¹¹¹ Ärztliche Tätigkeit kann hingegen dann als Inhalt eines Werkvertrages angesehen werden, wenn spezielle Gegenstände für den Gebrauch durch den Patienten in handwerklicher Weise angefertigt werden müssen, so z.B. die Anfertigung von Prothesen, von Schuheinlagen durch den Orthopäden oder Zahnspangen¹¹². Umstritten ist die Rechtsnatur des auf eine Schönheitsoperation gerichteten Behandlungsvertrages¹¹³.

¹⁰⁵ Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, S. 17; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 6.

¹⁰⁶ Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 6.

¹⁰⁷ BGHZ 76, 259, 261; BGH, NJW 2000, 3429, 3430 li. Sp. m.w.N. aus der Rspr.

¹⁰⁸ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 5; Laufs, Arztrecht, Rz 87; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz A 9, 22; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 48; RGRK-Nüßgens § 823 Anh. II, Rz 9, 19 ff.; Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 II, 1 (S.98).

a.A. Schnapp/Düring, NJW 1989, 2913, 2916 f.

¹⁰⁹ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 7; Laufs, Arztrecht, Rz. 100; Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 II, 2 (S. 99 ff.); Brüggemeier, Deliktsrecht, Rz 618; Erman/Seiler, vor § 631 Rz 26; Palandt/Putzo, vor § 611, Rz 18; BGHZ 76, 259, 261.

Treffend auch BGH NJW 1978, 584: „Der Arzt kann regelmäßig nur kunstgerechtes Bemühen, nicht aber den Heilerfolg zusagen“.

Teilweise wird hier auch von einem *Vertragsverhältnis „sui generis“* gesprochen, in dem es vor allem auf Aspekte wie „Fürsorge“, „Vertrauen“, „Verständnis“, „Liebe“ ankomme, „Vertragsinhalte, die sich rechtlicher Sanktion entziehen, aber gerade den Inhalt des Arzt-Patienten-Verhältnisses ausmachen“ (z.B. Wiethöller, R. Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Die Aufklärungspflicht des Arztes 1962, S. 71, 104).

¹¹⁰ Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 II, 2 (S. 100).

¹¹¹ Zu den bisweilen beträchtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Dienst- und Werkvertrag speziell im Arztrecht, Katzenmeier, aaO, S. 100 ff., ders. S. 101: „Der Begriff des Erfolges ist nicht eindeutig“.

¹¹² RGRK-Nüßgens, § 823 Anh. II, Rz 12; Broglie, in: Ehlers/Broglie, Arzthaftungsrecht, Rz 616; Laufs, Arztrecht, Rz 101; ausführlich mit vielen Nachweisen, Uhlenbruck/Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 39 Rz 11 und 16 ff; vgl. Fikentscher, Schuldrecht, § 79 I, 2 „Zahnprothese“.

¹¹³ Für Werkvertrag in solchen Fällen Esser/Weyers, Schuldrecht II/1 § 27 II 3 d.); Fikentscher, Schuldrecht, § 79 I, 2.

II.) Die Anspruchsgrundlagen beim Behandlungsfehler

Unterläuft dem Arzt ein *Behandlungsfehler*¹¹⁴, wozu - wie bereits mehrfach erwähnt- auch der Fall gerechnet wird, daß der Arzt die Pflicht zur *therapeutischen Aufklärung* des Patienten verletzt, hat der Patient Schadensersatzansprüche sowohl aus dem der Behandlung zugrunde liegenden Behandlungsvertrag als auch aus Delikt.

1.) Ansprüche aus Vertrag

Im Rahmen des Behandlungsvertrages ist die Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche wegen Behandlungsfehlern die sogenannte pVV¹¹⁵, ab dem 01.01.2002¹¹⁶ ist statt der pVV im Falle des Schadenersatzes wegen Schlechtleistung §280 I,1 BGB als Schadensersatznorm einschlägig.¹¹⁷

2.) Ansprüche aus Delikt

Anspruchsgrundlage für einen deliktischen Schadensersatzanspruch des Patienten im Falle eines Behandlungsfehlers ist § 823 I BGB (Verletzung des Körpers bzw. der Gesundheit)¹¹⁸

Beweislast:

Im Rahmen des Behandlungsfehlerprozesses obliegt es grundsätzlich dem Patienten nachzuweisen, daß der Arzt gegen die Regeln der ärztlichen Heilkunst verstoßen, also objektiv einen *Behandlungsfehler* begangen hat, sowohl wenn er seinen Anspruch auf vertragliche als auch auf deliktische Anspruchsgrundlagen stützt.¹¹⁹

Dieser Nachweis eines Behandlungsfehlers stellt den Patienten indessen vor erhebliche Probleme, weil er regelmäßig nur begrenzten oder gar keinen Einblick in das ärztliche Vorgehen besitzt. Aus diesem Grunde gewährt die Rechtsprechung dem Patienten beim

¹¹⁴ teilweise wird in gleichem Sinne auch noch der ältere Begriff „Kunstfehler“ verwendet. (so z.B. bei Broglie, in: Ehlers/Broglie Rz 627 f. und Erman/Schiemann, § 823, Rz 132; abl. Zum Begriff des „Kunstfehlers“ Laufs, Arztrecht, Rz 469.

¹¹⁵ Büttner, FS Geiß, S. 353, 359.

¹¹⁶ Die Normen des modernisierten Schuldrechtes gelten für alle ab dem 01.01.2002 neu begründeten Schuldverhältnisse. Alle übrigen Fälle werden im Grundsatz noch nach altem Recht behandelt (siehe EGBGB 229, § 5).

¹¹⁷ Palandt/Heinrichs, SMG- Ergänzungsband § 280, Rz 5 i.V.m. Rz 16.

¹¹⁸ Statt vieler nur Erman/Schiemann § 823, Rz 131f. und Bamberger/Roth-Spindler, § 823 Rz 585.

„Daß der Arzt durch Fehler bei der Behandlung Körper oder Gesundheit des Patienten verletzt, ist unstreitig“ (so auch Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 III, 1 (S. 111).

Die Abgrenzung zwischen „Körperverletzung“ und „Gesundheitsverletzung“ wie sie teilweise vorgeschlagen wird [vgl. Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 III,1 (S. 111)] ist - jedenfalls im Rahmen des ärztlichen Behandlungsfehlervorwurfes - zweifelhaft und zudem haftpflichtrechtlich ohne Bedeutung, da die deliktsrechtliche Grundnorm des § 823 I BGB beide Rechtsgüter gleich behandelt. (Staudinger/Hager, § 823 Rz B 5 ff.; Fikentscher, Schuldrecht, Rz 1207)

¹¹⁹ Statt vieler RGRK-Nüßgens, § 823 Anh II, Rz 287; Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 254, Fn 6; D. Franzki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, S. 47; a. A. Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S. 166, der eine „generelle Beweislastumkehr im Behandlungsfehlerprozeß“ zugunsten der Patienten fordert.

Nachweis eines Behandlungsfehlers ein vielschichtiges beweisrechtliches Instrumentarium, das bis zur völligen Umkehr der Beweislast gehen kann¹²⁰. Auch die *Kausalität* des Behandlungsfehlers für den konkret eingetretenen Schaden hat grundsätzlich der Patient zu beweisen¹²¹. Auch hier wird dem Patienten ein ganzes Bündel von Fallgruppen zugestanden, in denen Beweiserleichterungen in Form des Anscheinsbeweises oder gar eine Beweislastumkehr in Betracht kommen sollen. Diese Fallgruppen decken sich zu einem großen Teil mit denen, die auch bei der Feststellung des Behandlungsfehlers selbst gelten¹²².

Trotz dieser Beweiserleichterungen stellt der Behandlungsfehlerprozeß den Patienten wegen seiner grundsätzlichen Beweisbelastung sowohl für den Behandlungsfehler als auch für die Kausalität des Fehlers für den eingetretenen Schaden vor große Probleme, weshalb er längere Zeit in der Rechtsprechung eine bloß untergeordnete Rolle gespielt hat¹²³. Hinzu kommt die tendentielle Zurückhaltung von medizinischen Gutachtern, die aus einer gewissen Standesloyalität heraus, ihren verklagten Berufskollegen nur ungern einen Behandlungsfehler bescheinigen¹²⁴.

Neuerdings ist indes hier eine gewisse Veränderung der Verhältnisse zugunsten der Patienten festzustellen. Ärztliche Gutachter zeigen nun doch zunehmend Bereitschaft, einen Kunstfehler auch vor Gericht als solchen zu bezeichnen¹²⁵. Angesichts dessen fällt die Prognose nicht schwer, daß der Behandlungsfehlerprozeß in Zukunft noch mehr Bedeutung erlangen wird.

III.) Die Anspruchsgrundlagen bei Verletzung der ärztlichen Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung:

Bei der Verletzung der ärztlichen Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung kommen als Klagegrundlage – wie beim Behandlungsfehler – sowohl vertragliche als auch deliktische Anspruchsgrundlagen in Betracht¹²⁶, wobei dem aus Vertrags- als auch aus

¹²⁰ Zu den „Beweiserleichterungen im Behandlungsfehlerbereich“ eingehend Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 8 II, (S. 423 ff.); Erman/Schiemann, § 823, Rz 141 ff.; Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 384 ff.

¹²¹ Erman/Schiemann, § 823, Rz 141.

¹²² Siehe hierzu Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 384 ff.; zu den Beweiserleichterungen der Rechtsprechung zugunsten des geschädigten Patienten im Arzthaftungsprozeß allgemein auch Erman/Schiemann, § 823, Rz 141 ff.

¹²³ Erman/Schiemann, § 823, Rz 132.

¹²⁴ Vgl. zu diesen bedenklichen Umständen ärztlicher Standessolidarität bis in die siebziger Jahre hinein BGH NJW 1971, 241, 243/244; 75, 1463, 1464: „Zunächst darf der Trichter nicht übersehen, daß auch heute noch eine nicht geringe Zahl medizinischer Gutachter Schwierigkeiten hat, sich bei der Ausübung ihres Amtes von überholten und in diesem Zusammenhang der Rechtsordnung widersprechenden Standesregeln freizumachen. Dies gilt vor allem im Kunstfehlerprozeß“; VersR 79, 939, 941; NJW 80, 2751 ff.; s. auch Kerschbaum, *Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß*, S. 21 f., inbes. S. 22: „Je größer die Zweifel an der getreuen Ausübung der gutachterlichen Pflichten werden, desto größer wird auch die Tendenz zur Aufklärungsrüge sein“.

¹²⁵ Erman/Schiemann § 823 Rz 132.

¹²⁶ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rz C 1.

Es sei zutreffend „... auch die Heilzwecken dienende ärztliche Behandlung haftungsrechtlich - aus Behandlungsvertrag wie aus unerlaubter Handlung - zu sanktionieren, wenn es an einer wirksamen Zustimmung des Patienten fehlt“.

aA. Büttner, FS Geiß, S. 353, 357, der das Arzt-Patient-Verhältnis primär auf der Grundlage des zwischen beiden bestehenden *Behandlungsvertrages* beurteilen möchte.

Deliktsrecht Aufklärungsverantwortlichen inhaltlich jeweils identische Aufklärungspflichten¹²⁷ obliegen.

In diesem Zusammenhang fällt auf, daß in der Judikatur und Literatur der eindeutige thematische Schwerpunkt bis heute beim deliktsrechtlichen Anspruch liegt. [dazu sogleich in aller Ausführlichkeit in Teil C.) dieser Arbeit].

Diese Dominanz des Deliktsrechtes bei der Rüge unzureichender Selbstbestimmungsaufklärung führte in der Vergangenheit dazu, daß sich in dieser Problematik im Bereich des Vertragsrechtes bisher kein klares Haftungskonzept für die Fälle der schuldhaften Pflichtverletzung entwickelt hat¹²⁸.

Im kurzen Überblick zu den beiden Anspruchsgrundlagen Folgendes:

1.) Ansprüche aus Vertrag.

Durch den Behandlungsvertrag entstehen für den Arzt dem Patienten gegenüber eine Reihe von Pflichten, zu denen neben der selbstverständlichen Pflicht zur Diagnose, Behandlung bzw. Therapie auch die Pflicht zur (Selbstbestimmungs-)Aufklärung des Patienten gehört¹²⁹.

Fraglich ist, ob es sich bei der ärztlichen Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung um eine *Leistungs-/* oder *bloße Nebenpflicht* des Vertrages handelt. Obwohl § 280 I,1 BGB n.F. einen einheitlichen Haftungsgrund auf Schadensersatz für alle Fälle möglicher Pflichtverletzung im Rahmen eines Schuldverhältnisses beinhaltet¹³⁰, besitzt diese Unterscheidung nach wie vor Relevanz für die *Beweislast* beim Streit um die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Pflicht und damit zusammenhängend auch für die

Der Arzt, der sich keiner Verletzung von Pflichten des Arztvertrages schuldig macht, begehe nach seiner Ansicht auch nicht tatbestandsmäßig eine Körper- oder Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 I BGB. Deliktische Anspruchsgrundlagen greifen nach Büttner erst dann ein, wenn dem Arzt ein schuldhafter Verstoß gegen eine ihm nach dem Arztvertrag obliegende Verhaltenspflicht zu Last fällt, „und er *dadurch* den ihm nach dem Vertragszweck eröffneten Spielraum indiziell rechtmäßigen Handelns überschreitet“. Erst mit Verletzung dieser arztvertraglich definierten Leistungs- und Verhaltenspflichten (zu denen natürlich auch die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten gehört) beginne der Anwendungsbereich der deliktischen Anspruchsgrundlagen.

Diese Ansicht, hinter der vor allem die Absicht steht, bei der Haftung für Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung die Beweislast zu steuern, ist jedoch abzulehnen. Das Gesetz schließt die Konkurrenz von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen nicht aus. Die Anwendbarkeit der deliktischen Vorschriften hängt insbesondere nicht von einer positiv festzustellenden Vertragsverletzung als Voraussetzung ab (zutreffend ablehnend auch Bamberger/Roth- Spindler, § 823, Rz 585).

¹²⁷ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rz C 2 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH NJW 1980, 1905 (1906f.); BGH NJW 1990, 2929 (2930f.); Jungnickel/Meinel, MDR 1988, S. 456, 458 re. Sp.; Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 2 I, 2 (S. 82) spricht allgemein bei der Arzthaftung von der „Parallelität der Pflichtengefüge“ zwischen vertraglicher und deliktischer Arzthaftung.

¹²⁸ Büttner, FS Geiß, S. 353: Die Rechtsprechung sei „...noch weit davon entfernt [...], für den Bereich der schuldhaften Aufklärungspflichtverletzung ein vertragsrechtliches Haftungskonzept, das den Namen auch verdient, zu entwickeln“. ders. S. 353/354: Die Vielzahl der einschlägigen Judikate zeige „...daß die Rechtsprechung bis zum heutigen Tag die Haftung für Aufklärungsversäumnisse in einen scharfen Gegensatz zur Haftung für Behandlungsfehler setzt und in allen entscheidenden Punkten eben doch auf der Grundlage des herkömmlichen deliktischen Rechtswidrigkeitskonzeptes handhabt“.

¹²⁹ Statt vieler Laufs, *Arztrecht*, Rz 110; Auch der BGH nimmt an, daß die Aufklärungspflicht jedem Behandlungsvertrag immanent sei, vgl. BGH, NJW 1984, 1807, 1808 f.

¹³⁰ Palandt/Heinrichs, SMG, § 280, Rz 4.

Beweislast beim Schadensersatzanspruch des Patienten wegen Verletzung dieser Pflicht.¹³¹

Anders als die Pflicht zur *therapeutischen Aufklärung*, die als notwendiger Bestandteil der kunstgerechten ärztlichen Behandlung¹³² angesehen wird, sich daher als unselbständiger Teil der ärztlichen Sorgfalt¹³³ und somit als bloße Nebenpflicht¹³⁴ des Behandlungsvertrages darstellt, wird die Pflicht zur *Selbstbestimmungsaufklärung* demgegenüber überwiegend als Leistungspflicht des Vertrages angesehen, wobei im Weiteren unerheblich ist, ob man sie als Haupt(*leistungs*)pflicht¹³⁵ oder als Neben(*leistungs*)pflicht (sog. selbständige Nebenpflicht)¹³⁶ des Vertrages qualifiziert.¹³⁷

Diese Einordnung der Selbstbestimmungsaufklärung als (Haupt-/ oder Neben-) *leistungspflicht*¹³⁸ [und jedenfalls nicht als bloße *Nebenpflicht*¹³⁹ des Vertrages] besitzt erhebliche Relevanz für die Frage der *Beweislast* bei Rüge einer fehlerhaften bzw. nicht erfolgten Aufklärung¹⁴⁰. Denn nur wenn man die Pflicht des Arztes zur Selbstbestimmungsaufklärung als bloße (nicht selbständig einklagbare) Nebenpflicht des Behandlungsvertrages charakterisiert, würde für ihre Verletzung der *Patient* die Beweislast tragen¹⁴¹ und zwar unabhängig davon, ob als Anspruchsgrundlage die sog. pVVoder - für „neue Fälle“ - § 280 I,1 BGB n.F. Anwendung findet.

Wenn man die Aufklärungspflicht hingegen als echte (Haupt- oder zumindest Neben-) *leistungspflicht* betrachtet, ist die Beweislast im Falle ihrer behaupteten Schlecht- bzw. Nichterbringung im Kontext eines Schadensersatzanspruches umstritten.

¹³¹ Dieses Problem der Beweislast ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung auf der Ebene des Vertragsrechtes ist - jedenfalls innerhalb der Literatur - noch ungeklärter als auf der Ebene des deliktischen Anspruches. [zur Problematik der Beweislast für Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung im Deliktsrecht noch eingehend sogleich in Teil C.), I.), 1.) und III.) dieser Arbeit].

¹³² Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz B 98.

¹³³ Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 230/231 m.w.N.

¹³⁴ Geiß/ Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz B 98; Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 230, 231; differenzierend Anm. Fischer, JR 1981, 501, 502 (re. Sp.), nach dem die therapeutische Aufklärung „unter Umständen selbständig versprochene Leistung sein kann“.

¹³⁵ Laufs, in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts § 61, Rz 13; Jungnickel / Meinel, MDR 1988, 456, 458; H. Schmid, NJW 1984, 2601,2606; Lepa, FS Geiß, S. 449, 450, 452.

¹³⁶ Zur Gleichsetzung der Begriffe „selbständige Nebenpflicht“ und „Nebenleistungspflicht“ vgl. in diesem Zusammenhang Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 231.

¹³⁷ Vgl. allgemein auch die prägnante Darstellung der verschiedenen Arten von Pflichten aus dem Schuldverhältnis Jauernig/Vollkommer §241, Rz 9 f.

¹³⁸ so auch BGH, NJW 1984, 1807, 1808: „Die Aufklärung des Patienten ist - auch unter Vertragsgesichtspunkten - keine bloße Nebenpflicht des Arztes“.

¹³⁹ So aber Deutsch, Medizinrecht, 4. Auflage, Rz 157: Die Aufklärungspflicht sei „abgesehen vom reinen Diagnosevertrag, regelmäßig nur eine unselbständige Nebenpflicht“. Die Aufklärungspflicht generell (also auch die Pflicht zur *Selbstbestimmungsaufklärung*) als Nebenpflicht des Vertrages darstellend, mit der Konsequenz, daß der *Patient* die Aufklärungspflichtverletzung zu beweisen hat, Park, Das System des Arzthaftungsrechts, S. 68 i.V.m. S. 65.

¹⁴⁰ Zur Abhängigkeit der Beweislast von der Einordnung der *Selbstbestimmungsaufklärung* als vertragliche Haupt- oder Neben(leistungs-)pflicht vgl. Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 231 f. und (wenn auch undeutlich) Deutsch, Medizinrecht, 4. Auflage, Rz 157 und Rz 103.

¹⁴¹ Pointiert: Glatz aaO, S. 231 f.; Auch wenn man die Pflicht des Arztes zur Selbstbestimmungsaufklärung lediglich als unselbständige Nebenpflicht des Vertrages ansieht, kann man vertreten dem *Arzt* den Nachweis ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung aufzuerlegen. Dies vor allem aus Sphären Gesichtspunkten. (so Deutsch, Medizinrecht, 4. Auflage, Rz 157). Diese Möglichkeit der Beweislastverteilung nach Risikosphären soll generell - trotz der Grundregel des neuen § 280 I,1 BGB, wonach der Anspruchsteller die Pflichtverletzung und der in Anspruch Genommene sein fehlendes Verschulden darzulegen und zu beweisen hat - beibehalten werden können. (hierzu Spickhoff, NJW 2002, 1758, 1762 li. Sp.).

Der BGH, der die Aufklärungspflicht wohl als vertragliche *Leistungspflicht*¹⁴² einstuft, sieht deren Versäumnis nicht als Schlecht- sondern wohl gar als Nichterfüllung¹⁴³. Da die Erfüllung einer vertraglich übernommenen, auf positives Tun gerichteten Leistungspflicht nach allgemeinen Grundsätzen als rechtsvernichtende Tatsache vom Schuldner zu beweisen ist, müsse der *Arzt* die *Erfüllung* der Selbstbestimmungsaufklärung beweisen.¹⁴⁴ Diese Beweislastverteilung [bezüglich der Frage der Erfüllung] gilt nach stark vertretener Ansicht auch dann, wenn der Gläubiger aus der Nichterfüllung oder der nicht rechtzeitigen Erfüllung besondere Rechtsfolgen, also insbesondere Schadensersatzansprüche herleitet¹⁴⁵, so daß nach dieser Ansicht der *Arzt* auch im Rahmen einer Schadensersatzklage im vertraglichen Kontext für die ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten beweispflichtig wäre.

Nach zutreffender Ansicht¹⁴⁶ ist es im Rahmen vertraglicher Haftung bei der schadensersatzrechtlichen Beurteilung allerdings unerheblich, ob die Pflichtverletzung des *Arztes* eine „Hauptpflicht“ oder nur eine „Nebenzpflicht“ aus dem Behandlungsvertrag betrifft. Maßgebend ist lediglich, ob die Pflichtverletzung den geltend gemachten Schaden adäquat verursacht hat und ob zwischen Pflichtverletzung und Schaden ein Zurechnungszusammenhang besteht. Das ist nämlich im Haftungsrecht der anderen Dienstleistungsberufe genauso. Folgerichtig ist eine lückenhafte oder gar gänzlich fehlende Selbstbestimmungsaufklärung ebenso eine positive Vertragsverletzung wie eine fehlerhafte Diagnose oder Behandlung. Konsequenterweise ist nach dieser Ansicht im Rahmen des vertraglichen Schadensersatzanspruches der *Patient* für eine Verletzung der ärztlichen Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung darlegungs- und beweispflichtig¹⁴⁷.

Soweit bis jetzt ersichtlich, wird sich an dieser Problemstruktur im Hinblick auf die Beweislast wegen Selbstbestimmungsaufklärungsfehlern im vertraglichen Kontext auch

¹⁴² BGH NJW 1984, 1807, 1808 re. Sp. [Unterstreichung durch mich]: „Die Aufklärung des Patienten ist - auch unter Vertragsgesichtspunkten - keine bloße Nebenpflicht des Arztes, deren Verletzung der Patient, wenn er Ansprüche aus ihr herleitet, nach allgemeinen Grundsätzen zu beweisen hätte“.

¹⁴³ Vgl. die Formulierung in BGH NJW 1984, 1807, 1808 f. [Unterstreichung durch mich]: Der *Arzt* müsse nicht nur den Umstand, „daß er überhaupt den Eingriff vorgenommen hat“, sondern „auch die Erfüllung seiner Aufklärungspflicht“ nachweisen.

¹⁴⁴ Der BGH hat in NJW 1984, 1807, 1808 f. allgemein zur Beweislast bzgl. des vertraglichen Anspruches auf Selbstbestimmungsaufklärung ausgeführt:

„Sie (i.e. die Aufklärung) hängt vielmehr wie die Einwilligung des Patienten, die erst den ärztlichen Eingriff in die körperliche Integrität zulässig werden läßt und deren Voraussetzungen die Aufklärung schaffen soll, so eng mit der Behandlungspflicht des *Arztes* zusammen, daß dieser ebenso wie den Umstand, daß er überhaupt den Eingriff vorgenommen hat auch die Erfüllung seiner Aufklärungspflicht nachweisen muß. Insoweit kommt der gesetzlichen Beweislastverteilung, die für die Deliktshaftung demjenigen, der sich darauf beruft, die Beweislast für die rechtfertigende Einwilligung auferlegt, allgemeine Bedeutung auch für die ärztliche Aufklärung zu, zumal der *Arzt* sich am ehesten die Beweise für die erfolgte Aufklärung sichern kann.“; Lepa, FS Geiß, S. 449, 450; hierzu auch Müller, FS Geiß, S. 461, 465 f.; ganz klar auch Glatz, Der *Arzt* zwischen Aufklärung und Beratung, S. 231/ 232.

¹⁴⁵ Vgl. Motive I, S. 383; BGH NJW 1993, 1704, 1706; Palandt/Heinrichs, § 363, Rz. 1 allerdings mit Umkehr der Beweislast auf den *Gläubiger* bei Beratungs- und Aufklärungspflichten, wenn streitig ist, ob er vom Schuldner der Aufklärungsleistung richtig und vollständig informiert worden ist.; vgl. Soergel/ Zeiss § 362, Rz 19; Baumgärtel/Strieder § 362, Rz 3, (S. 446f.); a.A. z.B. Eрман - H.P. Westermann, §362, Rz 15.

¹⁴⁶ So z.B. Büttner, FS Geiß, S. 353, 359.

¹⁴⁷ Büttner, aaO, S. 353, 361 f.

Gegen eine strikte Orientierung der Beweislastverteilung an vertraglichen oder deliktischen Kategorien hat sich insbesondere Mertens in MüKo/ Mertens, § 823 Rz 350 ausgesprochen.

Nach seiner Ansicht müßten die Grundsätze über die Beweislastverteilung im *Arzt*prozeß im allgemeinen unabhängig davon gelten, ob der Anspruch auf Vertrags- oder auf Deliktsrecht gestützt wird.

durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG) nichts ändern.¹⁴⁸ Der vertragsrechtlichen Rechtslage bezüglich des Selbstbestimmungsaufklärungsfehlers soll im Rahmen dieser Arbeit aber nicht weiter nachgegangen werden. An dieser Stelle soll es bei diesem kurzen Problemaufriß bleiben, lediglich, um die nach wie vor ungebrochene Bedeutung des Deliktsrechtes für die Haftung des Arztes wegen Selbstbestimmungsaufklärungsfehlern zu verdeutlichen. [dazu jetzt direkt anschließend]

2.) Ansprüche aus Delikt.

Ebenso wie das Vertragsrecht gewährt auch das Deliktsrecht dem Patienten einen Anspruch auf Ersatz der durch die Behandlung verursachten materiellen Schäden bei Verletzung der ärztlichen Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung.

Die deliktische Arzthaftung wird über § 823 I BGB und beim beamteten Arzt über § 839 BGB abgewickelt¹⁴⁹.

Nach Ansicht der Rechtsprechung und überwiegenden Literatur stellt jeder ärztliche Heileingriff - auch der medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte - eine tatbestandliche Körperverletzung i.S.d. § 823 I BGB dar (sogenannte *Körperverletzungsdoktrin*)¹⁵⁰, bei der nach der Lehre vom *Erfolgsunrecht*¹⁵¹ die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert. Gerechtfertigt ist der Arzt hierbei nur dann, wenn der Patient wirksam in den Heileingriff einwilligt, wobei Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung eine umfassende Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten ist.¹⁵²

Die deliktische Arzthaftung wegen Selbstbestimmungsaufklärungsfehlern ist seit jeher für den klagenden Patienten interessanter als die vertragliche, weshalb jene in der Vergangenheit auch ihre heutige ganz erhebliche Relevanz entwickeln konnte.

Einer der hierfür maßgeblichen Gründe war bis zuletzt der Umstand, daß im deliktischen Bereich bei Verletzung von Körper, der Gesundheit oder Freiheitsentziehung über materielle Schäden hinaus nach § 847 I BGB a.F. ein Anspruch auf Ersatz auch immaterieller Schäden - „*Schmerzensgeld*“ - möglich war, der wegen § 253 BGB a.F. bei vertraglicher Haftung des Arztes nach h.M. gerade nicht bestand¹⁵³.

¹⁴⁸ Vgl. in diesem Sinne auch Palandt/Heinrichs, SMG, § 280, Rz 34 a.E. unter Verweis auf Stoll, AcP 176 (1976), S. 145.

¹⁴⁹ § 839 BGB schließt als Spezialnorm eine Anwendung der §§ 823 ff. BGB für die Person des beamteten Arztes aus. [eingehend hierzu Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 III, 3 (S. 142 ff.)];

¹⁵⁰ Umfangreiche Nachweise hierzu sogleich unter Teil C.) I.) 1.) a.) aa.).

¹⁵¹ Zur Kontroverse um die verschiedenen Unrechtslehren noch eingehend unten unter Teil C.) III.)

¹⁵² Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 12; Nach Ansicht des BGH NJW 1956, 1106 setzt die Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten voraus, „daß dieser das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des ärztlichen Eingriffs in seinen Grundzügen erkannt hat“.

a.A. Park, S. 52 oben und eingehend S. 57 ff, der die *Einwilligung als solche* bereits zur *Rechtfertigung* des Eingriffs genügen läßt (ders, S.52: „Die Unzulänglichkeit einer Aufklärung macht die erteilte Einwilligung in den Behandlungsplan nicht unwirksam“), und die Verletzung der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung als *vom Patienten* zu beweisende Voraussetzung ärztlicher Haftung ansieht. (vgl. ders. S. 52: “Die Verletzung der Aufklärungspflicht als einer der ärztlichen Berufspflichten ist vielmehr in der gleichen Haftungsstruktur wie bei Behandlungsfehlern zu behandeln“.)

¹⁵³ Diesen „Begründungszwang für das Schmerzensgeld“ als wesentliche Ursache der deliktsrechtlichen Qualifizierung speziell des nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriffes darstellend Büttner, FS Geiss aaO, S. 353, 356.

Diese Rechtslage soll sich indes nach § 253 II BGB n.F. ändern. Hiernach wird die Schmerzensgeldproblematik aus dem Deliktsrecht in das Schadensersatzrecht des allgemeinen Schuldrechts verlagert, so daß jetzt auch aus Vertrag bei Verletzung der in § 253 II n.F. genannten Rechtsgüter Schmerzensgeld zu leisten ist.¹⁵⁴

Ein weiterer wesentlicher Grund für die Attraktivität des deliktsrechtlichen Anspruches im Kontext der sogenannten Körperverletzungsdoktrin der Rechtsprechung (in Verbindung mit der Lehre vom Erfolgsunrecht) speziell bei der Rüge fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung ist jedoch die dem Patienten – im Gegensatz zur sehr unklaren Lage im Vertragsrecht [hierzu soeben unter 1.)] - günstige *Beweislastverteilung*, wonach nach ständiger Rechtsprechung und überwiegender Literatur dem *Arzt* der Beweis dafür auferlegt ist, daß er den Patienten ordnungsgemäß über die Risiken des Heileingriffes aufgeklärt hat, mithin die durch die Verletzung der Körpersphäre (nach der Lehre vom Erfolgsunrecht) indizierte Rechtswidrigkeit der dem Patienten durch den Heileingriff zugefügten Körperverletzung durch dessen rechtswirksame - weil aufgeklärte - Einwilligung in concreto entfällt. Dieser *beweisrechtliche Aspekt* bei der deliktischen Haftung des Arztes wegen nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen im Rahmen einer erfolgsunrechtsorientierten Körperverletzungsdoktrin wird - ungeachtet eines von der Rechtswissenschaft und jüngsten Gesetzgebung forcierten „Trend zum Vertragsrecht“ auch bei der Arzthaftung¹⁵⁵ - der entscheidende Grund dafür sein, die Haftung des Arztes wegen nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen auch in Zukunft im Rahmen des Deliktsrechtes und nicht in vertragsrechtlichem Kontext zu lösen. Angesichts dieses eindeutigen dogmatischen Vorteils der deliktsrechtlichen Haftungskonzeption der Arzthaftung für den Patienten ist vielmehr umgekehrt zu erwarten, daß die Deliktsrechtsbezogenheit der Selbstbestimmungsproblematik erhalten bleibt und insgesamt auf die Arzthaftung (auch wegen Behandlungsfehlern) ausstrahlen wird, mithin gerade im Bereich der Arzthaftung als beruflicher Expertenhaftung - jedenfalls was die bisher primär herangezogene deliktische Anspruchsgrundlage des § 823 I BGB betrifft - „Alles beim Alten“ bleibt.¹⁵⁶

Die Haftung des Arztes wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung aus deliktischem Haftungstatbestand soll wegen der ungebrochenen Bedeutung dieser Problematik nun im Folgenden unter Teil C.) der zentrale dogmatische Gegenstand dieser Arbeit sein.

¹⁵⁴ Dazu Deutsch, ZRP 2001, S. 351-354.

¹⁵⁵ dazu Katzenmeier, Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung – Umbruch in der Arzthaftung - , VersR 2002, 1066, 1074.

¹⁵⁶ Vgl. zur deliktsrechtlichen Tendenz des Arzthaftungsrechts allgemein auch Weber-Steinhaus, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, S. 6/7. Bei der Arzthaftung gehe es nicht um die für das Vertragsrecht charakteristische Verletzung von Leistungsversprechen, sondern um ein „Schutzpflichtverhältnis zur Sicherung des personenrechtlichen ... Status quo, das im Falle seiner Verletzung die Verpflichtung zur Kompensation beeinträchtigter Integritätsinteressen nach sich zieht“.

Teil C: Deliktischer Rechtsgüterschutz und Schadenszurechnung bei Aufklärungsfehlern, insbesondere bei Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung.

I.) Der deliktische Haftungstatbestand

1.) Das verletzte Rechtsgut/ Darstellung der Problematik.

a.) Körperverletzungsdoktrin

aa.) Darstellung

Nach der Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur im deutschen Recht wird der ärztliche Heileingriff zivilrechtlich als tatbestandliche Körperverletzung bzw. Gesundheitsverletzung¹⁵⁷ des Patienten angesehen (sogenannte *Körperverletzungsdoktrin*)¹⁵⁸.

Dies gilt unabhängig davon, ob der Eingriff medizinisch indiziert ist, sachgemäß ausgeführt wurde und/bzw. oder zum gewünschten Erfolg führt. Erfolg oder Mißerfolg der Behandlung sind somit für die Beurteilung irrelevant.¹⁵⁹

Dabei wird der Begriff der im Sinne des § 823 Absatz 1 BGB tatbestandsmäßigen Körperverletzung („Eingriff“) weit ausgelegt; er erfaßt nicht nur operative Eingriffe, sondern auch Injektionen¹⁶⁰, das Vornehmen von (Schluck)impfungen¹⁶¹, die Durchführung von Bestrahlungen¹⁶² oder das Verabreichen von Medikamenten.¹⁶³ Mit dem Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten, ist die Rechtswidrigkeit des ärztlichen Handelns nach der sog. *Lehre vom Erfolgsunrecht* indiziert¹⁶⁴. Der Arzt

¹⁵⁷ Der Unterscheidung von Körperverletzung als Eingriff in die körperliche Integrität und Gesundheitsverletzung als Störung des physiologischen Zusammenspiels der Körperfunktionen (vgl. RGRK-Nüßgens, § 823 BGB Anh. II, Rz 36) kommt dabei nach h.M. – wie auch schon beim Behandlungsfehler (dazu oben Teil B.) II.) 2.) - keine Bedeutung zu. (so Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 69).

Ähnlich in allgemeinem Kontext auch Esser/Weyers, Schuldrecht II/2, (S. 151): „Daß man „Leben“, „Körper“ und „Gesundheit“ nicht durchweg scharf gegeneinander abgrenzen kann, hat keine Bedeutung“. anders in diesem Zusammenhang allerdings MüKo/Mertens § 823 Rz 361 ff. Nach ihm ist die „nicht kunstgerecht“ durchgeführte Behandlung eine Gesundheitsverletzung, ein Heileingriff „ohne wirksame Einwilligung“ dagegen grundsätzlich eine Körperverletzung.

¹⁵⁸ Ständige Rspr.: so schon bereits RGZ 68,431,433f.; RGZ 88,433,436; RGZ 163,129,137; der BGH hat diese Rechtsprechung übernommen; für viele: BGH NJW 1956, 1106,1107 (1. Elektroschockurteil); BGHZ 29, 176,180; BGH VersR 1972, S. 153, 154 (re. Sp.); BGH NJW 1984, 1807, 1809. Hier spricht der BGH von dem „ärztlichen Eingriff in die körperliche Integrität“; ebenso in BGHZ 106, 391 (397 f.); Soergel/Zeuner §823 Rz 16 und 18; Jauernig/ Teichmann § 823 Rz 3 und 111; RGRK-Nüßgens, § 823 Anh. II, Rz 65; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 204, 211 ff.; vgl. (allerdings im Kontext einer verhaltensunrechtsbezogenen Konzeption) auch Erman/Schiemann § 823 Rz 126 ff, insbesondere Rz 137; differenzierend MüKo/Mertens 3. Auflage, § 823 Rz 361 ff.; Armbrüster, JuS 1997, 907 (909); G. Müller, DRiZ 2000, 259 (260);

¹⁵⁹ Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 233/ 234.

¹⁶⁰ BGH, NJW 1989, 1533.

¹⁶¹ BGH, NJW 2000, 1784, 1785 li. Sp. (Schluckimpfung); BGH, NJW 1990, 2311 bzgl. Impfung.

¹⁶² BGH, NJW 1972, 335 ff. (Strahlenbehandlung).

¹⁶³ BGH, NJW 1963, 393.

¹⁶⁴ Nach der sogenannten *Lehre vom Erfolgsunrecht*, ist die Verletzung eines Rechts(guts) oder eines Schutzgesetzes stets rechtswidrig, sofern nicht besondere Rechtfertigungsgründe eingreifen; der

kann diese Indikation widerlegen, indem er nachweist, daß der Patient wirksam in die Behandlung eingewilligt hat, was die Rechtswidrigkeit des ärztlichen Handelns dann entfallen läßt.

Wenn der BGH in der - vor allem im Zusammenhang mit der Zurechnung der Schadensfolgen eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes unter Teil C.) IV.) noch sehr bedeutsamen und dort noch eingehend darzustellenden - Entscheidung BGHZ 106, 391, 397 f. von dem [unterstrichen durch mich] „Erfordernis einer Einwilligung des Patienten in die Heilbehandlung zur Rechtfertigung des Eingriffs in die körperliche Integrität“ spricht, dann ist in diesen wenigen Worten die gesamte soeben dargestellte deliktsrechtliche Konzeption der Arzthaftung wegen Selbstbestimmungsaufklärungsfehlern nach der Rechtsprechung umfassend wiedergegeben.

Die Einwilligung des Patienten ist aber nur dann wirksam, wenn der Patient über die mit dem Eingriff verbundenen unvermeidbaren Begleitrisiken umfassend aufgeklärt wurde. Zudem rechtfertigt die Einwilligung des Patienten in einen ärztlichen Eingriff nicht den bei diesem geschehenen Behandlungsfehler¹⁶⁵.

bb.) Konsequenzen

Der dogmatische Ansatz der Körperverletzungsdoktrin hat für die Beteiligten folgende wesentliche Konsequenzen:

aaa.) Beweislast

Nach der Körperverletzungskonzeption der Rechtsprechung ist der Arzt für das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes, der in diesen Fällen in der wirksamen Einwilligung des Patienten in den Heileingriff besteht - jedenfalls nach der sogenannten Lehre vom Erfolgsunrecht - grundsätzlich beweibelastet. Da Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung eine ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten ist, muß der Arzt beweisen, diese vorgenommen zu haben.¹⁶⁶ Der Charakter

Verletzungserfolg „indiziert“ die Rechtswidrigkeit. Etwas anderes soll nur bei den sog. „Rahmenrechten“ (wie z.B. dem Persönlichkeitsrecht) gelten.

Zur Problematik Erfolgsunrecht/ Verhaltensunrecht im allgemeinen und vor allem - hier interessierend - im Rahmen der Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern noch eingehend unten unter Teil C.) III.)

¹⁶⁵ Soergel/Zeuner, § 823 Rz 226; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 195; vgl. auch Hart, FS Heinrichs, S. 291, 292 zur Körperverletzungsdoktrin der Rechtsprechung: „Jenseits des Behandlungsfehlers, der nicht einwilligungsfähig ist, ist eine Behandlung rechtswidrig, wenn eine wirksame Einwilligung fehlt“.

¹⁶⁶ So bereits RGZ 68, 431 (438); aus der BGH-Rechtsprechung vgl. statt vieler etwa BGHZ 29, 176 (187); 90, 103, 110f.; BGH, NJW 1984, 1807, 1808 f.; aus der Literatur vgl. z.B. Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 464 ff.; D. Franzki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, S. 120 ff.; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 165 ff.; Müller, NJW 1997, 3049, 3050f.; Müller, DriZ 2000, S. 259, 260 li. Sp.; Lepa, FS Geiß, S. 449 ff.

Dezidiert anderer Ansicht hierzu war früher Baumgärtel „Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß“, Gedächtnisschrift Bruns, S. 93 ff.

Baumgärtel aaO (S. 105) kritisierte es, „die Beweislastverteilung nach der dogmatischen Bestimmung des Haftungsgrundes auszurichten“ und aus der Indikation der Rechtswidrigkeit durch den Heileingriff abzuleiten, daß der Arzt die Aufklärung des Patienten nachzuweisen habe.

Baumgärtel möchte auch im Rahmen der Körperverletzungskonzeption den *Patienten* für einen Aufklärungsfehler des Arztes beweispflichtig machen, weil man von der „Erfahrung“ ausgehen könne, „daß die Ärzte die Patienten in der Regel nicht gegen ihren Willen zu behandeln pflegen“. (beide Zitate aus aaO, S. 105). Dieser Einwand ist jedoch unzutreffend, weil er sich an einer rein äußeren Betrachtung des Geschehens orientiert.

der Einwilligung als rechtstechnische Einwendung, als Rechtfertigungsgrund, führt zur Belastung des Arztes mit dem Beweis.¹⁶⁷

bbb.) Umfang des Schadensersatzes

Im Rahmen der Körperverletzungsdoktrin ist ein Anspruch des Patienten auf Ersatz sämtlicher durch den nicht wirksam konsentierten Heileingriff adäquat verursachter Körper- und Gesundheitsschäden (anders als nach der sogenannten Persönlichkeitsrechtsdoktrin)¹⁶⁸ grundsätzlich unproblematisch.¹⁶⁹

Probleme ergeben sich hierbei allerdings in Detailfragen.

Umstritten ist im Rahmen der Körperverletzungsdoktrin nämlich, ob bei nicht ordnungsgemäß konsentierter Heilbehandlung in der Folge des Eingriffes der Arzt tatsächlich Ersatz für die Realisierung *sämtlicher* Behandlungsrisiken zu leisten hat, (also auch für solche, die im Vorfeld der Behandlung - aus welchen Gründen auch immer¹⁷⁰ - gar nicht aufklärungsbedürftig waren,) oder ob in Bezug auf bestimmte Arten von Eingriffsrisiken eine Ersatzpflicht des Arztes entfällt.

Ein weiteres Problem ergibt sich, wenn sich (bei im übrigen defizitärer Aufklärung) gerade dasjenige Risiko realisiert, über das der Patient aufgeklärt wurde. Weitere Varianten hierzu haben die Rechtsprechung beschäftigt.

Die rein äußere Situation, wonach tatsächlich in aller Regel Heileingriffe niemals gegen den erkennbar geäußerten Willen des Patienten geschehen, sagt nichts darüber aus, ob diese äußerlich erklärte Einwilligung des Patienten in den Heileingriff auch rechtswirksam ist.

Baumgärtels Einwand gegen die Beweisbelastung des Arztes hätte nur dann Gewicht, wenn man es als Regel erachten könnte, daß der ärztliche Heileingriff immer nach ordnungsgemäßer Aufklärung und damit *wirksamer* Einwilligung des Patienten geschehe, die tatsächlich als Regel zu betrachtende (äußere) Einwilligung des Patienten auch (im Inneren) wirksam ist. Diesen Schluß kann man indes gerade *nicht* ziehen. [vgl. dazu Tempel, NJW 1980, 609, 617 li. Sp.: „Gespräche mit Ärzten zeigen, daß die Aufklärungspflicht nicht überall ernstgenommen, teilweise sogar ignoriert wird“; Giesen, Jura 1981, 10, 17; ders. Arzthaftungsrecht, Rz 465: „Ein Erfahrungssatz, daß die Ärzte ihrer Aufklärungspflicht in der Regel nachkommen, besteht gerade nicht; die Praxis legt vielmehr eine *gegenteilige* Vermutung nahe“;

völlige Makulatur wird die Ansicht Baumgärtels dann, wenn man sich vergegenwärtigt, daß nach Auswertung einer von Ehlers durchgeführten Studie an 52 Universitätskliniken die dort vorgenommene Aufklärung in 93,8 % der Fälle nicht den Vorgaben der Rechtsprechung entsprach. (dazu Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S. 129).

Im Übrigen hängt die Indikation der Rechtswidrigkeit innerhalb der Körperverletzungsdoktrin vor allem wesentlich von der Frage ab, ob man der sog. Lehre vom Handlungs-/ oder Erfolgsunrecht folgt. [hierzu noch eingehend unten unter Teil C.) III.)].

In Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, § 823 Anh. C II Rz 50 f. vertritt Baumgärtel diese Ansicht zwar nicht mehr. Allerdings begründet er das Abrücken von seiner ursprünglich vertretenen Position lediglich damit, daß die Rechtsprechung auf der Ebene des Beweisrechts der Beweisnot des Patienten nicht mehr das frühere übertriebene Gewicht beimißt, vielmehr beiden Seiten mit Beweiserleichterungen helfe und damit dem Grundsatz der „Waffengleichheit der Parteien“ Rechnung trage. Somit sei es zum Schutze der Ärzte aus prozeßrechtlichen Erwägungen nicht mehr nötig, dieser Ansicht zu folgen. Nichtsdestotrotz scheint Baumgärtel von der Stichhaltigkeit seiner Argumente in sachlicher Hinsicht wohl immer noch überzeugt zu sein.

Der BGH hat sich in NJW 1984, 1807, 1808 re. Sp. mit der Kritik Baumgärtels auseinandergesetzt. Das Gericht sah „keine Veranlassung“, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen. Zur weiteren Untermauerung seiner Position qualifizierte das Gericht die ärztliche Aufklärung ebenso zu einer vertraglichen Leistungspflicht [dazu schon oben unter Teil B.) III.)] wie die geschuldete Behandlung lege artis selbst, weil die Einwilligung des Patienten und die ärztliche Aufklärungspflicht derart eng mit der Behandlungspflicht des Arztes zusammenhängen, daß dieser auch das Ob und Wie der Aufklärung in casu zu beweisen habe.

¹⁶⁷ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 254; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 167 ff.; Katzenmeier, Arzthaftung, § 8 III, 1 (S. 495).

¹⁶⁸ Dazu sogleich unter I.) 1.) b.) bb.) bbb.)

¹⁶⁹ Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 149; Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 III, 1 d.) (S. 123).

¹⁷⁰ Angesichts der extrem strengen Anforderungen der Rechtsprechung an Inhalt und Umfang der Selbstbestimmungsaufklärung [dazu noch in Teil D.) dieser Arbeit] wird es sich hierbei vor allem um solche Risiken handeln, die wissenschaftlich noch gar nicht bekannt/ erforscht sind.

In diesen Fragen der Zurechnung der Schadensfolgen eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes hat sich in den letzten Jahren vor allem in der Rechtsprechung ein bunter Strauß von Varianten und Variationen entwickelt, der unter dem Topos „Zurechnungszusammenhang“ oder auch „Schutzzweckzusammenhang“ diskutiert wird. Diese Problematik der Zurechnung der Schadensfolgen wird in einem gesonderten Kapitel von Teil C.) unter IV.) in dieser Arbeit noch eingehend erörtert.

Die Rechtsprechung hält aus diesen beiden soeben unter aaa.) und bbb.) genannten Gründen der für den Patienten günstigen Beweislast einerseits und des grundsätzlich weiten Umfangs des zu ersetzenden Schadens andererseits an ihrer Körperverletzungsdoktrin fest.

Gegen die Körperverletzungs-Doktrin als solche und innerhalb dieser vor allem gegen die Beweisbelastung des Arztes für die ordnungsgemäße Aufklärung und Einwilligung des Patienten wird im Hinblick auf die prozessuale Praxis von Teilen der Literatur eingewendet, die Aufklärungsrüge verkomme hierbei zu einer Art „Auffang-Tatbestand“¹⁷¹ für die Fälle, in denen ein Behandlungsfehler zwar vermutet, von dem hierfür grundsätzlich beweispflichtigen Patienten aber nicht bewiesen werden könne.

Auf Patientenseite hat diese für den Arzt schwierige Situation in der Vergangenheit tatsächlich nicht selten dazu geführt, daß vielfach ein Kunstfehler gar nicht mehr behauptet wird, sondern man sogleich einen Aufklärungsmangel rügt¹⁷², zumindest aber die Behauptung eines Behandlungsfehlers mit dem Vorwurf der Verletzung der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung von Beginn an gekoppelt oder aber die Aufklärungsrüge „nachgeschoben“ wird¹⁷³, wenn man merkt, daß der Nachweis eines Behandlungsfehlers zu scheitern droht¹⁷⁴. Auf diese Weise wurde der Aufklärungsfehlervorwurf zu einem „Auffangtatbestand“, durch den in sehr starkem Maße Elemente einer Erfolgs- oder Gefährdungshaftung eingeführt werden¹⁷⁵.

[Zur prozeßrechtlichen Relevanz der Aufklärungsrüge im allgemeinen und in statistischer Hinsicht siehe die schon oben in Teil A.), II.), 2.) mitgeteilten Nachweise.]

¹⁷¹ Laufs, *Arztrecht*, Rz 173 und 591; Ulsenheimer, *Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin*, S. 14; Ehlers, *Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen*, S. 5f.; Katzenmeier, *ZRP* 1997, 156, 161; MüKo-Mertens, 3. Auflage § 823 Rz 421; RGRK-Nüßgens § 823 Anh II, Rz 173.

¹⁷² Nach Brüggemeier, *Deliktsrecht*, Rz 633 werde der tagtägliche Arzt-Patient-Kontakt durch das deliktische Arzthaftungsrecht „pathologisiert“; hierzu auch folgende Formulierung Esser/Weyers, *Schuldrecht II/2* § 55 I 1b: Die Haftung des Arztes wegen Aufklärungspflichtverletzung führe dazu, daß „der Sack der Aufklärungspflichtverletzung geschlagen wird, wo der Esel des oft kaum zu beweisenden, aber naheliegenden Kunstfehlers getroffen werden soll“.

¹⁷³ deutlich hierzu Büttner in *FS Geiß* 2000, S. 353, 363/364 und Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 III, 2 a.) (S. 358): „Mißbräuchliche Prozeßstrategien auf Klägersseite“ seien „nicht selten zu beobachten“.

¹⁷⁴ Ulsenheimer, *Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin*, S. 13/14; RGRK-Nüßgens § 823 Anh II Rz 173; vgl. auch Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 404: „Wechsel im Anspruchsbegehren“.

¹⁷⁵ Stellvertretend für viele die Brisanz dieser Problematik treffend zusammenfassend nur Büttner, *FS Geiss*, S. 353, 363 f. „Bei allem Respekt vor dem verfassungsrechtlichen Rang des Selbstbestimmungsrechtes, fällt dem Praktiker nicht selten unangenehm auf, wie in einem Haftpflichtstreit, der zunächst eindeutig im Vorwurf eines Behandlungsfehlers seinen Ausgang nahm, die Berufung auf ein Aufklärungsversäumnis unter rechtskundiger Beratung sich erst entwickelt und der Patient gut vorbereitet in einem fortgeschrittenen Stadium des Prozesses seinen „Entscheidungskonflikt“ plausibel vorträgt“; Franzki, *Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß*, S. 120 ff. (122) bezeichnet den häufig zu beobachtenden Wechsel von der Behandlungsfehler- zur Aufklärungsfehlerrüge auch treffend als „Aufklärungskrücke“.

b.) Persönlichkeitsrechtsdoktrin:

aa.) Darstellung

Eine starke Strömung in der Literatur und insbesondere die Ärzteschaft greifen die Körperverletzungsdoktrin der Rechtsprechung und h.M. heftig an.

Die nicht wirksam konsentierten, im übrigen aber medizinisch indizierte und ordnungsgemäß durchgeführte Heilbehandlung¹⁷⁶ wird von dieser Ansicht *ausschließlich* als Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes (ab jetzt: APR.) des Patienten als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB angesehen¹⁷⁷ und nicht als tatbestandsmäßige Körperverletzung qualifiziert. Man nennt diese Ansicht im hier vorliegenden Kontext daher auch die sogenannte „*Persönlichkeitsrechtsdoktrin*“.

aaa.) grundsätzliche Anerkennung eines „Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes“ im Rahmen des § 823 I BGB als „sonstiges Recht“.

Die technischen Möglichkeiten der Ausspähung und Dokumentation von aus der Privatsphäre stammenden Tatsachen, sowie die Omnipräsenz von Medien aller Art und die damit verbundene kaum noch begrenzte Verbreitung publizierter Nachrichten, führen heute zu enormen Gefahren für die Privatsphäre und die soziale Stellung des Einzelnen. Diesen Gefahren werden nach allgemeiner Auffassung die Konzeption des BGB und die mehr oder weniger kasuistisch formulierten Einzelnormen nicht mehr ausreichend gerecht.¹⁷⁸

In ähnlichem Maße, in dem sich die Möglichkeiten der Beeinträchtigung der Privatsphäre steigerten, erfuhr aber auch das Verständnis von Wert und Schutzbedürftigkeit der Person - vor allem durch die Erfahrungen im NS-Regime - nach dem Zweiten Weltkrieg eine enorme Vertiefung.¹⁷⁹

Der enumerative Schutz einzelner Persönlichkeitsgüter¹⁸⁰ hat sich angesichts dessen als zu eng und ungenügend erwiesen.

Es erschien notwendig, über Einzelatbestände hinaus von einem „Recht des Einzelnen gegenüber jedermann auf Achtung seiner Menschenwürde und Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit“¹⁸¹ auszugehen, das die einzelne Person vor

¹⁷⁶ Wenn im Folgenden verkürzt vom „nicht wirksam konsentierten Heileingriff“ die Rede ist, dann wird hierbei stets vorausgesetzt, daß dieser Heileingriff im übrigen medizinisch indiziert und lege artis durchgeführt ist. Ist schon eine dieser beiden Voraussetzungen nicht gegeben, dann liegt ein Behandlungsfehler vor, der ohnehin als rechtswidrige Körperverletzung zu qualifizieren ist.

¹⁷⁷ Grundlegend Wiethölter, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Die Aufklärungspflicht des Arztes, herausgegeben von der Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe, S. 71 ff.; Laufs, NJW 1974, S. 2025, 2028 ff.; Weyers/Mirtsching, JuS 1980, 317, 320; Laufs, Arztrecht, Rz 176 und 540; Esser/Weyers, SchuldR II/2, §55 I,1 b; Larenz/Canaris, SchuldR II/2 §76 II 1 g; Katzenmeier, ZRP 1997, 156 (160 f.); Büttner, FS Geiß, S. 353 ff.; Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 III, 1 d. (S. 118 ff., insbes. S. 126)

¹⁷⁸ Esser/ Weyers Schuldrecht II/2, § 55 I 1 d.) (S. 156)

¹⁷⁹ zu diesem Zusammenhang Jauernig/Teichmann, § 823 Rz 65; Schmitt Glaeser, HbStR (2001), Bd VI, § 129, Rz 7.

¹⁸⁰ Hierzu Jauernig/Teichmann, § 823 Rz 13; vgl. auch Esser/Weyers, Schuldrecht II/2, § 55 I 1 (S. 156).

¹⁸¹ So Jauernig/Teichmann, §823, Rz 65; vgl. BGHZ 24, 72, 76; 27, 284, 286.

ungerechtfertigten Beeinträchtigungen und Verletzungen seiner gesamten körperlichen und seelischen Integrität, seines privaten Lebensbereiches, seiner Möglichkeiten der Selbstdarstellung und Selbstverwirklichung zu schützen vermag¹⁸².

Aus diesem Grunde hat der BGH¹⁸³ in einer jedenfalls im Ergebnis, allgemein als gelungen angesehenen Rechtsfortbildung zum Schutz dieser Rechtsgüter ein deliktsrechtlich geschütztes „Allgemeines Persönlichkeitsrecht“ statuiert¹⁸⁴, es unmittelbar aus Art. 1 I GG und Art. 2 I GG sowie aus der MRK entwickelt¹⁸⁵ und als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB anerkannt¹⁸⁶. In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit einen Ersatz immaterieller Schäden unter Durchbrechung des § 253 a.F. BGB (jetzt: § 253 I n.F.) bei schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen gewährt.¹⁸⁷

Zum genauen Inhalt des APR. noch eingehend unten unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) bbb.) (b.) (aa.) und ccc.) in der Stellungnahme zu den verschiedenen dogmatischen Ansätzen bzgl. der deliktsrechtlichen Handhabung von nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlungen.

bbb.) Der nicht ordnungsgemäß konsentierte ärztliche Heileingriff ausschließlich als Persönlichkeitsrechtsverletzung. (sog. Persönlichkeitsrechtsdoktrin).

Wie soeben einleitend schon kurz dargestellt wurde, wird der nicht wirksam konsentierte ärztliche Heileingriff von einer stark vertretenen Minderheitsauffassung in der Literatur ausschließlich als Verletzung des APR. des Patienten bewertet. Hierfür werden folgende Argumente vorgetragen:

¹⁸² Jauernig/Teichmann, § 823, Rz 65.

¹⁸³ Beginnend mit BGHZ 13, 334; Überblick über die ältere Rechtsprechung in BVerfGE 34, 269 ff. und bei Stoll, Jura 1979, 576 ff.;

¹⁸⁴ Die Literatur hierzu ist immens. Genannt sei an dieser Stelle nur Erman/Ehmann, Anhang zu § 12; Ehmann, Jus 1997, 193 ff.; einen Überblick über die Literatur bietend MüKo/Rixecker, § 12 Anh. (S. 219 ff.).

¹⁸⁵ Jauernig/Teichmann, § 823, Rz 66.

¹⁸⁶ Ausdrücklich in BGHZ 24,77; Erman/Ehmann Anh. § 12 Rz 13. Ob das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als „natürliches“ Rechtsgut wie Leben, Körper, Gesundheit oder Freiheit oder als eigentumsähnliches sonstiges Recht verstanden werden soll, ist in der Literatur streitig geblieben, aber wegen der gleichgestellten Rechtsfolgen auch ohne große praktische Bedeutung (Erman/Ehmann, Anh. § 12 Rz 13).

¹⁸⁷ Die Neufassung des § 253 BGB erstaunt insofern, als das APR, bei dessen Verletzung die Rechtsprechung seit nunmehr fast einem halben Jahrhundert unter bestimmten Voraussetzungen Schmerzensgeld gewährt, nicht erwähnt ist. Hierdurch soll allerdings ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs keine Rechtsänderung eingeleitet werden [BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25: „Daß Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht ausdrücklich in die Aufzählung der Schmerzensgeldansprüche auslösenden Rechtsgutsverletzungen aufgenommen sind, steht auch künftig einer Geldentschädigung bei nach § 823 BGB erheblichen Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht entgegen“.]

Eine Aufnahme des APR. in den Haftungstatbestand des § 823 I BGB (und damit die Legalisierung einer die Gesetzeskonzeption sprengenden Rechtsprechung) wäre jedoch zu wünschen gewesen. (so Katzenmeier, VersR 2002, S. 1066, 1073) und von Mayenburg, VersR 2002, 278, 283.

So bleibt in diesem Zusammenhang unklar, ob das APR. nur nach Deliktsrecht oder künftig auch nach Vertragsrecht schmerzensgeldbewehrt ist. (so zutreffend Katzenmeier, VersR 2002, 1066, 1073).

(a.) Der maßgebliche Unrechtsschwerpunkt.

Abzustellen sei bei der Beurteilung des ärztlichen Eingriffes auf die soziale Sinnhaftigkeit¹⁸⁸ der ärztlichen Tätigkeit und nicht auf das „objektiv wahrnehmbare Augenblicksgeschehen“¹⁸⁹, das in dem körperlichen Bezug der Heilbehandlung liege. Der medizinisch indizierte und korrekt durchgeführte ärztliche Heileingriff könne nach dieser Ansicht nicht als tatbestandliche Körperverletzung behandelt werden, da er gerade nicht auf Verschlechterung, sondern auf Verbesserung des körperlichen Zustandes und auf Heilung gerichtet sei. Der maßgebliche „Unrechtsschwerpunkt“¹⁹⁰, der spezifische Unrechtsgehalt einer Heilbehandlung ohne angemessene Selbstbestimmungsaufklärung liege nach dieser Ansicht in einem solchen Falle nicht in der *lege artis* Behandlung, sondern in der rechtlichen *Unerlaubtheit* der heilkunstgemäßen Behandlung, der Mißachtung der Autonomie oder Entschlußfreiheit des Patienten. Das ärztliche Fehlverhalten beim Aufklärungsfehler bestehe ausschließlich in der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, darüber (mit-)zu entscheiden, ob und inwieweit er sich körperlichen/ gesundheitlichen Risiken, die mit der medizinischen Behandlung verbunden sind, aussetzen will oder nicht¹⁹¹.

(b.) Diskriminierung des ärztlichen Berufes.

Zudem stelle die Qualifizierung medizinisch indizierter und korrekt durchgeführter ärztlicher Tätigkeit als tatbestandsmäßige „Körperverletzung“ i.S.d. § 823 I BGB eine „unnötige Diskriminierung des ärztlichen Berufsstands“ dar¹⁹² und wird gar als Beispiel für die „Willkürlichkeit und Naturferne der Jurisprudenz“ angeführt.¹⁹³ Der Arzt wolle - im Gegensatz zum „eigentlichen Körperverletzer“¹⁹⁴ - gerade nicht dem Opfer Schaden zufügen, sondern ihm helfen. Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient werde gefährdet, wenn der Arzt zunächst einmal als Verletzer gelte¹⁹⁵. Weiterhin wird von den Kritikern der Körperverletzungsdoktrin ins Feld geführt, es sei widersinnig, daß der Arzt - wenn er nicht behandle - strafrechtlich und zivilrechtlich wegen unterlassener Hilfeleistung (vgl. § 323 c StGB) haften müsse, wenn er aber behandle typischerweise den Tatbestand der Körperverletzung verwirkliche.¹⁹⁶

¹⁸⁸ Brüggemeier, Deliktsrecht, Rz 634; vgl. auch Katzenmeier, Arzthaftung § 2 III 1 b.) (S. 115)

¹⁸⁹ Formulierung so bei Katzenmeier, aaO, S. 112.

¹⁹⁰ Dieses Wort wird benutzt in Esser/Weyers, Schuldrecht II/2 § 55 I, 1b, (S. 154/155): „Auch liegt der Unrechtsschwerpunkt der Aufklärungspflichtverletzung in der Mißachtung der Selbstverfügung des Patienten und diese hat mit der technisch richtigen Durchführung einer Behandlung wenig zu tun“.

¹⁹¹ Vgl. Laufs, Arztrecht, Rz 176 und 540; Esser/Weyers, Schuldrecht II/2, § 55 I.1 (S. 154/155): „Mißachtung der Selbstverfügung des Patienten“; Hart, FS Heinrichs, S. 291, 310: „Die Eigenständigkeit der Persönlichkeitsrechtsverletzung ist gegenüber der Einwilligungshypertrophie der Körperverletzungsdoktrin die rechtlich adäquatere Wahrnehmung der kommunikativen Verfassung der partnerschaftlichen Arzt-Patient-Beziehung“; Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 III, 1 d.) (S. 118 ff.)

¹⁹² so MüKo/Mertens, 3. Auflage § 823 Rz 360, (der allerdings gleichwohl die Ergebnisse der h.L. billigt) oder es wird geklagt über das „verfehltete Leitbild“ des Heileingriffes als Körperverletzung (so Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 68 Rz 22; ders. Arztrecht, Rz. 262; Zum Streitstand im Strafrecht vgl. Schönke/Schröder, StGB 26. Auflage § 223 Rz 28 ff. Auch nach dort stark vertretener Lehre ist der Heileingriff schon tatbestandlich keine Körperverletzung.

¹⁹³ So bei Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 6;

¹⁹⁴ Worunter man nach Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 53 insbesondere „Schläger, Messerstecher und besonders rücksichtslose Autofahrer“ zu verstehen hat.

¹⁹⁵ Vgl. MüKo/ Mertens, § 823 Rz 359.

¹⁹⁶ Brüggemeier, Deliktsrecht, Rz 696.

Die Kritik an der Körperverletzungsdoktrin gleitet bisweilen in die Polemik ab.¹⁹⁷

bb.) Konsequenzen

Ein solcher Tatbestandswechsel vom Rechtsgut Körper zum APR. als durch nicht ordnungsgemäß konsentierete Heileingriffe ausschließlich verletztem Recht(sgut) hat für die Beteiligten vor allem in zwei Punkten erhebliche Veränderungen im Vergleich zur Körperverletzungsdoktrin der Rechtsprechung zur Folge.

aaa.) Beweislast

Da der Mechanismus der Rechtswidrigkeits-Indikation¹⁹⁸ bei den von der Rechtsprechung neu geschaffenen sog. „Rahmenrechten“, zu denen auch das APR. gehört, weitgehend versagt¹⁹⁹, ist im Rahmen der Persönlichkeitsrechtsdoktrin der Patient nach ganz h.M. für die rechtswidrige Verletzung seines Persönlichkeitsrechts in vollem Umfang beweispflichtig, denn im Rahmen der Persönlichkeitsrechtsdoktrin gehört das Unterlassen der gebotenen Aufklärung zu dem - vom Anspruchsteller zu beweisenden – Tatbestand, weil nur unter dieser Voraussetzung der Arzt die Entscheidungsfreiheit des Patienten und damit dessen Persönlichkeitsrecht verletzt²⁰⁰. Bei einem Eingriff in das Persönlichkeitsrecht als sogenanntem „Rahmenrecht“²⁰¹ ist nämlich der Geschädigte - anders als bei Eingriffen in die im § 823 I BGB genannten Rechtsgüter - für die Verletzung des Rechtsgutes auf Tatbestandsebene und auch der Rechtswidrigkeit (wobei eine klare Unterscheidung der Prüfungsebenen bei diesem Vorgang häufig gar nicht möglich ist, es erfolgt vielmehr eine einheitliche Prüfung)²⁰² im Wege einer einzelfallbezogenen Güter- und Interessenabwägung²⁰³ beweispflichtig. Im Rahmen der Persönlichkeitsrechtsdoktrin ist die nicht korrekte Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten somit nicht etwa Unrechtsausschlußgrund, sondern vielmehr negative Voraussetzung des Unrechts selbst.²⁰⁴ Der später unter Teil C.) III.) noch darzustellende Streit um die Unrechtslehren besitzt beim APR somit keine Relevanz. Eine Verletzung des APR ist somit notwendigerweise verhaltensbezogen zu beurteilen.

¹⁹⁷ Vgl. zur Emotionalisierung der Selbstbestimmungsproblematik allgemein bedauernd auch Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 348 f.

¹⁹⁸ Vgl. zu den Unrechtslehren noch unten unter Teil C.) III.).

¹⁹⁹ Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 75 II, 2 (S. 363).

²⁰⁰ Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 150; vgl. RGRK-Nüßgens, § 823 Anh. II, Rz 65; Vgl. Laufs, Arztrecht, Rz 541; D. Franzki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, S. 123.

a.A. Soergel/ Zeuner, § 823 Rz 18, der es „angesichts der fundamentalen Bedeutung, die dem Recht der freien Selbstbestimmung zukommt“ und dem Gesichtspunkt der „Sachnähe“ für „nicht sachgerecht“ hält, mit dem Tatbestandswechsel [den er als Vertreter der Körperverletzungsdoktrin allerdings ablehnt] auch zwangsläufig eine Veränderung der Beweislast eintreten zu lassen.

Vgl. auch Baumgärtel, Ged.Schrift Bruns, S. 93, 105, der es kritisiert, „die Beweislastverteilung nach der dogmatischen Bestimmung des Haftungsgrundes auszurichten“. Ebenso kritisch auch Kaufmann, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß, S. 40.

Letztlich an der Sachgerechtigkeit dieses Ergebnisses auch zweifelnd Kern/Laufs, die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 150.

²⁰¹ Nichts anderes gilt bei dem anderen, von der Rechtsprechung neu entwickelten, Rahmenrecht „Recht am Gewerbebetrieb“ (Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 75 II 2 c.), (S. 363).

²⁰² Vgl. Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 III 1 d.) (S. 120, Fn 271).

²⁰³ Allgemein dazu Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 75 II 2 c., (S. 363).

²⁰⁴ So Weber-Steinhaus, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, S. 42.

bbb.) Umfang des Schadensersatzes

Nach teilweiser Ansicht in der Literatur ist bei Anknüpfung an das APR. als verletztem „sonstigem Recht“ im Rahmen des § 823 I BGB bei nicht wirksam konsentierten Heileingriffen in der Folge lediglich Ersatz *immateriellen Schadens*²⁰⁵ wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechtes²⁰⁶ zu leisten²⁰⁷ [und zwar unabhängig von einem Fehlgehen des Heileingriffes²⁰⁸], nicht aber sind auch Körperschäden ersatzfähig. Habe der Arzt bezüglich des Rechtsgutes Körper des Patienten sachgemäß gehandelt, so dürfe ihm der negative Ausgang der Behandlung nicht deshalb zugerechnet werden, weil er ein anderes Rechtsgut des Patienten (das APR) verletzt hat.

In diesem Zusammenhang ist - nach allgemeinen zum Persönlichkeitsrecht entwickelten Grundsätzen²⁰⁹ - zusätzlich Voraussetzung für einen immateriellen Schadensersatzanspruch, daß entweder „den Schädiger der Vorwurf einer schweren Schuld trifft oder ... es sich um eine objektiv erheblich ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts handelt“.²¹⁰

Nach anderer Ansicht sind auch durch den Heileingriff verursachte Körperschäden im Rahmen der Persönlichkeitsrechtsdoktrin ersatzfähig.²¹¹ Da der Patient durch seine Entscheidungsfreiheit gerade die Gefahr von Behandlungsfehlschlägen wehren soll, müssten diese Schadensfolgen gerade auch im persönlichkeitsrechtlichen Lösungskonzept ersatzfähig sein.

Bejaht man die Frage nach der Ersatzfähigkeit von Körperschäden auch im persönlichkeitsrechtlichen Konzept, so stellt sich anschließend auch hier das Problem, ob auch Schadensersatz wegen Realisierung solcher Eingriffsrisiken zu leisten ist, die ursprünglich gar nicht aufklärungsbedürftig waren.²¹²

Zur Würdigung der Konsequenzen der Persönlichkeitsrechtsdoktrin noch eingehend unten unter Teil C.) I.) 2.) a.) cc.)

²⁰⁵ Dieser immaterielle Schaden liegt in der durch das Aufklärungsdefizit bewirkten Vereitelung der Entscheidungschance.

²⁰⁶ Die Rechtsprechung leitet den Anspruch auf immateriellen Schadensersatz bei Persönlichkeitsrechtsverletzung seit einiger Zeit nicht mehr aus § 847 I BGB a.F. bzw. § 253 II BGB n.F. analog, sondern direkt aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ab. Vgl. statt vieler BGHZ 35, 363, 367 ff.

²⁰⁷ Vgl. Baumgärtel, Gedächtnisschrift Bruns, S. 93, 105; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 317; so wohl auch Weyers/ Mirtsching, JuS 1980, 317, 320; Kern/Laufs: Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 149/150; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 161 f.; Laufs, ArztR Rz 176 und 540f.; RGRK-Nußgens, § 823, Anh II, Rz 65.; so wohl auch Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 III, 1 d.) (S. 124/125). prägnant die Problematik zusammenfassend Laufs, NJW 1974, S. 2025, 2029 (re. Sp.).

„Wer mit dem Tatbestandswechsel Ernst macht, wird auch die durch den Rechtswidrigkeitszusammenhang, den jeweiligen Schutzzweck gebotenen Konsequenzen für die Schadenszurechnung ziehen, dem unaufgeklärten Patienten also ein Schmerzensgeld wegen Mißachtung seines Selbstbestimmungsrechtes zubilligen und nicht – wie dem Opfer eines Kunstfehlers, eines Unfalls oder bewaffneten Angriffs – Ersatz des Körperschadens und aller daraus folgender Einbußen.“

²⁰⁸ Weyers/Mirtsching, JuS 1980, 317, 320.

²⁰⁹ Hierzu allgemein BGHZ 35, 363; ebenso auch Weyers/Mirtsching, JuS 1980, 317, 320; Laufs, Arztrecht, Rz 541; vgl. auch Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 161 f. und RGRK-Nußgens, § 823 Anh II, Rz 65; a.A. Schramm, der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 241. Nicht wirksam konsentierte Heilbehandlungen könnten „als per se schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung“ eingeordnet werden.

²¹⁰ so wörtlich BGHZ 35, 363, 369 f.

²¹¹ Soergel/Zeuner, § 823 Rz 18; Hart, FS Heinrichs, 291, 316; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 76 II 1 g; vgl. auch Staudinger/Hager, § 823 I Rz 77.

²¹² Das verneint Hart aaO, S. 291, 316 und kommt damit zu demselben Ergebnis wie Brüggemeier in Deliktsrecht, Rz 701 mit seiner Lehre vom „Doppelten Schutzzut“ [dazu sogleich unter Teil C.) I.) 1.) d.)].

Hervorzuheben ist an dieser Stelle, daß der Umfang, sowie die Art und Weise der geschuldeten Aufklärung unabhängig von dem dogmatischen Streit um das bei Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung verletzte Rechtsgut ist.²¹³

c.) Die sogenannte Transparenztheorie von Deutsch

Deutsch plädiert für eine Verbindung der beiden möglichen Schutzobjekte der ärztlichen Aufklärungsfehlerhaftung. (sogenannte Transparenztheorie)²¹⁴

Die Rechts-/ Pflichtwidrigkeit der unerlaubten Heilbehandlung liege zwar in der Verletzung der Entscheidungsfreiheit des Patienten. Das hier geschützte Selbstbestimmungsrecht bestehe aber nicht abstrakt, sondern als Dispositionsfreiheit über die leiblich- psychische Integrität²¹⁵. Das richtige Verhältnis dieser beiden Rechte zueinander sei folgendermaßen zu bestimmen:

Jedem disponiblen Rechtsgut sei die Entscheidungsfreiheit des jeweiligen Inhabers vorgelagert. Diese Freiheit sei als Rechtsgut gewissermaßen transparent und gebe damit auch den Blick auf das hinter ihr liegende, zur eigenen Bestimmung zugewiesene Rechtsgut (hier also das Rechtsgut Körper) frei²¹⁶.

In NJW 1965, 1985, ff. will Deutsch die nicht wirksam konsentierete Heilbehandlung sowohl als Verletzung des Persönlichkeitsrechtes als auch als Körper- und Gesundheitsverletzung tatbestandlich erfassen. Nach seiner damals vertretenen Auffassung werde die eigenmächtige Heilbehandlung nur dann wirksam erfaßt, „... wenn man sie auch in den Tatbestand der Körper- und Gesundheitsverletzung einordnet.“²¹⁷ [Unterstreichung durch mich] .

Die nicht wirksam konsentierete Heilbehandlung verletze „... zunächst die Entscheidungsfreiheit des Patienten ...“. „Diese Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist jedoch transparent. Hinter ihr erscheint der Eingriff in den Körper und die Gesundheit, in deren Schutzbereich der Vermögensschaden und die immaterielle Unbill auftreten“²¹⁸.

Im gleichen Sinne äußert sich Deutsch auch in NJW 1979, 1905, 1906, wo er den Standpunkt vertritt, es liege bei nicht wirksam konsentierten Heileingriffen eine „notwendige Kumulation ... der Verletzungen“ vor.²¹⁹

Deutsch kombiniert somit beide Schutzbereiche. Eine nicht wirksam konsentierete Heilbehandlung stellt nach seiner Ansicht sowohl eine tatbestandliche Verletzung des

²¹³ So Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 25 IV, 2 a (S. 71); so auch Hart in FS Heinrichs, S. 291, 315: „Die geschuldete Aufklärung ist insofern unabhängig von der Rechtsgutsverletzung“.

²¹⁴ Grundlegend Deutsch, NJW 1965, 1985 ff.

²¹⁵ Deutsch, aaO, S. 1989, li. Sp.

²¹⁶ Deutsch, aaO, S. 1989, li. Sp.

²¹⁷ Deutsch, aaO, S. 1989, re. Sp.

²¹⁸ Deutsch, aaO, S. 1989, re. Sp.

²¹⁹ Deutsch, NJW 1979, 1905, 1906 li.Sp. wörtlich: „Allen Rechtsgütern, die § 823 I BGB ausdrücklich nennt und die disponibel erscheinen, ist im Falle der Verletzung auch eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts immanent. In der Terminologie der Konkurrenzlehre gesprochen handelt es sich um eine notwendige Kumulation, nicht um eine Alternativität der Verletzungen“; ähnlich auch Deutsch in NJW 1989, 2313 re. Sp. unter Verweis auf sich selbst in NJW 1965, 1985 ff: „Unterläßt der Arzt die nötige Information, so verletze er „auch und in erster Linie den Körper“.

Körpers als auch eine tatbestandliche Verletzung des APR. als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB dar.²²⁰

In diesem Sinne wurde Deutsch auch von Weber-Steinhaus²²¹, Schramm²²², Menter²²³ und Voll²²⁴ verstanden.²²⁵

Neuerdings scheint Deutsch sich indes von dieser Konzeption zu distanzieren und sich immer stärker der reinen Körperverletzungsdoktrin anzunähern.²²⁶

Angesichts der insgesamt schwankenden bzw. undeutlichen Formulierungen in seinen Ausführungen und der unterschiedlichen Interpretationen seines Standpunktes durch die Literatur, wäre es wünschenswert, wenn Deutsch künftig diesbezüglich deutlicher Stellung beziehen würde.²²⁷

²²⁰ Ebenso wird die Problematik nicht wirksam konsentierter Heilbehandlungen von Staudinger-Schäfer § 823 Rz 22 und von Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 162 f. (beide unter Hinweis auf Deutsch) gelöst; Schramm aaO, S. 232 ff insbes. S. 238.

²²¹ Weber-Steinhaus, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, S. 44/45.

²²² Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 233/ 234; 238;

²²³ Menter, Die therapeutische Aufklärung, S. 32/ 33.

²²⁴ Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 25: Deutsch gehe „von einer kumulativen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der körperlichen Integrität [aus]“ und dieselbe hierzu S. 162/163: „Der Schutzbereich der Körperverletzung und der diesem vorgeordnete Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestimmen daher die Haftungsfolgen“.

²²⁵ Anders wird Deutsch von Katzenmeier, Arzthaftung, S. 124/125, Fn 306 interpretiert: „Nach der Transparenztheorie hat der auf höchstpersönliche Rechtsgüter bezogene Selbstbestimmungsschutz keine eigenständige rechtliche Bedeutung, sondern ist in dem Schutz des jeweiligen Rechtsgutes mitverbürgt.“ Ebenso auch Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 266.

²²⁶ Deutsch, AcP 192 (1992), S. 161, 165 : Das Rechtsgut der Persönlichkeit sei „in Wirklichkeit“ bereits „in den Schutz von Körper und Gesundheit in den §§823, Abs. 1 BGB; 223, 230 StGB einbezogen“. Ähnlich sagt Deutsch auf S. 166: „Haftungsrechtlich sind vorrangig als Rechtsgüter Körper, Gesundheit und Freiheit geschützt, § 823 Abs. 1 BGB“, und auf S. 167, daß die Einwilligung in die medizinische Maßnahme „das Persönlichkeitsrecht erheblich betreffend, aber weitgehend im absoluten Schutz von Körper und Gesundheit eingebettet“ sei. Die in der ersten Zitatstelle (S. 165) von Deutsch gewählte Formulierung „in Wirklichkeit“ suggeriert etwas relativierend, daß ihn die ausschließliche Zuordnung der Persönlichkeit zu den ausdrücklich durch § 823 I BGB geschützten Substanz-Rechtsgütern nicht vollends zu überzeugen scheint. Ebenso liegt auf S. 166 in der Bemerkung, daß haftungsrechtlich „vorrangig“ als Rechtsgüter Körper, Gesundheit, Freiheit geschützt sind, eine mögliche „Hintertür“ zu der von ihm (zumindest in früheren Stellungnahmen) bei nicht wirksam konsentierten Heileingriffen offenbar zusätzlich bejahten tatbestandlichen Relevanz des APR. als verletztes „sonstiges Recht“, i.S.d. § 823 I BGB. (dazu näher Deutsch, NJW 1965, 1985 ff. und NJW 1979, 1905, 1906).

Auf einen Wechsel von Deutschs Auffassung könnte auch folgende Änderung seiner Formulierungen hindeuten:

In NJW 1965, 1985, 1989 re. Sp. vertritt er die Ansicht, daß die Entscheidungsfreiheit des Patienten als transparente Ausformung des APR. dem Rechtsgut Körper vorgelagert sei. „Hinter ihr erscheint [dann] der Eingriff in den Körper und die Gesundheit ...“.

In AcP 192 (1992), 161, 166 formuliert Deutsch nun gerade andersherum, daß sich das Persönlichkeitsrecht „hinter den genannten Rechtsgütern“ [Anm: damit meint er die zur Disposition des Rechtsgutsträgers stehenden Rechtsgüter Körper, Gesundheit und Freiheit] verberge.

²²⁷ Auch Giesen, der sich in Arzthaftungsrecht, Rz 204 eindeutig zur Körperverletzungsdoktrin bekennt [„Die eigenmächtige invasive Heilbehandlung ist rechtswidrige Körperverletzung ohne Wenn und Aber“] macht in Rz. 211 im Hinblick auf die Selbstbestimmung des Patienten insofern etwas mehrdeutige Äußerungen, als er sagt, daß beim nicht wirksam konsentierten Heileingriff der Arzt im Hinblick auf den Patienten „dessen körperliche Integrität (aber auch sein Persönlichkeitsrecht) verletzt hat“.

d.) Lehre vom doppelten Schutzgut nach Brügge-meier²²⁸.

Im Gegensatz zu Deutsch begründet für Brügge-meier die nicht wirksam konsentier-te Heilbehandlung keine gleichzeitige Verletzung des APR. und der körperlichen Integrität. Brügge-meier sieht in der eigenmächtigen Heilbehandlung vielmehr die Beeinträchtigung eines neuartigen²²⁹ Rechtsgutes, nämlich des *Selbstbestimmungsrechtes über die leiblich-psychische Integrität*.²³⁰ Dieses „>Rechtsgut<“²³¹ habe einen doppelten Aspekt, „einen kognitiv-voluntativen (Autonomie) und einen somatisch-psychischen (Kontingenz).“²³²

Beides sei im Sinne der Transparenztheorie von Deutsch nicht voneinander trennbar. Auf dieser Grundlage vertritt Brügge-meier – im übrigen einem verhaltenspflichtbezogenen Ansatz verhaftet –, die Auffassung, daß das Deliktsrecht dem Arzt die Verhaltenspflicht aufgabe, grundsätzlich nicht ohne gebotene Aufklärung eine medizinische Behandlung an einem Patienten vorzunehmen. Die Verletzung dieser Verhaltenspflicht stelle den Haftungsgrund der ärztlichen Aufklärungsfehlerhaftung dar.²³³

Ersatzpflichtig sind nach Brügge-meier die durch die Behandlung ausgelösten materiellen und immateriellen Schäden, „... auf die sich die Aufklärungspflicht gegenständlich und umfangsmäßig bezogen hätte (Haftungsausfüllung)“²³⁴. Der Arzt haftet nach Brügge-meiers Konzeption also z.B. im Falle einer lückenhaften Selbstbestimmungsaufklärung und deshalb unwirksamen Einwilligung des Patienten nicht, wenn und soweit sich ein nicht der Aufklärungspflicht unterliegendes Risiko verwirklicht.

e.) sonderdeliktsrechtlicher Ansatz

Gänzlich von der dezentralen deliktsrechtlichen Rechtsguts-Bezogenheit der vorherigen Meinungen lösen möchte sich diejenige Ansicht, die in Gesamtanalogie zu den

²²⁸ Brügge-meier, Deliktsrecht, Rz 701.

²²⁹ Brügge-meiers Formulierungen deuten klar darauf hin, daß er hier ein *neuartiges* Rechtsgut konzipiert, er also nicht etwa bloß eine Analyse des Inhaltes des Rechtsgutes Körper und Gesundheit erbringt. (so wird er aber wohl von Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 61 interpretiert). Brügge-meier sagt in Deliktsrecht, Rz 701 selbst: „Dieses >>Rechtsgut<< ...“; vgl. auch Brügge-meier aaO, Rz 693, wo er kurz die historische Entwicklung der Arzthaftungsprozesse „von der Behandlungsfehler- zur Aufklärungsfehlerklage“ nachzeichnet. In diesem Zusammenhang sei faktisch neben die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit „das Recht der Selbstbestimmung über die leibliche und psychische Integrität als selbständiger Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ getreten.

In dem hier verstandenen Sinne interpretieren Brügge-meier auch Weber-Steinhaus, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, S. 45 „...eines neuartigen Rechtsgutes des Selbstbestimmungsrechtes...“, Menter, Die therapeutische Aufklärung, S. 33 „Damit konzipiert er ein neuartiges Rechtsgut“, Schramm aaO, S. 238: „... eines neuen, einheitlichen, zugleich aber nur zusammengesetzten Doppelrechtsgutes i.S. Brügge-meiers ...“

und Voll aaO, S. 25/26: „das - neu formulierte - Schutzgut des Selbstbestimmungsrechtes über die leiblich-seelische Integrität. Es handele sich hierbei um ein einziges Rechtsgut, das jedoch zwei verschiedene Schutzbereiche aufweise“ und Voll aaO, S. 32: „... dieses neuen, aus zwei Rechtsgütern zusammengesetzten Rechtsguts als sonstigem Recht i.S.v. § 823 I BGB“.

²³⁰ Brügge-meier, Deliktsrecht, Rz 701.

²³¹ So wörtlich Brügge-meier, aaO, Rz 701.

²³² Brügge-meier, aaO, Rz 701.

²³³ Brügge-meier, aaO, Rz 701.

²³⁴ Brügge-meier, aaO, Rz 701.

Sondervorschriften der §§ 831 ff., 839 BGB ganz allgemein die ärztliche Berufshaftung und damit auch die Haftung für Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung der Patienten unter einem verhaltenspflichtbezogenen Ansatz lösen möchte.

Insbesondere Weber-Steinhaus²³⁵ hat vorgeschlagen, die Arzthaftung „als Ausdruck eines extra legem nachgewachsenen Sonderdeliktsrechts zu begreifen, das, ausgehend von einer begrenzten Generalklausel der Verkehrspflichtwidrigkeit, Handlungsrisiken und Schadenslasten in gesellschaftlich als nützlich anerkannten Betätigungsfeldern (Gesundheitswesen, industrielle Warenproduktion, Sport, öffentliche Meinungsäußerung) mit Hilfe richterrechtlich entwickelter Verhaltenspflichten steuert und verteilt, die je nach betroffenem Sozialbereich noch weiterer Binnendifferenzierung mit ggf. unterschiedlicher bereichsspezifischer Beweislastverteilung zugänglich sind.“²³⁶ Ein solchermaßen beschaffenes Sonderdeliktsrecht solle als Anerkennung einer partiellen Generalklausel in Gesamtanalogie zu den §§ 831 ff; 839 BGB in das gesetzliche System der §§ 823 ff BGB integriert werden und dann prinzipiell auch den Ersatz primärer Vermögensschäden erlauben.²³⁷

Diese Ansicht besitzt folgende Konsequenzen:

Den *Behandlungsfehler* und die Kausalität desselben für den Schaden hat der Patient auch im sonderdeliktischen Konzept darzulegen und zu beweisen.²³⁸

Beim *Aufklärungsfehler* differenziert Weber-Steinhaus folgendermaßen:

Die Beweislast für die Aufklärung über Art und Umfang der Behandlung sowie deren allgemeine Risikobelastung trifft den Arzt²³⁹, die Beweislast für die pflichtwidrige Nicht-Aufklärung über „einzelne Risikomerkmale“ trägt nach Weber-Steinhaus indes der Patient²⁴⁰.

Auch wenn sich die Grundsatzdiskussion zur Arzthaftung wegen nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlungen zur Zeit beruhigt zu haben scheint²⁴¹, muß man weiterhin von der bereits eingangs unter Teil A.) I.) getätigten Feststellung ausgehen, daß die dogmatischen Grundlagen der Arzthaftung für Aufklärungsversäumnisse noch keineswegs gesichert sind.

Die folgenden Ausführungen bemühen sich, alle in Betracht kommenden dogmatischen Lösungsansätze dieses Problems kritisch zu würdigen und eine Lösung zu finden.

²³⁵ Weber-Steinhaus, *Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht*, S. 13 ff.

²³⁶ Weber-Steinhaus, aaO, S. 13/14; vgl. auch Mertens, AcP 178 (1978), 227, 231 ff. (Verkehrspflichten als „ungeschriebener § 823 Abs. 3 BGB“), ders. S. 252: deliktischer Vermögensschutz „als beschränkte deliktsrechtliche Generalklausel in Fortentwicklung des § 823 insgesamt“ ...; Brüggemeier, AcP 182 (1982), 385, 424: „Das Sonderdeliktsrecht der Verkehrspflichten ... sollte ... als genuines, hinter den Einzeltatbeständen stehendes sonderdeliktisches Prinzip anerkannt werden, dessen evolutionäres Potential es zu nutzen und nicht zu beschneiden gilt“ anders aber derselbe in JZ 1986, 969, 973: „§ 823 Abs. 1 als Tatbestand deliktischer Verhaltenspflichten zum Schutz rechtlich geschützter Interessen“.

²³⁷ Weber-Steinhaus aaO, S. 13 ff.

²³⁸ Zur Beweislast bezüglich der Pflichtverletzung: Weber-Steinhaus, aaO, S. 108 ff; zur Beweislast für die Kausalität der Pflichtwidrigkeit zum entstandenen Schaden ders. S. 136 ff.

²³⁹ Weber-Steinhaus aaO, S. 240.

²⁴⁰ Weber-Steinhaus aaO, S. 241 ff.

²⁴¹ Vgl. dazu Hart, FS Heinrichs, S. 291 ff, 300.

2.) Stellungnahme:

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der ärztliche Heileingriff grundsätzlich ausschließlich als eine tatbestandsmäßige *Verletzung des Körpers* i.S. d. § 823 I BGB anzusehen und zwar unabhängig davon, ob er medizinisch indiziert ist, lege artis durchgeführt wird und/oder Erfolg hat oder nicht.

Die wirksame Einwilligung des Patienten, die die ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung durch den Arzt zur Voraussetzung hat, dient dem Arzt hierbei als *Rechtfertigungsgrund*. Ein nicht wirksam konsentierter Heileingriff ist daher jedenfalls im Grundsatz²⁴² stets und ausschließlich eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige Körperverletzung und somit keine tatbestandliche Verletzung des APR.

a.) Ablehnung der Persönlichkeitsrechtsdoktrin

Die Unrichtigkeit der Persönlichkeitsrechtsdoktrin ergibt sich aus den im Folgenden nun eingehend unter aa.) bis dd.) darzustellenden Gründen.

aa.) Äußerliche Betrachtung des Heileingriffes/ /vermeintliche Diskriminierung des ärztlichen Berufsstandes, Vergleich mit der Situation anderer Berufe.

aaa.) Äußerliche Betrachtung des Heileingriffes

Schon die rein äußere Betrachtung einer ärztlichen Heilbehandlung spricht klar für die Richtigkeit der sogenannten Körperverletzungsdoktrin.

Die Einwirkung des Arztes im Rahmen des Heileingriffes auf den Körper bzw. häufig gar ein Eingriff in den Körper des Patienten hinein ist ein Vorgang, der schon bei äußerlicher Betrachtung so augenfällig und gewichtig ist, daß er bei der tatbestandlichen Einordnung und Qualifizierung ärztlichen Handelns nicht übergangen werden kann²⁴³.

Wer indes auf der Ebene des haftungsbegründenden Tatbestandes bei nicht wirksam konsentierter Heilbehandlung den Eingriff des Arztes in die Körpersphäre des Patienten schlicht ausblendet und statt dessen - aus primär ergebnisorientierten Gründen [wie der Steuerung der Beweislast²⁴⁴ sowie der Steuerung des Umfangs des zu ersetzenden Schadens] ausschließlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Ausfluß des APR. als „sonstiges Recht“ im Rahmen des § 823 I BGB als verletzt betrachtet, macht die Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit eines juristischen Sachverhaltes nicht mehr von

²⁴² Zur einzigen Ausnahme nach der hier vertretenen Ansicht noch unten unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) (c.)

²⁴³ vgl. Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 31, allerdings im Ergebnis der „Transparenztheorie“ folgend (vgl. dies. S.31/32); so i.E. auch Weber-Steinhaus aaO, S. 46/47 und S. 56/57, insbes. S. 46: Die Behauptung, eine medizinische Behandlung könne keine Körperverletzung i.S.d. § 823 I BGB beinhalten, ist nach seiner Ansicht "kaum nachvollziehbar"

Nach Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 204 ist die eigenmächtige invasive Heilbehandlung eine „rechtswidrige Körperverletzung ohne Wenn und Aber“.

²⁴⁴ In der Literatur wird dieses ergebnisorientierte „Schielen“ auf die angestrebte Beweislastverteilung als „nicht methodenehrlich“ offen kritisiert [so Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 76 II,1 g (S. 384)].

klaren, (im Grundsatz ausschließlich äußeren) Gegebenheiten abhängig, sondern läßt ein inakzeptables Maß an Beliebigkeit walten²⁴⁵.

Es ist nämlich sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht eine nicht erwähnenswerte Selbstverständlichkeit, daß zur rechtlichen Qualifizierung eines Vorganges auf der Ebene des (objektiven) Tatbestandes grundsätzlich an den äußeren Vorgang, an äußere Umstände anzuknüpfen ist. Die Rechtsordnung berücksichtigt die subjektiven Motive einer Person bei der objektiven Beurteilung ihrer rechtserheblichen Handlungen grundsätzlich nicht.²⁴⁶ Auch derjenige, der Notwehr übt oder Nothilfe leistet, verletzt objektiv die Rechtsgüter des durch seine Handlung Betroffenen. *Berechtigt*, dessen Rechtsgüter zu verletzen, ist nur derjenige, der sich objektiv in einer Rechtfertigungslage (z.B. Notwehr/ Nothilfe/ Notstand) befindet. Die irrtümliche Annahme einer solchen Situation reicht als Rechtfertigungsgrund nicht aus und läßt schon gar nicht die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens entfallen.

bbb.) vermeintliche Diskriminierung des ärztlichen Berufsstandes/Vergleich mit der Situation anderer Berufe.

Auch das sozialetische Argument, wonach die Körperverletzungsdoktrin zu einer Diskriminierung des ärztlichen Berufsstandes führe, ist bei genauer Betrachtung nicht stichhaltig.

Es ist nämlich festzustellen, daß das Phänomen typischerweise tatbestandsmäßigen Verhaltens i.S.d. § 823 I BGB durch berufsbedingte Betätigung keinesfalls auf das Arzt-Patient-Verhältnis beschränkt²⁴⁷ ist, sondern sich im Gegenteil gar als verblüffende, in rechtlicher Hinsicht bisher indes kaum beachtete Regel von vielerlei beruflicher Betätigung darstellt.²⁴⁸

So wird niemand bezweifeln, daß z.B. ein Gärtner, der – auftragsgemäß – einen Garten umgestaltet durch die Beseitigung und Vernichtung der alten Bepflanzung eine

²⁴⁵ Vgl. zu dieser in der Literatur zumindest im theoretischen Ausgangspunkt offen propagierten Beliebigkeit des tatbestandlichen Ansatzes im Schadensersatzrecht Deutsch, NJW 1965, 1985, 1988, re. Sp.: Die durch Einordnung in eine Rechtsgutsverletzung gefundene Norm bestimme mechanisch nach ihrem Schutzzweck den Ersatzumfang. „Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte“.

Dieser Satz ist in dieser Pauschalität in doppelter Hinsicht problematisch:

Weder sind wir bei der Auffindung der Tatbestandsnorm „frei“ (so wie dies Deutsch suggeriert), noch sind wir bei der Feststellung des Ersatzumfanges „Knechte“. [zur Problematik der Zurechnung der Schadensfolgen eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes noch eingehend in Teil C.) IV.) dieser Arbeit.]

²⁴⁶ So für das Zivilrecht zutreffend Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 56 f.; speziell für die Arzthaftung wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung Armbrüster, JuS 1977, 907, 909 re. Sp.: „... daß es für die objektive Tatbestandsverwirklichung einer Körperverletzung nicht auf die innere Motivation des Handelnden (Heilungsabsicht des Arztes) ankommen kann“; vgl. auch Kerschbaum, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, S. 163.

²⁴⁷ irreführend insofern Büttner FS Geiß 2000, S. 353, 356 „Vergleichbare Inkriminierungen mutet die Rechtsprechung den Angehörigen anderer dienstleistender Berufe auch nicht ansatzweise zu“.

²⁴⁸ In ähnlicher Weise konstatiert Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 2 II,3 (S. 19 f.), daß Gesamtdarstellungen der Einwilligung ihre Beispiele fast ausschließlich aus den Bereichen der körperlichen Integrität und der Persönlichkeitsrechte beziehen.

tatbestandsmäßige Eigentumsverletzung an dem Gartengrundstück begeht, die nur durch die Einwilligung des Eigentümers des Gartens gerechtfertigt ist²⁴⁹.

Auch der Handwerker, der auf Wunsch des Bestellers eine Sache umgestaltet, z.B. ein Haus umbaut oder einen PKW zum Zwecke der Reparatur zerlegt, verletzt auf Tatbestandsebene das Eigentum des Auftraggebers durch Einwirkung auf dessen Substanz²⁵⁰. Erst und einzig durch die Einwilligung des Eigentümers in die Maßnahmen des Handwerkers verliert dessen Einwirkung auf die Sache ihre Widerrechtlichkeit²⁵¹, denn „geschützt ist das Eigentum in der Gestalt und mit der Bestimmung, die der Berechtigte ihm gegeben hat“^{252 253}. Auch der Handwerker, der – ähnlich wie der Arzt – im Rahmen seiner Berufsausübung „Gutes tut“, ist somit ein prinzipieller „Eigentumsverletzer“, wenn man die im Kontext des ärztlichen Heileingriffes gegen die sogenannte Körperverletzungsdoktrin wütende Polemik hier entsprechend aufgreifen möchte.

Wenn bisher indes die Tatbestandsmäßigkeit handwerklichen Tätigwerdens nach § 823 I BGB nicht so recht in das Bewußtsein der Dogmatik gedrungen ist, so mag dies – neben der Unmöglichkeit wegen rechtswidrigen Eigentumsverletzungen nach § 847 I BGB a.F. bzw. § 253 II BGB n.F. ein Schmerzensgeld fordern zu können – vor allem daran liegen, daß die Haftung des Handwerkers stark vertragsrechtlich dominiert ist. Der Handwerker schuldet nämlich – anders als der Arzt – im Grundsatz von vornherein einen Erfolg aus seiner Tätigkeit. Stellt sich dieser – aus welchen Gründen auch immer – nicht ein, so hat der Besteller zahlreiche im BGB-Werkvertragsrecht normierte spezielle Gewährleistungsansprüche.

Deliktische Ansprüche sind somit bei der Haftung des Handwerkers verglichen mit seiner Haftung aus Vertrag – im Gegensatz zur Haftung des Arztes – im Ergebnis bei weitem nicht so interessant.

In diesem Zusammenhang zeigt sich das interessante Phänomen, daß bisher lediglich im Bereich der (humanmedizinischen) Arzthaftung die deliktsrechtlich sanktionierte Aufklärungspflicht über Risiken eines Eingriffes und damit korrespondierend auch die Anerkennung von beachtlichen Willensmängeln rechtfertigender Einwilligungen in einen solchen Eingriff hinreichende Beachtung und Ausdifferenzierung gefunden hat.²⁵⁴ [zu den Anforderungen an die ärztliche Pflicht zur (Selbstbestimmungs-)aufklärung im Einzelnen noch in Teil D.) dieser Arbeit].

²⁴⁹ Im Zusammenhang mit einer Problemdarstellung im Strafrecht wurde ein vergleichbarer Fall gebildet von Amelung/ Eymann, JuS 2001, 937, 943 re. Sp.

²⁵⁰ Vgl. zum Begriff der Eigentumsverletzung Palandt/Thomas § 823 Rz 7 ff.; BGHZ 41,123,125f.; 105, 346, 350; Jauernig/Teichmann, § 823 Rz 6 ff.; Erman/Schiemann Rz § 823, Rz. 25; MüKo/Mertens § 823 Rz 85 ff. Ganz deutlich im hier relevanten Kontext Soergel/ Zeuner, § 823 Rz 18: „... wie man es in ähnlicher Weise doch wohl auch als Eigentumsverletzung anzusehen hat, wenn etwa jemand an fremdem Eigentum Ausbesserungsarbeiten vornimmt, die vom Eigentümer nicht gewünscht werden...“ vgl. ders. auch Rz 32.

²⁵¹ Vgl. Palandt/Thomas, § 823 Rz 42.

²⁵² So Staudinger/ Hager § 823 Rz B 82 mit zahlreichen Beispielen und Rechtsprechungs-Nachweisen.

²⁵³ Verfehlt wäre es zu sagen, der Handwerker verletze das Eigentum i.S.d. § 823 I BGB nicht, weil er die Sache *verbessere*. Die durch die nicht erwünschte Handwerksleistung herbeigeführte Verbesserung des Gegenstandes mag eine Frage des *Schadens* sein, die allerdings von der Frage nach der *Rechtsgutsverletzung* unabhängig zu beurteilen ist.

²⁵⁴ Dies ebenfalls so konstatierend Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 242: „Erstaunlicherweise hat diese Aufklärungspflicht der Adressaten des Selbstbestimmungsrechts bislang lediglich im Arztrecht eine ihrer Bedeutung angemessene Beachtung gefunden“.

In völligem Gegensatz hierzu befindet sich indes der Entwicklungsstand der zivilrechtlichen Dogmatik bezüglich Willensmängeln von rechtfertigenden Einwilligungen in Eingriffe in andere durch § 823 I BGB geschützte Rechte /Rechtsgüter, insbesondere in das Eigentum.

In diesem Bereich des Zivilrechtes außerhalb der (humanmedizinischen) Arzthaftung ist bisher nämlich kaum geklärt, welche Arten von Willensmängeln einer Einwilligung in Rechts(guts)verletzungen überhaupt Relevanz besitzen und wie sie sich auswirken²⁵⁵. Spiegelbildlich stellt sich in allen Fällen einer Beachtlichkeit von Willensmängeln dann stets auch das Problem von eventuellen Aufklärungspflichten des in solche Güter Eingreifenden zum Zwecke der Verhinderung von Willensmängeln beim Rechts(guts)inhaber.

Zu eventuellen Aufklärungspflichten des in andere Rechtsgüter als den Körper Eingreifenden kann in rein kasuistischer Orientierung an dieser Stelle Folgendes gesagt werden:

Die Rechtsprechung hat über den Bereich der humanmedizinischen Arzthaftung hinaus auch im Bereich der tierärztlichen Behandlung Risikoaufklärungspflichten des Tierarztes als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung in eine Behandlung im Grundsatz anerkannt²⁵⁶ wobei lediglich deren Umfang umstritten ist²⁵⁷.

Ähnlich wie dem Tierarzt wird man aber auch anderen Berufsgruppen, die sich bei ihrer Berufsausübung typischerweise tatbestandsmäßig i.S.d. § 823 I BGB verhalten, in gewissem Rahmen Aufklärungspflichten auferlegen müssen, wenn aus ihren Tätigkeiten für die hierdurch direkt betroffenen Güter des Inhabers spezifische Risiken erwachsen.²⁵⁸ Das kommt vor allem bei der Tätigkeit eines Handwerkers in Betracht, da zwischen handwerklicher Tätigkeit und der tierärztlichen Behandlung bezüglich des dadurch betroffenen Gutes faktisch keine Unterschiede bestehen.²⁵⁹

Zwar dürften Fälle, in denen sich (wie etwa in der Human-/Tiermedizin) bei der Tätigkeit eines Handwerkers unvermeidbare Risiken realisieren, wegen der Normierung von Arbeitsabläufen und Materialien im Handwerksbereich eher selten vorkommen.

Völlig undenkbar sind sie indes nicht. (z.B. eine zur Reparatur einer Schadstelle gebrachte Vase droht beim Reparaturversuch vollständig zu Bruch zu gehen).

Dem Verfasser persönlich ist kürzlich folgender Fall hierzu widerfahren [der technisch interessierte Leser möge weiterlesen]:

²⁵⁵ Hierzu noch eingehend unten in Teil C.) II.) dieser Arbeit.

²⁵⁶ vgl. dazu Soergel/ Zeuner, § 823 Rz 254.

²⁵⁷ Für die grundsätzliche Geltung der in der Humanmedizin anerkannten (sehr strengen) Aufklärungsgrundsätze auch in der Tiermedizin OLG Oldenburg, NJW 1978, 594 f..

Unklar OLG Oldenburg VersR 1998, 902, 903.: Nicht die gleichen Anforderungen an die Aufklärung, [obwohl nach den mitgeteilten Umständen des Falles eine Aufklärungspflicht wohl von vornherein zu verneinen gewesen wäre: „Solche [Komplikationen] waren bis dahin auch nicht anderweitig bekannt geworden“].

Deutlich geringere Maßstäbe bzgl. Aufklärung vor der Heilbehandlung eines Tieres anlegend auch OLG Karlsruhe, VersR 1982, 707 f.

Differenzierend der BGH, NJW 1980, 1904, insbes. 1905 re. Sp. oben, der – unter grundsätzlicher Anerkennung einer Aufklärungspflicht auch des Tierarztes – bei der Bestimmung des Aufklärungsumfanges auf die dem Tierarzt erkennbaren materiellen und ideellen Interessen seines Auftraggebers sowie dessen besonderen Wünschen abstellt. Allerdings gelten nicht die gleichen strengen Grundsätze über Art und Umfang der Aufklärungspflicht wie in der Humanmedizin (Leitsatz und S. 1905 re Sp. oben); ablehnend Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 13 II (S. 391).

In dieser Problematik dürfte wohl auch die in der Rechtsprechung teilweise vertretene Einordnung der Operation eines Tieres als *Werkvertrag* eine Rolle spielen (vgl. Karlsruhe, VersR 1982, 707 f.).

²⁵⁸ Diese Aufklärungspflicht korrespondiert mit der nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlichen Erheblichkeit sogenannter „rechtsgutsbezogener Irrtümer“ auch im Zivilrecht, wie sie unten in Teil C.) II.) noch ausführlich dargestellt wird.

²⁵⁹ Vgl. § 90a,1 BGB Nach dieser Vorschrift sind Tiere zwar keine Sachen. Soweit nicht andere Bestimmungen vorgehen, sind nach Satz 3 indes auf Tiere die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Diese Vorschrift beruht auf dem tierschutzpolitisch motivierten Gedanken, daß das Tier als Mitgeschöpf nicht der Sache gleichgestellt werden dürfe (Steding, JuS 96, 962 ff.). Die angeordnete entsprechende Anwendung der für Sachen geltenden Vorschriften ändert indes nichts an der faktischen zivilrechtlichen Gleichartigkeit zwischen Tieren und „normalen“ Sachen. (vgl. MüKo/Holch, § 90a, Rz 11). Heinrichs bezeichnet diese Vorschrift in Palandt/Heinrichs § 90a Rz. 1 daher als eine „gefühlige Deklamation ohne wirklichen rechtlichen Inhalt“.

Der betagte VW Golf des Verfassers wurde wegen Kühlwasserverlust in die Werkstatt gebracht, wo man ein defektes Verbindungsstück zwischen Kühlwasserschlauch und Zylinderkopf (der sog. „Flansch“) als Ursache des Wasserverlustes diagnostizierte. Der Austausch des Flansches (Kostenpunkt normalerweise wenige Euro) gestaltete sich in diesem Falle außerordentlich schwierig, weil die Schrauben des Flansches am Zylinderkopf festgerostet waren. Die Werkstatt unterbrach den Reparaturversuch und unterrichtete den Verfasser von den unerwarteten Schwierigkeiten unter Hinweis darauf, daß beim Versuch des Ausbaus des festgerosteten Flansches der ganze Zylinderkopf Schaden nehmen könne (Kosten dann ca. 2000 Euro !). Dieser Fall zeigt eindrucksvoll, daß es „eingriffsspezifische Aufklärungspflichten“ von „beruflichen Experten“ nicht nur bei der Arzthaftung, sondern darüber hinaus bei vielen anderen Berufen geben kann, wenn im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Experten Schäden an den Gütern des Auftraggebers drohen²⁶⁰. Diese Aufklärungspflichten dürften ihre Wurzel nicht nur in dem zwischen dem Besteller und dem Werkunternehmer bestehenden *Vertrag*²⁶¹ haben, sondern auch dem deliktsrechtlich bewährten Schutzbedürfnis des betroffenen Gutes entspringen, was bei deren Verletzung auch Schadensersatzansprüche mit *deliktsrechtlicher* Anspruchsgrundlage zur Folge hätte.

Man wird daher im Grundsatz davon ausgehen können, daß eine Pflicht zur „Risikoaufklärung“ somit keinesfalls auf medizinische Eingriffe in den menschlichen Körper im Rahmen eines Arzt-Patient-Verhältnisses beschränkt ist²⁶², sondern durchaus auch in anderen Fällen berufstypischer Einwirkungen auf die Güter des Bestellers Relevanz entwickeln kann. In welchen Situationen genau es angemessen ist, das Informationsrisiko dem Einwilligungsempfänger aufzubürden, ist dann fallgruppenweise herauszuarbeiten.²⁶³ Wird diese Aufklärungspflicht verletzt, dann trifft den auf die Güter des Einwilligenden Einwirkenden - ähnlich wie den Arzt - eine Schadensersatzpflicht wegen rechtswidriger Verletzung dieser Güter. Der Vorwurf einer Diskriminierung des ärztlichen Berufsstandes durch die Körperverletzungsdoktrin ist in Anbetracht dessen nicht haltbar.

²⁶⁰ Bei der ggf. zu bejahenden *Aufklärungspflicht* eines *Handwerkers* wird man selbstverständlich nicht den gleichen strengen Maßstab bzgl. des Inhaltes und Umfanges der Aufklärung anlegen können, wie sie einem *Arzt* bei Eingriffen in den (menschlichen) Organismus obliegen.

Jedenfalls wird man aber auch den Handwerker für verpflichtet ansehen müssen, seinen Kunden in derartigen Fällen zumindest über solche Risiken seines Tätigwerdens aufzuklären, die von den Vertretern seines Faches mit bestimmten Arbeitsabläufen in Zusammenhang gebracht werden und über die der Kunde ein erkennbares Interesse hat, aufgeklärt zu werden.

So lag es in dem Fall des defekten Autos:

Die VW- Werkstätten haben in langjähriger Tätigkeit bemerkt, daß bestimmte ältere Modelle des Typ „Golf“ beim Wechsel des Wasserflansches Gefahr laufen, am Zylinderkopf Schaden zu nehmen. Dieser Gefahrenpunkt kann für die konkret geplante Reparatur als „eingriffsspezifisch“ angesehen werden.

Ebenso hat der Kunde ein erhebliches Interesse daran, über diese Gefahr unterrichtet zu werden, da bei Beschädigung des Zylinderkopfes massive Folgekosten zu gewärtigen sind.

Daß in all diesen Fällen lediglich das *Eigentum* des Bestellers betroffen ist, kann einer eventuellen auch deliktsrechtlich sanktionierten Aufklärungspflicht des Handwerkers keinesfalls entgegenstehen.

²⁶¹ In einem solchen Falle wird man zwischen Schuldner und Besteller eher einen Dienstvertrag statt einen Werkvertrag annehmen müssen, weil der Schuldner der Leistung hier nach dem Inhalt des Vertrages nur fachgerechtes Bemühen, nicht aber einen Erfolg zusagt.

Zur Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag allgemein, Ergänzungsband Palandt/ Putzo vor § 631 Rz 1 ff. und vor § 611 Rz 1 ff insbes. Rz 16 ff.; Jauernig/ Schlehtriem, vor § 631 Rz. 3 ff.

²⁶² ebenso Baston-Vogt, aaO, S. 242 ff. allerdings unter Beschränkung des Erfordernisses der „Selbstbestimmungsaufklärung“ auf Fälle des Eingriffes in die von ihr so bezeichneten „eigenen Angelegenheiten“.

Auf Seite 220 ff. beschränkt sie die „eigenen Angelegenheiten“ der Person auf die mit ihr „unmittelbar verbundenen Angelegenheiten“, wobei sie Dispositionen über das Eigentum nicht erwähnt.

Nach der hier vertretenen Ansicht sollten als „eigene Angelegenheiten“ in diesem Sinne, allerdings sämtliche Lebensbereiche angesehen werden, die einem bestimmten Rechtsgutsträger zur eigenen Disposition zugewiesen sind.

²⁶³ So Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 13 II (S. 391).

Aber auch bei anderen Berufen als dem des Arztes oder Handwerkers ist zu beobachten, daß derjenige, der im Rahmen seiner Berufsausübung seiner Pflicht nachkommt hierbei durchaus in die Lage kommen kann, eine tatbestandsmäßige Rechts(guts)verletzung zu begehen, die automatisch die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens indiziert und dessen Verhalten dann gerechtfertigt sein muß, möchte er nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden und sich zivilrechtlicher Haftung aussetzen.

Im Bereich der Bewachungs- und Sicherheitsdienste ist es beispielsweise so, daß dessen Angehörige - ebenso wie die Vertreter des Arztberufes - das Problem haben, daß sie bei Erfüllung ihrer spezifischen Berufspflichten, die im Extremfall in der Abwehr von Angriffen anderer auf die Güter des zu Beschützenden bestehen, in diesen Fällen auf Tatbestandsebene Unrecht verwirklichen, für dessen „Neutralisierung“ dann ein Rechtfertigungsgrund eingreifen muß.

Für das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes ist indes immer der in ein Rechtsgut Eingreifende beweispflichtig²⁶⁴, sei es der Arzt oder Handwerker, der die wirksame tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung des Patienten/Werkbestellers beweisen muß, sei es der Bewacher oder Eskortierer, der nach erfolgreicher Abwehr (und ggf. damit zusammenhängender Verletzung) eines Angreifers dessen rechtswidrigen Angriff auf die Rechte bzw. Rechtsgüter des zu Schützenden, also seinen *eigenen* Rechtfertigungsgrund nachweisen muß.

Auch in diesen Fällen ließe sich - parallel zum Arzthaftungsrecht und mit ähnlich kunstvollen Wortspielen - argumentieren, die Handlung des Nothelfers sei nicht auf die *Verletzung* des Angreifers, sondern auf die *Verteidigung* des Angegriffenen gerichtet, so daß deshalb womöglich schon die *Tatbestandsmäßigkeit* (!) des Verhaltens des Nothilfeleistenden verneint werden könnte. - Eine absurde Konsequenz.

Schon diese wenigen hier ausgearbeiteten Beispiele²⁶⁵ zeigen, daß das Argument der vermeintlichen Diskriminierung des ärztlichen Berufsstandes durch die sog. „Körperverletzungsdoktrin“ nicht stichhaltig ist²⁶⁶. Die angeführten Beispiele sind keinesfalls abschließend und ließen sich beliebig erweitern.

Die Körperverletzungsdoktrin wählt die Körperverletzung lediglich als eine formale Anknüpfung. Eine grundsätzliche Mißbilligung ärztlichen Handelns ist damit nicht verbunden.

ccc.) Ergebnis zu aa.)

Als Ergebnis dieser unter aa.) angestellten Erwägungen ist festzuhalten, daß sowohl die eindeutige äußerliche Gestalt des Heileingriffes als ein die Körperlichkeit betreffender Vorgang klar *für* die „Körperverletzungsdoktrin“ der Rechtsprechung spricht als auch

²⁶⁴ Für Notwehr BGH, NJW 1976, 41, 42; Palandt/Heinrichs § 227, Rz 13; Für die rechtfertigende Einwilligung Kohte, AcP 185 (1985), S. 105, 125.; allgemein bzgl. der Beweislast für Rechtfertigungsgrund auch Jauernig/Teichmann § 823 Rz. 63

²⁶⁵ Weitere Beispiele bei Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz. 403, (S. 271): „Wer eine Sache wegnimmt oder eine Person verhaftet, darf dies nur, wenn er sich auf einen rechtfertigenden Grund stützen kann, den er beweisen muß. Auch Gerichtsvollzieher oder Polizei nehmen regelmäßig Vollstreckungsakte an Personen und Sachen nur im Rahmen der Legalität, d.h. auf Weisung des Gerichts vor. Dennoch ist im Streitfall stets diese Autorisation nachzuweisen“.

²⁶⁶ Vgl. hierzu im hier vertretenen Sinne den Diskriminierungsvorwurf gegen die Körperverletzungsdoktrin zurückweisend auch Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 203.

die angebliche „Stigmatisierung“ des Heilberufes kein Argument *gegen* die Körperverletzungsdoktrin darstellt.

bb.) dogmatische Gründe gegen die Persönlichkeitsrechtsdoktrin [und deren Varianten.]

aaa.) Einleitung

Die oben unter Teil C.) I.) 1.) b.) schon ausführlich dargestellte „Persönlichkeitsrechtsdoktrin“ und ihre unter Teil C.) I.) 1.) c.) dargestellte Variante von Deutsch in Form der „Transparenztheorie“ gehen davon aus, daß der nicht ordnungsgemäß konsentierete ärztliche Heileingriff die Persönlichkeit des Patienten nicht nur bloß *thematisch berührt*, sondern in diesen Fällen die Persönlichkeit auch auf Tatbestandsebene als verletztes „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB entweder anstelle der Rechtsgüter Körper/Gesundheit oder zusätzlich zu diesen Relevanz entwickelt.²⁶⁷

Bevor man jedoch die Ansicht vertritt, daß in bestimmten Lebenssachverhalten (zumindest auch) das APR. als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB in tatbestandlich relevanter Weise verletzt ist, muß man zuerst den materiellen Inhalt des APR. in seiner heute anerkannten Ausprägung untersuchen.

Während der Inhalt der ausdrücklich in § 823 I BGB genannten Rechte und Rechtsgüter schon auf den ersten Blick sehr klar umrissen ist²⁶⁸, ist eine vergleichbar ähnlich unproblematische Inhaltsbestimmung des APR. als „Rahmenrecht“ angesichts des rechtspolitisch gewünschten weiten Schutzes der Person zumindest derzeit kaum möglich.²⁶⁹

Der Schlüssel zu einer sachgerechten dogmatischen Bewältigung der Problematik des nicht wirksam konsentierten ärztlichen Heileingriffes auf deliktsrechtlicher Ebene liegt somit in erster Linie in der näheren *Analyse* des Inhaltes des zivilrechtlichen APR. in seiner sich bisher abzeichnenden Form und dessen (tatbestandlicher) *Abgrenzung* zu den ausdrücklich in § 823 I BGB genannten Rechten und Rechtsgütern, insbesondere [im Rahmen dieser Arbeit primär interessierend] zum Rechtsgut Körper/ Gesundheit, welches bei äußerer Betrachtung des ärztlichen Heileingriffes – wie schon soeben unter I.) 2.) a.) aa.) aaa.) ausgeführt wurde – als tatbestandlicher Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Arztes in diesen Fällen unproblematisch in Betracht kommt.²⁷⁰ Bei dieser Abgrenzung wird man vergleichend auch auf die gleichgelagerte Problematik der

²⁶⁷ Schließlich geht auch Brüggemeier mit seiner Lehre vom doppelten Schutzgut von einer (wenn auch anders strukturierten) tatbestandlichen Relevanz der Persönlichkeit in den Fällen nicht wirksam konsentierter Heileingriffe aus.

²⁶⁸ Vgl. Larenz/ Canaris, SchuldR II/2 § 80 I,1 (S. 491) „sozialtypische Offenkundigkeit“ der in § 823 I BGB genannten Rechte und Rechtsgüter.

²⁶⁹ Jauernig/Teichmann, § 823, Rz 67;

zum zunehmenden Erfolg der Bemühung von Rechtsprechung und Literatur zumindest im Zivilrecht einen objektiv begrenzten Unrechtstatbestand des APR zu bilden Erman/Ehmann, Anh § 12, Rz 95.

²⁷⁰ Vgl. zur Notwendigkeit einer exakten dogmatischen Bestimmung der jeweiligen Schutzbereiche der einzelnen Rechtsgüter im Rahmen des § 823 I BGB Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, § 8 (S. 455).

Arzthaftung im *Verfassungsrecht*²⁷¹ und damit auch auf den Inhalt des verfassungsrechtlichen APR ganz allgemein Bezug nehmen müssen. Ein solcher „Seitenblick“ auf das Verfassungsrecht in dieser Problematik ist nicht nur bloß zweckmäßig oder sachgerecht²⁷², sondern vielmehr gleich aus zweierlei Gründen *geboten*, wie sich aus Folgendem ergibt:

a.) Die wesentliche Legitimation für die Anerkennung des zivilrechtlichen APR. als „sonstiges Recht“ i.S.von § 823 I BGB liegt in dem Erfordernis, den entsprechenden Vorgaben und Wertvorstellungen des Grundgesetzes auf der Ebene des zivilrechtlichen Deliktsrechtes Rechnung zu tragen²⁷³, was sich aus der Grundrechtsbindung (auch) der Rechtsprechung (Art. 1 III GG) ergibt²⁷⁴ und von daher auch keinen Verstoß gegen Art. 20 III GG darstellt.

Hierbei ist festzustellen, daß der Schutzbereich des zivilrechtlichen APR. zwar durchaus enger, keinesfalls aber weiter²⁷⁵ als der des verfassungsrechtlichen APR. ist²⁷⁶. Eine unmittelbare Geltung des APR-Grundrechts im Zivilrecht würde nämlich den einen Bürgern die Behauptungs- und Beweislast für die Rechtfertigung von „Eingriffen“ in den sehr weitgehenden Persönlichkeitsbereich anderer Bürger auferlegen,²⁷⁷ wodurch „die bürgerliche Handlungsfreiheit im Übermaß und also in verfassungswidriger Weise verletzt“²⁷⁸ wäre.

Vielmehr geht es beim privatrechtlichen APR. um das Verhältnis von Bürgern untereinander. Die staatlichen Organe, insbesondere die Gerichte müssen ... „hierfür das bürgerlich-rechtliche APR anwenden, soweit es nicht das Untermaßverbot des APR- Grundrechts verletzt“²⁷⁹.

²⁷¹ Auch im Verfassungsrecht besteht im thematischen Bereich der Selbstbestimmung des Patienten beim Heileingriff ein Abgrenzungsbedürfnis zwischen verschiedenen in Betracht kommenden Grundrechtspositionen. Auch hier kommen sowohl das verfassungsrechtliche APR. des Patienten einerseits als auch dessen durch Art. 2 II, 1 GG geschütztes Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit andererseits als tatbestandliche Anknüpfungspunkte für die Einordnung der Selbstbestimmung des Patienten in Betracht.

²⁷² Was auf der Ebene des Verfassungsrechtes „richtig“ ist, kann im Zivilrecht zumindest im Ausgangspunkt nicht „falsch“ sein.

²⁷³ Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 80 II 6.) a.), (S. 513); Dürig in Maunz-Dürig Rz 38 zu Art. 1 spricht in der dortigen Randbemerkung von dem privatrechtlichen APR. „als Mittel des Zivilrechts, dem Verfassungsbefehl des Art. 1 I [inhaltlich] zu genügen“.

Zum (umgekehrten) Einfluß der zivilrechtlichen Rechtsprechung auf die Anerkennung des verfassungsrechtlichen APR. als in den Bereich des Zivilrechtes ausstrahlendes Grundrecht Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts S. 119 f.; Degenhart, JuS 1992, 361, 362;

²⁷⁴ Vgl. dazu Canaris JZ 87, 993 ff; JuS 1989, 161 ff.

²⁷⁵ a.A. zumindest im theoretischen Ausgangspunkt Baston-Vogt, aaO, S. 124 f.; vgl. aber auch Baston-Vogt aaO, S. 124 oben, die dort sagt, daß „nicht jede Ausprägung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts ... ohne weiteres in den Schutzbereich des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechts zu übernehmen [ist]“.

²⁷⁶ So Heisig, Persönlichkeitsschutz, S. 14: „Gegenüber dem Staat ist der Schutzbereich nämlich weiter als gegenüber dem Bürger ...“;

vgl. in diesem Sinne auch Erman/Ehmann Anh. § 12, Rz 94 f. und Rz. 100.

Zum einen mit einer eher *formalen Begründung* unter Hinweis auf die „mangelnde tatbestandliche Umgrenzung des APR-Grundrechts“ (Rz. 94) einerseits und - im Gegensatz dazu - dessen zunehmend stärkere inhaltliche Konturierung im Zivilrecht andererseits (Rz. 95);

Zum anderen mit der *materiell-rechtlichen Begründung* in Rz 95, daß „das bürgerliche APR (als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I) ... der Selbstbestimmung (= „freier Willensbetätigung“) einen rechtlichen Schutz nur insoweit zubilligen [kann], als sie „vernünftig“ im Sinne dessen ist, daß sie zum allgemeinen Gesetz erhoben werden kann“. Vgl. zum Unterschied zwischen zivilrechtlichem und verfassungsrechtlichen APR. eingehend auch Erman/Ehmann Anh. § 12 Rz 34 ff. ;

die entgegengesetzte Auffassung vertretend Jarass, NJW 1989, 857, 858 li. Sp.

²⁷⁷ Erman/ Ehmann Anh § 12 Rz 94.

²⁷⁸ Erman/Ehmann Anh § 12 Rz 100.

²⁷⁹ So Erman/Ehmann, Anh. § 12, Rz 100 a.E.

Angesichts dessen kann man unproblematisch von vornherein die Allgemeine Handlungsfreiheit aus dem Schutzbereich des zivilrechtlichen APR. ausschließen.²⁸⁰

Aber auch die übrigen Freiheitsgrundrechte kann man inhaltlich nicht als (zumindest teilweise) durch das zivilrechtliche APR. mitgeschützt betrachten, weil dies - unvertretbarerweise - auf eine faktische unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr hinausläufe.²⁸¹

Schon gar nicht ist es zulässig, solche grundrechtlichen Gewährleistungen als Ausprägung des APR. i.S.d. § 823 I BGB zu qualifizieren, die ihrerseits bereits hinreichenden deliktischen Schutz über ein Recht(sgut) des § 823 I BGB gefunden haben.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß nach der hier vertretenen Auffassung das verfassungsrechtliche APR. inhaltlich die äußerste Grenze des potentiellen Schutzbereiches eines zivilrechtlichen APR. markiert. Was nicht in den Schutzbereich des verfassungsrechtlichen APR. fällt, kann daher auch nicht zum Schutzbereich des zivilrechtlichen APR. gehören.

Angesichts dessen wäre es im Rahmen des ärztlichen Heileingriffes für den Rechtsanwender unzulässig, das heute geltende System des § 823 I BGB durch die Zuordnung der Problematik der Selbstbestimmung des Patienten im Rahmen der Heilbehandlung (ausschließlich) zum zivilrechtlichen APR. als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB zu sprengen bzw. zu umgehen, wenn die Problematik der patientischen Selbstbestimmung nicht als eine selbständige Ausprägung des verfassungsrechtlichen APR. angesehen wird^{282 283}

. Eine genaue Betrachtung der verfassungsrechtlichen Problematik des nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriffes und damit auch eine Analyse des Inhaltes des verfassungsrechtlichen APR. ganz allgemein ist schon aus diesem Grunde in diesem Zusammenhang notwendig.

b.) Der zivilrechtliche Streit um das durch nicht ordnungsgemäß konsentierte Heileingriffe verletzte Rechtsgut besitzt indes noch unter einem weiteren Aspekt verfassungsrechtliche Relevanz, nämlich soweit der nicht wirksam konsentierte Heileingriff *ausschließlich* als Verletzung des zivilrechtlichen APR. angesehen wird, [und nicht zumindest *auch* als rechtswidrige Verletzung des Rechtsgutes Körper so wie dies Deutsch mit seiner Transparenztheorie vertritt].

Diese Ansicht könnte zusätzlich speziell im Hinblick auf Art. 20 III GG unzulässig sein. Denn mit der völligen Ausblendung des Körperbezuges des Heileingriffes auf Tatbestandsebene findet nach dieser Ansicht § 823 I BGB wegen der Verletzung des Rechtsgutes Körper keine Anwendung, obwohl die Norm von ihrem Sinn und Zweck her einen umfassenden Integritätsschutz der Körpersphäre bezweckt und deshalb auch bei

²⁸⁰ Baston-Vogt, aaO, S. 125 ff.

²⁸¹ ablehnend zur Aufnahme der übrigen Freiheitsgrundrechte in den Schutzbereich des zivilrechtlichen APR. auch Baston-Vogt, aaO, S. 456 ff. unter gleichzeitigem Hinweis darauf, daß §§138, 242 BGB (im Rahmen besonderer Privatrechtsverhältnisse) und - im allgemeinen Privatrechtsverkehr - § 826 BGB (bei gezielter Verletzung grundrechtlich geschützter Freiheitsinteressen) für deren zivilrechtlichen Schutz ausreichend seien. (Vgl. auch Baston-Vogt aaO, S. 136 ff., insbes. S.140 f.)

²⁸² Auch Baston-Vogt aaO, S. 221 konstatiert: Die Auswahl der Persönlichkeitsdetails, auf welche die [subjektivrechtlich bewehrte] Selbstbestimmungsbefugnis zu erstrecken ist, „hat sich an rechtlichen Kriterien wie insbesondere den herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Bestimmung des persönlichkeitsrechtlichen Schutzbereichs zu orientieren“.

²⁸³ Vgl. zum Zusammenhang zwischen Zivilrecht und Verfassungsrecht bei der Thematik des APR. auch Dürig in Maunz-Dürig, Art 1, Rz 38: „... muß man bezweifeln, ob die zivilrechtliche Konstruktion eines an die Verfassung angelehnten „allgemeinen“ Persönlichkeitsrechtes auch dort richtig ist, wo im Grundrechtsteil eben dieser Verfassung Lebensbereiche speziell geschützt werden“;

ärztlichen Heileingriffen als Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch des Patienten in Betracht kommt.

In Anbetracht dieser gerade so umrissenen Problemstruktur wird im Folgenden nun zuerst unter bbb.) eine komprimierte Darstellung der *verfassungsrechtlichen Problematik* der Selbstbestimmung des Patienten gegeben.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß die verfassungsrechtliche Abgrenzungsfrage zwischen dem APR. einerseits und dem Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit i.S.d. Art. 2 II,1 GG andererseits in dieser Problematik derjenigen auf zivilrechtlicher Ebene vollständig entspricht²⁸⁴ (dazu sogleich).

In diesem Zusammenhang erfolgt dann eine inhaltliche Darstellung des Schutzbereiches des verfassungsrechtlichen APR. und dessen Abgrenzung zu anderen Freiheitsgrundrechten.

Da der Schutzbereich des verfassungsrechtlichen APR. - wie schon dargestellt - den äußersten denkbaren Umfang für das zivilrechtliche APR. beschreibt, können die für das verfassungsrechtliche APR. in dieser Abgrenzungsfrage gewonnenen Erkenntnisse auch für die Ermittlung des Schutzbereiches des zivilrechtlichen APR. und dessen Abgrenzung von anderen (zivilrechtlichen) Rechten und Rechtsgütern herangezogen werden. Solche Bereiche nämlich, die schon vom verfassungsrechtlichen APR. nicht erfaßt werden, können dann auch nicht inhaltlich unter das zivilrechtliche APR. fallen.

Unter ccc.) wird die Relevanz dieser auf der Ebene des Verfassungsrechtes gewonnenen Ergebnisse für das Zivilrecht näher dargestellt und es werden Argumente gegen die zivilrechtliche Persönlichkeitsrechtsdoktrin speziell aus verfassungsrechtlicher Sicht formuliert.

Unter ddd.) schließt sich dann für das Zivilrecht - nach einer „Absage“ an die Persönlichkeitsrechtsdoktrin - zum Zwecke der zusätzlichen dogmatischen Untermauerung des gefundenen Ergebnisses auf allgemeinerer Ebene sowie unter stetem Bezug auf das Arzthaftungsrecht eine Analyse der Struktur der durch § 823 I BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter an.

In diesem Zusammenhang wird dann zum Zwecke der tatbestandlichen Zuordnung der Selbstbestimmung des Patienten vor allem eine Abgrenzung zwischen dem zivilrechtlichen APR. einerseits und dem Rechtsgut Körper/Gesundheit andererseits unternommen, wobei einerseits die Konzeption der Rechtsprechung und andererseits die der herrschenden Literatur dargestellt wird. Ausgehend von den dort gefundenen Ergebnissen wird dann zur Bewältigung speziell der sich im Kontext des nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriffes stellenden Probleme

unter eee.) ein eigener Ansatz entwickelt, in dessen Rahmen dann im allgemeinen, sowie unter speziellem Bezug auf die Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern im besonderen

²⁸⁴ hierbei ist vor allem zu beachten, daß das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit i.S.d. Art. 2 II,1 GG inhaltlich den Rechtsgütern Körper und Gesundheit i.S.d. § 823 I BGB entspricht, da das Grundrecht sowohl die Integrität der Körpersphäre schützt (Francke, *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte*, S. 75 f.) als auch Gesundheitsschutz vermittelt (Francke aaO, S. 77 f.).

zwischen *drei verschiedenen Fallgruppen* einer rechtswidrigen Rechts(guts)verletzung unterschieden wird.

Dieser nach Fallgruppen unterscheidende Ansatz hat im weiteren dann auch zentrale Bedeutung für die unter Teil C.) IV.) noch zu entwickelnde *topische Bewältigung der Zurechnung der Schadensfolgen* eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes im methodischen Kontext einer *teleologischen Reduktion* des durch § 249 I BGB angeordneten Prinzips des *Totalersatzes*.

bbb.) Die verfassungsrechtliche Problematik des ärztlichen Heileingriffes// Thematisch einschlägige Grundrechte und Kollisionsregeln.

(a.) Die verfassungsrechtliche Qualifizierung der ärztlichen Heilbehandlung.

Auf der Ebene des Verfassungsrechtes spielt die Problematik der ärztlichen Heilbehandlung eine geringere Rolle als im einfachen Recht.²⁸⁵ Die Zuordnung ärztlicher Heilbehandlung zum Schutzbereich des Grundrechtes auf körperliche Unversehrtheit ist hier praktisch unumstritten²⁸⁶, weil Art. 2 II,1 GG einen durch Zwecke oder Modalitäten nicht relativierten Integritätsschutz gewährleistet.²⁸⁷ Die ärztliche Heilbehandlung - soweit sie invasiv oder medikamentös ist - verletzt jene körperliche Integrität, weil sie auf die körperliche Substanz einwirkt.²⁸⁸ Die Tangierung des Grundrechts hat zur Konsequenz, daß die „Grundrechtmäßigkeit“²⁸⁹ der ärztlichen Heilbehandlung nur bei Einwilligung des Patienten gegeben ist²⁹⁰, wobei grundrechtsdogmatisch dahinstehen kann, ob die mit Einwilligung des Betroffenen vorgenommene Heilbehandlung schon die Grundrechtsbeeinträchtigung entfallen läßt²⁹¹, oder (bloß) rechtfertigende Wirkung entfaltet.²⁹²

(b.) Der Schutz der Selbstbestimmung des Patienten.

Als rechtliche Grundlage für die Selbstbestimmung des Patienten bei ärztlicher Heilbehandlung kommen einerseits das durch Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG gewährleistete APR.-Grundrecht als auch andererseits das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit des Art. 2 II,1 GG in Betracht.

(aa.) sachlicher Inhalt des APR-Grundrechts

Nach Art. 2 I GG hat jeder „das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit“. Da Art. 2 Abs. 1 GG jegliches menschliche Handeln vor staatlichen Eingriffen schützt, wird das Grundrecht als „allgemeine Handlungsfreiheit“ und als „allgemeines Freiheitsrecht“ bezeichnet, das als Generalklausel alle Lücken ausfüllt, die von den speziellen Freiheitsrechten gelassen werden.²⁹³

²⁸⁵ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 99.

²⁸⁶ D. Lorenz, Handbuch des Staatsrechts VI, 2001, § 128, Rz 64; Jarass/Pieroth - Jarass Art. 2 Rz 62; von Münch/Kunig - Kunig, Art. 2 Rz 62; Dreier/ Schulze-Fielitz, Art. 2 II, Rz 22; Sachs- Murswiek, Art. 2, Rz 154; Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 99; BVerfGE 52, 131, 171 ff (insbes. 173 f.) - abw. Meinung.

²⁸⁷ BVerfGE 52, 131, 171 ff. – abw. Meinung; Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 99

²⁸⁸ Francke, aaO, S. 100.

²⁸⁹ Diesen Begriff verwendet Francke, aaO, S. 99/ 100.

²⁹⁰ Die auf Heilung gerichtete Intention beseitigt die Eingriffsqualität nicht, so daß es der Einwilligung des Patienten bedarf (von Münch/Kunig - Kunig, Art. 2 Rz 65); vMKS/Starck, Art. 2, Rz 219.

²⁹¹ Jarass/Pieroth - Jarass, Art. 2 Rz 67; Nach von Münch/Kunig - Kunig, Art. 2, Rz.65 beseitige „die Einwilligung des Betroffenen ... grundrechtlich den Eingriff“.

²⁹² Dreier/ Schulze-Fielitz, Art. 2 II, Rz 32, 36.

²⁹³ Vgl. BVerfGE 6, 32/37; BVerfGE 89, 1, 13: „Eine Anwendung dieses Grundrechts kommt nur in Betracht, wenn nicht der Schutzbereich eines anderen, spezielleren Grundrechts betroffen ist“.

Ein Teilbereich des Art. 2 Abs. 1 erfährt im Zusammenspiel mit Art. 1 Abs. 1²⁹⁴ als „Allgemeines Persönlichkeitsrecht“ einen besonderen Schutz. Dieses APR. hat sich zu einem eigenen Grundrecht verselbständigt.

Das APR - so führt das BVerfG aus - „ergänzt als ´unbenanntes´ Freiheitsrecht die speziellen (´benannten´) Freiheitsrechte, die, wie etwa die Gewissens- oder die Meinungsfreiheit ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen. Seine Aufgabe ist es, im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der ´Würde des Menschen´ (Art. 1 Abs. 1 GG) die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen“²⁹⁵, insbesondere gegenüber „neuartige[n] Gefährdungen der Persönlichkeitsentfaltung“²⁹⁶

Das BVerfG hat erstmals im *Soraya-Urteil*²⁹⁷ die Rechtsprechung des BGH zum Persönlichkeitsrecht anerkannt und im folgenden das Allgemeine Persönlichkeitsrecht zu einem eigenen *Allgemeinen Persönlichkeitsrecht-Grundrecht*²⁹⁸ entwickelt.

Der Inhalt des APR. ist vom BVerfG bis jetzt nicht abschließend umschrieben. Dessen Ausprägungen werden jeweils anhand des einzelnen zu entscheidenden Falles herausgearbeitet²⁹⁹, wobei man den Inhalt des Grundrechtes nach - sich teilweise überschneidenden³⁰⁰ und durchaus auch anders kategorisierbaren - Fallgruppen beispielhaft wie folgendermaßen stichpunkthaft aufgezählt systematisieren kann.³⁰¹

1. Schutz eines persönlichen Bereiches (engere persönliche Lebenssphäre)³⁰²
2. Recht am eigenen Wort, am eigenen Bild und Recht auf Gegendarstellung³⁰³,
3. Recht der persönlichen Ehre³⁰⁴
4. kein unwiderrufliches Abschneiden von Zukunftschancen³⁰⁵.
5. Recht auf informationelle Selbstbestimmung³⁰⁶ (Datenschutz).

²⁹⁴ Jarass/Pieroth - Jarass Art. 2 Rz 1.; von Münch, Staatsrecht II, Rz 316 sagt, das APR. sei aus Art. 1 Abs. 1 und aus Art. 2 I GG „zusammengesetzt“.

²⁹⁵ BVerfGE 54, 148/ 153; ebenso BVerfGE 101, 361, 380: Dem APR komme die Aufgabe zu, „Elemente der Persönlichkeit zu gewährleisten, die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen“.

²⁹⁶ BVerfGE 101, 361, 380; ebenso auch BVerfGE 79, 256, 268.

²⁹⁷ BVerfGE 34, 269 ff.: Im zugrunde liegenden Fall hatte eine Zeitung ein erfundenes Interview mit der iranischen Prinzessin Soraya veröffentlicht. Der BGH sprach dieser einen Geldbetrag als Ausgleich für den immateriellen Schaden zu (vgl. BGH, NJW 1965, 685 f. Das BVerfG wies die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde zurück. (vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S. 496)

²⁹⁸ Ehmann, Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Jus 1997, 193, 197.

²⁹⁹ von Münch, Staatsrecht II, Rz 317; BVerfGE 72, 155 ff. (170).

³⁰⁰ Vgl. Erichsen in Handbuch des Staatsrechts VI (2001), § 152, Rz 54.

³⁰¹ Die folgende beispielhafte Aufzählung ist an der Darstellung in von Münch, Staatsrecht II, Rz. 317 angelehnt. Sämtliche Fallgruppen werden dort in Rz. 318 mit weiteren Zitaten substanziiert.

³⁰² Dazu gehört Namen und Vornamen, die Kenntnis eines Kindes von seiner Abstammung, Sexualität und Lebensplanung (Nachweise siehe bei v. Münch, Staatsrecht II, Rz 318, Fn 14-17).

³⁰³ Zu allen Aspekten mit weiteren Nachweisen bei von Münch, Staatsrecht II, Rz 318, Fn 18 bis 25.

³⁰⁴ Hufen, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 105, 113; von Münch, Staatsrecht II, Rz 318 mit zahlreichen Rspr-Nw. in Fn. 26 und 27.

³⁰⁵ Unterfällt in das Recht auf Resozialisierung (vgl. von Münch, aaO, Rz 318, Fn 30) d.h. die Möglichkeit, „in angemessener Zeit nach Begehung von Fehlern wieder neu anfangen zu können“ (so Jarass/Pieroth - Jarass, Art. 2, Rz 38) und das Recht von minderjährigen Kindern, nicht durch Bürgschaftsverträge ihrer Eltern als ihre gesetzlichen Vertreter langfristig finanziell verpflichtet zu werden. (s. von Münch aaO, Rz 318 m.w.N.)

³⁰⁶ Dazu eingehend v. Münch, Staatsrecht II, Rz 319 m.w.Nw.;

Angesichts dieser wichtigsten Beispiele kann man verallgemeinernd sagen, daß es beim APR. um das Recht des Grundrechtsträgers geht, im weitesten Sinne in Ruhe gelassen zu werden, um den Schutz der Privatsphäre, um die „personale Identität“, mithin „um das Recht des Menschen auf Selbstfindung im Alleinsein und in enger Beziehung zu ausgewählten Vertrauten“³⁰⁷.

Dem APR. fällt insoweit die Aufgabe zu, einen geschützten Bereich der Privat- und Intimsphäre vor Dritten bzw. der Öffentlichkeit abzuschirmen³⁰⁸.

Auf Konkurrenzebene mit anderen Grundrechten ist zu berücksichtigen, daß das APR. regelmäßig nicht durch parallel einschlägige Schutzbereiche sonstiger Freiheitsrechte verdrängt wird.³⁰⁹

„Von paralleler Anwendbarkeit in diesem Sinne ist freilich nur auszugehen, sofern der Persönlichkeitsschutz als zusätzlicher Gesichtspunkt *selbstständig* neben den Freiheitsbereich des konkurrierenden Grundrechts tritt. Zielt demgegenüber das konkurrierende Grundrecht seinerseits in einem speziellen Teilbereich auf den Schutz der Persönlichkeit ab [...], so geht diese (dann speziellere) Freiheitsgarantie insofern als *lex specialis* dem aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrecht wiederum vor.“³¹⁰

Umgekehrt formuliert kann man von einer gewissen Lückenfüllungsfunktion des APR. im Vergleich zu den Schutzbereichen spezieller Freiheitsgrundrechte sprechen.³¹¹

Diese Konkurrenzregel hat nun entscheidende Bedeutung für die hier zu treffende Einordnung der Selbstbestimmung des Patienten.

(bb.) Die Selbstbestimmung des Patienten nicht als Teil des verfassungsrechtlichen APR.

Wie gesehen, umfaßt das APR. eine - für die Weiterentwicklung offene - Reihe von Einzelverbürgungen. Die Selbstbestimmung des Patienten in der Heilbehandlung gehört nach bisherigem Erkenntnisstand sowohl der Literatur als auch der Verfassungsgerichtsbarkeit allerdings nicht als eigenständige Einzelverbürgung dazu.³¹²

Diesem Denkansatz entspricht es, wenn die vorliegenden verfassungsrechtlichen Stellungnahmen ganz überwiegend³¹³ davon ausgehen, daß die Selbstbestimmung des

³⁰⁷ so J/P-Jarass, Art. 2, Rz 30.

³⁰⁸ J/P-Jarass, Art. 2, Rz 30; vgl. auch Hufen, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II, S. 105, 110: „... die engere persönliche Lebenssphäre des Menschen zu schützen und ihre Grundbedingungen zu erhalten“.

³⁰⁹ Maunz/Dürig - Di Fabio, Art. 2 I, Rz 25, Fn 3.

³¹⁰ So wörtlich Di Fabio in Maunz/Dürig, Rz 25 zu Art. 2 I (S. 30); ders. Rz 127: Der durch das APR. entwickelte ergänzende Persönlichkeitsschutz „...zielt auf Elemente, die nicht Gegenstand spezieller Freiheitsgarantien sind“; ähnlich auch Erichsen in Handbuch des Staatsrechts VI, § 152, Rz 29; ders. aaO, § 152, Rz 59: „Soweit die Selbstbestimmung des einzelnen im Rechtsverkehr allerdings der Thematik eines Spezialgrundrechts zuzuordnen ist, ... bemißt sich auch die Freiheit zu rechtlich anerkannten Entscheidungen hierüber nach den besonderen Freiheitsrechten“.

Vgl. auch Sachs – Murswiek, Art. 2, Rz. 138: Das APR. könne gegenüber anderen Grundrechten „das speziellere sein, wie auch umgekehrt“.

³¹¹ Vgl. Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 49: „Auffangtatbestand“.

³¹² So Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 102.

³¹³ Relativierend Hufen, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 105, 120: Es zeige sich, „daß die Selbstbestimmung über den menschlichen Körper und die körperliche Unversehrtheit nicht allein bei Art. 2 Abs.

Patienten über seine körperliche Unversehrtheit durch Art. 2 II, 1 GG als „Spezialgrundrecht“ geschützt wird³¹⁴. Hierbei wird das Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus dem Einwilligungserfordernis in die Heilbehandlung sowie aus den informationellen Erfordernissen einer wirksam erklärten Einwilligung gewonnen³¹⁵, womit die soeben unter (aa.) dargestellte Konkurrenzregel Relevanz entwickelt.

Eine vertiefte Darstellung dieser Problematik findet sich bei Lorenz³¹⁶ und in der abweichenden Meinung zu BVerfGE 52, 131, 171. Bei beiden Stellen wird ausgeführt, daß Art. 2 II, 1 GG nicht nur die körperliche Substanz des Menschen in ihrer Unverletzlichkeit, sondern auch die darauf bezogene Willenssphäre des Einzelnen schütze. Art. 2 II, 1 GG schütze die Körperlichkeit „nicht nur in einem biologisch-naturalistischen Sinn³¹⁷, sondern auch „als äußere Erscheinungsform menschlicher Persönlichkeit“³¹⁸, weshalb sich die Verfassungsgarantie auch auf die für die Persönlichkeit konstituierende Selbstbestimmung und Eigenverantwortlichkeit erstrecke³¹⁹.

Besonders prägnant ist das Spannungsverhältnis zwischen dem APR. einerseits und dem besonderen benannten Freiheitsgrundrecht der körperlichen Unversehrtheit i.S.d. Art. 2 II, 1 GG andererseits beim ärztlichen Heileingriff von Francke folgendermaßen formuliert worden.

Wörtlich Francke³²⁰: „Um jene Entscheidungen [321] eigenverantwortet treffen zu können, bedarf der Patient der Information. Dieses Informationsinteresse ist grundrechtlich eher mit den Rechtsgütern des Art. 2 II, 1 GG als mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu verbinden; denn es steht nicht die Eigengestaltung des sozialen Geltungsanspruchs der Person, sondern die Eigengestaltung des Körpers, d.h. die immer subjektive Konkretisierung des Konzepts vom eigenen Körper und der individuellen Gesundheit in Rede.

Anders als die anerkannten Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bezieht sich das gesundheitliche Selbstbestimmungsrecht nicht auf die Konstitution der Persönlichkeit in ihren komplexen sozialen Bezügen, sondern auf die Eigengestaltung der Körperlichkeit. Körper und Leben in ihrer substanzhaften Form werden durch den Menschen sinnhaft gestaltet; daher ist die Freiheit der körperlichen Eigengestaltung durch Art 2 II, 1 GG gewährleistet“.

2 GG zu verorten ist“ und - obiter dicens - BVerfGE 52, 131, 168 „... das in Art. 2 I GG gewährleistete Selbstbestimmungsrecht des Patienten ...“

³¹⁴ Francke, aaO, S. 102; von Münch/Kunig - Kunig Art. 2 Rz 72, (S. 174.); vgl. auch BVerfGE 52, 131, 171 ff., (175): „Die Vorschrift ist eine besondere Verbürgung der in Art. 2 I GG gewährleisteten freien Entfaltung der Person“.

Speziell im Kontext des zivilrechtlichen Arzthaftungsrechts hat sich Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 48 ff. insbes. S. 51 f. für die Zuordnung der Selbstbestimmung des Patienten zu Art. 2 II, 1 GG als dem „spezielleren Grundrecht“ auf Verfassungsebene ausgesprochen.; ebenso auch Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 6 IV, 1 (S. 96): „Die Dispositionsbefugnis über Grundrechtsgüter sollte ... primär im jeweiligen Spezialgrundrecht verortet werden. Art. 2 I GG ist subsidiär und kommt nur bei Fehlen eines einschlägigen Spezialgrundrechts zur Anwendung“.

³¹⁵ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 102/103.

³¹⁶ D. Lorenz, in: Handbuch des Staatsrechts VI, (2001), § 128 Rz 3, 16, 64 f.

³¹⁷ Lorenz, aaO, § 128, Rz. 3.

³¹⁸ Ebenso Lorenz, aaO, § 128, Rz 3.

³¹⁹ D. Lorenz, aaO, § 128, Rz 3.

³²⁰ Francke, aaO S. 104/ 105.

³²¹ Nach Francke aaO, S. 104 sind dies „individuelle Lebensentscheidungen, auch solche im Rahmen medizinischer Behandlung“.

ccc.) Das Spannungsverhältnis zwischen Zivilrecht und Verfassungsrecht.
Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die zivilrechtliche Persönlichkeitsrechtsdoktrin.

(a.) Keine Indikation der zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechtsdoktrin durch das Verfassungsrecht.

Das vom Gesetzgeber des BGB noch abgelehnte APR. hat sich, noch ehe es als Grundrecht anerkannt war³²², in der Rechtsprechung in der Weise durchgesetzt, daß es als Recht im Sinne des § 823 I BGB gilt und im Falle seiner Verletzung entgegen § 253 a.F./ § 253 I, II n.F. BGB Schmerzensgeld verlangt werden kann³²³.

Die Unterschiede zwischen dem verfassungsrechtlichen und dem zivilrechtlichen APR. bestehen – wie oben unter 2.) a.) bb.) aaa.) schon gezeigt – sowohl im materiellen Inhalt³²⁴, als auch vor allem in der Art und Weise der Beschränkbarkeit der Rechte³²⁵.

Bezüglich des *materiellen Inhaltes* des zivilrechtlichen APR. kann grundsätzlich auf die soeben unter 2.) a.) bb.) bbb.) (b.) (aa.) dargestellten Ausführungen zum Inhalt des verfassungsrechtlichen APR. verwiesen werden, jedenfalls insoweit als das zivilrechtliche APR. seinen maximal möglichen Schutzbereich im Umfang des verfassungsrechtlichen APR. vorfindet.

Es ist unter der Geltung des § 823 I BGB in seiner heutigen Form grundsätzlich unzulässig, auf zivilrechtlicher Ebene solche Lebenssachverhalte dem zivilrechtlichen APR. zuzuordnen, die schon vom (tendentiell sogar deutlich weiteren) verfassungsrechtlichen APR. nicht erfaßt werden.

Bei der Anerkennung und inhaltlichen Ausfüllung des zivilrechtlichen APR. als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB handelt es sich nämlich um eine Durchbrechung der

³²² Nach Hufen, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II S. 105, 109 wolle es auf den ersten Blick gar so scheinen, „als habe das Bundesverfassungsgericht bei der Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf das Vorbild des Zivilrechts zurückgegriffen“.

³²³ Vgl. BVerfGE 34, 269/ 279 ff; Degenhart, JuS 1992, 361/ 362.

³²⁴ Teilweise wird zwar die inhaltliche Unterschiedlichkeit der beiden Persönlichkeitsrechte betont, (so Jarass NJW 1989, 857, 858 li. Sp.; vgl. auch Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rz 378) dann aber doch eingeräumt, „daß die Reichweite des Schutzes durch die beiden Arten des Persönlichkeitsrechts häufig ähnlich oder gar gleich ausfällt“. Daher sei es in vielen Zusammenhängen unschädlich, „wenn die Differenzierung zwischen verfassungsrechtlichem und privatrechtlichem Persönlichkeitsrecht vernachlässigt wird“. (die beiden letzten Zitate aus Jarass, NJW 1989, 857, 858 li. Sp.).

Teilweise werden das verfassungsrechtliche und das zivilrechtliche APR. in Rechtsprechung und Literatur ohne weiteres gleichgesetzt. [vgl. die Nachweise bei Baston-Vogt aaO, S. 122f.].

³²⁵ In das Allgemeine Persönlichkeits-Grundrecht darf erstens nur auf der Grundlage eines Gesetzes eingegriffen werden, das dem Grundsatz der Normenklarheit genügt (Erman/Ehmann, Anh. § 12 Rz 96); Zweitens darf in dieses Grundrecht nur aus überwiegenden Allgemeininteressen eingegriffen werden (Erman/Ehmann, Anh. § 12 Rz 97.) Beide Eingriffsvoraussetzungen gelten nur für das Verhältnis zwischen Bürger und Staat, nicht aber im Verhältnis der Bürger untereinander, z.B. wenn ein Bürger über einen anderen etwas wissen will (z.B. eine Bank über ihren Kunden, ein Arbeitgeber über seinen Arbeitnehmer). [so Ehmann, JuS 1997, 193, 197]

Diese Unterschiede stehen einer unmittelbaren Drittwirkung des Allgemeinen Persönlichkeits-Grundrechts entgegen. (so Ehmann, JuS 1997, 193, 197)

„Die mittelbare Drittwirkung über die Generalklausel des „sonstigen Rechts“ i.S.d. § 823 I entbindet daher vom Gesetzesvorbehalt des Eingriffs und vom Erfordernis des „überwiegenden“ Allgemeininteresses bei der Güter- und Interessenabwägung“ (so Ehmann, JuS 1997, 193, 197 re. Sp.).

engen tatbestandlichen Grenzen des § 823 I BGB und damit um eine Durchbrechung des ursprünglichen gesetzgeberischen Willens, der einen umfassenden deliktischen Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht gerade nicht vorsah. Eine solche Durchbrechung der geltenden zivilrechtlichen Tatbestandsstruktur ist indes nur dann gerechtfertigt, wenn dies *durch besondere verfassungsrechtliche Wertungen in Form des verfassungsrechtlichen APR. induziert* ist. Das ist aber bei der Arzthaftung wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung gerade nicht der Fall, weil die Selbstbestimmung des Patienten über seinen Körper - wie wir soeben sahen - im Verfassungsrecht durch das Grundrecht des Art. 2 II, 1 GG (körperliche Unversehrtheit) mitgeschützt wird und nicht als eine selbständige Ausprägung des APR angesehen ist.

Schon die anerkannten Ausprägungen des verfassungsrechtlichen APR. hatten eine lebhaftere Debatte darüber erzeugt, auf welche Weise der verfassungsrechtlich gebotene Schutz der Persönlichkeit auf der Ebene des Zivilrechtes erreicht werden soll. Nach teilweiser Ansicht hatte es das verfassungsrechtliche APR. gar nicht erfordert, den zivilrechtlich erforderlichen Schutz der Persönlichkeit gerade durch Anerkennung eines zivilrechtlichen „Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes“ zu erreichen. Das Zivilrecht hätte auch auf andere Weise zu einem adäquaten Schutz der Persönlichkeit kommen können³²⁶, so z.B. durch die strikt fallgruppenbezogene Herausarbeitung einzelner besonderer Persönlichkeitsrechte oder gar durch eine großzügige Anwendung des § 826 BGB³²⁷.

Die Etablierung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechtes als „sonstiges Recht“ im Rahmen des § 823 I BGB ist somit schon selbst für die anerkannten Ausprägungen des verfassungsrechtlichen APR. sehr umstritten gewesen³²⁸.

Dann ist es aber erst recht unzulässig, auf der Ebene des Zivilrechtes auch solche Fallgestaltungen tatbestandlich unter das (ungeschriebene) zivilrechtliche APR. als „sonstiges Recht“ nach § 823 I BGB zu subsumieren, die schon verfassungsrechtlich gar nicht dem APR. zugeordnet werden.

So verhält es sich aber - wie gesehen- mit der Selbstbestimmung des Patienten und damit mit der Problematik des nicht wirksam konsentierten ärztlichen Heileingriffes. Verfassungsrecht induziert insoweit auf der Ebene des Zivilrechtes nicht die Qualifizierung des nicht wirksam konsentierten Heileingriffes als Verletzung des APR.

³²⁶ Hierzu Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 80 I 3b, (S. 493): „Da das Grundgesetz somit keineswegs das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch für den Bereich des Privatrechts „als ein verfassungsmäßig gewährleistetetes Grundrecht“ ausgestaltet hat, ist das Privatrecht nicht von Verfassungs wegen gehalten, den Persönlichkeitsschutz gerade durch die Anerkennung eines „allgemeinen“ Persönlichkeitsrechtes als eines sonstigen Rechts i.S.von § 823 I BGB zu gewährleisten, sondern insoweit in weitem Umfang verfassungsrechtlich undeterminiert“.

³²⁷ hierzu Dürig, FS Nawiasky, 1956, 157, 180 f. und Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 80 I 3 b.) (S. 493) vgl. auch Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, S. 73 ff. und Baston-Vogt S. 29/30, die die §§ 826, 138, 242 BGB als die „herkömmlichen Einfallstore für die grundrechtlichen Wertungen“ bezeichnet.

³²⁸ vgl. Hierzu Dürig, FS Nawiasky, 1956, S. 157, 180f. und Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 80 I 3 b.) (S. 493).

(b.) Ausblendung des Körperbezuges der Heilbehandlung durch die zivilrechtliche Persönlichkeitsrechtsdoktrin als zusätzlicher Verstoß gegen Art. 20 III GG.

Die zivilrechtliche Persönlichkeitsrechtsdoktrin besitzt indes noch eine weitere verfassungsrechtliche Relevanz, sofern der nicht ordnungsgemäß konsentierende, im übrigen aber medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte Heileingriff *ausschließlich* als Verletzung des zivilrechtlichen APR, [also nicht zumindest *auch* als tatbestandsmäßige Körperverletzung] angesehen wird. In diesem Zusammenhang zeigt sich, daß die völlige Ausblendung des körperlichen Bezuges der ärztlichen Heilbehandlung und damit die gleichzeitige Nichtanwendung des § 823 I BGB wegen Verletzung des Rechtsgutes Körpers im Hinblick auf das Rechtsstaatsgebot unzulässig ist.

Aus der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) folgt, daß der Richter sich „nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen“ darf, sondern diesen „...möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen“³²⁹ hat. Die Gerichte sind kraft der Bindungswirkung einschlägiger Vorschriften zu deren Anwendung verpflichtet, sie dürfen sich über ihre Gesetzesbindung nicht hinwegsetzen.³³⁰

Unproblematisch zulässig ist in diesem Zusammenhang die *Auslegung* des Gesetzes sowohl in extensiver als auch in restriktiver Weise.³³¹

Eine restriktive Auslegung des § 823 I BGB im Hinblick auf das Rechtsgut Körper kann indes nicht zu dem von der Persönlichkeitsrechtsdoktrin gewünschten Ergebnis führen. Das Rechtsgut schützt die körperliche Substanz, die Integrität der Körpersphäre, ohne Rücksicht auf Zwecke und Modalitäten des Eingriffs. Diese körperliche Integrität ist indes unzweifelhaft auch bei einem (medizinisch indizierten und lege artis durchgeführten) Heileingriff tangiert.

Aus der Gesetzesbindung der Gerichte folgt zudem auch kein Verbot der richterlichen *Rechtsfortbildung*. Diese ist möglich, soweit das geltende Recht Lücken aufweist.³³²

Eine Gesetzeslücke des durch § 823 I BGB gewährleisteten zivilrechtlichen Körperschutzes ist aber beim nicht wirksam konsentierten Heileingriff im Hinblick auf das Rechtsgut Körper nicht gegeben. § 823 I BGB schützt die Körpersphäre des Menschen gegen jede Art von Eingriffen in ihre Integrität. Im Rahmen einer sogenannten *gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung* lassen sich weder aus dem Rechtsgut Körper selbst noch aus den anderen durch § 823 I BGB geschützten Rechten/Rechtsgütern noch aus dem Sinn und Zweck des zivilrechtlichen Deliktsrechtes als solchem Aspekte für eine Einschränkung des insoweit vermeintlich zu weit geratenen Schutzes des in § 823 I BGB genannten Rechtsgutes Körper herleiten.

Bei ärztlichen Heileingriffen besteht somit auch keine verdeckte Regelungslücke des Gesetzes, der durch teleologische Reduktion des insoweit vermeintlich zu weit geratenen

³²⁹ BVerfGE 96, 375/ 394; Jarass/Pieroth- Jarass 6. Auflage Art. 20 Rz 42 (S. 516).

³³⁰ Sachs in: Sachs Art. 20, Rz 119; vgl. auch Dreier/ Schulze-Fielitz, Art. 20 Rz 92 f.

³³¹ Dazu Larenz/Canaris, Methodenlehre, in Abgrenzung zur Rechtsfortbildung, S. 187-190, insbes. S. 133 ff; vgl. auch BVerfGE NJW 1992, 1219 (li.Sp.)

³³² BVerfGE 98, 49, 59 f.; Jarass/Pieroth – Jarass, 6. Aufl. Art. 20, Rz 42; zum Lückenbegriff und der Methodik der Lückenfüllung eingehend Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 187 ff. und unten in Teil C.) IV.) 2.) d.) aa.).

Rechtsgüterschutzes des § 823 I BGB (Rechtsgut Körper) Rechnung getragen werden müßte³³³.

Schließlich kommt auch keine sogenannte *gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*³³⁴, die z.B. durch „leitende Prinzipien der Gesamtrechtsordnung“ indiziert wäre, in Betracht, um die Ausblendung des Körperbezuges des Heileingriffes im Kontext der Persönlichkeitsrechtsdoktrin dogmatisch zu begründen. Solche leitenden Prinzipien können insbesondere verfassungsrechtliche Aspekte³³⁵ sein.

Aber auch verfassungsrechtliche Aspekte helfen hier nicht weiter, denn Verfassungsrecht gebietet - wie soeben unter 2.) a.) bb.) bbb.) (b.) schon eingehend dargestellt wurde - gerade *nicht* die Qualifizierung der Selbstbestimmung des Patienten über seinen Körper als eigenständige Ausprägung des APR. unter völliger Ausblendung des Körperbezuges.

Die Persönlichkeitsrechtsdoktrin, die bei nicht wirksam konsentierten Heileingriffen *ausschließlich* das APR. als verletzt betrachtet, [und hierdurch den Aspekt der Körperlichkeit der Heilbehandlung im Rahmen des § 823 I BGB völlig ausblendet] bewegt sich nach der hier vertretenen Ansicht vielmehr eindeutig im Bereich des unzulässigen *contra-legem* -Judizierens aufgrund von bloßen rechtspolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen,³³⁶ bzw. ist motiviert durch eine bloße rechtspolitisch begründete Kritik.^{337 338}

In einem solchen Falle unterwirft sich der Richter nicht mehr dem Gesetz, sondern setzt sich "aktivistisch" darüber hinweg³³⁹.

Zutreffend vertritt daher Ehmann die Ansicht, daß die Qualifikation der nicht wirksam konsentierten Heilbehandlung lediglich als Verletzung des APR und nicht als

³³³ Die in diesem Zusammenhang maßgeblichen Kriterien und Argumente sind weithin dieselben wie bei der *Auslegung* des Gesetzes. (dazu Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 188); vgl. auch Stern, Staatsrecht, III/ 2 § 95 II,3 (S. 1669): Richterliche Rechtsfortbildung als „Fortsetzung der Auslegungsaufgabe“, die als „evolutive Auslegung“ gekennzeichnet werden könne.

³³⁴ Dazu Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 187 und S. 232 ff.

³³⁵ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 232: „Verfassungsprinzip“, ein über das Gesetz „hinausgreifender Rechtsgedanke“. Eine solche Rechtsfortbildung müsse „im Einklang mit den allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung und der verfassungsmäßigen „Wertordnung“ bleiben“, ja könne häufig „...erst durch diese Übereinstimmung gerechtfertigt werden ...“.

³³⁶ vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 187 ff., 245 ff.

³³⁷ Vgl. zur Unterscheidung zwischen „Gesetzeslücke“ einerseits und „rechtspolitischem Fehler“ bzw. unzulässigem „contra-legem-Judizieren“, Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 194 f; 245 ff.

³³⁸ wörtlich zu dem gesamten Problemkomplex richterlicher Rechtsfortbildung Larenz/Canaris, ML, S. 246: „Die Rechtsprechung darf demgemäß nicht einfach nur deshalb, weil der Gesetzgeber keine einschlägige Regelung getroffen hat, das Gesetz fortbilden, sondern muß das Vorliegen einer ergänzungsbedürftigen Unvollständigkeit positiv begründen, d.h. mit überzeugenden rechtlichen Argumenten dartun. Dieser Unterschied zwischen dem bloßen Fehlen einer gesetzlichen Regelung und einer echten Unvollständigkeit, deren Annahme einer besonderen Begründung aus der Gesamtrechtsordnung heraus bedarf, bringt die Kategorie der Lücke (i.w.S.) adäquat auf den Begriff“. Und ders. S. 247: Man „muß die Erforderlichkeit einer Rechtsfortbildung wenn schon nicht aus dem Plan des - lückenhaften - Gesetzes selbst, so doch wenigstens aus den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung mit spezifisch juristischen Argumenten - und nicht etwa lediglich mit rechtspolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen - herleiten. Gelingt ... das nicht, dann hat [man] die fragliche Rechtsfortbildung auf Grund eines „argumentum e silentio legis“ zu unterlassen“

³³⁹ Stern, Staatsrecht, Bd III/2, § 95 II 3, (S. 1672).

„Die vom Verfassungsrecht gezogene Grenze verläuft im allgemeinen dort, wo die Gerichte ohne das Vorhandensein einer sich aus Systematik und Sinn des Gesetzes ergebenden Lücke allein unter Berufung auf allgemeine Rechtsprinzipien, die konkrete rechtliche Ableitung nicht zulassen, oder aus rechtspolitischen Erwägungen neue Regeln oder Rechtsinstitute schaffen“. So BVerfG, NJW 1992, 1219 li. Sp.

Körperverletzung „... auch im Zivilrecht nur durch den Gesetzgeber geschaffen werden [kann] ...“^{340 341}.

(c.) rechtshistorisch-funktionaler Aspekt.

In diesem Zusammenhang mißfällt gegenüber der Persönlichkeitsrechtsdoktrin auch noch ganz allgemein folgender rechtshistorischer Aspekt:

Das zivilrechtliche APR. wurde ursprünglich entwickelt, um *Lücken* im überkommenen privatrechtlichen Schutzsystem – gemessen an dem in der Verfassung ausformulierten Wertsystem - zu schließen³⁴².

Die grundsätzliche Anerkennung und inhaltliche Ausdifferenzierung des zivilrechtlichen APR. diene somit ursprünglich der *Erweiterung*, bzw. gar erst der *Begründung* der Haftung zugunsten des Geschädigten in den Fällen, in denen das fragmentarische System des deliktischen Rechtsgüterschutzes des § 823 I BGB einen Schutz gerade nicht vorsah, gleichzeitig aber eine - im Hinblick auf das Verfassungsrecht - nicht (mehr) hinnehmbare Lücke im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz bestand.

Hier im Bereich der Arzthaftung wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung beim ärztlichen Heileingriff ist jedenfalls diejenige persönlichkeitsrechtsbezogene Ansicht, die *ausschließlich* das zivilrechtliche APR. als „sonstiges Recht“ nach § 823 I BGB [und nicht (wie die „Transparenztheorie“) *auch* das Rechtsgut Körper] in diesen Fällen als verletzt ansieht, indes gerade nicht durch „Lückenfüllung“ *zugunsten* des Geschädigten motiviert. Sie dient hier vielmehr – gerade umgekehrt - der Reduktion zivilrechtlicher Haftung *zu Lasten* des durch den nicht wirksam konsentierten Heileingriff Geschädigten durch ein stark ergebnisbezogenes „Schielen“ auf die Beweislastverteilung und die Haftungsausfüllung.

Das zivilrechtliche APR. als nach der Persönlichkeitsrechtsdoktrin ausschließlich verletztes „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB droht im Rahmen der Arzthaftung – geradezu in umgekehrter Stoßrichtung seiner ursprünglichen Intention – nicht zu einer Verbesserung, sondern zu einer gravierenden Verschlechterung³⁴³ der im Vergleich zur

³⁴⁰ Erman/ Ehmann, Anh. § 12, Rz 22.

³⁴¹ Angesichts dieser soeben skizzierten verfassungsrechtlichen Bindung des Richters und damit auch des Rechtsanwenders überhaupt [vgl. zum Zusammenhang zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft bei der Lückenausfüllung [Stern, Staatsrecht III/2, § 95 II 3 (S. 1669)]] an Recht und Gesetz erscheint es bedenklich, wenn Deutsch (NJW 1965, 1985, 1988 re. Sp.) im Zusammenhang mit der Auffindung der Haftungsnorm durch Einordnung in eine Rechtsgutsverletzung davon spricht, dieser Vorgang „...steht uns frei...“.

Diese Formulierung suggeriert eine ergebnisorientierte Beliebigkeit der Tatbestandsauswahl, die verfassungsrechtlich [gerade im Hinblick auf klar formulierte Haftungsnormen, wie sie die Einzeltatbestände des § 823 I BGB sind] sehr bedenklich ist.

Der Rechtsanwender unterliegt bei der Auffindung der Tatbestandsnorm sehr wohl einer (verfassungsrechtlichen) Bindung.

Wir sind bei diesem Vorgang keinesfalls „frei“, (wie Deutsch dies suggeriert), ebensowenig wie wir bei der Zurechnung der Schadensfolgen „Knechte“ sind (so aber Deutsch, aaO). [zum Problem der Zurechnung der Schadensfolgen noch eingehend unter Teil C. IV.)]

³⁴² Immer noch aktuell: Dürig, FS Nawiasky, S. 157, 179 ff.; Dürig in Maunz/Dürig, Rz 38 zu Art.1 I spricht davon, daß mittels des zivilrechtlichen APR. „letzte privatrechtliche Lücken beim Schutz der ureigensten Intimsphäre i.S. der Verfassung geschlossen werden können“; Baston-Vogt aaO, S. 97 ff.

³⁴³ Diese Einschätzung teilt auch Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 162, nach der der Tatbestandswechsel hin zur Persönlichkeitsrechtsverletzung „die Rechtsposition des Patienten erheblich verschlechterte und zu einer schwerlich zu akzeptierenden Haftungslücke führte“.

Anwendung der sogenannten Körperverletzungsdoktrin in diesem Falle normalerweise gegebenen relativ günstigen Haftungssituation des geschädigten Patienten zu führen. Noch prägnanter könnte man formulieren, daß die ausschließliche Anwendung des APR. als verletztes „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB in diesen Fällen nicht der „Lückenfüllung“, sondern vielmehr umgekehrt der bewußten *Schaffung von Lücken* zu Lasten des Geschädigten dient.

Angesichts dieses im Grundsatz eindeutigen Befundes ist es dann nur ein „schwacher Trost“, wenn einige Vertreter der Persönlichkeitsrechtsdoktrin doktrinwidersprüchlich bei der Beweislastverteilung [mit beträchtlichem Begründungsaufwand] dennoch dem Arzt den Nachweis ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten auferlegen wollen³⁴⁴ und im Hinblick auf den Umfang der zu ersetzenden Schadensfolgen auch die materiellen Schadensfolgen des nicht wirksam konsentierten Eingriffes als ersatzfähig betrachten³⁴⁵ [zu den Konsequenzen der Persönlichkeitsrechtsdoktrin noch eingehend unter 2.) a.) cc.)].

Eine völlig andere und im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter zu behandelnde Frage ist hingegen, ob Verfassungsrecht auch den *Gesetzgeber* verpflichtet, den nicht wirksam konsentierten Heileingriff nach Maßgabe der Körperverletzungsdoktrin auszugestalten.

Dies ist indes zu verneinen. Der Gesetzgeber ist bei der Konzeption und Ausgestaltung des von der Verfassung vorgegebenen Schutzes der Selbstbestimmung des Patienten weitgehend frei. Nicht zur Konzeption der Arzthaftung nach der Körperverletzungsdoktrin, sondern lediglich zu angemessener Bearbeitung der Schutzpflicht ist der Gesetzgeber gehalten.³⁴⁶ Der Gesetzgeber könnte selbstverständlich (abweichend vom Verfassungsrecht) die Problematik der nicht wirksam konsentierten Heilbehandlung von dem Substanzrechtsgut Körper ablösen und in einem gesonderten Haftungstatbestand regeln.³⁴⁷ Ob in diesem Rahmen sämtliche Konsequenzen eines (ausschließlich) persönlichkeitsrechtlichen Ansatzes [vor allem im Hinblick auf die *Beweisbelastung* des Patienten für den Aufklärungsfehler und *Ersatz lediglich des immateriellen Schadens*] einen noch angemessenen Standard der Schutzgewährung darstellen würden, dürfte allerdings zweifelhaft sein.

³⁴⁴ So z.B. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 76 II 1 g.), (S. 384); so auch Soergel/Zeuner, § 823 Rz 18 (allerdings als Anhänger der Körperverletzungsdoktrin); Hart, FS Heinrichs, S. 291, 317. Nach seiner Ansicht würden gegen die Beweisbelastung des Patienten „Gerechtigkeitsargumente“ sprechen. Die Zuweisung der Nachweisverantwortlichkeit bzgl. ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung an den Arzt sei „sachlich, nicht doktrinbedingt“;

Katzenmeier, Arzthaftung, §2 III 1 d.) (S. 125/ 126), als Anhänger der Persönlichkeitsrechtsdoktrin möchte dem nach dieser Doktrin grundsätzlich beweisbelasteten Patienten „durch einen flexiblen Einsatz des vorhandenen beweisrechtlichen Instrumentariums“ helfen, „insbesondere durch die Gewährung von Beweiserleichterungen - ggf. eine Umkehr der Beweislast - bei der Verletzung von Dokumentationspflichten des Arztes ...“; ders. auch S. 502.

³⁴⁵ so z.B. Soergel/Zeuner, § 823 Rz 18 zur Persönlichkeitsrechtsdoktrin (allerdings als Anhänger der sog. Körperverletzungsdoktrin); Hart, FS Heinrichs, S. 291, 316; Larenz/ Canaris SchuldR II/2 § 76 II 1 g. (S. 384)

³⁴⁶ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 101

³⁴⁷ Hierzu Francke aaO, S. 101 und S. 105; vgl. auch Erman/ Ehmman Anh. § 12 Rz 22: Eine von der Körperverletzungsdoktrin abweichende Konstruktion der nicht wirksam konsentierten Heilbehandlung könne (auch) im Zivilrecht „nur durch den Gesetzgeber“ geschaffen werden.

(d.) Zusammenfassung zu ccc.)

Die Qualifizierung des nicht ordnungsgemäß konsentierten, im übrigen aber medizinisch indizierten und korrekt durchgeführten Heileingriffes gemäß der sogenannten Persönlichkeitsrechtsdoktrin ausschließlich als eine Verletzung des zivilrechtlichen APR. des Patienten unter völliger Ausblendung des Körperbezuges des Heileingriffes begegnet im verfassungsrechtlichen Kontext des Zivilrechtes im wesentlichen zweierlei Einwänden:

Erstens *gebietet* die Verfassung die Qualifizierung eines solchen Heileingriffes als Verletzung des zivilrechtlichen APR. nicht, weil schon im Verfassungsrecht selbst [wie soeben unter I.) 2.)a.) bb.) bbb.) gesehen] nach ganz herrschender Meinung die Selbstbestimmung des Patienten nicht dem APR., sondern dem Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit i.S.d. Art. 2 II, 1 GG zugeordnet wird. Die Anwendung des zivilrechtlichen APR. als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB auf einen Sachverhalt muß aber stets *verfassungsrechtlich induziert* sein, wenn man die hierdurch bedingte Sprengung der engen Tatbestandsstruktur des § 823 I BGB in seiner heute geltenden Form rechtfertigen will. Das ist in Bezug auf die Selbstbestimmung des Patienten bei ärztlichen Heileingriffen in den Körper nicht der Fall.

Zweitens ist das völlige Ausblenden der Körperbezogenheit des medizinisch indizierten und lege artis durchgeführten, im übrigen aber (lediglich) nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriffes bei der Anwendung des Tatbestandes des § 823 I BGB nach der hier vertretenen Ansicht zusätzlich im Hinblick auf Art. 20 III GG verfassungswidrig und deshalb unzulässig.

ddd.) Die dogmatische Konzeption des deliktsrechtlichen Rechtsgüterschutzes des § 823 I BGB aus der Perspektive der Körperverletzungsdoktrin.

Nachdem soeben speziell unter verfassungsrechtlichen Aspekten festgestellt wurde, daß im Rahmen des aktuell geltenden Deliktsrechtes die sogenannte Körperverletzungsdoktrin die einzig richtige Art der Einordnung des nicht ordnungsgemäß konsentierten, im übrigen aber indizierten und lege artis durchgeführten Heileingriffes ist, soll im Folgenden die dogmatische Konzeption der zivilrechtlichen Körperverletzungsdoktrin noch etwas genauer untersucht werden.

(a.) Die Konzeption der Rechtsprechung.

Der BGH gibt in einer jüngeren Entscheidung eine kurze und präzise Zusammenfassung der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu den dogmatischen Grundlagen der

Selbstbestimmungsaufklärung und damit eine Rechtfertigung seiner sog. „Körperverletzungsdoktrin“³⁴⁸. [Unterstreichen durch den Verfasser]: „Von jeher leitet die Rechtsprechung das Erfordernis einer Einwilligung des Patienten in die Heilbehandlung zur Rechtfertigung des Eingriffs in die körperliche Integrität aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG) und seinem Selbstbestimmungsrecht als Ausfluß des Rechts auf Menschenwürde (Art 1 GG) her [...]. Geschützt wird damit die Entscheidungsfreiheit des Patienten über seine körperliche Integrität, über die sich der Arzt nicht selbstherrlich hinwegsetzen darf. Die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff bedeutet nämlich in dem durch sie gezogenen Rahmen einen Verzicht auf den absoluten Schutz des Körpers vor Verletzungen, die mit dem Eingriff verbunden sind, darüber hinaus das Aufsichnehmen von Gefahren, die sich aus Nebenwirkungen der Behandlung und möglichen Komplikationen ergeben. In diesem Sinn muß die Frage einer Beeinträchtigung von Körper und Gesundheit durch den Arzt weitgehend aus der Sicht des Patienten abgegrenzt werden, weil es um seine Selbstbestimmung geht, wenn er diese seine Rechtsgüter im Verlaufe einer ärztlichen Behandlung und in deren Rahmen zur Disposition stellt. [...]

Daraus leiten sich Verhaltenspflichten des Arztes ab, die ihn nicht nur zur Sorgfalt bei der Behandlung des Patienten verpflichten, sondern auch dazu, sich dessen Einwilligung in diese Maßnahmen zu versichern, die er, will er das Selbstbestimmungsrecht des Patienten wahren, wirksam nur erhalten kann, wenn er ihm dabei die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen vermittelt. Fehlt die wirksame Einwilligung, ist der in der ärztlichen Heilbehandlung liegende Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten rechtswidrig“..

(b.) Die Konzeption des Rechtsgüterschutzes des § 823 I BGB nach der überwiegenden Literatur.

Wie oben unter Teil C.) I.) 1.) a.) schon einleitend dargestellt wurde, bekennen sich in mehr oder weniger starker Eindeutigkeit auch zahlreiche Stimmen der zivilrechtlichen Literatur zu einer zumindest vorrangigen tatbestandlichen Einschlägigkeit der Rechtsgüter Körper/ Gesundheit im Rahmen des § 823 I BGB beim nicht wirksam konsentierten Heileingriff.

In diesem Zusammenhang wird – genauso wie im Bereich des Verfassungsrechtes³⁴⁹ – von den meisten Vertretern der Körperverletzungsdoktrin betont, daß mit dem Schutz von Rechten und Rechtsgütern durch § 823 I BGB stets auch ein umfassender *Entscheidungsraum* über diese Güter mitgeschützt ist, die Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB also auch die Dispositionsfreiheit über sie selbst und damit auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten mitschützen³⁵⁰. Da diese Dispositionsfreiheit über

³⁴⁸ BGHZ 106, 391 (397 f.)

³⁴⁹ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 102 konstatiert zutreffend die sachliche Übereinstimmung zwischen der sogenannten Körperverletzungsdoktrin der zivilrechtlichen Literatur und der herrschenden verfassungsrechtlichen Dogmatik, die beide die Zuordnung der Selbstbestimmung des Patienten zum Substanzgut vornehmen.

³⁵⁰ Schnorbus, JuS 1994, 830, 834: „Wie aber aus der Gesamtschau der in § 823 I normierten Güter hervorgeht, stehen diese zum anderen auch im engen Bezug zur Wahrung der persönlichen Integrität und zur Sicherung des essentiellen Entfaltungsspielraums. Zugleich geschützt wird mit den Rechtsgütern die Freiheit des Trägers über sie (weitgehend) zu disponieren. Eingriffe sind dann nicht rechtswidrig, wenn der Betroffene in sie einwilligt. Diese Einwilligung ist aber nichts anderes als Ausübung des Rechts auf Selbstbestimmung, will heißen: Ausübung des Persönlichkeitsrechts“.

die Güter des § 823 I BGB auch ein „Teil des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes“³⁵¹ ist, wird teilweise gar davon gesprochen, die Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB seien „besondere Persönlichkeitsrechte“³⁵³ und daraus der Schluß gezogen, daß jede Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit auch eine Verletzung der allgemeinen Norm des APR. sei³⁵⁴.

Allerdings ist davon auszugehen, daß in diesen Fällen die Verletzung des APR. auf Tatbestandsebene dann durch das jeweils betroffene spezielle Recht/Rechtsgut nach § 823 I BGB als „besonderes Persönlichkeitsrecht“ und damit gleichsam „lex specialis“ mit erfaßt ist³⁵⁵, das APR. in diesen Fällen somit keine selbständige tatbestandliche Relevanz besitzt.

³⁵¹ Hierzu eingehend MüKo/ Mertens: § 823 Rz 71 [Unterstreichungen durch mich] : „Wenn § 823 den Schutz bestimmter Güter normiert, so darf darüber aber nicht vergessen werden, daß diese Güter in engem Bezug zur Bewahrung der sozialen Integrität und zur Sicherung eines freien Entfaltungsspielraums des Menschen stehen. Gegenstand des Rechtsgüterschutzes ist letztlich die Persönlichkeit. Aus dieser grundlegenden Einsicht folgt eine Konsequenz, die namentlich für den Schutz der körperlichen Integrität und des Eigentums von wesentlicher Bedeutung ist: Geschützt wird hier mit dem Rechtsgut zugleich die Freiheit seines Trägers darüber zu disponieren. Diese Dispositionsfreiheit ist nach der Konzeption des BGB, das zunächst ein allgemeines Persönlichkeitsrecht nicht kannte, nicht nur Teil des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes, sondern Teil des spezifischen Rechtsgutsschutzes, den § 823 Abs. 1 BGB bewirkt. Daher ist der eigenmächtige ärztliche Heileingriff von der Rechtsprechung und der h.M. seit jeher mit Recht als Körperverletzung angesehen worden [...] und deshalb stellt die Dispositionsbeeinträchtigung im Hinblick auf eine Sache eine Eigentumsverletzung dar, auch wenn die Sachsubstanz unangetastet bleibt...“.

(Ebenso an anderer Stelle MüKo/ Mertens, § 823 Rz 361: „... denn mit der körperlichen Integrität schützt § 823 auch die Selbstbestimmung des Patienten“.

Ähnlich, (wenn auch im Detail anders) Bodenbug, Der ärztliche Kunstfehler als Funktionsbegriff zivilrechtlicher Dogmatik, S. 189: Nach seiner Ansicht ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, den Rechtsgütern Körper und Gesundheit vorgelagert. „Dabei wird man diesem „Vorgelagertsein“ des Selbstbestimmungsrechts eine derartig feste Verbindung zum jeweiligen Rechtsgut zuerkennen müssen, daß sich praktisch die Grenzen des Rechtsguts um dieses Selbstbestimmungsrecht erweitern ließen, so daß ein „Begriffskern“ der Substanzverletzung und ein „Begriffshof“ der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts entsteht, in dem die Interessen des Patienten, d.h.u.a. auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten anzusiedeln sind.“

Vgl. auch RGRK-Nüßgens § 823 Anh II, Rz 65: „Auch die Verletzung des Eigentums ohne erforderliche Einwilligung beeinträchtigt nicht nur das Eigentum, sondern auch die Dispositionsfreiheit des Eigentümers“.

³⁵² Weber-Steinhaus, aaO, S. 55 [Unterstreichungen durch den Verfasser] : „Schutz der autonomen Disposition über die körperliche Befindlichkeit und ungeschmälerter physische Existenz als notwendige Grundlage möglicher Selbstentfaltung [lassen sich] kaum trennen... und [haben] in dieser Verflochtenheit bereits im von § 823 I BGB genannten Recht am eigenen Körper ihre gesetzliche Ausformung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes gefunden...“.

³⁵³ so ausdrücklich Erman/ Ehmann, Anh. § 12 Rz 21. bzgl. Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit. Weitergehend ders. in Rz 5, wo er nicht nur Leben, Körper und Gesundheit, sondern u.a. auch das Eigentum und den Besitz als die das APR. „konkretisierenden Gestaltungen“ qualifiziert. Ehmann benutzt in dieser Randziffer bezüglich all dieser Rechte und Rechtsgüter auch den Begriff der „konkreten Persönlichkeitsgüter“; ebenso Schnorbus, JuS 1994, 830, 834: „Besonderes Persönlichkeitsrecht am eigenen Körper“.

Umgekehrt wird auch teilweise davon gesprochen, daß das APR. als Urbild eines subjektiven Rechts verstanden werden könne, wenn man das Moment des Güterschutzes und des rechtsethischen Gehaltes, einen Freiraum zu gewährleisten, betont. (Schlechtriem DRiZ 1975, 65 (68))

³⁵⁴ Erman/ Ehmann, Anh. § 12 Rz 21.

³⁵⁵ Vgl. dazu die Ausführungen in Erman/ Ehmann, Anh. § 12 Rz 22, speziell gegen die Qualifizierung des nicht ordnungsgemäß konsentierten, i.ü. aber indizierten und lege artis durchgeführten Heileingriffes als Verletzung des APR. Eine solche Lösung der Problematik könne nach Ehmann nur durch den Gesetzgeber geschaffen werden, „... weil die allgemeine Ableitung [Anm.: aus dem APR.] auch die begriffliche Bestimmung der anderen und sonstigen Rechtsgüter des § 823 I BGB auflösen würde... die Einschränkung der Bewegungsfreiheit eines Schiffes ... dürfte dann auch allenfalls noch als Verletzung des APR., nicht aber des Eigentums begriffen werden“.

Aus diesen Ausführungen der Literatur läßt sich mit der hier vertretenen Meinung folgender Schluß ziehen:

Die Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB stehen in ganz engem Zusammenhang zur Persönlichkeit des Rechtsgutsträgers und haben von daher nach der hier vertretenen Ansicht einen doppelten Aspekt:

Zum einen besitzen sie als „besondere Persönlichkeitsrechte“³⁵⁶ ein *materielles Element*, soweit auf die „gegenständliche Verkörperung“³⁵⁷ dieses Persönlichkeitsrechtes in seiner jeweiligen Gestalt als ein Recht/Rechtsgut i.S.d. § 823 I BGB abgestellt wird.

Zum anderen besitzen sie aber auch ein *persönlichkeitsbezogenes Element*, soweit die gleichzeitig durch diese Güter vermittelte Dispositionsfreiheit über sie als weitere zentrale Ausprägung des Persönlichkeitsschutzes betroffen ist.

Das wechselseitige Zusammenspiel dieser beiden Elemente der durch § 823 I BGB geschützten Rechte-/ Rechtsgüter wird - fallgruppenspezifisch differenziert - sogleich unter eee.) als Zwischenergebnis dargestellt.

eee.) Zwischenergebnis/ eigener Ansatz:

Es hat sich gezeigt, daß jede Verletzung eines Rechtes / Rechtsgutes i.S.d. § 823 I BGB stets auch die Dispositionsfreiheit des Rechts(guts)inhabers über diese Güter und damit stets auch dessen Persönlichkeit berührt.

Wegen dieser stetigen Relevanz der Persönlichkeit in allen Fällen der rechtswidrigen Rechts(guts)verletzung i.S.d. § 823 I BGB kommt im Ausgangspunkt in diesen Fällen immer auch das APR. als tatbestandlich verletztes „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB für eine Haftung des Schädigers in Betracht.

In allen diesen Fällen besteht somit ein Abgrenzungsproblem zwischen den durch § 823 I BGB geschützten Substanzrechten/ -rechtsgütern einerseits und dem APR. des Geschädigten andererseits und dies sowohl im Allgemeinen als auch im Rahmen der den Gegenstand dieser Arbeit bildenden Arzthaftung wegen Selbstbestimmungsaufklärungsfehlern im Besonderen.

Die im Rahmen der Arzthaftung entwickelte Lösung dieses Abgrenzungs-Problems in Form der „Körperverletzungsdoktrin“ wird verständlicher, wenn man das sich in diesem Zusammenhang zeigende Verhältnis zwischen dem Rechtsgut Körper einerseits und dem

Konsequenterweise ist Erman/ Schiemann in seiner Kommentierung zu § 823 Rz 137 im Kontext der Arzthaftung ein klarer Gegner der sog. Persönlichkeitsrechtsdoktrin. „Diese Abstrahierung des Selbstbestimmungsrechtes von seinem Objekt, der körperlichen Unversehrtheit vermag nicht zu überzeugen“.

³⁵⁶ Erman/ Ehmann, Anh § 12 Rz 21 i.V.m. Rz 5.

³⁵⁷ Erman/ Ehmann Anh § 12 Rz 21 i.V.m. Rz 14 (bei letzter Randziffer ist ebenfalls explizit das Eigentum mit aufgeführt).

APR. des Rechtsgutsträgers andererseits auf allgemeinerer Ebene folgendermaßen darstellt:

Wie gerade unter ddd.) (b.) schon kurz festgestellt wurde, besitzen sämtliche Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB als gleichsam „besondere Persönlichkeitsrechte“ einen doppelten Aspekt:

Sie besitzen sowohl ein *materielles* als auch ein *persönlichkeitsbezogenes Element*.

Das *materielle Element* des jeweils betroffenen Rechts(gutes) des § 823 I BGB gibt bei Eingriffen in das Rechtsgut als der „sichtbare“, „gegenständlich verkörperte“ Teil des Rechtsgutes stets den *tatbestandlichen Anknüpfungspunkt* für eine Haftung des Schädigers ab. Das materielle Element hat insoweit eine Ordnungsfunktion innerhalb des § 823 I BGB, als es das jeweilige Rechtsgut, welches - wie oben unter ddd.) (b.) dargestellt – als ein „besonderes Persönlichkeitsrecht“ angesehen werden kann, gegenständlich verkörpert und auf diese Weise sichtbar macht.

Die Verletzung des materiellen Elementes des Rechtsgutes indiziert gleichzeitig auch die Rechtswidrigkeit der Verletzung des Rechtsgutes selbst, wobei die Verletzung des Rechtsgutes entweder rechtmäßig oder rechtswidrig ist.

Das *persönlichkeitsbezogene Element* des jeweils betroffenen Rechts(gutes) ist zwar ebenfalls bei der rechtswidrigen Verletzung des Gutes stets verletzt.

Das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes ist indessen flexibler dergestalt, daß es nicht in allen denkbaren Fallgruppen einer rechtswidrigen Verletzung des Rechtsgutes des § 823 I BGB in gleicher Art und Intensität verletzt ist.

Während die Verletzung des materiellen Elementes des Rechtsgutes im Sinne eines strikten „entweder/oder“ stets eindeutig im Ganzen bejaht oder verneint werden kann, kommt es bei der Verletzung des persönlichkeitsbezogenen Elementes des Rechtsgutes vor allem auf die *jeweilige Situation* an, in der das Rechtsgut jeweils verletzt wird. Diese Erkenntnis ist von tragender Bedeutung für die Behandlung derjenigen Fälle, in denen die Rechtswidrigkeit der Rechts(guts)verletzung auf einem Fehler der Einwilligung des Rechtsgutsträgers in die Rechtsgutsverletzung beruht, so wie dies speziell im Arzthaftungsrecht bei nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen der Fall ist.

Es lassen sich nach der im Rahmen dieser Arbeit zu entwickelnden Ansicht ganz allgemein *drei unterschiedliche Fallgruppen* unterscheiden, in denen das *persönlichkeitsbezogene Element* der Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB bei deren rechtswidriger Verletzung verschiedenartig betroffen ist.

(a.) erste Fallgruppe: Rechtswidrige Rechts(guts)verletzung ohne vorherige Dispositionsentscheidung des Rechtsgutsträgers. [hier auch als die „Eingriffsfälle“ bezeichnet].

Diese erste Fallgruppe ist die mit Abstand häufigste. In diesem Falle werden die Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB vorsätzlich oder fahrlässig geschädigt, ohne daß der Rechtsgutsträger in Bezug auf diese Schädigung eine Disposition über seine Güter getroffen hat oder eine solche treffen wollte. In diesen Fällen wird der Rechtsgutsträger

von der (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Schädigung seines Gutes, also dem Eingriff in das Gut gleichsam „überrascht“.

Betrachtet man – wie soeben unter ddd.) (b.) dargestellt – die Güter des § 823 I BGB als besondere Persönlichkeitsrechte dergestalt, daß sie sowohl ein materielles als auch ein persönlichkeitsbezogenes Element besitzen, so gibt das *materielle Element* des Rechtsgutes hier - wie ohnehin stets - den *tatbestandlichen Anknüpfungspunkt* für die Haftung des Schädigers ab. Verkürzt gesprochen kann man sagen, daß das betroffene Rechtsgut rechtswidrig verletzt ist, weil dessen materielles Element ohne besondere Rechtfertigung verletzt wurde.

Das *persönlichkeitsbezogene Element* des betroffenen Rechtsgutes ist in diesen „Eingriffsfällen“ ebenfalls stets in vollem Umfange verletzt, denn der Rechtsgutsträger hatte bezüglich dieser Verletzung keinerlei vorherige Disposition getroffen.

Die Verletzung des persönlichkeitsbezogenen Elementes des Rechtsgutes besitzt indes nach der hier vertretenen Auffassung in diesen Fällen keinerlei Relevanz auf der Ebene des Haftungstatbestandes. Haftungstatbestand ist und bleibt in diesen Fällen ausschließlich die rechtswidrige Verletzung des durch § 823 I BGB ausdrücklich benannten Substanzrechtsgutes selbst. Die hierbei gleichfalls verletzte Persönlichkeit des Rechtsgutsträgers entfaltet in diesem Falle keinerlei selbständige tatbestandliche Relevanz als ggf. selbständig verletztes „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB.

Wer z.B. einem Autofahrer anläßlich eines Unfalles fahrlässig dessen PKW beschädigt, so daß jener ihn nicht mehr benutzen kann, begeht unproblematisch eine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 I BGB.

Mit dieser Eigentumsverletzung ist zwangsläufig auch die Dispositionsfreiheit des PKW-Eigentümers über seinen Wagen verletzt. Da die Dispositionsfreiheit des Rechtsgutsträgers über seine Gegenstände auch eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes ist³⁵⁸, käme somit in solchen Fällen neben dem verletzten Substanzrechtsgut des § 823 I BGB im theoretischen Ausgangspunkt zusätzlich auch das APR als verletztes „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB als tatbestandlicher Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Schädigers in Betracht³⁵⁹.

Eine solche (zusätzliche) tatbestandliche Relevanz des APR als verletztes sonstiges Recht nach § 823 I BGB in solchen Fällen würde indes - wie schon gezeigt - die rechtsgutzentrierte und zugleich selektive Tatbestandsstruktur des § 823 I BGB unterlaufen und ist daher jedenfalls in dieser Allgemeinheit abzulehnen. Die Persönlichkeit des Rechtsgutsträgers ist in all diesen hier so bezeichneten „Eingriffsfällen“ zwar ebenfalls immer mit verletzt. Allerdings besitzt diese gleichzeitige Persönlichkeitsverletzung keinerlei *selbständige tatbestandliche Relevanz* in der Form des ggf. zusätzlich zum betroffenen Substanzrechtsgut verletzten APR. als „sonstiges Recht“ nach § 823 I BGB³⁶⁰. Die Verletzung der Persönlichkeit des Rechtsgutsträgers wird in diesen Fällen durch die rechtswidrige Verletzung des betroffenen Substanzrechtsgutes und des in diesem mit enthaltenen *persönlichkeitsbezogenen Elementes* mit erfaßt, ohne daß diese Persönlichkeitsverletzung irgendwie Relevanz auf der Tatbestandsebene entfalten oder den Umfang des zu ersetzenden Schadens beeinflussen würde.

³⁵⁸ Müko/Mertens, § 823 Rz 71.

³⁵⁹ Vgl. Erman/ Ehmman, Anh. § 12 Rz 21: „Jede Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit ist daher notwendigerweise auch eine Verletzung der allgemeinen Norm des APR. , das in diesen speziellen Rechtsgütern eine „gegenständliche Verkörperung“ gefunden hat“ und ders. in Rz. 5, wo auch das Eigentum und der Besitz als das APR. „konkretisierende Gestaltungen“ bezeichnet werden.

³⁶⁰ Vgl. Erman/ Ehmman, Anh. § 12, Rz. 21 und 22.

Übertragen auf den Bereich der Arzthaftung wird man dieser ersten Fallgruppe, (den hier so bezeichneten „**Eingriffsfällen**“) vor allem die Fälle des *Behandlungsfehlers* zuordnen können.

Bezüglich eines behandlungsfehlerhaften Heileingriffes hat der Patient vor dem Eingriff keine Rechtsgutsdisposition getroffen, denn in Behandlungsfehler willigt der Patient grundsätzlich nicht ein. In diesem Falle ist sowohl das materielle als auch das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes Körper bezüglich des Eingriffes im ganzen verletzt.

Der Arzt hat nach der hier vertretenen Ansicht in diesen Fällen grundsätzlich sämtliche aus der fehlerhaften Behandlung resultierende Schadensfolgen zu ersetzen.

(b.) zweite Fallgruppe: Rechtswidrige Rechts(guts)verletzung infolge einer unwirksamen Dispositionsentscheidung des Rechts(guts)trägers. [hier als „Dispositionsfälle“ bezeichnet]

In der zweiten Fallgruppe trifft der Rechts(guts)träger vor der Rechts(guts)verletzung eine Entscheidung darüber, ob ein Eingriff in sein Gut stattfinden soll oder nicht. Er trifft also im Zusammenhang mit dem Eingriff eine bewußte Disposition über sein Recht(sgut). Das ist der wesentliche Unterschied zur ersten Fallgruppe, in der der Eingriff des Schädigers in das Rechtsgut ohne vorherige Disposition des Rechtsgutsträgers geschieht. Rechtsgutsverletzungen nach vorheriger Disposition des Rechtsgutsträgers kommen vor allem im Bereich ärztlicher Heileingriffe vor [wenngleich sie natürlich nicht auf den Bereich des Arztrechtes beschränkt sind <dazu schon oben 2.) a.) aa.) bbb.)>]. Schadensersatzansprüche wegen rechtswidriger Verletzung der von einem prinzipiell gewollten Eingriff betroffenen Rechte/Rechtsgüter kommen vor allem dann in Betracht, wenn und soweit die Einwilligung des Rechtsgutsträgers in die Rechtsgutsverletzung unwirksam ist. Das ist im Arztrecht insbesondere dann der Fall, wenn die Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten lückenhaft oder fehlerhaft ist oder gar keine Aufklärung bezüglich der Risiken des Eingriffes erfolgt war und infolgedessen die Einwilligung des Patienten in den Heileingriff unwirksam ist.

Auch in dieser zweiten Fallgruppe ist tatbestandlicher Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Schädigers grundsätzlich ausschließlich das rechtswidrig verletzte Substanzrecht(sgut) des § 823 I BGB. Diese tatbestandliche Vorrangigkeit der Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB auch in dieser zweiten Fallgruppe zeigt sich besonders deutlich im Bereich der hier interessierenden Arzthaftung wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung.

Wie vorhin eingehend dargestellt wurde, wird nach der sog. Körperverletzungsdoktrin im Rahmen der Arzthaftung bei einem nicht wirksam konsentierten Heileingriff auf Tatbestandsebene grundsätzlich ausschließlich das Rechtsgut Körper/Gesundheit i.S.d. § 823 I BGB als verletzt angesehen.

Das *materielle Element* des „besonderen Persönlichkeitsrechtes“ Körper gibt auch in dieser Fallgruppe – genauso wie in der ersten Fallgruppe – den ausschließlichen tatbestandlichen Anknüpfungspunkt im Rahmen des § 823 I BGB für die Haftung des Arztes ab. Auch in dieser Fallgruppe ist die mit dem Rechtsgut stets mitgeschützte

Dispositionsfreiheit des Rechtsgutsträgers und damit dessen Persönlichkeit in dem *persönlichkeitsbezogenen Element* des Rechtsgutes mit erfaßt. Die verletzte Persönlichkeit des Rechtsgutsträgers entwickelt nach der hier vertretenen Ansicht auch in dieser Fallgruppe keine eigenständige tatbestandliche Relevanz, als (ggf. zusätzlich neben dem Rechtsgut Körper/ Gesundheit) verletztes „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB. Die in dem persönlichkeitsbezogenen Element des Rechtsgutes verankerte Persönlichkeit des Rechtsgutsträgers ist vielmehr so eng mit dem materiellen Element dieser Rechtsgüter verwoben, daß sie tatbestandlich nicht von diesen Rechtsgütern „abstrahiert“ werden kann³⁶¹.

Tatbestandlicher Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Arztes bleibt auch in dieser Fallgruppe ausschließlich das Substanzrechtsgut Körper als „besonderes Persönlichkeitsrecht“.

Die soeben beschriebene Irrelevanz der Persönlichkeit des Rechtsgutsträgers auf der Ebene des Haftungsgrundes als ggf. selbständig verletztes „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB in der Form des APR., hat indes keinesfalls zur Folge, daß das persönlichkeitsbezogene Element des verletzten Substanzrechtsgutes in diesen „**Dispositionsfällen**“ im Ergebnis ohne jede Relevanz bliebe.

Das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes entwickelt in diesen hier so bezeichneten „Dispositionsfällen“ der zweiten Fallgruppe vielmehr an anderen Stellen des Gesamt(haftungs)tatbestandes³⁶² Bedeutung:

Zum einen hat das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes auf der Ebene der *Rechtswidrigkeit* Bedeutung für die Anforderungen an die Art und Weise der Risikoaufklärung des Rechtsgutsträgers, im Arztrecht also des Patienten. Damit die Dispositionsentscheidung des Patienten über seinen Körper in Form der rechtfertigenden Einwilligung als wesentlicher Ausfluß aus dessen Persönlichkeit wirksam ist, müssen strenge Anforderungen an die Art und Weise der Risikoaufklärung insbesondere im Bereich der humanmedizinischen Arzthaftung gelten.

Zum anderen kann das gleichfalls verletzte persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes - wie oben schon angedeutet wurde- im Rahmen des Gesamt-Haftungstatbestandes auch auf der Ebene der *Haftungsausfüllung* Auswirkungen auf den Umfang des vom Arzt zu leistenden Schadensersatz wegen rechtswidriger Verletzung des Rechtsgutes Körper/Gesundheit in diesem Falle haben.

Um es hier schon anzudeuten: Es kommt im Rahmen dieser zweiten Fallgruppe, den hier so bezeichneten „**Dispositionsfällen**“ in Betracht, den Umfang der *ausschließlich wegen einer defektbehafteten Dispositionsentscheidung* rechtswidrigen Rechts(guts)verletzung zu leistenden Schadensfolgen thematisch am Umfang der Verletzung des *persönlichkeitsbezogenen Elementes* des betroffenen Substanzrechtsgutes zu orientieren.

³⁶¹ Vgl. dazu Erman/ Schiemann, § 823 Rz 137: Eine „Abstrahierung des Selbstbestimmungsrechts von seinem Objekt der körperlichen Unversehrtheit, vermag nicht zu überzeugen“.

³⁶² Zu den verschiedenen Tatbestandsbegriffen, vgl. Deutsch, NJW 1965, 1985, 1986 f.

Als „Gesamthaftungstatbestand“ ist hier gemeint die Summe aller Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch.

In diesen „Dispositionsfällen“ der zweiten Fallgruppe ist nämlich [anders als in den „Eingriffsfällen“ der zuvor dargestellten Fallgruppe eins] das persönlichkeitsbezogene Element des betroffenen Rechtsgutes nicht unbedingt stets als bezüglich der Rechtsgutsverletzung im ganzen, sondern lediglich als bezüglich derjenigen Risikopunkte des Eingriffes verletzt anzusehen, bezüglich derer die Dispositionsentscheidung des Rechtsinhabers unwirksam ist.

Das wäre im Bereich der Arzthaftung im Grundsatz nur bezüglich derjenigen Risikopunkte der Behandlung der Fall, bezüglich derer der Arzt den Patienten pflichtwidrig nicht aufgeklärt hat.³⁶³

[Auf diese sehr wichtige Relevanz des Umfanges der Verletzung des persönlichkeitsbezogenen Elementes des Rechtsgutes Körper für die Zurechnung der Schadensfolgen eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes wird im Rahmen einer topisch orientierten Methodik der Schadensfolgenzurechnung noch eingehend unten in Teil C.), IV.) dieser Arbeit zurückzukommen sein. An dieser Stelle soll es bei dieser Andeutung bleiben.]

(c.) dritte Fallgruppe: Rechtswidrige Rechts(guts)verletzung vor allem bei vorsätzlicher Mißachtung des entgegenstehenden Willens des Rechts(guts)trägers und/oder dessen völliger Nichtaufklärung [nach der hier vertretenen Ansicht die eigentliche Fallgruppe der „ärztlichen Eigenmacht“].³⁶⁴

Die dritte (recht seltene) Fallgruppe³⁶⁵ zeichnet sich nach der hier vertretenen Ansicht dadurch aus, daß derjenige, der Rechte bzw. Rechtsgüter i.S.d. § 823 I BGB rechtswidrig schädigt, anlässlich dieser Schädigung gleichzeitig eine vom Rechtsgutsträger vor der Schädigung getroffene *Dispositionentscheidung* bzgl. dieser Rechtsgüter (*vorsätzlich*) *mißachtet* oder [vor allem speziell im Bereich des Arztrechtes] eine wirksame Dispositionsentscheidung des Patienten durch eine *völlige Nichtaufklärung* (*vorsätzlich*) verhindert, obwohl der Patient eine solche Aufklärung verlangt oder zumindest als selbstverständlich erwartet.

Der konkrete arzthaftungsrechtliche Fall würde sich dergestalt darstellen, daß der Arzt den Patienten (*vorsätzlich*) gegen dessen klar erklärten Willen behandelt³⁶⁶ oder vom Patienten klar erklärte Einwilligungsgrenzen überschreitet³⁶⁷ oder daß der Arzt dem

³⁶³ Vgl. dazu Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht § 9 VI, (S. 239) (als Anhänger der von Deutsch begründeten sog. „Transparenztheorie“) zum Vergleich des Schutzbereiches des Rechtsgutes Körper einerseits mit dem Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts andererseits.

³⁶⁴ Nach teilweiser Ansicht in der Literatur wird der Begriff der ärztlichen Eigenmacht in weitem Sinne gebraucht. Hiernach liegt eine ärztliche Eigenmacht vor, wenn eine Einwilligung in die ärztliche Maßnahme (Behandlung) überhaupt fehlt oder wenn die erteilte Einwilligung nicht rechtswirksam ist. (so z.B. RGRK-Nußgens, § 823 Anh II, Rz 43); vgl. auch Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 13 II (S. 373): „Erstaunlicherweise greifen aber auch die Kritiker der Rechtsprechung nur selten die Gleichsetzung des Eingriffes nach mangelhafter Aufklärung mit dem ohne jede Einwilligung erfolgenden Eingriff an“.

³⁶⁵ inhaltlich ist sie an den Begriff der „ärztlichen Eingemacht“, wie ihn Weber-Steinhaus, aaO, S. 4 und insbes. S. 65 ff. vertritt, angelehnt.

³⁶⁶ Vgl. Weber-Steinhaus aaO, S. 67 ff. „Haftung bei der Behandlung gegen den Willen des Patienten“.

³⁶⁷ Vgl. Weber-Steinhaus aaO, S. 85 ff. „Haftung für pflichtwidrige Operationserweiterungen“.

Patienten (vorsätzlich) *überhaupt keine Aufklärung*³⁶⁸ zuteil werden läßt, obwohl eine solche Aufklärung allgemein üblich ist und der Patient eine solche auch erwartet. Der Unterschied zu den beiden vorherigen Fallgruppen besteht hierbei darin, daß in dieser dritten Fallgruppe die *Persönlichkeitsverletzung* des Patienten sich als *besonders schwerwiegend* darstellt.

In dieser dritten Fallgruppe kommt nach der hier vertretenen Ansicht - jedenfalls in den Fällen der rechtswidrigen Verletzung der Rechtsgüter Körper/ Gesundheit und damit vor allem im Rahmen der Arzthaftung - neben dem primär verletzten Substanzrechtsgut des § 823 I BGB *zusätzlich* auch das APR. als verletztes „sonstiges Recht“ nach § 823 I BGB als *zusätzlicher tatbestandlicher Anknüpfungspunkt* für eine Haftung des Schädigers in Betracht. Die Verletzung der Dispositionsfreiheit des Patienten und damit von dessen *Persönlichkeit* ist in dieser Fallgruppe derart schwer, daß es nach der hier vertretenen Ansicht nicht mehr gerechtfertigt ist, diese Persönlichkeitsverletzung als durch das primär einschlägige „besondere Persönlichkeitsrecht“ Körper/ Gesundheit nach § 823 I BGB und innerhalb dieses Rechtsgutes durch dessen persönlichkeitsbezogenes Element als ausschließlich mit erfaßt zu betrachten.

Eine solche „**Eigenmachtbehandlung**“ des Patienten im hier vertretenen Sinne der dritten Fallgruppe verletzt zusätzlich zu dessen Rechtsgut Körper auch dessen als Ausfluß des APR. anzusehende Würde und Achtungsanspruch³⁶⁹, deren Schutz die Einwilligung in ideeller Hinsicht ebenfalls dient³⁷⁰. In solchen Fällen krasser Eigenmacht wird der Patient zum bloßen Objekt ärztlichen Handelns degradiert³⁷¹.

Die bei rechtswidrigen Rechtsgutsverletzungen stets mitbetroffene Persönlichkeit des Patienten entfaltet in diesen engen Fällen der „ärztlichen Eigenmacht“ auf der *Tatbestandsebene* zusätzlich zum betroffenen Substanzrechtsgut Körper eine selbständige tatbestandliche Relevanz als verletztes „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB.

Die ganz überwiegende Zahl der Fälle ärztlicher Haftung wegen nicht ordnungsgemäß konsentierter Heilbehandlung des Patienten spielt sich nach der hier getroffenen Differenzierung der Fallgruppen im Rahmen der Fallgruppe zwei, den sogenannten „Dispositionsfällen“ ab. Hierauf wird im Kontext der Schadensfolgenzurechnung unter Teil C.) IV.) noch zurückzukommen sein.

Die hier entwickelte Differenzierung zwischen drei verschiedenen Fallgruppen einer rechtswidrigen Verletzung der Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB im allgemeinen und bezogen auf das Rechtsgut Körper im Rahmen der Arzthaftung im Besonderen, führt nicht nur zu einem Erkenntnisgewinn über die verschiedenen Elemente der durch § 823 I

³⁶⁸ Vgl. Weber-Steinhaus aaO, S. 100 ff. „Haftung wegen unzureichender Aufklärung über Art, Gegenstand und Ablauf der Behandlung“.

³⁶⁹ Vgl. dazu Soergel/Zeuner, § 823 Rz 73: Schutzgüter des APR. seien u.a. auch „die Ehre, das Ansehen und der Anspruch auf soziale Geltung“, ders. Rz 90: „Ehre und das Ansehen“.

³⁷⁰ So Soergel-Zeuner § 823 Rz 18.

³⁷¹ Der BGH hat nachdrücklich darauf hingewiesen, daß das durch die grundrechtliche Wertung geprägte Selbstbestimmungsrecht des Patienten und seine personale Würde es verbieten, ihm im Rahmen der Behandlung die Rolle eines bloßen Objektes zuzuweisen. [Vgl. BGH, NJW 1983, 328, 329 li. Sp. m.Hinw. auf BVerfG, NJW 1979, 1925, (1929); Müller, FS Geiss, S. 462/463)].

BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter [*materielles Element* als „gegenständliche Verkörperung“ des Rechts(gutes) einerseits, *persönlichkeitsbezogenes Element* des Rechts(gutes) als besonderer Ausfluß aus der Persönlichkeit des Rechts(guts)inhabers in Form der Dispositionsmöglichkeit über diese Rechte und Rechtsgüter andererseits]. Diese Differenzierung ermöglicht es auch schon an dieser Stelle, zu zwei in der Literatur zum nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriff vertretenen Ansichten Stellung zu nehmen:

a.) Auf der nicht hinreichend genauen Unterscheidung zwischen den hier entwickelten Fallgruppen zwei (die sog. „Dispositionsfälle“) und drei (die sog. „Eigenmachtsfälle“) beruht der oben unter Teil C.) I.) 1.) a.) bb.) aaa.) schon verworfene Ansatz Baumgärtels, der gegen die Beweislastverteilung der Körperverletzungsdoktrin einwendet, daß es als Regel anzusehen sei, daß der ärztliche Heileingriff mit Einwilligung des Patienten geschehe und daher rechtmäßig sei.

Wie an obiger Stelle schon dargestellt wurde, läßt die Tatsache der *äußeren Einwilligung* des Patienten in einen Heileingriff indes keinerlei Rückschlüsse auf die *rechtliche Wirksamkeit* dieser Einwilligung zu.

Daß Ärzte ganz sicherlich in aller Regel ihre Patienten nicht gegen deren äußerlich klar erkennbaren entgegenstehenden Willen behandeln, ist eine ebenso selbstverständliche wie hier nicht weiterhelfende Tatsache.

b.) Andererseits bedarf es auch nicht der dogmatischen Begründung eines „doppelten Schutzgutes“ – im Sinne Brüggemeiers – , um die Problematik des nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriffes [vor allem im Rahmen der Haftungsausfüllung] angemessen zu lösen.

Brüggemeiers Ansatz ist jedoch insoweit zutreffend, als er die hier soeben dargestellte eigentümliche Verbindung von materiellen und persönlichkeitsbezogenen Elementen³⁷² im Rahmen des durch § 823 I BGB gewährleisteten Rechtsgüterschutzes speziell für den Bereich der Arzthaftung wegen nicht wirksam konsentierten Heileingriffen herausgearbeitet hat.

Es bedarf indes bei genauer Betrachtung nach der hier vertretenen Ansicht gar nicht der Begründung eines neuen Rechtsgutes des „*Selbstbestimmungsrechtes über die leiblich-psychische Integrität*“ zusätzlich zu den Rechten und Rechtsgütern des § 823 I BGB um die Problematik des nicht wirksam konsentierten Heileingriffes angemessen zu lösen, wenn man die Güter des § 823 I BGB – wie soeben entwickelt – *situationsabhängig* betrachtet und dabei anerkennt, daß sie zwei verschiedene, miteinander auf das engste verbundene Elemente besitzen, von denen das persönlichkeitsbezogene Element einen - im Gegensatz zum materiellen Element - situationsbedingt unterschiedlichen Verletzungsumfang besitzen kann.

Brüggemeiers Ansatz führt auch zu dem weiteren Problem, daß nach seiner Konzeption konsequenterweise auch alle übrigen disponiblen Rechte und Rechtsgüter i.S.d. § 823 I BGB (z.B. die Freiheit und das Eigentum) im Hinblick auf eine sie betreffende Disposition ein diesen jeweils korrespondierendes Doppelrecht(sgut) hierfür erhalten müßten.

[Kritik zu Brüggemeiers Konzeption auch noch unter Teil C.) I.) 2.) c.)].

³⁷² Brüggemeier, DelR, Rz 701, spricht hierbei vom „somatisch-psychischen“ Aspekt des Rechtsgutes (Kontingenz) einerseits und dem „kognitiv-voluntativen“ Aspekt (Autonomie) andererseits.

Zwischenergebnis zu bb.)

Auch dogmatische Erwägungen haben die ausschließliche Richtigkeit der zivilrechtlichen Körperverletzungsdoktrin belegt.

Allerdings ist ganz allgemein festzustellen, daß jedenfalls dort, wo das Tatbestandsprinzip des Deliktsrechtes mangels Körperverletzung nicht erfüllt ist, im Bereich der Arzthaftung gelegentlich eine tatbestandliche Verletzung des APR. als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB in Betracht kommt.³⁷³

Das kann einmal bei der unerlaubten Untersuchung fremden Blutes auf AIDS der Fall sein³⁷⁴. Hierbei ist mit Giesen in zeitlicher Hinsicht folgendermaßen zu differenzieren:

Hat der Arzt bereits bei der Abnahme des Blutes die Absicht, das Sekret auf AIDS untersuchen zu lassen, so ist der Patient schon in diesem Zeitpunkt über die beabsichtigte Untersuchung aufzuklären,³⁷⁵ sofern man eine Aufklärungspflicht wegen der beabsichtigten AIDS-Untersuchung des Blutes bejaht.

Wird der Patient pflichtwidrig nicht aufgeklärt, stellt die Blutentnahme i.E: eine tatbestandliche rechtswidrige Körperverletzung dar.³⁷⁶

Faßt der Arzt erst nach der (ordnungsgemäß konsentierten) Blutentnahme den Entschluß, das Blut zu untersuchen, so macht sich der Arzt in diesem Fall einer Verletzung des APR. schuldig und ist aus diesem Grunde zu Schadensersatz verpflichtet.³⁷⁷

Ein weiterer Fall einer tatbestandlichen Verletzung des APR. im medizinischen Bereich kommt bei einer rechtswidrigen Vernichtung von Spermien, die zum Zwecke künstlicher Insemination aufbewahrt werden, in Betracht.

Richtigerweise muß man in diesen Fällen ebenfalls das APR. (und zwar ausschließlich des Samenspenders) als verletzt ansehen.³⁷⁸, da die Bestimmung des Patienten über die eigene Fortpflanzung ein wesentlicher Ausfluß von dessen Persönlichkeit ist.

Der BGH beurteilt diese Fälle jedoch als Körperverletzung.³⁷⁹

Dies ist indes nicht zutreffend, weil die Spermien bei ihrer Vernichtung bereits vom Körper des Spenders getrennt sind und auch nicht dazu bestimmt sind, dessen Körper später wieder zugeführt zu werden.

cc.) Ergebnisbezogene Betrachtung der Persönlichkeitsrechtsdoktrin:³⁸⁰

aaa.) Voraussetzungen und Umfang eines Schadensersatzanspruches:

Die Konsequenzen der Persönlichkeitsrechtsdoktrin für Voraussetzung und Umfang des zu leistenden Schadenersatz wurden schon oben unter Teil C.) I.) 1.) b.) bb.) bbb.) kurz dargestellt. Diese Konsequenzen sind aus den folgenden Gründen erkennbar nicht sachgerecht:

³⁷³ Vgl. dazu Hart, FS Heinrichs, S. 291, 313 f. (allerdings mit kritischem Unterton, weil er im Kontext der Arzthaftung allgemein die Persönlichkeitsrechtsdoktrin favorisiert).

³⁷⁴ Laufs, Arztrecht Rz 229; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 248 (S. 214); Erman/Ehmann Anh § 12 Rz 22.

³⁷⁵ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 245.

³⁷⁶ Vgl. Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 248.

³⁷⁷ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 248.

³⁷⁸ dazu Soergel /Zeuner § 823 Rz 17 und Rz 100.

³⁷⁹ BGHZ 124, 52 = MedR 1994, 113 zust. Freund/ Heubel MedR 1995, 194, 196; Schnorbus JuS 1994, 830; und Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, § 8 (S. 509); ablehnend und wie hier eine am APR. als verletztem Rechtsgut orientierte Lösung vertretend Anm. Taupitz, JR 1995, 22 ff. und Soergel/ Zeuner, § 823 Rz 17.

³⁸⁰ Vgl. zum „Rückschluß vom Schutzbereich auf den Tatbestand“ auch Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 317 und Deutsch, NJW 1965, 1985, 1988, re. Sp.

(a.) Umfang eines Schadensersatzanspruches

Bei konsequenter Anwendung führt der strikt persönlichkeitsrechtsbezogene Ansatz dazu, daß der wegen eines Aufklärungsmangels in seinem Persönlichkeitsrecht verletzte Patient überhaupt nur wegen der Verletzung des Persönlichkeitsrechtes, also wegen der in der Vorenthaltung einer wirksamen Entscheidung liegenden Bevormundung, ein immaterielles Schmerzensgeld in der Genugtuungsfunktion nach § 847 I a.F. BGB bzw. § 253 II BGB n.F. analog fordern kann³⁸¹.

Die gegenteilige Ansicht³⁸², die in den Fällen der Verletzung des APR. auch materielle Schäden des Heileingriffes (insbesondere „Körperschäden“) liquidieren möchte³⁸³, ist jedoch abzulehnen:

Zum einen besitzt die auf das APR. bezogene Aufklärungspflicht des Arztes keinen materiellen Schutzzweck. Schutzzweck der auf das APR. bezogenen Aufklärungspflicht ist (lediglich) die Gewährleistung der Entscheidungsmöglichkeit des Patienten als solcher und nicht mehr.³⁸⁴

Zum anderen erscheint es wertungswidersprüchlich, auf Tatbestandsebene die Verletzung der Selbstbestimmung des Patienten durch den Aufklärungsfehler einerseits und die Tangierung des Rechtsgutes Körper durch den Heileingriff andererseits als zwei strikt voneinander zu trennende Bereiche zu qualifizieren, diese beiden Bereiche dann aber auf der Ebene der Haftungsausfüllung sogleich dadurch wieder zu vereinigen, daß man in der Folge der Persönlichkeitsrechtsverletzung auch Körperschäden in den Umfang des zu leistenden Ersatzes einbeziehen will.

Unabhängig hiervon kann man im Kontext eines persönlichkeitsrechtlichen Ansatzes zudem die Ansicht vertreten, daß der in solchen Fällen sich realisierende Körperschaden schon gar *keinen (adäquat)kausalen Folgeschaden* der Persönlichkeitsrechtsverletzung darstellt. Es fehle - so wird vereinzelt argumentiert - in diesen Fällen bereits an der haftungsausfüllenden Kausalität selbst und nicht etwa erst am Schutzzweckzusammenhang zwischen Erstverletzung und Folgeverletzung. Der Eintritt einer durch die nicht wirksam konsentierete Heilbehandlung ausgelösten gesundheitsbeeinträchtigenden Komplikation sei nicht Resultat einer mit Verletzung des Persönlichkeitsrechtes in Gang gesetzten Ursachenreihe, sondern allenfalls Folge der konkreten vom Arzt eingeleiteten therapeutischen Maßnahme³⁸⁵. „Denn man wird kaum sagen können, daß sich die gesundheitlich nachteilige Komplikation gerade aus der Persönlichkeitsrechtsverletzung entwickelt“.³⁸⁶

Ein weiteres Problem der Persönlichkeitsrechtsdoktrin liegt darin, daß nach ihr eine Haftung des Arztes bei Selbstbestimmungsaufklärungsfehlern auch dann in Betracht

³⁸¹ Weber-Steinhaus, aaO, S. 47;; Laufs, NJW 1974, 2025, 2029; Deutsch, AHR, Rz. 317.

³⁸² statt vieler Hart, FS Heinrichs (1998), S. 291, 314 ff., insbes. S. 316. w. Nw. oben Teil C.) I.) 1.) b.) bb.) bbb.).

³⁸³ Insofern ergeben sich dann zwischen dieser Ansicht und den Lehren vom „doppelten Rechtsgut“ keine Unterschiede, so auch Hart, aaO, S. 316, Fn 123.

³⁸⁴ Wiethölter, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, S. 109; Vgl. auch Deutsch, NJW 1965, 1985, 1989; Laufs, NJW 1974, 2025, 2029.

³⁸⁵ Weber-Steinhaus aaO, S. 48

³⁸⁶ so Weber-Steinhaus aaO, S. 48/ 49.

kommt, wenn der Patient auch bei gehöriger Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte³⁸⁷, der Patient den Eingriff ohnehin ablehnt oder dieser aus einem anderen Grunde unterbleibt³⁸⁸, also der Aufklärungsfehler gar nicht kausal für den Heileingriff war oder die nicht wirksam konsentierende Behandlung dem Patienten sogar gesundheitlichen Vorteil gebracht hat.³⁸⁹ Die in der nicht vollständigen Aufklärung zu sehende Persönlichkeitsrechtsverletzung bleibt nämlich - unabhängig von all den soeben mitgeteilten Umständen – aufgrund der unterlassenen bzw. lückenhaften Aufklärung stets bestehen.

(b.) tatbestandliche Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches:

Ist man sich somit im Ausgangspunkt darüber klar, welche Art von Schäden überhaupt mittels des APR. als tatbestandlichen Anknüpfungspunkt bei Verletzung der Pflicht zur Selbstbestimmungs-aufklärung ersetzt werden können, ist nun weiter zu berücksichtigen, daß vor der Zuerkennung eines Schadensersatzanspruches wegen Verletzung des APR. nach allgemeinen Grundsätzen weitere strenge Voraussetzungen erfüllt sein müssen:

Auf Tatbestandsebene muß wegen der generalklauselartigen Weite und Unbestimmtheit des APR. zur Feststellung einer rechtswidrigen Verletzung des APR. nach allgemeinen Grundsätzen eine umfassende Güter- und Interessenabwägung vorgenommen werden³⁹⁰, wodurch die jeweiligen kollidierenden Interessen als rechtlicher Gegenstand von Relationierungen thematisiert werden.³⁹¹

Genau hierin besteht indes nach der hier vertretenen Auffassung eine weitere erhebliche Schwäche der Persönlichkeitsrechtsdoktrin, da hierdurch eine starke Aufweichung der Aufklärungsstandards droht und zudem erhebliche Rechtsunsicherheit zu befürchten ist³⁹².

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß ein Anspruch auf immateriellen Schadensersatz wegen Verletzung des APR. im allgemeinen nur dann gewährt wird, wenn die Verletzung als „schwer“ zu werten ist und keine andere Ausgleichsmöglichkeit besteht.³⁹³

Wörtlich der BGH in NJW 1971, 698, 700 re Sp.: „Ob ein derart schwerer Eingriff in den Eigenwert der Persönlichkeit anzunehmen ist, kann nur aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Hierbei sind besonders die Art sowie Schwere der zugefügten Beeinträchtigung und der Grad des Verschuldens auch Anlaß

³⁸⁷ Insoweit konsequent im Rahmen eines persönlichkeitsrechtlichen Ansatzes OLG Jena, VersR 1998, 586, 588. Kritisch dazu Rumler-Detzel, FS Deutsch, S. 699, 708 in Fn. 32 und Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 267.

³⁸⁸ Krit. Dazu Staudinger/Hager, § 823 Rz. I 77.

³⁸⁹ Zu letzterem Deutsch/Spickhoff, MedR. Rz 267.

³⁹⁰ Ehmann, Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, JuS 1997, S. 193; BGHZ 35, 363 (368); 50, 133 (143); 73, 120 (124). Zu den auf Seiten des Verletzten und auf Seiten des Schädigers zu berücksichtigenden Umständen vgl. etwa Palandt/Thomas, § 823 Rz 185 ff.

³⁹¹ So Hart, in: FS Heinrichs, S. 291 (312); Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 III, 1 d (S. 120).

³⁹² Vgl. Laufs, Arztrecht, Rz 541, mit dem Hinweis, daß „sich das gebotene Maß an Aufklärung nur unter sorgfältigem Abwägen des Indikationsgrades, der möglichen Alternativen, der Konstitution des Patienten bestimmen [läßt]. Den Persönlichkeitsschutz kennzeichnet eben dieses Prinzip der Güter- und Interessenabwägung stark, so daß sich auch von daher der Zusammenhang ergibt.“

³⁹³ vgl. Ehmann, JuS 1997, 193, 202 re. Sp.; vgl. zu den Konsequenzen eines persönlichkeitsrechtlichen Ansatzes speziell in der Arzthaftung wegen nicht wirksam konsentierten Heileingriffen auch Voll, aaO, S. 162.

und Beweggrund des Handelns zu berücksichtigen“.³⁹⁴ [Unterstreichung durch den Verfasser]

Angewendet auf die Problematik ärztlicher Haftung wegen nicht wirksam konsentierter Heileingriffe bezüglich der Persönlichkeitsrechtsdoktrin ergibt das Folgendes:

Erstens dürfte eine nach der Persönlichkeitsrechtsdoktrin im Ergebnis zu einem Schadensersatzanspruch führende gewichtige Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung bei Aufklärungsfehlern des Arztes nur eher selten anzunehmen sein. In der Regel handelt es sich bei ärztlichen Aufklärungsfehlern um Aufklärungsdefizite in Randbereichen und Detailfragen. Schwere Aufklärungsfehler in grundlegenden Zusammenhängen³⁹⁵ dürften die Ausnahme sein.

Zweitens dürfte auch der *Grad des Verschuldens* des Arztes angesichts des schon zur Schwere der Verletzung Gesagten in der Regel eher gering sein.

Drittens dürfte die Betrachtung von *Anlaß und Beweggrund* des Verhaltens des Handelnden sich nur kaum oder nie zu Lasten des Arztes auswirken, da der Arzt bei einem Heileingriff ja in der Regel gerade zum Zwecke der Heilung des Patienten tätig wird³⁹⁶.

Anlaß und Beweggrund des ärztlichen Handelns ist die Krankheit des Patienten. Der Arzt möchte diesem helfen. Anlässlich der (gesellschaftlich und ethisch als überaus hochrangig anzusehenden) Heilbehandlung geschieht die (in aller Regel lediglich) fahrlässige (und häufig auch bloß relativ geringfügige) Mißachtung der Selbstbestimmung des Patienten durch den Aufklärungsfehler.

Bei strikter Anwendung dieser soeben dargestellten allgemeinen Grundsätze dürfte ein Schmerzensgeldanspruch des Patienten wegen Verletzung von dessen APR. durch den Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung nur in solchen Fällen in Betracht kommen, in denen der Arzt den Patienten entweder gegen dessen klar erklärten Willen behandelt, oder über gar kein Risiko aufgeklärt hat. Das wären aber genau diejenigen Fälle, die vorhin unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) (c.) der dritten Fallgruppe, also der sog. „**ärztlichen Eigenmacht**“ zugeordnet wurden. Hier schließt sich der Kreis zu den dort angestellten Überlegungen wieder.

Angesichts dieser strengen Voraussetzungen für die Zuerkennung eines Schmerzensgeldanspruches wegen Verletzung des APR. als sonstigem Recht i.S.d. § 823 I BGB im allgemeinen und bei Verletzung der ärztlichen Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung im besonderen dürfte die Wahrscheinlichkeit, daß der Patient bei einem Aufklärungsdefizit über die Behauptung der Verletzung seines APR. als ausschließlichem tatbestandlichen Anknüpfungspunkt im Rahmen des § 823 I BGB einen Schadensersatzanspruch bekommt, sehr gering sein.³⁹⁷

³⁹⁴ St. Rspr.; ebenso auch BGH, NJW 1980, 994, 995 und BGH NJW 1985, 1617, 1619.

³⁹⁵ Nach den Worten des BGH fehlt es in solchen Fällen dann an der erforderlichen „Grundaufklärung“. [dazu noch später in Teil D.) dieser Arbeit].

³⁹⁶ Diesen Aspekt läßt Schramm aaO, S. 241 völlig außer Betracht.

³⁹⁷ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 56: „Meist geht der Patient bei Zugrundelegen dieser Meinung leer aus“; ebenso auch Weber-Steinhaus aaO, S. 249: Die Rechtsprechung zur ärztlichen

Angesichts dessen kann man im Interesse der Patienten eigentlich nur froh sein, daß die Rechtsprechung der Persönlichkeitsrechtsdoktrin bei Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung bisher nicht gefolgt ist.

Nur in sehr seltenen Fällen würde – wie gezeigt – der Patient bei Aufklärungsfehlern einen Schmerzensgeldanspruch realisieren, wollte man nicht im Kontext der arzt haftungsrechtlichen Persönlichkeitsrechtsdoktrin im Ergebnis wieder große Ausnahmen vom System des bisher von der Rechtsprechung sachgerecht entwickelten Persönlichkeitsrechtsschutzes und den Voraussetzungen der Zuerkennung eines Schadensersatzanspruches wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts zulassen, so wie dies etwa Schramm befürwortet.³⁹⁸

bbb.) Beweislast.

Ein weiterer zentraler Einwand gegen die Persönlichkeitsrechtsdoktrin ergibt sich daraus, daß nach ihr den Patienten die *Beweislast* für die nicht ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten trifft.

Auch Befürworter eines persönlichkeitsrechtlichen Ansatzes gestehen an dieser Stelle ein, daß es „schwerlich praktikabel [sei], vom Patienten allgemein den Nachweis unterbliebener oder unzulänglicher Aufklärung zu verlangen“, weil er diesen Negativbeweis „de facto kaum je führen ...“ kann.³⁹⁹ Vielmehr sei umgekehrt ein effektiver Schutz des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten nur durch die Belastung des Arztes mit dem Nachweis zu gewährleisten.⁴⁰⁰

Eine neuere Ansicht in der Literatur sieht die Beweislastverteilung nach der Rosenbergschen Normentheorie mit ihren Grundprinzipien als für das Arzthaftungsrecht nicht mehr zeitgemäß an. Beweisrecht sei heute jedenfalls auch „Verantwortlichkeitssphärenrecht“. Die arzt haftungsrechtliche Zuweisung einer Pflicht

Aufklärungspflicht würde bei Befürwortung dieser Ansicht „mit einem Federstrich zur Makulatur“; vgl. auch Kerschbaum, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, S. 162, Fn 753.

³⁹⁸ Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 241, der in allen Fällen von Fehlern der ärztlichen Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten von einer „schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung“ des Patienten ausgeht, „entweder indem die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht in Anbetracht des grundrechtlich geschützten Rangs der Selbstbestimmung als per se schwere Persönlichkeitsverletzung eingeordnet wird oder , was überzeugender erscheint, als Ausdruck einer in Rechtsfortbildung geforderten Sanktion einer typischen Berufspflichtverletzung“.

³⁹⁹ So Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 III, 1, d (S. 125). Nach Katzenmeier aaO, läßt sich den Beweisnöten des Patienten statt durch Bemühen der Körperverletzungsdoktrin „methodenehrlicher auf direktem Wege begegnen“, und zwar „durch einen flexiblen Einsatz des vorhandenen beweisrechtlichen Instrumentariums“. Dies geschehe insbesondere „durch die Gewährung von Beweiserleichterungen – ggf. eine Umkehr der Beweislast – bei der Verletzung von Dokumentationspflichten des Arztes“.

Nach Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, § 11 I, (S. 284) [als Anhänger der sogenannten „Transparenztheorie“] gebiete „der Zweck der Selbstbestimmungsaufklärung ... die Beweisbelastung des Arztes für ihre Erbringung – unabhängig der Einordnung der ärztlichen Haftung für Aufklärungsversäumnisse unter die Körperverletzungs- oder die Persönlichkeitsrechtsverletzungslehre oder eine Kombination beider, wie sie hier mit der Transparenztheorie vertreten wird“.

⁴⁰⁰ in ähnlicher Weise propagieren auch Vertreter eines Verhaltenspflichtkonzeptes im Kontext der Körperverletzungsdoktrin eine Beweisbelastung des *Arztes* für die ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten. (so Schramm aaO, S. 282 f. als Anhänger der „Transparenztheorie“); vgl. auch Brüggemeier, Deliktsrecht, Rz 744 im Kontext seiner Lehre vom „doppelten Schutzgut“: „Diese Umkehr der objektiven Beweislast für die Pflichtwidrigkeit rechtfertigt sich aus Gründen der Beweisnähe des Schädigers, des Präventions- und Schutzzwecks der verletzen Verhaltenspflicht und der Bedeutung des betroffenen Schutzgutes“.

enthalte zugleich auch eine Zuweisung der Nachweisverantwortlichkeit hinsichtlich der Erfüllung dieser Pflicht. Diese Zuweisung sei sachlich, nicht doktrinbedingt.⁴⁰¹

Nichtsdestotrotz wird man das doktrinbedingte Beweislastargument jedenfalls im Grundsatz stets als das „stärkere“, weil konstruktiv-systematischere anzusehen haben, das nur in besonderen Ausnahmefällen durch sachliche Zwänge eine Durchbrechung erfahren darf, wenn nicht das Beweisrecht zu einem methodischen Wildwuchs verkommen soll.

Es kann an dieser Stelle dahinstehen, ob diese Voraussetzungen gegeben sind, um im Rahmen der Persönlichkeitsrechtsdoktrin die Beweislast für die wirksame Aufklärung doktrinwidrig dem Arzt auferlegen zu können. Jedenfalls nährt diese Korrekturbedürftigkeit der Persönlichkeitsrechtsdoktrin bei konsequentialistischer Betrachtung hohe Zweifel an ihrer Sachgerechtigkeit.

ccc.) Zwischenergebnis zu cc.)

Insbesondere bei den strengen Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch zeigt diese ergebnisbezogene Betrachtung der Persönlichkeitsrechtsdoktrin, daß das APR. des Menschen als selbständiger tatbestandlicher Anknüpfungspunkt in der Form des verletzten „sonstigen Recht“ innerhalb des § 823 I BGB in seiner speziellen Ausprägung, die es durch die Rechtsprechung erfahren hat, für ganz andere Bereiche, als die der ärztlichen Selbstbestimmungsaufklärungsfehlerproblematik entwickelt wurde und Relevanz besitzt und jedenfalls im Bereich der Arzthaftung zu unbefriedigenden Ergebnissen führt.

Beim zivilrechtlichen APR geht es vielmehr in zentraler Weise um den Schutz des Geltungs- und Achtungsanspruches des Individuums gegenüber den Gegeninteressen anderer Individuen in typischerweise kollisionsträchtigen Lebenssachverhalten, wie z.B. bei Ausübung der Informationsfreiheit, Meinungsfreiheit, Pressefreiheit Kunst- und Wissenschaftsfreiheit anderer Menschen.⁴⁰²

An dieser Stelle schließt sich wieder der Kreis zu den dogmatischen Überlegungen unter Punkt bb.).

dd.) Zusammenfassendes Zwischenergebnis zu aa.) bis cc.)

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die sog. Persönlichkeitsrechtsdoktrin unter Berücksichtigung aller unter aa.) bis cc.) zusammengetragenen Argumente bei der rechtlichen Qualifizierung nicht ordnungsgemäß konsentierter ärztlicher Heileingriffe im Grundsatz abzulehnen. Das APR. hat bei der Verletzung der Pflicht zur

⁴⁰¹ Vgl. Hart, in: FS Heinrichs, S. 291 (306 f. und 317 f.); Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 232 f.; ders. DelR. Rz 702, 743 ff. und grds. 166 f.: Sonderbeweislastregeln für einzelne Sozialbereiche nach Billigkeits-, Zweckmäßigkeit- und Gerechtigkeitsgesichtspunkten; vgl. auch Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 76 II 1 g.

⁴⁰² Vgl. dazu Ehmman, JuS 1997, 193, 197 li. Sp.

Selbstbestimmungsaufklärung - von engen Ausnahmefällen abgesehen - jedenfalls im Grundsatz keinerlei *tatbestandliche Relevanz* als verletztes „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB.

Es mag sein, daß die rechtliche Qualifizierung des ärztlichen Heileingriffes als tatbestandmäßige Körperverletzung und daher typischerweise unrecht dem Nichtjuristen befremdlich erscheint.⁴⁰³ Das ist allerdings nicht ausschlaggebend.⁴⁰⁴ Einzig der *Gesetzgeber* kann durch die Einführung einer speziellen gesetzlichen Regelung, diesen unablässig Diskussionsstoff bergenden Problembereich ärztlicher Haftung entschärfen⁴⁰⁵. Es ist jedoch nicht Aufgabe (zivilrechtlicher) Dogmatik, den Empfindungen, ja Empfindlichkeiten eines ganzen Berufsstandes durch „dogmatische Verrenkungen“ Rechnung zu tragen. Dies schon gar nicht dann, wenn im Bereich des Zivilrechtes – anders als im Strafrecht- mit der Bejahung der Tatbestandmäßigkeit eines Verhaltens gar kein (strafrechtlich-moralisches) Unwerturteil gefällt wird, sondern die Körperverletzung lediglich als methodischer Anknüpfungspunkt der Problembewältigung dient.

Eine derart freizügige Bestimmung des Haftungstatbestandes, wie sie die Persönlichkeitsrechtsdoktrin in der Arzthaftung propagiert, induziert nicht nur eine schrittweise Erosion doktrinären Denkens und damit einen Verlust von System und Konzept. Eine derartige Vorgehensweise besitzt nicht zuletzt auch einen starken Beigeschmack von Beliebigkeit, indem sie das gefährliche und zugleich verführerische Klima eines dogmatischen „Nichts ist Unmöglich“ erzeugt.

Bestätigt wird dieser negative Eindruck weitgehender „Systemfreiheit“ des persönlichkeitsrechtlichen Ansatzes auch durch die Art und Weise, in der die durch die Persönlichkeitsrechtsdoktrin eigentlich vorgezeichneten Konsequenzen im Hinblick auf den Haftungsumfang und die Beweislast von den Protagonisten dieser Doktrin dann doch nicht gezogen werden. Die Persönlichkeitsrechtsdoktrin mutet in diesem Zusammenhang gleichsam als eine bloße „juristische Fassade“ an, hinter der dann im Ergebnis doch weitgehend die Konsequenzen der Körperverletzungsdoktrin (bezüglich der Haftungsausfüllung und der Beweislast) zur Anwendung kommen.

Daß das Haftungsrecht zu den Gebieten gehört, in denen die Rechtsentwicklung in besonderem Maße über den Gesetzeswortlaut hinweggeschritten ist⁴⁰⁶, ist zwar ein unbestreitbar zu beobachtendes Phänomen, welches vor allem bei der Auseinandersetzung um die Unrechtslehren in Teil C.) III.) dieser Arbeit noch relevant wird. Dieser Umstand sollte aber zu erhöhter Wachsamkeit mahnen und zur Verbannung jedenfalls solcher Ansichten führen, die -wie die Persönlichkeitsrechtsdoktrin in der Arzthaftung- sowohl in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen als auch in ihren Konsequenzen eindeutig unvertretbar sind.⁴⁰⁷

⁴⁰³ Vgl. etwa Hübner, NJW 1989, S.5, 6.

⁴⁰⁴ Vgl. auch Park, Das System des Arzthaftungsrechts, S. 43.

⁴⁰⁵ Diese Ansicht vertritt explizit Erman/ Ehmman, Anh. § 12 Rz 22 sowohl zu der Situation im Strafrecht als auch im Zivilrecht.

⁴⁰⁶ Vgl. dazu Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 I,1 (S. 78).

⁴⁰⁷ An dieser Stelle sei der ehemalige Richter am BGH Dr. Erich Steffen zitiert, der sich bereits 1980 in VersR 1980, S. 409 allgemein zur modernen Dogmatik des Deliktsrechts in der Literatur sehr kritisch mit den Worten äußerte: „Leider müssen wir oft den Kopf schütteln über Profilierungskämpfe um dogmatische Moden, die gerade hier so sinnlos sind; denn wenn die Wissenschaft uns schon Federführung in der Rechtsfortbildung zubilligt, sollte sie auch einsehen, daß wir nur mit Konzepten etwas anfangen können, die in den Beratungszimmern konsensfähig sind“.

Die gleichen Argumente, die gegen die Persönlichkeitsrechtsdoktrin mit der von ihr postulierten ausschließlichen tatbestandlichen Relevanz des APR. sprechen, sind auch gegen die „Kombinationslösungen“⁴⁰⁸ von Deutsch und Brüggemeier einzuwenden. Gegen die beiden letzteren Ansätze sprechen zusätzlich noch folgende jetzt gleich unter b.) und c.) darzustellende Aspekte:

b.) Ablehnung der Transparenztheorie von Deutsch

Bei der Transparenztheorie von Deutsch werden die Körperverletzungsdoktrin der Rechtsprechung und der Persönlichkeitsrechtsansatz des Schrifttums auf Tatbestandsebene miteinander kombiniert.

Eine solche Kombination beider Rechtsgüter auf Tatbestandsebene verkennt indes die bereits in den Substanzrechtsgütern des § 823 I BGB selbst angelegte enge Verflechtung zwischen der Persönlichkeit des Patienten einerseits und dem durch diese Rechtsgüter ebenfalls gewährleisteten „Substanzschutz“ andererseits. Im Grundsatz wird hinreichender Persönlichkeitsschutz bereits durch die Rechtsgüter des § 823 I BGB selbst gewährleistet. Diesbezüglich wird umfassend auf die obigen Ausführungen unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) verwiesen. Dieser persönlichkeitsrechtliche „lex specialis-Charakter“ der Substanzrechtsgüter des § 823 I BGB wird indes verkannt, wenn man bei rechtswidriger Verletzung des Rechtsgutes Körper im Rahmen des nicht wirksam konsentierten Heileingriffes im Grundsatz *stets* auch noch das APR. als tatbestandlich relevant verletztes „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB ansieht, um die in diesen Fällen *stets* ebenfalls verletzte Entscheidungsfreiheit des Rechtsgutsträgers über das APR. als verletztes „sonstiges Recht“ tatbestandlich mit erfassen zu wollen.

Nur in ganz krassen Ausnahmefällen [wie der oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) (c.) dargestellten dritten Fallgruppe der „ärztlichen Eigenmacht“ im hier verstandenen engen Sinne] kann nach der hier vertretenen Ansicht das APR. *zusätzlich* zum rechtswidrig verletzten Rechtsgut Körper nach § 823 I BGB tatbestandliche Relevanz entwickeln.

Ein zusätzliches Problem bei Deutschs Ansatz liegt darin, daß ein einheitlicher Lebenssachverhalt unter zwei völlig unterschiedlich strukturierte Tatbestände mit gegenläufiger Beweislastverteilung hinsichtlich der Behandlungseinwilligung subsumiert wird⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ dieses Wort gebraucht Menter, Die therapeutische Aufklärung, S. 37.

⁴⁰⁹ Weber-Steinhaus, S. 55.

Dieses Problem „löst“ Schramm (aaO, S. 284 oben) als Anhänger von Deutschs Transparenztheorie wiederum dadurch, daß er auch nach der Transparenztheorie dem Arzt die Beweislast für die ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten unabhängig vom jeweils focussierten Rechtsgut auferlegt. „Der Zweck der Selbstbestimmungsaufklärung gebietet die Beweisbelastung des Arztes für ihre Erbringung - unabhängig der Einordnung der ärztlichen Haftung für Aufklärungsversäumnisse unter die Körperverletzungs- die Persönlichkeitsrechtsverletzungslehre oder einer Kombination beider, wie sie hier mit der Transparenztheorie vertreten wird“.

c.) Ablehnung von Brüggenmeiers Lehre vom Doppelrechtsgut:

Anders als im Strafrecht in der Form des § 228 StGB gibt es zwar im Zivilrecht für die rechtfertigende Einwilligung keine gesetzliche Regelung. Die Möglichkeit über ein Recht(sgut) zu disponieren ist allerdings grundsätzlich bei allen Gütern des § 823 I BGB mit Ausnahme des Lebens gegeben und im Zivilrecht gewohnheitsrechtlich anerkannt.⁴¹⁰ Man muß deshalb nicht - wie Brüggenmeier es vorschlägt - zur Lösung der Probleme der ärztlichen Selbstbestimmungsaufklärung den Kanon der sonstigen Rechte des § 823 I BGB um ein wenig greifbares Doppelrechtsgut der Selbstbestimmung über die leiblich -seelische Integrität ergänzen⁴¹¹. Ein Vorteil dieser Konstruktion ist nicht zu erkennen.⁴¹² Wollte man diesen Ansatz konsequent fortsetzen, so könnte man in Anlehnung an Brüggenmeier in ähnlicher Weise auch im Hinblick auf alle anderen disponiblen Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB ein diesen jeweils korrespondierendes „Doppelrechtsgut“ betreffend die Disposition über diese Güter entwickeln und zuordnen⁴¹³.

Dies würde indes der Struktur des § 823 I BGB zuwiderlaufen, der sich auf die tatbestandliche Aufzählung der geschützten Rechte/Rechtsgüter beschränkt und über den Vorgang der (unproblematisch möglichen) Disposition über diese Güter in Form der rechtfertigenden Einwilligung in deren Verletzung nichts sagt.

Die Probleme, die sich bei der Disposition über ein verzichtbares Recht(sgut) ergeben, sind ganz allgemein und in Bezug auf das Rechtsgut Körper im Besonderen bereits in der oben unter 2.) a.) bb.) eee.) (b.) entwickelten Fallgruppe zwei (die dort so bezeichneten „Dispositionsfälle“) erfaßt. Es bedarf zu ihrer Bewältigung schlicht nicht der Begründung eines eigenständigen neuen Doppelrechtsgutes⁴¹⁴. Die Möglichkeit, über die Rechtsgüter des § 823 I BGB disponieren zu können, ist vielmehr schon in der Natur dieser Rechtsgüter selbst angelegt, die allesamt - wie oben schon ausführlich dargestellt wurde - sowohl ein materielles als auch ein persönlichkeitsbezogenes Element besitzen.

Ebenso wie es auf verfassungsrechtlicher Ebene der Natur von disponiblen Freiheitsrechten entspricht, auf diese verzichten zu können [konsequenterweise wird im Verfassungsrecht – wie schon gezeigt – die Einwilligung in die Heilbehandlung und der damit verbundene Informationsanspruch des Patienten methodisch dem Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit i.S.d. Art. 2 II,1 GG zugeordnet und nicht dem APR.]⁴¹⁵ kann man in gleicher Weise auch auf der Ebene des Zivilrechtes auf den Schutz derjenigen Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB verzichten, die disponibel sind, was beim Rechtsgut Körper unproblematisch ist.

Wenn Brüggenmeier⁴¹⁶ in Bezug auf sein konstruiertes Rechtsgut sagt, daß „in der Sache ... damit neben die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit das Recht der

⁴¹⁰ Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 37.

⁴¹¹ so ablehnend auch Weber-Steinhaus, S. 56.

⁴¹² Voll aaO, S. 32.

⁴¹³ Denn es ist schon oben ausführlich dargestellt worden, daß der Rechtsgüterschutz des § 823 I BGB auch die Dispositionsfreiheit des Rechtsgutsträgers über diese Güter und damit dessen Selbstbestimmung schützt.

⁴¹⁴ Vgl. allgemein auch Kerschbaum, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, S. 163: „Die Frage der Selbstbestimmung [steht] vor jeder Entscheidung über ein disponibles Rechtsgut und ist kein eigenes geschütztes Rechtsgut an sich“.

⁴¹⁵ Wenn Brüggenmeier (DelR, Rz. 693) die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung mit Art. 2 I i.V.m. Art 1 GG in Verbindung bringt [er spricht von dem „durch Art. 2 I i.V.m. Art. 1 GG gewährleisteten Selbstbestimmungsrecht des Patienten“], so ist dies unzutreffend.

⁴¹⁶ Brüggenmeier, Deliktsrecht, Rz. 693.

Selbstbestimmung über die leibliche und psychische Integrität als selbständiger Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts getreten [ist] ...“, dann verkennt er, daß der von ihm betonte Selbstbestimmungsaspekt bereits in diesen Rechten und Rechtsgütern selbst in Form des oben bereits herausgearbeiteten persönlichkeitsbezogenen Elementes des Gutes verankert ist.

Brüggemeiers Ansatz führt indes noch zu einem weiteren Problem:

Mit der Begründung seines neuartigen „doppelten Schutzgutes“ verlegt er - ähnlich wie auch die Persönlichkeitsrechtsdoktrin und die Transparenztheorie - auch den Aspekt der Persönlichkeitsverletzung auf die Ebene des Haftungstatbestandes. Wenn man aber wie Brüggemeier von einem neuen, selbständig entwickelten sozusagen „zweipoligen“ Rechtsgut ausgeht, dann müßte die bei einem Aufklärungsfehler stets auch zu bejahende Verletzung des kognitiv-voluntativen Elementes dieses Doppelrechtsgutes wegen der darin liegenden Persönlichkeitsverletzung einen Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens begründen können.⁴¹⁷ Auf diese möglicherweise gar *haftungserweiternde* Konsequenz seines Ansatzes geht Brüggemeier indes nicht ein; vielmehr konstruiert er dieses neue Rechtsgut gerade umgekehrt zu dem Zweck, speziell in der Problematik der Haftung wegen Selbstbestimmungsaufklärungsfehlern den Ersatz von Behandlungsschäden auf den Kanon aufklärungsbedürftiger Folgerisiken *einzuschränken*.⁴¹⁸

Zusammenfassend betrachtet, ist die Konzeption Brüggemeiers nicht nur überflüssig, sondern mit zusätzlichen Problemen verbunden und von daher nicht einmal zweckmäßig.

d.) Ablehnung des sonderdeliktsrechtlichen Ansatzes nach der Konzeption von Weber-Steinhaus:

Soweit versucht wird, das ärztliche Tätigwerden im Rahmen eines Sonderdeliktsrechts der Ärzte analog §§ 831ff, 839 BGB einzuordnen, ist hiergegen einzuwenden, daß es schon an der hierfür notwendigen planwidrigen Regelungslücke fehlt⁴¹⁹. Die sonderdeliktische Konzeption der Arzthaftung führt in einem deliktischen Teilbereich zur Liquidation primärer Vermögensschäden⁴²⁰, was gerade vom Deliktsrecht durch die Tatbestandsstruktur des § 823 I BGB nicht gewollt ist⁴²¹.

Es ist vielmehr ausschließlich Sache des Gesetzgebers, eine derartige Strukturänderung des Deliktsrechtes vorzunehmen und primären deliktischen Rechtsschutz *als solchen* anzuordnen.⁴²²

Dogmatisch unbefriedigend ist weiter die von Weber-Steinhaus vertretene Konstruktion, wonach das allgemeine Körperverletzungsverbot des § 823 I BGB insofern

⁴¹⁷ Dieses Problem ebenfalls so sehend Hart, FS Heinrichs, 291, 305.

⁴¹⁸ Brüggemeier, aaO, Rz. 701.

⁴¹⁹ so zutreffend auch Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 78.

⁴²⁰ so ausdrücklich Weber-Steinhaus, aaO, S. 14.

⁴²¹ Abl. Auch Schramm aaO, S. 77/78; vgl. auch Steffen, VersR 1980, 409.

⁴²² So Schramm aaO, S. 78.

„gegenstandslos“ werden solle, als der Arzt „nur zu Heilzwecken agiert“;⁴²³ es in diesem Falle also auch nicht parallel zu dem sonderdeliktischen Ansatz Anwendung finden soll. Es ist allerdings dogmatisch schon im Ansatz unzulässig, die Anwendbarkeit einer im Ausgangspunkt unproblematisch einschlägigen gesetzlichen Regelung von subjektiven Intentionen des Normadressaten abhängig sein zu lassen. Die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens in Bezug auf die Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB wird ausschließlich anhand von objektiven Kriterien bestimmt. Das „Gegenstandsloswerden“ eines Tatbestandes durch subjektive Umstände⁴²⁴ ist der Rechtsordnung indes fremd und eindringlich abzulehnen. [vgl. dazu auch schon oben Teil C.) I.) 2.) a.) aa.) aaa.) zum dogmatischen Streit um die „Körperverletzungsdoktrin“.]
Zudem ist eine solche Abgrenzung auch rein tatsächlich untauglich, weil sie zu beträchtlichen Abgrenzungsproblemen gegenüber solchen Fallgruppen ärztlicher Behandlung führt, in denen der Heilcharakter - so vor allem bei kosmetischen Operationen - häufig zweifelhaft oder sogar ganz zu verneinen ist.

Ganz unabhängig davon ist es schwerlich verständlich, weshalb man für den Bereich der Arzthaftung einen sonderdeliktischen Tatbestand schaffen muß, wenn Weber-Steinhaus selbst „zu dem Ergebnis gelangen [muß], daß jede ärztliche Maßnahme eine unmittelbare, zielgerichtete und damit im Rechtssinne vorsätzliche Körperverletzung i.S.d. § 823 I BGB konstituiert, die ... zugleich das Rechtswidrigkeitsurteil indiziert“.⁴²⁵

Ein weiterer Kritikpunkt an der Sonderdeliktiskonzeption nach Weber-Steinhaus besteht in der hochgradigen Beliebigkeit ihrer Ergebnisse und Konsequenzen:

Nach Weber-Steinhaus könnten „in dem freieren Rahmen eines verhaltensbezogenen Deliktstatbestandes“ insbesondere die Problematik der Schadensfolgenrechnung „unter Schutzzweckgesichtspunkten offen ohne dogmatische Verengung aufgegriffen und entschieden werden“. Zahlreiche Zurechnungsprobleme bräuchten „nicht mehr gewaltsam einem oder mehreren Rechtsgütern des § 823 I BGB zugeordnet oder in ein schwer nachvollziehbares Verhältnis von Grund und Folge gebracht zu werden“.⁴²⁶ Weber-Steinhaus zieht allerdings selbst weitgehend nicht die (naheliegenden) Konsequenzen seines sonderdeliktischen Ansatzes, sondern macht folgende ganz beträchtliche Durchbrechungen:⁴²⁷

⁴²³ Wörtlich Weber-Steinhaus, aaO, S. 64. „Das allgemeine Körperverletzungsverbot des § 823 Abs. 1 BGB wird für den Arzt, sofern er nur zu Heilzwecken agiert, in Anerkennung der prinzipiellen Sozialnützlichkeit seiner nicht auf vordergründige Körperverletzungen, sondern Heilerfolge ausgerichteten Tätigkeit gegenstandslos, ohne dabei den Schutz des Patienten in irgendeiner Weise zu verkürzen, weil es durch das ebenso grundsätzliche Verbot bzw. Gebot bestimmter Verhaltensweisen ersetzt wird“.

⁴²⁴ die nach der Ansicht von Weber-Steinhaus in der medizinisch indizierten und dementsprechend motivierten Heilbehandlung des Arztes liegen würden.

⁴²⁵ Zitat von Weber-Steinhaus aaO, S. 49; so wie hier kritisch zu Weber-Steinhaus auch Park, Das System des Arzthaftungsrechts, S. 93.

⁴²⁶ Sämtliche Zitate aus Weber-Steinhaus, S. 61.

⁴²⁷ Überblicksweise von ihm aaO schon angedeutet auf den Seiten 61 bis 63.

aa.) Die erste Durchbrechung der durch den sonderdeliktischen Ansatz eigentlich vorgegebenen Konsequenzen entwickelt Weber-Steinhaus bei der *Beweislast* für einen Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung.

Weber-Steinhaus differenziert in diesem Zusammenhang zwischen einer vom Arzt zu beweisenden „Grundaufklärung“⁴²⁸ des Patienten über Art und Umfang der Behandlung einerseits und einer vom Patienten zu beweisenden Verletzung der Aufklärungspflicht über „einzelne Verwirklichungsformen des Eingriffsrisikos“⁴²⁹ andererseits. Hierdurch nähert sich Weber-Steinhaus in beweisrechtlicher Hinsicht zumindest teilweise den Konsequenzen der erfolgsunrechtsbezogenen Körperverletzungsdoktrin an.

Diese Differenzierung führt in beweisrechtlicher Hinsicht zu einer entscheidenden Durchbrechung der Sonderdeliktiskonzeption, nach der im theoretischen Ausgangspunkt der *Patient* für den Aufklärungsfehler des Arztes beweisbelastet wäre.⁴³⁰

So sehr diese von Weber-Steinhaus propagierte Durchbrechung seiner Doktrin in beweisrechtlicher Hinsicht zum Wohle der Patienten auch zu begrüßen ist, so zweifelhaft ist die von Weber-Steinhaus hierfür gegebene Begründung dann allerdings.

Nach seiner Ansicht sei die Aufklärungspflicht des Arztes „bezüglich einzelner immanenter Risiken“ der Behandlung „keine Leistungspflicht (Verletzungsform: Nichterfüllung)“, sondern eine „echte Verhaltenspflicht, die vertragsrechtlich wie deliktsrechtlich als Schutzpflicht (Verletzungsform: Schlechterfüllung) einzustufen ist“.⁴³¹

Abgesehen von der zweifelhaften Terminologie ist diese Differenzierung jedenfalls nicht sachgerecht.

Die Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten ist im Hinblick auf dessen Rechtsgut Körper derart wichtig, daß der Arzt sie nicht nur vollumfassend im Vorfeld eines Eingriffes erfüllen muß, sondern daß auch die Art und Weise ihres Beweises nicht verschiedenen Regeln unterworfen sein kann, je nachdem ob die Aufklärung die „Art und Umfang der Behandlung sowie deren allgemeine Risikobelastung“⁴³² oder lediglich „einzelne Risikomerkmale“⁴³³ betrifft.⁴³⁴ Wenn Weber-Steinhaus seine sonderdeliktische Konzeption im Hinblick auf die Beweislast hier schon durchbricht, dann wäre es im Interesse des Patienten zu wünschen, wenn Weber-Steinhaus die Beweislast der ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung *insgesamt* dem Arzt zuweisen würde, was er dann aber doch nicht tut.

Folgte man der Differenzierung von Weber-Steinhaus, dann könnten sich die Beweisschwierigkeiten des Patienten für eine nicht wirksame „Einzelaspektaufklärung“ auch im übrigen sehr negativ auf das Aufklärungsverhalten der Ärzte auswirken⁴³⁵, die

⁴²⁸ Weber-Steinhaus aaO, S. 240.

⁴²⁹ Im einzelnen hierzu Weber-Steinhaus aaO, S. 241 ff. mit einer weiteren Differenzierung der Problematik: „Aufspaltung von Darlegungs- und Beweislast“. Der Arzt müsse die Behauptung des Patienten, über das in Frage stehende Risikomerkmale nicht aufgeklärt worden zu sein, substantiiert bestreiten und im einzelnen darlegen, sowie im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren unter Beweis stellen, welchen Gang das Aufklärungsgespräch genommen und welche Informationen im einzelnen dem Patienten vermittelt wurden. Habe der Arzt solchermaßen die Durchführung eines gewissenhaften Aufklärungsgesprächs sowie die Erteilung eines Hinweises auf einzelne Verwirklichungsformen der allgemeinen Risikobelastung glaubhaft gemacht, setze erst dann die volle Beweislast des Patienten für einen Aufklärungsfehler ein.

⁴³⁰ Vgl. im Ausgangspunkt so auch Weber-Steinhaus aaO, S. 237.

⁴³¹ Weber-Steinhaus aaO, S.241.

⁴³² so wörtlich Weber-Steinhaus aaO, S. 240.

⁴³³ So wörtlich Weber-Steinhaus aaO, S. 241.

⁴³⁴ kritisch zu den Beweislastregeln von Weber-Steinhaus auch Park, aaO, S. 94: „Besonders bedenklich bei seiner These ist die beliebig wechselhafte Handhabung der Beweislastregel“.

⁴³⁵ Die Konsequenzen dieser Ansicht könnten sich nach Schramm aaO, S. 283 „außerordentlich kontraproduktiv“ auf die Sicherung der Selbstbestimmung des Patienten auswirken.

wegen der starken Beweisnot des Patienten diesbezüglich im Ergebnis kaum Konsequenzen aus eventuellen Nachlässigkeiten diesbezüglich fürchten müßten. Andererseits könnten mißliche Konsequenzen dieser Beweislastverteilung wiederum - ebenfalls systemwidrig- die Rechtsprechung zu einer großzügigeren Handhabung der Behandlungsfehlerrüge verleiten.⁴³⁶

bb.) Nach dem sonderdeliktischen Lösungsansatz von Weber-Steinhaus würde die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung⁴³⁷ für den eingetretenen Schaden im Ausgangspunkt zu den vom Patienten positiv zu beweisenden Voraussetzungen der ärztlichen Haftung gehören.⁴³⁸

Weber-Steinhaus trägt indes auch diese Konsequenz seines Ansatzes nicht mit, sondern propagiert offen aus „Normzwecküberlegungen“⁴³⁹ und „Billigkeitserwägungen“⁴⁴⁰ eine Umkehr der Beweislast zu Lasten des Arztes, da sich der Patient diesbezüglich typischerweise in einer aussichtslosen Beweissituation befinde. Der Arzt müsse also die Irrelevanz des Aufklärungsfehlers für den eingetretenen Schaden beweisen. Somit nähert sich Weber-Steinhaus auch in dieser Frage in den Konsequenzen der erfolgsunrechtsbezogenen Körperverletzungsdoktrin der Rechtsprechung an. Nach ihr trägt für den grundsätzlich beachtlichen Einwand der hypothetischen Einwilligung des Patienten nach heute wohl unbestrittener Auffassung der Arzt die Beweislast⁴⁴¹. Lediglich, wenn sich bei der Aufklärungspflichtverletzung eine nicht aufklärungspflichtige Gefahr verwirklicht, solle nach Weber-Steinhaus dem Patienten die Beweislastumkehr nicht zugute kommen, ebenso wenn sich genau dasjenige Risiko realisiert hat, über das der Patient aufgeklärt wurde.⁴⁴²

cc.) Schließlich überrascht Weber-Steinhaus auch durch seine Ausführungen zur Zurechnung der Schadensfolgen nicht wirksam konsentierter Heileingriffe. Obwohl er mit seinem sonderdeliktischen Ansatz die Verhaltenspflicht des Arztes als zentrales Element des sonderdeliktischen Haftungstatbestandes herausarbeitet, verneint Weber-Steinhaus die Möglichkeit der Zurechnung der Schadensfolgen mit Hilfe von Normzweckerwägungen, die sich - jedenfalls vom theoretischen Ausgangspunkt her - problemlos am Schutzzweck der sonderdeliktisch herausgestellten Aufklärungspflicht orientieren könnten. Die Aufklärungspflicht bezwecke nach Weber-Steinhaus nicht „die Hintanhaltung einzelner Risiken, sondern pauschal eine informierte Entscheidung über die Vor- und Nachteile der Behandlung insgesamt“, so daß ihr „schwerlich ein

⁴³⁶ Auch Weber-Steinhaus aaO, S. 243/244 sieht diese möglichen Konsequenzen.

⁴³⁷ Weber-Steinhaus aaO, S. 253 spricht insoweit vom „Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Aufklärungspflichtverletzung und eingetretenem Schaden“.

⁴³⁸ so im Ausgangspunkt konsequent und zutreffend Weber-Steinhaus aaO, S. 253 f. und S. 265.

⁴³⁹ im einzelnen hierzu Weber-Steinhaus aaO, S. 268/269

⁴⁴⁰ im einzelnen hierzu Weber-Steinhaus aaO, S. 269 ff.

⁴⁴¹ statt vieler Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 137 m.Rspr. -Nw.

⁴⁴² Das ist nach Weber-Steinhaus aaO, S. 284 ff. die „Schutzzweckorientierte Reduktion der prinzipiellen Beweisbelastung des Arztes für die Relevanz des Aufklärungsversäumnisses“, die dann eingreift, „soweit es um die Haftung für offengelegte oder nicht offenlegungsbedürftige Risiken geht“. (Weber-Steinhaus, aaO, S. 285).

haftungseinschränkender Ausschließlichkeitsgehalt in Bezug auf bestimmte Risiken unterlegt werden“ könne⁴⁴³.

In diesem Zusammenhang bemerkt Weber-Steinhaus im Hinblick auf die (erfolgsunrechtsbezogene) Körperverletzungsdoktrin, daß sie „insoweit einen zutreffenden Kern [enthalte], als die Rechtsprechung hervorhebt, daß die Einwilligung in einen Eingriff unteilbar ist und nicht in Bezug auf bestimmte Risiken erteilt und in Ansehung anderer versagt werden kann“.⁴⁴⁴

Statt auf die (nach seinem Ansatz eigentlich naheliegende) Normzwecklehre zur Einschränkung der Schadensfolgenrechnung bei nicht wirksam konsentierten Heileingriffen zurückzugreifen, bemüht sich Weber-Steinhaus vielmehr um eine Eingrenzung der Schadensfolgen nicht wirksam konsentierter Heileingriffe unter Berücksichtigung der „Zwecksetzung der Aufklärungshaftung“ bzw. nach „dem Sinn und Zweck des Schadensersatzrechts allgemein“.⁴⁴⁵ Hiernach dürften „bewußt in Kauf genommene Risiken im Falle ihrer Verwirklichung nicht auf deren Urheber zurückverlagert werden...“⁴⁴⁶ Diesen Grundsatz präzisiert Weber-Steinhaus dergestalt, daß dem Arzt sowohl pflichtgemäß aufgeklärte als auch nicht aufklärungsbedürftige Risiken nicht zuzurechnen⁴⁴⁷ sind, letztere unter der weiteren Voraussetzung, daß „der Patient zumindest über Art und Umfang der Behandlung ins Bild gesetzt worden war...“⁴⁴⁸.

Ähnlich wie schon bei der Persönlichkeitsrechtsdoktrin und deren zahlreichen Varianten, zeigt sich auch bei Weber-Steinhaus, daß er die Konsequenzen seines Ansatzes weitgehend gar nicht zieht, sondern innerhalb seines eigenen Haftungskonzeptes wieder weitgehende Ausnahmen propagiert. Wenn allerdings der sonderdeliktische Ansatz wegen seiner weitgehend inakzeptablen Konsequenzen ohnehin von Weber-Steinhaus an zentralen Punkten wieder durchlöchert wird, dann muß sich eine seriös betriebene Zivilrechtswissenschaft nach dem Sinn solcher Lösungsmodelle fragen, erst recht, wenn ihre dogmatische Herleitung - wie das Sonderdeliktsrecht - sehr problematisch ist. Der sonderdeliktische Ansatz von Weber-Steinhaus ist dann nicht etwa ein brauchbares dogmatisches Konzept mit insgesamt weitgehend überzeugenden Ergebnissen, sondern letztlich ein überflüssiger und zudem in seiner dogmatischen Fundierung hochgradig problematischer „juristischer Fassadismus“.

Angesichts dieses von Weber-Steinhaus erzeugten Klimas weitgehender dogmatischer Beliebigkeit ist es alles andere als überraschend, wenn er auf Seite 292 selbst zu der Feststellung kommt, daß die Arzthaftung „mehr durch materielle Erwägungen als durch konzeptionelle Überlegungen regiert wird“⁴⁴⁹. Vor einem solcherart beschaffenen „Sonderdeliktsrecht“ der ärztlichen Berufshaftung ist indessen eindringlich zu warnen.⁴⁵⁰

⁴⁴³ Beide Zitate aus Weber-Steinhaus aaO, S. 280/281.

⁴⁴⁴ Weber-Steinhaus aaO, S. 281.

⁴⁴⁵ Beide Zitate aus Weber-Steinhaus aaO, S. 287.

⁴⁴⁶ Weber-Steinhaus, aaO, S. 287.

⁴⁴⁷ So im Ergebnis Weber-Steinhaus aaO, S. 287/288.

⁴⁴⁸ Weber-Steinhaus aaO, S. 288.

⁴⁴⁹ Weber-Steinhaus aaO, S. 292.

⁴⁵⁰ So im Ergebnis auch Park, Das System des Arzthaftungsrechts, S. 94.

II.) Rechtsnatur und Inhalt der rechtfertigenden Einwilligung

1.) Einführung in die Problematik

Bei den meisten Gütern und Interessen kann der Inhaber auf den Schutz verzichten.⁴⁵¹

Dies ist auch bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit so, um die es im Rahmen dieser Arbeit geht.

Bei dem Verzicht auf Güterschutz ist von vornherein maßgeblich auf den Zeitpunkt des erklärten Verzichtes zu achten.⁴⁵²

Nach dem Eingriff erklärt, enthält der Verzicht keine Einwilligung und entfaltet keine rechtfertigende Kraft⁴⁵³, so daß sich an der Rechtfertigung des Notwehr übenden Geschädigten, bzw. von Dritten, die Nothilfehandlungen zugunsten des Geschädigten unternommen haben, nichts ändert. In diesem Falle kann der Verzicht nur als das Angebot zu einem Erlaßvertrag hinsichtlich des Anspruchs des Geschädigten auf Schadensersatz ausgelegt werden.⁴⁵⁴

Vor dem Eingriff erklärt, bedeutet der Verzicht die Einwilligung in die Verletzung selbst, also Verzicht auf defensiven Rechtsschutz und damit einen Rechtfertigungsgrund, der einer Pflichtverletzung bzw. einer unerlaubten Handlung das Merkmal der Widerrechtlichkeit nimmt⁴⁵⁵.

Die Einwilligung, die im Strafrecht zwar in § 228 StGB als bestehend vorausgesetzt wird, ist als Rechtfertigungsgrund weder im Zivil- noch im Strafrecht gesetzlich normiert, aber gewohnheitsrechtlich anerkannt⁴⁵⁶, da man sie auf den Rechtsgedanken „volenti non fit iniuria“ zurückführen kann.⁴⁵⁷

Trotz der überragenden Bedeutung des Rechtsinstitutes der rechtfertigenden Einwilligung vor allem für die ärztliche Tätigkeit, besteht bis heute im Kontext des Zivilrechtes Unsicherheit über dessen Rechtsnatur und zahlreiche zentrale Anwendungsvoraussetzungen⁴⁵⁸, weshalb diese Problematik im Folgenden kurz dargestellt werden soll.

2.) Die Rechtsnatur der rechtfertigenden Einwilligung

Die Rechtsnatur der rechtfertigenden Einwilligung ist stark umstritten. Das liegt daran, daß sie gewissermaßen „an der Nahtstelle zwischen Rechtsgeschäftslehre und Deliktsrecht“⁴⁵⁹ liegt.

⁴⁵¹ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 282; vgl. E I § 706: „Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu“.

⁴⁵² Vgl. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 282.;

⁴⁵³ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz. 282; Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 12 III a.E. (S. 346); Für das Strafrecht statt vieler Amelung/Eymann, JuS 2001, S. 937, 941.

⁴⁵⁴ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz. 282; Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 12 III (S. 346)

⁴⁵⁵ vgl. Kohte AcP 185 (1985), S. 105, 110.; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz. 282; Soergel/Fahse § 227, Rz 17; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 75 II (S. 363)

⁴⁵⁶ Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 37.

⁴⁵⁷ Kohte, AcP 185 (1985), S. 105, 108; eingehend zum Gerechtigkeitsprinzip des Rechtsspruchwortes „volenti non fit iniuria“: Ohly, „volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht, insbes. dort in § 5 (S.63-80).

⁴⁵⁸ „Die Einwilligung ist ein Stiefkind der Privatrechtsdogmatik“ so einleitend Ohly in seiner jüngst erschienen Habilitationsschrift „volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht, § 1 I (S. 1).

⁴⁵⁹ So Ohly, aaO, § 9 I (S. 178)

Die rechtfertigende Einwilligung wird teilweise als *Willenserklärung*⁴⁶⁰ oder als *geschäftsähnliche Handlung*⁴⁶¹ angesehen.

Wesentliche Konsequenz dieser Einordnung ist, daß für zahlreiche sehr praxisrelevante Fragen im Ausgangspunkt die Vorschriften über Willenserklärungen - die für die sogenannten geschäftsähnlichen Handlungen entsprechend gelten⁴⁶² - als Lösungshilfe in Betracht kommen, so z.B. für die sehr umstrittene Frage, ob für die Wirksamkeit der rechtfertigenden Einwilligung Abgabe und Zugang derselben Voraussetzung ist⁴⁶³, ob die Wirksamkeit einer rechtfertigenden Einwilligung die Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden voraussetzt, sowie für die sehr komplexe Problematik der Behandlung von Willensmängeln bei der Einwilligung.

All diese und zahlreiche weitere Fragen könnten mit einer rechtsgeschäftlichen Qualifikation der rechtfertigenden Einwilligung unproblematisch und systemkonform beantwortet werden⁴⁶⁴.

Dabei ist im Ausgangspunkt zu bemerken, daß die Qualifizierung der rechtfertigenden Einwilligung als Willenserklärung bei erster Betrachtung durchaus gewichtige Argumente für sich hat:

Die Willenserklärung ist definiert als Willenskundgabe, die auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet ist und diesen Erfolg - weil vom Erklärenden gewollt und von der Rechtsordnung anerkannt - auch herbeiführt. Im Gegensatz hierzu steht die geschäftsähnliche Handlung, bei der die Rechtsfolge kraft Gesetzes an die Erklärung gebunden ist unabhängig davon, ob der Wille des Erklärenden auf diesen Erfolg gerichtet ist oder nicht⁴⁶⁵.

Sehr wohl enthält die rechtfertigende Einwilligung sowohl eine Rechtswirkung als auch einen Rechtsfolgewillen. Die Rechtswirkung besteht darin, daß ihrem Empfänger eine Position rechtlichen Dürfens eingeräumt wird⁴⁶⁶, die „allerdings in ihrem Bestand nicht gesichert ist“.⁴⁶⁷ Auf die Schaffung dieser Position⁴⁶⁸ beziehe sich auch der Rechtsfolgewille des Einwilligenden.⁴⁶⁹

⁴⁶⁰ Kohte, AcP 185 (1985), S. 105, 152 ff.; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 42; Ohly, aaO, § 9 III (S. 214): „Die Einwilligung ist also ein Rechtsgeschäft, wenn auch ein untypisches“, und ders. aaO, S. 472 „empfangsbedürftige Willenserklärung“.

aus der Rechtsprechung: RGZ 68, 431 (436); RGZ 141, 262, 265; BGHZ 7, 198 (206 f.); anders aber die spätere Rechtsprechung z.B. BGHZ 29, 33, 36 und BGH, JZ 1989, 93, 94.

⁴⁶¹ Palandt/Heinrichs, vor § 104, Rz 6 und 8; Larenz, Schuldrecht II (11) § 71 I c (S. 527): „geschäftsähnliche Willenserklärung“.

⁴⁶² Palandt/Heinrichs vor § 104, Rz 7; Kohte, aaO, S. 119.

⁴⁶³ Die funktionale Identität von Willenserklärung bzw. geschäftsähnlicher Handlung einerseits und rechtfertigender Einwilligung andererseits würde es nahelegen, daß die rechtfertigende Einwilligung erklärt werden und dem Schädiger zugehen muß, so Kohte AcP 185 (1985), S. 105, 124 und Ohly aaO, § 12 I 3 (S. 337 ff.).

⁴⁶⁴ Zu ausgewählten Einzelfragen der rechtfertigenden Einwilligung umfassend Kohte aaO, S. 105, insbes. S. 121 ff.

⁴⁶⁵ vgl. Palandt/Heinrichs, vor § 104, Rz 6; Jauernig/Jauernig vor § 104 Rz 23.

⁴⁶⁶ Rosener, Die Einwilligung in Heileingriffe, S. 100 ff, insbes. S. 112/112.

⁴⁶⁷ Rosener aaO, S. 100: „widerrufliche Erklärung“.

⁴⁶⁸ Rosener aaO, S. 108 ff. spricht gar von einem „Rechtsverhältnis“ das durch die Einwilligung zwischen dem Einwilligenden und dem Einwilligungsempfänger entsteht.

⁴⁶⁹ Rosener aaO, S. 114 ff.; vgl. insgesamt auch Kohte aaO, S. 118.

Die speziell gegen die Natur der Einwilligung als Willenserklärung in die Diskussion gebrachte Begründung, Willenserklärungen schüfen eine „rechtlich garantierte Planungsgrundlage“, auf die man „bauen“ könne, wogegen die Einwilligung nur die „Artikulation eines gegenwärtigen (Des-) interesse an der Befolgung einer Schutznorm“ darstelle⁴⁷⁰ ist ein inhaltsleeres Wortspiel und überzeugt nicht.

Auch und vor allem auf Einwilligungen muß der Eingreifende „bauen“ können im Sinne einer „rechtlich garantierten Planungsgrundlage“, und darf dies selbstverständlich auch, solange sie eben nicht widerrufen werden. Dies nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Tatsache, daß bei dem (vorsätzlichen) Eingriff in fremde Rechtsgüter und dadurch indizierter Rechtswidrigkeit in der Regel auch eine mögliche Strafbarkeit des Eingreifenden im Raum steht.

Umgekehrt kann auch durch Willenserklärungen häufig ein Desinteresse des Rechtsgutsinhabers über ein ihm gehörendes Gut zum Ausdruck kommen, so z.B. bei dessen Verfügung über einen ihm gehörenden Gegenstand.⁴⁷¹

Im Übrigen ist die weitere Differenzierung zwischen Willenserklärung und geschäftsähnlicher Handlung im Hinblick auf die rechtfertigende Einwilligung müßig⁴⁷² und ohne Praxisrelevanz, weil auch auf geschäftsähnliche Handlungen die Regeln über Willenserklärungen zumindest im Grundsatz anzuwenden sind.⁴⁷³

Allerdings zeigt sich bei induktiver Betrachtung einiger Problembereiche, daß die Qualifizierung der rechtfertigenden Einwilligung als Willenserklärung bzw. geschäftsähnlicher Handlung nicht die adäquate Lösung der Problematik ist⁴⁷⁴.

a.) Dies zeigt sich schon bei der Problematik der *Einwilligung Minderjähriger* in eine ärztliche Maßnahme, die nach §107 BGB wohl stets der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedürfte⁴⁷⁵. Eine starre Anwendung dieser Regel würde in vielen Fällen das Selbstbestimmungsrecht vor allem solcher Minderjähriger verletzen, die in zeitlicher Nähe zum Erreichen der Volljährigkeit stehen und die die Einwilligung zu eher kleinen oder routinemäßigen medizinischen Maßnahmen erteilen möchten. Ein sehr gutes Beispiel hierfür ist das Verabreichen oraler Kontrazeptiva an minderjährige Mädchen. Ebensowenig ist die durch § 1626 I BGB im Grundsatz vorgegebene vollständige Personen- und Vermögenssorge der Eltern (=elterliche Sorge) über den Minderjährigen,

⁴⁷⁰ So Amelung/Eymann JuS 2001, 937 f.

⁴⁷¹ vgl. auch zur „Stufenleiter der Gestaltungen“, Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 8 (S. 141 bis 177) als deren Oberbegriff Ohly die „Einwilligung im weiteren Sinne“ wählt, unter die dann die Fallgruppen „Verfügungsgeschäfte“, „Schuldverträge“ oder „einseitige Erklärungen“ fallen.

⁴⁷² Bei dieser Differenzierung stellt sich die Frage, ob die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung direkt *durch die Erklärung selbst intendiert* ist (dann wäre die Einwilligung wegen des zusätzlich vorhandenen Rechtsfolgewillens eine Willenserklärung) oder ob der Ausschluß der Rechtswidrigkeit lediglich *durch die Rechtsordnung*, also gerade nicht aufgrund privaten Willens des Einwilligenden eintritt (dann wäre die Einwilligung eine geschäftsähnliche Handlung). Vgl. zu dieser Differenzierung instruktiv Rosener, Die Einwilligung in Heileingriffe, S. 114, der für die „geschäftsähnlichen Handlungen“ noch den älteren Begriff „Rechtshandlungen“ benutzt.

⁴⁷³ vgl. hierzu Kohte aaO, S. 119; Palandt-Heinrichs vor §104, Rz 7; Larenz, Schuldrecht II (11), § 71 I c (S. 527).

⁴⁷⁴ Eine solche induktive Erörterung der Problematik der rechtfertigenden Einwilligung befürwortet ausdrücklich Kohte aaO, S. 120. Er kommt dabei allerdings zur Qualifizierung der rechtfertigenden Einwilligung als *Willenserklärung*.

⁴⁷⁵ Die rechtfertigende Einwilligung wäre dann als eine solche Willenserklärung anzusehen, durch die der Einwilligende „nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt“.

die bei rechtsgeschäftlicher Lösung der Problematik auch die Einwilligung zu Heilbehandlungen umfassen würde⁴⁷⁶, jedenfalls bei zeitlicher Nähe zu dessen Volljährigkeit nicht vertretbar.

b.) Ein weiterer Einwand gegen die Qualifizierung der Einwilligung als Willenserklärung bzw. geschäftsähnlicher Handlung ist die Problematik der *Widerruflichkeit* der Erklärung.

Als Konsequenz der Einordnung als Willenserklärung ergäbe sich, daß die Einwilligung nach ihrem Zugang beim Empfänger nicht mehr frei widerrufen werden könnte (vgl. § 130 I 2 BGB).⁴⁷⁷

Nach allgemeiner Ansicht muß aber die rechtfertigende Einwilligung zumindest bei die körperliche Integrität betreffenden Eingriffen stets jederzeit frei widerruflich sein, was sich schon aus dem hohen Gut der Selbstbestimmung ergibt und der Einwilligende anderenfalls in eine Objektrolle gedrängt würde.⁴⁷⁸

c.) Weiter führt die Anwendung rechtsgeschäftlicher Regeln auf die rechtfertigende Einwilligung zu Problemen bei der Handhabung von *Willensmängeln* der Einwilligung. Dieser Bereich ist der wohl am wenigsten geklärte Aspekt der Einwilligungslehre.⁴⁷⁹

Hier stellt sich nicht nur die Frage, welche Willensmängel überhaupt im Ergebnis beachtlich sind, sondern auch, ob bei einem beachtlichen Willensmangel die Einwilligung automatisch unwirksam ist oder ausdrücklich angefochten werden muß.

aa.) Weitgehende Einigkeit besteht heutzutage darin, daß die Herbeiführung der Einwilligung durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung im Ergebnis zur Unwirksamkeit der rechtfertigenden Einwilligung führt,⁴⁸⁰ und zwar unabhängig davon, ob man bei der Bestimmung der relevanten Willensmängel auf eine - wie auch immer zu definierende - „Freiwilligkeit“ der Einwilligung abstellt oder die Wertungskriterien der §§ 119 ff. BGB heranzieht. Nach der ersten Ansicht sei die Einwilligung dann nicht mehr „freiwillig“, wenn sie durch rechtswidrige Drohung oder eine arglistige Täuschung verursacht sei.⁴⁸¹ Nach der zweiten Ansicht entsprechen die Unwirksamkeitsgründe der Drohung und arglistigen Täuschung den in § 123 I BGB genannten Anfechtungsgründen⁴⁸².

Ob und in welcher Weise weitere Arten von Willensmängeln sich auf die Wirksamkeit der rechtfertigenden Einwilligung auswirken können, ist allerdings sehr umstritten. Sofern man der in § 119 I und II BGB enthaltenen Differenzierung zwischen (beachtlichem) Eigenschaftsirrtum und (unbeachtlichem) Motivirrtum auch für die

⁴⁷⁶ Vgl. § 1629 I,1 BGB: „Die elterliche Sorge umfaßt die Vertretung des Kindes“.

⁴⁷⁷ Kohte AcP 185 (1985), S. 105, 137 ff.

⁴⁷⁸ Forkel, JZ 1974, 593, 595; Kohte aaO, S. 137, Fn 147; für das Strafrecht Amelung/Eymann, JuS 2001, 937, 945, Fn 98.

⁴⁷⁹ Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 13,I,1 (S. 356)

⁴⁸⁰ Kohte, AcP 185 (1985), S. 105, 139.

⁴⁸¹ Palandt/Thomas, § 823 Rz 43: Darüber hinaus soll nach Thomas aaO, die Freiwilligkeit auch bei Gewalt und Zwang fehlen.

Zur Drohung und arglistigen Täuschung auch Erman/Schiemann, § 823 Rz 147: „Eine durch Drohung oder arglistige Täuschung herbeigeführte Einwilligung wird jedoch als nichtig angesehen“.

⁴⁸² Vgl. Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 13 I, 5 (S. 368).

rechtfertigende Einwilligung Relevanz beimessen möchte, stellt sich die Frage nach der praktischen Tauglichkeit dieser Differenzierung in diesen Fällen⁴⁸³.

Im Strafrecht hat sich eine recht kompakte Ansicht zur Beachtlichkeit von Willensmängeln bei rechtfertigenden Einwilligungen entwickelt.

Nach der dort vorherrschenden Meinung sind solche, - aber auch nur solche - Willensmängel beachtlich, die „rechtsgutsbezogen“ sind⁴⁸⁴, unabhängig von der Art ihrer Entstehung⁴⁸⁵.

Nach anderer Ansicht ist im Strafrecht jeder Irrtum, auch der Motivirrtum, beachtlich und führt zur Unwirksamkeit der Einwilligung⁴⁸⁶. Diese Ansicht wird teilweise auch im Zivilrecht befürwortet.⁴⁸⁷

Vorzugswürdig erscheint - nicht nur für das Zivilrecht - eine Kombination beider Ansätze dergestalt, daß grundsätzlich jeder „rechtsgutsbezogene“ Irrtum⁴⁸⁸ die Unwirksamkeit der rechtfertigenden Einwilligung zur Folge hat, zusätzlich die Unwirksamkeit der Einwilligung aber auch in solchen Fällen anzunehmen ist, in denen der Einwilligende durch rechtswidrige Drohung oder arglistige Täuschung zur Einwilligung veranlaßt wurde.⁴⁸⁹

Bloße nicht rechtsgutsbezogene Motivirrtümer (wie sie z.B. Irrtümer über die Behandlungskosten⁴⁹⁰ oder über weltanschaulich-religiöse Konsequenzen der Behandlung sein könnten) berühren die Wirksamkeit der Einwilligung in die Heilbehandlung nach der hier vertretenen Ansicht hingegen nicht.⁴⁹¹

Die Relevanz dieser „rechtsgutsbezogenen“ Irrtümer für die Wirksamkeit der rechtfertigenden Einwilligung findet im Bereich der Willenserklärungen ihre inhaltliche Parallele in der Regelung des § 119 II. Die fahrlässige Nicht- / Falschaufklärung des Patienten über aufklärungsbedürftige Risikopunkte der Heilbehandlung ruft bei ihm einen dem Eigenschaftsirrtum nach § 119 II BGB vergleichbaren „rechtsgutsbezogenen Irrtum“ hervor, der im Rahmen der Verschuldensprüfung des § 823 I BGB dem Arzt zur Last fällt, wenn er ihn hätte erkennen und ausräumen müssen.⁴⁹²

⁴⁸³ Vgl. dazu Kohte, aaO, S. 140.

⁴⁸⁴ Hierzu prägnant Amelung/Eymann JuS 2001, S. 937, 943 m. w.N. in Fn. 70.

⁴⁸⁵ Eine zumindest teilweise Parallele scheint die strafrechtliche Bezugnahme auf „rechtsgutsbezogene Irrtümer“ auch im Zivilrecht zu finden, wenn dort teilweise formuliert wird, daß zur Wirksamkeit der Einwilligung sich der Einwilligende „über Art und Ausmaß der von ihm einzugehenden Risiken im Klaren sein muß“, so allgemein Esser/Schmidt, SchuldR I/2 § 25 IV 2 a (S. 70/71); im Ergebnis wohl ebenso RGRK-Steffen, § 823 Rz 380: „Wo sich der Einwilligende über Umfang und Tragweite des Eingriffs ... irrt ... ist der Eingriff durch die Einwilligung nicht gedeckt“.

⁴⁸⁶ So jüngst wieder Amelung/Eymann, aaO, S. 943 f.

⁴⁸⁷ Berger, JZ 2000, 797, 801 (Fn 47).

⁴⁸⁸ Der Begriff der „Rechtsgutsbezogenheit“ sollte hierbei eine weite Auslegung erfahren und auch solche Motivirrtümer des Einwilligenden einschließen, die in einem spezifischen Zusammenhang mit dem durch den Eingriff betroffenen Rechtsgut stehen.

Als ein beachtlicher Motivirrtum des Patienten wäre es z.B. anzusehen, wenn sich dieser in dem irrigen Glauben, schwer erkrankt zu sein, einer unnötigen Operation unterzieht. In diesem Zusammenhang spielt die sog. Diagnoseaufklärung des Arztes eine Rolle, die als Teil der Selbstbestimmungsaufklärung den Patienten über die Art und Schwere der Erkrankung ins Bild setzen soll. [zur Diagnoseaufklärung als Teil der Selbstbestimmungsaufklärung noch unten in Teil D.) dieser Arbeit.]

⁴⁸⁹ So auch RGRK-Steffen, § 823, Rz 380.

⁴⁹⁰ Vgl. Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 109.

⁴⁹¹ Umfassend so wie hier RGRK-Steffen, § 823 Rz 380.

⁴⁹² Vgl. Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 13 I, 5 (S. 367 f.) und § 13 II, 5 (S. 387).

Insgesamt betrachtet kann es bei Vergleich zwischen den strafrechtlichen und zivilrechtlichen Ansichten sowie innerhalb der letzteren zwischen rechtsgeschäftlichen und nicht rechtsgeschäftlichen Konstruktionen der Einwilligungproblematik durchaus zu Konstellationen kommen, wo kaum Unterschiede bei der Abgrenzung der erheblichen von den unerheblichen Willensmängeln bestehen.⁴⁹³

bb.) Bei strikter Anwendung der für Willenserklärungen geltenden Regeln, müßte die *Anfechtung* der mit einem erheblichen Willensmangel behafteten Einwilligung in diesen Fällen allerdings nach § 143 I BGB dem Einwilligungsempfänger gegenüber *erklärt* und hierbei zudem die *Fristen* in § 121 bzw. 124 BGB eingehalten werden.⁴⁹⁴ Dies wird allerdings dem Schutzbedürfnis des Einwilligenden nicht gerecht, insbesondere in Anbetracht der Tatsache, daß bei versäumter Anfechtungsfrist wegen der Bindungswirkung der Erklärung nach rechtsgeschäftlichen Regeln auch kein Widerruf der Erklärung möglich wäre.

Der durch eine fehlgeschlagene Behandlung weiter geschwächte Patient wird häufig über längere Zeit erst einmal seinen Gesundheitszustand beobachten, auf Besserung hoffen und alles andere im Sinn haben als unverzüglich „Anfechtungserklärungen“ seinem Arzte gegenüber abzugeben.⁴⁹⁵ Hier zeigt sich ganz besonders deutlich, daß eine rechtsgeschäftliche Einordnung der Einwilligungproblematik evident nicht sachgerecht ist. Die Starrheit der §§121, 124, 142, 143 BGB führt daher im Bereich höchstpersönlicher Einwilligungen zu untragbaren Ergebnissen.⁴⁹⁶

cc.) Nicht zuletzt würde eine Qualifizierung der rechtfertigenden Einwilligung als Willenserklärung prinzipiell auch die Stellvertretung bei deren Abgabe ermöglichen, was jedenfalls bei der Verfügung über höchstpersönliche Güter, wie der körperlichen Unversehrtheit nicht angemessen ist⁴⁹⁷.

d.) Wie schon diese wenigen Beispiele verdeutlichen, führt die Anwendung der für Willenserklärungen geltenden Vorschriften auf die rechtfertigende Einwilligung in der Praxis in nahezu sämtlichen Problemkonstellationen zu keinen akzeptablen Ergebnissen, so daß die Deutung der rechtfertigenden Einwilligung als Willenserklärung oder als geschäftsähnliche Handlung nicht sachgerecht ist.⁴⁹⁸

Soweit die rechtfertigende Einwilligung weder als Willenserklärung, noch als geschäftsähnliche Handlung angesehen wird⁴⁹⁹ bedeutet dies allerdings auch nicht, daß sie als bloße „*Tathandlung*“ bzw. *Realakt*⁵⁰⁰ einzuordnen wäre. Realakte sind keine

⁴⁹³ So Ohly aaO, § 13 I (S. 368 f.).

⁴⁹⁴ Vgl. dazu Kohte aaO, S. 141.

⁴⁹⁵ Rosener, Die Einwilligung in Heileingriffe, S. 153/154.

⁴⁹⁶ So auch Ohly, aaO, § 13 I (S. 371), der - einer rechtsgeschäftlichen Deutung der rechtfertigenden Einwilligung folgend - insoweit eine teleologische Reduktion der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen postuliert.

⁴⁹⁷ Zur Problematik der Stellvertretung bei der Einwilligung vgl. auch Kohte, AcP 185, S. 105, 142 f..

⁴⁹⁸ Wie hier RGRK-Steffen, §823 Rz 377.

⁴⁹⁹ So vor allem Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 282 und RGRK-Steffen, § 823, Rz 377.

⁵⁰⁰ So aber Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 17 und wohl auch Jauernig/Jauernig vor § 104, Rz. 24.

Erklärungen, sondern rein tatsächliche Akte, die durch sich selbst wirken und an die das Gesetz eine Rechtsfolge knüpft.⁵⁰¹

Die rechtfertigende Einwilligung ist aber kein rein tatsächlicher Akt, sondern sehr wohl eine Erklärung, die eine „Gestattung oder Ermächtigung“ zum Ausdruck bringt, so daß sie auch keine bloße Tathandlung ist.⁵⁰²

Alle diese Überlegungen legen den Schluß nahe, daß die rechtfertigende Einwilligung unter keines der bisher dargestellten Rechtsinstitute paßt, sondern als ein *Rechtsinstitut eigener Art* angesehen werden sollte.

Einzig eine solche Qualifizierung ermöglicht die flexible und differenzierende Lösung von sämtlichen soeben aufgeworfenen Problemen, was die teilweise (analoge) Anwendung von für Willenserklärungen geltenden Gesetznormen keinesfalls ausschließt.⁵⁰³ Zu denken ist hierbei insbesondere an die Auslegungsregeln der §§133, 157 BGB⁵⁰⁴, an die analoge Anwendung der Nichtigkeitsgründe des §134 und insbesondere des § 138 I BGB⁵⁰⁵ sowie (bei Formulareinwilligungen)⁵⁰⁶ an eine behutsame analoge Anwendung einzelner im Hinblick auf Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Schutzvorschriften, z.B. §305 c I BGB (überraschende Klauseln), §305 c II BGB (unklare Klauseln), §307 BGB (unangemessen benachteiligende Klauseln) und §309 Nr. 12 b. (unzulässige Bestätigung von Tatsachen). Letzteres wird dann bedeutsam, wenn der Patient mit seiner Unterschrift eine umfangreiche Aufklärung durch das Aufklärungsgespräch bestätigen soll⁵⁰⁷. Im Übrigen sind auch im Hinblick auf die verschiedenen Rechtsgüter differenzierende Lösungen denkbar.⁵⁰⁸

⁵⁰¹ Vgl. Palandt/Heinrichs, vor §104, Rz 9; Kohte aaO, S. 125.

⁵⁰² so zutreffend Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 38.

⁵⁰³ Schon gar nicht handelt es sich bei diesem Ergebnis um eine „resignierende Feststellung“ wie Ohly aaO, § 9 III 2 (S. 210) die hier vertretene Ansicht ablehnt.

Es ist einfach anzuerkennen, daß das BGB bei dieser Problematik lückenhaft ist und es sich letztlich als methodenverkrampft darstellen würde, die hochkomplexe Problematik der rechtfertigenden Einwilligung unter die Schablone rechtlicher Austauschgeschäfte - wie sie die §§ 104 ff. BGB im Ausgangspunkt darstellen - zu pressen. Auch Ohly aaO, § 1 III (S.5) als Vertreter einer rechtsgeschäftlichen Einordnung der rechtfertigenden Einwilligung muß eingestehen: „Wenn die Einwilligung ein Rechtsgeschäft ist, dann jedenfalls ein äußerst untypisches“.

⁵⁰⁴ Hierzu Kohte aaO, S. 124 ff.; bejahend auch Laufs, Arztrecht, Rz 222, Fn 120.

⁵⁰⁵ Vgl. hierzu Kohte, aaO, S. 131 ff m.w.N. insbes. in Fn. 117.

Kohte weißt auf S. 135 zutreffend darauf hin, daß vor allem die Problematik des sogenannten „Machtmißbrauchs“ sich konstruktiv nur über §§138, 242 BGB, nicht aber über §226a StGB [heute: § 228 StGB], der ausschließlich auf die Sittenwidrigkeit der *Tat* abstellt, lösen läßt.

⁵⁰⁶ Vgl. dazu ebenfalls Kohte, AcP 185 (1985), S. 105, 128 ff.

⁵⁰⁷ Vgl. Kohte aaO, S. 130.

Bei der analogen Anwendung des AGBG strikt unterscheidend zwischen der rechtfertigenden Einwilligung als solcher und der die Tatsache der mündlichen Aufklärung bestätigenden Erklärung des Patienten als einer Tatsachenbestätigung, Jungbecker, MedR 1990, S. 173 ff. : Nicht die Operationseinwilligung, sondern lediglich die Aufklärungsbestätigung als Tatsachenerklärung würde vom AGBG erfaßt.

⁵⁰⁸ Eine Differenzierung nach der Qualität der betroffenen Rechtsgüter bei den einzelnen Fallgruppen anmahnd auch Kohte aaO.

3.) Inhalt der rechtfertigenden Einwilligung

Die Einwilligung enthält die Kundmachung des Verzichts; sie kann ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten⁵⁰⁹ erfolgen, muß aber einen irgendwie gearteten Erklärungsakt darstellen. Da sie - wie gerade gesehen - weder Willenserklärung, noch geschäftsähnliche Handlung ist, finden auf sie die technischen Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Willensmängel und Nichtigkeit keine direkte Anwendung. Allerdings stellt die wirksame Einwilligung inhaltliche Voraussetzungen, die zwar nicht direkt aus der Rechtsgeschäftslehre, sondern aus dem Schutzbereich des Gutes oder Interesses, auf das verzichtet werden soll und dem Verständnis des Rechtsgutsträgers abzuleiten sind.⁵¹⁰

An diesem Ort stellt sich das Problem der Notwendigkeit umfassender Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten. Denn die Einwilligung des Patienten kann im Sinne eines umfassenden Schutzes der Rechtsgüter Körper/ Gesundheit nur dann als wirksam angesehen werden, wenn der Patient umfassend über die Risiken dieses Eingriffes im Bilde ist. Das setzt eine entsprechend umfassende Aufklärung des Patienten über die mit diesem Eingriff verbundenen Risiken voraus.

Weiter ist die Einbeziehung des gesetzlichen Vertreters in die Entscheidungsfindung bei minderjährigen Patienten im Einzelfall flexibel zu handhaben. Die starren Regelungen der rechtsgeschäftlichen Vorschriften des BGB können diese hochdifferenzierte Arbeit jedenfalls nicht leisten.

⁵⁰⁹ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 282; so wohl auch Ohly, aaO, § 12 I (S. 339); vgl. aber auch Ohly aaO, S. 339, nach dem sich folgende Regel formulieren läßt: „Je gewichtiger der Eingriff und je wertvoller das betroffene Rechtsgut, desto eindeutiger muß die Einwilligungserklärung ausfallen“.

⁵¹⁰ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 282.

III.) Die Relevanz der Unrechtslehren für die Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern

1.) Einleitung

Im Rahmen der bisherigen Erörterungen unter Teil C.) I.) bezüglich der Frage, welches das durch nicht wirksam konsentierete Heileingriffe verletzte Rechtsgut ist, spielte auch und vor allem die Problematik der *Beweislast* eine erhebliche Rolle. Hierbei hatte sich gezeigt, daß ein maßgeblicher Grund für die von der Minderheitsauffassung favorisierte sog. Persönlichkeitsrechtsdoktrin neben zahlreichen weiteren Aspekten gerade auch Überlegungen zur *Beweislast* eine Rolle spielten.⁵¹¹ Denn wie oben unter Teil C.) I.) 1.) b.) bb.) aaa.) gezeigt, muß im Rahmen der sog. Persönlichkeitsrechtsdoktrin der Patient sowohl die *Verletzung* seines APR. als „offenen Tatbestand“ als auch die *Rechtswidrigkeit* dieser Persönlichkeitsrechtsverletzung⁵¹² einer *positiven Feststellung* zuführen. Hierbei gehört das Unterlassen der gebotenen Aufklärung zu dem vom Anspruchsteller zu beweisenden Tatbestand, weil nur unter dieser Voraussetzung die Entscheidungsfreiheit des Patienten und damit dessen APR. beeinträchtigt sein kann.⁵¹³

Im Rahmen der sogenannten Körperverletzungsdoktrin ist die Beweislast für die wirksame Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten - anders als innerhalb der Persönlichkeitsrechtsdoktrin - umstritten. Fraglich ist hierbei, ob durch die in der Heilbehandlung liegende „Verletzung“ des Körpers deren *Rechtswidrigkeit indiziert* ist [so die Lehre vom Erfolgsunrecht], oder ob die Rechtswidrigkeit dieser Körperverletzung vom Geschädigten über die Darlegung eines Verhaltenspflichtverstoßes positiv bewiesen werden muß [so die Lehre vom Verhaltensunrecht/Handlungsunrecht].

Sofern man also einem verhaltenspflichtorientierten Ansatz folgt, würde man auch im Kontext der Körperverletzungsdoktrin bei der Selbstbestimmungsaufklärungsfehlerrüge im Ergebnis zur gleichen Beweislast wie die Persönlichkeitsrechtsdoktrin kommen. Der Streit um die Unrechtslehren besitzt somit innerhalb der Körperverletzungsdoktrin zunächst einmal erhebliche Relevanz für die *Beweislast* bzgl. des Selbstbestimmungsaufklärungsfehlers, weshalb die Problematik einer eingehenderen Erörterung bedarf.

⁵¹¹diesen Aspekt der - auch von ihm favorisierten - Persönlichkeitsrechtsdoktrin jüngst nachdrücklich wieder herausstellend Katzenmeier, Arzthaftung, § 8 III, 3, (S. 502).

Zur neueren Tendenz in der (vor allem arzthaftungsrechtlichen) Literatur, die Beweislast nicht mehr (nur) doktrinbedingt, sondern sachlich zu ermitteln Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 III,1 (S. 127, m.w.N. in Fn. 322). Nach der hier vertretenen Ansicht wird man allerdings das *doktrinbedingte Beweislastargument* stets als das „stärkere“, weil systematischere anzusehen haben; *sachlich motivierte Beweislastverteilungen* sollten hingegen lediglich als - besonders begründungsbedürftige - Ausnahmefälle akzeptiert werden.

⁵¹² Wobei eine klare Unterscheidung der beiden Ebenen im Prüfungsvorgang in der Regel nicht möglich ist.

⁵¹³ Vgl. Laufs, NJW 1969, 529 (533); D. Franzki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, S. 123 f. ; Katzenmeier, Arzthaftung, § 8 III,3 (S. 502),

a.A. zur Beweislast im Rahmen der Persönlichkeitsrechtsdoktrin Erman /Schiemann § 823 Rz 141 und Soergel/Zeuner § 823 Rz 18 [beide allerdings als Vertreter der Körperverletzungsdoktrin]

2.) Die Lehre vom Handlungsunrecht

a.) Darstellung mit arzthaftungsrechtlichem Bezug/ Die Position der Literatur

Die Relevanz der Lehre vom Handlungsunrecht für die Haftung des Arztes wegen nicht wirksam konsentierter Heilbehandlung ist erheblich.

Nach dieser Lehre kann ein grundsätzlich erlaubtes, aber risikoreiches Verhalten nicht allein deshalb als rechtswidrig angesehen werden, weil es trotz beachteter Sorgfalt zur Verletzung geführt hat. Ein solches Verhalten sei nur dann rechtswidrig, wenn der Schädiger entweder gegen eine spezielle *Verhaltensnorm* verstoßen oder (zumindest) die *im Verkehr geforderte Sorgfalt* außer acht gelassen habe⁵¹⁴.

Die Terminologie ist in diesem Zusammenhang konfus. Dabei ist das Verhältnis von Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit besonders umstritten.⁵¹⁵ Man kann – bei vielen Abweichungen im Detail – zwei Grundströmungen erkennen:

Nach einer Ansicht (Brüggemeier nennt diese das *eindimensionale Konzept*) ist Fahrlässigkeit gleichbedeutend mit Verkehrswidrigkeit und Verletzung der sog. (äußeren) Sorgfalt.⁵¹⁶ Die Verletzung einer konkreten deliktischen Verhaltenspflicht, mit der die Rechtswidrigkeit feststehe, sei nichts anderes als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Objektive Pflichtwidrigkeit und Fahrlässigkeit seien also identisch.⁵¹⁷ Als Verschuldensform werde die Fahrlässigkeit entbehrlich.⁵¹⁸ Die Normalhaftung des BGB und erst recht die Haftung für die Verletzung von Berufspflichten erscheint den Vertretern dieser Ansicht nicht (mehr) als Verschuldenshaftung, sondern als Haftung für objektives Unrecht.⁵¹⁹

Nach anderer Ansicht (Brüggemeier nennt dies das *zweidimensionale Konzept*) ist zu unterscheiden einerseits zwischen der generellen Verhaltenspflicht⁵²⁰, die die Frage der Rechtswidrigkeit (bzw. nach teilweiser Ansicht gar schon der Tatbestandsmäßigkeit)⁵²¹ betrifft und andererseits der

⁵¹⁴ Vgl. zu dieser Problematik die prägnante Darstellung bei Jauernig/Teichmann § 823 Rz 49.

⁵¹⁵ vgl. Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, Kapitel C, Seite 74 ff.

⁵¹⁶ Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, Seite 75: sog. „reine“ Verhaltensunrechtslehre; Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 112 ff. insbes. Rz 117 f.; vgl. auch Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, S. 84 ff, 87 „objektive Pflichtwidrigkeit und subjektive Vorwerfbarkeit [fallen] inhaltlich zusammen“; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 25 IV (S. 68/69) [Unterstreichung durch den Verfasser]: Die Formel des § 276 I,2 will einerseits dem notwendigen Gläubiger- und Rechtsgüterschutz dienen, andererseits aber auch die grundgesetzlich verbriefte Handlungs- und Entfaltungsfreiheit mitgarantieren. „Wer sich in diesem Sinne verkehrsmäßig sorgfältig verhält, handelt nicht rechtswidrig. § 276 I,2 bildet, indem er einen objektiven Pflichtmaßstab aufstellt, bei der zivilrechtlichen Verhaltenshaftung den Rechtswidrigkeitsmaßstab“. Identisch auch Esser/Weyers Schuldrecht II/2 § 55 II 3.), (S. 170): „Der Sorgfaltspflichtverstoß ist ein Merkmal der Rechtswidrigkeit“; Brüggemeier Deliktsrecht, Rz 114: „Zivilistische Fahrlässigkeit ist Verkehrswidrigkeit“.

⁵¹⁷ Brüggemeier, JZ 1986, 969, 974; ders. Deliktsrecht, Rz 114.

⁵¹⁸ Brüggemeier, Deliktsrecht, Rz 106 ff, 115; ders JZ 1986, 969, 974, 976; Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 117 f.;

Esser/Schmidt SchuldR I/2 § 25 V (S.74) spricht konsequent von der „Zweigliedrigkeit der das BGB-Schuldrecht prägenden Verhaltenshaftung“. An die Feststellung, daß ein Tun oder Unterlassen ein (deliktsrechtlich) geschütztes Interesse verletzt habe, schließe sich lediglich die Überprüfung an, ob das fragliche Verhalten den „einschlägigen Verkehrsanforderungen“ gerecht geworden ist oder nicht. In diesem Zusammenhang erfolgt dann eine eindeutige Absage an eine „innere Sorgfalt“ von Esser/Schmidt aaO, § 25 V, auf S. 74: „Subjektive Umstände, die das Unterschreiten der betreffenden Standards immerhin erklären mögen, bringen folglich keine Entlastung und sind demgemäß im praktischen Streitfall auch nicht zu verifizieren“.

⁵¹⁹ Vgl. Brüggemeier, JZ 1986, 969 (976); ders. Deliktsrecht, Rz 114; ders. Prinzipien des Haftungsrechts, Kapitel C, S. 75; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 25 V,1: Es sei angebracht, „die Normalhaftung des BGB nach §§276 ff, 823 ff nicht mehr – wie gemeinhin noch üblich – als Verschuldenshaftung zu titulieren, sondern sie mit dem Ausdruck „Unrechtshaftung“ zu versehen“ (aaO, S. 75); Esser/Weyers, Schuldrecht II/2, § 55 III 1.

⁵²⁰ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 385 spricht diesbezüglich vom *sachgemäßen Verhalten* als *Höchstmaß äußerer Sorgfalt*; ungenau die Ansicht von Deutsch wiedergebend, Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, Kapitel C, S. 75, der – vergrößernd – hier nur von der Verletzung der „äußeren Sorgfalt“ als positiv festzustellende Voraussetzung der Rechtswidrigkeit im Gegensatz zur „inneren Sorgfalt“ als eigentliches Element des „Verschulden“ (Fahrlässigkeit) spricht.

⁵²¹ Dazu sogleich.

verkehrserforderlichen Sorgfalt i. S.v. § 276 II BGB, also der Fahrlässigkeit i.S.v. § 823 I BGB, die für das Verschulden relevant wird.⁵²²

Bei der „verkehrserforderlichen Sorgfalt“ i.S.v. § 276 II BGB geht es um die Maßstäbe für das Verhalten von „ordentlichen“ oder „durchschnittlichen“ Angehörigen des betreffenden Verkehrskreises, bei den (generellen) „Verhaltenspflichten“ dagegen um wesentlich abstraktere und zugleich strengere Anforderungen.⁵²³

Allerdings verzichtet auch die Lehre vom Handlungsunrecht und ihre verschiedenen Varianten nicht in allen Fällen auf die Indikation der Rechtswidrigkeit.

Nahezu unbestritten ist auch unter den Vertretern des Verhaltensunrechts, daß jedenfalls bei *vorsätzlichen* Einwirkungen auf das Rechtsgut die Rechtswidrigkeit stets indiziert wird⁵²⁴.

Abweichend von dieser Differenzierung und darüber hinausgehend wird teilweise vertreten, daß alle *unmittelbaren* (insoweit auch fahrlässigen !)

Rechtsgutsverletzungen die Rechtswidrigkeit indizieren. Bei *mittelbaren* Verletzungen sei die Rechtswidrigkeit hingegen vielmehr positiv über einen Verhaltenspflichtverstoß festzustellen⁵²⁵.

⁵²² Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 75 II, 3.) d.) (S. 369f.); Soergel/Zeuner § 823 Rz 7; Fikentscher Schuldrecht, Rz 449; Kleindiek, Deliktshaftung und juristische Person, S. 33 f.; Mertens, VersR 1980, 397, 407; speziell auch für die Arzthaftung eine strikte Trennung der „Berufspflicht“ von der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ i.S.v. § 276 BGB propagierend Katzenmeier, Arzthaftung, § 3 II 6 b.) (S. 186 ff.), wengleich „die hergebrachte Trennung von objektivem Fehlverhalten und Verschulden bei der Arzthaftung bisweilen schwierig“ sei. (so Katzenmeier aaO, S. 188).

⁵²³ so Larenz/Canaris, Schuldrecht, II/2, § 75 II 3.) d.), (S. 369); vgl. auch Kleindiek, Deliktshaftung und juristische Person, S. 33 f.;

Zu begrifflichen Unklarheiten in diesem Zusammenhang insbesondere der von Deutsch verfolgten Differenzierung zwischen äußerer und innerer Sorgfalt [Deutsch AHR, Rz 385 ff. (S. 248)] kritisch Larenz, Schuldrecht I, § 20 IV, S. 288 ff.

[[Deutsch differenziert genau genommen sogar zwischen drei Elementen.

Das „Höchstmaß der Sorgfalt“ bezeichne ein Verhalten, „das ein besonders tüchtiger, erfahrener und in diesem Bereich bewanderter Verletzer an den Tag legen sollte“. Es spiele „eine Rolle beim Rechtswidrigkeitsurteil für das Verhalten bzw. die Unterlassung“ [so jüngst wieder Deutsch in AcP 202 (2002), S. 889, 905]

Im Rahmen des Verschuldens werde „die normale Sorgfalt geschuldet, welche selten das Höchstmaß erreicht“ [ders. aaO, S. 905]. Es ist nach Deutsch also die „höchstmögliche Sorgfalt“ von der „Zurechnung als Normalmaß“ zu unterscheiden (aaO, S. 907), „wobei das Höchstmaß die Pflichtverletzung, das Normalmaß die Zurechnung ausmachen würde“ (ders. aaO, S. 906). „Dieser Unterschied ist der Diskussion um Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit geläufig“. (ders. aaO, S. 907).

Im Rahmen des Verschuldens kommt es dann auf die Verletzung der äußeren und inneren Sorgfalt an (dazu Deutsch aaO, S. 903 f.). „Fahrlässigkeit ist erst gegeben, wenn sowohl die äußere als auch die innere Sorgfalt auch Acht gelassen worden ist“ (ders. aaO, S. 904).]]

Eingehend zum Ganzen (auch zur geschichtlichen Entwicklung der Verhaltensunrechtskonzeption)

Brüggemeier, Deliktsrecht, Rz. 94 ff, insbes. Rz 106 ff.

⁵²⁴ Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 25 IV (S. 68); Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 98 und 103;

a.A. Brüggemeier Deliktsrecht, Rz 101: Keine haftungsrechtliche Verselbständigung dieser Fallgruppe der vorsätzlichen Rechtsgutsverletzung. Die positive Feststellung der Pflichtwidrigkeit sei nach Brüggemeier in solchen Fällen dann allerdings unproblematisch.

⁵²⁵ Vgl. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 254 f.; MüKo/Mertens, § 823, Rz 2 „judizielle Konzeption“;vgl. zur Differenzierung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eingriffen auch Larenz/Canaris Schuldrecht II/2 § 75 II 3, (S. 364 ff.) ; Erman/Schiemann § 823 Rz 13, 75 ff. und 146; vgl. Fikentscher Schuldrecht § 49, Rz 450; bei den drei zuletzt genannten Autoren ist die Verletzung der Verhaltenspflicht bereits Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens.

Prägnant die Problematik zusammenfassend schon v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 77: „Daß vorsätzliche Verletzungen eines Menschen oder fremder Rechte rechtswidrig sind, erscheint überall als selbstverständlich. Das gleiche gilt auch für nicht vorsätzliche Handlungen, wenn es sich um unmittelbare Eingriffe in die Rechte anderer handelt.“

Deutsch bezeichnet diese differenzierende Variante auch als die „eingeschränkte Erfolgsunrechtslehre“⁵²⁶, Hager⁵²⁷ als „Kombinationslehre“.

Da der Arzt bei der Behandlung des Patienten immer und zwangsläufig *unmittelbar* und auch *vorsätzlich* auf dessen Körper einwirkt⁵²⁸, wäre auch nach den soeben dargestellten allgemeinen Grundsätzen der Lehre vom Handlungsunrecht und allen ihren Varianten (bis auf Brüggemeier) die Rechtswidrigkeit ärztlicher Tätigkeit im Rahmen der Körperverletzungsdoktrin stets indiziert.

Um diese ungewünschte Rechtswidrigkeitsindikation im Kontext der Arzthaftung zu vermeiden, läßt eine weitere Spielart der Verhaltensunrechtslehre die Rechtswidrigkeitsindikation in den Fällen beruflicher Expertenhaftung [hier: Arzthaftung] trotz unmittelbarer bzw. vorsätzlicher Einwirkung des Berufsträgers auf das Recht(sgut Körper) nicht gelten, sondern macht die Feststellung einer rechtswidrigen Rechts(guts)verletzung [hier: Körperverletzung] auch in solchen Fällen von einem *positiv festzustellenden Fehler* des Experten [hier: des Arztes] abhängig. Der Arzt haftet demnach nur dann wegen rechtswidriger Körperverletzung, wenn er pflichtwidrig gehandelt hat. Hierbei kann sich - wie schon soeben unter III.) 1.) angedeutet - die Pflichtwidrigkeit sowohl aus einem *Behandlungsfehler* als auch [im Rahmen dieser Arbeit primär interessierend] aus einem *Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung* ergeben.⁵²⁹

In diesem Zusammenhang und auch im übrigen ganz allgemein im Rahmen der verhaltensbezogenen Unrechtskonzeption, setzen einige der Lehre vom Verhaltensunrecht folgende Stimmen in der Literatur bei der Feststellung der maßgeblichen Verhaltenspflichtverletzung gar schon auf der Ebene des *Tatbestandes* mit Überlegungen zur *Rechts(guts)verletzung* an.⁵³⁰ Die Verletzung der maßgeblichen Verhaltenspflicht habe nach dieser Ansicht nicht erst Bedeutung für die (positiv festzustellende) *Rechtswidrigkeit*⁵³¹ des Schädigerverhaltens, sondern sie entwickle bereits auf *Tatbestandsebene* Relevanz

⁵²⁶ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 237.

⁵²⁷ Staudinger/Hager, §823 Rz. H 16, (S. 693).

⁵²⁸ Weber-Steinhaus, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, S. 49; vgl. auch Bodenburg, Der ärztliche Kunstfehler als Funktionsbegriff zivilrechtlicher Dogmatik, S. 103.

⁵²⁹ Vgl. so Erman/Schiemann § 823 Rz 137, der sowohl den *behandlungsfehlerhaften* als auch den *aufklärungspflichtwidrigen* Eingriff als mittelbare, erst durch den Pflichtverstoß begründete Körperverletzung einordnet.; ebenso beide Aspekte vereinigend Bodenburg, Der ärztliche Kunstfehler als Funktionsbegriff zivilrechtlicher Dogmatik, S. 21ff. i.V.m. S 102; Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 80 ff, insbes. S. 82; Brüggemeier, Deliktsrecht, Rz 112 i.V.m. 638 ff. (bzgl. Behandlungsfehler), ders. Rz 701 f. (bzgl. Aufklärungsfehler).

Vgl. auch Müko/Mertens § 823 Rz. 5 i.V.m. Rz. 358 ff, insbes. Rz. 361, 364.

⁵³⁰ Vgl. zur dogmatisch ungesicherten Einordnung der Verkehrspflichten als Teil des Tatbestandes, der Rechtswidrigkeit oder der Schuld im Kontext des § 823 I BGB auch Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, § 7 I (S. 394).

⁵³¹ Die Verletzung der Verhaltenspflicht allgemein als positiv festzustellende Voraussetzung der *Rechtswidrigkeit* einordnend (jeweils bei Abweichungen im Detail): Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 25 IV (S. 63 ff.); Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 103, 117; MüKo/Mertens, § 823 Rz 2 im Kontext seiner „judiziellen Konzeption“ des Delikts als Verkehrspflichtverletzung; Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 58 ff., insbes. S. 62 und 73; Siedler, Haftungsbegrenzung nach der Adäquantheorie und der Normzwecklehre, S. 89.

als Voraussetzung einer vom Geschädigten zu beweisenden *Verletzung des Rechts(gutes.)*⁵³²

In diesem Kontext wird speziell bei der Arzthaftung vertreten, daß die körperliche Beeinträchtigung als notwendiges äußeres Moment ärztlicher Tätigkeit keine hinreichende Aussagekraft enthalte, um die Verwirklichung des Deliktstatbestandes auf erster Zurechnungsstufe zu bejahen⁵³³.

Der entscheidende Anknüpfungspunkt (schon) für eine *Rechtsgutsverletzung* bei ärztlicher Tätigkeit liege daher erst im entsprechenden Fehlverhalten des Arztes⁵³⁴. Es komme maßgeblich auf die (stets vom Patienten zu beweisende) Verletzung einer Verhaltenspflicht an, wobei sich die Pflichtverletzung - wie schon gezeigt - sowohl aus einem *Behandlungsfehler* als auch aus einem *Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung* ergeben kann.

Sowohl Tatbestandsmäßigkeit als auch die Rechtswidrigkeit ärztlichen Handelns müssen nach dieser Ansicht sowohl beim Behandlungs- als auch beim Aufklärungsfehler grundsätzlich positiv festgestellt werden⁵³⁵, auch wenn man im weiteren Kontext bezüglich des Selbstbestimmungsaufklärungsfehlers der Körperverletzungsdoktrin folgt.

⁵³² allgemein so Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 75 II 3.) c.) (S. 368): „Häufig wird der Gegensatz zwischen Erfolgs- und Verhaltensunrecht als Problem der Rechtswidrigkeit behandelt. Richtigerweise dürfte es sich jedoch um eine Frage handeln, deren Lösung bereits auf Tatbestandsebene zu erfolgen hat“; vgl. ebenso auch Fikentscher, Schuldrecht § 49 III,4, Rz 450: „Auch solche Verhaltensweisen gehören zum objektiven Tatbestand. Es kann also nicht darum gehen, die Rechtswidrigkeit des Verhaltens besonders festzustellen, sondern darum, die zutreffende Verhaltensnorm tatbestandlich zu formulieren“; ebenso Kleindiek, Deliktshaftung und juristische Person, S. 32 f.;

Fikentscher, Larenz/Canaris und Kleindiek (jew. aaO) lassen durch die so ermittelte Tatbestandsmäßigkeit dann die Rechtswidrigkeit indiziert sein.

Ebenso Erman/Schiemann § 823 Rz 76: Verkehrspflichtwidrigkeit als „zusätzliche Voraussetzung des Verletzungstatbestandes“, bzw. Verkehrspflichten als „Ausfüllung des allgemeinen Verletzungstatbestandes“. (Rz 79). [Hierbei wird die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen als heute nicht mehr zeitgemäß angesehen. (vgl. ders. § 823 Rz 77/78: entscheidend ist stets, daß Verhalten gegen eine Verkehrspflicht verstößt (Rz. 78); ders. auch § 823 Rz 13). Im Mittelpunkt steht vielmehr die Erfolgsabwendungspflicht, die sowohl bei „klassischen“ Unterlassungen als auch bei (mittelbar schädigendem) positivem Tun relevant wird.];

Diese Konzeption überträgt Schiemann in § 823 Rz 137 dann in die Arzthaftung.

Ablehnend zur Ausdehnung der Verhaltenspflichtproblematik schon auf den Tatbestand Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 25 IV (S. 69). Die zivilrechtlichen Tatbestände seien „vom Verletzungserfolg her konzipiert“, wogegen „die Verhaltensdimension gerade erst auf einer anderen Stufe, eben der Rechtswidrigkeit, relevant wird“.

⁵³³ Vgl. dazu Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 81/82: Der Verhaltenspflichtverstoß kann hierbei sowohl in einem *Behandlungsfehler* als auch - hier primär interessierend - in einem *Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung* liegen.

Bodenburg, Der ärztliche Kunstfehler als Funktionsbegriff zivilrechtlicher Dogmatik, S. 104.: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes könne „nur am jeweiligen Verhaltenspflichtverstoß anknüpfen“.

Brüggemeier, JZ 1986, 974 f. (speziell für den Behandlungsfehler);

Allgemein die Verhaltensunrechtskonzeption befürwortend Esser/Weyers, Schuldrecht II/2, § 55 II, Nr. 3 (S. 170 ff.); Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 98 ff., insbes. Rz 103

⁵³⁴ Bodenburg, aaO, S. 22 f.; ebenso auch Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 81.

⁵³⁵ Dabei kann es hier auf sich beruhen, ob die erst durch den Verhaltenspflichtverstoß auf Tatbestandsebene positiv festgestellte *Rechtsgutsverletzung* in der Folge dann die *Rechtswidrigkeit* des Eingriffes *indiziert* [für die Indikation der Rechtswidrigkeit durch die Tatbestandsmäßigkeit in diesen Fällen allgemein Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 75 II, 3.) c.) (S. 368/369) und Fikentscher, Schuldrecht, § 49 III 4, Rz 450.] oder ob die Rechtswidrigkeit ebenfalls noch positiv festgestellt werden muß. [in diese Richtung

Die Beweislast bzgl. sämtlicher Anspruchsvoraussetzungen liegt dann grundsätzlich beim klagenden Patient.

b.) Die Position der Rechtsprechung.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung befindet sich jedenfalls für den Bereich der Arzthaftung wegen *Verletzung der Selbstbestimmungsaufklärung* des Patienten grundsätzlich auf dem Boden des traditionellen Erfolgsunrechts⁵³⁶. Dem hat sich die überwiegende Meinung im Schrifttum angeschlossen⁵³⁷.

Die ärztlichen Aufklärungspflichten entwickeln innerhalb des Erfolgsunrechtskonzeptes dergestalt ihre Wirkung, daß einer ausdrücklich oder konkludent vom Patienten erteilten Einwilligung nur dann rechtfertigende Wirkung beigemessen wird, wenn der Patient über Art, Intensität und Risiken des Eingriffes aufgeklärt ist⁵³⁸. Aus der Einwilligung wird die aufgeklärte Einwilligung.⁵³⁹ Dabei geht die Rechtsprechung davon aus, daß die ordnungsgemäße Einwilligung des Patienten nicht nur den Eingriff des Arztes in die körperliche Integrität gestattet, sondern der Patient auch die Realisierung möglicher Gesundheitsgefahren, die unvermeidbar aus der Behandlung resultieren können auf sich nimmt. Die Einwilligung wird insoweit als Fall des Handelns auf eigene Gefahr im Sinne einer Zustimmung zur Selbstgefährdung durch Inkaufnahme etwaiger Risiken gedeutet.⁵⁴⁰ Nach dieser an der Konzeption des deliktischen Erfolgsunrechts orientierten Aufklärungsfehlerhaftung geben die Aufklärungspflichten keine selbständigen haftungsmäßig sanktionierten Verhaltenspflichten ab, sondern bilden eher Obliegenheiten, denen der Arzt im eigenen Interesse bei Meidung des Haftungsrisikos nachzukommen hat. Man spricht daher zutreffend auch von Aufklärungslasten.⁵⁴¹

Anders soll nach Darstellung der Literatur in der Rechtsprechung die Situation im Bereich des *Behandlungsfehlers* sein. Der BGH konzipiere hier die Haftpflicht des Arztes für Behandlungsfehler „eindeutig als Verhaltensunrechtshaftung“, weil er

vermutlich MüKo/Mertens, § 823, Rz 2: In Fällen, in denen er einen verhaltensbezogenen Ansatz wählt, bezeichnet nach seiner Ansicht der Tatbestand einfach den Kreis derjenigen Personen, „die äußerstenfalls als Adressaten eines deliktischen Anspruchs in Betracht kommen können“. Der Tatbestand sei insoweit „noch rechtswidrigkeitsneutral“. Für die Bejahung der Rechtswidrigkeit bedarf es dann erst der „durch die Tatbestandsmäßigkeit noch nicht präjudizierten Prüfung, ob der „Verursacher“ gegen eine Verhaltenspflicht verstoßen hat“.] Ebenso auch Deutsch, VersR 1980, S. 397, 398 f., dort auch auf S. 399 seine Bemerkung, daß „nicht nur die Rechtswidrigkeit, sondern auch die Tatbestandsmäßigkeit in der judiziellen Pflichtverletzungskonzeption eine andere Funktion als nach dem legislativen Eingriffskonzept [habe]“.

In der Sache dürften sich aber keine nennenswerten Unterschiede ergeben.

⁵³⁶ Statt vieler BGH JR 1989, 286, 289: „Die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff bedeutet nämlich in dem durch sie gezogenen Rahmen einen Verzicht auf den absoluten Schutz des Körpers vor Verletzungen, die mit dem Eingriff verbunden sind“.

⁵³⁷ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz. 201 f.; Vgl. Palandt-Thomas, § 823 Rz 44 und Rz 50; Jauernig/Teichmann § 823 Rz 112; Soergel/Zeuner, § 823 Rz 18; RGRK-Nüßgens, § 823 Anh. II, Rz 65.

⁵³⁸ Zu den Anforderungen an die ärztlichen Aufklärungspflichten in tatsächlicher Hinsicht in Teil D.) dieser Arbeit.

⁵³⁹ Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, Kapitel C, S. 77.

⁵⁴⁰ BGHZ 90, 96, 101 f. - Rektoskopie - .

⁵⁴¹ Weber-Steinhaus, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, S. 40, (Fn 131)

„durchgängig verkürzt nur noch von einem schadensursächlichen schuldhaften Behandlungsfehler“ spreche⁵⁴².

Aus einer solchen – verkürzten – Sprechweise allerdings grundsätzliche Aussagen der Rechtsprechung zum Streitstand zwischen Handlungs-/ Erfolgsunrecht im Bereich der Behandlungsfehlerhaftung zugunsten der Lehre vom Handlungsunrecht herleiten zu wollen ist indes nicht möglich. Die Haftung des Arztes wegen eines „schadensursächlichen schuldhaften Behandlungsfehlers“ ergibt sich – wie noch unter III.) 4.) b.) zu zeigen sein wird – auch nach einem am Erfolgsunrecht orientierten Haftungskonzept nach den gleichen Voraussetzungen wie nach der Lehre vom Handlungsunrecht.

3.) Konsequenzen der Lehre vom Handlungsunrecht

a.) Konsequenzen für die Beweislast

Die Lehre vom Verhaltensunrecht hat – wie gerade schon unter III.) 1.) und 2.) gesehen- im Rahmen der Arzthaftung wegen fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten im Kontext der hier vertretenen Körperverletzungsdoktrin unproblematisch zuerst einmal Relevanz für die *Beweislast* bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit (bzw. nach teilweiser Ansicht gar schon der Tatbestandsmäßigkeit) des nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriffes.

Die Beweisbelastung des Patienten für den Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung führt dabei faktisch zu einer tendentiellen Zuweisung des durch den nicht wirksam konsentierten Heileingriffes verursachten Schaden auf den Patienten.⁵⁴³

b.) Kollisionstendenz der Rechtswidrigkeit mit dem Kriterium des Verschuldens

Sofern man mit einem verhaltenspflichtorientierten Konzept die Funktion der Rechtswidrigkeit in § 823 I BGB darin sieht, daß sie die positive Feststellung eines von der Schädigung unabhängigen Unrechts voraussetzt, schwimmt hierdurch - wie gerade unter III.) 2.) a.)⁵⁴⁴ gesehen - die nach wie vor vom Gesetz vorausgesetzte Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden.⁵⁴⁵

⁵⁴² So Weber-Steinhaus aaO, S. 34, Fn 103 unter vergleichendem Hinweis auf BGH, VersR 1977, 546, 547 und sonst. .

⁵⁴³ Vgl. zur „Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel“, Stoll, Acp 176 (1976), S. 145 bis 196.

⁵⁴⁴ Insbesondere im Kontext des sog. „eindimensionalen Konzepts“.

⁵⁴⁵ Vgl. hierzu auch Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 23/ 24 und ders. aaO, § 7 (S. 393); S. 413/414; 424 ff.; 453.

c.) Konsequenzen für den Umfang des zu ersetzenden Schadens

Die Lehre vom Verhaltensunrecht hat indes keinesfalls nur Relevanz für die Wertungsebene der Rechtswidrigkeit und damit für die Beweislast diesbezüglich in der Weise, wie dies soeben dargestellt wurde.

Ebenso gewichtig ist die Tatsache, daß die Lehre vom Verhaltensunrecht im Rahmen des § 823 I BGB auch dazu führen kann, den Umfang des wegen einer rechtswidrigen Rechtsgutsverletzung zu leistenden Schadensersatzes zu beeinflussen.

Dieses Charakteristikum der Verhaltensunrechtslehre ist in der zivilrechtlichen Literatur bisher kaum klar herausgearbeitet oder sogar ganz geleugnet worden.

Gottwald⁵⁴⁶ hat bemerkt, daß sich „jedes Erfolgsunrecht i.S. des § 823 I BGB als Verhaltensunrecht darstellen läßt, ohne daß sich die materiellrechtlichen Grenzen der Haftung durch die Umformung des Tatbestandes verändern“. Genau diese These ist indes äußerst fragwürdig.

Es ist nämlich nicht zu übersehen, daß zahlreiche Vertreter der Lehre vom Handlungsunrecht die Ansicht vertreten, daß die Handlungslehre auch Auswirkungen auf den Umfang des zu gewährenden Schadensersatzes hat und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob man die Verletzung der maßgeblichen Verhaltenspflicht im Rahmen der *Rechtswidrigkeit* als deren positiv festzustellende Voraussetzung ansieht oder ob man sie bereits der *Tatbestandsebene* als Voraussetzung der Rechts(guts)verletzung zuordnet.⁵⁴⁷

Denn nach der Lehre vom Handlungsunrecht⁵⁴⁸ „geht es nicht um die Gewährleistungsfunktion bestimmter Rechtsgüter, sondern ... um den Schutzbereich der verletzten Verkehrspflichten. Eine Judikatur, die solche Pflichten aufstellt, kann und muß auch ihren Schutzbereich konkretisieren.“⁵⁴⁹ Der nach der legislativen Konzeption des § 823 I BGB [Anm.: also nach der Lehre vom *Erfolgsunrecht*] für den Umfang des Schadensersatzes maßgebliche Satz, daß prinzipiell alle Vermögensfolgeschäden im Schutzbereich der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter liegen, brauche nicht uneingeschränkt auf die judizielle Konzeption [Anm.: diese entspricht der Lehre vom Verhaltensunrecht] übertragen zu werden.⁵⁵⁰ Im Rahmen der legislativen Konzeption des § 823 I BGB sei maßgeblich der Schutzzweck der dort genannten Rechtsgüter. Ihnen komme dabei grundsätzlich eine umfassende Gewährleistungsfunktion für alle

⁵⁴⁶ Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, S. 87; ebenso auch Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 99: Der Streit zwischen den verschiedenen Unrechtslehren habe „im Bereich des deliktischen Schadensersatzrechts kaum eine nennenswerte praktische Bedeutung“; Auch nach Erman/Schiemann § 823, Rz. 7 habe dieser Streit für die praktischen Ergebnisse kaum Bedeutung und sei daher „eher rechtsphilosophisch als dogmatisch interessant“.

⁵⁴⁷ Zum Einfluß einer verhaltenspflichtorientierten Unrechtskonzeption auf Normzweckerwägungen im Kontext der Schadensfolgenrechnung Lang, Normzweck und Duty of Care, (S. 101): „Bezugsnorm der Schutzbereichslehre ist die konkrete Verhaltensnorm in Verbindung mit den Schadensersatznormen des § 823 Abs. 1 BGB und § 249 BGB“.

⁵⁴⁸ Mertens als Anhänger einer differenzierenden Behandlung der Problematik spricht insoweit von der *judiziellen Konzeption* des § 823 BGB im Gegensatz zu dessen *legislativer Konzeption*. [zu diesen Begriffen allgemein Müko/Mertens § 823 Rz 2 ff. sowie speziell zur judiziellen Konzeption i.S. von Mertens auch ders. § 823 Rz 23 ff.]; kritisch zur Konzeption von Mertens, Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 26.

⁵⁴⁹ So Mertens, VersR 1980, 397, 400;

ähnlich auch Müko/Mertens § 823 Rz 7: „Der Umstand, daß einmal - nämlich in der legislativen Konzeption - das Rechtsgut selbst den Schutzbereich der Haftungsnorm definiert, zum anderen - nämlich in der judiziellen Konzeption - die verletzte Verhaltenspflicht, kann aber überdies für die Bestimmung des mit dem deliktischen Verhalten in Rechtswidrigkeitszusammenhang stehenden Schadens von Bedeutung sein“. Der Kontext der Textstelle ergibt klar, daß Mertens sich hierbei auf die Zurechnung der Schadensfolgen bezieht.

⁵⁵⁰ Mertens, VersR 1980, S. 397, 400.

vermögenswerten Interessen des Opfers zu. Liegt dagegen ein Delikt nur im Sinne der judiziellen Konzeption der Verkehrspflichtverletzung vor, so sei nach dem Schutzbereich der verletzten Verkehrspflicht zu fragen. Dieser könne unter Umständen nicht alle Schadensfolgen umfassen.⁵⁵¹

Besonders deutlich und dogmatisch „sauber“ zeigt sich die Relevanz der Lehre vom Verhaltensunrecht für den Umfang der wegen einer rechtswidrigen Rechts(guts)verletzung zu ersetzenden Schadensfolgen dann, wenn man – wie soeben unter Teil C III 2.) a.) schon dargestellt – die Verletzung der Verhaltenspflicht bereits auf *Tatbestandsebene* für die Voraussetzung einer *Verletzung des Rechts(gutes)* relevant sein läßt.⁵⁵²

Nach Roussos ziele die Normzwecklehre darauf ab, „den Umfang des ersatzfähigen Schadens aus dem Sinn und Zweck der Schadenstragungsnorm oder der konkret verletzte Verhaltensnorm abzuleiten“⁵⁵³, wobei Roussos die Verletzung einer Verhaltensnorm (bei den sogenannten „mittelbaren Eingriffen“) als positiv festzustellende Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit ansieht.⁵⁵⁴ Der Normzweckansatz ermögliche es, „den Haftungsbaulementen auch bei der Folgenrechnung eine größere Wirkung zu verschaffen“.⁵⁵⁵ Das undifferenzierte >Alles- oder-nichts-Prinzip< und die damit verbundene „Isolierung des Haftungsbegründungs- von dem Haftungsausfüllungsbereich“⁵⁵⁶ sei zu vermeiden. Den „haftungsrelevanten Normen“ seien „Schutzschranken mit durchgehender

⁵⁵¹Zu diesem Einfluß der Verhaltenspflicht als positiv festzustellende Voraussetzung der *Rechtswidrigkeit* (dazu MüKo/Mertens § 823 Rz. 2 ff. und Rz 23 ff.) auf den Umfang des zu ersetzenden *Schadens* im Rahmen eines von Mertens vertretenen verhaltenspflichtbezogenen Unrechtskonzeptes vgl. auch MüKo/Mertens, § 823 Rz 47; ebenso auch ders. in Rz 7.

eine deutlich zurückhaltendere Stellungnahme zur Einschränkung der Haftung für Schadensfolgen von Mertens aber in Soergel/Mertens, vor § 249 Rz 123.;

Zum Einfluß der für die Feststellung der Rechtswidrigkeit maßgeblichen Verhaltensnorm auf die Folgenrechnung auch Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 97: Es sei zur Begrenzung der Haftung für Folgeschäden „...sowohl auf den Schutzbereich der konkreten Verhaltensnorm als auch auf den Schutzbereich der Schadenstragungsnormen des § 823 I BGB und des § 249 BGB abzustellen“.

Ebenso Lang, aaO, S. 101: „Bezugsnorm der Schutzbereichslehre ist die konkrete Verhaltensnorm in Verbindung mit den Schadensersatznormen des § 823 I BGB und § 249 BGB.“ Die Schutzrichtung einer Verhaltensnorm beziehe sich keineswegs nur auf die primäre Rechtsgüterverletzung. „Sie reicht weiter bis zu den Folgeverletzungen und den weiteren Schadensfolgen“. (ders. S. 101).

und ders. S. 101: „Die Grenze zwischen Haftungsbegründung und Haftungsfolge erweist sich insofern als durchlässig, als das Prinzip des Totalersatzes durch den konkreten Verhaltensnormtatbestand eingeschränkt sein kann“.

Ebenso im Ergebnis allgemein die Relevanz der Verhaltenspflicht für die Folgeschadenzurechnung darstellend auch Herm. Lange JZ 1976, 198, 205 re. Sp.; v. Caemmerer, DAR 1970, 283, 287; Huber, FS Wahl, S. 301, 320 ff.

zu den Verbindungen zwischen einem verhaltenspflichtbezogenen Unrechtskonzept und dem Umfang des zu ersetzenden Folgeschadens bei § 823 I BGB auch RGRK-Steffen, § 823 Rz 90 mit kritischer Stellungnahme dazu a.E.;

speziell für den Bereich der Arzthaftung wegen nicht wirksam konsentierter Heilbehandlung eine verhaltenspflichtbezogene Unrechtskonzeption auch mit Konsequenzen für die Folgeschadenzurechnung postulierend Dunz, FS Narr, S. 144, 147.

⁵⁵² So für die Fälle der „mittelbaren Rechtsgutsverletzungen“ im Hinblick auf die konkrete Schädigungsart vgl. beispielhaft Roussos, Schaden und Folgeschaden, S. 88 ff.

⁵⁵³ Vgl. hierzu Roussos aaO, S. 85

⁵⁵⁴ Roussos, aaO, S. 88 ff., insbes. S. 90.

⁵⁵⁵ Roussos, aaO, S. 97.

⁵⁵⁶ Roussos aaO, S. 97.

Wirkung“ immanent⁵⁵⁷, wobei als „Norm“ nach Roussos „sowohl eine Verhaltensnorm (z.B. Verkehrs[sicherungs]pflicht) als auch eine Haftungsnorm (oder Schadenstragungsnorm) in Betracht“ komme.⁵⁵⁸ Die Wirkungskraft dieser inhaltlichen Schranken könne nicht davon abhängen, ob man die anstehende Zurechnungsentscheidung systematisch im Bereich der Haftungsbegründung oder im Bereich der Haftungsausfüllung zu treffen habe.⁵⁵⁹

Den absoluten Rechten und Rechtsgütern des § 823 I BGB werden nach dieser Variante der Lehre vom Verhaltensunrecht ungeschriebene Verhaltensnormen gegenübergestellt, die den Haftungstatbestand formen und (wegen der so erfolgten Erweiterung bzw. Modifizierung des Haftungstatbestandes) dann auch bei der Schadensfolgenzurechnung auf der Ebene der Haftungsausfüllung - wie gesehen - Relevanz entwickeln. Solche Schadensfolgen, die nicht von dem (ungeschriebenen) Verhaltensgebot gedeckt sind, sollen dann auch nicht ersetzt werden⁵⁶⁰.

In diesem Sinne äußert sich speziell auf die Arzthaftung bezogen auch Schramm⁵⁶¹. Der gesetzliche Deliktstatbestand sei unvollständig. Daher werde die Grundnorm des § 823 I BGB durch nicht in ihr selbst enthaltene Tatbestandsnormen (Pflichten) ergänzt, die die deliktische Haftung bestimmen.⁵⁶² Bei dieser konkreten Verhaltensnorm handele es sich um den „prägenden Gegenstand der Schutzbereichserwägungen“⁵⁶³, wobei Schramm den Schutzbereich der Norm im Schwerpunkt auf die haftungsausfüllende (Schadens-)zurechnung bezieht⁵⁶⁴.

Hierbei werden in recht großzügiger Weise Schutzzwecke in diese (Verhaltens-) Normen hineininterpretiert, die im Rahmen der Haftungsausfüllung dann den Umfang des im Ergebnis zu ersetzenden Schadens steuern sollen.

Folgt man tatsächlich einem verhaltenspflichtbezogenen Deliktsrechtskonzept, so entzieht sich der Schutzzweck der Norm dem Schichtenaufbau des Deliktsrechts somit gerade nicht.⁵⁶⁵ Der Schutzzweck ist nach diesem Konzept im Rahmen der *Haftungsbegründung* entweder der Ebene der Rechtswidrigkeit oder gar schon dem Haftungstatbestand zuzuordnen. Hierbei zeigt sich die Verwobenheit der Normzwecklehre mit dem Schichtenaufbau des Deliktssystems, wie Sourlas⁵⁶⁶ das andeutete.

Dann allerdings könnte man tatsächlich mit Roussos und Schramm dem Normzweck (und damit stets auch der insoweit auszulegenden einschlägigen Verhaltenspflicht) über die Ebene der Haftungsbegründung hinaus eine Relevanz von „durchgehender Wirkung“ - wie Roussos treffend formuliert - zugestehen mit Auswirkungen auch für die

⁵⁵⁷ Beide Zitate aus Roussos, aaO, S. 97.

⁵⁵⁸ Roussos, aaO, S. 73. Die unterstrichenen Bereiche dieses Zitates sind im Original kursiv gedruckt. Das Wort „Verkehrssicherungspflicht“ im Original ohne innere eckige Klammern.

⁵⁵⁹ Roussos, aaO, S. 97.

⁵⁶⁰ Vgl. Roussos, aaO, S. 85.

⁵⁶¹ Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 31, 33 und 41.

⁵⁶² Schramm, aaO, S. 31.

⁵⁶³ Schramm, aaO, S. 33

⁵⁶⁴ Schramm aaO, S. 41.

⁵⁶⁵ So zutreffend Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 55 für den Bereich der Haftungsbegründung. a. A. Deutsch NJW 1965, 1987 re. Sp.: „Der Schutzbereich steht aber außerhalb des Schichtaufbaus“. Deutsch sagt allerdings auch nicht, daß keinerlei Zusammenhang zwischen den Wertungen aus dem Schutzzweck und den Wertungen aus dem Schichtaufbau bestehen. Er sieht durchaus Zusammenhänge, etwa wenn er sagt, der Schutzbereich der Norm sei die „formende Schale, in welcher der Tatbestand entsteht“. (Deutsch, aaO, S. 1987 re. Sp.)

⁵⁶⁶ Sourlas, Adäquanztheorie, S. 166.

Schadensfolgenrechnung,⁵⁶⁷ weil die Wirkungskraft dieser inhaltlichen Schranken nicht davon abhängen kann, „ob man die anstehende Zurechnungsentscheidung systematisch im Bereich der Haftungsbegründung oder im Bereich der Haftungsausfüllung zu treffen hat“.⁵⁶⁸

Unzulässig ist es nach der hier vertretenen Ansicht indes, auch im Rahmen der Lehre vom *Erfolgsunrecht* bei einer rechtswidrigen Verletzung von Rechten und Rechtsgütern des § 823 I BGB die (Folge-)Schadenszurechnung an dem (vermeintlichen) Sinn und Zweck von Verhaltensgeboten zu orientieren. Hierbei könnte lediglich die im Rahmen des Verschuldens zu prüfende „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ die auf ihren Schutzbereich zu untersuchende Pflicht sein, die den Umfang des zu leistenden Ersatzes dann steuern würde.⁵⁶⁹

Dies ist indes zu verneinen, weil im deutschen Schadensersatzrecht das Verschulden sich nur auf die Haftungsbegründung, nicht aber auf die Schadensfolgen bezieht.

Die Frage, in welchem Umfang vom Schädiger auch Ersatz der Schadensfolgen zu leisten ist, ist von der Art und dem Inhalt des Verschuldens und der dabei verletzten „Verhaltensnorm“ unabhängig.

Allerdings ist vor allem bei der Arzthaftung wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung sowohl teilweise im Schrifttum als auch durchgängig in der Rechtsprechung zu beobachten, daß die Arzthaftung auf Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsebene zwar nach dem rechtsgutsbezogenen Konzept des Erfolgsunrechts abgewickelt wird, dennoch im Rahmen der Zurechnung der Schadensfolgen dann ohne weitere Umschweife auf den „Rechtswidrigkeitszusammenhang“⁵⁷⁰ bzw. auf den „Schutzbereich der (verletzten) Aufklärungspflicht“ abgestellt wird.⁵⁷¹

Das ist nach der hier vertretenen Auffassung inkonsequent und daher abzulehnen.

⁵⁶⁷ Roussos, aaO, S. 97.

⁵⁶⁸ Roussos, aaO, S. 97; ablehnend zur Geltung der Normzwecklehre bei der Folgeschadenszurechnung aber Sourlas, Adäquantheorie und Normzwecklehre, S. 47, insbes. S. 89 f. [wörtlich ders. auf S. 89: „Der Schädiger muß zwar unerlaubt gehandelt haben, welche Verhaltensnorm er aber verletzt hat, ist für die Folgenrechnung unerheblich. Die Normzwecklehre bietet hier demzufolge kein brauchbares Zurechnungskriterium“.]

⁵⁶⁹ zu diesem Problem Lüer, Die Begrenzung der Haftung, S. 97f.

⁵⁷⁰ Nach Roussos aaO, S. 73, Fn 1 wird der Schutzzweck einer Verhaltensnorm häufig auch als „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ bezeichnet.

Eine terminologische Karstellung dieser Begriffe erfolgt unten in Teil IV.) dieser Arbeit.

⁵⁷¹ So folgt z.B. Palandt/Thomas in § 823 Rz 33 „im wesentlichen“ dem erfolgsbezogenen Rechtswidrigkeitsbegriff [auch für den ärztlichen Heileingriff (Palandt/Thomas § 823 Rz 44)], andererseits referiert er in diesem Rahmen unter Rz. 52 widerspruchlos die Rechtsprechung des BGH zum Zurechnungszusammenhang zwischen unterlassener Aufklärung und eingetretener Schadensfolge im Hinblick auf den „Schutzzweck der Aufklärungspflicht“. Obwohl also einem strikt erfolgsbezogenen Unrechtskonzept bei der Haftungsbegründung folgend, stellt Thomas bei der Folgenrechnung dann plötzlich (auch) auf die verletzte „Verhaltenspflicht“ ab.

Besonders freizügig geht in diesem Zusammenhang der BGH vor. Er folgt (jedenfalls im Bereich des Fehlers der Selbstbestimmungsaufklärung) - wie gesehen - konzeptionell der Lehre vom Erfolgsunrecht, greift dann aber bei der Zurechnung der Schadensfolgen ohne Umschweife auf den „Schutzzweck der Aufklärungspflicht“ zurück, ohne seine Argumentation der Schadenszurechnung in ein sauberes dogmatisches Konzept zu integrieren.

Zur Vorgehensweise der Rechtsprechung (auch) bei der Zurechnung von Schadensfolgen im Rahmen der Körperverletzungsdoktrin allgemein auch Hart, FS Heinrichs, S. 291, 293, der konstatiert, daß die Folgeprobleme der von der Rechtsprechung angewandten Körperverletzungsdoktrin [und selbstverständlich gilt dies auch bezüglich der Erfolgsunrechtskonzeption innerhalb der von der Rechtsprechung angewandten Körperverletzungsdoktrin] „meist ohne Rücksicht auf konstruktive Probleme sachorientiert gelöst werden“.

Die Rechtsprechung des BGH zur Schadensfolgenproblematik bei nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen wird in allen Einzelheiten noch eingehend unter IV.) in dieser Arbeit dargestellt und gewürdigt.

In Kapitel IV.) wird auf die Normzwecklehre bei der Schadensfolgenzurechnung im Kontext des § 823 I BGB und - damit verbunden – auch noch einmal auf die Relevanz der Unrechtslehren für die Schadensfolgenzurechnung zurückzukommen sein.

d.) Zusammenfassende Bemerkung und Ausblick.

Es hat sich gezeigt, daß die verschiedenen Rechtswidrigkeitstheorien erhebliche Unterschiede für die Haftung des Schädigers besitzen und die Kontroverse um die Verhaltensunrechtslehre - weit über die Problematik der *Beweislast* für die Rechtswidrigkeit bzw. Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens hinaus - im Kontext des § 823 I BGB ganz erhebliche Bedeutung auch für die *Zurechnung der Schadensfolgen* einer rechtswidrigen Rechtsgutsverletzung besitzt.

Dies ist von zentraler Bedeutung im hier relevanten Themenbereich der Arzthaftung wegen nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen.

In diesem Zusammenhang ist nicht zu verkennen, daß die Lehre vom *Schutzzweck der Norm* ihren „Siegeszug“, von dem Deutsch⁵⁷² gesprochen hat (auch und vor allem im Kontext des § 823 I BGB bei der Zurechnung von Schadensfolgen) in einer Zeit antrat, als - an systematisch ganz anderer Stelle des Gesamttatbestandes, nämlich auf der Ebene der Rechtswidrigkeit, und auf den ersten Blick völlig unabhängig davon - die Lehre vom Verhaltensunrecht zunehmend Anhängerschaft fand, also vor allem in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg.

Es kann also nicht nur an dem „theoretischen Reiz“⁵⁷³ dieses Problems oder gar an dem „hierzulande stark ausgebildeten Hang zum Durchleiden rechtswissenschaftlicher Kontroversen“⁵⁷⁴ liegen, wenn man zur Problematik der verschiedenen Unrechtslehren „ganze Ströme von Tinte“⁵⁷⁵ vergießt, sondern eben durchaus auch an der enormen haftungsrechtlichen Relevanz dieser Problematik überhaupt, wenn im Folgenden zu diesem Streit - soweit es die Themenstellung und der Umfang dieser Dissertation erlaubt - Stellung bezogen wird.

⁵⁷² Vgl. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Rz 301.

⁵⁷³ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 99.

⁵⁷⁴ Kötz/Wagner, aaO, Rz.99.

⁵⁷⁵ Kötz/Wagner, aaO, Rz 99.

4.) Stellungnahme: Argumente gegen die Lehre vom Verhaltensunrecht:

Die für die Lehre vom Verhaltensunrecht vorgetragenen Argumente können indes nicht überzeugen, weder im Allgemeinen, noch im Rahmen der Arzthaftung. Die Einwände gegen diese Lehre ergeben sich zum Teil schon aus ihren Konsequenzen, wie sie soeben schon unter 3.) dargestellt wurden.

Zur Kritik im Einzelnen:

a.) Die Entstehungsgeschichte des BGB; Sinn und Zweck des absoluten Rechtsgüterschutzes des § 823 I BGB.

aa.) Einwände gegen die Lehre vom Verhaltensunrecht bezogen auf den Haftungsgrund

Der Wortlaut des Gesetzes gibt keine klare Aussage darüber, wann und unter welchen Voraussetzungen eine *Verletzung* der in § 823 I BGB enthaltenen *Rechte/Rechtsgüter* gegeben ist.

Ebenso wenig ist dem Gesetz ein Hinweis zu der Frage zu entnehmen, wie und unter welchen Voraussetzungen die *Rechtswidrigkeit* einer Rechtsgutsbeeinträchtigung festzustellen ist.

Anhand der Entstehungsgeschichte des BGB ist jedoch zu ersehen, daß der Gesetzgeber von der Konzeption des Erfolgsunrechts ausgegangen war, als er die Regelungen des Deliktsrechtes schuf⁵⁷⁶, ebenso hat ihn die damals herrschende Lehre verstanden.⁵⁷⁷

Schon dem **Vorentwurf** sind - wenn auch vage - Hinweise für eine Erfolgsunrechtskonzeption zu entnehmen.⁵⁷⁸

Ausgangspunkt ist hierbei § 1 I des Teilentwurfes „unerlaubte Handlungen“, der wörtlich lautet: „Hat jemand durch eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung aus Absicht oder aus Fahrlässigkeit einem Anderen einen Schaden zugefügt, so ist er diesem zum Schadensersatz verpflichtet“.⁵⁷⁹

In der zu diesem Teilentwurf gehörigen Kommentierung wird sofort einleitend gesagt, daß unerlaubt im zivilrechtlichen Sinne jede Handlung sei, „durch welche jemand widerrechtlich, unbefugter Weise, in eine fremde Rechtssphäre eingreift“.⁵⁸⁰ Ebenso wird gesagt, daß die Rechtssphäre einer jedem Person „von allen anderen Personen geachtet und unangetastet gelassen werden“ müsse; „wer gegen dieses allgemeine Rechtsgebot handelt, ohne hierzu aus besonderen Gründen berechtigt zu sein, begeht ebendaher eine unerlaubte Handlung“.⁵⁸¹

Die Widerrechtlichkeit der Handlung wird somit nicht etwa positiv formuliert (wie das für eine verhaltensunrechtsorientierte Konzeption üblich wäre), sondern negativ, wonach die Widerrechtlichkeit in einem „Mangel von Recht und Befugnis“⁵⁸², (oder anders formuliert: im Mangel eines Rechtfertigungsgrundes) gesehen wird.

⁵⁷⁶ In dieser Einschätzung ähnlich auch Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, § 7 II (S. 415).

⁵⁷⁷ Dazu Jansen aaO, § 7 II (S. 415) m.w.N.

⁵⁷⁸ Vgl. Anm. Foerste, AcP 194, (1994), S.516, 518;

⁵⁷⁹ abgedruckt bei von Kübel (Verf.), Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 (S. 653).

⁵⁸⁰ Von Kübel, aaO, (S. 657) [Unterstreichung durch mich].

⁵⁸¹ Von Kübel, aaO, (S. 657) [Unterstreichung durch mich].

⁵⁸² Wörtlich so bei von Kübel aaO (S. 667).

Allerdings gibt es auch gegenteilig interpretierbare Passagen des Vorentwurfes.⁵⁸³

Auch die **1. Kommission** interpretierte offenbar den Vorentwurf als auf Erfolgsonrecht ausgerichtet.⁵⁸⁴

Die 1. Kommission hatte zunächst das Erfordernis der Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung im Haftungstatbestand aufgeben wollen.⁵⁸⁵

In den anschließenden Beratungen (109. und 110. Sitzung), in denen es um die Frage ging, wie das Erfordernis des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit zu bestimmen sei⁵⁸⁶, war streitig, ob Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit auf den Schaden oder auf die Rechtswidrigkeit zu beziehen sind. Hierbei rückte die „objektive Rechtswidrigkeit“ bzw. der Begriff der „Rechtsverletzung“ wieder in den Mittelpunkt der Erörterungen,⁵⁸⁷ was die 1.

Kommission in der 110. Sitzung vom 01.09.1882 zu der Feststellung verleitete, es sei klar, „daß zur Begründung der Ersatzpflicht dem Erfordernisse der Schadensentstehung noch ein zweites Erforderniß hinzutreten müsse, nämlich das der Widerrechtlichkeit der Handlung, so daß - auf den wesentlichen Inhalt gesehen - sich doch die Rechtsnorm ergebe: nur die widerrechtliche Handlung verpflichte zum Schadensersatz“.⁵⁸⁸

Im Anschluß hieran finden sich in den Materialien nun zahlreiche Bemerkungen der 1. Kommission, die darauf hindeuten, daß sie von der Rechtswidrigkeitsindikation der Rechtsgutsverletzung ausgegangen war. So äußert die 1. Kommission im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der illoyalen Handlungen, daß hierdurch [Unterstreichung durch mich] „nur der allgemeine Rechtsgrundsatz eingeführt [werde]: die betreffende Handlungsweise sei nicht minder verboten, wie die Verletzung der absoluten Rechte“.⁵⁸⁹

In Prot. I, 986 (Jakobs/Schubert, aaO, S. 882) äußert die 1. Kommission im Hinblick auf einen zuvor gefaßten Beschluß, daß die Bestimmung, wer schuldbar eine widerrechtliche Handlung begehe, unbedingt für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich sei, auch wenn dieser weder erkannt noch erkennbar gewesen sei, sich nur dann rechtfertigen

⁵⁸³ So vor allem VE zu § 5, (von Kübel aaO, S. 680) [Unterstreichung durch mich] : „Denn wer nur sein Recht ausübt und dabei innerhalb der ihm von der Rechtsordnung gesetzten Schranken bleibt, greift, wenn er hierbei auch einen Anderen beschädigt, damit nicht in unerlaubter Weise in eine fremde Rechtssphäre ein, er ist in seinem Recht und fehlt es demzufolge an einem wesentlichen Erfordernisse der Schadensersatzpflicht, der Widerrechtlichkeit und Unerlaubtheit der schadenbringenden Handlung.“ Allerdings wird bei von Kübel aaO, S. 681 auch gesagt, daß „...sehr wohl das Recht des Anderen zu jenen rechtlichen Schranken gehören könne, die der Erstere [Anm.: der Schädiger] nicht überschreiten dürfe.“

⁵⁸⁴ In Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, Recht der Schuldverhältnisse III, (S. 874) ist in den Beratungen der 108. Sitzung vom 03.07.1882 zu lesen [Unterstreichung durch mich]: “Wird mit dem Entwurfe die Widerrechtlichkeit der Handlung für nöthig erachtet, so muß die letztere, damit die Verpflichtung zum Schadensersatz begründet werde, entweder durch eine Rechtsnorm verboten, oder es muß durch die Handlung ein von dem Handelnden nach den Vorschriften der Rechtsordnung zu respektierendes Recht des Beschädigten verletzt und hieraus der Schaden erwachsen sein“.

⁵⁸⁵ Beschlossen wurde in derselben Sitzung vom 03.07.1882 (Jakobs/Schubert, aaO, S. 875): „Wer (wissentlich oder fahrlässigerweise) einem Anderen Schaden zufügt, ist diesem zum Schadensersatz verpflichtet, es sei denn, daß er in Ausübung eines besonderen Rechts oder in einer mit den guten Sitten übereinstimmenden Ausübung der natürlichen Freiheit gehandelt habe“.

Dies geschah deswegen, weil die 1. Kommission davon ausging und kritisierte, daß der Vorentwurf keine allgemeine Schadensersatzklausel aufgestellt habe, denn zur Rechtfertigung des neuen Beschlusses wurde ausgeführt, das Gesetzbuch müsse ein Hauptprinzip aussprechen, welches die Aufstellung von speziellen Einzelstatbeständen entbehrlich mache. [Jakobs/Schubert, aaO, (S. 875)].

⁵⁸⁶ Jakobs/Schubert, aaO, (S. 876 ff.).

⁵⁸⁷ Jakobs/Schubert, aaO, (S. 876 ff.).

⁵⁸⁸ Jakobs/Schubert, aaO, (S. 880).

⁵⁸⁹ Jakobs/Schubert, aaO, (S. 880).

lasse, [Unterstreichung durch mich] „wenn die Widerrechtlichkeit darin bestehe, daß ein subjektives Recht des Beschädigten verletzt und in dessen Rechtskreis unmittelbar in schuldbarer Weise eingegriffen sei, in welchem Falle sich die Rechtsverletzung selbst schon gleichsam als ein Schaden im weiteren Sinne betrachten lasse“;
Ebenso ergibt sich aus der Bemerkung der 1. Kommission zu VE § 5 II⁵⁹⁰ die Orientierung der 1. Kommission am Erfolg sunrechtskonzept.⁵⁹¹

Man kann also davon ausgehen, daß die 1. Kommission jedenfalls bei der Verletzung von Rechten und Rechtsgütern des Geschädigten der Erfolg sunrechtskonzeption folgte.⁵⁹²
Daß die 1. Kommission die Rechtswidrigkeitsindikation lediglich auf sogenannte unmittelbare Eingriffe in das Rechtsgut beschränken wollte, ist nicht klar⁵⁹³, im hier relevanten Kontext unmittelbarer Eingriffe [wie sie die Einwirkung des Arztes auf den Körper des Patienten unproblematisch darstellen] aber jedenfalls ohne Belang.

Keinesfalls vertretbar ist es indes, schon den *Anwendungsbereich* der heute geltenden Vorschrift des § 823 I BGB auf das gesetzliche Leitbild von der unmittelbaren Verursachung zu beschränken.⁵⁹⁴
Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift deckt sich mit der Reichweite des Bestandsanspruches der Schutzgüter; „dieser reicht selbstverständlich weiter als nur bis zur Bedrohung durch Vorsatztat und fahrlässige "unmittelbare" Eingriffshandlungen“.⁵⁹⁵

Am Ende der Beratungen der 1. Kommission standen E I §§ 704 I, II, 705 und 706.⁵⁹⁶

⁵⁹⁰ § 5 II des Teilentwurfes lautet: „Hat jemand in die Schadenszufügung durch einen Anderen eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Ersatz des Schadens gegen Letzteren nicht zu“. (abgedruckt bei von Kübel (Verf.), *Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1 (S. 653).

⁵⁹¹ Jakobs/Schubert, aaO, S. 887. [Unterstreichung durch mich]: „Verliere die Handlung durch die Einwilligung die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit, so erscheine die Bestimmung zweifellos und selbstverständlich“.

⁵⁹² Vgl. auch Brüggemeier, *Deliktsrecht*, Rz 94, der in seinen rechtshistorischen Ausführungen zur BGB-Entstehungsgeschichte dazu kommt, daß sowohl der Vorentwurf als auch der 1. Entwurf von 1888 zwei Haupterscheinungsformen widerrechtlicher Handlungen vor Augen hatten: Die Verletzung von Verbotsgesetzen und die Verletzung von subjektiven Rechten.

⁵⁹³ Siehe hierzu die soeben schon zitierte Passage in Jakobs/Schubert, *Beratung*, (S. 882), wo die Widerrechtlichkeit der Handlung in dem Falle thematisiert wird, [Unterstreichung durch mich] „daß ein subjektives Recht des Beschädigten verletzt und in dessen Rechtskreis unmittelbar in schuldbarer Weise eingegriffen sei“.

Man kann sehr wohl auch der Ansicht sein, daß der Gesetzgeber als „unmittelbar“ schlicht jedes das Rechtsgut betreffendes Handeln ansah, also den Begriff der „Unmittelbarkeit“ in diesem Zusammenhang weiter verstand, als es die heutige Schadensersatzdogmatik tut.

⁵⁹⁴ So aber Fraenkel, *Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB*, 1979, S. 242; zutreffend ablehnend RGRK-Steffen, § 823 Rz 107 und Kleindiek, *Deliktshaftung und juristische Person*, S. 21 f.

⁵⁹⁵ so zutreffend RGRK-Steffen § 823 Rz 107.

⁵⁹⁶ Abgedruckt bei Jakobs/Schubert, *Die Beratung des BGB*, S. 891/892:

E I § 704: „Hat Jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung - Thun oder Unterlassen - einem Anderen einen Schaden zugefügt, dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, so ist der dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht.

Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war. Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen.“

E I § 705: „Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt.“

E I § 706: „Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu“.

Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß die **Vorkommission des Reichsjustizamtes** von der Erfolgsunrechtskonzeption abweichen wollte. Im Gegenteil: Der E I § 706 wurde durch die Vorkommission gestrichen, weil die Vorkommission erwog [Unterstreichung durch mich], „es sei selbstverständlich, daß die Einwilligung des Verletzten in die verletzende Handlung den Schadensersatzanspruch des Verletzten ausschließe, wenn und insoweit als die Einwilligung der Verletzung den Charakter der Widerrechtlichkeit nehme“.⁵⁹⁷
Eine derartige Formulierung versteht sich nur im Kontext einer Erfolgsunrechtskonzeption.

Ebenso entschied sich die **2. Kommission** für die Streichung des E I § 706, indem sie erwog [Unterstreichung durch mich]: „Es sei selbstverständlich, daß die Einwilligung des Verletzten in die verletzende Handlung den Schadensersatzanspruch des Verletzten ausschließe, wenn und soweit die Handlung durch die Einwilligung die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit verliere“.⁵⁹⁸
Die 2. Kommission stellte bzgl. E I § 704 I und II lapidar fest: „Das richtige Prinzip enthalte der § 704 II“.⁵⁹⁹, womit nicht nur die klaren tatbestandlichen Voraussetzungen einer Haftung des Schädigers gemeint waren⁶⁰⁰, sondern sicherlich auch die hierdurch erzeugte Rechtswidrigkeitsindikation.

Mit anderen Worten: Einzig die Lehre vom Erfolgsunrecht - kombiniert mit einer an äußeren Kriterien orientierten Feststellung der Rechtsgutsverletzung - wird mit der grundsätzlichen Mißbilligung jeglicher Beeinträchtigung der in § 823 I BGB genannten Rechte und Rechtsgüter dem durch die Haftungsnorm intendierten umfassenden Schutz (wenigstens) dieser Rechte und Rechtsgüter gerecht.

Man kann somit die unkomplizierte Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit nach der Lehre vom Erfolgsunrecht geradezu als hervorragende Ergänzung zur Selektivität des Rechtsgüterschützes nach § 823 I BGB sehen⁶⁰¹. Ebenso verhält es sich dann mit der jedenfalls im Grundsatz weitreichenden Zurechnung der Schadensfolgen.⁶⁰²

Das Verhältnis der eingetretenen Rechtsgutsverletzung zur Rechtswidrigkeit ist dann (nach herkömmlicher Betrachtungsweise) dahin zu kennzeichnen, daß der Verletzungserfolg die Rechtswidrigkeit indiziert⁶⁰³.

⁵⁹⁷ Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB aaO, (S. 894).

⁵⁹⁸ Protokolle, Band II, (S. 578).

⁵⁹⁹ Protokolle, Band II, (S. 572).

⁶⁰⁰ Vgl. Protokolle, Band II, (S. 571): Es verdiene den Vorzug, „dem Richter zu seiner Entscheidung schon im Gesetz einen gewissen objektiven Maßstab an die Hand zu geben“.

⁶⁰¹ Vgl. zum „mit dem Gedanken des Erfolgsunrechts stets verbundene[n] Vollständigkeitspostulat absoluter subjektiver Rechte“, Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, § 8 (S. 478) und ders. § 7 II (S. 423 f.).

⁶⁰² a.A. vgl. Roussos, Schaden und Folgeschaden, S. 87: Die Totalreparation nach Verletzung eines Rechtsgutes i.S.d. § 823 I BGB kehre den Grundsatz des enumerativen Rechtsschutzes in sein Gegenteil.

⁶⁰³ Daß der Mechanismus der Rechtswidrigkeitsindikation bei den von der Rechtsprechung neu entwickelten „Rahmenrechten“ weitgehend versagt, liefert keinen prinzipiellen Einwand gegen das Indikationsmodell, weil es sich hierbei eben um Neuschöpfungen handelt. (Dazu Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 75 II, S. 363.) Anders aber wohl Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, Kapitel C, Seite 76, Fn 385, wonach die Lehre vom Erfolgsunrecht bei diesen Rahmenrechten „- nolens-volens -“ Ausnahmen mache.

Konsequenz hieraus ist, daß jeder ärztliche Heileingriff, als ein unbestreitbar die Körpersphäre des Patienten tangierender Vorgang im Grundsatz als eine unmittelbare, ja sogar vorsätzliche⁶⁰⁴, die Rechtswidrigkeit indizierende Verletzung des menschlichen Körpers anzusehen ist.

Rechtfertigungsgrund des Arztes ist die aufgeklärte Einwilligung des Patienten, die ihrerseits eine umfassende Aufklärung des Patienten als Voraussetzung hat.

Nach der Konzeption des § 823 I BGB erscheint das Verschulden als ein (weiteres) Korrektiv einer ggf. zu weit gehenden Rechtswidrigkeits-Haftung.⁶⁰⁵ Insbesondere hat die Differenzierung der Rechtswidrigkeit vom Verschulden stets einen erfolgsbezogenen Rechtswidrigkeitsbegriff vorausgesetzt.⁶⁰⁶

Zur dogmatischen Konzeption des Erfolgsunrechts bei § 823 I BGB hat sich jüngst Jansen in einer grundlegenden Stellungnahme in AcP 202 (2002), S. 517, 544 ff (545) bekannt⁶⁰⁷.

Nach Jansen werde das Rechtswidrigkeitsurteil „ausschließlich auf den Verletzungserfolg bezogen“.⁶⁰⁸ Daß der rechtswidrige Erfolg für eine Schadenszurechnung auf eine Handlung bezogen werden muß, bedeute nicht, daß das Rechtswidrigkeitsurteil verhaltensbezogen verstanden werden müsse.⁶⁰⁹ Die bei den sog. „mittelbaren Verletzungen“ relevanten Zurechnungsfragen erforderten „normative Urteile über die Reichweite individueller Sachherrschafts- und Verantwortungsbereiche, die als solche angesprochen und nicht indirekt mittels Verkehrspflichten umschrieben werden“ sollten. Wichtig hierbei sei, daß die Kriterien für derartige Zurechnungsfragen „normalerweise nicht ausschließlich an die Rechtmäßigkeit des schadensverursachenden Handelns anknüpfen“.⁶¹⁰ Die Problematik der Rechtfertigung beziehe sich „auf die Rechtsgutsverletzung als solche, nicht auf die rechtsgutsverletzende Handlung“.⁶¹¹ Nach Jansen sei die Schuld der maßgebliche Haftungsausschlußgrund.⁶¹² Fahrlässig handelt nach Jansen derjenige, der „die im Verkehr zur Vermeidung der Haftung erforderliche Sorgfalt außer acht läßt“.⁶¹³ Hierdurch werde ausgedrückt, „ob der Schädiger die Schädigung haftungsrechtlich vertreten muß, nicht ob er sich vorwerfbar falsch verhalten hat“.⁶¹⁴

Diese Einwände gegen die Verhaltensunrechtskonzeption beziehen sich auf den *Haftungsgrund*.

bb.) Einwände gegen die Lehre vom Verhaltensunrecht bezogen auf den Haftungsumfang.

Einwände gegen die Verhaltensunrechtskonzeption ergeben sich aber auch im Hinblick auf ihre Relevanz für die Ebene der *Haftungsausfüllung*:

⁶⁰⁴ Weber-Steinhaus, S. 49.

⁶⁰⁵ Vgl. Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, § 7 II (S. 426).

⁶⁰⁶ Jansen, aaO, § 7 IV (S. 453).

⁶⁰⁷ Ebenso Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 30: Ein erfolgsbezogenes Unrechtskonzept gelte „für viele, freilich zu Unrecht, als ein archaisches „keep off“, so daß die damit verbundenen spezifisch haftungsbezogenen Wertungen unerkannt bleiben“.

⁶⁰⁸ Jansen, AcP 202 (2002), S. 517, 545.

⁶⁰⁹ Jansen, aaO, S. 545.

⁶¹⁰ Die beiden letzten Zitate aus Jansen aaO, S. 546.

⁶¹¹ Jansen aaO, S. 547.

⁶¹² Jansen aaO, S. 547.

⁶¹³ Jansen aaO, S. 548.

⁶¹⁴ Jansen aaO, S. 548.

Die Verhaltensunrechtskonzeption ermöglicht - wie soeben unter III 3.) c.) eingehend gesehen - im Rahmen des § 823 I BGB durch die Untersuchung der (ungeschriebenen) Verhaltenspflichten auf ihren vermeintlichen Sinn und Zweck den wegen rechtswidriger Verletzung der durch sie in Bezug genommenen Rechtsgüter zu leistenden Schadensumfang einer Steuerung zuzuführen, weil nach dieser Ansicht der Umfang des zu leistenden Schadensersatzes nicht nur aus der Tatbestandsnorm des § 823 I BGB, i.V.m. § 249 I BGB, sondern auch (und sogar in letzter Konsequenz) aus der verletzten Verhaltenspflicht abgeleitet wird.⁶¹⁵

Diese Relevanz der Verhaltensunrechtskonzeption für die Zurechnung der Schadensfolgen bei § 823 I BGB ist indes nicht nur *in dogmatischer Hinsicht* im Hinblick auf das gesetzgeberische Konzept der Totalreparation als schon im Grundsatz unzulässig zu betrachten.

Die verhaltenspflichtorientierte Art und Weise der Zurechnung der Schadensfolgen bei § 823 I BGB zeitigt auch *im rein Tatsächlichen/Methodischen* erhebliche Probleme. Es stellt sich hierbei nämlich die Frage, anhand welcher Kriterien aus der in Frage stehenden (ungeschriebenen !) Verhaltenspflicht der durch sie gewährleistete Schutzbereich (deduktiv-systematisch) abgeleitet werden soll. Insbesondere auf dieses methodische Problem einer (verhaltenspflichtorientierten) Zurechnung der Schadensfolgen im Rahmen des § 823 I BGB, wird noch - unter eingehender Darstellung und Erörterung hierzu speziell erschienener arzt haftungsrechtlicher Literatur und Rechtsprechung - gleich anschließend im Kapitel IV.) dieser Arbeit zurückzukommen sein.

Bei umfassender Betrachtung der Verhaltensunrechtskonzeption ist festzustellen, daß sie zu einer gewaltigen Korrosion des legislativen Konzeptes des deliktischen Rechtsgüterschutzes führt und dies gleich von zwei Seiten:

Im Bereich der *Haftungsbegründung*, indem abweichend von dem gesetzgeberischen Konzept des Erfolg sunrechtes ein Verhaltensunrechtskonzept (mit nachteiligen Konsequenzen für den Geschädigten insbesondere im Hinblick auf die Beweislast) entwickelt wird.

Im Bereich der *Haftungsausfüllung*, indem durch die Orientierung der Schadenszurechnung an dem (vagen) Sinn und Zweck der verletzten Verhaltenspflicht der gesetzliche Grundsatz der Totalreparation schon im Grundsatz konterkariert wird.

Diese durch die Verhaltensunrechtslehre dogmatisch-konstruktiv induzierte Schwächung des deliktischen Rechtsgüterschutzes ist ein erstaunlicher Befund in einer Zeit, in der die Entwicklung klar gegenläufig in Richtung auf eine weitere Ausdehnung/ Verschärfung der deliktischen Haftung geht.⁶¹⁶

⁶¹⁵ Steffen (RGRK-Steffen, § 823, Rz 90) hat daher im Kontext des § 823 I BGB bezüglich der Haftungsausfüllung völlig zu Recht konstatiert, daß sich die Rechtsprechung zum Schutzzweck und zum Rechtswidrigkeitszusammenhang vornehmlich auf eine von Befürwortern eines Verhaltensunrechtskonzepts vertretene Lehre stützt.

⁶¹⁶ Vgl. zu letzterem jüngst erst wieder Katzenmeier, AcP 203 (2003), S. 79, 113 f.

b.) Sachliche Unnötigkeit der Lehre vom Verhaltensunrecht.

Die Lehre vom Handlungsunrecht ist auch vom Ergebnis her nicht nötig, sowohl im allgemeinen als auch im Rahmen der Arzthaftung.

Von den Problemfällen des „verkehrsrichtigen Verhaltens“ abgesehen, ist diese Lehre vor allem deswegen entwickelt worden, um die Fälle der (oben schon dargestellten) sog. mittelbaren Eingriffe zu bewältigen.⁶¹⁷

Sofern die Lehre vom Verhaltensunrecht ganz allgemein befürchtet, die Erfolgsunrechtskonzeption würde bei mittelbaren Verletzungen zu einer unberechtigten Haftung des Schädigers führen, so ist dies unzutreffend, denn wer sich im Rahmen ihm verfügbarer Erkenntnismöglichkeiten korrekt verhält, wird auch nach dem Konzept des Erfolgsunrechts jedenfalls mangels Verschuldens nicht zur Haftung herangezogen.⁶¹⁸

Das Gleiche gilt auch bei der Arzthaftung wegen Fehlern der *Selbstbestimmungsaufklärung*, wobei hier beide Unrechtskonzeptionen die (verletzte) Aufklärungspflicht des Arztes konstruktionsbedingt auf der Ebene der Rechtswidrigkeit⁶¹⁹ problematisieren, allerdings - und das ist ein zentraler Unterschied - mit im Ausgangspunkt jeweils unterschiedlicher Beweislast.

Aber auch der *Behandlungsfehlervorwurf*, der bei der Verletzung der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung Relevanz entwickelt, läßt sich nach der hier vertretenen Auffassung problemlos in das Konzept des Erfolgsunrechtes integrieren, wenn man die Problematik des Behandlungsfehlers in engen Zusammenhang mit der Problematik des Fehlers der Selbstbestimmungsaufklärung stellt.

Der Behandlungsfehler entwickelt nach der hier vertretenen Ansicht dann nicht auf der Tatbestandsebene, sondern auf der Ebene der Rechtswidrigkeit Bedeutung als ein die vor dem Heileingriff vom Patienten ggf. wirksam erklärte Einwilligung gegenstandslos machendes Moment. Das Vorliegen eines vom Patienten nachzuweisenden Behandlungsfehlers verhindert also gewissermaßen das Eingreifen des Rechtfertigungsgrundes der vom Arzt nach der Konzeption des Erfolgsunrechts zu beweisenden wirksamen Einwilligung⁶²⁰, weil sich die Einwilligung des Patienten in der

⁶¹⁷ zur Problematik statt vieler Larenz/ Canaris, Schuldrecht II/2 § 75 II 3.) a.), (S. 364 ff.)

⁶¹⁸ RGRK-Steffen, § 823 Rz 116; ebenso auch Jauernig-Teichmann § 823, Rz 50.

⁶¹⁹ Sofern man nicht mit der oben unter Teil C.) III.) 2.) a.) schon dargestellten Variante der Verhaltensunrechtslehre die verletzte Verhaltenspflicht als positiv festzustellende Voraussetzung (schon) der *Tatbestandsmäßigkeit* betrachtet.

⁶²⁰ so zutreffend Kröning „Die Bedeutung des Kunstfehlers für die Haftung des Arztes nach § 823 Abs. 1 BGB“ Diss. Göttingen, 1974, S. 45, 127 f.

vgl. dazu auch Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 77: wemgleich Brüggemeier einen strikt verhaltenspflichtbezogenen Ansatz vertritt, beschreibt er in diesem Buch die aktuelle Rechtsprechung in einer Weise, wie hier dogmatisch vertreten: Wenn der Patient wirksam eingewilligt hat, hänge die Haftung des Arztes vom Nachweis eines Behandlungsfehlers ab. Bei bewiesenem Behandlungsfehler „bleibt die Behandlung als solche eine rechtswidrige Körperverletzung“. [Unterstreichung durch mich]

Regel nur auf eine fehlerfreie Behandlung bezieht.⁶²¹ Der Behandlungsfehler ist somit eine Rechtfertigungsschranke der ordnungsgemäßen Einwilligung.⁶²²

Eine solche Sichtweise entspricht nicht nur der tatsächlichen Rechtswirklichkeit in Arzthaftungsprozessen in zeitlicher Hinsicht, sondern auch einem logischen Regel-Ausnahme-Verhältnis bei Behandlungen.

Die Problematik der ordnungsgemäßen Einwilligung des Patienten stellt sich schlicht bei *jedem* Heileingriff, da sie *unabdingbare Voraussetzung* rechtmäßiger ärztlicher Behandlung ist. Sie ist schon in zeitlicher Hinsicht der Frage, ob anlässlich der Behandlung überhaupt ein Behandlungsfehler geschehen ist, logischerweise vorgelagert, denn die Frage der ordnungsgemäßen Einwilligung stellt sich von Beginn einer *jeden* Heilbehandlung an, wogegen die Frage, ob dem Arzt ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, häufig erst *im weiteren Verlauf* der Behandlung im ganzen beurteilt werden kann. Ist der Heileingriff nicht wirksam konsentiert, so ist *schon deswegen* die sich an die Einwilligung anschließende ärztliche Behandlung rechtswidrig. Auf die wesentlich schwierigere und sehr oft gar nicht zu beantwortende Frage, ob der Heileingriff (auch) wegen eines Behandlungsfehlers rechtswidrig ist, kommt es häufig⁶²³ dann nicht mehr an.⁶²⁴

Im Hinblick auf die Beweislast deckt sich diese hier dargestellte Qualifizierung des Behandlungsfehlers als (vom Patienten zu beweisende und somit *positiv festzustellende*) Voraussetzung der Rechtswidrigkeit des ärztlichen Heileingriffes mit derjenigen Ansicht, die - dogmatisch einem verhaltenspflichtbezogenen Ansatz folgend - ebenfalls den Behandlungsfehler als positiv festzustellende Voraussetzung der Rechtswidrigkeit des ärztlichen Heileingriffes ansieht. An dieser Stelle kommen Handlungs- und Erfolgsunrecht im Hinblick auf die Beweislast zu demselben Ergebnis, die dogmatischen Konsequenzen des Streites zwischen ihnen lösen sich hier auf. Allerdings zeigt sich sehr wohl, daß eine strikt erfolgsunrechtsbezogene Deliktiskonzeption den Behandlungsfehler nicht nur „genauso gut“ wie die verhaltenspflichtorientierte Konzeption als (vom Patienten zu beweisende) positiv festzustellende Voraussetzung der Rechtswidrigkeit einordnen kann, sondern insoweit einen Vorteil besitzt, als sie den Behandlungsfehler in engen Bezug zur Autonomie des Patienten stellt und dadurch als Ausnahmefall zu einer - im übrigen ordnungsgemäßen - Einwilligung in die Heilbehandlung betrachtet. Hierbei stellt sie die Behandlungsfehlerproblematik in einen systematischen Kontext zum Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung und unterstreicht hierdurch die unterschiedliche Relevanz des oben unter Teil C, I, 2, a,bb, eee.) schon herausgearbeiteten *persönlichkeitsbezogenen Aspektes* des Rechtsgutes Körper.

⁶²¹ Vgl. Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, Kapitel C (S. 77).

⁶²² Vgl. in genau umgekehrter Weise Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 151/ 152: Rechtfertigungsgrund ärztlichen Handelns ist die Indikation des Eingriffs. Allerdings bleibt der Eingriff nur insoweit gerechtfertigt wie der Patient ordnungsgemäß aufgeklärt ist. aaO S. 151: „Soweit die Information reicht, wirkt auch die Einwilligung“. Es sei zu beachten der „Zusammenhang zwischen der Indikation als Rechtfertigungsgrund und der Einwilligung als Rechtfertigungsschranke“. (aaO, S. 152).

⁶²³ Vgl. dazu Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 3. Bei erfolgreicher Aufklärungsrüge werde die Frage nach einem Behandlungsfehler nicht stets überflüssig. „Fehler bei der Vornahme einer Operation können sich auf die Höhe des Schmerzensgeldes auswirken“.

⁶²⁴ dazu auch Esser/Weyers, Schuldrecht II/ 2, §55 I 1 b.) (S. 154) „...wenn ein Eingriff schädliche Folgen hat, muß der Arzt - noch ehe über die Frage eines „Kunstfehlers“ überhaupt verhandelt werden muß - zunächst einmal seine Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht nachweisen“.

In identischer Weise und zeitlicher Reihenfolge die „zwei Wege zur Arzthaftung“ beschreibend auch Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, Kapitel C, S. 77.

c.) Keine Unstimmigkeiten der Lehre vom Erfolgsunrecht speziell im Bereich der Arzthaftung.

Gegen die Lehre vom Erfolgsunrecht und für einen verhaltenspflichtbezogenen Ansatz im Rahmen des § 823 I BGB speziell bei der Arzthaftung wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung kann auch nicht eingewendet werden, daß die Erfolgsunrechtskonzeption Umstimmigkeiten in sich trage.⁶²⁵

Speziell im Bereich der Arzthaftung wegen fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung solle eine wesentliche Unstimmigkeit darin liegen, daß das Verschulden des Arztes im Falle eines Selbstbestimmungsaufklärungsfehlers sich nicht auf die Körperverletzung, sondern auf die Verletzung der Aufklärungspflicht beziehe. Die Körperverletzung erfolge aber vorsätzlich, die Verletzung der Aufklärungspflicht in der Regel lediglich fahrlässig⁶²⁶.

Die Körperverletzungsdoktrin (jedenfalls in ihrer erfolgsunrechtsbezogenen Variante) präjudiziere „...den Ausschluß von Verschuldensüberlegungen bei der Prüfung der Aufklärungspflichtverletzung, weil im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung solche Fragen keine Rolle spielen können“⁶²⁷.

Diese Einwände sind zumindest mißverständlich und auch in der Sache nicht zutreffend.

Auch die Körperverletzungsdoktrin und in ihr die Lehre vom Erfolgsunrecht kann die Aufklärungspflichtverletzung des Arztes zum Gegenstand der Verschuldensprüfung machen. Dies zwar nicht durch Bezugnahme des Verschuldens auf den Tatbestand i.e.S. [wie dies teilweise der verhaltensbezogene Ansatz innerhalb der Körperverletzungsdoktrin (sofern man die Verletzung der maßgeblichen Verhaltenspflicht schon als positiv festzustellende Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit ansieht) sowie die sog. Persönlichkeitsrechtsdoktrin machen können], wohl aber durch Bezugnahme des Verschuldens auf den Prüfungspunkt „Rechtswidrigkeit“, wie folgende Überlegungen verdeutlichen:

Vorsatz im Sinne des Zivilrechtes bedeutet nach h.M. das „Wissen und Wollen des Erfolgs im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit“.⁶²⁸ Im Gegensatz zu der im Strafrecht geltenden Schuldtheorie⁶²⁹ bildet im Zivilrecht nach herrschender Meinung das Bewußtsein der Rechts- (Pflicht-) widrigkeit einen Bestandteil des *Vorsatzes*, (sogenannte Vorsatztheorie)⁶³⁰.

⁶²⁵ Hart, FS Heinrichs, S. 291, 292 ff.; vgl. zu den „problematischen Konstruktionen“ der Rechtsprechung im Kontext der von ihr vertretenen Doktrin kritisch auch Esser/ Weyers, Schuldrecht, Bd II/2, § 55 I 1 b., (S. 155.)

⁶²⁶ Hart, FS Heinrichs, S. 291, 292. Hart trägt diesen Einwand als Argument für einen Tatbestandswechsel von der Körperverletzungs- zur Persönlichkeitsrechtsdoktrin im Kontext der Rüge des Selbstbestimmungsaufklärungsfehlers vor. In gleicher Weise läßt sich dieser Einwand indes auch *innerhalb* der Körperverletzungsdoktrin für einen verhaltenspflichtbezogenen Ansatz anführen, weil die konstruktiven Konsequenzen sowohl der Persönlichkeitsrechtsdoktrin als auch der verhaltenspflichtbezogenen Körperverletzungsdoktrin dieselben sind.

⁶²⁷ So Hart, aaO, S. 293.

⁶²⁸ So wörtlich Fikentscher, Schuldrecht, § 53 III,1 (Rz 504); in diesem Sinne ebenso Erman/Battes § 276 Rz 16; Palandt/ Heinrichs § 276, Rz 10; Jauernig/Vollkommer § 276 Rz 15.

⁶²⁹ Vgl. StGB § 17; statt vieler nur Lackner-Kühl, § 15 Rz 34.

⁶³⁰ BGHZ 115, 286, 299, st. Rspr.; 118, 201, 208; Larenz, Schuldrecht I, § 20 II; Fikentscher, SchuldR Rz. 506; Palandt/Heinrichs § 276 Rz. 11; Erman/Schiemann § 823 Rz. 152; Erman/Battes § 276 Rz 17; ähnlich auch Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 345: Der Vorsatz beziehe sich „auf den Tatbestand und jedenfalls zum

Dabei kann an dieser Stelle der Streit zwischen beiden Ansichten dahinstehen, da auch im Kontext der zivilrechtlichen Schuldtheorie jedenfalls der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes den Vorsatz entfallen läßt.⁶³¹

Im Ausgangspunkt liegt in der gewollten, also vorsätzlichen Behandlung des Patienten durch den Arzt ein vorsätzlicher Eingriff in dessen körperliche Integrität, also eine vorsätzliche „Verletzung“ dessen Körpers i.S.d. § 823 I BGB.

Der Vorsatz des Arztes entfällt indes -wie soeben gezeigt - nach insoweit einhelliger Ansicht, wenn der Arzt auf Grund tatsächlicher Umstände irrig denkt, sein Handeln sei *nicht rechtswidrig*, in casu also z.B. durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt.

Der bei weitem häufigste Rechtfertigungsgrund des Arztes ist in diesem Zusammenhang die Einwilligung des Patienten in den Heileingriff nach zuvor ordnungsgemäß erteilter Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten.

Geht der Arzt aus tatsächlichen Gründen irrig von einer wirksamen Einwilligung des Patienten aus⁶³², sieht er also irrig Umstände als gegeben an, die die Rechtswidrigkeit seines Handelns ausschließen würden, so befindet er sich im Tatsachenirrtum⁶³³. Der Vorsatz entfällt.⁶³⁴

Entfällt Vorsatz infolge eines solchen Tatsachenirrtums greift vielfach Fahrlässigkeitshaftung ein⁶³⁵. „Bei vermeidbarem Aufklärungsfehler liegt eine fahrlässige Körperverletzung vor, die für die verursachten (und zurechenbaren) Folgeschäden haftbar macht“⁶³⁶.

Dabei ist Fahrlässigkeit als Schuldform⁶³⁷ - genauso wie der Vorsatz - sowohl auf den Tatbestand als auch auf die Rechtswidrigkeit bezogen⁶³⁸.

erheblichen Teil auch auf die Rechtswidrigkeit“. Anders Soergel/Wolf, § 276 Rz 50 ff., der der Schuldtheorie folgt, (aaO, Rz 55).

⁶³¹ So Soergel/Wolf § 276 Rz 51, i.V.m. Rz 57 (als Vertreter der Schuldtheorie); differenzierend Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 348 ff zwischen „Erkenntnisirrtum“ und „Bewertungsirrtum“. Der „Erkenntnisirrtum“ umfasse sowohl den Irrtum über Tatbestandsmerkmale, als auch den Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes (aaO, Rz 351). Er lasse stets den Vorsatz entfallen. Beim Bewertungsirrtum ist nach Deutsch zu differenzieren (näher aaO, Rz 354 ff.)

Eindeutig in diesem Falle den Vorsatz verneinend Erman/Battes § 276 Rz 18 (auf der Basis der Vorsatztheorie).

⁶³² Das wird der Regelfall sein, z.B. wenn der Arzt irrig denkt, der Patient habe die ihm mitgeteilten Informationen vollständig erfaßt und verstanden oder er habe dem Patienten alle relevanten Risikopunkte mitgeteilt, obwohl er (versehentlich) Risikopunkte unerwähnt ließ.

Der Fall des *Rechtsirrtums* dürfte angesichts der heute unter Medizinern allgemein verbreiteten Kenntnis der sehr strengen Aufklärungsgrundsätze, wie sie die Rechtsprechung fordert, kaum relevant sein.

⁶³³ Vgl. Erman/Battes § 276 Rz 18; Deutsch Allgemeines Haftungsrecht, Rz 351: „Erkenntnisirrtum“;

⁶³⁴ Erman/Battes § 276 Rz 18; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 351; vgl. auch Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, Kapitel C (S. 77) zu den traditionellen Strukturen der deliktischen Arzthaftung in diesem Zusammenhang: „Kann der Arzt keine ausreichende Aufklärung dartun, kommt es nicht zur Enthaltung. Es bleibt bei der indizierten rechtswidrigen Körperverletzung. Der Vorsatz entfällt mangels Unrechtsbewußtseins“.

⁶³⁵ Vgl. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 352; Jauernig/Vollkommer § 276 Rz 21; vgl. auch Soergel/Wolf § 276 Rz 51. (für den Fall, daß der Handelnde irrtümlich die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes als gegeben annimmt.

⁶³⁶ So die „traditionellen Strukturen“ der deliktischen Arzthaftung zutreffend referierend Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, Kapitel C, (S. 77).

⁶³⁷ Palandt/Heinrichs, § 276 Rz 12 a. E.; ebenso auch Deutsch, AcP 202 (2002), S. 889, 893.

⁶³⁸ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 371; ders AcP 202(2002), S. 889, 894/895; vgl. auch Palandt/Heinrichs, § 276 Rz 12 „Fahrlässigkeit setzt Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des pflichtwidrigen (rechtswidrigen) Erfolges voraus“.

Der Arzt haftet im Falle nicht ordnungsgemäß erfolgter Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten also nur dann wegen fahrlässiger Körperverletzung, wenn er (auch) bzgl. der durch seine Behandlung indizierten Rechtswidrigkeit fahrlässig handelte. Dies ist -verkürzt gesprochen - dann der Fall, wenn er fahrlässig seiner Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten nicht genügt hat⁶³⁹.

[Fahrlässigkeit bzgl. des *Tatbestandes* ist in all diesen Fällen ohnehin zu bejahen. Sie ist als „minus“ im diesbezüglich sogar gegebenen Vorsatz enthalten. Der Arzt wirkt im Rahmen der Behandlung vorsätzlich auf den Körper des Patienten ein. Der Vorwurf vorsätzlicher rechtswidriger Körperverletzung gegenüber dem Arzt entfällt lediglich deswegen, weil er bezüglich der durch die Behandlung indizierten Rechtswidrigkeit keinen Vorsatz hat].

Der Arzt wird wegen fahrlässiger Körperverletzung zum Schadensersatz verurteilt, weil sich seine Fahrlässigkeit auf die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit seiner Handlung bezog. Daß der Arzt bzgl. der Körperbezogenheit seines Wirkens (sogar) vorsätzlich handelte, ist aber wegen des fehlenden Vorsatzes bzgl. der (indizierten) Rechtswidrigkeit seines Handelns im Ergebnis ohne Relevanz. Übrig bleibt der Vorwurf der fahrlässigen tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Körperverletzung des Patienten.⁶⁴⁰

In diesem Ergebnis liegt keinesfalls eine „Unstimmigkeit“⁶⁴¹, sondern es ist Folge der konsequenten Anwendung der Körperverletzungs-Doktrin und der Anwendung der soeben dargestellten Grundsätze zum Verschulden.

In der gleichen Weise läßt sich auch ein „fahrlässiger Behandlungsfehler“ in das Erfolgsunrechtskonzept integrieren, wie soeben unter 4.) b.) schon dargestellt wurde. Die Frage, ob der Arzt durch einen Behandlungsfehler fahrlässig-schuldhaft den Körper des Patienten rechtswidrig verletzt hat, beinhaltet bei genauer Betrachtung die Frage, ob der Arzt bezüglich des Behandlungsfehlers, der auch nach der Erfolgsunrechtskonzeption als positiv festzustellendes Element der Rechtswidrigkeit (nämlich als vom Patienten zu beweisende Ausnahme einer vom Arzt zu beweisenden wirksamen Einwilligung) anzusehen ist, fahrlässig-schuldhaft gehandelt hat.

Die maßgeblichen Kriterien und Ergebnisse sind jedenfalls beim Behandlungsfehlervorwurf dieselben, gleich welcher dogmatischen Konzeption man folgt.⁶⁴²

⁶³⁹ Hierzu MüKo/ Mertens § 823 Rz 40: „Die irrtümliche Annahme der Einwilligung wirkt nicht rechtfertigend, schließt aber das Verschulden aus, wenn sie nicht selbst auf Fahrlässigkeit beruht“; vgl. allg. dazu auch Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 352: Es komme darauf an, „ob der Irrtum [über die tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes] bei Einsatz der erforderlichen Sorgfalt vermeidbar war“.

⁶⁴⁰ Der Vorwurf vorsätzlicher rechtswidriger Körperverletzung gegen den Arzt wäre im Falle nicht wirksam konsentierter Heilbehandlung dann gegeben, wenn der Arzt den Patienten vorsätzlich nicht aufklärt, es sei denn es greift der bloß theoretisch denkbare Fall eines unvermeidbaren Verbotsirrtums in der Person des Arztes ein.

⁶⁴¹ Vgl. Hart, aaO, S. 291, (292/293).

⁶⁴² wenn die Indizierung der Rechtswidrigkeit durch die Heilbehandlung von Steffen/ Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 132 für den Behandlungsfehlerbereich als unannehmbar bezeichnet wird, so verkennt

Die Verletzung der Aufklärungspflicht bzw. das Vorliegen eines Behandlungsfehlers werden nach dem hier vertretenen Erfolgsunrechtskonzept (ebenso wie wenn man diese Fehler nach dem verhaltensbezogenen Ansatz auf der Ebene der Rechtswidrigkeit oder gar bereits im Tatbestand als Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit i.S.d. § 823 I BGB prüfen würde) selbstverständlich *rein objektiv* bestimmt.

Ob im Rahmen der Verschuldensprüfung dann zugunsten des Arztes auch noch individuelle Momente, also ggf. die *personale oder „innere“ Sorgfalt* des Arztes, Berücksichtigung finden können, ist von der konstruktiv-dogmatischen Strukturierung der Arzthaftung als Haftung für Handlungsunrecht oder Erfolgsunrecht [und zusätzlich von dem Streit um die Körperverletzungsdoktrin / Persönlichkeitsrechtsdoktrin im Kontext des Fehlers der Selbstbestimmungsaufklärung] unabhängig, sondern dann eine Frage der jeweiligen Anforderungen an die Fahrlässigkeit⁶⁴³.

Hierbei wird man für das Zivilrecht heutzutage jedenfalls in der Regel von einem objektiv-abstrakten (typisierenden) und nicht mehr von einem individuellen Sorgfaltsmaßstab auszugehen haben.⁶⁴⁴, zumal die solchermaßen objektivierete Fahrlässigkeit situationsbedingt abgestuft werden kann.⁶⁴⁵ Dies gilt vor allem für Berufshaftung wie etwa - und vor allem - die Arzthaftung.

Da die Arzthaftung als Einstandspflicht für die eingenommene berufliche Rolle die Einhaltung der objektiven Standards des Faches fordert, wird für subjektive Entschuldigungen durchweg kaum Raum sein⁶⁴⁶, so daß nach der hier vertretenen Auffassung dem Merkmal des Verschuldens als Betrachtung der (inneren) Sorgfalt⁶⁴⁷ ohnehin praktisch kaum eine Bedeutung mehr zukommt. Zweck des zivilen Haftungsrechts ist – anders als im Strafrecht – nicht die Verhängung (notwendig individueller) Strafe, sondern Schadensabnahme⁶⁴⁸. Dem wird ein (streng) individueller Verschuldensmaßstab nicht gerecht⁶⁴⁹.

Völlig zu Recht ist daher der Gedanke der (individuellen) Vorwerfbarkeit eines verursachten Schadens in der neuen zivilrechtlichen Dogmatik sehr stark zurückgedrängt worden.⁶⁵⁰ Schon in dieser Hinsicht ist der o.g. Einwand von Hart weitgehend gestandslos.

diese Ansicht die hier dargestellte enge systematische Verknüpfung der Behandlungsfehlerproblematik mit dem Autonomieaspekt.

⁶⁴³ Vgl. hierzu Schramm Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 83 ff.; und Katzenmeier, Arzthaftung, § 3 (S. 150 ff.) [jeweils unter besonderer Bezugnahme auf die Arzthaftung]

⁶⁴⁴ Palandt/Heinrichs § 276 Rz 15; Soergel/Wolf § 276 Rz 75 ff; RGRK-Steffen § 823 Rz 405; Erman/Battes § 276 Rz 19; BGHZ 106, 323, 329 f.; 113, 297, 303 f.; NJW 2000, 2812 f.

Nach Quentin, Kausalität und deliktische Haftungsbegründung, S. 106 bedeutet zivilrechtliche Fahrlässigkeitshaftung „heute nicht mehr ein Einstehenmüssen für individuelles persönlich vorwerfbares Fehlverhalten, sondern knüpft praktisch ausschließlich an die Enttäuschung einer bestimmten rollenbezogenen Verhaltenserwartung an, die in mehr oder weniger abstrakten Standards Ausdruck gefunden hat“.

⁶⁴⁵ Erman/Battes, § 276, Rz 23; vgl. auch Soergel/Wolf § 276, Rz 78 ff. und BGHZ 113, 297, 303 f.

⁶⁴⁶ Deutsch, FS v. Caemmerer (1978), 329, 331; Weber-Steinhaus, aaO, S. 21.

⁶⁴⁷ Kritisch zur Begrifflichkeit „äußere Sorgfalt“ versus „innere Sorgfalt“, Larenz, SchuldR I, § 20 IV (S. 288).

⁶⁴⁸ Larenz, SchuldR I, § 20 III; Deutsch, FS Wahl, S. 339, 341.

⁶⁴⁹ Larenz, SchuldR I § 20 III.

⁶⁵⁰ vgl. Quentin, Kausalität und deliktische Haftungsbegründung, S. 106.

Nach Katzenmeier, Arzthaftung, § 3 II, (S. 163) gehe es heute eigentlich nur noch um die „semantischen Grenzen des Verschuldensbegriffs“ und dabei um die Frage, bis zu welcher Grenze „die Verantwortlichkeit

Allerdings darf diese starke Objektivierung der Fahrlässigkeit nicht dazu führen, daß die Unterschiede zwischen Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit einerseits und Fahrlässigkeit andererseits restlos eingeebnet werden,⁶⁵¹ auch nicht im Bereich der Berufshaftungen, wie hier der Arzthaftung.⁶⁵²

Zusammenfassend kann man zu Hart folgendes sagen:

Einerseits kann man sehr wohl dogmatisch-konstruktiv auch im Rahmen der Körperverletzungsdoktrin und dort wiederum nach dem Konzept vom Erfolgsunrecht die im Rahmen der Schuld zu prüfende Fahrlässigkeit auf die Rechtswidrigkeit und damit mittelbar auf die einzelnen vom Arzt zu beachtenden „Pflichten“ (ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung einerseits/ordnungsgemäße Behandlung andererseits) beziehen.

Andererseits läuft Harts Einwand schon deswegen weitgehend ins Leere, weil die heute übliche Objektivierung des Verschuldensmaßstabes subjektiven Elementen kaum relevante Bedeutung mehr beläßt⁶⁵³.

Im Ergebnis ist somit insgesamt der Lehre vom Erfolgsunrecht zu folgen.

noch abstrahiert, entindividualisiert, objektiviert und ethisch neutralisiert werden [kann], damit noch von Verschuldenshaftung gesprochen werden kann“.

⁶⁵¹ Fikentscher, Schuldrecht, Rz. 430, 508: „Trotz der Typisierung handelt es sich in § 276 um persönliche Vorwerfbarkeit, nicht um objektive Regelwidrigkeit“; Larenz, Schuldrecht I, § 20 I; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 75 I 1 g (S. 353/354)

⁶⁵² für die Arzthaftung speziell das Verschuldensprinzip einfordernd, Katzenmeier, Arzthaftung, §3 II 6 b (S. 186 ff.) und Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, § 6 II (S. 96 ff.)

⁶⁵³ das sieht wohl auch Hart, aaO, S. 293/ 294 so.

IV.) Die Problematik der Schadensfolgenzurechnung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern.

1.) Einleitung

„Das Arzthaftungsrecht erlaubt auf interessante Weise die Regeln über die Zurechnung des Schadens nach erfolgter Verletzung zu testen“⁶⁵⁴.

Der oben in Teil C.) I.) ausführlich dargestellte Streit um die korrekte dogmatische Qualifizierung des nicht wirksam konsentierten ärztlichen Heileingriffes im Rahmen des § 823 I BGB als tatbestandliche Körperverletzung oder tatbestandliche Verletzung des APR. als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB hat - wie gesehen - neben der Frage der *Beweislast* für die Rechtswidrigkeit des Eingriffs im Grundsatz auch Konsequenzen für den *Umfang* des im Ergebnis vom Arzt dem Patienten *zu ersetzenden Schadens*.

Nach der im Rahmen dieser Arbeit vertretenen Körperverletzungsdoktrin stellt jeder ärztliche Heileingriff, auch der medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte, eine *tatbestandsmäßige Körperverletzung* i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB dar.

Der Arzt bedarf innerhalb dieser Körperverletzungsdoktrin nach der im Rahmen dieser Arbeit vertretenen *Erfolgsunrechtskonzeption* (dazu soeben) daher zur Rechtfertigung seines Handelns einer durch hinreichende Aufklärung motivierten, rechtswirksamen Einwilligung des Patienten.⁶⁵⁵

Anderenfalls ist die Einwilligung unwirksam und der Heileingriff des Arztes stellt eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Körperverletzung i.S.d. § 823 I BGB dar⁶⁵⁶.

In einem solchen Falle einer rechtswidrigen Körperverletzung muß dann gemäß § 249, I BGB im Grundsatz der Arzt für sämtliche aus der rechtswidrigen Körperverletzung resultierenden Schadensfolgen dem Patienten gegenüber haften. Dies ist die Folge des im deutschen Schadensersatzrecht geltenden Grundsatzes der *Totalreparation*, wonach die Ersatzpflicht des Schädigers bezüglich aller Schadensfolgen seines tatbestandlich rechtswidrigen Handelns die Regel, die Nicht-Ersatzfähigkeit die begründungsbedürftige Ausnahme darstellt.⁶⁵⁷

Allerdings besteht jedenfalls im Grundsatz ganz allgemein darüber Einigkeit, daß unter gewissen Voraussetzungen die Haftung des Schädigers für Schadensfolgen eingeschränkt werden kann.

Im Kontext der Arzthaftung wegen nicht wirksam konsentierter Heilbehandlung wird hierbei in der Literatur und Rechtsprechung die Frage gestellt, ob der Arzt in einem solchen Falle für die Verwirklichung sämtlicher Risiken des Heileingriffes haften muß

⁶⁵⁴ so einleitend Deutsch, FS Geiß 2000, S. 367.

⁶⁵⁵ Zu den inhaltlichen Anforderungen an die Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten noch unten in Teil D.) dieser Arbeit.

⁶⁵⁶ Wie oben in Teil B.) I.) schon gezeigt, ist auch trotz wirksamer Einwilligung des Patienten der Heileingriff zudem immer dann rechtswidrig, wenn dem Arzt ein *Behandlungsfehler* unterläuft, denn in Behandlungsfehler willigt der Patient jedenfalls im Grundsatz nicht ein.

Im Folgenden wird daher - dem Thema dieser Arbeit folgend - grds. von einer medizinisch indizierten und lege artis ausgeführten Heilbehandlung ausgegangen und die Diskussion der Schadenszurechnung auf die Problematik des Fehlers der Selbstbestimmungsaufklärung beschränkt, wenn nicht ausdrücklich in einem „Seitenblick“ auch einmal die Probleme der Schadenszurechnung bei der Behandlungsfehlerhaftung vergleichend mit berücksichtigt werden.

⁶⁵⁷ MüKo/Oetker, § 249, Rz 119, (S. 454); Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 103; Herm.Lange, JZ 1976, 198, 205 li. Sp.; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX, 11 (S. 124).

oder nur für diejenigen, über die er pflichtwidrig den Patienten im Vorfeld des Eingriffs nicht aufgeklärt hatte.

In bestimmten Fällen von nicht genügender Selbstbestimmungsaufklärung wird nämlich eine Haftung des Arztes für sämtliche durch die nicht ordnungsgemäß konsentierete Behandlung ausgelösten Schadensfolgen als zu weitgehend angesehen, weil das Aufklärungsversäumnis des Arztes und die durch die Behandlung verursachten Körperschäden häufig in keinem Verhältnis zueinander stehen.⁶⁵⁸

Nicht selten ist nämlich das Aufklärungsversäumnis des Arztes als gering anzusehen, wenn er bei einem großen Kanon aufklärungsbedürftiger Risiken lediglich einen Detailpunkt vergißt. Gleichwohl ist in diesen Fällen mangels einer umfassenden Risikoaufklärung über *alle* erheblichen Risikopunkte die Einwilligung des Patienten in den Heileingriff nicht wirksam und deshalb die Behandlung des Arztes, die ganz erhebliche Schäden für den Patienten zur Folge haben kann, *im Ganzen* rechtswidrig.⁶⁵⁹ Um eine Haftung des Arztes auf das sogenannte „*versari in re illicita*“,⁶⁶⁰ zu vermeiden, sind daher sowohl das Schrifttum als auch die Rechtsprechung bemüht, in solchen Fällen eine Einschränkung der Haftung des Arztes für Schäden, die aus einer nicht wirksam konsentierten Heilbehandlung entstehen, zu erreichen.

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur besteht bislang allerdings nach wie vor noch keine allgemeine Einigkeit darüber, wie dieses Ziel dogmatisch untermauert werden kann.⁶⁶¹

Die Problematik der Zurechnung von Schadensfolgen nach der Verletzung der Tatbestandsnorm wird in aller Regel diskutiert unter den Begriffen „Zurechnungszusammenhang“ oder auch „Schutzzweck der Norm“, gelegentlich spricht man diesbezüglich auch vom „Rechtswidrigkeitszusammenhang“⁶⁶².

Diese Frage der Schadenszurechnung bei nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriffen ist in den letzten Jahren in Rechtsprechung und Literatur wiederholt aufgeworfen und diskutiert und jüngst in zwei hier noch näher zu besprechenden Urteilen des BGH⁶⁶³ in einer speziellen Konstellation einer überraschenden Entscheidung zugeführt worden.

Um sich den genauen dogmatischen Ort dieser Problematik zu vergegenwärtigen, sowie begriffliche Klarstellungen zu leisten, soll im Folgenden unter IV.) 2.) a.) bis c.) eine allgemeine Darstellung haftungsrechtlicher Grundsätze der Schadensfolgenzurechnung - insbesondere der Schutzzwecklehre - mit besonderer Bezugnahme auf das Arzthaftungsrecht erfolgen.

Nach der Erörterung und kritischen Würdigung der dabei gefundenen Ansichten und Ergebnisse unter IV.) 2.) c.) cc.) und der Entwicklung des eigens im Rahmen dieser Arbeit vertretenen Lösungsansatzes unter IV.) 2.) d.) soll dessen Anwendung auf die speziellen, im Bereich der Arzthaftung wegen Selbstbestimmungsaufklärungsfehlern

⁶⁵⁸ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 66.

⁶⁵⁹ So zutreffend Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 292; a.A. Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht (1983), S. 151-152.

⁶⁶⁰ Deutsch definiert in Allgemeines Haftungsrecht Rz. 297 das „*versari in re illicita*“ als „Haftung für jedes Unrecht und jedwede Folge des Unrechts“.

⁶⁶¹ Brüggemeier, Deliktsrecht, Rz 699 spricht von einem Dilemma; für Giesen Arzthaftungsrecht Rz 294 gehört die Thematik zu den umstrittensten dogmatischen Problemen im Aufklärungsfehlerbereich; vgl. auch Deutsch, NJW 1989, 2313.

⁶⁶² Zur Differenzierung zwischen diesen Begriffen sofort eingehend unter IV.) 2.) c.) aa.)

⁶⁶³ BGH Urteil vom 15.02.2000, JZ 2000, S. 898 ff. und BGH Urteil vom 30.01.2001, VersR 2001, S. 592 f.

sich stellenden Problemvarianten der Schadensfolgenzurechnung wie sie die Rechtsprechung bis jüngst beschäftigt unter IV.) 2.) e.) erfolgen.

2.) Allgemeine Dogmatik der Zurechnungslehre mit arzt haftungsrechtlichen Bezügen.

Wird ein Recht oder Rechtsgut i.S.d. § 823 I BGB verletzt, so ist Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch des Betroffenen wegen des Schadens, der in dieser Verletzung liegt oder sich als weitere Folge aus ihr ergibt, daß zwischen dem haftbar machenden Verhalten des Schädigers und dem Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, ein bestimmter innerer Zusammenhang besteht⁶⁶⁴. Ein solcher Zusammenhang wird in den meisten Fällen nicht schwer zu bejahen sein.

Allerdings gibt es Konstellationen, in denen sehr wohl fraglich ist, ob zwischen dem (pflichtwidrigen) Verhalten des Schädigers und der Erstverletzung bzw. der sich daraus entwickelnden Folgeverletzung ein Zusammenhang besteht, auf Grund dessen die Haftung des Schädigers begründet erscheint.⁶⁶⁵

Diese Fragen können an zwei verschiedenen Punkten auftauchen, nämlich einmal bei der sog. *haftungsbegründenden* und schließlich noch einmal bei der sog. *haftungsausfüllenden* Kausalität.

Im Rahmen der *haftungsbegründenden Kausalität* wird die Frage behandelt, ob zwischen dem (pflichtwidrigen) Verhalten des Schädigers und der Verletzung eines in § 823 I geschützten Rechtsguts ein Zusammenhang besteht, auf Grund dessen die Haftung des Schädigers dem Grunde nach als begründet erscheint.⁶⁶⁶

Im Rahmen der *haftungsausfüllenden Kausalität* hingegen wird die Frage behandelt – nachdem feststeht, daß der Schädiger die Rechtsgutsverletzung in zurechenbarer Weise verursacht hat, seine Haftung also an sich begründet ist, - in welchem Umfang er für die „Folgeverletzungen“ einzustehen hat, die sich erst nach Ablauf einer Kausalkette als weitere Folge aus der „Erstverletzung“ ergeben und zu den sogenannten „Folgeschäden“ führen⁶⁶⁷.

In diesem Zusammenhang werden verschiedene Kriterien der Zurechnung der Handlung des Schädigers zur Rechtsgutsverletzung und zum Schaden diskutiert. Eines davon ist das Kriterium des „Schutzzwecks der Norm“.

⁶⁶⁴ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 142.

⁶⁶⁵ Kötz/Wagner, aaO, Rz 144.

⁶⁶⁶ Vgl. Kötz/Wagner, aaO, Rz 144.; Michalski, Jura 1996, S. 393.

⁶⁶⁷ Zu den Begriffen „haftungsbegründende“ und „haftungsausfüllende Kausalität“ vgl. im Einzelnen Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 144 und Michalski, Jura 1996, S. 393; Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 39 f.; kritisch zu der „alt hergebrachten Differenzierung“ Kramer, JZ 1976, 338, 343. Er meint, sie bringe für die Zurechnungsproblematik nicht mehr „als eine Bezeichnung der Chronologie des Schadensablaufs“.

Der Begriff „Schutzzweck der Norm“ stammt aus dem größeren Feld des Zurechnungszusammenhanges⁶⁶⁸ und wird erst von da verständlich. Es stellt sich hierbei die Frage, wie eng der Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Verhalten des Verletzers sein muß, damit diesem der Schaden in seine Verantwortlichkeit zugerechnet wird und daher von ihm ersetzt werden muß.⁶⁶⁹

Hierzu wurden in vieljähriger Bemühung durch Lehre und Rechtsprechung folgende die Haftung des Schädigers einschränkende Kriterien, entwickelt⁶⁷⁰.

Ein ausreichender Zusammenhang zwischen dem betreffenden Ereignis oder Umstand (beide eingeführt als Bedingung bezeichnet) und dem eingetretenen Schaden fehlt, wenn

- a.) entweder die Bedingung (und sämtliche Bedingungen sind dabei gleichwertig) nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß nach den Gesetzen der Logik und Naturwissenschaft der Erfolg entfiel (*Äquivalenztheorie*).
- b.) oder zwar Äquivalenz gegeben ist, die Bedingung aber erst durch das Hinzutreten geradezu absurd eigener und ungewöhnlicher weiterer Bedingungen den Erfolg herbeiführen konnte (*Adäquanztheorie*).
- c.) oder zwar Äquivalenz und Adäquanz gegeben ist, der Schaden aber außerhalb des Schutzzwecks der Norm⁶⁷¹ liegt. (*Theorie vom Schutzbereich der Norm*).

Alle drei Prüfungskriterien der Zurechnung haben grundsätzliche Relevanz sowohl bei der haftungsbegründenden als auch bei der haftungsausfüllenden Kausalität⁶⁷².

Dies ist allerdings im Hinblick auf das Kriterium des „Schutzzwecks der Norm“ in Einzelfragen sehr streitig⁶⁷³. [dazu jetzt sogleich ausführlich unter IV.) 2.) a.) bis c.), insbesondere c.)]

Zur Problematik im Einzelnen:

⁶⁶⁸ Der Zurechnungszusammenhang als Oberbegriff erfaßt auch die Äquivalenz und (vor allem) die Adäquanz, (Schlosshauer-Selbach, NJW 1985, 660/ 661); ähnlich Lange/Schiemann, Schadensersatz, der in § 3 unter dem Kapitelnamen „Schadenszurechnung“ sowohl die Äquivalenz, Adäquanz als auch die „Schutzzwecklehre“ behandelt; vgl. speziell im Kontext der Arzthaftung Deutsch, NJW 1989, 2313 li Sp.:

„Zurechnungszusammenhang ist gegeben, wenn der Schaden adäquat verursacht ist und im Schutzbereich der Norm liegt“; ebenso Deutsch, FS Geiss, S. 367, 370 und Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz. 258.

⁶⁶⁹ Schlosshauer-Selbach, NJW 1985, 660.

⁶⁷⁰ Die Literatur dazu ist unübersehbar. Vgl. statt aller Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 142 ff., insbes. Rz 147 ff.; Larenz Schuldrecht I, 14. Aufl. (1987), § 27 III, (S. 431 ff.); Lange/Schiemann, Schadensersatz § 3 (S. 74 ff.).

⁶⁷¹ häufig auch als „Rechtswidrigkeitszusammenhang“, bzw. „Schutzbereich der Norm“ bezeichnet. Zur terminologischen Klarstellung hierzu sogleich unter IV.) 2.) c.) aa.) in dieser Arbeit.

⁶⁷² Für die äquivalente Kausalität: Palandt/Heinrichs, vor § 249 Rz 57; Erman/Kuckuk, vor § 249 Rz 30.

Für die adäquate Kausalität: Lange/ Schiemann, Schadensersatz, § 3 VI 5; Staudinger/Schiemann § 249 Rz 23; Palandt/Heinrichs, vor § 249 Rz 61; anders: Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 33 II (S. 233): Der Adäquanzgedanke könne nur bei der Haftungsausfüllung dienlich sein.

⁶⁷³ Vgl. dazu Überblicksweise Palandt/Heinrichs, vor § 249 Rz 64; Erman/Kuckuk vor § 249 Rz 37; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX, 1 (S. 101 f.) und § 3 IX, 11 (S. 124 ff.) und vor allem Larenz, Schuldrecht I, § 27 III, S. 440 ff., insbes. S. 444f.

a.) Äquivalenztheorie

Der Kausalzusammenhang ist Grund und Grenze der zivilrechtlichen Haftung.⁶⁷⁴ Allein die Äquivalenztheorie widmet sich dem Kausalzusammenhang im wahren, d.h. objektiv-mechanistischen Sinne. Sie findet Anwendung sowohl auf der Ebene der Haftungs begründung als auch auf der Ebene der Haftungsausfüllung. Ursächlich für einen Erfolg sind hiernach diejenigen Umstände, die jeder für sich *condicio sine qua non* für den Erfolg sind, also nicht hinweggedacht werden können, ohne daß nicht auch der Erfolg wegfiel oder jedenfalls in einer signifikant anderen Weise einträte⁶⁷⁵.

Übertragen auf den Bereich ärztlicher Haftung wegen mangelhafter Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten läßt sich – dem Äquivalenz-Grundsatz folgend – folgendes Zwischenergebnis formulieren:

Unterläuft dem Arzt bei der Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten ein Fehler, so daß dessen Einwilligung in den Heileingriff nicht wirksam ist, so hat der Arzt durch seinen Heileingriff eine vorsätzliche, rechtswidrige und (in der Regel auch) schuldhaft Körperverletzung begangen.

Zwischen der Tätigkeit des Arztes (also der Behandlung) und der Tatbestandsverwirklichung (Körperverletzung) besteht unproblematisch Kausalität (*haftungsbegründende Kausalität*) i.S. der Äquivalenz.

Unter Anwendung der Äquivalenz-Theorie bereitet auch die Bejahung der haftungsausfüllenden Kausalität in diesem Falle keine Probleme.

Der Arzt verursacht äquivalent-kausal sämtliche durch diesen rechtswidrigen Heileingriff entstehenden Folgeschäden, unabhängig davon, ob diese Schäden solchen Risiken entspringen, die aufklärungsbedürftig gewesen sind oder nicht (*haftungsausfüllende Kausalität*)⁶⁷⁶.

b.) Die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang

Wie eben dargestellt, kann nur in ganz wenigen Fällen die Zurechnung eines Schadens deshalb abgelehnt werden, weil es an einem äquivalent-ursächlichen Zusammenhang zwischen (sorgfaltswidrigem) Verhalten einerseits, Rechtsgutsverletzung und Schaden andererseits fehlt. Die Äquivalenztheorie ist somit für die Schadenszurechnung allein nicht ausreichend. In den meisten Fällen kann sie zur Haftungsbegrenzung nichts beitragen.⁶⁷⁷

Im Ausgangspunkt ist nach allseitiger Ansicht im Zivilrecht anerkannt, daß zur Begrenzung der Haftung zusätzliche einschränkende Kriterien benötigt werden.⁶⁷⁸

⁶⁷⁴ so Palandt/Heinrichs, vor. § 249, Rz 54; in demselben Sinne Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 III (S. 80): Die Bedingungstheorie sei für die Schadenszurechnung allein nicht ausreichend. „Ihre Bedeutung liegt in der Ermittlung einer Untergrenze“.

⁶⁷⁵ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 147. Siehe auch zu den einzelnen Besonderheiten der Äquivalenz-Betrachtung Kötz/Wagner, Rz 148/ 149; vgl. auch Palandt/Heinrichs, vor § 249, Rz 57.

⁶⁷⁶ Vgl. BGH, VersR 1989, 514, 516 re. Sp.; BGH NJW 1991, 2346, 2347 li Sp.

⁶⁷⁷ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 149; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 III (S. 80).

⁶⁷⁸ Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IV, 1

Allerdings herrscht lebhafter Streit um die Frage, welches diese Kriterien sind⁶⁷⁹.

Ein weiteres Zurechnungskriterium hat die durch v. Bar (1871) und von Kries (1888) begründete und 1902 von der Rechtsprechung⁶⁸⁰ übernommene sog. Adäquanztheorie zu entwickeln versucht.⁶⁸¹

Nach dieser Ansicht müsse das haftbarmachende Verhalten des Schädigers und der eingetretene Schaden nicht bloß durch einen *natürlichen*, sondern außerdem durch einen besonderen, *juristisch relevanten* Kausalzusammenhang⁶⁸² miteinander verbunden sein. Zur Umschreibung der Adäquanz wurden in der Rechtsprechung unterschiedliche Formulierungen verwandt.⁶⁸³

Nach der Lehre vom „adäquaten Kausalzusammenhang“ kommt es demnach für die Zurechenbarkeit eines Schadens darauf an, ob das Verhalten des Schädigers generell zur Herbeiführung eines Schadens der eingetretenen Art geeignet wäre; keine Haftung besteht hinsichtlich solcher Schadensfolgen, deren Eintritt im Hinblick auf das Verhalten des Schädigers als ganz unwahrscheinlich bezeichnet werden muß. Wie wahrscheinlich der Eintritt der Schadensfolge ist oder – anders gesagt – ob das Verhalten des Schädigers zur Herbeiführung der Schadensfolge generell geeignet war oder nicht, muß nach der Rechtsprechung unter Berücksichtigung aller Umstände geprüft werden, die zur Zeit des schadensstiftenden Verhaltens einem „optimalen Beobachter“ unter Heranziehung des gesamten im Zeitpunkt der Beurteilung verfügbaren Erfahrungswissens zur Verfügung stehen⁶⁸⁴. Tatfolgen, die vom Vorsatz mitumfaßt sind, werden stets als adäquat betrachtet.⁶⁸⁵

Angesichts dessen ist klar, daß die Lehre vom „adäquaten Kausalzusammenhang“ mit der Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne nichts zu tun hat. Ebenso klar ist aber auch, daß die Wahrscheinlichkeitsprüfung, auf die es nach dieser Lehre für die Zurechenbarkeit eines Schadens ankommt, nur einen Rahmen abgibt, innerhalb dessen der Richter wertende Überlegungen anstellt⁶⁸⁶.

Alles in allem sind die Überlegungen zur „Adäquanz“ bzgl. der Schadenszurechnung nur wenig hilfreich, da hiermit nur geradezu absurde Zusammenhänge ausgeschaltet werden sollen, es somit nur selten zur Einstufung von Verläufen als inadäquat kommt. Eine weitere erhebliche Schwierigkeit liegt in der inhaltlichen Vagheit der Adäquanztheorie.⁶⁸⁷ Insbesondere dann, wenn man einen „optimalen“ Beobachter – wie ihn die Rechtsprechung fordert – zur Beurteilung der Situation heranzieht, verliert das Kriterium der Adäquanz weitgehend seine Eignung, den Verantwortungsbereich des Ersatzpflichtigen zu begrenzen.⁶⁸⁸

⁶⁷⁹ Kötz/Wagner aaO, Rz 151.

⁶⁸⁰ Beginnend mit RGZ 50, 219, 222.

⁶⁸¹ Palandt/Heinrichs vor § 249 Rz 58 f.; eine knappe Darstellung der historischen Entwicklung der Adäquanzlehre findet sich bei Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 VI, 1 (S. 82 ff.).

⁶⁸² vgl. von Caemmerer, Gesammelte Schriften, Bd I, S. 395, 400: „besonderer Begriff juristischer Kausalität“.

⁶⁸³ dazu Palandt/Heinrichs vor § 249 Rz 59;

⁶⁸⁴ Palandt/Heinrichs, vor § 249 Rz 58 ff m.w.N.; zur Adäquanztheorie in der Rechtsprechung eingehend auch Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 VI, 4 (S. 86 ff.).

⁶⁸⁵ Palandt/Heinrichs vor § 249 Rz 60; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 VII, 3 (S. 96).

⁶⁸⁶ so Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 153.

⁶⁸⁷ Hierzu Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 VI, 1 und 2.

⁶⁸⁸ So Larenz Schuldrecht I, §27 III, (S. 437) mit dem Vorschlag, statt auf einen „optimalen“ auf einen „erfahrenen Beobachter“ abzustellen, der sowohl die dem Ersatzpflichtigen bekannten, als auch die einem solchen Beobachter damals erkennbaren Umstände kennt und auch nicht ganz entfernte Möglichkeiten in Rücksicht zieht. (so Larenz aaO. S. 439/440).

Trotz allem bleibt für die Folgenrechnung das Kriterium der Adäquanz – wenn auch nur im Sinne einer äußersten Grenze der Zurechnung, neben der andere, sie ausschließende Gründe in Betracht kommen können – unentbehrlich.⁶⁸⁹

Übertragen auf die Problematik der Haftung des Arztes wegen einer nicht wirksam konsentierten Heilbehandlung kann auch die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang in aller Regel nicht zu einer Einschränkung der Arzthaftung führen.

Der Körpereingriff des Arztes ist im Rahmen der *Haftungsbegründung* auf Tatbestandsebene adäquat-kausal für die Verletzung der körperlichen Integrität. Ebenso liegen auch im Rahmen der *Haftungsausfüllung* alle aus dem rechtswidrigen Heileingriff resultierenden Schadensfolgen im Grundsatz im Rahmen der Adäquanz. Auch bei der Realisierung von nicht aufklärungsbedürftigen Folgerisiken eines nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriffes, fehlt es in aller Regel nicht an der Adäquanz, da es wegen der extremen Komplexität des menschlichen Organismus keinesfalls völlig fernliegend ist, daß ein Heileingriff auch „atypische“, d.h. bisher nicht gekannte Folgen verwirklicht.⁶⁹⁰

c.) Schadenszurechnung nach dem Schutzzweck der Haftungsnorm

aa.) Einleitung

Wesentlicher Schwachpunkt der Adäquanzlehre ist, daß die Entscheidung über die Zurechnung eines bestimmten Schadens sehr häufig von jenen Wahrscheinlichkeits- und Voraussesbarkeitserwägungen unabhängig ist, wie sie durch die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang nahegelegt sind⁶⁹¹.

Daher wurde in der Literatur nach einem anderen allgemeinen Prinzip gesucht, das den hier unvermeidlichen Prozeß wertender Abwägung ermöglicht und die überkommene Kategorie einer besonderen, juristisch relevanten Kausalität überflüssig macht⁶⁹² oder diese zumindest ergänzt.⁶⁹³

Dieses allgemeine Prinzip ist die Lehre, nach der für die Zurechenbarkeit eines Schadens auf den *Schutzzweck/ bzw. – bereich* der die Ersatzpflicht begründenden *Norm* abzustellen ist, wobei die Schutzzwecklehre jedenfalls im Grundsatz sowohl im Bereich der haftungsbegründenden als auch bei der haftungsausfüllenden Kausalität Bedeutung hat⁶⁹⁴. Dabei wird die Lehre vom Schutzzweck in der Regel haftungseinschränkend

⁶⁸⁹ So Larenz, Schuldrecht I, § 27 III, (S. 445); ebenso auch Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 VI, 5.

⁶⁹⁰ Vgl. Dunz, FS Narr, S. 144, 147 zu BGHZ 90, 06 wo Dunz die (nicht aufklärungsbedürftige) Darmperforation als nicht inadäquaten Zwischenfall bezeichnet. a.A. wohl Helbron, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzt Haftungsrecht, S. 117/118.

⁶⁹¹ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 156; vgl. auch Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX,1 (S.101); prägnant von Caemmerer, Gesammelte Schriften, Band I (S. 395, 402/403) „Es geht allein um Schutzzweck und Schutzzumfang der die Schadenshaftung begründenden Norm. Die Frage der Haftungsgrenzen ist daher durch die Entfaltung von Sinn und Tragweite dieser konkreten Norm zu lösen und nicht durch generelle Kausalitätsformeln“.

⁶⁹² Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, §33 II; Huber JZ 1969, 677, 680, 682 f., sowie ders. in FS Wahl, S. 301, (330 ff.)

⁶⁹³ vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 27 III (S. 445); Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 VI 5; Staudinger/Schiemann § 249 Rz 20;

⁶⁹⁴ Palandt/Heinrichs vor § 249 Rz 64; Erman/ Kuckuk, vor § 249 Rz 37; Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 160 ff /bzgl. Folgeschäden Rz 164 ff.; von Caemmerer, Gesammelte Schriften, Band I (S.395, 403)

wirken, doch kann sie umgekehrt durchaus auch haftungserweiternde Bedeutung haben, so etwa im Bereich der Haftung des Verzugsschuldners (§287,2 BGB) oder des Diebs (§848) für inadäquate Schäden⁶⁹⁵.

Schon im Jahre 1969 hat E. Deutsch vom „Siegeszug“ gesprochen, den die Schutzbereichslehre nach 1958 in der Rechtsprechung angetreten habe⁶⁹⁶.

Dieser Siegeszug ist jedoch auch durch starke Strömungen in der Literatur gebremst worden⁶⁹⁷.

Gegen die Normzwecklehre wird allgemein eingewendet, sie sei nur ein „vages Programm“⁶⁹⁸, es handle sich um eine unberechenbare Generalklausel⁶⁹⁹, die nur Verwirrung stifte⁷⁰⁰ und selbst Befürworter der Lehre räumen ein, daß „viele Fragen nach wie vor offen“ bleiben.⁷⁰¹

Die Lehre vom „Schutzzweck der Norm“ wird in Rechtsprechung und Literatur auch im Bereich der Arzthaftung angewendet und hier vor allem im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität⁷⁰².

Hierbei spielt sie insbesondere im Zusammenhang der Haftung des Arztes wegen nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlungen eine große Rolle.

In diesem Zusammenhang kann zwischen drei Problemvarianten⁷⁰³ unterschieden werden, die die Rechtsprechung in den vergangenen beiden Jahrzehnten beschäftigt haben. [zu diesen Problemvarianten noch eingehend unter IV.) 2.) e.)]

Im Einzelnen ist hierbei jedoch sehr viel umstritten. Die „Anwendungsbereiche der Normzwecklehre“ werden sogleich unter IV.) 2.) c.) (2.) eingehend dargestellt.

⁶⁹⁵ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 305; vgl. auch Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 83 IV.

⁶⁹⁶ Bspredung von Stoll, „Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht“, in RabelsZ 33 (1969), S. 763, 764.

⁶⁹⁷ Vgl. Lang, Normzweck und Duty of Care, S.6.

⁶⁹⁸ Lüer, Die Begrenzung der Haftung, S. 95.

⁶⁹⁹ Schickedanz, NJW 1971, 916, 920 re. Sp.: „Man sollte die Generalklausel der Adäquanztheorie nicht durch eine weitere, noch unberechenbarere Generalklausel ersetzen, die dann wirklich zum *asylum ignorantiae* der Rechtsprechung werden könnte“.

⁷⁰⁰ Keuk, Vermögensschaden und Interesse S. 224 ff., insbes. S. 235.

⁷⁰¹ Sourlas, Adäquanztheorie und Normzwecklehre, S. 25.

⁷⁰² vgl. allgemein zur Relevanz der Schutzzwecklehre, die im Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität die größere Bedeutung habe: Erman/Kuckuk, vor § 249 Rz 37; speziell für die Arzthaftung insbesondere Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht; Helbron, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, insbes. S. 110 ff.

Einzelheiten zur Schutzzwecklehre speziell in der Arzthaftung bei der haftungsausfüllenden Kausalität sogleich unten unter bb.) ccc.) (b.) (bb.)

⁷⁰³ In der *ersten Problemvariante* stellt sich die Frage, ob unter Berufung auf den Schutzzweck der Norm sich an pflichtwidrig unterlassene Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten auch dann Schadensersatzansprüche knüpfen, wenn sich in der Folge der Behandlung ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko verwirklicht.

Es ist diese Problemvariante, die die Rechtsprechung als erste beschäftigte und wesentliche Anstöße für Schutzbereichserwägungen in diesen Fällen gab.

In der *zweiten Problemvariante* stellt sich das Zurechnungsproblem dergestalt, daß zwar die Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten insgesamt unvollständig war, sich aber in der Folge des Eingriffes gerade ein solches Risiko realisierte, über das der Arzt den Patienten aufgeklärt hatte.

In der *dritten Problemvariante* haben sich zwei aufklärungspflichtige Risiken realisiert, der Arzt hatte aber lediglich über eines der beiden Risiken aufgeklärt, über das andere pflichtwidrig nicht.

Ersetzt werden muß nach der Schutzzwecklehre nur derjenige Schaden, vor dessen Eintritt die Norm schützen will.

Die Schutzzwecklehre will in einer wertenden Betrachtung das Schadensersatzrecht an das Haftungsrecht ankoppeln, d.h. den Umfang des zu leistenden Ausgleichs dem Haftungsgrund selbst entnehmen⁷⁰⁴.

Wenngleich die Lehre vom Schutzzweck der Norm heute weitgehend anerkannt ist, so ist in Einzelfragen vieles umstritten.

Zunächst ist es erforderlich, angesichts der verschiedenen gebrauchten Begriffe in diesem Themenbereich klare Definitionen zu verwenden⁷⁰⁵.

In Anlehnung an Deutsch läßt sich der Problembereich der Schadensfolgenzurechnung unterteilen in den Schutzzweck der Norm, den Schutzbereich der Norm und in den Rechtswidrigkeitszusammenhang⁷⁰⁶.

Der **Schutzzweck** einer Norm betrifft die Frage, ob diese Norm überhaupt ein privates Gut schützen will.⁷⁰⁷ Dies ist im Hinblick auf § 823 I BGB und die durch diese Vorschrift geschützten Rechte und Rechtsgüter unproblematisch zu bejahen.⁷⁰⁸

Die durch § 823 I BGB angeordnete Ersatzpflicht wegen Körperverletzung beabsichtigt unproblematisch zivilrechtlichen Schutz.

Der **Schutzbereich einer Norm** hat sowohl eine persönliche als auch eine gegenständliche Ausprägung.

Der persönliche Schutzbereich behandelt die Frage, ob die Norm gerade das Gut des Anspruchsstellers schützen will.⁷⁰⁹

Die Personengruppe, die haftungsrechtlichen Schutz genießt, besteht bei § 823 I aus den Inhabern dieser Rechte und Güter.⁷¹⁰ Die Patienten eines Arztes fallen unproblematisch hierunter.

Der gegenständliche oder auch sachliche Schutzbereich behandelt die Frage, ob die Norm erlassen war, um genau diesen Schaden hintanzuhalten⁷¹¹.

Die gesamte, hier relevante Problematik der Schadensfolgenzurechnung bei nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen dreht sich um genau diese Frage.

Hier ist fraglich, ob der Patient Schadensersatz lediglich wegen des pflichtwidrig nicht aufgeklärten Risikos verlangen kann oder ob er zusätzlich dazu auch noch den Schaden des konkret aufgeklärten Risikos liquidieren kann.

In diesem Zusammenhang werden von mir *zwei weitere Problemvarianten* durch Kombination verschiedener Problemlagen gebildet, um die im Rahmen dieser Arbeit zu entwickelnde Methode der Schadensfolgenzurechnung zu testen.

⁷⁰⁴ Jauernig/Teichmann vor §§ 249-253, Rz 31.

⁷⁰⁵ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 298, (S. 195): „Über die Nomenklatur herrscht noch keine Einigkeit“; Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 38; vgl. auch Lange/Schiemann, Schadensersatz § 3 IX, 1 (S. 101).

⁷⁰⁶ Vgl. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 298, (S. 196.)

⁷⁰⁷ Deutsch, aaO, Rz 306.

⁷⁰⁸ „Die eigenständigen Haftungstatbestände, etwa §§823 I, 824 gewähren unmittelbar zivilrechtlichen Schutz“.

(so Deutsch, aaO, Rz 306).

⁷⁰⁹ Deutsch, aaO, Rz 297 und 311.

⁷¹⁰ Deutsch, aaO, Rz 311.

⁷¹¹ Deutsch, aaO, Rz 297 und 312.

Teilweise wird zusätzlich auch die Figur des modalen Schutzbereiches vertreten,⁷¹² die sich mit der konkreten Entstehungsweise des Schadens befaßt.

Ebenso werden bestimmte Schadensfolgen nicht in die Haftung einbezogen, wenn der sogenannte Rechtswidrigkeitszusammenhang fehlt. Bei fehlendem Rechtswidrigkeitszusammenhang wird nicht die Rechtswidrigkeit des konkreten Heileingriffes ausgeschlossen, sondern es werden hier nur diejenigen Schadensfolgen ausgeklammert, die auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingetreten wären. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang hat somit bei genauer Betrachtung nichts mit den hier zu behandelnden Zurechnungsproblemen im Kontext von Normzweckbetrachtungen (Schutzzweck bzw. –bereich der Norm) auf der Ebene der haftungsbegründenden bzw. haftungsausfüllenden Kausalität zu tun⁷¹³.

Der Rechtswidrigkeitszusammenhang behandelt die Frage, ob der eingetretene Schaden gerade auf der Rechtswidrigkeit der Rechts(guts)verletzung bzw. auf der Rechtswidrigkeit der Verletzung der in Frage stehenden (Schutzgesetz)norm beruht. Es geht hierbei – umgekehrt betrachtet – um die Problematik des rechtmäßigen Alternativverhaltens⁷¹⁴. Hiernach ist der Rechtswidrigkeitszusammenhang dann nicht gegeben, wenn der konkrete Schaden auch bei ordnungsgemäßigem Verhalten, also bei nicht vorhandener Rechtswidrigkeit eingetreten wäre, was dazu führt, daß der konkrete Schaden dem Schädiger nicht zugerechnet wird.

Die Problematik des Rechtswidrigkeitszusammenhanges ist somit bei der Haftung wegen rechtswidriger Handlungen in der Gedankenfolge der Frage nach dem Schutzzweck bzw. –bereich logisch vorgelagert.

Im Rahmen des Arztes wegen Aufklärungsfehlern entfällt der sogenannte Rechtswidrigkeitszusammenhang dann, wenn der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung (rechtmäßiges Alternativverhalten des Arztes) in den Eingriff eingewilligt hätte⁷¹⁵, die entstandenen Schadensfolgen somit mit der Aufklärungspflichtverletzung in keinerlei Zusammenhang stehen. Für diese hypothetische Einwilligung des Patienten bei korrekter Selbstbestimmungsaufklärung ist der Arzt beweispflichtig. (auf die Problematik des rechtmäßigen Alternativverhaltens wird in Teil D.) dieser Arbeit eingegangen).

Eine bedeutende Frage, die sich bei der Schutzzwecklehre stellt, ist die:

⁷¹² ablehnend hierzu Deutsch, aaO, Rz 302.

⁷¹³ Deziert anders Erman/ Kuckuk vor § 249, Rz 36, der die Begriffe „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ und „Schutzzweck der Norm“ synonym gebraucht. Ebenso Palandt/Heinrichs vor § 249 Rz 62.; Mertens/Reeb, JuS 1971, S. 586, 588; Huber, JZ 1969, 677 re. Sp.; ähnlich auch MüKo/Oetker § 249 Rz 115: „Wenn teilweise die Haftung vom Vorliegen eines sog. Rechtswidrigkeitszusammenhanges abhängig gemacht wird, so ist in der Sache [Anm: gemeint ist der Schutzzweck der Norm] dasselbe gemeint.“ speziell im Kontext der Arzthaftung wegen nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen benutzt Giesen in Arzthaftungsrecht, Rz 294 den Terminus „Rechtswidrigkeits- oder Zurechnungszusammenhang“.

Auch in der Rechtsprechung kann man die synonyme Verwendung dieser Begriffe beobachten: z.B. BGH VersR 84, 468, 469, sowie – ganz deutlich – die Kommentierung von Giesen, JR 1984, 373 f.

⁷¹⁴ Vgl. Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 38; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2 § 33 III,2 (S. 242 ff.): „Kausalität der Pflichtwidrigkeit“; vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 VIII, 2 (S. 100). Der Schädiger mache hierbei „nicht geltend, daß das übertretene Verbot an sich nicht geeignet und bestimmt war, den entstandenen Schaden hintanzuhalten, sondern daß ihm ein Weg zu legaler Schädigung offen gestanden habe“.

⁷¹⁵ Zum zulässigen Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens speziell im Rahmen der Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern RGRK-Nußgens, §823 Anh II, Rz 170. Hiernach kann der Arzt (Beweislast liegt bei ihm) einwenden, daß der Patient bei vollständiger Aufklärung eingewilligt hätte, es somit auch bei Rechtmäßigkeit des Heileingriffes zu den eingetretenen (Folge-)Schäden gekommen wäre; ebenso auch Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2 § 33 III,2 (S. 244).

Zur Abgrenzung allgemein auch Larenz, Schuldrecht I, § 27 III, (S. 447) [kursivgedruckt durch mich]: „Meint man aber mit dem Rechtswidrigkeitszusammenhang nur die *haftungsrechtliche Relevanz* der übertretenen Norm, so läuft das wieder auf die Normzwecklehre hinaus.“, um die es an dieser Stelle dieser Arbeit auch geht.

Was genau versteht man unter der „Norm“, deren Schutzzweck untersucht werden soll⁷¹⁶, bzw. welches sind die Bezugspunkte⁷¹⁷ und Argumentationselemente⁷¹⁸ der Schutzzwecklehre und damit zusammenhängend die Frage: Wie weit reicht eigentlich der Anwendungsbereich der Schutzzwecklehre ? Die Beantwortung dieser Frage wird durch die Differenzierung zwischen verschiedenen Anwendungsbereichen der Normzwecklehre erleichtert.

bb.) Anwendungsbereiche der Schutzzwecklehre:

Die Normzwecklehre kann grundsätzlich in verschiedenen Bereichen zur Anwendung kommen.

aaa.) Schutzbereich eines Schutzgesetzes

Im Bereich der unerlaubten Handlungen bei Verletzung eines *Schutzgesetzes i.S.d. § 823 II BGB* ist die Bedeutung des Schutzzwecks der Norm seit jeher anerkannt⁷¹⁹. Schutzgesetze i.S.d. § 823 II BGB umschreiben das geforderte Verhalten regelmäßig präzise, so daß sich aus dem historischen, systematischen und teleologischen Zusammenhang der Vorschrift häufig gut erschließen läßt, welche Risiken und welche Schäden es im einzelnen sind, deren Verwirklichung die Norm zu sanktionieren sucht⁷²⁰. Hierbei ist die Lehre vom Schutzzweck der Norm im Grundsatz sowohl für den Haftungsgrund als auch für die Haftungsausfüllung von Bedeutung⁷²¹.

bbb.) vertraglicher Schutzbereich

Auch im Vertragsrecht ist heute überwiegend anerkannt, daß die Ersatzpflicht des gegen den Vertrag Verstoßenden davon abhängt, ob die verletzte Vertragsbestimmung den Eintritt des entstandenen Schadens verhindern sollte⁷²².

⁷¹⁶ Ganz allgemein wird der Begriff „Norm“ oder „Rechtsnorm“ häufig verstanden im rechtstheoretischen Sinne, wonach nicht nur Gesetze (hier: § 823 BGB und sog. „Schutzgesetze“), sondern auch Verträge (hier: der Behandlungsvertrag) dazugehören (vgl. dazu Schlosshauer-Selbach, NJW 1985, 660, 661, Fn 13). Auch Pflichten (z.B. die Aufklärungspflicht des Arztes) werden bisweilen mit dem Begriff der „Norm“ gleichgesetzt. Zu letzterem Anm. Giesen JR 1984, 372, 374; vgl. auch Keuk, Vermögensschaden und Interesse, S. 225. Zur Unklarheit des Begriffes „Norm“ im Kontext der Normzwecklehre auch Lang Normzweck und Duty of Care, S. 28 f.

Dörner, VersR 1980, 1000, 1004 spricht vom „Schutzzweck der in Rede stehenden Haftungsnorm“. In BGHZ 27, 137, 142 ist u.a. auch vom „Schutzbereich des Gesetzes“ die Rede.

⁷¹⁷ Vgl. auch Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 301.

⁷¹⁸ Dazu Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX, 12, (S. 127 f.).

⁷¹⁹ Larenz, Schuldrecht I, § 27 III, (S. 443); Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX, 6 (S. 111);

MüKo/Mertens, § 823 Rz 47; s. hierzu schon in Protokolle, Band II, (S. 571): „Es gehe zu weit, jedem Beschädigten ein Recht auf Entschädigung zu gewähren, ohne daß es darauf ankomme, ob das verletzte Gesetz zum Schutz der geschädigten Interessen bestimmt sei“.

⁷²⁰ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 158.

⁷²¹ Larenz, Schuldrecht I, § 27 III, (S. 443 f.); vgl. auch Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX, 1 (S. 101/102), i.V.m. § 3 IX, 6 (S. 111 ff.), der aber die Schutzzwecklehre i.ü. wohl primär der Haftungsausfüllung zuordnet. kritisch zur Normzweckbetrachtung bei der Haftungsausfüllung im Rahmen des § 823 II BGB: Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck, S. 27.

Im Rahmen von **vertraglichen Ansprüchen** ist somit die bei der Schutzbereichsermittlung maßgebliche „Norm“ der Vertrag selbst. Durch Auslegung wird der Schutzbereich des Vertrages ermittelt und damit der Umfang des zu leistenden Ersatzes bei Verletzung des Vertrages bestimmt. Vertraglich geschützt sind die Interessen, die die Parteien vor dem Hintergrund des Vertragszweckes als für den Vertragspartner erkennbar in das Vertragsverhältnis einbezogen haben⁷²³. Hierbei kann der vertragliche Schutzbereich sowohl Auswirkung auf den Haftungsgrund als auch auf den Haftungsumfang haben⁷²⁴.

Im Kontext der Haftung des Arztes wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten *aus Vertrag* wird man dann den Schutzbereich der vertraglichen Pflicht des Arztes zur Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten zu untersuchen haben. [Auf die Haftung des Arztes wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung aus Vertrag wird noch unter IV.) 2.) c.) cc.) zurückzukommen sein].

ccc.) Schutzbereich bei § 823 I BGB.

Der Anwendungsbereich der Normzwecklehre ist noch nicht abschließend geklärt. Ihre Anwendbarkeit bei § 823 II BGB ist heute zwar nahezu unumstritten, die Ausdehnung der Schutzzwecklehre auch auf den Bereich des § 823 I BGB hat dagegen nicht einhellig Zustimmung gefunden.⁷²⁵ Nach Heinrich Lange ist die Normzwecklehre „nicht der Durchbruch eines allgemeinen Prinzips“, sondern lediglich eine „Besonderheit“⁷²⁶ des § 823 II BGB.

Von anderen Literaturstimmen werden die strukturellen Unterschiede der beiden Haftungstatbestände betont. Die Normzwecklehre passe nur bei der Verletzung von Schutznormen mit relativ deutlichen Gesetzeszwecken, bei denen durch Auslegung festzustellen sei, wessen und welche Interessen sie schützen.

In § 823 I BGB fehle es hingegen an einer konkreten, genau umgrenzten Verhaltenspflicht, die ein „spezielles Risiko“ erfasse und bei der man dann die Frage stellen könne, ob sich der Schaden aus der Verletzung eines Rechtsgutes oder Interesses entwickelt habe, zu dessen Schutz die betreffende Verhaltensnorm erlassen worden sei⁷²⁷. Aber auch diejenigen, die die Normzwecklehre im Rahmen des § 823 I BGB für anwendbar halten, geben zu, daß die Ermittlung des Normzwecks in § 823 I BGB problematischer sei als in § 823 II BGB⁷²⁸.

⁷²² BGH NJW 1990, 2057, 2058; Larenz Schuldrecht I § 27 III, (S. 441 f.); Esser/Schmidt Schuldrecht AT/2 § 33 III (S. 240); Lange, JZ 1976, 198, 202 f.; kritisch jedoch Schack JZ 1986, 305 ff.:

⁷²³ weitergehend Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX 5 (S. 104): Fall der ergänzenden Vertragsauslegung, da die Parteien beim Abschluß des Vertrages nicht an den Bruch von Verpflichtungen und deren mögliche Folgen zu denken pflegen.

⁷²⁴ So wohl auch Larenz, Schuldrecht. I, § 27 III, (S. 441) und Esser/Schmidt, § 33 III (S. 240); kritisch zur Untersuchung des Vertragszwecks im Rahmen der Haftungsausfüllung Staudinger/Medicus § 249 Rz 41.

⁷²⁵ Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 35.

⁷²⁶ Lange, AcP 156 (1957), S. 114, 127.

⁷²⁷ Zum ganzen eingehend Lang aaO, S. 36 m.w.N.

⁷²⁸ So konstatiert auch Lang, aaO, S. 39 (als Anhänger der Normzwecklehre bei § 823 I BGB), daß die „Schwachstellen der Normzwecklehre“ sich „...in erster Linie bei ihrer Anwendung im Bereich des § 823 Abs. 1 BGB“ zeigen.

Viele von denjenigen, die die Normzwecklehre prinzipiell auch im Rahmen des § 823 I BGB für anwendbar halten, differenzieren in diesem Zusammenhang zwischen der Ebene der Haftungsbegründung und der Ebene der Haftungsausfüllung⁷²⁹.

(a.) Haftungsbegründung

Schon bei der haftungsbegründenden Kausalität im Rahmen des § 823 I BGB ist zweifelhaft, ob der Schutzzweck der Norm als ein die Haftung tendentiell einschränkendes Element zumindest im Grundsatz anzuerkennen ist.⁷³⁰

Zwar räumen einige Autoren dem Normzweckgedanken im Rahmen der Haftungsbegründung grundsätzlich Bedeutung ein, sehen aber die praktischen Wirkungen durch das Verschuldenserfordernis wieder eingeschränkt. Namentlich bei § 823 I BGB finde die Zurechnung ihre Rechtfertigung im Verschuldensprinzip.⁷³¹

Nach Auffassung von J.G. Wolf wird das Zurechnungsurteil vom Verschuldensurteil „gleichsam aufgeschluckt“⁷³².

Ähnlich sieht Stoll bei § 823 I BGB die Normzwecklehre mit dem Verschuldensprinzip „verflochten“⁷³³.

Auch im Rahmen der *Haftungsbegründung* sieht man, daß der Streit um die Anwendbarkeit der Normzwecklehre im Rahmen des § 823 I BGB ebenso wie bei der *Haftungsausfüllung* durch die Kontroversen um die verschiedenen Unrechtslehren beeinflusst ist.

Nach Kötz/Wagner⁷³⁴ als Vertreter der Lehre vom Handlungsunrecht muß die Zurechnung der haftungsbegründenden Rechts(guts)verletzung dem Zweck der vom Täter schuldhaft übertretenen Verhaltensnorm entsprechen.

Larenz,⁷³⁵ § 27 III (S. 444). als zumindest teilweiser Anhänger einer Lehre vom Verhaltensunrecht differenziert bei der Haftungsbegründung zwischen sog. unmittelbaren und mittelbaren Rechts(guts)verletzungen: Bei einer unmittelbaren Rechts(guts)verletzung indiziert einerseits die Rechts(guts)verletzung immer die Rechtswidrigkeit und andererseits wird die Verletzung des Rechts(gutes) unter Normzweckaspekten immer dem Handelnden zugerechnet.

Anders geht Larenz bei einer sogenannten mittelbaren Rechts(guts)verletzung vor.

Hier wird die *Rechtswidrigkeit* nicht durch die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens indiziert, sondern muß positiv durch einen Verhaltenspflichtverstoß festgestellt werden.

In diesem Zusammenhang muß dann auch der *Schutzzweck* der verletzten (Verhaltens-)norm positiv festgestellt werden, denn die Haftung kann „...schon dem Grunde nach nur bejaht werden, wenn die verletzte Verkehrssicherungspflicht gerade (auch) das beeinträchtigte Recht oder Rechtsgut und dieses auch gegen Verletzungen solcher Art schützen soll“.⁷³⁶

⁷²⁹ So eindeutig Larenz, Schuldrecht I § 27 III b 2, (S. 444 f.); ebenso Lang, aaO, S. 36 f., insbes. S. 39 der sagt, diese Unterscheidung sei „eine wesentliche systematische Stütze bei der Behandlung der Zurechnungsproblematik“.

⁷³⁰ Bejahend Larenz SchuldR I § 27 III, (S. 444); Herm. Lange, JZ 1976, 198, 203; Lang aaO, S. 55 ff.

⁷³¹ Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck, S. 19 f.; J.G. Wolf, Der Normzweck im Deliktsrecht, S. 44; Siedler, Haftungsbegrenzung, S. 93 ff (100) ((Schramm, S. 47, Fn 149)).

⁷³² Wolf, Der Normzweck im Deliktsrecht, S.44.

⁷³³ Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck, S. 21.

⁷³⁴ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 160; Stoll aaO, S. 47.

⁷³⁵ Larenz, Schuldrecht I, § 27 III (S. 444).

⁷³⁶ So Larenz, aaO, S. 444. Larenz zählt diese Verkehrssicherungspflicht zu der von ihm - wohl als Oberbegriff angesehenen - „Verhaltenspflicht“.

Ähnlich auch Stoll⁷³⁷, nach dessen Ansicht die Besonderheit des § 823 I BGB darin liege, „... daß die maßgebliche Verhaltensnorm erst entwickelt, d.h. für den gegebenen Fall aus dem Inhalt des geschützten Rechts hergeleitet werden muß, sofern die Handlung nicht schon selbst einen Eingriff in das Recht enthält“.

Es ist letztlich Aufgabe des Richters, „hier sozusagen an Stelle des Gesetzgebers“⁷³⁸, die im einzelnen Fall jeweils maßgeblichen Verhaltensnormen zu bestimmen.

Da im Rahmen dieser Arbeit der Lehre vom Erfolgsunrecht gefolgt wird, ist die Lösung der Fälle ärztlicher Haftung wegen nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen auch wenn man der differenzierenden Ansicht von Larenz folgt im Rahmen der *Haftungsbegründung* hier unproblematisch:

Die Normzwecklehre ist bei der Haftung des Arztes für Aufklärungsfehler im Kontext der Haftungsbegründung irrelevant, da der Eingriff des Arztes unproblematisch die Körpersphäre des Patienten betrifft und zwar stets *unmittelbar*.

(b.) Haftungsausfüllung

Ganz erhebliche Schwierigkeiten bereitet die Ermittlung des Schutzbereiches der Norm indes bei der *Folgenzurechnung* im Rahmen des **§ 823 I BGB**.

In diesem Bereich wird die Normzwecklehre von einer Reihe von Autoren befürwortet⁷³⁹ teilweise aber auch strikt abgelehnt⁷⁴⁰.

Selbst wenn man die Frage der Haftungsbegründung verhaltensbezogen bestimmt, sei nach letzterer Ansicht für Schadensfolgen wegen rechtswidriger Verletzung von Rechtsgütern des § 823 I BGB aus Normzweckaspekten keine Haftungseinschränkung begründbar. Die Schutzrichtung einer Verhaltensnorm reiche nach dieser Ansicht nur bis zur Rechtsgutsverletzung, aber nicht bis zum Folgeschaden,⁷⁴¹ da die Beziehung der Verhaltensnorm zur Folgeverletzung „eine viel losere“⁷⁴² sei.

⁷³⁷ Stoll, aaO, S. 15.

⁷³⁸ Lang, „Normzweck und Duty of Care“, S. 60.

⁷³⁹ Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 92 ff.; Roussos, Schaden und Folgeschaden, S. 97 ff.; so wohl auch Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX,7 (S. 113) und ders. § 3 IX, 11 (S. 125); Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rz 167; Michalski, Jura 1996, 393, 396; Huber, FS Wahl 1973, 301, 320 ff; Deutsch, NJW 1965, 1985 ff.

⁷⁴⁰ Larenz, Schuldrecht I, § 27 III, (S. 444 f.); ders. FS Honig, S. 79 ff. insbes. S. 84 f.; Friese Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 62 ff; Siedler, Haftungsbeschränkung, S. 131 f.; Sourlas, Adäquanztheorie und Normzwecklehre, S. 89 f.; Preusche, Unternehmensschutz, S. 167 ff.; allgemein kritisch zur Normzwecklehre auch Lüer, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, S. 133 f.

Schulze, Die Haftung des Schädigers bei besonderen Eigenschaften – Abnormitäten – des Opfers 1984, S. 64 ff.; kritisch auch RGRK-Steffen § 823 Rz 90a.E. ; zurückhaltend auch Esser/Weyers SchuldR II/2 § 55 IV, (S. 178): Wachsamkeit sei angebracht gegenüber „inflationärer Verwendung der Denkfigur „Schutzzweckzusammenhang“ und vor allem des Ausdrucks „Zurechnungszusammenhang“. Daß „bei wertender Betrachtung“ ... „kein Zurechnungszusammenhang“ vorliege formuliert zunächst nur floskelhaft ein Ergebnis, das noch der Begründung harrt“; vgl. auch Deutsch Allgemeines Haftungsrecht, Rz 302.

⁷⁴¹ Vgl. dazu Larenz, Schuldrecht I § 27 III (S. 444 f.); Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 50 ff; Schickedanz, Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie, NJW 1971, 916, 918 f. kritisch auch Siedler, aaO, S. 131 ff.

⁷⁴² diesen Ausdruck verwendet Sourlas, Adäquanztheorie, S. 47.

Zur grundsätzlichen Relevanz der im Rahmen eines am Verhaltensunrecht orientierten Unrechtskonzeption maßgeblichen Verhaltenspflicht für die Schadensfolgenzurechnung bei § 823 I BGB siehe schon oben unter Teil C.) III.), was im Rahmen dieser Arbeit bereits als ein wesentlicher Kritikpunkt an der Verhaltensunrechtskonzeption dargestellt wurde.

Diese beiden soeben skizzierten grundsätzlich unterschiedlichen Ansichten zur Zulässigkeit von Normzwecküberlegungen bei der Schadensfolgenzurechnung innerhalb von § 823 I BGB werden im Einzelnen beispielhaft folgendermaßen im Schrifttum vorgetragen:

(aa.) Ablehnung der Normzwecklehre bei § 823 I BGB im Rahmen der Haftungsausfüllung am Beispiel der Ansicht von Larenz und Voll:

Sehr kritisch zu jeder Form von Haftungseinschränkungen mittels Überlegungen zum Schutzbereich der Norm bei der Zurechnung von Folgeschäden im Rahmen von rechtswidrigen Verletzungen von Rechten und Rechtsgütern des § 823 I BGB hat sich unter anderem Larenz⁷⁴³ und - speziell im Kontext der Arzthaftung wegen Einwilligungsmängeln - auch Voll⁷⁴⁴ geäußert.

Nach Larenz dürfe für die Folgenzurechnung nicht verkannt werden, daß das Gesetz den in § 823 I BGB genannten Rechtsgütern und subjektiven Rechten einen möglichst umfassenden Schutz hat zuteil werden lassen wollen. Es sei dem Gesetz auch nicht andeutungsweise zu entnehmen, daß die körperliche Unversehrtheit, die Gesundheit, das Eigentum oder andere, ihm gleichgestellte Vermögensrechte nur insoweit geschützt sein sollten, als aus ihrer Verletzung dem Geschädigten ganz bestimmt geartete Schäden erwachsen.

Im Falle einer Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung seien z.B. völlig unbestrittenerweise auch die daraus in adäquatem Kausalzusammenhang entstehenden Vermögensschäden zu ersetzen.⁷⁴⁵

„Beispiele, die dartun sollen, daß bestimmte Folgeschäden von dem Schutzzweck des § 823 I nicht umfaßt würden, vermögen in Ermangelung irgendeines Anhalts im Gesetz nicht zu überzeugen“.⁷⁴⁶

Nicht selten regiere in diesem Zusammenhang dann im Kontext der Schutzzwecklehre, wie Deutsch⁷⁴⁷ bemerkt, „das gewünschte Ergebnis, als Schutzzweck verkleidet, die Haftung“⁷⁴⁸. Daher lasse sich im Bereich des § 823 Absatz 1 vom Schutzzweck dieser Norm her für die Folgenzurechnung keine Begrenzung finden.⁷⁴⁹

⁷⁴³ Larenz, Schuldrecht I § 27 III (S. 444).

⁷⁴⁴ Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 159 ff, die zutreffend konstatiert, der BGH stelle bei seiner jedenfalls im Ausgangspunkt zugebilligten Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung für Folgeschäden nicht mehr die Verletzung der körperlichen Integrität in den Mittelpunkt seines Haftungsansatzes, sondern rekuriere „insofern inkonsequent auf die Verletzung ärztlicher Verhaltenspflichten und deren Schutzzumfang“. Voll befürwortet statt dessen in Extremfällen einen Haftungsausschluß des Arztes mittels des Grundsatzes von Treu und Glauben (§242 BGB) (dazu S. 161).

⁷⁴⁵ Larenz, Schuldrecht I, § 27 III, (S. 444).

⁷⁴⁶ Larenz, aaO, S. 444/ 445.

⁷⁴⁷ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz. 301.

⁷⁴⁸ Kritisch dazu auch Larenz, Schuldrecht I § 27 III, (S. 445).

⁷⁴⁹ Larenz aaO, S. 445.

Nach Larenz bleibt bei der haftungsausfüllenden Kausalität im Rahmen des § 823 I BGB zur Haftungsbegrenzung das Kriterium der Adäquanz.⁷⁵⁰

Ähnlich wie Larenz möchte eine Reihe von Autoren sämtliche durch eine rechtswidrige Verletzung der (Rechts)güter des § 823 I BGB verursachten Folgeschäden dem Schädiger zurechnen, jedenfalls wenn die Verletzung durch einen *unmittelbaren* (vorsätzlichen wie fahrlässigen) Eingriff in das Rechtsgut vermittelt wurde.⁷⁵¹

Allerdings zeigt sich an dieser Stelle wieder die generelle Untauglichkeit der Differenzierung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eingriffen im Rahmen der Arzthaftung, weil der Arzt im Rahmen des Heileingriffes ja gerade stets unmittelbar in den Körper des Patienten eingreift. Die einzige Lösungsmöglichkeit bestünde hierbei darin, die Fälle beruflicher Expertenhaftung im Rahmen des Deliktsrechtes den sogenannten mittelbaren Eingriffen gleichzustellen.⁷⁵²

⁷⁵⁰ Larenz, Schuldrecht I, § 27 III, (S. 445); kritisch hierzu Lange/Schiemann, Schadensersatz § 3 IX, 11 (S. 125); wie Larenz die Adäquanz definiert dazu ders. S. 439 f.;

⁷⁵¹ So Staudinger/ Schiemann § 249 Rz 32 f. für den „unmittelbaren Eingriff“ und Müko/Oetker § 249, Rz 120: Keine haftungsbeschränkenden Aussagen für Folgeschäden aus dem Schutzzweck der Norm bei § 823 I, wenn die Ersatzpflicht am *Verletzungserfolg* anknüpft.; so auch Medicus, Schuldrecht I, 13. Auflage § 54 II,3, Rz 600.

Unklar bleibt bei den beiden zuletzt genannten Literaturstimmen, ob sie unter *Verletzungserfolg* nur die Fälle der unmittelbaren Verletzungen der Rechtsgüter des § 823 I BGB verstehen oder sämtliche - auch mittelbare - Verletzungen des Rechtsgutes dabei meinen. In letzterem Falle bestünde bei MüKo/Oetker aaO dann allerdings ein Widerspruch zwischen Rz 120 und Rz 118 a.E.

Vgl. auch die Dogmatik der Folgeschadenszurechnung im Kontext des § 823 I BGB bei Müko/Mertens, § 823 Rz 47, auf die Müko/Oetker in § 249 Rz 118 gerade verweist.

Ob Medicus die Fälle des „*Verletzungserfolgs*“ (vgl. Schuldrecht I § 54 Rz 600) auf diejenigen der unmittelbaren Verletzungen der Rechtsgüter des § 823 I BGB eingeschränkt sieht oder nicht, ist nicht klar. Vgl. hierzu die Unrechtslehre von Medicus: In Medicus, SchuldR II, § 136 Rz 750 differenziert Medicus zwischen „direkte Verletzung“ im Gegensatz zu „mittelbare Verletzung“ (letzteres unter Bezugnahme auf Larenz/Canaris, SchuldR BT II/2, § 76 III 1 c.)

In Staudinger/Medicus § 249 Rz 41 allerdings spricht sich Medicus (unter Verweis auf Larenz !) generell gegen eine Ausgliederung einzelner Schadensfolgen bei rechtswidriger Verletzung von § 823 I BGB unter Berufung auf den Normzweck aus, also ohne Differenzierung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Eingriffen.

Was mittelbare Verletzungen betrifft, verweist Staudinger/Schiemann in § 249 Rz 33 auf Rz 31, wobei er an dieser Stelle leider nicht klar zwischen Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung differenziert.

⁷⁵² Diesen Schritt vollzieht z.B. Mertens in MüKo-Mertens § 823 Rz 455 allerdings nicht.

Obwohl Mertens - wie unter Teil C.) III.) schon gesehen - generell bei sog. mittelbaren Eingriffen einen verhaltenspflichtbezogenen Ansatz bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit wählt (sogenannte judizielle Konzeption des § 823 I BGB) und in diesem Zusammenhang dezidiert auch Konsequenzen für die Zurechnung von Folgeschäden zieht (ders. aaO, Rz. 7,47,90), verneint er bei nicht wirksam konsentierten Heileingriffen im Kontext der Zurechnung von Folgeschäden überraschenderweise die Tauglichkeit des Kriteriums des „Schutzzweck der Haftungsnorm“ in Rz 455.

(bb.) verhaltenspflichtbezogene Ermittlung des Schutzbereiches bei § 823 I BGB im Rahmen der Haftungsausfüllung:

(aaa.) Allgemeines

Andere Autoren, die im übrigen in der Regel der Verhaltensunrechtskonzeption zuneigen, stellen bei der Schutzbereichsermittlung im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität bei § 823 I BGB nicht nur auf die *gesetzliche Norm* (im vorliegenden Falle also auf § 823 I BGB und die durch diese Vorschrift geschützten Rechte und Rechtsgüter sowie § 249 I BGB als Anordnung der Totalreparation), sondern zusätzlich auf die jeweilige (i.d.R. ungeschriebene) *Verhaltensnorm bzw. Verhaltenspflicht* ab, die sich auf die gesetzliche Norm bezieht und deren Schutz bezweckt⁷⁵³.

Nach dieser Ansicht sei im konkreten Fall einer rechtswidrigen Verletzung eines in § 823 I BGB genannten Rechts(gutes) dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Norm direkt lediglich zu entnehmen, daß den durch sie geschützten Rechten und Lebensgütern zumindest im Grundsatz eine umfassende Gewährleistungsfunktion für alle vermögenswerten Interessen des Opfers zukommt⁷⁵⁴. Eine konkrete Eingrenzung des Schutzbereiches lasse sich aus § 823 I BGB selbst nicht ableiten⁷⁵⁵.

Der gesetzliche Deliktstatbestand sei allerdings unvollständig⁷⁵⁶. Diese Unvollständigkeit mache den Rückgriff auf die Normzwecklehre nötig⁷⁵⁷. Die Grundnorm des § 823 I BGB werde durch nicht in ihr selbst enthaltene „Tatbestandsnormen (Pflichten)“⁷⁵⁸ ergänzt, die die deliktische Haftung bestimmen⁷⁵⁹. Diese Umformung/ Anreicherung des Tatbestandes des § 823 I BGB mittels (ungeschriebenen) Verhaltenspflichten könne auch erhebliche Auswirkungen bei der Zurechnung von Schadensfolgen haben. Die jeweiligen in den „lückenhaften“ Tatbestand hineininterpretierten Verhaltensnormen bestimmen

⁷⁵³ Statt vieler Kötz/Wagner, DelR., Rz 164 ff.; U. Huber, FS Wahl, 1973, 301, 320 ff, Fn 64 m.w.N.; Herm. Lange, JZ 1976, 198, 203 re. Sp. sagt im Zusammenhang der *Haftungsbegründung*, es gehe der Schutzzwecklehre im Bereich des § 823 I BGB „...vor allem auch um die Zusammenhänge zwischen der in casu verletzten Verhaltenspflicht, der dadurch herbeigeführten Gefahrenlage und dem eingetretenen schädlichen Erfolg“. und (ders. S. 205 re. Sp. bezüglich der *Haftungsausfüllung*) es sei „nicht einzusehen“, weshalb diese Verhaltenspflichten nicht auch „... in Bezug auf die weitere Schadensentwicklung relevant sein könnten“; ebenso Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 101.

⁷⁵⁴ Vgl. MüKo/Mertens, § 823 Rz 47; Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 100; Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 31.

⁷⁵⁵ Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 97 ff., insbes. S. 98 und 100.

Demgegenüber hat der BGH die personale und sachliche Begrenzung der Ersatzpflicht für psychisch vermittelte Gesundheitsverletzungen (sog. Schockschäden) unmittelbar aus dem Schutzzweck des § 823 I hergeleitet, vgl. BGHZ 56, 163; dazu kritisch Deutsch, AHR., Rz. 915 f. ; Siedler, Haftungsbegrenzung, S. 101 ff.

⁷⁵⁶ Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 31; vgl. auch Huber, FS Wahl, 301, 302/303.

⁷⁵⁷ Schramm, aaO, S. 31, Fn 59.

⁷⁵⁸ So wörtlich Schramm aaO, S. 31.

⁷⁵⁹ Erman/ Schiemann § 823 Rz. 76 „Verkehrspflichtwidrigkeit als zusätzliche Voraussetzung des Verletzungstatbestandes“ und Rz 79: Funktion der Verkehrspflichten „als Ausfüllung des allgemeinen Verletzungstatbestandes“; Schramm, aaO, S. 31 f.; vgl. auch Friese aaO, S. 48: der davon spricht, die ungeschriebenen Verhaltensregeln durch Auslegung und Konkretisierung des Tatbestandes herauszuarbeiten „zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit oder sogar zunächst der Tatbestandsmäßigkeit einer Verletzungshandlung“; ebenso ordnet Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 75 II, S. 368 f. die Verletzung der vom Schädiger zu beobachtenden Verhaltenspflicht bereits der *Tatbestandsebene* als Voraussetzung einer *Verletzung* des betroffenen Rechtsgutes zu.

nach teilweiser Ansicht dann auch maßgeblich gemäß ihrem (angeblichen) Sinn und Zweck die Zurechnung von Folgeschäden im Rahmen der Haftungsausfüllung⁷⁶⁰. An dieser Stelle zeigt sich hier im Kontext der Lehre vom Schutzzweck der Norm deutlich die oben unter Teil C.) III.) schon dargestellte und kritisierte grundsätzliche Relevanz der *Verhaltensunrechtslehre* (auch) für die Ebene der Haftungsausfüllung bei Verletzung der Rechte/Rechtsgüter des § 823 I BGB. Die oben schon dargestellten Einwände gegen die Verhaltensunrechtslehre bezogen sich u.a. auch auf ihre **grundsätzliche Eignung**, die Haftung des Schädigers bei rechtswidrigen Verletzungen der in § 823 I genannten Rechte/ Rechtsgüter für Schadensfolgen einzuschränken und sind insofern auch hier in vollem Umfang einzubringen.

Aber selbst wenn man einem verhaltenspflichtbezogenen Unrechtskonzept folgt und in diesem Rahmen der verletzten Verhaltenspflicht im Grundsatz Relevanz auch für die Zurechnung der Schadensfolgen im Rahmen der Haftungsausfüllung zugesteht, stellt sich zusätzlich das **rein tatsächliche/methodische Problem**, auf welche Weise eigentlich aus der verletzten (ungeschriebenen !) Verhaltenspflicht der die Schadensfolgenzurechnung leitende Normzweck abgeleitet werden soll. Der Schutzbereich der verletzten Verhaltenspflicht wird hierbei häufig (im Wege einer deduktiven Denkweise) durch Auslegung der die Haftung bestimmenden (Verhaltens-) Normen auf ihren Sinn und Zweck gewonnen.⁷⁶¹ Diese Vorgehensweise birgt indes ganz erhebliche Schwierigkeiten, wie im Folgenden nun anhand einschlägiger Literatur und Rechtsprechung dargestellt werden soll.⁷⁶²

⁷⁶⁰ Zu diesem „Brückenschlag“ zwischen dem dergestalt modifizierten Tatbestand und Konsequenzen auf der Ebene der Haftungsausfüllung speziell im Kontext der Arzthaftung ganz deutlich Schramm aaO, S. 31 – 33 einerseits und S. 41.

Vgl. auch Friese, aaO, S. 50 ff., insbes. S. 52 ff.

⁷⁶¹ Andererseits kann bei der *Aufstellung* der maßgeblichen Verhaltensnorm der Schutzbereich auch zum Ausgangspunkt der Überlegungen genommen werden, womit das Feld der induktiven Rechtsgewinnung betreten wird. Allgemein zum „Rückschluß vom Schutzbereich auf den Tatbestand“ Deutsch, AHR, Rz 317 und ders. NJW 1965, 1987 ff.

Lang aaO, S. 71, wonach man im Rahmen des § 823 I BGB den Zusammenhang zwischen Aufstellung der (Verhaltens-)Norm und der Ermittlung ihres Schutzzwecks sehen müsse und Lang aaO, S. 89: Der Schutzbereich sei hierbei die „formende Schale“, in der die konkrete Verhaltensnorm entsteht.

Zu Deduktion und Induktion bei der Ermittlung des Schutzbereiches allgemein auch Schramm aaO, S. 41 ff.;

⁷⁶² Verkompliziert wird die Lage innerhalb der Normzwecklehre in diesem Bereich weiter dadurch, daß innerhalb dieser höchst unterschiedliche Auffassungen über ihre Bezugspunkte bzw. Argumentationselemente bestehen. (dazu Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX 12, S. 127 f.)

Ein Teil dieser Lehre sieht - gemäß der bisherigen Darstellung in dieser Arbeit - die Normzwecklehre lediglich auf die einzelne verletzte Norm und der „hinter ihr stehenden Verhaltenspflicht“ [Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX, 12 (S. 127)] bezogen.

Andere wiederum dehnen ihren Anwendungsbereich erheblich aus, indem sie Argumentationen mit den Strukturelementen einer ganzen Gruppe von haftungsbegründenden Normen, dem „Funktionszusammenhang“, mit den Konsequenzen des Ausgleichsprinzips, den Gedanken über eine gerechte Risikoverteilung und darüber hinaus mit dem Sinn und Zweck des Haftungsrechtes überhaupt in die Argumentation einbeziehen. (vgl. hierzu insbes. die Arbeit von Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 108 ff.)

(bbb.) Der verhaltenspflichtbezogene Ansatz von Schramm speziell für das Arzthaftungsrecht

((a.)) Darstellung

Für den Bereich des deliktsrechtlichen Arzthaftungsrechtes hat sich Schramm⁷⁶³ unter Zugrundelegung eines verhaltenspflichtbezogenen Deliktsrechtskonzeptes⁷⁶⁴ der Problematik der Zurechnung von Schadensfolgen rechtswidrigen ärztlichen Handelns gewidmet. Schramm möchte die Zurechnung von Schadensfolgen ärztlichen Handelns im Rahmen des § 823 I BGB in enge Beziehung zu dem jeweiligen konkreten ärztlichen Verhaltensgebot stellen, welches zum Zweck der in § 823 I BGB geschützten Rechte/Rechtsgüter aufgestellt ist.

Dies macht er sowohl beim Behandlungs- als auch beim Aufklärungsfehler.

Schramm operiert hierbei - der soeben unter (aaa.) dargestellten allgemeinen Konzeption folgend - mit einer „Gegenständlich-modalen Normzwecksteuerung“⁷⁶⁵ auf zwei Ebenen: Einer allgemeinen Ebene, die die einschlägige Gesetzesnorm (hier also § 823 I BGB) betrifft und sie nach ihrem generellen Schutzbereich befragt⁷⁶⁶ und einer speziellen Ebene, die auf den Zweck der konkret verletzten [in der Regel ungeschriebenen (!)] Verhaltensnorm abstellt.⁷⁶⁷

Die allgemeinen Rechtsgutsschutzbereiche werden durch den Schutzbereich der verletzten Verhaltensnorm „überlagert“.⁷⁶⁸

Dieses verhaltenspflichtbezogene Zurechnungskonzept wendet Schramm nun sowohl bei Behandlungsfehlern (denen im Aufklärungsfehlerbereich der Fall der Verletzung der sog. *therapeutischen Aufklärung* zuzurechnen ist) als auch bei Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung an.

((aa.)) Behandlungsfehler

Die spezifische Verhaltenspflicht bei Behandlungsfehlern enthalte nach Schramm keine umfassende Gewährleistungsfunktion. Die Realisierung eines anderen Risikos, als dasjenige, das durch die verletzte Verhaltensnorm vermieden werden soll, „erscheint daher bei zweckgerichteter Betrachtung nicht als iatrogen, sondern als dem latenten Krankheitsrisiko zuzurechnen und wird somit im modalen Schutzbereich der Norm als für den Schadensersatz haftungsrechtlich irrelevant ausgeblendet.“⁷⁶⁹

⁷⁶³ Schramm: „Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht“, S. 132 ff. (für den Behandlungsfehler); ders. aaO, S. 194 ff. für den Bereich der Aufklärungsversäumnisse.

⁷⁶⁴ Haftungsgrund der ärztlichen Tätigkeit sei nach seiner Ansicht die Pflichtverletzung. Ein materieller Anknüpfungspunkt für eine Rechtsgutsverletzung aus ärztlicher Tätigkeit ergebe sich erst bei einem Fehlverhalten des Arztes.

⁷⁶⁵ Schramm aaO, S. 136.

⁷⁶⁶ Schramm, aaO, S. 29/30: „Unmittelbarer Gegenstand der Auslegung ist zunächst die Rechtsfolgenorm, auf deren Aufstellung sich das BGB regelmäßig beschränkt. Ihre Maßgeblichkeit ergibt sich aus dem Geltungsanspruch des Gesetzes. Der Rechtsfolgenorm sind die grundlegenden Wertentscheidungen des Gesetzgebers, die auch im Funktionszusammenhang der Rechtsfolgenorm aufscheinen, zu entnehmen. Der Sinn und Zweck des Schadensersatzes, des Haftungsrechts als solchem, und der in casu verletzten Gesetzesnorm formen die Basis des Schutzbereiches“.

⁷⁶⁷ Schramm aaO, S. 33: „So erfährt die teleologische Auslegung ihre schärfste Zuspitzung. Der Zweck der konkret verletzten Verhaltensnorm formt den Kern des Schutzbereichs und leitet damit letztlich die objektive Zurechnung.“

⁷⁶⁸ Schramm aaO, S. 239.

⁷⁶⁹ Schramm aaO, S. 136.

((bb.)) Selbstbestimmungsaufklärungsfehler

Auch im Bereich des Selbstbestimmungsaufklärungsfehlers⁷⁷⁰ bedient sich Schramm der verhaltensbezogenen Schutzbereichsermittlung.

Auch hier seien zwei Kreise der Schutzbereichsbestimmung jeweils für die Körperverletzung und für das [von Schramm hier zusätzlich als stets in tatbestandlich relevanter Weise verletzt anzusehende] APR zu unterscheiden:

Der allgemeine, auf das Rechtsgut bezogene Schutzbereich und der Verhaltensnormschutzbereich. Die allgemeinen Rechtsgutsschutzbereiche würden hierbei dann „durch den Schutzbereich der verletzten Verhaltensnorm, hier der Aufklärungspflicht, überlagert.“⁷⁷¹

Nicht aufklärungsbedürftige Risiken sollen nach seiner Ansicht bei Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht grundsätzlich nicht durch den Patienten haftungsrechtlich liquidiert werden können, weil „...die verletzte Pflicht [Anm. die Aufklärungspflicht] mit ihrem Zweck, eine Entscheidung über die Vermeidung negativer körperlicher Folgen zu gewährleisten, nicht auch im Hinblick auf die realisierte Folge als aufgestellt erachtet werden [kann], weil deren Eintritt durch den Patienten nicht zielgerichtet verhindert zu werden vermag.“⁷⁷²

Schramm differenziert hierbei zwischen einer faktischen und einer gezielten Verhinderungsmöglichkeit von Schäden. Die Verletzung einer Verhaltenspflicht führe nach seiner Ansicht nur insoweit zum Ersatz der aus dieser Verletzung entspringenden Schäden, als die verletzte Verhaltenspflicht gerade gezielt das realisierte Risiko hätte wehren können.

Da nicht aufklärungsbedürftige Risiken vom Patienten gerade nicht gezielt verhindert werden können, würden solche Risiken auch nicht in den Schutzbereich der verletzten Aufklärungspflicht fallen⁷⁷³.

((b.)) Stellungnahme

Es wurde schon oben unter Teil C.) III.) im Zusammenhang mit der Lehre vom Verhaltensunrecht aus **dogmatischen Gründen** dargestellt und kritisiert, daß die Verhaltensunrechtskonzeption in ihrer grundsätzlichen Relevanz auch und vor allem für die Zurechnung der Schadensfolgen im Kontext des § 823 I BGB eine starke und letztlich unzulässige Relativierung des durch § 823 I BGB i.V.m. § 249 I BGB gewährleisteten rechtsgüterlichen Schutzes bewirkt.

⁷⁷⁰ Schramm, aaO, S. 238 ff.

⁷⁷¹ Schramm aaO, S. 239; grundlegend zu seiner (verhaltenspflichtorientierten) Zurechnungsdogmatik schon Schramm aaO, S. 31 ff.

⁷⁷² Schramm, aaO, S. 240.

⁷⁷³ Im Ergebnis so auch Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 264: [Unterstreichungen durch mich] : „Wird [dem Patienten] ... ein erhebliches Risiko nicht mitgeteilt, das sich dann nicht verwirklicht, realisiert sich aber ein anderes nicht aufklärungsbedürftiges ... Risiko, so liegt der Schaden nicht im Schutzbereich der verletzten Norm. Die Norm geht auf Mitteilung eines wesentlichen Risikos und soll den aus der Realisierung des Risikos entstehenden Schaden abnehmen lassen“.

In ähnlicher Konsequenz dies. auch Medizinrecht, Rz. 268: „Schadensersatz wird nur insoweit geschuldet, als der Schutz der Persönlichkeit durch Selbstbestimmung über Körper und Gesundheit berührt ist“.

Dieser dogmatische Einwand gegen eine verhaltenspflichtorientierte Konzeption der deliktischen Haftung im Rahmen des § 823 I BGB steht in engem Zusammenhang zur Ablehnung der Lehre vom „Schutzzweck der Norm“ bei der Schadensfolgenzurechnung in diesem Bereich. Beide Problemfelder greifen an dieser Stelle ineinander. Insoweit ist in vollem Umfang der soeben unter (aa.) dargestellten Kritik von Larenz und Voll an der Anwendbarkeit der Normzwecklehre bei § 823 I BGB im Schadensfolgenbereich beizupflichten.

Die strikte Rückkoppelung von Schadensfolgen bei der rechtswidrigen Verletzung eines Rechtes/ Rechtsgutes des § 823 I BGB im Rahmen der Haftungsausfüllung an einzelne (ungeschriebene) Verhaltenspflichten droht aber nicht nur in dogmatischer Hinsicht zum Unterlaufen der gerade absoluten Geltung der durch § 823 I BGB geschützten Rechte/ Rechtsgüter sowie insbesondere des durch § 249 I BGB aufgestellten Grundsatzes der Totalreparation zu führen.

Durch die Postulierung von (auch) für die Zurechnung der Schadensfolgen maßgeblichen Verhaltenspflichten und deren „Auslegung“ auf ihren vermeintlichen Sinn und Zweck wird zudem **in rein tatsächlicher Hinsicht** der Beliebigkeit einer Haftungssteuerung Tür und Tor geöffnet⁷⁷⁴, was zu widersprüchlichen Ergebnissen und damit inkonsistenten Wertungszusammenhängen führt.

Gleich mehrere Beispiele für dieses (auch) rein tatsächliche Versagen einer solchen verhaltenspflichtbezogenen (deduktiv-systematischen) Schutzbereichsermittlung im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität bei rechtswidriger Verletzung von Rechten/ Rechtsgütern des § 823 I BGB speziell im hier relevanten Kontext ärztlicher Haftung wegen Aufklärungsfehlern findet man bei Schramm.

Schramm⁷⁷⁵ bildet auf der Ebene des *Behandlungsfehlers* (dem im Bereich der Aufklärungsfehler der Fall einer Verletzung der sog. *therapeutischen Aufklärung* zuzuordnen ist) das Beispiel eines Arztes, der bei der Medikation eines Patienten pflichtwidrig eine Kontraindikation mißachtet. In der Folge realisiert sich jedoch nicht das „Arzneimittelrisiko“, sondern ein anderes, das im Zusammenhang mit der Verabreichung dieses Medikamentes für den Arzt nicht vorhersehbar war. Schramm bemüht sich hier um eine Ausgrenzung dieser nicht vorhersehbaren Folge aus dem vom Arzt wegen dessen rechtswidriger Körperverletzung i.S.d. § 823 I BGB (durch seinen Behandlungsfehler verursachten und) grundsätzlich zu ersetzenden Schadens. Nach Schramms Ansicht solle das Medikamentierungsverbot die „...spezifische[n] Risiken für den Patienten ... steuern und ... begrenzen, nicht die Zurechnung nicht vorhersehbarer anderer Risiken [tragen], die der Arzt nur aufgrund ihres zufälligen Zusammenfallens mit einem typischen Risiko, nicht aber zielgerichtet hätte wehren können“.⁷⁷⁶

⁷⁷⁴ An dieser Stelle zeigt sich ganz stark die Berechtigung der allgemein gegen die Normzwecklehre erhobenen Einwände, sie führe zu einer „Kadijustiz“ (so Keuk, Vermögensschaden und Interesse, S. 226). Die Normzwecklehre könne wegen ihres fehlenden festen Maßstabes „zu einem Quell ständiger Rechtsunsicherheit“ werden. (Keuk, Vermögensschaden und Interesse, S. 226)

⁷⁷⁵ Schramm, aaO, S. 137.

⁷⁷⁶ Schramm, aaO, S. 137 wörtlich: „Das verwirklichte andere Arzneimittelrisiko, [Anm: das für den Arzt nicht vorhersehbar war] fällt daher als der Krankheit zuzuordnendes Behandlungsrisiko nicht in den modalen Schutzbereich des ärztlichen Sorgfaltsgebots zur Beachtung einer Kontraindikation“.

Mit anderen Worten: Medikamentierungsverbote sollen den Patienten nur vor gezielt vermeidbaren, also bekannten, Risiken schützen. Nicht aber entfalte das Medikamentierungsverbot auch Schutz bezüglich nicht vorhersehbarer anderer Risiken. Eine solche Sichtweise greift indes zu kurz.

Es ist schon im Ansatz fraglich, ob die im Rahmen der medizinischen *Behandlung* vom Arzt zu beachtenden Verhaltensregeln [in Schramms Beispiel: das Medikamentierungsverbot] überhaupt (auch) zugunsten des Arztes eine haftungseinschränkende Wirkung entfalten können. Hiergegen könnte von vornherein der Aspekt besonderer Schutzbedürftigkeit des Patienten sprechen, aufgrund derer der Bereich der vom Arzt zu tragenden Risiken bei *Behandlungsfehlern* im Grundsatz sehr weit gezogen werden müßte.

Weitere Probleme ergeben sich daraus, daß die Differenzierung zwischen (nach Schramm grds. zurechenbaren) verhaltensnormbezogenen Risiken und bloßen (nicht zurechenbaren) Krankheitsrisiken gerade im Problembereich des Behandlungsfehlers angesichts der Komplexität des menschlichen Organismus häufig auch praktisch nicht durchführbar ist. Denn um eine hinreichend deutliche Abgrenzung zwischen beiden Arten von Risiken vornehmen zu können, müßte auch der Bereich derjenigen Risiken besser erforscht sein, die sich gerade bei *Verletzung* einer ärztlichen Verhaltensnorm in Form eines Behandlungsfehlers (hier: Verstoß gegen das Medikamentierungsverbot) realisieren können. Das ist aber bei Behandlungsfehlern häufig nicht der Fall, weil man Forschungen im Bereich evident unvertretbarer medizinischer Maßnahmen aus verständlichen Gründen der Effizienz medizinischer Forschung von vornherein unterläßt. Angesichts der weitgehenden Unerforschtheit derjenigen Risiken, die sich bei Verletzung medizinisch-technischer Verhaltensregeln ergeben, dürfte vielmehr geradezu umgekehrt vor allem einem Behandlungsfehler *in typischer Weise* das Risiko innewohnen, auch *atypische*, (also bisher nicht gekannte) Behandlungsschäden hervorzurufen und es deshalb gerechtfertigt sein, auch solche Risiken in seinen Schutzbereich zu integrieren. Es ist somit durch nichts gerechtfertigt, den im Rahmen ärztlicher Behandlung zu beachtenden Verhaltensgeboten irgendwelche haftungseinschränkende Wirkung anzudichten.

Die von Schramm hier beim Behandlungsfehler vorgeschlagene Differenzierung geht somit in vielen Fällen ins Leere und dürfte in der Regel gar auf pure haftungsrechtliche Spekulation hinauslaufen. Man kann umgekehrt argumentierend mit deutlich besseren Argumenten leicht zur gegenteiligen Position kommen:

Gerade wegen der weitgehend unerforschten Risiken bei Verletzung von ärztlichen Verhaltenspflichten im Rahmen der Behandlung [hier: Mißachtung einer Kontraindikation bei der Medikation eines Patienten] erscheint es gerechtfertigt, im Interesse des Patienten den Arzt im Grundsatz für *sämtliche* durch die Überschreitung von solchen behandlungsbezogenen Verhaltensregeln verursachten Schäden haften zu lassen, mögen sie auch bisher völlig unbekannt gewesen sein und daher aus der Sicht ex ante als atypisch erscheinen.

Medikamentierungsverbote (um bei Schramms Beispiel zu bleiben), dienen somit nach der hier vertretenen Ansicht dem *umfassenden Schutze des Patienten* in der Weise, daß dem Arzt eine klare Grenze ihrer Einhaltung gegeben wird. Wird dieser Rahmen überschritten, dann ist es durch nichts gerechtfertigt, den Umfang der durch den (behandlungsfehlerhaften) Heileingriff dann adäquat kausal entstandenen und vom Arzt zu ersetzenden Schadensfolgen mittels vagen Normzwecküberlegungen einzuschränken. Schon der Problembereich des Behandlungsfehlers im Rahmen der ärztlichen Heilbehandlung zeigt in rein tatsächlicher Hinsicht eindrucksvoll das weitgehende

Versagen von Versuchen, eine verhaltenspflichtbezogene Normzweckbestimmung bei der Haftungsausfüllung im Rahmen des § 823 I BGB zu erreichen. Die vorschnelle Anwendung der Normzwecklehre droht in diesem Zusammenhang zu einer problematischen Fehleinschätzung des Interesses der Patienten zu führen, (zumindest) ordnungsgemäß *behandelt* zu werden⁷⁷⁷.

Daß in besonders gelagerten Einzelfällen auch bei Behandlungsfehlern eine Haftungseinschränkung des Arztes in Betracht kommen kann, soll hier gar nicht in Abrede gestellt werden. Allerdings dürfte in solchen Fällen mit dem Kriterium der Adäquanz eine ausreichende Haftungsbegrenzung zu erreichen sein, die verhindert, daß auch bei Behandlungsfehlern eine Haftung für schlichtweg jedwede negative Folge des Heileingriffes eintritt.⁷⁷⁸

Hat schon der Problembereich des Behandlungsfehlers die enorme Brisanz der Normzwecklehre im Bereich des § 823 I BGB bei der Schadensfolgenzurechnung aufgezeigt und letztlich große Zweifel an deren Tauglichkeit auch in rein tatsächlicher Hinsicht offenbart, so zeigt sich die Untauglichkeit der Normzwecklehre im Rahmen des § 823 I BGB auch und vor allem bei der den Hauptgegenstand dieser Arbeit betreffenden Haftung des Arztes wegen Verletzungen der Pflicht zur *Selbstbestimmungsaufklärung* des Patienten.

Auch bei der Zurechnung der Schadensfolgen des wegen nicht ordnungsgemäßer Einwilligung rechtswidrigen Heileingriffes differenziert Schramm zwischen einer faktischen und einer gezielten Verhinderungsmöglichkeit von Schäden. Die Verletzung der ärztlichen Verhaltenspflicht, den Patienten über die mit dem Eingriff verbundenen unvermeidbaren Risiken aufzuklären führe nur dann zum Ersatz der aus dieser Verletzung entspringenden Schäden, wenn die verletzte Verhaltenspflicht gerade gezielt das realisierte Risiko hätte wehren können⁷⁷⁹. Da nicht aufklärungsbedürftige Risiken vom Patienten gerade nicht gezielt verhindert werden können, würden solche Risiken auch nicht in den Schutzbereich der verletzten Aufklärungspflicht fallen.

Diesen Ansatz hält Schramm indes nicht konsequent durch.

⁷⁷⁷ Wie hier einen weiten Haftungsumfang für Schadensfolgen beim Behandlungsfehler - im Gegensatz zum Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung - postulierend Anm. Hauß, VersR 1989, 517, 518 und Steffen, RPG 1997, 95, 97 (letzterer allerdings für den Sonderfall, daß sich der Behandlungsfehler daraus ergibt, daß der Arzt ohne medizinische Indikation behandelt).

In diesem Zusammenhang dürften - mehr unausgesprochen - auch Überlegungen eine Rolle spielen, wonach die ärztliche Pflicht, den Patienten im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung ordnungsgemäß aufzuklären - anders als die Pflicht ihn ordnungsgemäß zu behandeln - als nicht so sehr zum „Kernbereich“ ärztlicher Tätigkeit gehörend angesehen wird, so daß Fehler im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung mithin im Ergebnis den Arzt nicht mit derart umfassenden Haftungsfolgen treffen sollten, wie es - und zwar mit Recht - teilweise für den Fall eines Behandlungsfehlers [als Fehler im sozusagen absolut unbestrittenen „Kernbereich“ ärztlicher Tätigkeit] befürwortet wird. Vgl. hierzu Müller, FS Geiss aaO, S. 461, die - die Sicht der betroffenen Ärzte referierend - einen von den Ärzten empfundenen Gegensatz zwischen der Pflicht zur Patientenaufklärung einerseits und der für „eigentliche ärztliche Aufgaben“ [und damit ist hier die ordnungsgemäße Behandlung im eigentlichen Sinne gemeint] zu verwendenden Zeit andererseits aufbaut.

⁷⁷⁸ Vgl. zur Adäquanz als nach Larenz einzigem Zurechnungskriterium im Rahmen der Haftungsausfüllung bei § 823 I BGB. Larenz, SchuldR I, § 27 III, S. 445.

⁷⁷⁹ Vgl. dazu Schramm, aaO, S. 239 f.

So erkennt er bei schweren Aufklärungsdefiziten, also beim Fehlen der sog. „Grundaufklärung“ (i.E. zutreffend) eine umfassende Haftung des Arztes auch für nicht aufklärungsbedürftige Risiken an⁷⁸⁰.

In einer anderen Fallkonstellation nicht ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung möchte Schramm selbst bei Verwirklichung eines konkret aufgeklärten aufklärungsbedürftigen Risikos (auch) dieses Schadensersatzrechtlich zurechnen⁷⁸¹ und zwar – soweit ersichtlich – unabhängig von der Frage, ob eine sogenannte Grundaufklärung geschehen war oder nicht.

Dies ist indes abermals nicht konsequent, weil Schramm hier seinen eigenen Ausgangspunkt, eines strikt pflichtbezogenen Zurechnungszusammenhanges verläßt. Das konkret aufgeklärte und realisierte Risiko hätte der Patient im Vorfeld der Behandlung nicht nur gezielt wehren können, er hat es in diesem speziellen Problemfall sogar noch nicht einmal – etwa durch Abstandnahme von der Behandlung nach der insoweit geschehenen Aufklärung – wehren wollen (!).

Schramm führt durch diese widersprüchlichen Beispiele dem Leser eindrucksvoll das (schon) rein tatsächliche Scheitern seines eigenen Ansatzes vor Augen. Dabei ist der in diesem Zusammenhang zu lesende Hinweis darauf, das realisierte und sogar aufgeklärte Risiko B falle auch in den Schutzbereich der verletzten Pflicht, über das (nicht realisierte) andere aufklärungsbedürftige Risiko A aufzuklären, nichts anderes als eine bloße Behauptung mit noch nicht einmal großem Plausibilitätswert.⁷⁸²

Diese dargestellten rein tatsächlichen Schwierigkeiten und Inkonsequenzen und damit zusammenhängend die starke Tendenz zu letztlich beliebigen Schutzzweckdefinitionen einer maßgeblich verhaltenspflichtbezogenen Schutzbereichsermittlung im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität speziell im hier relevanten Bereich der Arzthaftung wegen nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlungen des Patienten bei § 823 I BGB haben gezeigt, daß – so sehr eine Haftungsreduktion im Zusammenhang mit § 249 I BGB in bestimmten extrem gelagerten Sachverhaltskonstellationen im Einzelfall auch angezeigt sein mag – , problematisch indes der Versuch ist, im Rahmen des § 823 I BGB diese Haftungsreduktion durch die (deduktive) Analyse des Schutzbereichs von konkreten rechtsgutsbezogenen Verhaltenspflichten und die damit im Ergebnis erzeugte starke Relativierung der Absolutheit der von ihnen in Bezug genommenen Rechtsgüter zu gewinnen.

Bereits Schramms Arbeit hat – vor allem in tatsächlicher Hinsicht – beträchtliche Schwächen der Normzwecklehre im Bereich der Schadensfolgenrechnung bei § 823 I BGB im allgemeinen, sowie der Arzthaftung (und in deren Rahmen vor allem wegen Verletzung der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung) im Besonderen gezeigt.

⁷⁸⁰ Schramm aaO, S.243 f.

⁷⁸¹ Schramm aaO, S. 245 f.

⁷⁸² Schramm aaO, S. 245 „Die Aufklärung über Risiko „A“ dient insoweit auch dem Schutz vor körperlichen Folgen des Risikos „B“, weil das pflichtwidrige Verschweigen des Risikos „A“ die geschützte Entscheidung über die kumulierte Risikolage „A/B“ verkürzt und damit auch die Abwägung des Risiko „B“ unzureichend erscheinen läßt“.

(ccc.) Der verhaltenspflichtbezogene Ansatz von Helbron speziell für das Arzthaftungsrecht.

((a.)) Darstellung

In jüngster Zeit hat Helbron⁷⁸³ den Versuch unternommen, die Haftung des Arztes für die Schadensfolgen eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes im Ergebnis zu reduzieren.

Unter Berufung auf den „Schutzbereich der Aufklärungspflicht“⁷⁸⁴ verneint sie die Zurechnung von solchen Schadensfolgen der Behandlung, die aus nicht aufklärungsbedürftigen Risiken entspringen, wenn der Patient vor der Behandlung „ein angemessenes, allgemeines Risikobewußtsein vermittelt bekommen hatte“⁷⁸⁵.

Dies soll nach Helbron der Fall sein, wenn der Patient zumindest über vergleichbare oder sogar schwererwiegende Risiken als das konkret eingetretene Risiko aufgeklärt wurde, wobei nach ihrer Ansicht wohl schon ausreicht, daß der Patient *ein einziges*, gleich schweres Risiko vermittelt bekommen hat⁷⁸⁶. Auf eine sog. Grundaufklärung kommt es nach Helbron dann nicht mehr an.⁷⁸⁷ [Das ist die erste von Helbron gebildete Fallgruppe]

Waren nur geringer schwere Risiken als das tatsächlich eingetretene Risiko aufklärungsbedürftig [die zweite von Helbron gebildete Fallgruppe], so ist nicht ganz klar, wie Helbron hier die Schadensfolgenzurechnung bei einem Aufklärungsfehler handhaben will.

Scheinbar lehnt sie die Zurechnung von nicht aufklärungsbedürftigen Folgerisiken in diesem Falle jedenfalls dann ab, wenn der Arzt über „einen Teilaspekt“ nicht ordnungsgemäß aufgeklärt hat.⁷⁸⁸ In einem solchen Falle hätte der Patient den Schweregrad des schließlich realisierten Risikos nämlich auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht abschätzen können, weil das realisierte, bisher nicht bekannte Risiko in seinen Auswirkungen deutlich größer war als das bisher bekannte Risikospektrum dieses Eingriffes.⁷⁸⁹ Die Pflicht, über ein mindestens gleichschweres wie das eingetretene Risiko aufzuklären, entfällt in einem solchen Falle dann logischerweise.^{790 791}

⁷⁸³ Helbron, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, 2001, S. 110 ff.

⁷⁸⁴ Helbron, aaO, S. 125.

⁷⁸⁵ Helbron, aaO, S. 125.

⁷⁸⁶ Helbron, aaO, S. 125 [kursivgedruckt durch den Verfasser] „... ist dem Patienten angesichts der Information über *ein* mindestens gleichschweres Risiko ein hinreichendes Risikobewußtsein vermittelt worden“.

⁷⁸⁷ Helbron aaO, S. 125.

⁷⁸⁸ Helbron aaO, S. 126.

⁷⁸⁹ Helbron aaO, S. 126.

⁷⁹⁰ Vgl. Helbron, aaO, S. 125.

⁷⁹¹ Ob Helbron unabhängig von dem soeben Gesagten [nur in der zweiten Fallgruppe (?)] zusätzlich noch fordert, daß zumindest immer eine Aufklärung über das jeweils schwerste in Betracht kommende Risiko erteilt werden soll, ist nicht ganz klar. Hierfür könnte folgende Formulierung auf S. 126 sprechen: „Ist hingegen eine unzulässige Verharmlosung der Risiken feststellbar oder hat der Arzt nicht über das schwerste in Betracht kommende, spezifisch mit dem Eingriff zusammenhängende Risiko aufgeklärt, so war es dem Patienten von vornherein genommen, den Schweregrad des Eingriffes und die mit diesem zusammenhängenden Gefahren zutreffend abzuschätzen“.

Nach dem Standort des Textes zu schließen, bezieht er sich nicht auf Fallgruppe eins, sondern lediglich auf Fallgruppe zwei, macht aber (auch) dort keinen Sinn, weil im Kontext durchweg lediglich geringerer als das realisierte Risiko wiegender aufklärungsbedürftiger Aspekte selbst die Aufklärung über den schwersten bisher bekannten Aspekt kein ausreichendes Risikobewußtsein bezüglich des tatsächlichen Eingriffsrisikos insgesamt erzeugt.

[ganz abgesehen davon, daß Helbron auf S. 125 „drei Fallgruppen“ ankündigt, aber anschließend unter (a) und (b) lediglich zwei Fallgruppen ausarbeitet. Eine - gelinde gesagt - ungenaue Arbeitsweise.]

Die Besonderheit von Helbrons Ansatz liegt darin, daß sie bei dieser Art der Schutzbereichsermittlung nicht an diejenigen Risiken anknüpft, über die pflichtwidrig nicht aufgeklärt wurde, sondern an diejenigen, über die gerade eine Aufklärung erfolgt ist. Genau dieser Ansatz hat indes erhebliche Schwächen, wie u.a. im Folgenden gezeigt werden wird.

((b.)) Stellungnahme

Helbrons Ausführungen begegnen sowohl in dogmatischer als auch in rein tatsächlicher Hinsicht Bedenken.

((aa.)) dogmatische Bedenken

Angesichts des Grundsatzes der Totalreparation, wonach das Gesetz in § 823 I i.V.m. § 249 I BGB im Grundsatz den vollständigen Ersatz der Schadensfolgen einer rechtswidrigen Rechts(guts)verletzung anordnet, kann es im Kontext ärztlicher Haftung wegen nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlungen lediglich um die Frage gehen, ob und inwieweit eine tendentielle *Einschränkung* dieser grundsätzlich weiten Haftung des Arztes in Betracht kommt (gegebenenfalls mit Hilfe von Normzwecküberlegungen).

Im Hinblick auf diesen der Totalreparation folgenden Grundsatz des deutschen Schadensersatzrechtes ist es schon terminologisch bedenklich, wenn Helbron in ihren Ausführungen davon spricht, daß diejenige Ansicht, die - getreu dem Grundsatz der Totalreparation - im Ausgangspunkt sämtliche realisierte Folgerisiken einer nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlung dem Arzt zurechnen will⁷⁹² zu einer [Unterstreichung durch mich] „erheblichen Ausweitung der Haftung des Arztes“⁷⁹³ führe.

Die mangelhafte Selbstbestimmungsaufklärung werde nach ihrer Meinung in diesem Falle zu einem „objektiven Haftungsgrund“, es sei fraglich, ob diese „erweiterte Haftung für Zufall“, die „im Zivilrecht die Ausnahme“ darstelle, dem Arzt-Patient-Verhältnis gerecht werde⁷⁹⁴.

Diese Ausführungen sind angesichts des soeben zum Grundsatz der Totalreparation im Rahmen der Haftungsausfüllung in Erinnerung Gerufenen nicht zutreffend.

Bei gegebenem Haftungsgrund ist im Rahmen des § 249 I BGB im Ausgangspunkt für sämtliche Schadensfolgen Ersatz zu leisten. Nach dem deutschen Schadensersatzrecht sind grundsätzlich alle Nachteile zu ersetzen, die äquivalent und adäquat-kausal aus dem haftungsbegründenden Ereignis resultieren⁷⁹⁵.

Angesichts dessen handelt es sich nicht etwa - wie Helbron meint - um eine „erweiterte Haftung“ des Arztes oder gar um „im Zivilrecht die Ausnahme“, sondern die grundsätzliche Regel. Die Gewährung von Ersatz für sämtliche Schadensfolgen ist die Regel, die Nichtersatzfähigkeit von Nachteilen hingegen die zu begründende Ausnahme⁷⁹⁶. An dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis ist auch die Schutzbereichslehre gebunden⁷⁹⁷ und damit auch der Rechtsanwender bei der Ermittlung der Zurechnungsschranken.

⁷⁹² Helbron aaO, S. 114 f., 117 nennt diese Ansicht die „Theorie vom weiten Schutzbereich“.

⁷⁹³ Helbron, aaO, S. 118.

⁷⁹⁴ Alle Zitate, Helbron, aaO, S. 118.

⁷⁹⁵ Müko/Oetker, § 249 Rz. 119, (S. 454); Lange/Schiemann, Schadensersatz § 3 IX, 11 (S. 124).

⁷⁹⁶ Müko/Oetker § 249 Rz 119. (S. 454).; Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 103; Herm. Lange JZ 1976, 198, 205 li. Sp.; w. Nw.; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 IX, 11 (S. 124).

⁷⁹⁷ Lang, aaO, S. 103 f.; Herm. Lange, JZ 1976, 198, 205 li. Sp.

Jedes Operieren mit dem „Schutzbereich der Norm“ kann dabei nur dazu führen, diese grundsätzlich volle Regel-Haftung des Arztes maßvoll zu reduzieren, keinesfalls indes [um in der Sichtweise Helbrons zu sprechen] eine - wie auch immer zu qualifizierende - Übermaßhaftung des Arztes auf eine Art „Normalniveau“ zurückzuführen.⁷⁹⁸

Schon dieser grundsätzlich verzerrte Ausgangspunkt Helbrons durchzieht ihre gesamten folgenden Darstellungen.

So sagt Helbron in diesem Zusammenhang, der Sache nach bestünde nach der Theorie vom „weiten Schutzbereich“ bei der Haftung des Arztes wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung eine Haftung für ein „*versari in re illicita*“⁷⁹⁹.

Hierbei bringt sie einen Vergleich der Arzthaftung wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung mit den „gesetzlich geregelten Fällen des *versari in re illicita*“⁸⁰⁰, um daran anschließend zu konstatieren, es seien „erhebliche Unterschiede“ festzustellen.

Im Einzelnen:

Es ist schon im Ansatz unzutreffend, daß – so aber Helbron - §§ 678, 687 II; 848 und § 287, 2 BGB jeweils eine „erweiterte Haftung“ [im Sinne eines *versari in re illicita*] anordnen⁸⁰¹.

Zudem regeln diese Vorschriften völlig verschiedene Problemkonstellationen mit unterschiedlichen Haftungsmaßstäben.

Der bei Verletzung des § 678 zu ersetzende Schaden ist umfangmäßig genauso zu bemessen, wie nach der allgemeinen Schadensersatzdogmatik. Der aus § 678 BGB zu ersetzende Schadensumfang und die sich nach der allgemeinen Schadensersatzdogmatik ergebende Verpflichtung des Schädigers bei gegebenen Haftungsgrund ist grundsätzlich

⁷⁹⁸ Erst recht kann man nicht behaupten, daß die Realisierung eines nicht aufklärungsbedürftigen Eingriffsrisikos eine inadäquate Schadensfolge sei [so aber Helbron, aaO, S. 117/118 und S. 119 (Mitte); vgl. zutreffend anders Dunz zu BGHZ 90,96 = JZ 1984, 629 in FS Narr, S. 144, 147]. Denn es ist durchaus damit zu rechnen, daß sich bei einem Heileingriff - angesichts der Komplexität des menschlichen Körpers - auch bisher nicht bekannte Folgerisiken des Eingriffes realisieren. Die bisherige Unbekanntheit eines realisierten Folgerisikos führt jedenfalls allein für sich unter keinen Umständen schon zu dessen Qualifikation als inadäquat.

In diesem Zusammenhang vermischt Helbron in problematischer Weise Aspekte des Haftungsgrundes mit der Haftungsausfüllung.

Helbron wörtlich aaO, S. 117/118: „Angesichts der Tatsache, daß nach der aktuellen Rechtsprechung nur extrem unwahrscheinliche Risiken von der Aufklärungspflicht ausgeschlossen sind [Anm.: Darauf kommt es in diesem Zusammenhang überhaupt nicht an !], tritt die Haftung unabhängig von einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Eingriff und verwirklichtem Risiko ein. Dies gilt auch dann, wenn der Eingriff ordnungsgemäß vorgenommen wurde“. [Anm.: letztere Erwähnung ist schlicht überflüssig, weil anderenfalls ein Behandlungsfehler vorläge, für den ohnehin andere Zurechnungsmaßstäbe bzgl. der Schadensfolgen gelten.]. Ähnlich auch aaO, S. 119: wonach nach der von ihr so bezeichneten und kritisierten Theorie vom „weiten Schutzbereich“ die Haftung des Arztes „unabhängig von einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Eingriff und verwirklichtem Risiko eintreten“ solle.

⁷⁹⁹ Deutsch, AHR, Rz 297 definiert das *versari in re illicita* als „Haftung für jedes Unrecht und jedwede Folge des Unrechts“.

Medicus (Bürgerliches Recht, Rz 432), stellt die Haftung nach § 678; 287,2; 848 jeweils als Fälle des *versari in re illicita* dar und kommentiert dies mit den Worten: „Wer sich schuldhaft in einen unerlaubten Zustand begibt, haftet für alle Folgen, auch wenn ihn an diesen kein Verschulden trifft“.

⁸⁰⁰ Helbron, aaO, S. 118.

⁸⁰¹ Helbron, aaO, S. 118.

derselbe. Weder im Bereich des Arztrechtes noch bei § 678 ist im Rahmen der Haftungsausfüllung eine „erweiterte Haftung“ gegeben.⁸⁰²

Man kann damit auch keinen Gegensatz zwischen § 678 BGB als angeblichen Fall einer „erweiterten Haftung“ und der Schadensersatzpflicht des Arztes aufbauen, wie dies Helbron tun möchte.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang auch Helbrons Argumentation, wonach es sich bei der nicht berechtigten GoA um eine „unerwünschte“ Einmischung des Geschäftsführers handle, bei der ärztlichen Behandlung indes um eine „erwünschte“. Die regelmäßige, - bei bloß äußerer Betrachtung wohl durchaus stets zu bejahende - Erwünschtheit der Heileingriffes [der Patient geht zum Arzt und läßt sich dort behandeln] sagt gerade nichts darüber aus, ob dieser „erwünschte“ Heileingriff auch im Rechtssinne wirksam gewollt ist und in welcher Weise für Schadensfolgen zu haften ist, wenn die Einwilligung des Patienten in den Heileingriff unwirksam ist.

Einzig § 287,2 BGB und § 848 BGB ordnen eine Art „erweiterte Haftung“ des Schädigers an, wenn man diese Vorschriften so deutet, daß die „zufällige Unmöglichkeit“ (§848 BGB) bzw. die Haftung „auch für Zufall“ (§287,2 BGB) für die der Schuldner in beiden Fällen nach dem Gesetz verantwortlich ist, auch solche Leistungshindernisse erfassen soll, die in keinem adäquat-kausalen Zusammenhang⁸⁰³ zum Verzug des Schuldners (§ 287,2 BGB), bzw. zu dessen Rückgabepflicht wegen Entzug der Sache stehen^{804 805}.

⁸⁰² § 678 stellt jedenfalls im Rahmen der *Haftungsausfüllung* keine erweiterte Haftung des Gesetzes dar. [vgl. hierzu Müko/Seiler § 678, Rz 2.]

Die Vorschrift des § 678 enthält keine Abweichung vom Verschuldensprinzip. Der objektive Tatbestand besteht in dem fahrlässigen Nichtbeachten des Willens des Geschäftsherrn bei der Geschäftsübernahme und konkretisiert zugleich den Gegenstand des Verschuldensvorwurfes, während die Schadensverursachung „im Einklang mit den allgemeinen Regeln vom Verschulden nicht umfaßt zu sein braucht (haftungsausfüllende Kausalität).“ [MüKo/Seiler § 678 Rz2]

In diesem Zusammenhang von Zufallsschäden zu reden [so etwa RGRK-Denecke (11.Aufl.) Anm. 3] wäre demnach mißverständlich. [so zutreffend Müko/Seiler, § 678 Rz 2]; ders. aaO auch: „Der letzte Halbsatz des § 678 ist entbehrlich“.

Ähnlich klar auch Erman/ Ehmman § 678 Rz 1: „Der Schaden muß durch die Geschäftsführung adäquat kausal verursacht sein, nicht bloß „anlässlich der Geschäftsführung durch Zufall“ entstanden sein“.

§ 678 konstruiert auf der Ebene der Haftungsausfüllung somit keine Haftungserweiterung. Der letzte Halbsatz des § 678 ist entbehrlich.

⁸⁰³ So Deutsch, AHR, Rz 305: „Haftung des Verzugsschuldners und des Diebs für inadäquate Schäden ... §§ 287,2; 848“ und auch Palandt/Heinrichs § 287 Rz 3, wonach § 287, 2 nur dann praktisch bedeutsam ist, „wenn zwischen Verzug und Leistungshindernis *kein* adäquater Kausalzusammenhang besteht.“; ebenso wohl auch Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 3 VII, 3 8S. 97) Es genüge ein „rein zeitlich äußerer Zusammenhang“. Teilweise wird angenommen, daß die Bedeutung des § 287 BGB darin liegt, daß hiernach der ursächliche Zusammenhang zwischen der zu vertretenden Verzögerung der Leistung und der zeitlich später eintretenden Unmöglichkeit vermutet wird. (vgl. hierzu Larenz, Schuldrecht, § 23 II (S. 354) und Studinger/Löwisch § 287, Rz 15.

Zu allem Überfluß vermischt Helbron aaO, S. 119 auch noch diese beiden Aspekte.

⁸⁰⁴ Zur Parallelität zwischen § 848 und § 287, 2 Jauernig/ Teichmann § 848 Rz 1. und Müko/Stein § 848 Rz 1: „§ 848 entspricht sachlich der erweiterten Haftung des Schuldners nach § 287,2“.

⁸⁰⁵ Zwar gehört die in den §§ 287,2 und § 848 BGB behandelte Problematik der Unmöglichkeit - genauso wie die Frage des Haftungsumfanges wegen nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen im Arztrecht - zur haftungsausfüllenden Kausalität [vgl. Jauernig/Vollkommer, § 287 Rz. 2], auf die sich in allen Fällen das Verschulden des Schädigers nicht zu erstrecken braucht.

Allerdings eignen sich die in §§287,2 und § 848 BGB speziell geregelten Problemkonstellationen auch nicht als Vergleich für die hier relevante Problematik des Haftungsumfanges bei

Aufklärungspflichtverletzungen des Arztes. Der Anwendungsbereich des § 287,2 BGB ist auf gegenständliche Leistung bezogen [vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 § 83 IV (S. 593)] und erst recht der des § 848 BGB („Entziehung einer Sache“).

Im ArztR geht es nicht um das Problem, ob und in welchen Fällen der Arzt für die Unmöglichkeit einer von ihm zu erbringenden (gegenständlichen) Leistung einzustehen hat (so aber §§ 287,2 und § 848 BGB), sondern um

Helbron konstatiert daher völlig zu recht, daß zwischen dem Arzt-Patient-Verhältnis einerseits und dem Inhalt der Regelung der §§287,2 und § 848 BGB andererseits keine Parallele feststellbar ist.

Von der unzutreffenden Prämisse ausgehend, im Arzthaftungsrecht wegen Aufklärungsfehlern gelte nach der Theorie vom „weiten Schutzbereich“ – ebenso wie bei § 287; 848 BGB – eine Haftung des Arztes auch für inadäquate Eingriffsfolgen⁸⁰⁶, verneint sie die Vergleichbarkeit der Fallgruppen und zieht daraus die Konsequenz, es müsse im Bereich der Haftung wegen fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung eine [gegenüber § 287,2; § 848 BGB] eingeschränkte Haftung des Arztes gelten⁸⁰⁷.

Von diesem so gefundenen Ausgangspunkt, es müsse eine Haftungseinschränkung des Arztes bei Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung im Rahmen des §249I BGB stattfinden, bemüht sich Helbron um die Begründung einer solchen Haftungseinschränkung mit Hilfe des Kriteriums des Schutzbereiches der Norm:

Helbron bringt hierbei kurzerhand das Kriterium „Schutzbereich der Norm“ mit der „ärztlichen Aufklärungspflicht“ in Verbindung.⁸⁰⁸

In diesem Zusammenhang verliert sie kein Wort der Begründung zu der äußerst umstrittenen Frage, ob überhaupt im Rahmen des § 823 I BGB im Bereich der Haftungsausfüllung eine Haftungseinschränkung mit dem Kriterium des Schutzbereiches der Norm zulässig ist und vor allem wie eine solche – wohl verhaltenspflichtorientierte – Haftungseinschränkung dogmatisch begründet werden kann.⁸⁰⁹

Als einzige Begründung in diesem Zusammenhang begnügt sich Helbron mit der Bemerkung, die Bestimmung des Schutzbereiches einer Norm sei eine „Wertungsfrage“ und bemüht hier mit einem vergleichenden Zitat auf Schlosshauer-Selbach⁸¹⁰ einen scharfen Gegner (!) der Lehre vom „Schutzzweck der Norm“, der diese Lehre an dieser Zitatstelle mit der Bemerkung *ad absurdum* führen möchte, das „Hantieren mit dem

die – vollkommen anders gelagerte – Frage, in welchem Umfang er bei einem ihm unterlaufenden (Aufklärungs-)Fehler für realisierte Risiken haften muß.

Schon diese völlig verschiedenen Ausgangspunkte machen eine vernünftige Vergleichbarkeit der Fallgruppen mehr als fraglich. Ebenso wenig kann man einen Gegensatz zwischen diesen Spezialregelungen für die Folgeschadenshaftung einerseits und der Arzthaftung für Folgeschäden andererseits aufbauen. Alle jene Spezialfälle zivilrechtlicher Haftung haben mit der Arzthaftung schlicht nichts zu tun.

⁸⁰⁶ Helbron aaO, S. 119 unter Bezug auf die Haftung bei § 287,2 BGB wörtlich: „Genauso soll nach der Theorie vom weiten Schutzbereich die Haftung des Arztes unabhängig von einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Eingriff und verwirklichtem Risiko eintreten“.

⁸⁰⁷ so besonders auf Seiten 119/ 120.

⁸⁰⁸ Helbron wörtlich, aaO, S. 122 [kursivgedruckt durch mich]:

„Um eine sachgerechte Begrenzung aus dem Schutzbereich der *Norm* erarbeiten zu können, ist es erforderlich, zunächst den Schutzbereich der ärztlichen *Aufklärungspflicht* zu definieren“.

⁸⁰⁹ Eine eingehende Begründung hierzu wäre vor allem deswegen angeraten gewesen, weil Helbron nicht nur der sogenannten Körperverletzungsdoktrin folgt, sondern (-innerhalb dieser-) offenbar auch die Konzeption vom Erfolgsunrecht vertritt. [vgl. dazu Helbron aaO, S. 80]

Helbron kann somit die für die Zurechnung der Schadensfolgen nach ihrer Ansicht maßgebliche Aufklärungspflicht des Arztes weder dem Tatbestand noch der Rechtswidrigkeit als dort jeweils positiv festzustellende Haftungsvoraussetzung zuordnen, sondern sie kann die Aufklärungspflicht höchstens „irgendwie“ im Rahmen des Verschuldens (bei der Feststellung der Verletzung der im Hinblick auf den Tatbestand und die Rechtswidrigkeit zu beobachtenden verkehrserforderlichen Sorgfalt) berücksichtigen. Das führt allerdings zu Konflikten mit dem Grundsatz, wonach die Beschaffenheit des konkreten Verschuldens für den Bereich der Haftungsausfüllung ja gerade irrelevant ist.

⁸¹⁰ Schlosshauer-Selbach, NJW 1985, 660 (661).

Schutzzweck der Norm“ schaffe lediglich „uferlose Möglichkeiten und unauflösbaren Meinungsstreit“, weshalb Schlosshauer-Selbach die Schutzzwecklehre jedenfalls im hier maßgeblichen Zusammenhang für die Einschränkung der Schadensfolgen aus nicht wirksam konsentierter Heilbehandlung gerade *ablehnt*.

Abgesehen von dieser dürftigen dogmatischen Begründung ihres Ansatzes fällt weiter auf, daß Helbrons gesamte sich anschließenden Erwägungen leider stark ergebnisorientiert im Hinblick auf eine gewünschte Reduktion der Haftung des Arztes⁸¹¹ geprägt sind. Dies läßt starke Zweifel an der dogmatischen Stringenz ihrer Erwägungen aufkommen. Erhärtet werden diese Zweifel dadurch, daß Helbron das Problem der Aufklärungspflichtverletzung auf der Ebene des Haftungsgrundes eindeutig mit der Problematik der Haftungsausfüllung in Verbindung bringen möchte. Die Ebene der Haftungsausfüllung ist indes nicht dazu geeignet, als Gegengewicht für zu strenge Aufklärungspflichten beim Haftungsgrund ein Korrektiv abzugeben, so wie Helbron sich das vorstellt⁸¹². Die Ermittlung des „Schutzbereichs der Aufklärungspflicht“ [wenn man es - entgegen der hier vertretenen Ansicht - für zulässig erachtet, die Aufklärungspflicht bei § 823 I BGB im Schadensfolgenbereich auf ihren Schutzbereich zu untersuchen] orientiert sich nach Helbron dann nicht (mehr ausschließlich) am Sinn und Zweck dieser Pflicht, sondern an dem - durchaus billigenwertigen, in diesem Zusammenhang aber absolut unmaßgeblichen - rechtspolitischen Ziel des Rechtsanwenders, im Ergebnis eine Einschränkung der Arzthaftung zu erreichen.

((bb.)) Bedenken gegen die Sachgerechtigkeit der Ergebnisse Helbrons.

Wie oben unter IV.) 2.) c.) bb.) ccc.) (b.) (bb.) (ccc.) ((a.)) einleitend schon angedeutet wurde, unterscheidet Helbron bei der Zurechnung von Schadensfolgen, die aus nicht aufklärungsbedürftigen Risiken entspringen, zwischen folgenden zwei Fallgruppen:

- a.) Ist der Patient bewußt vergleichbare oder sogar schwererwiegende Risiken als das realisierte eingegangen, so liegen nach ihrer Ansicht Schäden, die sich aus einem nicht aufklärungsbedürftigen Risiko ergeben haben, nicht im Schutzbereich der Aufklärungspflicht.

Bedenklich hierbei ist, daß nach Helbron wohl schon die Mitteilung eines einzigen vergleichbaren bzw. gleich schweren Risikos genügt, um den Haftungsumfang des Arztes auf den Kanon aufklärungsbedürftiger Punkte zu reduzieren.⁸¹³

Man wird indes schwerlich davon ausgehen können, daß schon die Information über *ein* einziges mindestens gleichschweres Risiko dem Patienten ein hinreichendes

⁸¹¹ Ein Beispiel bei Helbron aaO, S. 128 „Im Ergebnis könnte aber in deutlich mehr Fällen die Haftung des Arztes beschränkt werden, als es derzeit der Fall ist“

⁸¹² Helbron, aaO, S. 110: Nach ihrer Ansicht ließe sich möglicherweise mittels der Begrenzung des Zurechnungszusammenhanges „...ein Korrektiv für die ständigen Erweiterungen der Anforderungen an den Umfang der Aufklärungspflicht finden“.

⁸¹³ Helbron, aaO, S. 125. [Hervorhebung durch mich]: „...ist dem Patienten angesichts der Information über *ein* mindestens gleichschweres Risiko ein hinreichendes Risikobewußtsein vermittelt worden“.

Risikobewußtsein bezüglich eines ganzen Bündels weiterer Behandlungsrisiken vermitteln kann.

Dies ist vor allem auch deswegen sehr bedenklich, weil Helbron in solchen Fällen ganz dezidiert auf das Erfordernis einer Grundaufklärung verzichtet.⁸¹⁴

Zudem stellt sich die schwierige Abgrenzungsfrage, wann Risiken unterschiedlicher Art miteinander „vergleichbar“ sind.

Zur Beantwortung dieser Frage muß nach Helbron der Schweregrad der Risiken verglichen und in ein Stufenverhältnis gebracht werden⁸¹⁵. Vollends geht in diesem Zusammenhang jede halbwegs klare Bestimmbarkeit des Haftungsumfanges dann verloren, wenn bei der Bestimmung der Vergleichbarkeit der Risiken auch auf die Lebensführung des konkreten Patienten abgestellt werden soll⁸¹⁶.

Umgekehrt soll eine volle Haftung des Arztes für sämtliche Schadensfolgen des Heileingriffes nach Helbron nur in den Fällen gegeben sein, in denen der Arzt „überhaupt keine Aufklärung“⁸¹⁷ dem Patienten hat zuteil werden lassen, nicht aber schon bei einer „schweren Aufklärungspflichtverletzung“, wie dies - im Ergebnis völlig zurecht - etwa Schramm⁸¹⁸ befürwortet.

Helbrons Ansatz ist insoweit sehr bedenklich, weil auch schon bei schwerwiegenden Aufklärungsfehlern im Sinne des Fehlens einer sogenannten „Grundaufklärung“ in der Regel davon ausgegangen werden muß, daß der Patient keinerlei Entscheidungsgrundlage für ein auch nur annähernd die Risiken des Eingriffes abschätzendes Bewußtsein mehr besitzt.

Bei einer Selbstbestimmungsaufklärung, die gravierende inhaltliche Defizite aufweist, wird man im Ergebnis schwerlich eine Einschränkung des vom Arzt wegen rechtswidriger Körperverletzung zu leistenden Schadensersatzes vertreten können.

b.) Aufklärungspflicht nur bezüglich deutlich geringerer Risiken als das unvorhergesehen eingetretene Risiko.

Wie oben unter (ccc.) ((a.)) schon dargestellt, ist in dieser Fallgruppe nicht eindeutig, unter welchen Voraussetzungen Helbron die Haftung für nicht aufklärungsbedürftige Risiken entfallen läßt. Klar sagt sie nur, daß in dieser Fallgruppe im Gegensatz zur ersten Fallgruppe etwas „anderes gilt“.

Hat der Arzt in diesen Fällen bei der Aufklärung lediglich einen Teilaspekt übersehen, so sollen nach ihrer Ansicht nicht aufklärungsbedürftige Risiken nicht in den Schutzbereich der verletzten Aufklärungspflicht fallen.⁸¹⁹

Diese Ansicht führt zu einem sachgerechten Ergebnis, weil in diesen Fällen selbst bei korrekter Aufklärung über sämtliche Risiken der Patient die wahre Schwere des Eingriffes nicht hätte erkennen können.

⁸¹⁴ Helbron aaO, S. 125.

⁸¹⁵ Dazu Helbron, aaO, S. 127.

⁸¹⁶ So Helbron, aaO, S. 127/128.

⁸¹⁷ Helbron, aaO, S. 123.

⁸¹⁸ Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 243 f.

⁸¹⁹ Helbron aaO, S. 126.

c.) Verwirklichung einer aufgeklärten Folge⁸²⁰

Wenn sich genau die konkret aufgeklärte Gefahr verwirklicht hat (bei im übrigen aber defizitärer Aufklärung), so ist der entstandene Schaden - insoweit abweichend von Schramm - nach Helbrons Ansicht dem Arzt nicht zuzurechnen; er liegt nach ihrer Ansicht dann „nicht im Schutzbereich der [verletzten] Aufklärungspflicht“..⁸²¹
Diese Auffassung ist jedenfalls im Grundsatz zutreffend.

((cc.)) Abschließende Beurteilung von Helbrons Ansatz

Abgesehen von Untiefen bei der dogmatischen Begründung des Haftungsausschlusses des Arztes für nicht aufklärungsbedürftige Risiken einer nicht wirksam konsentierten Heilbehandlung mittels des Kriteriums des „Schutzzweck der Norm“ krankt Helbrons Ansatz an dem Fehlen einer klaren Begründung der von ihr letztlich stets bloß behaupteten Schutzbereiche der Aufklärungspflicht. Teilweise sind ihre Argumente schon auf rein tatsächlicher Ebene nicht überzeugend.

Die Erwägungen Helbrons zur Ermittlung des „Schutzbereiches der Aufklärungspflicht“ gleiten letztlich auf die Ebene subjektiver Empfindungen⁸²² und bloßer Billigkeitserwägungen ab.

Schließlich kann die Zurechnung der Schadensfolgen auch kaum davon abhängen, ob die Ermittlung der dafür maßgeblichen Voraussetzungen „praktikabler erscheint“. Bei der ausschließlich *materiell-rechtlichen Frage*, welche Schadensfolgen unter welchen Voraussetzungen bei einer rechtswidrigen Rechts(guts)verletzung i.S.d. § 823 I BGB umfangmäßig zu ersetzen sind, haben Praktikabilitätsüberlegungen schlicht nichts verloren.⁸²³ Helbrons Arbeit zeigt an dieser Stelle deutlich, zu welcher Unsensibilität, ja geradezu Beliebigkeit die (vorschnelle) Berufung auf den „Schutzzweck der Norm“ in tatsächlicher Hinsicht im Bereich der Haftungsausfüllung bei § 823 I BGB verleiten

⁸²⁰ Dazu Helbron, aaO, S. 128 ff.

⁸²¹ so Helbron aaO, S. 129.

⁸²² [Unterstreichungen durch mich:]

Helbron aaO, S. 125: „... eine andere, mir praktikabler erscheinende Abgrenzung“.

Helbron, aaO, S. 122/ 123: „Verwirklicht sich vor dem Hintergrund einer mangelhaften Aufklärung eine nicht aufklärungspflichtige Folge, so kann sich die verletzte Pflicht mit ihrem Zweck, eine Entscheidung über die Vermeidung körperlicher Schäden zu gewährleisten, meines Erachtens allerdings nicht auf die realisierte Folge beziehen, weil deren Eintritt durch den Patient nicht zielgerichtet verhindert werden konnte“.

Neben der stilistischen Subjektivität ihrer Darstellung, mißfällt an der letzten Zitatstelle vor allem auch inhaltlich, daß „ihr“ Ansatz – bis teilweise auf das Wort genau – von Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 240 übernommen ist, ohne daß Helbron Schramms sehr ausführlich entwickelte Dogmatik der Schutzbereichsermittlung [sie wurde oben unter IV.) 2.) c.) bb.) ccc.) (b.) (bb.) (bbb.) in dieser Arbeit schon ausführlich dargestellt] auch nur ansatzweise darstellen, geschweige denn sich kritisch damit auseinandersetzen würde.

Helbron behauptet hier letztlich einen Schutzbereichsumfang, ohne ihn hinreichend zu begründen.

⁸²³ Vgl. aber zu Praktikabilitätsüberlegungen im Schadensausgleich Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 120. Der Schadensausgleich solle aber „in jeder Hinsicht praktikabel und durchführbar sein“.

und (ders. aaO, S. 20) Bei Verletzung eines Schutzgesetzes solle eine Schadensersatzpflicht nur insoweit bestehen, als der Schadensausgleich auch „praktisch durchführbar“ sei.

kann. Eine derartig willkürliche Berufung des Rechtsanwenders auf den Normzweck bei § 823 I BGB bewirkt kaum eine angemessene Grenzziehung der Haftung im (Rand-)Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität, sondern vielmehr die Ausmünzung des durch § 823 I BGB i.V.m. § 249 I BGB gewährleisteten Rechtsgüterschutzes in Kleingeld.

Helbrons Arbeit zeigt eindrucksvoll, zu welchen mißlichen Konsequenzen die Anwendung der Normzwecklehre im Bereich der Folgenzurechnung bei § 823 I BGB in rein tatsächlicher Hinsicht führen kann.

Die bei Helbron unter Berufung auf den „Schutzbereich der Aufklärungspflicht“ gefundenen Ergebnisse basieren somit – wie gezeigt – weder auf klaren, dogmatisch nachvollziehbaren Prämissen und deren konsequenter Umsetzung im konkreten Fall, noch sind die gefundenen Ergebnisse sachgerecht.

cc.) Zwischenergebnis / Stellungnahme zum gesamten Problemkomplex unter c.)

Die verschiedenen soeben dargestellten (verhaltenspflichtorientierten) Ansätze zur Schutzbereichsermittlung im Rahmen der Haftungsausfüllung bei rechtswidriger Verletzung der durch § 823 I BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter im allgemeinen und von Schramm und Helbron bezüglich der Arzthaftung – insbesondere wegen nicht wirksam konsentierten Heileingriffen – im Besonderen haben bei ihrer kritischen Würdigung erhebliche Probleme auch in tatsächlicher Hinsicht offenbart.

Hierbei zeigte sich – neben häufigen Schwächen der Begründung an sich –, daß Schramm und Helbron zu zum Teil völlig unterschiedlichen und (vor allem Schramm) in sich widersprüchlichen Ergebnissen kamen.

Erhärtet wird dieser Befund der (auch) rein tatsächlichen Untauglichkeit der Normzwecklehre bei § 823 I BGB im Bereich der Haftungsausfüllung zusätzlich dadurch, daß selbst solche Literaturstimmen, die bei § 823 I BGB im allgemeinen (unter bestimmten Voraussetzungen) eine verhaltenspflichtbezogene Schutzbereichsermittlung mittels der Normzwecklehre bei der Schadensfolgenzurechnung befürworten, paradoxerweise im Kontext der Arzthaftung wegen nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlungen eine Eingrenzung der zuzurechnenden Schadensfolgen mittels Normzwecküberlegungen ablehnen. Der Schutzzweck der Aufklärungspflicht liege nach deren Ansicht in diesen Fällen darin, dem Patienten eine selbstbestimmte Entscheidung in den Eingriff *insgesamt* zu ermöglichen⁸²⁴, nicht aber, den Patienten vor dem einen oder anderen Folgerisiko zu schützen.

Diese jeweiligen völlig verschiedenartigen Auffassungen darüber, ob überhaupt im Rahmen der deliktischen Arzthaftung wegen nicht wirksam konsentierten

⁸²⁴ MüKo/Mertens § 823 Rz 455 ablehnend zur Anwendbarkeit der Normzwecklehre bei der Schadensfolgenzurechnung im Kontext der Arzthaftung wegen nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen, da es bei der Aufklärung [Unterstreichung durch mich]: „... in erster Linie um die Selbstbestimmung des Patienten und dessen informierte Einwilligung in die ärztliche Maßnahme überhaupt ...“ gehe. Es ist überraschend, daß Mertens die Normzwecklehre in diesem Zusammenhang ablehnt, obwohl er sie sonst bei der Schadensfolgenzurechnung im allgemeinen jedenfalls bei sogenannten *mittelbaren Eingriffen* (Mertens: „judizielle Konzeption der Verkehrspflichtverletzung“) bejaht. [siehe hierzu MüKo/Mertens, § 823, Rz 7, 47, 90]. Um bei der Arzthaftung im Ergebnis ebenfalls eine Haftungseinschränkung des Arztes für Schadensfolgen zu erreichen, stellt Mertens auf die Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens ab, wenn der Patient zumindest ein „insgesamt angemessenes Risikobewußtsein“ entwickeln konnte. (aaO, Rz 455). Dann bestünde Grund zu der Annahme „daß ein Patient, der jedenfalls über bestimmte Folgen aufgeklärt worden ist und in den Eingriff eingewilligt hat ... bei vollständiger Aufklärung ebenfalls eingewilligt hätte“

Heilbehandlungen bei der Haftungsausfüllung die Normzwecklehre zur Haftungsbestimmung tauglich ist und – wenn ja – wie nun genau der „Schutzzweck der Aufklärungspflicht“ beschaffen ist, verdeutlichen die rein tatsächliche Untauglichkeit der (verhaltenspflichtbezogenen) Schutzzwecklehre bei der Zurechnung von Schadensfolgen im Kontext des § 823 I BGB.

Die Schutzzwecklehre ist daher nach der hier vertretenen Ansicht im Kontext des § 823 I BGB bei der Schadensfolgenzurechnung auch aus tatsächlichen Gründen abzulehnen.⁸²⁵

Die gleichen Bedenken gegen die Anwendung von Normzwecküberlegungen bei der Zurechnung von Schadensfolgen im Zusammenhang mit nicht ordnungsgemäß konsentierten (Heil-)Behandlungen bestehen insoweit auch im Kontext der gleichzeitig parallel zum Deliktsrecht relevanten Haftung des Arztes aus **Vertrag**.⁸²⁶

Zwar findet – wie oben unter IV.) 2.) c.) bb.) bbb.) gesehen – die Normzwecklehre im vertraglichen Bereich nicht nur im Rahmen der Haftungsbegründung sondern – anders als bei § 823 I BGB – unstreitig auch bei der Haftungsausfüllung im Grundsatz Anwendung.

Für die rein tatsächliche Anwendung von Normzwecküberlegungen in solchen Fällen ist es allerdings stets Voraussetzung, daß die vertraglichen Pflichten im Hinblick auf den bei Verstoß gegen sie zu leistenden Schadensumfang im einzelnen *auslegungsfähig* sind.

Vertragliche Pflichten, die auf den Schutz von Rechten/ Rechtsgütern des § 823 I BGB gerichtet sind – wie es die Pflicht des Arztes zur Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten unbezweifelbar ist – geben allerdings ebensowenig Anhaltspunkte für eine Haftungseinschränkung des Arztes ab wie die den Arzt treffende deliktische Aufklärungspflicht im Kontext des § 823 I BGB. Im Ergebnis ist also auch im Rahmen des parallel zum deliktischen Anspruch in Betracht kommenden vertraglichen Schadensersatzanspruches des Patienten gegen den Arzt wegen nicht ordnungsgemäß konsentierter Heilbehandlung nach der hier vertretenen Ansicht die Normzwecklehre für eine eventuelle Haftungseinschränkung ohne Ergiebigkeit.

Die Haftungsbegrenzung im Rahmen der Haftungsausfüllung wegen nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlungen kann somit (weder im deliktischen noch im vertraglichen Bereich) schon *aus tatsächlichen Gründen* nicht mit einer so vagen Formel wie der Lehre vom Schutzzweck geleistet werden.⁸²⁷

Die Normzwecklehre verbreitet – insbesondere bei der Schadensfolgenzurechnung im Kontext des § 823 I BGB – in tatsächlicher Hinsicht eine trügerische Sicherheit, weil sie mit der Untersuchung von (ungeschriebenen) Verhaltenspflichten auf deren vermeintlichen Sinn und Zweck eine Präzision vortäuscht, die sie schlicht nicht leisten kann. Mit der Frage, „ob man sich die verletzte Pflicht bei vernünftiger Betrachtung als auch mit Rücksicht auf die eingetretene Folge aufgestellt denken kann“⁸²⁸ ist nichts gewonnen.⁸²⁹ Diese Frage wird letztlich nach dem für billig und gerecht befundenen und

⁸²⁵ Vgl. zur Schutzzwecklehre hier auch Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 300, nach dessen Ansicht Schutzzweck der ärztlichen Aufklärungspflicht über Risiken es sei, den Patienten vor sämtlichen nicht von einer wirksamen Einwilligung gedeckten Risiken eines Eingriffs in seine körperliche Integrität zu bewahren.

⁸²⁶ Vgl. zur Parallelität der Zurechnungsproblematik zwischen Vertrags- und Deliktshaftung auch Lange/Schiemann, *Schadensersatz*, § 3 IX, 11 (S. 126). (allerdings als Befürworter der Schutzzwecklehre): „War die verletzte Vertragspflicht nicht zur Verhütung einer eingetretenen Schadensfolge bestimmt, so entfällt im allgemeinen auch der Deliktsanspruch“.

⁸²⁷ vgl. allgemein kritisch zur Normzwecklehre Lüer, *Die Begrenzung der Haftung*, S. 99f. und Friese, *Haftungsbegrenzung für Folgeschäden*, S. 62 ff.

Nach Lüer aaO, S. 136 leide die Überzeugungskraft eines Urteils gar darunter, wenn es bei der Haftungsbegrenzung sich u.a. darauf beruft, die Erfordernisse des Normzwecks seien nicht erfüllt. Hierdurch würden die eigentlichen Gründe und Erwägungen, auf denen das Urteil beruht und die bei der Wertung der widerstreitenden Interessen maßgebend sind häufig gar verdeckt.

⁸²⁸ Vgl. Lange, *Gutachten für den 43. DJT 1960*, S. 50.

⁸²⁹ So zutreffend Keuk, *Vermögensschaden und Interesse*, S. 235.

deshalb gewünschten Ergebnis beantwortet werden.⁸³⁰ Dies sieht man sehr deutlich bei Schramm und Helbron.

Ob - um bei der Formulierung Schramms zu bleiben - die verletzte Pflicht (den Patienten über Eingriffsrisiken aufzuklären) im Einzelfall bezüglich bestimmter Eingriffsrisiken und damit Schadensfolgen als aufgestellt erachtet werden kann, ist eine letztlich nur durch *Behauptungen* zu beantwortende Frage. An dieser Stelle sieht man [auch] die starke Berechtigung des gegen die Normzwecklehre [allgemein] erhobenen Vorwurfes, sie würde bloß „Verwirrung stiften“⁸³¹ und sie drohe zu einem „Quell ständiger Rechtsunsicherheit“ zu werden⁸³².

Letztlich läuft die - jedenfalls in ihrem theoretischen Grundsatz - deduktiv-systematisch vorgehende Normzwecklehre bei §823 I BGB im Bereich der Schadensfolgenzurechnung Gefahr, den [bei § 823 I BGB in der Regel ungeschriebenen !] Verhaltensregeln zu entnehmen, „was aus Gründen für richtig gehalten wird, die außerhalb des Gesetzes liegen“⁸³³, sie dient in diesem Zusammenhang häufig der Scheinbegründung für anderswo gefundene Ergebnisse und Wertungen, die von außerhalb an die Norm herangetragen werden⁸³⁴. Häufig wird der Schutzbereich entweder gar nicht ermittelt oder in allgemeine Formeln gekleidet, die alles und nichts besagen⁸³⁵.

Speziell im Bereich der Arzthaftung [insbesondere wegen nicht wirksam konsentierten Heileingriffen] wiegt besonders schwer auch die Tatsache, daß sich die Normzwecklehre mit ihren Zurechnungserwägungen auf solche Schadensfolgen der Behandlung bezieht, die am Körper des Patienten selbst entstehen, also auf Schäden, die an dem verletzten Rechtsgut selbst, nicht aber an anderen Rechten/Rechtsgütern des Geschädigten oder gar an dessen übrigen Vermögen eintreten.⁸³⁶ Wir befinden uns hier im Kontext der Risikozurechnung nämlich im Bereich derjenigen Schadensfolgen, die sich noch im Bereich des *damnum circa rem*, also der des rechtswidrig verletzten Rechts(gutes) selbst befinden.⁸³⁷

Vgl. auch Lang aaO, S. 97: Die Schutzbereichslehre sei „eine offen formulierte Zurechnungsregel“... Man könne zwar nicht ein fertiges Ergebnis aus ihr ablesen, „aber sie bereitet das Ergebnis vor, indem sie den Richter auf die richtigen Fragestellungen und auf deren systematischen Standort hinweist“.

Lang (aaO, S. 98) verweist zudem auf die „rechtspolitische Aufgabe des Richters und seine Eigenverantwortlichkeit bei der Ermittlung des Schutzbereichs“. [Unterstreichung durch mich]

⁸³⁰ So Keuk, aaO, S. 235.

⁸³¹ Keuk, aaO, S. 235.

⁸³² Lüer, aaO, S. 99.

⁸³³ Vgl. zu diesem Vorwurf Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 38.

⁸³⁴ Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 63; vgl. auch Lange, JZ 1976, 198, (206f.), wonach die Schutzzwecklehre nicht fähig ist, „alle Zurechnungsprobleme zu lösen“, die über die Adäquanztheorie nicht befriedigend geklärt werden können.

⁸³⁵ Vgl. Lang aaO, S. 38; allg. kritisch auch Staudinger/Schiemann § 249 Rz 21: wonach sich zeige, daß die Anwendung der Lehre vom Schutzzweck der Norm „keineswegs zwangsläufig das Rechtsgefühl sicherer leitet als die Adäquanzlehre“.

⁸³⁶ Sourlas, Adäquanztheorie und Normzwecklehre, S. 89 greift daher zu kurz, wenn er pauschal formuliert, bei der Folgenzurechnung ginge es um „Rechtsgutverletzungen, die mit dem verwirklichten Unrecht in nur mittelbarem Zusammenhang stehen“. Gerade die Problematik der Arzthaftung wegen Selbstbestimmungsaufklärungsfehlern zeigt, daß es auch das unmittelbar verletzte Rechtsgut (hier: Rechtsgut Körper) selbst sein kann, das dann zugleich auch den Bereich der Folgenzurechnung bildet.

⁸³⁷ Die Relevanz einer Differenzierung zwischen beiden Schadensbereichen andeutend auch Larenz, FS Honig, S. 79, 84.; vgl. auch Lange/Schiemann, Schadensersatz § 3 IX, 11, (S. 125) „Unumstritten ist auch, daß bei Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes Folgeschäden grundsätzlich auch dann zu ersetzen sind, wenn sie an anderen Rechtsgütern entstanden sind“.

In diesem Zusammenhang der gleichsam ganz eng am rechtswidrig verletzten Recht(sgut) sich befindenden Schadensfolgen müssen besonders strenge Anforderungen an eventuelle Haftungseinschränkungen des Schädigers gelten.⁸³⁸ Diesen Aspekt berücksichtigen sowohl Schramm als auch Helbron indes überhaupt nicht.

Die an Verhaltenspflichten und deren vermeintlichem Sinn und Zweck orientierte Schadensfolgenzurechnung im Rahmen des § 823 I BGB ist einerseits viel zu beliebig und läuft andererseits Gefahr, nicht genug die in der konkreten Haftungssituation sich befindenden Besonderheiten im Vergleich zu anderen Fallgruppen der Schadensersatzhaftung zu würdigen.

Jeder Versuch, bei der rechtswidrigen Verletzung von Rechten und Rechtsgütern des § 823 I BGB im Rahmen der Haftungsausfüllung tendentiell eine Haftungsbegrenzung des Schädigers als Ausnahme zur durch § 249 I BGB grundsätzlich angeordneten Totalrestitution herbeizuführen, muß sich von dem Gedanken befreien, den Umfang des zu ersetzenden Schadens aus Begriffen wie dem „Schutzzweck der Norm“ (deduktiv) herzuleiten.⁸³⁹

Vielmehr ist wegen der enormen Heterogenität der Zurechnungsproblematik bei der Haftungsausfüllung bei § 823 I BGB statt des hier auch aus tatsächlichen Gründen als gescheitert anzusehenden (verhaltenspflichtbezogenen) **deduktiv-systematischen** Weges eine **induktive** Methode der Schadenszurechnung vorzuziehen. Ausgangspunkt der Betrachtung muß der Grundsatz der Totalreparation sein, um dessen Durchbrechung in besonderen Einzelfällen es geht⁸⁴⁰. Um diese Durchbrechung im Einzelfall zu legitimieren, müssen besondere Gründe vorliegen, die im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes einen Unterschied einfordern. Hierbei sind *Fallgruppen* zu bilden, in denen zwischen verschiedenen Arten von rechtswidrigen Rechts(guts)verletzungen [bei der Arzthaftung: Verletzung von Körper und Gesundheit] zu unterscheiden ist.⁸⁴¹

⁸³⁸ Die Rechtsprechung des BGH zum Schutzzweck der Norm bei der Schadensfolgenzurechnung im Kontext des § 823 I BGB hatte auch bezeichnenderweise ihren Anfang in den Fällen, in denen der Folgeschaden an weiteren Rechtsgütern des Verletzten und/oder an dessen übrigen Vermögen entstanden war [Siehe hierzu den berühmten „Motorradfall“ BGHZ 27, 137 ff. zur Frage, ob die im Anschluß an den vom Beklagten schuldhaft verursachten Verkehrsunfall dem Kläger im daraufhin gegen ihn eingeleiteten Strafverfahren entstandenen Strafverteidigerkosten einen ersatzfähigen Folgeschaden des schuldhaft vom Beklagten verursachten Verkehrsunfalles darstellen. Diese Frage wurde vom BGH unter Berufung auf den fehlenden „Schutzzweck des Gesetzes“ (hier: § 823 Abs. 1 BGB) verneint.]

⁸³⁹ Ebenso untauglich ist der Versuch der Haftungsfolgenbegrenzung durch Kategorien wie das Täterverschulden, allgemeine Billigkeits- und Zumutbarkeitsformeln, Überlegungen einer objektiven Zurechnung zur Tat (vgl. zu alldem eingehend Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 65 ff. und S. 122).

⁸⁴⁰ dies sehen teilweise auch die Anhänger der Normzwecklehre so, die sie als (notwendige) Gesetzeskorrektur betrachten. vgl. v. Caemmerer, Gesammelte Schriften Band I, S. 395, 400; Mertens/Reeb, Jus 1971, 586 ff.; a.A. Roussos aaO, S. 81, der die haftungsbestimmende Funktion der Normzwecklehre betont.

⁸⁴¹ Diesbezüglich wird umfassend nach oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) verwiesen, wo bereits drei Fallgruppen von rechtswidrigen Verletzungen der Rechte-/Rechtsgüter des § 823 I BGB im allgemeinen und des Rechtsgutes Körper im Besonderen entwickelt wurden und in denen die in diesen Fällen stets auch zugleich

In diesem Zusammenhang sollte sowohl die *Struktur* der in § 823 I BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter berücksichtigt, als auch der jeweiligen *Situation* Rechnung getragen werden, in der diese Rechtsgüter jeweils rechtswidrig verletzt sind. Im Rahmen einer solchen fallgruppenspezifischen Schadenszurechnung wird sich zeigen, daß die schon oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) dargestellte Doppelschichtigkeit der Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB (in dieser Arbeit speziell interessierend: der Rechtsgüter Körper/Gesundheit) im Rahmen der hier zu entwickelnden Methode der Zurechnung der Schadensfolgen erhebliche Relevanz entwickeln wird.⁸⁴²

Die hier vorgeschlagene wertende Differenzierung zwischen verschiedenen Fallgruppen rechtswidriger Rechts(guts)verletzungen zum Zwecke der Schadenszurechnung bei § 823 I BGB im Kontext der Haftungsausfüllung entspricht einer allgemeinen Tendenz in der modernen Schadensersatzdogmatik, welche unter Verzicht auf eine allgemeine Theorie die Grenzen der Zurechnung in erster Linie problemorientiert bestimmt.⁸⁴³ Lang spricht in diesem Zusammenhang gar von einer „reinen Fallgruppenmethode“⁸⁴⁴, aufgrund derer allmählich ein „bewegliches System von Entscheidungsregeln“⁸⁴⁵ der Schadenszurechnung, von sogenannten „Topoi“⁸⁴⁶ entstehe.

Ganz allgemein ist festzustellen, daß sich die vielgestaltigen und vielschichtigen Zurechnungsprobleme (besonders im Kontext der Zurechnung von Schadensfolgen) auch im Kontext der Schutzbereichslehre nicht ohne Rückgriff auf heuristische Topoi überzeugend lösen lassen.⁸⁴⁷ Die Entwicklung und Systematisierung von topischen Gesichtspunkten diene - so ließt man teilweise auch bei Vertretern der Normzwecklehre - gerade der Präzisierung der Argumentation aus dem Schutzbereich⁸⁴⁸. Anhaltspunkte für die inhaltliche Ausfüllung des Schutzbereichs bildeten somit gerade die haftungsrechtsspezifischen Topoi, die von der Praxis schrittweise herausgebildet und von der Doktrin geordnet, systematisch aufgegliedert und gedanklich verdichtet werden.

mitverletzte Persönlichkeit des Patienten in verschiedener Art und Weise haftungsrechtliche Relevanz entwickelt.

⁸⁴² Keineswegs bedeutet die genaue Betrachtung des rechtswidrig verletzten Rechtsgutes Körper in diesem Zusammenhang indes, daß hierdurch die Schadenszurechnung auf den Bereich des „damnum circa rem“ begrenzt werden soll. Im Bereich der Arzthaftung wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung für Schadensfolgen anlässlich rechtswidriger Körperverletzung geht es im Gegenteil vielmehr umgekehrt darum, eine Haftungseinschränkung sogar *innerhalb* des Bereiches des damnum circa rem zu legitimieren.

Der Rechtsanwender sollte sich dieses Umstandes stets bewußt sein, wenn er das Problem der Zurechnung von Schadensfolgen im Bereich der Arzthaftung behandelt.

vgl. zutreffend Lüer, Die Begrenzung der Haftung, S. 54, wonach es verfehlt sei, die Haftung nach dem tatbestandlichen Rechtsgüterschutz zu begrenzen.

⁸⁴³ Diese Tendenz ist in Rspr. und Schrittm festzustellen: vgl. etwa BGH NJW 1976, 1143, 1144 re. Sp.; BGH VersR 1978, 1161, 1162 li. Sp.; Lüer, Die Begrenzung der Haftung, S. 117 ff, insbes. S. 137 ff; Friese Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, 133 ff; grundlegend zur Topiklehre: Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 5. Auflage 1974.

⁸⁴⁴ Lang, aaO, S. 124.

⁸⁴⁵ Lang aaO, S. 130.

⁸⁴⁶ „topos“ ist der altgriechische Begriff für „Ort“. Im hier maßgeblichen übertragenen Sinne bedeutet er „Gesichtspunkt“, „Fragestellung“, „Aspekt“, „Argument“. Vgl. dazu DRL, S. 4177, sowie noch eingehend zur Topik gleich unter d.) bb.)

⁸⁴⁷ Lang aaO, S. 123.; siehe zu Tendenzen in Literatur und Rechtsprechung über Adäquanz- und

Normzweckgesichtspunkte hinaus weitere Momente zu berücksichtigen auch Sourlas, Adäquanztheorie, S. 51 ff.

⁸⁴⁸ So auch Sourlas, aaO, 166 f.

⁸⁴⁹ Das Beschreiben von Situationstypen, das Auffinden von allgemeinen Rechtsgedanken bzw. Entscheidungsregeln, die Wertung im konkreten Fall und schließlich die Fortentwicklung bzw. Verdichtung eines Gedankens zum Prinzip dienen auch im Kontext der Normzwecklehre allesamt dazu, den Schutzbereich zu komplettieren.⁸⁵⁰

Angesichts dessen hat sich die Bildung von Fallgruppen im Rahmen der Zurechnung von Schadensfolgen in der modernen Schadensersatzdogmatik allgemein durchgesetzt und die Lehre vom Normzweck jedenfalls ergänzt⁸⁵¹, wenn nicht faktisch längst verdrängt⁸⁵².

⁸⁴⁹ Vgl. V. Caemmerer DAR 1970, 283, 287 re. Sp.: „Die Aufgabe ist, Fallgruppen herauszuarbeiten und so unter der Kontrolle der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung die Kasuistik zu klären und fortzubilden“.

⁸⁵⁰ Dazu eingehend Lang, aaO, S. 124 ff.

⁸⁵¹ Sehr deutlich das Zusammenwirken der Schutzbereichslehre mit haftungsrechtsspezifischen Topoi der (Folge-)Schadenszurechnung darstellend, Lang, aaO, S. 103 ff, S.108 ff., und insbes. S. 124 ff. Lang möchte den Normzweck durch die „Normfunktion“ ergänzen (S. 108 ff.). Das geschehe durch die „Begrenzung der Zurechnung aus den Zweckgrundlagen des Haftungsrechts“ (aaO, S. 108). Hierbei verbinde die Fallbezogenheit den Gedanken der Normfunktion mit den aus der Topik herkommenden Wertmaximen und Grundsätzen. An dieser Stelle sei auch die „Nahtstelle zu den zahlreichen Vorschlägen für eine rein topische Lösung der Zurechnungsfragen“ (aaO, S. 115).

ders. S. 123: man befinde sich im Bereich problemorientierten Denkens und stelle fest, daß sich die vielgestaltigen und vielschichtigen Zurechnungsprobleme auch wenn man der Schutzbereichslehre folge, „nicht ohne Rückgriff auf heuristische Topoi überzeugend lösen lassen“. Ders. auch auf S. 130, wo Lang auf den folgenden Seiten zeigen will „wie sich im Bereich der Zurechnung systematisches und topisches Denken gegenseitig ergänzen können“.

In Lange/Schiemann, Schadensersatz, §3 IX, 12, (S. 127 f.) ist in diesem Zusammenhang von einem neben der Adäquanz und der Lehre vom Schutzzweck der Norm existierenden „dritten Zurechnungsbereich“ die Rede, der einem „Optimum an erreichbarer Rationalisierung noch näher zu bringen ist“. In diesem Bereich bedürfe es „jedenfalls bestimmter, auf topischem Weg zu findender Regeln“.

Zur Eigenständigkeit besonderer Fallgruppen neben den Kriterien von Adäquanz und Schutzbereich der Norm auch Lange, JZ 1976, 198, 206 f., der bestimmte Fallgruppen der Zurechnungsproblematik als „selbständige Zurechnungsmomente“ bezeichnet; „Die maßgeblichen Zurechnungskriterien, [die z.B. die Fälle des Herausforderns, den Gedanken des allgemeinen Lebensrisikos, oder auch die Schadenszurechnung in den Fällen der besonderen Anfälligkeit des Verletzten tragen], wurzeln aber auch überwiegend nicht in dem speziellen Charakter der jeweiligen Verhaltenspflicht und sind daher auch nicht lediglich Ausprägungen des Schutzzweckgedankens“ (ders. S. 207 re. Sp.).

Ähnlich geht auch von Caemmerer vor. Von Caemmerer befürwortet - insoweit abweichend von der hier vertretenen Meinung - zwar eine Ableitung des Schutzbereiches aus der betreffenden Verhaltensnorm im Hinblick auf den geschädigten Kläger, dessen verletztes Recht und die Art der abzuwehrenden Gefahr. Von Caemmerer geht jedoch weit über diesen Denkansatz hinaus, indem er zugleich - unter Verallgemeinerung der von der Rechtsprechung für die Vorteilsausgleichung aufgestellten Grundsätze - auf die Tragweite der schadensüberwältigenden Norm und damit allgemein auf „Sinn und Funktion des Schadensersatzes“ abstellt. ders. DAR, 1970, 287 li. Sp.: „Es wäre auch unrichtig, nur auf die Schutzrichtung der Verhaltensnorm oder der Gefährdungshaftungsregel zu sehen“.

Bei den Schadensfolgen seien ähnliche Überlegungen anzustellen. Es gehe hier um „die richtige Abgrenzung von Gefahrbereichen und Belastungen“ DAR, 1970, 287li. Sp., um eine normbezogene Risikozuweisung nach Maßgabe der konkreten Risikosituation und um wichtige andere Momente.

Es sei insgesamt eine Vielzahl normativer und rechtspolitischer Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Durch Bildung von „Fallgruppen“ (DAR 1970, 287re. Sp.) sollen die jeweils maßgeblichen Zurechnungsregeln herausgearbeitet und so die Haftungsgrenzen „in kasuistischer Fortbildung der bisherigen Praxis vorsichtig abgetastet werden“ [von Caemmerer, Gesammelte Schriften, Band I (S. 395, 408)]. Letzten Endes gehe es nach von Caemmerer [siehe vorheriger Verweis, (S. 409)] „um Zumutbarkeits- und Billigkeitsfragen“.

Hierfür wolle die Schutzzwecklehre „die Wertungskriterien ins Bewußtsein rufen, nach denen hierbei zu verfahren ist“ (von Caemmerer, DAR 1970, 283, 288, Fn 43.)

Vgl. auch Sourlas, Adäquanztheorie, 166 f. [letzterer allerdings für die Haftungsbegründung]

Für einzelne Fallgruppen, die nach ihrer besonderen Sachstruktur unterschieden werden, sind vielmehr typische haftungsbegrenzende Wertungen zu erarbeiten⁸⁵³.

Wenn man dann durch Fallanalyse und Fallvergleichung (wie sie – wie gerade gesehen – verbreitet auch im Rahmen der Normzwecklehre anzutreffen ist) einige spezifische, sachangemessene Argumente in dem konkreten Fall ermittelt, so kann man ohne weiteres auf das Etikett einer angeblichen Normzweckbestimmung verzichten, die – wie gezeigt – kaum weiterhilft.⁸⁵⁴

Schließlich droht im Kontext der Schadensfolgenzurechnung bei § 823 I BGB die Normzwecklehre den Blick für den durch § 249 I BGB vorgegebenen strikten Grundsatz der Totalreparation zu verstellen.

Wer die Frage stellt, ob die (ungeschriebene) Verhaltenspflicht auch in Bezug auf die eine oder andere Schadensfolge als aufgestellt erachtet werden kann, läuft Gefahr, den durch § 249 I BGB vorgegebenen Grundsatz der Totalreparation aus den Augen zu verlieren und die zu ersetzende Schadensfolge nicht als die grundsätzlich zu ersetzende Regel, sondern als die begründungsbedürftige Ausnahme anzusehen.⁸⁵⁵ Dieser verfehlte gedankliche Ansatzpunkt scheint die gesamte Darstellung bei Helbron zu durchziehen.

Vgl. zum Streit um die Qualifizierung des Terminus „Allgemeines Lebensrisiko“ bei der Folgenzurechnung als Unterfall der Kategorie „Schutzzweck der Norm“ oder als ein eigenständiges Zurechnungskriterium: Michalski, Jura 1996, S. 393, 396, in Fn 45.

Ebenso konstatiert Lüer, Die Begrenzung der Haftung, S. 100, m.w.Nw., daß „mit Recht“ unter den Vertretern der Lehre vom Normzweck die Ansicht vertreten werde, die Normzwecklehre mache eine Analyse einzelner Fallgruppen erforderlich, um auf diese Weise die jeweils maßgeblichen Kriterien herauszuarbeiten. Es gelte auch nach der Normzwecklehre (so Lüer aaO, S. 100) „...die Kluft zwischen den sehr abstrakten Formulierungen über den Normzweck und den typischen Eigenarten einzelner Fallgruppen zu überbrücken“.

⁸⁵² Man sichte bloß die einzelnen Fallgruppenkataloge der gängigen Rechtsprechungskommentare zur Schadensfolgenzurechnung, in denen zum Stichwort „Schutzzweck der Norm“ seitenlange, letztlich einzelfallbezogene Schadenszurechnungskriterien entwickelt werden. In diesem Zusammenhang fungiert der Begriff „Schutzzweck der Norm“ eher als bloße Schlagzeile, denn als ernstzunehmender Inhaltsbegriff. Als Beispiel hierzu Staudinger/Schiemann § 249, Rz 34: „Vor allem die möglichen Normzwecke sind viel zu zahlreich, als daß eine einheitliche Schutzzweckdogmatik entwickelt werden könnte. Eine sachgerechte Behandlung des Zurechnungsproblems erfordert daher eine fallbezogene Analyse“; vgl. auch von Caemmerer, DAR 1970, 283, 287 re. Sp., wo er meint, „eine allgemein passende Einheitsformel hat sich bisher nirgends in der Welt finden lassen.“

Siehe auch Palandt/Heinrichs vor § 249, Rz 66 ff: „Einzelprobleme der Schadenszurechnung“ und MüKo/Oetker, § 249 Rz 126 ff.

Zu diesem Phänomen der Fallgruppenbildung vgl. allgemein auch Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 129 „Die Praxis liefert eindrucksvolle Beispiele solcher Entwicklungen von Fallreihen“.

⁸⁵³ Lüer, Die Begrenzung der Haftung, S. 158.

Nach Lüer verspreche nur eine Lösung Erfolg, welche die Risikobereiche des Verletzten und des Schädigers als das Ergebnis einer „rechtspolitisch ausgerichteten Zuordnung von Gefahren und ihren Folgen“ begreift. Sie habe die „besonderen Umstände des einzelnen Falls“ zu berücksichtigen und den Schaden „je nach dem Verhältnis der widerstreitenden Interessen entweder dem Verletzten oder dem Schädiger zuzuweisen“.

Sourlas, Adäquantheorie und Normzwecklehre, S. 53 [primär in Bezug auf die Haftungsbegründung] konstatiert in der Rechtsprechung eine Tendenz, die Entscheidung nicht ausschließlich aus abstrakten Theorien abzuleiten, sondern „aus der besonderen Beschaffenheit des konkreten Falles sachlich zu argumentieren“.

⁸⁵⁴ So auch Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 64.

⁸⁵⁵ Vgl. dazu Friese aaO, S. 142, der klarstellt: „Vielmehr hat der Gesetzgeber mit seiner Entscheidung für das Alles- oder Nichts- Prinzip die „natürliche“ Gefahrverteilung gerade umgekehrt: Der Schädiger haftet grundsätzlich für alle Folgen, er trägt in erster Linie das Risiko der Schadensausweitung und es ist nur zu fragen, ob er unter irgend einem Zurechnungsgesichtspunkt (Topos) davon entlastet werden kann“.

Wenn überdies die Schutzbereichslehre als „Arbeitsprogramm“⁸⁵⁶ bezeichnet wird, die zwar „in die Entscheidung „hinein““ jedoch nur die eigene Wertung des Richters „aus dem von ihr näher bestimmten Interessen- und Güterkonflikt „heraus““ führe⁸⁵⁷, dann erweist sie sich - auch wenn man sie im Kontext des § 823 I BGB bei der Haftungsausfüllung im Ausgangspunkt akzeptiert - als Hülle ohne wirklichen Kern⁸⁵⁸. Angesichts eines derart schwachen Profils der Normzwecklehre bei § 823 I BGB im Kontext der Schadensfolgenrechnung kann die alternativ dazu in Betracht kommende topische Methode der Problembewältigung dem Vorwurf der Konzeptionslosigkeit⁸⁵⁹ gelassen entgegenblicken.

Hinter der in der Rechtswissenschaft zweifellos verbreiteten Abneigung gegenüber - der Natur ihres Faches durch und durch entsprechendem, der Jurisprudenz überhaupt erst voll und ganz Sinn gebenden - topischem Denken mag sich weniger die fehlende Einsicht in dessen schlichte Unverzichtbarkeit, als vielmehr ein sublimer Minderwertigkeitskomplex des Juristen verbergen, dem „klaren“ mathematisch-naturwissenschaftlichen Bereich strukturell weitaus ferner zu stehen, als dies so manchem Interpreten unserer Disziplin lieb zu sein scheint. So scheint nicht zuletzt ein „falsches Prestigedenken“ der unverkrampften topisch orientierten Problemerkörterung (auch) in solchen Bereichen unserer Rechtsordnung im Wege zu stehen, wo ihr „System“ schlicht versagt.

Es soll im Folgenden nun - nach eingehender theoretischer Grundlegung- der Versuch unternommen werden, die Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern im Bereich der Haftungsausfüllung mit Hilfe einer topischen Methode durcharbeiten und in diesem Rahmen hierbei allgemein brauchbare und vor allem konsistente Entscheidungsregeln zu entwickeln.

⁸⁵⁶ In jüngerer Zeit erst wieder Roussos, Schaden und Folgeschaden, S. 97; ebenso Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 116.

⁸⁵⁷ alle Zitate aus Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 116.

⁸⁵⁸ Vgl. dazu auch Lang aaO, S. 116: Nach seiner Ansicht müsse sich die Bestimmung des Schutzbereiches „in problematischen Grenzfällen“ letztlich ohnehin nach Aspekten der „praktischen Vernunft“, der „Konvenienz und Opportunität“, kurz nach „common sense“ richten“.

Lüer, Die Begrenzung der Haftung, S. 136 kritisiert im Hinblick auf die Lehre vom Schutzzweck der Norm bei der Schadenszurechnung, daß sie die Gerichte dazu verleite, die eigentlichen Erwägungen, die sie in einem Fall anstellen, nicht aufzudecken und daher auch nicht legitimieren zu müssen. Dieser Umstand führe dazu, daß die Überzeugungskraft von solchen Gerichtsurteilen tendenziell gemindert sei; ähnlich auch Keuk, Vermögensschaden und Interesse, S. 231 f. Bei Heranziehung der Normzwecklehre zur Einschränkung des Haftungsumfanges für Folgeschäden werde häufig lediglich mitgeteilt, daß der geltend gemachte Schaden nicht in den Schutzbereich der Norm falle. „Warum aber der geltend gemachte Schaden nicht in den Schutzbereich fällt, wird nicht näher dargelegt“.

⁸⁵⁹ Vgl. Diederichsen, NJW 1966, 697ff, insbes. S. 702 ff.

d.) Schadenszurechnung mittels haftungsrechtsspezifischer Topoi: Allgemeine Voraussetzungen und Grundsätze.

aa.) Die gesetzliche Lücke, die teleologische Reduktion

aaa.) Einführung in die Problematik/ die verschiedenen Stufen der Rechtsfindung/Klärung von Grundbegriffen.

Es hat sich die allgemeine Erkenntnis durchgesetzt, daß nicht alle juristischen Probleme direkt aus dem Gesetz zu lösen sind. Selbst große Kodifikationen - wie das BGB - lösen die von ihnen behandelten Probleme nur bruchstückhaft⁸⁶⁰. Kriele hat provokant formuliert, daß „das BGB mehr Probleme offen läßt als [es] löst“.⁸⁶¹

Wie gezeigt, kann der durch § 249 I BGB vorgegebene Grundsatz der Totalrestitution nach rechtswidriger Verletzung eines Rechts(gutes) i.S.d. § 823 I BGB im deutschen Recht ganz allgemein und im Rahmen der Arzthaftung wegen nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlungen im Besonderen in extrem gelagerten Fällen durchaus zu als untragbar empfundenen Konsequenzen führen und wird daher von Wissenschaft und Praxis in vielen Fällen durchbrochen.⁸⁶²

Eine sich am geltenden Recht orientierende Lösung der Zurechnungsfragen muß nun versuchen, diese innerhalb des Haftpflichtsystems und konform mit diesem zu lösen.

Es geht darum, zur Gewinnung gerechter Ergebnisse auf einem vom Gesetzgeber nur unzureichend geregelten Gebiet eine tragfähige Methode der Rechtsfindung zu erlangen.⁸⁶³ Hierbei muß zuerst herausgearbeitet werden, wie das Defizit in der gesetzlichen Regelung beschaffen ist und welche Lösungsmöglichkeiten die heutige Methodik der Rechtswissenschaft zur Überwindung dieses Defizits eröffnet.

In diesem Zusammenhang muß man - gleichsam als Voraussetzung einer sauberen Arbeitsgrundlage - gewisse begriffliche Festsetzungen vornehmen, um sich nicht in der überaus vielfältigen Terminologie zu verlieren.⁸⁶⁴

Wenn eine gesetzliche Norm oder ein gesetzlicher Regelungszusammenhang eine Rechtsfolge anordnet, die von ihrem unmittelbaren Wortlaut her betrachtet als zu weitgehend empfunden wird, kommt zur Einschränkung des Geltungsumfanges des Gesetzes zuerst die *Auslegung* in Form der restriktiven Auslegung⁸⁶⁵ in Betracht. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfindung in Form des „*secundum legem*“, d.h. um eine das Gesetz unterstützende Rechtsfindung. Dabei bildet der nach dem Sprachgebrauch noch mögliche Wortsinn die äußerste Grenze der Auslegung.⁸⁶⁶

⁸⁶⁰ vgl. Rehbock, Topik und Recht, S. 134.

⁸⁶¹ Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 209; dagegen Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S.147 in Fn. 58, der diese Ansicht für „geradezu abenteuerlich“ hält.

⁸⁶² Vgl. Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 102.

⁸⁶³ Friese aaO, S. 102.

⁸⁶⁴ Vgl. Engisch, Einführung, S. 179, der in diesem Zusammenhang von einem „Begriffsgestrüpp“ spricht, innerhalb dessen man sich mit einer Art von „Nominaldefinition“ behelfen müsse.

⁸⁶⁵ Das Gegenteil hierzu ist die *extensive Auslegung*, wenn die Rechtsfolge des Gesetzes seinem ersten Anschein nach sich als zu eng darstellt.

⁸⁶⁶ Larenz/ Canaris, Methodenlehre, S. 187.

Führt die Methode der Auslegung zu keinem Ergebnis⁸⁶⁷ betreten wir den Bereich der *Rechtsfortbildung*.⁸⁶⁸ Bei der Rechtsfortbildung geht es um die Schließung von Gesetzeslücken⁸⁶⁹, wobei die Rechtsfortbildung in zweierlei Art und Weise möglich ist: Einmal in Form der sogenannten *gesetzesimmanenten* und andererseits in Form der *gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung*.

Bei der sog. *gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung* wird die Gesetzeslücke unter Berücksichtigung des (ursprünglichen) Plans, der immanenten Teleologie des Gesetzes selbst geschlossen⁸⁷⁰. Der Richter wird hierbei „*praeter legem*“, „*supplendi causa*“ tätig, wobei der Lückenbegriff die Aufgabe erfüllt, die Grenzen abzustechen, innerhalb derer dem Richter eine Rechtsfortbildung *praeter legem* gestattet ist.⁸⁷¹

Bei der sog. *gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung* erfolgt die Lückenfüllung im Gesetz im Hinblick auf übergeordnete Rechtsgrundsätze der Gesamtrechtsordnung [Rechtsfortbildung „*extra legem*“]⁸⁷². Die Lückenfüllung ist im Hinblick auf die Gesamtrechtsordnung nicht nur zulässig, sondern von dieser häufig gar gefordert. Dies zeigt sich besonders deutlich bei den Einwirkungen der Verfassung auf das einfache (Gesetzes)recht. Man spricht in diesen Fällen auch von einer Lücke im weiteren Sinn⁸⁷³.

In funktioneller Hinsicht kann Rechtsfortbildung sowohl in Form der *Analogie* als auch der *teleologischen Reduktion* erfolgen.⁸⁷⁴

Im Falle der teleologischen Reduktion bedarf eine gesetzliche Regel entgegen ihrem Wortsinn einer Einschränkung, die im Gesetzestext nicht enthalten ist.⁸⁷⁵ Eine solche Lücke wird dann durch Hinzufügen der sinngemäß geforderten Einschränkung ausgefüllt.^{876 877}

⁸⁶⁷ vgl. dazu Engisch, Einführung, S. 179: „Soweit die Auslegung zur Beantwortung von Rechtsfragen hinreicht, bleiben also dem Recht Lücken fern“.

⁸⁶⁸ Nach Larenz/Canaris, ML., S. 187 sind *Gesetzesauslegung* und *richterliche Rechtsfortbildung* nicht wesensverschieden, sondern nur als „voneinander verschiedene Stufen desselben gedanklichen Verfahrens“ anzusehen. Ähnlich auch Engisch aaO, S. 179 f. „letztlich ist es gewiß eine terminologische Frage, wie weit man den Lückenbegriff ausdehnt“.

Daß ein prinzipieller Unterschied in den Denkweisen insbesondere zwischen erweiternder Auslegung zur Rechtsfortbildung durch Analogie nicht besteht, betonen auch Esser, Grundsatz und Norm, S. 255, 259; Kirchhof, NJW 1986, 2275; vgl. auch Canaris, Lücken im Gesetz, S. 23.;

Dennoch sollte man der methodischen Klarheit wegen und weil die Voraussetzungen der Rechtsfortbildung nicht dieselben sind, diese Unterscheidung beibehalten.

Larenz/Canaris, ML, S. 188 weist darauf hin, daß dieselben Kriterien, die bei der Auslegung eine Rolle spielen, insbesondere die Regelungsabsicht und die Zwecke des Gesetzgebers, auch bei der Ausfüllung von Gesetzeslücken von erheblicher Bedeutung sind.

⁸⁶⁹ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 187 ff.; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 179, der von „Rechtsergänzung“ spricht.; Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Rz 453 ff., insbes. Rz 461 ff.

⁸⁷⁰ eingehend zur „gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung“ in diesem Sinne, Larenz/Canaris, ML, S. 191 ff.

⁸⁷¹ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 189; vgl. näher Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 17 f. 21, 35 ff.

⁸⁷² vgl. dazu Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 252.

⁸⁷³ vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 246.

⁸⁷⁴ Die Analogie hat eine offene, die teleologische Reduktion eine verdeckte Regelungslücke als Voraussetzung. Zu diesen Begriffen vgl. Larenz/Canaris, ML, S. 198 f.; Canaris, Lücken, S. 136 f.; und d.) aa.) ccc.) (a.) (aa.).

⁸⁷⁵ Larenz/Canaris, ML., S. 187 und eingehend S. 210 ff. .

⁸⁷⁶ Eingehend hierzu Brandenburg, Die teleologische Reduktion, 1983.

⁸⁷⁷ Das Gegenstück zur *teleologischen Reduktion* ist die *Analogie*, wenn der Anwendungsbereich der Regelung erweitert werden soll.

Als grundsätzlich keine zulässige richterliche Rechtsfortbildung ist die *rechtspolitische Korrektur* des Gesetzes bzw. das unzulässige contra-*legem*-judizieren⁸⁷⁸ anzusehen. Eine solche „Rechtsfortbildung“ kann ausschließlich durch den Gesetzgeber erfolgen⁸⁷⁹.

Abschließend kann man mit Larenz/Canaris, ML, S. 252 vier Stufen der Rechtsfortbildung unterscheiden:

Rechtsfortbildung *secundum legem* (in Form der Auslegung), *praeter legem*, (gesetzesimmanente Rechtsfortbildung), *extra legem* (gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung) und *contra legem* (rechtspolitische Kritik).

Wenngleich keine scharfen Grenzen zwischen diesen verschiedenen Stufen der Rechtsfortbildung gezogen werden können⁸⁸⁰, wird diese Unterscheidung der weiteren Untersuchung zugrundegelegt.

Bei all diesen Stufen der Rechtsfortbildung einschließlich der Auslegung ist die den Gegenstand der Untersuchung bildende Rechtsnorm nach der heute h.M. im Schwerpunkt objektiv-gegenwartsbezogen zu betrachten⁸⁸¹.

bbb.) Die Untauglichkeit der Auslegung bei der Begrenzung der Schadensfolgenzurechnung.

Wie gesehen, gilt im Rahmen der Arzthaftung wegen nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriffen im Kontext der hier vertretenen sog. Körperverletzungsdoktrin der Grundsatz, daß der Arzt in diesen Fällen wegen rechtswidriger Verletzung des Körpers des Patienten gem. §§ 823 I; 249 I BGB zum Ersatz sämtlicher hieraus sich entwickelnder Schadensfolgen verpflichtet ist.

Die Methode der Auslegung kann bei der erstrebten Begrenzung der dem Arzt zuzurechnenden Schadensfolgen hier aber nicht weiterhelfen.

⁸⁷⁸ Zur Abgrenzung der „Lücke im weiteren Sinn“ vom unzulässigen „contra-*legem*-Judizieren“ Larenz/Canaris, ML, S. 246 ff. auf der Basis eines objektiv-gegenwartsbezogenen Gesetzesverständnisses i.S.v. Larenz/Canaris aaO, S. 251 (hier dann auch zu den ganz seltenen Fällen eines zulässigen contra-*legem*-Judizierens). Zur Abhängigkeit der Ermittlung einer Lücke *de lege lata* von der Frage, ob man den Gesichtswinkel des historischen Gesetzgebers oder den der Gegenwart heranzieht Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 184 f.

⁸⁷⁹ Das ist eine Lücke „*de lege ferenda*“, die nur durch die Gesetzgebung im Wege der Reformierung des Rechts geschlossen werden kann im Gegensatz zur Lücke *de lege lata*, die durch richterliche Lückenergänzung geschlossen wird. [dazu Engisch aaO, S. 181; vgl. auch Canaris, Lücken, S. 39 f.].

⁸⁸⁰ Vgl. dazu Larenz/Canaris, ML, S. 188.

⁸⁸¹ Ein objektiv-gegenwartsbezogenes Gesetzesverständnis jedenfalls bei der Rechtsfortbildung postulierend Larenz/Canaris, ML., S. 246, 251; vgl. aber Larenz/ Canaris, ML., S. 137 ff, 139 unter Einbeziehung (auch) subjektiver Momente im Hinblick auf die *Auslegung* des Gesetzes.

Eine wohl gemischt objektiv-subjektive Betrachtung bei der Feststellung einer Lücke postulierend: Engisch, Einführung, S. 184 f. und S. 192; allgemein den Streit der juristischen Auslegungstheorien darstellend Engisch, Einführung, S. 110 ff.

Zwar ermöglicht das Kriterium der haftungsausfüllenden Kausalität, das als (ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal aus den Haftungsnormen zu entnehmen ist,⁸⁸² die Berücksichtigung von *Adäquanzgesichtspunkten*, soweit man der Auslegung einen speziell „juristischen“ Kausalitätsbegriff im Sinne der Adäquanz zugrundelegt.⁸⁸³ Hierbei können völlig absurde inadäquate Schadensverläufe aus dem Zurechnungszusammenhang ausgeblendet werden⁸⁸⁴. Die Realisierung eines nicht aufklärungsbedürftigen Operationsrisikos ist indes - wie gezeigt - schon nicht als inadäquat anzusehen, so daß die Methode der Auslegung schon aus diesem Grunde versagt.

Auch der *Gesetzeszweck* ist Gegenstand der Auslegung.⁸⁸⁵ Allerdings hat sich - wie oben unter Teil C.) IV.) 2.) c.) bb.) ccc.) gezeigt - , die Untersuchung des Gesetzeszwecks der für die Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung maßgeblichen Normen der §§823 I BGB i.V.m. § 249 I BGB zum Zwecke der Haftungseinschränkung für Schadensfolgen indes als untauglich erwiesen.

Anders als bei *Vertragsverletzungen* oder bei der Verletzung eines *Schutzgesetzes* i.S.d. § 823 II BGB ist bei der rechtswidrigen Verletzung eines Rechts(gutes) i.S.d. § 823 I BGB der vom Gesetzgeber gewählte Wortlaut im Hinblick auf den angestrebten Zweck derart „mangelhaft“⁸⁸⁶, daß die Lehre vom Schutzzweck der Norm als Mittel zur Gesetzesauslegung⁸⁸⁷ - wie oben schon gesehen - schon aus rein tatsächlichen Gründen in diesen Fällen generell nicht überzeugend anwendbar ist⁸⁸⁸. Eine restriktive Interpretation des gesetzlichen Regelungszusammenhanges, der vom Wortlaut her unwiderlegbar eine Totalreparation bei Verletzung der durch § 823 I BGB geschützten Güter anordnet, ist nicht möglich, denn die Grenze der (restriktiven) Gesetzesauslegung ist die des möglichen Wortsinns und der Wortsinn der §§823 I BGB i.V.m. §249 I BGB gibt für eine Haftungseinschränkung für Folgeschäden aber auch keinen noch so geringen Anhaltspunkt.⁸⁸⁹

Somit bleibt es als Zwischenergebnis gemäß der Totalreparation bei der vollen Haftung des Arztes für sämtliche Schadensfolgen des nicht wirksam konsentierten Heileingriffes als Folge der rechtswidrigen Verletzung des Rechtsgutes Körper gemäß § 823 I BGB.⁸⁹⁰

ccc.) Der Weg der Rechtsfortbildung

Da eine restriktive *Gesetzesauslegung* für die Reduzierung der Folgenhaftung bei rechtswidriger Verletzung von Gütern des § 823 I BGB nicht weiterhilft, kommt hierfür einzig die richterliche *Rechtsfortbildung* in Betracht.

⁸⁸² So Friese aaO, S. 106; vgl. auch ders. aaO, S. 58.

⁸⁸³ abl. dazu Friese aaO, S. 106/ 107.

⁸⁸⁴ Nach der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers sollte aber der Ersatzpflichtumfang gerade (auch) mit Hilfe von Kausalitätserwägungen begrenzt werden [dazu Roussos, Schaden und Folgeschaden, S. 83; Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 92].

⁸⁸⁵ Friese aaO, S. 36 und S. 106 oben.

⁸⁸⁶ Dieses Wort gebraucht in diesem Zusammenhang Friese aaO, S. 106.

⁸⁸⁷ hierzu Friese, aaO, S. 36.

⁸⁸⁸ Die zusätzlichen dogmatischen Bedenken, die sich bei § 823 I BGB im Bereich der Schadensfolgenzurechnung mittels Normzwecküberlegungen im Zusammenhang mit dem Streit um die Unrechtslehren gegen die Lehre vom Verhaltensunrecht ergeben, wurden schon unter Teil C.) III.) dargestellt.

⁸⁸⁹ Statt vieler, Larenz, Schuldrecht, Bd I, § 27 III, (S. 444 f.); vgl. auch Friese aaO, S. 106; i.ü. siehe die eingehende Besprechung dieser Problematik unter Teil C.) IV.) 2.) c.).

⁸⁹⁰ im Ergebnis ebenso Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 300.

Richterliche Rechtsfortbildung benötigt eine methodisch geleitete Begründung, wenn ihr Ergebnis als „Recht“ im Sinne der geltenden Rechtsordnung gerechtfertigt sein soll.⁸⁹¹

Hiermit verbunden sind auch Fragen nach den Grenzen der verfassungsmäßigen Kompetenz der Gerichte zur Rechtsfortbildung.⁸⁹²

Wie soeben einleitend unter aaa.) schon angedeutet, ist bei der Rechtsfortbildung die *gesetzesimmanente Rechtsfortbildung* von der *gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung* zu unterscheiden. Diese Unterscheidung besitzt auch im hier relevanten Kontext der Einschränkung der Schadenfolgenrechnung Relevanz (dazu sogleich).

Ganz allgemeine Voraussetzung für eine richterliche Rechtsfortbildung ist das Vorhandensein einer Lücke im Gesetz.

Eine Lücke im Gesetz, (eine sogenannte „*Regelungslücke*“) liegt vor, wenn eine „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzes⁸⁹³ gegeben ist. Das Gesetz strebt in diesem Falle für einen bestimmten Bereich eine einigermaßen vollständige Regelung an,⁸⁹⁴ allerdings läßt das Gesetz für bestimmte Fälle Ergänzungen vermissen, was dem Grundsatz der Gleichbehandlung widerspricht.

Nur dieser Begriff der „Regelungslücke“ ist in diesem Zusammenhang von Relevanz.

Von Larenz/Canaris⁸⁹⁵ wird der Begriff der Regelungslücke als Unterfall der „Gesetzeslücke“ angesehen. Im Gegensatz zur Normlücke⁸⁹⁶ ist bei der Regelungslücke eine bestimmte Regelung im ganzen unvollständig, wogegen von einer Normlücke dann gesprochen wird, wenn eine einzelne Gesetzesnorm schon gar nicht angewendet werden kann, ohne daß ihr eine weitere Bestimmung hinzugefügt wird, die das Gesetz vermissen läßt.⁸⁹⁷ Schließlich gibt es auch noch den Begriff der Rechtslücke⁸⁹⁸.

In den meisten Fällen, in denen von „Gesetzeslücke“ gesprochen wird, ist die „Regelungslücke“ im hier dargestellten Sinne gemeint.

(a.) die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

Hauptargument für die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung in der hier relevanten speziellen Form der teleologischen Reduktion ist das teleologische oder Sinn- und Zweck-Argument⁸⁹⁹, was - je nachdem, ob man (auch) subjektiv-historische Aspekte bei der Gesetzesauslegung mit einbezieht - mit historischen Argumenten verbunden wird⁹⁰⁰.

⁸⁹¹ Larenz/Canaris, ML, S. 190; zur Prüfung der Notwendigkeit und Berechtigung der Lückenergänzung vgl. auch Engisch, Einführung, S. 182 m.w.N.

⁸⁹² vgl. Larenz/Canaris, ML, S. 190.

⁸⁹³ vgl. ferner Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 175 ff.; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 31 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 194.

⁸⁹⁴ Larenz/Canaris, ML, S. 192.

⁸⁹⁵ Larenz/Canaris, ML, S. 193.

⁸⁹⁶ Dazu Larenz/Canaris, ML, S. 193; Pawlowski, Methodenlehre, Rz 464.

⁸⁹⁷ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 193.

⁸⁹⁸ Vgl. dazu Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 196 ff. und Pawlowski, Rz 472 ff.

⁸⁹⁹ Brandenburg, Die teleologische Reduktion, S. 77

⁹⁰⁰ an dieser Stelle zeigt sich wieder die Relevanz der soeben schon unter d.) aa.) aaa.) dargestellten Frage, ob bei der Gesetzesauslegung eine subjektiv-historische oder eine objektiv-gegenwartsbezogene Auslegung vorzunehmen ist.

Hierbei muß der Rechtsanwender die gesetzgeberischen Zwecke ermitteln, um auf diese Weise zu entscheiden, ob der zu beurteilende Fall unter den gesetzgeberischen Zweck fällt oder nicht.

Als Ergebnis dieser Untersuchung erfolgt entweder die Anwendung oder Nichtanwendung der sich unmittelbar zur Subsumtion anbietenden Norm, wobei in letzterem Falle der Norm einschränkende Merkmale hinzuzufügen sind⁹⁰¹.

(aa.) historischer Aspekt

Wie gesehen, gilt im Rahmen der Arzthaftung wegen nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriffen im Kontext der sogenannten Körperverletzungsdoktrin der Grundsatz, daß der Arzt in diesen Fällen wegen rechtswidriger Verletzung des Körpers des Patienten zum Ersatz sämtlicher hieraus sich entwickelnder Schadensfolgen verpflichtet ist.

Der Gesetzgeber hat sich bei Schaffung des BGB bewußt und gewollt für das Alles-oder-Nichts-Prinzip bei der Haftungsausfüllung entschieden,⁹⁰² was in elementarer Weise dem Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit entspricht⁹⁰³.

Sowohl eine Beschränkung der Haftung auf voraussehbare Schadensfolgen⁹⁰⁴ als auch die Abstufung der Haftung nach Art und Schwere des Verschuldens⁹⁰⁵ wurden vom historischen Gesetzgeber abgelehnt.

Die nicht gegebene Möglichkeit, bei der Zurechnung von Schadensfolgen zu differenzieren, stellt im Ausgangspunkt eine bewußte Entscheidung des Gesetzgebers dar. Es liegt keine Lücke vor, sondern das „beredte Schweigen“ des Gesetzes ist eine rechtspolitische Entscheidung, die für richtig oder falsch erachtet werden kann, deren Abänderung aber ausschließlich vom Gesetzgeber geschehen kann.⁹⁰⁶

Andererseits ist in hohem Maße fraglich, ob wirklich jede ursächlich auf dem haftungsbegründenden Ereignis beruhende Schadensfolge zu ersetzen ist. Hierbei ist nämlich zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber bei Schaffung des BGB selbst davon ausgegangen ist, daß trotz des bewußt streng gehaltenen Grundsatzes der Totalreparation in besonders gelagerten Grenzfällen Wissenschaft und Praxis

Einschränkungsmöglichkeiten finden würden. Hierbei dachte er vor allem an eine restriktive Interpretation der Kausalität.⁹⁰⁷

Da sich dieser Weg und auch andere Auslegungsversuche wie die Schutzzwecklehre als nicht gangbar erwiesen haben, [dazu soeben schon unter bbb.)] liegt schon nach der subjektiven historischen Auslegung, also gemessen an der Intention des Gesetzgebers,

Nach Larenz/Canaris, ML, S. 194 - der insoweit eine vermittelnde Position vertritt - ist der dem Gesetz zugrunde liegende Regelungsplan aus der gesetzlichen Kodifikation selbst „im Wege der historischen und teleologischen Auslegung“ zu ermitteln.

⁹⁰¹ Brandenburg aaO, S. 77.

⁹⁰² Mot. II, S. 17 f zu § 218 E I; Staudinger/Schiemann, § 249 Rz 2; Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 108.

⁹⁰³ Staudinger/ Schiemann, § 249 Rz 7.

⁹⁰⁴ Vgl. ausdrücklich auch Mot. II, S. 18.

⁹⁰⁵ Vgl. Mot. II, S. 18f. zu § 218 E I.

⁹⁰⁶ Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S.108; vgl. auch Engisch, Einführung, S. 181: „Eine Lücke de lege ferenda kann nur die Gesetzgebung zu einer Reformierung des Rechts veranlassen, nicht aber den Richter zu einer Lückenergänzung“.

⁹⁰⁷ Hierzu eingehend Friese aaO, S. 11 m.w.N.; Roussos, Schaden und Folgeschaden, S. 83, Fn 46.

eine Lücke vor⁹⁰⁸. Die Lücke ist dabei eine sogenannte „verdeckte Regelungslücke“⁹⁰⁹, wobei dahinstehen kann, ob diese Regelungslücke als eine dem historischen Gesetzgeber unbewußte oder bewußte anzusehen ist.⁹¹⁰

Zwar hatte der historische Gesetzgeber die in §218a E II [Prot.I, S. 292] wenigstens für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrages vorgesehene Haftungsklausel⁹¹¹ bewußt nicht in das Gesetz aufgenommen. „Nichts spricht jedoch dafür, daß hiermit zugleich die Möglichkeit einer wertenden Beschränkung der Kausalhaftung ein für allemal ausgeschlossen sein sollte“.⁹¹²

Schon die subjektive Intention des Gesetzgebers aus historischer Sicht spricht vielmehr umgekehrt eindeutig für die Möglichkeit einer Einschränkung der Totalreparation in Ausnahmefällen.⁹¹³

(bb.) teleologischer Aspekt.

Zudem läßt sich nicht nur aus historischer Sicht, sondern auch objektiv aus dem *Sinn und Zweck der Gesamregelung* deduzieren, daß im Schadensersatzrecht eine Lücke besteht, die durch teleologische Reduktion zu schließen ist. Dies ist indes nicht mit rein logischen Schlüssen abzuleiten, sondern setzt bereits eine Wertung voraus.⁹¹⁴

Friese wertet die §§249 ff BGB dergestalt, daß sich aus dem System des Schadensersatzes als „immanenter Teleologie“ ergebe, daß diesem System trotz der Trennung zwischen Schadensgrund und Schadensfolge der Gedanke einer Verantwortlichkeit des Schädigers für den gesamten Schaden zugrundeliege⁹¹⁵. Betrachte man die Haftungsgründe im Ganzen, so führe dies zu der Feststellung, daß der

⁹⁰⁸ Friese aaO, S. 109; insoweit ist Roussos, Schaden und Folgeschaden, S. 85 zuzustimmen, daß die Normzwecklehre einerseits und die Annahme eines (korrekturbedürftigen) Grundsatzes des Totalersatzes andererseits sich als „zwei miteinander unvereinbare Thesen“ darstellen. Vom hier vertretenen Standpunkt aus ist die Normzwecklehre im Kontext der Haftungsausfüllung bei § 823 I BGB allerdings die falsche These.

⁹⁰⁹ Larenz/Canaris, ML., S. 198 bezeichnet als „verdeckte Lücke“ den Fall, daß eine auf Fälle der gegebenen Art (dem Wortlaut nach) anwendbare gesetzliche Regel zwar vorhanden ist, diese Regel aber ihrem Sinn und Zweck nach hier nicht paßt, weil sie die für die Wertung gerade des gegebenen Falles relevante Besonderheit nicht berücksichtigt. Die Lücke besteht hier in dem Fehlen einer Einschränkung. Vgl. auch Engisch, Einführung, S. 182 und Canaris, Lücken, S. 136 f.

speziell zur vorliegenden Problematik auch Lürer, aaO, S. 16, wonach sich die Haftungsbegrenzung hier als eine Korrektur des Grundsatzes von § 249 BGB darstelle.

⁹¹⁰ Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 109 meint, die Lücke sei unbewußt, weil der Gesetzgeber die Möglichkeiten der Auslegung und den nötigen Umfang der Einschränkung falsch abschätzte; auch Eva Thalheim, S. 66 f., hebt hervor, daß sich die Redaktoren des BGB den Rahmen der zu ersetzenden Folgeschäden wesentlich enger vorgestellt hätten, als er nach heutiger Erkenntnis ist.

⁹¹¹ Die als §218 a vorgeschlagene Bestimmung hatte folgenden Wortlaut: „Die Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung erstreckt sich nicht auf den Ersatz desjenigen Schadens, dessen Entstehung nach der Kenntniß der Umstände, welche der Schuldner hatte oder haben mußte, außerhalb des Bereichs der Wahrscheinlichkeit lag“. [abgedruckt bei Prot. Band I S. 292].

⁹¹² So Staudinger/ Schiemann, § 249, Rz 12; ähnlich auch Lürer, Die Begrenzung der Haftung, S. 159, nach dem die Vorschrift des § 249 BGB bisher nie die Aufgabe gehabt habe, eine rechtspolitisch gebotene Haftungsbegrenzung auszuschließen.

⁹¹³ Friese aaO, S. 109.

⁹¹⁴ Es ist heute allgemein anerkannt, daß schon jede Lückenfeststellung ein Werturteil erfordert, vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 220; Esser, Grundsatz und Norm, S. 252, Fn. 56; Canaris, Lücken, S. 17.

⁹¹⁵ Friese, aaO, S. 111 ff., insbes. S. 113.: „Jedenfalls muß das Verantwortungsprinzip, das den Einzelregelungen des Schadensersatzrechts zugrundeliegt, auch bei der Folgenzurechnung die äußerste Grenze bilden. Da es hier nur unzureichend berücksichtigt wird, liegt nach der „immanenten Teleologie“ eine Lücke vor“.

Gesetzgeber den „gerechten Schadensausgleich“⁹¹⁶ „stets unter den Gesichtspunkt der „Verantwortlichkeit“ gestellt“ hat⁹¹⁷ und keineswegs mit einem „archaischen Verursachungsdogma“⁹¹⁸ herbeiführen wollte. Zwar beziehen sich die Prinzipien der Haftungsbegründung, insbesondere das Verschuldensprinzip im Einzelfall nicht auf den Schadensumfang, „aber es würde doch der Grundwertung widersprechen, würde man hier an die reine Verursachung und damit mehr oder weniger an den Zufall anknüpfen“.⁹¹⁹

Friese bemüht in diesem Zusammenhang auch einen Vergleich der Haftung des Schädigers für die Schadensfolgen seines Tuns mit der Gefährdungshaftung.⁹²⁰ Ähnlich wie die Gefährdungshaftung sei die Haftung für die Schadensfolgen nach der Bejahung der Haftung dem Grunde nach eine (verschuldensunabhängige) Haftung des Ersatzpflichtigen für einen von ihm zu verantwortenden Gefahrenbereich⁹²¹. Alles, was nach Bejahung der Haftung dem Grunde nach als Schadensfolge entsteht, fällt grundsätzlich in den Risikobereich des Schädigers⁹²². Aber auch die Gefährdungshaftung ist nicht gleichsam „blind“ angeordnet, sondern nur in Bezug auf bestimmte Gefahrenbereiche und die mit ihnen typischerweise verbundenen Risiken.⁹²³ Ebenso liegt es auch im Rahmen der Problematik der Haftungsausfüllung nach Bejahung der Haftung dem Grunde nach, wobei in diesem Zusammenhang die konkreten Grenzen der vom Schädiger zu verantwortenden „Gefahrensphäre“ noch genauer zu bestimmen sind.

Zur weiteren Untermauerung des gewonnenen Ergebnisses ist nach Friese⁹²⁴ auch ein Rückgriff auf die „Rechtsidee“⁹²⁵ oder den „allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken“, besonders in der Ausprägung des Gleichheitssatzes vertretbar.⁹²⁶

Im Hinblick auf besonders gelagerte Schadensfolgen, (für die eine Haftung immer schon aus Gerechtigkeits- und Billigkeitserwägungen abgelehnt wurde⁹²⁷) könne dem Gesetz als immanentes Grundprinzip die Forderung entnommen werden, hier „die wertungsmäßig gebotenen Differenzierungen vorzunehmen“ und die Ausnahmen herauszuarbeiten.⁹²⁸

⁹¹⁶ so Friese, aaO, S. 111.

⁹¹⁷ So Friese aaO, S. 111, wobei er den Begriff der „Verantwortlichkeit“ unter Anlehnung an den von Larenz eingeführten Begriff der „objektiven Zurechnung“ versteht.

Vgl. auch Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 92/ 93 (allerdings als Anhänger der Normzwecklehre): Es ergebe sich aus dem „Funktionszusammenhang des Schadensersatzrechts“, daß demjenigen, der unerlaubt handelt, nicht prinzipiell sämtliche Risiken zugerechnet würden.

⁹¹⁸ Friese, aaO, S. 111.

⁹¹⁹ Friese aaO, S. 112.

⁹²⁰ Friese aaO, S. 112 f.

⁹²¹ Gegen den Gedanken der Gefährdungshaftung in diesem Zusammenhang jedoch Eva Thalheim, S. 39.

⁹²² Friese aaO, S. 112.

⁹²³ So zutreffend Friese aaO, S. 113.

⁹²⁴ Friese aaO, S. 113 f.

⁹²⁵ vgl. Canaris, S. 99 f.; 106 ff. auf S. 106/107 mit dem Hinweis darauf, daß die Entwicklung konkreter Ergebnisse aus der „Rechtsidee“ sich häufig mittels topischen Denkens vollziehe.

⁹²⁶ Zur Relevanz des Gleichheitssatzes bei der Rechtsfortbildung auch Larenz/ Canaris, ML, S. 195: Im Zusammenhang der sog. *gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung* seien bei der „immanenten Teleologie des Gesetzes“ nicht nur die Absichten und bewußt getroffenen Entscheidungen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, sondern „auch solche objektiven Rechtszwecke und allgemeinen Rechtsprinzipien, die in das Gesetz Eingang gefunden haben“. Dazu gehöre auch „vor allem der Grundsatz der Gleichbehandlung des Gleichartigen“. Siehe zur Problematik der Gleichbehandlung aber auch Larenz/Canaris, ML, S. 236 ff. zur „Natur der Sache“ als eine Fallgruppe der *gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung* „im Zusammenhang mit der Forderung der Gerechtigkeit, Gleiches gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln“.

⁹²⁷ Friese aaO, S. 113.

⁹²⁸ So Friese, aaO, S. 113/114, Fn 1.

Das ist eine Rechtsfortbildung in Form der Lückenfüllung dergestalt, daß der Richter dem Gesetz etwas hinzufügt, nämlich die nötige Ausnahme.

(b.) Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

Eine Rechtsfortbildung in der konkreten Form der teleologischen Reduktion des Gesetzes kann - wie oben unter Teil C.) IV.) d.) aa.) aaa.) schon kurz einleitend dargestellt wurde- nicht nur durch die ratio legis, die immanente Teleologie des Gesetzes selbst legimiert sein.

Ebenso kann es legitim, ja sogar nötig sein, einem über das Gesetz „hinausgreifenden Rechtsgedanken“⁹²⁹ bzw. „leitenden Prinzipien der Gesamtrechtsordnung“⁹³⁰ in weiterem Umfang, als es im Gesetz geschehen ist, durch richterliche Rechtsfortbildung Geltung zu verschaffen.⁹³¹

In letzterem Falle kann man auch von einer *gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung*⁹³² (die aber ebenfalls noch zulässige richterliche Rechtsfortbildung ist)⁹³³ sprechen, weil hierbei nicht mehr die Teleologie des Gesetzes selbst, also der (ursprüngliche) Plan des Gesetzes selbst maßgebend ist, sondern diese „leitenden Prinzipien der Gesamtrechtsordnung“.

Es handelt sich hierbei zwar um eine Rechtsfortbildung „extra legem“, außerhalb der gesetzlichen Regelung, aber „intra ius“, also im Rahmen der Gesamtrechtsordnung und der ihr zu Grunde liegenden Rechtsprinzipien.⁹³⁴

In diesen Zusammenhang kann man die besonders im neueren Schrifttum vereinzelt vertretene Auffassung einordnen, wonach eine Reduktion des als zu weitgehend angesehenen Prinzips des Totalersatzes des § 249 I BGB im Einzelfall auch durch das *verfassungsrechtliche Übermaßverbot*⁹³⁵ geboten sein kann.

Canaris⁹³⁶ hat diesen verfassungsrechtlichen Aspekt in die Diskussion um das Schadensersatzrecht des BGB eingebracht, um extrem hohen Schadensersatzpflichten eine Schranke zu setzen.

Wenngleich die Leistungskraft der Verfassung für die Einschränkung des §249 I BGB angesichts des Ausgestaltungsspielraums des Gesetzgebers nicht überschätzt werden sollte, lassen sich zahlreiche Ansätze zur Einschränkung des Grundsatzes der Totalreparation (zumindest auch) als Ausprägung besonderer verfassungsrechtlicher

⁹²⁹ Larenz/Canaris, ML, S. 232.

⁹³⁰ Larenz/Canaris, ML, S. 187; vgl. auch ders. S. 232: Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung müsse „im Einklang mit den allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung und der verfassungsmäßigen Wertordnung bleiben“, ja könne überhaupt erst „durch diese Übereinstimmung gerechtfertigt“ werden.

⁹³¹ Larenz/Canaris, ML, S. 187.

⁹³² Nicht zu verwechseln mit der - methodisch unzulässigen - *rechtspolitischen Kritik*. Die Grenzen hierzu sind allerdings fließend (zur Abgrenzung zwischen „Gesetzeslücke“ und „rechtspolitischem Fehler“ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 194/ 195; vgl. zur Geltung der „Natur der Sache“ bei der Rechtsfortbildung auch Friese aaO, S. 114 ff.

⁹³³ vgl. dazu Larenz/ Canaris, ML, S. 187.

⁹³⁴ Larenz/Canaris, ML, S. 232.

⁹³⁵ Vgl. zur Ableitung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus dem verfassungsmäßigen Rechtsstaatsprinzip und letzteres wiederum als ein möglicher Quell einer „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung“ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 232f. i.V.m. 243.

⁹³⁶ Canaris JZ 1987, 993, 995 f., 1001; ähnlich Rolfs JZ 1999, 233, 239 f.; kritisch Medicus AcP 192 (1992) 35, 66; Müko/Oetker § 249 Rz 13.

Wertungen, insbesondere auch der grundrechtlichen Schutzpflichten⁹³⁷ und damit als eine Fallgruppe einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung begreifen. Wenn Ärzte bei nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen auch für solche Folgerisiken des Eingriffes haften sollen, die bisher in der Wissenschaft noch gar nicht bekannt und deshalb im Vorfeld eines Heileingriffes auch nicht aufklärungsbedürftig sind und sich daraus ganz beträchtliche Schadensersatzlasten ergeben können, könnte auch durch das verfassungsrechtliche Übermaßverbot eine tendenzielle Einschränkung des durch §249 I BGB vorgegebenen weiten Haftungsumfanges geboten sein.

bb.) Lückenfüllung durch teleologische Reduktion: Die Topik als Hilfsmittel der Rechtsfortbildung zur Auffindung von Argumenten für die Ausfüllung von Gesetzeslücken durch Problemerkörterung am Einzelfall.

Die soeben unter aa.) gefundene Erkenntnis, daß die gesetzliche Regelung bei §§ 823 I i.V.m. 249 I BGB eine Lücke enthält, d.h. daß in verschiedenen Fällen eine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation in Form der teleologischen Reduktion des Gesetzes angebracht ist, bildet einen methodischen Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung. Es muß im Folgenden nun genauer untersucht werden, welcher Art die Einschränkungen sind und in welchen Fällen sie vorzunehmen sind.⁹³⁸

aaa.) Die Methode der Lückenfüllung

Hierbei muß die Rechtsfortbildung (de lege lata) in jedem einzelnen Fall genau legitimiert werden⁹³⁹. Eine Rechtsfortbildung durch Schaffung von Generalklauseln ist abzulehnen.⁹⁴⁰ Mittels der Rechtsfortbildung kann das Recht nur von Fall zu Fall aus dem konkreten Problem heraus fortentwickelt werden. Hierbei sind im einzelnen Fall genau die im Gesetz enthaltenen Wertungsgesichtspunkte herauszuarbeiten, die es erfordern, über seinen Wortlaut hinauszugehen oder ihn korrigierend einzuschränken.⁹⁴¹

Sehr stark zeigt sich das beim Problem der Zurechnung von Schadensfolgen⁹⁴². Hier wird die Notwendigkeit und Zulässigkeit der Rechtsfortbildung praeter legem gerade mit der dadurch ermöglichten befriedigenden Entscheidung besonderer Extremfälle und Fallgruppen begründet.

Auch der Aspekt der Rechtssicherheit spielt hier eine maßgebliche Rolle, denn die Rechtsgemeinschaft muß von vornherein ungefähr einschätzen können, wann und wie

⁹³⁷ Nach MüKo/Oetker § 249 Rz 13 sollte „die Leistungskraft der grundrechtlichen Schutzpflichten für die Anwendung der §§249 ff. ... nicht überschätzt werden“. Zwar ließen sich zahlreiche Ansätze zur Haftungseingrenzung als Ausprägung der grundrechtlichen Schutzpflichten begreifen; „eine zwingende verfassungsrechtliche Determination ist für sie jedoch in den seltensten Fällen überzeugend nachweisbar“. Immerhin erführen die zahlreichen Versuche, die haftungsrechtlichen Folgen der Äquivalenztheorie de lege lata abzumildern „durch die verfassungsrechtliche Vorgabe, eine übermäßige Schadensersatzpflicht zu verhindern, eine zusätzliche Unterstützung, ohne hiermit aber die konkrete Ausformung grundrechtlich vorzugeben“.

⁹³⁸ Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 117

⁹³⁹ Friese, aaO, S. 119

⁹⁴⁰ Friese, aaO, S. 118 ff. insbes. S. 119.

⁹⁴¹ Friese, aaO, S. 120

⁹⁴² Friese, aaO, spricht diesbezüglich durchweg von „Folgeschäden“.

weit der Geltungsbereich einer Norm über den Buchstaben des geschriebenen Gesetzes verändert werden kann.⁹⁴³

Diese (Rechts-)Sicherheit läßt sich viel eher mit einer ausdifferenzierten Methode der Schadenszurechnung nach Fallgruppen in besonderen Problemlagen erreichen, als durch eine Generalklausel.

Die vermeintlich bereits festgestellte Lücke ist dabei ihrem Umfang nach noch keineswegs bestimmt und ihre Fixierung fällt mit der Ausfüllung praktisch zusammen.⁹⁴⁴ und Canaris erwähnt ergänzend⁹⁴⁵, daß in der Regel nur zwei Rechtsfolgen in Betracht kommen: Die im Gesetz seinem Wortlaut nach angeordnete, oder ihr Gegenteil, falls man das Fehlen einer Ausnahmvorschrift, also eine Lücke, annimmt.

In gleicher Weise stellt sich die Problematik auch im hier relevanten Kontext des Schadensersatzrechtes dar: Eine bestimmte Schadensfolge soll - nach Bejahung der Haftung dem Grunde nach - entweder gemäß dem Grundsatz der Totalreparation in vollem Umfang ersetzt werden oder die Haftung soll verneint werden. In letzterem Falle wird aber mit der Annahme einer Lücke zugleich festgestellt, daß sie durch Anordnung einer ausnahmsweisen Nichthaftung auszufüllen ist.⁹⁴⁶

Damit erübrigt sich auch der theoretische Streit, ob mit der „Feststellung“ die Lücke nicht erst geschaffen wird, um sie dann auszufüllen, oder ob sie von Anfang an „vorhanden“ ist.⁹⁴⁷

Nach Larenz funktioniert die Ausfüllung einer verdeckten Regelungslücke im Wege der teleologischen Reduktion durch die Hinzufügung der sinngemäß geforderten Einschränkung.⁹⁴⁸ Liege die Rechtfertigung der Analogie in dem Gebot der Gerechtigkeit Gleiches gleich zu behandeln, so die der teleologischen Reduktion in dem Gebot der Gerechtigkeit Ungleiches ungleich zu behandeln, d.h. die wertungsmäßig gebotenen Differenzierungen vorzunehmen⁹⁴⁹. Die Gründe für die gebotenen Differenzierungen können sich hierbei - wie soeben unter d.) aa.) schon dargestellt wurde – sowohl aus der *gesetzesimmanenten* als auch aus der *gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung* ergeben.

Von dem bei der gesetzübersteigenden Rechtsfortbildung relevanten Aspekt des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes abgesehen, ist der Hauptquell restriktiver Erwägungen bei der teleologischen Reduktion des schadensersatzrechtlichen Grundsatzes der Totalrestitution die gesetzimmanente Rechtsfortbildung.

Als ein in diesem Zusammenhang relevantes - gegenüber dem zu weit gefaßten Wortlaut des §249 I BGB – vorrangiges gesetzimmanentes Prinzip kann man den schon oben unter d.) aa.) ccc.) (a.) (bb.) dargestellten, vom Gesetz bezweckten gerechten Ausgleich von Schäden durch Anknüpfung an die menschliche *Verantwortlichkeit* hervorheben.⁹⁵⁰ Als Mittel hierzu dient die häufig im Schrifttum propagierte

⁹⁴³ Vgl. Friese aaO, S. 120.

⁹⁴⁴ Friese aaO, S. 120; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Auflage, S. 220.

⁹⁴⁵ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 151 ff.

⁹⁴⁶ Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 121.

⁹⁴⁷ Vgl. dazu Larenz/ Canaris, ML, S. 198, insbes. in Fn. 25.

⁹⁴⁸ Larenz/Canaris, ML, S. 210.

⁹⁴⁹ Larenz/Canaris, ML, S. 211.

⁹⁵⁰ Friese aaO, S. 117, 111 bis 113.

Differenzierung nach *Gefahrenbereichen*⁹⁵¹ bzw. nach dem Gesichtspunkt der *Risikoerhöhung*.⁹⁵² Häufig werden alle diese Begriffe nicht in konstanter Wortform verwendet, nicht klar zwischen ihnen differenziert oder sie gar synonym verwendet⁹⁵³.

Allerdings ist schon an dieser Stelle wieder vor neuer Begrifflichkeit zu warnen. Aus dem Prinzip der „Verantwortlichkeit“ des Schädigers für die eingetretene Schadensfolge kann man keine strikten Rückschlüsse für die Zurechnung der Schadensfolgen im konkreten Einzelfall herleiten. Das Prinzip der „Verantwortlichkeit“ erfordert zwar die maßvolle Einschränkung der Totalreparation in bestimmten Ausnahmefällen. Letztlich können die für die Schadenszurechnung maßgeblichen Kriterien nur durch eine Wertung der konkreten Situation im Einzelfall durch Fallanalyse und Fallvergleich ermittelt werden. Ausgangspunkt der Rechtsfortbildung muß daher die *konkrete Problemsituation eines Falles* oder einer bestimmten *Gruppe von Fällen* sein.

bbb.) die topische Methode als Hilfe zur Auffindung von Argumenten

Wie schon oben unter IV.) 2.) c.) bb.) ccc.) (b.) sowie unter IV.) d.)aa.) eingehend dargestellt wurde, hat sich die Schadensfolgenzurechnung im Kontext des § 823 I BGB anhand allgemeiner Formeln wie dem Schutzzweck der Norm als theoretisch wie praktisch wenig befriedigend erwiesen.⁹⁵⁴

Wenn es die Aufgabe der Gerichte ist, vor sie gebrachte Konflikte „gerecht“ zu entscheiden und die „Anwendung“ des Gesetzes mittels des Subsumtionsverfahrens alleine für eine „gerechte Entscheidung“ von Fällen keine Gewähr bietet, so liegt es nahe, nach einem Verfahren zu suchen, das die Lösung von Rechtsproblemen „von der Sache“ her, auch ohne stets zwingende Anlehnung an das Gesetz erlaubt⁹⁵⁵.

⁹⁵¹ So die Gefahrbereichstheorie von Huber (JZ 1969, 677 ff., 682); dazu auch Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 25: „In der normativen Zuordnung von Risikobereichen im Einzelfall“ würde nach seiner Ansicht das methodische Grundanliegen dieser Lehre bestehen.

Sachlich ergibt sich kein Unterschied zu der von Lüer propagierten Differenzierung nach der Risikoerhöhung. Vgl. auch Lang aaO, S. 93/94 und S. 122.;

⁹⁵² So Lüer, Die Begrenzung der Haftung, S 124: Das Prinzip des erhöhten Risikos sei geeignet, „die Haftungsbegrenzung in rechtspolitisch wünschenswerter Weise zu lösen“. ders. auf S. 126: Hierbei müsse das „allgemeine Risiko des Verletzten“ von der „besonderen Gefährdung der unerlaubten Handlung“ abgegrenzt werden.

⁹⁵³ Vgl. für die synonyme Verwendung der Begriffe „Risikobereich“ und „Verantwortungsbereich“ Lang aaO, S. 95 [Unterstreichung durch mich] : „Bei der Zurechnung von Schadensfolgen tritt die Abgrenzung der Risikobereiche des Schädigers und des Geschädigten ... in den Vordergrund. Der Verantwortungsbereich des Schädigers findet an dem des Opfers seine Grenze“; vgl. ders. auch aaO, S. 122: „Differenzierung nach Gefahrenbereichen, Gesichtspunkt der Risikoerhöhung“. Vgl. ders. auch aaO, S. 121: Es mache keinen Unterschied, ob man die Verschuldenshaftung „unter den Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit“ stellt oder als „Risikotragung kraft Zurechnung“ begreift. „In jedem Fall schließen diese oder ähnliche Grundgedanken eine Haftung aus dem „versari“ aus“.

Vgl. zur Schadensfolgenzurechnung im Kontext der von Lang angewendeten Schutzbereichslehre Lang aaO, S. 96/ 97: Nach Lang mache es den „heuristischen Charakter“ der von ihm vertretenen Schutzbereichslehre als Schadenszurechnungsmethode aus, „...dem Gedanken der gerechten Risikoabwägung [Rechnung zu tragen] und damit zusammenhängend die Aufgabe des Richters, erlaubtes Risiko von verbotenem Risiko in rechtspolitischer Wertung abzugrenzen...“, wobei nach Lang aaO, S. 96 in den Bereich des erlaubten Risikos in erster Linie die „eigenen Risiken“ des Geschädigten, so das „allgemeine Lebensrisiko“ gehören.

⁹⁵⁴ Vgl. Friese aaO, S. 122.

⁹⁵⁵ So einleitend zu „Topik und Argumentationsverfahren“, Larenz, Methodenlehre, 2. Auflage, S. 35.

Ein historisches Vorbild eines solchen Verfahrens hat der Mainzer Rechtsgelehrte Theodor Viehweg in seiner zuerst 1953 erschienenen Schrift⁹⁵⁶ für die Rechtswissenschaft in der Methode der Topik erkannt.⁹⁵⁷

Die Topik ist eine klassische rhetorische Kunst, die schon bei Aristoteles und Cicero vorzufinden ist⁹⁵⁸. Der Begriff „Topik“ ist angelehnt an den altgriechischen Begriff „topos“, der - wörtlich übersetzt - so viel bedeutet wie „Ort“. Im übertragenen Sinne bedeutet er „Aspekt, Gesichtspunkt“.

Die Methode der Topik ist eine induktive, von dem konkreten Problem ausgehende Argumentationsweise im Gegensatz zur Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts, die versucht hat, Entscheidungen aus begrifflich getroffenen Rechtssätzen, die Begriffe aus einem auf wenige Oberbegriffe (Axiome) zurückgehenden System logisch-deduktiv abzuleiten. Viehweg hält dieses (streng) deduktiv-systematische Rechtssystem für problematisch.⁹⁵⁹

In schroffen Gegensatz dazu stellt er die Topik. Ihrem eigentlichen Anliegen, nämlich die Frage zu beantworten, was hier und jetzt jeweils gerecht⁹⁶⁰ sei, könne die Jurisprudenz oft nur genügen, wenn sie topisch verfähre.

Die Topik ist dabei - wie schon erwähnt - eine denkerische Techne, „die sich am Problem orientiert“, die „Techne des Problemdenkens“⁹⁶¹, wobei Viehweg als Problem eine jede Frage bezeichnet, die mehr als eine (sinnvolle) Antwort zuläßt.⁹⁶² Das hierbei anzuwendende „umherschauende, prämissensuchende Denken“⁹⁶³, versucht zunächst die für die Entscheidung wichtigen Gesichtspunkte (Topoi) aufzufinden, „die auf einen geschlossenen Ableitungszusammenhang verzichten und als im antiken Sinne „rhetorische“ Ausgangspunkte des Argumentierens das Problem in seinem scheinbar

⁹⁵⁶ Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 5. Auflage 1974 (1. Auflage 1953); Ihm folgt Struck, Topische Jurisprudenz 1971. Bei ihm findet sich auch - allerdings ohne erkennbare Systematisierung - ein zusammengestellter Katalog juristischer Topoi.

⁹⁵⁷ vgl. auch Esser, Grundsatz und Norm, bes. S. 44 ff., 218 ff., 244 ff.; ders. Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 154 ff.; Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 267 ff.; ders. NJW 1967, 2229 ff.; Diederichsen, Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 1966, 697ff.; Horn, Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, NJW 1967, 601 ff.; Rehbock, Topik und Recht 1988; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 38, glaubte schon 1967 allgemein eine „Tendenz zur topischen Lösung schadensrechtlicher Sonderprobleme“ zu erkennen.

⁹⁵⁸ Vgl. dazu Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 19 ff.; eingehend zur Topik des Aristoteles auch Rehbock, Topik und Recht, S. 30 ff.; im übrigen sagt Rehbock aaO, S. 4, daß sich der Begriff der Topik einer kurzen griffigen Definition entzieht, weil er häufig von verschiedenen Autoren unterschiedlich verstanden wird.

⁹⁵⁹ vgl. hierzu Viehweg aaO, S. 81 ff in § 7 „Topik und Axiomatik“, insbes. S. 87: Das vorzufindende rechtliche Gesamtgefüge sei „kein System im logischen Sinne“. Es stelle sich vielmehr als „eine unbestimmte Mehrheit von solchen Systemen“ dar, „deren Umfang sehr unterschiedlich ist, zuweilen über wenige Ableitungen nicht hinausgeht und deren Verhältnis untereinander nicht streng nachprüfbar ist“. Zur Harmonisierung dieser verschiedenen Systeme sei die Interpretation nötig, mit der unvermeidbar die Topik in das Rechtssystem eindringt., insbesondere im Hinblick auf zeitliche Veränderungen der Rechtsordnung (vgl. Viehweg aaO, S. 88). Weitere Einbruchstellen der Topik seien die Rechtsanwendung, der Gebrauch der genuinen Sprache und schließlich die Interpretation des schlichten Sachverhaltes.

Im Ergebnis ähnlich äußert sich auch Struck, Topische Jurisprudenz, S. 8, der zu der Ansicht gekommen sein will, „daß Topik die juristische Methode besser und richtiger wiedergibt als System und Dogmatik“.

⁹⁶⁰ Diese Frage, nach dem was „gerecht“ ist, ist (so Viehweg aaO, S. 96) „in der Jurisprudenz nicht ausschaltbar“. Gäbe es diese Frage nach dem „jeweils rechten Ausgleich“ und nach dem „jeweils menschlich Richtigen“ nicht, so „fehlte das Bedürfnis nach einer Jurisprudenz im eigentlichen Sinne“.

⁹⁶¹ So wörtlich Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 31.

⁹⁶² Viehweg, aaO, S. 32; vgl. auch Rehbock aaO, S. 174: Problem ist nach Rehbock eine „Frage, deren Beantwortung nicht von vornherein klar ist“.

⁹⁶³ Zippelius, NJW 1967, 2229 (2233); vgl. Viehweg, aaO. S. 70.

isolierten Sein „offen“ von den allgemein anerkannten Sätzen der Vernunft, des common sense, her angehen“.⁹⁶⁴

Wesentliches Merkmal eines Topos ist dessen Praxisbezug⁹⁶⁵, was die Bezogenheit der Topoi auf Problemlagen⁹⁶⁶ verdeutlicht. Der Praxisbezug zeigt sich schließlich auch darin, daß Topoi ein gewisses „Durchsetzungsvermögen“⁹⁶⁷ zu entwickeln haben⁹⁶⁸. In engem Zusammenhang hierzu steht die vielfach ebenfalls betonte „Vernunftbezogenheit“⁹⁶⁹ des Topos.

„Juristische Topoi“ sind demnach Argumente, die für die Lösung von Rechtsproblemen herangezogen werden und der Problemerkörterung dienen. Nach Viehweg⁹⁷⁰ sind die Sätze, mit denen die Topik dabei operiert „diskutierbar“; auf dem Gebiete der Topik bestünde daher das Interesse, „wenigstens diese Diskutierbarkeit so klar und einfach wie möglich zu gestalten“.

Die Aufnahme eines Gesichtspunktes (Topos) in den Diskussionszusammenhang „bedeutet dabei nur, daß man sich darauf einigt, daß in dem zur Rede stehenden Zusammenhang Argumente beachtlich sind, die sich auf diesen Gesichtspunkt beziehen ... Ein als „topos“ anerkannter (in einen Topoikatalog aufgenommenener) Gesichtspunkt ist also kein Kriterium, dessen Vorliegen immer zu einer bestimmten Folgerung führt“.⁹⁷¹

„Im Wechsel der Situationen und Einzelfälle müssen dann immer wieder neue Hinweise für Problemlösungsversuche gefunden werden“.⁹⁷²

Die Topoi erhalten somit jeweils ihren Sinn vom Problem her⁹⁷³. Diese Vorgehensweise der Topik kann nicht methodisch genannt werden, da Viehweg unter einer Methode ein Verfahren versteht, das logisch streng nachprüfbar ist und das einen eindeutigen Begründungszusammenhang somit ein deduktives System entstehen läßt. Topik ist vielmehr eine Techne, ein Stil⁹⁷⁴. Dieser Stil zeichnet sich vor allem dadurch aus, daß er nicht von einem vorgegebenen System ausgeht, aus dem die Probleme durch Deduktion gelöst werden, sondern vielmehr bei dem Problem selbst ansetzt⁹⁷⁵.

Die Entdeckung maßgeblicher Topoi am Einzelfall geschieht nach dieser Ansicht im Wege der „inventio“, des plötzlichen Einleuchtens „...eines bisher noch ungeformten Gedankens...“⁹⁷⁶, die Topik ist eine „ars inveniendi“⁹⁷⁷. Sie tritt dann auf den Plan, wenn - wie in der vorliegenden Problematik der Schadensfolgenrechnung bei § 823 I BGB -

⁹⁶⁴ Esser, Grundsatz und Norm, S. 44.

⁹⁶⁵ Rehbock aaO, S. 26 f.

⁹⁶⁶ Dazu Struck, Topische Jurisprudenz, S. 59; Rehbock, aaO, S. 26.

⁹⁶⁷ Begriff nach Struck, Topische Jurisprudenz, S. 39.

⁹⁶⁸ Rehbock, aaO, S. 27.

⁹⁶⁹ Dazu Rehbock aaO, S. 28; im übrigen betont Rehbock, daß sich der heutige Toposbegriff von dem bei Aristoteles kaum unterscheidet [hierzu Rehbock aaO, S. 29, sowie eingehend zur Topik des Aristoteles Rehbock aaO, S. 30 ff.]

⁹⁷⁰ Viehweg aaO, S. 45; Vgl. auch ders. S. 42/43: Im Gespräch verwendete Prämissen könnten z.B. als „relevant“, „vertretbar“, „annehmbar“ etc. qualifiziert werden.

⁹⁷¹ Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Rz 143 b.

⁹⁷² Viehweg aaO, S. 38.

⁹⁷³ Rehbock, aaO, S. 17.

⁹⁷⁴ Viehweg aaO, S. 67.

⁹⁷⁵ Rehbock aaO, S. 18; vgl. auch Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 157: „Topische Begründung kann und muß es sich leisten, die Ergebnisse als nicht logisch zwingend aus vorhandenen Grundsätzen folgend, sondern als aus der Sache einsichtig darzustellen“.

⁹⁷⁶ Esser, Grundsatz und Norm, S. 54.

⁹⁷⁷ Viehweg, aaO S. 39, 67 und öfter.

, die „reine“ Ableitung, die Deduktion innerhalb des Begriffsgefüges des Gesetzes nicht befriedigt⁹⁷⁸.

Ob die Topoi als Begriffe oder Sätze auftreten, sei dabei „eine reine Formulierungsfrage“⁹⁷⁹, so daß Viehweg offenbar von einem sehr weiten Begriff des „Topos“ ausgeht.⁹⁸⁰

Esser stellt die Topik - anders als Viehweg - nicht gegen das dogmatische System an sich, sondern vielmehr gegen die Annahme, ein System könne vollständig und endgültig sein.⁹⁸¹ Die Funktion der Topik bestehe vor allem darin, „systematische Zwangsabläufe zu verhindern“.⁹⁸²

Esser beschreibt den Prozeß, der nach seiner Auffassung zur Entstehung von „Prizipien“ richterlicher Rechtsfortbildung führt, folgendermaßen⁹⁸³: „In dem Maße, wie diese [Anm.: „die scheinbar mechanisch-logische Gesetzesanwendung“] vom „gesunden“ Rechtsgefühl abzweigt, werden die „Prizipien“ reif zur selbständigen neuen Normbildung und technischen Anerkennung. Sie haben ihre Inkubationszeit und brechen an einem exemplarischen Fall durch die Bewußtseinschwelle ins juristische Denken ein. Dabei verläuft der Prozeß im codified law und im case law ganz analog: der kritische Augenblick des „overruling“ - bei uns offen zutage tretend, wenn das Argument fällt: „Das kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein“ - geht auf einen längeren unerschwellig verlaufenden Prozeß zurück, in welchem das betreffende Prinzip, noch ungeformt, an der Unangemessenheit legal gefällter Entscheidungen heranwuchs und sich in ebenso legalen Gegenargumenten und „dissenting opinions“ anmeldete“.

Hier zeigt sich die „beständige Problemgebundenheit“⁹⁸⁴ der topischen Methode, die das ruhige, logische Deduzieren der Problemlösung aus einem vorher entworfenen System häufig verhindere. „Man wird dauernd vom Problem gestört“⁹⁸⁵ Der Versuch zur Lösung aller rechtlichen Phänomene auf mehr oder weniger generelle Formeln oder ein „System“ zurückzugreifen, führe zu einer schrittweisen Auflösung der Orientierung am Problem, so daß zwischen dem entworfenen System und der Welt der Probleme „ein spürbarer Riß klafft“.⁹⁸⁶ Man wird das Problem nicht los und bei der Problemlösung wird man daher immer wieder auf die Prämissensuche geschickt, mithin „zur ars inveniendi, zur Topik“.⁹⁸⁷

Allerdings kann die ursprünglich sehr scharf ausgetragene Kontroverse zwischen topischem und systematischem Denken⁹⁸⁸ heutzutage weitgehend als überholt angesehen werden. Vielmehr ist festzustellen, daß sich „topisches und systematisches Denken [...] wechselseitig ... ergänzen“ und gegenseitig „durchdringen“.⁹⁸⁹ Die Beeinflussung des

⁹⁷⁸ Viehweg, S. 104 f.; vgl. auch Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 154 ff.

⁹⁷⁹ vgl. Viehweg aaO, S. 38.

⁹⁸⁰ Dazu Larenz, Methodenlehre, S. 36 f.; Struck aaO, S. 38 bezeichnet Topoi als gesprochene, in die Debatte geworfene Sätze. Dabei ähneln sie nach seiner Ansicht dem, was man mit „Aspekt“ meint (S. 63).

⁹⁸¹ Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 156.

⁹⁸² Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 156.

⁹⁸³ Esser, Grundsatz und Norm, S. 53 f.

⁹⁸⁴ vgl. Viehweg aaO, S. 39.

⁹⁸⁵ Viehweg aaO, S. 39.

⁹⁸⁶ Viehweg aaO, S. 39.

⁹⁸⁷ Viehweg, aaO, S. 39, siehe ders. auch S. 41: „Jedes Problemdenken ist bindungsscheu“.

⁹⁸⁸ Dazu einleitend Rehbock aaO, S. 1 ff.; besonders hervorzuheben sind hierbei Diederichsen, der den topischen Ansatz eindeutig ablehnt und Viehweg andererseits, der den Systemgedanken als Ganzes in Frage stellt.

⁹⁸⁹ Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 151; ebenso auch Rehbock, Topik und Recht, S. 179 ff.

Systemdenkens durch die Topik läßt sich damit erklären, daß jedes Rechtssystem - was auch Anhänger des Systemdenkens zugeben⁹⁹⁰ - Schwächen enthält. Systeme neigen durch ihren „Drang zum Perfektionismus“⁹⁹¹ zu einer „Abkapselung“ gegenüber neuen Gesichtspunkten⁹⁹². Durch diese Starrheit verliert das Recht die Fähigkeit, auf neue Situationen und Gesichtspunkte „flexibel und sachgerecht zu reagieren“⁹⁹³. Während die Topik das „gerechte Ergebnis“ in den Mittelpunkt ihrer Argumentation stellt, ist der maßgebliche Gesichtspunkt des Systemdenkens der der Systemrichtigkeit. „Eine systemrichtige Entscheidung ist aber nicht automatisch auch eine sachgerechte Entscheidung“⁹⁹⁴. Aus diesem Grunde bedürfe das Systemdenken der „topischen Kontrolle“⁹⁹⁵, es findet eine gegenseitige Berührung und Durchdringung dieser verschiedenen Methoden statt^{996 997}.

Einzig topisches Denken kann indes flexible Lösungen in Randbereichen der Rechtsordnung gewährleisten. Dieser Vorteil topischen Denkens gegenüber dem Systemdenken stellt auch den Grund dafür dar, daß in der heutigen Methodendiskussion überwiegend von sogenannten „offenen Systemen“⁹⁹⁸ gesprochen wird. Entschieden zu widersprechen ist dem in diesem Zusammenhang häufig zu vernehmenden Vorwurf, die Topik sei willkürlich. Vielmehr ist umgekehrt gerade die Topik durch ihre Flexibilität im Einzelfall ein Garant für Gerechtigkeit⁹⁹⁹.

Dabei ist die Methode der Topik überall in der Rechtsordnung bei der Problemerkörterung und – lösung anzutreffen, nicht zuletzt auch im Verfassungsrecht.¹⁰⁰⁰

Manche Topoi, die ursprünglich am Problem entdeckt wurden, haben sich dogmatisch verfestigt und ins System „eingenistet“¹⁰⁰¹. Dies ist besonders bei solchen Topoi der Fall, die vom Gesetzgeber aufgegriffen und zum Gesetz wurden.¹⁰⁰²

⁹⁹⁰ Diederichsen, NJW 1966, 697, 699 z.B. spricht vom „offensichtlichen Unvermögen, ein perfektes System herzustellen“ und auch Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 104 ff., ein starker Befürworter des Systemdenkens, sieht diesem Schranken gesetzt und Grenzen gezogen.

⁹⁹¹ Rehbock, aaO, S. 186.

⁹⁹² So Rehbock aaO, S. 186.

⁹⁹³ Rehbock aaO, S. 186.

⁹⁹⁴ Rehbock aaO, S. 187.

⁹⁹⁵ Rehbock, aaO, S. 187.

⁹⁹⁶ So spricht Esser in Vorverständnis und Methodenwahl, S. 159 von einem „Kreislauf zwischen topischem und doktrinärem Denken“; Zippelius, NJW 1967, 2229, 2230 von einem „Zusammenspiel ... von Systemdenken und Problemendenken“ und Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 151 ff. von der „wechselseitigen Ergänzung und Durchdringung systematischen und topischen Denkens“.

⁹⁹⁷ Rehbock aaO, S. 188 f. sagt, daß die systematisch-konstruktive Methode, Probleme zu lösen, „bei weitem nicht die einzige und in der Praxis auch nicht die vorrangige ist“. Immer wieder werde in der Praxis geprüft, ob eine bestimmte Lösung „nicht nur systematisch korrekt, sondern auch sachrichtig ist“.

⁹⁹⁸ Hierzu ausführlich Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 61 ff. m.w.N.; vgl. auch Esser, Grundsatz und Norm, S. 7: „Was sich nach einem landläufigen Methodenstreit als ein vermeintlicher Wettkampf zwischen „offenem“ problematischen und „geschlossenem“, begrifflich-deduktivem Denken darstellt, ist weithin ein notwendiger und schubweiser Stoffwechsel zwischen den Neuerfahrungen der Fallpraxis und den Formkräften der Schule“. Selbst Diederichsen (NJW 1966, 697 (704/705), ein scharfer Kritiker des topischen Denkens, räumt ein, „daß die Topik das System bisweilen ergänzen, aber auf keinen Fall ersetzen kann“.

⁹⁹⁹ Rehbock aaO, S. 151: „Topisches Denken ist gerechtes Denken, Topik eine Absage an jede Art von Willkür“.

¹⁰⁰⁰ Allgemein zur erheblichen Relevanz der Topik für die Staatsrechtslehre, Struck aaO, S. 4; vgl. auch Böckenförde, NJW 1976, 2089, 2091 ff.; Stern, Staatsrecht III/2 [S. 1675 f.].

¹⁰⁰¹ Friese, Haftungsabgrenzung für Folgeschäden, S. 124.

Die Methode der Topik kann natürlich nicht den Rechtsanwender von seiner Gesetzesbindung freistellen. Soweit das Gesetz eine Regel getroffen hat und nicht lückenhaft ist, gilt der Vorrang des Gesetzes¹⁰⁰³. Insoweit sind auch die Gerechtigkeitsfragen vom Gesetzgeber vorentschieden¹⁰⁰⁴. Dort aber, wo das Gesetz den Anwender im Stich läßt, - wie etwa bei dem Schließen von Gesetzeslücken - ist ein Rückgriff auf heuristische Topoi unumgänglich.¹⁰⁰⁵ Rehbock¹⁰⁰⁶ hat das Schließen von Gesetzeslücken gar als ein Hauptanwendungsgebiet der Topik bezeichnet. Die im hier gegebenen Kontext der Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern interessierende Durchbrechung des durch § 249 I BGB angeordneten Prinzips des Totalersatzes stellt eine solche Suche nach Gesetzeslücken dar, die die Topik auf den Plan ruft.

Schon nach dem heutigen Stand von Literatur und Rechtsprechung kann man in diesem Themenzusammenhang sehr deutlich in Ansätzen die Herausbildung von bestimmten der Schadensfolgenzurechnung dienenden Topoi (Gesichtspunkte/Aspekte) erkennen. [dazu sogleich noch eingehend unter e.)].

Daß - wie oben unter IV.) 2.) c.) bb.) ccc.) schon gesehen - Rechtsprechung wie Lehre ihre Ergebnisse hierbei zum großen Teil (nach wie vor) auf den „Schutzzweck der Norm“ zurückführen, ist dabei letztlich eine bloße nichtssagende verbale Verkleidung für eine Methodik, die in Wahrheit ganz anderen Kriterien folgt. Letztlich geht es um die Argumentation aus dem konkreten Problem heraus, welches sich eben bei § 823 I i.V.m. § 249 I BGB nicht hinreichend befriedigend mit dem vorhandenen gesetzlichen System lösen läßt. Wir stoßen hier an jenen Gegensatz zwischen „Problem“ und „System“, den Viehweg so prägnant dargestellt hat¹⁰⁰⁷.

Gerade die Rechtsprechung zeigt durch ihre in rein tatsächlicher Hinsicht hochgradig widersprüchliche Judikatur bei der Schadensfolgenzurechnung wegen nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen, wie ungesichert das dogmatische Terrain in diesem Bereich nach wie vor ist. Auf diese Widersprüchlichkeiten wird in allen Einzelheiten unter e.) zurückzukommen sein.

¹⁰⁰² An dieser Stelle liegt auch ein möglicher Übergang von der topischen zur systematisch-deduktiven Methode, wie ihn Viehweg aaO, S. 44 f. beschreibt: Wenn sich Topoikataloge für bestimmte Spezialgebiete entwickelt haben, kann man versuchen, sie zum deduktiven System umzugestalten. Denn wenn es gelingt, „ein Ableitungssystem herzustellen, wonach, von der logischen Seite her gesehen, jede Wissenschaft streben muß, ist die Topik weitgehend verabschiedet“.

¹⁰⁰³ Vgl. dazu Struck aaO, S. 7 „Das Gesetz ist ein Topos unter anderen, aber ein höchst wichtiger!“.

¹⁰⁰⁴ Rehbock, Topik und Recht, S. 150.

¹⁰⁰⁵ Vgl. Rehbock aaO, S. 145/ 146.

¹⁰⁰⁶ Rehbock aaO, S. 130, insbes. S. 134 ff.

¹⁰⁰⁷ Viehweg aaO, S. 31 ff., 39.

cc.) Die Ausfüllung der Lücke als Wertungsproblem

Das Auffinden der im konkreten Fall „einschlägigen“ Topoi bedeutet indes noch nicht, daß die Lösung des konkreten Zurechnungsproblems gefunden wäre. Die Methode der Topik kann keine „fertigen Ergebnisse“ liefern¹⁰⁰⁸. Die Topik ist eine Methode, die Gerechtigkeitsproblematik zu erörtern¹⁰⁰⁹, wobei sie nur *Gesichtspunkte, Topoi*, für die Erschließung von Gerechtigkeitsproblemen liefert, nicht aber von sich aus ein Richtmaß dafür geben kann, gerade diesen oder jenen Faktor als das Problem entscheidend zu berücksichtigen¹⁰¹⁰.

Wie soeben gesehen, möchte die Methode der Topik ein „gerechtes Ergebnis“ erzielen. Auch und vor allem im Bereich des Schadensersatzrechtes mit seinen komplexen Fragen und seiner Breite ist - so wird argumentiert - die Suche nach dem „gerechten Ergebnis“ wichtiger, als die Auseinandersetzung um den systematisch-konstruktiven Weg, der zu dem Ergebnis hinführt.¹⁰¹¹

Die Feststellung, welcher Gesichtspunkt (Topos) aus dem Topoi-Katalog für die Lösung der Zurechnungsfrage im Einzelfall entscheidend sein soll, bedarf ein abwägendes und konsensorientiertes Urteil¹⁰¹². Die Wertung orientiert sich hierbei am „gerechten Ergebnis des Einzelfalls“.¹⁰¹³

Besondere Aufmerksamkeit ist hierbei darauf zu verwenden, daß bei der Lösung des Zurechnungsproblems keine völlige Freiheit herrscht, sondern die Lösung nur auf dem Boden des geltenden Rechts gefunden werden kann. Das geltende Recht kann hierbei entsprechend seinen eigenen Zielvorstellungen weiterentwickelt, nicht aber umgestaltet werden.¹⁰¹⁴

Grundlegende Prinzipien des gesetzlichen Regelungszusammenhanges sind zu beachten und dürfen nicht ausgehebelt werden.

Das gilt vor allem für die Entscheidung des Gesetzes zugunsten der Totalreparation, von der jedenfalls als Grundsatz immer auszugehen ist. Ebenso ist im konkreten Falle auch eine Berücksichtigung des Verschuldens im Hinblick auf die eingetretene Schadensfolge nicht zulässig.¹⁰¹⁵

Die topische Methodik der Schadensfolgenrechnung muß mit dem Rahmen der Kodifikation vereinbar bleiben, sie darf nicht in Widerspruch zu den positiv-rechtlichen Prinzipien treten, sondern muß mit dem Gesamtsystem rechtlicher Ordnung verträglich bleiben.¹⁰¹⁶

Ebensowenig kann man die Argumente der „Billigkeit“ und „Unzumutbarkeit“ bei der Schadensfolgenrechnung heranziehen, da sie zum einen wenig aussagekräftig sind und zum anderen stark subjektiv auf die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten abstellen, was ebenfalls der gesetzlichen Vorwertung nicht entspricht.¹⁰¹⁷

¹⁰⁰⁸ Vgl. Friese aaO, S. 126.

¹⁰⁰⁹ Rehbock aaO, S. 17.

¹⁰¹⁰ Vgl. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 271; vgl. auch ders. NJW 1967, 2229, 2233. Zu weit geht wohl Diederichsen, NJW 1966, 697 (703 re. Sp.) in seiner Kritik an der Topik: „Dem Juristen aber geht es zweifellos um verbindliche Aussagen. Eine Denkweise, die ihm keine festen Maßstäbe an die Hand gibt oder auch nur geben will, taugt daher für ihn nicht.“; Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 124; vgl. auch Pawlowski, Methodenlehre, Rz 143 b. Die Berücksichtigung eines Topos „bedeutet aber nicht, daß es auf diesen Gesichtspunkt letztlich ankommt“.

¹⁰¹¹ Vgl. Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 124.

¹⁰¹² Friese aaO, S. 126/ 127; Lang aaO, S. 126.

¹⁰¹³ Vgl. Lang aaO, S. 127.

¹⁰¹⁴ Friese, aaO, S. 126.

¹⁰¹⁵ Friese aaO, S. 127.

¹⁰¹⁶ Vgl. Canaris, Feststellung von Lücken, S. 107 f., insbes. Fn. 172.

¹⁰¹⁷ Friese aaO, S. 127.

Allerdings dürfte es häufig so sein, daß die Zurechnung einer Schadensfolge in bestimmten Fällen im Ergebnis dann ausgeschlossen ist, wenn deren Zurechnung sich auch als der „Billigkeit“ und „Zumutbarkeit“ widersprechend darstellen würde. Wengleich also diese beiden letzten Kriterien die Zurechnung der Folgeschäden nicht maßgebend bestimmen, können sie durchaus in einer Art „Gegenprobe“ das Ergebnis einer verneinten Schadenszurechnung zusätzlich stützen.

Eine eindeutige Abwägung der in die Zurechnungsüberlegungen einfließenden Argumente, die ein klares Überwiegen des einen oder anderen Argumentes ergeben, ist nicht immer möglich, womit in solchen Fällen auch eine Wertung vom Ergebnis her legitim scheint¹⁰¹⁸. „Dabei wird man sich um eine möglichst objektivierte Auffassung dessen bemühen müssen, was im einen oder anderen Fall ein „gerechtes Ergebnis“ ist, nämlich was von der „Rechtsgemeinschaft“, den „sozialen Anschauungen“ usw. als gerecht angesehen wird“¹⁰¹⁹. Allerdings kann Rechtsfortbildung auch hier nicht stets zu klaren Erkenntnissen gelangen¹⁰²⁰. „Wo die Werterkenntnis versagt, liegen unvermeidlich auch Dezsionen inmitte“¹⁰²¹.

Wenn im konkreten Fall eine Entscheidung erarbeitet wurde, dann ist sie aber noch nicht gleich ein „Rechtssatz“ dergestalt, daß diese Entscheidung die Lücke im Gesetz ein für alle Male ausfüllen würde. Keinesfalls müssen in Zukunft alle gleichgelagerten Fälle ebenso entschieden werden¹⁰²².

Die an einem bestimmten Fall „entdeckte“ Problemlösung wird vielmehr anschließend im Idealfall als Rechtsgedanke formuliert, sodann an einer Reihe von Beispielen weiter erprobt und schließlich zum Prinzip erhoben¹⁰²³.

In diesem Zusammenhang wird man an das erinnert, was Larenz (im Anschluß an Engisch) für die „Konkretisierung“ von Generalklauseln wie „Treu und Glauben“ ausgeführt hat¹⁰²⁴: „Dabei ist der Weg der Rechtsprechung der eines langsamen sich Forttastens von Fall zu Fall, wobei zunächst gleichsam einzelne Punkte eines zu gewinnenden Koordinationssystems gesetzt werden; der Weg der Wissenschaft ist der einer Durcharbeitung, Aufgliederung und gedanklichen Verdichtung des von der Rechtsprechung gelieferten Materials. Dabei kommt es vornehmlich auf die Bildung von Fallgruppen durch eine vergleichende Fallanalyse und auf die Entdeckung derjenigen Leitgedanken und Bewertungsgrundsätze an, deren sich die Rechtsprechung ihr selbst oft noch unbewußt bedient, oder zu denen hin sie tendiert.“

Nüßgens hat diesen Prozeß des sich „von Fall zu Fall Forttastens“ des Rechtsanwenders - speziell im Zusammenhang der Ermittlung des Haftungsumfanges des Arztes für Schadensfolgen eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes - in seiner Kommentierung zu § 823 I BGB Ende der 80er Jahre im Auge gehabt, wenn er

¹⁰¹⁸ Friese aaO, S. 128.

¹⁰¹⁹ Friese aaO, S. 128.

¹⁰²⁰ vgl. Müller, Gesetzgebung und Richterrecht, DB 1981, 93, 99: „Wertung enthält erfahrungsgemäß, ja sogar von der Sache her, ein gewisses Element der freien Entscheidung“.

¹⁰²¹ Zippelius, NJW 1967, 2229, 2233 li. Sp.; Friese aaO, S. 128, Fn 1.

¹⁰²² Friese, aaO, S. 128, Fn. 2.

¹⁰²³ Canaris, Lücken, S. 107; vgl. auch Esser, Grundsatz und Norm, S. 267 ff., 306 ff.; vgl. auch Rehbock aaO, S. 183 f.: es kommt in diesem Zusammenhang zu einer „systematischen Verfestigung“, der einmal gefundene Topos werde zur „gefestigten Rechtsprechung“, zum „ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal“ und damit zum „Systemelement“. Rehbock aaO, S. 184 spricht in diesem Zusammenhang auch von der „Spiralentwicklung zwischen Topos und Fallgruppe“.

¹⁰²⁴ Larenz, JZ 1962, 105 (106 re. Sp.).

schreibt, daß „...wie bei derartigen Lagen meist ist zu erwarten...“, sich die (insbesondere höchstrichterliche) Rechtsprechung aufgrund des anfallenden Materials „schrittweise vortastet“.¹⁰²⁵

Abschließend kann man zu diesem Problemkomplex mit Esser feststellen, daß „alle Prinzipien zur Systembildung [tendieren]“¹⁰²⁶ und ebenso zeigt sich hier „das Ineinandergreifen von Problemendenken und Systemdenken“¹⁰²⁷.

Es ist nach wie vor wichtig, „neue Starrheit von Systematik und Begrifflichkeit zu vermeiden“¹⁰²⁸. Es kommt nur ein „bewegliches System“ von Regeln und Gegenregeln der Schadenszurechnung in Betracht, das kasuistisch zu entwickeln und vor allem fortzuentwickeln ist¹⁰²⁹. Es muß fähig sein für ständige Weiterentwicklung, für neue Gedanken und Prinzipien, die sich in der permanenten Fallerörterung von Praxis und Wissenschaft ergeben.

¹⁰²⁵ RGRK-Nußgens, § 823 Anh II, Rz. 169; nach Weber-Steinhaus, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, S. 277, befindet sich die Rechtsprechung zur Schadensfolgenzurechnung noch in einer „einzelfallorientierten Übergangsphase“.

¹⁰²⁶ Esser, Grundsatz und Norm, S.7 u. öfter; vgl. auch Larenz, FS für Nikisch, S. 275, 299 ff.

¹⁰²⁷ So Friese aaO, S. 131.

¹⁰²⁸ Friese aaO, S. 131.

¹⁰²⁹ So formuliert Viehweg aaO, S. 42 unten, daß die Herrschaft des Problems „Beweglichkeit und Erweiterungsfähigkeit“ der Topoi und Topoikataloge erfordere.

e.) Schadenszurechnung mittels haftungsrechtsspezifischer Topoi: Fallanalyse, Fallvergleich und Bildung von Fallgruppen bei der Schadensfolgenzurechnung im Kontext der Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern.

aa.) Einleitung

Struck¹⁰³⁰ hat bezüglich der Methode der Topik gesagt, daß es hierzu genug Arbeiten auf hohem Abstraktionsniveau gebe, Nachholbedarf aber vor allem da vorhanden sei, „wo es um Konkretisierung und Anwendung“ der topischen Methode gehe.

Kaum ein Problembereich des modernen Zivilrechtes eignet sich nach Ansicht des Verfassers so vorzüglich für eine an einer topischen Methode orientierte juristische Problembewältigung, wie die hochspezielle und ebenso hochumstrittene Problematik der Schadensfolgenzurechnung im Kontext ärztlicher Aufklärungsfehler.

Die folgenden Ausführungen dieser Arbeit wollen den Versuch unternehmen, diesen Problembereich als einen Anwendungsbereich der Topik zu entwickeln.

Wenngleich im Rahmen dieser Arbeit primär die Problematik der Schadensfolgenzurechnung bei nicht wirksam konsentierten Heileingriffen, also bei Fehlern der ärztlichen Pflicht zur *Selbstbestimmungsaufklärung* des Patienten im Zentrum der Betrachtung steht, muß zur sachgerechten Ausschöpfung der Problematik auch eine vergleichende Betrachtung der Arzthaftung für *Behandlungsfehler* geschehen.

Dies einerseits deswegen, weil gewisse Fälle einer Verletzung ärztlicher Aufklärungspflichten, nämlich z.B. Fehler der *therapeutischen Aufklärung*, [wie oben in Teil B.) dieser Arbeit schon gezeigt] als *Behandlungsfehler* gewertet werden; andererseits deswegen, weil die Methode der Topik wesentlich auf der vergleichenden Betrachtung von Fallgruppen¹⁰³¹ beruht, weil nur auf diese Weise ein zur Lösung konkreter Fallkonstellationen notwendiges vollständiges Wertungs Panorama entwickelt werden kann¹⁰³².

Das Besondere an der auch im Rahmen dieser Arbeit im Folgenden anzuwendenden topischen Argumentationsweise ist nun, daß alle wesentlichen, die Falllösung beeinflussenden Zurechnungsgesichtspunkte (Topoi) mit dem *persönlichkeitsbezogenen Element* [zu dessen Herleitung siehe bereits oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.)] des durch den nicht wirksam konsentierten Heileingriff betroffenen Rechtsguts Körper in engem Zusammenhang stehen und sich aus diesem Element heraus begründen lassen.

¹⁰³⁰ Struck, Topische Jurisprudenz, S. 9.

¹⁰³¹ Hierzu schon oben unter Teil C.) IV.) 2.) c.) cc.) und Teil C.) IV.) 2.) d.) bb.) aaa.).

Auch Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 133 ff. und Lüer, Die Begrenzung der Haftung, S. 137 ff. haben sich in ihren topisch orientierten Untersuchungen der Schadensfolgenzurechnung der Methode des Fallgruppenvergleichs bedient.

Rehbock, Topik und Recht, S. 141, konstatiert ganz allgemein, daß sich die Rechtsprechung bei der Lückenausfüllung in immer größerem Umfang der Methode des Fallvergleichs bedient; vgl. ders. auch S. 187: Die Bildung von Vergleichsfällen und das Suchen von Präjudizien seien beides „Vorgänge, die in den Funktionsbereich der Topik fallen“.

¹⁰³² Rehbock aaO, S. 142 spricht davon, daß durch die Bildung verschiedener Fallgruppen „ein Geflecht von Entscheidungsmustern“ entwickelt werde, auf dessen Basis auch neu zu entscheidende Problemkonstellationen einer sachgerechten Lösung zugeführt werden können.

Bei diesen Zurechnungsgesichtspunkten (Topoi) handelt es sich somit um durchaus aus dem System selbst ableitbare¹⁰³³, „rein juristische Gesichtspunkte“¹⁰³⁴ und jedenfalls nicht um ökonomische, soziologische, politische oder andere Argumente¹⁰³⁵, die auch im juristischen Kontext häufig in topische Argumentationsstrukturen eindringen können¹⁰³⁶.

Das im Rahmen der sich nun gleich anschließenden topischen Erörterung anzustellende „prämissensuchende Denken“, wie Viehweg es beschreibt, ist hierbei keinesfalls beliebig, seine Kriterien keinesfalls „aus der Luft gegriffen“, sondern geleitet und gebunden zugleich.

Geleitet von dem Willen, eine „gerechte Lösung im Einzelfall“¹⁰³⁷ zu finden.

Gebunden allerdings an die besondere Struktur des durch den ärztlichen Heileingriff nach der sog. Körperverletzungsdoktrin stets betroffenen Rechtsgutes Körper, welches - wie oben unter Teil C.) I.)2.) a.) bb.) eee.) schon eingehend dargelegt wurde - sowohl ein *materielles* als auch ein *persönlichkeitsbezogenes Element* besitzt.

Die im Zusammenhang der Schadensfolgenrechnung von nicht wirksam konsentierten Heileingriffen in Literatur und Rechtsprechung häufig zu lesenden Aspekte/Gesichtspunkte (also die hierbei einschlägigen „Topoi“), wie zum Beispiel: „Nichthaftung des Arztes für nicht aufklärungsbedürftige Risiken“ einerseits, sowie: „... aber nur unter der Voraussetzung einer sogenannten Grundaufklärung“ andererseits haben hierbei letztlich ihre Wurzel in der Selbstbestimmung des Patienten, die durch dieses persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes Körper geschützt ist¹⁰³⁸. Dieses Element gibt sozusagen die Basis für die beiden soeben genannten (und noch einige weitere) Topoi der Schadensfolgenrechnung ab.¹⁰³⁹

Bei diesen aus dem persönlichkeitsbezogenen Element abgeleiteten Zurechnungsgesichtspunkten handelt es sich somit - gemäß der Terminologie Viehwegs - um Topoi, die „für ein bestimmtes Fach approbiert sind“ und so „einem bestimmten Problemkreis dienen [sollen]“¹⁰⁴⁰.

An dieser Stelle zeigt sich im Rahmen einer topisch orientierten Problemerkörterung die von Larenz¹⁰⁴¹ angemahnte Notwendigkeit für einen „geordneten Gedankengang“, in dessen Zusammenhang „jedes Argument die ihm zukommende Stelle erhält“. Die bei nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlungen stets verletzte Selbstbestimmung

¹⁰³³ Vgl. Rehbock aaO, S. 181, der konstatiert, daß „topisches Denken ... auf den Gedanken der Systematisierung des Rechts nicht verzichten [kann]“. Besonders deutlich zeige sich dieser Systembezug topischen Denkens bei der Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe, einem (weiteren) zentralen Bereich der Topik. Die Interpretation z.B. von Generalklauseln erfolge zwar „in topischer Weise“, aber dabei immer „im Lichte der Gesamtrechtsordnung“, somit mithin „vor dem Hintergrund des Systems“. [alle Zitate aus Rehbock aaO, S. 181]

¹⁰³⁴ Vgl. Rehbock aaO, S. 178.

¹⁰³⁵ Rehbock aaO, S. 178 nennt alle diese zuletzt genannten Aspekte „systemfremde bzw. systemerweiternde Gesichtspunkte“.

¹⁰³⁶ Vgl. Rehbock aaO, S. 178.

¹⁰³⁷ Vgl. Rehbock aaO, S. 183 und S. 187.

¹⁰³⁸ Es handelt sich bei diesen Zurechnungsgesichtspunkten um in diesem speziellen Zusammenhang „einschlägige Argumente“ vgl. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 147; Rehbock, Topik und Recht, S. 146.

¹⁰³⁹ Dieser Schluß ist natürlich nicht zwingend und nichts ist schwieriger als die Argumentationsgesichtspunkte, die in einer topischen Untersuchung benutzt werden, am System zu verankern.

Wenn Anhänger der Topiklehre betonen, daß es u.a. auch Gesichtspunkte des „common sense“, des Sittengesetzes, der „Natur der Sache“ sind, die im Rahmen topischer Argumentation Relevanz entfalten, dann ist hiermit der Bereich der *Rechtsidee* erreicht, ein Bereich, der schon seit Jahrtausenden die Rechtsphilosophen beschäftigt. (vgl. Rehbock aaO, S. 152/ 153). Es würde den Rahmen dieser Arbeit vollkommen sprengen, auf diese rechtsphilosophische Grundfrage weiter einzugehen.

¹⁰⁴⁰ So Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 36.

¹⁰⁴¹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, 1992, S. 37.

des Patienten ist verankert in dem *persönlichkeitsbezogenen Element* des Rechtsgutes Körper. Die fallgruppenabhängig verschiedenartige Betroffenheit dieses persönlichkeitsbezogenen Elementes [hierzu schon eingehend oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.)] rechtfertigt dann nach verschiedenen Fallgruppen differenzierende Regeln der Schadensfolgenzurechnung.

Es müssen also durch Differenzierung zwischen verschiedenen Fallgruppen der rechtswidrigen Verletzung von Rechten/Rechtsgütern des § 823 I BGB im allgemeinen und des Rechtsgutes Körper im besonderen [wie sie oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) schon entwickelt wurden] sowie durch Betrachtung der in allen diesen Fallgruppen jeweils unterschiedlichen Betroffenheit des persönlichkeitsbezogenen Elementes des Rechtsgutes aus der *Struktur des Rechtsgutes* heraus spezifische, die Haftung für Schadensfolgen leitende Kriterien (Topoi) herausgearbeitet werden.

Der Verfasser ist von der Tauglichkeit einer solchen fallgruppenspezifischen, an die Struktur des Rechtsgutes Körper selbst angelehnten Schadensfolgenzurechnung gerade im Bereich der Arzthaftung wegen Fehlern der (Selbstbestimmungs-)aufklärung überzeugt, wie der Verfasser im Folgenden darzustellen versucht.

Die folgende Darstellung des Problembereiches der Haftung des Arztes für die Schadensfolgen einer rechtswidrigen Körperverletzung nach defizitärer *Selbstbestimmungsaufklärung* des Patienten ist thematisch ausnahmslos der oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) (b.) entwickelten zweiten Fallgruppe, den dort auch so bezeichneten „Dispositionsfällen“ haftungsrechtlich zuzuordnen. Fehler der *therapeutischen Aufklärung*, die haftungsrechtlich den Behandlungsfehlern gleichgestellt sind, folgen den Grundsätzen der an gleicher Stelle unter (a.) entwickelten ersten Fallgruppe, die dort auch als die sogenannten „Eingriffsfälle“ bezeichnet wurden.

Den bisherigen Ergebnissen der oben entwickelten zweiten Fallgruppe [die „Dispositionsfälle“] folgend [insofern wird umfassend nach oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) verwiesen], orientiert sich die anschließende Problemdarstellung an einer beispielsweise Auswahl von Fällen der Rechtsprechung, die in den vergangenen zwei Jahrzehnten zum Problemkomplex der Schadensfolgenzurechnung nach Verletzung der ärztlichen Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung ergangen sind. Hierbei wird die Fallgruppe der „Dispositionsfälle“ zunächst einmal in drei verschiedene Problemvarianten der Schadensfolgenzurechnung ausdifferenziert. In diesem Zusammenhang wird die jeweilige Problemvariante anhand einschlägiger Rechtsprechung analysiert und zu der jeweiligen Problemvariante, [teilweise auch zu einzelnen Urteilen innerhalb der betreffenden Problemvariante, sofern bezüglich derselben mehrere Urteile dargestellt werden] eine Stellungnahme abgegeben. In diesem Zusammenhang wird dann die speziell in dieser Arbeit vertretene topische Argumentationsmethode angewendet und dabei versucht, mit ihrer Hilfe allgemeine Kriterien zur Lösung dieser Problemvarianten zu entwickeln.

Hierbei wird eine Verfestigung der gefundenen Topoi der Schadensfolgenzurechnung angestrebt¹⁰⁴² und deren Verwendbarkeit auch auf bisher noch unbekannte Problemvarianten getestet.¹⁰⁴³

Dieser Vorgang erinnert an das Bild einer „Spiralentwicklung von Topos und Fallgruppe“, das Rehbock¹⁰⁴⁴ im speziellen Zusammenhang der Auslegung von Generalklauseln so geprägt hat.¹⁰⁴⁵

bb.) Einzelne Problemvarianten und Zurechnungstopoi

Das Problem der Schadensfolgenzurechnung bei nicht ordnungsgemäß konsentierten Heileingriffen hat sich in der Rechtsprechung bisher in Gestalt von folgenden drei Problemvarianten gestellt:

1. Problemvariante:

Der Arzt verletzt fahrlässig seine Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung und im Behandlungsverlauf verwirklicht sich ein Risiko, das selbst nicht aufklärungsbedürftig ist.

Die Intensität der Verletzung der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung kann hierbei folgendermaßen weiter ausdifferenziert werden:

- a.) Der Arzt klärt den Patienten gar nicht auf.
- b.) Es findet zwar eine Aufklärung statt, diese ist indes grob lückenhaft, so daß nach den Worten des BGH schon eine sog. „Grundaufklärung“¹⁰⁴⁶ nicht mehr gegeben ist.
- c.) Der Arzt erteilt dem Patient eine sog. „Grundaufklärung“ über die mit dem Eingriff verbundenen Risiken. Trotzdem läßt es der Arzt bzgl. einzelner

¹⁰⁴² In diesem Zusammenhang zeigt sich die „Gegenläufigkeit der individualisierenden und der generalisierenden Tendenz der Gerechtigkeit“, wobei es die generalisierende Tendenz ist, die immer zur Systematisierung drängt. (Rehbock aaO, S. 183).

¹⁰⁴³ Das sind dann die beispielhaft unter e.) bb.) ddd.) und eee.) noch zu bildende vierte und fünfte Problemvariante.

¹⁰⁴⁴ Rehbock aaO, S. 182; siehe auch schon allgemein zur Topik oben Teil C.) IV.) 2.) d.) cc.)

¹⁰⁴⁵ vgl. auch Esser, Grundsatz und Norm, S. 7, der anschaulich vom „Kreislauf zwischen Problementdeckung, Prinzipienbildung und Systemverfestigung“ spricht.

¹⁰⁴⁶ Der vom BGH in VersR 1989, 514, 516; NJW 1991, 2346, 2347 und VersR 1996, 195, 196 f. geprägte Begriff der Grundaufklärung (andeutungsweise auch bereits in BGH VersR 1984, 468, 469 li. Sp.) kann bisher noch nicht eindeutig von der „normalen“, dem Patienten regulär zu erteilenden Aufklärung abgegrenzt werden. (dazu Müller, FS Geiß, S. 461, 469 f. und Steffen, RPG 1997, 95, 97 re. Sp.).

Ein Aufklärungsfehler bei gleichzeitig gegebener Grundaufklärung bestünde nach Ansicht des BGH lediglich „... im Unterlassen einer genaueren Beschreibung eines Einzelaspekts im Rahmen des gesamten Risikospektrums“. Es wird sich hier um „eher fernliegende“, oder für den Patienten „durchaus tragbare Risiken“ handeln, deren Kenntnis für die Entschließung der meisten Patienten „nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein wird“ (alle Zitate aus BGH, VersR 1989, 514, 517 li. Sp. oben.)

Die Grundaufklärung muß stets zumindest auch die Aufklärung über das schwerste in Betracht kommende Risiko des Heileingriffes enthalten. (BGH, NJW 1991, 2346, 2347 li. Sp.; BGH in VersR 1996, 195, 196 f.) Hierbei ist besonders darauf zu achten, daß die Aufklärung über das schwerste in Betracht kommende Eingriffsrisiko für die Grundaufklärung zwar stets eine notwendige, keinesfalls aber in allen Fällen hinreichende Bedingung darstellt (vgl. in diesem Sinne Steffen, in RPG 1997, 95, 97 re. Sp.).

Risikodetails an einer Aufklärung fehlen, so daß es insgesamt an einer vollständigen (und damit wirksamen) Selbstbestimmungsaufklärung fehlt.

2. Problemvariante:

Der Arzt verletzt fahrlässig seine Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung. Es realisiert sich in der Folge genau eine solche Gefahr, über die der Arzt den Patienten vor dem Heileingriff aufgeklärt hat. Auch diese Problemvariante läßt sich - wie die erste Problemvariante - im Hinblick auf die Intensität der Aufklärungspflichtverletzung variieren bezüglich der Frage, ob eine Grundaufklärung erfolgt war oder nicht.

3. Problemvariante:

Es haben sich zwei verschiedene aufklärungsbedürftige Risiken verwirklicht. Der Patient wurde nur über eines dieser beiden Risiken, nicht aber über das zweite realisierte Risiko aufgeklärt. Auch diese Variante kann - wie die Varianten eins und zwei - wieder weiter bezüglich der Frage nach einer „Grundaufklärung“ ausdifferenziert werden.

Im Einzelnen:

aaa.) 1. Problemvariante

Der Arzt verletzt seine Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung und im Behandlungsverlauf verwirklicht sich ein Risiko, das selbst nicht aufklärungsbedürftig ist.

(a.) Darstellung anhand einschlägiger Rechtsprechung:

Ausgangspunkt der Diskussion dieser 1. Problemvariante war folgender Fall aus der Rechtsprechung:

(aa.) Urteil des OLG Karlsruhe vom 16.03.1983 - 7 U 136/ 82 in: MedR 1983, S. 190 ff.

Die Klägerin ließ Krampfadern an ihrem linken Bein veröden. Dabei kam es trotz sachgerechter Ausführung der Maßnahme zu einem nicht vermeidbaren Verschuß der Arterie. Dies war dadurch bedingt, daß bei dem Eingriff eine geringe Menge des Verödungsmittels in die Arterie gelangt war, entweder weil bei der Injektion ein kleiner Seitenast der Arterie gleichzeitig getroffen wurde, oder weil eine abnorme Verbindung zwischen Vene und Arterie bestand.

Über das Risiko, das sich hier verwirklicht hatte, brauchte nach Ansicht des OLG Karlsruhe die Klägerin (wegen seiner extremen Seltenheit) nicht aufgeklärt zu

werden¹⁰⁴⁷. Zwischenfälle dieser Art seien unstreitig in der medizinischen Literatur bis dahin nicht beschrieben gewesen¹⁰⁴⁸. Sie stellten daher kein für Eingriffe dieser Art typisches Risiko dar. Die Unterlassung der Aufklärung sei daher insoweit nicht geeignet gewesen, die Wirksamkeit der Einwilligung der Klägerin in den ärztlichen Eingriff zu beeinträchtigen.

Die Klägerin wurde vor dem Eingriff allerdings nicht über das allgemeine mit einer Krampfaderverödung verbundene Risiko aufgeklärt, was jedoch hätte geschehen müssen, so daß ein Aufklärungsfehler gegeben war.

Nach Ansicht des OLG Karlsruhe besteht eine Haftung des Arztes im vorliegenden Falle nicht, weil der bei der Klägerin verursachte Schaden „außerhalb des durch den Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm gezogenen Rahmens“¹⁰⁴⁹ liege. Nach Ansicht des Gerichtes komme es für die Schadenersatzpflicht des Arztes darauf an, ob sich gerade diejenige Gefahr verwirklicht hat, über welche die Patientin zu Unrecht nicht aufgeklärt worden war¹⁰⁵⁰. Mit anderen Worten: Eine Haftpflicht des Arztes soll nur insoweit bestehen, als sich ein Risiko verwirklicht, über das der Arzt pflichtwidrig nicht aufgeklärt hatte. Das war im vorliegenden Falle aber nicht so gewesen.

Der BGH folgte indes in späteren Urteilen dieser pauschalen Qualifizierung von realisierten nicht aufklärungsbedürftigen Risiken als für den Haftungsumfang des Arztes generell unerheblich nicht, sondern differenzierte danach, ob das realisierte aber nicht aufklärungsbedürftige Risiko nach Bedeutung und Auswirkung für den Patienten mit den mitzuteilenden Risiken *vergleichbar* ist oder nicht¹⁰⁵¹, sowie ob der Patient eine sog. „*Grundaufklärung*“ erhalten hatte oder nicht.

Grundlegend für die Differenzierungen des BGH waren die folgenden zwei nun unter (bb.) und (cc.) darzustellenden Urteile aus den achtziger Jahren:

(bb.) Urteil des BGH vom 07.02.1984, [VI ZR 188/ 82 (Oldenburg)]: BGHZ 90, 96 ff. = VersR 1984, S. 468 ff.

Beim Kläger wurde eine Rektoskopie durchgeführt. Während dieses Eingriffes kam es zu einer Perforation des Dickdarms (Sigma).

Dieses Risiko der Darmperforation war in dem vorliegenden Falle wegen extremer Seltenheit nicht aufklärungsbedürftig.

¹⁰⁴⁷ OLG Karlsruhe, MedR 1983, 190 f.

¹⁰⁴⁸ Von dem Sachverständigen, der auf diesem Gebiet „über besondere wissenschaftliche Kenntnisse und klinische Erfahrung verfügt“ wurden sie in langjähriger Praxis bei etwa drei Millionen Verödungen aber immerhin zweimal beobachtet (OLG Karlsruhe, MedR 1983, 191, re. Sp.), was – gemessen an den extrem strengen Aufklärungsanforderungen der Rechtsprechung [dazu noch unten in Teil D.) dieser Arbeit] - bereits für die Bejahung einer Aufklärungspflicht hätte ausreichen können.

¹⁰⁴⁹ OLG Karlsruhe, aaO, S. 191 re. Sp.

¹⁰⁵⁰ OLG Karlsruhe, aaO, S. 191. re. Sp.

¹⁰⁵¹ vgl. Leitsatz des BGH in BGH VersR 1989, 514 und S. 516/517.

Der Kläger war im Vorfeld der Operation jedoch nicht darüber aufgeklärt worden, daß er bei der Untersuchung erhebliche Schmerzen erdulden muß, was aufklärungsbedürftig war.

In diesem Urteil erscheint der Schmerz nun erstmals in der Spruchpraxis als *Gegenstand der Aufklärung*, nachdem er bisher in der Rechtsprechung nur bei der Frage eine Rolle gespielt hat, ob er die Einwilligungsfähigkeit des Patienten beeinträchtigen könne.¹⁰⁵²

Der BGH rechnet das Risiko erheblicher Schmerzen grds. zu den dem Patienten mitzuteilenden Umständen eines Eingriffes. Da die nötige Schmerzaufklärung nicht erfolgt war, sei die Einwilligung in den Eingriff nicht wirksam und dieser daher rechtswidrig.

Im übrigen begnügt sich der BGH mit Ausführungen speziell zum Zurechnungszusammenhang zwischen unterbliebener Aufklärung über Schmerzen und dem eingetretenen Risiko, ohne weitere grundsätzliche Erwägungen zum Komplex „Rechtswidrigkeitszusammenhang“¹⁰⁵³ anzustellen und diesen Problembereich einer abschließenden Klärung zuzuführen.

Der BGH will die durch den rechtswidrigen Eingriff (adäquat) verursachte Schadenverwirklichung [Perforation des Darms] nicht der pflichtwidrig unterlassenen Schmerzaufklärung haftungsrechtlich zurechnen. Der durch die Darmperforation entstandene Schaden falle nicht in den Schutzbereich der haftungsbegründenden Norm, aus der eine Schadenersatzpflicht des Arztes für den mangels rechtswirksamer Einwilligung des Patienten rechtswidrigen Eingriff in den Körper des Patienten folgt.¹⁰⁵⁴

Ein „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ zwischen der Pflichtverletzung des Arztes und der Verletzung der Selbstbestimmung des Patienten liege in derartigen Fällen nur insoweit vor, als sich das Risiko gerade einer schmerzhaften Behandlung verwirklicht habe.¹⁰⁵⁵ Grund hierfür sei, daß die ärztliche Verhaltenspflicht (also die Aufklärungspflicht über die Gefahr etwaiger erheblicher Schmerzempfindungen) nicht die Entscheidung des Patienten darüber ermöglichen soll, ob er Gefahren für die Gesundheit auf sich nehmen will, sondern lediglich, ob er eine vorübergehende Beeinträchtigung infolge auftauchender Schmerzen in Kauf nehmen will.

Insgesamt war bei diesem Urteil unklar geblieben, ob bei der Realisierung nicht aufklärungsbedürftiger Risiken im Rahmen eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes die Haftung des Arztes nach Ansicht des BGH grundsätzlich entfallen oder gegeben sei.

Dementsprechend wurden im Schrittmittel unterschiedliche Schlüsse aus dem o.g. Urteil gezogen.

¹⁰⁵² So Laufs/ Kern, in ihrer Anmerkung zu diesem Urteil in JZ 1984, 631.

¹⁰⁵³ Den Begriff „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ benutzt der BGH in VersR 1984, 468, 469 li. Sp. offenbar synonym mit dem Begriff „Schutzbereich der haftungsbegründenden Norm“ [Unterstreichung durch den Verfasser]: „Der dadurch entstandene Schaden fällt nämlich nicht in den Schutzbereich der haftungsbegründenden Norm...“ einerseits und „[ob] der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem mangels wirksamer Aufklärung rechtswidrigen Eingriff in den Körper des Patienten und dem dadurch verursachten Körperschaden fehlt“ andererseits.

¹⁰⁵⁴ BGH, VersR 1984, 468, 469 li. Sp.

¹⁰⁵⁵ BGH aaO, S. 469 re. Sp.

Einige sahen in diesem Urteil den Regelfall¹⁰⁵⁶ mit einer tendenziellen Neigung des BGH zur Verneinung der Zurechnung einer nicht aufklärungsbedürftigen Schadensfolge.

Andere Autoren¹⁰⁵⁷ wiederum waren mit einer solchen Schlußfolgerung zurückhaltend, weil einerseits der BGH eine generelle Entscheidung dieser Frage gerade ablehnte¹⁰⁵⁸ und andererseits sogar eine andere Tendenz des BGH anzuklingen schien.¹⁰⁵⁹

Stellungnahme zu den Urteilen unter (aa.) und (bb.)

Diesen beiden Urteilen ist zumindest im Ergebnis zuzustimmen. Die Realisierung nicht aufklärungsbedürftiger Risiken soll nach der hier vertretenen Ansicht vom Arzt jedenfalls im Grundsatz haftungsrechtlich nicht getragen werden müssen. [dazu noch mit eingehender Begründung unten unter aaa.) (b.) in der Stellungnahme zur ersten Problemvariante insgesamt].

Am Urteil des OLG Karlsruhe ist zu kritisieren, daß es für sein - keinesfalls selbstverständliches - Ergebnis keine ausreichende dogmatische Begründung gibt.

Auch das Urteil des BGH läßt im Hinblick auf seine Begründung zu wünschen übrig. Zutreffend erkennt der BGH zwar im Ausgangspunkt, daß auch der Schmerz als bloß vorübergehende Nebenfolge des Heileingriffes aufklärungsbedürftig ist, jedenfalls, wenn es sich um „erhebliche Schmerzen“ handelt.¹⁰⁶⁰ Die Schmerzaufklärung gehört - ebenso wie die Risikoaufklärung - zur erforderlichen Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten. Ist eine erforderliche Schmerzaufklärung nicht gehörig erteilt, so ist die Selbstbestimmungsaufklärung - unabhängig von der parallel erforderlichen Behandlungs- und Risikoaufklärung - unvollständig und daher die als unteilbar anzusehende Zustimmung des Patienten insgesamt unwirksam.¹⁰⁶¹

Allerdings ist die vom BGH im Rahmen dieses Urteils gewählte Begründung für den Ausschluß der Schadensersatzpflicht des Arztes bedenklich: Zuerst fällt die terminologische Unsicherheit auf, die der BGH in dem stark wechselnden (inhaltlich aber gleichgemeinten) Gebrauch der Begriffe

¹⁰⁵⁶ vgl. Anm. Giesen/Langkeit, JR 1989, 290, 292, in Fn 12 unter Verweis auf Deutsch, „Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht“, in NJW 1984, 1802, (1802).

¹⁰⁵⁷ Anm. Giesen, JR 1984, 372, 373. li. Sp.

¹⁰⁵⁸ BGH VersR 1984, 468, 469 li. Sp. Der vorliegende Streitfall nötige nicht zu der Entscheidung der Rechtsfrage, „ob stets dann, wenn fehlerhaft schon über die dem Eingriff anhaftenden Grundrisiken nicht aufgeklärt worden ist, sich aber nicht diese, sondern ein anderes, nicht aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat, der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem mangels wirksamer Aufklärung rechtswidrigen Eingriff in den Körper des Patienten und dem dadurch verursachten Körperschaden fehlt.“

¹⁰⁵⁹ „weil bei mit nicht ganz unerheblichen Risiken belasteten ärztlichen Eingriffen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, der ohne jede Kenntnis und ohne jede Information in sie einwilligt, stets die Entscheidungsfreiheit für oder gegen einen Eingriff in seinen Körper insgesamt umfaßt“. (BGH, VersR 1984, 468, 469 li. Sp.)

¹⁰⁶⁰ Zurückhaltender Laufs/ Kern, Anm. JZ 1984, 631 f.: (Schmerz-) Aufklärungspflicht nur, wenn „drohende beträchtliche Schmerzen“, die zudem den Patienten „überraschend treffen müßten“.

¹⁰⁶¹ So zutreffend Geiß/Greiner, Rz C 84.

„Schutzbereich der haftungsbegründenden Norm“ einerseits und „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ andererseits an den Tag legt. Auffallend ist zudem eine gewisse Widersprüchlichkeit der Entscheidungsbegründung.¹⁰⁶²

Der BGH betont zwar einerseits, die Einwilligung des Patienten sei unteilbar und ein auf unwirksamer Einwilligung beruhender Eingriff sei im ganzen rechtswidrig¹⁰⁶³, andererseits verneint er jedoch den Zurechnungszusammenhang zu einem Schadenrisiko, das eng und unmittelbar mit dem (einheitlichen) rechtswidrigen Eingriff verbunden ist¹⁰⁶⁴.

Jedenfalls war die Ablehnung eines Schadensersatzanspruches in diesen beiden Fällen im Ergebnis korrekt. Eine eingehende dogmatische Begründung hierzu wird sogleich unter aaa.) (b.) in der Stellungnahme zu dieser ersten Problemvariante insgesamt erfolgen.

(cc.) Urteil des BGH vom 14.02.1989 (VI ZR 65/88): BGHZ 106, 391 ff. = VersR 1989, 514 ff.

War das soeben unter (bb.) dargestellte Urteil des BGH sehr stark auf den betreffenden Einzelfall bezogen so erfolgte eine grundsätzliche Klärung der Problematik dieser ersten Problemvariante durch den BGH im Urteil BGH, VersR 1989, 514 ff. , insbes. S. 516/517, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Der beklagte Arzt verabreicht einem Patienten, der ihn wegen Schmerzen im rechten Schultergelenk aufsucht, eine intraartikuläre Injektion mit einem kortisonhaltigen Präparat in das Schultergelenk. Die Spritze führt zu einer eitrigen Entzündung des Schultergelenks, die auf den Körper übergreift und den Tod des Patienten zur Folge hat. Die Klage der Hinterbliebenen wurde - neben dem Vorwurf mangelnder aseptischer Vorsorgemaßnahmen - auf eine unzureichende ärztliche Aufklärung des Patienten gestützt. Dieser Klage gibt der BGH in Übereinstimmung mit dem OLG

¹⁰⁶² Vgl. die kritische Besprechung D. Giesen, JR 1984, 372 ff.; vgl. auch Giesen/ Langkeit Anm. JR 1989, 290, 292.

¹⁰⁶³ Vgl. BGH, VersR 1984, 468, 469 li. Sp. : Bei wirksamer Erteilung der Einwilligung „gilt sie uneingeschränkt“. Wird die Einwilligung versagt, „oder, was dem gleich steht, ist sie mangels ausreichender Aufklärung rechtsunwirksam“, dann will der Patient die Behandlung nicht dulden „und zwar insgesamt nicht“.

¹⁰⁶⁴ Vgl. D. Giesen, Anmerkung JR 1984, 372 (373); ebenso Giesen/ Langkeit Anm. JR 1989, 290, 292.

Nach Ansicht des BGH (BGH, VersR 1984, 468, 469) solle die hier verletzte ärztliche Verhaltenspflicht, [also die Pflicht zur Aufklärung über die Gefahr etwaiger erheblicher Schmerzempfindungen] nicht die eigenständige Entscheidung des Patienten darüber ermöglichen, ob er etwaige *Gefahren* für seine Gesundheit auf sich nehmen will, sondern ausschließlich die Entscheidung darüber, ob er eine etwaige vorübergehende Beeinträchtigung seines Befindens infolge auftauchender *Schmerzen* in Kauf nehmen will. BGH wörtlich aaO, S. 469 re. Sp.: „Ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Arztes und der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten liegt in derartigen Fällen nur insoweit vor, als sich das Risiko gerade einer schmerzhaften Behandlung verwirklicht hat. Wenn darüber hinaus angesichts der Ungefährlichkeit des Eingriffs keine Risiken einer Gesundheitsbeschädigung bestehen, über die der Patient aufgeklärt werden müßte, ist daher die unterlassene Aufklärung über etwaige erhebliche Schmerzen der Gesundheitsbeschädigung des Patienten infolge einer doch noch eingetretenen Komplikation während des Diagnoseeingriffs haftungsrechtlich nicht zuzurechnen“.

Frankfurt/M. in dem hiesigen Urteil statt.

Analyse:

Der Schwerpunkt der Entscheidung liegt in der Frage, ob die Folgenzurechnung gerechtfertigt ist, *obwohl* die Auswirkung der verursachten Entzündung über das Schultergelenk hinaus mit der Folge einer tödlichen Sepsis eine *ganz atypische Entwicklung* ist, als Risiko der Kortisoninjektion in das Schultergelenk in den einschlägigen medizinischen Handbüchern nicht beschrieben wird und daher vor dem Eingriff auch nicht aufklärungsbedürftig war.

Der BGH stellt zunächst fest, der beklagte Arzt hätte den Patienten über die Gefahr einer Infektion des Gelenks mit der möglichen Folge einer Schulterversteifung aufklären müssen¹⁰⁶⁵. In diesem Zusammenhang bestätigt diese Entscheidung die klassische Linie des BGH, wonach die Aufklärungsbedürftigkeit eines Risikos, sowie der Umfang der gebotenen Aufklärung von dem konkreten Gewicht abhängen, das dieses Risiko für diesen individuellen Patienten besitzt¹⁰⁶⁶.

Weiter führt der BGH – im Anschluß an BGHZ 90, 96, (101 f.) = VersR 1984, 468 [469] – aus, die Einwilligung des Patienten sei *unteilbar*, sie könne in den ärztlichen Eingriff „nur insgesamt erteilt oder verweigert werden“¹⁰⁶⁷. Bestehe ein Aufklärungsdefizit, so sei der Eingriff „insgesamt wegen der fehlenden Einwilligung des Patienten rechtswidrig“ und würde deswegen bei Verschulden des Arztes „zur Haftung für alle Schadensfolgen aus der Behandlung führen“¹⁰⁶⁸.

Der Senat stellt damit deutlich fest, daß bei nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen die Haftung des Arztes auch für Schäden, die aus nicht aufklärungsbedürftigen Risiken entspringen die *Regel*, ein *Ausschluß der Haftung* dagegen eine eng umgrenzte Ausnahme darstellt.¹⁰⁶⁹

In diesem Zusammenhang äußert sich der BGH auch zu seinem soeben unter aaa.) (a.) (bb.) schon vorgestellten Urteil von 1984 indem er dessen Ausnahmecharakter betont¹⁰⁷⁰ und erteilt hiermit all denen eine Absage, die gerade in diesem Urteil den Regelfall erblickten¹⁰⁷¹. Auch in BGHZ 90, 96 wäre nach der vorliegenden Entscheidung eine Haftung des Arztes grundsätzlich zu bejahen gewesen, hätten nicht – aus der Sicht des BGH- Besonderheiten vorgelegen, die eine Ausnahme von der Regel rechtfertigten.

Die Tatsache, daß die Infektion - was nur unter besonders unglücklichen Umständen eintritt und worüber deshalb der Patient vor dem Eingriff nicht aufzuklären war - darüber hinaus nicht mehr aufzuhalten gewesen ist, und letztlich wegen der aufgetretenen Sepsis zu dem Tod des Patienten geführt hat, sei zwar eine vom Beklagten *nicht vorauszusehende* und von ihm in seine ärztlichen Überlegungen grds. auch nicht

¹⁰⁶⁵ BGH, VersR 1989, 514 f.

¹⁰⁶⁶ vgl. Anm. Giesen/Langkeit, JR 1989, 290; im einzelnen zu Art und Umfang der Aufklärung noch unten in Teil D.) in dieser Arbeit.

¹⁰⁶⁷ BGH, VersR 1989, 514, 516 re. Sp., bestätigt auch durch BGH NJW 1991, 2346, 2347 li. Sp.

¹⁰⁶⁸ Alle Zitate aus BGH, VersR 1989, 514, 516. re. Sp.

¹⁰⁶⁹ ebenso diese Einschätzung vertretend Anm. Giesen/Langkeit, JR 1989, 290, 291 (re. Sp.).

¹⁰⁷⁰ „Die Entlastung von der Haftung wird auch eher die Ausnahme sein müssen“ (so BGH, VersR 1989, 514, 517. li. Sp.)

¹⁰⁷¹ So Anm. Giesen/ Langkeit, JR 1989, 290, 292. li. Sp.

einzubeziehende Schadensfolge. Für sie habe er aber, wie auch sonst im Haftungsrecht, ohne Rücksicht darauf einzustehen. Dieser Schaden, der Tod des Patienten, gehöre nicht einem anderen, mit dem allgemeinen Eingriffsrisiko nicht zusammenhängenden Bereich an, sondern sei im Gegenteil gerade Ausfluß des bei der Aufklärung im großen und ganzen anzusprechenden, unter Umständen folgenschweren Infektionsrisikos.

Der BGH differenziert in diesem Urteil nun zur Konkretisierung seines soeben angedeuteten Regel-/Ausnahme-Verhältnisses den Zurechnungszusammenhang bei nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlungen in drei Varianten¹⁰⁷², wobei für den BGH jedoch nur in einer dieser Varianten ein Ausschluß des Zurechnungszusammenhanges in Betracht kommen soll.

(aaa.) Erste Variante:

Hier realisiert sich ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko bei fehlender Grundaufklärung des Patienten.

Der BGH geht mittlerweile in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß ein Ausschluß der Arzthaftung für nicht aufklärungsbedürftige Risiken des Eingriffes überhaupt nur dann in Betracht kommt, wenn der Arzt dem Patienten zumindest eine sogenannte „Grundaufklärung“ erteilt hat.¹⁰⁷³

Fehlt die Grundaufklärung, dann könne sich der Patient nicht wirklich gegen den Eingriff entscheiden, was ihm die Grundaufklärung ihrem Sinn und Zweck nach gerade ermöglichen soll. In einem solchen Falle rechtfertigt sich die Haftung des Arztes für sämtliche Schadensfolgen des Eingriffes durch die Überlegung, daß „*überhaupt kein Anhaltspunkt*“ mehr dafür besteht, daß der Patient irgendwelche Risiken – seien sie auch noch so bedeutungslos und damit nicht aufklärungsbedürftig – in Kauf nehmen will“.¹⁰⁷⁴

Im gleichen Sinne hat der BGH bei mangelhafter Grundaufklärung des Patienten auch in BGH NJW 1991, 2346 f. und in BGH VersR 1996, 195 ff. entschieden.

(bbb.) Zweite Variante:

Die erforderliche Grundaufklärung ist geschehen. Es hat sich ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko verwirklicht, welches mit dem pflichtwidrig nicht aufgeklärten Risiko in keinem Zusammenhang steht.

Auch wenn der Patient eine Grundaufklärung erhalten hat, das Aufklärungsdefizit somit lediglich klein ist und sich ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko realisiert hat, liegt nach Ansicht des BGH der Zurechnungszusammenhang zu nicht aufklärungsbedürftigen Risiken grundsätzlich vor.

Die Zurechnung sei bei gegebener Grundaufklärung nur dann ausnahmsweise zu verneinen, wenn das realisierte nicht aufklärungsbedürftige Risiko mit den

¹⁰⁷² Differenzierung begründet in VersR 1989, 514, 516 f. und bestätigt in BGH NJW 1991, 2346, 2347 li. Sp.

¹⁰⁷³ Zur näheren Erläuterung des Begriffes „Grundaufklärung“ siehe schon oben zu Beginn dieses Kapitels e.) in bb.), sowie ebenfalls noch in Teil D.) dieser Arbeit.

¹⁰⁷⁴ So zutreffend Anm. Giesen/Langkeit JR 1989, 290, 291. re. Sp.

mitzuteilenden Risiken „hinsichtlich der Richtung, in der sich diese auswirken können, und nach der Bedeutung für die künftige Lebensführung des Patienten nicht vergleichbar ist; gleichzeitig besteht das Aufklärungsversäumnis des Arztes, auf das der Patient seine Klage stützt etwa nur im Unterlassen einer genaueren Beschreibung eines Einzelaspekts im Rahmen des gesamten Risikospektrums“¹⁰⁷⁵.

Diese Vergleichbarkeit der Risiken fehlte nach Ansicht des Senats in der unter (bb.) dargestellten vorangegangenen Entscheidung, wo dem Patienten lediglich pflichtwidrig verschwiegen worden war, er habe bei einem erforderlichen Diagnoseeingriff starke Schmerzen zu befürchten, sich dann aber ein anderes, selbst nicht aufklärungsbedürftiges Risiko, nämlich das der Darmperforation, verwirklicht hatte.

Auf die obige Analyse und Stellungnahme zu dieser Entscheidung wird an dieser Stelle verwiesen.

Nach dem BGH¹⁰⁷⁶ fehle es in einem solchen Falle an einer sachlichen Rechtfertigung dafür, „...dem Patienten seinen Schaden nur wegen des in eine ganz andere Richtung zielenden Aufklärungsdefizits vom Arzt abnehmen zu lassen“.

(ccc.) Dritte Variante:

Es ist - wie in der zweiten Variante - eine Grundaufklärung erfolgt, der Patient wurde also lediglich über einen relativ geringfügigen aufklärungsbedürftigen Aspekt pflichtwidrig nicht aufgeklärt.

Wiederum tritt eine nicht aufklärungsbedürftige Schadensfolge ein, die jedoch gerade im Folgebereich genau jener Gefahr (hier: Infektion) liegt, über die der Arzt pflichtwidrig nicht aufgeklärt hat.¹⁰⁷⁷

Den hier zu entscheidenden Fall ordnet der BGH schließlich dieser dritten Variante zu, in der nach seiner Auffassung der Zurechnungszusammenhang gegeben ist.

Der Arzt hat [wie in der zweiten Variante unter (bbb.)] nur die Aufklärung über einen Teilaspekt versäumt und es hat sich wiederum ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko (hier: der Tod des Patienten) verwirklicht. Jedoch liegt in dieser dritten Variante das eingetretene Risiko im Folgebereich genau jener Gefahr (Infektion), über die der Arzt pflichtwidrig nicht aufgeklärt hat.

Der eingetretene Schaden (der Tod des Patienten) gehöre nicht einem anderen, mit dem allgemeinen Eingriffsrisiko nicht zusammenhängenden Bereich an, sondern sei umgekehrt gerade Ausfluß des mit der Aufklärung im Großen und Ganzen anzusprechenden, unter Umständen folgenschweren Infektionsrisikos. Der realisierte Schaden falle deshalb nicht aus dem Schutzbereich der vom Arzt verletzten Verhaltensnorm heraus und sei deshalb vom Arzt zu ersetzen.¹⁰⁷⁸

Zusammenfassend kann man der soeben analysierten Entscheidung des BGH den Grundsatz entnehmen, daß nach der Rechtsprechung des BGH der Arzt im Falle einer Verletzung der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung für sämtliche durch die

¹⁰⁷⁵ BGH, VersR 1989, 514, 516 f.

¹⁰⁷⁶ BGH, VersR 1989, 514, 517 li. Sp.

¹⁰⁷⁷ vgl. Anm. Giesen/Langkeit, JR 1989, 290, 292 re. Sp.

¹⁰⁷⁸ BGH, VersR 1989, 514, 517 li. Sp.

Behandlung realisierten, ja sogar ursprünglich nicht aufklärungsbedürftigen Risiken haftet.

Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn aufklärungspflichtiges und verwirklichtes Risiko nach Auswirkung und Richtung nicht miteinander vergleichbar sind, diese Risiken also völlig beziehungslos nebeneinander stehen und der Patient zumindest eine sog.

„Grundaufklärung“ erhalten hat.¹⁰⁷⁹

Insgesamt betrachtet sind die Anforderungen der Rechtsprechung an die Einschränkung der Haftung des Arztes für nicht aufklärungsbedürftige Schadensfolgen einer nicht wirksam konsentierten Heilbehandlung als ausgesprochen streng anzusehen.

(b.) Stellungnahme zur ersten Problemvariante insgesamt / Anwendung der Topik

Ich möchte meine Stellungnahme zum zuletzt gerade unter aaa.) (a.) (cc.) dargestellten BGH-Urteil, sowie zur Problematik der Schadensfolgenrechnung in dieser ersten Problemvariante insgesamt mit folgendem Zitat von Hauß¹⁰⁸⁰ aus seiner Anmerkung zu diesem Urteil beginnen, der ich mich im Ergebnis anschließe:

„Mangelnde Patientenaufklärung sollte sich haftungsrechtlich nur dahin auswirken, daß der Patient solche konkreten Folgen der Therapie dem Arzt zur Last legen kann, deren möglicher Eintritt erörterungsbedürftig war und vor der Zustimmungsentscheidung einer Abwägung bedurfte“. Eine solche Auffassung „... entwertet nicht das Rechtsprinzip der erforderlichen Aufklärung, sondern setzt ihm die notwendigen Grenzen“.

Wie schon mehrfach im Rahmen dieser Arbeit dargelegt, würde im vorliegenden Falle der mangels ausreichender Einwilligung des Patienten nach der sogenannten Körperverletzungsdoktrin eine rechtswidrige Körperverletzung im Sinne des § 823 I BGB darstellende Heileingriff nach dem Grundsatz der Totalreparation grundsätzlich zu einer Haftung des Arztes für sämtliche Schadensfolgen¹⁰⁸¹ des Heileingriffes führen. Für eine eventuelle Haftungseinschränkung des Arztes können im Kontext der teleologischen Reduktion des durch § 249 I BGB angeordneten Prinzips des Totalersatzes nach der hier vertretenen Auffassung – wie oben unter Teil C.) IV.)2.)d.) schon ausführlich dargestellt wurde – ausschließlich mittels der Methode der Topik, der wertenden Fallvergleiche und Fallanalyse, Zurechnungsgesichtspunkte erarbeitet werden.

Im Rahmen dieser notwendigen Differenzierung und Unterscheidung von verschiedenen Fällen, dient es der sachgerechten Lösung als ersten Schritt, die Fallgruppe des *Behandlungsfehlers* [der der Fehler der *therapeutischen Aufklärung* zuzuordnen ist] mit der Fallgruppe des *Fehlers der Selbstbestimmungsaufklärung* zu vergleichen. Innerhalb der Fallgruppe des Selbstbestimmungsaufklärungsfehlers werden dann weitere Differenzierungen vorgenommen.

¹⁰⁷⁹ vgl. auch Anm. Giesen/Langkeit, JR 1989, 290, 293, li. Sp.

¹⁰⁸⁰ Anm. Hauß VersR 1989, 517, 518 li. Sp.

¹⁰⁸¹ speziell zur Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern statt vieler MüKo /Mertens § 823 Rz 455;

Einschränkungen bzw. Unterschiede in der Schadenszurechnung zwischen diesen verschiedenen Fallgruppen können dann geboten sein, wenn sie besondere, eine Differenzierung erfordernde Gesichtspunkte (Topoi) aufweisen.

Vergleicht man die Fallgruppe des *Behandlungsfehlers* mit der Fallgruppe des *Fehlers der Selbstbestimmungsaufklärung*, dann lassen sich erhebliche Unterschiede zwischen beiden Haftungssituationen ausmachen.

Hauß¹⁰⁸² hat dies in folgendem Zitat angedeutet, aber nicht weiter konkretisiert [kursiv durch den Verfasser]:

„Es ist immerhin etwas anderes, ob ein Arzt eine medizinisch *nicht vertretbare* gefahrträchtige *Therapie* durchführt oder ob er es bei einer richtigen, jedenfalls vom ärztlichen Gutachter als vertretbar angesehenen Therapie an einer *vollständigen Aufklärung* über in seltenen Fällen mögliche Gefährdungen hat fehlen lassen“. Im Falle eines ärztlichen Kunstfehlers sei „...der sogenannte Rechtswidrigkeitszusammenhang weit zu ziehen und auch bei einem ganz ungewöhnlichen Verlauf ... zu bejahen“.¹⁰⁸³

Hauß vergleicht in diesem Zitat die Fallgruppe des Behandlungsfehlers¹⁰⁸⁴ mit der Fallgruppe des Fehlers der Selbstbestimmungsaufklärung. In beiden Fällen begeht der Arzt eine rechtswidrige und schuldhaft Körperverletzung. Dennoch sollen nach Hauß beide Fälle im Hinblick auf den Umfang der wegen dieser Körperverletzung zu ersetzenden Schadensfolgen nicht gleich behandelt werden. Hauß bedient sich in diesem Zusammenhang sicherlich mehr unbewußt als bewußt in geradezu klassischer Weise der Methode der Topik, der vergleichenden Analyse verschiedener Fallgruppen, um einen als Problem empfundenen Zustand, bezüglich dessen das System des deutschen Schadensersatzrechtes keine befriedigende Lösung bieten kann, durch Herausarbeitung der in diesen Fallgruppen unterschiedlichen Kriterien einer „gerechten“ Lösung zuzuführen.

Dieser von Hauß sicherlich so korrekt empfundene, von ihm aber nicht weiter herausgearbeitete Unterschied zwischen diesen beiden unterschiedlichen Fallgruppen ärztlicher Haftung wegen rechtswidriger Körperverletzung [Behandlungsfehler bzw. Fehler der therapeutischen Aufklärung einerseits/ fehlerhafte Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten andererseits] dürfte in Folgendem bestehen:

Ein *Behandlungsfehler* ist unproblematisch eine rechtswidrige Körperverletzung. Er ist vergleichbar mit einem sonstigen vorsätzlichen oder fahrlässigen Angriff auf den Körper des Verletzten. Alle diese Fälle sind der oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) schon gebildeten ersten Fallgruppe rechtswidriger Rechts(guts)verletzungen, den dort auch so bezeichneten „Eingriffsfällen“ zuzuordnen.

In allen diesen Fällen hat der Rechts(guts)träger im Hinblick auf die rechtswidrige Verletzung seines Rechts(gutes) *keinerlei Dispositionsentscheidung* getroffen.

¹⁰⁸² Anm. Hauß, VersR 1989, 517, 518 li. Sp.

¹⁰⁸³ Hauß, aaO, S. 518 li. Sp.

¹⁰⁸⁴ Hauß, aaO, S. 518 li. Sp. benutzt in diesem Zusammenhang den Begriff „ärztlicher Kunstfehler“.

Das Opfer eines Deliktes oder Unfalles wird ähnlich wie ein Patient, demgegenüber der Arzt einen Behandlungsfehler begeht, von einer solcherart beschaffenen Körperverletzung gleichsam „überrascht“.

Ebenso wie das Opfer eines Deliktes oder Unfalles willigt auch ein Patient in einen Behandlungsfehler von vornherein nicht ein¹⁰⁸⁵, ja er denkt noch nicht einmal über die konkrete Möglichkeit eines Behandlungsfehlers nach. Bezüglich eines Behandlungsfehlers trifft der Patient grundsätzlich keinerlei Dispositionsentscheidung¹⁰⁸⁶. Sowohl das *materielle* als auch das *persönlichkeitsbezogene Element* des durch den Heileingriff betroffenen Rechtsgutes Körper ist im Falle eines Behandlungsfehlers in vollem Umfange bezüglich des Eingriffes im ganzen verletzt.

Dem Geschädigten gebührt in dieser Fallgruppe im Hinblick auf den Umfang der zu ersetzenden Schadensfolgen somit *uneingeschränkter Schutz*.

Eine Einschränkung der Haftung des Arztes auf lediglich bestimmte Schadensfolgen kommt im Falle eines *Behandlungsfehlers* (gleiches gilt für die als Behandlungsfehler zu qualifizierende fehlerhafte *therapeutische Aufklärung*) im Grundsatz nicht in Betracht.¹⁰⁸⁷

Im Falle eines Behandlungsfehlers fallen vielmehr sämtliche durch den Eingriff adäquat-kausal realisierte Risiken grundsätzlich in den vom Arzt zu verantwortenden Gefahrenbereich.^{1088 1089}

Anders stellt sich die Situation nach der hier vertretenen Ansicht in solchen Fällen dar, in denen die Rechtswidrigkeit einer Rechts(guts)verletzung [im hier relevanten Kontext speziell der Körperverletzung] auf Fehlern der *Dispositionsentscheidung* des Rechtsgutsträgers über sein Rechtsgut beruht.

Dies ist die oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) schon gebildete zweite Fallgruppe rechtswidriger Rechts(guts)verletzungen, die der Verfasser dort stichwortartig auch als die „Dispositionsfälle“ bezeichnet hat.

¹⁰⁸⁵ Ausnahmen bestehen eventuell bei der Einwilligung eines Patienten in eine sog. „Außenseitermethode“, wenn man diese rechtlich als „Behandlungsfehler“ qualifiziert.

¹⁰⁸⁶ Das zeigt sich umgekehrt auch daran, daß sowohl die Möglichkeit, daß dem Arzt ein etwaiger Behandlungsfehler unterlaufen kann (dazu Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 4. Auflage, Rz C 12) als auch diejenigen Eingriffsrisiken, die durch einen Behandlungsfehler sich realisieren können (zu letzterem Steffen/Dressler, *Arzthaftungsrecht*, Rz 374) nicht aufklärungsbedürftig sind.

¹⁰⁸⁷ Unabhängig hiervon gelten außerhalb der Arzthaftung die von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Problemvarianten zur Reduzierung der Haftung des Schädigers für Schadensfolgen einer tatbestandlich rechtswidrigen Schädigung des Opfers selbstverständlich weiter. Fast alle diese Problemvarianten können den hier so bezeichneten „Eingriffsfällen“ zugerechnet werden, haben aber in der Arzthaftung kaum Relevanz. Vgl. hierzu speziell die topischen Untersuchungen von Friese, *Haftungsbegrenzung für Folgeschäden*, insbes. S. 133 ff. und Lüer, *Die Begrenzung der Haftung*, insbes. S. 137 ff., sowie Lang, *Normzweck und Duty of Care*, S. 124 ff., insbes. S. 131 ff. der den Normzweckgedanken mit Hilfe einer topisch orientierten Methode in einzelnen Problemkonstellationen durcharbeiten will; Die im Rahmen der hier vorliegenden Arbeit relevanten speziellen Probleme der Schadensfolgenzurechnung des Arztes sind allerdings nicht Gegenstand dieser recht allgemein gehaltenen Untersuchungen.

¹⁰⁸⁸ im Ergebnis ebenso Steffen, *RPG*, 1997, 95, 97 re. Sp.: „Der Arzt, der ohne medizinische Indikation behandelt [Anm: Auch der medizinisch nicht indizierte Eingriff ist ein Behandlungsfehler (so Ehlers/Brogli, *Arzthaftungsrecht*, Rz. 632 unter Verweis auf OLG Düsseldorf, *NJW* 1985, 684)] muß für alle negativen Auswirkungen seines Behandeln haften, nicht nur für die Risiken, die seine Behandlung kontraindizieren“.

¹⁰⁸⁹ ausgenommen sind auch hier wieder die sehr seltenen Fälle inadäquater Schadensfolgen, die unbestrittenermaßen schon wegen fehlender Adäquanz nicht zugerechnet werden.

In diese Fallgruppe gehört im Arzthaftungsrecht die Problemlage des *Fehlers der Selbstbestimmungsaufklärung* des Patienten.

Auch bei fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten ist der Heileingriff des Arztes mangels ordnungsgemäßer Einwilligung des Patienten im Ergebnis eine rechtswidrige Körperverletzung.

Das *materielle Element* des Rechtsgutes Körper ist auch in dieser Fallgruppe - genau wie in der ersten Fallgruppe, den sog. „Eingriffsfällen“- bezüglich des Eingriffs im ganzen rechtswidrig verletzt.

Anders verhält es sich hierbei indes mit dem stets gleichzeitig betroffenen *persönlichkeitsbezogenen Element* des Rechtsgutes Körper. In Fällen fehlerhafter Dispositionsentscheidungen ist dieses nämlich keinesfalls stets als bezüglich des Eingriffes im ganzen verletzt anzusehen.

Vielmehr ist die Selbstbestimmung (und damit das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes Körper) desjenigen Patienten, der in einen Heileingriff einwilligt, im Grundsatz nur bezüglich derjenigen Risikopunkte verletzt, bzgl. derer der Patient pflichtwidrig nicht aufgeklärt wurde, denn die Persönlichkeitsverletzung knüpft in den Fällen einer nicht wirksamen Rechts(guts)disposition gerade nicht an die realisierte körperliche Folge des Eingriffs, sondern an die Willensbeeinträchtigung durch das konkrete Aufklärungsdefizit an.¹⁰⁹⁰

Kein Aufklärungsdefizit und damit auch keine Verletzung des persönlichkeitsbezogenen Elementes des Rechtsgutes Körper besteht in diesen Fällen bzgl. derjenigen Risiken, die nicht aufklärungsbedürftig sind.¹⁰⁹¹

Dieser fallgruppenabhängige Unterschied in der Verletzung des persönlichkeitsbezogenen Elementes des Rechtsgutes Körper beim Behandlungsfehler einerseits wie beim Fehler der Selbstbestimmungsaufklärung andererseits des in beiden Fallgruppen jeweils rechtswidrig verletzten Rechtsgutes „Körper“ legt auch eine fallgruppenabhängig variierte Zurechnung der Schadensfolgen des Eingriffes an den Rechtsgutsverletzer als sachgerecht nahe.¹⁰⁹²

Anders als in der unter Teil C.)I.)2.)a.)bb.)eee.) entwickelten ersten Fallgruppe [den sogenannten „Eingriffsfällen“], wo der Patient den ihm gegenüber geschehenen Behandlungsfehler im Vorfeld des Heileingriffes nicht in Erwägung zieht und dies auch nicht muß, setzt sich in den sogenannten „Dispositionsfällen“ der unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) entwickelten zweiten Fallgruppe der Patient einer Gefahrenlage wissentlich

¹⁰⁹⁰ vgl. dazu Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 239, der allerdings in solchen Fällen das APR als stets zusätzlich zum Rechtsgut Körper in tatbestandlich relevanter Weise verletztes „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB ansieht: „Der Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts ist hingegen enger auf das nicht mitgeteilte Risiko ausgerichtet, denn die Persönlichkeitsrechtsverletzung knüpft gerade nicht an die realisierte körperliche Folge, sondern an die Willensbeeinträchtigung durch das konkrete Aufklärungsdefizit an“.

¹⁰⁹¹ a.A. Steffen RPG 1997, 95, 96 f. Steffen sieht - ebenfalls wie im Rahmen dieser Arbeit vertreten - in den Rechtsgütern Körper und Gesundheit die Autonomie ihres Trägers mitverbürgt. Er zieht hieraus allerdings andere haftungsrechtliche Konsequenzen, wenn er feststellt, daß „diese Verschmelzung des Selbstbestimmungsrechts im Integritätsschutz als dem Schutzziel der Patientenaufklärung“ es ausschließe, „die Haftung des säumigen Arztes auf die Schadensfolgen der zwar aufklärungspflichtigen, von ihm aber nicht genannten Einzelrisiken zu beschränken“.

¹⁰⁹² An dieser Stelle befindet sich der Übergang von der Phase der auf topische Weise zu bewerkstellenden *Auffindung* aller in einem Problembereich bestehenden besonderen Gesichtspunkte und deren anschließende *Bewertung* [dazu Rehbock, Topik und Recht, S. 147: „Dem Auffinden der möglichen Argumente, das in einem ersten Schritt in topischer Weise geschieht, folgt erst in einem zweiten Schritt die eigentliche rechtliche Beurteilung“.]

aus und dies im Grundsatz unabhängig von der Rechtswirksamkeit seiner Einwilligung. Durch die Abwägung von unvermeidbaren Operationsrisiken im Vorfeld des Heileingriffes kalkuliert der Patient in den „Dispositionsfällen“ mit Risiken, mit denen er - anders als beim Risiko des Behandlungsfehlers in Bezug auf einen solchen - nicht kalkulieren muß.

Dieses veränderte Bewußtsein des Patienten in der zweiten Fallgruppe im Gegensatz zur ersten rechtfertigt eine andere Bemessung desjenigen Gefahrenbereiches der Heilbehandlung, den der Arzt im Falle einer unwirksamen Patientenaufklärung bzw. / – einwilligung und einer *deswegen* rechtswidrigen Körperverletzung im Ergebnis zu tragen hat. Soweit in Fällen der zweiten Fallgruppe die Selbstbestimmung des Patienten nicht verletzt ist [und das kann logischerweise nur im Hinblick auf die jeweils einzelnen aufklärungsbedürftigen Risikopunkte beurteilt werden] soll nach der hier vertretenen Ansicht der Arzt nicht für die Realisierung von Risiken der Heilbehandlung einstehen müssen. Dieser Ansatz ist von fundamentaler Bedeutung für den weiteren Fortgang dieses Kapitels e.) .

Speziell im Hinblick auf die hier gegenständliche erste Problemvariante der sogenannten „Dispositionsfälle“ [= bei einem nicht wirksam konsentierten Heileingriff verwirklicht sich ein vor dem Eingriff nicht aufklärungsbedürftiges Risiko siehe(a.)(cc.)(aaa.)] kann somit festgestellt werden:

Die Realisierung nicht aufklärungsbedürftiger Risiken ist nach der hier vertretenen Ansicht im Grundsatz ein *eigenes Risiko* des Verletzten, dessen Realisierung er nicht im Wege des Schadensersatzanspruches auf den Arzt verlasten kann.¹⁰⁹³

Schon Lürer¹⁰⁹⁴ hat die haftungsrechtliche Besonderheit dieser hier so bezeichneten und dargestellten „Dispositionsfälle“ im Ansatz erkannt, wenn er zu der von ihm vertretenen Haftungsbegrenzung nach dem erhöhten Risiko allgemein folgendes ausführt: „[Unter anderem] wird die Gefährdung beeinflusst durch das Überraschungsmoment, das mit der unerlaubten Handlung verbunden ist. Kann der Bedrohte die Gefahr erkennen und sich auf sie einstellen [Anm.: dies kommt der oben unter Teil C.) I.) 2.) bb.) eee.) als „Dispositionsfälle“ bezeichneten zweiten Fallgruppe, in die die Problematik der *Selbstbestimmungsaufklärung* fällt, zumindest nahe], so wird die Gefährdung anders zu beurteilen sein, als wenn sie dem Bedrohten kein Entkommen gestattet [Anm.: Das ist die oben unter Teil C.) I.) 2.) bb.) eee.) als „Eingriffsfälle“ bezeichnete erste Fallgruppe, in die der *Behandlungsfehler* und der ihm gleichgestellte *Fehler der therapeutischen Aufklärung* fällt]. Setzt sich der Bedrohte freiwillig einer erkennbaren Gefährdung aus, so kann sie unterschiedlich bewertet werden, je nach dem Sinn dieser Handlungsweise.“¹⁰⁹⁵

¹⁰⁹³ Ähnlich auch der Standpunkt von Park, Das System des Arzthaftungsrechts, S. 59: Nach Park nehme der Patient mit der Einwilligung [unabhängig von deren Wirksamkeit] in das Behandlungsprogramm das Risiko der Verwirklichung der nicht aufklärungspflichtigen Gefahren in Kauf.

Vgl. auch Weber-Steinhaus, Sonderdeliktsrecht, S. 287 f, insbes. S. 288: Der Arzt könne, „wenn der Patient zumindest über Art und Umfang der Behandlung ins Bild gesetzt worden war und sich auch über deren allgemeinen Schweregrad nicht im unklaren befand“ ... „nicht allein deshalb, weil sich zufälligerweise neben oder anstelle dieses [=aufklärungsrelevanten] Risikofaktors andere Gefahren materialisieren, plötzlich haftpflichtig werden, obwohl bezüglich dieses zusätzlichen Risikofaktors eine gesonderte Aufklärungspflicht eben nicht begründet werden kann“.

¹⁰⁹⁴ Lürer, Die Begrenzung der Haftung, S. 135.

¹⁰⁹⁵ Vgl. auch Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 144, der den - von ihm so bezeichneten - Gesichtspunkt der „Unentrinnbarkeit“ des Schadensereignisses für den Geschädigten als bedeutend für die Schadensfolgenzurechnung herausgearbeitet hat, wenngleich aber Friese nicht - wie der Verfasser - zwischen den hier so bezeichneten „Eingriffsfällen“ und den „Dispositionsfällen“ unterscheidet. Die vor allem im Arzthaftungsrecht zentralen Raum einnehmenden „Dispositionsfälle“, in denen der Geschädigte in eine

Letztlich steht hinter dieser Differenzierung die Erwägung, daß in den hier so bezeichneten „Dispositionsfällen“ der zweiten Fallgruppe, in der der Rechtsgutsträger einem Eingriff in sein Gut zustimmt und es hierdurch wissentlich einer Gefahrenlage aussetzt, er insgesamt geringer schutzwürdig ist, als in den sogenannten „Eingriffsfällen“ der ersten Fallgruppe. Dieser Aspekt geringerer Schutzwürdigkeit des Rechtsgutsträgers in den hier so bezeichneten „Dispositionsfällen“ kommt übrigens auch bei derjenigen Ansicht in der Literatur zum Vorschein, die die Problematik der Arzthaftung überhaupt ausschließlich nach einem vertragsrechtlichen Konzept lösen will.¹⁰⁹⁶

Eine solche nach Fallgruppen differenzierende Bestimmung des Umfanges der zu ersetzenden Schadensfolgen bei rechtswidriger Verletzung des Rechtsgutes Körper ist keinesfalls inkonsequent oder inkonsistent¹⁰⁹⁷, sondern trägt vielmehr dem modernen, - oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) ddd.) dargestellten - Verständnis der Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB als „besondere Persönlichkeitsrechte“ Rechnung. Diese „besonderen Persönlichkeitsrechte“ vereinigen sowohl ein materielles als auch ein persönlichkeitsbezogenes Element in der oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) ddd.) und eee.) schon eingehend beschriebenen Weise in sich. Dieser besonderen Struktur dieser Rechtsgüter wird im Falle von deren rechtswidriger Verletzung durch eine nach Fallgruppen differenzierende Schadensfolgenzurechnung im Rahmen der Haftungsausfüllung Rechnung getragen. Hierbei wird zur Erörterung dieser Problematik die Methode der Topik gewählt, also es werden auf induktive Weise verschiedene Fallgruppen nach ihren Unterschieden und Gemeinsamkeiten miteinander verglichen. Als im Sinne der Topik „konsensfähiges Kriterium“ der Schadenszurechnung wird hierbei der Aspekt der (verletzten) Selbstbestimmung des Patienten herangezogen, der in dem persönlichkeitsbezogenen Element des Rechtsgutes Körper verankert ist. Aus diesem Element werden dann zahlreiche Einzelfalldifferenzierungen entwickelt. Die hierbei maßgeblichen Gesichtspunkte („Topoi“) sind keinesfalls „aus der Luft gegriffen“, sondern in dem persönlichkeitsbezogenen Element des Rechtsgutes Körper selbst verankert, wie schon oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) ddd.) und eee.) ausführlich dargelegt wurde.

Nach der hier vertretenen Ansicht werden Schadensfolgen, die aus der rechtswidrigen Verletzung des Körpers entspringen dem Schädiger nur insoweit zugerechnet als auch *beide Elemente* (das materielle wie auch das persönlichkeitsbezogene Element) des betroffenen Rechtsgutes verletzt sind. In den sog. „Dispositionsfällen“ ist aber - wie gesehen - das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes bezüglich ursprünglich nicht aufklärungsbedürftiger Risiken nicht verletzt, was einer Schadenersatzpflicht des

Rechts(guts)verletzung einwilligt und sich hierbei gleichzeitig einer spezifischen Gefahrenlage aussetzt, behandelt Friese nicht.

¹⁰⁹⁶ So verneint Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, S. 89 grundsätzlich die Anwendbarkeit deliktischer Haftungsregeln im Arzthaftungsrecht mit der Begründung, daß derjenige, der sich in sozialen Kontakt zu einem anderen begeben, und diesem bestimmte Güter im Rahmen der Sonderverbindung zugänglich mache, sich des diesen Gütern innewohnenden deliktsrechtlichen Primärschutzes entäußere. (krit. dazu Katzenmeier, Arzthaftung, S. 84/85 in Fn 55).

¹⁰⁹⁷ Vgl. zu den von Hart, FS Heinrichs, S. 291, 308 kritisch so bezeichneten „Rechtsgutsvermischungen“, die primär durch Haftungsausfüllungsüberlegungen veranlaßt seien und „deren Stringenz diskussionsbedürftig ist“.

Arztes auch wegen solcher Risiken nach der hier vertretenen Ansicht insoweit jedenfalls im Grundsatz entgegensteht.

Speziell bezogen auf die hier gegenständliche erste Problemvariante der sogenannten „Dispositionsfälle“ läßt sich nach der hier vertretenen Ansicht somit folgender Haftungsgrundsatz aufstellen:

Der Arzt haftet im Grundsatz für solche Schadensfolgen eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes nicht, bezüglich derer im Vorfeld des Heileingriffes gar keine Aufklärungspflicht besteht, weil insoweit das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes Körper nicht verletzt ist.

In diesem Zusammenhang kann es auch keine Rolle spielen, ob das realisierte nicht aufklärungsbedürftige Risiko im Folgebereich einer pflichtwidrig nicht aufgeklärten Gefahr sich befindet oder nicht. Entscheidend sollte sein, daß die realisierte Folge, „außerhalb jeder ärztlichen Erfahrung lag“¹⁰⁹⁸ Insoweit ist die vom BGH in VersR 1989, 514, 516 f. entwickelte Differenzierung abzulehnen.

Ausnahmen:¹⁰⁹⁹

Der Haftungsumfang des Arztes bei Verletzung der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten kann allerdings keinesfalls immer in der hier einschlägigen ersten Problemvariante in dieser pauschalen Weise auf den Kanon aufklärungsbedürftiger Risiken beschränkt werden.

Denn jedenfalls bei schwereren Verletzungen der Aufklärungspflicht, - die Rechtsprechung spricht in diesen Fällen von fehlender „Grundaufklärung“ - ist eine solche pauschale Orientierung des wegen der Körperverletzung zu leistenden Schadensersatzes am thematischen Kanon aufklärungsbedürftiger Risiken nicht mehr vertretbar.

Das bei fehlender Grundaufklärung sehr gravierende Aufklärungsdefizit verletzt das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes Körper in diesem Falle dann so schwerwiegend, daß das persönlichkeitsbezogene Element dann ebenfalls als bezüglich des rechtswidrigen Heileingriffes *im Ganzen* verletzt anzusehen ist, mit der Folge, daß sämtliche Schadensfolgen vom Arzt ersetzt werden müssen.¹¹⁰⁰

Daß der Patient in einem solchen Falle möglicherweise durchaus zwar über das eine oder andere Eingriffsrisiko im Bilde ist, ändert insoweit an diesem Ergebnis nichts.

¹⁰⁹⁸ So zutreffend auch Anm. Hauß, VersR 1989, 517.

¹⁰⁹⁹ Zu „Prinzip und Gegenprinzip“ in einer topisch orientierten Methode der Schadens(folgen)zurechnung vgl. Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 130; so kommt es zu einer „Systembildung und zu einem Schema logischer Über- und Unterordnung“ von Problemregeln, (so Esser, Grundsatz und Norm, S.7); vgl. auch Friese aaO, S. 128 ff.; Aufgabe des „System“ sei: „es stellt das richtige Verhältnis von Regel und Ausnahme her und geht von der Einsicht aus, daß Grundsätze - selbst wenn sie sich als Axiome gebärden - nur dann funktionieren können, wenn man sie sachgerecht durchbrechen darf“, (so wörtlich Esser, aaO, S.7) Auf diese Weise entsteht allmählich ein „bewegliches System von Entscheidungsregeln der Zurechnung“ (Lang aaO, S. 130.)

¹¹⁰⁰ Diese Ausnahme vertritt im Ergebnis auch Weber-Steinhaus, S. 288. Fehle es bereits „an jedweder Unterrichtung über Art und Umfang der Behandlung“, so habe der Arzt „für sämtliche Behandlungsauswirkungen einzustehen“.

Insoweit ist die hier entwickelte Lösung mit der grundsätzlichen Konzeption des BGH identisch.

Zusammenfassend wird man sämtliche in dieser ersten Problemvariante sich stellenden Fragen der Schadensfolgenzurechnung nach der hier vertretenen Ansicht in folgender Weise einordnen und lösen können:

a.) Die sog. „Grundaufklärung“ ist erfolgt.

Es kommen in diesem Falle ohnehin lediglich leichte Aufklärungspflichtverletzungen des Arztes in Betracht, da die „Grundaufklärung“ nach der Definition der Rechtsprechung zur Voraussetzung hat, daß dem Patienten zumindest eine grobe Vorstellung von der Schwere des Eingriffes gegeben worden ist.

In diesen Fällen besteht nach der hier vertretenen Ansicht keine Haftung des Arztes für ursprünglich nicht aufklärungsbedürftige Risiken des Heileingriffes und dies unabhängig davon, ob diese Risiken im Folgebereich des pflichtwidrig nicht aufgeklärten Risikos stehen oder nicht.¹¹⁰¹

Der vorhin unter aaa.) (a.) (cc.) dargestellte Fall des BGH ist daher nicht zutreffend entschieden. Die Haftung des Arztes hätte verneint werden müssen, weil jedenfalls das konkret eingetretene Risiko nicht aufklärungsbedürftig war und die sog. Grundaufklärung erfolgt war.

b.) Die sog. „Grundaufklärung“ ist nicht erfolgt:

Dies sind solche Fälle, in denen das Aufklärungsdefizit als schwerwiegend anzusehen ist. Hier ist die Selbstbestimmung des Patienten so gravierend verletzt worden, daß das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes Körper in diesem Falle - ebenso wie in den sog. „Eingriffsfällen“ der oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) entwickelten ersten Fallgruppe - als bezüglich des Heileingriffes im ganzen verletzt anzusehen ist.

Der Arzt haftet in einem solchen Falle genauso wie bei einem Behandlungsfehler für sämtliche durch seinen Heileingriff adäquat-kausal realisierte Risiken, also auch für die ursprünglich nicht aufklärungsbedürftigen Risiken.

Andererseits ist zu berücksichtigen, daß die Verletzung der Selbstbestimmung des Patienten auch bei fehlender Grundaufklärung jedenfalls nicht ohne weiteres zu einer tatbestandlichen Verletzung des APR. als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB (ggf. zusätzlich zum verletzten Rechtsgut Körper) führt.

c.) Krass eigenmächtige Behandlung des Arztes

In ganz extrem gelagerten Fällen kann es vorkommen, daß der Arzt den Patienten überhaupt nicht, also nicht einmal grob lückenhaft [wie unter b.) bei fehlender Grundaufklärung], über Risiken des Eingriffes aufklärt, oder den Patienten gar gegen dessen ausdrücklich geäußerten Willen behandelt.

In solchen Fällen, - die der oben unter Teil C.) I.) 2.) a.) bb.) eee.) entwickelten dritten Fallgruppe, den dort so bezeichneten „Eigenmachtsfällen“ zugeordnet wurden¹¹⁰² - , kann man auch von einer „eigenmächtigen Behandlung“ im engeren Sinne sprechen.

¹¹⁰¹ Ebenso Anm. Hauß, VersR 1989, 517 f.

¹¹⁰² „Eigenmächtig“ ist die ärztliche Behandlung nach der hier verwendeten Terminologie somit nicht schon bei jedem bloßen Aufklärungsfehler, sondern nur dann, wenn gar keine Aufklärung erfolgte oder gegen den direkt erklärten Patientenwillen behandelt wird. Letzteres kann auch sein, wenn eine im Vorfeld der Operation vom Patienten erklärte Einwilligungsgrenze durch den Arzt überschritten wird. (zum Begriff der „Eigenmacht“ im hier vertretenen Sinne vgl. auch Weber-Steinhaus, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, S. 65 ff.).

In solch engen Ausnahmefällen kommt neben der uneingeschränkten Haftung des Arztes wegen Verletzung des Körpers aus § 823 I BGB auf Ersatz aller daraus entstehenden materiellen wie immateriellen Schäden *zusätzlich* noch ein Anspruch des Patienten auf Schmerzensgeld wegen Verletzung seines APR. als „sonstiges Recht“ nach § 823 I BGB in Betracht.

bbb.) 2. Problemvariante:

(a.) Darstellung

Die soeben dargestellte, zwischen verschiedenen Problemlagen differenzierende Methode der Schadensfolgenrechnung hat zu verschiedenen Regeln/ Gesichtspunkten der Schadenszurechnung bei nicht ordnungsgemäß konsentierten Heilbehandlungen geführt, wenn sich ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko verwirklicht hat [die erste Problemvariante der sogenannten „Dispositionsfälle“].

Diese Regeln finden nun in der hier vorliegenden zweiten Problemvariante der „Dispositionsfälle“ eine Bestätigung.

Folgende Konstellation liegt dieser zweiten Problemvariante zugrunde:

Der Arzt hat die Selbstbestimmungsaufklärung nur unvollständig betrieben. Es hat sich in der Folge ausschließlich eine solche Gefahr verwirklicht, über die der Arzt den Patienten vor dem Eingriff konkret aufgeklärt hat.

Diese Problemvariante harrete lange Zeit einer Entscheidung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Die Literatur hat sich bisher ebenfalls mit dieser Problemvariante kaum befaßt.

Die hohen Hürden, die der BGH zur Einschränkung der Schadensfolgenrechnung in der 1. Problemvariante aufgestellt hatte, ließen vermuten, daß auch in der 2.

Problemvariante der BGH die Haftung des Arztes als insgesamt begründet ansieht, er also auch das konkret aufgeklärte Risiko dem Arzt bei der Haftung wegen fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung zurechnen würde.

Diesen Schluß zogen Giesen, Langkeit¹¹⁰³ und auch Steffen.¹¹⁰⁴

Diese Fallgruppe hat der BGH indes in einem jüngst ergangenen Urteil andersartig gelöst und eine Haftung des Arztes verneint, wenn der Arzt den Patienten jedenfalls über das später allein eingetretene Risiko unterrichtet hat, die Aufklärung im übrigen aber unvollständig war.

¹¹⁰³ Anm. Giesen/Langkeit, JR 1989, 290, 293 und Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 306.

¹¹⁰⁴ Steffen, RPG 1997, 95, 98 re. Sp. (jedenfalls für den Fall fehlender Grundaufklärung).

Hierzu:

Urteil des BGH v. 15.02.2000 [VI ZR 48/99 (Karlsruhe)], BGHZ 144,1 = MedR 2001, 42 ff.

Die Klägerin wurde im Alter von drei Monaten mit Zustimmung ihrer Mutter mit einer Grundimmunisierung gegen Diphtherie, Tetanus, Pertussis und Haemophilus Typ B sowie im Wege der Schluckimpfung mit einem dreifach-lebend Impfstoffpräparat gegen Kinderlähmung (Poliomyelitis) geimpft. Wenige Tage nach der zweiten Polio-Impfung erkrankte der Impfling an Kinderlähmung.

Vor der Impfung wurde die Mutter mit einem Merkblatt über das Risiko von „Lähmungen“ aufgeklärt.

Über weitere - hier nicht relevant gewordene - Risiken des Eingriffs (z.B. Meningo-Encephalitis, Krampfanfälle etc.) war die Mutter nicht aufgeklärt worden.

Analyse:

Der BGH verneint die Haftung des Arztes trotz des Aufklärungsfehlers, weil die Mutter jedenfalls über das konkret eingetretene Risiko aufgeklärt worden war.

Daß die Mutter – so die Revisionserwiderung der Klägerin – über zusätzliche Risiken (z.B. Meningo-Encephalitis, Krampfanfälle etc.) des Eingriffs pflichtwidrig nicht aufgeklärt worden war, rechtfertigt nach Ansicht des BGH keine andere Beurteilung des Falles.

„Hat sich nämlich wie im Streitfall gerade dasjenige Risiko verwirklicht, über das aufgeklärt werden mußte und tatsächlich auch aufgeklärt worden ist, so spielt es regelmäßig keine Rolle, ob bei der Aufklärung auch andere Risiken der Erwähnung bedurften.

Vielmehr hat der Patient in Kenntnis des verwirklichten Risikos seine Einwilligung gegeben, so daß von daher aus dem Eingriff keine Haftung hergeleitet werden kann.“¹¹⁰⁵

Auffallend ist, daß der BGH sich in diesem Urteil nicht dazu äußert, ob die Verneinung der Haftung des Arztes in dieser zweiten Problemvariante noch weitere Voraussetzungen hat, ob also auch in dieser Problemvariante eine sog. „Grundaufklärung“ über die allgemeine Schwere des Eingriffs für die Verneinung der Schadenszurechnung des aufgeklärten Risikos Voraussetzung ist.

Nach dem Wortlaut der hier zu besprechenden Entscheidung scheint der BGH das Erfordernis einer Grundaufklärung in Problemvariante zwei wohl eher zu verneinen,¹¹⁰⁶ wenngleich er von der Notwendigkeit einer Grundaufklärung auch in dieser Problemvariante in einem früheren obiter dictum auszugehen schien.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁵ So der BGH wörtlich in MedR 2001, 42, 44.

¹¹⁰⁶ BGH, MedR 2001, 42, 44 [Unterstreichung durch mich]: „Hat sich nämlich wie im Streitfall gerade dasjenige Risiko verwirklicht, über das aufgeklärt werden mußte und tatsächlich auch aufgeklärt worden ist, so spielt es regelmäßig keine Rolle, ob bei der Aufklärung auch andere Risiken der Erwähnung bedurften“.

¹¹⁰⁷ Hierzu BGH, NJW 1991, 2346, 2347 li. Sp.: „In derartigen Fällen [Anm: dem Patient ist „über die Grundaufklärung bereits ein Eindruck von der Art und dem Schweregrad des Eingriffs vermittelt worden“ und im übrigen nur die Aufklärung über „bestimmte Einzelrisiken oder Risikodetails“ nicht erfolgt] kann die Einstandspflicht des Arztes für die eingetretene Schadensfolge den Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten übersteigen, wenn sich im Schaden ein Risiko verwirklicht, über das der Arzt den Patienten tatsächlich aufgeklärt hat [Anm: das ist die hier relevante zweite Problemvariante] oder über das er ihn gar nicht aufzuklären brauchte [Anm: das ist die vorhin unter aaa.) bearbeitete erste Problemvariante]“.

Daß der BGH in der zweiten Problemvariante tatsächlich dem Kriterium der „Grundaufklärung“ für die Fallentscheidung keine Bedeutung beimißt, ergibt sich viel deutlicher noch aus einer Formulierung in einem kurz danach vom BGH gefällten dritten Urteil¹¹⁰⁸, das sofort anschließend in der gleich noch unter ccc.) darzustellenden dritten Problemvariante behandelt wird.

In diesem Urteil sagt der BGH ausdrücklich, daß er den Begriff der Grundaufklärung bisher „nur für eine ganz besondere Fallgruppe herangezogen [hat], wenn es ... um ein äußerst seltenes, nicht aufklärungsbedürftiges Risiko ging, das sich dann aber doch bei dem Eingriff verwirklicht hat“. [Das ist genau die vorhin unter aaa.) zuerst dargestellte erste Problemvariante.]

Ebenso läßt das die vorliegende zweite Problemvariante betreffende Urteil in diesem Fall unklar, ob für die Verneinung der Schadensfolgenrechnung die zusätzliche Voraussetzung gilt, daß das realisierte Risiko nicht im Folgebereich der pflichtwidrig nicht aufgeklärten Gefahr stehen muß (so wie es nach der Rechtsprechung in der ersten Problemvariante sein soll).

Im Ergebnis bedeutet dies nach dem BGH:

Klärt der Arzt den Patienten pflichtwidrig nur über einzelne von mehreren aufklärungspflichtigen Risiken auf, so haftet er jedenfalls dann nicht, wenn sich – bei im übrigen unvollständiger Aufklärung des Patienten – *ausschließlich* ein mitgeteiltes Risiko realisiert.¹¹⁰⁹

(b.) Stellungnahme zur zweiten Problemvariante/Anwendung der Topik.

Diese neueste Tendenz der Rechtsprechung, eine Haftung des Arztes wegen nicht wirksam konsentierter Heilbehandlung ohne weitere Voraussetzungen auf der Ebene der Haftungsausfüllung zu verneinen, wenn sich *ausschließlich* das mitgeteilte Risiko realisiert hat, steht in bemerkenswertem Widerspruch zu den extremen Hürden, die der BGH vor der Nichtzurechnung eines realisierten, ursprünglich nicht aufklärungsbedürftigen Folgerisikos in der ersten Problemvariante aufgestellt hat.

Bei wertendem Vergleich der beiden Problemvarianten zeigt sich indes, daß diese verschiedenartigen Maßstäbe der Schadensfolgenrechnung nicht gerechtfertigt sind.

Die Situation ist hier ähnlich wie in der ersten Problemvariante:

Bezüglich des dort realisierten Risikos war die Selbstbestimmung des Patienten und damit das persönlichkeitsbezogene Element seines Rechtsgutes Körper nicht verletzt, weil bezüglich dieses Risikos keine Aufklärungspflicht bestanden hatte.

In der hier relevanten zweiten Problemvariante bestand zwar eine Aufklärungspflicht bezüglich des eingetretenen Risikos, diesbezüglich war aber die Selbstbestimmung des

Der BGH scheint in dem hier zitierten Urteil wohl davon auszugehen, daß in *beiden* Problemvarianten eine sog. „Grundaufklärung“ Voraussetzung für eine Einschränkung der Folgenrechnung ist.

¹¹⁰⁸ BGH VersR 2001, 592, 593 li. Sp. oben.

¹¹⁰⁹ Diesen Schluß zieht auch Gehrlein in VersR 2001, 593.

Patienten und damit das persönlichkeitsbezogene Element seines Rechtsgutes Körper deswegen nicht verletzt, weil der Patient genau über dieses Risiko aufgeklärt war.

Wenn der BGH in der ersten Problemvariante jedenfalls in der Regel die Zurechnung nicht aufklärungsbedürftiger Folgerisiken bejaht, dann spricht von einem derartigen Ausgangspunkt betrachtet nichts dafür, in der hier gegenständlichen zweiten Problemvariante die Zurechnung konkret aufgeklärter Risiken zu verneinen. Beide Problemvarianten sind sich darin gleich, daß bezüglich des realisierten Eingriffsrisikos die Selbstbestimmung des Patienten, [genauer: das *persönlichkeitsbezogene Element* des betroffenen Rechtsgutes Körper] nicht verletzt ist. Beide Varianten sollten daher auch einheitlich entschieden werden, entweder, daß der Arzt stets für sämtliche realisierten Risiken eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes haftet oder - so der hier vertretene Ansatz - daß die Folgenzurechnung an dem Umfang der Verletzung des persönlichkeitsbezogenen Elementes des Rechtsgutes Körper orientiert wird.

Wenngleich dem hier gegenständlichen Urteil des BGH im Ergebnis zugestimmt werden kann, ist schon an dieser Stelle nicht zu verkennen, daß die Rechtsprechung des BGH bei Vergleich der Problemvarianten eins und zwei insgesamt eine starke Widersprüchlichkeit aufweist.

Dieses hier in der zweiten Problemvariante entwickelte Prinzip der Nichtzurechnung eines konkret aufgeklärten Eingriffsrisikos erhält indes nach der hier vertretenen Ansicht - wie in der ersten Problemvariante - wieder sein Gegenprinzip in dem Erfordernis einer sogenannten „Grundaufklärung“¹¹¹⁰.

Ist keine Grundaufklärung erfolgt, so ist - wie in der ersten Problemvariante - das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes Körper derart schwerwiegend verletzt, daß es als bezüglich des Eingriffs im ganzen verletzt anzusehen ist.

Eine Einschränkung der Schadensfolgenzurechnung bei Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung ist nämlich nach der hier vertretenen Ansicht immer dann nicht möglich, wenn der Patient schon keine Grundaufklärung erhalten hat.

Auch in Problemvariante zwei zeigt sich wieder der Vorteil der topischen Argumentationsweise:

Durch Vergleich verschiedener Problemvarianten (hier: Problemvariante eins und zwei) werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen diesen Fallkonstellationen in induktiver, vom Problem ausgehender Art und Weise herausgearbeitet. In diesem Zusammenhang zeigt sich, daß zwischen diesen beiden Problemvarianten keine grundsätzlichen Unterschiede bestehen, sie somit nach den gleichen Grundsätzen gehandhabt werden sollten.

Hierbei erweist sich auch in der zweiten Problemvariante das *persönlichkeitsbezogene Element* des Rechtsgutes Körper als ein konsensfähiges Kriterium für die Zurechnung der zu ersetzenden Schadensfolgen. Die Konsensfähigkeit dieses Kriteriums ergibt sich ebenso wie in Problemvariante eins daraus, daß es aus der besonderen Struktur des durch den Heileingriff betroffenen Rechtsgutes Körper hergeleitet wird.

Ebenso wie in der ersten Problemvariante werden auch in der zweiten Problemvariante die Schadensfolgen der Heilbehandlung vom Arzt nur insoweit ersetzt, als das

¹¹¹⁰ A.A. wohl Geiß/Greiner Arzthaftpflichtrecht, Rz C 157 a.E.: „Soweit die Aufklärung über ein verwirklichtes Risiko zur Ausgrenzung dieses Risikos aus der Haftung führen sollte, würde auch die Notwendigkeit zur Unterscheidung einer Grundaufklärung innerhalb der Aufklärung entfallen“.

persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes Körper verletzt ist. Das ist im konkreten Fall bezüglich des aufgeklärten Risikos der Kinderlähmung nicht der Fall.

Insoweit

ist das Urteil des BGH zur zweiten Problemvariante zutreffend. Allerdings gilt nach der hier vertretenen Ansicht - insoweit abweichend vom BGH - auch in der zweiten Problemvariante für die Einschränkung der Folgenhaftung das Erfordernis einer sog. Grundaufklärung.

ccc.) 3. Problemvariante:

(a.) Darstellung:

Die dritte Problemvariante, stellt sich dergestalt dar, daß sich zwei aufklärungsbedürftige Risiken verwirklichen, der Patient indes nur über eines der beiden Risiken aufgeklärt wurde.

Diese Konstellation lag dem Urteil des BGH vom 30.01.2001 [VI ZR 353/ 99 (Hamm)], VersR 2001, 592 f. zugrunde, das folgenden Sachverhalt hatte:

Der Kläger unterzog sich wegen Bandscheibenbeschwerden einer Operation. Diese Operation führte beim Kläger sowohl zu einer Peronäusparese als auch zur Impotenz.

Über das Risiko der Impotenz ist der Kläger nicht aufgeklärt worden. Von einer Aufklärung über das Risiko der Peronäusparese ist das Revisionsgericht ausgegangen.

Der Mangel der Aufklärung über die Impotenz mache nach Ansicht des BGH die Einwilligung des Klägers in den Heileingriff unwirksam und führe in der Folge auch zur Haftung wegen aller anderen realisierten Risiken, unabhängig von der Frage, ob über diese aufgeklärt wurde oder nicht.

Hierzu der BGH wörtlich in VersR 2001, 592: "Es kann dahinstehen, ob der Kläger über das Risiko einer Peronäusparese aufgeklärt worden ist, das sich unstreitig bei ihm verwirklicht hat. Das Berufungsgericht hat diese Frage offen gelassen, so daß für das Revisionsverfahren von einer Aufklärung über dieses Risiko auszugehen ist.Hierauf kommt es jedoch im Streitfall nicht an, weil bereits das oben unter 1 erörterte Aufklärungsversäumnis [Anm. also die versäumte Aufklärung über die Impotenz] die Haftung des Beklagten für die gesamten Folgen des Eingriffs prägt".

Analyse:

Dieses Urteil stellt einen Bruch zum soeben dargestellten Urteil in der zweiten Problemvariante dar. Hier in der dritten Problemvariante könnte man in Anlehnung an den vom BGH in der zweiten Problemvariante entwickelten Haftungsgrundsatz daran denken, eine Einstandspflicht des Arztes für die Peronäusparese (Fußheberschwäche) abzulehnen, weil der Kläger nach den Feststellungen des BGH jedenfalls insoweit aufgeklärt worden war.

Diese Konsequenz zieht indes der BGH im vorliegenden Falle nicht.

Eine Haftung des beklagten Arztes folge daraus, daß er eine Aufklärung über das tatsächlich verwirklichte Risiko der Impotenz versäumte. Rechtsfolge dieses

Aufklärungsfehlers sei die Haftung für sämtliche Körperschäden einschließlich der (aufgeklärten !) Fußheberschwäche ohne Rücksicht auf die insoweit erteilte Aufklärung.

Im Ergebnis läßt sich diesem Urteil folgender Schluß entnehmen:

Klärt der Arzt den Patienten pflichtwidrig nur über einzelne von mehreren Risiken auf, so haftet er nur dann nicht, wenn sich *ausschließlich* ein mitgeteiltes Risiko realisiert, dann aber sogar unabhängig von der Frage einer Grundaufklärung.

Dagegen haftet der Arzt ohne Einschränkung für sämtliche realisierten Risiken, wenn sich neben dem tatsächlich aufgeklärten noch ein pflichtwidrig nicht aufgeklärtes Risiko realisiert.

Die Aufklärung über ein später eingetretenes Risiko entbindet den Arzt also nicht von seiner Haftung diesbezüglich, wenn sich zusätzlich zu dem aufgeklärten Risiko noch ein anderes Risiko, über das keine Aufklärung erfolgte, verwirklicht.

Auch in dieser dritten Problemvariante soll es auf die Frage, ob eine sog. Grundaufklärung erteilt worden war, ebenfalls nicht ankommen.¹¹¹¹

(b.) Stellungnahme zur dritten Problemvariante:

Diesem Urteil des BGH ist im Ergebnis nicht zuzustimmen.

Es ist zwar im Ausgangspunkt zutreffend, daß wenn der Arzt die ordnungsgemäße Aufklärung des Patienten über aufklärungsbedürftige Risiken versäumt, die Einwilligung des Patienten in den Heileingriff insgesamt unwirksam, der Heileingriff damit insgesamt rechtswidrig ist, und der Arzt somit insgesamt für sämtliche sich realisierenden Folgerisiken haftet.¹¹¹²

Allerdings ergibt sich in dieser dritten Problemvariante keinerlei relevanter Unterschied zur zweiten Problemvariante. Wenn dort die Zurechnung des aufgeklärten Risikos an den Arzt vom BGH zutreffend verneint wurde, weil der Patient über das realisierte Risiko im Bilde war, dann muß dies konsequenterweise auch in der dritten Problemvariante bezüglich des realisierten aufgeklärten Risikos so ein. Ob sich zusätzlich zu dem konkret aufgeklärten Risiko noch ein weiteres pflichtwidrig nicht aufgeklärtes Risiko realisiert hat, ist bezüglich der Zurechnung des konkret aufgeklärten Risikos nach der hier vertretenen Ansicht unerheblich.

Betrachtet man alle drei bisher dargestellten Problemvarianten (aaa) bis ccc.) , so ist jede einzelne verglichen mit den jeweils beiden anderen Problemvarianten vom BGH widersprüchlich entschieden.

Dies einmal deswegen, weil es nach Ansicht des BGH nur in der ersten Problemvariante, nicht aber in der zweiten und dritten Variante auf eine sogenannte „Grundaufklärung“ für die Schadensfolgenzurechnung ankommen soll.

Zudem werden diejenigen Fälle unterschiedlich behandelt, in denen sich ein aufklärungsbedürftiges, aber in concreto tatsächlich aufgeklärtes Risiko realisiert hat, je nachdem, ob daneben sich noch weitere nicht aufgeklärte aufklärungsbedürftige Risiken realisiert haben oder nicht. (Problemvarianten zwei und drei)

¹¹¹¹ So BGH, VersR 2001, 592, 593 li. Sp.; Zu diesem Urteil siehe auch die Anm. von Gehrlein, VersR 2001, 593.

¹¹¹² Vgl. BGH, VersR 2001, 592 f.

Das volle Ausmaß der Widersprüchlichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung in diesem gesamten Bereich der Schadensfolgenzurechnung bei nicht wirksam konsentierten Heileingriffen offenbart sich dann, wenn man durch die Kombination dieser drei Problemvarianten weitere Problemvarianten bildet.

Hierzu zwei Beispiele, die man als vierte und fünfte Problemvariante bezeichnen könnte:

ddd.) 4. Problemvariante:

Eine Grundaufklärung ist unterblieben. Realisiert hat sich ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko (A), sowie ein aufklärungsbedürftiges Risiko (B), über das der Patient auch aufgeklärt worden war. Der Unterschied zur dritten Problemvariante besteht hier darin, daß das zusätzlich zum konkret aufgeklärten Risiko sich realisierende Risiko ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko ist.

Hierbei stellt sich die Frage, ob der BGH die Schadenszurechnung bei jedem Risiko isoliert nach bestimmten Zurechnungsregeln vornimmt, oder - wie in der dritten Problemvariante - eine „Pauschallösung“ vertritt. Für die isolierte Zurechnung der einzelnen Schadensfolgen könnte immerhin sprechen, daß es sich bei den realisierten Risiken um verschiedenartige Risiken (nicht aufklärungsbedürftiges Risiko A einerseits, aufklärungsbedürftiges Risiko B andererseits) handelt.

Bei isolierter Betrachtung würde Risiko A nach dem Grundsatz der ersten Problemvariante dem Arzt wohl zugerechnet werden, weil die Grundaufklärung fehlt, was die Nichtzurechnung eines nicht aufklärungsbedürftigen Risikos - auch nach der insoweit zutreffenden Rechtsprechung des BGH - stets ausschließt.

Die Zurechnung von Risiko B isoliert betrachtet, könnte nach dem Grundsatz der zweiten Problemvariante vom BGH deswegen verneint werden, weil genau über dieses Risiko der Patient aufgeklärt wurde; daß im übrigen sogar die Grundaufklärung unterblieben ist, soll nach Ansicht des BGH in der zweiten Problemvariante - wie schon gezeigt - unerheblich sein.

Gegen dieses nach kombinierten Zurechnungsregeln gefundene Ergebnis könnte allerdings möglicherweise die vom BGH in der dritten Problemvariante entwickelte Zurechnungsregel sprechen, wonach die Zurechnung eines realisierten aufklärungsbedürftigen und auch konkret aufgeklärten Risikos nur dann ausgeschlossen sein soll, wenn *ausschließlich* dieses Risiko sich realisiert hat.

In der hier gebildeten vierten Problemvariante hat sich aber neben dem aufgeklärten aufklärungsbedürftigen Risiko B auch noch das (nicht aufklärungsbedürftige) Risiko A realisiert. Der Unterschied zur dritten Problemvariante besteht hierbei - wie schon gezeigt - darin, daß das zweite sich realisierende Risiko (=Risiko A) ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko ist.

Die widersprüchliche Rechtsprechung des BGH in den bisher dargestellten drei Problemvarianten führt an dieser Stelle zu Ratlosigkeit. Wie der BGB einen solchen Fall einmal entscheiden mag, kann nicht vorhergesagt werden.

Gemäß den aus dem im Rahmen dieser Arbeit vertretenen topischen Lösungskonzept entwickelten Zurechnungsregeln würden in dieser Problemvariante sämtliche Risiken des Eingriffes dem Arzt haftungsrechtlich zugerechnet werden, weil schon keine Grundaufklärung als nach der hier vertretenen Ansicht in *allen* diesen „Dispositionsfällen“ stets notwendige Voraussetzung einer Haftungseinschränkung für Schadensfolgen gegeben ist.

Das *persönlichkeitsbezogene Element* des verletzten Rechtsgutes Körper ist in der hier gebildeten vierten Problemvariante wegen der fehlenden Grundaufklärung derart gravierend verletzt, daß es als bezüglich des Eingriffes im ganzen verletzt anzusehen ist. Dieser Umstand schließt nach der hier vertretenen Ansicht jederlei Haftungseinschränkung bezüglich einzelner adäquat-kausal verursachter Schadensfolgen schon im Ansatz aus.

eee.) 5. Problemvariante:

Die Grundaufklärung ist geschehen.

Ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko A, sowie ein aufklärungsbedürftiges Risiko B, über das aufgeklärt wurde, haben sich realisiert. Zusätzlich hat sich noch ein weiteres, pflichtwidrig nicht aufgeklärtes Risiko C realisiert.

Es ist schon fraglich, wie der BGH die Folgenrechnung handhaben würde, wenn sich im vorliegenden Fall lediglich die Risiken A und B realisiert hätten. Bei isolierter Betrachtung der Risiken könnte sowohl die Zurechnung des Risiko B als auch des Risiko A verneint werden, wobei nach dem BGH bezüglich Risiko A noch die weitere Voraussetzung erfüllt sein müßte, daß es nicht im Folgebereich eines pflichtwidrig nicht aufgeklärten Risikos stehen darf.

Bei Gesamtbetrachtung beider Risiken könnte die Nichtzurechnung von Risiko B nach dem BGH aber auch in diesem Falle wieder daran scheitern, daß sich nicht nur dieses, sondern auch noch das (nicht aufklärungsbedürftige) Risiko A realisiert hat. (vgl. hierzu nochmals die vom BGH in der dritten Problemvariante entwickelte Zurechnungsregel).

Nach der hier vertretenen Ansicht werden beide Risiken nicht zugerechnet, weil bezüglich beider Risiken die Selbstbestimmung des Patienten nicht verletzt ist und der Patient insoweit die sog. Grundaufklärung erhalten hatte.

Verkompliziert wird die Lage im vorliegenden Falle nun weiter dadurch, daß sich zusätzlich noch das pflichtwidrig nicht aufgeklärte Risiko C realisiert hat.

Vermutlich würde der BGH hier den von ihm in der dritten Problemvariante entwickelten Haftungsgrundsatz heranziehen und *sämtliche* realisierte Risiken (also auch das nicht aufklärungsbedürftige Risiko A sowie das konkret aufgeklärte Risiko B) dem Arzt

zurechnen. Jedenfalls würde er aber zumindest das aufklärungsbedürftige (und sogar aufgeklärte) Risiko B zurechnen, weil dessen Ausschluß (nach dem in der dritten Problemvariante entwickelten Grundsatz) nur zulässig ist, wenn daneben nicht noch weitere pflichtwidrig nicht aufgeklärte Risiken sich realisiert haben. Auch hier besteht letztlich völlige Unklarheit im Hinblick auf die Frage, wie der BGH einen solchen Fall lösen könnte.

Gemäß dem Lösungskonzept dieser Arbeit läßt sich auch diese Problemvariante sachgerecht und anhand klarer Kriterien einer eindeutigen Lösung zuführen: Da in der hier vorliegenden Problemvariante die für eine Haftungseinschränkung als Mindestvoraussetzung erforderliche Grundaufklärung gegeben ist, ist eine Einschränkung der Schadensfolgenhaftung des Arztes wegen dieses nicht wirksam konsentierten Heileingriffes nicht von vornherein ausgeschlossen. Weder Risiko A noch Risiko B werden nach dem hier vertretenen Zurechnungskonzept dem Arzt haftungsrechtlich zugerechnet, weil diesbezüglich jeweils keine Verletzung des persönlichkeitsbezogenen Elementes des Rechtsgutes Körper des Patienten gegeben ist, denn Risiko A ist nicht aufklärungsbedürftig, Risiko B war konkret aufgeklärt. Alle übrigen Schadensfolgen der Behandlung (und damit auch das pflichtwidrig nicht aufgeklärte Risiko C) werden dem Arzt haftungsrechtlich zugerechnet, weil insoweit eine Verletzung des persönlichkeitsbezogenen Elementes des Rechtsgutes Körper gegeben ist.

3.) Endergebnis zum gesamten Kapitel Teil C.) IV.)

Die Lehre vom „Schutzzweck der Norm“ hat sich bei der Schadensfolgenzurechnung im Rahmen des § 823 I BGB im allgemeinen und im Bereich der Arzthaftung wegen Aufklärungsfehlern im Besonderen sowohl aus dogmatischen als auch aus rein tatsächlichen Gründen als unanwendbar erwiesen.

Dies zeigte sich nicht nur bei der genauen Analyse der bisher zu diesem Problembereich erschienenen Literatur [hierzu Teil C.) IV.) 2.) c.) bb.)].

Auch die Rechtsprechung, die - jedenfalls formal - einer wie auch immer gearteten Schutzzweckdogmatik bei der Schadensfolgenzurechnung folgt, ist wegen ihrer Widersprüchlichkeit für die Anwendung sowohl in den bisherigen drei von ihr entschiedenen Problemvarianten als auch in künftig zu erwartenden neuen Problemvarianten unbrauchbar.

Über die Ursachen einer solch unberechenbaren, hochgradig widersprüchlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung [und nichts anderes wird man in diesem Zusammenhang vom äußerst diffusen Meinungsstand in der Literatur sagen können] läßt sich an dieser Stelle nur spekulieren.

Vermutlich liegt der Grund des soeben dargelegten unbefriedigenden Zustandes aber gerade in der relativ unbekümmerten Berufung des BGH auf den „Schutzzweck der Aufklärungspflicht“¹¹¹³, den „Schutzbereich der haftungsbegründenden Norm“¹¹¹⁴, den

¹¹¹³ Vgl. statt vieler nur BGH, VersR 1989, 514, 517 li. Sp. und BGH, VersR 2001, S. 592 re. Sp.

¹¹¹⁴ BGH, VersR 1984, 468, 469 li. Sp.

„Schutzbereich der verletzten Verhaltensnorm“¹¹¹⁵ beziehungsweise den „Rechtswidrigkeitszusammenhang“¹¹¹⁶.

Schon die „Vielfalt“ der Terminologie gibt zu Befürchtungen Anlaß.

Da die Anwendung solcher auf den ersten Blick präzise anmutender Begriffe zu einer raschen und „unproblematisch“ begründbaren Entscheidung führen mag, sind zwangsläufig willkürliche, nicht durchdachte und in sich widersprüchliche Ergebnisse programmiert. Je nach Belieben und Stimmungslage des VI. Zivilsenates wird das ganze dann gerne auch noch mit einer „wertenden Betrachtungsweise“¹¹¹⁷ angereichert, was zusätzliche Unsicherheit erzeugt.

Alles in allem zeigt sich die gravierende Schwäche eines der Schutzzwecklehre folgenden deduktiven Lösungsansatzes bei der Schadensfolgenzurechnung (vor allem in tatsächlicher Hinsicht) sowohl - wie unter Teil C.) IV.) 2.) c.) dargestellt - in der Literatur als auch - wie soeben unter Teil C.) IV.) 2.) e.) dargestellt - in der Rechtsprechung.

Aus dem „Schutzzweck der (Verhaltens-)Norm“ lassen sich bei rechtswidrigen Rechts(guts)verletzungen im Rahmen des § 823 I BGB für die Ebene der Haftungsausfüllung kleinerlei brauchbare Ergebnisse ableiten. Von einer in sich stimmigen, ausgewogenen Rechtsprechung, die klare Kriterien auch für die Lösung bisher unbekannter Fälle entwickelt, kann in diesem Zusammenhang jedenfalls bisher nicht die Rede sein.

Vielmehr ist die Lösung der hier anstehenden Zurechnungsfragen methodisch auf andere Weise zu entwickeln als bisher:

Statt eines der Schutzzwecklehre anhaftenden deduktiven Ansatzes bei der Schadensfolgenzurechnung ist vielmehr umgekehrt eine vom konkreten Problem ausgehende induktive Zurechnungsmethode zu entwickeln. Hierbei werden verschiedene Problemkonstellationen miteinander verglichen und sowohl die Gemeinsamkeiten als auch die Unterschiede der einzelnen Problemvarianten herausgearbeitet. Dieser wertende Vergleich verschiedener Fallgruppen bzw. Problemvarianten erlaubt die Herausarbeitung verschiedener Gesichtspunkte (Topoi) der Schadenszurechnung.

Die hier vertretene topische Methode der Problemerkörterung und Rechtsfindung kommt zu klaren, auch in bisher ungelösten Fallkonstellationen einigermaßen sicher anwendbaren Zurechnungskriterien und Ergebnissen.

Dogmatisch eingebettet ist die Topik in das Haftungssystem des § 249 I BGB, das die Totalreparation anordnet, die als Grundsatz des deutschen Schadensersatzrechtes im Ausgangspunkt ohne wenn und aber gilt.

Allerdings ist in eng begrenzten Ausnahmefällen die Herausarbeitung von „Ausnahmelücken“ in diesem System geboten, um ein als „gerecht“ empfundenenes Ergebnis zu erzielen. Hierbei werden die Risikobereiche des Schädigers und des Geschädigten wertend voneinander abgegrenzt.

In diesem Zusammenhang kann die Methode der Topik, der induktiven Erarbeitung des Problems am Einzelfall helfen, Gesichtspunkte für die Zurechnung der Schadensfolgen zu finden.

¹¹¹⁵ BGH, ArztR 1996, 248, 250 li. Sp.

¹¹¹⁶ BGH, VersR 1984, 468, 469 li. Sp.

¹¹¹⁷ BGH, VersR 2001, 592, re. Sp.

Als *konsensfähiges Kriterium* der Schadenszurechnung bietet sich in diesem Zusammenhang das *persönlichkeitsbezogene Element* des betroffenen Rechtsgutes Körper an. Die mit dem Substanzrechtsgut mitgeschützte *Dispositionsfreiheit* des Rechtsgutsträgers über das Rechtsgut und damit dessen Selbstbestimmung ist in diesem persönlichkeitsbezogenen Element verankert.

Bei genauer Betrachtung verschiedener Fallgruppen bzw. Problemvarianten von rechtswidrigen Rechts(guts)verletzungen [hier speziell interessierend: Körperverletzungen] und deren Vergleich kann man dann vorsichtig Entscheidungsregeln für vergleichbare bzw. unterschiedlich gelagerte Fälle erarbeiten. Der Ableitungszusammenhang ist hierbei sicherlich lediglich von kleinem Umfang, was allerdings einerseits typischerweise topischem Denken entspricht, andererseits keinesfalls von Nachteil ist.

Auch das Programm der zu berücksichtigenden Topoi (=Aspekte, Gesichtspunkte) ist hierbei nicht für alle Zukunft festgeschrieben.¹¹¹⁸ In Zukunft können in diesem Problembereich weitere Gesichtspunkte relevant werden, die ebenfalls Berücksichtigung verdienen. Es kommt dann zu einer „Spiralentwicklung von Topos und Fallgruppe“ wie Rehbock sie so anschaulich bezeichnet hat¹¹¹⁹: Ein einzelner Topos, der ursprünglich zur Lösung bestimmter Fälle herangezogen wurde, verfestigt sich durch häufige Verwendung zur Fallgruppe, diese Fallgruppe kann ihrerseits wieder Probleme aufwerfen, zu deren Lösung erneut verschiedene Topoi herangezogen werden.¹¹²⁰

Im hier interessierenden Rahmen führt der topische Ansatz vielmehr eindeutig zu „gerechteren“, weil in sich stimmigeren Ergebnissen, als der deduktive Ansatz dies kann. Dabei haben sich im Rahmen dieser Arbeit folgende Entscheidungsregeln herauskristallisiert:

In den sog. „Dispositionsfällen“ [das ist die oben unter Teil C.)I.)2.)a.)bb.)eee.) entwickelte zweite Fallgruppe rechtswidriger Rechts(guts)verletzungen] wird die Haftung des Arztes für adäquat-kausal entstandene Schadensfolgen der Behandlung insoweit ausgeschlossen, als die Selbstbestimmung des Patienten und damit das *persönlichkeitsbezogene Element* des Rechtsgutes Körper nicht verletzt ist. Das ist sowohl im Hinblick auf ursprünglich nicht aufklärungsbedürftige Risiken der Fall¹¹²¹ [die soeben unter Teil C.) IV.) 2.)e.)bb.) entwickelte erste Problemvariante] als auch im Hinblick auf solche Risiken, die konkret aufgeklärt wurden [die unter Teil C.)IV.)2.)e.)bb.) entwickelten Problemvarianten zwei und drei].

Dieses solcherart beschaffene „Prinzip“ der Schadensfolgenzurechnung in den hier so bezeichneten „Dispositionsfällen“ hat nach der hier vertretenen Auffassung sein

¹¹¹⁸ das Repertoire an in Betracht kommenden Argumentationsgesichtspunkten ist „elastisch“ (so Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 42 und Rehbock, Topik und Recht, S. 149).

¹¹¹⁹ Diesen Begriff prägt Rehbock aaO, S. 182.

¹¹²⁰ Vgl. auch Esser, Grundsatz und Norm, S. 7, der vom „Kreislauf zwischen Problementdeckung, Prinzipienbildung und Systemverfestigung“ spricht - eine Aussage, die Rehbocks Bild von der „Spiralentwicklung von Topos und Fallgruppe“ stützt.

¹¹²¹ Die hier vertretene Auffassung deckt sich insoweit im Ergebnis weitgehend mit der von Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 151/ 152. „Nur wenn sich ein Risiko verwirklichte, das der Patient nicht kannte, über das er aber hätte aufgeklärt werden müssen, ist der Eingriff insoweit rechtswidrig, als er über das einverständlich besprochene Wagnis hinausging“.

„Gegenprinzip“ in dem Grundsatz, daß in sämtlichen Problemvarianten dieser „Dispositionsfälle“ der Patient zumindest eine sogenannte „Grundaufklärung“ über die allgemeine Schwere des Heileingriffes erhalten haben muß. Fehlt diese „Grundaufklärung“, dann ist die Verletzung der Selbstbestimmung des Patienten derart schwer, daß das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes Körper als bezüglich des Heileingriffes im Ganzen verletzt anzusehen ist. In einem solchen Falle werden sämtliche Folgerisiken des nicht wirksam konsentierten Heileingriffes dem Arzt zugerechnet.

In den sogenannten „Eingriffsfällen“ [das ist die oben unter Teil C.)I.)2.)a.)bb.)eee.) entwickelte erste Fallgruppe rechtswidriger Rechts(guts)verletzungen] werden im Grundsatz¹¹²² sämtliche adäquat-kausale Schadensfolgen des Heileingriffes dem Schädiger zugerechnet. In diese Fallgruppe ist der *Behandlungsfehler*, dem wiederum der Fehler der *therapeutischen Aufklärung* gleichgestellt ist, einzuordnen. Im Falle eines Behandlungsfehlers ist - wie oben gesehen - das persönlichkeitsbezogene Element des Rechtsgutes Körper nämlich als bezüglich des Eingriffes im ganzen verletzt anzusehen, was eine vollumfängliche Zurechnung sämtlicher Schadensfolgen an den Schädiger rechtfertigt.

Ein Rückgriff auf den Aspekt von „Treu und Glauben“¹¹²³ ist im Rahmen des hier vertretenen Lösungskonzeptes zur Einschränkung der Haftung des Arztes für die Folgen eines nicht wirksam konsentierten Heileingriffes somit nicht nötig.

Die hier vorgeschlagenen Zurechnungsregeln zur Lösung der Probleme der Arzthaftungsfälle wegen Aufklärungsfehlern - speziell wegen Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung - können zudem auch über den Bereich der Arzthaftung hinaus in ähnlich gelagerten „Dispositionsfällen“ Kriterien für die Zurechnung von Schadensfolgen pflichtwidrigen Handelns abgeben, so z.B. in Fällen der Haftung des Steuerberaters oder Anlageberaters für fehlerhaften oder unvollständigen Rat.

In diesem Zusammenhang zeigt sich dann die „Allgemeingültigkeit von Topoi“. Das bedeutet, daß sie über den speziellen Anwendungsfall hinaus auch in anderen ähnlich gelagerten Zusammenhängen Bedeutung entwickeln können.¹¹²⁴

Abschließend sollen ganz im Sinne der hier entwickelten induktiven Methode der Schadensfolgenzurechnung folgende Worte zitiert werden, die Rehbock¹¹²⁵ zur Topik gesagt hat: „Nur eine Lösung, der eine solch umfassende Gesamterörterung vorangegangen ist, kann auf Dauer Bestand haben und ihrerseits regelbildend wirken. Eine Entscheidung wird sich also nur dann durchsetzen, wenn sie dem Rechtsgefühl „Aller oder der Meisten oder der Weisen“ entspricht, ein Ergebnis, das das Systemdenken nicht ohne weiteres gewährleisten kann“.

Ähnlich formulierte vor noch nicht langer Zeit Schiemann¹¹²⁶:

¹¹²² zu allgemein anerkannten Einschränkungen der Totalreparation in diesen sog. „Eingriffsfällen“ außerhalb der Arzthaftung Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden, S. 133 ff., Lüer, Die Begrenzung der Haftung, S.137 ff. und Lang, Normzweck und Duty of Care, S. 131 ff.

¹¹²³ so wie dies z.B. Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 300 und Rz 306 und Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 161 vertreten.

¹¹²⁴ vgl. zur „Allgemeinheit des Topos“ Rehbock, Topik und Recht, S. 25 f.

¹¹²⁵ Rehbock, Topik und Recht, S. 187.

¹¹²⁶ Schiemann AcP 194 (1994), S. 414 f..

„Kein ernsthafter Begleiter des gegenwärtigen Schadensrechtes wird sich dem Eindruck entziehen können, daß die in diesem Gebiet verwendeten Argumente einen recht hohen Grad von Beliebigkeit aufweisen...

Gerade wegen des wenig klaren Bildes des heutigen Schadensrechts hat der induktive Weg von den Einzelproblemen aus eine sympathische Nüchternheit für sich“.

TEIL D: Inhaltliche, formelle und prozessuale Probleme der ärztlichen Aufklärungspflicht.

I.) Die inhaltlichen und formellen Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht

1.) Einleitung

„Kein anderes arztrechtliches Thema ist heftiger umstritten, häufiger diskutiert und stärker mit Emotionen befrachtet als die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ärztlicher Aufklärungspflicht“.¹¹²⁷

Die ärztlichen Aufklärungspflichten untergliedern sich in eine ganze Anzahl von Untergruppen, die im Folgenden dargestellt werden sollen. Als erschwerend erweist sich in diesem Zusammenhang die nicht einheitliche Terminologie.¹¹²⁸

Als Hilfe bei der Differenzierung bietet sich an, die Unterscheidung anhand der jeweiligen Zielrichtung des Aufklärungshandelns vorzunehmen.

Wie oben unter Teil B.) schon kurz dargestellt wurde, kann man eine grundsätzliche Zweiteilung der Aufklärungsproblematik im Arztrecht konstatieren:

Die erste Untergruppe der Aufklärung stellt die *therapeutische Aufklärung*, (auch Sicherheitsaufklärung oder therapeutische Beratung genannt) dar.

Die zweite Untergruppe ist die *Selbstbestimmungsaufklärung* (auch: Eingriffs- oder Risikoaufklärung genannt), die weitere Unterfälle aufweist.

Zu den inhaltlichen Anforderungen an die verschiedenen Aufklärungsarten ist Folgendes zu sagen:

2.) Die therapeutische Aufklärung

Die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung besteht unabhängig von einem indizierten ärztlichen Eingriff, wird einen solchen jedoch in der Regel unterstützend begleiten¹¹²⁹ und zwar sowohl vor einem Eingriff (z.B. Verhaltensanweisungen bzgl. Einnahme bestimmter Medikamente im Vorfeld eines Eingriffs), während eines ärztlichen Eingriffes (z.B. Empfehlungen an Zuckerkranken, der seine Medikamente nehmen muß) als auch danach (z.B. postoperativer Hinweis auf die Notwendigkeit bestimmter Verhaltensvorschriften, wie etwa schonender Lebensweise).

Die therapeutische Aufklärung leitet sich als Nebenpflicht¹¹³⁰ aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag ab, teilweise wird ihre Wurzel auch in den zivilrechtlichen Vorschriften über das Recht der unerlaubten Handlung gesehen.¹¹³¹

¹¹²⁷ Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 III 1, (S. 350/351.)

¹¹²⁸ Vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz.203, der sich stört an der „verwirrenden Terminologie“. Im Problembereich ärztlicher Aufklärungspflichten sei ein „verwirrendes Bezeichnungsnetz über eine komplexe Problematik geworfen worden“.

¹¹²⁹ Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 237.

¹¹³⁰ Vgl. Ehlers, in: Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rz 737; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz B 98.

¹¹³¹ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 13.

Im Zusammenhang mit ärztlichen Heileingriffen hat die therapeutische Aufklärung den Zweck, den Erfolg einer Heilbehandlung durch Schutz- und Warnhinweise zu fördern oder zu sichern. Sie dient somit primär der Gesundheit des Patienten¹¹³²

Besonders gut verdeutlicht sich der Sinn und Zweck der therapeutischen Aufklärung bei der Notwendigkeit der Information bei der Verordnung von Arzneimitteln.

Im Zusammenhang mit einer Medikation hat der Arzt den Patienten über die genaue Dosis, Einnahmemodalitäten, Unverträglichkeiten sowie eventuelle Nebenfolgen des Medikamentes (ggf auch Interaktionen mit anderen Medikamenten oder Alkohol) hinzuweisen.¹¹³³

Die Aufklärungspflicht reicht hierbei umso weiter, je gefährlicher das Präparat ist.¹¹³⁴ Gleichzeitig zeigt sich an dieser Stelle aber auch eine durchaus häufig zu beobachtende Überschneidung der therapeutischen Aufklärung mit der sog.

Selbstbestimmungsaufklärung¹¹³⁵, da der Appell des Arztes an die Kooperation des Patienten bei der Medikamentierung nicht zuletzt auch der Vermeidung von Risiken der Medikation selbst dient.

Besonders deutlich zeigt sich das auch bei gewissen chronischen Krankheiten. Ein Diabetiker muß manchmal im Rahmen einer längeren stationären Behandlung „eingestellt“ werden. In diesem Zusammenhang spielt die Eingriffsaufklärung eine große Rolle. Während der Behandlung und besonders für die Zeit danach muß der Arzt dem Patienten aber auch die Wechselwirkung zwischen der Einnahme von Insulin oder von Präparaten, die die Bauspeicheldrüse zur vermehrten Insulinbildung anregen, und der Nahrungsaufnahme erklären. In diesem Zusammenhang werden insbesondere Empfehlungen und Warnungen zur Lebensweise des Patienten ausgesprochen. Diese Hinweise sind aber eher dem Bereich der therapeutischen Aufklärung zuzuordnen.¹¹³⁶

Gleichwohl kann festgehalten werden, daß die therapeutische Aufklärung weniger auf die Ermöglichung einer eigenständigen Entscheidung des Patienten über die Einwilligung zu der ärztlichen Behandlung abzielt, sondern primär die Eigeninitiative des Patienten mobilisieren soll.¹¹³⁷ In diesem Kontext ist die bedauerliche landläufige Beobachtung zu machen, daß bei nicht wenigen Kranken die Bereitschaft fehlt, ärztlichen Ratschlägen zu folgen;¹¹³⁸ dasselbe Problem mangelhafter patientischer Mitwirkung zeigt sich häufig auch bei der ambulanten Therapie.¹¹³⁹

Im Zusammenhang mit einer Selbstbestimmungsaufklärung folgt die therapeutische Aufklärung in zeitlicher Hinsicht meist der Eingriffsaufklärung.¹¹⁴⁰

¹¹³² Vgl. Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, §62, Rz 1ff.; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 1 (S. 326 f.).

¹¹³³ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck Handbuch des Arztrechts, §62 Rz 8.

Vielfach unterliegen Ärzte im Bereich der Aufklärung bei Medikation dem Irrtum, daß die Mitgabe des Beipackzettels den Arzt von dieser Informationspflicht entbinden würde. Der Arzt muß hingegen selbst über den Inhalt des Beipackzettels aufklären. Ebenso auch Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 62, Rz. 11.

¹¹³⁴ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 62 Rz 8.

¹¹³⁵ Vgl. Laufs, Arztrecht, Rz 168, (S. 91); Rz 196, (S. 103); Roßner, NJW 1990, 2291, 2292.

¹¹³⁶ Vgl. hierzu Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 25

¹¹³⁷ Nach Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 210 ist die therapeutische Aufklärung (auch Sicherheitsaufklärung genannt) „strukturell von der vorhergehenden Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung verschieden“.

¹¹³⁸ vgl. Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 62, Rz 9.

¹¹³⁹ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 62, Rz 9.

¹¹⁴⁰ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 13.

Der wichtigste Unterschied zwischen therapeutischer Aufklärung und Selbstbestimmungsaufklärung liegt in den Rechtsfolgen bei einem Verstoß¹¹⁴¹.

Die therapeutische Aufklärung ist notwendiger Bestandteil der kunstgerechten ärztlichen Behandlung. Ihre nicht korrekte Erfüllung stellt deshalb einen - vom Patienten zu beweisenden - Behandlungsfehler dar¹¹⁴² und führt jedenfalls in der Regel¹¹⁴³ nicht zur Unwirksamkeit der durch den Patienten erteilten Einwilligung.

Ein grober Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht stellt einen *groben Behandlungsfehler* dar mit -jedenfalls im Grundsatz - den für diesen allgemein anerkannten beweisrechtlichen Folgen.¹¹⁴⁴

Bei der sog. therapeutischen Aufklärung gibt es noch folgende weitere Besonderheiten im Vergleich zur sog. Selbstbestimmungsaufklärung:

Bei der therapeutischen Aufklärung können in noch stärkerem Umfang als bei der Selbstbestimmungsaufklärung¹¹⁴⁵ Aufklärungs- und Warnpflichten des Arztes begründet sein.¹¹⁴⁶

Dieser besonders strenge Aufklärungsumfang im Rahmen der therapeutischen Aufklärung zeigt sich deutlich in einem jüngeren Urteil des BGH zur Aufklärung des Patienten vor Impfungen¹¹⁴⁷. Hier hat der BGH ausgeführt, daß im Rahmen der sog. therapeutischen Aufklärung auch über seltenste Risiken aufzuklären ist.

Im betreffenden Fall ging es um die Aufklärung über das Ansteckungsrisiko für eine Kontaktperson des Impflings mit einer Risikowahrscheinlichkeit von 1: 15,5 Mio ! .

Mag bei der Selbstbestimmungsaufklärung der Aspekt der Rücksichtnahme auf die Psyche und Gesundheit des Patienten in extremen Konstellationen eine tendenziell den Aufklärungsumfang reduzierende Wirkung entfalten können¹¹⁴⁸, besteht „bei der Sicherheitsaufklärung hingegen ... weniger Anlaß zu der ärztlichen Sorge, den Patienten gesundheitlich nicht über Gebühr zu beschweren, durch belastende Hinweise zu schädigen oder von dem Gebotenen abzuhalten. Daher können hier sehr niedrige Zwischenfallquoten [zur Bejahung der Aufklärungspflicht] genügen.“¹¹⁴⁹

Dies erklärt sich einerseits dadurch, daß die therapeutische Aufklärung häufig zeitlich erst nach der Selbstbestimmungsaufklärung selbst oder gar erst nach dem Eingriff erteilt wird. Andererseits soll die therapeutische Aufklärung und die durch sie vermittelte (möglicherweise belastende) Information den Kranken vor einem ihm drohenden Verhängnis bewahren, dessen Vermeidung häufig gerade in der Macht des Patienten liegt.¹¹⁵⁰

¹¹⁴¹ Vgl. hierzu schon oben Teil B.) dieser Arbeit.

¹¹⁴² Laufs, *Arztrecht*, Rz 167 f, 510 und 633 f.; Giesen, *Arzt Haftungsrecht*, Rz 141; Geiß/Greiner, *Arzt haftpflichtrecht*, Rz B 98; Steffen/Dressler, *Arzt haftungsrecht*, Rz 325.

¹¹⁴³ Anderes gilt eventuell dann, wenn therapeutische Aufklärung und Selbstbestimmungsaufklärung inhaltlich verschmelzen.

¹¹⁴⁴ Dazu überblicksweise unten in Teil D.) II.) 1.) a.)

¹¹⁴⁵ zum nötigen Umfang der Selbstbestimmungsaufklärung siehe eingehend sogleich unter Teil D.) I.) 3.)

¹¹⁴⁶ vgl. Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 62 Rz 10 und Rz. 17.

¹¹⁴⁷ BGH VersR 1994, 1228 ff.

¹¹⁴⁸ hierzu noch unter Teil D.) I.)3.)b.) cc.) bbb.) zum sog. „therapeutischen Privileg“.

¹¹⁴⁹ BGH, VersR 1994, 1228, 1229, re. Sp.

¹¹⁵⁰ zum ganzen auch Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts* § 62, Rz 17.

Eine weitere Besonderheit der therapeutischen Aufklärung besteht darin, daß sich ihr Schutzbereich auch auf Dritte beziehen kann¹¹⁵¹, wie das o.g. Urteil des BGH¹¹⁵² zeigt.

Dort wurde die Mutter des Impflings nicht über das Ansteckungsrisiko des Impflings gegenüber Dritten aufgeklärt. Eine mit der Familie des Impflings befreundete Person steckte sich an diesem an und erlitt in der Folge dauerhafte Schäden.

Der BGH bejahte hier die Amtspflicht der Impfpflichtigen, die Eltern des Kindes zu warnen, mit Schutzwirkung „all denjenigen gegenüber, bei denen mit einer Verwirklichung der besonderen Ansteckungsgefahr gerechnet werden mußte. Sie sind „Dritte“ i.S.d. § 839 BGB“¹¹⁵³, weil sie „zu einer abgegrenzten Personengruppe, die sich aus Angehörigen und nahen Bekannten der Familie des Impflings zusammensetzt und durch das erhöhte Ansteckungsrisiko herausgehoben ist“¹¹⁵⁴ gehören.

3.) Die Selbstbestimmungsaufklärung

a.) Allgemeine Grundsätze/Überblick

Die Selbstbestimmungsaufklärung leitet sich sowohl aus dem Behandlungsvertrag als auch aus dem Recht des Patienten ab, die ihn betreffenden Entscheidungen als freie, selbstverantwortliche Persönlichkeit zu treffen.

Während die therapeutische Aufklärung dem gesundheitlichen Interesse des Patienten zum Schutz vor schädlichen Folgen einer ärztlichen Behandlung dient und ihm in diesem Zusammenhang primär Empfehlungen zum eigenen korrekten Verhalten diesbezüglich gegeben werden, verfolgt die Selbstbestimmungsaufklärung das Ziel, dem Patienten eine eigenverantwortliche Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts zu gewährleisten. Die ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten ist hierbei Voraussetzung für eine wirksame rechtfertigende Einwilligung des Patienten in die Behandlung.¹¹⁵⁵

Diese Differenzierung zwischen therapeutischer Aufklärung und Selbstbestimmungsaufklärung kann indes nicht vollständig durchgehalten werden; so hat der BGH auf dem Gebiet der Selbstbestimmungsaufklärung vor einiger Zeit festgestellt, daß das Wagnis einer Operation ohne vorherige ausführliche Diskussion aller für den gemeinsamen Entschluß von Patient und Arzt erheblichen Fakten bei zweifelhafter Operationsindikation mit hoher Mißerfolgsquote nicht nur in den Bereich der Aufklärungspflichtverletzung gehört, sondern schon einem ärztlichen Behandlungsfehler (!) nahekommt.¹¹⁵⁶ Nach Ansicht von Giesen¹¹⁵⁷ berühren sich hier „Fragen der ärztlichen Kunst und der Aufklärung des Patienten“.

¹¹⁵¹ Vgl. allgemein zum Drittbezug von ärztlichen Aufklärungspflichten, Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 230.

¹¹⁵² BGH, VersR 1994, 1228 ff.

¹¹⁵³ BGH, VersR 1994, 1228, 1230, re. Sp.

¹¹⁵⁴ BGH, VersR 1994, 1228, 1230, re. Sp.

¹¹⁵⁵ s. schon oben in Teil B.) III.) 2.)

¹¹⁵⁶ BGH, NJW 1981, 633.

¹¹⁵⁷ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 347: Man solle die „Sprengkraft dieses rechtsdogmatischen Brückenschlags“ nicht unterschätzen. Giesen aaO: „Wo Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht zu Fragen der ärztlichen Kunst selbst werden, stellen Verstöße gegen sie selbständige Behandlungsfehler dar, für die zwar die allgemeinen Beweisgrundsätze, aber eben auch die Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten bis hin zur Beweislastumkehr gelten“.

Da die ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten Voraussetzung für eine wirksame rechtfertigende Einwilligung in die Behandlung ist,¹¹⁵⁸ muß der Patient grob gesagt „im großen und ganzen“ aufgeklärt werden, damit er weiß, worin er einwilligt.¹¹⁵⁹ Nicht erforderlich ist nach dem BGH „die exakte medizinische Beschreibung der in Betracht kommenden Risiken“.¹¹⁶⁰

Hierbei ist es gleichgültig, ob es sich um diagnostische oder therapeutische Maßnahmen handelt. Eine abstrakte Festlegung der Aufklärungsstandards ist nicht möglich.¹¹⁶¹

Umfang und Intensität der Selbstbestimmungsaufklärung sind vielmehr an der jeweils konkreten Sachlage auszurichten, und zwar sowohl an der konkreten medizinischen Behandlung wie am konkreten Patienten, unter Berücksichtigung seiner speziellen beruflichen und privaten Lebensführung. – patientenbezogene Aufklärung -¹¹⁶² Dabei sind dem Patienten nicht nur die (sicheren) Nebenwirkungen oder (möglicherweise drohenden) Risiken der Behandlung mitzuteilen, sondern auch diejenigen Nachteile, die ihm drohen, wenn er die aussichtsreiche Behandlung unterläßt. Hierbei ist das behandlungsbedingte zum krankheitsbedingten Verschlechterungspotential in Beziehung zu setzen.¹¹⁶³

Die Selbstbestimmungsaufklärung unterteilt sich in die Diagnoseaufklärung, die Verlaufsaufklärung und die Risikoaufklärung.¹¹⁶⁴ Diese Untergruppen der Selbstbestimmungsaufklärung können indes nicht stets scharf voneinander abgegrenzt werden, sondern durchaus fließend ineinander übergehen.¹¹⁶⁵

Ebenso kann - wie soeben bereits dargestellt wurde - die Selbstbestimmungsaufklärung ihrerseits in bestimmten Konstellationen mit der therapeutischen Aufklärung verschmelzen.¹¹⁶⁶ So kann es im Hinblick auf die Selbstbestimmung des Patienten erforderlich sein, daß der Patient schon vor dem Eingriff auch die therapeutische Aufklärung erhält, um zu entscheiden, ob er bestimmte mit der Behandlung verbundene Lasten auf sich nehmen will oder nicht.¹¹⁶⁷

¹¹⁵⁸ Vgl. statt vieler Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rz 1

¹¹⁵⁹ BGHZ 90, 103, 105 f. Voraussetzung und genügend ist eine „allgemeine Vorstellung von der Schwere des Eingriffs und den spezifisch mit ihm verbundenen Risiken“; BGHZ 144, 1, 7 Aufklärung des Patienten über Chancen und Risiken der Behandlung nur „im großen und ganzen“ nötig.; Frahm/Nixdorf, Arzthaftungsrecht, Rz 177 f.; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 394. Der Arzt habe „nur im großen und ganzen aufzuklären“.

¹¹⁶⁰ BGHZ, 144, 1,7.

¹¹⁶¹ Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz. 770 zur Selbstbestimmungsaufklärung wörtlich: „Eine goldene Regel, wie umfassend und wie intensiv die ärztliche Aufklärung zu sein hat, ist nicht aufzustellen“.

¹¹⁶² Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 7 (S. 167).

¹¹⁶³ Vgl. zum ganzen Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63 Rz 5 und Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 2 (S. 327/328).

¹¹⁶⁴ Vgl. OLG Koblenz NJW-RR 2002, 816, 817 zu „Verlaufsaufklärung“ und „Risikoaufklärung“ als Unterfall der Selbstbestimmungsaufklärung; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63 Rz 11; Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 53 f.; vgl. auch Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz. 256.

¹¹⁶⁵ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63 Rz 12; Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S.53; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 1, (S. 326).

¹¹⁶⁶ Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 53.

¹¹⁶⁷ So hatte der BGH in einem älteren Urteil (BGH, VersR 1972, 153, 155 li. Sp.) ausgeführt, „daß die Klägerin durch die Behandlung jedenfalls auf längere Zeit genötigt wurde, die bestrahlte Hand eben zur Vermeidung von Komplikationen in sehr lästiger Weise vor einer großen Zahl alltäglicher Reize zu schützen. Auch hierüber hätte der Beklagte schon vor Durchführung dieser Art der Behandlung aufklären müssen.“ (Kursiv im Original)

b.) Die Arten der Selbstbestimmungsaufklärung im Einzelnen.

aa.) Die Diagnoseaufklärung

Die Diagnoseaufklärung¹¹⁶⁸ ist die Aufklärung des Patienten über den medizinischen Befund. Bei der Diagnoseaufklärung kann zwischen zwei Grundfällen unterschieden werden:

aaa.) Diagnoseaufklärung als Teil der Selbstbestimmungsaufklärung

Sehr oft ist es so, daß der Patient sich in die Behandlung eines Arztes begibt, um von einer Krankheit geheilt zu werden. Dann stehen die Untersuchung des Patienten und die Diagnoseerstellung am Anfang der Behandlung. Das dürfte der Normalfall sein.¹¹⁶⁹ Die Diagnoseaufklärung bildet in diesem Fall dann die erste Stufe der Selbstbestimmungsaufklärung und ist - da der Patient regelmäßig nicht bereit ist „grundlos“ in eine Behandlung einzuwilligen – in der Regel unverzichtbarer Bestandteil derselben¹¹⁷⁰. Erst durch diese Information wird der Patient in die Lage versetzt, das Wesen seiner Krankheit zu erkennen und sein weiteres Verhalten hieran auszurichten.¹¹⁷¹

bbb.) Diagnoseaufklärung als selbständige Vertragspflicht/“reiner Diagnosevertrag“

Aufgrund mancher Arzt- Patienten-Verträge soll der Arzt lediglich feststellen, ob der Patient gesund ist oder an einer Krankheit leidet.¹¹⁷² Meist veranlassen zeitweilige Schmerzen den Patienten, sich an den Arzt zu wenden mit dem Wunsch, die Ursache seiner Beschwerden zu untersuchen. In diesen Fällen soll lediglich der Gesundheitszustand des Patienten abgeklärt werden. Hinter diesem Ansinnen steht nicht selten auch das Begehren des Patienten, von einer Krankenkasse oder einer Behörde Geld zu erhalten. Manchmal kann es dem Patienten auch einfach nur darum gehen, eine zweite ärztliche Meinung zu hören.¹¹⁷³ Eine Heilung/ Therapie steht in diesen Fällen zu diesem Zeitpunkt für den Patienten noch gar nicht zur Debatte.

In diesen Fällen ist die erschöpfende und sorgfältige Mitteilung der Diagnose Vertragserfüllung schlechthin. Sie hat mit der ärztlichen Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung im eigentlichen Sinne nichts zu tun.¹¹⁷⁴ Im Einzelfalle kann der Arzt allerdings nach Treu und Glauben aus dem Gesichtspunkt der ärztlichen Aufklärungspflicht gehalten sein, dem Patienten mitzuteilen, es gebe Behandlungsmöglichkeiten für die durch die Untersuchung entdeckte Krankheit.¹¹⁷⁵

ccc.) Umfang der Diagnoseaufklärung

Nach teilweiser Auffassung muß der Arzt den Patienten nicht in allen Fällen über das Ergebnis der Diagnose aufklären. So soll die Pflicht zur sorgsamem Mitteilung der Diagnose durch den Arzt jedenfalls dann (zum Teil) entfallen, wenn durch die Mitteilung

¹¹⁶⁸ sie ist streng zu unterscheiden von der Aufklärung vor einem *diagnostischen Eingriff*. (vgl. Laufs in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rz 13, Fn 15).

¹¹⁶⁹ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 15.

¹¹⁷⁰ Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 242.

¹¹⁷¹ Glatz aaO. S.242.

¹¹⁷² Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 15.

¹¹⁷³ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 15.

¹¹⁷⁴ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 15.

¹¹⁷⁵ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 15.

eine ernste Gefahr für das Leben oder die Gesundheit des Patienten herbeigeführt wird.¹¹⁷⁶

Teile der Literatur lassen auch bereits psychische Gründe ausreichen, um eine Aufklärung über das Diagnoseergebnis entfallen zu lassen.¹¹⁷⁷

Allerdings muß der Patient auch über schwerstwiegende Diagnosen (z.B. die Krebsdiagnose) dann informiert werden, wenn nur so die Einwilligung in seine Behandlung erlangt werden kann.¹¹⁷⁸

Außerdem ist der Patient stets in vollem Umfang über die Diagnose aufzuklären, wenn er explizit nach der Diagnose fragt.¹¹⁷⁹ In diesem Falle besteht ein Anspruch des Patienten auf Aufklärung auch bei schwersten Erkrankungen mit infauster Prognose.¹¹⁸⁰ Das gilt erst recht für den „reinen Diagnosevertrag“, wo der Patient sich lediglich deshalb an den Arzt wendet, um Aufschluß über sein Leiden zu bekommen.¹¹⁸¹

Unabhängig von den Umständen des Einzelfalles ist der Arzt nicht verpflichtet, stets Begriffe wie „Karzinom“, „Malignom“ oder „Krebs“ zu verwenden. Es liegt im Ermessen des Arztes, eine entsprechende Ausdrucksweise zu verwenden, ohne daß der Patient hierdurch geschädigt wird.¹¹⁸²

Gegen tendentiell starke Einschränkungen des Aufklärungsumfanges bei der Diagnoseaufklärung, die in diesem Bereich auf die Anerkennung eines „therapeutischen Privileges“ hinauslaufen würden, sprechen indes gewichtige Bedenken:

Der Arzt ist prinzipiell gehalten, dem Patienten die Wahrheit über seine Erkrankung mitzuteilen. Demgemäß ist es vornehmste Pflicht des Arztes, den Patienten über seine diagnostischen Feststellungen in Kenntnis zu setzen.¹¹⁸³

Im Falle einer unheilbaren, zum baldigen Tode führenden Erkrankung, führt das (nicht berechtigte) Verschweigen der infausten Diagnose zwar nicht zu einer Haftung des Arztes wegen rechtswidriger Körperverletzung aus § 823 I BGB. Allerdings ergibt sich in solchen Fällen ggf. eine Schadensersatzverpflichtung des Arztes aus dem Behandlungsvertrag.

Die Mitteilung der vollen Wahrheit an den Patienten bei infauster Prognose ist in aller Regel schon deshalb nötig, damit dieser seine Dispositionen auf ein baldiges Ableben ausrichtet, z.B. für die Sicherung naher Angehöriger sorgt oder die gerechte Verteilung seines Vermögens durch letztwillige Verfügung in die Wege leitet.

¹¹⁷⁶ Vgl. Martis/Winkhart, *Arzt Haftungsrecht*, S. 64; BGHZ 29, 176, 182/183; BGH NJW 1972, 335, 337 li. Sp.; Engisch, in: Engisch/Hallermann, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, S. 39 ff.

¹¹⁷⁷ Vgl. Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzt Haftungsrecht*, Rz 771: Keine Mitteilung der Krebsdiagnose, „wenn sie aus psychischen Gründen kontraindiziert ist“; sehr großzügig Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 63, Rz 13.: „Bei schweren Krankheitsbildern und infauster Prognose braucht der Arzt freilich die Diagnose keineswegs voll zu eröffnen, auch wenn eine Kontraindikation im strengen Sinne nicht vorliegt. Die Nichtaufklärung empfiehlt sich hier zugunsten des Patienten. Das gilt insbesondere für Krebsleiden, auch für tödliche, nicht mehr behandelbare Krankheiten: Ein Patient, der noch bis zu seinem Ableben ärztliche Hilfe erfährt, braucht keine Information über die Natur seiner Krankheit zu erhalten, falls nicht therapeutische Gründe bestimmte Aufschlüsse gebieten.“

¹¹⁷⁸ vgl. Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzt Haftungsrecht*, Rz 772; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 63, Rz 14.

¹¹⁷⁹ Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzt Haftungsrecht*, Rz 771.

¹¹⁸⁰ Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzt Haftungsrecht*, Rz 771.

¹¹⁸¹ Kim, *Aufklärungspflicht im Arztrecht*, S. 65.

¹¹⁸² Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzt Haftungsrecht*, Rz 772; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 63 Rz 14.

¹¹⁸³ Buschmann, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, S. 16.

Gegen die Anwendung eines „therapeutischen Privilegs“ bei der Diagnoseaufklärung spricht auch der Umstand, daß der unaufgeklärte Patient kaum effektive Möglichkeit hätte, durch sein eigenes Verhalten sein Leiden zu lindern und/ oder gegebenenfalls sogar sein Ableben hinauszuzögern.¹¹⁸⁴

Zudem besteht die nicht unbeträchtliche Gefahr, daß der Patient die Wahrheit doch einmal von anderer Seite erfährt, was ihn einerseits besonders stark belasten würde und zudem sein Vertrauen in die ihn behandelnden Ärzte zerstören könnte.¹¹⁸⁵

Das schwerwiegendste Argument gegen die Anerkennung eines therapeutischen Privilegs im Bereich der Diagnoseaufklärung ist indes die durch sie verursachte Aushöhlung des Rechts des Patienten, über sein Schicksal selbst zu bestimmen. Er ist nicht mehr in der Lage, eigenständig und selbstbestimmt darüber zu entscheiden, wie er der schweren, seinem Leben demnächst einmal ein Ende setzenden Krankheit begegnen will¹¹⁸⁶.

Das therapeutische Privileg ist somit im Bereich der Diagnoseaufklärung abzulehnen.¹¹⁸⁷ Stets ist der Patient über die Diagnose einer Untersuchung zu unterrichten. Allerdings darf der Arzt eine schwerwiegende Verdachtsdiagnose auf nicht hinreichend gesicherter tatsächlicher Grundlage nicht weitergeben. Dies gilt beispielsweise bei Verdacht auf Hirntumor oder eine HIV-Infektion.¹¹⁸⁸

bb.) Die Verlaufsaufklärung

Besteht der Sinn der Diagnoseaufklärung in gewisser Weise in der Beantwortung der Frage nach dem „Warum“ einer Behandlungsmaßnahme, so schließt sich mit der Verlaufsaufklärung die Beantwortung der Frage nach dem "Wie" der beabsichtigten Maßnahme an.

Dem Patienten ist eine ungefähre Vorstellung davon zu vermitteln, auf welche Weise, mit welchen Mitteln und mit welcher (zeitlichen wie körperlichen) Intensität der beabsichtigte Heileingriff vollzogen werden soll.¹¹⁸⁹ Auf die Verlaufsaufklärung darf der Arzt regelmäßig nicht verzichten,¹¹⁹⁰ da die Kenntnis der Intensität und des Verlaufs des konkreten Eingriffs wesentliche Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung des Patienten ist.

Da viele Eingriffe und deren ungefähre Verlauf auch in Laienkreisen bereits bekannt sind (z.B. Appendektomie), kann sich der Umfang der Verlaufsaufklärung durchaus insoweit an dem allgemeinen Bildungsstand des Patienten orientieren.¹¹⁹¹ Hierbei hat der Arzt allerdings Vorsicht walten zu lassen.

¹¹⁸⁴ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S.17.

¹¹⁸⁵ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 17/18.

¹¹⁸⁶ Vgl. Ankermann FS Steffen S. 1, 3 f.;

¹¹⁸⁷ D. Giesen in JZ 1982, 391, 399.

¹¹⁸⁸ Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz 773.

¹¹⁸⁹ Vgl. Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Rz 774; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63 Rz 16; Katzenmeier, Arzthaftung § 6 II 1 (S. 326).

¹¹⁹⁰ Laufs in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63 Rz 16.

¹¹⁹¹ vgl. Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz 774; vgl. auch Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rz 16

Ein wichtiges Beispiel für die Verlaufsaufklärung ist die Aufklärung des Patienten über die Schmerzhaftigkeit des Eingriffs.

Ist die erforderliche Schmerzaufklärung nicht gehörig erteilt, so ist die Selbstbestimmungsaufklärung - unabhängig von der Erfüllung der zusätzlich zu beachtenden Risikoaufklärung - unvollständig, und deshalb die Zustimmung des Patienten in den Heileingriff insgesamt unwirksam.¹¹⁹²

Im Rahmen der Verlaufsaufklärung muß darüber hinaus auch über sichere Eingriffsfolgen aufgeklärt werden, also über solche Folgen der Behandlung, mit denen nach der Art der gewählten Behandlung gerechnet werden *muß*, weil sie *zwangsläufig* mit dem Heileingriff verbunden sind¹¹⁹³.

Viele dieser sicheren Eingriffsfolgen sind so selbstverständlich, daß der Arzt auf einen ausdrücklichen Hinweis verzichten können. Aber es kann auch sichere Eingriffsfolgen geben, an die der Patient nicht denkt. Entscheidend ist, mit welchen Vorstellungen der Patient sich an den Arzt wendet.¹¹⁹⁴

Ebenso sollen nach teilweiser Literatur auch Informationen über die *Erfolgschancen* des Heileingriffes,¹¹⁹⁵ die Aufklärung über diejenigen Risiken, mit denen der Patient bei *Nichtbehandlung* seines Leidens rechnen muß,¹¹⁹⁶ sowie die Aufklärung über *Behandlungsalternativen*¹¹⁹⁷ zur Verlaufsaufklärung gehören.

Nach der hier vertretenen Ansicht gehören alle diese Aspekte allerdings eher zur Risikoaufklärung, weil sowohl die Erfolgchance des Heileingriffes, die Risiken der Nichtbehandlung als auch die Risiken der einzelnen Behandlungsalternativen zur Gesamtbewertung der Eingriffsrisiken der konkret ins Auge gefaßten Behandlungsmaßnahme gehören.

In Bezug auf die Aufklärung über Behandlungsalternativen ist zusätzlich zu sagen, daß dieser Aspekt der Selbstbestimmungsaufklärung schon deshalb eher als eigenständiger Teilaspekt der Risikoaufklärung anzusehen ist, weil die Verlaufsaufklärung sich auf den bereits konkretisierten Eingriff bezieht¹¹⁹⁸, wogegen die Aufklärung über Behandlungsalternativen gerade erst die Auswahl der konkret anzuwendenden Behandlungsmaßnahme ermöglichen soll.

¹¹⁹² BGHZ 90,96,98 = NJW 1984, 1395 = VersR 1984, 468ff. mit besonderen Differenzierungen für die Schadensfolgenrechnung.

¹¹⁹³ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rz 18.

¹¹⁹⁴ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rz 18.

¹¹⁹⁵ Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 61; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63 Rz 19.; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 1 (S. 326).

¹¹⁹⁶ Zur „Aufklärung über Nichtbehandlung“ als Teil der Verlaufsaufklärung Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 209; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II,1 (S. 326).

¹¹⁹⁷ So wohl Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rz 21.

¹¹⁹⁸ Vgl. Ehlers, in: Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rz 774.

cc.) Die Risikoaufklärung

aaa.) Einleitung

Primäres Betätigungsfeld in Rechtsprechung und Literatur bei der Selbstbestimmungsaufklärung ist der Bereich der sog. Risikoaufklärung.¹¹⁹⁹

In deren Rahmen hat der Arzt den Patienten über solche dauernden oder vorübergehenden Nebenfolgen des Heileingriffes aufzuklären, die sich auch bei dessen fehlerfreier Durchführung nicht mit Sicherheit ausschließen lassen;¹²⁰⁰ hierzu gehört auch die Möglichkeit des Fehlschlagens des Heileingriffes.¹²⁰¹

Im Gegensatz zur Verlaufsaufklärung, die über *zwangsläufige* (negative) Folgen einer Behandlung berichten soll, wird bei der Risikoaufklärung über solche Umstände aufgeklärt, die gerade nicht zwangsläufig mit dem Heileingriff verbunden sind. Man kann auch sagen, daß hauptsächlichlicher Gegenstand der Risikoaufklärung die Mitteilung von behandlungsbezogenen *Gefahren* ist, wogegen die Verlaufsaufklärung zu einem wesentlichen Teil über (zwangsläufige) *Folgen* des Heileingriffes unterrichten soll.

Eine besondere Rolle nimmt die Aufklärung über *Behandlungsalternativen* ein¹²⁰², die nach richtiger Ansicht ebenfalls zur Risikoaufklärung zählt.

Nach dem Grundsatz der Therapiefreiheit ist die Wahl der konkreten Behandlungsmethode primär Sache des Arztes.¹²⁰³ Solange der Arzt eine medizinisch anerkannte Therapie wählt, muß er den Patienten ungefragt nicht über andere, ebenfalls in Betracht kommende Heilmethoden und deren unterschiedliche Vor- und Nachteile aufklären. Anders ist es allerdings dann, wenn für die konkrete Behandlung verschiedene Behandlungsmethoden mit unterschiedlichen Erfolgsaussichten und/oder unterschiedlich starken Eingriffsrisiken in Betracht kommen, also für den Patienten eine sogenannte „echte Wahlmöglichkeit“ besteht.¹²⁰⁴

Eine Aufklärungspflicht des Arztes besteht somit dann, wenn die andere zur Wahl stehende Methode bei gleicher Erfolgsaussicht ein geringeres Risikospektrum besitzt oder

¹¹⁹⁹ Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 60/61; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rz 11; Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S. 71; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 1, (S. 325/326).

¹²⁰⁰ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 64, Rz 1; Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 67; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II,1 (S. 325/326).

¹²⁰¹ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 207; vgl. auch Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 371 (m.w.N.), nach dem das Mißerfolgsrisiko aufzuklären ist „jedenfalls dann, wenn durch den Mißerfolg die Operation, statt den Zustand zu verbessern, geradezu ins Gegenteil einer erheblichen Verschlechterung umschlagen kann“.

¹²⁰² Der Begriff der „Behandlungsalternative“ sollte nach der hier vertretenen Ansicht klar unterschieden werden von dem Begriff der „alternativen Behandlungsmethode“, die nach der hier vertretenen Meinung eine Therapie darstellt, deren Wirksamkeit von der herrschenden wissenschaftlichen Meinung zwar in Zweifel gezogen wird, deren Unvertretbarkeit jedoch nicht einhellig feststeht. In letztem Falle wäre es eine sog. „Außenseitermethode“ (zur Vielfalt der Terminologie vgl. auch Grupp, MedR 1992, 256 ff.).

¹²⁰³ BGHZ 102, 17, 22; OLG Brandenburg, NJW-RR 2000, S. 24, 25; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 2 c. (S. 331); Greiner, FS Geiß, S. 411.

¹²⁰⁴ BGHZ 102, 17, 22f.; vgl. auch OLG Brandenburg NJW-RR 2000, 24,25; Katzenmeier, Arzthaftung § 6 II 2 c.) (S. 331); vgl. auch Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht Rz. 381 (mit weiteren umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung): „Über Behandlungsalternativen ist aufzuklären, wenn die Methode des Arztes nicht die der Wahl ist oder konkret eine echte Alternative mit gleichwertigen Chancen, aber andersartigen Risiken besteht (konservativ statt operativ; Intubationsnarkose statt Periduralanästhesie)“

Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck; Handbuch des Arztrechts, § 64 Rz 5: „Besteht für den Patienten eine Wahlmöglichkeit, so schuldet der Arzt alle Informationen, die der Kranke für seine Entscheidung benötigt“.

aber bei gleichartigem Risikospektrum unterschiedliche Erfolgsaussichten bestehen oder sowohl die Risiken als auch die Erfolgsaussichten unterschiedlich sind.¹²⁰⁵

Ein weiterer in diesem Zusammenhang relevanter Aspekt ist die Problematik der Aufklärung über unterschiedliche Behandlungsstandards. Hierbei ist die Rechtsprechung in den Anforderungen eher zurückhaltend.¹²⁰⁶

Aufzuklären ist der Patient, wenn das Risiko durch die Wahl besserer Behandlungsbedingungen signifikant kleiner gehalten werden kann,¹²⁰⁷ nicht aber allgemein darüber, daß in einer Universitätsklinik die Behandlungsbedingungen besser sind, als in einem Kreis Krankenhaus, daß mangels optimaler Ausstattung nicht die modernsten Methoden angewendet werden können, daß das Nachbar Krankenhaus die moderneren Apparate besitzt.¹²⁰⁸

„Daß es häufig personell und apparativ besser ausgestattete Kliniken gibt, daß der medizinische Fortschritt sich zunächst in der Hand von Spezialisten und anfangs nur in wenigen Kliniken entwickelt und durchsetzt, bevor gesicherte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen die meisten Therapiemöglichkeiten zum medizinischen Standard werden lassen, der dann freilich jedem Patienten zu gewähren ist, darf als allgemein bekannt vorausgesetzt werden. Selbstverständlich kann nicht jederzeit jedem Patienten eine Behandlung nach den neuesten Erkenntnissen, mit den modernsten Apparaten und durch ausgesuchte Spezialisten geboten werden. Solche, möglicherweise überzogenen Erwartungshaltungen können im medizinischen Alltag nicht befriedigt werden. Ihnen muß auch nicht dadurch entgegengekommen werden, daß der Patient auf solche, andernorts gebotene, vielleicht dann bessere und risikoärmere Therapiemöglichkeiten hingewiesen wird“.

Anderes gilt allerdings, sobald neue Verfahren sich weitgehend durchgesetzt haben und dem Patienten entscheidende Vorteile bieten.¹²⁰⁹

Gegen die Unterschreitung des Standards ist der Patient stets durch die dem Arzt drohende Haftung wegen Behandlungsfehlern geschützt.¹²¹⁰

bbb.) Umfang der Risikoaufklärung

(a.) allgemeine Grundsätze

Schwierig ist vor allen Dingen der Umfang der Risikoaufklärung zu ermitteln. Bei dessen Bestimmung bezog sich die Rechtsprechung in Entscheidungen bis 1959 auf die statistische Komplikationsdichte¹²¹¹, rückte hiervon aber im Folgenden ab.

¹²⁰⁵ Eingehend zu dieser Problematik mit vielen Rechtsprechungsnachweisen Greiner, FS Geiß, S. 411 ff.

¹²⁰⁶ so vor allem BGHZ 102, 17 ff = JZ 1988, 411 m. krit. Anm. Giesen (S. 414 ff.).

¹²⁰⁷ Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 381; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 64 Rz 6.

¹²⁰⁸ BGHZ 102, 17 ff.

¹²⁰⁹ BGHZ 102, 17, 26.

¹²¹⁰ Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 384; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 64 Rz 6; zutreffend sehr kritisch zur restriktiven Rechtsprechung des BGH im Hinblick auf die Aufklärung über Behandlungsalternativen Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 213 ff insbes. Rz 216-224.

Prozentzahlen aus Statistiken verloren weitgehend ihre Aussagekraft¹²¹². Die Entwicklung der folgenden Jahre brachte deutliche Verschärfungen des Aufklärungsumfanges mit sich. Immer differenziertere Betrachtungen des Einzelfalles führten nicht nur zu einem in der Sache deutlich vergrößerten Umfang der Aufklärungspflicht, sondern in der Folge auch zu einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit.¹²¹³

Angesichts der Tatsache, daß es der BGH ablehnt, sich auf ein festes Zahlenverhältnis zwischen Komplikationsdichte und Aufklärungspflicht festzulegen,¹²¹⁴ läßt sich der Umfang der dem Patienten geschuldeten (Risiko-)aufklärung nicht generell bestimmen, sondern hängt nach der Rechtsprechung weitgehend von den Umständen des konkreten Falles ab.¹²¹⁵

Nach ständiger Rechtsprechung „braucht der Patient nur „im großen und ganzen“ über Chancen und Risiken der Behandlung aufgeklärt zu werden. Nicht erforderlich ist die exakte medizinische Beschreibung der in Betracht kommenden Risiken“.¹²¹⁶

Auch die beruflichen und privaten Umstände des Patienten sind bei der Aufklärung zu berücksichtigen¹²¹⁷. Es gilt das Prinzip der patientenbezogenen Information.¹²¹⁸ Auch darf der Arzt die aufklärungsbedürftigen Umstände nicht verharmlosend oder verschleiern darstellen.¹²¹⁹

In der Praxis bedeutet die Formel der Aufklärung „im großen und ganzen“ dann aber doch weit mehr, als man darunter nach landläufiger Auffassung verstehen mag.¹²²⁰ Für die große Fallgruppe der sogenannten „eingriffsspezifischen“ Risiken hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, daß „auch über sehr seltene Risiken aufzuklären“ ist, „wo sie, wenn sie sich verwirklichen, die Lebensführung schwer belasten“.¹²²¹ Risikostatistiken sind deshalb für diesen Bereich, wie der BGH ausdrücklich betont, „grundsätzlich von nur geringem Wert“¹²²². Demgemäß hat der

¹²¹¹ S. Tempel NJW 1980, S. 609, 611 m.w.N.; Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz 775; vgl. auch Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 43.

¹²¹² Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S. 72; BGHZ 126, 386, 389 m.w.N.; 144, 1, 5.

¹²¹³ zur starken Rechtsunsicherheit infolge der immer stärkeren Ausdifferenzierung von Fallgruppen insbes. Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 III, 2 (S. 354). Es drohe „aus der facettenreichen Spruchpraxis der Spezialkammern und – senate eine unüberschaubare Kasuistik zu werden mit immer weniger abzusehenden Haftungsrisiken für den Aufklärungspflichtigen“.

¹²¹⁴ Vgl. BGHZ 144, 1, 5; 126, 386, 389.

¹²¹⁵ BGHZ 144, 1, 5; BGHZ 126, 386, 389.

¹²¹⁶ So wörtlich BGHZ 144, 1, 7; ähnlich auch BGHZ 90, 103, 106 m.w.N.

¹²¹⁷ Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 2, (S.328).

¹²¹⁸ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 64 Rz 2; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 7; Katzenmeier, aaO, S. 328.

¹²¹⁹ Wörtlich hierzu Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 259: „Der Arzt muß damit rechnen, daß er nicht nur mit „Täuschung oder Zwang“, sondern auch mit allen Formen von Halbwahrheiten und ausweichenden Antworten („soft answers“) heute nicht mehr weit kommt ... und das Risiko eingeht, der bewußten Falschdarstellung, der Beschönigung, Verharmlosung oder Verschleierung des wahren Sachverhalts bezichtigt zu werden, die jedenfalls im Ergebnis die so erteilte Einwilligung unwirksam werden läßt“.

¹²²⁰ Ebenso in seiner kritischen Stellungnahme zu den Anforderungen der Rechtsprechung an die Patientenaufklärung Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, S. 14 f.

¹²²¹ BGHZ 126, 386, 389.

¹²²² So wörtlich BGHZ 126, 386, 389; ebenso BGHZ 144, 1, 5.

BGH im Rektoskopie-Urteil¹²²³ die Pflicht des Arztes zur Aufklärung über das Risiko der Darmperforation bejaht, obwohl es bei nur 1:10.000 bis 1:20.000 lag. Bei einer Kniegelenkspunktion bejahte der BGH die Pflicht zur Aufklärung über das Infektionsrisiko, das bei 1: 35000 lag.¹²²⁴

In einer Entscheidung zur Aufklärung über die Möglichkeit einer Aids-Infektion bei Bluttransfusion mit einer Ansteckungsgefahr von 1:2 bis 1: 3 Mio. fordert der BGH die Aufklärung des Patienten über dieses Risiko, jedenfalls dann, wenn die Notwendigkeit einer Fremdbluttransfusion „ernsthaft in Betracht kommt“¹²²⁵.

Nach dem BGH¹²²⁶ ist bei einer Routineimpfung eine Aufklärung sogar über solche Risiken nötig, die eine Eintrittswahrscheinlichkeit von 1:4,4 bis 1: 5 Millionen besitzen. Nicht aufklärungsbedürftig sind hingegen solche eingriffsspezifischen Risiken, die so außergewöhnlich und unvorhersehbar sind, daß sie für den Entschluß des Patienten, ob er in den medizinischen Eingriff einwilligt, keine Bedeutung haben.¹²²⁷ Angesichts der Strenge der Aufklärungsrechtsprechung ist dieser Aspekt jedenfalls bei in der Wissenschaft irgendwie bekannt gewordenen Risiken allerdings bisher in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich - so gut wie nicht relevant geworden.

Der Umfang der dem Patienten mitzuteilenden Risiken wird nicht begrenzt durch das bisweilen vorgegebene Leitbild des „verständigen Patienten“. Dieses „soll nicht das Recht des Patienten kürzen oder gar ersetzen, vielmehr die Umsetzung seines Selbstbestimmungsrechts für den Normalfall praktikabel gestalten“.¹²²⁸

Oft ist zu lesen, daß der Umfang der Risikoaufklärung auch von der Dringlichkeit des Heileingriffs abhängen soll. Diese Formel enthält insoweit im Ausgangspunkt einen zutreffenden Kern, als sich die Anforderungen an die Aufklärungspflicht tendentiell erhöhen, je geringer dringlich der Eingriff ist. Hieraus kann allerdings nicht umgekehrt geschlossen werden, daß die Anforderungen an die Aufklärungspflicht mit wachsender Dringlichkeit des Eingriffes sinken.¹²²⁹

In jedem Fall ist nach der hier vertretenen Ansicht deutlich zwischen einer Dringlichkeit in zeitlicher Hinsicht einerseits und in sachlicher Hinsicht andererseits zu unterscheiden. Nach der hier vertretenen Ansicht rechtfertigt einzig der Aspekt der zeitlichen Dringlichkeit einer Maßnahme Erleichterungen beim Aufklärungsumfang¹²³⁰, nicht aber die sachliche Dringlichkeit. Letzteres würde nämlich wieder auf eine Akzentuierung der Sachgerechtigkeit von Behandlungsdispositionen hinauslaufen.

Den vorläufigen Höhepunkt erreichte die Entwicklung der „Aufklärungsrechtsprechung“ in einer Entscheidung des BGH vom 07.07.1994¹²³¹, die zum Themenbereich der *therapeutischen Aufklärung* gehört und bereits oben unter Teil D.) I.) 2.) dargestellt wurde.

¹²²³ BGH, NJW 1984, 1395, 1396.

¹²²⁴ BGH, NJW 1994, 2414.

¹²²⁵ BGH, NJW 1992, 743, 744.

¹²²⁶ BGHZ 144, 1, 5 f.

¹²²⁷ BGH, NJW 1991, 2346; Frahm/Nixdorf, Arzthaftungsrecht, Rz 180 f.; vgl. zu „seltenen Risiken“ auch Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 90 ff. m.w.N. aus der Rspr.

¹²²⁸ So wörtlich Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 2 b (S. 331); kritisch zur Figur des „verständigen Patienten“ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 213.

¹²²⁹ Als „Faustregel“ aber leider so formuliert bei Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 68; auch als „Grundregel“ ders. aaO auf Seite 194.; vgl. auch Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 68 Rz 12; zutreffend ablehnend Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 271.

¹²³⁰ Anders die wohl h.M.: Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 270: „Es kommt sowohl auf die sachliche als auch auf die zeitliche Dringlichkeit des Eingriffs an“.; vgl. auch die Formulierung von Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 68, Rz 12 „Bei durchschnittlicher sachlicher wie zeitlicher Dringlichkeit“.

¹²³¹ BGHZ 126, 386 ff.

In diesem Falle hatte es die Impfärztin unterlassen, die Eltern des Kindes bei der Impfung über das für Kontaktpersonen bestehende Ansteckungsrisiko aufzuklären, das nach Ansicht des Sachverständigen bei 1:15.5 Mio., nach der oben (BGHZ 126, 386, 392) zitierten Gebrauchsinformation des Impfstoffherstellers bei 1: 4-5 Mio. lag.

Der BGH gab dem Schadensersatzanspruch statt und betonte (aaO, S. 390): „Im Falle des Kindes ... ging es allein um Schutzvorkehrungen für Dritte, die mit dem Geimpften in Berührung kommen konnten ... Diese werden in derartigen Fällen einem ihnen unbekanntem Ansteckungsrisiko ausgesetzt, das, wenn es sich auch nur selten verwirklicht, dann typischerweise schwerste, ihre Lebensführung auf Dauer verändernde und beeinträchtigende Schädigungen zur Folge hat. Hiervor können sie durch einen bloßen ärztlichen Hinweis auf die Ansteckungsgefahr und auf einfach zu treffende Vorsichtsmaßnahmen – Vermeidung von Körperkontakten mit dem Impfling, Benutzung von Einmalhandschuhen beim Wickeln des Säuglings – geschützt werden. Im ärztlichen Beruf ist aber der Schutz des Menschen vor vermeidbaren Gefahren oberstes Gebot ... Bei Berücksichtigung all dieser Gesichtspunkte wird deutlich, daß die von dem Berufungsgericht zugrunde gelegte statistische Ansteckungsquote zur Beurteilung des hier gegebenen Falles nicht aussagekräftig ist“.

Über das Risiko einer Nachoperation ist schon vor dem ersten Eingriff aufzuklären.¹²³²

Man wird im Ergebnis also von einem sehr strengen Maßstab der Patientenaufklärung, insbesondere auch der Selbstbestimmungsaufklärung, ausgehen müssen.

In jedem Falle empfiehlt sich mit Giesen¹²³³ als Faustregel „im Zweifel lieber zuviel als zuwenig aufzuklären“.

Aufzuklären ist selbstverständlich nur über bekannte Risiken. War ein Risiko im Zeitpunkt der Behandlung noch nicht bekannt, besteht keine Aufklärungspflicht.¹²³⁴

Auch dürften die Risiken weder verharmlost noch heruntergespielt werden.¹²³⁵

(b.) Einschränkungen des Umfanges der Risikoaufklärung

Der Umfang der vom Arzt geschuldeten Aufklärung kann Einschränkungen erfahren u.a. bei allgemein bekannten Risiken, bei konkreter Kenntnis des Patienten von Risiken, bei Verzicht des Patienten auf Aufklärung, sowie bei therapeutischer Kontraindikation der Aufklärung.

¹²³² Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 68, Rz 12.

¹²³³ So Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 291 im Kontext der Problematik der Aufklärungspflicht bei mehreren behandelnden Ärzten.

¹²³⁴ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 46; vgl. auch Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz. 777/778.

¹²³⁵ BGH, NJW 1992, 754, 755; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 82 f.

(aa.) allgemein bekannte Risiken

Über die allgemeinen Gefahren, die mit jeder Operation verbunden sind und die der Arzt im Regelfall als bekannt voraussetzen darf (z.B. Embolie, Wundinfektionen, Thrombose, Narbenbruch, Nachblutungsgefahr etc.) sowie über weitgehend beherrschbare Risiken bei Standardeingriffen (z.B. Injektionen, Narkose) braucht der Arzt einen Patienten mit normalem durchschnittlichen Bildungsstand nicht aufzuklären, da diese Risiken im Regelfall als bekannt vorausgesetzt werden können.¹²³⁶ Etwas anderes gilt dann, wenn der Patient den Eingriff ersichtlich für ganz ungefährlich hält¹²³⁷, was vor allem bei Routineeingriffen vorkommen kann.¹²³⁸

Irrtümer des Arztes über die wirklichen Aufklärungsbedürfnisse des individuellen Kranken gehen grundsätzlich zu Lasten des Arztes¹²³⁹. Im Zweifel bleibt der Arzt informationspflichtig.¹²⁴⁰

Auch über das allgemeine Fehlschlagrisiko¹²⁴¹, das jeder Behandlung innewohnt, wird der Arzt den Patienten nicht aufklären müssen, denn daß Behandlungen fehlschlagen können und der Arzt für ein Gelingen der Operation nicht bürgen kann, dürfte allen Patienten bekannt sein. Etwas anderes gilt aber jedenfalls dann, wenn insbesondere bei komplexen Operationen ein hohes Mißerfolgsrisiko besteht¹²⁴², der Eingriff zur Beseitigung von schmerzhaften Beschwerden vorgenommen wird, die im Falle eines Mißerfolgs nicht beseitigt, sondern möglicherweise sogar vergrößert werden, insbesondere wenn die Operation zwar indiziert, aber nicht dringlich ist und anstelle der Zustandsbesserung auch eine erhebliche Verschlechterung eintreten kann.¹²⁴³

In engem Umfang kann der Arzt auf die Mitwirkung des Patienten bauen, also von ihm erwarten, daß dieser nach der Information über das Wesentliche des Eingriffs, Einzelheiten erfragt.¹²⁴⁴

(bb.) medizinisches Vorwissen

In ähnlicher Weise kann eine Aufklärungspflicht des Arztes reduziert sein bzw. gar ganz entfallen, wenn der Arzt davon ausgehen kann, daß der Patient bezüglich der konkreten Behandlung medizinisches Vorwissen besitzt.¹²⁴⁵

Die Quelle dieses Vorwissens kann verschiedenartig sein, so zum Beispiel, wenn der Patient in kurzem zeitlichem Abstand nach einer Operation sich erneut einem gleichartigen Eingriff unterziehen muß, der gegenüber der ersten Operation keine wesentlichen neuen Risiken besitzt (Kenntnisse aus Vorbehandlung)¹²⁴⁶ oder wenn der

¹²³⁶ OLG Brandenburg, NJW-RR 2000, 24, 25; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, (S. 80 f.); sowie Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 404 jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; vgl auch Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rz 5; zur dem Umfang nach tendentiell eingeschränkte Aufklärungspflicht eines Arztes bei Blinddarmoperationen vgl. BGH, NJW 1980, S. 633, 635.

¹²³⁷ BGH, NJW 1980, S. 633, 635; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 404.

¹²³⁸ Hierzu BGH, NJW 1994, 2414; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 81.

¹²³⁹ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 275.

¹²⁴⁰ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66, Rz 5.

¹²⁴¹ Unter einem Fehlschlagen der Behandlung ist hier gemeint, daß die Behandlung weder zu einer Verbesserung noch zu einer Verschlimmerung des Zustandes des Patienten führt.

¹²⁴² Vgl. BGH, NJW 1990, 2929, 2931.

¹²⁴³ Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht aktuell, S. 88/89 m.w.Rspr. Nw.

¹²⁴⁴ Vgl. Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 III 2 b (S. 372), zu einer „Mobilisierung der Selbstbestimmung“.

¹²⁴⁵ Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 2 d (S. 333); Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz 745.

¹²⁴⁶ BGH NJW 1994, 3009, 3011 (re. Sp.) (ambulante Revisionsoperation nach zwei Wochen – Karpaltunnel-Syndrom).

Patient sich bereits seit vielen Jahren mit seiner Krankheit beschäftigt und er schon viele Fachärzte konsultiert hat.¹²⁴⁷

Das eigene medizinische Vorwissen des Patienten kann sich natürlich auch aus einer eigenen einschlägigen medizinischen Fachqualifikation ergeben¹²⁴⁸.

Hierbei gilt der Grundsatz, daß je umfassender die Vorkenntnisse des Patienten vom Wesen, der Bedeutung, der Tragweite, der Risiken und Folgen des Eingriffes sind, desto geringer kann die zu vermittelnde Information sein.¹²⁴⁹ Entscheidend ist, daß dieses Wissen zum Zeitpunkt der Einwilligung in den (erneuten) Eingriff tatsächlich vorliegt.¹²⁵⁰

Stets trifft den Arzt die Pflicht, sich über den Umfang einer bereits bestehenden Informiertheit seines Patienten zu vergewissern, wenn die Umstände auf eine solche deuten¹²⁵¹. Irrtümer über die Aufklärungsbedürftigkeit des individuellen Kranken gehen grundsätzlich zu Lasten des Arztes.¹²⁵²

(cc.) Aufklärungsverzicht

Diverse Studien zeigen, daß es Patienten gibt, die vollständig auf die Aufklärung verzichtet hätten. Die statistischen Angaben hierzu differieren zwischen ein- und zweistelligen Prozentzahlen¹²⁵³.

Einerseits kann Desinteresse an medizinischer Aufklärung Ausdruck eines großen Vertrauens sein, das der Patient seinem Arzt entgegenbringt¹²⁵⁴. Andererseits ist gerade bei schwerkranken Patienten zu beobachten, daß sie dazu neigen, schlimme Umstände ihrer Erkrankung und der Risiken der durch sie indizierten Behandlung gar nicht wissen zu wollen.¹²⁵⁵

In diesem Zusammenhang sprechen Rechtsprechung¹²⁵⁶ und Schrifttum¹²⁵⁷ von einem Verzicht¹²⁵⁸ des Patienten auf die dem Arzt grundsätzlich obliegende Aufklärung. Fraglich sind indes die Voraussetzungen eines wirksamen Aufklärungsverzichts:

¹²⁴⁷ BGH NJW 1976, 363, 364 Patient, der seit vielen Jahren zahlreiche Fachärzte, darunter international bekannte Kapazitäten konsultiert hatte. Der Arzt werde hierdurch zwar nicht vollständig von seiner Aufklärungspflicht befreit; die bereits vorher erfolgten Aufklärungen beeinflussen jedoch die Art und Intensität der vom Arzt geschuldeten Information.

¹²⁴⁸ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 64, Rz 15; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 112; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz. 430.

¹²⁴⁹ Umfassende Rechtsprechungsnachweise hierzu bei Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 112.

¹²⁵⁰ Ehlers/Brogie, Arzthaftungsrecht, Rz 799.

¹²⁵¹ Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, §64, Rz 16.; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 2 d., (S. 333).

¹²⁵² Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 275; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II, 2 d (S. 333).

¹²⁵³ Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S. 145.; in der von Ehlers durchgeführten Studie hätten 2,9 % der Patienten vollständig auf die Aufklärung verzichten wollen. (Ehlers aaO, S. 145 und ders. Tabelle 55 auf S. 246).

¹²⁵⁴ Roßner in NJW 1990, 2291, 2295.

¹²⁵⁵ Vgl. dazu BGH, NJW 1973, 556, 558 li. Sp. „Es gehört auch zur Selbstbestimmung des Patienten, daß er dem Arzt seines Vertrauens freie Hand geben darf, vielleicht in dem nicht unvernünftigen Bestreben, sich selbst die Beunruhigung durch Einzelheiten einer Gefahr zu ersparen, nachdem er sich bereits von der Notwendigkeit ihrer Inkaufnahme überzeugt hat“.

¹²⁵⁶ OLG Koblenz, NJW-RR 2002, S. 816, 817; BVerfG, NJW 1979, 1925, 1932 - Sondervotum.

¹²⁵⁷ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 247; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 390; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 64 Rz 17 f.

¹²⁵⁸ Unter dem „Verzicht“ ist kein rechtsgeschäftlicher Erlaßvertrag im Sinne des § 397 BGB zu verstehen, sondern er ist rechtlich wie die Einwilligung in den Heileingriff zu qualifizieren. (vgl. Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 37/38)). Zu Rechtsnatur und Inhalt der rechtfertigenden Einwilligung siehe eingehend schon oben in Teil C II.

In *formeller Hinsicht* ist für einen wirksamen Aufklärungsverzicht Voraussetzung, daß der Patient den Verzicht deutlich und unmißverständlich erklärt, was nicht ausschließt, daß eine konkludente Erklärung ausreichen kann.¹²⁵⁹ Allerdings ist mit Lepa¹²⁶⁰ zutreffend zu bezweifeln, ob die in einem älteren BGH-Urteil¹²⁶¹ vertretene Auffassung noch haltbar ist, nach der der Arzt von seiner Pflicht zur Risikoaufklärung schon dann befreit sein soll, wenn der Patient erkennbar von dem Wunsch beherrscht wird, unter allen Umständen von seinen Leiden befreit zu werden.

In *inhaltlicher Hinsicht* gilt als Grundsatz, daß der Aufklärungsverzicht nur so weit reicht, wie der Patient den Rahmen der ins Auge gefaßten Behandlung absehen kann.¹²⁶² Das kann den Arzt in eine schwierige Situation führen, weil er einerseits zwar auf den ordnungsgemäßen Verzicht des Patienten vertrauen kann, er andererseits aber darauf achten muß, daß der ihm erklärte Verzicht wirksam ist. Folgende Orientierungspunkte haben sich hierbei herausgebildet:

Ein Blankoverzicht des Patienten auf Aufklärung ist nicht möglich¹²⁶³, denn der Aufklärungsverzicht ist nur dann wirksam, wenn der Patient die Erforderlichkeit des Eingriffs kennt, dessen Art und den Umstand, daß er nicht ganz ohne Risiko verläuft.¹²⁶⁴ Dies bedingt, daß nach teilweiser Ansicht zumindest die Diagnoseaufklärung, also die Unterrichtung des Patienten über den medizinischen Befund, sowie eine Unterrichtung über die Art und grundsätzliche Risikolastigkeit des Eingriffes unverzichtbar ist. Diese (begrenzte) Pflicht des Patienten zur Entgegennahme der Aufklärung ist in gewisser Weise die Kehrseite freier Selbstbestimmung¹²⁶⁵.

Der Patient kann also im Grundsatz nur auf die Information über Einzelheiten des Verlaufs und Gefahren der Behandlung verzichten¹²⁶⁶.

Im Einzelnen können sich hier für den Arzt schwierige Situationen ergeben.¹²⁶⁷

(dd.) Therapeutische Kontraindikationen der Aufklärung/ „therapeutisches Privileg“
Schon oben unter Teil D.) I.) 3.) b.) aa.) wurde im Zusammenhang mit den besonderen Problemen der Diagnoseaufklärung die Problematik des sogenannten „therapeutischen Privilegs“ behandelt.

¹²⁵⁹ vgl. Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 II 2 d (S. 334); OLG Koblenz, NJW-RR 2002, 816, 817: „ausdrücklich verzichtet“.

¹²⁶⁰ Lepa, FS Geiß, S. 449, 451.

¹²⁶¹ BGHZ 29, 46, 54.

¹²⁶² Geiß/Greiner, *Arztthaftpflichtrecht*, Rz C 16 m.w.N.; Lepa, FS Geiß, S. 449, 451.

¹²⁶³ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 64 Rz 18; Ehlers, in: Ehlers/Brogie, *Arztthaftungsrecht*, Rz 800.

¹²⁶⁴ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 64, Rz 18; Katzenmeier, *Arztthaftung*, § 6 II 2 d (S. 334).

¹²⁶⁵ Vgl. BVerfG, *Sondervotum in NJW* 1979, 1925, 1932; vgl. auch OLG Köln, in *NJW* 1987, 2936: *Recht des Arztes zur Diagnoseaufklärung*.

¹²⁶⁶ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 64, Rz 18; Katzenmeier, § 6 II 2 d, (S. 334.); Lepa, FS Geiß, S. 449, 451: „Verlangt wird also eine reduzierte Aufklärung, um einen Verzicht auf eine komplette Risikoaufklärung wirksam werden zu lassen. Dieses Postulat verringert die Verwendbarkeit dieses Rechtsinstruments in der Praxis; das ist möglicherweise die Erklärung dafür, daß der Aufklärungsverzicht nur eine geringe Rolle spielt“.

¹²⁶⁷ Hierzu näher Buschmann, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, S. 37 ff.

Aber auch im Rahmen der Risikoaufklärung, (die ja ebenfalls ein Teil der Selbstbestimmungsaufklärung ist) ist ein häufiges Argument für die Reduzierung von Aufklärungspflichten das seitens der Ärzteschaft vorgetragene Argument des „therapeutischen Privilegs“.¹²⁶⁸

Wenngleich mit Giesen¹²⁶⁹ zutreffend zu konstatieren ist, daß die (vor allem) in der Literatur geführte Diskussion um das therapeutische Privileg außer Verhältnis zur praktischen Bedeutung dieser Fallgruppe steht, so hat diese Problematik durchaus beträchtliche Sprengkraft.

Immer wieder wird die Forderung nach dem „therapeutischen Privileg“ erhoben, welches den Arzt berechtigen soll, im Interesse der Schonung des Patienten insbesondere bei schwer erkrankten Menschen und bei ungünstigen Prognosen auf die Aufklärung zu verzichten.¹²⁷⁰

Der Rechtsprechung wird in diesem Zusammenhang vorgeworfen, die Realität zu verkennen.¹²⁷¹ Der Patient wolle Heilung und werde durch die Aufklärung häufig verunsichert und manchmal gar gequält.¹²⁷²

In diesem Zusammenhang lassen sich drei Fallgruppen einer denkbaren Beschränkung der Patientenaufklärung wegen Kontraindikation aus therapeutischen Gründen bilden:¹²⁷³

Erstens kann die an sich rechtlich gebotene Aufklärung beim Patienten zu körperlichen und /oder psychischen Reaktionen führen, die den Patienten unmittelbar gefährden.¹²⁷⁴

Zweitens ist denkbar, daß die aufklärungsbedingten körperlichen und/ oder psychischen Reaktionen des Patienten die Durchführung und den Erfolg der Therapie in Frage stellen und auf diese Weise dem Heilzweck der Behandlung zuwiderlaufen¹²⁷⁵ oder schon die Aufklärung selbst das durch die Aufklärung mitzuteilende Risiko beim Patienten hervorruft.

Drittens kann es sein, daß infolge der Aufklärung der Patient die indizierte Behandlung aus „unvernünftigen Gründen“ ablehnt.¹²⁷⁶

Im Hinblick auf die letzte in Betracht kommende Fallgruppe ist extreme Zurückhaltung zu üben, denn grundsätzlich hat der Patient das Recht, auch „unvernünftige“ Entscheidungen zu treffen, also auch eine absolut indizierte Behandlung abzulehnen.¹²⁷⁷

¹²⁶⁸ Da es hierbei um den Schutz des Patienten und nicht um ein Vorrecht des Arztes geht, sollte der Begriff „therapeutisches Privileg“ nach Ansicht einiger Autoren vermieden und statt dessen besser von einem humanitären Prinzip gesprochen werden. (so etwa Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 II 2 d, (S. 335) oder -wie hier vertreten - der Begriff der „therapeutischen Kontraindikation der Aufklärung“ gewählt werden.

¹²⁶⁹ Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 309.

¹²⁷⁰ Rumler-Detzel, *FS Deutsch*, S. 699, 700.

¹²⁷¹ Rumler-Detzel, *FS Deutsch*, S. 699, 700.

¹²⁷² Wachsmuth/Schreiber, *NJW* 1981, 1985, die von einem „Dilemma der ärztlichen Aufklärung“ sprechen.

¹²⁷³ Hierzu im Ganzen Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 II 2 d, (S. 335).

¹²⁷⁴ Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 II 2 d (S. 335); Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 249.

¹²⁷⁵ Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 II 2 d (S. 335).

¹²⁷⁶ Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 II 2 d (S. 335); Vgl. Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 252: „Unterbleiben einer dringlich indizierten Maßnahme“.

¹²⁷⁷ Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 318 und besonders prägnant ders. in Rz 320: Es könne dem Arzt „in keinem Fall gestattet werden, die Annahme einer medizinischen Kontraindikation zur Aufklärung mit der Begründung

Der Arzt soll zwar im Grundsatz alles in seiner Macht Stehende unternehmen, um den Patienten auf ordnungsgemäße Weise zu einer wirksamen Einwilligung in die dringend gebotene Behandlung zu bewegen. Wenn aber die Gefahr besteht, daß der Patient aus Angst vor aufgeklärten Risiken die Einwilligung in die Behandlung verweigert, dann ist das hinzunehmen, auch wenn er sich hierdurch „in größere Lebensgefahr [begibt] als wenn er den risikoreichen Eingriff vornehmen läßt“.¹²⁷⁸

Auch der BGH hat sich deutlich gegen die Möglichkeit ausgesprochen, daß der Arzt die gebotene Aufklärung unterlassen dürfe, um eine „unvernünftige“ Ablehnung eines Eingriffs durch den Patienten zu verhindern.^{1279 1280}

Ob und wenn ja in welchem Umfang in den beiden zuerst genannten Fallgruppen Einschränkungen der ärztlichen Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen in Betracht kommen, ist umstritten.

Wegen der Gefahren für eine „patriarchalische Medizin“ wurde ein generelles therapeutisches Privileg von der deutschen Rechtsprechung zu recht stets abgelehnt¹²⁸¹. Der BGH hat zwar entschieden, daß die Aufklärung keineswegs eine schonungslose Offenlegung verlangt, eine solche vielmehr einen Arztfehler darstellen könne.¹²⁸² Die Pflicht zur vollständigen Aufklärung soll allerdings nur entfallen, wenn die Aufklärung „eine ernste Gefährdung der Gesundheit oder des Lebens zur Folge haben könnte“.¹²⁸³ Keinesfalls entfällt die Aufklärungspflicht vollständig.¹²⁸⁴ Der Arzt muß jeden Fall einzeln prüfen. Er hat die spezifische Patientensituation, dessen Erkrankung und die psychische Verfassung zu berücksichtigen¹²⁸⁵.

(ee.) Die informierte Behandlungsverweigerung oder auch „informed refusal“:

Spiegelbildlich zur Pflicht des Arztes, den Patienten über die typischen Gefahren eines Heileingriffes aufzuklären, besteht ebenso in umgekehrter Weise eine Pflicht des Arztes, den Patienten über die Gefahren einer Nichtbehandlung seiner Krankheit aufzuklären. Die Weigerung des Patienten, sich behandeln zu lassen, stellt den Arzt in diesen Fällen nur dann von seiner vertraglich und deliktisch bewehrten Selbstbestimmungsaufklärungspflicht frei, wenn er den Patienten eindringlich und umfassend über die Risiken der Behandlungsverweigerung aufgeklärt hat. Unterläßt der Arzt die Warnung, so haftet er dem Patienten sowohl aus dem Behandlungsvertrag als auch aus Delikt.

zu rechtfertigen, bei vollständiger Aufklärung würde der Patient womöglich auf die für ihn vorgesehene Therapie verzichtet haben“; Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 II 2. d., (S. 335/336).

¹²⁷⁸ Vgl. Deutsch/Spickhoff *Medizinrecht*, Rz 252, die zumindest „bei sehr labilen Patienten ... bei denen die psychische Störung darin besteht, daß sie die dringend notwendige Behandlung unterlassen ... eine zumindest herabgesetzte Aufklärung angezeigt sein [lassen]“.

¹²⁷⁹ BGHZ 90, 96, (99); BGHZ 90, 103, (109 f.).

¹²⁸⁰ Vgl. auch Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 207 a.E., nach dem es als „gemeinsamer Kulturbesitz entwickelter Rechtsordnungen“ angesehen werden könne, „daß der Patient ein Recht hat zu wissen, worin er einwilligt, und auch Entscheidungen zu treffen, die sein Arzt nicht billigt“.

¹²⁸¹ Ehlers, in: Ehlers/ Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rz 801; Der BGH judiziere „sehr streng und engherzig“ (so Tempel NJW 1980, 609, 614); zur deutlich liberaleren Handhabung des „therapeutischen Privilegs“ durch das Schweizer Bundesgericht Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 311.

¹²⁸² Vgl. BGHZ 90, 103, 108 ff.; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 64, Rz 19.

¹²⁸³ So wörtlich BGHZ 29, 176, 182; in diese Richtung scheint auch Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 320 zu argumentieren, wenn er zugesteht, daß „zwingende therapeutische Rücksichten ausnahmsweise zur Einschränkung der Aufklärungspflicht berechtigen“.

¹²⁸⁴ Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rz 802.

¹²⁸⁵ Ehlers, in: Ehlers/Broglie, Rz 802.

Er ist dem Patienten in diesem Falle dann wegen fehlender „zweiter Aufklärung“¹²⁸⁶ haftbar¹²⁸⁷. Der Arzt trägt zudem die Beweislast dafür, daß er diese zweite Aufklärung nach der ersten Verweigerung vorgenommen hat.¹²⁸⁸

(ff.) Die mutmaßliche Einwilligung

In besonderen Zwangslagen, in denen der Patient und sein gesetzlicher Vertreter für eine Entscheidung über die Behandlungsmaßnahme nicht erreichbar sind [z.B. beim bewußtlosen Patienten, Notfallpatient und bei nicht vorhersehbarer intraoperativer Änderung oder Erweiterung des Eingriffs¹²⁸⁹], kann der Arzt unter den Voraussetzungen „mutmaßlicher Einwilligung“ den Patienten behandeln, wenn ein „verständiger Patient“ – bezogen auf die Lage des konkreten Patienten - in die Behandlung einwilligen würde.¹²⁹⁰ Für diese Art der Rechtfertigung des Arztes ist neben dem objektiven Interesse des Patienten sein wirklicher oder mutmaßlicher Wille entscheidend (vgl. § 683 BGB).¹²⁹¹ Davon kann ausgegangen werden, bei zeitlich dringender absoluter Indikation, wenn die Nichtbehandlung oder der Abbruch des Eingriffs medizinisch unvertretbar wäre.¹²⁹²

Von einer mutmaßlichen Einwilligung kann nicht ausgegangen werden bei Operationserweiterungen, die bei gehöriger Diagnostik und Planung vorhersehbar waren sowie in solchen Fällen, in denen der Patient vor dem Eingriff eine Behandlung abgelehnt hat.¹²⁹³

Zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens sind dem Patienten nahestehende Personen, vor allem Angehörige zu befragen.¹²⁹⁴ Diese Personen entscheiden nicht selbst, sondern sind lediglich Auskunftspersonen für den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Kranken.¹²⁹⁵

4.) Die wirtschaftliche Aufklärung.

Die im Kontext der „wirtschaftlichen Aufklärung“ diskutierte Konstellation betrifft den Fall, daß ein Patient eine (aufwendigere) Behandlung wählt, deren Kosten er vom privaten oder öffentlichen Krankenversicherer aber nicht übernommen bekommt und diese Kosten dann den Patienten treffen sollen.¹²⁹⁶

¹²⁸⁶ Deutsch benutzt diesen Ausdruck so in VersR 1998, 1053, 1057.

¹²⁸⁷ Vgl. VersR 1996, 1021 f.; BGH VersR 1992, 237 f.

¹²⁸⁸ BGH VersR 1992, 237 f.; Deutsch, VersR 1998, 1053, 1057; anders Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, § 13 II (S. 389): Die Beweislastverteilung folge im Fall einer Behandlungsverweigerung nach fehlerhafter Aufklärung der Beweislastverteilung bei Behandlungsfehlern.

¹²⁸⁹ Zur mutmaßlichen Einwilligung bei der Operationserweiterung insbesondere Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 239 ff.

¹²⁹⁰ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 102 f.; vgl. auch Katzenmeier, Arzthaftung, § 2 II 4, S. 109 ff.

¹²⁹¹ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 246.

¹²⁹² Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 103.

¹²⁹³ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 104.

¹²⁹⁴ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 246.

¹²⁹⁵ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 246.

¹²⁹⁶ Vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 212; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 328 a.) mit zahlreichen Nachweisen.

Diese sog. „wirtschaftliche Aufklärung“ ist von der (medizinischen) Aufklärung, - auch wenn beide Aufklärungsarten dem Patienten eigenverantwortliche Entscheidungen ermöglichen sollen - , klar zu trennen.¹²⁹⁷

Es wäre im Ausgangspunkt eine Übertreibung zu fordern, daß der Arzt Erkundigungen über die finanzielle Absicherung des Patienten anstellt und auf diese Weise zu einer Art „wirtschaftlicher Berater“ des Patienten wird.

Die wirtschaftliche Aufklärung ist - soweit sie besteht - eine Obliegenheit des Arztes, d.h. ein Gebot in erster Linie des eigenen Interesses.¹²⁹⁸ Die Rechtsfolge bei ihrer Verletzung besteht in der (teilweisen) Verwirkung des Gebührenanspruches bzw. des Pflegesatzes.¹²⁹⁹ Angesichts dessen stellt der von der Rechtsprechung¹³⁰⁰ und teilweisen Literatur¹³⁰¹ gewählte „Umweg“, der bei nicht ordnungsgemäßer wirtschaftlicher Aufklärung von der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht ausgeht, die dann einen gegen den Pflegesatz aufrechenbaren Schadensersatzanspruch erzeugt, eine zu strenge Einordnung der wirtschaftlichen Beratung dar.¹³⁰²

In ganz extrem gelagerten Fällen kann der Krankenhausaufnahmevertrag, den der Patient ohne ausreichende wirtschaftliche Aufklärung und im irrigen Vertrauen auf die Kostenübernahme durch seinen Krankenversicherer geschlossen hat, auch gegen die guten Sitten verstoßen und von daher gemäß § 138 I BGB nichtig sein.¹³⁰³

Nicht in den Bereich der „wirtschaftlichen Aufklärung“ gehört der genau umgekehrt denkbare Fall, einen Patienten (besonders den „Kassenpatient“) über die Möglichkeit aufzuklären, sich als Selbstzahler besser versorgen zu lassen. Dieser Aspekt „wirtschaftlicher Aufklärung“ gehört vielmehr zur Selbstbestimmungsaufklärung, da es hierbei nicht um den Schutz des Patienten vor finanziellen Überraschungen geht.¹³⁰⁴

¹²⁹⁷ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 268.

¹²⁹⁸ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 212.

¹²⁹⁹ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 212; vgl. auch Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 328 a „Verletzung dieser Pflicht gibt dem Patienten einen Anspruch auf Befreiung von der Kostenbelastung“.

¹³⁰⁰ OLG Hamm, MDR 1994, 1187 f.; VersR 2001, 895, 896.

¹³⁰¹ So wohl Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 268 und Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 74.

¹³⁰² Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 212.

¹³⁰³ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 268.

¹³⁰⁴ Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 328 b

5.) Der Aufklärende und der Aufzuklärende

a.) Der Aufklärende

Obgleich es alleinig darauf ankommt, daß der Patient tatsächlich das Wissen hat, das er benötigt, um selbstbestimmt in die Behandlungsmaßnahme einwilligen zu können,¹³⁰⁵ obliegt einem *Arzt* die Aufklärung¹³⁰⁶ und zwar grundsätzlich dem behandelnden Arzt selbst.¹³⁰⁷ Nur er hat genügend Kenntnis und Informationen, um den Patienten in einer für ihn geeigneten Weise aufzuklären.¹³⁰⁸ Die Aufklärung ist nicht delegationsfähig auf nichtärztliches Personal.¹³⁰⁹ Auch auf PJler¹³¹⁰, AIPs oder jüngere Stations- und Assistenzärzte kann die Aufklärung grundsätzlich nicht delegiert werden¹³¹¹. Anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn bei diesen jungen Ärzten bereits ein entsprechendes Fachwissen vorausgesetzt werden kann.¹³¹² Hieran fehlt es jedoch in aller Regel, denn diese Ärzteguppen befinden sich noch in der Ausbildung. Auch wird ihnen vom Patienten häufig nicht derselbe Respekt und dieselbe Aufmerksamkeit wie einem Arzt gezollt.

In gewissen Grenzen kann der behandelnde Arzt die Aufklärung auf einen anderen Arzt übertragen, wobei jener gewährleisten muß, daß die Aufklärung durch diesen ordnungsgemäß durchgeführt wird.¹³¹³ Eine Aufklärung durch den den konkreten Eingriff durchführenden Arzt selbst ist allerdings nötig bei schweren Eingriffen, die der Entschlußkraft des Patienten viel abverlangen¹³¹⁴.

Im übrigen darf von dem Grundsatz auszugehen sein, daß jener Arzt aufzuklären hat, dem der Patient erkennbar sein hauptsächliches Vertrauen entgegenbringt.¹³¹⁵

Die Aufklärung ist ein wesentlicher Teil des Gesprächs zwischen Arzt und Patient und gehört damit zur Heilbehandlung“.¹³¹⁶

Sind *mehrere Fachdisziplinen* an der Therapie und damit auch an Eingriffen beteiligt - was vor allem im klinischen Bereich mit zahlreichen Abteilungen der Fall ist - so gilt der Grundsatz, daß jeder Arzt für den Eingriff in seinem Fachgebiet aufklärungspflichtig ist,¹³¹⁷ der jeweilige Facharzt darf sich darauf verlassen, daß der Patient im anderen Gebiet entsprechend aufgeklärt wurde. Es gelten die Fachbereichsgrenzen.¹³¹⁸ „Die Rechtmäßigkeit ist zwar einheitlich, aber nur auf die

¹³⁰⁵ vgl. Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 288.

¹³⁰⁶ Deutsch/ Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 233.

¹³⁰⁷ Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rz 746; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 66, Rz 1; Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 287.

¹³⁰⁸ Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rz 746.

¹³⁰⁹ Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 233.

¹³¹⁰ Vgl. OLG Stuttgart in *MedR* 1996, 81, 82.

¹³¹¹ Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rz 747.

¹³¹² Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rz 747.

¹³¹³ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 66, Rz 1; vgl. auch Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 287; Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 233.

¹³¹⁴ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 66, Rz 1. (für das Beispiel eines Chirurgen)

¹³¹⁵ Im einzelnen hierzu Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 290.

¹³¹⁶ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 66, Rz 1.

¹³¹⁷ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rz C 106; Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rz 750; Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 290 m.w.N.

¹³¹⁸ vgl. Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rz C 110; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts* § 66 Rz 3 „Es gilt der Vertrauensgrundsatz: Ein Arzt darf sich bezüglich der Information des Patienten durch den Kollegen des anderen Faches grundsätzlich auf diesen verlassen“.

Person des jeweils handelnden Arztes bezogen. Eine Anwendung des § 139 BGB ist nicht angebracht und würde die medizinische Arbeitsteilung außer Acht lassen“.¹³¹⁹
Allerdings bleibt der konkret behandelnde Arzt dann aufklärungsverpflichtet, wenn der Patient nachfragt, auch wenn er vorher schon aufgeklärt worden ist.¹³²⁰

Auch im Verhältnis zwischen einweisendem Arzt und Spezialisten gilt im Grundsatz, daß es eine generelle Aufklärungspflicht des einweisenden Arztes nicht gibt¹³²¹, auch wenn es Urteile gibt, die scheinbar in diese Richtung weisen¹³²². Etwas anderes kann dann gelten, wenn die Operation vom einweisenden Arzt selbst vorgeschlagen wurde. Dann kann die Patientenaufklärung in erster Linie Pflicht des in die Klinik einweisenden Hausarztes sein¹³²³. Der behandelnde Arzt kann sich jedoch nicht darauf verlassen, daß der einweisende Hausarzt oder der vorbehandelnde Kollege dem Patienten die notwendigen Informationen bereits vermittelt hat¹³²⁴.

Der den Eingriff vornehmende Arzt sollte sich stets vergewissern, ob dem Patienten die notwendige Aufklärung zu Teil geworden ist.¹³²⁵ Stichpunktartig sollten die Essentialia der Aufklärung überprüft und diese Nachprüfung vielleicht auch im Krankenblatt oder auf dem Aufklärungsprotokoll dokumentiert werden¹³²⁶. Im Zweifel müßte der aufklärende Arzt befragt oder - wenn der Patient bereits prämediziert und damit nicht mehr im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte ist - der Eingriff verschoben werden.¹³²⁷

Innerhalb einer Klinik kann die Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten aus organisatorischen Gründen oder anderen Gründen der Behandlungsbeteiligung auch einem anderen Arzt übertragen werden, den dann die Haftung für Informationsversäumnisse in erster Linie trifft.¹³²⁸ Der Arzt haftet dann auf Grund Garantenstellung aus der übernommenen Behandlungsaufgabe für Aufklärungsversäumnisse - auch außerhalb eigener vertraglicher Behandlungspflichten - aus unerlaubter Handlung.¹³²⁹ Dies ist eine Haftung aus *Unterlassen* mit der beweisrechtlichen Folge, daß im Ausgangspunkt der Patient(!) für das pflichtwidrige Unterlassen der Aufklärung beweispflichtig wäre.
Der die Aufklärungslast übernehmende Arzt ist für den verschuldeten Aufklärungsfehler zugleich auch Haftungsvermittler zu Lasten des Behandlungsträgers (Krankenhausträger, selbstliquidierender Chefarzt) im Rahmen vertraglicher Haftung nach § 278 BGB.

¹³¹⁹ So wörtlich Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rz C 107.

Zur Aufgabenteilung bei der Eingriffsaufklärung Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rz C 108 ff. m. zahlreichen Rspr.-Nachw.

¹³²⁰ Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 275.

¹³²¹ Ehlers, in: Ehlers/Broglie *Arzthaftungsrecht*, Rz 748; vgl. auch Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 289; Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 II 3 (S. 338).

¹³²² Nach BGH, NJW 1980, 633, 634 soll bereits der Hausarzt, der den Patienten mit einer nicht weiter begründeten Standarddiagnose in die Klinik einweist, für die ausreichende Aufklärung verantwortlich gemacht werden können; Giesen *Arzthaftungsrecht*, Rz 289 „Das kann sicher nur für extreme Sonderfälle zutreffen“.

¹³²³ vgl. Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rz 748 m.w.N.

¹³²⁴ vgl. Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rz 748.

¹³²⁵ BGH NJW 1980, 633, 634; OLG Hamm VersR 1991, 667, 668.

¹³²⁶ Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rz 746.

¹³²⁷ Ehlers, in: Ehlers/Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rz 746.

¹³²⁸ Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 II 3 b.) (S. 338) m.w.Nw.

¹³²⁹ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rz C 108.

Unter deliktischen Gesichtspunkten kann eine Haftung des Behandlungsträgers in Betracht kommen, wenn dieser sich nicht nach § 831 I,2 BGB entlasten kann. Aber selbst im Falle einer Entlastung bleibt die Möglichkeit einer Organhaftung (§§31, 89 BGB) oder Einstandspflicht wegen Verstoßes gegen weiterreichende Organisationspflichten (§823 I BGB) des Behandlungsträgers.¹³³⁰

Eine andere Frage ist diejenige, ob es *besondere Aufklärungsärzte* geben sollte¹³³¹. Diese Frage wurde vor allem früher diskutiert.

In der Tat mag es Ärzte geben, die aufgrund ihrer besonderen langjährigen Berufserfahrung und besonderer Einfühlsamkeit für eine solche Tätigkeit besonders geeignet wären, Schwerkranke in schonender und eine menschliche Güte ausstrahlender Art und Weise mit ihrem Schicksal vertraut zu machen.¹³³²

Dennoch bestehen Bedenken gegen die generelle Beschäftigung solcher spezieller Aufklärungsärzte:

Diese würden für das Krankenhaus einen zusätzlichen organisatorischen und finanziellen Aufwand bedeuten; Nicht nur müßten zusätzlich „Aufklärungsärzte“ eingeplant werden. Auch der behandelnde Arzt müßte - zur Meidung des Haftungsrisikos - die Arbeit des Aufklärungsarztes überwachen¹³³³. Zudem würde sich das Vertrauen des Patienten in den behandelnden Arzt vermindern, wenn nicht dieser, sondern ein anderer Arzt die Aufklärung durchführen würde¹³³⁴.

Die Einwilligung des Patienten kann auf einen bestimmten Arzt beschränkt sein, was insbesondere dann anzunehmen ist, wenn sich ein Patient als Privatpatient an einen bestimmten Mediziner wendet.¹³³⁵ Auch Kassenpatienten können in gewissen Fällen aus bisheriger Behandlung erwarten, von einem bestimmten Arzt behandelt zu werden. Ist das nicht der Fall, muß ihnen Mitteilung gemacht werden¹³³⁶.

Anders verhält es sich bei einem im Krankenhaus tätigen Ärzteteam. Hier erstreckt sich die Einwilligung auf die Mitglieder der Gruppe. Auf diese Weise kann für Vertretungen und Ausbildung gesorgt werden.¹³³⁷

Der Ausbildungsstand des behandelnden Arztes ist nicht aufklärungsbedürftig. Es ist für die Selbstbestimmungsaufklärung unerheblich, daß ein Anfänger unter genauer Überwachung eines Facharztes therapiert. Nur wenn der „Anfänger“ nicht überwacht wird, ist das Risiko erhöht und muß mitgeteilt werden.¹³³⁸

¹³³⁰ Im einzelnen dazu Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 3 b, (S. 338/339).

¹³³¹ Ablehnend dazu Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 22.

¹³³² Vgl. dazu Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 291, der in diesem Zusammenhang von den „erfahreneren Ärzten (z.B. den senior colleagues des angelsächsischen Sprachgebrauchs)“ spricht.

¹³³³ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 27.

¹³³⁴ Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 27.

¹³³⁵ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 234.

¹³³⁶ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 234.

¹³³⁷ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 234.

¹³³⁸ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 234.

b.) Der Aufzuklärende

aa.) Allgemeines

Ausschließlicher Aufklärungsadressat ist derjenige Patient, der einwilligungsfähig und einwilligungsberechtigt ist. Der Arzt schuldet die Aufklärung dem Patienten persönlich.¹³³⁹ Nur er kann die Einwilligung in den Eingriff erteilen und damit dem Arzt die Rechtfertigung für den Eingriff in die Körpersphäre geben.¹³⁴⁰

Der Arzt ist nicht befugt, bei der Aufklärung den Patienten zu umgehen und statt mit ihm mit dessen Angehörigen (oder anderen Personen) über die Krankheit und die zu ihrer Heilung in Betracht kommenden Maßnahmen zu sprechen. Weder kann der Arzt die Einwilligung von ihnen erwarten, noch es ihnen überlassen, den Patienten über die Dringlichkeit der Behandlung ins Bild zu setzen.¹³⁴¹

Insofern als bei einem Notfall-Patient oder bei einer nicht vorhersehbaren Operationserweiterung die nächsten Angehörigen zu befragen sind, sind diese keinesfalls Zustimmungsträger, sondern allein Auskunftspersonen, um den mutmaßlichen Patientenwillen zu erhellen¹³⁴².

bb.) Minderjähriger Patient

Besondere Probleme bereitet die Aufklärung des minderjährigen Patienten.

Hier stellen sich drei Probleme:

Erstens wann der Minderjährige einwilligungsfähig ist, zweitens ob der einwilligungsfähige Minderjährige (stets) alleine in den Eingriff einwilligen kann, sowie drittens auf welche Weise die Einwilligung der Eltern beim nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen einzuholen ist.

aaa.) Die Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen

Da bei der Behandlungseinwilligung die Regeln über die Geschäftsfähigkeit nicht einschlägig sind, ist es für die Wirksamkeit der Einwilligung in den Heileingriff nicht erforderlich, daß der minderjährige Patient volljährig ist.

Vielmehr kommt es bei einem Heranwachsenden darauf an, ob er nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag¹³⁴³.

Schwierig ist indes die Frage zu beantworten, wann bei Minderjährigen diese natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegeben ist. Eine starre Altersgrenze kann hierbei nicht gezogen werden, jeder Fall ist einzeln zu beurteilen¹³⁴⁴. Grundsätzlich irrelevant dürfte die Einwilligung eines Minderjährigen unter 14 Jahren sein.¹³⁴⁵ Die Frage der Relevanz der Minderjährigeneinwilligung stellt sich vor allem dann, wenn der Minderjährige sich altersmäßig der Volljährigkeit nähert. Am sichersten ist der Arzt in jedem Fall dann,

¹³³⁹ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 249.

¹³⁴⁰ Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz 751; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 249.

¹³⁴¹ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 249.

¹³⁴² BGH, NJW 1987, 2291, 2293.

¹³⁴³ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66, Rz 9; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 250.

¹³⁴⁴ Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz 762.

¹³⁴⁵ Tempel, NJW 1980, 609, 614; vgl. auch Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rz 9.

wenn die Eltern stets mit Genehmigung des Minderjährigen in das Aufklärungsgespräch einbezogen werden und ebenfalls die Einwilligung erteilen.¹³⁴⁶

Die starke Bedeutung des Persönlichkeitsschutzes in unserer Rechtsordnung gebietet es nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls auch solche nicht einwilligungsfähige Minderjährige, in die Mitteilungssituation einzubeziehen, die zu ermessen vermögen, was mit ihnen geschieht.¹³⁴⁷

Die Eltern dürfen nach dem Personensorgerecht keine unvernünftigen Entscheidungen zum Nachteil ihres Kindes treffen; ihre Entscheidungsfreiheit ist wesentlich enger als die eines Kranken im Blick auf seine eigene Person¹³⁴⁸. Wenn sie etwa aus religiösen Gründen notwendige medizinische Maßnahmen verweigern, so hat der Arzt das Familiengericht anzurufen (§ 1666 I BGB) und einen Pfleger (§ 1909 I BGB) bestellen zu lassen, der objektiv über das Wohl des Kindes entscheiden soll.¹³⁴⁹ Bei Gefahr im Verzuge ist in Fällen dringender Handlungsbedürftigkeit und zweifelsfreier Indikation die Maßnahme des Arztes auch ohne Anrufung des Gerichtes zulässig¹³⁵⁰.

bbb.) Funktionale Reichweite der Einsichtsfähigkeit

Wenn der Minderjährige tatsächlich die erforderliche Einsichtsfähigkeit besitzt, stellt sich die weitere Frage, ob und auf welche Weise auch die Eltern (noch) Mitentscheidungsbefugnisse haben. Diese Frage ist sehr umstritten.

Teilweise wird von einer weitgehenden zusätzlichen Zustimmungszuständigkeit auch der Eltern des Minderjährigen jedenfalls bei schweren Eingriffen ausgegangen.¹³⁵¹

Nach zutreffender Ansicht ist beim einwilligungsfähigen Minderjährigen jedoch stets ausschließlich dessen Wille maßgeblich¹³⁵². Die Eltern haben weder ein Recht zum Widerspruch gegen die Einwilligung des einsichtsfähigen Minderjährigen, noch können sie sich über eine Behandlungsverweigerung des einsichtsfähigen Minderjährigen hinwegsetzen.¹³⁵³

¹³⁴⁶ Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz. 763.; ähnlich auch Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, §66, Rz 9 – jedenfalls „bei größeren, aufschiebbaren Eingriffen“ sollte der Arzt neben der Einwilligung des einsichtsfähigen Minderjährigen noch die Einwilligung der Eltern einholen.

¹³⁴⁷ So zutreffend Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 565: „Zustimmung und Aufklärung laufen nicht stets parallel. So sind zwar jüngere Jugendliche noch nicht zustimmungsfähig, sie haben jedoch ein Recht darauf zu erfahren, was mit ihnen geschieht. Das ist ein Ausfluß des Persönlichkeitsrechts“.

¹³⁴⁸ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66, Rz 11; Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 30.

¹³⁴⁹ Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 3 b.) S. 341.

¹³⁵⁰ Laufs, Arztrecht, Rz 222; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II,3 (S. 341).

¹³⁵¹ Vgl. Geiß/Greiner, Rz C 115; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 252; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 3 (S. 339/340) plädiert für eine Einbeziehung der gesetzlichen Vertreter „jedenfalls bei erheblichen medizinischen Eingriffen“; für die grundsätzliche „Doppelzuständigkeit“ von einsichtsfähigem Minderjährigem und gesetzlichem Vertreter auch Ohly aaO, § 11 V (S. 318 ff.), allerdings mit Ausnahmen aaO, S. 322 f.

¹³⁵² eingehend in diesem Sinne auch Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 68 ff.; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 564.

¹³⁵³ so in diesen Konsequenzen zutreffend eindeutig Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 70.

ccc.) Die Beteiligung der Eltern bei Einwilligungen in Heilbehandlungen an nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen.

Eine weitere nicht einfach zu beantwortende Frage ist diejenige, auf welche Weise die Einwilligung der Eltern in den Heileingriff einzuholen ist, wenn der Minderjährige nicht einwilligungsfähig ist.

Ausgangspunkt ist der Grundsatz, daß beim minderjährigen, nicht einwilligungsfähigen Patienten Zustimmungsträger und Aufklärungsadressat grundsätzlich beide Eltern sind. Da die elterliche Sorge¹³⁵⁴ von beiden Eltern gemeinsam wahrgenommen wird (vgl. § 1629 I, 1 und 2 BGB), müssen somit prinzipiell auch beide dem Eingriff zustimmen.¹³⁵⁵ Allerdings kann jeder Elternteil den anderen - ausdrücklich oder durch familiäre Funktionsteilung - ermächtigen, für ihn mitzuentcheiden.¹³⁵⁶ In diesem Falle ist nur die Aufklärung des so ermächtigten Elternteils nötig¹³⁵⁷. Da dies in der Praxis zu nicht unbeträchtlichen Schwierigkeiten geführt hat, hat die Rechtsprechung die Reichweite der Ermächtigung eines Elternteils und der Berechtigung des Arztes, darauf zu vertrauen, in ersten Orientierungsgrundsätzen in drei Fallgruppen anstrukturiert.¹³⁵⁸

In Fällen *von leichten Eingriffen mit geringen Risiken*, also von sog. „Routinefällen“ kann der Arzt auf die Ermächtigung des erschienenen Elternteils im Allgemeinen auch ohne Rückfrage vertrauen, solange ihm nichts anderes bekannt ist.

Bei *mittelschweren Eingriffen* oder Verletzungen mit nicht unbedeutenden Behandlungsrisiken sollte sich der Arzt konkret durch Nachfrage beim anwesenden Elternteil versichern, daß der andere Elternteil mit dem Eingriff einverstanden ist, wobei er auf die Auskunft des erschienenen Elternteils in der Regel vertrauen kann.

Bei *schweren Eingriffen*, deren Therapie komplex und schwierig ist und im Falle der Risikoverwirklichung für die Lebensführung des Minderjährigen mit schweren Beeinträchtigungen einhergehen kann, ist hingegen prinzipiell die Aufklärung und Zustimmung auch des nicht beim Arzt persönlich erschienenen Elternteils erforderlich.

cc.) Ausländischer Patient

Die vom Arzt angebotene Information muß vom Patienten verstanden werden. Das Verständnis kann dann beeinträchtigt oder gar ausgeschlossen sein, wenn der Patient unter Sprachschwierigkeiten leidet. Bei einem ausländischen Patient muß der Arzt daher - sobald er Zweifel an der Verständigungsmöglichkeit hat - besonders umfassend prüfen, inwieweit er die deutsche Sprache so beherrscht, daß er dem Gespräch folgen kann. Auf jeden Fall muß der Arzt im Zweifel schärfer und genauer formulieren und auf den Patienten intensiver eingehen.¹³⁵⁹ Notfalls ist eine sprachkundige Person hinzuzuziehen, wenn vermutet werden muß, daß der Patient die ärztliche Information

¹³⁵⁴ Nach § 1626 I 2 BGB umfaßt die elterliche Sorge die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge).

¹³⁵⁵ Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz 764; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 114; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 3 b, (S. 340); Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck aaO, § 66 Rz 13.

¹³⁵⁶ Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 3 b, (S. 340); Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz 764; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, aaO. § 66, Rz 13.

¹³⁵⁷ Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II, 3 b (S. 340).

¹³⁵⁸ Hierzu BGHZ 105, 45, 49 ff.; zur Differenzierung nach Fallgruppen hierbei vgl. Ehlers/Brogli, Rz 764; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 114; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rz 13; Katzenmeier aaO (S. 340).

¹³⁵⁹ OLG Hamm, VersR 1981, 686 ff.; Ehlers, in: Ehlers/Brogli aaO Rz 757; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck aaO, § 66, Rz 5.

nicht versteht und entsprechend verarbeiten kann.¹³⁶⁰ Die Beweislast hierfür liegt beim Arzt, der die ordnungsgemäße Aufklärung darzulegen und zu beweisen hat.¹³⁶¹ Als Dolmetscher kann jede Person fungieren¹³⁶². Familienangehörige sind möglicherweise besonders geeignet, aber auch in diesem Zusammenhang gilt die Schweigepflicht, von der der Arzt entbunden sein muß. Geht der Arzt von der Verständnisfähigkeit des ausländischen Patienten aus, empfiehlt es sich, dies im Zweifel entsprechend in der Krankenakte zu dokumentieren.¹³⁶³

dd.) besondere Lebensumstände

Berücksichtigungsbedürftig sind auch die besonderen Lebensumstände des Patienten¹³⁶⁴. Als Beispiel wird oft der Berufsmusiker angeführt, der bei einer Behandlung seiner Hand auch das geringst denkbare hiermit verbundene Risiko mitgeteilt haben muß, weil jegliche Beeinträchtigung der Funktion seiner Hand für ihn die Berufsaufgabe bedeuten könnte. Ebenso ist für einen Sportler eine mögliche nur geringfügige Einschränkung seiner körperlichen Fähigkeiten von ganz anderer Bedeutung als für einen Ruheständler oder eine Hausfrau. Das Risiko der Unfruchtbarkeit, der Impotenz oder der dauerhaften Entstellung wird der Aufzuklärende zwar je nach seinen Lebensumständen unterschiedlich bewerten, hinweispflichtig ist es jedoch in jedem Falle¹³⁶⁵.

6.) Die Art und Weise der Aufklärung

a.) Verständlichkeit der Aufklärung

Die Art und Weise der Aufklärung wird notwendigerweise von der Tatsache beeinflusst, daß der Patient in aller Regel Laie ist und kein Spezialist. Deshalb kann eine Patientenaufklärung nicht darin bestehen, den Patienten lediglich mit medizinischem Fachwissen einzudecken, sondern sie muß dem Laien, in einer ihm verständlichen Sprache ermöglichen, sich die Risiken, die Chancen und die weiteren Umstände des Heileingriffes zu verdeutlichen.

Hierbei soll die Aufklärung kein detailliertes medizinisches Fachwissen vermitteln, sondern dem Patienten verdeutlichen, was der Eingriff für seine persönliche Situation bedeuten kann. Hierzu ist der Patient über Art, Schwere und die wesentlichen Risiken zu unterrichten. Nicht erforderlich ist es, ihm die Risiken in allen denkbaren Erscheinungsformen darzustellen.¹³⁶⁶ Es genügt, wenn die Stoßrichtung der Risiken zutreffend dargestellt wird. In diesem Sinn verwendet die höchstrichterliche

¹³⁶⁰ Ehlers/Brogli, *Arzthaftungsrecht*, Rz 757; Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rz C 113; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 66, Rz 5.

¹³⁶¹ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rz C 113.

¹³⁶² Ehlers, in: Ehlers/Brogli, *Arzthaftungsrecht*, Rz 757.

¹³⁶³ Ehlers, aaO, Rz 757.

¹³⁶⁴ OLG Oldenburg in *MedR* 1993, 469.

¹³⁶⁵ Buschmann, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, S. 30.

¹³⁶⁶ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rz C. 86, (S. 199).

Rechtsprechung die Formel, daß der Patient „im Großen und Ganzen“ aufzuklären ist.¹³⁶⁷ (hierzu schon oben).

Die durch den Arzt vorgenommene Aufklärung kann bei einem hochgebildeten Intellektuellen in der *Art und Weise* der Darstellung anders sein als bei einem einfachen, geistig nicht sehr beweglichen Patienten¹³⁶⁸. Ein besonders intelligenter bzw. geistig sehr differenzierter Patient wird auch verstärkt geneigt sein, Fragen zu stellen, wenn er etwas nicht verstanden hat oder ganz allgemein bloß weitere Informationen begehrt. Das alles hat der Arzt zu berücksichtigen. Keinesfalls rechtfertigt indes ein überdurchschnittlich hohes intellektuelles Niveau eines Patienten Abstriche beim *inhaltlichen Umfang* der Aufklärung¹³⁶⁹, denn die Intelligenz und Aufgeschlossenheit eines Patienten hat zwar sicherlich Einfluß auf die Schnelligkeit seiner Auffassungsgabe, keinesfalls erlaubt sie indes Rückschlüsse auf den Informationsstand des Patienten selbst. In jedem Falle darf diese Handhabung nicht dazu führen, das Selbstbestimmungsrecht von geistig regen und aufgeschlossenen Patienten durch die vorschnelle Annahme von wie auch immer gearteten „Mitwirkungspflichten“ zu verkürzen.¹³⁷⁰ „Grundsätzlich muß jedem Patienten eine Aufklärung gleicher Güte zu Teil werden ... jeder Aufgeklärte muß über die gleiche Beurteilungsgrundlage verfügen, um sein Selbstbestimmungsrecht ausüben zu können“.¹³⁷¹

b.) Gebot schonender Aufklärung

Der Arzt soll den Patienten stets möglichst schonend informieren¹³⁷². Eine rücksichtslose Aufklärung des Patienten bloß zum Zwecke der Meidung des Haftungsrisikos des Arztes kann dem Patienten schweren gesundheitlichen Schaden zufügen und für sich genommen eine Körper- und Gesundheitsverletzung darstellen.¹³⁷³ Zudem wird die notwendige Information des Kranken durch eine rücksichtslose Aufklärung oft gerade nicht erreicht, da der Kranke in diesen Fällen oftmals die vermittelten Informationen nicht angemessen verarbeiten kann.¹³⁷⁴ Der Arzt haftet dann wie bei unterlassener Information.¹³⁷⁵

¹³⁶⁷ BGH, NJW 2000, 1784, 1786; BGH NJW 1992, 2351, 2352; BGH NJW 1984, 1397, 1398; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rz 4; Lepa, FS Geiss, S. 449, 453.

¹³⁶⁸ Vgl. BGH in NJW 1980, 633, 635; BGH in NJW 1979, 1933, 1934; kritisch Staudinger/Hager, § 823 Rz I 101.

¹³⁶⁹ In diese Richtung argumentiert aber Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz 799. Nach ihm können „mentale Fähigkeiten und Aufgeschlossenheit“ zu einer Reduzierung der Anforderungen an die Aufklärungspflicht führen. „Gerade diese Fähigkeiten“ ermöglichen es dem Patienten „bei bereits geringerer Information die notwendigen Zusammenhänge zu erschließen“. „Das Selbstbestimmungsrecht kann also bei wesentlich weniger angebotenen Informationen ausgeübt werden“.

¹³⁷⁰ Vgl. dazu Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 29.

¹³⁷¹ So Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 29.

¹³⁷² Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, Rz 229; Staudinger-Hager, § 823 Rz I 102 f.

¹³⁷³ Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, Rz 253; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II 3 a (S. 337)

¹³⁷⁴ Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II, 3 a, (S. 337).

¹³⁷⁵ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 253.

7.) Die Form der Aufklärung

Aufklärung und Einwilligung bedürfen nicht der Schriftform.¹³⁷⁶ Die Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten muß grundsätzlich in einem persönlichen Gespräch zwischen Arzt und Patient erfolgen. Nur in einem persönlichen Gespräch kann auf die individuelle Situation des Patienten eingegangen werden, nur die mündliche Information entspricht dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient. Sie sollte deshalb die Regel bilden.¹³⁷⁷ Zwar können Formulare und Abbildungen, die die Aufklärung des Patienten begleiten bei der Unterredung oft sehr gut Hilfe leisten¹³⁷⁸, ersetzen können sie das Aufklärungsgespräch mit dem Arzt allerdings in der Regel nicht.¹³⁷⁹

Auch der Bundesgerichtshof tritt für die Aufklärung im persönlichen Arzt-Patienten-Gespräch ein, die bloße Übergabe eines Aufklärungsblattes an den Patienten genügt jedenfalls in der Regel nicht den gestellten Anforderungen^{1380 1381} - entgegen gelegentlichen anderslautenden Entscheidungen -¹³⁸² [zu jüngst vom BGH erlaubten gewichtigen Ausnahmen bei Routineeingriffen wie der Impfung noch sogleich in diesem Abschnitt a.E.]¹³⁸³.

Das Aufklärungsgespräch soll neben der notwendigen Einwilligung des Patienten auch dazu führen, ihn zum aktiven Partner in der Therapie zu machen.¹³⁸⁴

Der weitverbreitete Gebrauch von Aufklärungs- und Einwilligungsformularen dient in der Praxis vor allem auch der Beweisvorsorge des Arztes und der Kliniken.¹³⁸⁵

Eine interessante Modalität der Patientenaufklärung ist das Konzept der sogenannten „Stufenaufklärung“, das Walther Weißauer vorgeschlagen hat.¹³⁸⁶

Das System der Stufenaufklärung sucht durch auf bestimmte Eingriffe spezialisierte Merkblätter dem Arzt das Vermitteln von Informationen zu erleichtern und ihn bei der beweisrechtlichen Vorsorge dienender Schreibearbeit zu entlasten.¹³⁸⁷ Die den Arzt

¹³⁷⁶ BGHZ 67, 48, 55f.; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rz. 14; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 235 und Rz. 241.

¹³⁷⁷ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rz 14.; vgl. auch Lepa, FS Geiß, S. 449, 453.

¹³⁷⁸ Vgl. Lepa, FS Geiss, S. 449, 453 „Immer wieder begegnet man Aufklärungsformularen und anderem Informationsmaterial, in dem in einer beeindruckend einfachen und klaren Sprache - häufig durch Zeichnungen verdeutlicht - medizinische Zusammenhänge so geschildert werden, daß der Patient eine taugliche Entscheidungsgrundlage erhält“.

¹³⁷⁹ BGHZ 90, 103, 110; 144, 1, 13; vgl. Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rz 14; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 334 f.; Lepa, FS Geiß, 449, 453.

¹³⁸⁰ Vgl. BGH, NJW 1994, 793 f.

¹³⁸¹ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz. C 87.

¹³⁸² OLG München NJW-RR 1994, 1307.

¹³⁸³ Andeutungsweise schon Lepa, FS Geiss, S. 449, 453: „Eine noch offene Frage ist indes, ob es nicht einen Kreis von einfacheren Eingriffen und Behandlungsmaßnahmen gibt, die so gleichförmig verlaufen, daß sich die mit ihnen verbundenen Risiken voll in einer knapp gefaßten und allgemein verständlich geschriebenen Informationsschrift erfassen lassen. Für einen solchen Fall läßt sich m.E. die Auffassung vertreten, daß die Aushändigung einer Informationsschrift das Aufklärungsgespräch ersetzen kann“.

¹³⁸⁴ Ehlers, in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rz 767.

¹³⁸⁵ Vgl. Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rz 15; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 333; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 241.

¹³⁸⁶ dazu auch Laufs, Arztrecht, Rz 181 und Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rz 14.

¹³⁸⁷ Vgl. Laufs, Arztrecht, Rz 181.

absichernden Formulare sollen das Gespräch zwischen Arzt und Patient nicht ersetzen, sondern dessen abschließende und entscheidende Phase vorbereiten.

Die Stufenaufklärung wird in der Praxis vielfach kritisiert mit dem Argument, daß der Kranke durch das Merkblatt mit einer Fülle von Risiken und Komplikationen konfrontiert werde, die einen darauf nicht vorbereiteten Kranken belasten und aus dem Gleichgewicht bringen können.¹³⁸⁸

Allerdings ist in der Praxis festzustellen, daß diese Blätter ein wesentliches Ziel nicht verfehlen: Sie dämmen die Schadensersatzklagen gegen Ärzte ein. „Die Autoren der Informationsbogen und die großen Haftpflichtversicherer kennen bisher kaum einen Fall, in dem nach Gebrauch der Blätter gerichtliche oder außergerichtliche Schadensersatzansprüche wegen unzulänglicher Aufklärung erhoben worden wären.“¹³⁸⁹

In jüngster Zeit hat die Konzeption der „Stufenaufklärung“ in der Rechtsprechung faktisch Anerkennung gefunden bei der Selbstbestimmungsaufklärung vor sog. Routineeingriffen.¹³⁹⁰ Im konkreten Fall ging es um die Aufklärung einer Mutter über die Risiken einer Routineimpfung für ihr Kind. Der BGH sah die Aushändigung des Aufklärungsbogens an die Mutter bei gleichzeitiger Möglichkeit ihrerseits, nach dessen Lektüre unmittelbar vor dem Impfvorgang dem Impfarzt ergänzende Fragen zu stellen, als für eine ordnungsgemäße Aufklärung ausreichend an.

8.) Aufklärungszeitpunkt

Obwohl keine (gesetzliche) Regelung über den korrekten Zeitpunkt der Patientenaufklärung existiert¹³⁹¹, ist allgemein anerkannt, daß er entscheidende Bedeutung bei der ordnungsgemäßen Aufklärung des Patienten besitzt.

Ausgangspunkt aller Überlegungen zum Zeitpunkt der Selbstbestimmungsaufklärung ist der Umstand, daß eine rechtswirksame Einwilligung des Patienten in den Heileingriff nicht nur eine thematisch umfassende, sondern auch eine in der gebotenen Weise durchgeführte Risikoaufklärung voraussetzt, was auch die Wahl des richtigen Aufklärungszeitpunktes beinhaltet. Da der Arzt die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten beweisen muß, muß er auch die Rechtzeitigkeit des Aufklärungsgespräches beweisen.¹³⁹²

Damit der Patient im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte, ohne Angst, Verunsicherung und auch nicht unter Einfluß von bereits verabreichten Medikamenten entscheiden kann, ist die Wahl des korrekten Zeitpunktes der Selbstbestimmungsaufklärung von großer

¹³⁸⁸ Vgl. dazu Laufs, *Arztrecht*, Rz. 181; vgl. ders. auch aaO: „Die Stufenaufklärung gilt ihren Kritikern als bedauerliches Element einer durch die Judikatur mitverschuldeten Defensivmedizin, von der die Ärzte notgedrungen meinen, Gebrauch machen zu müssen.“

¹³⁸⁹ so wörtlich Laufs, *Arztrecht*, Rz. 181.

¹³⁹⁰ BGH, *MedR* 2001, 42 ff.

¹³⁹¹ § 8 der (Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte [MBO-Ä 1997/2000] (abgedruckt bei Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, S. 39 ff.) bestimmt lediglich, daß eine Aufklärung des Patienten überhaupt zu erfolgen hat. Über den Zeitpunkt der vorzunehmenden Aufklärung ist an dieser Stelle nichts gesagt.

¹³⁹² BGH, *NJW* 1994, 3009, 3011 (re. Sp.).

Bedeutung. Der Patient soll im Grundsatz genügend Überlegungszeit und – freiheit ohne vermeidbaren Zeitdruck besitzen.¹³⁹³

In Anbetracht dessen darf die Aufklärung einerseits zeitlich nicht so lange vor dem Eingriff liegen, daß der Patient unmittelbar vor der Operation gar keine Erinnerung mehr an das vorangegangene Aufklärungsgespräch hat.

Andererseits muß der Patient zu dem Zeitpunkt der Aufklärung noch im vollen Besitz seiner Erkenntnis- und Entscheidungsfähigkeit sein, was insbesondere dann nicht mehr gegeben sein wird, wenn der Patient bereits unter dem Einfluß von Beruhigungsmitteln oder anderen die Anamnese einleitenden Medikamenten steht.

Faktoren, die die Rechtzeitigkeit der Aufklärung beeinflussen sind traditionell einerseits die Dringlichkeit¹³⁹⁴ sowie die Schwere des geplanten Eingriffs.

Bei geringfügigen Eingriffen – wobei keine größeren Komplikationen zu erwarten sind – wird es ausreichen, wenn der Patient „verhältnismäßig beliebig kurz vor der Behandlung“¹³⁹⁵ aufgeklärt wird.

Im Hinblick auf die Dringlichkeit des Eingriffs empfiehlt sich indes nach der hier vertretenen Ansicht eine Differenzierung zwischen der Dringlichkeit in zeitlicher und sachlicher Hinsicht. Beide Aspekte können sehr ähnlich sein oder sogar zusammenfallen, müssen dies aber nicht. So wird z.B. eine schwere Krebsoperation wegen eindeutiger Indikation zwar sachlich dringend sein, muß aber nicht unbedingt zeitlich dringend in dem Sinne sein, daß sie etwa binnen weniger Stunden durchgeführt werden müßte.

Nach der hier vertretenen Ansicht hat nur der Aspekt der zeitlichen Dringlichkeit Einfluß auf den Zeitpunkt der Patientenaufklärung, nicht indes der Aspekt der sachlichen Dringlichkeit. Letzterer ist für den Zeitpunkt der Patientenaufklärung nach der hier vertretenen Auffassung ohne jede Relevanz.

Die Rechtsprechung hatte die Problematik des korrekten Zeitpunktes der Patientenaufklärung lange Zeit nicht genauer thematisiert.¹³⁹⁶

Erstmals behandelte das OLG Celle¹³⁹⁷ diese Frage eingehender. Es stellte strenge Anforderungen an den Zeitpunkt der Risikoaufklärung, indem es eine Aufklärung „unmittelbar vor dem Eingriff“ ablehnte und das Aufklärungsgespräch als „in der Regel ... vor der stationären Aufnahme geboten...“ ansah.

Anders waren dagegen die Anforderungen des BGH¹³⁹⁸ an den Zeitpunkt einer ordnungsgemäßen Patientenaufklärung [Durchführung einer abdominalen Hysterektomie (Gebärmutterentfernung)] in einer etwas späteren Entscheidung.

Hier sah der BGH auch vor größeren Operationen (wie dieser) eine Risikoaufklärung einen Tag vor dem geplanten Eingriff als ausreichend an.

Der BGH wörtlich: „Die Klägerin hatte einen Tag vor dem geplanten Eingriff genug Zeit, ihren Entschluß zur Operation ... zu überdenken ...“. „Daß jede größere Operation ihre besonderen Gefahren hat, weiß jeder Patient. Werden sie ihm konkret dargestellt, kann er sich damit einen Tag vor dem geplanten Eingriff in der Regel in aller Ruhe auseinandersetzen“.¹³⁹⁹

¹³⁹³ Geiß/Greiner, Rz C 97; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 235; Laufs, Arztrecht, Rz 217.

¹³⁹⁴ Nach Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 41 soll die Regel gelten, „daß der Zeitpunkt der Aufklärung umso dichter an dem der Operation liegen kann, je dringlicher der Eingriff ist“.

¹³⁹⁵ So die Formulierung von Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 41.

¹³⁹⁶ Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 III 2 a (S. 362).

¹³⁹⁷ OLG Celle, NJW 1979, 1251 m. Anm. Wachsmuth.

¹³⁹⁸ BGH, JZ, 1986, 241, 243 m. Anm. Giesen, S. 244 ff.

¹³⁹⁹ BGH, MedR 1985, 168, 169 f.

Nach Erlass dieser BGH-Entscheidung konnte die Praxis davon ausgehen, daß die Aufklärung am Vortag der Operation auch bei größeren Operationen regelmäßig ausreicht¹⁴⁰⁰.

In jüngerer Zeit hat sich der BGH in mehreren bedeutenden Entscheidungen¹⁴⁰¹ zum Zeitpunkt der Patientenaufklärung geäußert. Diese Rechtsprechung brachte teilweise eine Verschärfung der Arzthaftung mit sich¹⁴⁰² und führte insbesondere zu einer sehr starken Differenzierung und damit zu gewisser Rechtsunsicherheit.¹⁴⁰³

Der BGH verlangt, daß der Patient seine Einwilligung in den Heileingriff frei von Zwängen im Vollbesitz seiner Erkenntnis- und Entscheidungsfreiheit trifft- nicht jedoch unter dem Eindruck von Medikamenten oder erst auf dem Operationstisch.¹⁴⁰⁴

Der Patient dürfe bei seiner Entscheidung nicht unter Zeitdruck stehen, er müsse grundsätzlich die Möglichkeit haben, die Angelegenheit mit anderen Vertrauenspersonen zu besprechen.¹⁴⁰⁵

Der BGH entwickelt im Hinblick auf den korrekten Zeitpunkt der Aufklärung verschiedene Differenzierungskriterien zwischen verschiedenen Arten von ärztlichen Eingriffen, die im folgenden aufgeführt werden, wobei betont werden muß, daß der BGH ausdrücklich auf den jeweiligen Einzelfall abstellt.¹⁴⁰⁶

Als in Frage kommende Zeitpunkte für die Selbstbestimmungsaufklärung sind folgende im Gespräch:

Aufklärung „auf dem Operationstisch“, „vor der Tür des Operationssaales“, „am Vorabend“, „am Vortage“, „bei Aufnahme des Patienten ins Krankenhaus“ und sogar „bei Vereinbarung des Operationstermins“.

Diese Zeitpunkte werden in Bezug auf verschiedene Situationen diskutiert:

a.) Der stationär aufgenommene Patient

Der stationär aufgenommene Patient darf grundsätzlich nicht später als am *Vortag* des Eingriffs aufgeklärt werden,¹⁴⁰⁷ weil stationär aufgenommene Patienten, die durch die Aufnahme bereits in den Krankenhausbetrieb eingegliedert sind, tendentiell Hemmungen haben, sich noch gegen den Eingriff zu entscheiden.¹⁴⁰⁸

Eine Aufklärung am *Vorabend* eines stationären Eingriffs dürfte in der Regel zu spät sein, jedenfalls dann, wenn der Patient erstmals von gravierenden Risiken erfährt, die seine Lebensführung nachhaltig beeinträchtigen können.¹⁴⁰⁹

In einem bedeutenden Urteil, das den Auftakt zu der Reihe neuerer Judikate des BGH zum Aufklärungszeitpunkt bildete, verlangt der BGH vom Arzt, daß die Selbstbestimmungsaufklärung in der Regel schon dann vorzunehmen ist, wenn der Arzt

¹⁴⁰⁰ So Wertenbruch, MedR 1995, 306.

¹⁴⁰¹ BGH, NJW 1992, 2351; 1993, 2372 (m.Anm. Laufs/Hiersche); 1994, 3009; 1998, 2734; MedR 2001, 42 ff.

¹⁴⁰² So in der insgesamten Einschätzung der neueren Entwicklung Hoppe, NJW 1998, 782, 786 f. und Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 III 2, a, dd. (S. 362 f.).

¹⁴⁰³ vgl. auch Hoppe, NJW 1998, 782, 786 f.

¹⁴⁰⁴ so die Grundsätze der neueren Rechtsprechung zusammenfassend Hoppe, NJW 1998, 782, 783.

¹⁴⁰⁵ so schon OLG Celle, NJW 1979, 1251, 1253; BGH, NJW 1992, 2351; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rz 6; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 235.

¹⁴⁰⁶ Hoppe, NJW 1998, 782, 783.

¹⁴⁰⁷ Vgl. BGH, NJW 1998, 2734; NJW 1994, 3009, 3011; die aktuelle Rechtsprechung so zusammenfassend Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 409.

¹⁴⁰⁸ BGH, NJW 1994, 3009, 3011.

¹⁴⁰⁹ Vgl. BGH, NJW 1992, 2351, 2352; 1998, 2734.

zum operativen Eingriff rät und zugleich mit dem Patienten einen *festen Operationstermin* vereinbart.¹⁴¹⁰ Dieser frühe, oft Wochen vor der Operation liegende Zeitpunkt ermögliche die Entschlußfreiheit des Patienten zu wahren, weil er psychische Sperren vermeide, die den Kranken daran hindern könnten, seine Einwilligung zu widerrufen, wenn er von den Gefahren erst etwa am Tag vor dem Eingriff erfahre.¹⁴¹¹

b.) Einfache stationäre Eingriffe und stationäre Eingriffe mit weniger einschneidenden Risiken.

Das Aufklärungsgespräch kann bei einfachen Eingriffen sowie bei Eingriffen mit geringeren bzw. weniger einschneidenden Risiken später, spätestens jedoch am *Vortag* des Eingriffs stattfinden¹⁴¹². Ein Aufklärungsgespräch am *Vorabend* des Eingriffs ist nicht rechtzeitig¹⁴¹³.

Schwer zu beantworten ist indes die Frage, wann ein stationärer Eingriff „einfach“ bzw. mit „geringeren bzw. weniger einschneidenden Risiken“ behaftet ist.

Der BGH liefert hierfür keine Anhaltspunkte.

c.) Ambulante Eingriffe

Innerhalb der Fallgruppe der ambulanten Eingriffe differenziert die Rechtsprechung zwischen sog. „normalen ambulanten Eingriffen“ und „größeren ambulanten Operationen“.¹⁴¹⁴

Bei den „normalen ambulanten Eingriffen“ kann der Arzt sogar „am Tag des Eingriffs“ das Aufklärungsgespräch durchführen¹⁴¹⁵. Dieses muß von der operativen Phase jedoch deutlich abgesetzt sein¹⁴¹⁶, darf also nicht „vor der Tür des Operationssaals“¹⁴¹⁷ geschehen, denn auch bei Aufklärung am selben Tag muß dem Patienten die Vorstellung vermittelt werden, daß ihm die Möglichkeit zur freien Entscheidung über den Eingriff belassen ist. Keinesfalls darf beim Patienten der Eindruck entstehen, er könne sich aus dem in Gang gesetzten Ablauf nicht mehr lösen, die Aufklärung sei innerhalb des ganzen Vorganges lediglich eine bloße Formalie.¹⁴¹⁸

Wann bei den „größeren ambulanten Operationen“ mit beträchtlichen Risiken spätestens die Aufklärung zu erfolgen hat, ist nicht ganz klar.

Der BGH grenzt hier negativ ab, indem er sagt, daß bei solchen Operationen regelmäßig „eine Aufklärung erst am Tag des Eingriffs nicht mehr rechtzeitig ist, zumal solchen Operationen gewöhnlich Untersuchungen vorangehen, in deren Rahmen die erforderliche Aufklärung bereits erteilt werden kann“¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁰ BGH, NJW 1992, 2351, 2352.

¹⁴¹¹ Vgl. BGH, NJW 1992, 2351, 2352.

¹⁴¹² So BGH, NJW 1992, 2351, 2352 re. Sp.; bestätigt in NJW 1994, 3009, 3011 li. Sp.; vgl. zur Aufklärung am Vortage auch BGH, NJW 1998, 2734 re. Sp.

¹⁴¹³ BGH, NJW 1992, 2351 (2352 li. Sp. unten); umfassend zur Problematik auch Hoppe, NJW 1998, 782, 783.

¹⁴¹⁴ Dieses Begriffspaar verwendet der BGH in NJW 1994, 3009, 3011 (li. Sp.); ebenso auch Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 412.

¹⁴¹⁵ BGH, NJW 1994, 3009, 3011 (li. Sp.); BGH, NJW 2000, 1784, 1787 (Routineimpfung)

¹⁴¹⁶ BGH, NJW 1994, 3009, 3011 (li. Sp.)

¹⁴¹⁷ BGH, NJW 1994, 3009, 3011 (li. Sp.)

¹⁴¹⁸ vgl. Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 412 b.

¹⁴¹⁹ BGH VersR 1994, 1235, 1236 re. Sp.

Besonders milde sind die Anforderungen an den Aufklärungszeitpunkt vor *Routineeingriffen, insbesondere Routineimpfungen*, wo der BGH jüngst sogar eine formularmäßige(!) Risikoaufklärung unmittelbar vor (!) dem beabsichtigten Impfvorgang als ausreichend angesehen hat.¹⁴²⁰

d.) Notoperationen, intraoperative Erweiterungen und Entbindungsmethoden

Bei *Notoperationen* ist eine Fixierung des Aufklärungszeitpunktes deswegen in der Regel nicht möglich, weil sich die Notlage des Patienten in der Regel erst kurzfristig ergibt.

Unter Umständen kann sogar jegliche Aufklärung des Patienten entfallen (z.B. bei Einlieferung eines bewußtlosen Unfallopfers in das Krankenhaus).

Zeitliche Differenzierungen spielen in Notfällen daher in der Regel keine Rolle.¹⁴²¹

Besondere Probleme bereitet in diesem Zusammenhang der Zeitpunkt der Aufklärung der Gebärenden vor der Geburt bei verschiedenen in Betracht kommenden *Entbindungsmethoden*.

Zwar kann sich –ähnlich wie bei Notoperationen – die Situation des Geburtsvorganges in kurzer Zeit in eine völlig andere Richtung entwickeln, so daß Maßnahmen (insbes. eine sog. „Schnittentbindung“) notwendig werden, die vorher grundsätzlich nicht in Betracht kamen.

In solchen Fällen einer alternativen Schnittentbindung soll der Arzt die gebärende Mutter unter besonderer Rücksichtnahme auf deren psychische Situation in der vorgeburtlichen Phase einerseits nicht zu früh über diese Entbindungsalternative aufklären, andererseits aber darf diese Aufklärung auch nicht zu spät erfolgen.¹⁴²²

Der BGH sagt, daß eine solche Aufklärung immer dann erforderlich ist, wenn „die Patientin sich noch in einem Zustand befindet, in dem diese Problematik mit ihr besprochen werden kann“ und wenn „deutliche Anzeichen dafür bestehen, daß sich der Geburtsvorgang in Richtung auf eine solche Entscheidungssituation entwickeln kann, in der die Schnittentbindung notwendig oder zumindest zu einer echten Alternative zur vaginalen Entbindung wird“.¹⁴²³

Das kann schon vor dem eigentlichen Vorgang der Geburt so sein, wird aber ebenso häufig erst während des Geburtsvorganges sich zeigen, dann aber mit sehr unterschiedlichen Zeitspannen¹⁴²⁴. Diese Zeitspanne kann – wenn sie sich überhaupt eröffnet – äußerst knapp sein¹⁴²⁵.

¹⁴²⁰ BGH, MedR 2001, 42, 45 li. Sp.: „Die hier vorgenommene Mehrfachimpfung erforderte keine Aufklärung zu einem früheren von der Impfung abgesonderten Zeitpunkt“.

¹⁴²¹ „Sollte der Eingriff unaufschiebbar, dringend indiziert sein, kann von einer entsprechenden zeitlichen Abgrenzung des Aufklärungsgesprächs zum Eingriff abgesehen werden“, so Ehlers, in: Ehlers/Brogliè, Arzthaftungsrecht, Rz 765.

¹⁴²² Vgl. zu dieser Problematik auch Anm. Laufs/Hiersche, NJW 1993, 2375.

¹⁴²³ BGH, NJW 1993, 2372, 2374 (li. Sp.)

¹⁴²⁴ Vgl. hierzu Anm. Laufs/Hiersche, NJW 1993, 2375.

¹⁴²⁵ Laufs/Hiersche, NJW 1993, 2375 fordern daher, daß wenn „die dramatische transitorische Phase zwischen dem Hervortreten der Alternative und dem Verlust der Aufklärungsfähigkeit im Kreißaal ... nur knapp bemessen und schwer erfaßbar“ ist und der Arzt medizinisch fehlerfrei handelt, „dann darf ihn keine Haftpflicht treffen“.

Kann eine Aufklärung der Patientin nicht mehr durchgeführt und ihre Einwilligung nicht mehr eingeholt werden, so ist allein die mutmaßliche Einwilligung der Patientin ausschlaggebend.¹⁴²⁶

Versäumt der Arzt indessen pflichtwidrig den richtigen Zeitpunkt der Aufklärung, so kann er sich zu seiner Rechtfertigung nicht auf die mutmaßliche Einwilligung der Patientin berufen.¹⁴²⁷

Ganz ähnlich wie bei den Entbindungsmethoden stellt sich die Problematik des Zeitpunktes der Aufklärung auch bei *intraoperativen Erweiterungen* dar. Hierzu hat Hoppe folgendes klargestellt: „Zeichnet sich bereits vor dem Eingriff ab, daß es zu intraoperativen Erweiterungen kommen kann, so ist der Patient unter Zugrundelegung der soeben dargestellten Regeln vor dem Eingriff über dessen Risiken, Erweiterungen etc. aufzuklären. Zeigt sich überraschend erst während der Operation, daß eine Erweiterung vorzunehmen ist, so muß der Patient – wenn dies möglich ist – aus der Narkose zurückgeholt und nach Abklingen der Narkosewirkungen aufgeklärt werden. Erst nach erfolgter Einwilligung kann die (erweiterte) Operation fortgesetzt werden. Kann die Operation aus medizinischen Gründen nicht unterbrochen werden, so darf der erweiterte Eingriff nur stattfinden, wenn er von der mutmaßlichen Einwilligung des Patienten gedeckt ist.“¹⁴²⁸

e.) Narkoserisiken

Bei Narkoserisiken wird im allgemeinen angenommen, daß auch am *Vorabend* einer Operation der Patient noch normale Narkoserisiken abschätzen und zwischen den unterschiedlichen Risiken ihm alternativ vorgeschlagener Narkoseverfahren abwägen kann.¹⁴²⁹

Diese besondere Ausnahme der Risikoaufklärung bei Narkoserisiken (die unter Umständen ganz erhebliche Folgen haben können) erklärt sich aus rein sachlichen Zwängen: Über die zu wählende Methode der Anaesthesie sowie einzelne hierbei zu treffende besondere Maßnahmen wird sehr häufig erst am Vorabend der Operation nach eingehenden präoperativen Untersuchungen entschieden werden können.

¹⁴²⁶ BGH, NJW 1993, 2372 (2374) (re. Sp.)

¹⁴²⁷ Anm Laufs/Hiersche, NJW 1993, 2375.

¹⁴²⁸ Hoppe, NJW 1998, 782, 783 re. Sp. mit Verweis in Fn. 26 auf BGH, NJW 1993, S. 2372, 2373 f.

¹⁴²⁹ BGH, NJW 1992, 2351, (2352).

II.) Beweisrechtliche Probleme der ärztlichen Aufklärungspflicht

1.) Einführung/ Überblick über die besonderen beweisrechtlichen Probleme der Arzthaftung.

Der Arzthaftungsprozeß ist von spezifischen Beweisnöten auf beiden Seiten geprägt¹⁴³⁰ und zwar sowohl beim Vorwurf des Behandlungsfehlers als auch bei gerügter fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung. Das hat in der Vergangenheit dazu geführt, daß sich im Bereich der Arzthaftung ein „neues sachbereichsbezogenes Beweisrecht“¹⁴³¹ entwickelt hat.

Nach der in Rechtsprechung und Lehre heute überwiegend vertretenen Ansicht, trägt jede Partei die Konsequenzen der Nichterweislichkeit einer tatsächlichen Voraussetzung der für sie günstigen Rechtsnorm. Diese in der Rosenbergschen Normentheorie wurzelnde Beweisregel ist als Grundsatz allgemein anerkannt¹⁴³² und gilt auch im Arzthaftungsprozeß.¹⁴³³

Demgemäß ist bei Schadensersatzansprüchen wegen eines *Behandlungsfehlers* - zu dem (wie gesehen) im Bereich der Patientenaufklärung der Fehler der therapeutischen Aufklärung¹⁴³⁴ gerechnet wird - grundsätzlich der Patient darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers und dessen Ursächlichkeit für den geltend gemachten Körper- und Gesundheitsschaden¹⁴³⁵.

Umgekehrt trägt nach der Rechtsprechung und stark vertretenen Literaturansicht der Arzt die Beweislast dafür, daß er seiner Pflicht zur *Selbstbestimmungsaufklärung* des Patienten nachgekommen ist, wenn der Patient seine Klage auf Verletzung der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung stützt, denn die ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung ist als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung wie diese ein dem Arzt günstiger Umstand und somit von ihm auch zu beweisen.¹⁴³⁶

Auch im Rahmen eines Arzthaftungsprozesses, der einen Zivilprozeß darstellt, gelten die §§ 355 ff. ZPO¹⁴³⁷, womit auch die dort aufgeführten Beweismittel zulässig sind. Hierzu zählen Augenschein, Zeugen, Sachverständiger, Urkunden, Parteivernehmung. Einer Beweiswürdigung unterliegen indes nur ordnungsgemäß in den Prozeß eingebrachte Beweise. Angetreten wird der Beweis durch die Formulierung der zu beweisenden Tatsache und die Benennung eines Beweismittels.¹⁴³⁸

Für die spezifischen Beweisnöte sowohl des Patienten als auch des Arztes hat im Bereich der Arzthaftung die Rechtsprechung in speziellen Problembereichen spezifische Lösungen herausgearbeitet. Die beweisrechtliche Problematik stellt sich insgesamt folgendermaßen dar:

¹⁴³⁰ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 107, Rz 4.; vgl. auch Kerschbaum, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, S. 10.

¹⁴³¹ Lepa in FS Geiss, S. 449.

¹⁴³² Allgemein zur Normentheorie Rosenberg Musielak, NJW 1997, 1736, 1737 ff.

¹⁴³³ Katzenmeier, § 8 I,1 (S. 420); vgl. auch Laufs, Arztrecht, Rz 589; ders., in: Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 107, Rz 1; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 354.

¹⁴³⁴ Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 229; OLG Köln, NJW-RR 2001, 92, 93.

¹⁴³⁵ Hierzu bereits oben in Teil B.) dieser Arbeit und Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 357; Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, (S. 226).

¹⁴³⁶ Zur Problematik der Beweislast des Arztes für die Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten siehe schon eingehend die dogmatischen Ausführungen in Teil B.) und Teil C.) dieser Arbeit.

¹⁴³⁷ Jorzig, MDR, 2001, 481, 484.

¹⁴³⁸ Siehe § 371 ZPO (Augenschein), § 373 ZPO (Zeugen), § 403 ZPO (Sachverständige), §§ 420, 428 ZPO (Urkunden), § 445 ZPO (Parteivernehmung); siehe auch Zöller, vor § 284 ZPO, Rz 3 f.

a.) beweisrechtliche Probleme beim Behandlungsfehlervorwurf.

Im Kontext des Behandlungsfehlervorwurfes ergeben sich für den Patienten sowohl beim Nachweis des Behandlungsfehlers selbst als auch beim Nachweis der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden wegen der Besonderheit ärztlichen Handelns am lebenden Organismus erhebliche Beweisschwierigkeiten. Allein der negative Ausgang einer Behandlung läßt den Schluß auf einen Arztfehler nicht zu.¹⁴³⁹ Auch der Geschehensablauf ist wegen der Unvorhersehbarkeit der Reaktionen des menschlichen Organismus nachträglich zum Teil nur schwer bestimmbar.¹⁴⁴⁰

Um die vom BVerfG¹⁴⁴¹ hervorgehobene „Waffengleichheit“¹⁴⁴² im Zivilprozeß zu gewährleisten, wird der dem anspruchstellenden Patienten obliegende Beweis des für seinen Schaden kausalen schuldhaften Behandlungsfehlers durch „Beweiserleichterungen mittels ganz unterschiedlicher Methoden“¹⁴⁴³ erleichtert. Es sind dies die Regeln des Anscheinsbeweis,¹⁴⁴⁴ eine großzügige Inanspruchnahme des § 287 ZPO¹⁴⁴⁵, Beweiserleichterungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Schaden bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers¹⁴⁴⁶, Beweiserleichterungen bei Verletzung von Dokumentations-, Befunderhebungs- oder Befundsicherungspflichten¹⁴⁴⁷ und bei der Realisierung von voll beherrschbaren Risiken¹⁴⁴⁸.

Wegen der enormen Komplexität der Problematik der Beweiserleichterungen beim Behandlungsfehler muß es an dieser Stelle bei dieser kurzen Darstellung bleiben. Diese Beweiserleichterungen dürften im Kontext des Fehlers der *therapeutischen Aufklärung*, - der rechtsdogmatisch als Behandlungsfehler eingeordnet wird - nicht unbedingt stets ohne weiteres anwendbar sein.

Eine besondere Klippe beim dem Patienten obliegenden Nachweis eines für seinen Schaden ursächlichen Behandlungsfehlers in rein tatsächlicher Hinsicht ist die nach wie vor immer noch tendentiell starke Standessolidarität der medizinischen Gutachter.¹⁴⁴⁹

b.) beweisrechtliche Probleme beim Vorwurf mangelhafter Selbstbestimmungsaufklärung

Angesichts dieser erheblichen prozessualen Probleme die der Behandlungsfehlervorwurf für den insoweit beweisbelasteten Patienten mit sich bringt, macht nicht selten der Patient

¹⁴³⁹ Steffen/Dressler, *Arzt Haftungsrecht*, Rz. 130; Martis/Winkhart, *Arzt Haftungsrecht*, S. 226.

¹⁴⁴⁰ Kerschbaum, *Die Waffengleichheit im Arzt Haftungsprozeß*, S. 18, Fn. 97.

¹⁴⁴¹ BVerfGE 52, 131, insbes. S. 143 ff.

¹⁴⁴² vgl. hierzu auch eingehend die Arbeit von Kerschbaum, „Die Waffengleichheit im Arzt Haftungsprozeß.“

¹⁴⁴³ Katzenmeier, *Arzt Haftung*, § 8 II (S.423); Martis/Winkhart, aaO, S. 226: „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“.

¹⁴⁴⁴ Katzenmeier, *Arzt Haftung*, § 8 II (S.423) und eingehend ders. §8 II 2 (S.429 ff.); Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 384 ff.; Jorzig, MDR, 2001, S. 481, 483 f.;

¹⁴⁴⁵ dazu Katzenmeier, *Arzt Haftung*, §8 II (S. 423) und eingehend ders. § 8 II, 1 (S. 424 ff.).

¹⁴⁴⁶ Katzenmeier, *Arzt Haftung*, § 8, II, 3 (S. 439 ff.); Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 392; Jorzig, MDR 2001, 481.

¹⁴⁴⁷ Katzenmeier, *Arzt Haftung*, § 8 II, 4 (S.470 ff.); Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rz 388 ff.; Jorzig, MDR, 2001, S. 481, 482.

¹⁴⁴⁸ Katzenmeier, *Arzt Haftung*, § 8, II, 5 (S.482 ff.); Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 109.

¹⁴⁴⁹ S. hierzu schon oben in Teil B.) II.) dieser Arbeit.

statt eines Behandlungsfehlers oder kumulativ zu diesem geltend, der Arzt sei ihm für alle durch den Heileingriff kausal verursachten Nachteile schon deshalb haftpflichtig, weil er ihn über die Umstände und Risiken des Heileingriffes nicht ordnungsgemäß aufgeklärt habe.¹⁴⁵⁰

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH obliegt der Behandlungsseite der Beweis sämtlicher Tatsachen, aus denen sich eine wirksame Einwilligung des Patienten ergibt¹⁴⁵¹. Der Arzt hat dementsprechend alle sachverhaltlichen Voraussetzungen einer der konkreten Behandlung entsprechenden, vollständigen und zutreffenden Aufklärung zu beweisen. Die Beweislast des Arztes erstreckt sich auch darauf, daß der Patient zu einem Zeitpunkt aufgeklärt worden war, zu dem seine Entscheidungsfreiheit noch nicht übermäßig beeinträchtigt war¹⁴⁵² sowie auf einige weitere Umstände der Aufklärung.¹⁴⁵³

Der Patient hingegen hat lediglich die Kausalität zwischen dem rechtswidrigen, weil nicht wirksam konsentierten, Behandlungseingriff und dem geltend gemachten Schaden zu beweisen,¹⁴⁵⁴ also lediglich zu beweisen, daß es sich bei den eingetretenen Schäden überhaupt um eine Behandlungsfolge handelt.¹⁴⁵⁵ Eine Beweislastumkehr für den Kausalitätsnachweis, - wie sie im Bereich der Behandlungsfehlerhaftung bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers anerkannt ist - , gibt es in den Fällen „grober Aufklärungsmängel“ nicht¹⁴⁵⁶, weil durch einen Aufklärungsfehler -egal welcher Schwere - sich keine Steigerung von behandlungsbezogenen Risiken ergibt.

„Der BGH ist sich der Brisanz der Selbstbestimmungsaufklärungsfehlerrüge durchaus bewußt, wenn er betont, daß nachträgliche Aufklärungsrügen nicht zum bloßen Vorwand werden dürfen, um das Risiko unvermeidbarer Gesundheitsschäden auf den Arzt oder Krankenhausträger zu überbürden und bemüht sich seit geraumer Zeit verstärkt darum, mißbräuchlichen Prozeßstrategien zu begegnen.“¹⁴⁵⁷

Hat die Rüge fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung Erfolg, wird dadurch nicht stets die Frage, ob ein Eingriff fehlerfrei erfolgt ist, überflüssig. Fehler bei der Vornahme einer Operation können sich auf die Höhe des Schmerzensgeldes auswirken¹⁴⁵⁸ und auch beim Zurechnungszusammenhang eine - gegenüber der Selbstbestimmungsaufklärungsfehlerhaftung - ggf. weitere Schadensfolgenzurechnung zur Folge haben.¹⁴⁵⁹

¹⁴⁵⁰ Kerschbaum, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, S. 19 spricht in diesem Zusammenhang auch von einer „Verschiebung in der Beweislastsituation“.

¹⁴⁵¹ Zum dogmatischen Hintergrund dieser Beweislastverteilung eingehend schon oben in Teil B.) und Teil C.) dieser Arbeit.

¹⁴⁵² BGH, NJW 1994, 3009ff.; 1998, 2734.

¹⁴⁵³ Dazu im Einzelnen Katzenmeier, Arzthaftung, § 8 III, 1, (S.495/496.) und Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 230 f.

¹⁴⁵⁴ Katzenmeier, aaO, § 8 III, 1, (S. 496).

¹⁴⁵⁵ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 358 a.E.

¹⁴⁵⁶ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 149; OLG Hamburg, VersR 2000, 190, 191; vgl. auch BGH, NJW 1987, 1481 f. zum Beweismaß: Liegt die Primärschädigung, weil der Eingriff mangels aufgeklärter Einwilligung per se rechtswidrig ist, schon im Eingriff als solchem, ist es konsequent, die Verschlechterungsfolgen des Eingriffs, insbesondere soweit Verschlechterungen vorbestehender Befunde oder Schmerzzustände in Betracht stehen, dem Beweismaß für Sekundärschäden nach § 287 ZPO zu unterstellen.

¹⁴⁵⁷ Vgl. BGH, NJW 1985, 1399.

¹⁴⁵⁸ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 3 (S. 166).

¹⁴⁵⁹ Zur Problematik der Schadensfolgenzurechnung bei Fehlern der Selbstbestimmungsaufklärung eingehend oben in Teil C.) IV.) dieser Arbeit.

2.) Beweisprobleme bei der Rüge mangelhafter Selbstbestimmungsaufklärung im Besonderen.

Im Rahmen dieser Arbeit von Bedeutung sind vor allem die Beweislastverteilungs- und Beweiswürdigungsregeln, die die Rechtsprechung zu Einzelfragen der Selbstbestimmungsaufklärung entwickelt hat.

Aus der Beweislast des Arztes für die Risikoaufklärung folgt, daß er im Streitfall den Beweis für eine der Situation des Aufklärungsgesprächs und der Person des Patienten angepaßte Selbstbestimmungsaufklärung zu führen hat.

Der Arzt hat also nicht nur die inhaltlichen Voraussetzungen, sondern auch die korrekte Art und Weise einer ordnungsgemäßen Patientenaufklärung zu beweisen.¹⁴⁶⁰ [zu den inhaltlichen wie formellen Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Patientenaufklärung siehe oben in Teil D.) I.)].

Hierbei geht es entscheidend um die Frage, welche Anforderungen an die Beweisführung des Arztes zu stellen sind.

Der BGH betont stets, daß an den dem Arzt obliegenden Beweis ordnungsgemäßer Aufklärung des Patienten keine unbilligen oder übertriebenen Anforderungen gestellt werden dürfen.¹⁴⁶¹ „Ist einiger Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch erbracht, sollte dem Arzt im Zweifel geglaubt werden, daß die Aufklärung auch im Einzelfall in der gebotenen Weise geschehen ist“.¹⁴⁶²

In jedem Falle trägt das Gericht eine besondere Verantwortung für eine sorgfältige Beweiserhebung und Beweiswürdigung.¹⁴⁶³

Auch für die allgemein anerkannten Fallgruppen einer Einschränkung bzw. eines gänzlichen Fortfalls der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten¹⁴⁶⁴ trägt der Arzt die Beweislast.¹⁴⁶⁵

Zum Beweis ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten ist im Einzelnen Folgendes zu sagen:

a.) Zulässigkeit der allgemeinen Beweismittel:

Wie soeben unter II.) 1.) schon bezüglich der prozessualen Arzthaftung allgemein dargestellt wurde, gelten auch im Rahmen der Rüge fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung die allgemein im Zivilprozeß zulässigen Beweismittel.

b.) Aufklärungs- und Einwilligungsfomulare:

Vom Patienten unterzeichnete Aufklärungs- und Einwilligungsfomulare haben in der Praxis eine starke Bedeutung.¹⁴⁶⁶ Sie dienen neben der Information des Patienten vor allem der Beweisvorsorge des Arztes und der Klinik.¹⁴⁶⁷

¹⁴⁶⁰ Vgl. Lepa, FS Geiß, S. 449, 457 zu den „spezifischen Wirksamkeitsvoraussetzungen“ des Aufklärungsgesprächs; vgl. auch Martis/ Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 230 f.

¹⁴⁶¹ BGH NJW 1985, 1399 ff = JZ 1986, 241 ff.; m.Anm. Giesen JZ 1986, 244 ff.

¹⁴⁶² So BGH, NJW 1985, 1399.

¹⁴⁶³ Katzenmeier, Arzthaftung, § 8 III,1 (S. 498).

¹⁴⁶⁴ Hierzu schon oben in Teil D.)I.)2.)cc.)(b.)(bb.)

¹⁴⁶⁵ Vgl. Lepa, FS Geiß, S. 449, 451 f. und Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 132.

Die Existenz einer unterschriebenen Einwilligungserklärung des Patienten ist ein Indiz dafür, daß vor ihrer Unterzeichnung überhaupt ein Aufklärungsgespräch über die Operation und deren mögliche Folgen stattgefunden hat¹⁴⁶⁸, was erst recht gilt, wenn sich auf dem Formular - wie es in der Praxis häufig vorkommt - handschriftliche Ergänzungen finden.¹⁴⁶⁹

Für den Inhalt des konkreten Aufklärungsgesprächs beweisrechtlich nutzlos sind ohne Zweifel solche Formulare, die mit allgemeinen Standardtexten versehen sind, da sie lediglich einen allgemeinen Hinweis auf alle möglichen Risiken beinhalten, ohne den konkreten Einzelfall zu berücksichtigen.¹⁴⁷⁰ Ebenso verhält es sich mit der allgemein vorformulierten Bestätigung des Patienten, er sei über alle möglichen Folgen des Eingriffs aufgeklärt worden.¹⁴⁷¹

Die Judikatur erkennt daher die vom Patienten unterzeichnete Einwilligungserklärung in der Regel nicht als „Privaturkunde“ i.S.d. § 416 ZPO an¹⁴⁷², da es an einem hierfür erforderlichen Erfahrungssatz fehlt, daß unterzeichnete Aufklärungsformulare stets vollständig und richtig sind.¹⁴⁷³ Da ein unterzeichnetes Aufklärungsformular aber immerhin ein Indiz für ein erfolgtes Aufklärungsgespräch darstellt, ist in der Folge eine Parteivernehmung des Arztes nach § 448 ZPO möglich.¹⁴⁷⁴ Dabei liegt der Beweiswert des Formulars umso höher, je individueller es ausgefüllt wurde.¹⁴⁷⁵

Allerdings entfaltet das Formular auch eine negative Indizwirkung: Werden in dem Formular bestimmte Risiken aufgezählt, andere aufklärungsbedürftige Risiken aber nicht, dann begründet dies Zweifel daran, daß der Patient auch über die dort nicht fixierten

¹⁴⁶⁶ Lepa, FS Geiss, S. 449, 455 „in der Praxis eine überragende Bedeutung“; anders Katzenmeier, Arzthaftung, § 8 III, 1 (S. 498): „Nur von geringem Beweiswert“; vgl. zur formularmäßigen Aufklärung auch Kerschbaum, S. 174 ff.

¹⁴⁶⁷ vgl. Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66, Rz 15.

¹⁴⁶⁸ BGH, NJW 1985, 1399; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 135; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 168; Lepa, FS Geiß, S. 449, 455; zurückhaltender Katzenmeier, Arzthaftung, § 8 III, 1 (S. 498) und Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 336: „Je allgemeiner abgefaßt diese Formulare sind, desto weniger geeignet sind sie als „nackte Zustimmungserklärungen“ auch zum Nachweis dessen, daß ein Aufklärungsgespräch zur Sache überhaupt stattgefunden hat ...“

¹⁴⁶⁹ Lepa, FS Geiss, S. 449, 455.

¹⁴⁷⁰ Kerschbaum, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, S. 184.

¹⁴⁷¹ Eine Einverständniserklärung, in der es lediglich heißt: „ich bin über die erforderlichen Maßnahmen ärztlicherseits aufgeklärt worden“ ist nach Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 469 (S.407) nicht ausreichend; ebenso Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 168.

¹⁴⁷² das scheint auch Deutsch/Spickhoff Medizinrecht, Rz 256 so zu vertreten.

¹⁴⁷³ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 134 (S. 218).

¹⁴⁷⁴ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 272: „Die Unterschrift unter einer Urkunde, welche das verwirklichte Risiko nennt, erlaubt es, wegen Beweisvorteils den Arzt als Zeugen zu vernehmen“; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 168.

Großzügiger Lepa in FS Geiss, S. 449, 455: „Regelmäßig wird in gerichtlichen Entscheidungen dann, wenn Streit über den Inhalt des Aufklärungsgesprächs besteht, das vom Patienten unterzeichnete Formular Punkt für Punkt überprüft. Das heißt praktisch nichts anderes, als daß das vom Patienten unterzeichnete Aufklärungsformular - jedenfalls zunächst- nicht nur für das „Ob“, sondern auch für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs Beweis liefert“.

¹⁴⁷⁵ Laufs, Arztrecht, Rz 180.; Kerschbaum, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, S. 176; vgl. auch Lepa, FS Geiß, S. 449, 455. „Der Inhalt der dem Patienten zuteil gewordenen Risikoauflklärung wird also in der Praxis weitgehend nach dem Inhalt der Risikoerläuterung in der unterschriebenen Einwilligungserklärung bestimmt“.

Risiken aufgeklärt wurde.¹⁴⁷⁶ Dem Arzt ist der Nachweis ordnungsgemäßer Aufklärung des Patienten jedoch stets auch ohne Formulare möglich.¹⁴⁷⁷

Der Arzt kann dann auf andere Weise - etwa durch Zeugenvernehmung - beweisen, daß der Patient (auch über dieses Risiko) ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist.¹⁴⁷⁸

c.) Eintrag in Krankenakte:

Auch ein Eintrag in die *Krankenakte* ohne die Verwendung von Aufklärungsformularen durch den Arzt kann beweisrechtlich indiziell für ein Aufklärungsgespräch wirken, wobei umgekehrt das Fehlen von Aufzeichnungen im Krankenblatt nicht dazu führen darf, daß der Arzt regelmäßig beweisfällig für die behauptete Aufklärung bleibt.¹⁴⁷⁹

Ausgangspunkt hierfür ist die Überlegung, daß unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit auch der Arzt, der keine Formulare benutzt und für den konkreten Einzelfall keine Zeugen zur Verfügung hat, eine faire und reale Chance haben muß, den ihm obliegenden Beweis für die Durchführung und den Inhalt des Aufklärungsgesprächs zu erbringen.¹⁴⁸⁰ Diese Chance kann sich auch „auf die Aufzeichnung im Krankenblatt beschränken und darf schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht in Vermutungen oder gar Spekulationen gesucht werden, zumal der Arzt es in der Hand hat, für eine ordentliche Dokumentation der Aufklärung und der Einwilligung im Krankenblatt zu sorgen“.¹⁴⁸¹

Es wird vertreten, ein entsprechender Vermerk, vorgenommen zu unverdächtiger Zeit in einem ordentlich geführten Krankenblatt, könne die Beweissituation des Arztes so erheblich verbessern und einen solchen Grad von Wahrscheinlichkeit für seine Behauptung erreichen, daß er nach § 448 ZPO selbst als Partei über das Aufklärungsgespräch zu vernehmen sei.¹⁴⁸²

Allerdings ist hierfür Voraussetzung, daß der Eintrag in die Krankenakte einen gewissen Grad an Konkretisierung aufweist. Jedenfalls genügt es hierfür nicht, in der Krankengeschichte ganz allgemein zu vermerken, der Patient sei über die geplante Operation und ihre möglichen Komplikationen informiert worden.¹⁴⁸³ Der Tatrichter darf dem Arzt aber dann Glauben schenken, wenn das Aufklärungsgespräch „in nicht frisierten Behandlungspapieren“ zusammen mit seinem „wichtigsten Gesprächsgegenstand und den typischen Eingriffsfolgen“ Erwähnung gefunden hat.¹⁴⁸⁴

¹⁴⁷⁶ Lepa, FS Geiß, S. 449, 455.

¹⁴⁷⁷ Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 II, 3, c. (S. 342) und § 8 III,1 (S. 498) [bzgl. schriftlichen Aufzeichnungen im Krankenblatt]

¹⁴⁷⁸ Lepa, FS Geiss, S.449, 455/456.

¹⁴⁷⁹ BGH, NJW 1985, 1399.

¹⁴⁸⁰ BGH, NJW 1985, 1399, 1400.

¹⁴⁸¹ Kerschbaum, *Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß*, S. 176.

¹⁴⁸² D. Franzki, *Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß*, S. 135 f.; Baumgärtel, *Gedächtnisschrift für Bruns*, S. 108; OLG Schleswig NJW-RR 1996, 348, 349: Vernehmung des Arztes als Partei lediglich dann, „wenn dokumentiert bzw. ansatzweise bewiesen worden wäre, über welche Risiken aufgeklärt worden ist“; vgl. auch OLG Bremen, *VersR* 2000, 1414 f. „Die Eintragungen in der Krankendatei über Art und Inhalt des Aufklärungsgesprächs zwischen den Parteien und die Angaben des Beklagten [Arztes] haben den Senat vom Gegenteil überzeugt“.

¹⁴⁸³ So zutreffend Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 469.

¹⁴⁸⁴ So Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 471. Schon aus diesem Grunde könne - so Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz. 471 - „dem Arzt nur ... empfohlen werden, ordnungsgemäße und das Wesentliche enthaltende Krankenunterlagen zu führen“; in diesem Sinne ebenso BGH, NJW 1985, 1399.

Umgekehrt darf das Fehlen von Aufzeichnungen im Krankenblatt über das Aufklärungsgespräch nicht dazu führen, daß der Arzt regelmäßig beweisfällig für die behauptete Aufklärung bleibt.¹⁴⁸⁵

Problematisch bei der Parteivernehmung des Arztes in einem solchen Falle ist allerdings, daß sich der Arzt aufgrund der Vielzahl der von ihm stets zu führenden Aufklärungsgespräche an das konkrete Aufklärungsgespräch selten erinnern kann, so daß er Gefahr läuft, daß er seine Aussage im wesentlichen auf die von ihm selbst gemachten Eintragungen in der Krankenakte stützt, deren Inhalt er aber gerade mit seiner Aussage weiter untermauern soll. [zur Relevanz der Behandlungsdokumentation für den Beweis des Aufklärungsgesprächs noch sogleich unten].

d.) Zeugenbeweis:

Im Ausgangspunkt gilt, daß der Arzt mit dem Beweis der Risikoaufklärung noch nicht gescheitert ist, wenn schriftliche Aufzeichnungen im Krankenblatt über den Inhalt des Aufklärungsgesprächs fehlen.¹⁴⁸⁶ Das gleiche wird man ebenso annehmen können, wenn der Arzt keine vom Patienten unterschriebenen Formulare und Merkblätter vorlegen kann.

Der Arzt kann sich dann anderer Beweismittel bedienen, wobei insbesondere der Zeugenbeweis von Relevanz ist.

Der Zeugenbeweis ist in der Praxis das häufigste, zugleich aber auch das schlechteste Beweismittel, da Wahrnehmungs- und Erinnerungsvermögen subjektiven Komponenten unterliegen, die je nach Affinität zu einer der Prozeßparteien an Gewicht gewinnen.

Im Ausgangspunkt wird man selbstverständlich den Nachweis einer ordnungsgemäßen Patientenaufklärung dann als erbracht ansehen können, wenn ein Zeuge sich zweifelsfrei an den Inhalt des konkreten Aufklärungsgesprächs erinnern und die ordnungsgemäße Patientenaufklärung durch den Arzt im konkreten Einzelfall bestätigen kann. Das wird manchmal das Arztpersonal sein.

In der Regel aber kann sich das Arztpersonal wegen der Vielzahl der Behandlungsfälle an die Aufklärung des konkreten Patienten und dessen individuelles Aufklärungsgespräch nicht mehr erinnern. In diesen Fällen hilft die Rechtsprechung den beweisbelasteten Ärzten damit, daß sie die Aussage der Zeugen akzeptiert, daß die behauptete Risikoaufklärung der ständig praktizierten Übung des Arztes entspricht.¹⁴⁸⁷

Der Nachweis einer solchen generellen Aufklärungspraxis wird dann ggf. in Verbindung mit einer auch nur teilweisen Dokumentation (etwa einer Skizze, einer Eintragung von Aufklärungszeitpunkt, -person, -gegenstand) als ein wichtiges Indiz für die Aufklärung des Patienten auch im konkreten Streitfall angesehen.¹⁴⁸⁸ Zusätzlich kommt dann in einem solchen Falle auch die von Amts wegen vorzunehmende Parteivernehmung des Arztes nach § 448 ZPO in Betracht, um letzte Zweifel auszuräumen.¹⁴⁸⁹

¹⁴⁸⁵ BGH, NJW 1985, 1399.

¹⁴⁸⁶ BGH, NJW 1985, 1399.

¹⁴⁸⁷ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 256.

¹⁴⁸⁸ vgl. etwa Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 256; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 169 ff.; abl. Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 470: kein Schluß von dem Beweis regelmäßiger Aufklärung auf den Beweis ausreichender Aufklärung im konkreten Einzelfall.

¹⁴⁸⁹ Katzenmeier, Arzthaftung, § 8 III,1 (S. 497, 498).

e.) Sachverständigenbeweis:

Der Sachverständige hat im Arzthaftungsprozeß seine zentrale Bedeutung bei der Behandlungsfehlerproblematik.¹⁴⁹⁰

Innerhalb des Streites um die verletzte Selbstbestimmungsaufklärung kann der Sachverständige nur eine Rolle spielen bei der Frage, ob aufgrund der besonderen psychischen Konstitution des Patienten im Einzelfall eine Aufklärungspflicht des Arztes zu verneinen gewesen ist. Ein Gutachten kann dann Auskunft über Wahrscheinlichkeit und Umfang möglicherweise seitens des Arztes befürchteter psychosomatischer Reaktionen des Patienten geben.¹⁴⁹¹ Ob zum Zeitpunkt der Aufklärung jedoch Tatsachen vorhanden waren, die eine Verminderung des Aufklärungsumfanges aufgrund „therapeutischen Privilegs“ nötig machten, kann der Sachverständigenbeweis gemäß §§ 402 ff. ZPO in der Regel allerdings nicht klären.¹⁴⁹²

f.) Parteivernehmung des Arztes:

Grundsätzlich kann eine Partei nur die Vernehmung der Gegenpartei zum Beweis einer Tatsache beantragen (vgl. § 445 I ZPO).

Ausnahmsweise¹⁴⁹³ jedoch kann gem. § 448 ZPO die Partei selbst, die beweisbelastet ist, als Partei vernommen werden. Dies steht im Ermessen des Gerichts, da § 448 ZPO eine Ausnahme des sonst im Zivilprozeß herrschenden Beibringungsgrundsatzes darstellt¹⁴⁹⁴ und somit die Parteivernehmung von Amts wegen durchgeführt werden kann. Für die Durchführung einer Parteivernehmung i.S.d. § 448 ZPO ist Voraussetzung daß alle angebotenen, zulässigen und erheblichen Beweise erhoben worden sind und daß diese zu einem nicht ausreichenden Beweisergebnis geführt haben. Dies bedeutet, daß auf Grund der erhobenen Beweise das Gericht weder eine Überzeugung von der Wahrheit noch von der Unwahrheit der zu beweisenden Behauptung erlangt hat; es muß also eine echte non liquet-Situation bestehen.¹⁴⁹⁵ Ferner muß aber die richterliche Gesamtwürdigung von Verhandlung und bisheriger Beweisaufnahme eine gewisse, nicht notwendig hohe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Behauptung erbringen, d.h. also es muß mehr für als gegen sie sprechen, bereits „einiger Beweis“ erbracht sein.¹⁴⁹⁶ Liegen die Voraussetzungen des § 448 ZPO vor, so bleibt es dem Gericht zu entscheiden, welche Partei es vernimmt; hierbei kommt es nicht auf die Verteilung der Beweislast an. Maßgeblich hierfür ist, welche Partei zum Beweisthema überhaupt eigene Wahrnehmungen bekunden kann,¹⁴⁹⁷ ggf. von welcher Partei nach bisherigem Prozeßverlauf eine höhere Glaubwürdigkeit erwartet werden kann.¹⁴⁹⁸

Praktische Bedeutung erlangt die Parteivernehmung des Arztes gemäß § 448 ZPO bei dem von ihm zu erbringenden Beweis ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten. Voraussetzung dafür ist, daß bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der von einer Partei behaupteten und von der anderen Partei bestrittenen

¹⁴⁹⁰ vgl. Jorzig, MDR 2001, 481, 485.

¹⁴⁹¹ Kerschbaum, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, S. 184.

¹⁴⁹² Kerschbaum, aaO, S. 184.

¹⁴⁹³ Von § 447 ZPO sei hier einmal abgesehen.

¹⁴⁹⁴ Zöller-Greger, § 448, Rz 1.

¹⁴⁹⁵ Zöller-Greger, § 448, Rz 4.

¹⁴⁹⁶ BGH, NJW 1989, 3222f.; das ist der sogenannte „Anfangsbeweis“ oder „Anbeweis“ Zöller-Greger, §448, Rz 4.

¹⁴⁹⁷ BGH, NJW 1999, 363 f.; Zöller-Greger, § 448, Rz 5.

¹⁴⁹⁸ Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 423; Zöller-Greger, § 448, Rz 5.

Tatsache spricht.¹⁴⁹⁹ Diese gewisse „Anfangswahrscheinlichkeit“ kann sich sowohl aus einer vom Arzt geführten Dokumentation des Aufklärungsgespräches¹⁵⁰⁰ als auch aus einem vom Patienten unterzeichneten Aufklärungsbogen¹⁵⁰¹ sowie aus dem vom Arzt zu führenden Nachweis einer „generellen Aufklärungspraxis“ ergeben.

3.) materiell-rechtliche Einwände des Arztes bei nicht gelingendem Beweis ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung:

Kann der Arzt nicht beweisen, eine ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten vorgenommen zu haben, so bedeutet dies noch nicht automatisch, daß er für einen behandlungsbedingten Schaden des Patienten Ersatz leisten muß.

Der Arzt kann mehrere Einwände vorbringen, so z.B. der Patient habe auf die Aufklärung verzichtet (Aufklärungsverzicht), der Patient hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die Behandlung eingewilligt (hypothetische Einwilligung/rechtmäßiges Alternativverhalten), sowie daß der Schaden auch bei Abstandnahme von der konkreten Behandlung eingetreten wäre (hypothetische Kausalität/Reserveursache).

a.) Aufklärungsverzicht:

Vom Aufklärungsverzicht ist im prozessualen Bereich erstaunlich selten die Rede.¹⁵⁰² Der Arzt ist beweisbelastet sowohl für die Verzichtserklärung des Patienten als solche als auch für die Wirksamkeit des Aufklärungsverzichts.¹⁵⁰³ Bezüglich der Wirksamkeitsvoraussetzungen des Aufklärungsverzichts wird umfassend nach oben Teil D.)I.)3.)b.)cc.) bbb.) (b.) (cc.) verwiesen.

b.) hypothetische Einwilligung/rechtmäßiges Alternativverhalten:

Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ist im Zivilrecht im Grundsatz zu beachten.¹⁵⁰⁴

Beim rechtmäßigen Alternativverhalten wird der konkreten rechtswidrigen Verletzungshandlung ein rein theoretisches dann aber rechtmäßiges Verhalten des Schädigers gegenübergestellt.¹⁵⁰⁵

¹⁴⁹⁹ Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 423; Vgl. OLG Jena, VersR 2001, S. 855, 856 „Anfangswahrscheinlichkeit“.

¹⁵⁰⁰ Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 167; OLG Schleswig, NJW-RR 1996, 348 f.

¹⁵⁰¹ Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 168; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 272.

¹⁵⁰² Lepa, FS Geiss, S. 449, 451.

¹⁵⁰³ Lepa, FS Geiß, S. 449, 451 f.

¹⁵⁰⁴ vgl. MüKo/Oetker, § 249 Rz 200 ff., 210 ff.; Teichmann, in: Jauernig/Teichmann, vor §§ 249- 253, Rz. 47 f.;

Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ist auch im Bereich der Arzthaftung wegen nicht ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten relevant. Die Rechtsprechung billigt den Ärzten - auch um mißbräuchlichen Prozeßstrategien zu begegnen¹⁵⁰⁶ - zu, daß diese einwenden können, der Patient hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt, ein etwaiger Aufklärungsmangel somit für die Entscheidung nicht relevant geworden sei.¹⁵⁰⁷ Die Beweislast hierfür liegt beim Arzt.¹⁵⁰⁸

An diesen Beweis sind strenge Anforderungen zu stellen, damit nicht auf diese Weise das Selbstbestimmungsrecht des Patienten unterlaufen wird.¹⁵⁰⁹

Die Darlegung, ein „verständiger Patient“ oder ein „vernünftiger Mensch“ in der Situation des Patienten hätte auch bei ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung in den Eingriff eingewilligt, genügt hiernach keinesfalls. Auch kommt es nicht darauf an, ob die große Mehrzahl der Patienten so gehandelt hätte. Vielmehr ist es stets entscheidend, daß gerade dieser konkrete Patient in seiner persönlichen Entscheidungssituation mit seinen Besonderheiten und Eigenheiten und nicht ein „vernünftiger Patient“ damals in der konkreten Lage eingewilligt hätte.¹⁵¹⁰ Das läßt sich aber häufig nur durch Ermittlung der persönlichen Willenslage des Patienten feststellen.¹⁵¹¹

Trotz dieser hohen Anforderungen an den Beweis rechtmäßigen Alternativverhaltens kommt es immer wieder vor, daß der Behandlungsseite der Beweis der hypothetischen Einwilligung gelingt.¹⁵¹²

Das liegt daran, daß die Rechtsprechung in diesen Fällen dem Patienten eine gewisse Substantiierungslast auferlegt. Die beweisrechtliche Problematik ist hierbei stufenähnlich folgendermaßen ausgestaltet: Zuerst genügt es, wenn die Behandlungsseite substantiiert vorträgt, daß der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung den Eingriff in gleicher Weise von ihr hätte durchführen lassen.¹⁵¹³ Wäre die Ablehnung der Behandlung medizinisch unvernünftig gewesen oder hätten im Falle der Nichtbehandlung gleichartige Risiken mit höherer Komplikationsdichte bestanden, dann muß der Patient plausible, also nachvollziehbare Gründe dafür darlegen, daß er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem „echten Entscheidungskonflikt“¹⁵¹⁴ darüber befunden hätte, ob er den Eingriff – wie tatsächlich ausgeführt – vornehmen lassen solle.¹⁵¹⁵ Hierbei kommt es nur auf die plausible Darlegung des Entscheidungskonfliktes an,¹⁵¹⁶ der Patient braucht darüber hinaus nicht darzulegen, wie er sich tatsächlich entschieden hätte.¹⁵¹⁷ An die Substantiierungspflicht des Patienten zur Darlegung seines persönlichen

¹⁵⁰⁵ Larenz, Schuldrecht I, § 30 I. (S. 527 ff.)

¹⁵⁰⁶ vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz. C 137; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rz 438 ff., insbes. 441 ff.

¹⁵⁰⁷ vgl. BGH, NJW 1998, 2734 f.; BGH, NJW 1994, 2414 f.; für eine Beachtlichkeit dieses Einwandes im Arzthaftungsrecht in der Literatur Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 67, Rz 3; ders. Arztrecht, Rz 236; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 137; MüKo/Oetker, § 249, Rz 215; abl. aber Giesen, Arzthaftungsrecht Rz 234 und 475.

¹⁵⁰⁸ Lepa, FS Geiß, S. 449, 458.

¹⁵⁰⁹ BGH, NJW 1998, 2734; Ehlers/Brogli Rz. 509; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 137 (S. 220); Katzenmeier, Arzthaftung § 6 II,4 (S. 347 ff.).

¹⁵¹⁰ vgl. BGH, NJW 1994, 2414 f.; BGH, NJW 1998, 2734; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 138; Katzenmeier, aaO, § 6 II,4 (S. 348).

¹⁵¹¹ Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II,4 (S. 348).

¹⁵¹² Lepa, FS Geiß, S. 449, 459.

¹⁵¹³ BGH, NJW 1998, S. 2734.

¹⁵¹⁴ BGH, NJW 1998, S. 2734; BGH, NJW 1994, 3009, 3011.

¹⁵¹⁵ BGH, NJW 1994, 2414, 2415; vgl. BGH, NJW 1994, 3009, 3011; 1998, 2734; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 67, Rz 3; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 138.

¹⁵¹⁶ Lepa, FS Geiß, S. 449, 459.

¹⁵¹⁷ BGH NJW 1994, 2414, 2415; Laufs, Arztrecht, Rz 238; Lepa, FS Geiß, S. 449, 459.

Entscheidungskonfliktes darf der Richter zudem keine zu hohen Anforderungen stellen. Auch in diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß für die Bewertung eines Entscheidungskonfliktes als plausibel nicht entscheidend ist, wie sich ein „vernünftiger“ Patient verhalten haben würde; maßgebend ist allein die Situation des konkreten Patienten aus seiner damaligen Sicht.¹⁵¹⁸ Diesem muß persönlicher Entscheidungsspielraum verbleiben.¹⁵¹⁹ Hierbei ist der Patient persönlich anzuhören.¹⁵²⁰ „Wesen und Zweck der Aufklärung, individuelle Entscheidungsspielräume zu sichern, müssen gewahrt und der Arzt muß hinsichtlich des von ihm behaupteten hypothetischen Verlaufs beweibelastet bleiben“.¹⁵²¹ All dies ändert aber nichts daran, daß die Substantiierungslast des Patienten umso höher ist, je offenkundig unvernünftiger die Verweigerung der Behandlung gewesen wäre, die Annahme einer Zustimmung bei ordnungsgemäßer Aufklärung daher – bezogen auf die personale Sicht des Patienten – sich geradezu aufdrängt¹⁵²²; gleiches wird zu gelten haben, wenn der Patient vor der Operation sehr auf diese gedrängt hatte.

Gelingt es dem Patienten, dem Richter plausibel zu machen, daß er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte, dann gerät der Arzt in eine schwierige Beweislage.¹⁵²³ Er muß beweisen, daß der Patient bei ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung trotz seines Entscheidungskonfliktes in den Eingriff eingewilligt hätte.¹⁵²⁴

Kann aber umgekehrt der Patient nicht einmal diesen Entscheidungskonflikt plausibel machen, dann entfällt schon deswegen die Haftung des Arztes wegen der nicht wirksam konsentierten Behandlung.¹⁵²⁵ Den schwierigen Beweis, der Patient hätte bei korrekter Aufklärung in der konkreten Lage doch eingewilligt, muß der Arzt dann nicht mehr erbringen.

c.) hypothetische Kausalität:

Die Problematik der hypothetischen Kausalität unterscheidet sich erheblich von der Problematik des rechtmäßigen Alternativverhaltens.¹⁵²⁶

Bei der hypothetischen Kausalität wird nicht – wie beim rechtmäßigen Alternativverhalten – die rechtswidrige Handlung durch eine rechtmäßige ersetzt und hierbei die Schadensentwicklung verglichen, sondern es wird die durch den rechtswidrigen Eingriff verursachte Schadensentwicklung mit demjenigen Zustand verglichen, der bestehen würde, wenn gar kein Eingriff geschehen wäre.

Die Relevanz des Einwandes der hypothetischen Kausalität im Rahmen der Schadensberechnung ergibt sich aus der Differenztheorie, welche den zu ersetzenden Schaden durch einen Vergleich der Vermögenslage des Geschädigten, wie sie tatsächlich

¹⁵¹⁸ Lepa, FS Geiß, S. 449, 459.

¹⁵¹⁹ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 138.

¹⁵²⁰ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz C 142; BGH NJW 1998, 2734; vgl. auch BGH, NJW 1994, 3009, 3011.

¹⁵²¹ Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II, 4, b (S. 349).

¹⁵²² Vgl. dazu BGH, NJW 1998, 2734.

¹⁵²³ Lepa, FS Geiß, S. 449, 459.

¹⁵²⁴ Lepa, FS Geiß, S. 449, 459.

¹⁵²⁵ Vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rz 276; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 67 Rz 3.

¹⁵²⁶ Vgl. dazu Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rz 186; Larenz, Schuldrecht I, § 30 I.

jetzt besteht, mit der, wie sie ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis sein würde, zu bestimmen sucht.¹⁵²⁷

Die hierbei vertretenen Lösungsversuche sind allerdings vielfältig.

Jedenfalls in den sogenannten „Anlagefällen“ ist die Berücksichtigung der hypothetischen Kausalität allgemein anerkannt.¹⁵²⁸

Übertragen auf die Arzthaftung bedeutet das, daß der Arzt geltend machen kann, bei Unterlassen des nicht wirksam konsentierten Heileingriffes hätte sich mit Sicherheit ein gleichwertiger negativer Verlauf der Krankheit vollzogen¹⁵²⁹.

Darüber hinausgehend soll dieser Einwand auch für den Fall gelten, daß der Eingriff auch einem anderen Arzt in gleicher Weise mißlungen wäre¹⁵³⁰.

Da nach herrschender Meinung der in Anspruch genommene Schädiger die Beweislast für diejenigen Umstände trägt, aus denen sich der hypothetische Verlauf und dessen Einfluß auf den sich bei seiner Berücksichtigung ergebenden Schaden ergibt¹⁵³¹, bedeutet das für den Arzthaftungsprozeß, daß der Arzt die volle Beweislast (§286 ZPO) trägt, wenn er sich auf einen hypothetischen Ursachenzusammenhang beruft.¹⁵³²

Dieser Beweis ist wegen der unterschiedlichen körperlichen Disposition der Menschen und unterschiedlicher Übung und Fähigkeiten der Ärzte nur sehr schwer zu führen¹⁵³³.

Gelingt er aber im Einzelfall, dann beschränkt sich die Ersatzpflicht des Arztes auf diejenigen Nachteile des nicht wirksam konsentierten Eingriffs, die durch den früheren Schadenseintritt bedingt sind.¹⁵³⁴

III.) Stellungnahme zu Teil D.) insgesamt.

Die von der Rechtsprechung an den *Inhalt* der dem Patienten geschuldeten (Selbstbestimmungs)aufklärung gestellten Anforderungen sind zu recht streng und trotz der damit verbundenen ganz erheblichen Belastung der Ärzte angemessen und hinzunehmen.

Zu Recht zeigt daher die Rechtsprechung bei der nicht enden wollenden Diskussion um ein „therapeutisches Privileg“ des Arztes bei der Patientenaufklärung starke Zurückhaltung¹⁵³⁵. Man muß zur weitgehenden Ablehnung des therapeutischen Privilegs gewiß nicht gleich jene bemerkenswerte Polemik entwickeln, mit der Giesen dieses

¹⁵²⁷ vgl. Larenz, SchuldR I, § 30; Staudinger/Schiemann, § 249, Rz 93.

¹⁵²⁸ Allgemein dazu BGH, VersR 1985, 60, 62 m.w.N.; BGHZ 78, 209 ff., insbes. S. 213.

¹⁵²⁹ Steffen, in: FS Medicus, S. 637, 643 f.; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II,4 (S. 349 f.); Lepa, FS Geiß, S. 449, 460; anders Giesen, Arzthaftungsrecht, Rz 473, der auch diesen Einwand der Fallgruppe des „rechtmäßigen Alternativverhaltens“ unzutreffenderweise zuordnet und daher auch die Berücksichtigung der hypothetischen Kausalität ablehnt.

¹⁵³⁰ Vgl. BGH, NJW 1989, 1541; Katzenmeier, Arzthaftung, § 6 II,4 (S. 349).

¹⁵³¹ Larenz, SchuldR I § 30 I (S. 527).

¹⁵³² Katzenmeier, Arzthaftung § 6 II,4 (S. 350).

¹⁵³³ Katzenmeier, Arzthaftung § 6 II,4 (S. 350).

¹⁵³⁴ Steffen, in: FS Medicus, S. 637, 643: „Verfrühungsschaden“; Katzenmeier, aaO, § 6 II,4 (S. 350); Lepa, FS Geiß, S. 449, 460.

¹⁵³⁵ Nach ihr entfällt die Aufklärungspflicht nur, wenn durch die Aufklärung „das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet würden“ (so wörtlich BGHZ 29, 46,56).

Thema ärztlicher Aufklärungspflichten behandelt.¹⁵³⁶ Jedenfalls ist die restriktive Rechtsprechung zum therapeutischen Privileg keinesfalls zu eng, wie teilweise behauptet worden ist¹⁵³⁷. Jenseits dieses strengen Aufklärungsstandards eine „gewisse Elastizität“¹⁵³⁸ zu fordern hieße, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über Gebühr zu verkürzen.

Selbstverständlich kann eine Aufklärung, die dazu dient, die Selbstbestimmung des Patienten zu schützen ihm auch nicht unbeträchtliche Belastungen vor allem in psychischer Hinsicht bringen. Das ist aber nun einmal „die Kehrseite freier Selbstbestimmung“¹⁵³⁹, die zugunsten des umfassenden Schutzes der Persönlichkeit hinzunehmen ist. Wenn der Patient vor der vollen Wahrheit Angst hat, dann muß er vorher dem Arzt gegenüber einen Aufklärungsverzicht äußern.¹⁵⁴⁰

Diese wegen der Selbstbestimmung des Patienten erforderliche ganz erhebliche Strenge der inhaltlichen Anforderungen an die (Selbstbestimmungs-)aufklärung wird indes nach neueren Tendenzen in der Rechtsprechung im Hinblick auf Belange der Behandlungsseite kompensiert durch eine nicht unerhebliche Milde bei „Verfahrensfragen“ und zwar sowohl beim Vorgang der Aufklärung selbst als auch auf prozessualer Ebene [=Verfahrensfragen im weiteren Sinne].

Dieses „Wechselspiel“ zwischen beträchtlicher inhaltlicher Strenge der Patientenaufklärung einerseits und relativer Milde bezüglich „Verfahrensfragen im weiteren Sinne“ der Aufklärung andererseits zeigt sich deutlich in der neuesten BGH-Rechtsprechung zur Aufklärung von Patienten vor „Routineeingriffen“, insbesondere von Impfungen.¹⁵⁴¹

Die nach der Rechtsprechung bei Routineeingriffen primär durch das dem Patienten ausgehändigte Aufklärungsblatt vermittelbare Selbstbestimmungsaufklärung wird hierbei im Hinblick auf ihren *inhaltlichen Umfang* streng gehalten¹⁵⁴², im Hinblick auf die *Art und Weise* der Wissensvermittlung indes - der Wichtigkeit der Situation angemessen - durchaus eine aktive Rolle vom Patienten erwartet.

Die Selbstbestimmungsaufklärung wird hierbei in formeller Hinsicht dergestalt relativiert, daß der Patient in einem solchen Falle die nötige Information erlangen *kann*, wenn er (durch Lektüre des Blattes und anschließendes gezieltes Nachfragen) dies *will*.¹⁵⁴³ Jedenfalls bei „Routineeingriffen“ (wie man diesen Begriff auch immer definiert) wird man eine solcherart beschaffene Formularaufklärung als im Grundsatz ausreichend ansehen können, es sei denn der Patient verlangt die mündliche Aufklärung im persönlichen Arzt/Patient-Gespräch ausdrücklich.

Das gegen dieses - der oben bereits vorgestellten „Stufenaufklärung“ gleichkommende - Verfahren der Patientenaufklärung häufig vorgebrachte Argument, durch das Aufklärungsformular und die in ihm enthaltene geballte „Problemmasse“ werde der Patient tendentiell eher verschreckt und verunsichert, ist bei genauem Besehen nicht stichhaltig.

¹⁵³⁶ Nach Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 329 ist das therapeutische Privileg „nichts anderes als ein für Ärzte kreierte Vehikel vornehmlich ärztlicher Interessen“.

¹⁵³⁷ Deutsch, *NJW* 1980, 1305, 1306; Tempel, *NJW* 1980, 609, 614.

¹⁵³⁸ so wörtlich Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 III 2 a (S. 361).

¹⁵³⁹ BVerfGE 52, 131, 171, 179-180 [Sondervotum]

¹⁵⁴⁰ Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rz 328; besonders prägnant Francke, *Patientenrechte*, S. 207: „Solange aber Patienten ihren Verzicht auf Aufklärung, das heißt auf Beteiligung an der Behandlung durch Information, nicht erklärt haben, kann die Rechtsordnung dem Arzt die Kompetenz nicht zuordnen, an Stelle des Patienten zu entscheiden, was diesem wohl tut“.

¹⁵⁴¹ BGH, *MedR* 2001, 42 ff.

¹⁵⁴² BGH, *MedR* 2001, 42, 43.

¹⁵⁴³ Vgl. BGH, *MedR* 2001, 42, 45 f. (Routineimpfung).

Bevor der Arzt dem Kranken das Aufklärungsformular gibt, wird er durch gezielte Stichpunkt-Fragen dessen Belastbarkeit grob ausmessen können. In der Regel dürfte beim Patienten genug Belastbarkeit vorhanden sein, so daß gegen die Übergabe des Formulars an ihn grundsätzlich keine Einwände bestehen dürften. Im Übrigen dürfte der Patient in der Regel noch am besten selbst seine persönliche Belastbarkeit einschätzen und ermessen können, was und wieviel er erfahren möchte und was nicht. Ist er mit dem Lesen des Blattes psychisch überfordert, so stellt er dessen Lektüre dann eben einfach ein. Diesbezüglich hat der Arzt allerdings im anschließenden Gespräch nachzufragen.

Auch die im Hinblick auf den korrekten *Zeitpunkt* der Patientenaufklärung von der jüngeren Rechtsprechung entwickelten situationsspezifischen Differenzierungen sind insgesamt betrachtet flexibel und sachgerecht:

Je tendentiell geringer gewichtig bzw. risikoloser der aufklärungsbedürftige Eingriff ist, desto tendentiell zeitnäher zum Eingriff soll die geschuldete Aufklärung erfolgen können. Diese Tendenz ist sachgerecht und fügt sich gut in die soeben besprochenen differenzierenden Anforderungen an die Art und Weise der geschuldeten Aufklärung ein. Wenn in diesem Zusammenhang dann zwischen Zeitpunkten differenziert wird, die „von der Tür des Operationssaales“ über den „Tag des Eingriffs“, den „Vorabend“, den „Vortag“ und bis in noch weiter vor dem Eingriff liegende Zeiträume zurückreichen, ist durch diese extrem starke Differenzierung zwar ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit verbunden, das allerdings in der allgemeinen Tendenz als unvermeidlich hinzunehmen sein wird.

Zuzustimmen ist außerdem der neueren Tendenz der Rechtsprechung, bei komplexen Operationen mit gewichtigen Risiken die Aufklärung (zumindest auch) bereits bei Vereinbarung des Operationstermins vorzunehmen. Um in solchen Fällen allerdings dem Arzt zu ersparen, daß er gegebenenfalls den Patienten zweimal, nämlich bei Vereinbarung des Operationstermins und dann noch einmal am Tage vor der Operation in allen Einzelheiten mündlich aufklären muß, wäre zu befürworten, daß er bei Vereinbarung des Operationstermins dem Patienten ein Aufklärungsformular mit nach Hause gibt und ihm bei gleichzeitiger grober mündlicher Orientierung über die Eingriffsrisiken den dringenden Hinweis gibt, das Aufklärungsblatt in aller Ruhe in der nächsten Zeit sorgfältig zu studieren.

Anläßlich der stationären Aufnahme wäre der Patient dann vom Arzt auf das Aufklärungsblatt anzusprechen und dann in einem eingehenden mündlichen Gespräch der Inhalt des Blattes in seinen wesentlichen Grundzügen durchzuarbeiten und individuelle Fragen des Patienten zu beantworten.

Weder das Argument psychischer Anspannung des Patienten noch das von vermeintlicher Ängstlichkeit im Vorfeld einer Operation kann nach der hier vertretenen Ansicht eine andere Gangart begründen. Von extremen Sonderfällen abgesehen, kann einem durchschnittlichen Bürger der heutigen Zeit eine solcherart beschriebene Mitwirkung bei der (Selbstbestimmungs-)aufklärung zugemutet werden – von extremen Sonderfällen sei abgesehen.

Jedenfalls wird in Anbetracht immer knapperer medizinischer Ressourcen künftig kein Weg daran vorbeiführen, den Aufklärungsvorgang in gewissem Maße zu „rationalisieren“. Es wäre allerdings der falsche Weg, hierbei die Axt an den inhaltlichen Anforderungen der Patientenaufklärung anzusetzen. Vielmehr wird man künftig von einem „verständigen Patienten“ mitteleuropäischen Zuschnitts eine nicht unbeträchtliche Mitwirkung beim Aufklärungsvorgang erwarten können. In diese

Richtung scheint auch der von Rechtsprechung jüngst eingeschlagene Weg im Kontext der „Routineeingriffe“ speziell bei Impfungen zu gehen.

Alles andere liefe auf ein gespaltenes Bild des Patienten hinaus, der einerseits gleichsam als ängstlicher und geistig schwerfälliger Mensch extrem hohe Anforderungen an die Art und Weise der (Selbstbestimmungs-)aufklärung setzt, deren Verletzung er dann andererseits als „mündiger Bürger“ in einem späteren Prozeß zur Begründung eines Schadensersatzbegehrens wegen nicht ordnungsgemäßer Selbstbestimmungsaufklärung rügt.

Angesichts dieses sich neuerdings abzeichnenden, als durchaus gelungen anzusehenden Zusammenspiels von strengen inhaltlichen Anforderungen an die Aufklärungspflicht einerseits und situationsspezifisch differenzierenden teilweise sehr moderaten Maßstäben im Hinblick auf die Art und Weise der Patientenaufklärung sowie den von der Rechtsprechung dem Arzt zugebilligten prozessualen Hilfen beim Nachweis der Selbstbestimmungsaufklärung andererseits ist nochmals eindringlich davor zu warnen, den Umfang der dem Patienten allgemein geschuldeten Aufklärung inhaltlich tendentiell auf ein geringeres Maß als heutzutage gefordert zu beschränken.

In diese Richtung argumentiert aber Katzenmeier, wenn er kritisiert, daß Risiken in der Rechtsprechung als „eingriffsspezifisch“ bezeichnet werden, „deren Verwirklichungswahrscheinlichkeit sich aber nur im Promillebereich bewegt, die der Arzt selbst in seinem Berufsleben oft noch nie erlebt hat und von denen er allenfalls aus Statistiken erfährt“. „Jedenfalls bei einer Verwirklichungswahrscheinlichkeit von 1: 15,5 Mio (!)“ solle nach Katzenmeier „ein Risiko schwerlich als eingriffsspezifisch und deshalb aufklärungsbedürftig angesehen werden“.¹⁵⁴⁴

So sehr man Katzenmeier¹⁵⁴⁵ darin zustimmen kann, daß im Hinblick auf extremst seltene, aber von der Rechtsprechung dennoch als „eingriffsspezifisch“ qualifizierte Risiken die Eingriffsspezifität des betreffenden Risikos zweifelhaft ist, muß man dennoch sich davor hüten „Richtwerte und Typenbildung“ zu suchen bzw. vorzunehmen, also „Maßstäbe“ zu entwickeln, die dann eben doch auf eine statistische Qualifizierung von aufklärungsrelevanten Eingriffsrisiken hinauszulaufen drohen.¹⁵⁴⁶

Nicht akzeptabel ist es, zur Erleichterung der Ärzte, mit Katzenmeier¹⁵⁴⁷ die Patientenaufklärung über eingriffsspezifische seltene Risiken auf Beispiele zu beschränken. Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß nach Katzenmeier hierbei erkennbar gemacht werden müsse, daß es sich nur um Beispiele handelt. Im Anschluß an diese Aufklärung sei der Patient darauf hinzuweisen, daß er Gelegenheit habe, nach weiteren Risiken zu fragen, worauf dann der Arzt selbstverständlich wahrheitsgemäß und erschöpfend Antwort zu geben habe.

Eine solche Art von „Beispielaufklärung“ löst indes nicht die spezifischen Probleme der Selbstbestimmungsaufklärung mit ihrer häufig enormen Menge an eingriffsrelevanten Risiken.

Größtes Problem hierbei ist, daß durch die beispielhafte Auswahl von Risikopunkten durch den Arzt der Patient eine selektive Wahrnehmung des Risikospektrums erfährt. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß der Arzt dem Patienten gegenüber auf den

¹⁵⁴⁴ alle Zitate aus Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 III 2 (S. 359 f.)

¹⁵⁴⁵ Katzenmeier, aaO.

¹⁵⁴⁶ Vgl. dazu Katzenmeier, aaO, S. 359.

¹⁵⁴⁷ Katzenmeier, *Arzthaftung*, § 6 III,2, (S. 360).

lediglich beispielhaften Charakter dieser Aufklärung hinweist. Der Patient läuft in solchen Fällen Gefahr, vorschnell auf weitere Aufklärung zu verzichten, ohne die Tragweite der Behandlung eben doch nur annähernd korrekt eingeschätzt zu haben.

Am wichtigsten sind die Zugeständnisse, die die Rechtsprechung den Ärzten beim *Beweis* der ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung gewährt. Hier sind allerdings gewisse Bedenken anzumelden, wenn der BGH es für den Nachweis der korrekten Risikoaufklärung des Patienten im Einzelfall genügen läßt, wenn der Arzt eine generelle Aufklärungspraxis nachweist. Hier wird in nicht unproblematischer Weise von der generellen Gewissenhaftigkeit des Aufklärungsgespräches auf die Einzelfallrichtigkeit geschlossen, was außer Betracht läßt, daß auch dem gewissenhaftesten Arzt Fehler unterlaufen können.¹⁵⁴⁸

Ein besonders zuverlässiger Weg des Beweises einer ordnungsgemäßen Patientenaufklärung wäre statt dessen die Aufzeichnung des Aufklärungsgespräches mittels eines Tonbandgerätes. Zwar ist auch hierbei die Möglichkeit technischer Manipulationen niemals vollständig ausgeschlossen. Allerdings dürfte eine sich stets im Besitz des Arztes befindende Krankenakte, - die nach heutiger Ansicht starken Beweiswert in einem Prozeß besitzt - sogar noch deutlich höhere Manipulationsmöglichkeiten bieten als eine Tonbandaufnahme. Zu beachten ist bei der Tonbandaufnahme jedoch, daß sie das Verhältnis zwischen Arzt und Patient belasten und daher zu einem Vertrauensverlust des Patienten gegenüber seinem Arzt führen kann. Entscheidend dürfte allerdings sein, wie der Arzt es versteht, das Aufzeichnungsgerät in das Aufklärungsgespräch zu integrieren und wie der Patient diese Vorgehensweise akzeptiert.¹⁵⁴⁹

Wenn sich sowohl Arzt als auch Patient vergegenwärtigen, daß eine solche Tonbandaufzeichnung zum Vorteile beider Seiten gereichen kann, dann sollte in unserer zunehmend technisierten Welt die Nutzung dieser Technik nicht von vorneherein auf Ablehnung stoßen.¹⁵⁵⁰

Die Vorteile der Tonbandaufzeichnung sind jedenfalls unbestreitbar:

Die Tonbandaufnahme des Gespräches besitzt eine deutlich größere Fälschungssicherheit als Aufzeichnungen in Krankenakten, deren nachträgliche „Bearbeitung“ sehr leicht möglich ist, wenn man dies will und bereit ist zu tun.¹⁵⁵¹

Auch der Aufklärungsvorgang als solcher gewinnt eine größere Effektivität, da der Arzt nicht mehr gezwungen ist, zeitraubende Notizen über das Aufklärungsgespräch in seinen Unterlagen niederzulegen.

Wegen der starken Wahrheitsvermutung, die für eine solche Tonbandaufnahme spricht, entsteht zudem gesteigerter Druck auf den Arzt, das Aufklärungsgespräch gewissenhaft zu führen. Für die Nichtexistenz eventueller sich aus der Tonbandaufnahme ergebender inhaltlicher Lücken der Patientenaufklärung wäre der Arzt dann selbstverständlich beweispflichtig.

¹⁵⁴⁸ So auch Kerschbaum, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, S. 186.

¹⁵⁴⁹ Vgl. Kerschbaum, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, S.186.

¹⁵⁵⁰ Generell für die Tonbandaufzeichnung: Kohlhaas, S. 125 f.; in besonderen Fällen dafür, Laufs, Arztrecht, Rz 183; generell ablehnend D. Franzki, S. 132 f.; Tempel, NJW 1980, 609, 616.

¹⁵⁵¹ Vgl. hierzu Kerschbaum, aaO, S. 184: „Handschriftlichen Eintragungen des Arztes ist nicht nur aus der Sicht mißtrauischer Patienten immanent, daß sie relativ leicht manipulierbar sind, da sie bis zum Entstehen der Streitigkeit in der Regel nur der behandelnde Arzt kennt“.

Bei aller Zustimmung zur strengen inhaltlichen Linie der Aufklärungsrechtsprechung ist indes gewisse Kritik an der teilweise von ihr verwendeten Terminologie anzumelden. Es ist hochgradig mißverständlich, wenn der BGH bei der Skizzierung der Anforderungen an die Selbstbestimmungsaufklärung von einer Aufklärung „im großen und ganzen“ spricht und dabei den Aufklärungsumfang relativierend als nicht übermäßig streng charakterisieren möchte, der Umfang dieser Aufklärung bei genauer Betrachtung dann aber doch sehr sark in Richtung auf eine „Totalaufklärung“ des Patienten hinausläuft.

Beinahe noch irreführender ist der vom BGH verwendete Begriff des „verständigen Patienten“, der keinesfalls „vernünftig“ zu sein braucht, wie es das Wort suggeriert, sondern der - wie selbst der BGH¹⁵⁵² ausdrücklich formulierte - „beachtenswerte persönliche Gründe haben [kann], auf die Behandlung ... zu verzichten ... [S. 107]. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, das die Aufklärung sichern soll, schützt auch eine Entschließung, die aus medizinischen Gründen unvertretbar erscheint“ (S.111).

Von diesen terminologischen Unglücklichkeiten einmal abgesehen, wird man insgesamt der Rechtspprechung zugestehen müssen, daß sie durch das Zusammenspiel von inhaltlichen und im weitesten Sinne formellen Elementen¹⁵⁵³ auf gutem Wege ist, einen insgesamt betrachtet fairen Interessenausgleich zwischen Arzt und Patient zu erreichen. Die Zukunft der Arzthaftung im Aufklärungsbereich dürfte darin bestehen, daß die Behandlungsseite unter Beibehaltung strenger Standards in Bezug auf den Aufklärungsinhalt mit Entgegenkommen der Rechtsprechung in Bezug auf Formfragen der Aufklärung sowie im gesamten prozessualen Bereich rechnen kann. Der insoweit jüngst vom BGH im Problembereich der Routineeingriffe eingeschlagene Weg¹⁵⁵⁴ könnte eine langfristig neue Tendenz der Rechtsprechung vorgeben, die man formelhaft folgendermaßen charakterisieren kann: Gleichbleibende inhaltliche Strenge, bei einer gewissen, leicht zunehmenden formellen Milde.

¹⁵⁵² BGHZ 90, 103, 107, 111.

¹⁵⁵³ Prozessuale Aspekte sind hierbei eingeschlossen.

¹⁵⁵⁴ Nochmals: BGH, MedR 2001, 42 ff.

Schlußwort

Diese Arbeit ist in ihrem Kern darum bemüht, die hochumstrittene Problematik der Haftung des Arztes für *Aufklärungsfehler* (insbesondere im Hinblick auf die *Selbstbestimmungsaufklärung* des Patienten) sachgerecht in das geltende Deliktsrechtssystem einzuordnen.

Das bedeutet im Ausgangspunkt ein klares Bekenntnis zur sog. *Körperverletzungsdoktrin* [dazu in Teil C.) I.)] und ein Bekenntnis zur *Lehre vom Erfolgsunrecht* [Teil C.) III.)], in die auch der Vorwurf des Behandlungsfehlers (!) durchaus sachgerecht integriert werden kann.

Unter Teil C.) IV.) wird die hochgradig kontroverse Problematik der *Schadensfolgenrechnung* wegen nicht wirksam konsentierten Heilbehandlungen eingehend erörtert. Hierbei zeigt sich, daß die Lehre vom „Schutzzweck der Norm“ im Kontext des §823 I BGB bei der Haftungsausfüllung weder aus dogmatischen noch aus rein tatsächlichen Gründen anwendbar ist.

Statt dessen ist die Einschränkung der Haftung des Arztes für die Schadensfolgen seines Tuns durch eine teleologische Reduktion des durch § 249 I BGB vorgegebenen und in gewissen Einzelfällen zu weit gerateten Prinzips des Totalersatzes zu erreichen. Hierbei ist nach Haftungslücken zu suchen, bei denen in besonders gelagerten Fällen eine Haftung des Arztes zu verneinen ist.

Als Hilfsmittel der Lückenfüllung bietet sich in diesem Zusammenhang die Methode der *Topik* an. [dazu eingehend in Teil C.) IV.) 2.) d.) und e.)]

In diesem Zusammenhang werden durch Vergleich verschiedenartig gelagerter Fallgruppen deren jeweilige Unterschiede herausgearbeitet und - darauf aufbauend - unterschiedliche Zurechnungsregeln herausgebildet.

In Teil D.) werden die inhaltlichen, formellen und prozessualen Probleme der ärztlichen Aufklärungspflicht eingehend behandelt. Um diesbezüglich Wiederholungen zu vermeiden, wird an dieser Stelle auf die Stellungnahme zu Teil D.) in Teil D.) III.) verwiesen.

Lebenslauf

Am 22. September 1972 wurde ich in Darmstadt geboren. Ich besuchte von 1979 bis 1983 die Grundschule in Erzhausen, Landkreis Darmstadt/Dieburg. Den Besuch des altsprachlichen Ludwig-Georgs-Gymnasiums in Darmstadt schloss ich im Jahr 1992 mit der allgemeinen Hochschulreife ab. Von Herbst 1992 bis Sommer 1993 betrieb ich ein Selbststudium in den Fremdsprachen Englisch, Französisch und Spanisch und habe diese Sprachstudien nach Aufhalten in betreffenden Ländern mit Graduierten-Zertifikaten abgeschlossen. Ab dem Jahre 1993 studierte ich Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz. Im Jahr 1999 legte ich das erste Juristische Staatsexamen ab, im November 2001 das zweite juristische Staatsexamen. Seitdem bin ich als Rechtsanwalt in Darmstadt tätig.