

Münchener Juristische Beiträge · Band 16

Hanja Helbron

**Entwicklungen und Fehlentwicklungen
im Arzthaftungsrecht**



**Herbert Utz Verlag · Wissenschaft
München**

Münchner Juristische Beiträge

Rechtswissenschaftliche Betreuung der Reihe:
Thomas Küffner

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist
bei Der Deutschen Bibliothek erhältlich

Zugleich: Dissertation, Kiel, Univ., 2001

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung, vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2001

ISBN 3-8316-0030-9

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München

Tel.: 089/277791-00 - Fax: 089/277791-01

Das
hund
der F
gehe
hinsi
Mod
Verl
teilu
den
Selb
Um
des
Zie
lun
ank
ste
du
Di
ch
no
O
te
M
a
P
M
I

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| Einleitung | 15 |
| I. Teil: Der Behandlungsfehler | 19 |
| I. Grundsätze der Beweislast | 20 |
| II. Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr | 20 |
| 1. Anscheinsbeweis (Prima-facie-Beweis) | 21 |
| 2. Grober Behandlungsfehler | 22 |
| a. Historische Entwicklung | 23 |
| aa. Rechtsprechung des Reichsgerichts | 23 |
| bb. Rechtsprechung nach 1945 | 24 |
| cc. Sechziger Jahre | 24 |
| dd. Siebziger Jahre | 26 |
| ee. Achtziger Jahre | 27 |
| ff. Neunziger Jahre und heutige Anforderungen | 30 |
| aaa. Der grobe Behandlungsfehler | 30 |
| bbb. Verschulden des Arztes | 31 |
| ccc. Rechtsfolge | 32 |
| b. Rechtfertigung der Beweislastumkehr | 33 |
| aa. Begründungen in der Rechtsprechung | 33 |
| bb. Ansichten in der Literatur | 34 |

| | |
|--|----|
| cc. Billigkeit als Rechtfertigung? | 35 |
| dd. Verfassungsrechtliche Pflicht des Zivilrichters? | 35 |
| ee. Beweislastumkehr als Gewohnheitsrecht? | 36 |
| ff. Bindung an Richterrecht? | 37 |
| aaa. Ansichten in der Rechtsprechung | 37 |
| bbb. Ansichten in der Literatur | 38 |
| (I) Präsumtive Verbindlichkeit der Präjudizien | 38 |
| (II) Keine Bindungswirkung | 39 |
| (III) Subsidiäre Verbindlichkeit | 40 |
| (IV) Zusammenfassung | 40 |
| ccc. Konsequenzen für die Beweislastumkehr | 41 |
| 3. Dokumentationspflichtverletzung | 42 |
| a. Dokumentation als interne Gedächtnisstütze | 43 |
| b. Dokumentation als vertragliche Nebenpflicht | 43 |
| c. Umfang der Dokumentation | 44 |
| d. Beweisrechtliche Konsequenzen | 45 |
| e. Dogmatische Grundlage für die Beweiserleichterungen | 47 |
| aa. Ansichten in Rechtsprechung und Literatur | 47 |
| bb. Parallele zu Beweisvereitelungen | 48 |
| f. Gefahr der Ausweitung und Grenzen der Dokumentationspflicht | 50 |
| g. Zusammenfassung | 51 |
| 4. Befundsicherungspflicht | 51 |
| 5. Befunderhebungspflicht | 53 |

| | |
|---|----|
| a. Hauptpflicht des Arztes | 53 |
| b. Beweisrechtliche Konsequenzen | 55 |
| aa. Entwicklung der Rechtsprechung | 55 |
| bb. Kritik an der aktuellen Rechtsprechung | 58 |
| c. Kritik an Literaturmeinungen | 61 |
| d. Zusammenfassung | 62 |
| 6. Beweislastumkehr nach der Beweisregel des § 282 BGB | 63 |
| a. Generelle Anwendung des § 282 BGB im Arzthaftungs- prozeß? | 63 |
| b. Der beherrschbare Bereich | 64 |
| c. Stellungnahme | 66 |
| III. Kausalität und Zurechnungszusammenhang | 69 |
| IV. Schaden | 70 |
| 1. Empfängnisverhütung | 70 |
| 2. Genschäden | 73 |
| V. Sachverständigengutachten im Behandlungsfehlerprozeß | 73 |
| 1. Aufgabe und Bedeutung des medizinischen Sachverständi- gen | 73 |
| 2. Problematik im Zusammenhang mit Sachverständigen- gutachten | 74 |

| | |
|--|-----------|
| 2. Teil: Die ärztliche Aufklärungspflicht | 77 |
| I. Die Arten der Aufklärungspflicht | 77 |
| II. Die Selbstbestimmungsaufklärung | 78 |
| III. Grundlage der Aufklärungspflicht..... | 78 |
| 1. Dogmatische Konstruktion der Rechtsprechung | 79 |
| 2. Gegenmeinungen in der Literatur | 79 |
| 3. Argumente für die Rechtsprechung..... | 79 |
| IV. Historische Entwicklung | 80 |
| 1. Anfang des 20. Jahrhunderts | 80 |
| 2. Entwicklung nach 1945 | 82 |
| a. Proteste aus Ärztekreisen | 83 |
| b. Reaktion der Rechtsprechung auf die Proteste | 84 |
| 3. Sechziger und siebziger Jahre | 86 |
| a. Fehlende Aufklärung über seltene Risiken | 87 |
| b. Unzureichende Aufklärung über typische Risiken..... | 88 |
| c. Der verständige Patient als Abgrenzungskriterium..... | 88 |
| d. Kritik und Konsequenzen | 89 |
| 4. Achtziger und neunziger Jahre | 92 |
| a. Der echte Entscheidungskonflikt | 93 |
| b. Der Schutzbereich der Aufklärungspflicht | 95 |

| | |
|---|-----|
| 5. Zusammenfassung | 98 |
| V. Die heutigen Anforderungen an die Aufklärungspflicht | 99 |
| 1. Arten der Selbstbestimmungsaufklärung | 99 |
| a. Diagnoseaufklärung | 99 |
| b. Verlaufsaufklärung | 99 |
| c. Risikoaufklärung | 100 |
| 2. Grundsätze bezüglich des Umfangs | 100 |
| a. Erweiternde Umstände | 100 |
| aa. Besonders schwere Folgen eines Eingriffs | 100 |
| bb. Hohes Mißerfolgsrisiko | 101 |
| cc. Alternativen oder neuartige Behandlungsmethoden | 101 |
| b. Begrenzende Umstände | 102 |
| aa. Dringlichkeit des Eingriffs (Indikation) | 102 |
| bb. Allgemeiner Bekanntheitsgrad und wissender Patient | 103 |
| cc. Humanitäres Prinzip | 106 |
| c. Zusammenfassung | 109 |
| 3. Grenzen der Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen | 110 |
| a. Der Zurechnungszusammenhang im allgemeinen Haftungsrecht | 110 |
| b. Übertragung dieser Grundsätze auf Aufklärungspflichtverletzungen | 111 |
| aa. Schutzzweck der Aufklärungspflicht | 111 |

| | |
|--|-----|
| bb. Schutzbereich der Aufklärungspflicht | 112 |
| aaa. Verwirklichung einer nicht aufklärungspflichtigen Folge | 112 |
| (I) Der Schutzbereich der Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung | 113 |
| (II) Der Schutzbereich der Aufklärungspflicht in der Literatur | 114 |
| (1) Weiter Schutzbereich | 114 |
| (2) Enger Schutzbereich | 115 |
| (3) Vermittelnde Ansichten | 116 |
| (III) Kritik | 117 |
| (1) Kritik an Lösungen der Literatur | 117 |
| (2) Kritik an der Lösung der Rechtsprechung | 121 |
| (IV) Eigene Lösung | 122 |
| (1) Unterbliebene Aufklärung | 123 |
| (2) Verlaufs- und Risikoaufklärung | 124 |
| (3) Risikoaufklärung | 124 |
| (a) Erste Fallgruppe | 125 |
| (b) Zweite Fallgruppe | 125 |
| (c) Vorteile und Nachteile der gefundenen Lösung | 126 |
| bbb. Verwirklichung einer aufgeklärten Folge | 128 |
| (I) Weiter Schutzbereich | 128 |
| (II) Kritik und eigene Lösung | 129 |
| (III) Neue Tendenz in der Rechtsprechung? | 130 |
| ccc. Verwirklichung eines Folgerisikos | 131 |

| | | |
|----|--|-----|
| 12 | ddd. Beispielfälle zur Verdeutlichung der gefundenen Lösung..... | 131 |
| 12 | (I) Verlaufs- / Risikoauklärung..... | 132 |
| 13 | (II) Aufklärung über vergleichbare oder schwererwiegende Risiken..... | 132 |
| 14 | (III) Aufklärung nur über weniger schwerwiegende Risiken..... | 133 |
| 14 | (IV) Folgerisiko verwirklicht sich..... | 134 |
| 15 | (V) Aufgeklärtes Risiko verwirklicht sich..... | 135 |
| 16 | cc. Rechtswidrigkeitszusammenhang..... | 135 |
| 17 | 4. Durchführung des Aufklärungsgesprächs..... | 138 |
| 17 | a. Zeitpunkt der Aufklärung..... | 138 |
| 18 | aa. Zeitpunkt der Aufklärung in der Rechtsprechung..... | 138 |
| 19 | bb. Fallgruppen..... | 139 |
| 19 | cc. Kritik an der Rechtsprechung zum Aufklärungszeitpunkt..... | 140 |
| 20 | dd. Rechtsfolge verspäteter Aufklärung..... | 141 |
| 20 | ee. Kritik an der Rechtsfolge verspäteter Aufklärung..... | 142 |
| 21 | b. Zwei-Stufen-Aufklärung..... | 143 |
| 21 | c. Formularaufklärung..... | 143 |
| 22 | VI. Beweislast im Prozeß..... | 144 |
| 22 | VII. Folgen der Beweislastverteilung bei Aufklärungspflichtverletzungen..... | 144 |
| 23 | VIII. Kritik an dieser Entwicklung..... | 145 |
| 23 | IX. Lösungsmöglichkeiten..... | 146 |

| | |
|---|------------|
| 1. Regel-Ausnahme-Prinzip..... | 146 |
| 2. Generelle Beweislastumkehr im Behandlungsfehlerprozeß | 148 |
| 3. Reduzierung der Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht | 148 |
| Zusammenfassung und Ausblick..... | 152 |
| I. Anpassung der Rechtsprechung an modernes Arzt-Patienten-Verhältnis | 152 |
| II. Stärkere Berücksichtigung des Zurechnungszusammenhangs | 153 |
| III. Rückbesinnung auf allgemeine Beweisgrundsätze | 153 |
| IV. Klarheit und Überschaubarkeit des Arzthaftungsrechts..... | 155 |
| V. Schluß..... | 157 |
| Literaturverzeichnis | 163 |

Von we
speziell
So enth
Wesent
mußten

Das
im Lau
schaft
neuen
Lücken
zeswon
Grundl
des 20
Behand
hen.

Auch
rungspr
kelt. In
stand
Einwil
Patient
aufgel
vor Se
archai
rung c

Bis
Arzth
gerin
Mens
war u

Er
zesän
der m
ger J

- ¹ D.
- ² R.
- ³ H.

Einleitung

Von wenigen Ausnahmen abgesehen, hat bisher kein Rechtssystem der Welt spezielle Vorschriften zur Regelung der zivilrechtlichen Arzthaftung erlassen¹. So enthält auch das BGB keine Spezialregeln für den Bereich der Arzthaftung. Wesentliche Fragen, die ärztliches Handeln seit der Entstehung des BGB aufwarf, mußten durch Anwendung der allgemeinen Haftungsvorschriften gelöst werden.

Das Bürgerliche Recht hat sich nach seiner Kodifikation im letzten Jahrhundert im Laufe der Zeit ständig weiterentwickelt. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft standen nach Inkrafttreten des BGB vor der Aufgabe, die Systematik des neuen Gesetzes zu erarbeiten und seinen Anwendungsbereich zu erschließen. Lücken der Kodifikation gaben Anlaß zur Rechtsfortbildung. Neben den Gesetzeswortlaut trat zunehmend das Fallrecht als Rechtsquelle. Die rechtlichen Grundlagen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes sind seit Anfang des 20. Jahrhunderts unverändert: Der Arzt hat für einen schuldhaft verursachten Behandlungsfehler, der zu einem Schaden des Patienten führt, rechtlich einzustehen.

Auch die Rechtsinstitute der Eingriffseinwilligung und der ärztlichen Aufklärungspflicht wurden von der Rechtsprechung bereits vor über 100 Jahren entwickelt. Im Jahr 1894 entschied das Reichsgericht², daß der Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfülle und deshalb zu seiner Rechtfertigung der Einwilligung des Patienten bedürfe. Daraus ergab sich die Konsequenz, daß der Patient nur dann wirksam einwilligen konnte, wenn er über den ärztlichen Eingriff aufgeklärt worden war. Das Reichsgericht erkannte etwa ein halbes Jahrhundert vor Schaffung des Grundgesetzes die Wandlung des Menschenbildes vom patriarchalischen zum partnerschaftlichen und legte den Grundstein für die Realisierung des Selbstbestimmungsrechts im Bereich der Arzthaftung.

Bis in die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg gab es nur wenige Prozesse in Arzthaftungssachen. Auch die Rechtswissenschaft schenkte dem Arztrecht nur geringe Beachtung. Dies hatte zu einem großen Teil seine Ursache darin, daß der Mensch in früheren Zeiten seine Krankheit als Schicksal hinzunehmen gewohnt war und ein irrationales Vertrauen zu seinem Arzt hatte³.

Erst nach 1945 mehrten sich gerichtliche Urteile. Ohne daß man eine Gesetzesänderung oder eine bestimmte höchstrichterliche Entscheidung als Grundstein der neuen Entwicklung bezeichnen könnte, nahm die Arzthaftung seit den sechziger Jahren einen immer bedeutenderen Stellenwert ein. Das Arzthaftungsrecht

¹ D. Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 1.

² RGSt 25, 375.

³ H. Franzki, MedR 1994, 172 (172).

verselbständigte sich zu einem eigenständigen Rechtsgebiet, das besonders stark von der Rechtsprechung geprägt wurde.

Auf der Grundlage medizinischer Standards und Möglichkeiten füllte die Spruchpraxis den offenen Tatbestand des § 832 Abs. 1 BGB aus, indem sie die ungeschriebenen Sorgfaltspflichten im einzelnen bestimmte⁴. Unter Rückgriff auf die Wertentscheidungen der Verfassung in Art. 1 und 2 GG erweiterte und verfeinerte der Bundesgerichtshof die Aufklärungspflicht des Arztes durch Einzelfallentscheidungen. Das Fehlen von Regelungen, die die ärztlichen Sorgfaltspflichten, die Art und Weise der Aufklärung vor Eingriffen und die daraus resultierenden haftungsrechtlichen Konsequenzen statuieren, ermöglichte der Rechtsprechung eine weitgehend flexible Handhabung der prozessualen Beweisregeln unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Arzt-Patienten-Verhältnisses.

Wegen der durch die Fortschritte in der Medizin bedingten Zunahme des Massenverkehrs sahen sich die Gerichte vielfach gezwungen, eine Anpassung an neue Bedürfnisse durch ausgleichende Rechtsprechung und damit Patientenschutz zu erreichen. Die Grundsätze im Arzthaftungsrecht unterlagen daher einer ständigen Wandlung.

Einen entscheidenden Beitrag zum sprunghaften Anstieg der Arzthaftungsprozesse in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts und zur Entwicklung eines eigenständigen Regeln unterliegenden Rechtsgebiets hat die Rechtsprechung selbst geleistet: Sie hat nicht nur die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten des Arztes im Laufe der Zeit wesentlich erhöht, sondern dem Patienten im Interesse der „Waffengleichheit“ nach und nach bemerkenswerte Beweiserleichterungen im Behandlungsfehlerprozeß eingeräumt, die im Falle eines groben Behandlungsfehlers bis zur Beweislastumkehr gehen. Insbesondere hat sie auch die Anforderungen an den Umfang, den Zeitpunkt und die Art und Weise der Selbstbestimmungsaufklärung ständig erweitert und der Zurechnung von Schäden nach mangelhafter Aufklärung keine Grenzen gesetzt.

Die Gründe für die stetige Erhöhung der Anforderungen an den Arzt, die dem Patienten zur Durchsetzung seiner Ansprüche verhelfen sollten, sind vielfältig:

Dem Patienten als Laien sind Operationstechniken und moderne Behandlungsmethoden unbekannt, so daß ein Prozeß gegen einen fachkundigen Arzt schwer zu führen ist. Der Name des Operateurs wird dem Patienten nicht immer, derjenige des Anästhesisten oder des Histologen meist nicht bekannt sein⁵. Auch große Teile des Behandlungsgeschehens entziehen sich naturgemäß seiner Wahrnehmung. Das hierdurch entstehende Informationsgefälle versuchte die Rechtsprechung durch Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten auszugleichen.

⁴ Laufs / Uhlenbruck, § 5 Rn. 9.

⁵ Pelz, DRiZ 1998, 474 (474).

Seit 1980 hat sich die Zahl der Behandlungsfehlerprozesse nochmals verdoppelt. Die Konjunktur der Schadensersatzansprüche ist bis heute ungebrochen⁶. Der moderne Patient glaubt, daß es für jede Krankheit eine erfolgversprechende Therapie gibt oder geben muß. Die Hochleistungsmedizin hat einen Stand erreicht, der noch vor wenigen Jahrzehnten unvorstellbar gewesen wäre⁷. Aus dieser Perfektionierung der Technik erwächst das zunehmende Anspruchsdenken in der Gesellschaft⁸. Längst werden die Ärzte nicht mehr als unfehlbar angesehen, sondern ihre Behandlungsmethoden kritisch hinterfragt. Schließlich verringern die mit den Fortschritten einhergehende Anonymität der Apparatemedizin und die Unpersönlichkeit großer Kliniken die Hemmschwelle, gegen den behandelnden Arzt Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Es wird deutlich, daß sich das Verhältnis zwischen Arzt und Patient in den letzten fünfzig Jahren entscheidend verändert hat.

Im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung hatte sich die Rechtsprechung immer wieder mit der zwischen Ärzten und Juristen nach wie vor umstrittenen Frage zu befassen, welche inhaltlichen Anforderungen an die Aufklärungspflicht zu stellen sind. Das Persönlichkeitsrecht des Patienten trug zu zusätzlichen Spannungen und zu Veränderungen im Arzt-Patienten-Verhältnis bei. Die Rechtsprechung mußte stets angepaßte und angemessene Grundsätze aufstellen, um diesen Veränderungen gerecht zu werden. Problematisch ist, ob durch die gegenwärtige Rechtsprechung das Recht des einzelnen Patienten, eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen, tatsächlich geschützt wird oder ob die entwickelten Grundsätze im Ergebnis auf eine Bevormundung des Patienten hinauslaufen. Auf die Entwicklung der Rechtsprechung hat sich auch ausgewirkt, daß der moderne Medizinbetrieb das notwendige Gespräch zwischen Arzt und Patient gefährdet und verkürzt. Es mußte der Gefahr entgegengewirkt werden, daß dieses formalisiert und dadurch das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient zerstört wird.

Eine besondere Schwierigkeit in Arzthaftungsprozessen ergibt sich auch daraus, daß es anders als in der Technik keine von Normungsausschüssen geschaffenen Regelwerke gibt, aus denen sich der Stand der medizinischen Wissenschaft jeweils ablesen ließe⁹. Der Arzt hat es vielmehr mit einem lebenden, individuellen und damit unbeherrschbaren Organismus zu tun. Zudem gibt es kaum einen Beruf, in dem Fehlverhalten so leicht zu großen - materiellen wie immateriellen - Schäden führt, wie dies beim Arzt der Fall ist¹⁰. Die Rechtsprechung hatte und hat die Aufgabe, die Grenze zu ziehen zwischen dem schicksalhaften, auf der

⁶ Pelz, DRiZ 1998, 473 (473).

⁷ H. Franzki, MedR 1994, 172 (172).

⁸ Laufs / Uhlenbruck / Ulsenheimer, § 112 Rn. 5.

⁹ H. Franzki, MedR 1994, 171 (171).

¹⁰ R. Giesen, MedR 1997, 17 (17).

Unberechenbarkeit der menschlichen Natur beruhenden Gesundheitsschaden und demjenigen, der eingetreten ist, weil der Arzt den von ihm geschuldeten Qualitätsstandard nicht gewahrt hat¹¹.

All diese angesprochenen Aspekte zeigen, daß es für den Richter eine Gratwanderung bedeuten kann, auf diesem schwierigen Gebiet des Arzthaftungsrechts einen für alle Beteiligten angemessenen Ausgleich zu finden.

Das im letzten Jahrhundert ausgebildete, dem angelsächsischen Recht nicht unähnliche „case law“ durch die richterliche Spruchpraxis bedarf genauer Beobachtung. Die durch Richterrecht entstandene Beweislastverteilung im Behandlungsfehlerprozeß bewirkte eine Loslösung von den Grundsätzen des zivilen Haftungsrechts und damit eine problematische Verselbständigung des Arzthaftungsrechts. Im Laufe der Zeit sind derartige Beweiserleichterungen in einer differenzierten Rechtsprechung für viele Einzelfälle entwickelt worden. Dies gilt z.B. für die beweisrechtlichen Folgen bei Dokumentationspflichtverletzungen und bei Unterlassungen von Befunderhebungen. Es besteht die Gefahr, daß die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung überschritten werden könnten. Hier stellt sich die Frage, ob nicht die Rückbesinnung auf allgemein anerkannte Grundsätze geboten ist. Im folgenden soll daher die historische Entwicklung der Rechtsprechung zu den Beweisregeln im Behandlungsfehlerprozeß und zur Selbstbestimmungsaufklärung einer kritischen Würdigung unterzogen werden, um Begründenswertes herauszustellen und auf Fehlentwicklungen hinzuweisen.

Insbesondere soll auch der Frage nachgegangen werden, ob angesichts der Veränderungen des Arzt-Patienten-Verhältnisses und der technischen und medizinischen Fortschritte die höchstrichterliche Rechtsprechung dem heutigen Stande noch gerecht wird.

1. Teil:

Der Arzt
nach de
licher T
vorliegt
richtsho
ler anzu
beantwo
fordern
bare Ent
getroffen
nach de
Arzt der
geboten
reich die
darauf h
Sorgfalt
gen Fac
überprüf
nügt. Zu
unsachg
me eine
Maßnah

Das C
Vertrags
sprecher
Vertrags
handlung
in Form
die vertr
schiedlic
tung die

- ¹² Geigel
- ¹³ BGH N
- ¹⁴ BGHZ
- ¹⁵ BGH N
- ¹⁶ Kern, S
- ¹⁷ rechts,
Staudir

¹¹ Pelz, DRiZ 1998, 474 (474).