

Sebastian Müller

Die Aufklärung des Organspendeempfängers über Herkunft und Qualität des zu transplantierenden Organs

Ärztliche Pflichten im Spannungsfeld
zwischen Standardbehandlung und Neulandmedizin

Die Aufklärung des Organspendeempfängers
über Herkunft und Qualität des zu transplantierenden Organs

Recht und Medizin

Herausgegeben von den Professoren
Dr. Erwin Deutsch, Dr. Bernd-Rüdiger Kern, Dr. Adolf Laufs,
Dr. Hans Lilie, Dr. Hans-Ludwig Schreiber, Dr. Andreas Spickhoff

Bd./Vol. 117

*Zur Qualitätssicherung und Peer
Review der vorliegenden
Publikation*

Die Qualität der in dieser Reihe
erscheinenden Arbeiten wird
vor der Publikation durch
Herausgeber der Reihe geprüft.

*Notes on the quality assurance
and peer review of this publication*

Prior to publication,
the quality of the work
published in this series
is reviewed by editors of the series.

Sebastian Müller

Die Aufklärung des
Organspendeempfängers
über Herkunft und Qualität des zu
transplantierenden Organs

Ärztliche Pflichten im Spannungsfeld zwischen
Standardbehandlung und Neulandmedizin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2013

Gedruckt auf alterungsbeständigem,
säurefreiem Papier.

3

ISSN 0172-116X

ISBN 978-3-631-64817-9 (Print)

E-ISBN 978-3-653-03704-3 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-03704-3

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2013

Alle Rechte vorbehalten.

PL Academic Research ist ein Imprint der Peter Lang GmbH.

Peter Lang – Frankfurt am Main · Bern · Bruxelles · New York ·
Oxford · Warszawa · Wien

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Dieses Buch erscheint in einer Herausgeberreihe bei PL Academic Research und wurde vor Erscheinen peer reviewed.

www.peterlang.com

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2013 durch die Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Januar 2013 fertiggestellt. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung wurden nach dem Rigoroseum bis einschließlich Juli 2013 berücksichtigt.

Alle die, die sich der Herausforderung einer Arbeit stellen, die über einen längeren Zeitraum viel Anstrengung, Ausdauer, Zeit erfordert, wissen, welche Bedeutung die Unterstützung hat, die man während dieser Zeit erfährt. Daher möchte ich hier die Gelegenheit nutzen, für die Unterstützung zu danken, die mir während der letzten Jahre zuteil geworden ist.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hans Lilie, der das Thema der Arbeit angeregt hat und die Fertigstellung durch fachlichen Rat und seine besondere Expertise als Vorsitzender der Ständigen Kommission Organtransplantation begleitet und gefördert hat. Die langjährige Tätigkeit an seinem Lehrstuhl als wissenschaftliche Hilfskraft und später als wissenschaftlicher Mitarbeiter war über die wissenschaftliche Arbeit hinaus auch persönlich eine unglaubliche Bereicherung für mich. Herrn Prof. Dr. Günter Kirste danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens, die hilfreichen Anmerkungen zum Manuskript sowie die anregende Diskussion bei der Verteidigung.

Sicher wäre diese Arbeit auch nicht ohne die Unterstützung meiner Kollegen am Lehrstuhl und dem Interdisziplinären Zentrum Medizin-Ethik-Recht möglich gewesen, wofür ich sehr dankbar bin. Die geistreichen und anregenden Diskussionen haben mich immer wieder motiviert und viel zu meinem wissenschaftlichen Verständnis beigetragen. An die herzliche und freundschaftliche Atmosphäre werde ich sehr gern zurückdenken.

Eine Arbeit im Bereich der Transplantationsmedizin wäre wohl zudem kaum denkbar ohne das erforderliche Verständnis für die praktischen Abläufe einer Transplantation. Mein Dank gilt hier Herrn Prof. Dr. Fornara sowie den Ärzten und Mitarbeitern des Transplantationszentrums Halle, die mir wertvolle Einblicke in den Alltag der Transplantationsmedizin ermöglicht haben.

Meiner Familie gilt mein ganzer Dank für ihre liebevolle Begleitung während meiner Ausbildung. Besonderer Dank gilt hier neben meinen Schwestern Elisabeth und Johanna vor allem meinen Eltern Karla und Winfried Müller. Sie haben es verstanden, mir stets den notwendigen Freiraum zu geben und mich dennoch vorbehaltlos zu unterstützen. Durch ihre liebevolle Erziehung und den Rückhalt, den sie mit geben, haben sie die wesentlichen Grundlagen für meinen Werdegang gelegt.

Abschließend möchte ich mich vor allem bei Desirée bedanken. Sie hat das Entstehen und die Fertigstellung der Arbeit durch unzählige geduldige Diskussionen begleitet und stand mir immer ermutigend und verständnisvoll zur Seite. Überdies war sie eine unschätzbare Hilfe bei der Korrektur des Manuskriptes. Durch ihre liebevolle Unterstützung hat sie im wesentlichen Maße zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Halle (Saale), Juli 2013

Sebastian Müller

Inhaltsverzeichnis

INHALTSVERZEICHNIS	IX
EINLEITUNG	1
A. EINFÜHRUNG	1
B. EINGRENZUNG DES UNTERSUCHUNGSGEGENSTANDES	4
C. GANG DER UNTERSUCHUNG	5
DIE SELBSTBESTIMMUNGSaufKLÄRUNG IM SYSTEM DER ÄRZTLICHEN aufKLÄRUNGSPFLICHT	7
A. GEGENSTAND DER SELBSTBESTIMMUNGSaufKLÄRUNG	7
B. RECHTSGRUNDLAGE DER aufKLÄRUNGSPFLICHT	8
C. DIAGNOSE- UND VERLAUFSAufKLÄRUNG	10
D. RISIKOaufKLÄRUNG	11
I. Leitgedanken der Risikoaufklärung	12
1. Aufklärung "im Großen und Ganzen"	12
2. Der „verständige Patient“	13
a) Leitbild des „verständigen Patienten“	13
b) Kritische Betrachtung der Rechtsfigur	15
3. Zwischenergebnis	19
II. Spezifische Kriterien	20
1. Komplikations- und Risikodichte	20
2. Grundaufklärung und typische Risiken	21
3. Bedeutung des Risikos für den Patienten	22
III. Zusammenfassung	22
E. aufKLÄRUNG ÜBER BEHANDLUNGSAuTERRATIVEN UND QUALITÄTSAufKLÄRUNG	23
F. EINSCHRÄNKUNGEN DER aufKLÄRUNGSPFLICHT	24
G. DURCHFÜHRUNG DER aufKLÄRUNG	27
DIE aufKLÄRUNGSPFLICHT ÜBER DIE HERKUNFT DES ZU TRANSPLANTIERENDEN ORGANS	31
A. EINLEITUNG	31
I. Ausgangspunkt der Untersuchung	31
II. Konsequenzen des Offenbarungsverbotes	32
III. Problemstellung	33
B. ERFASSUNG UND VERWENDUNG VON SPENDER- UND EMPFÄNGERDATEN	33
I. Datenschutzrechtliche Terminologie	34
II. Daten des postmortalen Organspenders	35
III. Daten des Organempfängers	38
IV. Prozess der Organvermittlung	40
V. Prüfungs- und Überwachungsinstanzen	40
1. Überwachungskommission	40
2. Prüfungskommission	42

3. Zusammenfassung	43
VI. Dauer der Datenspeicherung und Verfügbarkeit	43
VII. Ergebnis	44
C. AUSLEGUNG DER REGELUNG	46
I. Auslegungsziel	47
II. grammatische Auslegung	48
III. systematische Auslegung	49
1. Regelungen des TPG	50
2. Datenschutzgesetze	51
a) grundsätzlich anwendbares Datenschutzrecht	51
b) systematischer Zusammenhang	52
3. § 203 StGB	54
4. Sozialdatenschutzrecht	57
5. Berufsrecht	57
IV. Zwischenergebnis	59
V. historische Auslegung	59
1. Rechtslage vor dem TPG	59
2. Gesetzesbegründung	61
3. Gewerberichtlinie und Gewebegesetz	63
VI. objektiv-teleologische Auslegung	65
1. Normzweck sachlich zusammenhängender Vorschriften	66
a) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	66
b) strafrechtlicher Schutz des Privatgeheimnisses	67
2. datenschutzrechtliche Gründe des TPG	68
a) Rechtsfolgen	68
b) sonstige Auswirkungen	70
c) Beziehung besonderer Art	71
3. Zwischenergebnis	74
4. Knochenmarkspende	75
VII. Ergebnis der Auslegung	76
VIII. Rechtsfortbildung	76
1. teleologische Reduktion	76
2. Analogie	77
D. ERGEBNIS ZUR BESTIMMUNG DER REICHWEITE DES OFFENBARUNGSVERBOTES	77
E. KONSEQUENZEN FÜR DIE AUFKLÄRUNGSPFLICHT	78
I. Angaben in den Begleitunterlagen zum Transplantat	78
II. Inhalte und Grenzen der Aufklärungspflicht	81
1. Einordnung in das System der ärztlichen Aufklärungspflicht	81
2. Umfang der Selbstbestimmungsaufklärung	82

AUFKLÄRUNG ÜBER DIE ERHEBUNG UND DEN UMGANG MIT PERSONENBEZOGENEN DATEN 85

A. RECHTSPFLICHT ZUR INFORMATION ÜBER DIE ERHEBUNG UND DEN UMGANG MIT DATEN.....	85
I. Sicherungs- und therapeutische Aufklärungspflicht.....	85
II. Datenschutzbestimmungen	86
1. Einwilligungsvoraussetzungen aus dem Datenschutzrecht	86
a) öffentlicher Bereich	86
b) Nicht-öffentlicher Bereich	88
c) Zwischenergebnis	88
2. Besondere Einwilligungsvoraussetzungen aus dem TPG.....	89
a) postmortale Organtransplantation	89
b) Lebendspende	90
3. Verknüpfung von Einwilligung und Aufklärungspflicht.....	92
B. AUSGESTALTUNG DER KONKRETEN AUFKLÄRUNGSPFLICHT	92

AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN ÜBER DIE QUALITÄT DES ZU TRANSPLANTIERENDEN ORGANS 95

A. POSTMORTALE ORGANSPENDE	95
I. Organallokationsverfahren durch die Vermittlungsstelle.....	95
1. Regelfallallokation.....	95
2. Abweichende Allokationsverfahren	97
a) Marginale Organe	98
b) modifiziertes und beschleunigtes Vermittlungsverfahren	99
c) Eurotransplant Senior Programm (ESP)	100
3. Non-heart-beating-donation	101
II. Aufklärungspflichten der Richtlinien gem. § 16 Abs. 1 TPG	102
III. Abgrenzung von Behandlungsfehler und Aufklärungspflichtverletzung	103
1. Bestimmung des (Behandlungs-)Standards als Bezugspunkt	104
a) Vereinbarkeit von Standardbegriff und menschlichen Organen	104
b) Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft.....	106
c) Richtlinien der BÄK gem. § 16 Abs. 1 TPG	107
d) Leitlinien der Transplantationsmedizin	110
e) Qualitätssicherung	112
2. Zwischenergebnis	115
IV. medizinischer Standard bei der Organqualität	115
1. Auswirkung von Ressourcenbeschränkungen	116
2. Variationsbreite des Standards.....	117
3. Reichweite der Aufklärungspflichten	120
a) Angaben der Begleitpapiere.....	120
b) Erkennbare Qualität und Überprüfungspflichten	120
4. Zwischenergebnis.....	123
V. Unterschreitung des Standards bei der Organqualität	124

1. Besonderheiten der begrenzten Verfügbarkeit	124
2. Harmonisierung durch Informationspflichten.....	126
3. Grundsatz der Therapiefreiheit	130
4. Folgerungen für die Unterschreitung der Standardorganqualität	134
VI. Aufklärungspflichten im unterdurchschnittlichen Standard	135
1. Maßstäbe der Rechtsprechung.....	135
2. kritische Betrachtung	136
3. Aufklärungspflichten bei einer Organqualität im unterdurchschnittlichen Standard	139
VII. Aufklärungspflichten im durchschnittlichen Standard	140
1. Abgrenzung zum Behandlungsfehlertatbestand	140
2. Aufklärungspflicht.....	141
a) Bestehen einer echten Wahlmöglichkeit	141
b) Lebendorganspende als echte Wahlmöglichkeit zur postmortalen Organspende	143
c) Aufklärungspflichten trotz fehlender echter Wahlmöglichkeit	144
VIII. Zwischenergebnis	146
IX. Aufklärungspflicht über Erfolgsaussichten der Transplantation.....	147
1. Aufklärungspflichten vor Aufnahme in die Warteliste	147
2. Aufklärungspflichten nach Organzuteilung.....	149
X. Folgeprobleme	150
1. Berücksichtigung der Dringlichkeit.....	150
2. Verantwortlichkeiten und das Ablehnungsrecht des Patienten	153
B. LEBENDORGANSPENDE	156
I. Begrenzungen möglicher Organqualitäten durch das TPG	156
1. Empfängerindikation nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TPG	157
2. Spenderindikation nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 c) TPG	159
3. Zwischenergebnis	162
II. Besonderheiten des organisatorischen Ablaufs einer Lebendorganspende	162
III. Konsequenzen für die ärztlichen Aufklärungspflicht	163
1. Aufklärungspflichten bei standardgemäßer Organqualität	163
2. Unterschreitung des Standards bei der Organqualität	164
IV. Aufklärungspflicht über die Erfolgsaussicht.....	167
V. Aufklärung über die Risiken für den Lebendspender	167
1. Stellungnahmen aus Rechtsprechung und Schrifttum	168
2. Aufklärung zugunsten Dritter	168
a) Beteiligung Dritter am Schuldverhältnis	169
b) Schutzbedürftigkeit des Lebendorganspenders	170
3. Aufklärungspflicht aus dem Selbstbestimmungsrecht des Organempfängers.....	173
a) Sinn und Zweck der ärztlichen (Risiko-)Aufklärung.....	174
b) Verfassungsrechtliche Grundlage des Selbstbestimmungsrechtes.....	175

c) Risiken der Lebendspende für den Spender als notwendige Information für die Entscheidung des Organempfängers	179
d) Konsequenzen der Bejahung einer Aufklärungspflicht	185
aa) Haftungsfolgen	185
bb) Aufklärungsverzicht	187
cc) Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht	188
DER ZEITPUNKT DER AUFKLÄRUNGSPFLICHT	191
A. AUFKLÄRUNGSZEITPUNKT IN DER RECHTSPRECHUNG	192
I. Die Entscheidung des OLG Celle, NJW 1979, 1251 ff.	193
II. Die Entscheidung des BGH, NJW 1985, 1399 ff.	194
III. Die Maßstäbe des Bundesgerichtshofes	194
IV. Kritische Betrachtung der frühzeitigen Risikoauklärung	197
B. DER AUFKLÄRUNGSZEITPUNKT IN DER TRANSPLANTATIONSMEDIZIN	199
I. Schwerwiegender Eingriff mit erheblichen Risiken	199
II. Lebendorganspende und postmortale Organspende	201
1. Lebendorganspende	202
a) Zeitpunkt der <i>Spenderaufklärung</i> bei der Lebendorganspende	202
b) Zeitpunkt der <i>Empfängeraufklärung</i> bei der Lebendorganspende	206
2. Postmortale Organspende	207
a) Aufklärung vor Aufnahme in die Warteliste	207
b) Kritische Betrachtung der frühzeitigen Aufklärung des Organempfängers	213
c) Betreuung der Wartelistenpatienten	215
d) Notwendigkeit der erneuten Aufklärung bei verfügbarem Organ	216
SCHLUSSBETRACHTUNG	221
LITERATURVERZEICHNIS	235
INTERNETPUBLIKATIONEN	259

Für die Erläuterung der verwendeten **Abkürzungen** wird, sofern diese nicht allgemein gebräuchlich oder verständlich sind, verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert/ Pannier, Dietrich, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage, Berlin 2008.

A. Einführung

Im August 2012 verstarb eine 27-jährige Britin, 16 Monate nach einer bei ihr durchgeführten Lungentransplantation an Lungenkrebs. Kurz darauf erklärte der Vater in den Medien, dass seine Tochter der Organübertragung nicht zugestimmt hätte, wenn sie gewusst hätte, dass die Spenderlunge, die sie erhalten hatte, von einem Raucher stammt. Daraufhin entschuldigte sich die Klinikgesellschaft öffentlich, die Patientin nicht aufgeklärt zu haben und teilte mit, dass sie die Chance hätte bekommen müssen, selbst zu entscheiden. Zwar hatten die behandelnden Ärzte nichts von dem Tumor in der Lunge gewusst. Ihnen war jedoch bekannt gewesen, dass es sich um die Lunge eines Rauchers handelte.¹

Die Aufklärung des Organempfängers ist, anders als die Aufklärung des Lebendorganspenders nicht gesetzlich geregelt.² Wer sich im Schrifttum auf die Suche nach Ausführungen zur ärztlichen Aufklärungspflicht gegenüber dem Empfänger einer Organspende und damit auch der Frage nach einer Aufklärungspflicht des Arztes über die Herkunft und die Qualität des Transplantates begibt, stellt schnell fest, dass diese Aspekte des Transplantationsrechtes, wenn überhaupt, nur sehr knapp abgehandelt werden. Häufig wird darauf verwiesen, dass es sich um einen Heileingriff handle und insoweit kaum nennenswerte Abweichungen zu üblichen ärztlichen Informationspflichten bestünden.³ So erklärt *Voll* etwa, dass „die Einwilligung des Organempfängers [...] in aller Regel keine Schwierigkeiten [bereite], weil die Organeinpflanzung für den Betroffenen eine Heilbehandlung“ sei.⁴ Der Organempfänger sei daher im Wesentlichen über Behandlungsalternativen, spezifische Operationsrisiken sowie die weitere Lebensdauer und -qualität aufzuklären. Dagegen kommt nach *v. Bubnoff* dem Selbstbestimmungsrecht des Organempfängers angesichts der bestehenden Risiken eine erhöhte Bedeutung zu, weshalb eine „weitgehende ärztliche Aufklärung“ des Organempfängers erforderlich sei.⁵ Allerdings wird auch hier nicht die Frage erörtert, ob der Arzt verpflichtet ist, über die Qualität und die Herkunft des Transplantates aufzuklären.

1 http://www.aerztezeitung.de/politik_gesellschaft/gesundheitspolitik_international/article/829004/transplantation-britin-stirbt-krebs-durch-spenderlunge.html.

2 Anders als etwa in Italien, Polen, Portugal, Russland, der Slowakischen Republik und Ungarn, in denen die Aufklärung des Organspendeempfängers gesetzlich vorgeschrieben ist. Vgl. die Nachweise bei: *Gutmann/Schroth*, Organlebenspende in Europa, S. 48.

3 *Gutmann*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* (Hrsg.), TPG, § 8 Rn. 48; *Hirsch/Schmidt-Didczuhn*, Transplantation und Sektion, S. 23; *Augsberg*, in: *Höfling* (Hrsg.), TPG, § 8 Rn. 81; *Rüping*, GA 1978, 129, 134; *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebenspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 89; *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 273.

4 *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 273.

5 *v. Bubnoff*, GA 1968, 65, 78.

Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Arbeit von v. *Bubnoff* aus der Anfangszeit der Transplantationsmedizin in den 50er und 60er Jahren⁶ stammt, in der etwa die Transplantation eines Herzens nicht als Heilbehandlung (im juristischen Sinn) angesehen werden konnte.⁷ Die Transplantationsmedizin hat sich seit dieser Zeit erheblich weiterentwickelt und ist inzwischen therapeutischer Standard für viele schwere Erkrankungen.⁸ Für viele Patienten ist die Organtransplantation daher die einzige Überlebenschance und die Aussicht auf eine bessere Lebensqualität.⁹

Die Etablierung der Transplantationsmedizin als Standardtherapie und die Kodifizierung des Transplantationsrechtes im TPG haben dazu geführt, dass der Bedarf an vermittlungspflichtigen Organen nahezu stetig angestiegen ist.¹⁰ Dem steht jedoch ein relativer Mangel an verfügbaren Spenderorganen gegenüber. Infolgedessen hat sich die Wartezeit der Patienten auf ein Organ verlängert, was gleichzeitig zu einem Anstieg der „Mortalität auf der Warteliste“ geführt hat. In Anbetracht dieser Entwicklung werden seit einiger Zeit Organe von Spendern akzeptiert, die zuvor abgelehnt worden wären. Dafür enthalten die Richtlinien der Bundesärztekammer für die Wartelistenföhrung und die Organvermittlung gem. § 16 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2 u. 5 TPG, als allgemeine Grundsätze für die Vermittlung postmortal gespendeter Organe, eine generelle Verpflichtung für die Vermittlungsstelle, auch für eingeschränkt vermittelbare Organe ein Vermittlungsverfahren durchzuführen.¹¹ Der Wandel der Spenderkriterien hin zur Akzeptanz sog. marginaler Organe bzw. Organe mit erweiterten Spenderkriterien hat indes nicht nur Vorteile für die potentiellen Organempfänger. So beträgt etwa die 3-Jahres-Funktionsrate nach postmortaler Nierentransplantation infolge eines Schädel-Hirn-Traumas bei Spendern unter 55 Jahren 85 %, während sie bei älteren Spendern infolge nichttraumatischer Ursachen nur bei 72 % liegt.¹²

6 Hierzu: *Hohmann*, Das Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz, S. 25; *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 15 ff.

7 v. *Bubnoff*, GA 1968, 65, 78 (Fn. 89).

8 Stellungnahme des Deutschen Ethikrates vom 24. April 2007 „Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland“ S. 7; *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, S. 23.

9 Stellungnahme des Deutschen Ethikrates vom 24. April 2007 „Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland“ S. 7; *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, S. 23.

10 Vgl. die Zahlen in: Organspende und Organtransplantation, Jahresbericht der DSO 2012. Im Internet abrufbar unter: <http://www.dso.de/servicecenter/downloads/jahresberichte-und-grafiken.html>. Sowie Annual Eurotransplant Report 2012, S. 50 f. Im Internet abrufbar unter: http://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=annual_reports.

11 Punkt II.3.1. der allgemeinen Grundsätze für die Vermittlung postmortal gespendeter Organe der Richtlinien für die Wartelistenföhrung und die Organvermittlung gem. § 16 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2 und 5 TPG, DÄBl. 2011, A 2425, 2427.

12 *Palmes/Spiegel/Dietl*, in: Krukemeyer, Manfred/Lison, Arno (Hrsg.), Transplantationsmedizin, S. 81.

Diese Veränderungen in der Transplantationsmedizin haben nicht nur Auswirkungen auf die Transplantatfunktion sowie das Transplantat- und Empfängerüberleben, sondern werfen auch die Frage auf, inwieweit der Organempfänger in den Entscheidungsprozess über die Akzeptanz eines Transplantates einzubeziehen und über die Herkunft und die Qualität des zu transplantieren Organs aufzuklären ist. Der eingangs geschilderte Fall zeigt, dass sich Angaben zur Herkunft und zur Qualität des Organs häufig nicht klar unterscheiden lassen.

Ungeachtet der sicher zutreffenden Feststellung *Langs*, dass „der Patient [nach Aufnahme in die Warteliste] eine Behandlung erstreben und sich in der Regel höheren Risiken aussetzen wird“,¹³ ist die Einwilligung nur wirksam, wenn der Patient zuvor hinreichend aufgeklärt wurde.

Wer sich hingegen mit der ärztlichen Aufklärungspflicht befasst und diese gar in bestimmten Bereichen erweitert, sieht sich schnell von ärztlicher, wie auch juristischer Seite Kritik ausgesetzt. So wird konstatiert, dass „die geforderte Aufklärung [...] nicht akzeptabel [ist] und [...] von mangelnder Sach- und Fachkenntnis [zeugt]“.¹⁴ „Die Anforderungen werden immer höher geschraubt“, so *Ehlers*, „so daß selbst für die erfahrenen und im Arztrecht bewanderten Juristen die Rechtsprechung und Literatur zur ärztlichen Aufklärungspflicht nicht mehr überschaubar ist.“¹⁵ Erforderlich ist nach *Franzki* eine „eindeutige und praktikable Handlungsanweisung, [...] der ständig weiter ausdifferenzierten, auch vom juristischen Kenner der Materie in ihren letzten Verästelungen kaum noch überschaubaren Rechtsprechung“.¹⁶ Als Ursachen für die zunehmende Differenzierung der ärztlichen Aufklärungspflicht werden neben der Tatsache, dass der Mensch selbstbewusster und mündiger geworden ist und somit mehr Fragen an den Mediziner hat, eine starke Betonung des Selbstbestimmungsrechtes in einem humanistischen Weltbild und die Feststellung, dass Patienten nicht mehr gewillt sind, fehlgeschlagene Behandlungen als Schicksalsschlag hinzunehmen, vorgebracht.¹⁷ Zudem habe die medizinische Entwicklung zwar ungeahnte Fortschritte gemacht. Dennoch sei sie in vielen Bereichen nach wie vor umstritten.¹⁸

Um der Kritik an der bestehenden Aufklärungspflicht zu begegnen wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass generalklauselartige Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht unumgänglich sind.¹⁹ Hierzu trägt sicher auch die zuletzt erfolgte Kodifizierung der ärztlichen Aufklärungspflicht im BGB durch das Patienten-

13 *Lang*, in: Höfling (Hrsg.), TPG, § 10 Rn. 13.

14 *Lange*, Die Klinik: Was Patienten nicht wissen, S. 68.

15 *Ehlers*, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S. 6.

16 *Franzki*, MedR 1994, 171, 176.

17 *Wachsmuth/Schreiber*, FAZ v. 03.10.1980, S. 10; *dies.*, NJW 1981, 1985 ff.; *Tempel*, NJW 1980, 609, 610.

18 *Wachsmuth/Schreiber*, FAZ v. 03.10.1980, S. 10.

19 *Giesen*, Arzthaftungsrecht, S. 301; *ders.*, Jura 1981, 10, 17; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 354; *Taupitz*, NJW 1986, 2851, 2861.

rechtesgesetz²⁰ bei. Da durch das Patientenrechtesgesetz jedoch vor allem richterrechtlich entwickelte Grundsätze in das Gesetz aufgenommen wurden, kommt der arzthaftungsrechtlichen Rechtsprechung nach wie vor große Bedeutung zu. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass nicht alle Disziplinen der Medizin gleiche Anforderungen aufweisen und auch nicht alle Arzt-Patienten-Beziehungen general-klauselartigen Maßstäben zugänglich sind. Allgemeine Anforderungen sind daher immer auch auf die einzelnen Gebiete der Medizin anzuwenden.

B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Mit der vorliegenden Arbeit sollen Antworten auf die soeben aufgeworfenen Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht gegenüber Organspendeempfängers gefunden werden. Hierbei können die medizinischen Aspekte der Organtransplantation und der ärztlichen Aufklärung nur aus der fachfremden Perspektive des Juristen betrachtet werden. Gegenstand der Untersuchung sind daher nicht die medizinischen Bestandteile der Aufklärung, sondern der rechtliche Rahmen. Zugleich kann keine umfassende und vor allem keine abschließende Darstellung der Aufklärung des Organempfängers geboten werden. Diese ist, wie bereits gezeigt, immer auch eine Frage des Einzelfalles und der individuellen Arzt-Patienten-Beziehung. Die Darstellung beschränkt sich angesichts der beschriebenen Entwicklungen demzufolge vor allem auf die zentrale Frage der Aufklärungspflicht über die Herkunft und Qualität des Transplantates vor der Organübertragung.

Das TPG gilt gem. § 1 Abs. 2 S. 1 TPG für die Spende und die Entnahme von menschlichen Organen oder Geweben zum Zwecke der Übertragung sowie für die Übertragung der Organe oder der Gewebe einschließlich der Vorbereitung dieser Maßnahmen. Dabei liegt dem TPG ein sehr umfassender Organ- und Gewebebegriff zugrunde, § 1a Nr. 1 und 4 TPG. Vermittlungspflichtige und nicht regenerierungsfähige Organe nehmen auf Grund zahlreicher Besonderheiten eine tatsächliche, medizinisch-biologische und rechtliche Sonderstellung ein.²¹ Zum einen sind sie nur sehr begrenzt konservierungsfähig und zum anderen ist der Bedarf an diesen Organen höher, als die zur Verfügung stehenden Spender.²² Inhaltlich beschränkt sich die Arbeit bei der postmortalen Organspende auf die vermittlungspflichtigen und bei der Lebendspende auf die nicht regenerierungsfähigen Organe. Nach der Legaldefinition des § 1a Nr. 2 TPG sind vermittlungspflichtige Organe (einer postmortalen Organspende) soweit sie nach §§ 3 und 4 TPG entnommen werden, die Organe Herz, Lunge, Leber, Niere, Bauchspeicheldrüse und Darm. Im Zusammenhang mit der Lebendspende sind die nicht regenerierungsfähigen Organe von Bedeutung. Nicht regenerierungsfähige Organe sind alle Organe, die sich beim Spender nach der Entnahme nicht wieder bilden können. Nach § 8 Abs. 1 S. 2 TPG ist nur die Entnahme einer Niere, des Teils einer Leber oder anderer nicht regenerierungsfähiger Organe

20 BGBl. I vom 20.02.2013, S. 277 ff.

21 Norba, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, S. 27.

22 Norba, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, S. 27.

zum Zweck der Lebendspende zulässig. Ausgeklammert werden folglich sowohl die nicht-vermittlungspflichtigen Organe, als auch Gewebe.

Exemplarisch beschränkt sich die Darstellung auf die Niere. Da Nieren sowohl bei postmortalen Spendern, als auch bei Lebendspendern entnommen und transplantiert werden, kann so auf die Besonderheiten dieser Transplantationsverfahren eingegangen werden.

C. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in fünf Teile. Eine Untersuchung der ärztlichen Aufklärungspflicht gegenüber dem Organspender setzt zunächst einen Überblick über das System der ärztlichen Aufklärungspflicht voraussetzt. Deshalb soll nach der Einführung in die Thematik in Kapitel 2 ein Überblick über die wesentlichen Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht gegeben werden. Angesichts der bereits sehr umfangreichen Literatur zur Aufklärungspflicht soll diese Darstellung freilich in der gebotenen Kürze erfolgen.

Anschließend soll in Kapitel 3 die ärztliche Aufklärungspflicht über die Herkunft des zu transplantierenden Organs untersucht werden. Hierbei wird mit Blick auf die Regelung zum Offenbarungsverbot personenbezogener Daten in § 14 Abs. 2 TPG zu unterscheiden sein zwischen den Angaben zur Identität des postmortalen Spenders und den übrigen Angaben zur Herkunft des Transplantates.

Da die Vermittlung von vermittlungspflichtigen Organe nur möglich ist, wenn der potentielle Organempfänger personenbezogene Daten offenbart, stellt sich daran anknüpfend die Frage, inwieweit über die Erhebung und den Umgang personenbezogenen Daten vor der Transplantation aufzuklären ist. Diesem Aspekt soll in Kapitel 4 der Arbeit nachgegangen werden. In diesem Zusammenhang ist zunächst die Rechtsgrundlage einer möglichen Informationspflicht zu untersuchen, bevor in einem zweiten Schritt die inhaltliche Ausgestaltung und Reichweite einer Aufklärungspflicht zu erörtern ist.

In Kapitel 5 werden mögliche ärztliche Aufklärungspflichten über die Qualität des zu transplantierenden Organs untersucht. Ausgangspunkt der Darstellung ist dabei der Zeitpunkt nach der Entscheidung der Vermittlungsstelle, welchem Patienten das gemeldete, postmortal gespendete Organ vermittelt werden soll. Den ersten Teil der Bearbeitung bildet die Darstellung des Organallokationsverfahrens. Anschließend ist eine Abgrenzung von Behandlungsfehlertatbestand und Aufklärungspflicht vorzunehmen. Ausgehend von der Unterscheidung nach dem Standard sind darauf Abstufungen bei der Qualität postmortal gespendeter Organe in Bezug auf die ärztliche Aufklärungspflicht zu untersuchen. Im zweiten Teil des Kapitels sollen Besonderheiten bei der Lebendorganspende und daraus folgende ärztliche Aufklärungspflichten erörtert werden. Anschließend ist der Frage nachzugehen, die im Zusammenhang mit der ärztlichen Aufklärungspflicht bislang noch nicht eingehend erörtert wurde:

Muss der Organempfänger einer Lebendspende über die Risiken des Spenders aufgeklärt werden?

Aufgrund medizinischer und organisatorischer Besonderheiten kommt dem Zeitpunkt der Aufklärung in der Transplantationsmedizin eine erhebliche Bedeutung zu. Daher soll der zeitliche Aspekt der Aufklärungspflicht in Kapitel 6 der Arbeit genauer untersucht werden. Um den Zeitpunkt der Patientenaufklärung für die Transplantationsmedizin zu bestimmen, ist methodisch zunächst die Rechtsprechung auf diese Frage hin zu analysieren. Anschließend sind die Maßstäbe der Rechtsprechung auf die Transplantationsmedizin anzuwenden. Dabei werden die spezifischen Gegebenheiten bei der Transplantation, insbesondere die Unterschiede von Lebendorganspende und postmortalen Organspende zu beachten sein. Im Zusammenhang mit der postmortalen Organspende wird insbesondere zu diskutieren sein, ob der Organempfänger bereits vor der Aufnahme in die Warteliste aufzuklären ist und ob gegebenenfalls eine erneute Aufklärung nach Organzuteilung erforderlich ist.

Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst.

Die Selbstbestimmungsaufklärung im System der ärztlichen Aufklärungspflicht

A. Gegenstand der Selbstbestimmungsaufklärung

Durch die Selbstbestimmungsaufklärung soll der Patient in die Lage versetzt werden, eine freie und eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen.²³ Die inhaltliche Ausgestaltung dieser Aufklärungspflicht wird durch die verschiedenen Arten der Selbstbestimmungsaufklärung konkretisiert. Allgemein wird zwischen der Diagnose-, der Verlaufs- und der Risikoaufklärung unterschieden. Während sich die Diagnose- und Verlaufs- aufklärung auf den medizinischen Befund sowie die Art, den Umfang und die Durchführung des Eingriffes erstrecken, umfasst das Feld der Risikoaufklärung die Informationspflicht hinsichtlich der durch die Behandlung drohenden Gefahren für den Patienten.²⁴ Bezugspunkt dieser Aufklärungspflicht ist dabei stets die in Aussicht gestellte Therapie bzw. der in Aussicht gestellte medizinische Eingriff. Aus diesem Grund wird die Selbstbestimmungsaufklärung auch als Eingriffsaufklärung bezeichnet.²⁵

Hintergrund der Selbstbestimmungsaufklärung ist die Notwendigkeit der Einwilligung des Patienten in die konkrete Behandlung. Da „auch der zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff [...] die leibliche und gegebenenfalls auch die seelische Integrität des Menschen“²⁶ berührt, bedarf dieser einer rechtfertigenden Einwilligung.²⁷ Die Einwilligung in den Heileingriff ist dagegen nur wirksam, wenn der Arzt den Patienten zuvor aufgeklärt hat.

Die Selbstbestimmungsaufklärung ist von der therapeutischen Aufklärung zu unterscheiden. Ziel der therapeutischen Aufklärung ist es, durch Schutz- und Warnhinweise sowie Ratschläge und Verhaltensregelungen die notwendige Mitwirkung des Patienten sicherzustellen und mögliche Gefahren durch Selbstgefährdung zu verhindern.²⁸ Aufklärungspflichtig sind sämtliche Informationen, die im gesundheitlichen Interesse des Patienten geboten sind.²⁹ Damit dient dieser Teil der ärztlichen Aufklärungspflicht als eine Art „informationeller Gefahrenabwehr“³⁰ dem gesundheitlichen Wohl des Patienten. Die therapeutische Aufklärung wird daher auch als „Sicherheits-

23 Laufs, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 59 Rn. 11.

24 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 266 ff.

25 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 266; Steffen/Paue, Arzthaftungsrecht, Rn. 366.

26 BVerfGE 52, 131, 175.

27 Seit RGSt 25, 375 ff.; Ausführlich hierzu: Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 13 ff.

28 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 327.

29 Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 237; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), Arztrecht, V. Rn. 16; Laufs, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 58 Rn. 1.

30 Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 237.

aufklärung³¹ bezeichnet. Sie ist Teil der ärztlichen Behandlung und eine vertragliche (Neben-)Pflicht, weshalb die unzureichende therapeutische Aufklärung einen Behandlungsfehler darstellt.³²

B. Rechtsgrundlage der Aufklärungspflicht

Die ärztliche Aufklärungspflicht hat ihre verfassungsrechtliche Grundlage im Selbstbestimmungsrecht des Patienten.³³ Die Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verpflichten zum Schutz und zur Achtung der Würde und der Freiheit des Menschen und seines Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Aus diesen Grundsätzen folgt die Notwendigkeit der Einwilligung in medizinische Eingriffe.³⁴ Aus der Verknüpfung der Einwilligung zu ärztlichen Heileingriffen mit grundlegenden Verfassungsprinzipien zum Zweck, dem Patienten die Möglichkeit einzuräumen und sein Selbstbestimmungsrecht über die leiblich-seelische Integrität wahrzunehmen, folgt ein „von der Verfassung geforderter normativer Kernbereich der Einwilligung“ und die dementsprechende ärztliche Aufklärungspflicht.³⁵ „Verfehlt wäre es,“ so das BVerfG in einer viel beachteten und oft zitierten Entscheidung, „dem Kranken oder Gebrechlichen, weil seine Gesundheit oder sein Körper bereits versehrt [...] [sind], nur ein gemindertes Maß an Selbstbestimmungsrecht zuzusprechen, und deshalb Eingriffe zum Zwecke der Diagnose, Vorbeugung, Linderung, Besserung oder Behebung eines Leidens dem Erfordernis der Einwilligung zu entziehen oder nur geringere Anforderungen an die Einwilligung und das in ihrem Rahmen gebotene Maß an Aufklärung zu stellen.“³⁶

Lange Zeit waren der ärztliche Heileingriff, die ärztliche Aufklärungspflicht und die Einwilligung, abgesehen von einigen Ausnahmen,³⁷ allgemein gesetzlich nicht geregelt. Umriss und Ausprägung hat die Aufklärungspflicht stattdessen durch die Rechtsprechung erfahren. Darüber hinaus wurden Mitteilungs- und Aufklärungspflichten als Vertragspflichten zum Behandlungsvertrag angesehen.³⁸

31 BGH, NJW 1994, 3013; *Laufs*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 58 Rn. 1.

32 *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 277 f.; *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp* (Hrsg.), *Arztrecht*, V. Rn. 16; *Laufs*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 58 Rn. 2.

33 Zu den Rechtsgrundlagen der Aufklärungspflicht auch: *Schwill*, *Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie*, S. 35 ff.

34 BVerfGE 52, 131, 175; *Laufs*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 57 Rn. 15.

35 BVerfGE 52, 131, 175 f.

36 BVerfGE 52, 131, 173. Die verfassungsrechtliche Verortung des Selbstbestimmungsrechtes wird unten unter: 5. B. V. 3. b) genauer untersucht.

37 Gesetzliche Regelungen zur Aufklärung und Einwilligung finden sich etwa für die klinische Prüfung von Arzneimitteln in den §§ 40 Abs. 2, 41 Abs. 3 Nr. 2 AMG, für die Organentnahme in den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1, 8 Abs. 1 Nr. 1 TPG und in § 3 Abs. 1 KastrG.

38 *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 249; *Laufs*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 57 Rn. 14.

Im Bereich der Transplantationsmedizin ist die Aufklärung des Lebendorganspenders in § 8 Abs. 2 TPG detailliert geregelt. Regelungen zur Aufklärung des Organempfängers fehlen hingegen.

Mit dem Patientenrechtegesetz wurden die durch das Richterrecht entwickelten Grundsätze des Arzthaftungs- und Behandlungsrechts in das BGB aufgenommen. Mitteilungs- und Informationspflichten sind in den §§ 630c Abs. 2 und 630e BGB geregelt. Die Selbstbestimmungsaufklärung wurde in § 630e BGB geregelt. Das Gesetz differenziert zwischen Informationspflichten in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB, die die Behandlung im weitesten Sinne als Gegenstand des Behandlungsvertrages betreffen und den konkreten Aufklärungspflichten in § 630e BGB.³⁹ Trotz dieser neu eingeführten Unterscheidung sollen die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers fortgelten.⁴⁰

Nach § 630e Abs. 1 BGB ist der Patient über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. Hierzu gehören gem. § 630e Abs. 1 S. 2 BGB insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. Zudem ist der Patient nach § 630e Abs. 1 S. 3 BGB über bestehende Alternativen zur Maßnahme aufzuklären, wenn mehrere gleichermaßen medizinisch indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können. Die formellen Anforderungen an die Aufklärung wurden in § 630e Abs. 2 BGB geregelt.

In der Begründung zum Patientenrechtegesetz wird allerdings ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Katalog der aufklärungsbedürftigen Umstände in § 630e Abs. 1 S. 2 BGB lediglich beispielhaft und keinesfalls als abschließend zu verstehen ist. „Im Einzelfall“, so der Gesetzgeber, „kann es erforderlich sein, über weitere Umstände aufzuklären.“⁴¹ Da durch das Patientenrechtegesetz vor allem die (gefestigte) Rechtsprechung kodifiziert wurde, wird im Folgenden, neben den gesetzlichen Regelungen zur Aufklärungspflicht, die Rechtsprechung zu den hier aufgeworfenen Fragen untersucht.

Darüber hinaus ist die Aufklärungspflicht im ärztlichen Berufsrecht verankert. § 8 S. 2 der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä)⁴² regelt, dass der Einwilligung grundsätzlich eine erforderliche Aufklärung vorausgehen hat. Nach § 8 S. 3 MBO-Ä hat „die Aufklärung [...] der Patientin oder dem Patienten insbesondere vor operativen Eingriffen Wesen, Bedeutung und Tragweite

39 BT-Drs. 17/10488, S. 21.

40 BT-Drs. 17/10488, S. 21.

41 BT-Drs. 17/10488, S. 24.

42 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä), in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel. Im Internet abrufbar unter: http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/MBO_08_20111.pdf

der Behandlung einschließlich Behandlungsalternativen und die mit ihnen verbundenen Risiken in verständlicher und angemessener Weise zu verdeutlichen.“ Zudem muss die Aufklärung gem. § 8 S. 3 MBO-Ä rechtzeitig erfolgen. Der Umfang der Aufklärung ist nach Maßgabe des § 8 S. 4 MBO-Ä an der Dringlichkeit und der Tragweite der Maßnahme auszurichten.

C. Diagnose- und Verlaufsaufklärung

Ausgangspunkt der ärztlichen Aufklärung ist in der Regel der ärztliche Befund. Durch die *Diagnoseaufklärung* ist der Patient über den Befund zumindest in den „groben Zügen“ zu informieren.⁴³ Die Information, dass der Patient krank ist und an welcher Krankheit er leidet, bildet die notwendige Grundlage für dessen Entscheidung, ob überhaupt ein medizinischer Eingriff durchgeführt werden soll.⁴⁴ Als Folge der Verknüpfung von Aufklärung und Einwilligung gehen Rechtsprechung und Teile der Literatur davon aus, dass die Diagnoseaufklärung (vornehmlich) nur dann erforderlich ist, wenn die Offenbarung des Befundes Voraussetzung einer medizinisch relevanten Entscheidung ist.⁴⁵ Dagegen halten Teile des Schrifttums die Diagnoseaufklärung auch dann für geboten, wenn sie nicht für einen bevorstehenden Eingriff erforderlich ist.⁴⁶ Überzeugend wird angeführt, dass das Wissen um die Diagnose nicht nur für eine Behandlungsentscheidung von Bedeutung ist, sondern auch für die Regelung der eigenen Angelegenheiten und gegebenenfalls für die Vorbereitung auf den Tod wichtig sein kann.⁴⁷ Zugleich ist die Kenntnis des Befundes sowohl für die Arztwahl, als auch für die Entscheidung, sich überhaupt dem Eingriff zu unterziehen von großer Bedeutung.⁴⁸ Von der Mitteilung des Befundes kann dagegen abgesehen werden, wenn „die Bekanntgabe zu einer ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsschädigung führen würde“.⁴⁹

Durch die *Verlaufsaufklärung* soll dem Patienten die in Aussicht gestellte Therapie, d.h. die Art, das Wesen, der Umfang und die Durchführung des Eingriffes erläutert werden. So soll dem Patienten eine annähernde Vorstellung vermittelt werden, wie der Eingriff ablaufen soll. Dies umfasst auch die Aufklärung darüber, wie sich der gesundheitliche Zustand voraussichtlich mit und ohne die in Aussicht gestellte Therapie entwickeln wird und welche sicheren Behandlungsfolgen eintreten werden. In diesem

43 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 267; *Laufs*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 59 Rn. 13.

44 *Laufs*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 59 Rn. 13.

45 RGSt 66, 181, 182; BGHZ 29, 176, 184 f.; OLG Stuttgart, VersR 1988, 695, 696; OLG Köln, VersR 1988, 139; *Deutsch*, NJW 1988, 2306, 2308.

46 *Herrmann*, MedR 1988, 1, 4; *LK-Hirsch*, § 228 Rn. 24; *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 48 f.; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 272 f.

47 *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 49.

48 *LK-Hirsch*, § 228 Rn. 24.

49 *LK-Hirsch*, § 228 Rn. 25.

Zusammenhang ist dem Patienten mitzuteilen, wie die Erfolgschancen des Eingriffs einzuschätzen sind.⁵⁰ Die Darstellung darf sich allerdings nicht nur auf den technischen Ablauf der Operation beschränken, sondern bedarf vielmehr „einer detaillierten, für den medizinischen Laien verständlichen Darlegung des Für und Wider, um sicherzugehen, daß sich der Patient über die Erfolgschancen der geplanten Operation und über das, was er im Falle eines Fehlschlagens unter Umständen auf sich nehmen muß, keine Illusionen macht“.⁵¹ Die Verlaufsaufklärung erfasst folglich nicht nur die Prognose, wie sich der Gesundheitszustand mit und ohne die Behandlung entwickeln wird und welche sicheren Behandlungsfolgen und Nebenfolgen eintreten werden, sondern auch, mit welchem Grad an Erfolgsaussicht zu rechnen ist.⁵²

D. Risikoaufklärung

Medizinischer, vor allem aber auch juristischer Schwerpunkt der Aufklärungspflicht ist die Risikoaufklärung.⁵³ Durch diese soll der Patient über die mit der Behandlung verbundenen Risiken, d.h. mögliche dauernde oder vorübergehende Nebenfolgen informiert werden.⁵⁴ Im Gegensatz zur therapeutischen Aufklärung, die die Risiken des Gesundheitszustandes des Patienten umfasst und damit vor gesundheitlichen Gefahren durch die bestehende Krankheit schützen soll,⁵⁵ ist vor allem auf die Gefahren der ärztlichen Behandlung der Krankheit hinzuweisen. Die Schwierigkeit besteht vor allem darin, festzustellen, welche Risiken für die Aufklärung im konkreten Fall von Bedeutung sind.

Der Zweck der Risikoaufklärung, dem Patienten die für seine Entscheidung notwendigen Fakten in einer für den medizinischen Laien verständlichen Form mitzuteilen und ihm so zu ermöglichen, dass er selbst entscheiden kann, ob er sich einer Operation unterzieht,⁵⁶ macht bereits deutlich, dass die Risikoaufklärung nicht nur an allgemeingültigen Regeln festgemacht werden kann, sondern stets auch abhängig ist, vom konkreten Patienten und dem individuell geplanten Eingriff. Trotzdem lassen sich in der Rechtsprechung Anhaltspunkte für eine Bestimmung der Risikoaufklärung erkennen, die aufgrund ihrer Bedeutung für die Aufklärungspflicht im Folgenden nä-

50 *Laufs*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 59 Rn. 20; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 273.

51 BGH, NJW 1981, 1319, 1320.

52 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 268; *Laufs*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 59 Rn. 18; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 273.

53 *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), Arztrecht, V. Rn. 14; *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung, S. 142; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 65; *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 50; *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 117.

54 *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 70; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 273.

55 *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 237, 245.

56 BGH, NJW 1986, 780.

her betrachtet werden sollen. Hierbei ist zwischen verschiedenen Ebenen⁵⁷ zu differenzieren:

Zunächst ist mit der sog. „Aufklärung im Großen und Ganzen“ und dem Leitbild des „verständigen Patienten“ der Einstieg und Rahmen der Risikoaufklärung zu erörtern. Nach diesen allgemeinen Kriterien ist in einem zweiten Schritt auf Umstände einzugehen, die die Aufklärungspflicht im Einzelfall konkretisieren.

I. Leitgedanken der Risikoaufklärung

1. Aufklärung "im Großen und Ganzen"

Die Risikoaufklärung soll die Folgen und Risiken des ärztlichen Eingriffes vermitteln. Hierfür genügt nach Auffassung des BGH grundsätzlich eine Aufklärung des Patienten "im Großen und Ganzen", weshalb nicht über jede, noch so entfernt liegende Gefahrenmöglichkeit aufgeklärt werden muss.⁵⁸ Dies betrifft dagegen nur die Risiken, die bei der Anwendung der gebotenen Sorgfalt, d.h. bei fehlerfreier Durchführung der Heilbehandlung, nicht mit Gewissheit ausgeschlossen werden können.⁵⁹ Gefahren fehlerhafter Behandlung, wie etwa die eines Kunstfehlers und andere vermeidbare Risiken, sind nicht aufklärungsbedürftig. Dies folgt schon daraus, dass der Patient weder ausdrücklich, noch konkludent in Behandlungsfehler einwilligen kann.⁶⁰

Die Rechtsprechung fordert, dass dem Patienten „eine allgemeine Vorstellung von dem Ausmaß der mit dem Eingriff verbundenen Gefahren vermittelt werden“ muss.⁶¹ Zu informieren ist daher über die Art des Eingriffes und seine nicht ganz außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegenden Risiken, sofern diese nicht ohnehin bekannt sind und die Informationen darüber hinaus für die Entscheidung des Patienten von Bedeutung sind.⁶² Dies ist der Erkenntnis geschuldet, dass eine allzu umfassende Aufklärung nicht nur die Ärzte unnötig belastet, sondern auch dem Patienten die Entscheidungsfindung in seiner psychischen Ausnahmesituation erschwert.⁶³ Die Erfolgsaussicht der konkreten Behandlung und die Möglichkeit eines Fehlschlages der Behandlung sind, obgleich Gegenstand der Verlaufsaufklärung,⁶⁴ jedenfalls in die Aufklärung einzubeziehen.

57 Ähnliche Ansätze finden sich bei *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 246 ff. und *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 51 ff.

58 BGHZ 90, 103, 106; BGH, NJW 1992, 2351, 2352; NJW 2009, 1209, 1210; *Spickhoff*, NJW 2003, 1701, 1707. Dazu auch: *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 52.

59 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 282; *Krudop-Scholz*, Die ärztliche Aufklärung bei der Arzneibehandlung, S. 88 f.; *Laufs*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 60 Rn. 1.

60 BGH, MedR 1998, 218, 219. Der nur schwerlich vorstellbare Fall der Forderung nach einer fehlerhaften Behandlung ist sittenwidrig, vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 254.

61 BGHZ 90, 103, 106; BGH, NJW 1992, 2351, 2352.

62 BGH, NJW 2009, 1209, 1210. *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 52.

63 *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 99

64 BGH, NJW 1981, 633; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 283.

Zudem muss das Risiko zum Zeitpunkt der Aufklärungspflicht nach medizinischer Erfahrung bekannt gewesen sein, bzw. muss vorausgesetzt werden können, dass das Risiko den behandelnden Ärzten bekannt sein könnte.⁶⁵ Naturgemäß kann über unbekannte Risiken nicht aufgeklärt werden. Ist ein bestimmtes Risiko dem aufklärenden Arzt also nicht bekannt und kann nicht vorausgesetzt werden, dass er das Risiko zu kennen hat, weil es etwa nur in anderen Spezialgebieten der medizinischen Wissenschaft diskutiert wird, so unterfällt dies nicht der Aufklärungspflicht.⁶⁶

2. Der „verständige Patient“

a) Leitbild des „verständigen Patienten“

Im Zusammenhang mit der Frage, welche Risiken aufklärungsbedürftig sind, hat der BGH mit der Entwicklung der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht bereits früh die Rechtsfigur des sog. „verständigen Patienten“⁶⁷ entwickelt. Danach sind (typische) Risiken nicht aufklärungsbedürftig, wenn sie „bei einem *verständigen Patienten* für seinen Entschluß, in die Behandlung einzuwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fallen.“⁶⁸ Zu unterscheiden ist der „verständige Patient“ vom sog. „wissenden Patienten“. Während die Figur des „verständigen Patienten“ zunächst einen Rahmen für die Aufklärungspflicht bietet, beschränkt der „wissende Patient“ die Aufklärungspflicht. Ein bereits informierter Patient braucht durch den Arzt nicht mehr aufgeklärt zu werden.⁶⁹

Das Leitbild des „verständigen Patienten“ darf nicht als Erweiterung der ärztlichen Pflichten, sondern muss als Begrenzung der ärztlichen Aufklärungspflicht über Behandlungsrisiken verstanden werden.⁷⁰ Es bietet Orientierungshilfe bei der Bestimmung von Inhalt und Umfang der ärztlichen Risikoaufklärung, indem es unterstellt, dass diejenigen Umstände, die einem vernünftigen Patienten wissenswert erscheinen würden, mitgeteilt werden müssen⁷¹ und verknüpft damit letztlich „das Sollen mit dem Praktikierbaren“. ⁷² Mit dem Versuch, die Aufklärungspflicht praktikabler zu gestalten, dient das Leitbild des „verständigen Patienten“ letztlich auch dem Selbstbe-

65 BGH, NJW 2010, 3230, 3231.

66 BGH, NJW 2011, 375; *Borgmann*, NJW 2010, 3190.

67 Sog. 2. Elektroschockurteil: BGH, NJW 1959, 811. Dazu auch: *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 52.

68 BGH, NJW 1959, 811.

69 BGH, NJW 1984, 1807, 1808.

70 *Eisner*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, S. 74; *Hauschild*, Der Maßstab für die ärztliche Aufklärung im amerikanischen, englischen und deutschen Recht, S. 94 ff.; RGRK-*Nüßgens*, § 823 Anh. II, Rn. 112; *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 53.

71 *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 53.

72 *Laufs*, in: Faller/Kirchhof/Träger (Hrsg.), FS für Geiger, S. 236.

stimmungsrecht des Patienten.⁷³ Andererseits fordert dieses Leitbild vom Patienten, Fragen zu stellen, sofern ihm gewisse Punkte der Aufklärung unklar geblieben sind.⁷⁴

Ohne diese Rechtsfigur ausdrücklich zu benennen, lässt sich die Rechtsprechung auch später von ihr leiten, wenn etwa vorausgesetzt wird, dass ein Operateur grundsätzlich bei jedem Patienten die Kenntnis der allgemeinen Risiken, die mit jedem größeren operativen Eingriff unter Narkose verbunden sind, voraussetzen darf.⁷⁵ Vereinzelt finden sich jedoch auch ausdrückliche Erwähnungen des sog. „verständigen Patienten“ bzw. „verständigen Menschen“⁷⁶ in Entscheidungen, die seltene Risiken von der Entscheidungserheblichkeit ausklammern oder in denen festgestellt wird, dass Risiken umso aufklärungsbedürftiger sind, je dringlicher der Eingriff ist.⁷⁷

Darüber hinaus fand eine Übertragung von der Risikoaufklärung auf andere Bereiche der Aufklärungspflicht, wie etwa den Bereich der Aufklärungspflicht über Behandlungsalternativen⁷⁸ oder hinsichtlich der Fragelast des aufgeklärten Patienten, statt.⁷⁹ Außerdem bildet der „verständige Patient“ einen Bezugspunkt für die Feststellung der mutmaßlichen Einwilligung.⁸⁰

Bis heute hat sich der BGH, soweit ersichtlich, nicht ausdrücklich gegen diese Rechtsfigur ausgesprochen. Auch die Instanzgerichte wenden sie bis heute an.⁸¹ Schließlich fand der „verständige Patient“ auch Eingang in einen Alternativentwurf des Strafgesetzbuches: „Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn der Einwilligende über Art, Tragweite und solche möglichen Folgen der Behandlung aufgeklärt worden ist, die für die Entscheidung eines verständigen Menschen ins Gewicht fallen können.“⁸²

73 Steffen, MedR 1983, 88, 89; Schwill, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 54.

74 Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 78.

75 BGH, NJW 1986, 780; NJW 1980, 633; 1992, 743. Vgl. auch: Schwill, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 53.

76 BGH, VersR 1973, 244, 245.

77 BGHZ 29, 176, 182; BGH, VersR 1972, 153, 155; BGH, NJW 1977, 337. Vgl. auch: OLG Frankfurt a.M., VersR 1979, 651, 652; OLG Celle, VersR 1981, 1184, 1185.

78 BGH, NJW 1988, 1516 „vernünftiger Durchschnittspatient“; Schwill, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 53.

79 BGH, VersR 1973, 244, 245; VersR 1974, 752; Schwill, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 53.

80 Vgl. hierzu: Steffen, MedR 1983, 88, 91 f. Als Anhaltspunkt für die Ermittlung des individuellen Willens: BGHSt 45, 219, 221; 40, 257, 263.

81 Aus der neueren Rechtsprechung: OLG Dresden, Urteil vom 14.07.2010, 4 U 1834/09; OLG Hamm, Urteil vom 29.09.2010, 3 U 169/09, I-3 U 169/09; OLG Koblenz, VersR 2010, 770; OLG München, Urteil vom 14.08.2008, 1 U 3709/07; OLG Koblenz, NJW 1999, 3419.

82 Baumann/Brauneck/Grünwald/Hanack/Kaufmann/Kaufmann/Klug/Lampe/Lenckner/Maihofer/Noll/Roxin/Schmitt/Schultz/Stratenwerth/Stree, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, § 123 Abs. 4, S. 78 f.