

Schriften zum Internationalen Recht

Band 100

Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung

**Eine Untersuchung über
ärztliche Hinweispflichten in Deutschland
und den Vereinigten Staaten**

Von

Christian Glatz



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTIAN GLATZ

Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung

Schriften zum Internationalen Recht

Band 100

Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung

Eine Untersuchung über
ärztliche Hinweispflichten in Deutschland
und den Vereinigten Staaten

Von

Christian Glatz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Glatz, Christian:

Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung : eine Untersuchung
über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten
Staaten / von Christian Glatz. – Berlin : Duncker & Humblot, 1998
(Schriften zum Internationalen Recht ; Bd. 100)
Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 1996
ISBN 3-428-08947-2

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7646

ISBN 3-428-08947-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Problemstellung und Methode der Untersuchung

A. Einführung in die Problematik	21
I. Die klassische Rolle der Aufklärung im Rahmen der Arzt-Patient-Beziehung	21
II. Die Säkularisierung des Arztes: vom "Halbgott" zum "Kleinkaufmann"	23
III. Mögliche Auswirkungen der gewandelten Situation des Arztes	26
IV. Ärztliche Aufklärungspflichten als Instrument der Kompetenzvermittlung und Loyalitätssicherung	29
B. Methodik der Untersuchung	31
I. Eingrenzung der Thematik	31
1. Personelle Eingrenzung	31
2. Sachliche Abgrenzung	31
II. Gang der Untersuchung	32

Teil I

Behandlungsfaktoren als Gegenstand ärztlicher Aufklärungspflichten

A. Der Arzt als „Katalysator“: Medizinische Entscheidungsprozesse als Schnittstelle potentiell gegenläufiger Interessen	34
I. Egoistische Motive des Arztes	34
1. Ökonomische Aspekte	34
2. Ideelle Aspekte	39
3. Rechtliche Aspekte	40
4. Standespolitische Aspekte	41
5. Zusammenfassung	42
II. Altruistische Motive des Arztes	42
1. Ökonomische Aspekte	42
2. Ideelle Aspekte	46
3. Rechtliche Aspekte	49
4. Zusammenfassung	50
III. Persönliche Vorurteile des Arztes	50
IV. Zusammenfassung	52
B. Behandlungsinterne und behandelungsexterne Faktoren als Gegenstand ärztlicher Aufklärung	52

Teil 2

Die Aufklärungspflichten des Arztes im US-amerikanischen Recht**§ 1: Die Offenlegung behandlungsinterner Faktoren**

A. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht im US-amerikanischen Recht	58
B. Die Anspruchsgrundlage für eine Haftung des Arztes bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht	63
I. Vertrag	63
II. Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient (Fiduciary Relationship)	65
III. Delikt	66
1. Historische Wurzeln der Delikte „Battery“ und „Negligence“	67
2. Der Tatbestand von „Assault“ und „Battery“	68
3. Der Tatbestand der „Negligence“	70
4. Der Umfang des Schadensersatzes bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht durch den Arzt	71
5. Die Verjährung	73
6. Der Anwendungsbereich von „Battery“ und „Negligence“ im Rahmen der Lehre vom „Informed Consent“	74
a) Der Ansatz von Plant	75
b) Die Unterscheidung der Tatbestände in der gerichtlichen Praxis	76
c) Zusammenfassung	77
C. Der rechtlich erforderliche Umfang der ärztlichen Aufklärung	78
I. Der unerlaubte Heileingriff - Zum Inhalt der Selbstbestimmungsaufklärung	78
II. Die Aufklärung als ärztliche Berufspflicht - Zum Inhalt des „Informed Consent“	79
1. Die historische Entwicklung der Lehre vom „Informed Consent“: Vom „Lack of Consent“ zum „Lack of Informed Consent“	80
2. Der Aufklärungsrahmen	83
a) Der „Professional Standard“	83
aa) Inhalt	83
bb) Zur Kritik	86
b) Der „Lay Standard“	90
aa) Inhalt	90
bb) Zur Kritik	93
c) Zusammenfassung	99
3. Der Inhalt der sorgfältigen therapeutischen Beratung - Zur Risikoaufklärung	100
D. Die Aktualisierung der Aufklärungspflicht im Rahmen der Lehre vom „Informed Consent“ - Zur Problematik eines subjektiven Rechts des Patienten auf Aufklärung (Right to Know)	103
- Zusammenfassung	106
E. Die Ausnahmen vom Erfordernis des „Informed Consent“	106
I. Notfall (emergency)	107
II. Einwilligungsunfähigkeit (incompetency)	108
III. Aufklärungsverzicht (waiver)	109

IV. Verschweigen von Informationen aus medizinischen Gründen (Therapeutic Privilege)	110
F. Die haftungsbegründende Kausalität (Proximate Cause) im Rahmen einer Klage wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht (Lack of Informed Consent)	112
I. Die objektive Kausalitätsprüfung (Prudent Patient Test) - Zur Kritik	113
II. Die subjektive Kausalitätsprüfung (Subjective Standard) - Zur Kritik	115
G. Zusammenfassung	116

§ 2: Die Offenlegung behandlungsexterner Faktoren 118

A. Das „Right of Privacy“	119
I. Das „Right of Privacy“ als geschütztes Rechtsgut	120
II. Die Tatbestände der „Invasion of Privacy“	121
1. Der Tatbestand des Eingriffs in die Intimsphäre (Intrusion upon Seclusion) ...	122
a) Das Anfertigen photographischer Aufnahmen	123
b) Die Anwesenheit fremder Personen	124
c) Die unerlaubte Nutzung fremder Körpersubstanzen	124
2. Der Tatbestand der Veröffentlichung negativer, nicht notwendig verleumderischer Tatsachen aus dem Privatleben (Publicity Given to Private Life)	127
3. Der Tatbestand der Ausnutzung des Namens oder des Bildes einer Person (Appropriation of Name or Likeness)	130
III. Die Haftung des Arztes bei einer Verletzung des „Right of Privacy“ seines Patienten	132
IV. Zusammenfassung	133
B. Die Aufklärung über behandlungsexterne Faktoren als vertragliche Pflicht	134
I. Der Begriff des „Implied Term“	135
II. Die Aufnahme eines „Implied Term“ in den Behandlungsvertrag	136
C. Die Aufklärung des Arztes hinsichtlich behandlungsexterner Faktoren als Treuhänderpflicht (Fiduciary Duty)	137
I. Das Institut der Treuhandbeziehung (Fiduciary Relationship)	138
- Zusammenfassung	142
II. Die Treuhänderpflichten (Fiduciary Duties)	142
1. Die Pflicht des Treuhänders zur Aufklärung über erhebliche Tatsachen	142
2. Die Pflicht des Treuhänders zur ungeteilten Loyalität (Conflict of Duty and Interest)	143
3. Zusammenfassung	145
III. Der Arzt als Treuhänder	146
1. Die Einordnung der Beziehung zwischen Arzt und Patient als „Fiduciary in Nature“	146
2. Die Pflicht des Arztes zur Aufklärung über erhebliche Tatsachen	147
a) Mögliche Auswirkungen einer Anwendung des „Professional Standard“ auf eine Aufklärungspflicht des Arztes bezüglich behandlungsexterner Faktoren im Rahmen seiner Treuhänderstellung	148
b) Behandlungsexterne Faktoren als der Aufklärung bedürftige erhebliche Tatsachen	150
aa) Das Merkmal der Erheblichkeit (Materiality)	150
bb) Das Merkmal des Geschäftsbezugs	150
cc) Das Merkmal der Kenntnis (Notice)	152
dd) Zusammenfassung	152

3. Die Pflicht des Arztes zur ungeteilten Loyalität (Conflict of Duty and Interest)	152
a) Die Pflicht zum Hinweis auf eine beabsichtigte Sekundärverwendung fremder Körpersubstanzen	155
b) Die Pflicht zur Offenbarung eigener Behandlungsfehler	156
4. Zusammenfassung	158
IV. Die mögliche Haftung des Arztes bei der Verletzung seiner treuhänderischen Aufklärungspflicht (Breach of Fiduciary Duty)	159
1. Die Wirksamkeit der Einwilligung - Zu der Möglichkeit einer Haftung des Arztes wegen „Battery“	160
2. Die Beachtung der Treuhänderpflicht zur Aufklärung über erhebliche Tatsachen als ärztliche Sorgfaltspflicht	161
a) Das Verhältnis von „Lack of Informed Consent“ und „Breach of Fiduciary Duty“	162
b) Die Verletzung der Aufklärungspflicht über behandlungsexterne Faktoren als fahrlässige Körperverletzung (Negligence)	163
c) Die Verletzung der Aufklärungspflicht über behandlungsexterne Faktoren als pflichtwidriger Eingriff in das Vermögen im Rahmen des Tatbestands der „Negligence“	164
d) Zusammenfassung	167
3. Die Haftung des Arztes bei einem Verschweigen gegenläufiger Interessen (Conflict of Duty and Interest)	168
4. Zusammenfassung	170
V. Zusammenfassung	171
D. Aufklärungspflichten des Arztes aufgrund des Eingriffs in materielles Eigentum des Patienten am eigenen Körper	171
I. Die Anspruchsgrundlage für eine Haftung des Arztes bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht - Das Delikt der „Conversion“	173
1. Historische Wurzeln	173
2. Der Tatbestand der „Conversion“	174
II. Das Eigentum des Patienten am eigenen Körper	176
1. Der Begriff des Eigentums im anglo-amerikanischen Recht	176
2. Der menschliche Körper als „Corporeal Property“	177
a) Das Eigentum am Leichnam	178
- Zusammenfassung	180
b) Das Eigentumsrecht am lebenden Körper	180
- Zusammenfassung	183
c) Das Eigentum an vom lebenden Körper getrennten Substanzen	183
3. Zusammenfassung und Ergebnis	188
III. Das Schicksal des Eigentums an vom Körper getrennten Substanzen: Die Möglichkeit eines Eigentumsverlusts des Patienten	189
1. Der Eigentumsverlust des Patienten durch Dereliktion (Abandonment)	190
- Zusammenfassung	193
2. Die Übertragung des Eigentums vom Patienten an den Arzt (Transfer of Title)	193
a) Die Annahme eines „Implied Term“ des Behandlungsvertrags	193
b) Das Vorliegen eines Schenkungsvertrags (Gift)	195
c) Das Vorliegen einer Schenkung unter Auflage	197
d) Zusammenfassung	198

3. Der Eigentumsverlust des Patienten an entnommenen Körpersubstanzen durch Verarbeitung (Accession)	198
a) Das Institut der „Accession“	199
b) Die Herbeiführung einer „Accession“ durch den Arzt/Forscher	200
c) Zusammenfassung	202
4. Das Vorliegen einer zweckgerichteten Verwahrung (Bailment)	202
– Zusammenfassung	206
IV. Die Befugnisse des Arztes bezüglich entnommener Körpersubstanzen nach den Bestimmungen des „Bailment“ - Zum Inhalt der Aufklärungspflicht	206
1. Die Befugnisse des Arztes bezüglich zu Diagnosezwecken entnommener Substanzen	208
– Zusammenfassung	211
2. Die Befugnisse des Arztes bezüglich zu Therapiezwecken entnommener Substanzen	211
– Zusammenfassung	216
3. Die Problematik ökonomisch orientierter Forschung	216
V. Die Haftung des Arztes im Falle der Verletzung der ärztlichen Pflicht zur Offenlegung einer beabsichtigten Sekundärverwendung entnommener Körpersubstanzen	218
1. Die Frage des Verschuldens	218
2. Der Anspruch des Patienten auf Schadensersatz	219
a) Die Möglichkeit der Zusprechung von „Compensatory Damages“	219
b) Der Ersatz des Schockschadens	222
c) Die Möglichkeit der Zusprechung von „Punitive Damages“	222
3. Die Entschädigung des Patienten bei abredewidriger Verwendung entnommener Körpersubstanzen unter Berücksichtigung der Grundsätze der „Accession“	223
VI. Die ärztliche Aufklärungspflicht über behandlungsexterne Faktoren aufgrund bestehenden Körpereigentums - Zusammenfassung	224
E. Die Pflicht des Arztes zum Hinweis auf behandlungsexterne Faktoren - Zusammenfassung	225

Teil 3

Die Aufklärungspflicht des Arztes im deutschen Recht 227

§ 1: Die Offenlegung behandlungsinterner Faktoren 228

A. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Aufklärungspflicht des Arztes	228
B. Die Anspruchsgrundlage für eine Haftung des Arztes bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht	230
I. Vertrag	230
II. Delikt	233
– Zusammenfassung	235
III. Das Verhältnis zwischen vertraglicher und deliktischer Arzthaftung	235
C. Die Arten der Aufklärung - Zum Gegenstand der Informationspflicht des Arztes	236
I. Die therapeutische Beratung	237
II. Die Selbstbestimmungsaufklärung	239
1. Diagnoseaufklärung	240

2. Verlaufsaufklärung	243
3. Risikoaufklärung	243
D. Der rechtlich erforderliche Umfang der ärztlichen Aufklärung bezüglich behandlungsinterner Faktoren	245
I. Die therapeutische Beratung	245
II. Die Selbstbestimmungsaufklärung	246
1. Der Aufklärungsrahmen	246
2. Die wesentlichen Faktoren für den Umfang der Selbstbestimmungsaufklärung	249
a) Die „Typizität“ des Risikos	249
b) Die Person und das Können des behandelnden Arztes	251
c) Die konkrete Kliniksituation	253
d) Patientenspezifische Umstände	254
aa) Wissensstand	254
bb) Konkrete Lebenssituation	256
E. Die Ausnahmen von der Aufklärungspflicht	257
I. Gefahr im Verzuge	257
II. Aufklärungsverzicht	259
III. Verschweigen von Informationen aus medizinischen Gründen („Therapeutisches Privileg“)	259
IV. Zusammenfassung	262
F. Die Rechtsfolge einer Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht - Zur Frage der objektiven Zurechnung	262
I. Das hypothetische Einverständnis des Patienten	263
II. Der Schutzbereich der Selbstbestimmungsaufklärung	265
G. Zusammenfassung	266
H. Die Aufklärungspflicht des Arztes über behandlungsinterne Faktoren im Vergleich von deutschem und US-amerikanischem Recht	268
I. Inhalt und Umfang der gebotenen Aufklärung	269
II. Die Haftung des Arztes bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht (Lack of Informed Consent)	271
III. Stellungnahme	273
IV. Zusammenfassung	278
§ 2: Die Offenlegung behandlungsexterner Faktoren	279
A. Der Hinweis auf behandlungsexterne Faktoren als deliktische Aufklärungslast des Arztes	280
I. Die Aufklärung über behandlungsexterne Faktoren als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten	280
1. Die Beachtlichkeit von Willensmängeln im Rahmen der rechtfertigenden Einwilligung	281
2. Behandlungsexterne Faktoren als Gegenstand der Selbstbestimmungsaufklärung	284
a) Die fehlende Aufklärungsbedürftigkeit wirtschaftlicher Begleitumstände	284
b) Die fehlende Aufklärungsbedürftigkeit wissenschaftlicher Interessen des Arztes	285

c) Die fehlende Aufklärungsbedürftigkeit eines eigenen Fehlverhaltens des Arztes	286
d) Die Aufklärungsbedürftigkeit ausschließlich behandlungsfremder Zwecke	288
II. Die Aufklärung über behandlungsexterne Faktoren als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Eingriff in das Eigentum des Patienten am eigenen Körper	289
1. Die Rechtsverhältnisse an vom Körper getrennten Substanzen	290
2. Das Schicksal des Eigentums an vom Körper getrennten Substanzen	297
III. Die Aufklärung über behandlungsexterne Faktoren als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Patienten	302
1. Die Nutzung von Körpersubstanzen als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Patienten	303
2. Die Nutzung von Patienteninformationen als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Patienten	310
IV. Zusammenfassung	312
B. Der Hinweis auf behandlungsexterne Faktoren als vertragliche Offenbarungspflicht des Arztes	315
I. Die Rechtsgrundlage der Offenbarungspflicht	316
II. Der Schutzzweck vertraglicher Offenbarungspflichten	318
III. Entstehungsmomente abgeleiteter Informationspflichten	319
1. Die Begründung von Offenbarungspflichten anhand von Leitbegriffen	320
2. Die Begründung von Offenbarungspflichten in einem beweglichen System	322
3. Stellungnahme	324
IV. Die ärztliche Pflicht zur Offenbarung behandlungsexterner Faktoren - Eine Betrachtung nach Fallgruppen	325
1. Die Parallelität von Offenbarungspflicht und Aufklärungslast	326
2. Die Pflicht des Arztes zum Hinweis auf die Kosten der Behandlung - Zur wirtschaftlichen Beratung des Patienten	327
a) Die vertragsärztliche Pflicht zur wirtschaftlichen Beratung des Patienten	327
b) Die privatärztliche Pflicht zur wirtschaftlichen Beratung des Patienten	330
c) Zusammenfassung	334
3. Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung eigener wirtschaftlicher Interessen	335
a) Der Hinweis auf funktionsimmanente Gewinnabsichten	336
aa) Der unmittelbare Gebührenanreiz	337
(1) Die Hinweispflicht unter dem Aspekt des Schutzes des Rechtsguts der Gesundheit des Patienten	339
(2) Die Hinweispflicht unter dem Aspekt des Schutzes des Rechtsguts des Vermögens des (Privat-)Patienten	340
bb) Der mittelbare Gebührenanreiz	341
b) Die ärztliche Pflicht zum Hinweis auf die Absicht der Erzielung funktionsfremder Gewinne	343
aa) Die Kommerzialisierung menschlicher Körpersubstanzen	343
bb) Die Pflicht des Arztes zum Hinweis auf den Wert menschlicher Körpersubstanzen	344
cc) Ergebnis	355

4. Die Pflicht des Arztes zum Hinweis auf eigene wissenschaftliche Zielsetzungen	356
5. Die Pflicht des Arztes zum Hinweis auf die eigene Tätigkeit als Ausbilder	361
6. Die Pflicht des Arztes zur Belehrung über Behandlungsfehler	363
a) Die Offenbarung eigener Behandlungsfehler	364
aa) Die Funktion des Arztes	365
bb) Der Informationsbedarf	366
(1) Die Gesundheitsgefährdung als Grundlage des Informationsbedarfs	366
(2) Die Vermögensgefährdung als Grundlage des Informationsbedarfs	366
(3) Die Gefährdung des Vertragszwecks als Grundlage des Informationsbedarfs	369
cc) Gesamtbetrachtung	370
dd) Ergebnis	372
b) Die Offenlegung fremder Behandlungsfehler	373
V. Die vertragliche Informationspflicht des Arztes bezüglich behandlungsexterner Faktoren - Zusammenfassung	375
C. Die Aufklärungspflicht des Arztes über behandlungsexterne Faktoren im Vergleich von deutschem und US-amerikanischem Recht	377
I. Die Rechtsgrundlage der Hinweispflicht	377
II. Der Inhalt der Hinweispflicht	379
III. Stellungnahme	380
D. Schlußbetrachtung	382
Literaturverzeichnis	
A. Englischsprachige Literatur	384
B. Deutschsprachige Literatur	393
Sachregister	413

Abkürzungsverzeichnis

(Für hier nicht angeführte Abkürzungen siehe Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin-New York 1993.)

A.	Atlantic Reporter, First Series (USA)
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series (USA)
a.A.	andere Ansicht
A.C.	Law Reports Appeal Cases (Eng.)
A.D.	New York Supreme Court Appellate Division Reports (USA)
A.D.2d	New York Supreme Court Appellate Division Reports, Second Series (USA)
ÄBW	Ärzteblatt Baden-Württemberg (D)
AIDS	Acquired Immune-Deficiency Syndrome
A.J.	Associate Judge
AJPH	American Journal of Public Health (USA)
Akron L.Rev.	Akron Law Review (USA)
Ala.	Alabama
Ala.	Alabama Supreme Court Reports (USA)
Alas.	Alaska
All E.R.	All England Law Reports (Eng.)
ALR	American Law Reports (USA)
ALR.2d	American Law Reports Annotated, Second Series
ALR.3d	American Law Reports Annotated, Third Series
ALR.4th	American Law Reports Annotated, Fourth Series
Am.Bar Found.Res.J.	American Bar Foundation Research Journal (USA)
Am.J.Med.	American Journal of Medicine (USA)
Am.J. of Public Health	American Journal of Public Health
Am.Jur.2d	American Jurisprudence, Second Series
Am.Rep.	American Reports (USA)
Ann.	Annotated
Ann.	Queen Anne
Ann.Int.Med.	Annals of Internal Medicine
App.	Appeal Cases
Arch.Int.Med.	Archives of Internal Medicine
Ariz.	Arizona
Ariz.	Arizona Supreme Court Reports (USA)
Ariz.App.	Arizona Appeals Reports (USA)
Ariz.L.Rev.	Arizona Law Review (USA)
art.	article
Aust.L.J.	Australian Law Journal (Aust.)

Beilage	Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament (D)
Bing.	Bingham's English Common Pleas Reports (Eng.)
Biochem.Pharm.	Biochemical Pharmacology (USA)
Bkrcty.	United States Bankruptcy Court
BMJ	British Medical Journal
Bos.& Pul.(N.R.)	Bosanquet & Puller's New Reports, English Common Pleas (Eng.)
B.R.	Bankruptcy Reports (USA)
Bradf.Sur.	Bradford's New York Surrogate Reports (USA)
BTAFT	Ausschuß des Deutschen Bundestages für Forschung und Technologie (18. Ausschuß)
Bulst.	Bulstrode's English King's Bench Reports (Eng.)
Burr.	Burrow, English King's Bench Reports tempore Lord Mansfield (Eng.)
CA	Court of Appeal
Cal.	California
Cal.2d	California Reports, Second Series (USA)
Cal.3d	California Reports, Third Series (USA)
Cal.App.2d	California Appellate Reports, Second Series (USA)
Cal.App.3d	California Appellate Reports, Third Series (USA)
Cal.App.4th	California Appellate Reports, Fourth Series (USA)
Cal.Bus.& Prof.Code	California Business and Professions Code
Cal.L.Rev.	California Law Review (USA)
Cal.Rptr.	California Reporter, First Series (USA)
Cal.Rptr.2d	California Reporter, Second Series (USA)
C.F.R.	Code of Federal Regulations (USA)
Ch.	English Law Reports, Chancery Division (Eng.)
Ch.D.	English Law Reports, Chancery Division (Eng.)
Cir.	Circuit Court of Appeals (USA)
C.J.	Chief Justice
C.J.S.	Corpus Juris Secundum
Clin.Res.	Clinical Research (USA)
C.L.J.	Cambridge Law Journal (Eng.)
C.L.R.	Commonwealth Law Reports (Aust)
C.L.S.	New York Consolidated Laws Service: Annotated Statutes with Forms
Co.	Company
Colo.	Colorado
Col.L.Rev.	Columbia Law Review (USA)
conc.	concurring
Conn.	Connecticut Reports (USA)
Corp.	Corporation
Creig.L.Rev.	Creighton Law Review (USA)
Cum.Supp.	Cumulative Supplement
D.	United States District Court for the District of [Bundesstaat]
DÄrzteBl.	Deutsches Ärzteblatt (D)
Dall.	Dallas' Pennsylvania and United States Reports (USA)
D.C.	District of Columbia

D.C.Cir.	District of Columbia Court of Appeals Cases (USA)
Del.	Delaware
Del.	Delaware County Reports, Pennsylvania (USA)
Dept.	Department
Dick.L.Rev.	Dickinson Law Review (USA)
diss.	dissenting
Dist.	District
Dist.Ct.App.	District Court of Appeal
DLR.2d	Dominion Law Reports, Second Series (Can)
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift (D)
DNÄ	Die Neue Ärztliche (D)
DNS	Desoxyribonukleinsäure
Dougl.	Douglas' English King's Bench Reports (Eng.)
Duke L.J.	Duke Law Journal (USA)
Dyer	Dyer's English King's Bench Reports (Eng.)
East	East's King's Bench Reports (Eng.)
E.D.	United States District Court for the Eastern District of [Bundesstaat]
Ed.	Editor
EG	Ehrengabe
Em.L.J.	Emory Law Journal (USA)
Eng.Rep.	English Reports, Full Reprint (UK)
F.	Federal Reporter, First Series (USA)
F.2d	Federal Reporter, Second Series (USA)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (D)
FG	Festgabe für
Fla.	Florida
Fla.L.Rev.	Florida Law Review (USA)
Food Drug Cosm.L.J.	Food Drug Cosmetic Law Journal (USA)
Ford.L.Rev.	Fordham Law Review (USA)
FR	Frankfurter Rundschau (D)
F.R.D.	Federal Rules Decisions (USA)
F.Supp.	Federal Supplement (USA)
Ga.	Georgia
Ga.App.	Georgia Appeals Reports (USA)
Ga.Code Annot.	Code of Georgia Annotated (USA)
Geo.L.J.	Georgetown Law Journal (USA)
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GS	Gedächtnisschrift
GuF	Geburtshilfe und Frauenheilkunde (D)
H.& N.	Hurlstone & Norman's Exchequer (Eng.)
Hare.	Hare's English Vice-Chancellor Reports (Eng.)
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review (USA)
Hast.Ctr.Rep.	Hastings Center Report (USA)
HL	House of Lords
Hrsg.	Herausgeber
I.C.A.	Iowa Code Annotated
i.e.	id est
Ill.	Illinois Reports, First Series (USA)

Ill.2d	Illinois Reports, Second Series (USA)
Ill.App.	Illinois Appellate Court Reports, First Series (USA)
Ill.Dec.	Illinois Decisions (USA)
Inc.	Incorporated
Ind.L.J.	Indiana Law Journal (USA)
Int'l Comp.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
IRB	IRB: Review of Human Subjects Research (USA)
i.ü.	im übrigen
J. .	Judge
J.	Justice
JAMA	Journal of the American Medical Association (USA)
J.C.& U.L.	Journal of College and University Law (USA)
JCE	Journal of Clinical Engineering (USA)
J.Ec.Lit.	Journal of Economic Literature
J.Immunol.	Journal of Immunology (USA)
JJ.	Justices
J.L.Ref.	Journal of Law Reform (USA)
JME	Journal of Medical Ethics
JR	Juristische Rundschau (D)
Jura	Juristische Ausbildung (D)
Kan.	Kansas
Kan.	Kansas Supreme Court Reports (USA)
K.B.	English Law Reports, King's Bench (Eng.)
KU	Krankenhaus-Umschau (D)
Ky.	Kentucky
La.	Louisiana
La.L.Rev.	Louisiana Law Review (USA)
L.Ed.	Lawyers' Edition Supreme Court Reports, First Series (USA)
L.Ed.2d	Lawyers' Edition Supreme Court Reports, Second Series (USA)
L.J.K.B.	Law Journal Reports, New Series, King's Bench (Eng.)
L.J.Q.B.	Law Journal Reports, New Series, Queen's Bench (Eng.)
Lofft.	Lofft's English King's Bench Reports (Eng.)
Lo.L.Rev.	Loyola Law Review (USA)
L.S.Gaz.	Law Society's Gazette (Eng.)
L.T.	Law Times Reports (Eng.)
L.Q.R.	Law Quarterly Review (Eng.)
McGill L.J.	McGill Law Journal (Can)
M.& W.	Meeson & Welsby's Exchequer Reports (Eng.)
Mass.	Massachusetts
Mass.	Massachusetts Supreme Judicial Court Reports (USA)
Mass.App.Ct.	Massachusetts Appeals Court Reporter (USA)
MBOÄ	Muster-Berufsordnung für die deutschen Ärzte
M.D.	United States District Court for the Middle District of [Bundesstaat]
Md.	Maryland
Md.	Maryland Reports (USA)
Md.L.Rev.	Maryland Law Review (USA)
Me.	Maine
MedKlin	Medizinische Klinik (D)

Med Law	Medicine and Law: An International Journal (D)
MedR.	Medizinrecht (D)
MedWelt	Medizinische Welt (D)
Memp.St.U.L.Rev.	Memphis State University Law Review (USA)
Mer.L.Rev.	Mercer Law Review (USA)
Mich.	Michigan
Mich.L.Rev.	Michigan Law Review (USA)
Minn.	Minnesota
Minn.	Minnesota Supreme Court Reports (USA)
Minn.L.Rev.	Minnesota Law Review (USA)
Misc.	Miscellaneous Reports (New York), First Series (USA)
Miss.	Mississippi
M.L.R.	Modern Law Review (Eng.)
MM	Mannheimer Morgen (D)
MMW	Münchener Medizinische Wochenschrift (D)
Mo.	Missouri
Mod.Rep.	Modern Reports (Eng.)
Mo.L.Rev.	Missouri Law Review (USA)
Mont.	Montana
Mont.	Montana Supreme Court Reports (USA)
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NACCA L.J.	National Association of Claimants' Compensation Attorneys Law Journal (USA)
Nat'l L.J.	National Law Journal (USA)
N.C.	North Carolina
N.C.	North Carolina Reports (USA)
N.C.App.	North Carolina Court of Appeals Reports (USA)
N.D.	United States District Court for the Northern District of [Bun- desstaat]
N.E.	North Eastern Reporter, First Series (USA)
N.E.2d	North Eastern Reporter, Second Series (USA)
Neb.L.Rev.	Nebraska Law Review (USA)
Neb.Rev.Stat.	Revised Statutes of Nebraska (USA)
NEJM	New England Journal of Medicine (USA)
New Rep.	The New Republic (USA)
N.H.	New Hampshire
N.J.	New Jersey
N.J.	New Jersey Supreme Court Reports (USA)
N.J.Super.	New Jersey Superior Court Reports (USA)
N.M.	New Mexico
N.M.	New Mexico Supreme Court Reports (USA)
Northwestern U.L.Rev.	Northwestern University Law Review
Notre Dame L.Rev.	Notre Dame Law Review (USA)
N.W.	North Western Reporter, First Series (USA)
N.W.2d	North Western Reporter, Second Series (USA)
Nw.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review (USA)
N.Y.	New York Court of Appeals Reports, First Series (USA)
N.Y.2d	New York Court of Appeals Reports, Second Series (USA)
N.Y.S.2d	New York Supplement, Second Series (USA)

N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review (USA)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (D)
Ohio Rev.Code Ann.	Ohio Revised Code Annotated (USA)
Ohio Northern U.L.Rev.	Ohio Northern University Law Review
Ohio St.L.J.	Ohio State Law Journal (USA)
Ohio St.3d	Ohio State Reports, Third Series (USA)
Okla.	Oklahoma
Okla.	Oklahoma Supreme Court Reports (USA)
Okla.L.Rev.	Oklahoma Law Review (USA)
Ore.	Oregon
Ore.	Oregon Supreme Court Reports (USA)
Ore.Rev.Stat.	Oregon Revised Statutes (USA)
P.	Pacific Reporter, First Series (USA)
P.2d	Pacific Reporter, Second Series (USA)
Pa.	Pennsylvania
Pa.Cmwltth.	Commonwealth Court of Pennsylvania (USA)
Pash.	Paschal/Easter Term
Pa.Super.	Pennsylvania Superior Court Reports (USA)
Proc.Natl.Acad.Sci.USA	Proceedings of the National Academy of Science (USA)
Pub.L.	Public Law (USA)
P.Wms.	Peere Williams' English Chancery Reports (Eng.)
Q.B.	English Law Reports, Queen's Bench (Eng.)
Rdnr.	Randnummer
Rev.Stat.Ann.	Revised Statutes Annotated (USA)
R.I.	Rhode Island
R.I.	Rhode Island Supreme Court Reporter (USA)
R.I.Gen.Laws Annot.	General Laws of Rhode Island Annotated (USA)
Salkefeld	Salkefeld's King's Bench Reports (Eng.)
San Diego L.Rev.	San Diego Law Review (USA)
Santa Clara Com.& High Tech L.J	Santa Clara Computer and High Technology Law Journal (USA)
S.Cal.L.Rev.	Southern California Law Review (USA)
SC	Session Cases (Scot.)
S.C.	South Carolina
S.Ct.	Supreme Court Reporter (USA)
S.D.	South Dakota
S.D.	United States District Court for the Southern District of [Bundesstaat]
S.E.2d	Southern Eastern Reporter, Second Series (USA)
So.2d	Southern Reporter, Second Series (USA)
Sp.	Spalte
Stan.L.Rev.	Stanford Law Review (USA)
Stat.	United States Statutes at Large (Official) (USA)
Stat.Ann.	[Bundesstaat] Statutes Annotated (USA)
Super.	Superior Court
Sup.Jud.Ct.	Supreme Judicial Court (USA)
S.W.	South Western Reporter, First Series (USA)
S.W.2d	South Western Reporter, Second Series (USA)
SZ	Süddeutsche Zeitung (D)

Taunt.	Taunton's English Common Pleas Reports (Eng.)
Temple L.Q.	Temple Law Quarterly (USA)
Tenn.	Tennessee
Tenn.Code Ann.	Tennessee Code Annotated (USA)
Tenn.L.Rev.	Tennessee Law Review (USA)
Tex.Ct.Civ.App.	Texas Court of Civil Appeals (USA)
Tex.Code Annot.	Texas Codes Annotated (USA)
Tex.L.Rev.	Texas Law Review (USA)
Tex.Rev.Civ.Stat. Ann.	Texas Revised Civil Statutes Annotated (USA)
T.L.R.	Times Law Reports (Eng.)
Tul.L.Rev.	Tulane Law Review (USA)
Tulsa L.J.	Tulsa Law Journal
U.Cin.L.Rev.	University of Cincinnati Law Review (USA)
UCLA L.Rev.	University of California at Los Angeles Law Review (USA)
U.Ill.L.Forum	University of Illinois Law Forum (USA)
U.L.A.	Uniform Law Annotated (USA)
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review (USA)
U.Pitt.L.Rev.	University of Pittsburgh Law Review (USA)
U.Rich.L.Rev.	University of Richmond Law Review (USA)
U.S.	United States
U.S.	United States Supreme Court Reports (USA)
U.S.App.D.C.	United States Court of Appeals for the District of Columbia
U.S.C.	United States Code (USA)
U.S.C.C.P.A.	United States Court of Customs and Patent Appeals (USA)
U.Tor.L.J.	University of Toronto Law Journal (Can)
Va.	Virginia
V.a.	Virginia Supreme Court Reports (USA)
Va.Code Ann.	Code of Virginia Annotated (USA)
Va.L.Rev.	Virginia Law Review (USA)
Val.L.Rev.	Valparaiso University Law Review (USA)
Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review (USA)
V.C.	Vice-Chancellor
vol.	volume
Vt.	Vermont
Vt.Stat. Ann.	Vermont Statutes Annotated (USA)
Wash.	Washington
Wash.2d	Washington Reports, Second Series (USA)
Wash.& Lee L.Rev.	Washington and Lee Law Review (USA)
Wash.App.	Washington Appellate Reports (USA)
W.D.	United States District Court for the Western District of [Bundesstaat]
Wils.K.B.	Sergeant Wilson's English King's Bench Reports (Eng.)
Wis.	Wisconsin
Wis.	Wisconsin Reports, First Series (USA)
Wis.2d	Wisconsin Reports, Second Series (USA)
Wis.L.Rev.	Wisconsin Law Review (USA)
W.L.R.	Weekly Law Reports (Eng.)
W.Va.	West Virginia
W.Va.L.Rev.	West Virginia Law Review (USA)

Wis.L.Rev.	Wisconsin Law Review (USA)
W.L.R.	Weekly Law Reports (Eng.)
W.Va.	West Virginia
W.Va.L.Rev.	West Virginia Law Review (USA)
WWR	Western Weekly Reports (Can)
Wyo.	Wyoming
Yale L.J.	Yale Law Journal (USA)
Yale L.& Pol’y Rev.	Yale Law and Policy Review (USA)
ZM	Zahnärztliche Mitteilungen (D)

Einleitung

Problemstellung und Methode der Untersuchung

A. Einführung in die Problematik

Die Beziehung zwischen Arzt und Patient ist, wie wohl kein anderes zivilrechtliches Verhältnis, seit Beginn dieses Jahrhunderts einem dramatischen Veränderungsprozeß ausgesetzt. Die medizinisch-technische Entwicklung hat dieses Verhältnis gleichsam säkularisiert und verrechtlicht. Der ärztliche Berufsbereich wurde hierdurch zum Gegenstand des ständigen Bemühens, ethische Verhaltensanforderungen durch rechtliche zu ergänzen und abzusichern.¹

I. Die klassische Rolle der Aufklärung im Rahmen der Arzt-Patient-Beziehung

Die ursprünglich in der mystischen „Weisheit“ des Arztes gründende ärztliche Autorität beruht heute auf dessen technischer Kompetenz.² Der Beziehung zwischen Arzt und Patient ist damit ein gewisses Über- und Unterordnungsverhältnis mit auf den Weg gegeben.³ Es wird seiner allgemeinen Struktur nach also geprägt durch ein einseitiges Machtgefälle, welches im wesentlichen im medizinischen Spezialwissen des Experten wurzelt und der durch diesen Wissensvorsprung entstehenden Macht über den Laien, der auf dieses Wissen angewiesen ist.⁴ In der herkömmlichen, paternalistisch geprägten Arzt-Patient-Beziehung wurde dieses Ungleichgewicht durch das nahezu blinde Vertrauen des Patienten zu „seinem“ Arzt sozial ausgeglichen.⁵

Dem Vertrauen kam es zu, das aus der Unwissenheit des Patienten „resultierende Spannungsgefühl der Unkontrollierbarkeit [ärztlicher] Tätigkeit [zu] überbrücken“.⁶

¹ Zur Wechselwirkung zwischen Ethik und Recht im Bereich ärztlicher Berufsausübung s. näher *Taupitz*, NJW 1986, 2851 ff.

² *Parsons*, 17 *Social Forces* (1939) 457, 460.

³ *Deutsch*, *Chirurg* 51 (1980), 407, 408.

⁴ „The obligation of the patient to comply is rooted in the „competence gap“, the difference between patient and physician in knowledge held, (...)“, *Haug/Lavin*, S. 13.

⁵ *Dobson*, 65 *Tex.L.Rev.* (1986) 655, 663.

⁶ *Taupitz*, *Standesordnungen*, S. 54. Ebenso asymmetrisch wie die Kompetenzverteilung ist i.ü. auch die Verteilung des aufgewendeten Vertrauens. Während der Patient

Dieses Vertrauen war strukturell vorgegeben und erschien durch die wissenschaftliche Kompetenz des Arztes sowie die ärztliche Standesethik hinreichend legitimiert.⁷ Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient glich damit eher einer Statusbeziehung als einem zweckgerichteten Vertrag gleichrangiger Parteien. Dieses auf engem persönlichen Kontakt beruhende „Mensch-zu-Mensch-Arztum“⁸ wurde abgelöst durch die konsumorientierte Inanspruchnahme ärztlicher Dienstleistungen.⁹ Innerhalb dieses sachlich-rationalen Rahmens vermag es das außerrechtliche Instrument des Vertrauens nicht mehr in ausreichendem Maße, seine Brückenfunktion wahrzunehmen.¹⁰ In die hierdurch entstandene Lücke mußte das Recht eintreten, wobei es dem gewandelten Verständnis von der Eigenverantwortlichkeit des Patienten vor allem durch eine Ausweitung der ärztlichen Aufklärungspflichten Rechnung trug.¹¹

Taupitz hat zutreffend darauf hingewiesen, daß das einseitig vom Arzt geforderte Vertrauen so lange geeignet war, die soziale Beziehung zwischen Arzt und Patient zu steuern, wie die Leistungserwartung des Patienten und das Leistungsvermögen des Arztes zur Deckung gebracht werden konnten.¹² Mit dem Auseinanderdriften beider Positionen und dem Entstehen eines „relativen Leistungsdefizits“¹³ kam jedoch der Frage zunehmendes Gewicht zu, inwieweit es der Ärzteschaft weiterhin gestattet sein solle, den Inhalt des Heilauftrages nach eigenen, medizinischen Krite-

mit großem emotionalen Engagement in die Behandlung eintritt und häufig bereit ist, auch intimste Einzelheiten offenzulegen, zeichnet sich der Arzt durch eine gewisse Zurückhaltung aus, *Deutsch*, *Chirurg* 51 (1980), 407, 408. Die professionelle Distanz wird hierbei als berufsnotwendiger stabilisierender Faktor bezeichnet, *Taupitz*, *Standesordnungen*, S. 53. Zu den Folgen dieser Distanzierung für die Berufstätigkeit des Pflegepersonals in Krankenhäusern s. z.B. *FAZ* Nr. 30 v. 05.02.1992, S. 8.

⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang z.B. die Ausführungen *Placzeks*, nach dem der Arzt „alleine erfüllt von Opferfreudigkeit und selbstloser Bereitwilligkeit, der leidenden Menschheit zu dienen“ bereit ist, *Placzek*, S. 2.

⁸ *Hallermann* in *Engisch/Hallermann*, S. 54; zum Wandel des Menschenbildes in der Medizin s. näher *Schattenfroh*, *FAZ* Nr. 228 v. 30.09.1992, S.N4.

⁹ Diese Haltung wird häufig als „Konsumerismus“ bezeichnet, vgl. *Gallmeier*, *FAZ* Nr. 82 v. 09.04.1985, S. 10; *Kennedy*, S. 123; *H. Lilie*, S. 114; *Siegrist* in *Jung/Schreiber*, S. 64; *Teff*, 101 L.Q.R.[1985] 432, 445. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß der *consumer* im amerikanischen Wortsinne zugleich für den „unabhängigen und selbstbestimmten Menschen in der Gesundheitsfürsorge“ steht, s. *Pichler*, S. 106; ebenso *Haug/Lavin*, S. 16 f.: „In simple terms, consumerism in medicine means challenging the physician’s ability to make unilateral decisions - demanding a share in reaching closure on diagnosis and working out treatment plans“.

¹⁰ Allerdings geht etwa *Deutsch* auch heute noch davon aus, daß „der Patient dem Arzt in vielfacher Weise zum Vertrauen *verpflichtet* ist“, *Deutsch*, *AcP* 192 (1992) 161, 179 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹¹ *Taupitz*, *NJW* 1986, 2851, 2857.

¹² *Taupitz*, *Standesordnungen*, S. 502.

¹³ *Taupitz*, *Standesordnungen*, S. 502; vgl. auch *Symposium*, 51 *Ind.L.J.* (1975) 91, 93.

rien autonom zu bestimmen.¹⁴ Die Kluft zwischen Anspruch und Realität in der Medizin wurde damit zur sozialen Einbruchsstelle für die Implizierung persönlicher Wertmaßstäbe des Patienten in die medizinische Behandlung.¹⁵

Der medizinische Entscheidungsprozeß wandelte sich durch die „Verrechtlichung“ der Arzt-Patient-Beziehung von einem „konsensualen“ zu einem „partizipatorischen“ Modell.¹⁶ Ursprünglich bestand für den Arzt lediglich eine Rechtspflicht zur Einholung einer förmlichen Einwilligung des Patienten. Erst allmählich wurde erkannt, daß der regelmäßig medizinisch unwissende Patient von dieser Rechtsposition einen sinnvollen Gebrauch nur machen kann, wenn er die Tragweite seiner Entscheidung zu ermessen in der Lage ist. Hierzu jedoch bedarf er der vorherigen Information.¹⁷ Solange der Patient nur über das „Ob“ einer Behandlung entscheiden sollte, blieb bei formaler Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten der eigentliche Entscheidungsträger der Arzt.¹⁸ Um jedoch einer gewandelten Auffassung von der Rolle des Patienten gerecht zu werden, wurde dem Patienten später auch die Entscheidungsbefugnis über das „Wie“ der Behandlung zugewiesen. Die hierdurch erforderlich gewordene erweiterte Aufklärung durch den Arzt dient unter diesem Gesichtspunkt der Überbrückung der Kompetenzkluft zwischen Arzt und Patient.¹⁹ Sie versucht hierbei einen Ersatz für das immer häufiger gestörte ursprüngliche Vertrauensverhältnis zu bieten, welches herkömmlicherweise diese Funktion wahrgenommen hatte.

Bislang wurden ärztliche Informationspflichten lediglich als Instrument zum Ausgleich von Defiziten des *Patienten* behandelt. Nimmt man jedoch das partizipatorische Modell der Arzt-Patient-Beziehung ernst, ist weiter danach zu fragen, ob nicht auch in der Person des Arztes Mängel vorliegen, die zur Begründung von Offenbarungspflichten führen können.

II. Die Säkularisierung des Arztes: vom „Halbgott“ zum „Kleinkaufmann“

Hat sich der einstmals vertrauensvoll hoffende Patient in den anspruchsvollen Konsumenten medizinischer Dienstleistungen verwandelt, öffnet diese Fest-

¹⁴ *Laufs*, MedR 1986, 163, 167.

¹⁵ Dies gilt insbesondere deshalb, weil moderne Behandlungsentscheidungen häufig durch die Abwägung von Werten geprägt sind. Wertentscheidungen können aber von medizinischen Laien ebenso gut getroffen werden wie vom Arzt, s. *Haug/Lavin*, S. 23.

¹⁶ *Hart* in Francke/Hart, S. 8; *Meisel*, Wis.L.Rev. (1979) 413, 421.

¹⁷ Ein solches Recht des Patienten auf Information wurde in den USA zum ersten Mal im Jahre 1905 anerkannt, s. *Mohr v. Williams* 104 N.W. 12, 15 (Minn. 1905). In Deutschland datiert dieses Recht nicht vor 1912, RG v. 01.03.1912: RGZ 78, 432. Zu dieser Entscheidung s. näher *Schmidt* in: Verhandlungen des 44. DJT, Bd. I, Teil 4, Rdnr. 38 f., S. 47 ff.

¹⁸ Vgl. *Katz*, 39 U.Pitt.L.Rev. (1977) 137, 147.

¹⁹ S. hierzu auch *Hart* in Francke/Hart, S. 5 f.; *Steffen*, S. 80; *Taupitz*, Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, S. 75.