

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 208

Das postmortale Einsichtsrecht in Krankenunterlagen

Ein zivilrechtliches Spannungsverhältnis zwischen
ärztlicher Dokumentations- und Schweigepflicht

Von

Albrecht W. Bender



Duncker & Humblot · Berlin

ALBRECHT W. BENDER

**Das postmortale Einsichtsrecht
in Krankenunterlagen**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 208

Das postmortale Einsichtsrecht in Krankenunterlagen

**Ein zivilrechtliches Spannungsverhältnis zwischen
ärztlicher Dokumentations- und Schweigepflicht**

Von

Albrecht W. Bender



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Bender, Albrecht:

Das postmortale Einsichtsrecht in Krankenunterlagen : ein zivilrechtliches Spannungsverhältnis zwischen ärztlicher Dokumentations- und Schweigepflicht / von Albrecht Bender. – Berlin : Duncker und Humblot, 1998

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 208)

Zugl.: Erlangen, Nürnberg, Univ., Diss., 1996

ISBN 3-428-09018-7

n 2

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-09018-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Vorwort

Die Arbeit lag im Sommersemester 1996 der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg zur Begutachtung vor. Schrifttum und Rechtsprechung sind bis September 1997 berücksichtigt.

Die Geburtsstunde des Themas war ein „Wienerle-Essen“ in der Cafeteria des Juridicums mit meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Wolfgang Marotzke aus Tübingen. Anlaß waren meine beharrliche Weigerung, ein konkursrechtliches Thema zu bearbeiten und der Beruf meiner Ehefrau Susanne als Krankenschwester am Klinikum in Erlangen. Beiden bin ich nicht nur hierfür, sondern auch für die mannigfaltige immaterielle Unterstützung über die Jahre dankbar.

Verdient hätten es viele, namentlich genannt zu werden, nicht zuletzt meine lieben KollegInnen aus dem Assistentenkreis. Namentlich möchte ich Herrn Prof. Dr. Burkhard Heß für die Zweitkorrektur und Frau Sabine Bauer danken, die das Manuskript akribisch auf orthographische Fehler durchforstet hat, sowie Frau Traudl Bößl und Herrn Jörg Gericke, die durch ihre Formatierungskünste der Arbeit den letzten Schliff gegeben haben. Dank schulde ich auch Herrn Prof. Dr. h.c. Norbert Simon für die Aufnahme der Arbeit in die Schriften zum Bürgerlichen Recht.

Dem kritischen Leser wünsche ich in der Hoffnung, ihm möge kein „grober Kunstfehler“ begegnen, eine anregende Lektüre.

Erlangen, im September 1997

Albrecht Bender

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	13
I. Problemstellung und Gang der Arbeit	13
II. Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient	16
1. Bürgerlich rechtliches Leitbild	16
2. Geschäftsführung ohne Auftrag	17
III. Der maßgebliche Todesbegriff	19
IV. Überblick über den Meinungsstand zum Einsichtsrecht	23
1. Die Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.05.1983	23
2. Lösungsmodelle der Literatur	26
V. Einsichtsinteressen der Hinterbliebenen	33
1. Ansprüche aus Gesundheitsverletzungen	33
a) Schadensersatz	33
b) Schmerzensgeld	34
2. Gewährleistungsansprüche	38
a) Mangelhafte ärztliche Leistung	38
b) Organverkauf für den Todesfall	42
3. Ansprüche aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen	43
4. Weitere Einsichtsinteressen	45
§ 2 Die ärztliche Dokumentation	48
I. Reichweite des Begriffs	48
II. Ärztliche Pflicht zur Dokumentation	49
III. Bedeutung der Dokumentation im Kunstfehlerprozeß	52
1. Beweissituation der Hinterbliebenen	52
2. Einführung der Dokumentation in den Prozeß	56
3. Europarechtlicher Ausblick	58
4. Ärztliche Beweisvereitelung	60
a) Dokumentationspflichtverletzung als Beweisvereitelung	60

b) Beweisvereitelung und Aufbewahrungspflicht	67
c) Beweislast für Vereitelung	74
IV. Notwendiger Inhalt der Dokumentation	80
1. Keine „isolierte“ Dokumentationspflicht	80
2. Behandlungsunterstützung	85
3. Behandlungsinformation	89
4. Beweissicherung	95
a) Abgrenzung und Bedeutung	95
b) Die Ansicht des Bundesgerichtshofs	99
c) § 242 BGB als dogmatischer Ausgangspunkt	101
d) Interessenlage	103
e) Vorläufige Interessenbewertung	105
f) Berücksichtigung spezifischer Schädigerinteressen	108
aa) Der Mitpatient als Schädiger	108
bb) Der Schädiger „aus dem Lager des Arztes“	109
(1) Der Standesgenosse als Schädiger	110
(2) Der beim Arzt angestellte Schädiger	113
cc) Der Arzt als Schädiger	115
(1) Der gute Ruf des Arztes	116
(2) Das nemo-tenetur-Prinzip	117
(3) Freiberufliche Tätigkeit und Ausgleichsprinzipien	122
(4) Die Waffengleichheit	124
g) Schutz des Arztes	126
h) Umfang der Beweissicherungspflicht	128
i) Ergebnis	131
V. Leichenschau und Dokumentationspflicht	132
1. Begriff und Bedeutung	132
2. Obduktionsprotokoll als notwendiger Dokumentationsinhalt	134
a) Obduktionsprotokoll und Dokumentationszwecke	135
b) Eingreifen einer besonderen Dokumentationspflicht	138
aa) Behandlungsvertragliche Übernahme	138
bb) Sektionseinwilligung des Patienten	140
cc) Sektionseinwilligung der Hinterbliebenen	141
(1) Totenfürsorge oder Ausübung des postmortalen Persönlichkeits-	
rechts?	141
(2) Sektionseinwilligung und „spezielle“ Dokumentationspflicht ...	148

3. Der „Umweg über das Strafverfahren“	151
a) Gerichtliche Leichensachen	152
b) System der Meldepflichten	153
c) „Nicht natürlicher Tod“ und ärztliche Behandlung	154
§ 3 Rechtsnachfolge in den Einsichtsanspruch	159
I. „Vermögen“ und „Nicht-Vermögen“	159
1. Sprachgebrauch	160
2. Wille des Gesetzgebers	160
3. Ergebnis	163
II. Vermögensbegriff	164
III. Abhängigkeit von Haupt- und Nebenanspruch	166
1. Grundlagen	167
2. Auswirkung des Todes auf den Behandlungsanspruch	169
3. Sekundäransprüche als „Hauptansprüche“	173
4. Ergebnis	174
IV. Eigentumsverhältnisse an der Dokumentation	175
1. Originärer Eigentumserwerb des Patienten nach § 950 BGB?	176
2. Abgeleiteter Eigentumserwerb	186
a) Vertragliche Vereinbarung	187
b) Arztvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag	189
c) Ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag	191
3. Ergebnis	192
V. Einordnung des Einsichtsrechts	193
VI. Gleichzeitiger Übergang auf die Angehörigen	202
VII. Ausschluß der Vererbung	203
1. Höchstpersönlichkeit des Einsichtsanspruchs	205
2. Unvererblichkeit aufgrund „Inhaltsänderung“	209
VIII. Umfang des Einsichtsrechts	213
§ 4 Originäres Einsichtsrecht der Hinterbliebenen	217
§ 5 Postmortaler Persönlichkeitsschutz	225
I. Dogmatische Grundlagen	226

1. Das mittelbare Schutzkonzept	230
2. Das postmortale Fortbestehen des Persönlichkeitsrechts	236
3. Das postmortale Nachwirken des Persönlichkeitsrechts	240
a) Zweck des Nachwirkens	240
b) Verfassungsrechtliche Vorgaben	242
c) Dogmatische Begründung	247
aa) Die Ansicht von Bieler und Heldrich	247
bb) Das postmortale Persönlichkeitsrecht als subjektloses Recht	249
II. Einzelne Auswirkungen auf der Grundlage des Nachwirkens	259
1. Schutzzumfang und -dauer	259
2. Wahrnehmungsberechtigte	259
a) Rechtsstellung	260
b) Personenkreis	263
aa) Gewillkürte Auswahl	263
bb) Subsidiär Ausübungsberechtigte	266
cc) Einfluß erbrechtlicher Verfügungen	267
c) Rang der Wahrnehmungsberechtigten	268
3. Prozessuale Durchsetzung	271
a) Gewillkürte Prozeßstandschaft	272
aa) Eigenes schutzwürdiges Interesse	272
bb) Höchstpersönlichkeit des Persönlichkeitsrechts	274
b) Gesetzliche Prozeßstandschaft	276
§ 6 Ärztliche Schweigepflicht	278
I. Rechtsgrundlagen der ärztlichen Schweigepflicht	280
1. Zivilrecht als Rechtsgrundlage	281
a) Vertragliche Schweigepflicht	282
aa) Schweigepflicht als Vertragsinhalt	282
bb) Umfang der Schweigepflicht	284
(1) Grundlagen	284
(2) Drittgeheimnisse	286
cc) Personelle Ausdehnung der Schweigepflicht	289
dd) Ansprüche bei Schweigepflichtverletzung	291
b) Deliktische Schweigepflicht	293
2. Standes- und Strafrecht als Rechtsgrundlagen	297

II. Der Einfluß des Todes auf die ärztliche Schweigepflicht	300
1. Erlöschen der Schweigepflicht	300
a) Vertragliche Schweigepflicht	301
b) Deliktische Schweigepflicht	301
2. Sachlicher Umfang der postmortalen Schweigepflicht	302
a) Vertragliche Schweigepflicht	303
b) Deliktische Schweigepflicht	304
3. Postmortale Dokumentation und Schweigepflicht	307
4. Zeitliche Begrenzung der postmortalen Schweigepflicht	310
a) Vertragliche Schweigepflicht	311
b) Deliktische Schweigepflicht	312
III. Ärztliche Schweigepflicht und Einsichtsrecht	314
1. Verhältnis von Schweigepflicht und Einsichtsrecht post mortem	314
a) Einheits- oder Trennungslösung?	315
b) Schutz wichtiger Erbeninteressen	320
2. Subjektbezogenheit bereits zu Lebzeiten des Patienten	324
a) Einsichtsrecht und „therapeutisches Privileg“	324
b) Behandlung von Ehegatten	333
c) Multiplikation des Einsichtsanspruchs durch die Geschäftsführung ohne Auftrag	337
d) Einsichtsrecht und Drittgeheimnisse	339
3. Ergebnis	349
§ 7 „Dritt-Entbindung“ von der Schweigepflicht post mortem	352
I. Ein Dogma der herrschenden Meinung	352
II. Unzulässigkeit der „Generalentbindung“	357
III. Universalsukzession und Entbindungsbefugnis	361
1. Materielles oder immaterielles Recht?	361
2. Bestimmungsgemäßer vermögensrechtlicher Bezug	363
a) Durchsetzbarkeit materieller Ansprüche	363
b) Anknüpfung an die zu offenbarende Tatsache	364
c) Ausfluß des Rechtsverhältnisses	368
d) Schutzzweck der ärztlichen Schweigepflicht	369
3. Exkurs: Übertragbarkeit des Ergebnisses auf andere Vertrauensberufe	374
IV. Entbindungsbefugnis der Angehörigen	377

1. Sonderrechtsnachfolge	377
2. Höchstpersönlichkeit der Entbindungsbefugnis	380
3. Entbindung als Ausübung des postmortalen Persönlichkeitsrechts	385
V. Ergebnis und Ablehnung weiterer Lösungsmodelle	389
§ 8 Entbindung von der Schweigepflicht durch den Patienten	394
I. Lebzeitige Schweigepflichtentbindung „auf den Todesfall“	394
1. Rechtliche Verbindlichkeit der antizipierten Entbindung	395
2. Wirksamkeitserfordernisse der antizipierten Entbindung	397
a) Abgabe und Zugang?	397
b) Ausdrücklich und konkludent	400
c) Form	401
3. Rechtsfrage oder ärztliche Gewissensentscheidung?	403
II. Mutmaßlicher Wille des Patienten	403
1. Mutmaßlicher Wille als Entbindung durch den Patienten	403
2. Verhältnis zur Geschäftsführung ohne Auftrag	407
3. Die Problematik der mutmaßlichen Schweigepflichtentbindung	412
4. Rechtsfrage oder ärztliche Gewissensentscheidung?	414
a) Status quo	414
b) Kritik und Ergebnis	416
5. Dokumentationsinhalt als Grundlage der richterlichen Entscheidung	424
a) Gerichtliches Geheimverfahren	424
b) Außergerichtliches Geheimverfahren	432
6. Mutmaßlicher Offenbarungswille und Fallgruppenbildung	434
a) Verfolgung von Schadensersatzansprüchen	437
b) Abwehr von Angriffen auf das Persönlichkeitsrecht	439
c) Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers	442
aa) Gesetzliche Durchbrechung der Schweigepflicht	444
bb) Mutmaßlicher Wille des Patienten	446
7. Beweislast	451
§ 9 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	455
Literaturverzeichnis	464
Sachwortverzeichnis	491

§ 1 Einleitung

I. Problemstellung und Gang der Arbeit

Mit dem Recht der Hinterbliebenen¹ auf Einsicht in die Krankenunterlagen hat sich der BGH bis dato nur einmal in seinem Urteil vom 31. Mai 1983 auseinandergesetzt². Hieraus zu schließen, die Problematik sei abgehandelt, wäre weit gefehlt. Das Urteil des BGH hat massive Kritik hervorgerufen. Die Angreifbarkeit seiner Argumentation mag in dem Umstand liegen, daß der BGH erst ein halbes Jahr zuvor das Einsichtsrecht des Patienten selbst höchstrichterlich anerkannt hatte und hierüber die wissenschaftliche Diskussion noch äußerst heftig geführt wurde. Es ist durchaus angebracht, von einem notgedrungenen „SchnellSchuß“ der Rechtsprechung zu sprechen. Jedoch wird sich im Laufe der Arbeit erweisen, daß dieser „Schnell-Schuß“ - entgegen den Kritikern - kein „Fehl-Schuß“ war, sondern sich in den richtigen Bahnen bewegt.

Der 52. Deutsche Juristentag befaßte sich im Jahre 1978 in seiner arztrechtlichen Abteilung eingehend mit dem Einsichtsrecht des Patienten. Er verabschiedete in diesem Zusammenhang mit überwältigender Mehrheit und ohne Gegenstimme nachfolgenden Beschlußpunkt V. 4 e) zum postmortalen Einsichtsrecht:

„Falls das Recht auf Einsicht in die Krankenpapiere gesetzlich geregelt wird, ist zu gewährleisten, daß dieses Recht auch den Hinterbliebenen eines verstorbenen Patienten zur Klärung von Schadensersatzansprüchen aus der Heilbehandlung zusteht.“³

Im Anschluß hieran wurde der Beschlußpunkt V. 4 f) angenommen:

„Jede gesetzliche oder berufsrechtliche Regelung der Vorlagepflicht soll sicherstellen, daß das Persönlichkeitsrecht des Patienten gewahrt bleibt.“⁴

¹ Der Begriff der „Hinterbliebenen“ soll im umfassendsten Sinne verstanden werden. Er erfaßt neben den Erben und den Angehörigen auch sonstige dem Patienten nahestehende Personen.

² BGH, NJW 1983, 2627. Siehe den wesentlichen Sachverhalt und die tragenden Entscheidungsgründe unten IV. 1.

³ Verh. 52. DJT Bd. II, I 205 (angenommen 124:0:6).

⁴ Verh. 52. DJT Bd. II, I 206 (angenommen 116:6:9).

Bereits auf den ersten Blick lassen sich beide Forderungen des Juristentages nicht problemlos miteinander vereinbaren. Während sich die Einsichtsproblematik zu Lebzeiten des Patienten primär im Rahmen des ärztlichen Vertrauensverhältnisses zwischen den Vertragspartnern bewegt, bezweckt die Universalsukzession das Eindringen *bisher* außenstehender Dritter. Hierdurch ist ein Konflikt mit der ärztlichen Schweigepflicht als Basis des Patientenvertrauens vorprogrammiert, es sei denn, man würde mit dem Tod des Patienten die Verpflichtung des Arztes zu schweigen enden lassen. Bereits mit diesen wenigen Sätzen ist der Gang der Arbeit im wesentlichen vorgezeichnet. Nach der Erörterung der Frage, ob das Einsichtsrecht des Patienten nach § 1922 Abs. 1 BGB im Wege der Erbfolge übergehen und ob unabhängig von der Erbenstellung ein originärer Einsichtsanspruch der Hinterbliebenen bestehen kann, ist der Fortbestand der Schweigepflicht gerade den *Einsichtsberechtigten* gegenüber zu diskutieren, um letztlich auf die Entbindungskompetenz von der Schweigepflicht einzugehen. Quasi vor die Klammer gezogen wird die ärztliche Dokumentationspflicht behandelt. Die Dokumentationspflicht bestimmt nicht nur den notwendigen Inhalt der Krankengeschichte und damit den Wert des Einsichtsrechts, sondern erweist sich vorliegend als wesentlicher Gesichtspunkt für die Einordnung des Einsichtsanspruchs als materielles oder immaterielles Recht.

Die Arbeit beschränkt sich auf die Rechtslage hinsichtlich der „*Akten*“ *des Arztes*. Untersuchungsgegenstand ist das Einsichtsrecht in die ärztliche Dokumentation. Die hier gefundenen Ergebnisse lassen sich nicht unbesehen auf andere Freiberufler, also insbesondere den Rechtsanwalt, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, oder den Notar übertragen. Es kann Bosch nicht zugestimmt werden, wenn er meint, es bestehe „kein grundlegender Unterschied zwischen dem im ärztlichen Beratungszimmer und dem in der Anwalts-, Notars- oder Steuerberaterkanzlei erörterten und behandelten Geheimnis. Hier wie dort (würden) oft Fragen besprochen oder Feststellungen getroffen, die ohnehin bereits einigen anderen oder einem größeren Kreis bekannt sind oder bald darauf bekannt werden; hier wie dort (gehe) es aber oft auch um Intimstes, Höchstpersönliches“⁵. Mit der Beschränkung des Themas soll keineswegs der Mystifizierung im Arzt-Patienten-Verhältnis Vorschub geleistet oder dem Arzt eine Sonderstellung eingeräumt werden, denn das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist ein Rechtsverhältnis, das ausschließlich durch den Willen der beiden Vertragsparteien bestimmt wird, und sei

⁵ Bosch, S. 85 nennt als Beispiel die Ehekrise, die der Verstorbene mit seinem Arzt wie mit seinem Anwalt bespricht und zum Anlaß für eine notarielle Verfügung nimmt.

er erst durch Auslegung zu ermitteln. Den bekannten, vom BVerfG zitierten⁶ Sätzen von Eb. Schmidt⁷ „das Verhältnis von Arzt und Patient ist weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung“ und „die Standesethik des Arztes steht nicht isoliert neben dem Recht“ kann nur insoweit zugestimmt werden, als die Zivilrechtsdogmatik den Einfluß der Standesethik, oder in ihrer kodifizierter Form des Standesrechts, zuläßt. Deren Ausstrahlungen in das Zivilrecht werden rechtlich limitiert. Sicherlich wird zukünftig nicht mehr so sehr der technologische Fortschritt der Medizin, sondern deren ethisches Profil und der menschliche Umgang mit dem Patienten dessen Heilungschancen bestimmen. Überspitzt formuliert muß der Arzt zum „Freund des Patienten“ werden. Dies ändert aber nichts daran, daß im Konfliktfall *allein* das Recht zu entscheiden hat⁸. Das Recht hat das Sicherheitsnetz zu knüpfen, wenn das dem Arzt entgegengebrachte Vertrauen des Patienten enttäuscht wird. Dennoch ist ein wichtiger Unterschied, sei es zu den anderen Freiberuflern oder dem Notar darin zu sehen, daß dort der Auftraggeber selbst den Umfang der offenbaren Tatsachen bestimmt, während der Patient leicht zum „Erkenntnis-Objekt“ der ärztlichen Tätigkeit wird. Allein hieraus folgt eine größere Schutzbedürftigkeit des Patienten gegenüber dem Mandanten, der mit rechtlichen Mitteln Rechnung getragen werden muß⁹. Freilich soll das auch rechtlich verbindende Element der freiberuflichen Tätigkeit hier nicht geleugnet werden, weshalb Parallelen und Diskrepanzen zumindest in den Fußnoten angesprochen werden.

⁶ BVerfGE 52, 131, 169/170 = NJW 1979, 1925, 1930.

⁷ S. 2.

⁸ Giesen, Rn. 2 spricht zutr. von gleichberechtigten Rechtsgenossen; a.A. BGHZ, 29, 46, 53; BGHSt 32, 367, 378 - „Dr. Wittig“; Laufs, NJW 1992, 1529/1530. Auch die Ärzte selbst fassen ihre Tätigkeit zunehmend als „normale“ Dienstleistung auf. Der Kranke wandelt sich vom Patienten zum Konsumenten (siehe hierzu nur F.-J. Dahm, Rechtliche Probleme und wirtschaftliche Chancen des Angebots nicht(zahn)ärztlicher Zusatzleistungen, MedR 1995, 106 und W. Oehme / S. Oehme, Marketing für niedergelassene Ärzte, München 1995). Uhlenbruck, Handbuch, § 39 Rn. 5 und 8 a.E. beklagt die „Säkularisierung“ des Arztrechts; nach Laufs, Rn. 41 führen viele Fragen den Arzt über die Grenzen des Rechts hinaus.

⁹ So zieht der sog. „grobe Behandlungsfehler“ des Arztes eine Beweislastumkehr hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität nach sich (hierzu nur Laufs, Rn. 598 ff m.zahlr.N. und jüngst BGH, NJW 1995, 778, 779 = JZ 1995, 408/409 m.zust.Anm. Baumgärtel; NJW 1996, 2428), während bei einer groben Pflichtverletzung des Anwalts nach BGHZ 126, 217, 222 f = NJW 1995, 3295, 3298 = ZIP 1994, 1555, 1559 = JZ 1995, 468, 471 m. abl. Anm. Teske insoweit die Beweislast beim Mandanten verbleibt.