

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 68

**Therapiefreiheit und
Selbstbestimmungsrecht:
Die Arzt-Patienten-Beziehung
im Wandel der Zeit**

Von

Johannes Fitzke



Duncker & Humblot · Berlin

JOHANNES FITZKE

Therapiefreiheit und Selbstbestimmungsrecht:
Die Arzt-Patienten-Beziehung im Wandel der Zeit

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 68

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,
Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Therapiefreiheit und
Selbstbestimmungsrecht:
Die Arzt-Patienten-Beziehung
im Wandel der Zeit

Von

Johannes Fitzke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Universität Greifswald
hat diese Arbeit im Jahr 2021
als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-18606-8 (Print)
ISBN 978-3-428-58606-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Greifswald als Dissertation angenommen und für die Veröffentlichung auf den Stand von Anfang Februar 2022 gebracht.

Mein besonderer Dank gilt meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Sigrid Lorz, die bereits zu Studienzeiten mein Interesse am Medizinrecht geweckt hat und mir während des Schreibens stets mit Rat zur Seite stand.

Herrn Prof. Dr. Steffen Schlinker danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für die wundervolle Zeit sowohl als studentische Hilfskraft als auch später als wissenschaftlicher Mitarbeiter.

Dem Herausgeber und dem Verlag Duncker & Humblot danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Schriften zum Gesundheitsrecht“.

Ganz besonderer Dank gilt schließlich meiner gesamten Familie, die mich stets tatkräftig unterstützt hat. Meiner Mutter und meinen drei Schwestern Franziska, Elisabeth und Charlotte danke ich im Speziellen für ihre durchgehende Bereitschaft, meine Arbeit Korrektur zu lesen. Bei meinen Eltern möchte ich mich zudem für die großzügige finanzielle Unterstützung bei der Veröffentlichung dieser Arbeit bedanken.

Greifswald, im Februar 2022

Johannes Fitzke

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
I. Arzt als Symbolfigur	21
II. Ziel und Gang der Untersuchung	23

1. Teil

Begriffliche und rechtliche Grundlagen	25
A. Ärztliche Therapiefreiheit	25
I. Rechtsgrundlagen der Therapiefreiheit	27
1. Verfassungsrecht	27
a) Berufsfreiheit	27
b) Wissenschaftsfreiheit	29
c) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	30
d) Gewissensfreiheit	32
2. Einfaches Recht	33
3. Kammersatzungsrecht	34
II. Akzeptanz der Therapiefreiheit	34
III. Ausformungen der Therapiefreiheit	36
1. Entscheidung über die Aufnahme der Behandlung	36
2. Methodenwahlfreiheit	36
a) Schulmedizin, Alternativmedizin und medizinischer Standard	38
b) Neulandmethoden	40
c) Außenseitermethoden	40
d) Heilversuche	41
3. Recht auf Ablehnung von einzelnen Behandlungsvarianten	42
IV. Hintergründe der Therapiefreiheit	43
1. Individualität des Behandlungsgeschehens	43
2. Medizinischer Fortschritt	43
3. Wille des Patienten	45
B. Selbstbestimmungsrecht des Patienten	45
I. Rechtsgrundlagen des Selbstbestimmungsrechts	46
1. Verfassungsrecht	46
a) Vertretene Ansätze	47

b) Kritik	48
c) Notwendigkeit einer flexiblen Betrachtungsweise	50
2. Einfaches Recht	52
a) Einwilligungsfähige Patienten (Aufklärung)	52
b) Exkurs: Einwilligungsunfähige Patienten (Patientenverfügung)	54
3. Kammersatzungsrecht	55
II. Akzeptanz des Selbstbestimmungsrechts	56
III. Ausformungen des Selbstbestimmungsrechts	57

2. Teil

Historische Entwicklung der Arzt-Patienten-Beziehung	60
A. Frühzeit	61
I. Urmenschen und primitive Naturvölker	61
1. Frühzeitliches Medizinverständnis	62
2. Medizinmann-Patienten-Beziehung	63
II. Erste Hochkulturen	66
1. Archaisches Medizinverständnis	66
2. Orientalische Hochkulturen	67
a) Ägypten	67
b) Mesopotamien	69
3. Hochkulturen im alten Indien und China	70
4. Arzt-Patienten-Beziehung in den hochkulturellen Reichen	71
B. Antike	74
I. Asklepiaden	75
II. Hippokratische Medizin	75
1. Hippokratisches Medizinverständnis	76
2. Eid des Hippokrates	77
III. Medizin in Alexandria	78
1. Leichensektionen	79
2. Vivisektionen	80
IV. Medizin im Römischen Reich	81
V. Arzt-Patienten-Beziehung in der Antike	83
1. Behandlung von freien vermögenden Bürgern	83
2. Behandlung von Armen, Sklaven und Soldaten	85
3. Behandlung von Todkranken	86
C. Mittelalter	88
I. Monastische Medizin	88
II. Scholastische Medizin	89

III. Arzt-Patienten-Beziehung im Mittelalter	91
1. Frühmittelalterliche Mönchsarzt-Patienten-Beziehung	94
2. Hoch- und spätmittelalterliche Arzt-Patienten-Beziehung	96
D. Neuzeit	97
I. Paternalismus	97
1. Paternalistisches Medizinverständnis	98
2. Paternalistische Arzt-Patienten-Beziehung	99
II. Entwicklung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten	101
1. Reichsgerichtsentscheidung RGSt 25, 375	102
2. Arzt im Nationalsozialismus	104
a) Nationalsozialistisches Medizinverständnis	104
b) Nationalsozialistische Arzt-Patienten-Beziehung	107
3. Nürnberger Ärzteprozesse und Nürnberger Kodex	107
4. Deutsche Demokratische Republik	109
a) Sozialistisches Medizinverständnis	110
aa) Berücksichtigung der Individualität des Patienten	110
bb) Einordnung des ärztlichen Heileingriffs	111
cc) Bedeutung des Patientengesprächs	112
dd) Einhaltung der Schweigepflicht	114
b) Sozialistische Arzt-Patienten-Beziehung	115
5. Contergan-Prozesse und Studentenbewegung	116
III. Arzt-Patienten-Beziehung in der Neuzeit	118
E. Gegenwart	119
I. Patientenrechtegesetz	119
1. Behandlungsvertrag	120
2. Aufklärungspflicht und Informationsrecht	121
3. Dokumentationspflicht und Einsichtsrecht	124
II. Arzt-Patienten-Beziehung der Gegenwart	126
1. Therapeutische Partnerschaft	126
2. Kritik	127
3. Modell der einseitig bedingten Partnerschaft	130
4. Modell der einseitig aleatorischen Partnerschaft	131
5. Renaissance des Paternalismus in der Praxis	132
a) Einzelfallbezogene Bewertung	133
aa) Auszüge aus einem Patienteninterview	133
bb) Auswertung der Patientenaussagen	135
b) Generalisierende Bewertung	136
6. Sonderfall: Wunschmedizin	139
III. Exkurs: Code of American Medical Association	141
1. Grundfassung von 1847	142

2. Entwicklung bis 1980	143
3. Stand ab 2001	145

3. Teil

Therapiefreiheit versus Selbstbestimmungsrecht	146
A. Theoretisches Modell: Gegeneinander oder Miteinander?	146
I. Zielrichtung der ärztlichen Therapiefreiheit	147
II. Zielrichtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten	149
III. Einordnung in die Arzt-Patienten-Beziehung	149
B. Ausgewählte praxisrelevante Spannungsfelder	151
I. Therapeutisches Privileg/Humanitäres Prinzip	151
1. Fallgruppen	153
2. Kritik	155
3. Alternative: Recht auf Nichtwissen	157
a) Möglichkeit des Aufklärungsverzichts	157
b) Gesetzliche Anforderungen an einen wirksamen Aufklärungsverzicht	159
aa) Problematik der Ausdrücklichkeit des Aufklärungsverzichts	159
bb) Problematik des „aufgeklärten“ Aufklärungsverzichts	160
4. Sonderfall: Einsichtnahme in die Patientenakte	163
5. Auflösung des Spannungsfelds	166
II. Ausübung der Methodenwahlfreiheit	166
1. Anwendung von Methoden, die außerhalb des medizinischen Standards liegen	166
2. Aufklärung über Behandlungsalternativen	167
a) Aufklärung über alternative Standardverfahren	168
b) Aufklärung über alternative schulmedizinische Außenseitermethoden und Verfahren aus der Alternativmedizin	169
c) Aufklärung über alternative Neulandmethoden	171
3. Auflösung des Spannungsfelds	172
III. Off-label-Use	173
1. Zulässigkeit von Off-label-Medikamenten	174
2. Beeinträchtigung der Arzt-Patienten-Beziehung durch das AMG	175
a) Tatbestand von § 96 Nr. 5 AMG	176
aa) Adressateneigenschaft des Arztes	176
bb) Ärztliche Tätigkeiten als taugliche Tathandlung	177
b) Strafflosigkeit durch Rechtfertigung	179
c) Stellungnahme zu einer möglichen Strafbarkeit des Arztes nach § 96 Nr. 5 AMG	181
aa) Off-label-Standardbehandlung	181

bb) Off-label-Heilversuch 183
 3. Aufklärung über den Aspekt der fehlenden Zulassung 183
 4. Auflösung des Spannungsfelds 186

4. Teil

Vertragsfreiheit in der Arzt-Patienten-Beziehung 188

A. Verhältnis von Therapiefreiheit und ärztlichem Kontrahierungszwang 188
 I. Approbation 190
 II. Berufsethos 191
 III. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 192
 1. Diskriminierungsverbot aus § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG 192
 2. Erweitertes Diskriminierungsverbot aus § 19 Abs. 2 AGG 194
 3. Ausnahmeregelung aus § 19 Abs. 5 S. 1 AGG 194
 4. Kontrahierungszwang als mögliche Rechtsfolge von § 21 Abs. 1 S. 1 AGG 196
 IV. Unterlassene Hilfeleistung aus § 323c StGB 198
 V. Behandlungsgrundsätze und Verhaltensregeln aus § 7 Abs. 2 S. 2 MBO-Ä 200
 VI. Allgemeiner Kontrahierungszwang 201
 VII. Schlussfolgerung 202
 B. Verhältnis von Selbstbestimmungsrecht und Vertragsfreiheit 203

5. Teil

Vertragsarztrecht 205

A. Notwendigkeit der Untersuchung 205
 B. Spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang bei Vertragsärzten 207
 I. Kontrahierungszwang aus § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V 207
 II. Kontrahierungszwang aus § 13 Abs. 7 S. 3 BMV-Ä 210
 C. Beschränkung der Methodenwahlfreiheit durch das Vertragsarztrecht 210
 I. Abrechnungssystem der gesetzlichen Krankenkassen 211
 1. Individuelle Gesundheitsleistungen 212
 a) Anwendung auf IGeL ohne Bezugspunkt zur Heilbehandlung 213
 b) Anwendung auf IGeL mit Bezugspunkt zur Heilbehandlung 213
 c) Berücksichtigung von ökonomischen Interessen der Ärzteschaft 214
 2. Wahlleistungen 216
 3. Einsatz von neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden 217
 a) Ambulanter Bereich 217

b) Stationärer Bereich	219
aa) Sichtweise der Rechtsprechung	220
bb) Sichtweise der Literatur und des Gesetzgebers	221
cc) Stellungnahme	221
4. OTC-Präparate	222
II. Disease Management Programme	226
1. Gefahren eines vorstrukturierten Behandlungsprogramms	227
2. Möglichkeit des Abweichens vom vorstrukturierten Behandlungsprogramm	229
III. Diagnosis Related Groups-Vergütungssystem	230
1. Entwicklung und Zielvorstellungen	231
2. Kategorisierbarkeit von Krankheitsfällen	231
3. Spannungsverhältnis zwischen medizinischen und ökonomischen Entscheidungsgründen	233
4. Gehemmter medizinischer Fortschritt	236

6. Teil

Einfluss der Digitalisierung auf die Arzt-Patienten-Beziehung	238
A. Ausgangspunkt: Leitbild der therapeutischen Partnerschaft	240
B. Systematisierung der digitalen Gesundheitsanwendungen nach Dochow	241
C. Verhältnis von ärztlicher Therapiefreiheit und Selbstbestimmungsrecht des Patienten im digitalisierten Gesundheitswesen	244
I. Internet als alternative Informationsquelle für den Patienten	244
1. Informationen über Ärzte	245
2. Informationen über Krankheiten	248
3. Auswirkungen auf die Arzt-Patienten-Beziehung	252
II. Verwendung von Big Data in der Medizin	254
1. Leitlinienorientierte Medizin	255
2. Personalisierte Medizin	256
a) Algorithmic Decision Making im Gesundheitswesen	258
aa) Technische Grundlagen von Algorithmen (Überblick)	258
bb) Vereinbarkeit mit der ärztlichen Methodenwahlfreiheit	261
b) Auswirkungen auf die Arzt-Patienten-Beziehung	265
III. Ausschließliche Fernbehandlung	269
1. Entwicklung und rechtliche Rahmenbedingungen	270
2. Chancen und Risiken	272
3. Auswirkungen auf die Arzt-Patienten-Beziehung	274
a) Physische Präsenz als „Goldstandard ärztlichen Handelns“	274
aa) Therapiefreiheit und die Entscheidung zur Fernbehandlung	276

bb) Patientenselbstbestimmung und die Entscheidung zur Fernbehandlung 277

b) Neudefinition von „Goldstandard“ 278

c) Medizinischer Standard und Haftungsproblem 279

Ergebnisse 284

Literaturverzeichnis 289

Anhang: Code of American Medical Association 311

Sachregister 315

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz, Absätze
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADG-E	Entwurf Antidiskriminierungsgesetz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
Alt.	Alternative
AMA	American Medical Association
AMG	Arzneimittelgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
ArbG	Arbeitsgericht
Art.	Artikel
Ärzte-ZV	Zulassungsverordnung für Vertragsärzte
ArztR	Arztrecht (Zeitschrift)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsrechts (amtliche Sammlung)
BÄK	Bundesärztekammer
BÄO	Bundesärzteordnung
Bay. ÄB	Bayerisches Ärzteblatt
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BeckOGK	Beck-online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BerGer.	Berufungsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (amtliche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BMV-Ä	Bundemantelvertrag für Ärzte
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts (amtliche Sammlung)
bspw.	beispielsweise
BT-Drucksache	Bundestag-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise
Conn.	Supreme Court of Connecticut
DAF	Deutsche Arbeiterfront
dbb	Beamtenbund und Tarifunion
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DMP	Disease Management Programm(e)
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift (Zeitschrift)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DtÄb	Deutsches Ärzteblatt (Zeitschrift)
DtÄb cme kompakt	Deutsches Ärzteblatt Continuing Medical Education Kompakt (Zeitschrift)
DtÄb-Praxis	Deutsches Ärzteblatt Supplement Praxis (Zeitschrift)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
EDV	elektronische Datenverarbeitung
et al.	und andere
etc.	et cetera
EthRG	Ethikratgesetz
EU	Europäische Union
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnummer
FORUM	Forum – Das offizielle Magazin der Deutschen Krebsgesellschaft e. V. (Zeitschrift)
FPR	Familie Partnerschaft Recht (Zeitschrift)
F.Supp.3d	United States District Court, D. Oregon
F&L	Forschung und Lehre (Zeitschrift)
GBA	Gemeinsamer Bundesausschluss
GBE Kompakt	Gesundheitsberichterstattung Kompakt (Zeitschrift)
(G)-DRG(s)	(German)-Diagnosis Related Group(s)
GenDG	Gendiagnostikgesetz
GesR	Gesundheitsrecht (Zeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GreifR	Greifrecht (Zeitschrift)
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift) – digitale Rechtsprechungssammlung
GuP	Gesundheit und Pflege (Zeitschrift)
G&S	Gesundheits- und Sozialpolitik (Zeitschrift)
HIV	Humane Immundefizienz-Virus
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz

HWG	Heilmittelwerbe-gesetz
IGeL	Individuelle Gesundheitsleistungen
Ill.App.	Appellate Court of Illinois
IM	Inoffizieller Mitarbeiter
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KHEntgG	Krankenhausentgeltgesetz
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
KI	Künstliche Intelligenz
Kl.	Kläger
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung (Zeitschrift)
KV	Kassenärztliche Vereinigung
lat.	lateinisch
LG	Landgericht
LSG	Landessozialgericht
MB	Marburger Bund
mbH	mit beschränkter Haftung
MBO-Ä	Musterberufsordnung Ärzte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MDR-Zeitreise	Mitteldeutscher Rundfunk-Zeitreise (Onlinebeiträge)
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MfS	Ministerium für Staatssicherheit
Mio.	Millionen
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MMR-Aktuell	Newsletter zur Zeitschrift MMR
MPR	Medizin Produkte Recht (Zeitschrift)
MV	Mecklenburg-Vorpommern
MVF	Monitor Versorgungsforschung (Zeitschrift)
N. A.	Nikolai Aleksandrovich
n. Chr.	nach Christus
NHS	National Health Service, staatliches Gesundheitssystem in Großbritannien und Nordirland
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechung-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NS	Nationalsozialismus
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht

NSZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechung-Report Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
N.Y.	Court of Appeals of New York
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o.ä.	oder ähnliche(s)
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OLG	Oberlandesgericht
öStGB	österreichisches Strafgesetzbuch
OTC	Over the counter
OVG	Oberverwaltungsgericht
PharmR	Pharmarecht (Zeitschrift)
RÄO	Reichsärzteordnung
Rdnr.	Randnummer
Rdnrn.	Randnummern
RFHE	Entscheidungen des Reichsfinanzhofs (amtliche Sammlung)
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (amtliche Sammlung)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
RL	Richtlinie
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
S.	Satz, Seite(n)
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
SGB	Sozialgesetzbuch
SMS	Short Message Service
sog.	sogenannte(r)
SRa	Sozialrecht aktuell (Zeitschrift)
StGB	Strafgesetzbuch
STGB-DDR	Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik
StPO	Strafprozessordnung
TFG	Transfusionsgesetz
u. a.	unter anderem
u. dgl.	und dergleichen
US	United States
Var.	Variante
v. Chr.	vor Christus
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkungen
vs.	versus
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VW	Versicherungswirtschaft (Zeitschrift)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiPrO	Wirtschaftsprüferordnung
W.L.R.	Weekly Law Reports
z. B.	zum Beispiel

ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZPR	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

„In drei Gestalten kennt das Publikum den Doktor: Als Engel, wenn am Krankenbette hockt er. Als Gott, wenn ihm die Heilung ist geglückt. Als Teufel, wenn am Schlusse er die Rechnung schickt.“¹

I. Arzt als Symbolfigur

Die Tätigkeit des Arztes² gilt als eine in Deutschland hoch angesehene Profession. Zwischen 2015 und 2020 belegte der Arztberuf in der regelmäßig stattfindenden dbb-Bürgerbefragung, durchgeführt von der Gesellschaft für Sozialforschung und statistische Analysen mbH (kurz: forsa), hinter dem Beruf des Feuerwehrmanns den zweiten Platz. Im Jahr 2021 reichte es für den Arztberuf trotz einer minimalen Steigerung im Bürgeransehen noch für den dritten Platz. Das Podest im Jahr 2021 wird durch den Krankenpfleger als neuer Zweitplatzierter, also mit einer ebenfalls medizinisch ausgerichteten Berufsgruppe, komplettiert.³ Die Covid-19-Pandemie und der damit verbundene unerschütterliche Einsatz von Ärzten und Krankenpflegern wird diese positive Einschätzung in der Zukunft höchstwahrscheinlich weiter zementieren, wenn nicht sogar ausbauen.

Der Respekt der Gesellschaft ist dem Arzt durch den Abschluss des für schwierig erachteten Studiums und nach dem Eintreten der ersten medizinischen Erfolge gewiss. Gleichwohl ist zu kritisieren, dass das – durchaus gerechtfertigte – Ansehen im Hinblick auf Fokussierung und Engagement regelmäßig durch die Medienlandschaft zu einem Mythos der Allwissenheit und Übermacht der Ärzte pervertiert wird. Sowohl in internationalen Produktionen wie „Grey’s Anatomy“; „Emergency Room“ oder „Private Practice“ als auch in den deutschen Serien-Hits „In aller Freundschaft“ oder „Die Schwarzwaldklinik“ werden die Ärzte nicht selten als „Halbgötter in Weiß“ dargestellt.⁴ Die Schauspieler treten als Charaktere auf, die

¹ Abgedruckt in: *Pollak*, Die Jünger des Hippokrates, S. 150 f.

² Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die weibliche Sprachform verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für beide Geschlechter.

³ dbb-Bürgerbefragung 2015, S. 9; dbb-Bürgerbefragung 2019, S. 21; dbb-Bürgerbefragung 2020, S. 11; dbb-Bürgerbefragung 2021, S. 11; sämtliche Bürgerbefragungen sind abrufbar unter <https://www.dbb.de/presse/mediathek/broschueren.html> (Zugriff: 05.02.2022).

⁴ Vgl. *Bergdolt*, Das Kontinuum des Ärztlichen, in: Katzenmeier/Bergdolt (Hrsg.), Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, S. 105 (112), „Stets behält er [der gute Arzt], wie Professor Brinkmann in der berühmten, inzwischen selbst historischen Schwarzwaldklinik-Serie, einen klaren Kopf, den man beim Kranken, den Angst und Inkompetenz verwirren, nur bedingt findet.

unabhängig, eigenverantwortlich und zum Teil auch gegen den erklärten Patientenwillen über Leben oder Sterben entscheiden.⁵ Doch unter welchen rechtlichen Rahmenbedingungen findet das Aufeinandertreffen von Arzt und Patient tatsächlich statt? Ist der Arzt in seinem Wirken derart frei, wie es die Medienlandschaft teilweise suggeriert oder handelt es sich hierbei um eine plakative Beeinflussung der gesellschaftlichen Sicht auf den Arztberuf? Ist der Arzt unter dem Deckmantel einer „ärztlichen Therapiefreiheit“ dazu berechtigt, sein Verständnis von einer medizinischen Behandlung dem Patienten aufzuzwingen oder steht auch diesem eine eigenständige Rechtsposition zu?

Die Entwicklung der Arzt-Patienten-Beziehung ist bei weitem nicht abgeschlossen. Der Arzt der Frühzeit hatte sich mit einer anderen Form und einer anderen Intensität von Patientenwünschen auseinanderzusetzen, als dies die Aufgabe des modernen Arztes ist. Auch die Position des Patienten unterliegt seit dem Aufkommen von medizinischen Berufsfeldern einem stetigen Wandel. In Zukunft wird neben gesellschaftspolitischen Reformen auch das voranschreitende Zeitalter der Digitalisierung weitere Veränderungen mit sich bringen. Es bietet sich daher an, die Entwicklung der Arzt-Patienten-Beziehung sowohl historisch als auch zukunftsorientiert zu bewerten.

Die Aktualität der Wechselwirkungen von ärztlicher Therapiefreiheit und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten zeigt sich zudem an der neuesten Revidierung des Genfer Gelöbnisses. Erst auf der 68. Generalversammlung des Weltärztebundes im Oktober 2017 in Chicago wurde das der Musterberufsordnung der Ärzte vorangestellte Versprechen um den Passus „Ich werde die Autonomie und die Würde meiner Patientin oder meines Patienten respektieren“ erweitert.⁶ Diese Änderung spiegelt den Siegeszug des Selbstbestimmungsrechts des Patienten wider und bietet darüber hinaus einen zusätzlichen Beweggrund für die vorliegende Untersuchung.

Als Universitätsprofessor ist er auch noch ein begabter Lehrer, ein glänzender Redner und möglichst ubiquitär für die Kollegen in zahllosen Gremien tätig. Ironisch könnte man sagen: Der gute Arzt verfügt über eine Universalbegabung, welche die Natur außerhalb seines Standes nicht geschaffen hat.“

⁵ Beispielhaft sollen an dieser Stelle Teile der Dialoge aus „In aller Freundschaft – Folge 890 – Männergespräche“ dargestellt werden: (22:26 ff.) Ärztin empfiehlt Operation; „Nicht ohne Patientenverfügung!“ (Patient); Ärztin liest die Patientenverfügung vor, Nachfragen bezüglich der Rechtsgültigkeit werden von dem ebenfalls anwesenden Chefarzt bejaht; „Wenn nach der Operation etwas schief geht, sie halten sich daran?“ (Patient); „Ja“ (Ärztin); (30:45 ff., nach der Operation, der Patient liegt im Sterben) „Martin? (Name von Arzt)“ (Ärztin); „Ich lasse ihn hier nicht sterben!“ (Arzt); anschließend wird der Patient entgegen der Patientenverfügung wieder künstlich beatmet; (35:29 ff., vor der Klinik) „Er könnte dich verklagen“ (Chefarzt); „Ist mir egal“ (Arzt); „Der Wille des Patienten ist dir auch egal?“ (Chefarzt); daraufhin schweigt der Arzt nur; anschließend wird die Narkose doch beendet, der Patient überlebt erstmal.

⁶ Parsa-Parsi/Wiesing, DtÄb 2017, A-2023 (A-2023).

II. Ziel und Gang der Untersuchung

Die nachfolgende Untersuchung befasst sich zum einen mit der Dynamik der Arzt-Patienten-Beziehung und zum anderen mit dem sich entwickelnden Verhältnis von ärztlicher Therapiefreiheit und Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Da sich beide Parteien auf Rechtspositionen berufen können, die auf den ersten Blick eine typische Rechtskollision zur Folge haben, bietet es sich an, diesen Kontext näher zu untersuchen. Insgesamt zielt die Arbeit auf eine Standortbestimmung von Arzt und Patient im Rahmen des Behandlungsgeschehens ab. Die folgenden Betrachtungen bleiben dabei auf die individuelle Arzt-Patienten-Beziehung beschränkt, wobei jeweils von einem volljährigen und einwilligungsfähigen Patienten ausgegangen wird.

Der *erste Teil* der Untersuchung beschäftigt sich mit den für die Arzt-Patienten-Beziehung entscheidenden Rechtspositionen der Beteiligten. Tritt ein Patient mit einem Arzt in Kontakt, handelt es sich sogleich immer um ein Aufeinandertreffen von ärztlicher Therapiefreiheit und Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Doch wie sind diese Rechtspositionen einzuordnen? Während der Fokus der existierenden Literatur bisher eher auf der Patientenautonomie lag, wird neben deren Würdigung auch aufgezeigt, was unter der ärztlichen Freiheit zu verstehen ist und wie diese normhierarchisch verankert ist.

Im Rahmen des *zweiten Teils* wird die historische Entwicklung der Arzt-Patienten-Beziehung untersucht. Bestand schon immer ein ärztlicher Entscheidungsspielraum oder war der Arzt der Frühzeit in seinem Wirken beschränkt? Welche Rolle spielte der Glaube an die Magie? Ab wann kann von einem Selbstbestimmungsrecht des Patienten gesprochen werden und inwieweit ist dieses auf einzelne historische Gegebenheiten zurückzuführen? Bei der Beleuchtung der Rechtspositionen werden auch Grundzüge des jeweiligen Medizinverständnisses sowie die soziale Anerkennung des Arztberufes mitberücksichtigt. Fokussiert wird sich jeweils auf die Freiheit des Arztes, seine Sichtweise auf den Patienten und dessen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Behandlung. Mithilfe einer Subjekt-Objekt-Einteilung werden die epochalen Arzt-Patienten-Beziehungen kategorisiert. Gibt es die medial propagierte Subjekt-Objekt-Beziehung tatsächlich oder bedarf es einer detaillierteren Einteilung? Handelt es sich bei der angepriesenen therapeutischen Partnerschaft um die Realität oder um einen bloßen Wunschgedanken?

Der *dritte Teil* behandelt das Verhältnis von ärztlicher Therapiefreiheit und Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Stehen sich diese in Form einer Rechtskollision gegenüber oder handelt es sich vielmehr um eine Rechtssymbiose? Wie ist der historisch gewachsene Gedanke des ärztlichen Heilauftrages in das Aufeinandertreffen einzuordnen? Erschöpft sich die Patientenselbstbestimmung in einem bloßen Schutzcharakter oder kann ihr auch ein rechtserweiterndes Element beigegeben werden? Anschließend wird an einigen praxisrelevanten Beispielskonstellationen das zuvor entwickelte Arzt-Patienten-Modell begutachtet. Das Ziel liegt hierbei auf der Bewertung von Situationen, in denen der Patient oder der Arzt eines verstärkten Schutzes bedarf.