

Patientenrechte contra Ökonomisierung in der Medizin

PROF. DR. HANS LILIE (HRSG.)

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Interdisziplinäres Zentrum
Medizin-Ethik-Recht

Prof. Dr. Hans Lilie (Hrsg.), Schriftenreihe Medizin-Ethik-Recht, Band 5, 2007

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek:

ISSN 1862-1619

ISBN 10 : 3-86010-857-3

ISBN 13 : 978-3-86010-857-4

Schutzgebühr Euro 5

Interdisziplinäres Zentrum Medizin-Ethik-Recht (MER)
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D- 06108 Halle (Saale)
mer@jura.uni-halle.de
www.mer.uni-halle.de
Tel. ++ 49(0)345-55 23 142

Patientenrechte contra Ökonomisierung in der Medizin am Beispiel des Rechts auf Information

von Prof. Dr. Eggert Beileites

Wahrheit am Krankenbett in Zeiten vermehrter Ökonomisierung der Medizin

These: Das Prinzip des Informed Consent, zu dessen konstituierenden Elementen Wahrheit gehört, wird durch die zunehmende Ökonomisierung empfindlich gestört.

I. Wahrheit am Krankenbett - keine leichte Aufgabe

Beispiel 1:

Ein 72-jähriger, wortkarger Landwirt stellt sich mit einer etwa 2x4cm großen Anschwellung am rechten Kieferwinkel vor. Er möchte wissen, um was es sich handelt und ob man diese Krankheit mit Medikamenten therapieren könne. Sollte es ein Tumor sein, dann wolle er nicht mehr weiter leben. Einer Operation stimme er keinesfalls zu. Auf den Hinweis, dass es sich zwar um einen Tumor, aber mit hoher Sicherheit um einen gutartigen und dazu relativ einfach operierbaren Tumor handle, verließ er ablehnend die Praxis. Vierzehn Tage später hatte er sich aufgehängt. Sogar unbehandelt hätte er mit einem gutartigen Speicheldrüsentumor sicher noch viele Jahre weitgehend beschwerdefrei leben können.

Ist die „Tumor - Wahrheit“ richtig gewesen? Helfend war sie sicherlich nicht.

Beispiel 2:

Ein 57-jähriger, ängstlicher Patient kommt mit Heiserkeit zur Behandlung. Eine aus dem Kehlkopf entnommene Gewebeprobe ergibt das histologische Bild eines bösartigen Tumors. Der Patient, konfrontiert mit dieser Diagnose, möchte diese am liebsten unausgesprochen machen, zumindest aber streng geheim halten. Er verbietet ausdrücklich, irgendjemandem, und sei es der eigenen Familie, auch nur ein Sterbenswörtchen von dem Tumorleiden zu sagen. Einer Behandlung stimmt er

nur zu, wenn diese ambulant geschehen kann, um sie so vor der Familie verbergen zu können. Die Ehefrau ihrerseits bittet heimlich um ein Gespräch, in dem sie dann kund tut, dass sie zwar von dem Tumorleiden wisse, ihr Ehemann aber keinesfalls von seinem Tumor erfahren dürfe. Die von weit her angereiste Tochter verlangt ihrerseits ein ganz analoges Verhalten. Sie wisse, dass ihr Vater einen bösartigen Kehlkopftumor hätte, die Eltern dürften jedoch beide nichts davon erfahren, da sie es nicht verkraften könnten.

Wer darf nun was erfahren?

II. Ökonomisierung und deren Einfluss auf das Informed-Consent-Prinzip

Die Ökonomisierung in der Medizin nimmt massiv zu. Ressourcenverknappung zeigt sich überall. Rationierung in heimlicher Form ist in Deutschland längst üblich geworden.

Versteckte ökonomische und wohlgerne nichtmedizinische Indikationen haben sich etabliert wie beispielsweise das Anlegen einer PEG im Pflegeheim, weil niemand die zeitaufwendige Fütterung übernehmen kann und möchte.

Das zur Sanierung erdachte neue Finanzierungssystem für die Krankenhäuser - die diagnosebezogenen Fallpauschalen - gibt unserem Gesundheitssystem einen weiteren massiven Schub in Richtung Ökonomisierung, obgleich dieser einschneidende Umbau zur Beseitigung der ökonomischen Misere erdacht worden ist. Krankenhäuser erhalten nur noch eine pauschale Zahlung für den jeweiligen Behandlungsfall. Und da dieselben wirtschaftlich arbeiten sollen, müssen sie überlegen, wie man Gewinne steigern und Unkosten vermeiden kann. Und dies kann man eben dadurch, dass Patienten so schnell wie möglich entlassen werden, denn jeden Tag, den diese im Krankenhaus verbringen, entstehen neue Kosten.

Hier soll nun überlegt werden, welche Auswirkungen die Ökonomisierung und der geplante Umbau des Systems auf das wichtige Patientenrecht „Information“ und die damit in Zusammenhang stehende „Wahrheit am Krankenbett“ hat, um gegebenenfalls rechtzeitig auf entstehende Probleme aufmerksam machen zu können. Der Kostendruck zwingt allgemein zur Rationalisierung - so auch in der Medizin.

Rationalisierung heißt im Wesentlichen Personalreduktion durch Zentralisation und Automatisierung. In Dienstleistungsbereichen, zu denen auch die Medizin gehört,

werden automatisierbare und abrechenbare Dienstleistungen auf Kosten von „unrentablen“ Gesprächen und nicht abrechenbarer Zuwendung ausgeweitet. Durch Auf- und Ausbau multiprofessioneller Teams erhoffen sich die Akteure außerdem weitere Leistungssteigerungen und vor allem mehr Effizienz. Die sich daraus ergebende Zersplitterung von Verantwortung schwächt ungewollt das Informed-Consent-Prinzip, weil der Patient nun nicht mehr nur einer ihm vertrauten Arztpersönlichkeit, sondern vielen, ihm nur mehr oder weniger bekannten Fachleuten gegenüber steht. Zu diesem Problem kommen noch andere Entwicklungen hinzu, die zwar primär mit der Ökonomisierung nichts zu tun haben, aber das Informed-Consent-Prinzip ebenfalls stören. Die ständige Vermehrung der Labordaten und die ausgeprägte ärztliche Spezifizierung auf nur kleine Organteile führen zur Vernachlässigung der Gesamtbetrachtung des Patienten. Es breitet sich in der Medizin gewissermaßen eine Facharbeitermentalität aus, mit der man Werkstücke prüft und das menschliche Leiden, vom Rauschen des ständig wachsenden Datenflusses übertönt, wird gar nicht mehr recht wahrgenommen. Mit zunehmendem Schwinden der ganzheitlichen Patientenbetreuung wird der Informed Consent zur Makulatur.

III. Das Recht auf Aufklärung unter den Bedingungen der Ökonomisierung – Auswirkungen auf das Informed-Consent-Prinzip

Selbst bei dem eigentlich auf reiner Zuwendung basierenden, gesetzlich verankerten Recht des Patienten auf Aufklärung spürt man Auswirkungen der Ökonomisierung. Ein genormter, geradezu lückenlos erscheinender Aufklärungsbogen wird dem Patienten zum Lesen in die Hand gedrückt, übrigens ungeachtet dessen, dass es immer mehr Menschen gibt, denen Lesefähigkeit nur geringfügig oder kaum gegeben ist. Erst danach kommt der Arzt - möglicherweise der Jüngste im Team, weil er angeblich am meisten Zeit hat - und stellt pflichtgemäß nun noch einige mehr oder weniger belanglose, aber eben individuelle Fragen, um den juristischen Vorgaben nach Individualität Genüge zu leisten. Damit ist zwar die entscheidende Zugangsbedingung für die geplante medizinische Maßnahme, nämlich die Einwilligung, erfüllt - und dazu noch relativ kostengünstig, aber eben nicht im Sinn des Informed Consent, also der angemessen informierten Zustimmung. Erschwerend kommt hinzu, dass der Aufklärungsvorgang von ärztlicher Seite primär vielfach nur noch als Haftungsentlastung geplant und angesehen wird. Dadurch wird das eigentliche Anliegen, Autonomie

des Patienten, geradezu konterkariert. Aus dem Patientenrecht wird ein Arztschutzinstrument.

Aufklärung darf nicht zum puren Formalismus verkommen. Wenn eine Aufklärung, analog eines „Waschzettels“ erfolgt, dann ist das unfair dem Patienten gegenüber und im Grunde schlimmer als keine Aufklärung.

Die richtige Aufklärung ist Teil der Selbstbestimmung und korrespondiert mit dem Autonomieprinzip. Sie beinhaltet eine konkrete, angemessen umfangreiche und vor allem eine wahrheitsgemäße Information über den Gesundheitszustand des Patienten. Wesen, Bedeutung und Tragweite des ärztlichen Eingriffs müssen in ihren Grundzügen, einschließlich der möglichen Komplikationen, vom Patienten erkannt und verstanden sein. Dieser hohe Anspruch setzt nun seitens des aufklärenden Arztes viel Einfühlungsvermögen für die Abschätzung der intellektuellen und emotionalen Persönlichkeitsstruktur des Patienten voraus.

Selbst für erfahrene Ärzte mit gutem Einfühlungsvermögen ist das mit der Aufklärung verbundene Übermitteln von „Wahrheiten“ oft ausgesprochen schwierig, besonders dann, wenn sie am Bett eines Kranken mit ungünstiger oder auch unsicherer Prognose stehen. Wenn die ärztliche Information vom Inhalt her geradezu Hoffnungslosigkeit transportieren muss, dann kommt es zum Konflikt mit dem ärztlichen Auftrag: Hoffnung aufzubauen und diese zur Heilung, zumindest zum Ertragen eines Leidens zu mobilisieren. Diesen Konflikt feinfühlig und unmerklich aufzulösen, gehört zu den vornehmsten ärztlichen Aufgaben.

Im Rahmen der Aufklärung ergeben sich für die Ärzte immer auch noch weitere schwierige Fragen, die von dem einzelnen Arzt gerade bei rationiertem Zeitvolumen und dadurch aufgelockerter Arzt-Patienten-Beziehung nur schwer beantwortet werden können.

- Was und wie viel soll oder darf man sagen? Wie viel Zeit darf für die Information „verschwendet“ werden?
- Wer soll und darf unter welchen Umständen in die Information einbezogen werden? (Andere mitbehandelnde Ärzte müssen selbstverständlich einbezogen werden.)
- Wie sieht es mit den Pflegekräften oder den Angehörigen und Freunden aus? Müssen, sollen, dürfen sie auch stillschweigend, ohne spezielle Einwilligung einbezogen werden?

- Müssen viel versprechende Diagnostik- oder Therapiealternativen auch dann angeboten werden, wenn sicher ist, dass die Kosten nicht getragen werden können?
- In wieweit sollen sich die Akteure über das, was gesagt werden soll, vorher absprechen?

IV. Schweigepflicht

Nun zu einem weiteren für das Informed-Consent-Modell wichtigen Recht der Patienten, nämlich der Schweigepflicht. Sie dient ebenfalls dem Schutz des Patienten. Der Einblick in die gesundheitliche Situation des Patienten und das Wissen des Arztes sollen gegenüber Dritten geschützt werden. Dieses jahrtausendealte, kostbare Recht wird in unseren Tagen immer wieder in Frage gestellt - auch aus ökonomischen Gründen.

Es gibt seitens der Kassen immer häufiger, und zwar nicht nur im Zusammenhang mit der Einführung der so genannten DMP's, sondern ganz generell aus ökonomischen Gründen eine erhebliche Begehrlichkeit nach Patientendaten.

Natürlich ergeben sich relativ unabhängig von der zunehmenden Ökonomisierung - allein aus Angst vor der Jurisprudenz auf ärztlicher Seite - weitere Unsicherheiten hinsichtlich der Schweigepflicht.

So können z.B. bei der Überlegung, ob Angehörige oder Pflegende informiert werden dürfen, die Rechtsprinzipien „Schweigepflicht“ und „Fürsorge“ in erhebliche Spannung geraten. Gar nicht so selten besteht das dringende Bedürfnis, Angehörige, gegebenenfalls auch unter Missachtung der Schweigepflicht, zu informieren, um durch sie überhaupt erst einmal einen kommunikativen Zugang zu verschlossenen und misstrauischen Kranken, ohne die eine Heilbehandlung gar nicht möglich ist, erreichen zu können. In solchen Fällen führt unter Umständen erst das Übergehen des Patienten zu einer späteren wohl informierten Zustimmung - zum Informed Consent.

Vertrauen ist entscheidender Part der Arzt-Patienten-Beziehung - Wahrhaftigkeit für Vertrauen konstituierend

Die wichtigste Basis für das Informed Consent Modell ist gegenseitiges Vertrauen, das durch informierende Gespräche zwischen Arzt und Patient aufgebaut und gepflegt wird. Das Gespräch hat nicht bloß juristische Ziele, sondern geht weit darüber hinaus - es ist bereits selbst ein Teil der Heilbehandlung. Vertrauen wächst nur langsam. Ärzte können zwar immer noch häufig auf einen Vertrauensvorschuss setzen und dieser darf keinesfalls leichtfertig enttäuscht werden. Wenn die Verunglimpfung der Ärzte in den Medien aber weiter so anhält, wie es in den letzten Jahren zu beobachten war, dann wird auch dieser Vorschuss verloren gehen.

Voraussetzung für eine Vertrauensbildung ist Wahrheit im Sinn von Wahrhaftigkeit. Unter Wahrheit versteht man gewöhnlich die Richtigkeit einer Aussage. Angesichts der Vielfalt individueller Wahrnehmungen handelt es sich allerdings um einen sehr relativen Begriff. In Situationen, in denen andere hochwertige Güter, wie etwa Schutz vor Angst oder gezielter Aufbau von Hoffnung ebenso zur Geltung kommen sollen, wird oftmals deutlich, wie wenig selbstverständlich Wahrheit sein kann. Wahrhaftigkeit dagegen ist gekennzeichnet durch verlässliche Kontinuität von wahren Aussagen, während es bei Einfühlsamkeit auf genaue Beachtung der unterschiedlichen, sehr individuellen Lebenssituationen, aber auch der unmittelbaren und augenblicklichen Umstände ankommt.

Wahrhaftige Kommunikation am Krankenbett sollte neben der nüchternen Faktenübermittlung auch gleichzeitig subjektive Wertungen, gegebenenfalls sogar spekulative Hoffnungskonstruktionen beinhalten, selbst wenn man sich dadurch auch ein Stück von der Wahrheit entfernt. Hoffnung entsteht nicht dadurch, dass alles gesagt wird, sondern sie gründet sich darauf, dass nichts zum Nachteil der Vertrauenschenkenden Person zurück gehalten wird. Wer am Krankenbett wahrhaftig sein will, muss zusätzlich dem Beziehungsgeflecht, in das der Kranke eingebunden ist, Rechnung tragen, d.h. seine auf das Wohl des Kranken ausgerichteten Mitteilungen hat er der Umgebung in angemessener Form zu vermitteln. Er muss dabei beachten, dass diese von den einzelnen Empfängern sehr unterschiedlich aufgenommen werden. Solche Botschaften sind deshalb in Form und Ausmaß durchaus unterschiedlich und empfängerspezifisch zu gestalten.

Trotzdem müssen verbale und nonverbale Informationen gegenüber dem Kranken, gegenüber den Angehörigen und gegenüber dem Pflorgeteam, wenn auch nicht unbedingt deckungsgleich, so doch auf jeden Fall von allen Seiten wahrhaftig sein und bleiben, und sie dürfen niemals einen konträren Anschein erwecken.

Nüchterne und wahre Sachinformation kann zwar möglicherweise zu einem gewissen Grad von „Informed Consent“ führen, das reicht aber für eine vernünftige Krankenbehandlung nicht aus. Dazu bedarf es noch der Beachtung weiterer kommunikativer Prozesse. Die Verarbeitung von Krankheitserfahrung und von Zukunftsaussichten ist ebenso wie die weitere möglicherweise krankheitsgezeichnete Gestaltung zwischenmenschlichen Miteinanders zu berücksichtigen. In der Regel handelt es sich um eine Dreierbeziehung zwischen dem Patienten, dem Arzt und den Angehörigen, die genau ausgelotet werden muss.

V. Brauchen wir überhaupt das Informed-Consent-Prinzip?

Ja, wir brauchen es heute mehr denn je. Mit Zunahme des medizinischen Wissens wächst die Unsicherheit der Ärzte darüber, was für das Wohl der Patienten am Besten ist. Ärzte benötigen deshalb zunehmend mehr die Mitverantwortung ihrer Patienten d.h. die informierte Einwilligung bzw. den Informed Consent.

Immer häufiger erleben wir die Situation, dass Patienten über ihre spezielle Krankheit extrem gut Bescheid wissen. Sie sind mittels Internet oder durch ihre Selbsthilfegruppe besser über die eigene Krankheit informiert als ihr Arzt es sein kann. Ein Teil „Aufklärung“ erübrigt sich dann, nicht aber das vertrauensbildende Gespräch.

Das Informed-Consent-Modell hat nicht nur positive Seiten. Falsch verstanden birgt es auch die Gefahr in sich, dass die Arzt-Patienten-Beziehung zu einer bloßen Vertragsbeziehung degradiert wird.

Unrealistische Forderungen und Wünsche, wie wir sie heutzutage immer öfter erleben, stehen dem Informed-Consent-Modell ebenso wie unbotmäßige juristische Forderungen entgegen.

VI. Zusammenfassung

Die **Ressourcenknappheit** ändert medizinische Grundeinstellungen und damit auch Faktoren, die für das Informed-Consent-Prinzip bestimmend sind. Dazu gehören: Aufklärung, Schweigepflicht, Wahrheit und Wahrhaftigkeit, Vertrauen, Vertrauensbildung:

Die **Aufklärung** stellt ganz allgemein das wesentlichste Zugangskriterium für die Durchführung medizinischer Maßnahmen dar und ist die wichtigste formale Voraussetzung für das **Informed-Consent-Prinzip**, also für die informierte Einwilligung. Unter dem enormen Kostendruck leidet die **Qualität** der Aufklärung so sehr, dass dadurch das Informed-Consent-Prinzip schlechthin empfindlich **gestört** wird.

Die **Schweigepflicht** wird in unseren Tagen immer wieder in Frage gestellt, so beispielsweise durch die Krankenkassen.

Die **Wahrheit**, vor allem aber **Wahrhaftigkeit** sind Instrumente, die voll in den Händen der Ärzte liegen und von diesen aktiv gestaltet werden können. Wahrhaftigkeit sollte als Bollwerk gegen die zunehmenden, auf die Arzt-Patienten-Beziehung gerichteten Attacken verstanden werden.

Das **Vertrauen** ist die eigentliche und sehr empfindliche Basis für die Arzt-Patienten-Beziehung. Es muss ständig erworben und gepflegt werden. Durch Ökonomisierung der Medizin gerät die Vertrauensbildung in Gefahr.

Über Sinn und Notwendigkeit einer sog. Patientencharta – ein österreichischer Diskussionsbeitrag –

von Prof. Dr. Erwin Bernat

Die Rechte des Patienten wurden in Österreich in Form eines sog. „Gliedstaatsvertrages“ (Bund – Länder) eingemahnt. Der Verfasser des nachstehenden Beitrages untersucht den Stellenwert dieser staatsrechtlichen Vereinbarung und vergleicht ihren Inhalt mit den schon de lege lata verankerten Patientenrechten.

I. Einführung in die Problemstellung

Patientenrechte sind keine Erfindung des ausgehenden 20. Jahrhunderts. Die Rechte des Patienten gegenüber dem Arzt und den Vertretern der medizinischen Hilfsberufe sind ja auch nichts anderes als eine konsequente Folge des Medizinrechts im objektiven Sinn. Daher „gibt es“ Patientenrechte, seit der Staat begonnen hat die Medizin zu verrechtlichen, und nicht erst, seit wir das Medizinrecht als eigenständiges akademisches Fach (und teilweise sogar als Rechtsgebiet) begreifen.¹ Es sei hier bloß daran erinnert, dass sich schon im Codex Hammurabi eine Bestimmung findet, die dem iatrogen geschädigten Patienten einen Anspruch auf Entschädigung zubilligt;² dass der Patientendatenschutz auf den Eid des Hippokrates zurückgeht;³ und dass bereits die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. ein Sonderstrafrecht für Ärzte anerkannt hat.⁴

Patientenrechte finden sich weit verstreut in vielen Gesetzen, die zum Gesundheitsrecht im weiteren Sinn zählen. Das erschwert es dem Patienten und der Öffentlichkeit, sich über ihren Inhalt in Kenntnis zu setzen. Mitunter fällt es aber auch dem Experten schwer, darüber Auskunft zu geben, welche subjektiven Rechte der Patient

¹ Dazu umfassend *Kopetzki*, Rechtspolitik der Zukunft – Medizinrecht, in: Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), *Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik* (1999) 221 (226 ff.).

² Vgl. *Feenstra/Seybold*, Zu den Anfängen eines Arzthaftungsrechts im Licht heutiger Gesetzgebung, in: *Festschrift für Wolfgang Maresch* (1988) 231 (234).

³ „Was ich bei der Behandlung sehe oder höre oder was ich an Dingen, die man nicht weitersagen darf, auch außerhalb der Behandlung im Leben der Menschen erfahre: Schweigen will ich bewahren und als heiliges Geheimnis solches betrachten ...“ (Abdruck des hippokratischen Eides u.a. bei *Kux/Emberger/Neudorfer/Chlan/Mahn*, *Ärztegesetz mit Kommentar nach dem Stand vom 1. Jänner 1988* [1988] 376 f.).

nun tatsächlich hat bzw. haben sollte. Dafür gibt es drei Gründe. Erstens ist die Reichweite mancher vom Gesetzgeber anerkannter Patientenrechte unscharf.⁵ Zweitens ist teilweise umstritten, welche Interessen des Patienten *de lege ferenda* als subjektive Rechte vis-à-vis dem medizinischen Sektor zu verankern sind.⁶ Und drittens wird die Stellung des Patienten im geltenden österreichischen Medizinrecht nach wie vor „durch eine wilde Gemengelage aus Zivilrecht, Strafrecht und Verfassungsrecht definiert.“⁷ – Die Patientenrechte werden daher zu Recht als Querschnittsmaterie bezeichnet.

Patientenrechte finden sich aber nicht nur in Bundes-, sondern auch in Landesrechtvorschriften. Während der Bund gem. Art 10 Abs. 1 Z 6 B-VG zur Gesetzgebung in Angelegenheiten des Zivilrechts- und des Strafrechtswesens und gem. Art. 10 Abs. 1 Z 12 B-VG zur Gesetzgebung in Angelegenheiten des Gesundheitswesens zuständig ist,⁸ wurde den Ländern im Rahmen des Kompetenztatbestandes „Heil- und Pflegeanstalten“ (Art. 12 Abs. 1 Z 1 B-VG) die Kodifizierung der Landeskrankenanstaltengesetze⁹ und gem. Art. 15 Abs. 1 B-VG die Regelung des Gemeindesani-tätsdienstes, des Rettungswesens sowie des Leichen- und Bestattungswesens zugewiesen.¹⁰

⁴ Vgl. *Laufs/Eichener*, Ursprünge einer strafrechtlichen Arzthaftung. Untersuchungen zu Artikel 134 der *Constitutio Criminalis Carolina*, in: Festschrift für Hubert Niederländer (1991) 71 ff.

⁵ Vgl. etwa die Debatte über die Reichweite des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten nach versuchtem, aber vorerst mißglücktem Suizid zwischen *Bernat* (Selbstmord, Selbstmordverhütung und aktive Teilnahme am Suizid – eine rechtsethische Überlegungsskizze, ÖJZ 2002, 92 ff.) und *Moos* (Sterbehilfe, Selbstmord und die ärztliche Behandlungspflicht von Suizidpatienten, in: Birklbauer [Hrsg.], *Recht zu sterben oder Pflicht zu leben?* [2002] 15 ff.).

⁶ Zur Diskussion *J.W. Pichler*, Einführung in die Patientenrechtspolitik, in: J.W. Pichler (Hrsg.), *Einführung in die Patientenrechtspolitik* (1990) 7–51.

⁷ *Kopetzki*, Bestandsaufnahme der Patientenrechte in Österreich, in: *Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat* (17. Tagung der ÖJK vom 24.–27. Mai 1990 in Weißenbach am Attersee) (1991) 34 (43).

⁸ Daher fallen die weitaus wichtigsten Bereiche des Medizinrechts in die legislative Kompetenz des Bundes, etwa die Regelung der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht (vgl. § 54 ÄrzteG 1998 und § 121 StGB), der zivilrechtlichen Haftung für iatrogen verursachte Patientenschäden (vgl. §§ 1325 ff. ABGB sowie jüngst § 27 a Abs. 5 und 6 KAKuG i.d.F. BGBl. I 2001/5) sowie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für eigenmächtige Heilbehandlung (vgl. § 110 Abs. 1 StGB); zu § 27a Abs. 5 und 6 KAKuG *Bernat*, *Der von der Haftung des Krankenanstaltenträgers losgelöste Ersatz des Patientenschadens nach § 27a Abs. 6 KAKuG*, *MedR* 2004, 310–315; zum österreichischen Arztstrafrecht *Schick*, *Die strafrechtliche Verantwortung des Arztes*, in: *Holzer/Posch/Schick*, *Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich* (1992) 73–126.

⁹ In Art. 12 B-VG wird der Bund zur Grundsatzgesetzgebung und das Land zur Ausführungsgesetzgebung und zur Vollziehung ermächtigt. Der Inhalt des Landesausführungsgesetzes muß mit den inhaltlichen Grundsätzen des Bundesgrundsatzgesetzes übereinstimmen. Die Landeskrankenanstaltengesetze der neun österreichischen Bundesländer ergingen in Ausführung des Bundesgesetzes über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG [vormals: KAG; siehe Art. 21 des Verwaltungsreformgesetzes 2001, BGBl. I 2002/65]), BGBl. 1957/1 i.d.g.F.

II. Von § 5 a KAKuG zur sog. „Patientencharta“

Patientenrechte sind zwar keine Erfindung des ausgehenden 20. Jahrhunderts, im Bewusstsein der Bevölkerung sind sie aber dessen ungeachtet eine Errungenschaft der letzten 20 Jahre. Das hat wohl überwiegend mit einem neuen Selbstverständnis des Patienten zu tun, der sich heute wesentlich deutlicher als früher als ein zur Selbstbestimmung fähiger „Konsument“ definiert und weniger als Nutznießer medizinischer Dienstleistungen, die ihm nach Gutdünken des Arztes „angedient“ werden. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten wurde daher zu Recht als die entscheidende Triebfeder der Patientenrechtsbewegung charakterisiert.¹¹ Mit dem Paradigma des „mündigen Patienten“ ist aber zweifelsohne auch sein moralischer Anspruch verknüpft, über all jene Rechte informiert zu werden, die ihm die Rechtsordnung schon jetzt gewährt oder die sie ihm in Zukunft gewähren sollte. Anders gewendet: Die Patientenrechtsbewegung hat nicht zuletzt ein pädagogisches Anliegen; sie will erreichen, dass der Patient seine legalen und moralischen Rechte kennt und bereit ist, sie durchzusetzen.

Die Politik hat diese „Neuorientierung“ sehr rasch aufgegriffen und sich seit Beginn der 1990er Jahre bemüht, die Forderungen der Patientenrechtsbewegung einzulösen. – Zumindest zeigten die politisch Verantwortlichen ihren „guten Willen“, der erstmals im Arbeitsübereinkommen der Regierungsparteien der Bundesregierung für die 18. Gesetzgebungsperiode vom Dezember 1990 zum Ausdruck gebracht worden ist. In diesem Arbeitsübereinkommen verpflichteten sich die Koalitionspartner, „die Patientenrechte systematisch weiterzuentwickeln“, wobei sogar von einer Kodifizierung dieser Rechte die Rede war.¹²

Die einschlägigen rechtspolitischen Überlegungen endeten allerdings in der ernüchternden Erkenntnis, dass eine allumfassende Kodifizierung der Patientenrechte die Grenzen des von der österreichischen Verfassung vorgegebenen föderativen Rahmens sprengen würde. Zwar wäre es aufgrund der geltenden Verfassungsordnung möglich, ein „Bundespatientenrechtsgesetz“ zu schaffen; ein solches Gesetz wäre aber immer unvollständig, weil es die den Ländern vorbehaltenen Materien ausklammern müsste. Aus diesem Grund wurde die Idee einer allumfassenden

¹⁰ Nach Art 15 Abs. 1 B-VG sind die Länder zur alleinigen Gesetzgebung und Vollziehung in Angelegenheiten zuständig, die nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen sind.

¹¹ Vgl. m.w.Nw. *J.W. Pichler*, Internationale Entwicklungen in den Patientenrechten (1992), insb. 76 ff.

Kodifizierung der Patientenrechte – vorläufig – wieder fallen gelassen. Allerdings suchten die politisch Verantwortlichen weiterhin Mittel und Wege, um den Anliegen der Patientenrechtsbewegung gerecht zu werden.

Ein erster Schritt zur – wenigstens kompulatorischen – Erfassung der Patientenrechte wurde im Jahre 1993 gesetzt, und zwar durch eine Novelle zum KAKuG.¹³ Ursprünglich war vorgesehen, einen Katalog von Patientenrechten in die jeweiligen Anstaltsordnungen aufnehmen zu lassen.¹⁴ Diesem Vorschlag wurde aber zu Recht entgegengehalten, dass eine „Regelung“ der Patientenrechte durch den Träger der Krankenanstalt nicht zielführend sei, weil sie nicht gewährleisten könne, dass die Patientenrechte überall in gleichem Ausmaß „verbürgt“ werden.¹⁵

Schließlich wurde in das KAKuG ein § 5 a aufgenommen,¹⁶ der folgenden Wortlaut hat:

„Patientenrechte

Durch die Landesgesetzgebung sind die Träger der Krankenanstalten unter Beachtung des Anstaltszwecks und des Leistungsangebotes zu verpflichten, dass

1. Pflinglinge Informationen über die ihnen zustehenden Rechte erhalten sowie ihr Recht auf Einsicht in die Krankengeschichte ausüben können;
2. Pflinglinge ihr Recht auf Aufklärung und Information über die Behandlungsmöglichkeiten samt Risiken ausüben können;
3. auf Wunsch des Pflinglings ihm oder Vertrauenspersonen medizinische Informationen durch einen zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt in möglichst verständlicher und schonungsvoller Art gegeben werden;
4. ausreichend Besuchs- und Kontaktmöglichkeiten mit der Außenwelt bestehen und Vertrauenspersonen des Pflinglings im Fall einer nachhaltigen Verschlechterung seines Gesundheitszustands auch außerhalb der Besuchszeiten Kontakt mit dem Pflingling aufnehmen können;
5. auf Wunsch des Pflinglings eine seelsorgerische Betreuung möglich ist;
6. auf Wunsch des Pflinglings eine psychologische Unterstützung möglich ist;
7. auch in Mehrbeträumen eine ausreichende Wahrung der Intimsphäre gewährleistet ist;
8. neben der Erbringung fachärztlicher Leistungen auch für allgemeine medizinische Anliegen des Pflinglings ein zur selbständigen Berufsausübung berechtigter Arzt zur Verfügung steht;
9. ein würdevolles Sterben sichergestellt ist und Vertrauenspersonen Kontakt mit dem Sterbenden pflegen können;
10. bei der Leistungserbringung möglichst auf den im Allgemeinen üblichen Lebensrhythmus abgestellt wird;
11. bei der stationären Versorgung von Kindern eine möglichst kindergerechte Ausstattung der Krankenzimmer gegeben ist.“

Diese Bundesgrundsatzbestimmung ist – inhaltlich im Wesentlichen deckungsgleich – von den Landesgesetzgebern übernommen worden.¹⁷ So heißt es nunmehr etwa in

¹² Hier zitiert nach dem Hinweis in den amtlichen Erläuterungen zur Regierungsvorlage (RV) zur Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte (Patientencharta), 1824 Beil. Sten. Prot. NR 20. GP 8.

¹³ BG vom 26.11.1993, mit dem das Krankenanstaltengesetz geändert wird, BGBl. 1993/801.

¹⁴ Siehe § 6 Abs. 3 KAKuG i.d.F. des Min.-Entw. GZ 21.601/7-II/a/5/92.

¹⁵ Vgl. die amtlichen Erläuterungen zur RV der KAKuG-Novelle 1993, BGBl. 1993/801, abgedruckt in 1080 Beil. Sten. Prot. NR 18. GP 14.

¹⁶ Durch die KAKuG-Novelle 1993, BGBl. 1993/801.

¹⁷ Siehe § 23 Kärntner Krankenanstaltenordnung 1999, LGBl. 1999/26 i.d.g.F.; § 16 b Niederösterreichisches KAG 1974, LGBl. 9440-0 i.d.g.F.; § 28 Oberösterreichisches KAG 1997, LGBl. 1997/132 i.d.g.F.; § 10 a

§ 6 a Abs. 1 des Steiermärkischen Krankenanstaltengesetzes 1957: „Der Rechtsträger der Krankenanstalt ist unter Bedachtnahme des Anstaltszweckes und des Leistungsangebotes verpflichtet, Sorge zu tragen, dass die Rechte des Patienten in der Krankenanstalt beachtet werden und dass den Patienten die Wahrnehmung ihrer Rechte in der Krankenanstalt ermöglicht wird.“ § 6 a Abs. 2 leg. cit. zählt diese Rechte demonstrativ auf (lit. a bis lit. p).

Der „Patientenrechtskatalog“ des § 5 a KAKuG beinhaltet zwei der Natur nach unterschiedlich gehaltvolle Gruppen von Normen.

Zum einen finden sich in diesem Paragraphen Bestimmungen, die überhaupt nichts am Bestand der geltenden Patientenrechte ändern, sondern den Krankenanstalten-träger bloß verpflichten, die Wahrnehmung gewisser Patientenrechte sicherzustellen; mögen diese Patientenrechte nun direkt auf Gesetz oder (bloß) auf Vertrag beruhen (§ 5 a Z 1 Fall 2 und § 5 a Z 2 KAKuG).¹⁸ Das bedeutet, dass die Krankenanstalten-träger durch ihre Organisation gewährleisten müssen, dass die Patienten auch tatsächlich in der Lage sind, diese Rechte wahrzunehmen.¹⁹ § 5 a Z 1 Fall 2 und § 5 a Z 2 KAKuG schaffen insoweit keine neuen subjektiven Rechte des Patienten, sondern rufen bestehende Rechte lediglich in Erinnerung. Gleichzeitig gebieten § 5 a Z 1 Fall 2 KAKuG und § 5 a Z 2 KAKuG den Landesgesetzgebern, die Krankenanstaltenträger zu verpflichten, „Hindernisse“ aus dem Weg zu schaffen, die die Ausübung des Rechts auf Einsicht in die Krankengeschichte (§ 5 a Z 1 Fall 2 KAKuG) und des Rechts auf Selbstbestimmungs- und Risikoaufklärung (§ 5 a Z 2 KAKuG) beeinträchtigen können. Allerdings hat der Gesetzgeber diese Verpflichtung nicht kategorisch auferlegt, sondern bloß bedingt: Der „Anstaltszweck“ oder das „Leistungsangebot“ können der Verpflichtung zur Sicherstellung (auch) der von § 5 a Z 1 Fall 2 und § 5 a Z 2 KAKuG erwähnten Patientenrechte faktische Grenzen

Salzburger KAG 1975, LGBl. 1975/97 i.d.g.F.; § 6 a Steiermärkisches KAG 1957, LGBl. 1957/78 i.d.g.F.; § 9 a Tiroler KAG 1958, LGBl. 1958/5 i.d.g.F.; § 15 a Vorarlberger Spitalsgesetz 1990, LGBl. 1990/1 i.d.g.F.; § 17 a Wiener KAG 1987, LGBl. 1987/23 i.d.g.F.

¹⁸ Vgl. *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in: Holoubek/Potacs (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts. Bd. 1 (2002) 463 (511). Das Recht auf Einsicht in die Krankengeschichte (§ 5 a Z 1 Fall 2 KAKuG) ist für den extramuralen Bereich in § 51 ÄrzteG und für den intramuralen Bereich in §§ 10, 10 a KAKuG (sowie in entsprechenden Bestimmungen der Landeskrankenanstaltengesetze) verankert. Das Recht auf entsprechend sachgerechte Risiko- und Verlaufsaufklärung (§ 5 a Z 2 KAKuG) wird aus § 110 Abs. 1 StGB sowie aus der zivilrechtlichen Beziehung des Arztes (Krankenanstaltenträgers) zum Patienten abgeleitet. Vgl. *Bernat*, Das österreichische Recht der Medizin – eine Bestandsaufnahme, JAP 10 (1999/2000) 105 (108 f.).

¹⁹ Vgl. die amtlichen Erläuterungen zur RV der KAKuG-Novelle 1993, BGBl. 1993/801, abgedruckt in: 1080 Beil. Sten. Prot. NR 18. GP 14; *Aigner*, Zur Situation der Patientenrechte in Österreich. Bestandsaufnahme und Perspektiven, RdM 2000, 77 (78).

setzen, was im Einleitungssatz des § 5 a KAKuG – wohl nur klarstellend – zum Ausdruck gebracht worden ist.

Zum anderen finden sich in § 5 a KAKuG Regelungen, die es – nach Maßgabe der Landesausführungsgesetze – dem Krankenanstaltenträger gebieten, gewisse organisatorische Vorkehrungen zum Schutz von Patienteninteressen zu treffen. Auch die Erbringung konkreter Leistungen durch den Krankenanstaltenträger wird von diesen Regelungen angesprochen.²⁰ Ob freilich diese von § 5 a KAKuG eingeforderten Verhaltenspflichten der Krankenanstaltenträger – wie es die Überschrift zu § 5 a KAKuG suggeriert²¹ – tatsächlich in subjektiven Rechten der Patienten wurzeln oder bloß ordnungsrechtlichen Charakter haben, läßt die Formulierung der einschlägigen Ziffern des § 5 a KAKuG offen.²² Für eine Einordnung als subjektives Recht des Patienten haben sich einige Landesgesetzgeber²³ ausdrücklich entschieden. Andere wiederum haben § 5 a KAKuG „wortgetreu“ ins Landesrecht übernommen. In diesen Fällen ergibt wohl schon die sog. ergänzende Vertragsinterpretation (§§ 863, 914 ABGB),²⁴ die entsprechenden Verhaltenspflichten als Vertragspflichten des Krankenanstaltenträgers zu begreifen, was zur Folge hat, dass die von § 5 a KAKuG geschützten Interessen jedenfalls in den Rang eines subjektiven Rechts „erhoben“ werden.²⁵

§ 5 a KAKuG hat dem Ringen um eine Kodifikation bzw. Kompilation der Patientenrechte kein Ende gesetzt.²⁶ Obwohl den politisch Verantwortlichen spätestens nach Schaffung des § 5 a KAKuG klar geworden sein dürfte, dass die Innovationsfähigkeit einer „Patientencharta“ eher gering zu veranschlagen ist, weil der Bund von Verfassungs wegen gar nicht die Kompetenz zur Schaffung eines allumfassenden „Patientenrechts-Gesetzes“ besitzt, hat man sich dennoch weiterhin um eine Verwirklichung eines solchen Gesetzes bemüht, dessen Inhalt über jenen des § 5 a KAKuG hinausgeht.

²⁰ § 5 a Z 1 Fall 1: Information über Rechte; § 5 a Z 3: medizinische Information; § 5 a Z 4: ausreichende Besuchs- und Kontaktmöglichkeiten; § 5 a Z 5 und 6: seelsorgerische Betreuung und psychologische Unterstützung; § 5 a Z 7: Wahrung der Intimsphäre; § 5 a Z 8: allgemeine medizinische Anliegen; § 5 a Z 9: würdevolles Sterben; § 5 a Z 10: Beachtung des allgemein üblichen Lebensrhythmus; § 5 a Z 11: kindergerechte Ausstattung der Krankenzimmer.

²¹ § 5 a KAKuG trägt die Überschrift „Patientenrechte“.

²² Vgl. nochmals die Zusammenstellung in Fn. 20. Zum Verhältnis von subjektivem Recht und Rechtspflicht vgl. bloß *Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*⁸ (1997) § 13 Rz. 39 ff.

²³ Vgl. § 10 a Salzburger KAG 1975; § 6 a Steiermärkisches KAG 1957; § 17 a Wiener KAG 1987.

²⁴ Vgl. dazu *G. Graf, Vertrag und Vernunft. Eine Untersuchung zum Modellcharakter des vernünftigen Vertrages* (1997), insb. 327 ff.

²⁵ Dazu *Kopetzki, Unterbringungsrecht II* (1995) 771 f.

²⁶ Vgl. *J.W. Pichler, Stellungnahme zum Entwurf einer „Österreichischen Patientencharta“*, JRP 1994, 127; *dens., Patients' rights in Austria: still under construction*, *Europ. J. Hlth L.* 2 (1995) 77 ff.

Erklärtes politisches Ziel war zweierlei: Einerseits sollte erreicht werden, dass all jene Patientenrechte, die im geltenden Recht schon verankert sind und deren Inhalt legitim erscheint, kompiliert werden; und zwar allumfassend. Zweitens sollten Patientenrechte neu geschaffen werden, sofern – rechtsethisch und rechtspolitisch betrachtet – ein Handlungsbedarf besteht.²⁷

Dieses „ehrgeizige“ Ziel ist im Rahmen der österreichischen Verfassung – aufgrund der unterschiedlichen legislativen Kompetenz (Bund einerseits, Länder andererseits) – nur im Wege eines sog. „Gliedstaatsvertrages“ zwischen dem Bund und den Ländern zu erreichen. Nach Art. 15 a Abs. 1 B-VG kann der Bund mit den Ländern Vereinbarungen über Angelegenheiten schließen, die kompetenzrechtlich im jeweiligen Wirkungsbereich liegen. Gegenstand eines solchen „vertikalen Konkordates“ können nicht nur Angelegenheiten der Verwaltung, sondern auch solche der Gesetzgebung sein. Der Bund ist nicht verpflichtet, einen Gliedstaatsvertrag nach Art. 15 a B-VG mit allen Ländern gleichzeitig abzuschließen, er darf Gliedstaatsverträge auch mit nur einem einzelnen Land oder mit einzelnen Ländern abschließen.

Gem. Art. 15 a Abs. 1 B-VG kann sich also der Bund gegenüber den Ländern verpflichten, bestimmte Gesetze zu erlassen, die in seine Gesetzgebungskompetenz fallen. Und im selben Vertrag können sich die Länder dem Bund gegenüber verpflichten, bestimmte Gesetze zu erlassen, die in ihre Gesetzgebungskompetenz fallen.²⁸ Sind bereits entsprechende Gesetze vorhanden, können sich Bund und Länder wechselseitig verpflichten, den Bestand dieser Gesetze zu sichern.

Die staatsrechtliche Vereinbarung nach Art. 15 a Abs. 1 B-VG schien somit „des Rätsels Lösung“ zu sein. Folglich setzten sich die politischen Verantwortungsträger das Ziel, all jene Patientenrechte zu formulieren, die es wert erscheinen, als subjektive Rechte des Patienten im Bundes- oder Landesrecht verankert zu werden. Nach mehrjähriger Arbeit entstand schließlich – unter Federführung der Legisten des (damaligen) Bundesministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales – ein Papier, dem man den Titel „Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte (Patientencharta)“ gab.

Nach Fertigstellung der Patientencharta wurden Gespräche mit den Vertretern der Länder geführt, die auf Abschluss eines Vertrages nach Art. 15 a Abs. 1 B-VG abzielten. Während vorerst kein einziges Land zu einem Vertragsabschluß bereit

²⁷ Vgl. die amtlichen Erläuterungen zur RV der Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte (Patientencharta), 1824 Beil. Sten. Prot. NR 20. GP 8.

²⁸ Vgl. nur *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹ (2000) Rz. 851.

war, hat das Land Kärnten im Jahre 1999 die Initiative ergriffen und gegenüber dem Bund die grundsätzliche Bereitschaft bekundet, die Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte auch bilateral abzuschließen. Das geschah dann auch sehr rasch. Die Vereinbarung zwischen dem Bund und dem Land Kärnten „zur Sicherstellung der Patientenrechte (Patientencharta)“ wurde am 7.9.1999 im Bundesgesetzblatt kundgemacht.²⁹

III. Die Patientencharta: „Gliedstaatsvertrag“ und Kompilation bestehender Patientenrechte

Die Patientencharta ist formal eine staatsrechtliche Vereinbarung, die zwei Gebietskörperschaften (Bund, Land Kärnten) wechselseitig berechtigt und verpflichtet. Der Bund wird durch Abschluss dieser Vereinbarung verpflichtet, gewisse Bundesgesetze zu erlassen oder – sollten sie bereits erlassen sein – ihren Bestand zu sichern (Gläubiger ist diesbezüglich das Land Kärnten), und das Land Kärnten wird durch Abschluss dieser Vereinbarung verpflichtet, gewisse Landesgesetze zu erlassen oder – sollten sie bereits erlassen sein – ihren Bestand zu sichern (Gläubiger ist diesbezüglich der Bund).³⁰

Der Abschluss der Patientencharta zwischen dem Bund und dem Land Kärnten hat zu keiner unmittelbaren Veränderung des Bestandes der bundes- oder landesgesetzlich verankerten Patientenrechte geführt. Verträge nach Art. 15 a B-VG schaffen nämlich nach völlig unbestrittener Auffassung keine Rechte und Pflichten für den Bürger.³¹ Kurz gesagt: Ein Patientenrecht, das in der Patientencharta erwähnt ist, führt erst nach gesetzlicher Verankerung durch den zuständigen Gesetzgeber zu einer subjektiven Berechtigung des Patienten.³² Vor Setzung eines entsprechenden legislativen Akts hat der Patient nur einen moralischen Anspruch darauf, dass der

²⁹ BGBl. I 1999/195.

³⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 1 der Patientencharta: „Die Vertragsparteien verpflichten sich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit in Gesetzgebung und Vollziehung dafür zu sorgen, dass die folgenden Patientenrechte sichergestellt sind.“

³¹ Vgl. bloß die amtlichen Erläuterungen zur RV der Patientencharta, 1824 Beil. Sten. Prot. NR 20. GP 9 sowie *Kopetzki*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte antizipierter Patientenverfügungen, in: *Kopetzki* (Hrsg.), *Antizipierte Patientenverfügungen. „Patiententestament“ und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten* (2000) 38 (59 f.) m.w.Nw.

³² Das verkennt *Kossak*, *Der Entschädigungsfonds gem. § 27 a Abs. 5 und 6 Krankenanstaltengesetz*, RdM 2002, 110 (114).

zuständige Gesetzgeber seiner Vereinbarung nachkommt, die er sich selbst – nämlich im Wege von Art 15 a Abs. 1 B-VG – auferlegt hat.³³

Dem Beispiel Kärntens folgend wurde die Patientencharta in den Jahren 2001 und 2002 auch zwischen dem Bund und den Ländern Burgenland,³⁴ Oberösterreich,³⁵ Niederösterreich³⁶ und Steiermark³⁷ vereinbart. Diese Erweiterung des Adressatenkreises (auf Seiten der Länder) hat freilich – aus der Sicht des Patienten – wenig bis gar nichts gebracht, weil der Inhalt der Patientencharta nicht verändert worden ist.³⁸

1. Die wesentlichen Inhalte der Patientencharta

Die Patientencharta ist in neun Abschnitte gegliedert. Jedem Abschnitt wird eine Überschrift vorangestellt. Diese Überschriften lauten im einzelnen: „Grundsätzliches“ (Abschnitt 1, Art. 2 und 3); „Recht auf Behandlung und Pflege“ (Abschnitt 2, Art. 4–8); „Recht auf Achtung der Würde und Integrität“ (Abschnitt 3, Art. 9–15); „Recht auf Selbstbestimmung und Information“ (Abschnitt 4, Art. 16–20); „Recht auf Dokumentation“ (Abschnitt 5, Art. 21 und 22); „Besondere Bestimmungen für Kinder“ (Abschnitt 6, Art. 23–28); „Vertretung von Patienteninteressen“ (Abschnitt 7, Art. 29–31); „Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen“ (Abschnitt 8, Art. 32 und 33); „Schlussbestimmungen“ (Abschnitt 9, Art. 34–37).

In den Artikeln des ersten Abschnittes wird die besondere Schutzwürdigkeit der Persönlichkeitsrechte des Patienten betont und gesagt, dass seine Menschenwürde unter allen Umständen zu achten und zu wahren ist (Art. 1). Zusätzlich wird ein Diskriminierungsverbot verankert (Art. 2).

Im Abschnitt zwei steht der Gleichbehandlungsgrundsatz im Vordergrund (Art. 4) sowie die normative Erkenntnis, dass die „Kontinuität der Behandlung und Pflege [...] durch organisatorische Maßnahmen zu wahren“ ist (Art. 5. Abs. 3). Ebenso wird die Sicherstellung der „medizinisch gebotene[n], nach den Umständen des Einzelfalles jeweils mögliche[n] notärztliche[n] Versorgung, Rettung und Transport“ gefordert (Art. 6 Abs. 1). Und schließlich sollen nach Art. 7 Abs. 1 „Diagnostik, Behandlung und

³³ Ist ein von der Patientencharta eingemahntes Patientenrecht schon vor deren Inkrafttreten de lege lata verankert gewesen, hat der Patient den (bloß) moralischen Anspruch gegenüber dem Gesetzgeber, nicht schlechter gestellt zu werden.

³⁴ BGBl. I 2001/89.

³⁵ BGBl. I 2001/116.

³⁶ BGBl. I 2002/36.

³⁷ BGBl. I 2002/153.

Pflege [...] entsprechend dem jeweiligen Stand der Wissenschaft bzw. nach anerkannten Methoden [...] erfolgen. Dabei ist auch der Gesichtspunkt der bestmöglichen Schmerztherapie besonders zu beachten.“ Art. 8 mahnt die Etablierung von Qualitätskontrollen sowie von Qualitätssicherungsmaßnahmen ein.

Abschnitt drei fasst einige Patientenrechte zusammen, die zum Teil schon in § 5 a KAKuG erwähnt werden: das Recht auf Privatsphäre (Art. 9); das Recht auf Respektierung des „allgemein üblichen Lebensrhythmus“ bei der medizinischen Betreuung (Art. 10); das Recht auf „eingehende ethische Beurteilung“ von klinischen Prüfungen (Art. 11); das Recht stationär aufgenommener Patienten auf religiöse Betreuung (Art. 12); das Recht auf Verschwiegenheit des medizinischen Personals (Art. 13); das Recht auf Kontakt mit einer Vertrauensperson (Art. 14) sowie das Recht auf ein würdevolles Sterben (Art. 15).

Im Abschnitt vier wird das Recht des Patienten, „im vorhinein über mögliche Diagnose- und Behandlungsarten sowie deren Risiken und Folgen aufgeklärt zu werden“, betont (Art. 16 Abs. 1), wobei sogar das rechtsdogmatisch nicht unumstrittene „therapeutische Privileg des Arztes zur Nichtaufklärung“³⁹ Erwähnung findet (Art. 16 Abs. 3, Art. 19 Abs. 3). In Art. 17 wird das Behandlungsveto des einwilligungsfähigen Patienten anerkannt. Art. 18 behandelt den Sonderfall der antizipierten Behandlungsverweigerung in Form eines sog. Patiententestaments. Schließlich verankert Art. 19 das Recht auf Einsichtnahme in die Krankenunterlagen, und Art 20 betont das Prinzip der Freiwilligkeit für die Durchführung klinischer Prüfungen.

Die Vorschriften des sechsten Abschnittes beschäftigen sich mit dem Kind als Patienten und gebieten: die kindgerechte Aufklärung (Art. 23); den Vorrang des Schutzes des Lebens des Kindes (Art. 24); das sog. „rooming in“ (Art. 25); die altersgerechte Ausstattung von Abteilungen, die überwiegend der Behandlung von Minderjährigen dienen (Art. 26); die von erwachsenen Patienten getrennte Aufnahme von unmündigen Minderjährigen (Art. 27); die Möglichkeit des Schulunterrichts im Falle eines längeren stationären Aufenthaltes des Kindes (Art. 28).

Die Rechte und Pflichten der sog. Patientenvertretungen werden im Abschnitt sieben geregelt. Dazu zählen u.a.: Weisungsfreiheit (Art. 29 Abs. 1); die Prüfung von Patientenbeschwerden (Art. 29 Abs. 3); Anhörungsrechte (Art. 30).

³⁸ Die in Fn. 34–37 erwähnten Verträge sind mit der ersten zwischen dem Bund und dem Land Kärnten vereinbarten Patientencharta (BGBl. I 1999/195) inhaltlich völlig deckungsgleich.

³⁹ Vgl. dazu *Deutsch*, Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten, NJW 1980, 1305; *Holzer*, Die Aufklärung unheilbar Kranker aus rechtlicher Sicht, WMW 1989, 495; *H.-L. Schreiber*, Aufklärung des Tumorpatienten, in: Linder et al., Maligne Tumoren und Systemerkrankungen (1989) 39 ff.

Der achte Abschnitt ist der Regelung von zwei Detailproblemen beim Ersatz von Patientenschäden gewidmet, die durch ärztliches Fehlverhalten entstanden sind: Abweichungen von den allgemeinen Bestimmungen des Haftungsrechts einschließlich der Regeln über die Beweislast und die Gewährleistung sind nur zugunsten des Patienten zulässig (Art. 32). „Vergleichsgespräche vor ärztlichen Schlichtungsstellen und vergleichbaren Einrichtungen hemmen den Ablauf der Verjährung bis zum Verstreichen einer angemessenen Klagefrist nach Abbruch des Verfahrens oder nach einer sonstigen, zuungunsten des Patienten [...] erfolgenden Beendigung des Schlichtungsverfahrens“ (Art. 33).

Der neunte Abschnitt beschäftigt sich mit formalen Fragen. Er behandelt u.a. das Inkrafttreten der Patientencharta (Art. 34), ihre Durchführung (Art. 35) und die Möglichkeit, sie abzuändern (Art. 36).

2. Vergleich der Patientencharta mit den de lege lata anerkannten Patientenrechten

Die österreichische Patientencharta ist zum Großteil nichts anderes als eine Zusammenfassung von Rechten des Patienten, die de lege lata schon anerkannt sind.⁴⁰ Insoweit trägt die Patientencharta mehr zur „Absicherung“ und zur „Dokumentation“ als zu einer Neuverankerung von Patientenrechten bei. „Abgesichert“ werden die Patientenrechte von der Patientencharta, weil es den Vertragsparteien nicht gestattet ist, ein von der Patientencharta eingefordertes Patientenrecht, das schon vor Unterzeichnung der Patientencharta Bestandteil des geltenden Rechts war, einseitig „zurückzunehmen“.⁴¹ Die wesentlich wichtigere Funktion entfaltet die Patientencharta allerdings als bloße „Dokumentation“ von Regeln und Prinzipien des gegenwärtigen Medizinrechts.

Vielfach entlehnt die Patientencharta den Wortlaut ihrer Regelungen direkt dem Wortlaut der entsprechenden Regelungen des geltenden Rechts. Das gilt etwa für den Grundsatz, dass medizinische Dienstleistungen nur „nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung“⁴² erbracht werden dürfen sowie für die Regelung

⁴⁰ So auch die amtlichen Erläuterungen zur RV der Patientencharta, 1824 Beil. Sten. Prot. NR 20. GP 8. Vgl. allerdings Art. 20 Abs. 1 der Patientencharta mit § 44 KAKuG.

⁴¹ Art. 36 lautet: „Eine Abänderung dieser Vereinbarung ist nur schriftlich im Einvernehmen der Vertragsparteien möglich.“

⁴² Vgl. Art. 7 Abs. 1 der Patientencharta mit § 49 ÄrzteG und § 8 Abs. 2 KAKuG. Zum Standard als Rechtsbegriff *Deutsch*, Typen des Arztverschuldens, VersR 1977, 101–105; *Pflüger*, „Practice Guidelines“ und „Behand-

des sog. emergency treatment: Der einwilligungsunfähige Patient darf auch ohne Einwilligung behandelt werden, „wenn durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Patienten [...] ernstlich gefährdet“ wäre.⁴³ Auch der Wortlaut des Art. 18 der Patientencharta ist dem geltenden Recht entlehnt: Der Patient hat das Recht, eine Patientenverfügung zu errichten, „durch die [er] für den Fall des Verlustes [seiner] Handlungsfähigkeit das Unterbleiben einer Behandlung oder bestimmter Behandlungsmethoden wünsch[t], damit bei künftigen Entscheidungen soweit wie möglich darauf Bedacht genommen werden kann.“⁴⁴

Art. 18 der Patientencharta ist ein schönes Beispiel für die Tendenz dieses Dokumentes, strittige Fragen des Medizinrechts nicht „endgültig“ zu klären, sondern ihre Lösung der rechtswissenschaftlichen Diskussion zu überlassen. Da der Gesetzgeber zu der in Literatur und Judikatur heftig umkämpften Frage der Bindungswirkung eines Patiententestaments⁴⁵ gar nicht wirklich Stellung genommen hat,⁴⁶ schien es den Vertragsparteien der Patientencharta angezeigt, diese Frage weiterhin „offen zu lassen“.⁴⁷

Der Patientencharta ist es auch kein Anliegen, neue Maßstäbe zu setzen, sofern es um die Beantwortung von Fragen geht, die zwar vom geltenden Gesetzesrecht angesprochen werden, die aber erst im Lichte der Judikatur eine „Klärung“ erfahren haben. Sie versucht vielmehr, richterrechtlich verankerte Standards zu festigen, auch wenn der Standard in der Literatur auf Kritik gestoßen ist. Das gilt insbesondere für das Ausmaß der dem Patienten geschuldeten Selbstbestimmungs- und Risikoaufklärung (Art. 16 Abs. 1) und das sog. „therapeutische Privileg des Arztes zur Nichtauf-

lungsrichtlinien“ im amerikanischen und deutschen Medizinrecht, RdM 2000, 99–105; *H-L. Schreiber*, Der Standard der erforderlichen Sorgfalt als Haftungsinstrument, *Versicherungsmedizin* 47 (1995) 3 ff.

⁴³ Vgl. Art. 17 Abs. 1 der Patientencharta mit § 98 Abs. 2 StGB, § 110 Abs. 2 StGB; § 146 c Abs. 3 ABGB; § 8 Abs. 3 KAKuG; § 37 UnterbringungsG.

⁴⁴ Vgl. Art. 18 der Patientencharta mit § 10 Abs. 1 Z 7 KAKuG.

⁴⁵ Vgl. dazu OGH 16.7.1998 EvBl. 1999/21 = RdM 1999, 158; *Bernat*, Behandeln oder sterben lassen? Rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Überlegungen zum Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, in: *Festschrift für Erwin Deutsch* (1999) 443 (449 ff.); *ders.*, Rechte des Patienten, Pflichten des Arztes und Entscheidungen an der Grenze zwischen Leben und Tod, in: *Wienke/Lippert* (Hrsg.), *Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht* (2001) 119 (128 ff.).

⁴⁶ In den amtlichen Erläuterungen zur RV der KAKuG-Novelle 1993, BGBl. 1993/801, 1080 Beil. Sten. Prot. NR 18. GP 19, heißt es zu § 10 Abs. 1 Z 7 KAKuG: „Die nunmehr gewählte Formulierung [des Gesetz gewordenen § 10 Abs. 1 Z 7 KAKuG] soll zum Ausdruck bringen, dass der Wunsch des Patienten über künftige Behandlungsmethoden zu dem Zweck zu dokumentieren ist, um ihn für den Fall seiner späteren Handlungsunfähigkeit so weit wie möglich berücksichtigen zu können, ohne dass damit eine Bindungswirkung für die behandelnden Ärzte verbunden wäre.“ Vgl. die entsprechenden amtlichen Erläuterungen zu Art. 18 der Patientencharta, 1824 Beil. Sten. Prot. NR 20. GP 13: „Es soll [...] sichergestellt werden, dass der Wunsch des Patienten über künftige Behandlungsmethoden dokumentiert wird, um ihn für den Fall der späteren Handlungsunfähigkeit so weit wie möglich berücksichtigen zu können, ohne dass damit eine tatsächliche Bindungswirkung verbunden wäre.“

⁴⁷ Dazu weiterführend *Kopetzki*, in: *Kopetzki* (Hrsg.) (oben Fn. 31) 42 ff.

klärung“ (Art. 16 Abs. 3).⁴⁸ In diesem Zusammenhang gewinnt man den Eindruck, als wäre der Patientencharta das Wohl des Patienten wichtiger als sein eigenverantwortlich gebildeter Wille.⁴⁹

Viele Normen der Patientencharta sind auf dem Abstraktionsniveau von Prinzipien angesiedelt, deren Geltung sich eigentlich – legt man einen nichtpositivistischen Rechtsbegriff zugrunde⁵⁰ – „von selbst“ versteht. Sie bilden einen übergeordneten normativen Rahmen, der der Gesetzgebung und der Judikatur einen weiten Handlungsspielraum lässt. Das gilt im Besonderen für die Gebote des Art. 2 und 3 (Schutz der Menschenwürde und der Persönlichkeitsrechte des Patienten; Schutz vor Diskriminierung). Der Charakter der Patientencharta ähnelt insoweit im Ansatz stark der Europaratskonvention über Menschenrechte und Biomedizin.⁵¹ Beide Dokumente schaffen Mindestschutzgarantien zugunsten des Patienten, an die der jeweils zuständige Gesetzgeber gebunden ist. Sie verbieten es den Vertragsparteien aber nicht, einen Schutz zu gewähren, der über das von den Vertragsparteien eingeforderte Schutzniveau hinausgeht.⁵²

Die Patientencharta hat (bislang) – wenn ich recht sehe – zu keiner Anerkennung neuer Patientenrechte beigetragen. Mit einer Ausnahme: Art. 33 der Patientencharta ist durch eine unlängst ergangene Novelle zum ÄrzteG⁵³ umgesetzt worden.⁵⁴ Die Verjährung von Ansprüchen iatrogen geschädigter Patienten wird nunmehr gehemmt, wenn u.a. der Schädiger schriftlich erklärt, „zur Verhandlung über eine außergerichtliche Regelung der Angelegenheit bereit zu sein“ (§ 58 a Abs. 1 Satz 1 ÄrzteG). Hemmung tritt auch ein, wenn ein Patientenanwalt oder eine ärztliche Schlichtungsstelle vom geschädigten Patienten oder vom Schädiger (bzw. einem

⁴⁸ Vgl. *Bernat*, Stimmbandlähmungen nach Strumektomie im Lichte des Haftungsrechts, *Acta Chirurgica Austriaca*, Suppl. 116 (1996) 25 ff.

⁴⁹ Die amtlichen Erläuterungen zu Art. 16 der Patientencharta, 1824 Beil. Sten. Prot. NR 20. GP 12, betonen die Legitimität des ärztlichen Paternalismus: „Der im Einzelfall auftretende Konflikt zwischen ärztlicher Fürsorgepflicht und freier Selbstbestimmung des Patienten ist in jedem Fall vom behandelnden Arzt zu beurteilen.“ Vgl. OGH 23.6.1982 JBl. 1983, 373 (375) = SZ 55/114: „[D]er Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht [ist] in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des Wohles des Patienten abzugrenzen und erst in zweiter Linie auch unter Bedachtnahme auf sein Selbstbestimmungsrecht“.

⁵⁰ Vgl. etwa *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts² (1994) 22 ff.; *Ronald Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen (1984) 144 ff.

⁵¹ DIR/JUR (96) 2. Zur Entstehungsgeschichte und zum Inhalt der Biomedizinkonvention des Europarats einführend *Rudloff-Schäffer*, Entstehungsgründe und Entstehungsgeschichte der Konvention, in: Eser (Hrsg.), *Biomedizin und Menschenrechte* (1999) 26 ff.; *Taupitz/Schelling*, Mindeststandards als realistische Möglichkeit. Rechtliche Gesichtspunkte in deutscher und internationaler Perspektive, in: Eser (Hrsg.), *Biomedizin und Menschenrechte* (1999) 94 ff.

⁵² Vgl. Art. 27 der Biomedizin-Konvention und dazu *Taupitz/Schelling*, in: Eser (Hrsg.) *Biomedizin und Menschenrechte* (1999) 26 ff. sowie *Bernat*, Die Forschung an Einwilligungsunfähigen, *RdM* 2001, 99 (105).

⁵³ BGBl. I 2001/110 (2. Ärztegesetz-Novelle).

bevollmächtigten Stellvertreter eines der beiden) schriftlich um Vermittlung ersucht wird (§ 58 a Abs. 1 Satz 2 ÄrzteG). Der Ablauf der Verjährung wird in diesen Fällen längstens bis zum Verstreichen einer Frist von 18 Monaten gehemmt (§ 58 a Abs. 1 Satz 3 ÄrzteG). § 58 a Abs. 2 ÄrzteG stellt klar, dass die Mitwirkung eines haftpflichtversicherten Schädigers an der objektiven Sachverhaltsfeststellung keine Obliegenheitsverletzung des Versicherungsnehmers begründet und daher nicht zur Leistungsfreiheit des Haftpflichtversicherers führt.

§ 51 Abs. 1 Satz 4 ÄrzteG⁵⁵ hat – in Umsetzung von Art. 22 der Patientencharta – eine Auffassung gesetzlich anerkannt, die freilich schon bislang in Lehre und Judikatur unumstritten war: „Der Arzt ist verpflichtet, dem Patienten Einsicht in die Dokumentation zu gewähren oder gegen Kostenersatz die Herstellung von Abschriften zu ermöglichen.“⁵⁶

IV. Resümee

Dass es in Österreich überhaupt zur Verankerung der Patientencharta im Wege einer staatsrechtlichen Vereinbarung (Art 15 a B-VG) kam, zeugt vom Einfluss der Patientenrechtsbewegung auf die Politik. Das Innovationspotential dieses Dokuments ist dessen ungeachtet recht begrenzt. Denn die Österreicher können – gottlob! – „auf eine durch Judikatur und Lehre über Jahrzehnte hinweg abgesicherte Rechtslage auf dem Gebiet der Patientenrechte“ blicken.⁵⁷ Es ist also kein Wunder, dass die Patientencharta – im Großen und Ganzen – bloß „eine Kompilation der sich aus der geltenden Rechtslage ergebenden Patientenrechte“⁵⁸ darstellt. Dieser Umstand ist aber keineswegs ein Zeichen überwiegend überflüssiger Normsetzung im Bereich des Rechts. Denn mitunter steigt die Akzeptanz von Normen, wenn ihr Inhalt immer wieder betont und propagiert wird.

⁵⁴ Dass § 58 a ÄrzteG auf die Patientencharta zurückgeht, betonen auch die amtlichen Erläuterungen zur RV der 2. Ärztegesetz-Novelle, 629 Beil. Sten. Prot. NR 21. GP 39.

⁵⁵ I.d.F. BGBl. I 2001/110.

⁵⁶ Vgl. dazu *Krückl*, Der Anspruch des Patienten auf Einsicht in seine Krankengeschichte, ÖJZ 1983, 281 ff. Vgl. mit § 51 Abs. 1 Satz 4 ÄrzteG die in Ausführung von § 10 Abs. 1 Z 4 KAKuG ergangenen Landesausführungsbestimmungen.

⁵⁷ *Aigner*, RdM 2000, 77.

⁵⁸ So die zutreffende Einschätzung der amtlichen Erläuterungen zur RV der Patientenrechtscharta, 1824 Beil. Sten. Prot. NR 20. GP 9.

Der eigentliche Sinn der Patientencharta ist somit ein „erzieherischer“: Die Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte macht der Öffentlichkeit bewusst, welche Rechte der Patient tatsächlich hat bzw. haben sollte und verschafft auch dem Laien einen Einblick in die Vielgestaltigkeit des österreichischen Medizinrechts.⁵⁹

⁵⁹ Für deutsches Recht ebenso *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte (1999) 11 f.

Recht auf Information. Statement aus polnischer Sicht

von Prof. Dr. Leon Drobnik und Hanna Billert

Polen, ist ein mitteleuropäisches Land mit fast 39 Millionen Einwohner, von denen 65% in den Städten lebten. Die demographischen Wachstumsindikatoren bewegen sich in den letzten Jahren im Bereich von null. Das Bruttojahreseinkommen pro Einwohner beträgt ca. 8.000 USD.

Die Lage des Gesundheitswesens in Polen ist im Vergleich zu den anderen europäischen Ländern nicht besonders erfreulich. Polen hat die niedrigste Ärztezahl pro 10.000 Einwohner – 23,5 (1996), während sie in Frankreich 27,7 (1994), Deutschland 35,1 (1995) und in Italien 51,8 (1992) beträgt. Die ernsthaften Probleme des Gesundheitsschutzsystems in unserem Lande zeigen sich deutlich in der geringeren Lebenserwartung der Ärzte - etwa 3 Jahren bei Männern und beinahe 15 Jahren bei Frauen im Vergleich zu den Durchschnittswerten der gesamten Gesellschaft.

Die Patientenrechte als ein Teil der Menschenrechte in Polen kann man besser verstehen und beurteilen, wenn man die geschichtlichen und kulturellen Hintergründe der gegenwärtigen Situation der Bevölkerung von Deutschlands östlichstem Nachbarland betrachtet.

Polen hat sich bis zum späten Mittelalter als ein christlicher Staat dynamisch entwickelt. Als Vielvölkerstaat im Bündnis mit Litauen, florierte Polen in Osteuropa mit starker Ökonomie, hoch entwickelter Kultur und fortschrittlichen Bildungszentren, von denen Krakau mit seiner 1356 gegründeten Jagiellonischen Universität auch heute zu den Bedeutendsten gehört. Ab dem 18. Jahrhundert aufgeteilt zwischen drei europäischen Großmächten, befand sich Polen im Einflussbereich zwei unterschiedlicher Kulturen: der byzantinischen aus Russland und der römischen, zu der von Anfang an durch die Annahme des Christentums aus dem römisch beeinflussten Gebieten Österreich und Preußen gehörte. Polens nationales Bewusstsein wurde mit Hilfe des Glaubens und der Zugehörigkeit zu einer alle drei Teile Polens umfassenden, einheitlichen Kirche, die die polnische Sprache und Kultur weiterpflegte und unterstützte, gestärkt. Nach dem Zweiten Weltkrieg geriet Polen in die Einflusszone des Stalinismus und dem so genannten Realsozialismus, der durch einen kämpferi-

schen Atheismus und die Relativierung sowohl der Menschenwürde als auch der Bedeutung des Menschen als Person geprägt wurde.

Die beinahe 50-jährige „sozialistische“ Erziehung hat in der polnischen Mentalität tiefe Spuren hinterlassen, die noch heute deutlich erkennbar sind. In den Zeiten des Realsozialismus war eine besondere Art des Staatspaternalismus sehr stark ausgeprägt, bei dem nach dem Motto „odinica eto Null“, das nach der Übersetzung aus dem Russischen ins Deutsche „Einer ist Keiner“ bedeutet. Mithin war ein Mensch als Person eigentlich unwichtig und von sehr begrenztem Wert im Vergleich zum Kollektiv und besonders zu dem Staat. In Polen gab es in den letzten Jahrzehnten einen heftigen Kampf zwischen der idealistischen katholischen Philosophie mit ihrer Hochschätzung des Menschen als Gottes Geschöpf und der materialistischen marxistischen Philosophie mit ihrer Überlegenheit von Sozialklassen und Staat über das einzelne menschliche Individuum, das eher als materielles Produkt gesehen werden sollte und nur dann wertvoll sei, wenn es für den Staat oder für die führende Menschenklasse nützlich erscheint.

In den Krankenhäusern und Arztpraxen spielte der Arzt eine Vaterfigur für die Patienten, die wie Kindern in den klassischen patriarchalischen Familien verpflichtet waren, dem Vater bedenkenlos zu glauben und seinen Anweisungen zu gehorchen. Das Vater-Kind-Spiel ist in den polnischen Krankenhäusern noch nicht verlernt worden und die Patientenrechte sind noch immer eher ein Thema für Juristen und Ethiker als für die meisten Patienten.

Trotz den landesspezifischen Eigenheiten der sozialen und psychologischen Verhältnisse sind die Patientenrechte, die in der Verfassung durch den Schutz der persönlichen Freiheit verankert sind, frühzeitig in das Medizinrecht eingeführt worden.

Die gesetzliche Verpflichtung der behandelnden Mediziner an den „informed consent“ wurde zuerst im Jahr 1950 im Zusammenhang mit der operativen Behandlung eingeführt. Im Ärzteberufsgesetz von 1952 wurde dies Pflicht der bewussten Zustimmung auf alle chirurgische Eingriffe, sowie auf die Biopsien und die Elektrotherapie erweitert (1,2,3). Die Voraussetzung für die Zustimmung sollte eine ärztliche Aufklärung über den Krankheitsverlauf und die Therapiepläne sein. Weil der Begriff „ärztliche Aufklärung“ sehr unscharf blieb und die Verbreitung der ärztlichen Fachsprache zu wesentlichen Missverständnissen führen konnte, hat man in dem Gesetz

über Institutionen für die medizinische Fürsorge den Begriff „richtige Informationen“ eingeführt.

Fünf Jahre später, in dem Gesetz über den Ärzteberuf vom 5. Juli 1996, hat man die heutige Version des „informed consent“ normiert. Die Zustimmung des Patienten zu einem therapeutischen oder klinisch-experimentellen Behandlungsvorschlag soll erst nach einer umfänglichen und verständlichen Aufklärung, schriftlich gegeben werden. Die Wirksamkeit des bewussten Einverständnisses ist von verschiedenen Voraussetzungen abhängig, wie z.B.:

1. Kompetenz,
2. Erklärung,
3. Verständnis,
4. Freiwilligkeit,
5. Zustimmung.

Unter der „Kompetenz“ versteht man hier vor allem den intellektuellen Zustand des Patienten, der eine objektive, rationelle Wahrnehmung der eigenen Situation, sowie das Nachvollziehen der Therapiemöglichkeiten und die genaue Einschätzung des damit verbundenen Risikos, ermöglicht. Inkompetent in diesem Sinne sind Neugeborene und Kleinkinder sowie Patienten, die unter der starken Wirkung von Alkohol und anderen Drogen stehen oder mit Störungen der Hirnfunktion und posttraumatischen Gesundheitsveränderungen zu kämpfen haben. Kinder unter 16 Lebensjahren werden, obwohl dazu keine gesetzliche Pflicht besteht, in den Krankenhäusern von Poznan sensibel, aber auch ausführlich über die Krankheit und geplanten Therapie-Methoden informiert und unterschreiben die schriftliche Zustimmung zusammen mit ihren Eltern.

Einen gewissen Einfluss auf die Kompetenz des Patienten haben, neben der krankheitsbedingten Hirnfunktion und Bewusstseinslage, das Ausbildungsniveau und die Lebenserfahrung des Patienten, sowie seine Erziehung. Aus falscher Höflichkeit scheuen sich viele polnische Patienten dem Arzt Fragen zu stellen, auch wenn sie dessen Erklärungen nicht verstehen und willigen in eine Therapie- oder einen Versuchs-Vorschlag ein, den sie überhaupt nicht begreifen.

Die Aufklärung durch den Arzt sollte sich an den intellektuellen Fähigkeiten des Patienten orientieren, jedoch scheinen die Mediziner wegen mangelnder Kenntnisse im Bereich der Psychologie und der Psycho-Soziologie sowie auf Grund des ständi-

gen Zeitdrucks dabei oftmals leicht überfordert zu sein. Ein Gespräch zwischen Arzt und Patient unter diesen Stressbedingungen erinnert eher an ein solches im Vater-Sohn-Verhältnis, als an eine richtige Partnerschaft, die die Grundvoraussetzung für die bewusste Zustimmung zur Behandlung sein soll.

In der Verordnung des Gesundheitsministeriums vom 20.12.2002 über die klinische Forschung, ist die Durchführung einer genauen Aufklärung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters, z.B. des Vormunds, sehr sorgfältig beschrieben worden (4). Die in der Verordnung geforderten Schritte sind an die europäische Richtlinie der „good clinical practice“ und des „informed consent“ angepasst.

Ob der Patient die ärztlichen Ausführungen genau verstanden hat, ist manchmal schwierig zu beurteilen. Dies ist vor allem auf Grund des ungenügenden Wissens des Patienten oder wegen mangelnder Sprachkenntnisse, was im vereinigten Europa keine Seltenheit mehr darstellt, der Fall. Für eine genaue Prüfung der didaktischen Erfolge des Arztes gibt es nicht viele Möglichkeiten. Geschuldet ist dies dem Zeitmangel, der ungenügenden Ausbildung der Ärzte im Bereich der Patientenpädagogik, dem Stress vor chirurgischen Eingriffen und dem Empfinden einer zu aufdringlichen Fragestellung als eine Belastung.

Die für eine wirksame Zustimmung zu den therapeutischen Vorschlägen notwendige Freiwilligkeit ist dabei nur scheinbar selbstverständlich. Denn dem Patienten ist durchaus bewusst, dass seine Wahl begrenzt ist durch die finanziellen Möglichkeiten des Krankenhauses, der Privatpraxis des behandelnden Arztes oder den Preis des optimal wirksamen Medikamentes. In den Untersuchungen der letzten Jahre hat man festgestellt, dass etwa ein Drittel aller Kranken in den Ostgebieten Polens nicht in der Lage sind, dringend benötigte Arzneimittel zu kaufen. Die kollabierende Organisation des Gesundheitswesens in Polen hat einen wesentlichen Einfluss auf die Frustrationsstimmung in unserer Gesellschaft.

Dies betrifft nicht nur kostenintensive Behandlungsverfahren, wie Transplantationen, Herzchirurgie und Neurochirurgie, sondern auch diagnostische Verfahren auf dem Gebiet der inneren Medizin und der Chirurgie.

Die Klonierungsversuche und Retorten-Babys sorgen zudem für eine starke Dissonanz im Moralempfinden breiter Kreise der Gesellschaft(5). Die immer tiefere Spaltung zwischen den aussichtsreichsten Behandlungsmethoden und den realistischen Möglichkeiten, diese zu erhalten, eröffnet einen großen Spielraum für „grauökonomische Aktivitäten“, wie Korruption, Spekulation, Diebstahl und andere

Verbrechen. Auf diese Weise schwächt die Gefühllosigkeit der Makroökonomie die Bedeutung und Wirksamkeit von gesetzlichen und ethischen Regeln. Im Kontext der realen Lebensumstände erscheint das Festgerede vom Recht des Patienten auf Information als Teil des gesetzlichen Schutzes der Menschenwürde als unglaubwürdig.

Vor einem solchen Hintergrund sind die Auswirkungen seiner Zustimmung dem Patienten nicht vollkommen bewusst - teilweise erinnert die Entscheidung des Kranken bei der Wahl der Therapie mehr an ein Glücksspiel. Um die Patientenrechte und damit den „informed consent“ mehrheitsfähig zu machen, müsste man sich mehr an den tatsächlichen Lebensumständen der Patienten orientieren und die ethischen und moralischen Maßstäbe nicht nach individuellen und kollektiven Kategorien differenzieren.

Die Patientenwartelisten für Augen-, Hüftgelenks- oder sogar Krebsoperationen, die ein wenig Aufsehen erregendes Sterben der „Kunden“, um es in der heutigen Sprache zu sagen, zur Folge haben, zwingen vor allem ältere Menschen in der medizinischen Grauzone Hilfe zu suchen und sind ein eindeutiges Indiz für eine unmenschliche Machtpolitik, die Recht und Ethik als Täuschungswerkzeuge benutzt. Die Menschenwürde bleibt zumindest in Polen, wie zu alten stalinistischen Zeiten, auch heute, nach der politischen Wende, ein utopischer Begriff (6,7).

Die Behandlung ohne bewusste Zustimmung des Patienten war in Polen eigentlich seit vielen Jahren gut geregelt. Solche Therapien hat man in lebensbedrohlichen Situationen immer dann gewagt, wenn:

1. der Patient auf Grund seiner Bewusstseinslage inkompetent blieb,
2. ein Kontakt mit dem Vormund zur richtigen Zeit nicht möglich war,
3. die Indikationen für die operative oder intensive Therapie dringend erforderlich waren oder
4. die Diagnose und Therapie durch einen anderen erfahrenen Arzt der gleichen Fachrichtung bestätigt wurden.

Die Notfallmedizin und das Rettungswesen funktionieren auf Grund der Notstandssituation meistens ohne „informed consent“, aber die Transparenz der kritischen Situationen sowie die Offenheit und Selbstverständlichkeit der Rettungsaktion ließen

wenig Raum für Misstrauen, Zweifel und Verdächtigungen. Das erklärt die relative Seltenheit der Strafverfahren gegen Notfallärzte.

Die Zwangstherapie als Strafe des Staates gegen Dissidenten oder andere politische Gegner ist in Polen bzw. in der polnischen Psychiatrie, im Gegensatz zu anderen totalitär regierten Ländern, nie ein ernsthaftes Problem gewesen. Eher wurde die polnische Psychiatrie als eine Rettungsmöglichkeit für diejenigen angesehen, die verschiedentlich in Konflikt mit dem Gesetz geraten waren.

Die Zwangstherapie war von Beginn an als eine Ausnahme von der Regel der bewussten Behandlungszustimmung vorgesehen. Noch bis in die achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts war die Zwangstherapie gegen den Willen des Patienten in Polen in psychiatrischen Akutfällen, wie z.B. Alkoholismus und Drogensucht, Wenerischer Krankheit (früher auch bei der Tuberkulosebehandlung) oder Infektionskrankheiten, erlaubt. In der Verordnung des Gesundheitsministeriums vom 19. Dezember 2002, ist eine Liste von Infektionskrankheiten aufgelistet, bei denen eine Schutzimpfung Pflicht ist. Diese Schutzimpfung darf aber nur dann durchgeführt werden, wenn eine schriftlich bestätigte bewusste Einwilligung vorhanden ist. Die Ärzte haben für derartige Fälle keine Zwangsinstrumente zur Hand (und wollen solche auch nicht haben). Eine Liste der sich weigernden Patienten soll demnach dem Sanitätsinspektor vorgelegt werden (8,9). Das Gesetz sagt jedoch nichts zu den Folgen der Verweigerung. Regelungen bestehen indes für die ähnlich gelagerten Fälle der Blutentnahme bei Verkehrsunfallbeteiligten zur Bestimmung der Alkohol- und Drogenkonzentration. Dem Willen des Patienten darf nur dann zuwider gehandelt werden, wenn seine Wahrnehmung der Wirklichkeit aus verschiedenen Gründen beschränkt ist und sein Verhalten sein eigenes oder das Leben anderer Menschen bedroht.

Rechtliche Ausnahmeregelungen finden Anwendung in den Fällen der Behandlung von Kindern in Lebensgefahr, in denen die Zustimmung zu einer Operation, die mit erheblichen Risiken verbunden ist, durch die Eltern oder andere bevollmächtigte Pflegepersonen verweigert wird. In solchen Situationen soll die Diagnose und der Therapieplan durch eine beratende Ärzteversammlung bestätigt werden und ein Prozess über die Einschränkung der Elternrechte hinsichtlich der Zustimmung für die konkrete lebensrettende Operation soll vor dem zuständigen Gericht schnellstmöglich durchgeführt werden (10). In meiner über 30-jährigen Berufserfahrung in der

Anästhesie und Intensivmedizin musste ich zweimal ein solches Problem mit Hilfe von Psychologen, Priestern, Juristen und meinen ärztlichen Kollege lösen.

Einen typisches Beispiel für einen solchen Fall liefert die Krankheitsgeschichte eines kleinen Kindes, das während der Arbeiten auf einem Bauernhof komplizierte offene Knochenfrakturen an einem Bein mit einer Schädigung der Femoralarterie und anderen Gefäßen erlitt. Infolge der zahlreichen Verletzungen und Wundeninfektionen entstand eine nekrotische Veränderung am linken Bein mit nachfolgenden septischen Schock und progressiver Organeninsuffizienz unter der pathologischen Wirkung von bakteriellen Toxinen. Als lebensrettendes Verfahren blieb nur die Beinamputation und sehr wenig Zeit diese durchzuführen. Die Eltern hatten die Zustimmung zu dieser Operation verweigert, obwohl sie informiert wurden, dass ohne diesen chirurgischen Eingriff ihr 7-jähriger Sohn sterben würde. Der Last der Verantwortung der Eltern für eine den Körper verletzende Operation am eigenen Kind war zu groß, da sie zukünftige Vorwürfe des Sohnes fürchteten, der nach ihrer Ansicht als „Verkrüppelter“ in einem kleinen Dorf keine Zukunft haben konnte. Zudem hatten sie auch Angst vor den kritischen Meinungen und Urteilen in ihrem Heimatdorf. Nach der Operation, als sich der allgemeine Zustand des Kindes sichtlich gebessert hatte, war den Eltern die Erleichterung anzusehen.

In diesem Fall waren die Leute, die nach den Werten des traditionell familiären und staatlichen Paternalismus erzogen wurden, nicht in der Lage eine richtige Entscheidung zu treffen.

Man hat heute in Polen den Eindruck, dass die Mentalitätsveränderungen bei den Medizinern und Patienten sehr langsam vorstatten gehen. Aber es geht voran. Der Paternalismus ist insbesondere noch an den Schulen und Universitäten sowie in den Ämtern und Krankenhäusern stark ausgeprägt. Die Menschenwürde und Menschenrechte galten in Polen über 50 Jahre lang als kleinbürgerliche oder bigotisch-christliche Reminiszenz an die mittelalterliche, d.h. an eine schlechte, dümmere, ungebildete und unzivilisiertere Vergangenheit. Mit dieser historischen Last fällt eine Veränderung in der Denkweise schwer. Dazu zeigen die neue Erfahrungen des Durchschnittsbürgers in meinem Land, dass die alte Verachtung klassischer Werte und Tugenden wie Ehrlichkeit, Liebe, Verantwortung, Treue, Zuverlässigkeit und Wahrheit mit neuem Gesicht und neuen Parolen zurückgekommen sind, was zu generellen Misstrauen führt. Die tief verwundete Moral der polnischen Gesellschaft

steckt neue Schläge ein, wodurch sich die deutliche Zurückhaltung bei der Akzeptanz von ethisch begründeten neuen rechtlichen Vorschriften erklärt, die nicht in Einklang mit den tagtäglichen Realitäten stehen. Ohne die harmonische Entwicklung der Moral der Makroökonomie, ohne bessere Bildungsmöglichkeiten, ohne Aufwertung der Bedeutung eines Menschenlebens in der Welt wird der „informed consent“ in vielerorts ein schöner, aber leerer Begriff bleiben und die wahre Bedeutung wird von den Patienten wie das alte Motto: „Lasciate ogni speranza“ empfunden. Als von der Natur aus optimistischer Anästhesist hoffe ich noch immer, dass die Entwicklung der Medizin und Patientenrecht in Polen und allen anderen Ländern auch weiterhin eine gute Entwicklung nimmt.

Literatur

1. Boratyńska M., Konieczniak P, Prawa pacjenta, Difin, Warszawa 2001
2. Karkowska D, Prawa pacjenta, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2004
3. Nesterowicz M., Prawo medyczne, Towarzystwo Naukowe „Dom Organizatora“, Toruń 1994
4. Rozporządzenie Ministra Zdrowia, z dnia 20 grudnia 2002 r. w sprawie badań klinicznych wyrobów medycznych, Ministerstwo Zdrowia, Archiwum Aktów Prawnych, Warszawa 2002
5. Rozród wspomagany człowieka w świetle norm deontologicznych, eds.:Dębski R, Tulczyński A, KBN, Warszawa 1997,
6. Szczepaniak L, Moralne problemy związane ze szpitalną opieką służby medycznej, Wydawnictwo Księży Sercanów DAHON, Kraków 2003
7. Zdrowie Publiczne i Medycyna Społeczna, ed. Wąsiewicz EP, Wydawnictwa Uczelniane, Akademii Medycznej im. Karola Marcinkowskiego, Poznań, 2000
8. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie wykazu obowiązkowych szczepień ochronnych oraz zasad przeprowadzania oraz dokumentacji medycznej, Ministerstwo Zdrowia, Archiwum Aktów Prawnych, Warszawa 2002
9. Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 14 kwietnia 1997r., Ministerstwo Zdrowia, Archiwum aktów prawnych, Warszawa 1997
10. Dercz M, Rek T, Ochrona prawna dziecka, tom II – Prawa dziecka jako pacjenta, Rzecznik Praw Dziecka, Warszawa 2003

Wie realistisch ist der "informed consent"?

von Prof. Dr. Gerfried Fischer

I. Konzept und Anforderungen des "informed consent"

1. Bedeutung

Das Erfordernis des "informed consent" bedeutet zweierlei: Erstens: Die ärztliche Behandlung beinhaltet einen Eingriff in Körper und Gesundheit des Patienten und ist deshalb nur mit dessen Einwilligung zulässig. Zweitens: Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn der Patient aufgeklärt bzw. informiert worden ist. Wie schon der Terminus "informed consent" zeigt, handelt es sich um einen Grundsatz, den es auch in anderen Rechtsordnungen, wie denen des anglo-amerikanischen Rechtskreises gibt, der aber darüber hinaus wohl in allen rechtsstaatlich verfassten Ländern gilt. In Deutschland ist er durch die Rechtsprechung der Straf- und Zivilgerichte entwickelt worden und findet heute seine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 1, 2 GG. Geschützt ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, das nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Schutz der Würde und Freiheit des Menschen und seinem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit wurzelt⁶⁰.

Mit dem Erfordernis des "informed consent" als solchen dürften heute wohl auch die meisten Ärzte ihren Frieden gemacht haben. Das war nicht immer so. Vor bald 30 Jahren habe ich meinen ersten Vortrag zur ärztlichen Aufklärungspflicht vor niedersächsischen Orthopäden gehalten. Beim Vorgespräch sagte mir deren damaliger Vorsitzender: "Ich nehme das alles nicht so ernst. Ich frage mich, ob ich meinen Vater in der entsprechenden Situation operieren würde, und wenn ich das bejahe, dann operiere ich." Er hat sich nach meinem Vortrag vorsichtiger geäußert, aber wohl weniger aus Einsicht in die Notwendigkeit der Aufklärung, sondern eher, weil ihm die rechtlichen Risiken seiner Maxime bewusst geworden waren.

2. Inhaltliche Anforderungen

Auch wenn die Mehrzahl der Ärzte inzwischen das Prinzip des "informed consent" wohl für richtig hält, haben sie doch regelmäßig in zwei Punkten Bedenken. Sie betreffen die Ausgestaltung durch die Rechtsprechung. Der erste, nämlich die Sanktionierung der Aufklärungspflichtverletzung als Körperverletzung, lässt zwar emotional die Wogen hochgehen, ist aber eher von rechtsdogmatischer als von praktischer Bedeutung und deshalb auch nicht unser heutiges Thema. Das sachlich weit gewichtigere Bedenken betrifft die inhaltlichen Anforderungen. Diese scheinen auf den ersten Blick gar nicht einmal so streng zu sein. Der Patient soll Wesen, Bedeutung und Tragweite der Behandlung erfassen können⁶¹. Er muss, wie es so schön heißt, "im großen und ganzen" wissen, worin er einwilligt⁶². Dazu brauchen ihm die Risiken nicht medizinisch exakt und nicht in allen denkbaren Erscheinungsformen dargestellt zu werden, vielmehr soll ein allgemeines Bild von der Schwere und Richtung des konkreten Risikospektrums genügen⁶³. Die Aufklärung soll dem Patienten kein medizinisches Entscheidungswissen vermitteln, sondern ihm aufzeigen, was der Eingriff für seine persönliche Situation bedeuten kann⁶⁴. Das hört sich - bis auf vielleicht den letzten Satzteil - relativ maßvoll und realistisch an, ist aber für den Eingeweihten eher die Stimme des Wolfs bei den sieben Geißlein, nachdem er Kreide gefressen hat.

a) Behandlungsrisiken

Die wirklichen Probleme des Aufklärungsumfangs zeigen sich erst bei den Behandlungsrisiken. Hier hat die deutsche Rechtsprechung im Gegensatz zu vielen ausländischen Gerichten wiederholt betont, dass es nicht allein auf die Wahrscheinlichkeit der Schädigung ankommt, sondern dass auch über sehr seltene Risiken informiert werden muss, wenn sie im Falle ihres Eintritts die Lebensführung schwer belasten und für die Behandlung typisch, für den Laien aber eher unerwartet sind. So hat der

⁶⁰ BVerfG NJW 1979, 1925, 1930 f.

⁶¹ BGHZ 29, 176, 180.

⁶² BGHZ 90, 103, 105 f.; 102, 17, 23; 144, 1, 7; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 63, Rn. 5; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, 9. Aufl. 2002, Rn. 394; Staudinger/Hager, 13. Bearb. 1999, § 823 Rn. I 83.

⁶³ Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 327; BGHZ 144, 1, 7; Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 258; MüKo/Wagner, 4. Aufl. 2004, Rn. 714.

⁶⁴ Steffen/Dressler⁹, Arzthaftungsrecht, 9. Aufl. 2002, Rn. 329.

Bundesgerichtshof das Risiko, bei einer Polioschutzimpfung eine Lähmung zu erleiden, für aufklärungsbedürftig gehalten, obwohl die Schadenshäufigkeit nur 1:4,4 Millionen betrug⁶⁵. Ebenso hat er verlangt, dass bei einer Myelographie über das Risiko von Lähmungserscheinungen bis hin zur Querschnittslähmung informiert wird, und er hat den Arzt, der hierüber nicht aufgeklärt hatte, haften lassen, obwohl der Patient keine derartige Lähmung, sondern einen Krampfanfall bekommen und sich in Folge dessen den Oberarm gebrochen hatte⁶⁶.

b) Behandlungsalternativen

Soweit es um die Aufklärung über Behandlungsalternativen geht, ist die Rechtsprechung weniger streng. Die Wahl der richtigen Behandlungsmethode ist grundsätzlich allein Sache des Arztes⁶⁷.

Allerdings handelte es sich meist um Fälle, in denen keine echte Alternative bestand⁶⁸. Gibt es eine echte Alternative, so ist darüber aufzuklären, wenn die Chancen etwa gleichwertig, die Risiken aber unterschiedlich sind wie bei der Wahl zwischen Intubationsnarkose und Periduralanaesthesie⁶⁹. Das Gleiche gilt, wenn das Risiko durch die Wahl einer besseren Behandlungsmethode signifikant verringert werden kann⁷⁰, außerdem wenn der Eingriff nur relativ indiziert ist. Letzteres hat der BGH vor allem angenommen, wenn bei Bandscheibenvorfällen noch eine konservative Behandlung möglich ist⁷¹ oder wenn statt einer präventiven Entfernung der Brust oder des Uterus auch abgewartet werden kann, ob eine bösartige Entwicklung eintritt⁷². Im letztgenannten Fall hängt die Entscheidung vom individuellen Sicherheitsbedürfnis der Patienten ab, und dies soll der Arzt ermitteln⁷³.

⁶⁵ BGHZ 144, 1, 7.

⁶⁶ BGH VersR 1996, 194.

⁶⁷ Steffen/Dressler⁹ Rn. 375; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 331

⁶⁸ Vgl. Steffen/Dressler⁹ Rn. 384.

⁶⁹ Vgl. Steffen/Dressler⁹ Rn. 381, S. 189.

⁷⁰ Steffen/Dressler⁹ Rn. 381 S. 192; BGHZ 88, 248, 251.

⁷¹ BGH NJW 2000, 1788.

⁷² BGH NJW 1992, 2354; 1997, 1637; 1998, 1784.

⁷³ Garrison/Schneider, *The Law of Bioethics: Individual Autonomy and Social Regulation*, St. Paul/USA 2002, S. 134.

II. Idee und Wirklichkeit

Dass es an sich Sache des Patienten ist zu entscheiden, ob und wie er behandelt, d.h. ob und wie in seinen Körper und seine Gesundheit eingegriffen wird, lässt sich nicht bezweifeln. Ebenso ist es klar, dass diese Entscheidung nur dann vollständig seine eigene ist, wenn er zumindest die Möglichkeit erhält, Risiken und Alternativen zur Kenntnis zu nehmen. Um eine eigene ausgewogene Entscheidung zu treffen, die gleichermaßen dem Willen und dem Wohl des Patienten entspricht, müsste dieser die verschiedenen Alternativen mit sämtlichen Vor- und Nachteilen erfahren und verstehen, diese gegeneinander abwägen und dann diejenige auswählen, die (nach seiner Auffassung) die geeignetste ist. Eine derart rationale Entscheidungsfindung ist jedoch nicht die Regel, sondern allenfalls eine seltene Ausnahme. Dafür gibt es verschiedene Gründe.

1. Verstehen und Merken

Die Schwierigkeiten beginnen schon damit, dass nur ein Teil der ärztlichen Information vom Patienten verstanden wird. Einer der Gründe dafür ist das Wissensgefälle zwischen Arzt und Patient. Für den Experten ist vieles selbstverständlich, was dem Laien unbegreiflich ist, ein Phänomen, das wir zu unserem Leidwesen fast täglich in unseren Vorlesungen erfahren, und natürlich auch oft genug im Dialog zwischen Medizinern und Juristen. In diesem Punkt ist freilich am ehesten Abhilfe möglich. Aufklärung lässt sich zwar nicht vollständig, aber doch in großem Umfang standardisieren. Soweit das zutrifft, kann auch vorher an Laien erprobt werden, inwieweit sie den Inhalt verstehen. Es bedarf dann jedoch außerdem einer entsprechenden Schulung der Ärzte, damit sie erkennen und verinnerlichen, wie eine laienorientierte Aufklärung zu erfolgen hat. Das ist einer der Punkte, in denen computergestützte Aufklärungsprogramme von großem Nutzen sein können.

Auf diesem Wege kann man natürlich nur das allgemeine Wissens- und Verständnisgefälle herabsetzen, nicht aber das intellektuelle Gefälle innerhalb der Patientenschaft. Es gibt eine wohl nicht so geringe Zahl von Menschen, denen auch einfachste Fakten und erst recht Zusammenhänge kaum klarzumachen sind. Hier kann und muss der Arzt versuchen, Inhalt und Umfang der Information dem anzupassen, was

der Patient aufnehmen und begreifen kann. Ist der Patient durch die Komplexität des an sich notwendigen Wissens überfordert und kann dies Hindernis nicht mit zumutbaren Mitteln durch eine seinem Verständnis angepasste Form der Aufklärung beseitigt werden, dann kann deswegen natürlich nicht die Behandlung unterbleiben, jedenfalls wenn sie indiziert ist. Der Patient muss vielmehr möglichst dazu gebracht werden, selbst zu erkennen, dass eine weitergehende Aufklärung nicht möglich ist und er deshalb darauf verzichtet. Aber dieser Verzicht darf immer erst am Ende des erfolglosen Aufklärungsversuchs stehen, nicht ihn ersetzen.

Eng mit dem Verstehen verbunden ist ein weiteres Problem, nämlich das des Merkens von Informationen. Bei ersterem haben wir es in juristischer Terminologie mit der Frage des Zugangs zu tun, bei letzterem mit der der Speicherung. Der Patient muss die aufklärungsbedürftigen Tatsachen nicht nur im Augenblick der Informationserteilung gehört und verstanden haben. Er muss sie sich auch solange merken, bis seine Entscheidung fällt, weil andernfalls ja keine Abwägung stattfinden kann. Zur Frage, was Patienten vom Aufklärungsgespräch behalten haben, gibt es empirische Studien. Sie sind allerdings nur zum Teil hilfreich. Bei Patienten, die erst 4 - 6 Monate nach der Operation befragt worden sind, ist es kein Wunder, dass sie sich nur an 42 % des Aufklärungsinhalts erinnern konnten und dass alle Befragten wesentliche Punkte des Gesprächs vergessen hatten⁷⁴. Dies kann auf ganz normalen Erinnerungsschwund beruhen und besagt nicht, dass die nicht reproduzierbaren Informationen nicht erteilt worden sind. Ebenso erinnern sich übrigens Patienten dann an Tatsachen, die ihnen gar nicht mitgeteilt worden sind, geben also falsch-positive Antworten. So wurden z.B. Patienten befragt, die schriftlich lediglich darin eingewilligt hatten, dass ihre Krankenunterlagen für Lehre und Forschung verwendet werden durften. Bei einer Befragung zum Inhalt, die eine Woche danach stattfand, gaben 50 % an, sie hätten in die Einnahme eines zu erforschenden Arzneimittels eingewilligt, 60 %, sie hätten der Teilnahme an Forschungstests zugestimmt⁷⁵. Wirklich aussagekräftig sind daher nur Befragungen, die kurz vor oder nach der Entscheidung der Betroffenen erfolgen. Entsprechende Studien scheinen selten zu sein,⁷⁶ zeigen allerdings auch, dass ein erheblicher Teil der Patienten wesentliche

⁷⁴ Robinson/Merav, Informed Consent: Recall by Patients Tested Postoperatively, 22 *Annals Thoracic Surgery*, 209 (1976). Kritisch dazu Meisel/Roth, 25 *Ariz. L. Rev.* 265, 295 (1983).

⁷⁵ Bericht bei Meisel/Roth, 25 *Ariz. L. Rev.* 265, 294 (1983).

⁷⁶ In einer Ende 2002 publizierten kanadischen Studie wurden die Patienten zwischen 3 und 12 Wochen, durchschnittlich 33 Tage nach der Aufklärung befragt. Dies soll der Realität der klinischen

Aufklärungsinhalte nicht wiedergeben kann. Berichtet wird aus den USA über eine Untersuchung an 200 Krebspatienten, die Einwilligungsformulare für Chemotherapie, Bestrahlung oder operative Behandlung unterschrieben hatten⁷⁷. In der Befragung, die einen Tag nach der Aufklärung stattfand, konnten nur 60 % ihre Behandlung richtig beschreiben, nur 59 % deren wesentlichen Zweck nennen, nur 55 % ein einzelnes größeres Risiko bzw. eine Komplikation und lediglich 27 % eine Behandlungsalternative. Dieses Ergebnis ist erschreckend, zeigt aber in erster Linie, wie wenig sich Formularaufklärungen einprägen. Zwar wird in dem Bericht erwähnt, dass auch mündliche Erklärungen gegeben worden seien, ohne dass aber über deren Inhalt und Umfang irgendwelche Feststellungen getroffen werden.

Bei der wohl umfangreichsten deutschen Studie, nämlich der von Ehlers aus der Mitte der 80er Jahre, besteht der Einwand einer zu späten Kontrolle nicht, da die Patienten vier Stunden nach dem Aufklärungsgespräch befragt wurden⁷⁸. Hier sollten Patienten in einem Fragebogen u.a. angeben, ob sie über Komplikationen und Gefahren wie über alternative Behandlungsmöglichkeiten bei der Operation (und der Narkose) informiert wurden. Von 108 Patienten, die die Bogen zurücksandten, bejahten 81 (= 75 %) die Aufklärung über Komplikationen und Gefahren der Operation, 24 (= 22,2 %) verneinten sie⁷⁹. Nur 7 Patienten (= 6,5 %) gaben an, über Behandlungsalternativen aufgeklärt worden zu sein, 23 (= 21,3 %) verneinten es, während bei 63 Patienten (= 67,6 %) angeblich keine Alternative bestand⁸⁰. Für die Narkose wurde ein Hinweis auf Komplikationen nur von 6, auf andere Narkosemöglichkeiten nur von 5 Patienten bejaht⁸¹. Es ist in dieser Studie jedoch nicht untersucht worden, was den Patienten tatsächlich mitgeteilt worden ist. Die Frage, was sie verstanden und sich gemerkt haben, wurde also nicht gestellt. Dass es, wie Ehlers meint, unmöglich sei, den Patienten das für eine ordnungsgemäße Aufklärung

Praxis aufgrund der Wartelisten besser entsprechen als die Befragung innerhalb weniger Stunden; s. Chan/Irish/Wood/Rotstein/Brown/Gullane/Lockwood, Patient Education and Informed Consent in Head and Neck Surgery, 128 Archives Otolaryngol Head & Neck Surgery (2002) 1269-1274. Die durchschnittliche Erinnerung an Risiken betrug hier 39,1 %, bei Patienten, die nur mündlich aufgeklärt waren, 29,5 %, bei solchen, die zusätzlich ein Merkblatt mit Illustrationen erhalten hatten, 50,3 %. Der Aussagewert der Studie ist durch die späte Befragung nicht gestärkt worden; denn erhalten soll der Patient die Informationen, die er zur Zeit seiner Einwilligungsentscheidung braucht, und diese fällt bei Operationen mit Warteliste normalerweise nicht erst am Tag des Eingriffs, sondern weit vorher.

⁷⁷ Cassileth/Zuphis/Sutton-Smith/March, Informed Consent-Why are its Goals Imperfectly Realized? 302 New Eng J Med (1980), 896, 897.

⁷⁸ Ehlers, Alexander, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 1987, S. 120.

⁷⁹ aaO. S. 239, Tabelle 41, 3 Patienten ohne Angaben.

⁸⁰ aaO. S. 238, Tabelle 38, 5 Patienten ohne Angaben.

⁸¹ aaO. S. 239, Tabelle 40, 18 Patienten ohne Angaben.

erforderliche Wissen über Risiken und Behandlungsmöglichkeiten mitzuteilen, wird mit seinem Studiendesign nicht nachgewiesen. Dies ist aber ein Manko, das auch für viele amerikanische Aufklärungsstudien festgestellt worden ist⁸², einschließlich der oben bereits erwähnten Brustkrebsstudie.

Das ändert allerdings nichts an der Realität, dass ein nicht geringer Teil der Patienten sich nur einen Teil der für seine Entscheidung eigentlich erforderlichen Informationen merkt und sie versteht. Dies gilt sowohl für die schriftliche wie für die mündliche Aufklärung. Bei ersterer steht dem Patienten zwar die gesamte Information zur - auch wiederholten Abrufung - zur Verfügung. Sie ist jedoch nicht an sein individuelles Verständnis angepasst. Dafür besteht bei der mündlichen Aufklärung die Gefahr, dass ein Teil der Informationen schon während des Gesprächs wieder vergessen wird. Dort wo der Patient über mehr als ein oder zwei wichtige Punkte, insbesondere also mehrere Risiken zu informieren ist, kann eine wirksame Aufklärung wohl nur auf kombiniertem Wege erfolgen⁸³. Dies ist der Punkt, in dem der Einsatz neuer Medien, also eine computergestützte Aufklärung sicher noch erhebliche Verbesserungen bringen kann⁸⁴.

Gerade bei der Risikoaufklärung stellt sich jedoch ein weiteres Problem, das jeder kennt, der als Patient einmal den fast untauglichen Versuch gemacht hat, sich den Inhalt eines Medikamentenbeipackzettels zu erschließen. Je umfangreicher er ist, desto weniger versteht und behält man⁸⁵.

2. Die Problematik der Abwägung

Was noch gravierender ist: Je mehr Informationen der Patient bekommt und behält, desto schwieriger wird für ihn die Entscheidung. Die Abwägung, die er treffen muss, wird nicht dadurch leichter, dass er eine Vielzahl von Gewichten auf die Waagschalen legen muss, und es kommt hinzu, dass er schlecht einschätzen kann, wie viel jedes einzelne wiegt. Mitunter werden schon die Aussagen darüber, wie häufig sich

⁸² Meisel/Roth, 25 Ariz.L.Rev. (1983), 265, 272 f.

⁸³ S. dazu die oben Fn. 17 genannte kanadische Studie, wonach sich die Erinnerung bei kombinierter Aufklärung von durchschnittlich 29,5 % auf 50,3 % erhöhte.

⁸⁴ S. dazu Jimison/Sher/Appleyard/Le Vernois, The Use of Multimedia in The Informed Consent Process, 5 JAMIA 245-256 (1989).

ein bestimmtes Risiko verwirklicht, voneinander abweichen. Aber selbst wenn insoweit auf Seiten der Mediziner Einigkeit bestehen sollte, was fängt der Patient damit an? Dass Bruch- und Prozentrechnung für viele ein Buch mit sieben Siegeln sind und bleiben, wissen wir noch aus der Schule, und das ist bei vielen Patienten nicht anders⁸⁶. Das man bei einem Risiko von 50 % schlechte Karten hat, sollte eigentlich klar sein, obwohl Roulettespieler auch das in Zweifel ziehen werden. Aber ab welchem Risiko man sich bei einem nur relativ indizierten Eingriff eher gegen diesen entscheidet, ob die Schwelle bei 0,1 %, 1 %, 5 % oder 10 % liegt, lässt sich rational nicht mehr begründen. Man kann natürlich versuchen, dem Patienten die Größe des Risikos anhand von Parallelbeispielen aus dem täglichen Leben, etwa der Autofahrt in der rush-hour oder mit einem Tempo von 180 km/h auf der Autobahn zu erläutern. Ein wirklicher Vergleich dürfte jedoch schon daran scheitern, dass für diese Aktivitäten noch weit weniger exakte Risikoeinschätzungen zur Verfügung stehen. Eine objektive Abwägung wie bei der Lösung einer mathematischen Gleichung wird dadurch nicht ermöglicht. Im Gegenteil wird die Entscheidung viel stärker von subjektiven Momenten beeinflusst. Der Patient wird sich eher für den Eingriff entscheiden, wenn man ihm klar macht, dass eine Erfolgchance von 90 % besteht, als wenn man ihm sagt, dass das Misserfolgsrisiko 10 % beträgt⁸⁷.

Damit stellt sich aber die Frage, ob die Vorstellung vom rational abwägenden Patienten überhaupt realistisch ist. Dagegen sprechen zwei Gründe, zum einen die allgemeine Erfahrung, dass komplexe Entscheidungen nur selten wirklich bis zu Ende durchdacht werden, zum andern, dass der betroffene Kranke zu einem solchen Denk- und Abwägungsprozess besonders schlecht, wenn nicht gar am allerwenigsten in der Lage ist.

Zum ersten: Jeder weiß aus eigener Beobachtung, dass völlig rationale Entscheidungen nur dort fallen, wo wenige und eindeutige Alternativen bestehen. Sind viele und in ihrer Bedeutung schwer vergleichbare Gesichtspunkte zu berücksichtigen, dann wird die Komplexität reduziert, indem einzelne verdrängt, andere betont werden, ohne dass insoweit eine bewusste Abwägung erfolgt. Dabei spielt natürlich

⁸⁵ Berg/Appelbaum/Lidz/Parker, *Informed Consent. Legal Theory and Clinical Practice*, 2. Aufl. 2001, 192, 195

⁸⁶ Garrison/Schneider, S. 114 f. mit Nachw.

⁸⁷ Vgl. McNeil/Pauker/Sox/Tversky, *On the Elicitation of Preferences for Alternative Therapies*, 306 *N.Eng.J.Med.* 1259, 1262 (1982).

die bisherige Erfahrung des Entscheidenden eine Rolle. Deshalb wird die auch vom Arzt vorzunehmende Abwägung von Nutzen und Risiko der Behandlung und die darauf basierende Entscheidung rationaler ausfallen als die eines Laien.

Zum zweiten: Beim Patienten kommt hinzu, dass seine Gesundheit, oft sogar sein Leben bedroht ist und er deshalb Angst hat. Angst ist ein schlechter Ratgeber. Insbesondere Personen, die frisch mit der Kenntnis ihrer schweren Krankheit konfrontiert sind, müssen dies erst einmal verarbeiten. Ihr Denken kreist zunächst nur um diese Krankheit. Für die Aufnahme weiterer Informationen ist kein oder wenig Raum⁸⁸, für eine nüchterne Abwägung noch weniger. Wahrnehmungen, die erfolgen, sind selektiv. Entscheidungen werden, soweit die Patienten sich dazu überhaupt in der Lage sehen, oft emotional getroffen und alle in eine andere Richtung weisenden Überlegungen verdrängt⁸⁹.

Dass unter solchen Umständen eine reine Formularaufklärung ihren Zweck verfehlt, liegt auf der Hand. Der Arzt kann nur im Gespräch mit den Kranken, möglichst auch mit den Angehörigen, ermitteln, welche Vorstellungen und Risikowahrnehmungen den Patienten bestimmen, um ihm dann mit der Aufklärung eine Entscheidungshilfe zu geben.

3. Entscheidungswille

Ein letztes Bedenken gegen das reale Funktionieren des "informed consent" ergibt sich daraus, dass er nicht nur von der Annahme ausgeht, der Patient könne nach balancierter Abwägung entscheiden, sondern auch davon, dass dieser überhaupt entscheiden will. Empirische Untersuchungen aus den USA zeigen, dass der Wunsch der Patienten nach Information weitaus größer ist als der Wunsch selbst zu entscheiden⁹⁰. In einer Studie, in der die Stärke des Interesses an eigener Entscheidung untersucht wurde, zeigte sich der Durchschnitt der Patienten stark desinteressiert⁹¹. Eine andere ergab, dass fast die Hälfte der Patienten (47 %) lieber den Arzt ohne ihre eigene Beteiligung entscheiden lassen wollte und ein Drittel lediglich die

⁸⁸ Garrison/Schneider, S. 115.

⁸⁹ Garrison/Schneider, S. 119.

⁹⁰ Garrison/Schneider, S. 84.

⁹¹ Ende u.a., Measuring Patients' Desire for Autonomy, Decision Making and Information - Seeking Preferences Among Medical Patients, 4 J Gen Internal Med 23, 25 (1989).

ernsthafte Berücksichtigung ihrer Auffassung wünschten. 19 % bevorzugten eine gleichberechtigte Mitentscheidung und nur 3 % wollten selbst entscheiden⁹². In der gleichen Studie zeigte sich, dass die behandelnden Ärzte das Informationsinteresse ihrer Patienten zumeist unter-, den Willen selbst zu entscheiden, dagegen überschätzten. Beim Versuch einer Zuordnung zu bestimmten Patientengruppen wurden zwei Tendenzen beobachtet: Junge Menschen sind eher zu schwierigen Entscheidungen bereit als ältere, und mit der Schwere der Erkrankung vermindert sich der Wunsch zur Entscheidung⁹³.

III. Rechtliche Folgerungen

Wie immer man die Aussagekraft der empirischen Untersuchungen einschätzt, es lässt sich wohl kaum bezweifeln: der Patient, der alle ihm darzulegenden Chancen und Risiken einer Behandlung versteht, behält, sie gegen einander abwägt und auf dieser Basis dann eine selbständige Entscheidung trifft, ist ein Idealtypus, den es in der Praxis selten, wenn überhaupt gibt. Die Frage ist deshalb, ob die derzeitigen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung und die haftungsrechtlichen Konsequenzen ihrer Verletzung überhaupt Sinn machen. Kann man den Umfang nicht auf das reduzieren, was die Mehrzahl der Patienten wissen und zur Grundlage ihrer Entscheidung machen will? Die Rechtsprechung hat dies immer wieder abgelehnt⁹⁴, und wohl zu Recht. Denn es gibt Patienten, wenn auch vielleicht nur wenige, die an der Entscheidung maßgeblich beteiligt und deshalb möglichst weitgehend aufgeklärt werden wollen. Ihr Selbstbestimmungsrecht würde verletzt, wenn der Arzt nicht verpflichtet wäre, diesem Bedürfnis Folge zu leisten. Dieses Recht wird nicht dadurch obsolet, dass nur wenige es wirklich nutzen wollen und können⁹⁵.

1. Maximalaufklärung und Aufklärungsverzicht

Das Problem ist, dass damit die Maximalaufklärung zum Standard wird. Wenn die Rechtsprechung fordert, dass der Patient auch über sehr seltene, aber behandlungstypische und von ihm nicht erwartete Risiken zu informieren ist, dann sieht sich der

⁹² Strull u.a., Do Patients Want to Participate in Medical Decision Making?, 242 JAMA 2990 (1984).

⁹³ Garrison/Schneider, S. 85; Ende u.a., (Fn. 30), S. 26, 27.

⁹⁴ BGHZ 90, 103; NJW 1989, 1397; BGH NJW 1991, 2344.

⁹⁵ Berg/Appelbaum/Lidz/Parker, Informed Consent. Legal Theory and Clinical Practice (Fn. 24), 160.

Arzt gezwungen, jedem Patienten diese Information zu bieten, auch wenn die Mehrzahl sie nicht nutzt, nicht versteht und mitunter nicht einmal will. Von diesem Zwang wird er nur frei, wenn er bei einer weniger umfangreichen, dem Verständnis und den Wünschen des konkreten Patienten angepassten Aufklärung sicher sein kann, kein Haftungsrisiko einzugehen. Theoretisch braucht er dem Patienten natürlich nicht mehr zu sagen, als dieser wissen will, ist doch sogar ein völliger Aufklärungsverzicht zulässig⁹⁶. Praktisch hilft das nicht viel, weil an einen wirksamen Verzicht hohe Anforderungen gestellt werden⁹⁷; denn es muss auf der anderen Seite auch verhindert werden, dass die Aufklärungspflicht dadurch unterlaufen wird, dass Patienten zum Verzicht gedrängt werden oder die Berufung auf einen konkludenten Verzicht zur wohlfeilen Schutzbehauptung wird. Die Möglichkeiten, den Umfang der Aufklärung einzuschränken, sind deshalb begrenzt. Jeder Patient muss zumindest die Chance haben, auch entfernte, aber schwerwiegende Risiken zu erfahren, wenn er es denn will.

2. Stärkere Berücksichtigung des konkreten Patientenwillens

Aber man darf dabei nicht aus dem Auge verlieren, dass eine große Zahl von Patienten das gar nicht wissen, zumindest aber nicht groß darüber nachdenken will⁹⁸. Deshalb sollte nach Aufklärungswegen gesucht werden, bei denen der Umfang stärker als bisher vom Willen des einzelnen Patienten abhängig ist. Dafür scheinen auf den ersten Blick Aufklärungsformulare besonders geeignet zu sein, kann der Patient doch selbst entscheiden, wie viel er von ihrem Inhalt zur Kenntnis nimmt. Von einer wirklichen Entscheidung kann man jedoch nur sprechen, wenn er den Inhalt und die Bedeutung allein durch die Lektüre verstehen kann. Bei den meisten herkömmlichen Formularen ist das eine Illusion, insbesondere wenn sie sich im Bemühen um vollständige Aufzählung aller Risiken und Komplikationen über mehrere Seiten erstrecken. Dem Patienten nach Aushändigung einer schriftlichen Information die Initiative zur Lektüre und Nachfrage zu überlassen, erfüllt deshalb nur in Aus-

⁹⁶ BGH NJW 1979, 556, 558; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 334; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, § 64, Rn. 17.

⁹⁷ Katzenmeier, aaO.; Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 261; Staudinger/Hager, § 823 Rn. I 100; MüKo/Wagner⁴, § 823 Rn. 717.

⁹⁸ Vgl. auch die Untersuchung von Chapman/Wolff, *Anaesthesia* 2002, 710, wonach von 107 befragten Chirurgiepatienten 54 (= 50,4 %) volle und detaillierte Aufklärung über alle Risiken und Vorteile, 44 (= 41,1 %) nur die Hauptrisiken und -vorteile und 9 (= 8,4 %) so wenig wie möglich wissen wollten.

nahmefällen den Aufklärungszweck. Es muss sich zum einen um sehr seltene und zum anderen um nur wenige, auch dem Laien klar verständliche Risiken handeln. Diese Voraussetzungen waren im bereits erwähnten Fall der Polioschutzimpfung für das im Merkblatt genannte Lähmungsrisiko gegeben, und deshalb hat der BGH hier zu Recht angenommen, dass es genügte, der Mutter des geimpften Kindes Gelegenheit zu weiteren Informationen im Gespräch zu geben⁹⁹.

Handelt es sich nicht um äußerst seltene Risiken oder verbinden sich mit der Behandlung eine Reihe von Risiken, dann genügt deren schriftliche Aufzählung nicht. Hier kann die Kenntnisnahme dem Patienten nur überlassen werden, wenn es gelingt, entsprechende computergestützte Aufklärungsprogramme zu entwickeln. Diese müssten zunächst nur die Richtung von Risiken andeuten, um es dann dem Patienten freizustellen, wie weit die Information ins Detail gehen soll.

Ganz wesentlich bleiben natürlich weiterhin die Schwere der Erkrankung und die Dringlichkeit der Behandlung. Dass die Rechtsprechung gerade bei nur relativ indizierten Eingriffen wie Bandscheibenoperationen den Umfang der Aufklärung sehr weit zieht, wird dadurch gerechtfertigt, dass hier nicht nur ein erhebliches Abwägungsbedürfnis besteht, sondern dass die Notwendigkeit der Behandlung oft nicht unproblematisch ist und man sich mitunter hart an der Grenze zum Behandlungsfehler befindet.

Umgekehrt sollte bei schwer kranken Patienten die Orientierung an deren konkretem Willen eine stärkere Begrenzung der Aufklärung ermöglichen. Dabei geht es nicht darum, den Arzt von der belastenden Aufgabe zu befreien, dem Patienten die Schwere der Erkrankung, insbesondere die Krebsdiagnose zu eröffnen. Dass hier die Geheimhaltung höchstens in Ausnahmefällen angebracht ist, dürfte heute weitgehend anerkannt sein. Die Frage ist vielmehr, ob man den Patienten noch mit der Darlegung zahlloser Einzelrisiken belasten muss, wenn der Eingriff praktisch alternativlos ist. Aber auch wenn es Alternativen gibt, z.B. Ballondilatation oder Bypass-Operation beim akuten Herzinfarkt, muss es dem Arzt möglich sein, die Aufklärung auf grundsätzliche Unterschiede im Hinblick auf Wirksamkeit und Risiken zu beschränken und nur in den seltenen Fällen, in denen der Patient Einzelheiten wissen will, auf diese einzugehen. Die Rechtsprechung sollte hier mit dem sog. therapeutischen Privileg weniger restriktiv umgehen und anerkennen, dass eine bei

⁹⁹ BGHZ 144, 1, 13 f.

leichteren Erkrankungen angemessene Aufklärung einen schwerkranken Patienten psychisch überfordern und damit zusätzlich schädigen kann. Um herauszufinden, wie viel Information ein derartiger Patient erhalten will und vertragen kann, sollten wie bei der vermuteten Einwilligung nahe Angehörige befragt werden. Damit entgeht der Arzt auch dem Vorwurf, sich der an sich notwendigen Aufklärung nicht bewusst gewesen zu sein.

3. Entscheidungswille und echter Entscheidungskonflikt

Die Erkenntnis, dass der wohl größere Teil der Patienten von seinem Selbstbestimmungsrecht nur sehr eingeschränkt Gebrauch machen will, sollte schließlich bei der Feststellung des sog. echten Entscheidungskonflikts stärker als bisher berücksichtigt werden. Es ist seit bald 20 Jahren anerkannt, dass der Arzt sich darauf berufen kann, der Patient hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt¹⁰⁰. Allerdings muss der Arzt dies beweisen. Jedoch muss dann, wenn die Behandlung praktisch alternativlos indiziert ist, der Patient plausibel begründen, dass er sich bei vollständiger Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte, d.h. er muss substantiiert darlegen, warum für ihn aus persönlichen Gründen auch eine Ablehnung in Frage gekommen wäre. Dass diese Ablehnung vernünftig gewesen wäre, ist nicht nötig; denn das Erfordernis des "informed consent" soll auch das Recht des Patienten schützen, unvernünftige Entscheidungen zu treffen. Dabei wird freilich wieder davon ausgegangen, dass der Patient entscheiden will, und das wollen wie gesehen, viele Patienten nicht, schon gar nicht gegen medizinisch sinnvolle Maßnahmen. Deswegen sollten sie mit diesem Einwand nicht gehört werden, wenn ihnen die Möglichkeit der Information, etwa durch ein verständliches Formblatt, oder eine eingängig gestaltete Computeraufklärung zur Verfügung gestanden hätte, sie sie aber nicht genutzt haben.

¹⁰⁰ BGHZ 90, 103; Laufs in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 67, Rn. 3; Katzenmeier, Arzthaftung, S. 347; Steffen/Dressler⁹, Arzthaftungsrecht, Rn. 441 ff..

IV. Resümee

Insgesamt muss man wohl sagen, dass das Leitbild des "informed consent" im Hinblick auf die Mehrzahl der Patienten nicht realistisch ist. Jedoch ist es sehr schwer, die Anforderungen den Bedürfnissen des konkreten Patienten anzupassen, ohne den Schutz derer zu beeinträchtigen, die voll informiert werden und entscheiden wollen. Das dürfte auch der Grund dafür sein, dass die Aufklärungsmaximen der Rechtsprechung sich großzügiger anhören, als es manche ihrer Entscheidungen sind.

„Der Informed Consent aus medizinischer Sicht am Beispiel der Narkoseaufklärung“

von Prof. Dr. Stefan Grond

Die Aufklärung für eine Narkose erfolgt meistens am Vorabend der geplanten Operation. Oft haben die Patienten bereits ein Informationsblatt zur Narkose erhalten. Beim Aufklärungsgespräch wird der Anästhesist das geplante Anästhesieverfahren beschreiben, mögliche Alternativen wie z.B. die Regionalanästhesie aufzeigen und über typische Risiken aufklären.

Gestatten Sie mir, Sie jetzt in die Niederungen der praktischen Arbeit eines Mediziners zu führen, der täglich Patienten aufklärt. Ich denke, dass dies ein gutes Fundament darstellt und die weitere Diskussion im Verlauf dieses Symposiums nicht auf einem zu abstrakten Niveau bleibt. Im Folgenden seien beispielhaft die unterschiedlichen Erwartungen, die an dieses Aufklärungsgespräch gerichtet sind, dargestellt.

Welche Erwartungen hat der Patient an die Narkoseaufklärung?

Ich möchte Sie jetzt bitten, sich in die Rolle eines Patienten hineinzusetzen. Ihr Hausarzt hat bei einer Vorsorgeuntersuchung festgestellt, dass Ihre Bauchschlagader vergrößert ist. Er informiert darüber, dass Ihre vergrößerte Bauchschlagader jederzeit platzen und zu einer tödlichen Blutung führen kann. Er empfiehlt Ihnen deshalb eine baldige Operation. Diese würden Sie, da Sie keine besonderen Risikofaktoren haben, wahrscheinlich gut überstehen. Er empfiehlt Ihnen, die Universitätsklinik Halle aufzusuchen, da dort mehrere seiner Patienten hervorragend operiert worden sind. Sie haben sich innerhalb Ihrer Familie beraten und den Entschluss gefasst, die Operation durchzuführen. Sie haben für die Operation einen Termin gefunden, der Ihre beruflichen Verpflichtungen und privaten Pläne möglichst wenig stört. Sie begeben sich an einem Montagmorgen in das Krankenhaus Ihrer Wahl, um am nächsten Tag dort operiert zu werden. Im Verlauf des Tages werden verschiedene Untersuchungen, wie Computertomographie, EKG, Labor und Lungenfunktionsuntersuchung durchgeführt. Um 14.00 Uhr bespricht der Chirurg mit Ihnen, wie die Operation ablaufen wird. Er hat Ihnen auf dem Röntgenbild die deutlich vergrößerte

Bauchschlagader demonstriert und erklärt, dass die Gefahr einer Perforation mit zunehmender Größe – einem Luftballon vergleichbar – steigt. Er empfiehlt Ihnen, die Operation jetzt, also zu einem Zeitpunkt ohne Beschwerden, durchführen zu lassen. Er plant, das Gefäß durch ein Kunststoffimplantat zu ersetzen, das nicht mehr platzen kann. Nach überstandener Operation sei Ihre Lebenserwartung nicht mehr vermindert. Sie vertrauen dem Operateur und unterschreiben nach weiterer Aufklärung die Einverständniserklärung. Er bittet Sie im Zimmer zu bleiben, weil nachher auch noch der Anästhesist zum Gespräch kommen werde. Während Sie im Zimmer warten, richten Sie sich einen Telefonanschluß ein, wählen das Essen für die nächsten Tage aus und bestellen einen Fernseher. Danach lesen Sie - mehr oder weniger intensiv - ein Narkoseeinwilligungsformular, das die Schwester Ihnen gebracht hat. Es hat einen Umfang von 6 Seiten und beschreibt den Ablauf der Anästhesie und typische Risiken. Der Anästhesist wird, nachdem er seine Tätigkeit im OP-Saal beendet hat, zwischen 16:00 oder 17:00 Uhr zu Ihnen kommen.

Bitte fragen Sie sich jetzt, welche Erwartung würden Sie als Patient in dieser Situation an den Anästhesisten haben? Nach meiner Erfahrung erwarten die meisten Patienten vor allem die Bestätigung, dass Ihre Entscheidung zur Operation richtig ist. Sie möchten vom Anästhesisten hören, der ja täglich bei diesen Operationen dabei ist, dass Sie von einem kompetenten Chirurgen operiert werden und Sie eine ausgezeichnete Wahl getroffen haben. Darüber hinaus haben viele Patienten Angst während der Operation wach zu werden, bzw. nach der Operation nicht mehr wach zu werden. Ihr Anästhesist soll Ihnen bestätigen, dass er die Narkose so führt, dass beides nicht passieren wird. Sie erwarten, dass er die Narkose so sicher führt, wie ein Pilot sein Flugzeug. Genauso wenig wie Passagiere vor einem Flug alle Details kennen und verstehen müssen, möchten die meisten Patienten nicht alle Details zur Narkose erfahren. Sie fühlen sich oft nicht in der Lage, alles zu verstehen und gegeneinander abzuwägen. Nachdem der Anästhesist dennoch den typischen Ablauf und die wichtigsten Risiken beschrieben hat, werden die meisten Patienten vor allem den letzten Satz in Erinnerung behalten: „Ich werde die Narkose morgen sehr sorgfältig durchführen und ich bin sicher, dass bei Ihnen alles gut gehen wird und dass die vielen Komplikationen, die ich mit Ihnen besprochen habe, nicht eintreten werden.“

Neben meinen oben geschilderten persönlichen Erfahrungen, die mit denen vieler Kollegen übereinstimmen, gibt es auch einige Untersuchungen zu den Wünschen der Patienten nach Information und Aufklärung. Eine Befragung in einem englischen Krankenhaus [Chapman MV, Wolff AH (2002) *Consent for anaesthesia. Anaesthesia* 57:710-731] hat ergeben, dass 50 % der Patienten auf die Frage nach dem bevorzugten Umfang der Aufklärung erklärten: „Ich erwarte eine vollständige und detaillierte Beschreibung des geplanten Verfahrens und möchte alle möglichen Risiken und Vorteile genannt bekommen.“ 41 % gaben an, dass Ihnen eine einfache Darstellung mit den wichtigsten Risiken und Vorteilen ausreicht. Nur 10 % sagten, dass Sie davon ausgehen, dass alles bestmöglich verläuft und Sie nur möglichst wenige Informationen erhalten möchten. Die Tatsache, dass die Hälfte der Patienten sehr umfangreich aufgeklärt werden möchte, hat mich überrascht, da dieser Anteil in meiner eigenen persönlichen Aufklärungspraxis niedriger ist. Liegt die Erklärung in meinem Stil der Gesprächsführung oder in den Besonderheiten unseres Klinikums? Ich glaube nicht! Auf die allgemeine Frage: „Wie umfangreich möchten Sie aufgeklärt werden?“ wird jeder mündige Bürger in Deutschland antworten: „Ich möchte möglichst viel wissen.“ In einer typischen Aufklärungssituation am Vorabend der Operation, die dem gerade von mir skizzierten Szenario nahe kommt, wird der Wunsch nach umfassender Aufklärung und selbständiger Entscheidungen aller Details jedoch sicher geringer sein. Am Tag nach der Operation können sich die Vorstellungen der Patienten jedoch wieder verändert haben. Nach einem problemlosen Verlauf werden viele Patienten damit zufrieden sein, möglichst wenig beängstigende Informationen am Vortag erfahren zu haben. Nach Eintritt einer seltenen Information, werden Sie jedoch verlangen, genau hierüber aufgeklärt worden zu sein.

Wie viele Patienten erinnern sich jedoch nach überstandener Operation noch an die Details der Aufklärung? Weil ich hierzu keine Untersuchungen aus der Anästhesie gefunden habe, möchte ich Ihnen entsprechende Ergebnisse zur Aufklärung einer Schilddrüsenoperation darstellen [Chan Y, Irish JC, Wood SJ, Rotstein LE, Brown DH, Gullance PJ, Lockwood GA (2002) *Patient education and informed consent in head and neck surgery. Arch Otolaryngol Head Neck Surg* 128:1269-1274]. Die Patienten wurden vor einer Schilddrüsenoperation über die drei wichtigsten Komplikationen, (1) Verletzung eines Kehlkopfnervens, (2) Kalziumabfall und (3) Narbenbildungsstörung, aufgeklärt und postoperativ noch während Ihres Krankenhausaufenthaltes befragt. Nach der Operation erinnerte sich kein Patient an

alle drei Risiken, 23% erinnerten sich an zwei, 46% an eins und 31% an keins der drei Risiken. Im Einzelnen erinnerten sich 60 % der Patienten an die wichtigste Komplikation, dass die Schilddrüsenoperation zu einer Verletzung des Kehlkopfner-vens führen kann. Etwa ein Viertel der Patienten (27%) wussten, dass es zu einem Abfall der Kalziumkonzentration im Blut kommen kann und nur 4% erinnerten sich an das Risiko einer Narbenbildungsstörung. Nach dieser Untersuchung war also kein Patient in der Lage, sich an die drei wichtigsten Risiken, über die sie definitiv aufgeklärt worden waren, zu erinnern. Die Ergebnisse konnten in dieser Untersuchung durch eine zusätzliche schriftliche Patienteninformation – ähnlich dem von uns routinemäßig eingesetzten Anästhesieaufklärungsformular - verbessert werden.

Was erwarten Chirurgen und Kostenträger vom Narkoseaufklärungsgespräch?

Das Narkoseaufklärungsgespräch wird wesentlich von Patient und Anästhesist bestimmt. Dennoch werden auch die Erwartungen des Chirurgen „unbewusst“ das Aufklärungsgespräch beeinflussen. Für den Anästhesisten ist neben dem Patienten auch der Chirurg „Kunde“. Dieser erwartet natürlich, dass auch der Anästhesist das Einverständnis des Patienten erhält, dass die Operation planmäßig am nächsten Morgen um 8.00 Uhr stattfindet und dass der Anästhesist dem Patienten bestätigt, von einem hervorragenden Chirurgen operiert zu werden. Wie es der Titel dieses Symposiums „*Patientenrechte contra Ökonomisierung*“ bereits ausdrückt, wird der Anästhesist auch die Erwartungen der Kostenträger mit berücksichtigen. Die Krankenkassen und die Verwaltung des Krankenhauses erwarten, dass die Operation nicht deshalb um 1-2 Tage verschoben wird, weil der Patient sich nicht zur Narkose entscheiden kann. Diese Liegezeiten würden von den Krankenkassen nicht bezahlt werden.

Der Erwartungsdruck, der von verschiedener Seite auf dem Aufklärungsgespräch lastet, erschwert also einen *Informed Consent*. Provokant formuliert, möchte der Patient in erster Linie beruhigt werden, wünschen Chirurg und Kostenträger, dass die Einverständniserklärung problemlos eingeholt wird, und möchte der Anästhesist seinen Arbeitstag nicht unnötig verlängern. Es gibt also viele Erwartungen, die im Klinikalltag dazu führen, dass ein *Informed Consent*, also ein wirklich informierter Patient nur schwer in der Realität zu erreichen ist.

Wie sieht eine typische Narkoseaufklärung im Alltag aus?

Nachdem ich mich beim Patienten vorgestellt habe und eine anästhesiebezogene Anamnese und körperliche Untersuchung durchgeführt habe, werde ich ihn folgendermaßen aufklären:

„Bei Ihnen ist für morgen eine größere Operation geplant. Diese wird in Allgemein-anästhesie durchgeführt. Hierzu gibt es keine sinnvolle Alternative. Ich werde eine Vene am Handrücken punktieren und dort eine Kunststoffkanüle vorschieben. Die Punktion kann etwas wehtun, postoperativ können ein Bluterguss oder eine Infektion auftreten. Über diese erhalten Sie dann eine Infusion und alle erforderlichen Medikamente. Die Narkosemedikamente können allergische Reaktion bis hin zum allergischen Schock auslösen. Außerdem führen die Anästhetika oft zur Beeinträchtigung des Kreislaufs mit den Risiken Herzinfarkt, Herzrhythmusstörungen, Schlaganfall und Herzstillstand. Das Risiko ist bei Patienten mit Gefäßveränderungen, wie bei Ihrem Krankheitsbild, sicher etwas erhöht. Ich werde deshalb die Anästhetika vorsichtig dosieren und ggf. Kreislaufmedikamente einsetzen. Nach der Operation können Ihr Erinnerungsvermögen und Ihre kognitive Fähigkeiten vorübergehend oder auch länger eingeschränkt sein. Zu den typischen nicht immer vermeidbaren postoperativen Beschwerden gehören auch Übelkeit und Erbrechen. Bei den von mir eingesetzten Anästhetika ist es zwar sehr unwahrscheinlich, dass Sie während der Operation wach werden, aber es ist nicht vollständig ausgeschlossen.“

„Sobald Sie eingeschlafen sind, auf keinen Fall vorher, schiebe ich einen etwa fingerdicken Kunststoffschlauch (Tubus) in Ihre Luftröhre. Dieser verhindert, dass Schleim oder Mageninhalt in Ihre Lunge läuft und sorgt für eine zuverlässige Beatmung während der Operation. Beim Einführen des Atemschlauchs können Ihre Zähne verletzt werden, es kann sogar ein Zahn ausgeschlagen werden. Außerdem kann es zu Verletzung von Kehlkopf oder Stimmbändern kommen, sodass eine vorübergehende Heiserkeit in seltenen Fällen aber auch anhaltende Sprechstörungen auftreten können. Sie werden während der Operation künstlich beatmet. Die ausreichende Beatmung wird vom Beatmungsgerät kontinuierlich gemessen und von mir überwacht. Trotz aller Sorgfalt können Beatmungsprobleme bis hin zum Atemstillstand mit dem Risiko der Hirnschädigung auftreten.“

„Der für Ihre Operation erforderliche relativ große Schnitt ist in der Regel mit stärkeren Schmerzen verbunden. Deshalb empfehle ich Ihnen zusätzlich zur Vollnarkose einen Periduralkatheter. Dieser Periduralkatheter dient einer möglichst guten Schmerztherapie; er wird auch sehr häufig zur Linderung des Geburtsschmerzes eingesetzt. Die über den Katheter verabreichten Medikamente führen neben der Schmerzlinderung zu einer verbesserten Durchblutung der Gefäße, einer Steigerung der Darmtätigkeit und geringeren kardialen Risiken. Insgesamt ist die Anlage dieser Katheter mit vielen Vorteilen in der postoperativen Phase verbunden. Die Katheter werden am Rücken zwischen zwei Dornfortsätzen in die Nähe des Rückenmarks vorgeschoben. Sehr selten kann dieser Katheter zu ernststen Komplikationen mit anhaltenden Gefühlsstörungen und Lähmungen bis hin zur Querschnittslähmung führen. Außerdem können Infektionen, Juckreiz, Übelkeit und Erbrechen, Blutdruckabfall, Atemeinschränkung sowie vorübergehende Gefühlsstörungen und Lähmungen auftreten. Der Katheter liegt nicht immer in der optimalen Position und kann auch wieder herausrutschen. Ich kann Ihnen deshalb nicht hundertprozentig versprechen, dass die Schmerztherapie optimal sein wird. Falls Sie sich nicht für diesen Katheter entscheiden, werden wir Ihre Schmerzen über eine andere Methode behandeln. In diesem Fall erhalten Sie in die Infusion ein starkes Schmerzmittel, wie Morphin, das von Ihnen selbst dosiert werden kann.“

„Zur Überwachung des Blutdrucks benötige ich einen arteriellen Katheter, den ich Ihnen am Handgelenk legen werde. Außerdem schiebe ich Ihnen einen zentralen Venenkatheter von der Hals- oder Schlüsselbeinregion aus in die großen Venen vor dem Herz, um Ihren Kreislauf zu überwachen, Ihr Herz zu kontrollieren, ggf. Kreislaufmedikamente zu geben und Sie nach der Operation zu ernähren. Sowohl der arterielle wie auch der zentralvenöse Katheter gehören zu den Routinemaßnahmen dieser Operation und müssen zu Ihrer Sicherheit durchgeführt werden. Dennoch sind auch hier Risiken möglich, wie Infektionen, Durchblutungsstörungen bis hin zur Amputation, Lähmungen, Schlaganfall, Lungenverletzungen mit der Notwendigkeit von Thoraxdrainagen.“

„Die bei Ihnen vorgesehene Operation führt oft zu größeren Blutverlusten. Es ist deshalb wahrscheinlich, dass Sie Blut- und/oder Gerinnungspräparate benötigen. Es besteht die Gefahr von Transfusionszwischenfällen, HIV-Infektion, Gelbsucht, Hepatitis, Sepsis, und allergischem Schock.“

„Ich habe Ihnen jetzt den geplanten Anästhesieverlauf, die erforderlichen Überwachungsmaßnahmen und die wichtigsten und typischen Risiken der Anästhesie berichtet.“

„Haben Sie alles verstanden?“

„Haben Sie weitere Fragen?“

„Möchten Sie eine weitergehende Aufklärung über seltene Risiken?“

Danach schreibe ich die wichtigsten Inhalte des Gesprächs auf das Aufklärungsformular, z.B. „Intubation, Heiserkeit, Zahnschaden, Allergie, Periduralkatheter, Querschnitt, arterieller Katheter, zentraler Venenkatheter, Bluttransfusion, Hepatitis usw.“ Jetzt bitte ich den Patienten zu unterschreiben, dass er sich ausreichend aufgeklärt fühlt, keine weiteren Fragen hat und mit dem besprochen Vorgehen einverstanden ist.

Ich habe Ihnen jetzt ein durchaus realistisches Szenario der Umstände und des Ablaufs einer Narkoseaufklärung gezeichnet. Wie realistisch ist ein *Informed Consent* in dieser Situation? Ist der Patient wirklich in der Lage die umfangreichen Informationen zur Anästhesie zu verstehen, zu verarbeiten und eine „informierte“ Entscheidung zu treffen? Hat er nicht bereits eine Entscheidung getroffen, die er kaum wegen der Narkoseaufklärung rückgängig machen wird? Er ist im Krankenhaus, er hat seinem Hausarzt gesagt: „Ich lasse mich operieren.“, er hat seiner Ehefrau gesagt: „Ich lasse mich operieren.“, er hat den Zeitpunkt mit seinem Arbeitgeber abgesprochen, er hat die Voruntersuchungen hinter sich und dem Chirurgen gesagt: „Ich lasse mich morgen operieren.“ Ist der Patient wirklich frei in seiner Entscheidung „nein“ zu sagen, auf der Grundlage rationaler Überlegungen? Wie würden Sie sich in dieser Situation verhalten? Vielleicht so wie ich vor einer kleineren Operation. Ich habe dem Anästhesisten bei seinem Besuch Vertrauen geschenkt und alles unterschrieben, was er mir vorgelegt hat, obwohl es sicher kein *Informed Consent* war. Wenn ich ihm nicht vertraut hätte, hätte ich mich mit ihm nicht über Einzelheiten gesprochen, sondern hätte einen anderen Anästhesisten verlangt oder das Krankenhaus verlassen.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit und möchte die Diskussion mit der Frage anstoßen: „Für wie wahrscheinlich halten Sie *Informed Consent* in der klinischen Realität der Narkoseaufklärung?“ bzw. mit dem Titel eines kürzlich erschienen Artikels [Mozes T, Tyano S, Mano I, Mester R (2002) *Medicine and Law* 21:473-483]:

“Informed consent: myth or reality?”

Die Rechte des sich widersprüchlich verhaltenden Patienten *

Von Prof. Dr. Jan C. Joerden

Im Allgemeinen gehen Überlegungen zu den Grundlagen von Patientenrechten von einem Patienten aus, der sich *cum grano salis* rational verhält; der sich etwa aufgrund einer rationalen Abwägung des Für und Wider einer Operation einschließlich deren Risiken darauf versteht, eine Entscheidung zu treffen, die in seinem Interesse ist, zumindest in seinem zwar vom Arzt entsprechend aufgeklärten, aber doch *subjektiven* Interesse. Die medizinische Ethik, insbesondere die theoretisch geprägte, neigt dazu, diesen sich rational verhaltenden Patienten als Prototyp des Gesprächspartners für den Arzt zu nehmen; und alle Ansätze, die die Notwendigkeit etwa eines „informed consent“ in den Mittelpunkt stellen¹⁰¹, setzen diesen Prototyp zumindest in zentraler Position voraus. Dabei dürfte dieser Prototyp indes in der Praxis eher der seltenere Fall sein, befindet sich der Kranke, insbesondere der Schwerkranke, doch in vieler Hinsicht in einer Ausnahmesituation. Andererseits aber haben wir uns zumindest in jüngster Zeit daran gewöhnt – und ich denke, dem Grundsatz nach zu Recht –, dass es auch in der Ausnahmesituation der Krankheit prinzipiell bei der Denkfigur des „mündigen Patienten“ bleiben soll¹⁰². Aber wahrscheinlich sind die Fälle gar nicht so rar, in denen Ähnliches stattfindet wie in dem folgenden Fall, den ich aus einiger Nähe mitverfolgt habe, ohne allerdings dessen Ausgang zu kennen. Dies gibt Anlass, über mögliche Weiterentwicklungen zu spekulieren. Aber zunächst zu dem Fall.

Vor einigen Jahren besuchte ich eine Verwandte im Krankenhaus, und zwar in einem durchaus renommierten Herzzentrum. Diese Verwandte hat mit dem Fall selbst weiter nichts zu tun, außer dass ich durch sie von ihrer auf demselben Zimmer

* Um einige Anmerkungen ergänzte Fassung eines Impulsreferats, das am 26.01.2003 in Wittenberg gehalten wurde. Der Vortragsstil wurde im Wesentlichen beibehalten.

¹⁰¹ Zu den vielfältigen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung als Voraussetzung einer rechtlich wirksamen Einwilligung des Patienten vgl. etwa Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzkomentar, 26. Aufl., München 2001, § 223, Rdn 40 ff.

liegenden Mitpatientin und deren Schicksal erfuhr. Die Mitpatientin war eine herz-
kranke junge Frau im Alter von 18 Jahren. Sie war – das macht eine der Schwierig-
keiten des Falles aus – eine Zeugin Jehovas. Die Zeugen Jehovas lehnen
bekanntlich die Transfusion von Fremdblut aus Glaubensgründen ab. Um weiterle-
ben zu können, musste die Patientin sich allerdings alsbald einer Herzoperation
unterziehen, bei der eine Transfusion von Fremdblut notwendig werden würde. Für
eine Eigenblutspende war die Patientin schon zu schwach und die Zeit bis zu der
potentiell lebensrettenden Operation zu knapp bemessen, um noch auf eine Besse-
rung des Allgemeinzustandes der Patientin zu warten, bei der möglicherweise eine
Eigenblutspende ohne akute Lebensgefahr für die Patientin hätte realisiert werden
können.

Nun wäre der Fall damit eigentlich – zumindest juristisch – klar gewesen: Die
Herzoperation hätte nicht durchgeführt werden dürfen. Denn, wenn der mündige
Patient aus welchen Gründen auch immer einer Operation nicht zustimmt, darf nicht
operiert werden¹⁰³. Ohne Einwilligung keine Operation – und über die Folgen einer
Operationsverweigerung war die Patientin hinreichend aufgeklärt. Auch kann davon
ausgegangen werden, dass die Patientin trotz ihres relativ jugendlichen Alters
zumindest die sog. natürliche Einsichtsfähigkeit hatte¹⁰⁴, die sie sowohl berechnete,
wirksam in eine Operation einzuwilligen, wie auch, sie zu verweigern. Was den Fall
juristisch interessant machte, war nun, dass die behandelnden Ärzte sich (vernünfti-
gerweise) nicht mit der zunächst ausgesprochenen Operationsverweigerung zufrie-
den gaben, sondern es unternahmen, die Patientin von der Notwendigkeit der
Operation zu überzeugen und sie zu überreden, die aus Glaubensgründen dagegen
sprechenden Einwände unberücksichtigt zu lassen. Und gegen eine solche Über-
zeugungsarbeit ist – wenn sie sich im akzeptablen Rahmen hält¹⁰⁵ – aus juristischer

¹⁰² Allgemein zum Spannungsverhältnis zwischen Patientenautonomie und paternalistischem Verhalten des Arztes vgl. z.B. *Schöne-Seifert*, „Medizinethik“, in: *Nida-Rümelin* (Hrsg.), *Angewandte Ethik*, Stuttgart 1996, S. 553 ff., insbes. 567 ff., 594 ff.

¹⁰³ Eine rechtlich relevante Bewertung der Gründe, aus denen heraus ein Patient eine Operation ablehnt, findet nicht statt.

¹⁰⁴ Bei Volljährigkeit des Patienten wird nur in Ausnahmefällen die notwendige Einsichtsfähigkeit fehlen, wie sie für eine rechtswirksame Einwilligung bzw. hier auch deren Verweigerung, erforderlich ist. Selbst wenn man einmal davon absieht, dass die Patientin mit 18 Jahren gerade schon volljährig war, wäre doch allemal die bei Minderjährigen ggf. ausreichende natürliche Einsichtsfähigkeit gegeben.

¹⁰⁵ Zu den ethischen Grenzen einer solchen „Überzeugungsarbeit“ vgl. z.B. *Schöne-Seifert*, a.a.O. (ob. Fn. 2), S. 597 ff.

Sicht natürlich nichts einzuwenden. Warum sollten die Ärzte nicht das Recht – wenn nicht sogar die Pflicht¹⁰⁶ – haben, den Patienten wenigstens zu dessen Gunsten zu bekehren, wenn der schon nicht selbst dazu in der Lage scheint, die erforderliche Abwägungsentscheidung „vernünftig“ zu treffen? Darin liegt noch kein abzulehnender Paternalismus, sondern allenfalls eine Form des Paternalismus, dessen sich wohlmeinende Eltern gelegentlich ihren volljährigen Kindern gegenüber befleißigen, gleichsam eine Art von „Soft-Paternalism“.

Die juristischen Schwierigkeiten des Falles entstanden nun dadurch, dass die Patientin den Überredungskünsten der Ärzte durchaus zugänglich war und ihre Einwilligung in die Operation – zunächst, wie man leider hinzufügen muss – erteilte. Doch hatten die Ärzte etwa am Morgen eines Tages bei der Visite die Einwilligung erfolgreich eingeholt, kamen mittags Familienangehörige der Patientin zu Besuch – ebenfalls strenggläubige Zeugen Jehovas – und redeten ihr ins Gewissen, der Operation nicht zuzustimmen, woraufhin die Patientin ihre Einwilligung wieder zurückzog¹⁰⁷. Am folgenden Tag wiederholte sich die Prozedur: Morgens wurde die Einwilligung erteilt, mittags widerrufen. Und so fort einige Tage, während denen die Operation immer dringlicher wurde, bis meine Verwandte aus dem Krankenhaus entlassen wurde. Ich weiß daher nicht, wie der Fall ihrer Mitpatientin ausgegangen ist, da ich natürlich weder Gelegenheit noch ein Recht dazu hatte, hierüber Erkundigungen einzuziehen. Gleichwohl beschäftigt mich der Fall – wie Sie sehen – noch immer, da er paradigmatisch vor Augen führt, dass die Realität Rätsel aufgibt, die die Schulweisheit kaum lösen kann.

¹⁰⁶ Diese Pflicht könnte sich aus §§ 212, 13 StGB bzw. §§ 223, 13 StGB ergeben.

¹⁰⁷ Rechtlich ist der Widerruf einer Einwilligung (in eine Operation) jederzeit möglich; vgl. etwa *Eser*, in: *Schönkel/Schröder*, a.a.O. (ob. Fn. 1), § 223, Rdn 46.

Lassen Sie uns aber gleichwohl überlegen, wie die Ärzte den Fall hätten handhaben können. Zunächst drängen sich allerlei salomonische Ratschlüsse auf, die aber m.E. alle juristisch nicht wirklich tragfähig sind. Vier davon seien hier kurz in Augenschein genommen:

- (1) Man könnte warten, bis die Patientin vor Schwäche ohnmächtig wird, und dann nach den Prinzipien des Notfalls die Operation vornehmen. Juristisch ist dieser Weg indes nicht gangbar, weil für eine Rechtfertigung kraft sog. mutmaßlicher Einwilligung, wie sie in Notfällen in Betracht kommt, dann kein Raum ist, wenn die Einwilligung nach Kenntnis der behandelnden Ärzte vor Eintritt des Notfalls wirksam verweigert wurde¹⁰⁸.
- (2) Man könnte daran denken, den intervenierenden Familienangehörigen der Patientin Hausverbot zu erteilen und dadurch deren Kontakt mit der Patientin unterbinden. Aber es wäre wohl kaum zulässig, dies *gegen* den Willen der Patientin zu tun, erst recht dann nicht, wenn diese gerade darauf Wert legt, sich in dieser für sie entscheidenden Frage mit ihren Angehörigen zu verständigen¹⁰⁹.
- (3) Man könnte daran denken, eine Eilentscheidung des Vormundschaftsgerichts einzuholen. Aber das Gericht stünde vor vergleichbaren Problemen. Es dürfte sich nicht über den Willen der ja voll zurechnungsfähigen Patientin hinwegsetzen, noch diesen Willen auch nur durch eigenen Entschluss ersetzen¹¹⁰. Denn die Patientin war – davon ist auszugehen – gerade *nicht* zurechnungsunfähig, sondern steckte „nur“ in einem für sie kaum lösbaren Entscheidungsdilemma zwi-

¹⁰⁸ Vgl. etwa *Lencker*, in: *Schönke/Schröder*, a.a.O. (ob. Fn. 1), Vorbem. §§ 32 ff., Rdn 57: „Ein erkennbar entgegenstehender Wille – mag er auch bei objektiver Betrachtung noch so unvernünftig erscheinen – ist stets zu beachten und rechtfertigt ein davon abweichendes Verhalten jedenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung.“, m.w.N. – Obwohl in anderen Fällen dann noch eine Rechtfertigung aus § 34 StGB in Betracht kommen mag (vgl. *Lencker*, a.a.O.), ist diese bei Operationen an Einwilligungsfähigen grundsätzlich ausgeschlossen, da eine Verweigerung der Einwilligung auch eine (aufgedrängte) Notstandshilfe zumindest unter dem Gesichtspunkt fehlender Angemessenheit i.S.d. § 34 Satz 2 StGB „sperrt“. Einmal ganz abgesehen davon, dass bei Eingriffen durch Operationen zugunsten des Operierten § 34 StGB als Aggressivnotstandsbefugnis schon strukturell nicht die adäquate Rechtfertigungsgrundlage darstellen würde; vgl. etwa *Joerden*, in: *Wolf* (Hrsg.), *Kriminalität im Grenzgebiet* 5/6, Berlin/ Heidelberg/New York 2002, S. 33 ff. m.w.N.

¹⁰⁹ Eine „Einwilligung“, deren Bestand auf diese Weise gesichert würde, wäre kaum als „frei“ zu bezeichnen. Vgl. *Lencker*, a.a.O. (ob. Fn. 8), Vorbem. §§ 32 ff., Rdn 45: „Eine Einwilligung ist nur die bewusste und freiwillige Gestaltung der tatbestandsmäßigen Rechtsgutsverletzung“.

¹¹⁰ Dies wäre bei einer minderjährigen und/oder nicht einsichtsfähigen Patientin anders.

schen eigenen Überlebensinteressen und religiösen Überzeugungen. Diese Entscheidung würde auch das Vormundschaftsgericht ihr nicht abnehmen können noch abnehmen dürfen.

- (4) Man könnte daran denken, die Patientin unmittelbar nach der Erteilung einer Einwilligung am Vormittag zu narkotisieren und die Operation – sofern dies der Operationsablaufplan überhaupt zulässt – sofort durchzuführen, bevor noch die quertreibenden Angehörigen erneut Einfluss auf die schwankende Patientin gewinnen könnten. Ein solches Vorgehen wäre vielleicht *vor der ersten* Intervention der Angehörigen zulässig gewesen, als die Ärzte sich noch gleichsam hinter einem „Schleier des Nichtwissens“ verborgen auf die Einwilligung der Patientin nach erfolgreichem Einsatz ihrer Überzeugungskünste hätten berufen können. Seit sie indes von der Wankelmütigkeit der Patientin wussten, war dieser Weg – zumindest juristisch – versperrt. Denn von einer ernsthaften Einwilligung hätte allenfalls dann ausgegangen werden können, wenn die Patientin ihre Einwilligung, die sie unter dem Einfluss der Ärzte erteilt hatte, auch nach erneuter Intervention der Familienangehörigen *bestätigt* hätte. Diese Probe auf das Exempel war nun auf jeden Fall abzuwarten; erst dann, wenn die Einwilligung auch vor dem Druck der Familienangehörigen Bestand gehabt hätte, hätten die Ärzte von einer ernsthaften Einwilligung ausgehen dürfen.

Was also bleibt von den Rechten eines Patienten, der sich widersprüchlich verhält? Rechtswahrnehmung bedarf der Entscheidung gerade auch desjenigen, dem das Recht zukommt. Steckt der Rechtsinhaber insofern – wie hier – in einem für ihn nicht auflösbaren Entscheidungsdilemma, muss dies respektiert werden. D.h., solange von dem Patienten keine eindeutige Entscheidung zur Einwilligung getroffen wird, *darf* der Arzt die Operation nicht vornehmen, da er *ohne* Einwilligung des Patienten überhaupt keine Operation vornehmen darf¹¹¹. Nimmt er die Operation gleichwohl vor, so handelt er – auch im vorliegenden Fall – rechtswidrig. Das Paradoxe an diesem Ergebnis ist jedoch, dass wahrscheinlich jeder von uns den Arzt zumindest

¹¹¹ Dies lässt sich m.E. auch nicht durch einen Rekurs auf den Gedanken der mutmaßlichen Einwilligung überspielen (vgl. schon oben), denn die Einwilligung war ja prinzipiell einholbar, nur dass die Patientin sich im vorliegenden Fall nicht zur Einwilligung entschlossen hat.

entschuldigen würde, wenn er die lebensrettende Operation trotzdem vornähme¹¹². Dem Juristen bliebe hier allerdings nur der Rückgriff auf den sog. übergesetzlichen entschuldigenden Notstand¹¹³, eine Rechtsfigur, die schon in ihrem Namen andeutet, dass sie eigentlich keine Rechtsfigur, sondern etwas ganz anderes ist; und zwar der Ausdruck juristischer Hilflosigkeit angesichts einer paradoxen Sachlage.

¹¹² § 35 I StGB entschuldigt ein solches Verhalten allerdings nicht, da man zumindest im vorliegenden Fall kaum ein dafür erforderliches „Näheverhältnis“ zwischen Arzt und Patientin annehmen kann.

¹¹³ Näher hierzu vgl. etwa *Lencker*, a.a.O. (ob. Fn. 8), Vorbem. §§ 32 ff., Rdn. 115 ff.

Die Autoren:**Prof. Dr. Eggert Beleites** († 27.12.2006)

Präsident der Landesärztekammer Thüringen, Professur für HNO-Heilkunde und Direktor der Universitäts-HNO-Klinik Jena, Mitglied im Ausschuss "Ethik und Berufsregeln" beim Comité Permanent

Prof. Dr. Erwin Bernat

Karl-Franzens-Universität Graz, Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht

Prof. Dr. Leon Drobnik

President of the Karol Marcinkowski University of Medical Sciences Poznan

Prof. Dr. Gerfried Fischer

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät

Prof. Dr. Stefan Grond

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Universitätsklinik für Anästhesiologie und Operative Intensivmedizin

Prof. Dr. Jan C. Joerden

Europa-Universität Viadrina, Frankfurt / Oder, Lehrstuhl für Strafrecht; Leiter des Interdisziplinären Zentrums für Ethik

In dieser Reihe sind bisher folgende Bände erschienen:

- Band 1 Prof. Dr. Gerfried Fischer "Medizinische Versuche am Menschen", 2006
- Band 2 Verena Ritz "Harmonisierung der rechtlichen Regelungen über den Umgang mit humanen embryonalen Stammzellen in der EG: Bioethik im Spannungsfeld von Konstitutionalisierung, Menschenwürde und Kompetenzen", 2006
- Band 3 Dunja Lautenschläger "Die Gesetzesvorlagen des Arbeitskreises Alternativentwurf zur Sterbehilfe aus den Jahren 1986 und 2005", 2006
- Band 4 Dr. Jens Soukup, Dr. Karsten Jentsch, Prof. Dr. Joachim Radke "Schließen sich Ethik und Ökonomie aus", 2007