

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 920

Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis

Eine Untersuchung zur Umsetzung
verfassungsrechtlicher Vorgaben
im einfachen Recht

Von

Axel Hollenbach



Duncker & Humblot · Berlin

AXEL HOLLENBACH

Grundrechtsschutz im
Arzt-Patienten-Verhältnis

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 920

Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis

Eine Untersuchung zur Umsetzung
verfassungsrechtlicher Vorgaben
im einfachen Recht

Von

Axel Hollenbach



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Universität Konstanz hat diese Arbeit im Jahre 2002
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Selnow Verlagsservice, Berlin
Druck: Werner Hildebrand, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-11040-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung entstand während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Allgemeine Rechtslehre von Prof. Dr. Dieter Lorenz an der Universität Konstanz. Sie wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Rechts-, Wirtschafts- und Verwaltungswissenschaftlichen Sektion der Universität Konstanz im Sommer 2002 als Dissertation angenommen und befindet sich auf dem Stand des Oktobers 2002.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dieter Lorenz, für seine andauernde Bereitschaft, sich mit dieser fachübergreifenden Themenstellung zu beschäftigen, für die inhaltlichen Anregungen und Gespräche sowie für die Gewährung der zur Anfertigung der Arbeit notwendigen Freiräume. Die an seinem Lehrstuhl herrschende akademische Offenheit und menschliche Atmosphäre trugen wesentlich zum Gelingen bei.

Herrn Prof. Dr. Martin Ibler, Universität Konstanz, danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens, für zahlreiche weiterführende Anmerkungen und seine aufmunternde Unterstützung in der „heißen Phase“ der Anfertigung der Arbeit. Weiter möchte ich mich bei Kirsten Lehnig, Christoph Armbruster und Daniel Krausnick für viele aufschlußreiche Diskussionen bedanken.

Grundlage der Entstehung des Buches war die großzügige Unterstützung durch meine Eltern, wie sie mir schon während meiner gesamten Studien- und Ausbildungszeit zukam. Neben meinen Eltern danke ich ganz besonders und herzlich Julia Neugart, die mir beim Voranschreiten der Arbeit mit seinen Höhen und Tiefen stets zur Seite stand.

Konstanz, im Oktober 2002

Axel Hollenbach

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
Teil A	
Die verfassungsrechtlichen Grundlagen	20
<i>Kapitel 1</i>	
Die grundrechtliche Schutzpflicht	20
I. Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	20
1. Schutzpflichtkonstellation als Ausgangspunkt der grundrechtlichen Schutzpflicht	21
a) Voraussetzungen der Schutzpflichtkonstellation	21
b) Schutzpflichtkonstellation im Arzt-Patienten-Verhältnis	25
2. Herleitung der grundrechtlichen Schutzpflicht für das Leben und die körperliche Unversehrtheit	26
a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	26
b) Auffassungen in der Rechtswissenschaft	27
aa) Herleitung aus dem Wortlaut	28
bb) Herleitung aus der Menschenwürde	29
cc) Abwehrrechtliche Herleitung	30
dd) Ideengeschichtliche Herleitung	32
ee) Herleitung aus den grundrechtlichen Schranken und dem Sozialstaatsprinzip	32
3. Ergebnis	34
II. Trennung vom Schutz der Menschenwürde	37
III. Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	42
1. Leben	42
2. Körperliche Unversehrtheit	46
3. Gesundheit	47
4. Verfügungsbefugnis und Selbstbestimmungsrecht	49
5. Ergebnis	52
IV. Subjektives (Grund)Recht auf staatlichen Schutz	53
V. Schutzverstärkung durch Internationale Regelungen	55
1. Europäische Menschenrechtskonvention	57
2. „Menschenrechts- und Biomedizin-Übereinkommen“ des Europarats	58
3. Europäische Union	59
a) Grundrechtsschutz auf der Ebene der EU	59

b) Kompetenzen und Grenzen der EG im Gesundheitswesen und beim Schutz der Patienten	61
-------------------------------------------------------------------------------------------	----

Kapitel 2

Die Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflicht 66

I. Erfüllungsverpflichtete oder Adressaten der grundrechtlichen Schutzpflicht	67
1. Verfassungsrechtliche Grundaussagen zu Struktur und Kreis der Adressaten	67
a) Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG und die grundrechtliche Schutzpflicht	67
b) Bedeutung der Verfassung im modernen freiheitlich-demokratischen Rechts- und Sozialstaat	70
aa) Verfassung und Zivilrecht	70
bb) Verfassung und Strafrecht	75
2. Ergebnis	76
II. Erfüllungshierarchie und Vorbehalt des Gesetzes	76
1. Begriffsbestimmungen	76
2. Schutzpflichtenerfüllung und Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG	78
3. Schutzpflichtenerfüllung und Vorbehalt des Gesetzes	80
a) Herleitung und Bedeutung des Vorbehalts des Gesetzes	80
b) Bestimmung des parlamentarischen Regelungsbereichs und der notwendigen Regelungsstruktur und -dichte	84
aa) Parlamentarischer Regelungsbereich	84
bb) Regelungsstruktur und -dichte der Parlamentsgesetze – Kriterien für die Schutzpflichtenerfüllung	87
(1) Kriterien des Bundesverfassungsgerichts	88
(a) Grundanforderungen an die staatliche Schutzgewährung	88
(b) Dynamischer Rechtsgüterschutz	90
(c) Präventiver und sanktionierender Rechtsgüterschutz	91
(d) Schutz durch Strafrecht und Bürgerliches Recht	92
(e) Aktive und passive Schutzmaßnahmen	94
(2) Auffassungen im Schrifttum	94
cc) Eigene Auffassung zum Zusammenhang zwischen den Kriterien für die Schutzpflichtenerfüllung und dem Bereich und Umfang parlamentarischer Regelung	97
4. Ergebnis	99
III. Delegation der Schutzgewährung – Einbindung von „Facheinheiten“ in die Schutz- pflichtenerfüllung am Beispiel der ärztlichen Standesvertretungen	101
1. Ärztliche Standesvertretungen	102
a) Organisation und Aufgaben	102
b) Außenwirkung des Standesrechts und Steuerung des Arzt-Patienten-Verhält- nisses als Schutzpflichtenerfüllung	104
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Einbindung der ärztlichen Standesvertre- tungen in die Schutzpflichtenerfüllung	108
a) Demokratische Legitimation und Binnenaautonomie	108
b) Staatliche Kontrolle und Korrektur versus Zusammenarbeit und Kooperation	112
IV. Schutzpflichtenerfüllung durch die Fachgerichtsbarkeit	114

1. Einbindung und Schutzgewährung durch die Fachgerichte	114
2. Grenzen der Schutzgewährung durch die Fachgerichte	116
a) Berührung der Bereiche parlamentarischer Regelungspflichten	116
b) Schwierigkeiten der Gewährung präventiven Schutzes	121

Kapitel 3

Die „Grenzen“ der Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflicht 123

I. Grundrechtliche Schutzpflicht unter dem Primat der Ökonomie	124
II. Normative „Grenzen“ der Schutzpflicht und im Arzt-Patienten-Verhältnis	127
1. Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient	128
2. Schwierigkeiten der Schutzpflichtererfüllung, insbesondere durch parlamentarische Regelungen	131
a) Grundrechtsrelevanz, Regelungsdichte und Bestimmtheitsgebot	132
b) Übergangsfristen	134
c) Weitere Schwierigkeiten	134
III. Grundrechtliche Schutzpflicht und Rechtspositionen der Ärzte	136
1. Grundrechtskollision infolge der ärztlichen Berufsfreiheit	136
2. Rechtliche Freiräume bei der Berufsausübung aufgrund von Besonderheiten des ärztlichen Berufs	140
a) Kurier- oder Therapiefreiheit	140
b) Freier Beruf	141
c) Berufsständische Selbstverwaltung	143
3. Stärkung der Rechtsposition der Ärzte durch die Wissenschafts- und Forschungsfreiheit	144
a) Ärztliche Tätigkeit als Wissenschaft und Forschung	144
aa) Begriffsbestimmung – das Problem der Definitionskompetenz	145
bb) Wissenschaft und Forschung im Arzt-Patienten-Verhältnis	146
b) Grundrechtlicher Schutz von Heilversuchen und Experimenten am Menschen	147
aa) Inanspruchnahme fremder Rechtsgüter	149
bb) Grundrechtlich geschützte Rechtsgutsbeeinträchtigungen	151
c) Folgerungen für die ärztliche Berufsfreiheit	152
d) Konsequenzen für die Schutzpflichtererfüllung durch das Parlament und die Fachgerichtsbarkeit	153
IV. Grundrechtliche Schutzpflicht und Selbstbestimmungsrecht	155
1. Grundrechtliche Konfliktlage	155
2. Besonderheiten im Arzt-Patienten-Verhältnis	157
V. Probleme der Schutzgewährung durch das Bundesverfassungsgericht	161

Kapitel 4

Ergebnis	166
-----------------	-----

Teil B

**Die einfach-rechtliche Ausgestaltung des Arzt-Patienten-Verhältnisses
auf dem Prüfstand der verfassungsrechtlichen Vorgaben** 169

Kapitel 1

Rechtsgüterschutz des Patienten durch das Zivilrecht 170

I. Materielles Zivilrecht	170
1. Zivilrechtliche Einordnung des Arzt-Patienten-Verhältnisses	170
a) Vertragsverhältnis und andere Konzeptionen sowie besondere Konstellationen	170
b) Behandlungsvertrag	174
2. Rechtsgüterschutz des Patienten mittels vertraglicher Pflichten des Arztes	176
a) Vertragspartner des Patienten	176
b) Vertragliche Pflichten des Arztes und Rechtsgüterschutz des Patienten	178
c) Konkretisierung der ärztlichen Pflichten durch die Rechtsprechung	180
aa) Behandlungspflicht und Behandlungsfehler	180
bb) Aufklärungspflicht und Aufklärungsfehler	182
cc) Weitere ärztliche Pflichten	187
3. Grenzen vertraglicher Regelung und Gestaltung	188
a) § 134 BGB	188
b) § 138 BGB	190
c) Vertragsnichtigkeit bei Strafgesetzen und parlamentarische Verantwortung ..	191
II. Arzthaftungsprozeß	192
1. Rechtsgüterschutz durch Haftung des Arztes infolge der Heilbehandlung	193
a) Verschuldensgrundsatz	194
b) Vertragliche Haftung	197
c) Deliktische Haftung	198
d) Spezifische Schwierigkeiten der ärztlichen Haftung	200
2. Zugang zum Zivilgericht und Vorschaltung einer ärztlichen Schlichtungsstelle oder Gutachterkommission	202
3. Gerichtliche Sachverhaltsermittlung	204
a) Faktische Bindungswirkung von Entscheidungen der Gutachter- und Schlichtungsstellen und Handhabung des Urkundsbeweises	204
b) Sachverständigenbeweis	205
4. Rechtsgüterschutz des Patienten durch Beweiserleichterungen	208
a) Grundrechtlicher Schutz und Beweisrecht im Arzthaftungsprozeß	208
b) Gesetzliche Ausgestaltung des Beweisrechts und Handhabung durch die Rechtsprechung	209
aa) Beweisrecht und die Vertragsbeziehung zwischen Arzt und Patient	210
bb) Beweisrecht und Notwendigkeit rechtfertigender Einwilligung des Patienten	212
cc) Von der Rechtsprechung entwickelte Beweiserleichterungen zu Gunsten der Patienten	213
c) Beurteilung des Beweisrechts im Arzthaftungsprozeß durch das Bundesverfassungsgericht	214

III. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den bestehenden zivilrechtlichen Rechtsgüterschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis und Perspektiven	218
1. Richterliche Rechtsfortbildung und Vorbehalt des Gesetzes	218
a) Aufweichung des Verschuldensgrundsatzes	218
b) Dominanz gesetzlicher Generalklauseln	221
2. Perspektiven der Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflicht im Zivilrecht	224
a) Parlamentsgesetzliche Regelung des medizinischen Behandlungsvertrags ...	224
b) Einbindung des ärztlichen Standes, insbesondere zur Bestimmung ärztlicher Leistungspflichten und haftungsrelevanter Fehler	228
c) Versicherungslösung	230
d) Fortentwicklung des präventiven Rechtsgüterschutzes	231

Kapitel 2

Rechtsgüterschutz des Patienten durch das Strafrecht 233

I. Rechtsgüterschutz durch die strafrechtliche Erfassung ärztlicher Heilbehandlungen	233
II. Ausgestaltung des strafrechtlichen Schutzes bei Heilbehandlungen	237
1. Fehlerhaftes ärztliches Verhalten und Einwilligung des Patienten	237
a) Behandlungsfehler, Aufklärungsfehler und objektive Zurechnung	238
b) Rechtswidrigkeit und Einwilligung des Patienten	240
2. Schuldprinzip	244
3. Auffangtatbestand „Unterlassene Hilfeleistung“	246
III. Zusammenfassung der Schwierigkeiten des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes im Arzt-Patienten-Verhältnis und Perspektiven	248
1. Übertragung der verfassungsrechtlichen Bedenken zum Zivilrecht	248
2. Rechtsgüterschutz unter den besonderen Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG	250
3. Perspektiven des Patientenschutzes durch das Strafrecht	252

Kapitel 3

Rechtsgüterschutz am Beginn und Ende des menschlichen Lebens 253

I. Beginn des Lebens und vorgeburtliches Stadium	254
1. Schutzpflichtkonstellation	254
2. Ausgestaltung des Rechtsgüterschutzes im vorgeburtlichen Stadium	255
a) Künstliche Fortpflanzung und Embryonenschutz	257
aa) Rechtsgüterschutz durch das Embryonenschutzgesetz	258
bb) Embryonenschutz durch das Verbot mißbräuchlicher Fortpflanzungstechniken	260
b) Pränatale Untersuchungen	263
aa) Grundrechtsrelevanz im vorgeburtlichen Stadium	264
bb) Rechtsgüterschutz bei pränatalen Untersuchungen	265
cc) Präimplantationsdiagnostik	266
c) Schwangerschaftsabbruch	268
aa) Rechtsgüterschutz und Lebensvernichtung	268
bb) Gesetzliche Ausgestaltung des Schwangerschaftsabbruchs	271

cc) Schutzkonzept und besondere Abbruchmethoden	274
3. Zusammenfassende Kritik am bestehenden Rechtsgüterschutz am Lebensbeginn und Abhilfemöglichkeiten	277
a) Künstliche Fortpflanzung – Pränataldiagnostik – Schwangerschaftsabbruch	277
b) Strafrechtlicher Schutz der Embryonen und des ungeborenen Lebens – ESchG und §§ 218 ff. StGB	279
c) Embryonenschutz und Embryonenforschung	280
d) Perspektiven des Rechtsgüterschutzes im vorgeburtlichen Stadium	284
II. Ende des Lebens	288
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Sterbehilfe	288
a) Grundrechtliche Schutzpflicht und Selbstbestimmungsrecht	288
b) Schutz und Eingriff	291
2. Einfach-rechtlicher Rahmen der Sterbehilfe de lege lata	292
a) Strafrecht	293
aa) Strafrechtlicher Schutz vor Sterbehilfe und seine Ausnahmen	293
bb) Verfassungsrechtliche Kritik am bestehenden Strafrecht	295
b) Zivilrechtliche Komponenten bei der Sterbehilfe	296
aa) Selbstbestimmung durch Patiententestamente und gewillkürte Vertretung	297
bb) Gerichtlicher Lebensschutz im Rahmen von Betreuungsverhältnissen ..	298
c) Wertungswidersprüche zum Strafrecht	300
3. Parlamentarische Regelung der Sterbehilfe de lege ferenda	300

Kapitel 4

Legislative Schutzpflichtenerfüllung in Sonderbereichen des Arzt-Patienten-Verhältnisses

302

I. Einsatz von „Fremdgütern“ bei der ärztlichen Heilbehandlung am Beispiel von Arzneimitteln	303
1. Schutzwirkung des AMG im Arzt-Patienten-Verhältnis	304
2. Weitere Einschränkung des Schutzes durch das AMG bei besonderen ärztlichen Maßnahmen im Arzt-Patienten-Verhältnis	306
a) Neue Anwendungsgebiete von Arzneimitteln	306
b) Eigene Arzneimittelherstellung für die Heilbehandlung	307
3. Ergebnis und Folgerungen	310
II. Rechtsgüterschutz bei der klinischen Prüfung von Arzneimitteln und Medizinprodukten	311
1. Rechtsgüterschutz bei der klinischen Prüfung	312
a) Humanexperiment	312
aa) Gesetzliche Voraussetzungen	312
bb) Einbindung von Ethik-Kommissionen	315
b) Heilversuch	316
2. Folgerungen für die Humanforschung und Heilversuche insgesamt	317
III. Transplantations- und Transfusionswesen	319
1. Transplantationswesen	319
a) Rechtsgüterschutz der Organspender – Gesetzliche Voraussetzungen der Organentnahme	321

aa)	Tote Spender	321
	(1) Grundrechtliche Schutzpflicht und gesetzlicher Todeszeitpunkt	322
	(2) Selbstbestimmungsrecht des Spenders	326
bb)	Lebende Spender	327
	(1) „Äußere“ gesetzliche Schutzbestimmungen	327
	(2) Schutz des Selbstbestimmungsrechts und Beschränkung des Empfängerkreises	329
b)	Rechtsgüterschutz bei der Organübertragung	331
aa)	Rechtsgüterschutz der Spender und Empfänger bei der Organübertragung	331
bb)	Grundrechtliche Schutzpflicht und gesetzliche Delegation	333
	(1) Vertragskonzeption	333
	(2) Richtlinien der Bundesärztekammer	335
2.	Transfusionswesen	337
a)	Rechtsgüterschutz bei der Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen	339
b)	Rechtsgüterschutz bei der Anwendung von Blutprodukten	342
c)	Grundrechtliche Schutzpflicht und gesetzliche Delegation – Richtlinien der Bundesärztekammer	343
3.	Ergebnis	345

Kapitel 5

Grundrechtsschutz und Gesetzliche Krankenversicherung 347

I.	Inhaltliche Gestaltung des Arzt-Patienten-Verhältnisses im Rahmen der GKV	349
1.	Einbindung des Arzt-Patienten-Verhältnisses in das System der GKV	349
2.	Inhaltlicher Einfluß der GKV auf die ärztliche Heilbehandlung	351
a)	Gesetzlicher Rahmen von Leistung und Leistungserbringung	351
b)	Insbesondere das Wirtschaftlichkeitsgebot	353
c)	Normative untergesetzliche Vorgaben am Beispiel der Richtlinien der Bundesausschüsse	355
d)	Inhaltlicher Einfluß durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen	359
II.	Verfassungsrechtliche Kritik	360
1.	Inhaltliche Gestaltung des Arzt-Patienten-Verhältnisses durch die GKV	360
a)	Grundrechtsschutz der gesetzlich versicherten Patienten	361
b)	Grundrechtsschutz der (Vertrags)Ärzte	365
2.	Umfang zulässiger parlamentarischer Delegation und untergesetzliche Normsetzung	367
III.	Zusammenfassung und Perspektiven des Systems der GKV	371

Teil C

Zusammenfassende Schlußbetrachtung 375

Literaturverzeichnis	383
Sachverzeichnis	409

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit der Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Verhältnis zwischen Arzt und Patient. Das materielle Zentrum des Grundgesetzes und damit der staatlichen Ordnung insgesamt sind die Grundrechte. Nicht zuletzt durch den Einfluß des Bundesverfassungsgerichts kommt den – bislang und überwiegend – vorbildhaft knapp formulierten Rechtssätzen weitreichende Wirkung in der gesamten Rechtsordnung und der Gestaltung der Gesellschaft zu. Auch die traditionell durch eine Betonung des beruflichen Ethos der Ärzte geprägte Behandlung der Patienten kann sich dem nicht entziehen. Recht und Medizin werden oft als Antipoden angesehen und die fachlichen Auseinandersetzungen mit entsprechender Vehemenz geführt. Ähnliche Vehemenz ist allerdings auch bei der Diskussion um die Zuweisung von Grundrechtsfunktionen oder die Annahme verschiedener grundrechtlicher Gehalte zu beobachten. Dies ist damit zu erklären, daß die Grundrechtsauslegung nicht auf juristisch-dogmatische Auseinandersetzung reduziert werden kann, mit ihr vielmehr stets Staatsverständnisse verbunden sind.

Die Zielsetzung der Arbeit ist die Hervorhebung und Stärkung der elementaren, auf Verfassungsebene verbindlich gewährleisteten Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit, die zugleich Grundbedingungen persönlicher Existenz sind. Auch heutzutage werden diese noch oft und verschiedenartig gefährdet oder verletzt. In der gesicherten rechtsstaatlichen Demokratie geraten allerdings neuartige Bedrohungen in das Blickfeld, die sich aus dem enormen wissenschaftlichen und technischen Fortschritt bei gleichzeitiger Tendenz des Staates zum bereichsweisen Rückzug ergeben. Die Rechtsgutsbeeinträchtigungen gehen weniger vom Staat als vielmehr von privatwirtschaftlicher Tätigkeit aus, die – zumindest auch – unter der Prämisse der Gewinnerzielung steht. Biomedizin und die Entschlüsselung des menschlichen Genoms, um einen der schillerndsten Bereiche der modernen Medizin zu nennen, sind in diesem Sinne auch ein Wachstumsmarkt, der von den beteiligten Medizinern, Forschungseinrichtungen und Unternehmen auch als solcher angesehen wird. In die gleiche Richtung geht der von staatlicher oder politischer Seite oft eingebrachte Aspekt des Wirtschaftsstandortes. Infolgedessen drohen Gefährdungspotentiale unterschätzt oder gar heruntergespielt zu werden. Die beschriebene Einordnung stellt allerdings nur einen Aspekt einer übergeordneten Konfliktlage dar, was durch die ausufernde Zahl der Arzthaftungsprozesse bestätigt wird.¹ Auf

¹ *Ulsenheimer*, in: Laufs/Uhlenbruck, § 112 Rn. 1 ff. nennt für 1999 eine Anzahl von 6.000–8.000 Zivilklagen – Haftpflichtversicherer sollen dagegen jährlich 15.000 Arzthaftpflichtfälle zählen – und schätzt dies angesichts der Entwicklung der letzten 15 Jahre als revolutionär ein.

der Seite der Kranken und Patienten dominiert die Hoffnung auf Heilung oder Linderung der Beschwerden durch bestehende oder zu entwickelnde Behandlungsmöglichkeiten. Sie vertrauen in die Kompetenz und moralische Verantwortung der Ärzte. In dem so zustande kommenden Spannungsfeld gilt es die Position des Staates und seiner Organe zu bestimmen. Inwieweit ist der Staat zum Handeln verpflichtet, inwieweit darf er auf die Konfliktbewältigung durch gesellschaftliche Selbstregulierung vertrauen? Inwieweit muß der Staat aktiv die körperlichen Rechtsgüter und das Selbstbestimmungsrecht der Patienten schützen, inwieweit können dagegen die ärztliche Berufs- und Therapiefreiheit,² die Standesautonomie des freien Arztberufs oder allgemein eine die Probleme nicht lösende „Verrechtlichung“ des Gesundheitswesens eingewendet werden?

Das Wohl der Patienten und Bürger muß das Anliegen von Staat und Ärzten sein. In diesem Sinne soll vorliegend keine Kluft zwischen staatlichen Organen und ärztlichem Stand beschrieben oder herbeigeführt werden, sondern es gilt ein Konzept zu entwickeln, in dem diese gemeinsam den Rechtsgüterschutz des Patienten verbessern. Dies bedeutet die Einbindung, nicht die Ausgrenzung der Ärzte und ihrer fachlich kompetenten Standesvertretungen in Schutzmaßnahmen zu Gunsten der Patienten, die sich jedoch im von der Rechts- und insbesondere Verfassungsordnung vorgegebenen Rahmen bewegen muß. In diesem Rahmen ist aus der Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient auch eine Rechtsbeziehung geworden. Der freie Beruf der Ärzte wird rechtlich gestaltet, wobei die momentanen Hauptgestaltungsfaktoren – zivil- und strafrechtliche Arzthaftungsjudikatur, Gesetzliche Krankenversicherung und Standesvorgaben – oftmals weder den Interessen der Ärzte noch der Patienten entsprechen. Grundsätzlich erweist sich das Recht aber als durchaus brauchbares Instrument zur Erfassung medizinisch-wissenschaftlicher und ethisch-moralischer Bereiche sowie zur Auflösung bestehender Interessenkonflikte. Eine Präzisierung der rechtlichen Rahmenbedingungen stößt indes auf begriffliche Schwierigkeiten: Die Summe der objektiven rechtlichen Regelungen, die sich auf das Verhältnis zwischen Arzt und Patient beziehen, hat in der Literatur unterschiedliche Bezeichnungen erfahren. So spricht zum Beispiel *Deutsch* von Arztrecht und erkennt neben diesem das Arzneimittelrecht oder das Recht der Medizinprodukte als gegenständliche Rechtsgebiete an.³ An anderer Stelle wird vom Gesundheitsrecht gesprochen,⁴ oder aber das Arztrecht als Kernstück des Gesundheitsrechts bezeichnet.⁵ Inhaltlich beschreiben diese Begriffe Regelungen, die sowohl die ärztliche Berufsausübung unabhängig von deren Einordnung als freier Beruf prägen, als auch die Position des Patienten betreffen. Eine Schwäche des Begriffs des Arztrechts ist daher seine Akzentuierung – räumt doch auch *Deutsch* ein, daß der Patient interessen- und wertungsjuristisch gleichberechtigt erscheint.⁶ Einigkeit besteht darüber,

² Früher „Kurierfreiheit“; vgl. *Laufs*, Arztrecht, Rn. 41 ff., 484 ff.; *Francke*, S. 56 ff. m. w. Nw.

³ *Deutsch*, Rn. 1.

⁴ *Z. B. E. Jung*, S. 110 f.

⁵ *Laufs*, Arztrecht, Rn. 1.

⁶ *Deutsch*, Rn. 1.

daß die rechtlichen Vorschriften, die die Rahmenbedingungen für das Verhältnis zwischen Arzt und Patient darstellen, unübersichtlich oder zersplittert sind.⁷ Um so wichtiger ist daher die Herausarbeitung der tragenden Grundlagen und Zusammenhänge, die von zwei Seiten ausgehen kann. Die eine, mehr dem ärztlichen Selbstverständnis entsprechend, ist die Einordnung der ärztlichen Standesethik als verbindendes Fundament.⁸ Die andere, hier verfolgte, ist die Rückführung auf verfassungsrechtliche Vorgaben.

Die Besonderheit des Verhältnisses zwischen Arzt und Patient – dies zeigt schon der Blick auf die bestehende Gesetzeslage⁹ – ist seine Durchdringung der gesamten Rechtsordnung, die die herkömmliche Unterteilung in Zivilrecht, öffentliches Recht und Strafrecht zurücktreten läßt.¹⁰ Das Arzt-Patienten-Verhältnis ist von zahlreichen Determinanten bestimmt, die im Laufe einer Behandlung und wie das Arzthaftungsrecht zeigt, auch nach deren Abschluß zu berücksichtigen sind.¹¹ Im Rahmen einer medizinisch indizierten Behandlung – Diagnose und Therapie – steht die Wiederherstellung der Gesundheit im Vordergrund, die jedoch vom Arzt nicht garantiert werden kann. In besonderen Bereichen, wie der künstlichen Fortpflanzung, dem Transplantations- oder Transfusionswesen, bestehen heute eigene Regelungen, die den Ablauf der Behandlung steuern, zum Teil aber bestimmte Maßnahmen auch ausschließen. Oftmals ist die Behandlung mit Eingriffen in die körperliche Integrität verbunden; ist sie schwierig und riskant, begibt sich der Patient zu ihrer Durchführung regelmäßig in ein Krankenhaus. Manche Behandlungen sind so riskant beziehungsweise wenig erprobt, daß ihnen experimenteller Charakter zukommt. Die ganz überwiegende Zahl der Behandlungen ist zudem in das System der gesetzlichen Krankenversicherung eingebettet. Hier ist der freiberufliche Arzt Vertragsarzt, der Patient zumeist qua gesetzlicher Anordnung pflichtversichert. Die Leistungspflicht der Versicherung ist allerdings auf die Kosten der nicht autonom durchzuführenden Behandlung beschränkt; steht ein ärztlicher Behandlungsfehler im Raum, ist der Patient trotz zunehmend zu beobachtender Unterstützung durch den Krankenversicherungsträger für die Geltendmachung seiner Schäden selbst verantwortlich: Es folgt der zivile Arzthaftungsprozeß, mit dem ein strafrechtliches Verfahren einhergehen kann.¹²

Die juristische Erfassung der eben beschriebenen Situation steht nicht nur wegen der komplexen Strukturen des Arzt-Patienten-Verhältnisses, sondern auch ange-

⁷ Laufs, *Arztrecht*, Rn. 1; E. Jung, S. 110, spricht von „Wildwuchs“.

⁸ V. a. vertreten von Laufs, *Arztrecht*, Rn. 1 ff. m. w. Nw.; relativierend aber ders., in: FS Geiger, S. 235 ff.

⁹ Dazu ausführlich unten B.

¹⁰ Zutreffend Deutsch, Rn. 1.

¹¹ Zum Ganzen auch Francke, S. 33 ff.

¹² Wegen der unterschiedlichen Verfahrensgrundsätze wird oft versucht, dem Zivilprozeß ein Strafverfahren vorzuschalten; vgl. Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, § 112 Rn. 7. Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit fällt jedoch oft auch auseinander; dazu ebenfalls Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, § 112 Rn. 8 ff.