

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 49

**Indikation und
nicht-indizierte Eingriffe
als Gegenstand des Medizinrechts**

**Zur Systematisierung der rechtlichen Behandlung
nicht-indizierter medizinischer Maßnahmen
auf der Grundlage der medizinrechtlichen
Bedeutung des Indikationsbegriffs**

Von

Isabell Richter



Duncker & Humblot · Berlin

ISABELL RICHTER

Indikation und nicht-indizierte Eingriffe
als Gegenstand des Medizinrechts

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 49

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

Indikation und nicht-indizierte Eingriffe als Gegenstand des Medizinrechts

Zur Systematisierung der rechtlichen Behandlung
nicht-indizierter medizinischer Maßnahmen
auf der Grundlage der medizinrechtlichen
Bedeutung des Indikationsbegriffs

Von

Isabell Richter



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung
des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT

Die Juristenfakultät der Universität Leipzig
hat diese Arbeit im Jahr 2017
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-15366-4 (Print)
ISBN 978-3-428-55366-2 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85366-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Juristenfakultät der Universität Leipzig unter dem Titel „Die rechtliche Behandlung nicht indizierter medizinischer Eingriffe – Zur Systematisierung der Rechtspraxis nicht indizierter medizinischer Maßnahmen auf der Grundlage der medizinrechtlichen Bedeutung des Indikationsbegriffs“ als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung konnten Literatur und Rechtsprechung bis einschließlich Oktober 2017 weitestgehend berücksichtigt werden.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Bernd-Rüdiger Kern, der das Thema der Arbeit angeregt und mich während der Entstehungszeit stets unterstützt hat.

Herrn Prof. Dr. Adrian Schmidt-Recla danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Arbeit wurde als herausragende Dissertation des Jahres 2017 von der Juristenfakultät der Universität Leipzig und der Dr. Feldbausch-Stiftung Landau/Pfalz ausgezeichnet.

Der VG Wort danke ich für die großzügige finanzielle Förderung im Rahmen der Drucklegung der Arbeit.

Meiner Familie und meinen Freunden danke ich für ihre vielfältige Unterstützung während des Entstehungsprozesses der Arbeit. Mein besonderer Dank gilt dabei Herrn Christian Kolter für die anregenden Diskussionen und Frau Doreen Fröhlich für das Lektorat des Manuskripts.

Leipzig, im Mai 2018

Isabell Richter

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	25
A. Einführung ins Thema	25
B. Gang der Untersuchung	28

Teil 1

Die historische Entwicklung des Indikationsbegriffs im Recht	31
A. Rechtsentwicklung bis zur Einführung des § 226a RStGB	32
I. Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ärztlichen Handelns	33
1. Lehrmeinungen	33
2. Rechtsprechung	36
a) Der Grundsatz von der Unmöglichkeit der rechtfertigenden Einwilligung in Körperverletzungsdelikte	36
b) Qualifizierung des Heileingriffs als Körperverletzung und das Problem der Rechtfertigung	37
3. Rechtfertigende Einwilligung für Eingriffe durch Nichtärzte	39
II. Beschränkung der Einwilligungsmöglichkeit	39
1. Die Schwere des Eingriffs	39
2. Die guten Sitten	41
a) Literatur	41
b) Rechtsprechung	42
III. Entwürfe zur Kodifikation der Heilbehandlung im RStGB	44
IV. Die nicht indizierten Eingriffe	45
V. Die Einführung des Indikationsbegriffs ins Recht	50
VI. Zivilrechtliche Bewertungen	53
VII. Zwischenergebnis	54
B. Rechtsentwicklung ab Einführung des § 226a RStGB	55
I. Die Einführung des § 226a RStGB	55
1. Rein kosmetische Operationen	57
2. Sterilisation, Schwangerschaftsabbruch, Kastration	60
II. Die Einführung des Heilpraktikergesetzes	62
III. Zivilrechtliche Bewertungen	62

IV. Zwischenergebnis	63
C. Die Einführung des Grundgesetzes und die Folgezeit	63
D. Das „Dohn“-Urteil	68
E. Entwicklungen nach der Dohn-Entscheidung bis heute	71
I. Der Begriff der Indikation	71
II. Besondere Fallgruppen	74
1. Freiwillige Sterilisationen	74
2. Schwangerschaftsabbruch	75
3. Künstliche Befruchtung	76
4. Operationen zu kosmetischen Zwecken	77
F. Gesetzgebungskompetenzen	77
G. Zwischenergebnis	79

Teil 2

Nicht indizierte Behandlungen und die grundlegenden Begriffe und Kategorien ihrer Bestimmbarkeit 82

A. Gesundheit und Krankheit	82
B. Indikation	91
I. Der Indikationsbegriff	91
1. Die Indikation in Medizin und Recht	92
a) Medizinischer Indikationsbegriff	92
b) Rechtlicher Indikationsbegriff	95
2. Indikation und medizinische Notwendigkeit	100
a) Medizinische Notwendigkeit im ärztlichen Gebührenrecht	100
b) Medizinische Notwendigkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung und im Beihilferecht	101
c) Medizinische Notwendigkeit im Recht der privaten Krankenversicherung	103
d) Spezialfall: Individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL)	105
e) Zwischenergebnis	106
II. Die Indikationsstellung	107
1. Die medizinische Indikationsstellung	107
2. Ärztliche Indikation	114
3. Rechtliche Anerkennung der Indikationsstellung des Arztes	117
4. Verzicht auf die Indikationsstellung	118
5. Indikationsstellung bei mehreren beteiligten Ärzten	119

6. Indikationsstellung und Wirtschaftlichkeitsgebot	120
7. Missbrauch der Indikationsstellung	124
III. Indikationsgrade	130
1. Die Notfallindikation	131
2. Die vitale Indikation	131
3. Die absolute Indikation	131
4. Die relative Indikation	132
a) Allgemeines	132
b) Besondere Ausgestaltungen	133
aa) Die elektive Indikation	134
bb) Harte und weiche / Starke und schwache Indikation	135
cc) Die zweifelhafte Indikation	136
5. Die fehlende Indikation	137
6. Weitere Indilationsbezeichnungen	137
a) Indikation im weiteren und engeren/strengen Sinne	138
aa) Heilversuch	138
bb) Maßnahmen der Vorbeugung, speziell: Schutzimpfungen	139
b) Objektive und subjektive Indikation	141
c) Die eindeutige und die nicht eindeutige Indikation	142
d) Ultima-ratio-Indikation	142
IV. Indikationsarten	143
1. Medizinische Indikationsarten	143
a) Die medizinische Indikation	143
b) Die objektive Indikation	144
c) Die medizinisch-therapeutische Indikation	144
d) Die therapeutische Indikation	144
e) Die potentielle Indikation	145
f) Die Versuchsindikation	146
g) Die subjektive Indikation	146
h) Die psychische Indikation	146
j) Die medizinisch-soziale bzw. sozial-medizinische Indikation	147
k) Die mütterliche Indikation	149
l) Die sozialmedizinische Indikation	149
m) Die ästhetische bzw. kosmetische Indikation	150
n) Die prophylaktische Indikation	151
o) Die medizinisch-prophylaktische Indikation	152
p) Die diagnostische Indikation	152
q) Die Ausnahmeindikation	152
2. Nicht-medizinische Indikationsarten	153
a) Die soziale Indikation	153

b) Die allgemeine Notlagenindikation	155
c) Die berufliche Indikation	155
d) Die embryopathische Indikation	156
e) Die eugenische Indikation	157
f) Die genetische Indikation	158
g) Die kindliche Indikation	158
h) Die kriminologische Indikation	158
j) Die ethische Indikation	159
k) Die interpersonelle Indikation	160
l) Die vikariierende Indikation	161
3. Sonstige Indikationsbegriffe	162
a) Die rechtfertigende Indikation	162
b) Die statistische Indikation	163
c) Die wissenschaftliche Indikation	163
d) Die „Wunschindikation“ bzw. Enhancement-Indikation	164
e) Die Zulassungsindikation	166
4. Zwischenergebnis	167
V. Medizinischer Standard und Behandlungsfehler	168
1. Der medizinische Standard	169
2. Behandlungsfehler	171
a) Nichteinhaltung des medizinischen Standards	171
b) Behandlungsfehler i. e. S.	173
c) Indikationsfehler	174
C. Heilauftrag, Heilbehandlung und Heilzweck	176
I. Der ärztliche Heilauftrag	176
II. Heilbehandlung und Heilzweck	177
1. Der Begriff der Heilbehandlung	177
2. Heilbehandlung: Anknüpfung an das Merkmal der Berufsausübung oder der Indikation?	178
3. Heilzweck und Indikation	182
4. Das Verhältnis von Heilbehandlungsbegriff und Indikationsarten	184
D. Kontraindikation	185
I. Der Kontraindikationsbegriff	186
1. Medizinischer Kontraindikationsbegriff	186
2. Rechtlicher Kontraindikationsbegriff	187
II. Kontraindikationsarten	188
III. Kontraindikationsgrade	189
IV. Kontraindikationsstellung	190
V. Kontraindikation und Behandlungsfehler	191

E. Die medizinisch nicht indizierte Behandlung („Nichtindikation“) 192

 I. Grenzen der Indikation und Entgrenzungstendenzen 192

 II. Anerkennung sowie Abgrenzung zu Indikation und Kontraindikation 194

 III. Indikationslosigkeit und berufsrechtliche Aspekte 198

 1. Ärzte 198

 2. Heilpraktiker 200

 IV. Die Kontraindikation bei nicht indizierten Maßnahmen 201

 V. Die „Indikationsstellung“ und die Chancen-Risiko-Abwägung 202

 VI. Nicht indizierte Eingriffe und der Begriff der Heilkunde im Recht 204

 1. Der Begriff der Heilkunde nach dem Heilpraktikergesetz 205

 a) Behandlungsvoraussetzungen 205

 b) Der Heilkundebegriff 207

 2. Der Begriff der Zahnheilkunde 211

 VII. Der medizinische Standard bei nicht indizierten Maßnahmen 214

 1. Ärzte 214

 2. „Nichtärzte“ 216

 VIII. Kategorisierungsmöglichkeiten für nicht indizierte Eingriffe 217

 1. Nutzen 217

 2. Behandlungsfelder 218

 3. Schwere des Eingriffs 218

 4. Irreversibilität / Reversibilität 219

 5. Normierung 219

 6. Der die Maßnahme Durchführende 220

 IX. Gemischte Maßnahmen 220

 X. Anforderungen an die ärztliche Abrechnung 221

F. Enhancement und „wunscherfüllende Medizin“ 223

G. Patient und Kunde 226

H. Der Eingriffsbegriff 227

J. Zwischenergebnis 228

Teil 3

**Die Rechtmäßigkeit nicht indizierter Behandlungen
nach der aktuellen Rechtslage**

229

A. Verfassungsrechtliche Einbettung 229

 I. Das Recht auf Selbstbestimmung 229

 II. Die einverständliche Fremdschädigung und ihre Grenzen 230

III. Paternalistische Beschränkungen des Selbstbestimmungsrechts	232
1. Paternalismus	232
2. Rechtfertigung	234
a) Allgemeine Überlegungen	234
b) Verfassungsrechtliche Vorgaben	237
B. Die Indikation und die Frage nach der Rechtmäßigkeit ärztlichen Handelns	239
I. Aktuelle strafrechtliche Gesichtspunkte	239
1. Der ärztliche Eingriff als Körperverletzung	239
a) Heileingriffe	240
aa) Tatbestandslösungen	240
bb) Rechtfertigungslösungen	242
(1) Einwilligung als Rechtfertigungsgrund	242
(2) Indikation als Rechtfertigungsgrund	243
(3) Indikation, Einwilligung und Durchführung lege artis als Rechtfertigungsgrund	244
cc) Tatbestandsausschließende Einwilligung	245
b) Nicht indizierte Eingriffe	245
aa) Tatbestandslösungen	245
bb) Tatbestandsausschließende Einwilligung	246
cc) Rechtfertigungslösungen	247
c) Stellungnahme	248
aa) Tatbestandslösungen	249
bb) Tatbestandsausschließende Einwilligung	252
cc) Rechtfertigungslösungen	252
2. Die Lehre von der Sozialadäquanz	258
II. Aktuelle deliktsrechtliche Gesichtspunkte	259
1. Körperverletzung	259
a) Meinungsstand	259
b) Stellungnahme	261
2. Zwischenergebnis	262
III. Rechtswidrigkeit im Delikts- und Strafrecht	262
IV. Zwischenergebnis	264
C. Die Einwilligung in einen medizinischen Eingriff	265
I. Rechtslage und Grenzen der Einwilligungsmöglichkeit bei nicht indizierten Eingriffen	265
II. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung	266
1. Subjektive Anforderungen und Grenzen der Einwilligung	267
a) Einwilligungsfähigkeit	267
b) Freiwilligkeit	270

2. Objektive Anforderungen und Grenzen der Einwilligung	272
a) Disponibilität des Rechtsguts	272
aa) Entbehrlichkeit der Einwilligung	273
bb) Gesetzliche Verbotsnormen	274
(1) Allgemeines	274
(2) Besondere Fallgruppen	274
(a) „Doping“	274
(b) Fortpflanzungsmedizin	276
cc) Spezialgesetzliche Rechtfertigungsvoraussetzungen	277
b) Selbstbestimmungsaufklärung	278
c) Form der Erklärung, Erklärungszeitpunkt, Widerruf	278
d) Sittenwidrigkeit	280
aa) Verfassungsrechtliche Vorgaben	281
bb) Konkretisierung des Sittenwidrigkeitsbegriffs	284
(1) Sittenwidrigkeit und Willensmängel	285
(2) Schwere des Eingriffs und Tatzweck	286
(3) Sittenwidrigkeit und Indikation	290
(4) Sittenwidrigkeit und Indikationslosigkeit	292
(5) Eingriff nach den Regeln der ärztlichen Kunst (lege artis)	295
cc) Fallgruppen möglicher Sittenwidrigkeit	300
(1) Geschlechtsumwandlung	300
(2) Body Integrity Identity Disorder (BIID)	302
(3) Verstümmelung des äußeren weiblichen Genitals (§ 226a StGB n. F.)	303
(4) Doping	304
(5) Neuro-Enhancement	304
(6) Medizinische Experimente / Forschung am gesunden Menschen	304
(7) Organ-, Gewebe- und Blutspende	306
(8) Körperverletzung zum Zwecke der Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat	307
(9) Sittenwidrige Maßnahmen im Bereich der Zahnheilkunde	307
3. Der Zahnextraktionsfall des BGH	307
III. Hypothetische Einwilligung	310
IV. Mutmaßliche Einwilligung	312
D. Die Selbstbestimmungsaufklärung bei nicht indizierten Eingriffen	314
I. Aufklärungsadressat	315
II. Aufklärender	316
III. Aufklärungsumfang	317
1. Diagnoseaufklärung	319
2. Verlaufsaufklärung	320

3. Risikoaufklärung	322
a) Grundsätze	322
b) Besonderheiten bei indikationslosen Maßnahmen	324
c) Aufklärung über alternative Behandlungsmöglichkeiten	328
d) Anfängeroperation	332
e) Besondere Fallgruppen	333
aa) Fremdnützige Eingriffe	333
bb) „Schönheitsoperationen“, Laser-Operationen	334
cc) Maßnahmen mit experimentellem Charakter	335
dd) Sectio auf Wunsch	337
ee) Sterilisation	338
ff) Diagnostische Maßnahmen	338
gg) Schutzimpfungen	338
f) Sonderfall: gemischte Maßnahmen	339
4. Zweitmeinungsanspruch, § 27b SGB V	339
IV. Art und Weise der Aufklärung	340
V. Form der Aufklärung	342
VI. Aufklärungszeitpunkt	343
VII. Der bereits informierte Patient	346
VIII. Aufklärungsverzicht	347
1. Zulässigkeitsvoraussetzungen	347
2. Art, Umfang und Reichweite bei einer nicht indizierten Maßnahme	349
3. Erklärungsberechtigter	351
4. Erklärungszeitpunkt	351
5. Der bereits zum Eingriff entschlossene Patient	351
IX. Aufklärung und Kontraindikation	352
1. Der kontraindizierte Eingriff	352
2. Die kontraindizierte Aufklärung	353
E. Die Einwilligung in einen nichtärztlichen Eingriff	353
F. Zwischenergebnis	355

Teil 4

Der Behandlungsvertrag	358
A. Die Rechtsnatur des Vertrages	359
I. Streitstand hinsichtlich des medizinischen Behandlungsvertrages	360
II. Besondere Fallgruppen indikationsloser Maßnahmen	368
1. Sterilisation	368

2. „Schönheitsoperationen“	368
B. Vertragliche Pflichten	370
I. Ärztliche Pflichten	370
1. Überblick	370
2. Die therapeutische Aufklärung	373
3. Die wirtschaftliche Information	374
a) Grundsätze	374
b) Finanzielle Aspekte bei nicht indizierten Eingriffen	376
aa) Gesichtspunkte der unmittelbaren Kostentragungslast	376
(1) Der Grundsatz der Kostentragungspflicht durch den Patienten ..	376
(2) Besondere Fallgruppen	379
(a) Maßnahmen der Künstlichen Befruchtung	379
(b) Sterilisation	382
(c) Kastration	383
(d) Schwangerschaftsabbruch	383
(e) Organ- und Gewebespende	384
(f) Schutzimpfungen und sonstige Vorsorgeleistungen	384
(g) Verschreibungspflichtige empfängnisverhütende Mittel	384
(h) Off-Label-Use	385
bb) § 52 Abs. 2 SGB V – Kosten von Folgebehandlungen im Krank-	
heitsfall	386
(1) Regelungsgehalt	386
(2) Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung aus § 52 Abs. 2 SGB V	389
cc) Arbeitsrechtliche Aspekte	391
dd) Exkurs: Steuerrechtliche Aspekte	393
II. Pflichten, Obliegenheiten und Rechte des Patienten	394
1. Vergütung	394
2. Mitwirkungspflichten	396
3. Weisungsrecht	397
III. Form	398
IV. Beurteilung nicht indizierter nichtärztlicher Tätigkeit	398
C. Beendigung des Vertrages	399
D. Nichtigkeit des Vertrages	400
I. Nichtigkeit gemäß § 134 BGB	401
II. Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB	402
E. Die Haftung des Behandelnden	403
I. Grundsätze	403
II. Haftungsbeschränkung	405

III. Besonderheiten spezifischer Fallgruppen	406
1. Lebendspende	406
2. Humanexperiment / Medizinisches Experiment	407
3. Das Fehlschlagen der Sterilisation oder sonstiger Empfängnisverhütung	407
4. Schutzimpfungen	408
F. Maßnahmen von Nichtärzten	408
G. Zwischenergebnis	411

Teil 5

Nicht indizierte Maßnahmen bei Minderjährigen	412
A. Die Einwilligung bei Minderjährigkeit	413
I. Einwilligungsfähigkeit	413
1. Grundsätze	413
2. Einwilligungsfähige Minderjährige	416
a) Co-Konsens und Vetorecht	416
b) Einwilligungsfähigkeit und Indikation	423
c) Die Rolle des Arztes bei indikationslosen Eingriffen	429
3. Einwilligungsunfähige Minderjährige	431
a) Stellvertretung und Kindeswohl	431
b) Kindeswohl und Indikation	434
c) Nicht indizierte Eingriffe beim einwilligungsunfähigen Minderjährigen	438
aa) Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen	438
bb) Die Erziehung zur körperlichen Selbstbestimmung, speziell: das Setzen von Ohringen	441
d) Vetorecht	443
e) Aufklärung, § 630e Abs. 5 BGB	446
4. Gesetzgeberische Entscheidungen	448
a) Unzulässige Maßnahmen	448
aa) Altersbezogene Verbote	448
bb) Altersunabhängige Verbote, speziell: Weibliche Genitalverstümmelung (§ 226a StGB n. F.)	450
b) Zulässige Maßnahmen	457
aa) Forschung nach AMG und MPG	457
bb) Genetische Untersuchungen (§ 14 GenDG)	459
cc) Knochenmarkspende (§ 8a TPG)	459
(1) Kindeswohl	460
(2) Aufklärung und Vetorecht	462

dd) Genitalbeschneidung bei Knaben 462

 (1) § 1631d BGB als spezieller Rechtfertigungsgrund 463

 (a) Rechtfertigungsvoraussetzungen nach § 1631d BGB 464

 (b) Zweck der Beschneidung und Kindeswohl 467

 (2) § 1631d BGB und mögliche Erweiterungstendenzen 471

 (a) Die Forderung nach einer geschlechtsneutralen Formulierung des § 1631d BGB 472

 (b) § 1631d BGB als Maßstab allgemein zulässiger medizinisch nicht indizierter Eingriffe am einwilligungsunfähigen Minderjährigen? 480

 ee) Schwangerschaftsabbruch 481

 5. Exkurs: Eingriffe beim einwilligungsunfähigen Volljährigen 484

II. Freiwilligkeit 486

III. Sonder- und Grenzfälle 486

 1. Intersexualität 487

 2. Die Rekonstruktion des Hymens 491

B. Behandlungsvertrag 494

 I. Vertragsschluss durch den Personensorgeberechtigten 494

 II. Vertragsschluss durch den Minderjährigen 494

 III. Der gesetzlich Krankenversicherte ab 15 Jahren 497

C. Kostenbeteiligung gemäß § 52 Abs. 2 SGB V 500

D. Zwischenergebnis 501

Teil 6

Fazit 503

A. Zusammenfassende Ergebnisse 503

B. Ausblick 510

Literaturverzeichnis 514

Sachwortverzeichnis 543

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die Civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
AL	Aktualisierung
AMG	Arzneimittelgesetz
Anh	Anhang
Anm.	Anmerkung
AntiDopG	Anti-Doping-Gesetz
Art.	Artikel
ArztR	ArztRecht (Zeitschrift)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Aug.	August
AZR	Arzt Zahnarzt Recht (Zeitschrift)
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
BÄK	Bundesärztekammer
BÄO	Bundesärzteordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBhV	Bundesbeihilfeverordnung
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Bek.	Bekanntmachung
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGB-RGRK	BGB-Reichsgerichtsrätekomentar
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMV-Ä	Bundesmantelvertrag-Ärzte

BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
bspw.	beispielsweise
BtÄndG	Betreuungsrechtsänderungsgesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVO	Beihilfeverordnung
bzgl.	bezüglich
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DGMR	Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe[n]
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DRG	Diagnosis Related Groups
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStRE	Deutsches Steuerrecht – Entscheidungsdienst
DVO	Durchführungsverordnung
EBM	Evidenzbasierte Medizin
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Zeitschrift)
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EMA	European Medicines Agency (Europäische Arzneimittelbehörde)
ErbgesG	Erbgesundheitsgesetz
ESchG	Embryonenschutzgesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
E-StGB	Entwurf zum Strafgesetzbuch
EStR	Einkommensteuer-Richtlinien
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende [Seite]
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
F.A.S.	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
ff.	folgende [Seiten]
FG	Finanzgericht
FPR	Familie Partnerschaft Recht (Zeitschrift)
FS	Festschrift

G	Gesetz
GÄCD	Gesellschaft für Ästhetische Chirurgie Deutschland
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
geä.	geändert
gem.	gemäß
GenDG	Gendiagnostikgesetz
GesR	GesundheitsRecht (Zeitschrift)
GewSchG	Gewaltschutzgesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GKV-VSG	GKV-Versorgungsstärkungsgesetz
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
grds.	grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift
GuP	Gesundheit und Pflege (Zeitschrift)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HeilprG	Heilpraktikergesetz
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
HK-AKM	Heidelberger Kommentar Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht
Hk-BGB	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HWG	Heilmittelwerbe-gesetz
i. d. F.	in der Fassung
i. e. S.	im engeren Sinne
IfSG	Impfschutzgesetz
IGeL	Individuelle Gesundheitsleistungen
insbes.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des/der
IvF	In-vitro-Fertilisation
i. V. m.	in Verbindung mit
JLM	Journal of Law and Medicine
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
juris-PK	juris Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JuSchG	Jugendschutzgesetz
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KassKomm	Kasseler Kommentar
KastrG	Kastrationsgesetz
KErzG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
KHEntgG	Krankenhausentgeltgesetz
KKG	Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LASIK	Laser-in-situ-Keratomileusis

lat.	lateinisch
Lfg.	Lieferung
LFGB	Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
LG	Landgericht
lit.	littera (= Buchstabe)
LK	Leipziger Kommentar
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen Rheinland-Pfalz Saarland
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
LSG	Landessozialgericht
m. a. W.	mit anderen Worten
MB/KK	Musterbedingungen für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung
MBO-Ä	Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MPG	Medizinproduktegesetz
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MwStR	Mehrwertsteuerrecht (Zeitschrift)
m. W. v.	mit Wirkung vom
n. F.	neue Fassung
NiSG	Gesetz zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-VHR	NJW-Entscheidungsdienst Versicherungs-/Haftungsrecht (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ Rechtsprechungs-Report
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o. Ä.	oder Ähnliche[s]
OEG	Opferentschädigungsgesetz
OFD	Oberfinanzdirektion
o. g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PatRG	Patientenrechtegesetz
PDP	Psychodynamische Psychotherapie (Zeitschrift)
PharmR	Pharma Recht (Zeitschrift)
PID	Präimplantationsdiagnostik
PKV	Private Krankenversicherung
PrävG	Präventionsgesetz
PStG	Personenstandsgesetz

PsychThG	Psychotherapeutengesetz
r+s	recht und schaden (Zeitschrift)
RefE-StGB	Referentenentwurf zum Strafgesetzbuch
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RKI	Robert Koch-Institut
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
RöV	Röntgenverordnung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Satz; Seite[n]
s.	siehe
s. a.	siehe auch
SARS	Schweres Akutes Respiratorisches Syndrom
SchKG	Schwangerschaftskonfliktgesetz
Schriftltg.	Schriftleitung
Sept.	September
SFHÄndG	Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz
SG	Soldatengesetz; Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SK	Systematischer Kommentar
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
soz.	sozusagen
StGB	Strafgesetzbuch
StGB-E	Entwurf zum Strafgesetzbuch
STIKO	Ständige Impfkommission
StPO	Strafprozeßordnung
StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
StrlSchV	Strahlenschutzverordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TFG	Transfusionsgesetz
ThürBhV	Thüringer Beihilfeverordnung
TPG	Transplantationsgesetz
tw.	teilweise
u. a.	unter anderem
Urt. v.	Urteil vom
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	von/vom
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vor./Vorbem.	Vorbemerkungen

VV	Verwaltungsvorschrift
WHO	World Health Organization (Weltgesundheitsorganisation)
WPfIG	Wehrpflichtgesetz
WStG	Wehrstrafgesetz
ZHG	Zahnheilkundengesetz
Ziff.	Ziffer
ZNS	Zentralnervensystem
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

A. Einführung ins Thema

Dem Heilauftrag als oberstem Grundsatz folgend, bildet die Heilbehandlung auch heute noch immer den Normalfall ärztlicher Tätigkeit. Maßnahmen, die der Gesundheit des Patienten abträglich sind, vertragen sich mit dieser Maxime nicht.¹ Das Wohlergehen des Patienten genießt Vorrang vor wissenschaftlichen, finanziellen, ästhetischen und anderen Erwägungen, getreu dem wichtigsten Gebot ärztlicher Kunst: „primum nil nocere“. Gleichwohl gewinnen verstärkt solche ärztlichen Maßnahmen an Relevanz, die entweder nicht oder aus psychologischen Gründen indiziert sind.² So wirft bspw. die Verachtfachung der erstattungsfähigen Kosten für psychotherapeutische Maßnahmen innerhalb von zehn Jahren³ die Frage nach den Kriterien der Indikationsstellung ebenso auf wie der überproportionale Anstieg von operativen Eingriffen, die mit finanziellen Anreizen für Ärzte und/oder Einrichtungen verbunden sind⁴. Auch medizinisch nicht notwendige, insbesondere sog. Enhancement-Maßnahmen (z. B. „Schönheitsoperationen“), haben mittlerweile große Bedeutung erlangt, nicht nur für die jeweils interessierte Person. Ihr „Marktpotential“ führt bereits jetzt dazu, dass ganze Krankenhäuser mit solchen lukrativen Maßnahmen querfinanziert werden.

Obwohl Statistiken über die Anzahl in Deutschland durchgeführter Wunscheingriffe veröffentlicht werden, existieren keine belastbaren Zahlen.⁵ Langzeitstudien über die Wirkungsweisen von vielen Eingriffen im Bereich des Enhancements liegen (noch) nicht vor. Diese Maßnahmen sind jedoch ebenso risikobehaftet wie Heilbehandlungen. Das zeigen immer wieder Fälle mit teils schwerwiegenden Komplikationen.⁶ Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass insbesondere auch Behandlungsfehler oft nicht mehr korrigierbar sind und das weitere Leben des Betroffenen nachhaltig prägen, schlimmstenfalls sogar beenden, lauten wichtige Fragen

¹ Soergel-*Spickhoff*, BGB, Anh I § 823 Rn. 1.

² Laufs/Kern-*Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 49 Rn. 8.

³ Kleine Anfrage von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 25.6.2014, BT-Drs. 18/1947, S. 1.

⁴ Vgl. BT-Drs. 18/4095, S. 74 (sog. mengenanfällige Eingriffe); *Flintrop*, DÄBl. 2014, A-1271.

⁵ So z. B. für den Bereich der Dermatologie: *Häussermann-Mangold*, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, S. 43, 45.

⁶ Beispielhaft für Todesfälle bei „Schönheitsoperationen“: BGH, MedR 2012, 111 sowie BGH, GesR 2012, 733 (Bauchdeckenstraffung); BGH, GesR 2007, 482 (Fettabsaugung).

bei medizinisch nicht notwendigen Maßnahmen also: Darf die Medizin, was sie kann?⁷ Und inwieweit darf sie dabei den Wünschen des Patienten nachgeben?

Traditionell ist das Bild ärztlichen Handelns durch den sog. Heileingriff geprägt. Dieser wird gemeinhin nur dann als rechtmäßig erachtet, wenn hierfür eine Indikation besteht, der Eingriff kunstgerecht nach den fachlichen Regeln (*lege artis*) ausgeführt wird und die auf hinreichender Aufklärung beruhende Einwilligung des Patienten (sog. *informed consent*) vorliegt.⁸ Obwohl die Indikation als Rechtsbegriff also bereits seit Langem zu den Eckpfeilern juristischer Legitimationsbegründungen ärztlichen Handelns zählt, erfährt dieser Begriff erst in jüngerer Zeit wieder mehr Beachtung. Gelten die rechtlichen Anforderungen an die Kriterien der Einwilligung und des Verfahrens *lege artis* mittlerweile als weithin geklärt⁹, so offenbart das Erfordernis der Indikation bei näherer Betrachtung Deutungsprobleme. Diese stehen einerseits im Zusammenhang mit neuen Möglichkeiten des medizinischen Fortschritts und andererseits mit der sich fortsetzenden Pluralisierung der Lebensstile. Diese Faktoren bewirken, dass immer stärker divergierende Vorstellungen darüber bestehen, was „natürlich“, „schicksalhaft“ oder „normal“ ist. Auch ist das Verhältnis zwischen Arzt und Patient weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung.¹⁰ Hier kristallisieren sich nicht nur rechtliche Einflüsse aus. Vielmehr unterliegt es „durch den Wandel des hippokratischen Verständnisses, das Zurücktreten des Fürsorgeprinzips zugunsten der Patientenautonomie und das Eindringen sozioökonomischer Gesichtspunkte“¹¹ stetigen Veränderungen.

Es ist zunächst die Medizin selbst, die einen „unstillbaren Hunger nach Medizin erzeugt“.¹² Das gilt gerade auch im Bereich von medizinisch nicht notwendigen Maßnahmen. Mediziner entwickeln neue Angebote und erzeugen damit eine Nachfrage bzw. „Wünsche“, sodass in einem komplizierten Geflecht aus Wechselwirkungen selbst das ursprünglich „homogene ethische Leitbild“¹³ weiter zerfasert.¹⁴ Von dem wachsenden Bereich des medizinisch Möglichen geht eine Faszination aus, die einerseits den Arzt mitunter zu unkritischem Gebrauch verleitet und andererseits beim Patienten oft falsche Erwartungen weckt.¹⁵ Der Fortschritt verändert dabei auch die Gesellschaft – zunächst grundsätzlich, ohne dass die Medizin dafür eine parla-

⁷ Katzenmeier, in: Katzenmeier/Bergdolt (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, S. 45, 54.

⁸ Laufs/Kern-Laufs, *Handbuch des Arztrechts*, § 6 Rn. 1 f.; Kern/Laufs, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, S. 144; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 272.

⁹ Laufs/Katzenmeier/Lipp-Laufs, *Arztrecht*, Kap. I Rn. 29.

¹⁰ Schmidt, in: Ponsold, *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, S. 1, 2; die Fortgeltung dieser Aussage bekräftigend: BVerfG, NJW 1979, 1925, 1930.

¹¹ Laufs/Katzenmeier/Lipp-Laufs, *Arztrecht*, Kap. I Rn. 14.

¹² Beck, *Risikogesellschaft*, S. 340.

¹³ Kluth, in: Wienke/Dierks (Hrsg.), *Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin*, S. 29, 48.

¹⁴ In diesem Sinne auch Kluth, in: Wienke/Dierks (Hrsg.), *Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin*, S. 29, 47 f.

¹⁵ Horn, in: Wolff (Hrsg.), *Die Indikation zur Operation*, S. 1, 4.

mentarische Legitimation benötigt¹⁶. Der Einzelne ist immer weniger bereit, schicksalhafte Verläufe in seinem Leben zu akzeptieren. Gleichzeitig wird von ihm heutzutage auch vieles als Entscheidung verlangt, was sich früher im Laufe der Zeit als Hinzunehmendes, d. h. schicksalhaft ergab. All das geschieht vor dem Hintergrund immer größerer Auswahlmöglichkeiten und damit einer immer höheren Informationsdichte.¹⁷

Der Terminus des medizinisch nicht indizierten Eingriffs wird zumeist mit ästhetischen Operationen, freiwilligen Sterilisationen und Lebendorganspenden assoziiert. Auch rückte er im Kontext der Diskussionen um die Zulässigkeit der religiösen Knabenbeschneidung in jüngerer Zeit sowohl in der Wissenschaft als auch in der breiten Öffentlichkeit wieder stärker in den Fokus.

Nicht indizierte Eingriffe existieren in einer großen Bandbreite. Sie können sowohl von Art und Zweck als auch hinsichtlich der Personen, die sie durchführen, sehr unterschiedlich sein und auf den ersten Blick – bis auf das Fehlen einer entsprechenden Indikation – oft wenig gemeinsam haben. Auch die Motivation für die Vornahme eines Eingriffs kann dabei sehr verschieden sein und reicht von Eigennutz bis Altruismus. Bisher wurde der Begriff der Indikation bzw. das Fehlen einer medizinischen Indikation daher vor allem im Rahmen bestimmter Fallgestaltungen besprochen, sodass die Diskussion oft auf die Handhabung der damit jeweils verbundenen spezifischen Problematiken beschränkt blieb. Dementsprechend fehlt bislang weitgehend die wissenschaftliche Erörterung dessen, was diesen Bereichen gemein ist. Stattdessen scheint sich mitunter der konsenterte Unterschied zwischen indizierten und nicht indizierten Eingriffen im Umfang der Aufklärungspflicht zu erschöpfen. Dabei werden angesichts der Vielgestaltigkeit ärztlichen Handelns insbesondere bei der Frage ihrer Zulässigkeit verallgemeinerbare Prüfkriterien mit konkreten Parametern längst gefordert.¹⁸

Ziel der Untersuchung ist es daher, allgemeingültige Aussagen für den rechtlichen Umgang mit medizinischen Eingriffsmöglichkeiten bei fehlender Indikation zu treffen. Das beinhaltet insbesondere die Klärung des Begriffs der Indikation sowie der „Nichtindikation“ und die Frage nach ihrer jeweiligen Bedeutung im Medizinrecht. Davon umfasst ist auch die als rechtlich schwierig geltende Abgrenzung dieser Begriffe zueinander und zur Kontraindikation.¹⁹

Das Herausarbeiten verallgemeinerungsfähiger Grundsätze und Argumentationslinien soll die Bedeutung der Indikation im Recht verdeutlichen sowie – insbe-

¹⁶ Hierzu: *Beck*, Risikogesellschaft, S. 334 ff., der von „zustimmungsloser Umwälzung gesellschaftlicher Lebensbedingungen“ (S. 334) spricht.

¹⁷ *Luhmann*, Soziologie des Risikos, S. 52.

¹⁸ Auf die Notwendigkeit einer systematischen Auseinandersetzung ebenfalls hinweisend: *Joost*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 383, 391; *Beck*, *MedR* 2006, 95, 96; *Eberbach*, *MedR* 2008, 325. Mit Hinweis auf den „in zahlreichen Einzelbereichen kontrovers und umkämpften“ Persönlichkeitsrechtsschutz: *Damm*, *JZ* 1998, 926, 927.

¹⁹ So *Laufs/Kern-Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 49 Rn. 1.