

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 75

**Hypothetische Einwilligung
unter besonderer Berücksichtigung
der Lebendorganspende**

Von

Zhuchen Gu



Duncker & Humblot · Berlin

ZHUCHEN GU

Hypothetische Einwilligung unter
besonderer Berücksichtigung der Lebendorganspende

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 75

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

Hypothetische Einwilligung unter besonderer Berücksichtigung der Lebendorganspende

Von

Zhuchen Gu



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahr 2023 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
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-19218-2 (Print)
ISBN 978-3-428-59218-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Meiner Mutter gewidmet

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung entsprechen dem Stand vom März 2024.

Das Ziel der Arbeit ist herauszufinden, wann bei bewiesener hypothetischer Einwilligung ein Arzt nicht für die Verletzung der Aufklärungspflicht haften muss. Von der Achtung des Selbstbestimmungsrechts jedes Patienten ausgehend wird die Auffassung vertreten, dass die tatsächliche Einwilligung, die zwar auf einer normativ unzureichenden Informationsgrundlage getroffen wurde, aber für den konkreten Patienten hinreichend ist, rechtfertigende Wirkung besitzt. Die hypothetische Einwilligung dient als Nachweis, dass eine solche tatsächliche Einwilligung vorliegt.

Obwohl es sich bei dieser Arbeit um eine nicht sehr umfangreiche Thematik handelt, war es keine leichte Aufgabe, dieses Problem des Medizinrechts systematisch in einer Dissertation zu bearbeiten. Dazu ermutigte mich mein Doktorvater Herr Professor Dr. jur. Andreas Spickhoff. Zu Beginn der Bearbeitung gab er mir zwei wichtige BGH-Urteile, womit das Thema und die konkreten Rahmenvorgaben für die gesamte Arbeit festgelegt waren. Für seine Unterstützung und den Freiraum, den er mir immer gegeben hat, bin ich ihm herzlich dankbar. Herr Dekan Professor Dr. jur. Ansgar Ohly, LL.M. (Cambridge), schrieb das Zweitgutachten. Für seine Unterstützung und die lobenden Bemerkungen zu meiner Dissertation bedanke ich mich sehr. Herr Professor Dr. jur. Michael Kling hat nicht nur meine Masterarbeit betreut, sondern war auch während meiner Promotion sehr hilfsbereit, und ich danke ihm von ganzem Herzen.

Zusätzlich bin ich sehr dankbar für die finanzielle Förderung durch das China Scholarship Council (CSC) und die Unterstützung meiner Alma Mater. Frau Dr. jur. Lili als damalige Assistenzprofessorin verschaffte mir die Möglichkeit, zu einem Austauschstudium nach Deutschland zu gehen. Ohne diesen Anfang wäre die Dissertation nicht entstanden.

Besonders dankbar bin ich meinen Eltern Frau Gu und Herrn Tao, die mir auf dem langen Weg des Studiums volles Verständnis und die selbstloseste Unterstützung zuteilwerden ließen. Ich habe unendlich viel Liebe von ihnen erhalten. Ich bin auch meinen Großeltern sowie Tante Gu und Onkel Gu sehr dankbar. Ferner bin ich sehr glücklich, mit Frau Luo und Herrn Liao befreundet zu sein. Die über zehnjährige Freundschaft mit ihnen ist mir unschätzbar viel wert. Schließlich möchte ich mich bei Tante Jiang und Onkel Fan bedanken, die meine Katze Zhuzhu adoptierten und sie

gut aufzogen. Dass sie mich jeden Tag am Alltag der Katze teilhaben ließen, war ein großer Trost für mich.

Mein herzlichster Dank geht an Herrn Professor Dr. Dr. h. c. mult. Gilbert Gornig und Frau Dr. jur. Xuyang Qu. Sie sind die einzige Familie, die ich in Deutschland habe. Im Jahr 2013 habe ich sie im Rahmen eines Austauschprogramms kennengelernt. Für die Begleitung und Unterstützung, die ich in den letzten zehn Jahren erhalten habe, kann ich meine Dankbarkeit nicht in einfachen Worten ausdrücken. Von dem Augenblick an, als ich für mein Masterstudium an die Universität Marburg zurückkehrte, war Professor Gornig für mich da, um mir zu helfen und mich zu ermuntern. Er hat mir den Horizont geöffnet und meine Lebenseinstellung tief beeinflusst. Frau Qu ist nicht nur die beste Freundin, sondern auch eine hervorragende selbstdisziplinierte und motivierte Doktorin, ohne die ich diese Jahre hätte nicht durchhalten können. Diese beiden haben mir den Mut und die Sicherheit gegeben, allein im Ausland zu studieren.

Der Himmel hütet und leitet mich immer. Auf dem Wege zu meinem Dokortitel habe ich unzählige Dinge gelernt, die mehr bedeuten als einen Dokortitel zu führen. Dafür bin ich sehr dankbar.

07. Juli 2024, München

Zhuchen Gu

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Einleitung

27

§ 1 Gegenstand und Ziel der Forschung	27
A. Forschungsgegenstand	27
B. Forschungsziel	27
§ 2 Aufbau der Arbeit und Anmerkung zur Zitierweise von Gerichtsurteilen	27
§ 3 Dogmatischer Hintergrund des Themas	28
A. Grundsätzliches	28
B. Selbstbestimmungsrecht	32
C. Sicherungsaufklärung	33
D. Hinweise	33
E. Lebendorganspende	34
§ 4 Feststellbarkeit der hypothetischen Willensentscheidung	37

Kapitel 2

Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung

40

§ 1 Einführung	40
A. Zusammenspiel von Rechtsprechung und Gesetz	40
B. Einzelfallabhängigkeit	41
§ 2 Sinn und Zweck der ärztlichen Aufklärung	42
A. Informierte Selbstbestimmung	42
B. Reichweite der Einwilligung	43
C. Entbehrlichkeit der Aufklärung	44
§ 3 Umfang der Aufklärung	47
A. Behandlungsaufklärung	47
B. Risikoaufklärung	49
C. Verlaufs-, Diagnose- und Wirtschaftsaufklärung	50
D. Aufklärung über Behandlungsalternative	51
§ 4 Rechtzeitigkeit der Aufklärung	52

§ 5 Aufklärung bei Lebendorganspende	54
A. Entbehrlichkeit der Aufklärung	55
B. Umfang der Aufklärung	56
C. Verfahrensvorgaben	59
§ 6 Zusammenfassung	64

Kapitel 3

Entwicklung des Institutes der hypothetischen Einwilligung	66
§ 1 Einführung	66
§ 2 Vorgeschichte: Die hypothetische Entscheidung des Patienten in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	68
A. Berücksichtigung des hypothetischen Willens (1907)	68
B. Grundstein für die ärztliche Aufklärungspflicht (1912)	70
C. Ursächlicher Zusammenhang (1931)	71
D. Hypothetische Einwilligung (1940)	72
§ 3 Von der Zurückhaltung zur grundsätzlichen Anerkennung der hypothetischen Einwilligung (1950er Jahre)	74
A. Zurückhaltung am Anfang (1950er Jahren)	74
B. Strahlen-Fall (1959): Grundsätzliche Beachtlichkeit der hypothetischen Einwilligung	85
§ 4 „Wurzeln“ der Grundpfeiler des Institutes der hypothetischen Einwilligung	89
A. Abstellen auf konkreten Fall bei der Feststellung des erforderlichen Aufklärungsumfangs (1960)	89
B. Wurzel der Substantiierungspflicht des Patienten (I) (1965)	91
C. Echte Möglichkeit der Wahl (1967)	91
D. Dynamisches Verhältnis zwischen Aufklärungspflicht und hypothetischer Einwilligung (1970er Jahre)	93
E. (Um-/)Abstellen auf konkreten statt „vernünftigen“ Patienten bei der Prüfung von hypothetischer Einwilligung (1980)	100
F. Wurzel der Substantiierungspflicht des Patienten (II) (1981)	104
§ 5 Hypothetische Einwilligung und echter Entscheidungskonflikt	107
A. Echter Entscheidungskonflikt (1984)	108
B. Persönliche Anhörung des Patienten (1990)	110
C. Substantiierungslast des Patienten hinsichtlich des Entscheidungskonflikts (1990)	113
D. Hypothetische Einwilligung bei minderjährigen Patienten (1991)	114
E. Klarstellung des erforderlichen Inhalts der hypothetischen Einwilligung (1996)	116
F. Unvernunft bei der Wertung des Entscheidungskonflikts (1998)	117
G. Hypothetische Einwilligung bei Unmöglichkeit der persönlichen Anhörung des Patienten (2007)	118

H. Einwand hypothetischer Einwilligung als Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens (2008)	122
§ 6 Patientenrechtsgesetz und die Entwicklung danach	124
A. Patientenrechtsgesetz (2013)	124
B. Keine Anwendung der hypothetischen Einwilligung im Bereich Lebendorgan- spende (2019)	126
C. Gedankliche Voraussetzung für die Prüfung der hypothetischen Einwilligung (2019)	127
§ 7 Zwischenbilanz	132
§ 8 Atypische Konstellationen bei der Prüfung der hypothetischen Einwilligung	134
A. Einwilligung nicht eingeholt, obwohl ordnungsgemäß aufgeklärt? (1991)	134
B. Hypothetische Einwilligung bei verspäteter Aufklärung und echter Entschei- dungskonflikt zwischen Behandlungsalternativen? (1992)	135
C. Hypothetische Einwilligung bei verspäteter Aufklärung (1994, 1995)	140
D. Entscheidungskonflikt bei behördlich empfohlener Impfung? (2000)	143
E. „ <i>Argumentum a maiore ad minus</i> “ bei der Risikoaufklärung? (2006, 2007)	144
F. Hypothetische Einwilligung bei einer Behandlung mit einem noch nicht zuge- lassenen Medikament (2007)	146
§ 9 Zusammenfassung	147

Kapitel 4

Hypothetische Einwilligung bei Lebendorganspende	151
§ 1 Urteile zur Lebendorganspende	151
A. Grundlagenurteil (2019)	151
B. Begleiturteil (2019)	156
C. Folgeurteil (2020)	156
§ 2 Einwand hypothetischer Einwilligung bei Lebendorganspende	159
A. Argumentation des BGH	159
B. Literaturstimmen	163
§ 3 Unanwendbarkeit des Einwands hypothetischer Einwilligung bei Lebendorgan- spende	169
A. Gleichlauf und Aufspaltung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung für Aufklärungsfehler	169
B. Das besonders strenge Regelungsregime des TPG	170
C. Blutspende	172
D. Kosmetische Operation	175
E. Zwischenbilanz	178

§ 4 Unerheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens im Bereich der Lebendorganspende	179
A. Struktur des Urteils	179
B. Argumente des BGH neu betrachtet	179
C. Zwischenbilanz	182

Kapitel 5

Hypothetische Einwilligung und rechtmäßiges Alternativverhalten	183
§ 1 Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens	183
§ 2 Herrschende Meinung und Gegenansicht	184
A. Herrschende Meinung	184
B. Gegenansicht	185
§ 3 Wirkungsweisen des Schutzzwecks der Norm	187
A. Sanktionsgedanke	188
B. Schadenszurechnung	188
C. Zwischenbilanz	189
§ 4 Strukturen der Einwände	190
A. Strukturenvergleich	190
B. Besonderheit der hypothetischen Einwilligung	192
C. Notarhaftungsentscheidung	193
§ 5 Rechtmäßiges Alternativ-Unterlassen?	198
A. Anwendbarkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens auf ein rechtswidriges Unterlassen	198
B. Fehlerhafte Aufklärung zugleich unterlassene ordnungsgemäße Aufklärung	199
C. Ergebnis	207
§ 6 Vertragliche und deliktische Arzthaftung	208
A. Vertragliche Haftung wegen Verletzung der Aufklärungspflicht	208
B. Deliktische Haftung	209
C. Zwischenbilanz	217
§ 7 Zusammenfassung	219

Kapitel 6

Dogmatische Einordnung des Einwands hypothetischer Einwilligung	222
§ 1 Fehlende Ursächlichkeit zwischen Aufklärungsfehler und Einwilligung	222
§ 2 Einwand <i>sui generis</i>	223
A. Ausnahmecharakter	223

B. Unmittelbarer Anwendungsbereich 224

C. Wesen des Einwands hypothetischer Einwilligung 227

§ 3 Die tatsächliche Einwilligung 231

 A. Einleitung 231

 B. Umfang der aufklärungsbedürftigen Umstände, sinnvolle Selbstbestimmung und
Rechtfertigung des Eingriffs 233

 C. These der tatsächlichen Einwilligung 238

 D. Keine Rechtfertigung trotz hypothetischer Einwilligung 240

§ 4 Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf Lebendorganspende 242

 A. *Sui generis*-These und These der tatsächlichen Einwilligung 242

 B. Lebendorganspende im Lichte der *Sui generis*-These 243

 C. Lebendorganspende im Lichte der These der tatsächlichen Einwilligung 247

§ 5 Anwendung der hypothetischen Einwilligung in anderen Fällen 247

 A. Vergleich mit Heileingriffen und Lebendorganspende 248

 B. Medizinisch nicht indizierte Behandlung zum Eigeninteresse 250

 C. Altruistische Motivation 251

 D. Gemischte Motivation 251

§ 6 Zusammenfassung 252

Kapitel 7

Wesentliche Ergebnisse 255

Kapitel 1 255

Kapitel 2 256

Kapitel 3 257

Kapitel 4 258

Kapitel 5 259

Kapitel 6 260

Literaturverzeichnis 262

Sachverzeichnis 274

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung

27

§ 1 Gegenstand und Ziel der Forschung	27
A. Forschungsgegenstand	27
B. Forschungsziel	27
§ 2 Aufbau der Arbeit und Anmerkung zur Zitierweise von Gerichtsurteilen	27
§ 3 Dogmatischer Hintergrund des Themas	28
A. Grundsätzliches	28
B. Selbstbestimmungsrecht	32
C. Sicherungsaufklärung	33
D. Hinweise	33
E. Lebendorganspende	34
§ 4 Feststellbarkeit der hypothetischen Willensentscheidung	37

Kapitel 2

Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung

40

§ 1 Einführung	40
A. Zusammenspiel von Rechtsprechung und Gesetz	40
B. Einzelfallabhängigkeit	41
§ 2 Sinn und Zweck der ärztlichen Aufklärung	42
A. Informierte Selbstbestimmung	42
B. Reichweite der Einwilligung	43
C. Entbehrlichkeit der Aufklärung	44
I. Ausdrücklicher Verzicht auf die Aufklärung	44
II. Vorwissen des Patienten	45
III. Unaufschiebbarkeit des Eingriffs	46
§ 3 Umfang der Aufklärung	47
A. Behandlungsaufklärung	47
B. Risikoaufklärung	49
C. Verlaufs-, Diagnose- und Wirtschaftsaufklärung	50

D. Aufklärung über Behandlungsalternative	51
§ 4 Rechtzeitigkeit der Aufklärung	52
§ 5 Aufklärung bei Lebendorganspende	54
A. Entbehrlichkeit der Aufklärung	55
B. Umfang der Aufklärung	56
I. Gesetzliche Vorgaben	56
II. Aufklärung über fehlende Indikation	57
III. Risikoaufklärung	57
IV. Aufklärung über die Folgen der Organentnahme	58
V. Aufklärung über Erfolgsaussichten	58
C. Verfahrensvorgaben	59
I. Anwesenheit eines neutralen Arztes	59
II. Niederschrift	60
III. Lebendspendekommission	61
1. Aufgabe	61
2. Zusammensetzung	63
§ 6 Zusammenfassung	64

Kapitel 3

Entwicklung des Institutes der hypothetischen Einwilligung	66
§ 1 Einführung	66
§ 2 Vorgeschichte: Die hypothetische Entscheidung des Patienten in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	68
A. Berücksichtigung des hypothetischen Willens (1907)	68
B. Grundstein für die ärztliche Aufklärungspflicht (1912)	70
C. Ursächlicher Zusammenhang (1931)	71
D. Hypothetische Einwilligung (1940)	72
§ 3 Von der Zurückhaltung zur grundsätzlichen Anerkennung der hypothetischen Einwilligung (1950er Jahre)	74
A. Zurückhaltung am Anfang (1950er Jahren)	74
I. Elektroschockurteil (1954)	74
II. Diabetes-Fall (1956)	77
III. Notwendige Zurückhaltung zur Etablierung der Aufklärungspflicht	79
1. Begründung der ärztlichen Aufklärungspflicht	80
2. Aufklärungspflicht im zu entscheidenden Fall	83
3. Risikoaufklärung	84
B. Strahlen-Fall (1959): Grundsätzliche Beachtlichkeit der hypothetischen Einwilligung	85

§ 4 „Wurzeln“ der Grundpfeiler des Institutes der hypothetischen Einwilligung	89
A. Abstellen auf konkreten Fall bei der Feststellung des erforderlichen Aufklärungssumfanges (1960)	89
B. Wurzel der Substantiierungspflicht des Patienten (I) (1965)	91
C. Echte Möglichkeit der Wahl (1967)	91
D. Dynamisches Verhältnis zwischen Aufklärungspflicht und hypothetischer Einwilligung (1970er Jahre)	93
I. BGH, Urteil vom 4. November 1975	93
II. BGH, Urteil vom 25. November 1975	94
III. BGH, Urteil vom 23. Oktober 1979	96
IV. BGH, Urteil vom 7. Juli 1992	98
E. (Um-/)Abstellen auf konkreten statt „vernünftigen“ Patienten bei der Prüfung von hypothetischer Einwilligung (1980)	100
F. Wurzel der Substantiierungspflicht des Patienten (II) (1981)	104
§ 5 Hypothetische Einwilligung und echter Entscheidungskonflikt	107
A. Echter Entscheidungskonflikt (1984)	108
B. Persönliche Anhörung des Patienten (1990)	110
C. Substantiierungslast des Patienten hinsichtlich des Entscheidungskonflikts (1990)	113
D. Hypothetische Einwilligung bei minderjährigen Patienten (1991)	114
E. Klarstellung des erforderlichen Inhalts der hypothetischen Einwilligung (1996)	116
F. Unvernunft bei der Wertung des Entscheidungskonflikts (1998)	117
G. Hypothetische Einwilligung bei Unmöglichkeit der persönlichen Anhörung des Patienten (2007)	118
H. Einwand hypothetischer Einwilligung als Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens (2008)	122
§ 6 Patientenrechtsgesetz und die Entwicklung danach	124
A. Patientenrechtsgesetz (2013)	124
B. Keine Anwendung der hypothetischen Einwilligung im Bereich Lebendorgan-spende (2019)	126
C. Gedankliche Voraussetzung für die Prüfung der hypothetischen Einwilligung (2019)	127
§ 7 Zwischenbilanz	132
§ 8 Atypische Konstellationen bei der Prüfung der hypothetischen Einwilligung	134
A. Einwilligung nicht eingeholt, obwohl ordnungsgemäß aufgeklärt? (1991)	134
B. Hypothetische Einwilligung bei verspäteter Aufklärung und echter Entscheidungskonflikt zwischen Behandlungsalternativen? (1992)	135
I. Hypothetische Einwilligung bei verspäteter Aufklärung	136
II. Entscheidungskonflikt zwischen Behandlungsalternativen	139
C. Hypothetische Einwilligung bei verspäteter Aufklärung (1994, 1995)	140
I. BGH, Urteil vom 14. Juni 1994	140
II. BGH, Urteil vom 4. April 1995	142

D. Entscheidungskonflikt bei behördlich empfohlener Impfung? (2000)	143
E. „ <i>Argumentum a maiore ad minus</i> “ bei der Risikoaufklärung? (2006, 2007)	144
I. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2006	144
II. BGH, Urteil vom 17. April 2007	145
F. Hypothetische Einwilligung bei einer Behandlung mit einem noch nicht zugelassenen Medikament (2007)	146
§ 9 Zusammenfassung	147

Kapitel 4

Hypothetische Einwilligung bei Lebendorganspende 151

§ 1 Urteile zur Lebendorganspende	151
A. Grundlagenurteil (2019)	151
I. Sachverhalt	151
II. Beurteilung des Berufungsgerichts	152
III. Verstoß gegen Verfahrensvorgaben hinsichtlich der Aufklärung und Wirksamkeit der Einwilligung	153
IV. Beweisnot wegen Verfahrensverstößes	155
B. Begleiturteil (2019)	156
C. Folgeurteil (2020)	156
I. Sachverhalt und Berufungsurteil	157
II. Entscheidung des BGH	157
III. Literaturstimmen	158
§ 2 Einwand hypothetischer Einwilligung bei Lebendorganspende	159
A. Argumentation des BGH	159
I. Erster Schritt: Einwand hypothetischer Einwilligung	159
II. Zweiter Schritt: Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens	161
III. Aussagen des BGH	162
B. Literaturstimmen	163
I. Spickhoff	163
II. Sigmüller	164
III. Prütting	164
IV. Kreße	166
V. Lehmann	167
VI. Gutmann	168
§ 3 Unanwendbarkeit des Einwands hypothetischer Einwilligung bei Lebendorganspende	169
A. Gleichlauf und Aufspaltung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung für Aufklärungsfehler	169

B. Das besonders strenge Regelungsregime des TPG 170

C. Blutspende 172

D. Kosmetische Operation 175

E. Zwischenbilanz 178

§ 4 Unerheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens im Bereich der
Lebendorganspende 179

 A. Struktur des Urteils 179

 B. Argumente des BGH neu betrachtet 179

 C. Zwischenbilanz 182

Kapitel 5

Hypothetische Einwilligung und rechtmäßiges Alternativverhalten 183

§ 1 Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens 183

§ 2 Herrschende Meinung und Gegenansicht 184

 A. Herrschende Meinung 184

 B. Gegenansicht 185

 I. Gegenansicht des KG 185

 II. Risikoerhöhungstheorie 186

 III. Mehrheitliche Interessen als Schutzzweck des Aufklärungsgebots 186

 IV. Unersetzbarkeit autonomer Entscheidung des Berechtigten 187

§ 3 Wirkungsweisen des Schutzzwecks der Norm 187

 A. Sanktionsgedanke 188

 B. Schadenszurechnung 188

 C. Zwischenbilanz 189

§ 4 Strukturen der Einwände 190

 A. Strukturenvergleich 190

 I. Rechtmäßiges Alternativverhalten 191

 II. Hypothetische Einwilligung 191

 B. Besonderheit der hypothetischen Einwilligung 192

 C. Notarhaftungsentscheidung 193

 I. Sachverhalt 193

 II. Analyse 194

 III. Vergleich mit hypothetischer Einwilligung 195

 IV. Schlussfolgerung und Fragestellung 196

§ 5 Rechtmäßiges Alternativ-Unterlassen? 198

 A. Anwendbarkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens auf ein rechts-
wideriges Unterlassen 198

B. Fehlerhafte Aufklärung zugleich unterlassene ordnungsgemäße Aufklärung	199
I. BGH, Urteil vom 7. Februar 1984	200
II. BGH, Urteil vom 14. Februar 1989	203
III. BGH, Urteil vom 12. März 1991	205
C. Ergebnis	207
§ 6 Vertragliche und deliktische Arzthaftung	208
A. Vertragliche Haftung wegen Verletzung der Aufklärungspflicht	208
B. Deliktische Haftung	209
I. Wegen eigenmächtiger Behandlung	209
II. Wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	211
1. OLG Jena, Urteil vom 3. Dezember 1997	211
2. BGH, Urteil vom 27. Mai 2008	214
3. Eigene Stellungnahme	217
C. Zwischenbilanz	217
I. Vertragliche Haftung	217
II. Deliktsrechtliche Haftung	218
§ 7 Zusammenfassung	219

Kapitel 6

Dogmatische Einordnung des Einwands hypothetischer Einwilligung	222
§ 1 Fehlende Ursächlichkeit zwischen Aufklärungsfehler und Einwilligung	222
§ 2 Einwand <i>sui generis</i>	223
A. Ausnahmecharakter	223
B. Unmittelbarer Anwendungsbereich	224
I. Vertragliche Arzthaftung für Aufklärungsfehler im Rahmen des Behandlungsvertrags	224
II. Deliktische Arzthaftung für Aufklärungsfehler im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs	226
C. Wesen des Einwands hypothetischer Einwilligung	227
I. Aufklärungsversäumnis ausnahmsweise erlaubt	227
II. Vergleich zwischen der realen und der hypothetischen Welt	227
III. Entscheidungskonflikt im Licht der <i>Sui generis</i> -These	228
IV. Zwischenbilanz zur <i>Sui generis</i> -These	229
V. Anwendungsbereich des Einwands hypothetischer Einwilligung	230
VI. Verbleibende Bedenken	230
§ 3 Die tatsächliche Einwilligung	231
A. Einleitung	231

- B. Umfang der aufklärungsbedürftigen Umstände, sinnvolle Selbstbestimmung und Rechtfertigung des Eingriffs 233
 - I. Indikation einer Behandlungsmaßnahme 233
 - II. Umfang der Aufklärungspflicht und hypothetische Einwilligung 235
 - III. Informierte Selbstbestimmung 236
 - IV. Den Eingriff rechtfertigende Selbstbestimmung 237
- C. These der tatsächlichen Einwilligung 238
- D. Keine Rechtfertigung trotz hypothetischer Einwilligung 240
 - I. Qualität der tatsächlichen Einwilligung 240
 - II. Reiner Zufall der Inhaltsgleichheit 240
 - 1. Fehlerhafte Grundaufklärung 240
 - 2. Vorsätzliche Verletzung der Aufklärungspflicht 241
 - 3. Wesentlich verspätete Aufklärung 241
 - 4. Vollständige Aufklärung ohne Einholung der Einwilligung 242
- § 4 Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf Lebendorganspende 242
 - A. *Sui generis*-These und These der tatsächlichen Einwilligung 242
 - B. Lebendorganspende im Lichte der *Sui generis*-These 243
 - C. Lebendorganspende im Lichte der These der tatsächlichen Einwilligung 247
- § 5 Anwendung der hypothetischen Einwilligung in anderen Fällen 247
 - A. Vergleich mit Heileingriffen und Lebendorganspende 248
 - I. Nach der *Sui generis*-These 248
 - II. Nach der These der tatsächlichen Einwilligung 249
 - B. Medizinisch nicht indizierte Behandlung zum Eigeninteresse 250
 - C. Altruistische Motivation 251
 - D. Gemischte Motivation 251
- § 6 Zusammenfassung 252

Kapitel 7

- Wesentliche Ergebnisse** 255
- Kapitel 1 255
- Kapitel 2 256
- Kapitel 3 257
- Kapitel 4 258
- Kapitel 5 259
- Kapitel 6 260

Literaturverzeichnis 262

Sachverzeichnis 274

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Auffassung
Abs.	Absatz
AcP	Archive für die civilistische Praxis
AfP	Archive für Presserecht
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ArztR	Arztrecht
ArztR-HdB	Handbuch des Arztrechts
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
Brem.GBl.	Gesetzblatt Bremen
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Buchst.	Buchstabe(n)
Bundesgesundhbl.	Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe(n)
d. h.	das heißt
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DTG	Deutsche Transplantationsgesellschaft
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
Ed.	Edition
EL	Ergänzungslieferung

f.	folgende(r) (Seite, Paragraph)
FD-RVG	Fachdienst Vergütungs- und Kostenrecht
ff.	folgende (Seiten, Paragraphen)
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
G+G	Gesundheit und Gesellschaft
GesR	GesundheitsRecht
GG	Grundgesetz
GuP	Gesundheit und Pflege
GVBl.	Bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt
Habil.-Schrift	Habilitationsschrift
HdB	Handbuch
HK	Handkommentar
HK-AKM	Heidelberger Kommentar Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. e.	id est
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
IGeL	Individuelle Gesundheitsleistungen
insb.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPR-BGHZivilR	juris PraxisReport BGH-Zivilrecht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht Berlin
l. Sp.	linke Spalte
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring
LMK	Lindemaier-Möhring, Kommentierte BGH-Rechtsprechung
m.	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MüKo	Münchener Kommentar
Neubearb.	Neubearbeitung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer(n)
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
PFB	Praxis Freiberufler-Beratung

PharmR	Pharma Recht
r. Sp.	rechte Spalte
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer(n)
S.	Satz, Seite(n)
s.	siehe
s. a.	siehe auch
sog.	sogenannte(r/n)
StGB	Strafgesetzbuch
TPG	Transplantationsgesetz
u. a.	und andere; unter anderem(/n)
usw.	und so weiter
v.	von
v. S.	vordere Seite
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
z. B.	zum Beispiel
ZfSch	Zeitschrift für Schadensrecht
ZMGR	Zeitschrift für die gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
zugl.	zugleich
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Kapitel 1

Einleitung

§ 1 Gegenstand und Ziel der Forschung

A. Forschungsgegenstand

Gegenstand der vorliegenden Abhandlung ist die hypothetische Einwilligung im zivilen Arzthaftungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Lebendorganspende. Zugrunde gelegt wird die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Anlass dieser Forschung ist das Urteil des BGH vom 29. Januar 2019, das die Lebendorganspende betraf. Das Urteil wirft mehrere Fragen auf, die für die dogmatische Klärung des Forschungsgegenstandes von Bedeutung sind. Sie werden hier mit besonderer Ausführlichkeit abgehandelt. Daher heißt es „unter besonderer Berücksichtigung der Lebendorganspende“.

B. Forschungsziel

Ziel der Abhandlung ist, das Institut der hypothetischen Einwilligung dogmatisch zu beleuchten und aufgrund der daraus folgenden Ergebnisse den Umfang der Anwendung dieses Institutes abzugrenzen.

§ 2 Aufbau der Arbeit und Anmerkung zur Zitierweise von Gerichtsurteilen

Auf die hypothetische Einwilligung, die die Haftung eines Arztes für die Verletzung seiner Aufklärungspflicht ausschließen soll, kommt es logischerweise erst dann an, wenn der Arzt seine Aufklärungspflicht verletzt hat. Daher werden zunächst anhand der geltenden Vorschrift des § 630e BGB und aktueller Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärungspflicht die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung geschildert (Kapitel 2).

Das Institut der hypothetischen Einwilligung wurde von der Rechtsprechung im Laufe der Zeit entwickelt. Um die jetzige Lage zu verstehen, lohnt es sich einen

Rückblick in die Geschichte vorzunehmen. Daher werden Gerichtsentscheidungen dargestellt, die die Bausteine des Institutes legten (Kapitel 3).

Anlass für die Arbeit ist die Entscheidung des BGH vom 29. Januar 2019¹. Sie wird im Kapitel 4 eingehend diskutiert. Eine Frage, die diese Entscheidung aufwirft, ist die dogmatische Einordnung des Institutes der hypothetischen Einwilligung. Die Annahme des BGH wird erörtert (Kapitel 5). Im Anschluss daran werden in Kapitel 6 Thesen zur dogmatischen Einordnung der hypothetischen Einwilligung aufgestellt, die Begründung des BGH in der genannten Entscheidung im neuen Lichte betrachtet und die Anwendung des Einwands hypothetischer Einwilligung in verschiedenen Konstellationen diskutiert. Zum Schluss werden in Kapitel 7 die Thesen der Arbeit zusammengefasst.

Das Arzthaftungsrecht ist überwiegend Richterrecht.² Die Grundsätze zur ärztlichen Aufklärung wurden von der Rechtsprechung entwickelt.³ Im Jahr 2013 wurden sie durch das Patientenrechtsgesetz⁴ quasi in einer „Momentaufnahme“⁵ ins BGB aufgenommen, ohne dabei die bisherige Rechtsprechung zu ändern.⁶ Für das deliktische Arzthaftungsrecht gelten immer noch die auf der Grundlage insbesondere des § 823 Abs. 1 BGB entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung.

§ 3 Dogmatischer Hintergrund des Themas

A. Grundsätzliches

Ausgangspunkt des zivilen Arzthaftungsrecht ist, dass ein medizinischer Eingriff in den Körper eines Menschen⁷ tatbestandlich eine Körperverletzung darstellt, dessen Rechtswidrigkeit indiziert ist, auch wenn er zum Heilzweck entsprechend der

¹ BGH, VI ZR 495/16. Am gleichen Tag erging noch ein Urteil (Az. VI ZR 318/17), das in der Begründung weitestgehend Bezug auf das Urteil BGH, VI ZR 495/16 nimmt. Die Dissertation zitiert zahlreiche Gerichtsentscheidungen. Fast für jede Entscheidung gibt es mehrere Parallelfundstellen. Zur Vermeidung von Verwirrungen werden die Entscheidungen anhand ihrer Aktenzeichen zitiert. Genaue Paragraphen im jeweiligen Urteil oder Beschluss werden anhand der Randnummer der juris-Datenbank zitiert. Wenn solche Randnummer nicht vorhanden sind (insbesondere bei älteren Entscheidungen), werden Seitenzahlen von Zeitschriften-Fundstellen genutzt.

² BT-Drs. 17/10488, S. 9 I. Sp.: „Bisher steht Wesentliches nicht im Gesetz, sondern ist Richterrecht.“ Vgl. auch *Lepa*, in: FS Geiß, 2000, S. 449; *Macke*, in: FS Steffen, 1995, S. 289 (290): „wie kaum ein anderes dem BGH-Bereich zugeordnetes Rechtsgebiet“; RGRK/*Nießgens*, 12. Aufl. 1989, BGB § 823 Anh. II Rn. 1.

³ S. auch unten Kapitel 3 zur Entwicklung des Einwands hypothetischer Einwilligung.

⁴ BGBI. 2013 I, S. 277.

⁵ BeckOK BGB/*Förster*, 66. Ed. 1. 5. 2023, BGB § 823 Rn. 791.

⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 9.

⁷ Nach Ankermann gehören psychische Interventionen auch zur Kategorie des Eingriffs in den menschlichen Körper: *Ankermann*, in: FS Steffen, 1995, S. 1 (2).

medizinischen Fachkunst (*de lege artis*) und mit gutem Erfolg durchgeführt wird.⁸ Eine nach den Regeln der ärztlichen Heilkunst mit Einwilligung des Patienten vorgenommene Heilbehandlung ist hingegen nicht widerrechtlich, wenn sie nicht zu dem gewünschten Erfolg führt, sondern im Ergebnis eine Schädigung des Patienten bewirkt.⁹

Für eine solche Körperverletzung hat der Arzt¹⁰ einzustehen, es sei denn, dass der Eingriff durch eine wirksame Einwilligung des Patienten gedeckt ist.¹¹ Mit der Einwilligung gestattet der Patient dem Arzt, in seinen Körper einzugreifen.¹² Sie kann den Eingriff rechtfertigen,¹³ weil die Ausübung des verfassungsrechtlich gestützten Selbstbestimmungsrechts jedes Menschen die Einwilligung erlaubt.¹⁴ Die

⁸ RGSt 25, 375 (377–380); RGZ 68, 431 (438); BGH, VI ZR 203/57 Rn. 13; VI ZR 179/57 Rn. 15; Höfling/Augsberg, 2. Aufl. 2013, TPG § 8 Rn. 71; Deutsch, NJW 1965, 1985; Deutsch/Matthies, Arzthaftungsrecht, 1985, S. 44; Staudinger/J. Hager, (2021) BGB § 823 I, Rn. I 1; Engisch/Hallermann, Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, 1970, S. 9 f.; Geigel Haftpflichtprozess/Haag, 28. Aufl. 2020, Kap. 14 Rn. 214. Für die Entnahme eines Organs aus dem Körper eines gesunden Menschen gilt Gleiches: Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 2008, S. 48, 132–134, 190–195; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. C 1; Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 53, 204; Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, 2005, TPG § 19 Rn. 43; Heberer/Hüttl, Arzt und Recht, 2013, S. 143; Katzenmeier, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Stellpflug/Ziegler, HK-AKM, 2023, 1570 Rn. 1; BeckOK BGB/ders., 66. Ed. 1. 5. 2023, BGB § 630h Rn. 28; Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn ArztR-HdB, § 102 Rn. 4; Lepa, in: FS Steffen, 1995, S. 261 (264); Nießgens, in: FS Nirk, 1992, S. 745. Dagegen: Wiethöler, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 1962, S. 71 (79 f., 103); Quaas, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 14 Rn. 82; Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2022, § 8 Rn. 233; Tempel, NJW 1980, 609; Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16.

⁹ BGH, VI ZR 143/52, VersR 1954, 98 (99).

¹⁰ Die Dissertation verwendet im Allgemeinen die männliche Form im Sinne des generischen Maskulinums (vgl. Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflicht, 2018, S. 91 f.). Bei Schilderung einzelner Sachverhalte werden entsprechende Geschlechtsformen verwendet.

¹¹ Allgemein anerkannter Grundsatz: Nießgens, in: FS Nirk, 1992, S. 745.

¹² BGH, VI ZR 266/57 Rn. 12; VI ZR 288/87 Rn. 12; VI ZR 495/16 Rn. 31; Förster, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 4. Aufl. 2019, BGB § 823 Rn. 875; Soergel/Spickhoff/Spickhoff, 13. Aufl. 2005, BGB § 823 Rn. 117.

¹³ BGH, VI ZR 203/57 Rn. 21.

¹⁴ Vgl. Deutsch/Matthies, Arzthaftungsrecht, 1985, S. 45 f.; Krämer, in: FS Geiß, 2000, S. 437 (438 f., 443). Insbesondere die strafrechtliche Rechtsprechung stützt die Anforderungen an die Einwilligung auf verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde: BGHSt 11, 111 (113 f.). Dass der Schutz der Menschenwürde die Einwilligung über einen ärztlichen Eingriff erforderlich macht, beruht nach Lepa scheinbar auf einer grundrechtlichen Grundlage, in Wahrheit aber auf einem allgemeinen Rechtsgedanken, der durch das grundrechtliche Argument lediglich wiederholt oder allenfalls bestätigt wird: Lepa, in: FS Steffen, 1995, S. 261 (264). Ähnlich Trockel, NJW 1972, 1493 f. Vielmehr folgt nach Lepa a. a. O. das Erfordernis der Einwilligung schon aus dem einfachen Recht, das die eigenmächtige ärztliche Behandlung als eine tatbestandliche Körperverletzung sieht. Wiethöler, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 1962, S. 71 (76) sieht in der übermäßigen Zugrundelegung von Verfas-