

# RPG

Band 26 | Heft 4 | 2020

4 | 2020

## RECHT UND POLITIK IM GESUNDHEITSWESEN

- **Zur Diskussion gestellt**  
**Ist die (empfänger-)gerichtete Totenspende in Deutschland zulässig?**
- **Übersicht**  
**Die Behandlung nach Standard**

### HERAUSGEBER

V. Ulrich  
G. Marckmann  
J. Taupitz  
E. Wille  
G. Ulrich  
J. Stoschek (Schriftleiter)

### MITHERAUSGEBER

St. Allroggen  
B. Brennecke  
G. Demmler  
R. von Esebeck  
St. Huster  
O. Kirst  
M. Linz  
M. Meyer  
G. Noelle  
U. A. Richter  
C. Schmidtke  
G. Schulte  
K. Schulz-Asche  
T. Sorge  
A. Tecklenburg  
J. Zerth

### Autoren des Heftes

Philipp Graef  
Claudia Holzner

## Editorial

Die Organ- und Gewebespende ist in Deutschland durch das Transplantationsgesetz (TPG) geregelt. Um Missbrauch vorzubeugen, sieht das Gesetz strenge Vorgaben für die Spende, Vermittlung und Transplantation von Organen und Geweben vor. Geregelt sind sowohl die Spende nach dem Tod als auch die Lebendorgan- und die Lebendgewebespende. Der Handel von Organen ist streng verboten.

Das Transplantationsgesetz wurde seit seinem Bestehen immer wieder aktualisiert, zuletzt Anfang 2019 durch das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende (GZSO).

Nach wie vor umstritten ist die Frage der (empfänger-)gerichteten Organspende, die sich in Deutschland erstmals 2006 stellte. In diesem Heft stellen wir einen Beitrag zur Diskussion, der sich mit den medizinischen Gegebenheiten und den juristischen Zusammenhängen der (empfänger-)gerichteten Organspende auseinandersetzt. Dass die ärztliche Behandlung nach medizinischem Standard zu erfolgen hat, ist unbestritten. Welche Schlussfolgerungen sich jedoch aus dieser einfachen Feststellung ergeben, können Sie in dieser Ausgabe im Detail nachlesen.

Jürgen Stoschek  
Geroldsreuth 61  
95179 Geroldsgrün

### Zur Diskussion gestellt

Ist die (empfänger-)gerichtete Totenspende in Deutschland zulässig?

*Philipp Graef* 83

### Übersicht

Die Behandlung nach Standard

*Claudia Holzner* 96

## Wissenschaftspreis im Gesundheitswesen

Die *Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen e.V. GRPG* hat es sich zum Ziel gesetzt, den interdisziplinären Austausch und die wissenschaftliche Auseinandersetzung auf den verschiedenen Gebieten des Gesundheits- und Sozialrechtes wie auch im Bereich der Gesundheits- und Sozialpolitik zu fördern. Darüber hinaus möchte die GRPG zu einem verbesserten gegenseitigen Verständnis im Gesundheitswesen beitragen und dazu rechtliche, volkswirtschaftliche, ethische und medizinische Gesichtspunkte vertiefen.

Vor diesem Hintergrund schreibt die GRPG einen Jahrespreis in Höhe von 2500 Euro für herausragende wissenschaftliche Arbeiten, bevorzugt von Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern, aus. Die Arbeit muss sich mit Themen aus Gesundheitsversorgung, Gesundheitsrecht oder Gesundheitspolitik beschäftigen. Die Annahme des Preises verpflichtet zur Erstpublikation der Arbeit oder deren Zusammenfassung in der Zeitschrift „Recht und Politik im Gesundheitswesen“. Sie darf – mit Ausnahme von Dissertationen und Masterarbeiten – in gleicher oder ähnlicher Form nicht bereits andernorts publiziert sein.

Die GRPG nimmt Bewerbungs-Arbeiten für den 26. Wissenschaftspreis bis zum Eingangsschluss 31. Mai 2021 an. Zusendung der Arbeiten und der jeweiligen Gutachten (Erstgutachten und falls vorhanden auch Zweitgutachten) in zweifacher Ausfertigung an: Präsidium der Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen (GRPG), Widenmayerstraße 29, 80538 München.

Weitere Informationen wie die Satzung des Wissenschaftspreises und der Gesellschaft erhalten Sie unter [www.grpg.de](http://www.grpg.de) oder in der GRPG-Geschäftsstelle.

# Recht und Politik im Gesundheitswesen

Organ der Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen (GRPG)

## Herausgeber

Prof. Dr. rer. pol. Volker Ulrich  
Lehrstuhl VWL und  
Gesundheitsökonomie  
Universität Bayreuth  
Universitätsstraße 30  
95447 Bayreuth

Prof. Dr. med. Georg Marckmann,  
MPH Institut für Ethik, Geschichte  
und Theorie der Medizin  
Universität München  
Lessingstraße 2  
80336 München

Prof. Dr. iur. Jochen Taupitz  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Zivilprozessrecht, Internationales  
Privatrecht und Rechtsvergleichung  
Universität Mannheim  
Schloss Mittelbau West  
68131 Mannheim

Prof. Dr. Eberhard Wille  
Universität Mannheim  
L7, 3-5  
68131 Mannheim

Dipl.-Volkswirtin Gaby Ulrich  
Böttgerweg 3  
95448 Bayreuth

Dipl.-Volkswirt Jürgen Stoschek  
(Schriftleiter)  
Geroldsreuth 61  
95179 Geroldsgrün

## Mitherausgeber

St. Allroggen  
B. Brennecke  
G. Demmler  
R. von Eisebeck  
St. Huster  
O. Kirst  
M. Linz  
M. Meyer  
G. Noelle  
U. A. Richter  
C. Schmidtke  
G. Schulte  
K. Schulz-Asche  
T. Sorge  
A. Tecklenburg  
J. Zerth

Die Zeitschrift Recht und Politik im Gesundheitswesen (RPG) ist Publikationsorgan der Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen (GRPG).

Sie versteht sich als wissenschaftliches Forum, das der umfassenden und interdisziplinären Erörterung aller Fragen der Gesundheits- und Sozialpolitik sowie des Arzt-, Apotheken-, Arzneimittel-, Pharma und Gesundheitsrecht und des Rechts der assistierenden Berufe dient.

Veröffentlicht werden Beiträge aus medizinischer, juristischer, ökonomischer, sozialwissenschaftlicher und ethischer Perspektive. Jenseits von Verbands- und Parteiinteressen werden theoretische und empirische Ergebnisse zu praxisnahen Lösungskonzepten verknüpft.

Die Notwendigkeit der GRPG ergibt sich aus dem Interesse, in das das Gesundheitswesen in den vergangenen Jahren durch die steigenden Kosten gerückt ist. Die dadurch ausgelösten Diskussionen krankten neben einer teilweise verständlichen Interessengebundenheit vornehmlich an mangelnder medizinischer Ergebnisorientierung sowie einer zeitlich kurzfristigen und fachlich isolierten Perspektive.

Die Zeitschrift Recht und Politik im Gesundheitswesen (RPG) will dazu beitragen, diese Einseitigkeiten zu überwinden, um zu besseren Lösungen zu kommen.

Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich.

Bestellungen (ISSN 0948–3209) nimmt jede Buchhandlung oder der Verlag entgegen.

Bezugspreis: 2020 (4 Hefte) Euro 170,– zuzüglich Versandkosten. Für Mitglieder ist der Bezugspreis mit dem Mitgliedsbeitrag abgegolten worden.

Der Bezugspreis ist im voraus zahlbar. Bestellungen nehmen jede Buchhandlung oder der Verlag entgegen. Die Lieferung läuft weiter, wenn sie nicht bis zum 30.9. eines Jahres abbestellt wird.

Bei Adressenänderungen muss neben dem Titel der Zeitschrift die neue und alte Adresse angegeben werden. Adressenänderungen sollten mindestens 6 Wochen vor Gültigkeit gemeldet werden.

Hinweis gemäß § 4 Abs. 3 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Bundespost POSTDIENST dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes bei unserer Frankfurter Verlagsanschrift widersprechen.

## Verlag

PLANiMED  
Gesellschaft für Strukturdaten  
und Kommunikation mbH  
Holmblick 10  
24857 Fahrndorf  
Telefon 04621 39 29 951  
Telefax 04621 39 29 949  
E-Mail: info@planimed-online.de

*Bankverbindung:* Volksbank Ulm-Biberach  
BLZ: 630 901 00 • Kto: 189 809 000 •  
Gerichtsstand: Schleswig • Anzeigenpreislis-  
te: Es gilt die Preisliste Nr. 11 • Layout  
und Produktion: creative vision, 44534  
Lünen

Alle Rechte vorbehalten. Geschützte Warenzeichen werden nicht immer besonders kenntlich gemacht. Aus dem Fehlen eines solchen Hinweises kann nicht geschlossen werden, dass es sich um einen freien Warennamen handelt. Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung des Verlages strafbar. Weder Herausgeber noch Verlag haften für Inhalte, Informationen sowie die Richtigkeit der Aktenzeichen, die verlagsseitig mit aller Sorgfalt wiedergegeben wurden.

© 2020 PLANiMED  
Gesellschaft für Strukturdaten  
und Kommunikation mbH

Artikel aus dieser Zeitschrift werden referiert und geindext in der Online-Datenbank HECLINET (Health Care Literature Information Network) und dem **Informationsdienst Krankenhauswesen**.

Philipp Graef

# Ist die (empfänger-)gerichtete Totenspende in Deutschland zulässig?

„Einmal [gespendet] besser als keinmal [...]“

Seit vielen Jahren hinkt die Organspende in Deutschland der in anderen europäischen Ländern (teilweise) weit hinterher. Organspendeskandale, zum Teil komplizierte gesetzliche Normierungen und langwierige Novellierungsdebatten haben nicht dazu beigetragen, dass sich diese Situation ändert. Aber vielleicht gibt das bestehende Gesetz Möglichkeiten her, die bisher noch nicht (ausreichend) bedacht und genutzt worden sind: Ist die (empfänger-)gerichtete Totenspende in Deutschland zulässig? Diese Frage wird im Folgenden anhand des Gesetzes sowie auch der medizinischen Gegebenheiten erörtert und die logische Konsequenz gezogen.

## I. Einleitung

Im Jahre 2006 stehen die Deutsche Stiftung Organtransplantation (DSO), Eurotransplant, die Ständige Kommission Organtransplantation bei der Bundesärztekammer und der Jurist Hans-Ludwig Schreiber<sup>1</sup> vor einem Dilemma: Die Grundsätze des Transplantationsrechts brechen und womöglich Leben retten oder die Grundsätze des Transplantationsrechts beibehalten und Menschen leiden, sogar sterben lassen.<sup>2</sup> Die DSO, Eurotransplant, die Ständige Kommission Organtransplantation bei der Bundesärztekammer und Schreiber entschieden sich

\*Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dem Aufsatz das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für Frauen und Männer.

1 Sigmund-Schultze (08.02.2006) Ehefrau bei Organspende bevorzugt – Bewegender Fall in Berlin widerspricht den Regeln, Der Tagesspiegel, zuletzt abgerufen am 29.07.2020 von: <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/panorama/ehfrau-bei-organspende-bevorzugt/682470.html>.

2 Vgl. Bendt (09.02.2006) Eine Niere auf dem Kleinen Dienstweg, Süddeutsche Zeitung, abgerufen am 29.07.20 von: <https://www.anstageslicht.de/themen/medizin/organspenden-skandal/berichte/enthuellung-sueddeutsche-zeitung-2006/eine-niere-auf-dem-kleinen-dienstweg/>.

fürs Lebenretten –<sup>3</sup> „menschlich die einzig vernünftige Entscheidung“<sup>4</sup>.

Doch um was ging es damals genau?<sup>5</sup> Ein Mann liegt in einer Klinik und wird nur noch maschinell am Leben gehalten. Er ist hirntot. Da das Hirntodkriterium (noch)<sup>6</sup> ausschlaggebend für die Möglichkeit einer postmortalen Organspende gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG ist, bietet sich nun diese Gelegenheit für die DSO an, eine solche vorzunehmen und die Organe an die entsprechenden Empfänger auf der Warteliste zu verteilen. Allerdings ist ebenso (noch) eine ausdrückliche Einwilligung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 TPG) im besten Fall in Form eines Organspendeausweises nötig, diesen hatte der Mann jedoch nicht<sup>7</sup>. Folge dieses Problems ist zwangsläufig, dass die Angehörigen um ihre Zustimmung gem. § 4 Abs. 1 S. 1 TPG gefragt werden müssen. Diese wiederum knüpften ihre Zustimmung an eine Bedingung: Von den beiden Nieren des Mannes solle eine der Ehefrau transplantiert werden; diese stehe schon seit Jahren auf der Warteliste, aber eben nicht auf dem für in diesem Fall nötigen „Rang“.<sup>8</sup> Die eine Niere wurde schließlich tatsächlich an die Ehefrau gespendet, die andere Niere und die restlichen Organe an die Patienten auf den entsprechenden Rängen der Warteliste. Und, das Transplantationsgesetz wurde gebrochen. Kurz darauf erscheint eine Pressemitteilung der Bundesärztekammer, Eurotransplants und der DSO, „gerichtete“ Organspenden zu gestatten.<sup>9</sup> Heute, knapp 15 Jahre später, ist die Frage rund um die bedingte, insbesondere empfangengerichtete Organspende

3 Bendt (Fn. 2); Sigmund-Schultze (Fn. 1).

4 Sigmund-Schultze (Fn. 1); in moralischer Hinsicht richtige Lösung: Bader, Organmangel und Organverteilung, Tübingen 2010, S. 503.

5 Ausführliche Schilderung des Falles: Lilie, Überwachung und Prüfung der Transplantationsmedizin, in: Medizin und Haftung – FS für Erwin Deutsch, Berlin-Heidelberg 2009, S. 331 ff.

6 Äußerst kritisch bereits Höfling, Todesverständnis und Verfassungsrecht, in: Bondolfi, Alberto/Kostka, Ulrike/Seelmann, Kurz, Hirntod und Organspende, Basel 2003, S. 81 ff.

7 Sigmund-Schultze (Fn. 1).

8 Sigmund-Schultze (Fn. 1).

9 Vgl. DSO (08.02.2006) Ehefrau, die seit Jahren auf der Warteliste für eine Organtransplantation steht, erhält die Niere ihres verstorbenen Mannes Ausnahme aufgrund rechtfertigenden Notstandes, zuletzt abgerufen am 29.07.2020 von: <https://www.presseportal.de/pm/34285/783552>; <https://www.anstageslicht.de/themen/medizin/organspenden-skandal/chronologie-organspendenaffaere-und-dso/> (zuletzt abgerufen am 29.07.2020).

noch immer höchst umstritten<sup>10</sup>. Der vorliegende Aufsatz gibt zunächst einen kurzen Überblick über die Grundlagen der Totenspende von Organen (II. und III. 1.), erläutert sodann, warum Bedingungen bei der Totenspende (größtenteils) noch keinen gesetzlichen Niederschlag gefunden haben und als äußerst problematisch gesehen werden (III. 2. a)), setzt sich hier nach schließlich selbst kritisch mit der Zulässigkeit in diesem Spannungsfeld auseinander (III. 2 b) und c) bis 7)) und wagt sich zu guter Letzt an verschiedenen Lösungen (III. 2 c) 8)), die unter anderem einen Gesetzesvorschlag enthalten. Dabei beschränkt sich dieser Aufsatz in Bezug auf die Bedingungen weitestgehend auf die der Empfängergerichtetheit.

## II. Organspende Grundzüge

Von den knapp 9000 auf der Warteliste für eine Organspende stehenden Menschen in Deutschland konnte nur einem Zehntel im Jahr 2019 mit einer Organspende geholfen werden (932 postmortal<sup>11</sup> Organspender).<sup>12</sup> Diese Statistik ist niederschmetternd, wenn man sie im Vergleich zu anderen Ländern, insbesondere Spanien, betrachtet: während in Deutschland auf eine Millionen Einwohner nur 11,2 Organspenden fallen, sind dies dort knapp fünfmal so viele (48,9).<sup>13</sup> Deutschland ist damit im statistischen Vergleich nicht nur gegenüber dem Spitzenreiter Spanien deutlich „spendefeindlich“, sondern auch im Gesamtvergleich

mit allen anderen europäischen Ländern und Eurotransplant-Mitgliedsstaaten und stellt damit unweigerlich das Schlusslicht dar.<sup>14</sup>

Zwar haben sich in den letzten Jahren die organspendebezogenen Kontakte (erste telefonische Beratung bis zur letzten Organspende) von 2245 im Jahre 2015 bis 3023 im Jahre 2019 erhöht, allerdings kamen von diesen wiederum nur 1371 überhaupt für eine Organspende in Betracht, da unter anderem 579 dieser 3023 potentiellen Spender (35 %) der Organspende bereits prä mortal nicht zugestimmt haben.<sup>15</sup> Von den nun übrigen „tatsächlichen“ potentiellen Spendern ergibt sich als Hauptgrund für die nicht realisierte Organspende die fehlende Zustimmung der Angehörigen (293 beziehungsweise 21 %), sodass lediglich 68 % (im Vergleich zu den Vorjahren ungefähr gleichbleibend) postmortal Organspender wurden (932).<sup>16</sup> Dabei wird auch deutlich, dass von insgesamt 1040 Zustimmungen zur Organspende nur in 43,6 % eine mündliche oder schriftliche Einwilligung des Spenders vorlag; den (noch) größeren Anteil stellt die Zustimmung aufgrund des vermuteten Willens dar (44,2 %). Es zeigt sich also, dass ein Großteil der potentiellen Organspenden nicht nur daran scheitert, dass überhaupt keine Einwilligung vorliegt, sondern auch, dass – selbst wenn eine solche vorliegt – diese nicht ausdrücklich durch den eigentlichen Spender bestimmt worden ist. Die Maximierung der Organspenden steht und fällt demnach mit der Optimierung der empfangereigenen Einwilligung zur Organspende – denn dann ist eine

negative Entscheidung der Angehörigen ausgeschlossen.

Dass es zur allgemeinen Steigerung der Organspende bereits zahlreiche Ideen und Vorschläge gibt – wie beispielsweise verbesserte Vergütungssysteme für die Transplantationskrankenhäuser, die Einführung der Widerspruchslösung<sup>17</sup> oder eine generelle Entscheidungspflicht<sup>18</sup> –, wie diesem Rückstand, der hauptsächlich auf die geringe Anzahl an postmortal gespendeten Organen zurückzuführen ist, begegnet werden kann, zeigt die Brisanz dieses Themas.<sup>19</sup> Nachfolgend sollen diese Ideen und Vorschläge um weitere, den Kern des Transplantationsrechts – das TPG – betreffend, ergänzt werden, indem vor allem eine Optimierung der Einwilligungsbereitschaft zur Organspende angestrebt wird.

## III. Postmortale Organspende (Totenspende)

### 1. Allgemein

Grundsätzlich bedarf eine postmortale Organspende wegen des Schutzes des Persönlichkeitsrechts des verstorbenen Spenders aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG<sup>20</sup> der Einwilligung desselben zu Lebzeiten gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TPG. Auch bei Vorliegen einer wirklichen Einwilligung des Spenders muss nach § 3 Abs. 3 S. 1 TPG der nächste Angehörige über die Organspende unter-

10 Vgl. hierzu auch zwischenzeitlich: BT-Drs. 16/13740, insbesondere S. 11, 68, 72, 159 f., 392, 409, 568 f., 657 f.

11 Aufgrund der Subsidiarität der Lebendspende gehen auch die Daten der Totenspende in den Statistiken denen der Lebendspende vor.

12 <https://www.organspende-info.de/zahlen-und-fakten/statistiken.html> (zuletzt abgerufen am 29.07.20).

13 <https://www.organspende-info.de/zahlen-und-fakten/statistiken.html> (zuletzt abgerufen am 29.07.20).

14 [https://www.dso.de/DSO-Infografiken/OS\\_int%20Vergleich\\_2019.png](https://www.dso.de/DSO-Infografiken/OS_int%20Vergleich_2019.png) (zuletzt abgerufen am 29.07.20).

15 DSO, Jahresbericht 2019, Organspende und Transplantation in Deutschland, Frankfurt/Main 2020, zuletzt abgerufen am 29.07.2020 von: <https://www.dso.de/SiteCollectionDocuments/DSO-Jahresbericht%202019.pdf>, S. 54 ff.

16 DSO (Fn. 15), S. 60.

17 Zumindest vorerst abgelehnt durch Abstimmung vom: 16.01.20, Plenarprotokoll 19/140, 17457 (D) ff.

18 Vgl. BT-Drs. 19/11087, S. 12

19 Vgl. Kübler/Ockenfels, MedR 2020, 89.

20 Vgl. Di Fabio, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz Kommentar, 90. EL Februar 2020, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 204 ff.; Zuck, in: Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger/Clemens, Thomas Medizinrecht, 4. Auflage, München 2018, § 2 Rn. 34 ff.; Resch, Die empfangengerichtete Organspende – Im Kontext der bedingten Einwilligung in die Organentnahme, in: Deutsch, Erwin/Kern, Bernd-Rüdiger/Laufs, Adolf/Lilie, Hans/Schreiber, Hans-Ludwig/Spickhoff, Andreas, Recht und Medizin, Bd./Vol. 119, Frankfurt am Main 2014, S. 28.

richtet werden. Dies deshalb, da so dem nächsten Angehörigen die Möglichkeit zur Kontrolle gegeben wird und so wiederum das Vertrauen der Bevölkerung hinsichtlich der Organspenden gestärkt werden soll.<sup>21</sup> Allerdings kann diese „gut gemeinte“ Kontrollfunktion auch zu Problemen führen, nämlich dann, wenn zwar eine wirksame Einwilligung des Verstorbenen vorliegt, der Angehörige aber der Spende aufgrund der Angabe eines entgegenstehenden Willens des Verstorbenen widerspricht – denn: der Widerruf dieser einst gegebenen Einwilligung kann jederzeit formlos, also auch mündlich, erfolgen und somit auch noch kurz vor dem Tod geäußert worden sein.<sup>22</sup>

Wie der regelrechte Ablauf einer Totenspende in Deutschland ist, lässt sich der anschaulichen Darstellung auf Seite 52 des Jahresberichtes der DSO von 2019 (s. Fußnote 15) entnehmen.

## 2. Bedingungen

### a) Allgemein

Im BGB finden sich allgemeine Bestimmungen zu Bedingungen im § 158 BGB sowie in den §§ 134, 138 und 139 BGB. Dem Wortlaut des § 158 Abs. 1 BGB entsprechend handelt es sich bei Bedingungen, die im Rahmen der Einwilligung zur postmortalen Organspende getroffen werden, um aufschiebende Bedingungen. Solche Bedingungen unterfallen regelmäßig der Kontrolle, ob sie insbesondere möglicherweise gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) verstoßen. Handelt es sich um einen Teil des gesamten Rechtsgeschäfts, so ist nicht das ganze Rechtsgeschäft als nichtig anzusehen, wenn es als solches auch

ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre (§ 139 BGB). Wenngleich bezüglich der rechtlichen Einordnung der Einwilligung zur Organspende Uneinigkeit besteht, sind die Vorschriften zur Bedingung zumindest analog anwendbar.<sup>23</sup> Bedingte Einwilligungen im Rahmen der Organspende sollen die Selbstbestimmung und Freiwilligkeit derselben gewährleisten und hiermit auch eine Vorgabe für die Organvermittlung treffen.<sup>24</sup> Mit den gleichen Argument abzulehnen ist auch, grundsätzlich von einer Gesamtnichtigkeit der Einwilligung bei unzulässiger Bedingung i. S. d. § 139 BGB auszugehen und die mögliche Einwilligung gem. § 4 Abs. 1 TPG den nächsten Angehörigen zu überlassen<sup>25</sup>. Die postmortale Organspende kennt bis *dato* nur die „Organ- und Gewebestimmtheit“ der Einwilligung nach § 2 Abs. 1 S. 2 TPG. Von einigen wird hierzu vertreten, dass darüber hinausgehende Bedingungen unzulässig sein sollen, da sie vom Gesetz nicht vorgesehen sind.<sup>26</sup> Wohl herrschend ist jedoch die Meinung, dass in den Grenzen der oben beschriebenen Gesetzes- und Sittenwidrigkeit Bedingungen zulässig sind.<sup>27</sup> Fraglich ist allerdings im Weiteren, ob dies auch für die Empfängergerichtetheit gilt.

23 *Lautenschläger*, Der Status ausländischer Personen im deutschen Transplantationssystem, Pieterlen und Bern 2009, S. 100 f. m. w. N.

24 *Lautenschläger* (Fn. 23), S. 95.

25 *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, Berlin 2009, 163 f.; zuvor schon *Rixen*, in: Höfling, Wolfram, Kommentar zum Transplantationsgesetz (TPG), Berlin 2003, § 2 Rn. 28.

26 *Rixen* (Fn. 26), § 2 Rn. 28; vgl. *Borowy*, Die postmortale Organentnahme und ihre zivilrechtlichen Folgen, Frankfurt am Main 2000, S. 155.

27 *Sasse*, in: Miserok, Karl/Sasse, Ralf/Hall, Antje/Seidenath, Bernhard, Transplantationsrecht des Bundes und der Länder mit Transfusionsgesetz, Wiesbaden 2006, § 2 TPG Rn. 27; *Nickel*, in: Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, Transplantationsgesetz Kommentar, Stuttgart/Berlin/Köln 2001, § 2 TPG Rn. 9.

### b) Empfängergerichtete postmortale Organspende nicht vermittlungspflichtiger Organe

Der empfängergerichteten postmortalen Organspende nicht vermittlungspflichtiger Organe steht dem Grundsatz nach nicht das TPG, insbesondere nicht die *expressis verbis* für vermittlungspflichtige Organe – nach § 1a Nr. 2 TPG namentlich Herz, Lunge, Leber, Niere, Bauchspeicheldrüse und Darm – geltenden § 9 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 12 Abs. 3 S. 1 TPG sowie § 9 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 11 TPG entgegen.<sup>28</sup> Dass dem das auf Anonymität ausgerichtete Wesen des TPG gerade auch im Rahmen der Leichenspende *per se* widersprechen soll,<sup>29</sup> ist unter anderem durch die Einführung des § 12a TPG nicht von der Hand zu weisen. Dieser verstärkt den Stellenwert der Anonymisierung so wie er ursprünglich im § 13 TPG a. F. vorgesehen war<sup>30</sup> ungemein. Nichtsdestotrotz zeigt das Gesetz anderes: Die Anonymisierung kann gem. § 14 Abs. 3 S. 2 TPG sehr wohl durchbrochen werden. Wenngleich dies nicht für vermittlungspflichtige Organe gilt, so doch für die Bereiche der Spende, die gerade nicht der Vermittlung nach den § 12 ff. TPG unterfallen.<sup>31</sup> *Schroth*<sup>32</sup> begründet die Zulässigkeit einer empfängergerichteten Organspende von nicht vermittlungspflichtigen Organen zum einen damit, dass hierzu das postmortale Persönlichkeitsrecht berechtige, und zum anderen knüpft er an das dogmatische Argument an, wonach die Bestimmung des Organempfängers nur bei vermittlungspflichtigen Organen unzulässig sei.

28 So auch *Resch* (Fn. 20), S. 106 ff.

29 Vgl. *Herrig*, Die Gewebetransplantation nach dem Transplantationsgesetz, Pieterlen und Bern 2002, S. 126 f.; *Herrig* zustimmend: *Lautenschläger* (Fn. 23), S. 109.

30 BT-Drs. 13/4355, S. 27.

31 Mit ähnlichen Vergleichen und im Ergebnis so auch: *Resch* (Fn. 20), S. 107 f.

32 *Schroth*, in: Schroth, Ulrich/König, Peter/Gutmann, Thomas/Oduncu, Fuat, TPG, 1. Auflage 2005, TPG, § 2 Rn. 4.

21 Vgl. *Resch* (Fn. 20), S. 29.

22 Vgl. *Resch* (Fn. 20), S. 29.

In *conclusio* muss die Empfängergerichtetheit der Organspende nicht vermittlungspflichtiger Organe zulässig sein.

### c) Empfängergerichtete postmortale Organspende vermittlungspflichtiger Organe

#### 1) Verfassungsmäßigkeit der Vermittlungspflichtigkeit

##### aa) Bestimmtheit

Allem voran stellt sich die Frage, ob die Vermittlungspflichtigkeit insbesondere nach § 9 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 12 Abs. 3 S. 1 TPG der entsprechenden Organe gem. § 1a Nr. 2 TPG überhaupt verfassungsmäßig ist. Sollte dies nicht der Fall sein, dann fielen ein tragendes Argument weg, das der Empfängergerichtetheit postmortalen Organspenden entgegensteht. Dabei soll bereits die normative Tätigkeit Eurotransplants im Rahmen der Organvermittlung verfassungsrechtlich unzulässig sein.<sup>33</sup> Dieser Unzulässigkeit schließt sich an, dass es an der Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen mangels summarisierbarer Vorgaben durch die Richtlinien der Bundesärztekammer fehlt; mitunter soll diese den Stand der medizinischen Wissenschaft feststellen.<sup>34</sup> Gleiches gilt für die sich teilweise gegenseitig ausschließenden Kriterien „Erfolgsaussicht“ und „Dringlichkeit“.<sup>35</sup> Dies deshalb, da höchst dringliche Patienten, beispielsweise für eine Herztransplantation, meist die multimorbiden Patienten sind, deren Erfolgsaussichten zumeist auch nach der

Transplantation nicht unweigerlich besser sind – stellte man die Erfolgsaussicht in den Mittelpunkt, müsste man eben gerade jene hochdringlichen, multimorbiden Patienten außer Acht lassen.<sup>36</sup> Für diese Bestimmbarkeit der Kriterien fehlt es jedenfalls an den vom BVerfG<sup>37</sup> erforderlichen Grundsatz des „in seiner Tendenz hinreichend deutlichen und begrenzten Programms für das Verhältnis der Kriterien zueinander“; dem TPG ist für die hier in Frage stehenden Kriterien keine eindeutige Gewichtung zu entnehmen<sup>38</sup>. Um dem Erfordernis zu genügen, müsste für jeden potentiellen Empfänger eines Organs vielmehr erkennbar sein, wann und wie er ein solches erhalten kann. Zwar sind unbestimmte Rechtsbegriffe *per se* nicht unmittelbar gleichzusetzen mit einer fehlenden Bestimmtheit, dennoch wäre es inkonsequent eine dem Vorbehalt des parlamentarischen Gesetzes nicht genügende Regelung aufgrund der Nutzung unbestimmter Rechtsbegriffe im Ergebnis das Gebot der Bestimmtheit erfüllen zu lassen.<sup>39</sup>

##### bb) Verstoß gegen das postmortale Selbstbestimmungsrecht nach Art. 2 Abs 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG<sup>40</sup>

Ohne nähere Ausführung stellte *Bader*<sup>41</sup> einen Verstoß der Rechtslage gegen das postmortale Selbstbestimmungsrecht des potentiellen Organspenders gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG fest. Jedenfalls wird durch die Beschränkungen des § 9 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 12 Abs. 3 S. 1 TPG in das Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen – bei dem es vor allem

um die Anerkennung der zu Lebzeiten erfolgten Spendeentscheidung (ähnlich einer Patientenverfügung, deren unbedingte Befolgung Voraussetzung ist)<sup>42</sup> geht –<sup>43</sup> eingegriffen. Eine Rechtfertigung lässt sich nur schwerlich finden, sind doch die wesentlichen Gedanken des Gesetzgebers fehlend: Die Vermittlung der Organe dient gewiss der Gerechtigkeit der Transplantationsmedizin; diese Vermittlung ist aber nur dann sachgerecht, wenn überhaupt Organe „bereitgestellt“ werden. Dies ist das vorgeschaltete Problem des Transplantationsrecht, das aber durch eine Einschränkung der Selbstbestimmung des Patienten nicht gelöst werden kann. Vielmehr soll dieses sogar besonders schutzwürdig sein.<sup>44</sup> Auch muss das Szenario bedacht werden, dass man im Falle einer Ablehnung der empfangengerichteten postmortalen Spende nicht nur das Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen verletzt, sondern auch das Recht auf körperliche Unversehrtheit und Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG des möglichen Empfängers – bei mehreren gerichteten oder zumindest im Übrigen der allgemeinen Spende freigegebenen Organe auch der möglichen Empfänger.<sup>45</sup> Dem unbegründeten Ergebnis von *Bader* ist demnach dennoch zuzustimmen.

##### cc) Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 und 2 GG

In diesem Zusammenhang wird regelmäßig vertreten, dass im Rahmen der Spende an Familienmitglieder die Rechte der Patienten gegenüber der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Rechtsposition unerheblich sind.<sup>46</sup> Auf der anderen Seite

33 S. hierzu ausführlich: *Krüger*, Die Organvermittlungstätigkeit Eurotransplants im Sinne des § 12 TPG, Eine verfassungsrechtliche Analyse, Frankfurt am Main 2011, S. 312.

34 *Schmidt-Aßmann*, in Kern: FS Laufs, 2006, S. 1066.

35 *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: Gutmann, Thomas/Schneewind, K. A./Schroth, U./Schmidt, V. H./Elässer, A./Land, W./Hillebrand, G. F., Grundlagen einer gerechten Organverteilung, Berlin/Heidelberg 2003, S. 46 f.

36 *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 36), S. 47 f.

37 BVerfG, Urt. v. 18.07.1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71, NJW 1972, 1561, 1569.

38 *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 36), S. 48 m. w. N.

39 *Krüger* (Fn. 34), S. 314.

40 Für eine umfassende Auseinandersetzung s. schon *Resch* (Fn. 20), S. 139 ff.

41 *Bader* (Fn. 4), S. 504.

42 *Resch* (Fn. 20), S. 141 f. Rn. 397.

43 Vgl. *Hirsch/Schmidt-Didczuhn*, Transplantation und Sektion, Die rechtliche und rechtspolitische Situation nach der Wiedervereinigung, Heidelberg 1992, S. 47; *Borowy* (Fn. 27), S. 70; *Maurer*, DÖV 1980, 7, 10.

44 BT-Drs. 13/4355, S. 31.

45 Ähnlich: *Resch* (Fn. 20), S. 163.

46 Vgl. *Bader* (Fn. 4), S. 504.

wird teilweise davon ausgegangen, dass die Eingriffsintensität mangels beabsichtigter Nebenfolge der Benachteiligung fehlt.<sup>47</sup>

Meines Erachtens ist diesem Ergebnis erschwerend entgegenzuhalten, dass der Kinderschutz insbesondere auch in Form dessen Gesundheitsschutzes als weitgehend vorrangig<sup>48</sup> erachtet werden und deswegen Kinder auch bei der Organspende zu bevorzugen sind<sup>49</sup>. Konsequenterweise müsste man dann auch dem mittelbarem Kinderschutz eine gleichwertige Rolle zukommen lassen, da die Erziehung und Entwicklung der Kinder andernfalls von einer gewissen Störung geprägt wäre – was mitunter bedeutenden Einfluss auf die psychologische Vulnerabilität und Entwicklung derselben haben kann. Dies kann nicht nur der Pflege und Erziehung der Kinder i. S. d. Art. 6 Abs. 2 GG, sondern auch der Familie *per se* schaden. Es liegt eine Verletzung der Art. 6 Abs. 1 und 2 GG vor.

**dd) Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG**

Nach dem deutschen Gesetzgeber ist eines der Ziele des TPG, dass die Patienten bei der Vermittlung lebenswichtiger Organe gleichbehandelt werden.<sup>50</sup>

Dieser Grundsatz ist im Rahmen der Organspenden auch deswegen so maßgeblich, da keine Rechtsschutzmöglichkeiten für benachteiligte auf der Warteliste (höher) stehender Patienten gegeben

sind.<sup>51</sup> Daher erschließt sich auch, warum die vorab stattfindende Kontrolle bezüglich der Allokationskriterien so umfassend und (weitgehend) akribisch ausgestaltet ist. Es ist dennoch fraglich, warum die Lebendspende empfängergerichtet sein muss und die Totenspende dies nicht einmal sein darf.<sup>52</sup> Bei beiden handelt es sich um wesentlich Gleiches, das ungleich behandelt wird. Es ist auch nicht ersichtlich, warum der Zeitpunkt „Tod“ diese Ungleichbehandlung rechtfertigen sollte, ist doch die Freiwilligkeit der Totenspende eher zu bejahen (wenngleich in seltenen Fällen natürlich auch eine Empfängergerichtetheit für Entgelt verlangt werden könnte) und eine Gesundheitsgefährdung ausgeschlossen. Mitunter ist auch Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

**ee) Ergebniskorrektur im Zweifel durch teleologische Reduktion des § 9 Abs. 1 S. 2 TPG beziehungsweise verfassungskonforme Auslegung**

Der Gesetzesbegründung sind zwar keine genauen Anhaltspunkte zu entnehmen, dass die Möglichkeit der empfängergerichteten Totenspende bedacht worden ist,<sup>53</sup> allerdings muss man bedenken, dass mit der gleichzeitigen Schaffung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG eine Empfängergerichtetheit durchaus präsent gewesen sein muss. Hinzu kommt, dass sich in § 9 Abs. 2 S. 3 TPG das Wort „nur“<sup>54</sup> findet, welches eindeutige Auslegungs- und Interpretationsgrenzen vorgibt – eine verfassungskonforme Auslegung ist somit ausgeschlossen.<sup>55</sup> Aber auch selbst wenn man

mit der Auslegung nach dem Wortlaut den weiteren Zugang zu einer solchen verfassungskonformen Auslegung zu eröffnen vermag, finden sich dem Sinn und Zweck, der Systematik und der Historie nach keinerlei Anhaltspunkte, nach denen eine Zulässigkeit der Empfängergerichtetheit im Ergebnis zu bejahen wäre:

(1) Sinn und Zweck

„Die Vorschrift [ehemals § 8 TPG] dient vor allem der Minimierung der gesundheitlichen Risiken für die Organempfänger, der Chancengleichheit der in die jeweiligen Wartelisten der Transplantationszentren für die gleiche Organübertragung aufgenommenen Patienten, der Verteilungsgerechtigkeit in Bezug auf die genannten Spenderorgane und der Wahrnehmung aller vorhandenen Möglichkeiten zur postmortalen Organspende. Die Bestimmungen wirken zugleich der Gefahr des Organhandels entgegen.“<sup>56</sup> Zur Minimierung der gesundheitlichen Risiken für die Organempfänger lässt sich nicht anführen, dass Organe von Verwandten (meist) eine höhere Kompatibilität und *Outcome*<sup>57</sup> aufweisen als solche von Fremden; ein Organ, das also empfängergerichtet gespendet wird, erhöht gerade nicht das medizinische *Outcome* beim Empfänger.

Auch die Chancengleichheit der Patienten auf der jeweiligen Warteliste ist im Falle der Empfängergerichtetheit nur in dem Sinne gegeben, als dass alle eine Chance von 0 % auf das gewünschte

47 *Resch* (Fn. 20), S. 165; BVerfG, Beschl. v. 17.01.1957 – 1 BvL 4/54, NJW 1957, 417, 419.

48 Laut Art. 3 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention ist „das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist“; nach Art. 24 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention besteht für Kinder ein Recht „auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit“; s. auch insbesondere Art. 18 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention.

49 U. a. *Bundesärztekammer*, Richtlinien zur Organtransplantation gem. § 16 TPG, Richtlinie gem. § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 5 TPG für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Lebertransplantation, Stand: 24.09.2019, S. 3, 11.

50 BT-Drs. 13/4355, S. 11.

51 Dies schon feststellend: *Resch* (Fn. 20), S. 100 Fn. 260.

52 S. auch hier ausführlich: *Resch* (Fn. 20), S. 168 ff.

53 BT-Drs. 13/4355, S. 21 f.

54 Vgl. zur Wortbedeutung „nur“: *Bundesministerium der Justiz*, Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit, Empfehlungen zur Gestaltung von Rechtsvorschriften nach § 42 Absatz 4 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien, Berlin 2008, S. 53 Fn. 120.

55 Vgl. *Resch* (Fn. 20), S. 173.

56 BT-Drs. 13/4355, S. 21.

57 Zum Vergleich herangezogen werden Studien, die Lebend- (von einem Familienmitglied) und Totenspende (von einem Fremden) im *Outcome* gegenüberstellen: *Hann, A., Osei-Bordom, D. C., Neil, D., Ronca, V., Warner, S., & Perera, M.* (2020) The Human Immune Response to Cadaveric and Living Donor Liver Allografts. *Frontiers in immunology*, 11, 1227; *Urrunaga, N. H., Rachakonda, V. P., Magder, L. S., & Mindikoglu, A. L.* (2014) Outcomes of living versus deceased donor liver transplantation for acute liver failure in the United States. *Transplantation proceedings*, 46(1), 219–224.

Organ haben. Dies aber auch nur dann, wenn der oder die Empfängerin nicht auf der jeweiligen Warteliste gestanden hat. Andernfalls werden die ranglistenhöheren Patienten umgangen; nur im Falle des Ranglistenplatz eins des vom Totenspender bestimmten Empfängers wäre wiederum eine Chancengleichheit gegeben. Eine solche Chancengleichheit sollte aber nicht von irgendwelchen Eventualitäten abhängig sein. Das bestehende Vermittlungssystem nach Warteliste spiegelt die Chancengleichheit besser wider. Ähnlich stellt sich die Verteilungsgerechtigkeit bezüglich der Spenderorgane dar, sodass im Ergebnis ebenfalls festgehalten werden kann, dass das bestehende Vermittlungssystem der einzelnen Organe über die entsprechenden Wartelisten für eine bessere Verteilungsgerechtigkeit sorgt.

Als problematisch erweist sich jedoch der Part, in dem es um die „Wahrnehmung aller vorhandenen Möglichkeiten zur postmortalen Organspende“ geht: Die Möglichkeit der empfängergerichteten Totenspende wird gerade nicht wahrgenommen und würde somit zunächst diesem Telos widersprechen. Allerdings wäre dies ein typischer Trugschluss: es muss logischerweise um alle Möglichkeiten der gerichteten Organspende gehen (*arg. ad absurdum*). Hierfür spricht auch der § 2 Abs. 1 des Koordinierungsstellenvertrags<sup>58</sup>, der von der Wahrnehmung der „vorhandenen Möglichkeiten der Organspende“ spricht.

Schließlich ist aber vor allem eines der wichtigsten Ziele, dem Organhandel entgegenzuwirken, durch die Eröffnung der Möglichkeit der empfängergerichteten Totenspende sichtlich gefährdeter als bei der anonymen Totenspende. Wenngleich dieser Thematik ähnlich der empfängergerichteten Lebendspende durch ent-

sprechende Kontrollen (vgl. u. a. den jetzigen § 8 Abs. 3 TPG) vorgebeugt werden könnte, wird dadurch jedenfalls trotzdem nie die Sicherheit der einer anonymen Totenspende erreicht.

### (2) Systematik

§ 9 Abs. 2 S. 3 TPG verweist auf § 12 Abs. 3 S. 1 TPG und stellt damit klar, dass vermittlungspflichtige Organe über eine entsprechende Vermittlungsstelle koordiniert werden müssen. Des Weiteren wird diese Vermittlungspflichtigkeit strikt in allen relevanten Stellen im TPG erwähnt und eingehalten – insbesondere die Regelungen hierzu in den §§ 10 ff. wären dann teilweise überflüssig, wenn nicht gerade die Eigenschaft „vermittlungspflichtig“ der Organe Kernelement der postmortalen Organspende im TPG wäre.

### (3) Historie

Der Gesetzgeber hat im 1. Änderungsverfahren des Transplantationsgesetzes 2006 eine empfängergerichtete Totenspende aufgrund des in der Einleitung berichteten Falls sehr wohl bedacht, aber mangels Änderung oder weiterer Klarstellung konkludent zu verstehen gegeben, dass diese weiterhin nicht rechtmäßig ist:

„Ferner spricht sich der Bundesrat dafür aus, mittels des Gewebegesetzes entweder klarzustellen, ob zukünftig eine Organ- oder Gewebespende unter Bedingungen weiterhin unzulässig sein soll, oder andernfalls an geeigneter Stelle diejenigen Bedingungen zu regeln, unter denen eine Erklärung zur Spendebereitschaft zukünftig gestellt werden darf. Nach bisheriger Rechtslage ist es lediglich möglich, die Zustimmung zur postmortalen Organspende auf bestimmte Organe beziehungsweise Gewebe zu beschränken. Ausgeschlossen ist hingegen eine Beschränkung der Zustimmung auf einen bestimmten Empfängerkreis oder die Knüpfung an sonstige Bedin-

gungen. Gleiches gilt – abgesehen von der gesetzlichen Beschränkung des Empfängerkreises – für die Lebendspende. Im Widerspruch hierzu erfolgte Anfang 2006 die Allokation einer Niere außerhalb des Verteilungsprozesses an die Frau eines verstorbenen Spenders, weil die Angehörigen des Verstorbenen einer Organentnahme nur unter der Bedingung zugestimmt hatten, dass eine der Nieren des Mannes seiner organgeschädigten Frau übertragen werde. Diese gegen geltendes Recht verstoßende Entscheidung wurde von den Leitern der beteiligten Institutionen getroffen, um nicht sämtliche Organe des potenziellen Spenders zu verlieren. Anhand dieser nachvollziehbaren, gleichwohl aber rechtswidrigen Einzelfallentscheidung zeigt sich die Klärungsbedürftigkeit eines ethisch-moralischen Spannungsverhältnisses, das im Hinblick auf zukünftige, vergleichbare Fälle einer eindeutigen gesetzlichen Regelung zugeführt werden sollte.“<sup>59</sup>

Auch hat sich an der ursprünglichen Fassung des § 8 TPG a.F. im Vergleich zu § 9 TPG n.F. kaum etwas geändert, so hieß es ursprünglich in § 8 S. 2 TPG a.F.: „Sind diese Organe Spendern nach § 3 oder § 4 entnommen worden (vermittlungspflichtige Organe), ist ihre Übertragung nur zulässig, wenn sie durch die Vermittlungsstelle unter Beachtung der Regelungen nach § 11 vermittelt worden sind.“ In § 9 Abs. 2 S. 3 TPG heißt es nun: „Die Übertragung vermittlungspflichtiger Organe ist darüber hinaus nur zulässig, wenn die Organe durch die Vermittlungsstelle unter Beachtung der Regelungen nach § 12 Absatz 3 Satz 1 vermittelt worden sind.“

### (4) Ergebnis

Es ist ersichtlich, dass auch die juristischen Auslegungsmethoden der Zuläs-

58 BAnz AT 18.02.2016 B2.

59 BT-Drs. 16/3146, S. 56 f.

sigkeit der Empfängergerichtetheit einer Totenspende vermittlungspflichtiger Organe keinen Raum lassen.

## 2) Rechtsvergleich mit dem deutschen Erbrecht

Die Organspende und vor allem die auf postmortale Spende bezogene Einwilligung des später Toten sollte analog zum Erbrecht so ausgestaltet werden,<sup>60</sup> dass – in entsprechendem Umfang – über Körperteile und den Körper *per se* entschieden werden kann. Denn dass auf der einen Seite dem Persönlichkeitsrecht zu Lebzeiten sowie auch nach dem Tod ein enormer Stellenwert zukommt,<sup>61</sup> es ebenso explizite Regelungen über Gegenstände und Sachwerte im Erbrecht gibt, dann ist es widersprüchlich, wenn aber über das entscheidendste Bestandteil des Menschen, nämlich seinen eigenen Körper, nicht entschieden werden sollen darf. Die Einwilligung zur postmortalen Organspende an eine bestimmte Person muss möglich sein; und zwar genau so, wie dies im Erbrecht möglich ist, indem i. R. d. § 1937 BGB ein Testament aufgesetzt werden kann, in dem ein Erbe bestimmt wird.<sup>62</sup> Dies darf natürlich nur in den Grenzen der Sittenwidrigkeit auf der einen Seite und der Moral sowie Ethik auf der anderen Seite passieren; d. h. es muss bedingungsfeindlich bleiben (nach den §§ 134, 138 BGB), wenn die Bedingung z. B. nach Rasse, Herkunft o. ä. differenziert. *Ergo* ist nur ausschlaggebend, dass eine bestimmte Person nachvollziehbar bestimmt wurde. Dies ist mitunter auch deswegen vertretbar, da so die Spendebereitschaft weiter steigen kann, da – und das ist unter anderem ein Problem der lediglich anonymen postmortalen Organspende – genau mit-

bestimmt werden kann, wer das Organ bekommen soll. Damit wird gewährleistet, dass für den später Toten sein letzter Wille auch tatsächlich umgesetzt wird. Natürlich bedarf es für diese Bestimmbarkeit der Spende eine bessere Aufklärung durch den Staat, damit gerade nicht ausschließlich diese gerichteten Spenden bestimmt werden. Das soll heißen, dass wenn der potentielle postmortale Organspender bestimmt, dass Person X Organ Y oder „meine Organe“ bekommen soll, dann würde das zunächst einmal gem. §§ 133, 157 BGB eine Organentnahme für andere Personen ausschließen. Um solche Missstände zu vermeiden, muss eine Aufklärung mit dem Ziel erfolgen, dass die potentiellen postmortalen Organspender dann differenziert äußern, dass entweder ausschließlich Person X Organe bekommen soll oder – im besten Falle – Person X soll Organ Y oder zumindest die Organe, die Person X benötigt, bekommen und die restlichen Organe dürfen an die Ranghöchsten der Warteliste verteilt werden. Diese Differenzierungsmöglichkeit muss allerdings für den Einwilligenden klar sein. Auch müssen weiterhin strenge Anforderungen an die letztliche Durchführung der Transplantation gestellt werden. Denn jeglicher Verdacht auf Organhandel muss zu einer Einstellung der gerichteten Spende führen. In der Gesamtschau wiegt die Gefahr des Organhandels meines Erachtens aber nicht weniger als im Vergleich zur Lebendorganspende –<sup>63</sup> wenngleich es sich bei letzterer um eine „freiwillige Gesundheitsschädigung“<sup>64</sup> handelt. Hier muss dementsprechend das Selbst-

bestimmungsrecht<sup>65</sup> nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG deutlich hinter den staatlichen Gesundheitsschutz des Einzelnen<sup>66</sup> und der Seriosität des Transplantationsrecht, die in diesem Zusammenhang nur Ausläufer des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG sein kann, treten. Bei der empfängergerichteten Totenspende gilt es folglich ähnlich vor allem die Seriosität des Transplantationsrecht durch entsprechende Aufklärung und Kontrolle beizubehalten, um damit die Organspende weiterhin äußerst fair zu halten, und gegebenenfalls durch Einschränkung des Selbstbestimmungsrecht Organhandel zu verhindern.

Ergebnis dieses Rechtsvergleichs ist, dass die Einwilligung zur Totenspende gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 TPG in Bezug auf die Bestimmbarkeit einer Person analog zum Erbrecht, insbesondere § 1937 BGB, ausgestaltet werden sollte. Hierfür ist eine weiterreichende Aufklärungsarbeit des Staates i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 3 TPG notwendig.

## 3) Eigentum der Organe

Ein Problemkreis der im Zusammenhang mit Organspenden immer wieder angeführt, aber nicht abschließend geklärt ist, ist der des Eigentums an den Spendeorganen.<sup>67</sup> Denn, angenommen das Eigentum an den Organen bestand schon immer und besteht nach der Spende auch weiterhin beim Spender, dann würde dies mit Art. 14 GG ein weiteres gewichtiges verfassungsrechtliches Argument anführen, warum Spender eine empfängergerichtete Organspende vornehmen dürfen sollten. Der Gesetzgeber des TPG ging

60 So bereits die Einwilligungsfähigkeit, die angelehnt an § 2229 Abs. 1 BGB ab 16 Jahren besteht: BT-Drs. 13/4355, S. 18.

61 *Di Fabio* (Fn. 20), GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 204 ff.; *Zuck* (Fn. 20), § 2 Rn. 34 ff.

62 Ähnlich schon: *Lautenschläger* (Fn. 23), S. 137.

63 *Resch* (Fn. 20), S. 170 meint sogar, dass dieses Kriterium im Zusammenhang mit der gerichteten Leichenspende irrelevant sei.

64 Vgl. hierzu u. a. *Hirsch/Schmidt-Didczuhn* (Fn. 44), S. 8; BSG, Urt. v. 12.12.1972 – 3 RK 47/70, NJW 1973, 1432 f.

65 Darunter kann nach *Maurer*, DÖV 1980, 7, 8, 10 und *Schmidt-Didczuhn*, ZRP 1991, 264, 265 die postmortale Organspende fallen.

66 Vgl. *Graef*, Aktuelle Problemfelder des Krankenhausrechts – Förderverzicht, Tübingen 2019, zuletzt abgerufen am 29.07.20 von: <http://hdl.handle.net/10900/89211>, S. 5 m. w. N.

67 Vgl. *Graef*, GesR 551, 558 m. w. N. insbesondere in Fn. 88, 92.

bei der Totenspende zumindest davon aus, dass es sich bei den Organen um gesellschaftliches Gut handele.<sup>68</sup> Es sei außerdem unzulässig einer bestimmten Person Rechte am eigenen Körper beziehungsweise dessen Bestandteilen zukommen zu lassen.<sup>69</sup> Dennoch wird größtenteils vertreten, dass die für die Organspende relevanten abgetrennten Körperteile zu beweglichen Sachen i. S. d. § 90 BGB werden.<sup>70</sup> So würde das Eigentum an diesen Körperteilen den Erben zufallen.<sup>71</sup> Diese Ansicht wird aber weitgehend aufgrund des durch die expliziten Regelungen des TPG bestehenden Spezialcharakters der Organspende abgelehnt, sodass weder der Leichnam noch die potentiellen Spendeorgane der erbrechtlichen Gesamtnachfolge unterfallen.<sup>72</sup> Die im vorliegenden Aufsatz vertretene Meinung stellt sich wie folgt dar: Am Leichnam besteht zwar kein Eigentum, vielmehr aber der Schutz des postmortal weiter wirkenden Persönlichkeitsrechts, weswegen es der für die Spende beziehungsweise Entnahme der Organe notwendige Einwilligung des Toten bedarf. Da aber an vom Körper getrennten Organteilen Eigentum besteht, führt dies dazu, dass im Moment

der Extraktion eines Organs aus dem Leichnam das Eigentum an dem Körperteil auf die Erben gem. § 1922 BGB analog übergehen würde; wenn ein Empfänger bestimmt wurde, dann verblasst sogleich die Anwendung des § 1922 BGB analog und der Wille des Toten ist nach § 1937 BGB analog vorrangig. Mit der Transplantation endet sogleich auch die Eigentümerstellung des Empfängers; das Organ ist nun wieder Bestandteil des Gesamtorganismus „Körper“, an dem *per se* kein Eigentum besteht.

#### 4) Zulässigkeit einer empfängergerichteten postmortalen Organspende vermittlungspflichtiger Organe

„Kann ich mir den Empfänger meiner Spende aussuchen (konkrete Person beziehungsweise Kinder, Nichtraucher, kein Alkoholiker etc.)?“<sup>73</sup> Diese Frage findet sich in der vom Bundesministerium für Gesundheit abrufbaren Homepage unter der Rubrik „Fragen und Antworten zum Thema Organspende“ und wird mit einem eindeutigen „Nein, dies ist nicht möglich“ sowie einer kurzen Erläuterung beantwortet.<sup>74</sup>

Doch schon 2007 hat *Lilie* im Referat auf dem 110. Deutschen Ärztetag in Münster mit dem Thema „10 Jahre Transplantationsgesetz – Verbesserung der Patientenversorgung oder Kommerzialisierung?“ festgestellt, dass eine gerichtete Totenspende in Deutschland zwar (noch) nicht möglich sei, eine Etablierung der Kriterien aus der Liste der Angehörigen aus § 4 Abs. 2 (i. V. m. § 1a Nr. 5) TPG

diskussionswürdig erscheint.<sup>75</sup> Diese Idee findet eine Vielzahl an Befürwortern, so wohl neben Frau *Siegmund-Schultze* unter anderem auch die BÄK, DSO und DTG.<sup>76</sup> Warum also sollte man die bedingte, gerichtete Organspende nicht (zumindest auch i. R. d. Entnahmekreise von nächsten Angehörigen i. S. d. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG) zulassen?

Für die Unzulässigkeit spricht zunächst einmal, dass nach § 134 BGB ein Rechtsgeschäft, nichtig ist, wenn es gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Darunter fällt auch die gesetzlich normierte Vermittlungspflichtigkeit von vermittlungspflichtigen Organen.<sup>77</sup> Im Ergebnis wird dann aber teilweise angenommen, dass – in Abhängigkeit, ob die jeweilige Bedingung *sine qua non* für die Einwilligungsgültigkeit war – diese i. S. d. § 139 BGB regelmäßig nicht zur vollständigen Nichtigkeit der Einwilligung führt, da die Einwilligung zur postmortalen Spende vom Leitmotiv schwerkranken Menschen zu helfen getragen wird.<sup>78</sup>

Denn wenn man wie *Resch*<sup>79</sup> zu dem Ergebnis käme, dass die gerichtete Totenspende vom Gesetzgeber übersehen worden ist, *scil.* eine Regelungslücke besteht, dann wäre sie nur planwidrig und einer Analogie zugänglich, wenn eine gleichgeartete Interessenlage bestünde<sup>80</sup>. Dies ist aber gerade nicht der Fall; die Lebendspende zielt mitunter darauf ab

68 *Lautenschläger* (Fn. 23), S. 132 ff. sowie S. 103 mit Verweis auf *Ach/Anderheiden/Quante*, Ethik der Organtransplantation, Erlangen 2000, S. 177; *Gutmann/Fateh-Moghadam*, NJW 2002, 3365, 3366.

69 Vgl. *Nickel*, Die Entnahme von Organen und Geweben bei Verstorbenen zum Zwecke der Transplantation nach dem Transplantationsgesetz vom 5. November 1997 unter Berücksichtigung der nationalen Regelungen der anderen europäischen Staaten, Bonn 1999, S. 151; *Kallmann*, FamRZ 1965, 577; *Lilie*, MedR 1983, 131.

70 *Stresemann*, in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina, MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, BGB § 90 Rn. 26.

71 *Leipold*, in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina, MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 1922 Rn. 173; Vgl. *Stresemann* (Fn. 70), BGB § 90 Rn. 32.

72 *Leipold* (Fn. 71), BGB Einl. ErbR, Rn. 7; *Preuß*, in: Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph, BeckOGK, Stand: 1.5.2020, BGB § 1922 Rn. 348 m. v. N.; *Große-Boymann*, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 3. Auflage 2019, BGB § 1922 Rn. 65 a. E.

73 Nach „Fragen und Antworten zum Thema Organspende“ auf der Homepage des Bundesministeriums für Gesundheit, zuletzt abgerufen am 29.07.20 von: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/praevention/organspende/faqs.html>.

74 Vgl. „Fragen und Antworten zum Thema Organspende“ auf der Homepage des Bundesministeriums für Gesundheit, abgerufen am 29.07.20 von <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/praevention/organspende/faqs.html>.

75 *Lilie* (2007) Referat auf dem 110. Deutschen Ärztetag 2007 in Münster, „10 Jahre Transplantationsgesetz – Verbesserung der Patientenversorgung oder Kommerzialisierung?“, zuletzt abgerufen am 29.07.20 von: <https://www.bundes-aerztekammer.de/aerztetag/aerztetage-der-vorjahre/110-daet-2007-in-muenster/referate/lilie/>.

76 *Siegmund-Schultze* (2009) Transplantationsgesetz: Es fehlt das übergreifende Konzept für die Umsetzung, Dtsch Arztebl; 106(37): A-1781 / B-1530 / C-1498.

77 *Nickel* (Fn. 69), S. 151; *Walter*, FamRZ 1998, 201, 205 f.

78 *Nickel* (Fn. 69), S. 151.

79 *Resch* (Fn. 20), S. 133 ff.

80 Vgl. BGH, Urt. v. 04.12.2014 – III ZR 61/14, NJW 2015, 1176 f.

den größtmöglichen Schutz dem Spender zukommen zu lassen, dessen Freiwilligkeit sicherzustellen und Organhandel zu verhindern.<sup>81</sup> Die Totenspende hingegen unterliegt vor allem der Verteilungsgerechtigkeit, die von objektiven und transparenten Kriterien getragen wird, wenngleich auch eine Verhinderung des Organhandels im Mittelpunkt steht.<sup>82</sup> Mitunter wird auch das Argument der Gefährdung der Glaubwürdigkeit und des Vertrauens der Bevölkerung in die gesetzmäßige Organtransplantation angeführt.<sup>83</sup> Der Weltärztebund jedoch wertete die gerichtete Totenspende trotz ihrer rechtlichen Problematik – insbesondere da die Verteilungskriterien mit denen der Dringlichkeit und Erfolgsaussicht festgelegt sind – als in gewissen Umständen (bspw. bei Familienmitgliedern) angemessen, wenn eine umfassende Aufklärung des Spenders stattgefunden hat und die Zustimmung letztlich auf Freiwilligkeit beruht.<sup>84</sup>

### 5) Totenspende eigentlich Lebendspende?

Dennoch ist an diesem Ergebnis ein gewichtiger Punkt meines Erachtens nicht ausreichend bedacht: War wie im Fall in der Einleitung eine Lebendspende bereits angedacht – die dann wegen verschiedenster Gründe nicht durchgeführt werden konnte/durfte – so muss für eine postmortale Spende in Bezug auf dieselben „Parteien“ gelten, dass die Einwilligung des Spenders analog zu seiner früheren zur Lebendspende gewertet wird und damit wie eine solche zur Lebendspende, die Organspende selbst

somit als „Lebendspende“ zu betrachten ist, die, um bei dem Eingangsfall zu bleiben, an die Ehefrau – *in abstracto* an alle Personen aus der Liste des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG – ohne rechtliche Bedenken möglich ist.<sup>85</sup>

### 6) Die letzte Rettung: der rechtfertigende Notstand

Es scheint, als wäre eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB die Lösung<sup>86</sup>, wenn alle anderen Stricke reißen. So geschehen auch in dem eingangs beschriebenen Fall: Diese Lösung kann jedenfalls nicht dazu missbraucht werden, die Normen und Systematik des TPG zu umgehen; vielmehr sollte sie nur in Einzelfällen,<sup>87</sup> i. e. dann, wenn es keinen Widerspruch des Toten sowie eine Befragung der nächsten Angehörigen nicht möglich ist, zulässig sein<sup>88</sup>.

### 7) Cross-over-Totenspende<sup>89</sup>

Auch wenn der Fall der Cross-Over-Totenspende (Überkreuz-Totenspende; Zwei-Paar-Totenspende/Mehr-Paar-Totenspende) eher eine Rarität darstellt, so sollte er meines Erachtens doch in Erwägung gezogen werden, um dem Ziel der Erhöhung der Spendebereitschaft<sup>90</sup> und der Spenden *per se* zumindest in dem durch diese Möglichkeit geschaffenen geringen Maße Rechnung zu tragen. In

Abbildung 2 ist zum einen die mögliche Zwei-Paar-Überkreuz-Totenspende auf der linken Seite neben dem schwarzen Trennstrich dargestellt und zum anderen auch die Mehr-Paar-Überkreuz-Totenspende.

An den jeweils benötigten Bedingungen ist ersichtlich, dass sich mit ersterer Überkreuz-Totenspende nicht allzu viele Fälle ergeben werden. Die Etablierung der Ausweitung auf mehr als zwei Paare ist unabdingbar. Dabei sollte das *matching*-Verfahren über ein zentrales Vermittlungssystem stattfinden.

### 8) Voraussetzungen für die empfängergerichtete postmortale Organspende

Nach dem zuvor Ausgearbeiteten lässt sich festhalten, dass die empfängergerichtete postmortale Spende vermittlungspflichtiger Organe zulässig sein sollte. Hierfür bedarf es allerdings für die Rechtsklar- und -sicherheit einer Regelung, die nun aufgezeigt wird. Die folgenden Ausführungen gelten lediglich für die Festsetzung eines bestimmten Organempfängers; die Vorschriften und Regelungen für eine nicht empfängergerichtete postmortale Organspende bleiben indes unberührt.

1. Wille des Verstorbenen, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TPG.
2. Bedingung: Organspende an eine Person (ggf. auch mehrere Personen) angelehnt an den Gedanken des § 1937 BGB; aber: *in concreto* in den Grenzen analog des Empfängerkreises nach § 8 Abs. 1 S. 2 TPG.
3. Besonderes Formerfordernis analog § 2247 BGB (und § 2064 BGB), wobei die Niederschrift im Organspendeausweis (s. Abb. 3) ausreichend sein sollte.
4. Erklärung (Bestätigung) des nächsten **nicht** von der Bedingung betroffenen Angehörigen.

81 BT-Drs. 13/4355, S. 14.

82 Vgl. *Resch* (Fn. 20), S. 133 ff.; BT-Drs. 13/4355, S. 11, 20.

83 BT-Drs. 16/13740, S. 160.

84 *Weltärztebund* (52. Generalversammlung), Erklärung des Weltärztebundes zur Spende und Transplantation von Organen und Gewebe, Edinburgh 2000, H. 32, 33.

85 Vgl. hierzu schon BT-Drs. 16/13740, S. 568 f., wo sogar von einer möglichen Verfassungswidrigkeit gesprochen wird; ähnlich *Lautenschläger* (Fn. 23), S. 103, die meint, ein Vermittlungsprozess würde in diesem Fall überhaupt nicht beginnen; *Resch* (Fn. 20), S. 136; *Bader* (Fn. 4), S. 504.

86 Für eine ausführliche Auseinandersetzung s. *Dietrich*, Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand?: zugleich eine Untersuchung zum Konkurrenzverhältnis von speziellen Rechtfertigungsgründen und rechtfertigendem Notstand gem. § 34 StGB, Pieterlen und Bern 2003.

87 *Resch* (Fn. 20), S. 133.

88 So der Vorschlag von *Dietrich* (Fn. 86), S. 124 ff.

89 Als denkbar und möglich ansehend auch: *Resch* (Fn. 20), S. 177.

90 Vgl. BT-Drs. 13/4355, S. 12.

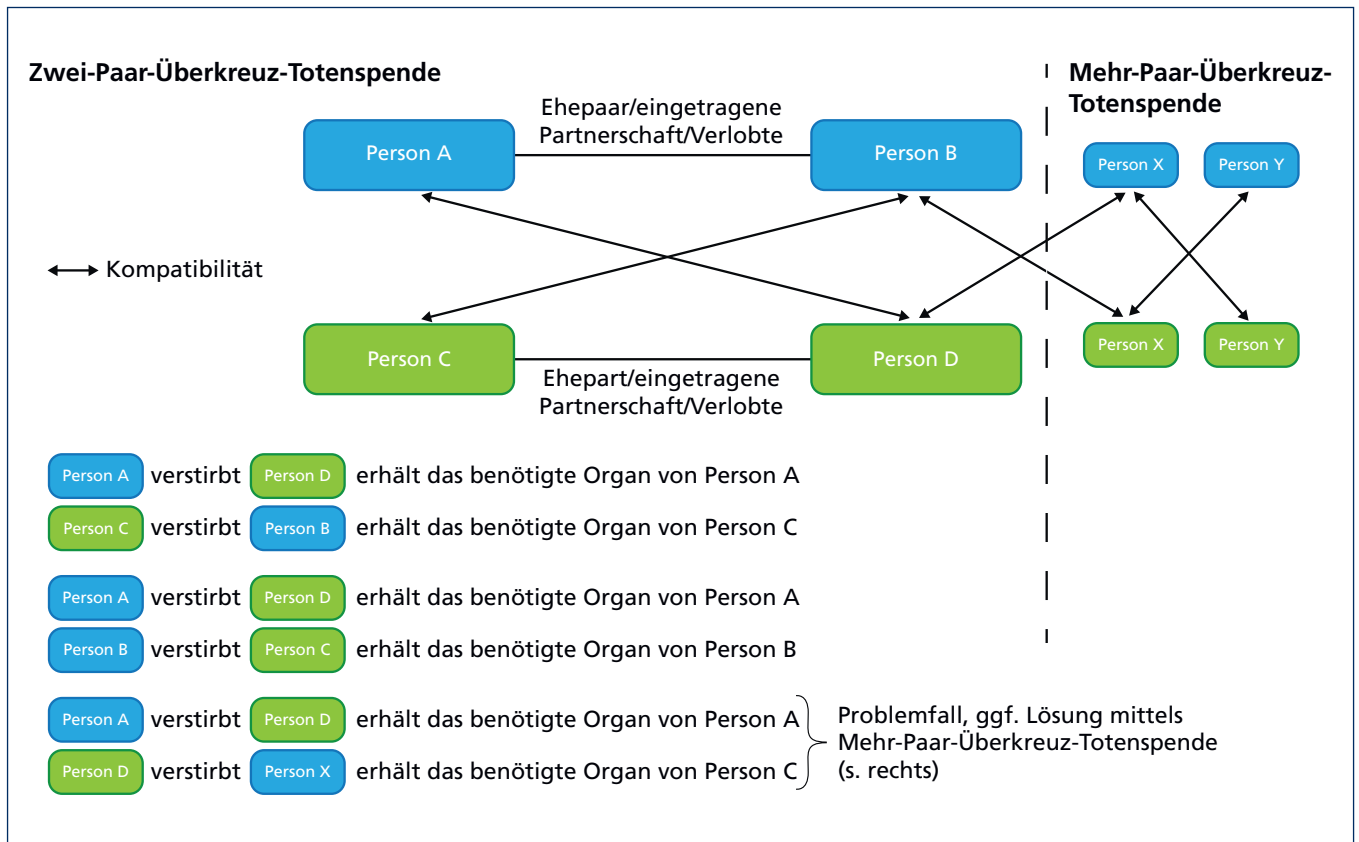


Abbildung 2: Zwei-Paar-Überkreuz-Totenspende sowie Mehr-Paar-Überkreuz-Totenspende; im linken unteren Bereich sind die verschiedenen Szenarien der Zwei-Paar-Überkreuz-Totenspende dargestellt. Auf der rechten Seite von der Trennungslinie ist die Zwei-Paar-Überkreuz-Totenspende durch weitere Spender zur sogenannten Mehr-Paar-Totenspende erweitert.

5. Todeskriterium<sup>91</sup>: Hirntod, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i. V. m. § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG.

6. Arztvorbehalt, § 5 Abs. 1 und 2 TPG.

7. Vermittlung des unter Bedingung zu spendenden Organs logischerweise unabhängig von § 9 Abs. 2 S. 3 TPG; dementsprechend bedarf es eines Ausnahmeatbestands: § 9 Abs. 2 S. 4 TPG<sup>92</sup>: „Die Entnahme von Organen bei verstorbenen Spendern, die diese einer empfängergerichteten Bedingung unterworfen haben, unterliegt nicht der Beachtung der Regelungen nach § 12 Absatz 3 Satz 1.“

91 S. hierzu ausführlich u. a. schon Nickel (Fn. 69), S. 82 ff.  
92 Dies in abstracto vorschlagend: Resch (Fn. 20), S. 183.

Zu 2. ist folgende Ausführung zu treffen: Die Person(en), die eines der Organe erhalten sollen, müssen ausdrücklich genannt und identifizierbar, *scil.* ausreichend konkretisierbar sein. Weiterhin bedarf das Kriterium der „Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“ einer Erläuterung. Meines Erachtens geht der Gedanke von Resch<sup>93</sup>, dass eine Offenkundigkeit dieses Verhältnisses innerhalb der Ischämiezeit der Organe kaum nachzuweisen sei, fehl. Hierfür sprechen zwei Argumente. Erstens, die Einwilligung ist in dem Fall der bedingten Zustimmung zur Organspende vorliegend und ggf. schon lange bekannt, sodass eine

93 Resch (Fn. 20), S. 177, die in den Folgeseiten dann aber in ihrer Stellungnahme selbst von diesem Gedanken abrückt.

solche Feststellung mitunter keinen größeren Nachforschungen als denen ohnehin gesetzlich vorgeschriebenen (u. a. § 8 Abs. 3 S. 1 TPG analog) bedarf. Zweitens, es ist naheliegend, dass i. R. d. gerichteten Totenspende solche Personen benannt werden, die ohnehin ein gewisses Näheverhältnis zu dem Verstorbenen hatten. Es kann somit (recht) zeitnah eine Einschätzung getroffen werden, ob die Bedingung bspw. einen Organhandel veranlassen soll.

Zu 3. Die Analogie zu der besonderen Formvorschrift des § 2247 BGB ist entgegen der Ansicht, dass widerstrebende Interessen Dritter nicht in Betracht kämen bei der postmortalen Anwendung, maßgebliches Kriterium, das deswegen erforderlich ist, da bei vermittlungs-

**Erklärung zur Organ- und Gewebespende**

Für den Fall, dass **nach meinem Tod eine Spende von Organen/Geweben zur Transplantation** in Frage kommt, erkläre ich:

JA, ich gestatte, dass nach der ärztlichen Feststellung meines Todes meinem Körper Organe und Gewebe entnommen werden.

---

oder  JA, ich gestatte dies, diese sollen jedoch **vorrangig** folgender/n Person/-en zukommen:

Name,	Vorname	Telefon	Straße	PLZ, Wohnort

---

oder  JA, ich gestatte dies, allerdings **nur** für folgende(s) Organ(e):  
und nur an folgende Person(en):

Name,	Vorname	Telefon	Straße	PLZ, Wohnort

---

oder  JA, ich gestatte dies, mit **Ausnahme** folgender Organe/Gewebe:

---

oder  JA, ich gestatte dies, jedoch **nur** für folgende Organe/Gewebe:

---

oder  **NEIN**, ich widerspreche einer Entnahme von Organen/Geweben.

---

oder  Über JA oder NEIN soll dann **folgende Person entscheiden**:

Name,	Vorname	Telefon	Straße	PLZ, Wohnort

---

Platz für Anmerkungen/Besondere Hinweise \_\_\_\_\_ DATUM \_\_\_\_\_ UNTERSCHRIFT \_\_\_\_\_

Abbildung 3: neuer Organspendeausweis; modifiziert nach: [https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Fwww.organspende-info.de%2Forganspendeausweis-infos-zum-ausfuellen.html&psig=A0vVaw1mS8CQC7GLxowEbTa1p1E1&ust=1593456.176870000&source=images&cd=vfe&ved=0CAIQjRxfwoTCLD1o\\_](https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Fwww.organspende-info.de%2Forganspendeausweis-infos-zum-ausfuellen.html&psig=A0vVaw1mS8CQC7GLxowEbTa1p1E1&ust=1593456.176870000&source=images&cd=vfe&ved=0CAIQjRxfwoTCLD1o_)

pflichtigen Organen Dritte i. S. d. Patienten auf der Warteliste persönlich und die Vermittlung nach §§ 12 ff. TPG rechtlich umgangen werden sollen. Eine empfängergerichtete Totenspende ist somit bei fehlender schriftlicher Einwilligung durch den Verstorbenen nicht möglich.

Zu 4. ist anzumerken, dass es unbedingte Voraussetzung sein muss, zur vorliegenden Einwilligung einen zusätzlichen bedingungsfernen nächsten Angehörigen hierzu zu befragen,<sup>94</sup> um wiederum Freiwilligkeit sicherzustellen und Organhandel zu verhindern. Hier sind zwei Problemfelder zu beachten: Erstens, nur der bedingungsnahe nächste Angehörige ist erreichbar. Dann bedarf es eines Richterbeschlusses zur Organentnahme. Zweitens, der Verstorbene hat gem. § 4 Abs. 3 TPG die Entscheidung über die Zustimmung zur Organspende dem bedingungsnahe nächsten Angehörigen übertragen.

Dann bedarf es der Differenzierung: Gibt es einen weiteren nächsten Angehörigen ist dieser unbedingt zu befragen; gibt es keinen weiteren nächsten Angehörigen, bedarf es wiederum eines Richterbeschlusses zur Organentnahme.

Eine Ausnahme (s. unter III. 2. c) 5) ist zusätzlich zu beachten: Hiernach sollte die Einwilligung zur Spende als eine solche zur Lebendspende gewertet werden, wonach die Vermittlungspflichtigkeit dieses Organs nach § 12 ff. entfällt. Es sollte aber ausreichend Aufklärungsarbeit stattfinden, um auch ggf. eine Einwilligung zur Organentnahme der restlichen Organe zu erhalten, sodass diese dann gem. §§ 12 ff. vermittelt werden können. Hierbei stehen sich jedoch zwei Seiten konkurrierend gegenüber: auf der einen Seite könnten sich durch die bedingte Verteilung (normalerweise) Patienten in ihrem Wartelistenrang verbessern;<sup>95</sup> auf der anderen Seite würde dem Patienten geschadet,

der das Organ ohne die bedingte Zustimmung des Spenders erhalten hätte.<sup>96</sup>

#### IV. Schluss

Der vorliegende Aufsatz versucht den Spagat zwischen der Verstärkung des Vertrauens der Bevölkerung in die Organspende sowie das Bestreben die Spendebereitschaft und dadurch wieder die tatsächlichen Spenden zu steigern und dem Respekt gegenüber dem fortwirkenden Persönlichkeitsrecht des Spenders sowie der Fürsorge (insbesondere auch der Totensorge) der Angehörigen zu schaffen<sup>97</sup>. Dies auf die Weise, dass trotz des im Mittelpunkt stehenden Selbstbestimmungsrecht des Totenspenders die Freiwilligkeit der Einwilligung geachtet und Organhandel ausgeschlossen wird. Dementsprechend sind folgende Ergebnisse aufzuführen:

1. (Noch) ist eine empfängergerichtete Totenspende vermittlungspflichtiger Organe unzulässig – eine Zulässigkeit ergäbe sich auch nicht durch verfassungskonforme Auslegung der entsprechenden Normen. Bedingungen können unumstritten lediglich für die Organe beziehungsweise Gewebe, die man spenden möchte – oder auch nicht –, auferlegt werden.
2. Der Unzulässigkeit einer empfängergerichteten Totenspende steht die fragliche Verfassungsmäßigkeit des § 9 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 12 Abs. 3 S. 1 TPG entgegen.
3. Durch die analoge Gestaltung der Einwilligungserklärung nach § 1937 BGB in Bezug auf eine Empfängergerichtetheit geht das Eigentum mit Ent-

<sup>94</sup> Dies andeutend: Resch (Fn. 20), S. 178, die dies durch Angehörige von Spender und Empfänger bezeugen lassen will.

<sup>95</sup> Resch (Fn. 20), S. 162.

<sup>96</sup> Lautenschläger (Fn. 23), S. 98.

<sup>97</sup> Vgl. Resch (Fn. 20), S. 22.

- nahme des Organs auf die bestimmte Person über; diese Sacheigenschaft entfällt wieder mit der Transplantation.
4. Zu beachten ist ohnehin, dass die empfängergerichtete Totenspende nur in ganz bestimmten Szenarien zum Einsatz kommt:
- Der postmortale Organspender hat eine Person als Empfänger bedacht, die tatsächlich ein Organ erst dann benötigt, wenn der Spender stirbt (unwahrscheinlicher *casus*).
  - Der postmortale Organspender hat eine Person als Empfänger bedacht, der er zu Lebzeiten aufgrund eines Zustandes (logischerweise nur in den Fällen von Krankheiten, die eine postmortale Organspende nicht ausschließen) kein Organ spenden konnte, oder der potentielle Empfänger hat es abgelehnt (wahrscheinlicherer *casus*).
  - Der postmortale Organspender hat eine Person als Empfänger bedacht, die keinen Wartelistenplatz für Organe erhalten hat. In diesem Fall wäre eine Spende denkbar, wenn die Ausschlusskriterien für den Wartelistenplatz nicht auch dieser gewollten Spende entgegenstehen.
5. Zwingende Ergänzungen für die Einwilligung zur empfängergerichteten Organspende sind:
- Die Bedingung: Organspende an eine Person (ggf. auch mehrere Personen) angelehnt an den Gedanken des § 1937 BGB; aber: in concreto in den Grenzen analog des Empfängerkreises nach § 8 Abs. 1 S. 2 TPG. Es muss bei der Formulierung der Bedingung *expressis verbis* differenziert werden (s. hierzu auch den Organspendeausweis Abb. 3):
    - Ich spende nur Person X das Organ Y.
    - Ich spende meine Organe, aber Person X soll das Organ Y vorrangig erhalten.
  - Besonderes Formerfordernis analog § 2247 BGB.
  - Erklärung (Bestätigung) des nächsten nicht von der Bedingung betroffenen Angehörigen.
  - Ausnahmetatbestand: § 9 Abs. 2 S. 4 TPG:  
„Die Entnahme von Organen bei verstorbenen Spendern, die diese einer empfängergerichteten Bedingung unterworfen haben, unterliegt nicht der Beachtung der Regelungen nach § 12 Absatz 3 Satz 1.“
6. Die Organspendeausweise sollten neben der Bestimmung der Organe (beziehungsweise Gewebe), die gespendet werden sollen, auch eine Zeile mit einer beziehungsweise mehreren Personen, die ein Organ erhalten sollen, ausgestaltet werden (s. hierzu Abb. 3).
7. Die Cross-over-Totenspende sollte angeboten und ermöglicht werden.
8. Eine empfängergerichtete Totenspende nicht vermittlungspflichtiger Organe ist zulässig.

Das anfänglich beschriebene Problem des Organmangels, das unter anderem darauf beruht, dass es von den potentiellen Spendern immer noch nur etwa 40 Prozent gibt, die tatsächlich in eine postmortale Organspende eingewilligt haben, kann mit der hier vorgeschlagenen Regelung zwar nicht beseitigt, aber entscheidend reduziert werden; damit wird auch dem Ziel des TPG, das sich in dessen § 1 Abs. S. 1 findet,

nämlich die Bereitschaft der Organspende in Deutschland zu fördern, Rechnung getragen. Für die in diesem Aufsatz vorgeschlagene Zulässigkeit und Regelung der empfängergerichteten Totenspende bedarf es entsprechender Aufklärungsarbeit. Am Ende gilt dennoch der so offensichtliche wie simple Grundsatz:

„Einmal [gespendet] besser als keinmal [...]“<sup>98</sup>

### Autor:

**Dipl. jur. Dr. med. Philipp Graef**  
**Holzbronner Str. 55**  
**75365 Calw-Stammheim**  
**graef.philipp@googlemail.com**

<sup>98</sup> *Shakespeare*, Sämtliche Werke in vier Bänden. Band 1, Berlin: Aufbau, 1975, S. 136–141, zuletzt abgerufen am 29.07.20 von: <http://www.zeno.org/nid/20005684269>; auf die Organspende bezogen: „weil und soweit andernfalls alle Organe für die Transplantation verloren gehen würden“; BT-Drs. 16/13740, S. 160; ähnlich *Lautenschläger* (Fn. 23), S. 97; „Ein Mehr an vermittlungsfähigen Organen bedeutet ein Mehr an lebensrettenden Transplantationen...“, so *Resch* (Fn. 20), S. 162.

Claudia Holzner

# Die Behandlung nach Standard

## a) Einleitung

Der Arzt schuldet dem Patienten sorgfältiges (Be-)Handeln nach dem medizinischen Standard des jeweiligen Fachgebietes zum Zeitpunkt der Behandlung. Die Berufshaftpflicht verlangt vom Freiberufler oder einer Person in vergleichbarer Position das Einstehenmüssen für den Standard seines Berufskreises. „Hinter dieser Haftungsform steht die Erwägung, dass jedermann, der einer Ausbildung und staatlichen Anerkennung zur Ausübung seines Berufs bedarf, besonderen Anforderungen zu genügen hat. Diese Anforderungen werden nicht nur vom Staat oder der anerkennenden Behörde an ihn gestellt, sondern sie spiegeln sich auch im Vertrauen seiner Patienten, Klienten oder sonstiger Rat- oder Hilfesuchender wider.“<sup>1</sup>

Der Standard ist anhand eines „auf die allgemeinen Verkehrsbedürfnisse ausgerichteten objektiven Sorgfaltsmaßstabs“<sup>2</sup> zu bestimmen, also anhand des „Verhaltens eines gewissenhaften Arztes in dem jeweiligen Fachgebiet.“<sup>3</sup> Diese Formulierung lässt viel Spielraum für Interpretationen: Wie sind allgemeine Verkehrs-

bedürfnisse definiert?<sup>4</sup> Wie objektiviert man einen Sorgfaltsmaßstab?<sup>5</sup> Grundlage der Erarbeitung von Standards und Leitlinien sind in der Regel wissenschaftliche Studien, die eine sehr unterschiedliche Qualität haben können.<sup>6</sup> Als Qualitätssicherungsmaßnahme wurden daher die Kriterien der Good Clinical Practice und der evidenzbasierten Medizin entwickelt, allerdings überwiegend für therapeutische, nicht für diagnostische Fragestellungen.<sup>7</sup> Noch in den 90er Jahren gab es heftige Widerstände dagegen, und zumindest vereinzelt wurde der Meinung von Autoritäten der Vorzug gegeben (sog. „Eminenzbasierte“ Medizin). Ebenso wenig wie diese ist die bloße Üblichkeit eines Handelns ein Kriterium des ärztlichen Standards. Vor Erlass des Patientenrechtegesetzes hatte der BGH dargelegt, dass der Arzt dem Patienten eine Behandlung nach dem jeweils zu fordernden medizinischen Standard schuldet. Dies verlangt, dass der Arzt grundsätzlich diejenigen Maßnahmen ergreifen muss, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt zu dem Zeitpunkt der Vornahme der

ärztlichen Handlung vorausgesetzt und erwartet werden können.<sup>8</sup>

Die Standardfestlegung in der konkreten Behandlungssituation ist die Frage: Nach welchen Grundsätzen ist der Patient zu behandeln oder wäre er zu behandeln gewesen?<sup>9</sup> Hierbei handelt es sich um eine medizinische Entscheidung, die aber durch eine Vielzahl von rechtlichen Spielregeln unterschiedlichsten Umfangs mitgeprägt wird.<sup>10</sup>

Bestimmt man den Standard in erster Linie auf Grundlage der wissenschaftlichen Erkenntnis, stellt sich die Folgefrage, wie diese wissenschaftliche Erkenntnis im Einzelnen zu bestimmen sein kann.<sup>11</sup> Für das, was wissenschaftliche Erkenntnis sein soll, kommen verschiedenste „Erkenntnisquellen“ in Betracht: Lehrbücher, Fallberichte, Kongressmitteilungen, Anwendungsbeobachtungen, Outcome-Studien, administrative Daten und natürlich Studien diversester Art und Qualität.<sup>12</sup> Würde man alle anführen, könnte die Standardfestlegung in eine gewisse Beliebigkeit ausarten, da jeder, der den Standard prägen möchte,

1 Deutsch, in: Heberer/Opderbecke/Spahn (Hrsg.), *Ärztliches Handeln – Verrechtlichung eines Berufsstandes Festschrift für Walther Weißbauer*, 12–22 (12); Zu dem Topos ärztliche „Berufshaftung“ vgl. die Ausführungen von Katzenmeier, § 2.1.4, S. 89.

2 BGH, Urt v 10.3.1992 – VI ZR 64/91 = ArztR 1992, 368 ff.; BGH, NJW 1992, 1560 (1561); vgl. BGH, Urt v 8.1.1991 – VI ZR 102/90 = NJW 1991, 1541, MDR 1991, 730, VersR 1991, 467 (469).

3 Zitiert nach Gaidzik, 2011, *Rechtsgrundlagen der Begutachtung* in: Widder/Gaidzik, *Begutachtung in der Neurologie*, 13 f. (30).

4 Schneider, *Standardveränderung in den letzten 10 Jahren – aus Sicht des Mediziners am Beispiel der Neurologie*, in: Jorzig/Uphoff (Schriftleitung) *Standard-Chaos? Der Sachverständige im Dickicht zwischen Jurisprudenz und Medizin*, S. 11 f. (12).

5 Ebenda.

6 Ebenda. *Zur Zeitbezogenheit des Standards* vgl. Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rn. 360.

7 Schneider, *Standardveränderung in den letzten 10 Jahren – aus Sicht des Mediziners am Beispiel der Neurologie*, in: Jorzig/Uphoff (Schriftleitung) *Standard-Chaos? Der Sachverständige im Dickicht zwischen Jurisprudenz und Medizin*, S. 11 f. (12).

8 BGH, Urt v 16.5.2000 – VI ZR 321/98=BGHZ 144, 296, NJW 2000, 2737.

9 Ebenda.

10 Ebenda.

11 Ebenda S. 1 f. (6).

12 Vgl. Raspe, *GesR* 2011, 449 (450); zitiert nach Buchner, *Die Darstellung des Standards aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, in: Jorzig/Uphoff (Schriftleitung) *Standard-Chaos? Der Sachverständige im Dickicht zwischen Jurisprudenz und Medizin*, S. 1 f. (6).

die für ihn genehme wissenschaftliche Erkenntnis heranziehen könnte.<sup>13</sup>

### b) Begriffsbestimmung

Pflicht des Arztes ist es, „den Patienten nach den Regeln der Medizin gewissenhaft zu behandeln und zu versorgen“.<sup>14</sup> Ähnlich formuliert es auch das Patientenrechtegesetz in § 630a Abs. 2 BGB: „Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen.“ Während früher regelmäßig der „Stand der Wissenschaft und Technik“ als sorgfaltsbegründendes Merkmal im Vordergrund stand, hat sich der Terminus „Standard“ im heutigen Sprachgebrauch durchgesetzt.<sup>15</sup> Andere Gesetze – bspw. § 5 Abs. 1 GenDG<sup>16</sup> – verwenden allerdings den Begriff „Stand der Wissenschaft und Technik“ noch (oder wieder).

Laut der Literatur und des BGH repräsentiert der „Standard in der Medizin den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.“<sup>17</sup> Prinzipiell sind medizinische Standards die selbstgesetzten Normen guter ärztlicher Behandlung des Berufsstandes.

13 Siehe – für das Beispiel der Hormontherapie – Buchner/Schmacke, GesR 2010, 169; zitiert nach Buchner, Die Darstellung des Standards aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Jorzig/Uphoff (Schriftleitung) Standard-Chaos? Der Sachverständige im Dickicht zwischen Jurisprudenz und Medizin, Schriftenreihe Medizinrecht, S. 1 f. (6).

14 OLG Düsseldorf, AHRS 6325/5.

15 Deutsch, NJW 1987, 1480 f.; zu BGH, NJW 1987, 1479.

16 Zur Problematik dieses Begriffs vgl. Reuter, in: Kern (Hrsg.), GenDG, 2012, § 5 Rn. 20.

17 BGH, Beschl v 22.12.2015 – VI ZR 67/15 = NJW 2016, 713, MedR 2016, 794 m Anm Prütting; Carstensen, DÄBl 1989, A 2431, 2432; Buchborn, MedR 1993, 328 ff.; Deutsch, JZ 1997, 1030, 1033; Kern, in: Jorzig, Arzthaftungsrecht, Rn. 22; Zur Zeitbezogenheit des Standards Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 360 ff.; vgl. weitergehend Buchner, in: Lilie/Bernat/Rosenau (Hrsg.), Standardisierung in der Medizin als Rechtsproblem, 63, 73.

Daraus folgt, dass die Ärzteschaft den medizinischen Standard durch ihr berufliches Tun selbst festlegt, nicht der Gesetzgeber durch Gesetzgebungsakte und ebenso nicht die Gerichte durch haftungsrechtliche Anforderungen. Letztere haben vielmehr mit medizinsachverständiger Hilfe darauf abzustellen, wie sich ein gewissenhafter Arzt in der gegebenen Lage verhalten hätte, was einhellig konform geht mit den Anforderungen der deutschen Rechtsprechung, die bereits in 1987 höchstrichterlich befand, dass Gerichte einen medizinischen Schulenstreit nicht zu entscheiden hätten.<sup>18</sup>

Erst das Zusammenspiel von wissenschaftlicher Erkenntnis, ärztlicher Erfahrung und der professionellen Akzeptanz führt zum Standard,<sup>19</sup> der dem einzelnen Berufsangehörigen eine Orientierungshilfe geben soll. Bisher ist das Rangverhältnis der drei verschiedenen Elemente des Standardbegriffs zueinander unklar. Klar ist hingegen, dass eine Nichteinhaltung im Schadensfall Verantwortlichkeit begründet. Heutzutage richtet sich die medizinische Standardbildung in erster Linie nach den methodischen Grundsätzen der Evidenzbasierten Medizin (Evidence-Based-Medicine, EbM),<sup>20</sup> denn die Beziehung von wissenschaftlicher Erkenntnis, ärztlicher Erfahrung und der professionellen Akzeptanz wurde in der Medizin

18 BGH, Urt v 22.12.1987 – VI ZR 32/87 = MedR 1988, 147–149; NJW 1988, 1514–1516; VersR 1988, 493–495; Gelenkversteifungsoperation am rechten Fuß mit Implantation eines Kieler Knochenspans. Kompressionsgebende Zugschrauben wurden nicht verwendet. Folge: Schmerzen und Funktionsstörungen im Fuß. Aufhebung des klageabweisenden zweitinstanzlichen Urteils und Zurückverweisen der Sache. Nichtverwenden der Zugschrauben ist vermutlich kein Behandlungsfehler, jedenfalls kein schwerer. Über diese Frage gibt es einen medizinischen Schulenstreit.

19 Hart, MedR 1998, 8, 9 f.; Kunz-Schmidt, NJ 2010, 177, 178.

20 vgl. zu allem Kunz/Ollenschläger/Raspe, Lehrbuch Evidenzbasierte Medizin in Klinik und Praxis; Frahm/Jansen/Katzenmeier/Kienzle/Kingreen/Lungstras/Saeger/Schmitz-Luhn/Woopen, Medizin und Standard – Verwerfungen und Perspektiven, MedR 2018, 447–457 (447).

durch die „Bewegung“<sup>21</sup> der EbM, die aus dem anglo-amerikanischen Bereich stammt, neu thematisiert und wesentlich beeinflusst.<sup>22</sup> Auch nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>23</sup> war und ist zur wissenschaftlichen Anerkennung des Standards bei jeder Therapie allerdings ein nachprüfbarer Beleg bezüglich deren Wirksamkeit zu verlangen.

„Standard“ bedeutet allerdings – auch nach dem Maßstab der EbM – keineswegs, dass eine erfolversprechende Behandlungsmethode stets zur Verfügung steht, ebenso kann eine fehlende Behandlungsoption standardgemäß sein.<sup>24</sup> Demzufolge gibt es immer noch vielzählige Behandlungsbereiche, wie wir auch in der derzeitigen Lage in Anbetracht der Pandemie ausgelöst durch einen Coronavirus erfahren, in denen sich noch kein Standard, entwickelt hat.<sup>25</sup> In diesen Fällen hat der Patient nach der Rechtsprechung des BGH zum zu beachtenden Standard bei Außenseitermethoden, die analog herangezogen werden können, einen Anspruch auf eine Behandlung nach dem Maßstab eines vorsichtigen Arztes.<sup>26</sup> Dem Arzt wird dann ein besonders sorgfältiger Vergleich zwischen den zu erwartenden Vor-

21 Weltweit: The Cochrane Collaboration mit ihren nationalen Cochrane Centers. In Deutschland existiert das Cochrane Zentrum in Freiburg i. Br. seit 1997; Vgl. insg. [www.cochrane.de/de/ebm](http://www.cochrane.de/de/ebm); Zugriff am 7.4. 2020; grundlegend Sackett et al., BMJ 1996, 71; Kunz/Ollenschläger/Raspe, Lehrbuch Evidenzbasierte Medizin in Klinik und Praxis.

22 Antes, Evidence-Based Medicine, Internist 1998, 39; 899–908 mit umfangreichen Literaturhinweisen; grundlegend Sackett/Richardson/Rosenberg/Haynes, Evidenzbasierte Medizin, 1999; Perleth/Antes, Evidenz-basierte Medizin, 1998; siehe auch das Schwerpunktheft Evidenz-basierte Medizin der ZaeFQ 1999; 93: Heft 6 (August).

23 BVerwG, Urt v 30.4.2009 – 3 C 4/08 = NJW 2009, 3593–3596; SGB 2009, 727–731; DÖV 2009, 725; DVBl 2009, 987

24 Kern, in: Ratzel/Lissel, Handbuch des Medizinisch-rechts, S. 32 Rn. 5.

25 Ebenda; Beispiel: Seuchenbekämpfung der Pandemie aufgrund der derzeitigen Corona-Viren.

26 KG Berlin, Urt v 24.10.2011 – 20 U 67/09; BGH, Urt v 22.5.2007 – VI ZR 35/06, NJW 2007, 2774, 2775.

und Nachteilen im jeweiligen Einzelfall und unter Berücksichtigung des Wohles seines Patienten abverlangt.<sup>27</sup>

### a. Facharztstandard

Der Begriff „Facharztstandard“ entstammt zivilrechtlichem Kontext, durch das Patientenrechtegesetz konkret dem Recht des Behandlungsvertrages. Auch vor dessen Inkrafttreten musste nach ständiger, höchstrichterlicher Rechtsprechung jede ärztliche Behandlungsmaßnahme bereits dem Facharztstandard entsprechen: „Immer muss nämlich der Standard eines erfahrenen [Facharztes] gewährleistet sein.“<sup>28</sup> Der BGH traf hierzu – wiederholt – die Kernaussage: „Der Standard repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat (...).“<sup>29</sup> Mit dem Patientenrechtegesetz und dessen gesetzlicher Normierung des bereits gängigen Richterrechtes wurde der § 630a Abs. 2 BGB (vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag) aufgenommen. Der fachliche Standard ist zunächst einmal relevant für die Vertragserfüllung, sekundär für die Frage einer möglichen Arzthaftung. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>30</sup> ist das Absehen von einer ärztlichen Maßnahme nicht erst dann behandlungsfehlerhaft, wenn die Maßnahme „zwingend“ geboten gewesen ist, sondern bereits dann, wenn ihr Unterbleiben dem im Zeitpunkt der Behandlung

bestehenden medizinischen Standard zuwiderläuft.<sup>31</sup>

§ 630 a BGB konkretisiert die Verantwortlichkeit des Arztes nach § 276 Abs. 2 BGB und die haftungsrelevanten Standards stellen daher die erforderliche Sorgfalt im Rahmen des § 276 Abs. 1 BGB dar.<sup>32</sup> Dort wird normiert, dass fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt<sup>33</sup> Der Arzt, der den geforderten Standard objektiv unterschreitet, indiziert damit regelmäßig die Verletzung der geforderten Sorgfalt.<sup>34</sup> Denn im Streitfall würde nicht der berufsrechtliche Status „Facharzt“ überprüft, sondern begutachtet werden, ob vorliegend der medizinische Sorgfaltsmaßstab eingehalten wurde, bei dessen Unterschreitung liegt ein Behandlungsfehler vor.<sup>35</sup> „Maßgebend ist der Standard eines erfahrenen Facharztes, also das zum Behandlungszeitpunkt in der ärztlichen Praxis und Erfahrung bewährte, nach naturwissenschaftlichen Erkenntnissen gesicherte, von einem durchschnittlichen Facharzt verlangte Maß an Kenntnis und Können.“<sup>36</sup> Beim Sorgfaltsmaßstab des Arztes sind nicht nur die im jeweiligen Fachgebiet geltenden Maßstäbe zu berücksichtigen, sondern auch allgemeine medizinische Grundkenntnisse.<sup>37</sup> Zu differenzieren ist je nach Fachrichtung und Versorgungsstufe.

Im Hinblick auf das Arzt-Patienten-Verhältnis ist festzuhalten, dass bereits in

2002 das OLG Karlsruhe entschied, eine kontraindizierte Behandlung dürfe auch nicht auf nachhaltigen Wunsch des Patienten durchgeführt werden.<sup>38</sup> Deshalb träfe den Patienten bei einer solchen Vorgehensweise für den eingetretenen Gesundheitsschaden noch nicht einmal ein Mitverschulden.<sup>39</sup> In 2016 bekräftigte das OLG Hamm diese Rechtsauffassung<sup>40</sup> und wiederholte: Auch auf ausdrücklich geäußerten Patientenwunsch hin dürfe der medizinische Standard unter keinen Umständen unterschritten werden.

Das OLG Hamm urteilte in 2004 zur Einhaltung des Facharztstandards, dass ein Eingriff, dessen Erfolgchance im unteren einstelligen Prozentbereich liegen würde, dann nicht indiziert sei, wenn die diagnostischen Möglichkeiten und die konservativen Behandlungsmöglichkeiten nicht ausgeschöpft sind.<sup>41</sup> Ebenfalls in 2004 entschied das OLG Hamm, falls eine Therapie mit gefährlichen Nebenwirkungen<sup>42</sup> verbunden sei, es im Einzelfall erforderlich sei, diese zu unterlassen, wenn deren Einsatz nicht zwingend fachärztlich geboten erscheint.<sup>43</sup> Zugrunde gelegt wird zur Beurteilung der ärztlichen Sorgfalt demnach eine objektive Betrachtung des Einzelfalls und diese ex ante: Es kommt darauf an, was von einem gewissenhaften und sorgfältigen Arzt der betroffenen Fachrichtung nach den von ihm objektiv zu erwartenden medizinischen Kenntnissen und Fähigkeiten zu verlangen war. Individuelle

27 Frahm/Jansen/Katzenmeier/Kienzle/Kingreen/Lungstras/Saeger/Schmitz-Luhn/Woopen, Medizin und Standard – Verwerfungen und Perspektiven, MedR 2018, 447–457 (447).

28 BGH, Urt v 10.3.1992 – VI ZR 64/91=ArztR 1992, 368 ff.; BGH, NJW 1992, 1560 (1561).

29 BGH, Beschl v 22.12.2015 – VI ZR 67/15= NJW 2016, 713, MedR 2016, 794 m Anm Prütting.

30 Ebenda.

31 Ebenda.

32 Groß, VersR 1996, 657, 663; fast wortgleich: Hart, MedR 1998, 8, 9; Deutsch, VersR 1997, 1030, 1033; ausführlich Velten, Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozess, 2001.

33 BGH, Urt v 16.3.1999 – VI ZR 34/98= NJW 1999, 1778, MedR 1999, 418.

34 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 339.

35 Kern, in: Ratzel/Lissel, Handbuch des Medizinischschadensrechts, S. 32 Rn. 5.

36 BGH, Urt v 19.4.2000 – 3 StR 442/99=NJW 2000, 2754, 2758.

37 Vgl. BGHZ 140, 309, 317; auch betreffend physikalischer Grundkenntnisse eines Behandlers; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, B. I. 1., Rn. 2.

38 OLG Karlsruhe, Urt v 11.9.2002 – 7 U 102/01=MedR 2003, 104–107; VersR 2004, 244–245; ArztR 2003, 253.

39 OLG Düsseldorf, Urt v 16.11.2000 – 8 U 101/99=VersR 2002, 611–613.

40 OLG Hamm, Urt v 26.4.2016 – 26 U 116/14=MedR 2017, 310.

41 OLG Hamm, Urt v 7.7.2004 – 3 U 264/03= VersR 2005, 942.

42 Beispielsweise wie hier die Säuberung von Wunden mit Wasserstoffperoxid.

43 OLG Hamm, Urt v 28.10.2002 – 3 U 200/01=VersR 2004, 200–202; ArztR 2003, 307–308.

Minderkenntnisse bleiben unberücksichtigt, Spezialkenntnisse des Arztes wirken standarderhöhend. Der Arzt hat ungewöhnliche, den Standard überschreitende Fähigkeiten, über die er nachweislich verfügt, gleichwohl zur Behandlung einsetzen.<sup>44</sup>

Für ein dem Standard zuwiderlaufendes Vorgehen ist der Arzt insofern haftungsrechtlich auch dann verantwortlich, wenn dieses aus seiner persönlichen Lage heraus subjektiv als entschuldigbar erscheinen mag.<sup>45</sup> Auf sein subjektives Empfinden kommt es bei der objektiven Beurteilung nicht an.

### b. Dynamischer Standard

Der Standard enthält ein starkes dynamisches Moment. Bezeichnet der Standard von Wissenschaft etwas Gegebenes und Erreichtes, so deutet Standard auf das, was der Gesetzgeber mit der erforderlichen Sorgfalt gebieten wollte, nämlich auf eine normativ auferlegte fortwährende Anpassung an Umstände und Gefahren.<sup>46</sup> Demzufolge ist der Standard nicht statisch festgelegt, sondern verändert sich mit den Fortschritten der Medizin, so dass die Außenseitermethode von gestern der Standard von heute ist und dabei eventuell der Behandlungsfehler von morgen.<sup>47</sup>

Der Begriff ist grundsätzlich verallgemeinernden Aussagen nur schwer zugänglich. Weder im Vertrags- noch im Deliktsrecht ist die Fülle der professionellen Anforderungen im Einzelnen festgelegt.

Der Arzt kann seine Pflichten nur erfüllen, wenn er die in seinem Fach jeweils maßgebenden Standards kennt und beherrscht. Daraus folgt eine fortwährende Rechtspflicht zur beruflichen Fortbildung, deren Gewicht im Zeichen der raschen medizinischen und technischen Fortschritte weiter wächst.<sup>48</sup> Vom Arzt kann nur das Wissen und die Fähigkeit verlangt werden, welche zum Zeitpunkt der Behandlung vom Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft umfasst sind. Fehlerhaft ist somit nur eine Verhaltensweise, die zum Zeitpunkt der Behandlung in erkennbarer Weise nicht dem medizinischen Standard entsprach.<sup>49</sup> Obwohl die Gerichte im Streitfall das Geschehen ex post betrachten, kommt es für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit allein auf die Sicht ex ante an. Die Frage an den Gutachter lautet daher, ob ein bestimmtes Geschehen zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses ein Behandlungsfehler war. Nachträgliche Erkenntnisse können sich allein zum Vorteil des Arztes auswirken, wenn sie den von ihm eingeschlagenen Weg rechtfertigen.<sup>50</sup> „Die Frage, ob das Vorgehen der im Jahr 1958 behandelnden Ärzte als schuldhafter Behandlungsfehler zu qualifizieren ist, kann nur nach dem damaligen Erkenntnisstand der ärztlichen Heilkunst und den damals zur Verfügung stehenden Untersuchungsmethoden beurteilt werden“, entschied 1987 das OLG Karlsruhe.<sup>51</sup> Der Umstand, dass eine bestimmte Operationstechnik in späteren Jahren Facharztstandard wurde, ist für die Beurteilung von früheren Fällen unbeacht-

lich.<sup>52</sup> Dies gilt ebenso für Methoden der Früherkennung, die früher entweder unbekannt waren oder wesentlich seltener durchgeführt wurden.<sup>53</sup> Grundsätzlich schuldet der Arzt keine neuen diagnostischen oder therapeutischen Methoden, die den *noch* geltenden Standard übertreffen.<sup>54</sup> Allerdings führt die ständig fortschreitende Entwicklung von Standards auch dazu, dass die ärztliche Therapiefreiheit immer weiter in den Hintergrund gedrängt wird, obgleich der Arzt selber diesbezüglich nicht von seiner Sorgfaltspflicht in der sachgerechten Therapiewahl entbunden wird.<sup>55</sup> Darüber hinaus ist eine Medizin ohne Fortschritt als Rückschritt zu betrachten, insbesondere allein vor dem Hintergrund, dass sich bspw. auch Bakterien an Antibiotika ständig anpassen, bis die Mittel ihre Wirkung verlieren.<sup>56</sup> Somit hat der BGH bei der Wahl neuer Behandlungen hier auch einen neuen Sorgfaltsmaßstab eingeführt, den des „vorsichtigen Arztes“. Für neue Methoden gilt: Besonders umfassend aufklären, besonders vorsichtig behandeln, besonders detailliert dokumentieren.

Diese neuen Methoden hat der Arzt durchaus in die Behandlung einzuführen oder dem Patienten zugänglich zu machen, sollte nach der Art der Erkrankung möglich und notwendig erscheinen. Exemplarisch für diese Rechtsauffassung ist auch ein Urteil des OLG Hamm aus 2016, welches sich mit dem Standard bei einer psychotherapeutischen Behandlung, dem Gebot der Aufklärung über alternative Therapien und mit der (alleinigen)

44 BGH, Urt v 10.2.1987 – VI ZR 68/86=NJW 1987, 1479.

45 Frahm/Jansen/Katzenmeier/Kienzle/Kingreen/Lungstras/Saeger/Schmitz-Luhn/Woopen Medizin und Standard – Verwerfungen und Perspektiven, MedR 2018, 447–457 (450).

46 Kern, in: Ratzel/Lissel, Handbuch des Medizinerschadensrechts, S. 32 Rn. 5.

47 Schroeder-Printzen, Anm z Urt d BSG v 5.7.1995 (Az.: 1 RK 6/95, MedR 1996, 373), MedR 1996, 379.

48 BGH, Urt v 29.1.1991 – VI ZR 206/90=BGHZ 113, 297 = NJW 1991, 1535 = MedR 1991, 195 (Heilpraktiker); auch OLG München, VersR 2000, 890.

49 OLG Hamm, MedR 2006, 112.

50 Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, B 9; Wagner, in: MüKoGB, § 630a, Rn 143.

51 OLG Karlsruhe, VersR 1989, 808.

52 OLG München, Urt v 2.2.2012 – 1 U 5333/10.

53 OLG Hamm, MedR 2006, 112.

54 Kern, in: Ratzel/Lissel, Handbuch des Medizinerschadensrechts, S. 32 Rn. 5.

55 Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, HdB. Arzt, § 96 Rn. 47

56 Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, HdB. Arzt, § 96 Rn. 51

diesbezüglichen Entscheidungshoheit des Behandlers befasst.<sup>57</sup>

Auf den Zeitpunkt der Behandlung ist bei der Standardbestimmung somit dann ausnahmsweise nicht abzustellen, wenn die ärztliche Maßnahme im Nachhinein (etwa aufgrund neuerer Forschungsergebnisse) eben doch als vertretbar einzustufen ist,<sup>58</sup> dies ist ein Einzelfall, bei dem es dann auf den späteren Standard ankommt.<sup>59</sup>

### c. Gruppenstandard

Zwar muss die Therapie dem medizinischen Standard entsprechen, aber geschuldet wird nicht stets das jeweils neueste Therapiekonzept mittels einer auf den jeweils neuesten Stand gebrachten apparativen Ausstattung.<sup>60</sup> 1987 wurde seitens des BGH entschieden, dass nicht in jeder Klinik das neueste Therapiekonzept verfolgt und auch nicht stets eine auf den neuesten Stand gebrachte apparative Ausstattung vorgehalten werden muss.<sup>61</sup> Für eine Übergangszeit darf nach älteren, bewährten Methoden behandelt werden.<sup>62</sup> Diese Ansicht geht konform mit der Entscheidung des OLG Köln aus dem darauffolgenden Jahr 1988, die besagt, dass ein Patient keinen Anspruch auf die denkbar beste apparative Ausstattung in einem

Klinikum besitzt. Dies gelte selbst für Universitätsklinik.<sup>63</sup> Ebenfalls aus dieser Zeit stammt die Entscheidung des ArbG Gelsenkirchen, dass die ärztliche Therapiewahl zwar nicht von haushaltsrechtlichen Erwägungen abhängig gemacht werden dürfe,<sup>64</sup> solange aber dem Patienten im Krankenhaus eine Behandlung geboten würde, die dem jeweils zu fordernden medizinischen Standard genügt, sei er ärztlicherseits nicht darüber aufzuklären, dass dieselbe Behandlung andernorts mit besseren personellen und apparativen Mitteln und deshalb mit einem etwas geringeren Komplikationsrisiko möglich ist.

Generell ist daher nicht auf den optimalen, sondern auf den unter den konkreten Gegebenheiten zu erwartenden Standard abzustellen. In Grenzen ist der zu fordernde medizinische Standard je nach den personellen und sachlichen Möglichkeiten verschieden. Er kann bspw. in einem mittleren oder kleineren Krankenhaus der Allgemeinversorgung gewahrt sein, wenn jedenfalls die Grundausstattung modernen medizinischen Anforderungen entspricht, auch wenn in einer Universitätsklinik oder einer personell und apparativ besonders gut ausgestatteten Spezialklinik überlegene Möglichkeiten bestehen.<sup>65</sup>

Diagnose- und Behandlungsmöglichkeiten, die erst in wenigen Spezialklinien erprobt und durchgeführt werden, sind für den allgemeinen Qualitätsstandard nur insoweit zu berücksichtigen, als es um die Frage geht, ob der Patient wegen eines speziellen Leidens in die Spezialklinik hätte überwiesen werden müssen.

In 2015 urteilte das OLG Hamm,<sup>66</sup> dass es keinen medizinischen Standard geben würde, der jegliche Art von Infektionen ausschließe. Ein solcher Standard sei allenfalls theoretisch vorstellbar, im Klinikalltag aber praktisch nicht zu erreichen. Haftungsrechtlich ist der Arzt nicht auf sein Fachgebiet festgelegt. Er muss aber, sollte er sich auf ein anderes als sein eigenes Fachgebiet begeben, dessen Standard ebenfalls garantieren können.<sup>67</sup>

## c) Entscheidungshilfen für Arzt und Patient

Sozialrechtliche Richtlinien müssen weitestgehend, medizinische Leitlinien sollen, Empfehlungen und begründete Stellungnahmen können befolgt werden.<sup>68</sup>

### a. Richtlinien

Richtlinien der Bundesausschüsse für Ärzte bzw. Zahnärzte und Krankenkassen, vgl. §§ 91 ff SGB V, insbesondere solche des GKV-Rechts, sind Regelungen des Handelns oder Unterlassens, die von einer gesetzlich, berufsrechtlich, standesrechtlich oder satzungsrechtlich legitimierten Institution konsensiert, schriftlich fixiert und veröffentlicht werden, für den Rechtsraum dieser Institution verbindlich sind und deren Nichtbeachtung definierte Sanktionen nach sich ziehen

57 OLG Hamm, Urt v 11.11.2016 – I–26 U 16/16=MedR 2017, 814.

58 Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, HdB. Arzt, § 96 Rn. 51; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 372 f.

59 Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, Rn. 80.

60 Kern, in: Ratzel/Lissel, Handbuch des Medizinerschadensrechts, S. 32 Rn. 5.

61 BGH, Urt v 22.9.1987 – VI ZR 238/86=BGHZ 102, 17–27; MedR 1988, 91–94; NJW 1988, 763–765; VersR 1988, 179–181; vgl. auch BGH, MedR 1984, 230; In einer Landesfrauenklinik wurde 1980 eine Sterilisation mit monopolarer Hochfrequenzstrom durchgeführt. Die Patientin wurde nicht auf die Möglichkeit der Verwendung bipolaren Hochfrequenzstromes hingewiesen. Resultat war hier allerdings die Klageabweisung.

62 BGH, Urt v 22.9.1987 – VI ZR 238/86=BGHZ 102, 17–27; MedR 1988, 91–94; NJW 1988, 763–765; VersR 1988, 179–181; vgl. auch BGH, MedR 1984, 230.

63 OLG Köln, Urt v 19.8.1998 – 5 U 103/97=ArztR 2001, 24–25; VersR 1999, 847–848.

64 ArbG Gelsenkirchen, Beschl v 20.12.1996 – I GA 45/96=MedR 1997, 224.

65 BGH, MDR 1994, 891.

66 OLG Hamm, Urt v 14.4.2015 – 26 U 125/13=RDG 2015, 184; BeckRS 2015, 8958.

67 Frahm/Jansen/Katzenmeier/Kienzle/Kingreen/Lungstras/Saeger/Schmitz-Luhn/Woopen Medizin und Standard – Verwerfungen und Perspektiven, MedR 2018, 447–457 (447).

68 Ollenschläger/Thomeczek, Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Ziele, Implementierung, in: BÄK, KBV, AWMF (Hrsg.), Curriculum Qualitätssicherung, Teil I: Ärztliches Qualitätsmanagement, Texte und Materialien der BÄK zur Fortbildung und Weiterbildung, Bd. 10, 1996, Seite 177ff.

kann.<sup>69</sup> Sie werden öffentlich-rechtlich begründet und angeordnet,<sup>70</sup> vermögen den Arzt aber nicht von sonstigen zwingenden Rechtsvorschriften zu entbinden.<sup>71</sup> Richtlinien finden sich ganz wesentlich im Sozialrecht, insbesondere im Vertragsarzt- und Vertragszahnarztrecht dort erlangen sie sozialrechtliche Verbindlichkeit,<sup>72</sup> ebenso finden sie sich aber auch im Berufsrecht.<sup>73</sup> Die sozialrechtlichen Richtlinien beinhalten regelmäßig auch Wirtschaftlichkeitsüberlegungen. Im Sozialrecht legen die Richtlinien des GBA einen medizinisch einzuhaltenden Mindeststandard fest, die haftungsrechtliche Geltung dieser Richtlinien ist umstritten.<sup>74</sup> Richtlinien legen den Standard insoweit fest, als eine Unterschreitung jedenfalls im sozialrechtlichen Sinn unzulässig ist; der Standard kann

aber mehr verlangen als die Richtlinien festlegen.<sup>75</sup>

Im Einzelfall können Richtlinien wie die Mutterschaftsrichtlinien auch den ärztlichen Standard wiedergeben und dürfen nicht unterschritten, müssen aber ohne Anlass auch nicht überschritten werden.<sup>76</sup> So ist ein niedergelassener Gynäkologe im Rahmen der Schwangerschaftsbetreuung nur zur Vornahme der in den Schwangerschaftsrichtlinien vorgesehenen Maßnahmen verpflichtet, wenn er nicht über höherwertige Qualifikationen wie z. B. DEGUM II verfügt.<sup>77</sup>

Verstößt der Arzt im Einzelfall gegen diese oder eine andere Richtlinie der Bundesausschüsse der Ärzte bzw. der Zahnärzte und liegt hierfür keine besondere vom Arzt darzulegende medizinische Rechtfertigung vor, wird von der überwiegenden Ansicht ein haftungsrechtlich relevanter Verstoß gegen den medizinischen Standard bejaht,<sup>78</sup> denn die Einhaltung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft wird (widerlegbar) vermutet, wenn die jeweilige Richtlinie beachtet worden ist. Ausnahme hiervon sind die Richtlinien der Bundesärztekammer und der Deutschen Krankenhausgesellschaft, diese sind nur als Empfehlungen – siehe nachfolgend – zu bewerten.

### b. Empfehlungen

Empfehlungen lenken die Aufmerksamkeit der Ärzteschaft und der Öffentlichkeit auf bestimmte Themen oder Sachverhalte, indem umfassende Informationen und Anregungen, Ratschläge oder Hinweise sowie konsentrierte Lösungsstrategien zu ausgewählten Fragestellungen vermittelt werden. Hierzu zählen trotz der anderslautenden Betitelung auch die Richtlinien der Bundesärztekammer und der Deutschen Krankenhausgesellschaft, diese sind ebenfalls lediglich als Empfehlung zu bewerten.

### c. Stellungnahmen

Stellungnahmen sind Ausführungen, in denen ein Standpunkt zu einem ausgewählten Thema oder zu einer Frage vermittelt wird. Dieser wird insbesondere mit Blick auf die Ärzteschaft sowie die Öffentlichkeit nachvollziehbar, überzeugend und plausibel begründet.

### d. Leitlinien

Medizinische Leitlinien, die lange Zeit in keinem Gesetz oder einer Verordnung enthalten waren, haben durch die GKV-Gesundheitsreform, die zum 1.1.2000 in Kraft trat gem. § 137e SGB V eine Legalfunktion und eine Verankerung im Sozialgesetzbuch erhalten. Gem. § 137e SGB V muss ein Koordinierungsausschuss gebildet werden, dem neben Vertretern der Krankenkassen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft auch Repräsentanten der Bundesärztekammer, der Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung angehören. Diesem ist aufgetragen worden, zusammen mit den Bundesausschüssen und im Zusammenspiel mit den Fachgesellschaften Kriterien für mindestens zehn evidenzbasierte medizinische Leitlinien pro Jahr zu entwerfen. Diese werden als Handlungsempfehlungen nach einer bestimmten Methodik (S1-, S2- oder S3-Leitlinien) entwickelt und

69 Bloch/Lauterbach/Oesingmann/Rienhoff/Schirmer/Schwartz, Beurteilungskriterien für Leitlinien in der medizinischen Versorgung, Beschlüsse der Vorstände von Bundesärztekammer und Kassenärztlicher Bundesvereinigung v. Juni 1997, DÄBl. 1997; 94: A-2154-5, abrufbar unter <https://www.aerzteblatt.de/archiv/7397/Bekanntmachungen-Beurteilungskriterien-fuer-Leitlinien-in-der-medizinischen-Versorgung-Beschlusse-der-Vorstaende-von-Bundesaerztekammer-und-Kassenaerztlicher-Bundesvereinigung-Juni-1997>, zuletzt abgerufen am 7.4.2020; Bergmann, GesR 2006, 337.

70 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 215.

71 Vgl. Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, HdB.Arzt., § 5 Die Rechtsquellen, Rn. 24.

72 Bergmann, GesR 2006, 337, 338; Frahm, GesR 2005, 529, 531; Müller, VPräsBGH, GesR 2004, 257, 260; Jorzig/Feifel, GesR 2004, 310, 311; Geiß/Greiner, Rn. B 9 a.

73 Bloch/Lauterbach/Oesingmann/Rienhoff/Schirmer/Schwartz, Beurteilungskriterien für Leitlinien in der medizinischen Versorgung, Beschlüsse der Vorstände von Bundesärztekammer und Kassenärztlicher Bundesvereinigung v. Juni 1997, DÄBl. 1997; 94: A-2154-5, abrufbar unter <https://www.aerzteblatt.de/archiv/7397/Bekanntmachungen-Beurteilungskriterien-fuer-Leitlinien-in-der-medizinischen-Versorgung-Beschlusse-der-Vorstaende-von-Bundesaerztekammer-und-Kassenaerztlicher-Bundesvereinigung-Juni-1997>, zuletzt abgerufen am 7.4.2020.

74 Vgl. Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, HdB.Arzt., § 5 Die Rechtsquellen, Rn. 25; Martis MDR 2009, 1082 f.

75 Müller, VPräsBGH, GesR 2004, 257, 260; Geiß/Greiner, Rn. B 9 a.

76 KG, UrT v 2.10.2003 – 20 U 402/01=NJW 2004, 691; Butzer/Kaltenborn, MedR 2001, 335; a.A. Schmidt-Recla, GesR 2003, 138, 139: hätten nur sozialversicherungsrechtliche Wirkung.

77 OLG Hamm, UrT v 28.4.2010 – 1-3 U 84/09=MedR 2010, 714; DEGUM II Zertifizierung: Die weiterführende sonographische Diagnostik gemäß der DEGUM-Stufe II dient schwerpunktmäßig der Erkennung fetaler Entwicklungsstörungen in speziellen Risikokollektiven.

78 Müller, VPräsBGH, GesR 2004, 257, 260; auch BGH, Beschl v 28.3.2008 – VI ZR 57/07=GesR 2008, 361: Maßstab für den Standard; KG, UrT v 2.10.2003 – 20 U 402/01=NJW 2004, 691; Francke/Regenbogen, MedR 2002, 174, 175; Paue/Offenloch, Rn 150a, 543 a: Abweichung bedarf besonderer Rechtfertigung; Ziegler, VersR 2003, 545, 546: haftungsrechtliche Relevanz beim Verstoß gegen Leitlinien und Richtlinien.

geben den Erkenntnisstand der Medizin zu einem bestimmten Zeitpunkt wieder. Sie gelten als Entscheidungshilfen über die angemessene ärztliche Vorgehensweise bei speziellen gesundheitlichen Problemen.<sup>79</sup> Man spricht insoweit von wissenschaftlich begründeten und praxisorientierten Handlungsempfehlungen.<sup>80</sup> oder Orientierungshilfen im Sinne von „Handlungs- und Entscheidungskorridoren“, von denen in begründeten Fällen abgewichen werden kann oder sogar muss.<sup>81</sup> Immer Bestandteil ist die Beurteilung der konkret erforderlichen Sorgfalt.<sup>82</sup> Ärztliche Leitlinien sind eine Form der Festsetzung von Regeln guter ärztlicher Behandlung durch professionelle Institutionen.<sup>83</sup> Sie sind auf Basis von § 137 SGB V zu entwickeln, stellen aber selbst kein unmittelbar wirkendes rechtsnormierendes Normengefüge dar und besitzen im Regelfall daher keine unmittelbare rechtliche Wirksamkeit. Rechtlich verbindlich sind Leitlinien erst dann, wenn sie rechtlich umgesetzt werden, was in unterschiedlicher Weise bspw. im zivilrechtlichen Haftungsrecht über § 276 BGB und § 630a Abs. 2 BGB<sup>84</sup> erfolgt. Grundsätzlich existieren Leitlinien in der Form internationaler, nationaler, regionaler und lokaler Leitlinien oder als krankenhausinterne, abteilungsgebundene und praxisnetzinterne Handlungsanweisungen. Leitlinien müssen in einen schlüssigen Zusammenhang mit der EbM

(Evidence-Based-Medicine) gestellt werden.<sup>85</sup> Das Vorgehen in der EbM besteht in fünf Schritten: Formulierung einer wissenschaftlich untersuchbaren Fragestellung, systematische Literaturrecherche nach geeigneten Studien, kritische Evidenzbewertung, Anwendung der gewonnenen Einsichten in Abwägung der konkreten klinischen Situation und selbstkritische Evaluation.<sup>86</sup>

Aufgestellt werden sie von internationalen und nationalen Ärzteorganisationen, insbesondere von medizinischen Fachgesellschaften, aber auch von regionalen (z.B. Ärztekammern, Fachorganisationen in den Ländern) und lokalen Institutionen (bis hin zu Krankenhausabteilungen und Praxisnetzen). Sie dienen als Erkenntnisquellen für wissenschaftliche Evidenz, die in der Hierarchie weit oben stehen und deren standardsetzender Charakter seit langem diskutiert wird.<sup>87</sup> Nach dem System der AWMF werden Leitlinien in vier Entwicklungsstufen von S1 bis S3 entwickelt und klassifiziert, wobei S3 die höchste Qualitätsstufe der Entwicklungsmethodik ist.

- S1: Die Leitlinie wurde von einer Expertengruppe im informellen Konsens erarbeitet.
- S2k: Eine formale Konsensfindung hat stattgefunden.

85 Antes, Evidence-Based Medicine, Internist 1998; 39: 899-908; Sackett/Richardson/Rosenberg/Haynes, Evidenzbasierte Medizin, 1999.

86 Vgl. insg. www.cochrane.de/de/ebm, letzter Zugriff am 10.4.2020; grundlegend Sackett et al., BMJ 1996, 71.

87 Für einen standardsetzenden Charakter: Hart, in: ders. (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien im Medizin und Gesundheitsrecht, Recht und Empirie professioneller Normbildung, 2005, S. 115 ff., ders., MedR 1998, 8 (10 ff.); dagegen Stöhr, Leitlinien, Richtlinien und ärztliche Haftung, in: Müller/Osterloh/Stein (Hrsg.), FS für G. Hirsch zum 65. Geburtstag, S. 431 f. (437); ders., MedR 2010, 214 (215); BGH, GesR 2008, 361: „Leitlinien (...) können im Gegensatz zu den Richtlinien (...) nicht unbesehen mit dem zur Beurteilung eines Behandlungsfehlers gebotenen medizinischen Standard gleichgesetzt werden. Sie können kein Sachverständigengutachten ersetzen und ebenso nicht unbesehen als Maßstab für den Standard übernommen werden“; daran anschließend: BGH, VersR 2011, 1202; auch Ihle, GesR 2011, 394; Kopp GesR 2011, 385 (386).

- S2e: Eine systematische Evidenz-Recherche hat stattgefunden.
  - S3: Die Leitlinie hat alle Elemente einer systematischen Entwicklung durchlaufen (Logik-, Entscheidungs- und Outcome-Analyse, Bewertung der klinischen Relevanz wissenschaftlicher Studien und regelmäßige Überprüfung).
- Die methodische Qualität einer S3-Leitlinie ist dementsprechend höher als die einer S2- oder S1-Leitlinie. Die überwiegende Mehrheit (knapp 70 %) aller Leitlinien der wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften sind allerdings S1-Leitlinien. Grundsätzlich beinhalten ärztliche Leitlinien keine Wirtschaftlichkeitsüberlegungen und sollten von diesen auch strikt getrennt werden. Hierbei handelt es sich um die bislang gültige Einhaltung des Trennungs- und Transparenzgebotes. Leitlinien haben somit eher eine Rationalisierungsfunktion für (haftungs-)rechtliche Entscheidungen, denn sie machen die Basis medizinischer Bewertungen transparent und tragen damit auch zur Qualitätsverbesserung rechtlicher Entscheidungen über Behandlungsfehler bei.<sup>88</sup> Die Rede ist insoweit von Leitlinien als „sichtbar gemachtem Standard“<sup>89</sup> oder auch von der Leitlinie als „antizipiertem Sachverständigengutachten“<sup>90</sup> wobei ausschlaggebend für die konkrete Geltungskraft einer Leitlinie deren jeweiliges Ranking innerhalb der Leitlinien-Ordnung ist.<sup>91</sup>

## i. Die Leitlinie im Verhältnis zum Standard

Standard und Leitlinie sind keine sich widersprechenden Gegensätze, sondern bedeuten für die Rechtsprechung inhalt-

88 Vgl. Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, HdB.Arzt., § 5 Die Rechtsquellen, Rn. 23.

89 Taupitz, AcP 2011, 352 (367 f.).

90 Taupitz, AcP 2011, 352 (378), ders., Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 1172 ff.

91 Stöhr, Leitlinien, Richtlinien und ärztliche Haftung, in: Müller/Osterloh/Stein (Hrsg.), FS für Hirsch zum 65. Geburtstag, S. 431 f. (432).

79 Definition der AWMF bei Bergmann, BADK-Information 2003, S. 125 und Bergmann, GesR 2006, 337.

80 Ebenda.

81 Ebenda.

82 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 362.

83 Hart, MedR 1998, 8ff; ders. (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien – Empirie und Recht professioneller Normsetzung, 2000 (Tagungsband mit medizinischen und rechtlichen Beiträgen); ders., Ärztliche Leitlinien – rechtliche Aspekte, Äztl. Fortbildg. Qualitätssicherung, 2000; 94: 65 (69); vgl. Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, HdB.Arzt., § 5, Die Rechtsquellen, Rn. 23.

84 Vgl. Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, HdB.Arzt., § 5 Die Rechtsquellen, Rn. 23.

lich und funktionell dasselbe, nämlich keinen absoluten, sondern lediglich einen relativen Maßstab zur Bestimmung der Generalklausel der „berufsspezifischen ärztlichen Sorgfalt“.

Die Leitlinie dient als Ausgangspunkt der Behandlungsentscheidung für den individuellen Patienten.<sup>92</sup> Der Sachverständige hat im Gutachten die vorhandenen Leitlinien zu nennen, ihre Beachtung im Einzelfall festzustellen und gegebenenfalls das ärztliche Abweichen davon zu beurteilen.<sup>93</sup> Da die Leitlinie nicht identisch mit dem Standard ist,<sup>94</sup> sondern allenfalls im Einzelfall den Standard darstellen kann, ist das Verhältnis von Standard zur Leitlinie strittig: „Die Leitlinie ist medizinisch verbindlich, wenn sie dem Standard entspricht und rechtlich verbindlich, weil sie dem Standard entspricht.“<sup>95</sup>

Auch die Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände können nicht unbezogen mit dem zur Beurteilung eines Behandlungsfehlers gebotenen medizinischen Standard gleichgesetzt werden.<sup>96</sup> Der evidenzbasierten Konsensus-Leitlinie (der sog. S 3-Leitlinie) wird dabei zwar die höchste wissenschaftliche Legitimation zugesprochen, da sie nach dem zwischen AWMF, BÄK und ÄZQ verabredeten Clearingverfahren zustande kommt und als medizinisch verbindlich gilt.

92 Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, Hdb. Arzt, § 5 Die Rechtsquellen, Rn. 23 f.

93 Kern, in: Ratzel/Lissel, Handbuch des Medizinschadensrechts, S. 32 Rn. 25.

94 BGH, Beschl v 28.3.2008 – VI ZR 57/07=GesR 2008, 361; OLG Düsseldorf, Urt v 25.1.2007 – I 8 U 116705=GesR 2007, 110, 111; OLG Bamberg, Beschl v 28.7.2008 – 4 U 115/07=OLGR 2008, 784 = GesR 2008, 594, 595.

95 Hart, in: ders. (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht. Recht und Empirie professioneller Normbildung, 2005, S. 115; vgl. ferner Laufs, in: Berg/Ulsenheimer, Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis- und Krankenhausorganisation, 2006, S. 253 ff.

96 BGH, Beschl v 28.3.2008 – VI ZR 57/07=GesR 2008, 361; OLG Düsseldorf, Urt v 25.1.2007 – I 8 U 116705=GesR 2007, 110, 111; OLG Bamberg, Beschl v 28.7.2008 – 4 U 115/07=OLGR 2008, 784 = GesR 2008, 594, (595).

Diese „Vermutung“ gilt für andere Leitlinien grundsätzlich nicht und so ist beispielsweise das OLG Naumburg<sup>97</sup> der Ansicht, S 1- und S 2-Leitlinien hätten lediglich informatorischen, deklaratorischen Charakter. Dass die Auswirkung stark sein kann,<sup>98</sup> im Einzelfall sogar den Haftungsmaßstab bestimmt,<sup>99</sup> ist unbestritten. Einzelfallbezogen können Leitlinien sich zum medizinischen Standard entwickeln.<sup>100</sup>

Der Standardbegriff in der Medizin setzt sich zusammen aus den Elementen wissenschaftliche Erkenntnis, praktische Erfahrung und Akzeptanz in der Profession.<sup>101</sup> Alle Erkenntnisse des Standards sind dabei dynamisch, sie stellen auf den momentanen Stand der Erkenntnisse ab. Zwar sollen vertrauenswürdige Leitlinienempfehlungen den gegenwärtigen, gesicherten und anerkannten Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft beschreiben,<sup>102</sup> ob sie dies im Einzelfall tun und dann auch auf die individuelle Behandlungssituation passen, muss jeweils geklärt werden.<sup>103</sup> Zu prüfen ist demnach, ob die Leitlinie den medizinischen Standard tatsächlich wiedergibt,<sup>104</sup> eine Abweichung legitimiert oder diese gegenteilig

97 Urt v 25.3.2002 – 1 U 111/01=MedR 2002, 471, 472; Urt v 19.12.2001 – 1 U 46/01=MedR 2002, 1373, 1374; Urt v 11.7.2006 – 1 U 1/06=BeckRS 2007, 03103, Seite 11 und Urt v 1.11.2007 – 1 U 13/07=OLGR 2008, 284, 285

98 OLG Köln, VersR 2012, 1305.

99 BGH, Urt v 15.2.2000 – VI ZR 48/99=NJW 2000, 1784; VersR 2000, 725, 726; Geiß/Greiner, Rn. B 9a; Pauge/Offenloch, Rn. 150a, 543 a: Abweichung bedarf besonderer Rechtfertigung; OLG Düsseldorf, VersR 2000, 1019.

100 Ebenda.

101 Zum Zusammenhang von rechtlichem und medizinischem Standardbegriff die Beiträge in Deutsch/Kleinsorge/Scheler (Hrsg.), Verbindlichkeit der medizinisch-diagnostischen und therapeutischen Aussage, 1983; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 212; Hart MedR 1998, 8ff m. w. N. und insgesamt Hart (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien.

102 Ollenschläger, Standardbestimmung durch Leitlinien?, in: Jorzig/Uphoff (Schriftleitung) Standard-Chaos? Der Sachverständige im Dickicht zwischen Jurisprudenz und Medizin, S. 17 f. (24).

103 Ebenda.

104 Kern, in: Ratzel/Lissel, Handbuch des Medizinschadensrechts, S. 32 Rn. 25.

sogar erforderlich macht.<sup>105</sup> Inhaltlich sind Leitlinien als Ratschläge zu verstehen.<sup>106</sup> Der Arzt muss von der Leitlinie abweichen, wenn das Krankheitsgeschehen dies erfordert. Allerdings muss der Arzt sich auf die Dokumentation und Begründung seiner ärztlichen Entscheidung einstellen.<sup>107</sup> Jede Behandlung kann durch Besonderheiten geprägt sein, die in spezifischen Merkmalen der Erkrankung oder des Patienten begründet sind, woraus resultiert, dass nicht jeder Verstoß gegen Leitlinien gleichbedeutend ist mit einem Sorgfalts- oder gar einem Behandlungsfehler, schon gar nicht einem groben.<sup>108</sup>

Im Einzelfall wird der Verstoß gegen Leitlinien mehr eine Indizwirkung für das Vorliegen eines Sorgfaltsverstoßes besitzen.<sup>109</sup> Das OLG Jena befand in 2010, dass es sich bei einer S3-Leitlinie um eine bereits evidenzbasierte Konsensusleitlinie mit Erfassung der systematischen Entwicklung (sog. Clearingverfahren) handele, die einen Behandlungskorridor eröffnet, innerhalb dessen der Arzt sich in seinem therapeutischen Ermessen bewe-

105 Vgl. Deutsch RPG 1999, 3ff; Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, Hdb.Arzt, § 5 Die Rechtsquellen, Rn. 22 f.

106 Ollenschläger, Standardbestimmung durch Leitlinien?, in: Jorzig/Uphoff (Schriftleitung) Standard-Chaos? Der Sachverständige im Dickicht zwischen Jurisprudenz und Medizin, S. 17 f. (24).

107 Ebenda.

108 OLG Brandenburg, Beschl v 28.7.2008 – 4 U 115/07, OLGR 2008, 784 = GesR 2008, 594, 596: Verstoß nicht per se fehlerhaft; OLG Hamm, Urt v 9.5.2001 – 3 U 250/99, OLGR 2002, 176, 177; OLG Naumburg, Urt v 1.11.2007 – 1 U 13/07, OLGR 2008, 284, 286 = NJW-RR 2008, 408, 410: Verstoß gegen S 1-Leitlinie indiziert keinen Behandlungsfehler; OLG Naumburg, Urt v 11.07.2006 – 1 U 1/06, BeckRS 2007, 03103, Seite 11: Abweichung von S 2-Leitlinie kann geboten, zumindest aber vertretbar sein; Geiß/Greiner, Rn. B 9a; Jorzig/Feifel, GesR 2004, 310, 315; Frahm, GesR 2005, 529 f; Müller, VPräsBGH, GesR 2004, 257, 260; Rehborn, MDR 2002, 1281, 1283; Spickhoff, NJW 2007, 1628, 1631; a.A. Ziegler, VersR 2003, 545, 546-549 und GesR 2006, 109, 110; differenzierend Bergmann, GesR 2006, 337, 342 m. w. N.: „S 3-Leitlinien (evidenzbasierte Konsensus-Leitlinie) können den Haftungsmaßstab bestimmen.“

109 OLG Jena, Urt v 1.6.2010 – 4 U 498/07=BeckRS 2010, 33199, GuP 2011, 36; Bergmann, GesR 2006, 337, 342/345; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 372.

gen sollte. Mithin handelt es sich hier um eine Leitlinie mit starkem Empfehlungscharakter, der einen Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gem. § 276 BGB impliziert.<sup>110</sup> Ebenso ist bei Abweichungen von den Hygiene- oder Organisationsleitlinien<sup>111</sup> ein Verstoß gegen die ärztliche Sorgfaltswidrigkeit zumindest naheliegend.

Grundsätzlich soll es im Fall des Abweichens von Leitlinien notwendig sein, dass im Prozessfall mit Hilfe des Sachverständigengutachten dargelegt wird, warum die Befolgung der Leitlinie nicht angezeigt war.<sup>112</sup> Ist der in den Leitlinien niedergelegte Standard unklar<sup>113</sup> oder überholt<sup>114</sup>, ist er dabei unstreitig unmaßgeblich. Beispielsweise soll nach den einschlägigen Leitlinien ein Schlaganfall-Patient unter bestimmten Umständen eine sogenannte Lyse-Therapie erhalten, damit das Blutgerinnsel im Gehirn aufgelöst werden kann. Vor 2019 galt dies aber gerade nicht bei einem Schlaganfall im Schlaf oder einer erhöhten Blutungsgefahr. Diese Ausnahme wäre durch den Behandler somit folgerichtig zu berücksichtigen gewesen.<sup>115</sup>

Infolge des rasch voranschreitenden medizinischen und technischen Fortschritts und der raschen Erneuerung und Überholung des aktuellen Wissens-

standes müssen Leitlinien fortwährend fachgerecht angepasst und aktualisiert werden. Gibt es widersprüchliche Leitlinien, kann man von einer Pflichtverletzung indizierenden Wirkung bei einer Abweichung nicht sprechen, es sei denn die ältere Richtlinie ist bereits veraltet.<sup>116</sup> Leitlinien müssen mit einem relativ kurzfristigen, den Anwendern bekanntzugebenden Verfalldatum versehen sein.<sup>117</sup> Experten veranschlagen die Dauer der Gültigkeit von Leitlinien auf nicht mehr als zwei Jahre; schließlich würde im Durchschnitt alle fünf Jahre das gesamte medizinische Wissen durch die neueren Entwicklungen überholt.<sup>118</sup>

## ii. Die Leitlinie im Verhältnis zur Arzthaftung

Im Arzthaftungsrecht ist der fachliche Standard als Maßstab für die Verletzung der Berufspflicht zur sorgfältigen Behandlung im Rahmen des Behandlungsvertrages gem. § 276 Abs. 2 BGB von zentraler Bedeutung.<sup>119</sup> Unter der Bezeichnung wird das deliktsrechtlich erwartete wie vertragsrechtlich geschuldete Verhalten zusammengefasst, dessen Nichteinhaltung eine Schadensersatzpflicht des Arztes gem. § 823 Abs. 1 BGB und/oder § 280 Abs. 1 BGB auslöst.<sup>120</sup>

Leitlinien als allgemein-abstrakte Regeln für standardisierte Normalfälle<sup>121</sup> können zwar Behandlungsstandards beschreiben, diese auch fortentwickeln, allerdings ihrerseits veralten<sup>122</sup> und spielen im Pro-

zess eher bei der Bestimmung der medizinischen Sorgfalt eine Rolle.

Da Leitlinien einheitlich entwickelt und konsensual angewandt werden sollen, wurde die Lösung des Problems der Divergenz zwischen Leitlinie und Standard zunehmend in der Orientierung von Leitlinien an dem Leitlinien-Manual gesehen,<sup>123</sup> auf das sich die Selbstverwaltungskörperschaften<sup>124</sup> und die Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften<sup>125</sup> zur Qualitätsförderung von medizinischen Leitlinien geeinigt haben.<sup>126</sup> Zielsetzung dieses Programmes war die Förderung von Übereinstimmung des Standards mit Leitlinie und somit auch die Kongruenzförderung mit dem haftungsrechtlichen Standard. Im Juni 2005 wurde das deutsche Leitlinien-Bewertungsinstrument<sup>127</sup> zur methodischen Leitlinienbewertung veröffentlicht, das auf den Grundlagen eines vom Europarat angestoßenen internationalen Statements<sup>128</sup> entstand (in Zusammenarbeit der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften<sup>129</sup> und dem ärztlichen Zentrum für Qualität in der Medizin).<sup>130</sup> Viel diskutiert wurde in diesem Zusammenhang die Gefahr, dass Ärzte und Patienten unter dem Diktat der EbM-Wissenschaftlichkeit entmündigt

110 Ebenda.

111 LG München I, Urt v 7.7.2004 – 9 O 18834/00=GesR 2004, 512, 513; *Frahm*, GesR 2005, 529, 533; *Jorzig/Feifel*, GesR 2004, 310, 312/316; *Ziegler*, VersR 2003, 545 f., (546/548).

112 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 373.

113 OLG Saarbrücken GesR 2004, 235; keine klare Handlungsanweisung.

114 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 373.; OLG Düsseldorf, GesR 2007, 110.

115 Für Patienten, die im Schlaf einen Schlaganfall erlitten haben, war eine Lysetherapie bislang nicht möglich, da sich der Zeitpunkt des Schlaganfalls nicht genau ermitteln ließ, vgl.: „Schlaganfall: verlängertes Zeitfenster für Lysetherapie dank moderner Bildgebung“ v. 7.10.2019, abrufbar unter: [https://www.medica.de/de/News/Archiv/Schlaganfall\\_verlaengertes\\_Zeitfenster\\_für\\_Lysetherapie\\_dank\\_moderner\\_Bildgebung](https://www.medica.de/de/News/Archiv/Schlaganfall_verlaengertes_Zeitfenster_für_Lysetherapie_dank_moderner_Bildgebung), zuletzt abgerufen am 14.4.2020.

116 *Hart*, MedR 1998, 8, 13; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 372.

117 *Clade*, Medizinische Leitlinien: Entscheidungshilfen für Arzt und Patienten, DÄBl 2001; 98(6): A-288 / B-247 / C-231.

118 *Ebenda*.

119 *Frahm/Jansen/Katzenmeier/Kienzle/Kingreen/Lungstras/Saeger/Schmitz-Luhn/Woopen*, Medizin und Standard – Verwerfungen und Perspektiven, MedR 2018, 447–457 (450).

120 *Ebenda*.

121 *Ebenda*.

122 *Ebenda*.

123 <https://www.awmf.org/leitlinien/awmf-regelwerk/awmf-publikationen-zu-leitlinien/leitlinien-manual.html>, zuletzt abgerufen am 20.3.2020.

124 BÄK, KBV, Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG), Spitzenverbände der GKV.

125 Die Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften= AWMF.

126 Die AWMF und die Ärztliche Zentralstelle für Qualitätssicherung „äzq“ (Gemeinschaftseinrichtung von BÄK und KBV) hatten zunächst gemeinsam „Das Leitlinien-Manual“ entwickelt.

127 <https://www.leitlinien.de/leitlinien-grundlagen/leitlinienbewertung/delbi>, zuletzt abgerufen am 20.4.2020.

128 <http://www.agreecollaboration.org>, zuletzt abgerufen am 20.3.2020.

129 <https://www.awmf.org/leitlinien/aktuelle-leitlinien.html>, zuletzt abgerufen am 20.3.2020.

130 <https://www.aezq.de>, zuletzt abgerufen am 20.3.2020.

werden<sup>131</sup> und ein Arzt nicht mehr in der Lage sei, aufgrund seiner individuellen Berufserfahrung die richtige Therapie für einen Patienten zu erkennen.<sup>132</sup> Dies hätte auch bedeutet, dass der Arzt während der Behandlung unter dieser Prämisse keine Therapieentscheidungen mehr autonom treffen dürfte.<sup>133</sup> Er hätte wissenschaftliche „Erkenntnisse“ umzusetzen und geriete deshalb zum Erfüllungsgehilfen klinischer (und damit industrieller) Forschung,<sup>134</sup> was nicht nur zu Problemen bei der Ausübung der ärztlichen Heilkunde führen würde.<sup>135</sup> Das Grundverständnis jedes Arztes von der Ausübung seines freien Berufes wäre beeinträchtigt, da diese Form der Berufsausübung in Widerspruch zu § 1 Abs. 1 Satz 2 MBO-Ä<sup>136</sup> stünde, darüber hinaus auch im Gegensatz zu Satz 3, der regelt, dass der Arztberuf seiner Natur nach, ein freier Beruf sein solle.<sup>137</sup>

Nach wie vor gilt jedoch, dass auf Grund von Umständen des Einzelfalls Abweichungen auch von der *EbM-Leitlinie* möglich, gar erforderlich werden können. Der Arzt darf nicht „blind“ auf die allgemeingültige „Richtigkeit“ der Leitlinie vertrauen. Weicht der Arzt von den Leitlinien ab, muss er diesen Schritt zwar begründen und die Begründung dokumentieren,<sup>138</sup> aber im Behandlungsge-

schehen steht ihm – auch weiterhin – die Hoheit über das Behandlungsgeschehen zu. Die Leitlinie stellt im Arzthaftpflichtprozess das Gutachten auf eine wissenschaftlich überprüfbare Basis.<sup>139</sup> Widersprüchliche Leitlinien<sup>140</sup> – seien es Leitlinien verschiedener Fachgebiete zu denselben Behandlungen, seien es lokale, regionale oder institutionsinterne Leitlinien unterschiedlichen Inhalts – sind entweder ein Hinweis auf das Fehlen eines Standards oder auch unterschiedliche und möglicherweise fehlerhafte Interpretationen der vorhandenen Evidenz.<sup>141</sup> Im ersten Falle ist die ärztliche Behandlung zu den Heilversuchsbehandlungen zu rechnen, im zweiten stehen sowohl der Behandlungsvertrag als auch das Haftungsrecht vor einer Bewertungsfrage, die auf zweierlei Weise beantwortet werden kann: Entweder hat der Arzt die Behandlung mit der besseren Nutzen/Risiko-Bilanz, insbesondere den geringeren Risiken auszuwählen und somit dem Risikominimierungsgebot entsprechen, oder er hat den Patienten, soweit Alternativen denn vorhanden sind, über die unterschiedlichen Möglichkeiten der Behandlung, also die Behandlungsalternativen aufzuklären.<sup>142</sup> Die Rechtsprechung verlangt grundsätzlich die Aufklärung.<sup>143</sup> Zwar wird das Vertrauen auf eine

fehlerhafte Leitlinie den Arzt haftungsrechtlich niemals entlasten können,<sup>144</sup> aber es käme zusätzlich auch eine Haftung der Leitlinienersteller in Betracht – über eine Sachverständigenhaftung.

Der BGH hat in einem Beschluss 2008 zur rechtlichen Bedeutung von Leitlinien ärztlicher Fachgesellschaften Stellung genommen.<sup>145</sup> Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände können danach nicht unbesehen mit dem zur Beurteilung eines Behandlungsfehlers gebotenen medizinischen Standard gleichgesetzt werden.<sup>146</sup> Sie können kein Sachverständigengutachten ersetzen.<sup>147</sup> In einem weiteren Urteil aus 2014 blieb der BGH zur Frage der rechtlichen Verbindlichkeit von Leitlinien bei dieser Rechtsauffassung. Er führte aus:<sup>148</sup> „Handlungsanweisungen in Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände dürfen nicht unbesehen mit dem medizinischen Standard gleichgesetzt werden. ... Zwar können sie im Einzelfall den medizinischen Standard für den Zeitpunkt ihres Erlasses zutreffend beschreiben; sie können aber auch Standards ärztlicher Behandlung fortentwickeln oder ihrerseits veralten.“<sup>149</sup> Die Rechtsprechung des BGH zur gebotenen Einhaltung des medizinischen Standards setzte sich in 2015 fort. Entschieden wurde, dass dem gerichtlich bestellten Sachverständigen gerichtliche Vorgaben gemacht werden sollten. Der Tatrichter habe darauf hinzuwirken,<sup>150</sup> dass eine Beschreibung des medizinischen Standards durch Leitlinien gutachterlich berücksichtigt würde. Der gerichtlich bestellte Sachverständige

131 Kienle/Karutz/Matthes/Matthiessen/Peterson, Keine „Konkurs der ärztlichen Urteilskraft“, DÄBI 2003; 100: A 2142–2146 [Heft 33].

132 <https://www.zeitschrift.com/artikel/der-entmuendigte-arzt>, 2003, zuletzt abgerufen am 20.3.2020.

133 Kienle/Karutz/Matthes/Matthiessen/Peterson, Keine „Konkurs der ärztlichen Urteilskraft“, DÄBI 2003; 100: A 2142–2146 [Heft 33].

134 *Ebenda*.

135 <https://www.zeitschrift.com/artikel/der-entmuendigte-arzt>, 2003, zuletzt abgerufen am 20.3.2020.

136 § 1 Abs. 1 Satz 2 MBO-Ä Aufgaben der Ärztinnen und Ärzte „Der Arztberuf ist kein Gewerbe.“

137 Vgl. Prütting, in: Ratzel/Lippert, MBO-Komm., § 1 IV. Der Arztberuf als freier Beruf, Rn. 7 f.

138 OLG Düsseldorf VersR 2000, 1019.

139 Dressler, Die Bedeutung von ärztlichen Leitlinien im Rechtsstreit, in: Hart (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien, S. 161 f.; OLG Hamm NJW 2000, 1801.

140 Vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 372.

141 Dressler, Die Bedeutung von ärztlichen Leitlinien im Rechtsstreit, in: Hart (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien, S. 161 ff.; OLG Hamm NJW 2000, 1801.

142 Francke, Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien. Standardisierung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der Gesetzlichen Krankenversicherung, in: Die Sozialgerichtsbarkeit 2000, S. 159-165.

143 Grundlegend BGH NJW 1978, 587; 1982, 2121 f.; zum Strafrecht BGH NJW 1960, 2253; 1962, 1780; Urt v 22.05.2007 – VI ZR 35/06, BGHZ 172, 254 Rn. 12 (Racz-Katheter). Bei Anwendung einer Außenseitermethode ist grundsätzlich der Sorgfaltsmaßstab eines vorsichtigen Arztes entscheidend. Zum Umfang der Aufklärungspflicht des Arztes bei Anwendung einer solchen Methode.

144 Vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 372; Dressler FS Geiß, 2000, 379 (382 f.).

145 BGH, Beschl v 28.3.2008 – VI ZR 57/07= BeckRS 2008, 07852; BGH, GesR 2008, 361.

146 *Ebenda*.

147 *Ebenda*.

148 BGH, Urt v 15.4.2014 – VI ZR 382/12=NJW-RR 2014, 1053, VersR 2014, 879.

149 *Ebenda*.

150 BGH, Beschl v 15.12.2015 – VI ZR 332/14=ZMGR 2015, 318.

habe sich mit den im jeweiligen Einzelfall einschlägigen Leitlinien und ihrer Bedeutung für die Beurteilung des zu entscheidenden Falles auseinanderzusetzen.

Die weitere Rechtsprechung auf diesem Gebiet ist nicht breit gestreut. Die Aciclovirentscheidung des OLG Köln<sup>151</sup> betrifft nicht die Verletzung einer Leitlinie, sondern deren Einhaltung, auf die sich im fraglichen Fall die Behandler beriefen. Gleiches gilt für die Entscheidung des OLG Hamm vom 27.1.1999,<sup>152</sup> hier wurde zwar ein Verstoß gegen Leitlinien im Verhältnis zum Standard festgestellt, jedoch keinerlei Konsequenz daraus gezogen. In einer Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 15.6.2000 führte ein Verstoß gegen Leitlinien<sup>153</sup> zur Annahme eines groben Behandlungsfehlers und zur Haftung des Arztes.

In der Entscheidung des OLG Naumburg vom 19.12.2001 wird die haftungsrechtliche Relevanz von Leitlinien gänzlich verneint.<sup>154</sup> Die Leitlinien stellen solange keine verbindliche Handlungsanleitungen für die ärztliche Praxis dar, solange die Diskussion um ihre Legitimität sowie ihre Qualität und Aktualität anhält.<sup>155</sup> Entsprechend urteilt das OLG Hamm,<sup>156</sup> dass Leitlinien den medizinischen Standard nur wiedergeben, ihn nicht begründen können. Darüber hinaus böten Leitlinien nur eine schematische Lösung, ohne sämtliche Behandlungsvariablen für den konkreten Einzelfall zu beinhalten. Deshalb können nach Ansicht des OLG Koblenz<sup>157</sup> die von der Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe entwickelten Leitlinien für den zeitlichen

Ablauf einer Schnittentbindung (Entschluss-Entwicklungszeit) nicht ohne weiteres auf eine Sectio übertragen werden, die nach einer häuslichen Uterusruptur notfallmäßig durchgeführt werden muss. Das OLG Stuttgart<sup>158</sup> hingegen bewertet das Abweichen von einer Leitlinie, die von 95% der betroffenen Ärzte abgelehnt wird, zu Unrecht als – wenn auch einfachen – Behandlungsfehler. Das OLG Köln bestätigte (vergleichsweise) aktuell, in 2018,<sup>159</sup> dass Leitlinien den medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisstand im Zeitpunkt ihrer Erstellung zwar bündeln und abbilden sollen, ihnen jedoch keine Rechtsverbindlichkeit zukäme. Sei eine ärztliche Handlung nicht leitlinienkonform, könne hieraus nicht eine Standardunterschreitung gefolgert werden. Dies gelte ebenso umgekehrt: „das Befolgen einer Leitlinienempfehlung befreie im Einzelfall nicht automatisch von dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers.“<sup>160</sup>

### iii. Die Leitlinie im Verhältnis zum Sozialrecht

Verbindlichkeit für die Versorgung erlangt die Leitlinie, wenn sie durch eine sozialrechtliche Entscheidung der gemeinsamen Selbstverwaltung nach dem SGB V Anerkennung gefunden hat. So kann die Leitlinie zur Grundlage von sozialrechtlichen Richtlinien oder Kriterien<sup>161</sup> und dadurch im vertragsärztlichen wie im stationären Bereich verbindlich gemacht werden. Die sozialrechtliche Richtlinie beinhaltet im Gegensatz zur Leitlinie immer auch eine Wirtschaftlichkeitsbewertung. Solche Richtlinien können Behandlungen ausschließen oder

zulassen und stehen sich je nach medizinischer Fragestellung oftmals mehr oder weniger unversöhnlich gegenüber in der Frage, ob wissenschaftliche Erkenntnis oder praktische ärztliche Erfahrung vorgehen sollte.<sup>162</sup> Im letzteren Falle besteht auch sozialrechtlich das Anwendungsproblem: Die Richtlinie kann die individuelle Behandlung nicht vollständig determinieren, weil eine Abweichung möglicherweise ärztlich erforderlich und begründungspflichtig ist. Die sozialrechtlichen Vorgaben haben vielmehr mittlerweile zu einer klaren Akzentverschiebung geführt, und zwar hin zum Vorrang der wissenschaftlichen Evidenz gegenüber der praktischen ärztlichen Erfahrung.

Das Sozialrecht macht insoweit klare Vorgaben, bspw. durch das Prinzip der Leistungserbringung unter dem Vorbehalt eines Nutznachweises.<sup>163</sup> So formuliert § 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V explizit, dass neue Untersuchungs- oder Behandlungsmethoden in der vertragsärztlichen Versorgung erst erbracht werden dürfen, wenn die Anerkennung ihres Nutzens nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse feststeht.<sup>164</sup> Die Vorschrift nimmt damit die Grundidee der EbM auf, nämlich dass jede Behandlung bei einem Patienten erst dann zur Anwendung kom-

162 Siehe z. Streit um die Hormontherapie: *Buchner/Schmacke*, GesR 2010, 169 (171).

163 Ausführlich dazu *Buchner*, Die Abhängigkeit des haftungsrechtlichen vom sozialrechtlichen Standard, in: *Lilie/Bernat/Rosenau* (Hrsg.), Standardisierung in der Medizin als Rechtsproblem, S. 63 ff.; *Hart*, in: ders., *Klinische Leitlinien und Recht*, S. 93 f.

164 § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V: „Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden dürfen in der vertragsärztlichen und vertragszahnärztlichen Versorgung zu Lasten der Krankenkassen nur erbracht werden, wenn der Gemeinsame Bundesausschuss auf Antrag [...] in Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 Empfehlungen abgegeben hat über 1. die Anerkennung des diagnostischen und therapeutischen Nutzens der neuen Methode sowie deren medizinische Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit – auch im Vergleich zu bereits zu Lasten der Krankenkassen erbrachten Methoden – nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse in der jeweiligen Therapierichtung [...]“.

151 OLG Köln, Urt v 30.5.1990–27U169/89 „Aciclovir-Entscheidung“; VersR 1991, 186 ff.

152 NJW 2000, 1801 f., NJW RR 2000, S. 401 f.

153 OLG Düsseldorf, VersR 2000, 1019 ff.

154 OLG Naumburg, MedR 2002, 471 f. mit kritischer Anmerkung *Hart*.

155 Ebenda.

156 OLG Hamm, OLGReport Hamm 2002, 176.

157 OLG Koblenz, MedR 2008, 511.

158 OLG Stuttgart, MedR 2002, 650.

159 OLG Köln, Urt v 15.10.2018 – 5 U 76/16=BeckRS 2018, 39571, MedR 2019, 725.

160 Ebenda.

161 §§ 92, 135, 136a SGB V für den niedergelassenen, § 137, 137c SGB V für den stationären Bereich im Ausschuss Krankenhaus und übergreifend – Koordinierungsausschuss – § 137e SGB V.

men darf, wenn nachgewiesen ist, dass die Therapie mit einer solchen Behandlung mehr nützt als schadet.<sup>165</sup> Sozialrechtlich ist es demnach unzureichend, wenn sich ein Nutznachweis auf eine „irgendwie geartete ärztliche Erfahrung“ ohne jede Evidenz stützt.<sup>166</sup> Das Sozialrecht fordert wissenschaftliche Erkenntnis, und zwar wissenschaftliche Erkenntnis auf Basis der so genannten „best available evidence“, also auf Basis der höchstmöglichen Evidenzklasse.<sup>167</sup> Die 21. Verfahrensordnung des GBA<sup>168</sup> regelt insoweit im Einzelnen, wie der Nutzen einer Methode durch höchstmögliche Evidenz zu belegen ist, und nur, wenn diese höchstmögliche Evidenz nicht erreichbar sein sollte, sind auch Nachweise auf einer niedrigeren Evidenzstufe möglich, kann also die „Evidenztreppe“ herabgeschritten werden. Ärztliche Erfahrung allein reicht für den sozialrechtlichen Nutzen nachweis nicht aus.<sup>169</sup>

### Der sozialrechtliche Standard im Behandlungsvertrag

Gemäß § 630c Abs. 3 BGB hat der Behandelnde, falls die vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist und sich nach den Umständen hierfür hinreichende Anhaltspunkte ergeben, über die voraus-

sichtlichen Kosten der Behandlung in Textform zu informieren. Dies ist häufig bei Leistungen der Fall, die nicht vollumfänglich von der gesetzlichen Krankenversicherung übernommen werden. In derartigen Konstellationen kann der Patient unmittelbar finanziell von der Wirkung von Leitlinien im Verhältnis zum Sozialrecht betroffen sein. Wichtigstes Gremium der Standardsetzung auf dem Gebiet des Sozialrechtes ist der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA), dessen Richtlinien den GKV-Leistungskatalog in vielen Bereichen verbindlich festlegen. Dabei ist die Bewertung durch den G-BA wie dargestellt explizit an die EbM gekoppelt. Das Wirtschaftlichkeitsgebot, welches sich aus § 12 Abs. 1 i.V.m. § 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V ergibt, bleibt dabei das tragende Prinzip der gesetzlichen Krankenversicherung und verlangt, dass alle Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein müssen. Insbesondere dürfen sie nicht das Maß des Notwendigen übersteigen. Eine Behandlung, die wirtschaftlich nicht dem medizinischen Standard entspricht, würde als unzureichend bewertet.

Aus § 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V ergibt sich, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot Standardbeschränkungen unterworfen ist. Die (nationale) ärztliche Leitlinie erlangt sozialrechtliche Bedeutung, wenn sie mit dem in der gesetzlichen Krankenversicherung geforderten Standard übereinstimmt („allgemein anerkannter Stand der medizinischen Erkenntnisse unter Berücksichtigung des medizinischen Fortschritts“; § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V) und dem Wirtschaftlichkeitsgebot (notwendig, zweckmäßig, ausreichend; §§ 12, 28, 70, 76 Abs. 4, 92 SGB V) entspricht. Da der Umfang der in der gesetzlichen Krankenversicherung zu erbringenden notwendigen Leistungen nicht allein gemäß den medizinischen Standards unter Berücksichtigung des medizinischen Fortschritts

festzulegen ist,<sup>170</sup> wird es deshalb unterschiedliche Standards geben. Im Haftungsrecht, so die bisherige Meinung, muss allerdings der medizinischen Standardbestimmung der Vorrang zukommen,<sup>171</sup> da „die strengen Anforderungen an den haftungsrechtlichen Maßstab [...] nicht – etwa durch die Annahme eines sehr weit verstandenen haftungsrechtlichen Korridors – aufgegeben werden“ dürfen.<sup>172</sup> Hier würden wirtschaftliche Vorgaben der Sozialversicherung bedeutsam, auch wenn diese nach Ansicht von Vertretern der Literatur den Normalstandard nicht herabdrücken dürfen.<sup>173</sup>

Ob diese Ansicht zukünftig tragfähig bleibt, ist in Anbetracht der derzeitigen Parameter auf dem Gesundheitssektor fragwürdig. Zwar ist von der disziplinspezifischen Dynamik her die Medizin auf das Bestmögliche ausgerichtet, während sich das Haftungsrecht am Erwartbaren orientiert und das Sozialrecht von der GKV das Finanzierbare im Blick behalten muss.<sup>174</sup> Auch die Ethik integriert in ihrem Maßstab des Patientenwohls Medizin, Ökonomie und Patientenautonomie.<sup>175</sup> Allerdings müssen bereits Stationen in Krankenhäusern schließen, da sie aufgrund der „Coronakrise“ im Frühjahr 2020 nicht mehr wirtschaftlich arbeiten konnten. Hintergrund dessen ist, dass die „gewinnbringenden“ Operationen, insbesondere solche aus dem Bereich der Orthopädie, weggefallen

165 Ausführlich dazu *Buchner*, Die Abhängigkeit des haftungsrechtlichen vom sozialrechtlichen Standard, in: *Lilie/Bernat/Rosenau* (Hrsg.), Standardisierung in der Medizin als Rechtsproblem, S. 63 ff.

166 *Buchner*, Die Darstellung des Standards aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Jorzig/Uphoff* (Schriftleitung) Standard-Chaos? Der Sachverständige im Dickicht zwischen Jurisprudenz und Medizin, S. 1 f. (5).

167 *Ebenda*.

168 [https://www.g-ba.de/downloads/62-492-1970/VerfO\\_2019-07-18\\_iK-2019-11-19.pdf](https://www.g-ba.de/downloads/62-492-1970/VerfO_2019-07-18_iK-2019-11-19.pdf).

169 *Buchner*, Die Darstellung des Standards aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Jorzig/Uphoff* (Schriftleitung) Standard-Chaos? Der Sachverständige im Dickicht zwischen Jurisprudenz und Medizin, S. 1 f. (5).

170 Vgl. § 2 Abs 1 Satz 3 SGB V.

171 § 12 Abs 1 Satz 1 SGB V; *Gaßner/Strömer*, *MedR* 2012, 159, 169; *Engelmann*, Die Kontrolle medizinischer Standards durch die Sozialgerichtsbarkeit, *MedR* 2006, 245 ff, 246. Zu den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses § 92 SGB V; zur Kasuistik *Plagemann*, *MedR* 2005, 401 ff.

172 *Gaßner/Strömer*, *MedR* 2012, 159, 169.

173 *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 328.

174 *Frahm/Jansen/Katzenmeier/Kienzle/Kingreen/Lungstrass/Saeger/Schmitz-Luhn/Woopen*, *Medizin und Standard – Verwerfungen und Perspektiven*, *MedR* 2018, 447–457 (452).

175 *Ebenda*.

sind und deshalb der Krankenhausbetrieb nicht mehr aufrechterhalten werden kann. Die Schließung resultierte schlussendlich auch aus dem Anspruch, dass die Klinik und Krankenhäuser heutzutage nicht (mehr) nur der Gesundheitsfürsorge dienen, sondern zunehmend als Wirtschaftsunternehmen betrachtet werden.

## Ergebnis und Ausblick

Das Patientenrechtegesetz geht in Übereinstimmung mit dem Schrifttum und der Rechtsprechung davon aus, dass Gegenstand des ärztlichen Vertragsangebots die „Zusage des Standards“ ist, dass der Arzt den „Standard guter ärztlicher Behandlung“ stets zu gewährleisten hat und bei dessen Unterschreitung ein Behandlungsfehler vorliegt. „Maßgebend ist der Standard eines erfahrenen Facharztes, also das zum Behandlungszeitpunkt in der ärztlichen Praxis und Erfahrung bewährte, nach naturwissenschaftlichen Erkenntnissen gesicherte, von einem durchschnittlichen Facharzt verlangte Maß an Kenntnis und Können.“<sup>176</sup> „Standard in der Medizin repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.“<sup>177</sup> Der medizinische Standard ist maßgebend für die Bestimmung der Anforderungen an das medizinische Behandlungsgeschehen. Dem Begriff werden unterschiedliche Bedeutungs-

gehalte zugewiesen. Der medizinische Standard des Behandlungsvertragsrechts ist dabei kein anderer als der des Deliktsrechts, was auch durch das Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes, konkret § 630 a Abs. 2 BGB nicht geändert wurde. Das Vertrags- und Deliktsrecht laufen insoweit in die gleiche Zielrichtung, der medizinische Standard nimmt in beiden Fällen eine einheitliche Funktion ein, er dient als Maßstab der ärztlichen Pflichtverletzung, des Behandlungsfehlers, des (ärztlichen) Organisationsfehlers oder des Fehlers auf dem Gebiet des voll beherrschbaren Risikos.

Neben der bereits durch den medizinischen Standard konkretisierten Pflichtwidrigkeit kommt dem Erfordernis des Verschuldens oder des „Vertretenmüssens“ jeweils keine Bedeutung mehr als eigenständige Haftungsvoraussetzung zu.<sup>178</sup> Die mit der Außerachtlassung gezeigte Fahrlässigkeit ist die für die ärztliche Haftung allein erforderliche Pflichtwidrigkeit, unabhängig davon, welchem der vorher genannten ärztlichen Gebiete betroffen ist.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist das Maß der erforderlichen Sorgfalt in die Möglichkeiten des Behandlungsalltags eingebunden. Maximaldiagnostik und -therapie können nicht in jedem Einzelfall verlangt werden. Der Patient hat keinen Anspruch auf die sofortige Anwendung einer neuen Methode. Der Einsatz eines den Anforderungen voll entsprechenden älteren Chirurgiegerätes statt eines inzwischen erprobten modernen Gerätes unterschreitet nicht den geforderten Standard. Gibt es gleichwertige Behandlungsalternativen, darf die kostengünstigere gewählt werden. Kassenpatienten haben wie Privatpatienten grundsätzlich Anspruch auf

eine dem medizinischen Standard entsprechende Behandlung. Dieser Auflage kann sich der Vertragsarzt nicht entziehen. Aufgrund seiner Zulassung ist er bis auf wenige Ausnahmen gem. § 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V<sup>179</sup> grundsätzlich verpflichtet, an der vertragsärztlichen Versorgung teilzunehmen.

Eine Übernahme der Behandlung verpflichtet den Vertragsarzt dem Versicherten gegenüber zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Gem. § 13 Abs. 8 Satz 1<sup>180</sup> und § 16 Satz 1<sup>181</sup> BMV-Ä ist bestimmt, dass die ärztliche Leistung nach den Regeln der ärztlichen Kunst und unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse erbracht werden muss. Auch nach BGB bildet die wirtschaftliche Zumutbarkeit ärztlicher Tätigkeit keine Haftungsbegrenzung.<sup>182</sup> Vielmehr ist anerkannt, dass jeder Arzt, der die Behandlung eines Patienten übernommen hat, diesen nach dem medizinischen Standard behandeln und versorgen muss, auch wenn dies Leistungen erfordert, die nicht oder nicht kostendeckend vergütet werden oder Regressforderungen der Krankenkassen erwarten lassen.<sup>183</sup> Das Erfordernis der umfassenden Aufklärung auch als Vergütungsvoraussetzung des Krankenhauses hat das BSG in seinen

176 BGH, Beschl v 22.12.2015 – VI ZR 67/15=NJW 2016, 713, MedR 2016, 794 m Anm Prütting; Carstensen, DÄBl 1989, A 2431, 2432; Buchborn, MedR 1993, 328 ff.; Deutsch, JZ 1997, 1030, 1033; Kern in: Jorzig, Arzthaftungsrecht, Rn. 22; Zur Zeitbezogenheit des Standards Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 360 ff.; vgl. weitergehend Buchner in: Lilie/Bernat/Rosenau (Hrsg), Standardisierung in der Medizin als Rechtsproblem, 63, 73; BGH, NJW 2000, 2754 f. (2758).  
177 BGH, Urt v 19.4.2000 – 3 StR 442/99=NJW 2000, 2754, 2758.

178 Jansen, Der Medizinische Standard, Begriff und Bestimmung ärztlicher Behandlungsstandards an der Schnittstelle von Medizin, Haftungsrecht und Sozialrecht, C. Ergebnis und Ausblick, 111.

179 § 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V: Die Verpflichtung aus dem Versorgungsauftrag.

180 „Die Übernahme der Behandlung verpflichtet den Vertragsarzt dem Versicherten gegenüber zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechtes.“

181 „Jeder Vertragsarzt hat die vertragsärztlichen Leistungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst und unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse zu erbringen sowie das Gebot der Wirtschaftlichkeit (§ 12 SGB V) zu beachten und hierauf seine Behandlungs- und Ordnungsweise einzurichten.“

182 Laum, Dt Ärztebl 2001; 98: A 3176–3180 [Heft 48].

183 Ebenda.

jüngsten Urteilen bekräftigt.<sup>184</sup> Verletzt der Arzt seine Pflicht zur Behandlung, kann er sich vertraglich und deliktisch schadensersatzpflichtig und wegen fahrlässiger Körperverletzung oder Tötung strafbar machen sowie sich berufsrechtlichen Sanktionen aussetzen.

Im Rahmen der GKV richten sich nach dem medizinischen Standard die seitens der Krankenkassen zu gewährenden Leistungen sowie die sicherzustellende Versorgung insgesamt. Das Recht der vertragsärztlichen Versorgung sieht für den Kassenpatienten Leistungsbegrenzungen vor, die im Vergleich zu Privatpatienten eine schlechtere Versorgung zur Folge haben (können). Dem Arzt kann allerdings im Haftungsprozess kein Fehlervorwurf gemacht werden, wenn er eine seitens des G-BA abgelehnte Methode nicht angewendet hat. Generelle Defizite des Gesundheitssystems können haftungsrechtlich nicht auf den Arzt verlagert werden, denn das Haftungsrecht kann an den Arzt keine schärferen Anforderungen stellen als das Sozialrecht.<sup>185</sup> Da § 16 Satz 1 und Satz 2 BMV-Ä bestimmen, dass der Vertragsarzt seine Leistungen unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse erbringen muss, und die vom G-BA beschlossenen Richtlinien nach § 92 SGB V zur Sicherung einer ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung für den Vertragsarzt, die Krankenkasse und für den Leistungsanspruch des Versicherten verbindlich sein sollen, wird vorausgesetzt, dass der Standard seitens des G-BA pflichtgemäß

beachtet worden ist.<sup>186</sup> Ist das nicht der Fall, hat dafür der G-BA, nicht aber der Vertragsarzt, die Verantwortung zu tragen.<sup>187</sup> Auch die Harmonisierung von sozialrechtlicher Leistungspflicht und medizinischem Standard kann nicht der Zweck von Leitlinien sein, die ihrem Wesen nach ausschließlich an wissenschaftliche Erkenntnis, ärztliche Erfahrung und Akzeptanz in den beteiligten Fachkreisen sowie an deren Erkenntnisse im Rahmen der EbM gebunden sind. Die wissenschaftlichen Fachgesellschaften müssen weiterhin autonom bleiben. Überlegenswert erscheint allenfalls, durch eine Änderung des SGB V zu ermöglichen, dass Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften durch Kollektivverträge zwischen den Krankenkassen-Verbänden und den Kassenärztlichen Vereinigungen für verbindlich erklärt werden.<sup>188</sup>

Unter Betonung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten werden sich die ärztlichen Pflichten im Hinblick auf Fragen der Finanzierung von Behandlungen somit mehr auf die Aufklärungsebene verschieben müssen.<sup>189</sup> Festzuhalten ist, dass die Spannungen zwischen Sozial- und Zivilrecht damit im Ergebnis bloß verlagert, hingegen nicht gelöst werden. Dem Patienten Informationen über medizinisch nützliche, aber nicht GKV-finanzierte Behandlungsmöglichkeiten vorzuhalten, würde das Patientenrecht auf Selbstbestimmung zudem verletzen.<sup>190</sup> Trotz der vielfältigen Bemühungen der Rechtsprechung mittels mannigfaltiger Einzelentscheidungen zu Behandlungs-

methoden innerhalb und außerhalb des medizinischen Standards austarierte Lösungen bereitzustellen, insbesondere im sog. „Nikolaus-Beschluss“, kann das Spannungsverhältnis zwischen dem medizinisch – EbM orientierten – Leistbaren und dem sozialrechtlich und wirtschaftlich Einzuhaltenden nicht mehr übergangen werden. Dies gilt auch für eventuelle neue Behandlungsmethoden in Pandemien wie den derzeitigen aufgrund von Covid-Infektionen. Nach geltendem Recht wird dem Behandler somit nichts anderes übrig bleiben, als ökonomisch bedingte Divergenzen zwischen Zivil- und Sozialrecht im Wege der Information und Aufklärung des Patienten zu kompensieren.<sup>191</sup> Es ist jedoch unabhängig davon auszugehen, dass sich die Konfliktlage bis hin zu verfassungsrechtlicher Dimension ausweitet.<sup>192</sup> Eine gesetzgeberische Relativierung des Haftungsmaßstabs erscheint vor diesem Hintergrund zur Entlastung des Arztes künftig unvermeidbar.<sup>193</sup>

### **Autorin:**

**Claudia Holzner**

**Rechtsanwältin**

**Fachanwältin für Medizinrecht  
LL.M. (Medizinrecht, TU Dresden)**

**Diestelstraße 12 c**

**22397 Hamburg**

184 BSG, Urt v 19.3.2020 – B 1 KR 20/19 R; Vgl. *Webel*, Wirksame Einwilligung des Patienten als Vergütungsvoraussetzung bei Krankenhausbehandlung, ZMGR 02/2020, 108–117 (117).

185 *Laum*, Dt Ärztebl 2001; 98: A 3176–3180 [Heft 48].

186 *Laum*, Dt Ärztebl 2001; 98: A 3176–3180 [Heft 48].

187 *Ebenda*.

188 *Ebenda*.

189 *Frahm/Jansen/Katzenmeier/Kienzle/Kingreen/Lungstras/Saeger/Schmitz–Luhn/Woopen*, Medizin und Standard – Verwerfungen und Perspektiven, MedR 2018, 447–457 (457).

190 *Ebenda*.

191 *Ebenda*.

192 *Ebenda*.

193 *Ebenda*.