

Haftung des Arztes in Deutschland, Japan und Korea – unter Einbeziehung rechtsvergleichender Gesichtspunkte*

Seokin Huang **/Young Kyu Park

I . Aufklärungspflicht des Arztes und Einwilligung des Patienten

Es ist allgemein anerkannt, daß der Arzt den Patienten über die Art der Behandlung und die mit ihr verbundenen Gefahren aufzuklären und von diesem die Einwilligung in den medizinischen Eingriff einzuholen hat. Der Vorwurf einer unterlassenen oder ungenügenden Aufklärung hat in der gerichtlichen Praxis der Bundesrepublik immer mehr an Bedeutung gewonnen und ist heute zum Auffangtatbestand geworden. Dabei obliegt nach der Rechtsprechung des BGH dem Arzt die Beweislast für die Aufklärung und Einwilligung¹⁾ Auch in Japan sind inzwischen viele Prozesse im Hinblick auf die Verletzung der Aufklärungspflicht geführt worden. In Korea tritt dieses Problem erstneuerdings stärker hervor.

* Erster Teil (I) dieser Abhandlung wurde von Prof. Dr. Young Kyu Park (städtische Universität Seoul), Zweiter Teil (II) von Prof. Dr. Seokin Huang geschrieben. Diese Abhandlung wurde in MedR 1990, Heft 4 veröffentlicht.

* * Prof. Dr. Seokin Huang, Emeritus, Juristische Fakultät der National-Universität Seoul: Mitglied von "The National Academy of Sciences, Republic of Korea"

1) BGH, NJW 1984, 1807.

1. *Einwilligung nach Aufklärung* ("informed consent")

Die Einwilligung des Patienten kann nur dann rechtlich relevant sein, wenn dieser dabei über die Bedeutung der medizinischen Maßnahme hinreichend informiert ist. Die ärztliche Aufklärung ist also in der Regel die notwendige Voraussetzung für die wirksame Einwilligung.²⁾ In diesem Sinne spricht man von "Einwilligung nach Aufklärung" (informed consent). Über die rechtliche Grundlage der Aufklärungspflicht und damit auch über die Rechtsfolge ihrer Verletzung besteht indes keine Einigkeit. Als juristische Grundlage der Aufklärungspflicht wird in der Bundesrepublik im allgemeinen das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit angesehen (Art. 2 Abs. 1 GG).³⁾ Der Patient soll selbst bestimmen können, ob er sich einer medizinischen Behandlung unterziehen will. Eine wirksame Selbstbestimmung setzt aber voraus, daß der Patient wenigstens in Grundzügen über seine Krankheit und das Risiko ihrer Behandlung informiert ist. Dafür müssen beide Parteien des Behandlungsverhältnisses zusammenwirken.⁴⁾ Einerseits hat der Patient dem Arzt die für die Diagnose bzw. Therapie erheblich erscheinenden Tatsachen mitzuteilen, andererseits darf der Patient vom Arzt die für seine Entscheidung notwendigen Informationen erwarten. Umstritten ist, zu welchen Rechtsfolgen die unterlassene Aufklärung oder das Fehlen einer wirksamen Einwilligung führt.⁵⁾ Die ständige Rechtsprechung⁶⁾ und die ihr zustimmende herrschende Meinung im – zivilrechtlichen – Schrifttum⁷⁾ in der Bundesrepublik sehen im medizinischen Eingriff eine tatbestandliche

2) Nach Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, S. 36, bestimmt sich der Inhalt der Einwilligung durch die Aufklärung des Arztes bzw. das vorhandene Wissen des Patienten.

3) Deutsch, NJW 1980, 1306; BVerfG, NJW 1979, 1925; BGHZ 29, 46(49).

4) Laufs, *Arztrecht*, S. 56, Rdnr. 114.

5) Vgl. Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, S. 39; Laufs, a.a.O., S. 61.

6) U. a. BGH, NJW 1959, 2299; BGH, NJW 1972, 335(338).

7) Z. B. Soergel-Zeuner, § 823, Rdnr. 17; Staudinger-Schäfer, § 823, Rdnr. 469.

Körperverletzung, die durch die wirksame Einwilligung gerechtfertigt ist. Nach dieser Auffassung ist der Arzt im Falle einer Verletzung der Aufklärungspflicht für den vollen Schaden, der durch den Heileingriff herbeigeführt wird, auch dann verantwortlich, wenn der Eingriff medizinisch indiziert und kunstgerecht ist. Der herrschenden Meinung steht eine andere Ansicht entgegen, wonach bei einem medizinisch indizierten und kunstgerecht durchgeführten Heileingriff keine Körperverletzung anzunehmen ist und demzufolge nur die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Frage kommt. Innerhalb dieser abweichenden Ansicht sind die Meinungen darüber geteilt, ob bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht neben dem Schmerzensgeld auch der materielle Schaden zu ersetzen ist. Die eine Meinung hält hier unter Grenzziehung zwischen Körperverletzung und Freiheitsdelikt nur das Selbstbestimmungsrecht des Patienten für tangiert.⁸⁾ Sie will also nur das Schmerzensgeld in der sog. Genugtuungsfunktion bei grober Verletzung des Persönlichkeitsrechts gewähren. Die andere Auffassung hält dem entgegen, daß die Aufklärungspflicht nicht nur dem Persönlichkeitsrecht des Patienten, sondern zugleich dessen körperlichem Wohl dienen will.⁹⁾ Nach dieser Auffassung ist neben dem Schmerzensgeld auch der Schaden, der mit der Verletzung der Aufklärungspflicht im Zurechnungszusammenhang steht, zu ersetzen.¹⁰⁾ Der Zurechnungszusammenhang ist gegeben, wenn der Schaden durch die Verletzung der Aufklärungspflicht adäquat verursacht ist und im Schutzbereich der verletzen Norm liegt. Die Kausalität ist jedoch nur psychisch vermittelt, und es wäre nicht feststellbar, ob der Patient nach Aufklärung die Einwilligung verweigert hätte. Hier will man daher den Kausalzusammenhang dann annehmen, wenn der Patient sich im Falle der vorgenommenen Aufklärung in

8) Z. B. Laufs, NJW 1979, 1230; Wiethölter, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, S. 71ff.

9) Deutsch, NJW 1965, 1985: 1989, 2313; Baumann, NJW 1958, 2092; Tempel, NJW 1980, 609.

10) Deutsch, NJW 1989, 2313.

einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte.¹¹⁾ Durch die Aufklärungspflicht werden außerdem nur der Typ des eingetretenen, aufklärungsbedürftigen Risikos und seine Erweiterungen, aber nicht andersartige Risiken geschützt.

In Japan ist in der Rechtsprechung und in der Literatur allgemein anerkannt, daß bei medizinischen Heileingriffen in der Regel die Einwilligung des Patienten nach hinreichender Aufklärung erforderlich ist. Über die rechtliche Struktur der Aufklärungspflicht bzw. der Einwilligung besteht jedoch keine Einigkeit. Zum einen wird vertreten, daß die ärztliche Aufklärung eine Voraussetzung für die wirksame Einwilligung ist ("Lehre der unwirksamen Einwilligung"). Bei der unterlassenen oder ungenügenden Aufklärung trifft den Arzt daher wie bei fehlender Einwilligung die vertragliche oder deliktsrechtliche Haftung. Nach anderer Auffassung obliegt dem Arzt eine Pflicht zur Aufklärung ("Lehre der Rechtspflicht").

Auch in Korea sind die Meinungen über die rechtliche Grundlage der Aufklärungspflicht geteilt. Die bislang herrschende Meinung sieht im eigenmächtigen Heileingriff eine rechtswidrige Körperverletzung, die zu einer Ersatzpflicht des Arztes auch für den materiellen Schaden führt.¹²⁾ Neuerdings tritt eine Gegenmeinung auf, die in der eigenmächtigen, aber medizinisch indizierten und fachgerecht durchgeführten Behandlung nur eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts sieht und demzufolge die Ersatzpflicht des Arztes auf Zahlung von Schmerzensgeld beschränkt wissen will.¹³⁾ Das koreanische Oberste Gericht hat einmal bei eigenmächtiger, d. h. ohne ordnungsmäßige Aufklärung durchgeführter Operation eine rechtswidrige Behandlung mit der

11) BGH, NJW 1984, 1397.

12) Kim, Hyeontae, Deliktsrechtslehre(1979), S. 301.

13) Kim, Cheon-Su, Aufklärungspflicht des Arztes im medizinischen Behandlungsvertrag(Magisterarbeit, Seoul National Univ. 1989), S. 98f.

Begründung angenommen, daß das Einwilligungsrecht des Patienten dabei verletzt worden sei.¹⁴⁾

Ein anderes Mal sah es in der unterlassenen Aufklärung über die mögliche Nebenwirkung eine Verletzung der berufsmäßigen Sorgfaltspflicht.¹⁵⁾

2. Aufklärungspflichtiger und Einwilligungsberechtigter

Die Aufklärung des Patienten muß durch den behandelnden Arzt selbst erfolgen. Sie darf nicht auf nichtärztliches Personal übertragen werden.¹⁶⁾ Indessen setzt die wirksame Einwilligung die dazu erforderliche Urteilsfähigkeit voraus. Nach der Rechtsprechung des BGH und der zustimmenden Ansicht in der Literatur¹⁷⁾ stimmt diese Einwilligungsfähigkeit nicht mit der Geschäftsfähigkeit überein. Die Einwilligung auch durch den Minderjährigen kann wirksam sein, wenn dieser nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag. Beim Einwilligungsunfähigen tritt an dessen Stelle in erster Linie der gesetzliche Vertreter (z. B. Eltern, Vormund oder Pfleger). Verweigert der gesetzliche Vertreter ohne vernünftigen Grund die Einwilligung, so muß der Arzt nach der Maßnahme des Vormundschaftsgerichts gem. §§1666, 1837 Abs. 3 BGB handeln. Bei Gefahr im Verzug kann der Arzt die erforderliche Behandlung vornehmen.¹⁸⁾ Fehlt es an einem gesetzlichen Vertreter, ist aber die medizinische

14) K(Koreanisches) OG(Oberstes Gericht), Ur. v. 14. 8. 1979, (Az.) 78 Da 488. Das Gericht hat hier nur Schmerzensgeld zugesprochen.

15) (K) OG, Ur. v. 28. 4. 1987, (Az.) 86 Daka 1136, Hier war auch der materielle Schaden zu ersetzen.

16) Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, S. 47(Rdnr. 72); BGH, NJW 1974, 604=VersR 1974, 486.

17) BGHZ 29, 33 = NJW 1959, 811; Deutsch, a.a.O., S. 40; Laufs, *Arztrecht*, S. 69; so auch in Japan und Korea: vgl. Suk, Heetae, *A Study of the Civil Liability of Medical Malpractice* (Diss. Yonsei Univ. 1988), S. 37.

18) Als Rechtfertigungsgrund einer solchen Handlung könnte der Notstand herangezogen werden; vgl. Laufs, a.a.O., S. 70.

Maßnahme dringlich geboten, kommt der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht. Dabei kommt es auf das Interesse und den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten an (vgl. §§683 BGB, 734 Koreanisches BGB). Um den mutmaßlichen Willen des Patienten zu ermitteln, hat der Arzt unter Umständen die nahen Angehörigen zu befragen.

3. Zeitpunkt der Aufklärung

Die Aufklärung hat rechtzeitig zu erfolgen. Dem Patienten bzw. dem Einwilligungsberechtigten soll dabei eine Überlegungsfrist eingeräumt werden. Die Aufklärung über eine schwerwiegende Operation erst auf dem Operationstisch wäre nicht ordnungsgemäß. Hinsichtlich des genauen Zeitpunkts der ordnungsgemäßen Aufklärung spielen die Wichtigkeit und die Dringlichkeit der Maßnahme eine erhebliche Rolle.¹⁹⁾ Ist die Möglichkeit einer Operationserweiterung schon vor der Operation vorhersehbar, hat der Arzt den Patienten vorher hierauf hinzuweisen und dessen Einwilligung einzuholen ("antizipierte Einwilligung").²⁰⁾ Erweist sich die Operationserweiterung dagegen erst während der Operation als notwendig, so kommt es bei der Entscheidung über die Erweiterung oder Unterbrechung zur Einholung der Einwilligung auf die Dringlichkeit der erweiterten Maßnahme und auf die mit der Operationsunterbrechung verbundene Gefahr an.²¹⁾

4. Form der Aufklärung und Einwilligung

Aufklärung und Einwilligung sind in der Regel formfrei.²²⁾ Beide können also

19) Laufs, a.a.O., S. 80.

20) Deutsch, NJW 1979, 1905ff.

21) Deutsch/Matthies, Arzthaftungsrecht; Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, S. 72f.

22) § 40 AMG verlangt bei der klinischen Erprobung eines Arzneimittels die schriftliche Einwilligung des Probanden.

mündlich oder schriftlich erfolgen. Unter Umständen kann die Einwilligung auch durch ein schlüssiges Verhalten - z. B. durch freiwillige Mitwirkung an einer Behandlung - erklärt werden.²³⁾ In der klinischen Praxis werden zumeist Formulare benutzt. Im allgemeinen wird daraufhingewiesen, daß diese Formulare das Aufklärungsgespräch begleiten oder unterstützen, aber nicht ersetzen können. Vor Gericht können diese als Beweismittel zugunsten der Ärzte nützlich sein. Da die Aufklärung auf den jeweiligen Patienten abgestellt werden soll, hat ein Blankettformular, das im Hinblick auf den konkreten Patienten von Fall zu Fall durch den behandelnden Arzt ausgefüllt werden soll ("abstraktes Formular"), einen höheren Beweiswert als ein vollkommen vorformuliert gedrucktes ("konkretes Formular").²⁴⁾

In Korea ist ein vorgedrucktes Einwilligungsformular in der klinischen Praxis gebräuchlich mit der Klausel, daß der Patient gegen den etwaigen schädlichen Erfolg der Operation nichts einwenden werde. In dieser Klausel sieht man aber keine wirksame Enthafungsvereinbarung, weil sie gegen die guten Sitten verstößt.²⁵⁾

5. Arten der Aufklärung

Die Aufklärung läßt sich nach ihrem Gegenstand bzw. Inhalt in verschiedene Typen aufteilen.²⁶⁾ Diagnose-, Verlaufs-, Risiko - und nachwirkende Aufklärung. Dem Patienten sollen zunächst die Informationen über seinen jetzigen Gesundheitszustand mitgeteilt werden ("Diagnoseaufklärung"). Um eine ernsthafte Entscheidung über die Behandlung treffen zu können, braucht der Patient darüber hinaus die Informationen darüber, wie sein Gesundheitszustand

23) Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, S. 40.

24) Deutsch, a.a.O., S. 49f.

25) Suk, Heetae, a.a.O., S. 40f.

26) Deutsch, *NJW* 1980, 1305f.

sich im Falle der Nichtbehandlung bzw. bei durchgeführter Behandlung weiterentwickeln wird ("Verlaufsaufklärung"). Dazu soll er nicht zuletzt über das mit der Behandlung verbundene Risiko unterrichtet werden ("Risikoaufklärung"): z. B. Erfolgchance, mögliche Nebenwirkungen einer Therapie oder von Medikamenten. Auch nach der Behandlung ist ihm die Verhaltensweise zur Vermeidung negativer Auswirkungen der Behandlung mitzuteilen ("nachwirkende Aufklärung"). Falls der Patient die erforderlichen Maßnahmen ohne vernünftigen Grund verweigert, muß ihn der Arzt vor der Gefahr der Nichtbehandlung warnen, Erst die aufgeklärte Verweigerung("informed refusal") kann den Arzt von der Haftung befreien.²⁷⁾

6. *Umfang der Aufklärung*

Angesichts der Aufgabe der Aufklärung (Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten) ist eine exakte Vermittlung des medizinischen Wissens nicht erforderlich.²⁸⁾ Vielmehr soll in der Regel die Aufklärung in den Grundzügen ausreichen. Der BGH verlangt, daß der Kranke im großen und ganzen weiß, worin er einwilligt.²⁹⁾

Jedenfalls bestimmt sich der Umfang der Aufklärung nach den Umständen des Einzelfalls. Dem nach Einzelheiten fragenden Patienten soll in der Regel die richtige Antwort gegeben werden. Der bereits informierte Patient braucht dagegen nicht nochmals aufgeklärt zu werden. Das Ausmaß der Aufklärung steht im allgemeinen im umgekehrten Verhältnis zur Dringlichkeit einer medizinischen Maßnahme: Bei diagnostischen Eingriffen ohne therapeutischen Eigenwert oder bei Schönheitsoperationen ist also eine umfassendere Aufklärung

27) Laufs, a.a.O., S. 57f.

28) Laufs, a.a.O., S. 63.

29) BGH, NJW 1963, 393.

erforderlich als bei dringlich indizierten Eingriffen.³⁰⁾ Auch seltene Risiken sind mitzuteilen, wenn sie bei Realisierung den Patienten schwer belasten würden.³¹⁾ z. B. mögliche Stimmbandlähmung bei einem Sänger.

In Japan hält das oberste Gericht bei dringender Operation die Aufklärung über den Inhalt und das Risiko der Operation für genügend.³²⁾ Es verlangt in solchen Fällen nicht die sonst erforderliche Mitteilung über die Ursache der Krankheit, die Verbesserungsaussicht, die unsicheren, gefährlichen Faktoren usw. Normalerweise ist auch die Nebenwirkung aufklärungsbedürftig.³³⁾

Das koreanische oberste Gericht hat in einem Urteil³⁴⁾ zwar die Aufklärung auch über die möglichen Nebenwirkungen verlangt, aber es hat zugleich eine Ausnahme bei dringlichen Fällen anerkannt. Hier ist noch auf das Problem der Übermaßklärung hinzuweisen: Falls die rücksichtslose Aufklärung als Verletzung der Pflicht zur schonenden Mitteilung anzusehen ist, ist der Arzt für den dadurch entstandenen Schaden verantwortlich.³⁵⁾ Diese "Pflicht" zum Schweigen ist jedoch nur in Ausnahmefällen, etwa bei Krebskrankheiten, anzunehmen.

7. Nichtaufklärung

In folgenden Fällen braucht die Aufklärung nicht zu erfolgen:

a) Verzicht auf Aufklärung

Das Recht auf Aufklärung ist als ein dem Interesse des Patienten dienendes,

30) Laufs, a.a.O., S. 74f.

31) Vgl. OLG Düsseldorf, VersR 1987, 161.

32) (Japanisches) OG, Urt. v. 19. 6. 1981, Rechtsprechungsbericht 1011, 54 (Gehirnoperation wegen Fraktur des Schädelknochens).

33) (J) IG kyoto, Urt. v. 1. 10. 1976, Rechtsprechungsbericht 848, 93.

34) (K) OG, Urt. v. 14. 8. 1979, (Az.) 78 Da 488 (Funktionsstörung beim Stimmorgan infolge der Operation wegen Kehlkopfgeschwulst). Die operierenden Ärzte haben den Patienten zwar auf die Möglichkeit der Heiserkeit hingewiesen. Das Gericht hielt dies aber nicht für genügend.

35) Deutsch, NJW 1980, 1380.

subjektives Recht verzichtbar. Der Verzicht kann auch durch konkludentes Verhalten erfolgen.³⁶⁾ Der Arzt darf sich aber nur auf den eindeutig und ernsthaft erklärten Willen stützen.³⁷⁾

B) Gesetzliche Zwangsmaßnahmen

Im Interesse der Gemeinschaft oder des betroffenen Kranken schreibt das Gesetz ausnahmsweise die Zwangsbehandlung oder die Zwangsisolation vor, so etwa zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten oder zum Schutz von Geisteskranken. In solchen Fällen ist die Selbstbestimmungsaufklärung nicht erforderlich, weil der Patient ohnehin über die Maßnahmen nicht selbst bestimmen kann (vgl. § 81a StPO: Entnahme Von Blutproben oder sonstige körperliche Eingriffe ohne Einwilligung des Beschuldigten). Auch hier sind aber dem Betroffenen die therapeutischen Informationen mitzuteilen.³⁸⁾

Auch in Korea gibt es verschiedene gesetzliche Vorschriften, die eine zwangsweise körperliche Untersuchung, Schutzimpfung, Seuchenbekämpfung, Quarantäne oder Isolation bestimmen.³⁹⁾ Solche Zwangsmaßnahmen müssen jedoch ebenfalls lege artis vorgenommen werden.

c) Therapeutisches Privileg des Arztes

In bestimmten Fällen kann die Offenlegung des Befundes gegenüber dem Patienten oder Dritten zweifelsohne schädlich sein. Man wird in solchen Fällen eine Mitteilung des Arztes nicht verlangen können.⁴⁰⁾ Anders als bei der Übermaßaufklärung wird hier nicht die "Pflicht" zum Schweigen, sondern die

36) Deutsch/Matthies, a.a.O., S. 78.

37) Laufs, a.a.O., S. 67.

38) Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, S. 28.

39) Z. B. § 470 Abs. 1 (Koreanische) StPO (Aufnahme des während des Strafvollzugs geisteskrank Gewordenen ins Krankenhaus); §§ 8, 9 (K) Sozialschutzgesetz (Unterbringung bestimmter geisteskranker, rauschgiftsüchtiger oder trunksüchtiger Straftäter in der Anstalt zu Heilung und Schutz). Vgl. ferner §§ 9 (K) Gesetz zum Schutz von Mutter und Kind, 11 Quarantänengesetz, 8, 9, 10, 29, 37, 39 Seuchenvorbeugungsgesetz, 50 Rauschgiftgesetz.

40) Zum folgenden Deutsch, NJW 1980, 1306f.

"Befugnis" zur Nichtaufklärung angenommen.⁴¹⁾ Zum einen ist die Aufklärung insoweit nicht erforderlich, als durch sie das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet würde.⁴²⁾ Feinfühligke Patienten können sich bei Mitteilung auch eines geringen Risikos übermäßig aufregen und die erforderlichen Maßnahmen verweigern. Hier darf der Arzt die Aufklärung des Risikos herunterspielen, um den Patienten zu beruhigen und zum notwendigen Heileingriff zu bewegen.⁴³⁾ Angesichts des grundlegenden Selbstbestimmungsrechts des Patienten ist jedoch eine solche Befugnis des Arztes nur ausnahmsweise - d. h. nur bei unerlässlichen, nicht gefährlichen Maßnahmen und bei krankhafter Störung der Abwägungsfähigkeit des Patienten anzuerkennen.⁴⁴⁾

In Korea ist zum Problem des therapeutischen Privilegs des Arztes bislang noch kein Urteil ergangen.

8. Beweislast

Nach o. g. herrschender Auffassung in der Bundesrepublik trägt der Arzt die Beweislast für die ordnungsgemäße Aufklärung und wirksame Einwilligung des Patienten. Eine andere Ansicht⁴⁵⁾ will dem Patienten die Beweislast hierfür auferlegen, da nach allgemeiner Erfahrung Ärzte die Patienten in der Regel nicht schlechthin gegen ihren Willen zu behandeln pflegen. Angesichts der Beweissituation in der gerichtlichen Praxis sollten sich die Ärzte daher schon

41) Deutsch, NJW 1980, 1308f.

42) BGHZ 29, 46 = NJW 1959, 811(814). Nach Deutsch, NJW 1985, 1306, soll es genügen, daß nach vernünftiger Betrachtung eine erhebliche Störung zu befürchten ist.

43) BGH, VersR 1987, 200.

44) Deutsch, NJW 1980, 1307.

45) G. Baumgärtel, Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß, Gedächtnisschrift für R. Bruns(1980), S. 93ff, (105f.). Auch Kaufmann, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß, Diss. Köln 1984, S. 59ff., will die Gefahr des Mißbrauchs der Aufklärungspflichtverletzung in der forensischen Praxis durch das auf den Erfahrungswerten der Praxis basierende Regel-Ausnahme-Prinzip beseitigen, also bei erhobenem Vorwurf der Aufklärungspflichtverletzung den Patienten die Beweislast tragen lassen.

beim Aufklärungsgespräch die Beweismittel durch Dokumentation in den Krankenblättern verschaffen.

II . **Fahrlässigkeit des Arztes**

1. *Begriff der Fahrlässigkeit*

Gem. § 276 Abs. 1 S. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Nach der deutschen Rechtsprechung handelt ein Arzt in diesem Sinne fahrlässig, wenn er gegen die allgemein anerkannten Grundsätze der ärztlichen Wissenschaft verstößt.⁴⁶⁾ Im Rahmen der Fahrlässigkeit wird zwischen der Voraussehbarkeit des Erfolgs und der Vermeidbarkeit des Erfolgs unterschieden. Eine Verletzung der ärztlichen sorgfaltspflicht kann bereits dann vorliegen, wenn der Arzt nur unter einem der beiden Aspekte seinen Pflichten nicht gerecht wird. Diese Grundsätze gelten auch im koreanischen Recht. Es ist auch eine Konstellation denkbar, in der der behandelnde Arzt nicht fahrlässig handelt, obwohl er den möglichen Eintritt eines bestimmten schädlichen Erfolges vorhersieht. Denn bestimmte Behandlungsmaßnahmen sind notwendigerweise mit gewissen Risiken behaftet. Würde man bei der Verwirklichung dieser Risiken eine Fahrlässigkeit des Arztes annehmen, könnte der Mediziner die fraglichen Behandlungsmaßnahmen nicht anwenden, ohne sich trotz Einhaltung größtmöglicher Sorgfalt unter Umständen haftbar zu machen. Man spricht hier vom "erlaubten Risiko".

2. *Standard der Fahrlässigkeitsbeurteilung*

a) Allgemeinmediziner und Facharzt

Gem. § 276 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Fahrlässigkeit eine Außerachtlassung der

46) Deutsch, NJW 1976, 2291.

im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (culpa in abstracto). Also ist für den Fahrlässigkeitsbegriff des Arztes die Fähigkeit und Sorgfaltspflicht eines normalen Arztes maßgeblich. Bei der Beurteilung des "Allgemeinmediziners" wird also von den Fähigkeiten und der Sorgfalt eines durchschnittlichen "Allgemeinarztes" ausgegangen. Für den Facharzt gelten die Fähigkeiten und die Sorgfalt, die die Fachärzte je nach ihrem Bereich im allgemeinen anzuwenden pflegen: Der "Allgemeinmediziner" soll in der Weise behandeln, wie es in der "Allgemeinmedizin" üblich ist. Falls er zur Behandlung nicht die ausreichenden Fähigkeiten oder Mittel besitzt, soll er den Patienten an einen Facharzt oder in ein größeres Krankenhaus überweisen. Für den Facharzt gilt das gleiche, soweit seine Tätigkeit die Grenzen seines Fachbereichs überschreitet. Der KOHG verurteilte einen beklagten Arzt wegen Fahrlässigkeit, weil er den Geschädigten nicht auf die Möglichkeit einer Behandlung in dem nahegelegenen Hospital oder auf einen Facharzt hingewiesen hatte, obwohl es für ihn unvernünftig war, den Geschädigten mit seiner Fähigkeit und seinen Einrichtungen zu behandeln.⁴⁷⁾ Auch entschied der JOHG im Falle eines Augenfacharztes, daß er den Patienten auf einen anderen Facharzt hinweisen müsse, der in der Behandlung einer speziellen Krankheit über größere Erfahrungen verfügt.⁴⁸⁾

b) Stand der ärztlichen Wissenschaft

Standard der ärztlichen Sorgfaltspflicht sind diejenigen Behandlungsprinzipien, die in der ärztlichen Wissenschaft im allgemeinen anerkannt sind. Man spricht insoweit auch von dem Behandlungsstandard. Der Behandlungsstandard unterscheidet sich von dem Standard der ärztlichen Wissenschaft, der im Bereich der medizinischen Forschung gilt.⁴⁹⁾ Dieser klinische Standard ist höher als der normale medizinische Standard. In Arzthaftungsprozessen geht es in der Regel

47) Kor. Oberstgerichtshof (KOHG), Urt. v. 11. 7. 1967, 67 ga 848 (KOHG Bd. 15, II, S. 170).

48) Jap. Oberstgerichtshof, Urt. v. 26. 3. 1985, 1982, Nr. 1112 (Hanreijiho 1178, 73).

49) BGH, VersR, 1953, 67; Laufs, Arztrecht, 2. Aufl. 1978, S. 84.

um den Behandlungsstandard, der in der Praxis im allgemeinen verbreitet ist. In dieser Hinsicht gibt es keinen Unterschied zwischen der deutschen, japanischen und koreanischen Rechtsprechung.

Der JOHG führt in seinem Urteil vom 30. 3. 1982, in dem es um die Behandlung kindlicher Reninitis ging, zum Behandlungsstandard aus: "Der Standard der ärztlichen Sorgfaltspflicht ist derjenige Behandlungsstand, der im Zeitpunkt der Behandlung als gängige Praxis der klinischen ärztlichen Wissenschaft bekannt ist".⁵⁰⁾ Da es an der objektiven Vorausssehbarkeit eines in diesem Falle eingetretenen schlimmen Erfolges fehlte, lag eine Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht nicht vor. Zwar wird die Frage einer ärztlichen Fahrlässigkeit nach dem medizinischen Behandlungsstandard im Zeitpunkt der Behandlung beurteilt, doch macht dieser Standard stets Fortschritte. Das wird auch in dem erwähnten Urteil des JOGH über die Behandlung von kindlicher Reninitis festgestellt. So konnte der JOGH⁵¹⁾ drei Jahre später seine Ansicht zur objektiven Vorausssehbarkeit des Erfolgs ändern: Der beklagte Augenarzt hatte sich 1976 mit dem Forschungsbericht über den Untersuchungs- und Behandlungsstandard bei Reninitis unreifer Kinder vertraut gemacht. Der Forschungsbericht war 1975 von einer durch Prof. Uemura geleiteten Forschungsgruppe an der Augenklinik der Universität Keio veröffentlicht worden. Das Gericht legte dem Beklagten zur Last, er habe es unterlassen, dem Patienten an einen erfahrenen Spezialisten zu überweisen. Hätte er dies getan, so wäre es rechtzeitig zu der erforderlichen Augenoperation gekommen.

Also hat das Gericht angenommen, daß die neue Heilkunde 1976 unter Augenfachärzten bekannt war, durch die eine Reninitis bei rechtzeitiger Prüfung des Augenhintergrundes mittels einer Lichtgewinnungsmethode geheilt werden

50) Hanreijihō 1039, 66; Kobe LG Himeji Amtsgericht 30. 9. 1968(Hanreijihō 544, 19).

51) Ur. v. 26. 3. 1985.

kann.

c) Gewohnheit(practice)

Praktiziert ein Arzt nach seiner Gewohnheit eine bestimmte Behandlungsmethode und tritt dabei unerwartet ein nicht erwünschter Erfolg ein, stellt sich ebenfalls die Frage nach einem fahrlässigen Verhalten. Es geht vorliegend darum, ob die praktische Gewohnheit zu einem objektiven Beurteilungsmaßstab gemacht werden kann, der vom Standard der ärztlichen Behandlung unabhängig ist. Im Urteil des JOGH vom 16. 2. 1961⁵²⁾ ging es darum, daß ein Arzt am Klinikum der Universität Tokio bei einer Blutspende den Spender nicht in ausreichender Weise untersucht hatte. Der Spender litt an Syphilis. Der Empfänger des Blutes wurde durch die Bluttransfusion infiziert. Der JOGH warf dem Arzt fahrlässiges Verhalten vor:

"Die Sorgfaltspflicht wird durch eine rechtliche Beurteilung begründet und beschränkt. Obwohl der Arzt entsprechend seiner ärztlichen Gewohnheit auf eine Untersuchung des Blutes verzichtete, kann dies nicht zu einer Verminderung seiner Sorgfaltspflichten führen. Dieser Umstand kann allenfalls bei der Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit Berücksichtigung finden".

Die Beachtung der anerkannten Praxis ist der objektive Maßstab für die rechtliche Beurteilung ärztlichen Verhaltens und damit auch für die Frage nach einer Fahrlässigkeit des Arztes.

d) Therapiefreiheit

Meinungsunterschiede im Hinblick auf Untersuchungsergebnisse oder die anzuwendende Behandlungsmethode sind wegen der Komplexität der ärztlichen Wissenschaft und wegen der Differenzen zwischen verschiedenen ärztlichen Anschauungen unvermeidbar. Auch hier stellt sich die Frage nach

52) Hanreijho 251, 7.

einer Fahrlässigkeit des Arztes, wenn sich die gewählte Behandlungsmethode im nachhinein als falsch erweist. Bei der Beurteilung ärztlichen Verhaltens ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Arzt bei der Behandlung häufig in kurzer Zeit eine Entscheidung über die Behandlungsmethode treffen muß. Hierzu führte der KOGH⁵³⁾ aus:

"Im Bereich der Arzthaftung liegt die Fahrlässigkeit des Arztes darin, daß er trotz seines Könnens den Eintritt des Erfolges nicht vorhergesehen und nicht vermieden hat. Solange der Arzt hinsichtlich des Diagnoseergebnisses nicht fahrlässig gehandelt hat, soll er unter Berücksichtigung des Zustandes des Patienten nach seinen Spezialkenntnissen und nach seiner Erfahrung bestimmen können, welche Therapie er anwendet. Soweit die vom Arzt angewendete Therapieform vernunftsmäßig nachvollziehbar erscheint, handelt er innerhalb der Therapiefreiheit. Eine Fahrlässigkeit des Arztes liegt innerhalb dieser Grenzen nicht vor."

Zum Umfang der ärztlichen Therapiefreiheit werden im wesentlichen zwei Ansichten vertreten. Nach einer Auffassung findet das ärztliche Ermessen eine Beschränkung lediglich durch die Erkenntnisse der ärztlichen Wissenschaft. Nach anderer Ansicht besteht eine Therapiefreiheit des Arztes lediglich im Rahmen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.⁵⁴⁾ Diese Meinung hält ein ärztliches Therapieermessen nur in engen Grenzen für gegeben und setzt eine Aufklärungspflicht des Arztes voraus. Der Arzt beteiligt sich also an der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.

Obwohl die Ermessensfreiheit bei der ärztlichen Behandlung meines Erachtens in weitem Umfang anzuerkennen ist, muß der Arzt dafür haftbar sein, daß seine Behandlung die Grenzen der Therapiefreiheit überschritten hat. Dabei sind

53) KOGH, Ur. v. 12. 6. 1984, 83 do 3199(Popwonkongbo 734, 1320).

54) Uto, Bokuschin, Behandlungsfehler, Patienten und Recht, Wissenschaft der Körper, Nt. 47. S. 44f.

hinsichtlich der Grenzen ärztlichen Ermessens zwei Aspekte miteinander in Einklang zu bringen: Einerseits die Gefahr einer möglichen Schädigung des Patienten als ungewollte Nebenfolge der Behandlung, andererseits die gesundheitliche Entwicklung des Patienten im Fall einer Nichtbehandlung. Hinsichtlich der Wahl und Durchführung der Behandlungsmaßnahmen hat der Arzt somit zu berücksichtigen, daß der Zustand des Patienten sich nicht verschlechtert. In einem Urteil des KOGH vom 9. 12. 1975 ging es in diesem Zusammenhang um folgendes:

Der Kläger wurde von einem Hund gebissen. Der beklagte Arzt meinte, daß die Gefahr bestünde, an Tollwut zu erkranken. Er injizierte dem Kläger im Verlauf von 10 Tagen 10 mal ein Vorbeugungspräparat (Vakzin). Die Mutter des Klägers teilte dem Beklagten den Inhalt eines tierärztlichen Gutachtens mit, demzufolge der Hund nicht tollwütig war. Der Kläger litt während der Injektionsphase an Fieber und Kopfschmerzen und sagte dies auch dem Beklagten. Trotzdem injizierte dieser weiter. Der Kläger erlitt durch die Nebenwirkungen der Injektion eine Rückenmarksentzündung. Da der Beklagte leicht hatte erkennen können, daß der Hund nicht tollwütig war, hielt das Gericht eine Fahrlässigkeit des Arztes für gegeben.

e) Delegation

Der Standard der Sorgfaltspflicht läßt sich nicht durch Delegation etwa auf einen in der Ausbildung befindlichen Arzt verringern. Führt beispielsweise ein Assistent die fachärztliche Behandlung durch, so handelt er fahrlässig, wenn er dabei nicht den Standard eines Facharztes einhält.