

# Ärzte und Juristen

Prof. Dr. Andreas Spickhoff \*

## I. Zur Entstehung des Medizinrechts als Rechtsgebiet

Das Verhältnis von Medizinern und Juristen ist ein ambivalentes. Medizinische und Juristische Fakultäten gehören zusammen mit den Theologischen Fakultäten traditionell nicht nur zu den Gründungsfakultäten der klassischen Universität, sondern sie sind – um ein Wort des Wissenschaftsrates in einer neueren Stellungnahme zur Rechtswissenschaft<sup>1</sup> aufzugreifen – sog. Professionsfakultäten. Die Angehörigen beider Professionen bedürfen nun gelegentlich der Hilfe der jeweils anderen, auch wenn sie am liebsten jeweils wohl nie in eine solche Situation der „Bedürftigkeit“ geraten möchten. Nicht zuletzt deshalb sucht der erkrankte Jurist oft spät, vielleicht zu spät den Mediziner auf, und umgekehrt steht es nicht anders. Das alles unterscheidet Mediziner und Juristen freilich noch nicht von Nicht-Medizinern oder Nicht-Juristen. Was macht also das spezifische Verhältnis, vielleicht Spannungsverhältnis von Ärzten und Juristen (jedenfalls manchen) aus?

Ein Grund dafür liegt vermutlich in dem Umstand, dass es das Rechtsgebiet des Medizinrechts noch nicht lange gibt. Selbst der Begriff „Medizinrecht“ (mit seinem wesentlichen Bestandteil des Arztrechts) ist bis heute noch nicht ganz deutlich festgelegt. Fast synonym zu ihm wird der Begriff Gesundheitsrecht verwendet. Misserfolge der Ärzte wurden im Wesentlichen vom Recht bis weit in das 19. Jahrhundert herein – sieht man einmal von Vorsatzdelikten ab – als schicksalhaft akzeptiert<sup>2</sup>. An den Juristischen Fakultäten der Universitäten hat sich – nicht nur in Deutschland – das Medizinrecht als eigenständige Disziplin erst in den letzten Jahrzehnten zu etablieren begonnen<sup>3</sup>. Erst allmählich ist das Arzt- bzw. Medizinrecht im Wesentlichen als besonderes Rechtsgebiet anerkannt worden. Noch zu Beginn der 1990er Jahre (und vielleicht sogar noch heute) war (oder ist) es indes unter dem taktischen Aspekt einer späteren Berufbarkeit auf eine Professur oder einen Lehrstuhl durchaus nicht ohne weiteres empfehlenswert, sich allzu sehr und allzu früh mit dieser an sich zukunftssträchtigen, aber doch speziellen Materie – manche sagen auch: einem Orchideenfach – zu befassen.

Die zunehmende Verrechtlichung der Medizin, die leider öfter politischem Aktionismus als (rechts-) wissenschaftlichen Notwendigkeiten folgt, also nicht

\* Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Medizinrecht an der LMU München. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag anlässlich der Examensfeier der Juristischen Fakultät der LMU am 6. November 2015.

1 Wissenschaftsrat (Hrsg.), Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, 09.11.2012, <http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf> (Stand: 02.07.2016), S. 5, 7.

2 Überblick zur Entwicklung bei Riegger, Die historische Entwicklung der Arzthaftung, Diss. iur. Regensburg 2007, S. 33-97; Schumann, FS Deutsch, 2009, S. 545, 556 f.; A. Deutsch, in: FS Laufs, 2006, S. 45, 50 ff.; Köbler, in: FS Laufs, 2006, S. 157 ff.

3 Zur Entwicklung des Medizinrechts an der Georg-August-Universität Göttingen, an deren Juristischer Fakultät dieses Rechtsgebiet als einer der ersten in Deutschland seit den 1970er Jahren etabliert worden ist, Deutsch, in: Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 1987, S. 289 ff. Maßgeblich beteiligt in Göttingen war neben Erwin Deutsch (ein Münchener Habilitand, betreut von Eugen Ulmer, Habilitationsschrift erstbegutachtet von Karl Larenz) Hans-Ludwig Schreiber. Weiter zu nennen aus dieser „Gründerzeit“ sind (zumindest aus zivilrechtlicher Perspektive) Adolf Laufs, Heidelberg, und Dieter Giesen, FU Berlin.

wirklich „Schuld“ der Juristen ist, hat die Skepsis von Medizinern gegenüber Juristen und dem Medizinrecht gewiss beflügelt. Keineswegs zu Unrecht wird diese Entwicklung auch als Ausdruck von wachsendem Misstrauen gegenüber Medizinern angesehen. Es sei erlaubt, das Ausmaß der Verrechtlichung der Medizin an zwei herausgegriffenen Beispielen deutlich zu machen: In der ersten Auflage (1977) hatte das „Arztrecht“ von *Adolf Laufs* ein Volumen von 110 Seiten. Die siebte Auflage (2015)<sup>4</sup> ist – bei gleich kleinem Drucktyp, aber deutlich größerem Format – 586 Seiten lang geworden. Ähnlich steht es mit dem Lehrbuch zum Medizinrecht, das von *Erwin Deutsch* begründet und seit der 5. Auflage von mir mit betreut wird. Es hat in der siebten Auflage (2014) fast 1400 Seiten erreicht, während sich die erste Auflage 1983<sup>5</sup> noch mit gut 350 Seiten, also einem Viertel, begnügen konnte.

Besonders deutlich zeigt sich die Überregulierung der Medizin nicht nur im Kontext der Arzthaftung, sondern auch etwa im Bereich der medizinischen Forschung, im Medizinprodukte- und Pharmazierecht und insbesondere im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Diese Entwicklungen beruhen indes nicht allein auf übermäßigem Misstrauen gegenüber der Medizin und den sie tragenden Berufsgruppen und Unternehmen. Hinzu gekommen ist vielmehr eine Akzentverschiebung, die wohl auch ärztlicherseits mittlerweile konsentiert wird: Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts der Patienten ist in den Vordergrund getreten. Der früher wohl stärker als heute anzutreffende ärztliche Paternalismus wurde zurückgedrängt. Das ist mehr als eine bloße Gegenreaktion darauf, medizinisch ungünstige Verläufe per se als schicksalhaft zu akzeptieren.

Während bis weit in das 19., ja 20. Jahrhundert der Satz „*salus aegroti suprema lex*“ anerkannt war, streitet man sich heute darüber, ob man nicht besser von „*voluntas aegroti suprema lex*“ spricht. Das Erfordernis des „informed consent“ ist dabei wohl erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entwickelt worden.

Ein Zeuge ihrer Entwicklung war *Otto von Bismarck*<sup>6</sup>. Er berichtet über den an Kehlkopfkrebs erkrankten Thronfolger, den nachmaligen Kaiser Friedrich III.: „Die behandelnden Ärzte waren Ende Mai 1887 entschlossen, den Kronprinzen bewusstlos zu machen und die Exstirpation des Kehlkopfs auszuführen, ohne ihm ihre Absicht angekündigt zu haben. Ich erhob Einspruch, verlangte, dass nicht ohne die Einwilligung des Patienten vorgegangen und, da es sich um den Thronfolger handele, auch die Zustimmung des Familienhauptes eingeholt werde. Der Kaiser, durch mich unterrichtet, verbot, die Operation ohne Einwilligung seines Sohnes vorzunehmen“. Kurz darauf, am 31. Mai 1894, entschied das Reichsgericht<sup>7</sup> den Fall eines Oberarztes, der unter Anklage der Körperverletzung stand. Er hatte an einem 7-jährigen Kind eine Fußamputation vorgenommen, da eine tuberkulöse Vereiterung des Fußwurzelknochens vorlag. Der Vater des Kindes war ein Anhänger der Naturheilkunde und grundsätzlicher Gegner der Chirurgie. Er hatte der Operation widersprochen. Das Gericht sah in dem medizinisch indizierten Eingriff eine Körperverletzung, die nur durch die Einwilligung des sorgeberechtigten Vaters oder eines Pflegers gerechtfertigt werden könne.

Aus diesen Anfangsgründen ist neben der Einwilligung auch die Aufklärungspflicht zur Grundlage einer gefürchteten Haftung geworden, ja, nach der Ansicht vieler denaturiert<sup>8</sup>: Zahlreiche Verfahren, in denen die Verletzung der Aufklärungspflicht gerügt wird, stellen in Wirklichkeit Kunstfehlerprozesse dar, bei denen die Verfehlung des medizinischen Behandlungsstandards zwar nicht bewiesen werden kann, aber doch nahe liegt oder zumindest vom Patienten vermutet wird. Hat sich das Risiko der Operation (auch in Form eines nicht nach-

4 Nunmehr gemeinsam verfasst von *Adolf Laufs*; *Christian Katzenmeier*; *Volker Lipp*, *Arztrecht*.

5 Damals noch (nunmehr als teilweiser Untertitel dienend) „*Arztrecht und Arzneimittelrecht*“.

6 Gedanken und Erinnerungen, Band II, 1898, S. 306.

7 RGSt 25, 375.

8 Stellvertretend *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 353 ff.

weisbaren Behandlungsfehlers) verwirklicht, begründet schon die unzureichende Aufklärung über das Risiko prinzipiell die Haftung.

Hinzu tritt, dass auch die Begrenzung der sehr streng gewordenen Aufklärungspflichten zumindest von medizinischer Seite nicht ohne weiteres als adäquat angesehen werden. Der Patient kann zwar auf die Information durch den Arzt verzichten. Doch bleibt die Frage, ob es unabhängig davon juristisch anerkannte Kontraindikationen der ärztlichen Aufklärung geben sollte. Das Gesetz spricht von einer Entbehrlichkeit „ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände“ (§ 630e Abs. 3 BGB). Darunter fällt aber kaum noch, die Aufklärung etwa über eine bösartige Diagnose vorsorglich zu unterlassen oder gar im Nachhinein darüber zu täuschen; das schweizerische Bundesgericht<sup>9</sup> tolerierte die Entbehrlichkeit der Aufklärung dabei großzügiger als der BGH<sup>10</sup>. Ein prominentes Beispiel für die Problematik ist in diesem Zusammenhang der Fall von *Theodor Storm*, den *Thomas Mann* eindrucksvoll geschildert hat.<sup>11</sup> Ärzte hatten festgestellt, dass der Dichter an einem Magenkarzinom litt. Storm brach nach der Eröffnung der Diagnose zusammen und war unfähig zu arbeiten. Er verlor die Lebensfreude. Daraufhin wurde zum Schein ein erneutes Ärztekonsilium eingesetzt. Obwohl man zu demselben Ergebnis kam, teilte man *Theodor Storm* mit, seine Magenerkrankung sei nicht bösartiger Krebs, vielmehr wurde ihm eine harmlose Diagnose mit auf den Weg gegeben. Der Dichter lebte wieder auf und vollendete den „Schimmelreiter“. „Das Meisterwerk, mit dem er sein Künstlerleben krönte, ist ein Produkt barmherziger Illusionierung“, hat *Thomas Mann* das kommentiert. Nach heutigen Maßstäben würde Storm nicht mehr aktiv listig (wenngleich – man denke an § 123 BGB – gewiss nicht „arg“- listig) getäuscht werden dürfen, aber er würde dann auch den Schimmelreiter nicht mehr vollendet haben, und hätte auch seine Lebensfreude kaum je wieder zurückgewonnen.

## II. Die Ermittlung des medizinischen Standards – Zur Aufgabenverteilung zwischen Ärzten und Juristen

Die beiden oben angedeuteten großen Kontrollfelder in Bezug auf ärztliches Verhalten – fachgerechte Behandlung und Achtung der Patientenautonomie – bergen die Besonderheit in sich, dass die Frage, ob ein Behandlungsfehler vorgelegen hat, regelhaft ebenso wenig von einem Juristen alleine entschieden werden kann wie z. B. die Frage, ob ein Risiko bestanden hat, über das aufgeklärt werden musste. Juristen mischen sich zwar in praktisch jeden Lebensbereich ein, genauer: Sie werden geradezu um Einmischung ersucht, zumindest von einem der Beteiligten. Das führt zu einem anderen Aspekt:

Was ist ein Behandlungsfehler, welche Risiken dürfen bei der Behandlung gelaufen werden, und über welche solcher (keineswegs notwendig von vorneherein zu einem Behandlungsfehler führenden) Risiken oder mögliche Alternativen ist der Patient aufzuklären? Diese Frage können Juristen im Prozess regelmäßig nicht ohne Hilfe der Medizin(er) beantworten. Dabei ist im Prozess die Grenzziehung zwischen richterlicher Tätigkeit und der Aufgabe von Sachverständigen, die bekanntermaßen oft nicht ganz zu Unrecht als „heimliche Richter“ bezeichnet werden, theoretisch im Ausgangspunkt scheinbar einfach, in der Konkretisierung indes voller Fallstricke. Der Ausgangspunkt wird für den Zivilprozess recht einfach so ausgedrückt: „*Da mihi factum, dabo tibi ius*“. Für Rechtsregeln, für Normen und für darauf bezogene Wertungen ist der Richter zuständig, für die tatsächlichen Grundlagen der Subsumtion und ihre Einführung in den Haftpflichtprozess die Parteien, Letztere im Arzthaftungsprozess freilich nur in einer abgemilderten Form.

9 BGE 105 II 284 (das Anliegen der Vermeidung gesundheitsschädlicher Angst genüge).

10 BGHZ 29, 182 (Entbehrlichkeit der Aufklärung nur, falls diese „zu einer ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsschädigung des Patienten“ führen würde; kritisch dazu *Deutsch*, NJW 1980, 1305 (1306); *Kleinewefers*, VersR 1981, 99 (101); *Buchborn*, Internist 1981, 162.

11 *Thomas Mann*, *Leiden und Größe der Meister*, 1935 (Ausgabe 1974), S. 151, 171 f.

Bezogen auf unsere Frage nach der Grenzziehung zwischen den Aufgaben von Juristen (als Richter) und Medizinern (als Sachverständige) bilden folgende Normen den Rahmen für die Aufgabenverteilung: § 276 Abs. 2 BGB besagt, dass fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Es kommt also weder auf die übliche Sorgfalt (den eingerissenen Schlandrian) an, noch – jedenfalls im zivilen Haftpflichtprozess – darauf, ob dem potentiell Haftpflichtigen die Einhaltung der normativ erforderlichen Sorgfalt auch subjektiv-individuell möglich war (was man sich bei demjenigen fragen könnte, der seine Examina nur mit Glück bestanden hat und so dumm ist, nicht einmal wissen zu können, wie wenig er weiß, den also nicht einmal ein – individuelles – Übernahmeverschulden trifft). Konkretisiert für den Bereich der Arzthaftung formuliert § 630a Abs. 2 BGB, dass die

„Behandlung [...] nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen [hat], soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.“

Die fachlichen Standards werden namentlich vom so genannten Facharztstandard geprägt. Angemerkt sei bei dieser Gelegenheit, dass der Wortlaut dieser Norm einerseits zu weit, andererseits zu eng und schließlich unvollständig geraten ist. Zu wenig verlangt die Norm aus folgendem Grund: Es ist zwar seit jeher anerkannt, dass aufgrund des objektiv-typisierten Sorgfaltsstandards eine Unterschreitung dieses Standards nicht haftungsbefreiend wirkt. Anders liegt es aber bei demjenigen, der aufgrund einer besonderen Expertise oder besonderer Fähigkeiten mehr als das „allgemein Anerkannte“ zu leisten in der Lage ist. Der Arzt hat zu Gunsten seiner Patienten alle ihm zur Verfügung stehenden Fähigkeiten einzusetzen, er darf sich keineswegs unter kühlem Hinweis auf die eben zitierte Vorschrift bei der konkreten Behandlung auf das Normalmaß zurückziehen, obwohl die Gegebenheiten und seine eigenen Fähigkeiten mehr zulassen<sup>12</sup>. – Zu viel verlangt umgekehrt die neu formulierte Norm, weil in bestimmten Situationen die Grenze von „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ auch ohne entsprechende Vereinbarung bis zur Grenze des noch Vertretbaren unterschritten werden darf. Man denke an die Situation, dass bei Zeugen Jehovas die Vergabe von Frischblut so weit wie möglich hinausgezögert wird, was im Zweifel eine – vermutlich dem Willen solcher Patienten entsprechende – Unterschreitung des „allgemein anerkannten“ Facharztstandards nach sich zieht<sup>13</sup>. Und unvollständig-lückenhaft ist die Definition, wenn es um die Erprobung von Neulandmethoden geht, sei es im Rahmen eines systematischen medizinischen Experiments, sei es im Rahmen eines sogenannten Heilversuchs beim vielleicht „austherapierten“ Patienten, wie es im Medizinerjargon heißt.

Wie dem auch sei: Abgesehen von derartigen Sonderfällen ist von einem Gericht in Bezug auf die gewöhnliche Behandlung der medizinische Standard zu Grunde zu legen. Dazu wird vielfach ein Sachverständiger (regelmäßig ein Mediziner) gehört. Er hat den allgemein anerkannten medizinischen Standard darzulegen und sich dazu zu äußern, ob und inwieweit der in Anspruch genommene Arzt davon abgewichen ist, auch, ob es für eine solche Abweichung medizinische Gründe gibt. Noch weitergehend wird zunehmend im Schrifttum diskutiert, den medizinischen Standard durch Leitlinien prägen zu lassen, welche die wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften erstellen. Insbesondere dann, wenn gewissermaßen die höchste Entwicklungsstufe einer Leitlinie erreicht wird (sog. S 3-Leitlinien), soll dadurch der medizinische Standard definiert und das Maß der erforderlichen Sorgfalt bestimmt werden. Leitlinien gewannen damit

12 BGH, NJW 1987, 1479: „Verfügte der Erstbeklagte [Chefarzt der chirurgischen Abteilung eines Krankenhauses] darüber hinaus [Standard eines erfahrenen Facharztes] über ärztliche, für die Therapie bedeutsame Spezialkenntnisse, dann hatte er sie auch zu Gunsten des Klägers einzusetzen.“ Anders Löwisch/Caspers, in: Staudinger, BGB, Bearbeitung 2014, § 276 BGB Rn. 29, 30.

13 Beispielhaft BVerfG, NJW 2002, 206 und – in derselben Sache – OLG München, MedR 2003, 174 m. Anm. Bender (Blutübertragung erst nach Eintritt einer lebensbedrohlichen Situation).

gewissermaßen den Charakter einer Rechtsnorm, indem sie im Prinzip verbindlich den Standard und damit den ärztlichen Pflichtenkatalog fixieren<sup>14</sup>. Gegen diese Einschätzung spricht indes ganz entscheidend der Umstand, dass es sich bei der Bildung entsprechender Leitlinien, die von Medizinern erstellt werden, keineswegs nur um einen Akt der Erkenntnis von Tatsachen handelt. Vielmehr sind dem Prozess der Bildung von Leitlinien wertende Elemente eigen. Im Bereich von sogenannten Beratungsleitlinien wird das sofort deutlich, man denke etwa an Details einer nach ärztlicher Ansicht gebotenen oder eben auch nicht gebotenen Aufklärung. Gewiss gibt auch insofern je nach Sachlage erst genuin medizinischer Sachverstand Auskunft darüber, ob es z. B. überhaupt eine alternative Behandlungsmöglichkeit gibt, oder ob bestimmte, potentiell aufklärungsbedürftige Risiken dem fraglichen Eingriff anhaften. Ob aber ein bestimmtes Risiko gelaufen werden darf, oder ob ein Patient über ein bestimmtes Risiko aufgeklärt werden muss, das sind Fragen, deren Beantwortung den Bereich der Wertung berührt und den der bloßen Tatsachenermittlung verlässt. Es handelt sich insoweit um eine genuin juristische Aufgabe, die im Prozess nicht einem (medizinischen) Sachverständigen überantwortet werden darf.

Freilich ist die Grenzziehung zwischen Norm und Bewertung auf der einen Seite und den tatsächlichen Grundlagen, die für die Subsumtion erforderlich sind, auf der anderen Seite keineswegs immer so eindeutig wie eben möglicherweise insinuiert. Das zeigt beispielsweise die Frage nach der Schuldfähigkeit oder Schuldunfähigkeit. Sie wird oft im Prozess ohne weitere Zwischenschritte an psychiatrische Gutachter gestellt.<sup>15</sup> Das wird zwar vielfach kritisiert. Doch lässt sich mit guten Gründen bezweifeln, ob sich insoweit eine scharfe Trennlinie zwischen ärztlicher und juristischer Beurteilung ziehen lassen kann. Vielleicht ist eine „normative Abstinenz“ des Psychiaters und dessen Beschränkung auf angeblich rein tatsächliche Feststellungen von der Sache her gar nicht möglich. Ärztliche und juristische Beurteilung gehen eben doch manchmal ineinander über und lassen sich nicht immer säuberlich voneinander trennen<sup>16</sup>. Ungeachtet dessen ist unstrittig, dass der Richter die entsprechenden Ergebnisse des Sachverständigengutachtens keineswegs einfach übernehmen und sich ihnen anschließen darf, sondern er hat sich mit dem Gutachten seinerseits kritisch auseinander zu setzen und kann durchaus – begründet – von den Ausführungen des Sachverständigen abweichen.

Schon durch derartige Relativierungen wird aber deutlich, dass wir als Juristen im Verhältnis von Recht und Medizin Schwierigkeiten haben, klare Grenzen zu ziehen. Umso mehr ist es angezeigt, sich durch einen Blick über die eigenen fachlichen Grenzen hinaus der eigenen Wertung zu vergewissern oder diese kritisch zu befragen.

Die Gesamtproblematik sei anhand eines neueren Beispiels aus der Rechtsprechung des BGH<sup>17</sup> exemplifiziert: Es ging um einen Patienten, der an einer bestimmten Form von schizophrener Psychose litt. Der in Anspruch genommene praktizierende Neurologe und Psychiater verschrieb dagegen an sich geeignete Medikamente. Der Patient verstarb. Von rechtsmedizinischer Seite wurde als naheliegende Todesursache rhythmogenes Herzversagen genannt. Zuvor war bei dem Patienten stationär gelegentlich ein zu langsamer Herzschlag (sog. Bradykardie) nach der Einnahme der Medikamente festgestellt worden. Die eingeschaltete Sachverständige hob hervor, dass in Leitlinien und Fachinformationen zutreffend eine – unstrittig unterbliebene – halbjährliche EKG-Untersuchung empfohlen und in der Fachliteratur als indiziert angesehen werde. Das OLG

14 Näher u. m.w.N. *Spickhoff*, in: Lilie/Bernhard/Rosenau (Hrsg.), *Standardisierung in der Medizin als Rechtsproblem*, 2009, S. 119, 126 ff.

15 Weiterführend zur Begutachtung durch psychiatrische Sachverständige, insb. im Rahmen des § 63 StGB, siehe *Bonzel*, *rescriptum* 2016/2, 149.

16 *Schreiber/Rosenau*, in: *Venzlaff/Foerster* (Hrsg.), *Psychiatrische Begutachtung*, 4. Aufl. 2004, S. 85.

17 JZ 2015, 573 m. Anm. *Spickhoff* (576).

wies die gegen die klageabweisende erstinstanzliche Entscheidung eingelegte Berufung zurück. Eine EKG-Untersuchung sei nicht geboten gewesen, weil der Patient nichts von Unverträglichkeiten berichtet habe, so dass schon kein Behandlungsfehler vorliege. Hilfsweise fehle es am Verschulden, weil die Leitlinien die EKG-Untersuchungen nur empfohlen hätten. Jedenfalls sei ein Befunderhebungsfehler aber nicht kausal geworden. Eine Beweislastumkehr wegen groben Behandlungsfehlers komme nicht in Betracht, und eine entsprechende Folge wegen eines – unterstellten – einfachen Befunderhebungsfehlers aufgrund der unterbliebenen EKG-Kontrolle hätte nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem reaktionspflichtigen Befund geführt, da der Todesfall erst Monate nach der zuletzt (unterstellt) gebotenen EKG-Kontrolle eingetreten sei. Zudem sei von der Patientenseite nur die Notwendigkeit einer Umstellung der Medikation im Anschluss an eine EKG-Untersuchung behauptet, nicht aber substantiiert dargelegt worden, dass es überhaupt alternative geeignete Präparate geben würde.

Der BGH beanstandet – kaum überraschend – zunächst, dass schon ein Behandlungsfehler (in Gestalt eines Befunderhebungsfehlers) abgelehnt worden ist. Wenn ein Gericht das tun will und sich dabei gegen übereinstimmende ärztliche Empfehlungen in Leitlinien, das medizinische Fachschrifttum und eine medizinische Sachverständige entscheidet, dann nimmt es nicht Wunder, dass ein solcher Schritt eines ganz besonderen Begründungsaufwandes bedarf. Dabei kommt es hier auf die Frage, wie verbindlich Leitlinien (und unter welchen Bedingungen) sind<sup>18</sup>, nicht einmal an. Insoweit enthält das Urteil keine Überraschung.

Ebenso wenig überraschend (wenngleich weniger auf der Hand liegend) ist es, dass der BGH die Feststellungen zum Fehlen eines groben Behandlungsfehlers moniert. Das OLG hätte die Sachverständige daraufhin befragen müssen, was leider unterblieb, mag diese Unterlassung auch verständlich sein, wenn man schon einen einfachen Fehler nicht zu erkennen vermag. In diesem Zusammenhang stellt sich freilich eine weitere Frage: Die Annahme eines einfachen Behandlungsfehlers soll sich nämlich ganz pauschal „in erster Linie nach medizinischen Maßstäben“ richten. Demgegenüber soll es sich – genau umgekehrt – „bei der Einordnung eines ärztlichen Fehlverhaltens als grob [...] um eine juristische Wertung“ handeln, „die dem Tatrichter obliegt“, hierzu seien nur die Fakten, also die Tatsachen, (auch) unter Zuhilfenahme von Sachverständigen, zu ermitteln.<sup>19</sup> Ist eine Differenzierung zwischen einfachem und groben Fehler in dieser Schärfe angemessen?

Letzlich geht es – gleich ob es um einen einfachen oder schweren Behandlungsfehler geht – um die Frage nach der Aufgabenverteilung zwischen Juristen und Medizinern, zwischen Richter und Sachverständigem. Hier wie dort kann der Sachverständige als Beweismittel im System des Prozessrechts prinzipiell – wie bereits hervorgehoben – zur Feststellung nur von Tatsachen herangezogen werden. Die bewertende (geschriebene oder ungeschriebene, mehr oder weniger bestimmte) Rechtsnorm und der Akt der bewertenden Subsumtion selbst, also die Konkretisierung der Rechtsnorm, ist und bleibt Aufgabe von Juristen, in letzter Konsequenz: von Richtern. Die Bewertung im Sinne einer Rechtsgüter- oder Interessenabwägung steht eben unter dem Vorbehalt der Akzeptanz durch das Recht, genauer: Es ist dies eine der vornehmsten, wenn nicht die vornehmste Aufgabe eines Gerichts. Wenn es also z. B. darum geht, wie hoch ein bestimmtes Risiko zu Lasten eines Patienten bei der Behandlung prozentual ist oder ob es überhaupt besteht, ist medizinischer Sachverstand gefragt. Dabei kann auf Leitlinien (mit-) zurückgegriffen werden; jedenfalls hat der Sachverständige ggf. dazu Stellung zu beziehen. Die Bewertung, ob ein prozentual feststehendes Risiko im Rahmen einer Behandlung gelaufen werden darf, ist demgegenüber eine Frage,

18 Näher und mit unterschiedlichen Akzentuierungen z. B. Hart, *Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht*, 2005; ders., *GesR* 2011, 387; *Taupitz*, *AcP* 211 (2011), 352; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 7. Aufl. 2014, Rn. 362–373.

19 BGH, *JZ* 2015, S. 573 m. Anm. *Spickhoff* (576).

die der normativen Antwort durch Juristen bedarf. Ob das statistisch festgestellte Risiko im Blick auf die drohende Gefahr eine Aufklärungs- oder Behandlungspflicht auslöst, das können weder konkrete Sachverständige noch Leitlinien determinieren. Sachverstand dient im Prinzip nur der Feststellung von Tatsachen. Er ist nicht auf juristische Wertungen zu erstrecken.

Soweit Sachverständige oder auch Leitlinien zu solchen Aspekten der Bewertung Stellung nehmen, handelt es sich daher insoweit um nicht mehr und nicht weniger als die Kundgabe einer – ggf. gewichtigen – Meinung, der ein Gericht – hier wie sonst – folgen kann, aber keineswegs folgen muss. Ein ähnliches Problem stellt sich seit langem auch in anderen medizinrechtlichen Zusammenhängen; man denke an die Kriterien zur Verteilung von Organen im Transplantationsrecht oder die Entscheidung darüber, welche Leistungen medizinisch notwendig und erstattungsfähig im vom GBA geprägten System der gesetzlichen Krankenversicherung sind. Es liegt auf der Hand, dass dort wie bei der Feststellung eines (gleich ob einfachen oder groben) Behandlungsfehlers oft wertende Elemente in die Entscheidung einfließen, mögen diese nun ökonomischer oder sonst ethischer, oft grund- und menschenrechtlich geprägter Natur sein. Bei alledem muss man freilich konzedieren, dass ein beständiges Hin- und Herwandern des Blickes zwischen der Feststellung von fachmedizinischen Tatsachengrundlagen und der juristischen Bewertung erforderlich sein kann, vielleicht im Arzthaftungsprozess sogar geradezu typisch ist. So gesehen sind medizinische und juristisch-normative Expertise für die Standardbildung zur Konkretisierung der erforderlichen Sorgfalt heranzuziehen. Das Recht ist zwar vom Sachverstand der Medizin abhängig, filtert ihn aber normativ. Auf diese Weise lässt sich zugleich der Streit um die (medizinische oder juristische) „Hoheit“ über die Einordnung ärztlichen Verhaltens als behandlungsfehlerhaft oder sorgfaltsgemäß<sup>20</sup> entschärfen. Jedenfalls bietet sich eine überscharfe Trennung zwischen einfachen oder groben Behandlungsfehlern nicht an, mag auch das Kriterium der Grobheit das juristisch-wertende Element besonders herausstreichen. Bei der Annahme eines einfachen Behandlungsfehlers sollten Äußerungen eines Sachverständigen also genauso kritisch vom Gericht hinterfragt werden wie bei der Frage nach einem groben Behandlungsfehler. Das bedeutet natürlich nicht, dass die juristische Bewertung von der medizinischen geradezu typischerweise abweichen sollte, und ebenso wenig und erst recht heißt das nicht, dass ein Jurist bei seiner Bewertung eine medizinische von vornherein ignorieren sollte.

### III. Juristen und Mediziner im „Streit der Fakultäten“

Nach dem Streifzug durch verschiedene Ebenen des Verhältnisses von Medizin und Recht, von Ärzten und Juristen sei zum Abschluss an die „Rangordnung“ *Immanuel Kants* in seinem „Streit der Fakultäten“<sup>21</sup> erinnert. Theoretisch kommt danach der Theologie der erste Platz zu, gefolgt von den Juristen. Die Mediziner erhalten „nur“ die Bronzemedaille. Doch dann wird die Reihenfolge auf den Kopf gestellt. Denn:

„Nach dem Naturinstinkt wird dem Menschen der Arzt der wichtigste Mann sein, weil dieser ihm sein Leben fristet,

darauf allererst der Rechtserfahrene, der ihm das zufällige Seine zu erhalten verspricht,

und nur zuletzt (fast nur wenn es zum Sterben kommt), ob es zwar um die Seligkeit zu tun ist, der Geistliche gesucht werden; – weil auch dieser selbst, so sehr er auch die Glückseligkeit der künftigen Welt preiset, doch – da er nichts von ihr vor sich sieht, sehnlich wünscht, von dem Arzt in diesem Jammertal immer noch einige Zeit erhalten zu werden“.

20 Für den Vorrang der Juristen *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, 108; *Schramm*, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, 1992, 93 f.; für den Vorrang der Medizin tendenziell *Kern*, MedR 2004, 300, 301; differenzierend *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. X Rn. 13–16 (gerichtliche Grenzkontrolle).

21 1798, Nachdruck philosophische Bibliothek Band 252, 1959, S. 14.

Die Juristen bleiben in dieser Analyse der drei „klassischen“ Fakultäten: Theologie, Medizin und Rechtswissenschaften sowohl in der theoretischen wie in der praktischen Rangordnung *Kants* immerhin konstant auf dem mittleren, zweiten Platz. Um dem Ziel der Herstellung irdischer Gerechtigkeit möglichst nahe zu kommen, ist nicht nur an der Universität, sondern auch in der Entscheidungspraxis der Sachverstand und Rat anderer Disziplinen wie der Medizin notwendig, und zwar ganz gleich, ob diese nach *Kant* nun theoretisch oder praktisch „über“, „unter“ oder – jedenfalls akademisch kollegial neben uns stehen. Dennoch haben Ärzte auf Erden, jedenfalls in Deutschland, vor dem Berufsstand des Juristen Respekt, um nicht zu sagen: erhebliche Sorge entwickelt. Dass das Erscheinen des Staatsanwalts zum Zwecke der Beschlagnahme von Patientenakten oder Abrechnungsunterlagen Erschrecken auslöst, das unterscheidet Ärzte nicht anderen Berufsgruppen. Doch auch die Bemerkung „Beruf: Staats- oder Rechtsanwalt“ auf der Krankenakte löst in Praxis und Krankenhaus ein gewisse Unruhe und Sorge aus. Als Patient muss man dann auf der Hut sein, nicht allzu defensiv behandelt zu werden. Und nicht selten werden dem juristisch vorgebildeten Patienten im Anschluss an die Behandlung oder die Visite im Krankenhaus gern noch einige juristische Ratschläge entlockt. Auch dem Arzt soll eben das „zufällige Seine“ erhalten werden. So mag schon mancher Rechtsanwalt als Patient zum Mandanten gekommen sein. Um in diesen und anderen Zusammenhängen die richtige Grenze ziehen zu können, bedarf es eines erheblichen Einfühlungsvermögens und Verständnisses für die tatsächlichen Abläufe. Nur der Jurist, der weiß, worüber er entscheidet, kann friedensstiftend, konsensfähig oder wenigstens für die Normunterworfenen nachvollziehbar entscheiden.