

# Gesicherte Selbstbestimmung des Patienten allein durch Aufklärung und Einwilligung?

*Celien Willig*

## 1 Einleitung

Die individuelle Aufklärung von Patientinnen und Patienten vor invasiven, diagnostischen und insbesondere chirurgisch-interventionellen Eingriffen ist notwendiger Bestandteil einer jeden medizinischen Behandlung.<sup>1</sup> Da diese einen Teil des immer wichtigeren Selbstbestimmungsrechts des Patienten darstellt, spricht man im medizinischen Bereich auch von einer Selbstbestimmungsaufklärung. Die sogenannte Selbstbestimmungsaufklärung bildet die erforderliche und maßgebliche Entscheidungsgrundlage des Patienten, der frei und selbstverantwortlich über die Durchführung einer ärztlichen Behandlung zu entscheiden hat.<sup>2</sup> Das Selbstbestimmungsrecht ist somit tragende Säule einer jeden Arzt-Patienten-Beziehung. Dabei stellt sich jedoch die Frage inwieweit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten durch die rechtlichen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung und die Einwilligung wirklich gesichert ist. Können Patienten auf dieser Grundlage eine selbstbestimmte Entscheidung treffen oder bedarf es noch weiteren Voraussetzungen, um wirklich von einer „informierten Einwilligung“ (sog. *informed consent*) sprechen zu können.

---

<sup>1</sup> Vgl. Janda, Medizinrecht, 4. Aufl., S. 134.

<sup>2</sup> Vgl. Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 67, Rn. 1.

## 2 Selbstbestimmungsrecht des Patienten

Das Selbstbestimmungsrecht beschreibt im Wesentlichen die Befugnis des Einzelnen über sein Leben und seine körperliche Unversehrtheit frei verfügen zu können.<sup>3</sup> Im medizinischen Bereich geht es somit um das Recht des Patienten eigenverantwortlich und selbstbestimmt zu entscheiden, welchen Gefahren er sich im Rahmen einer medizinischen Behandlung aussetzen will.<sup>4</sup> Andererseits geht es um die Freiheit, die Risiken seines eigenen Handelns selbst einzuschätzen und dadurch mögliche Gefährdungen hinzunehmen.<sup>5</sup>

Dogmatischer Ausgangspunkt des Selbstbestimmungsrechts ist nach überwiegender Ansicht die Körperverletzungsdoktrin.<sup>6</sup> Demnach verwirklicht jeder ärztliche Heileingriff eine Körperverletzung gemäß § 223 StGB, die ihre Rechtfertigung nur durch die wirksame Einwilligung des Patienten finden kann.<sup>7</sup> Das Bundesverfassungsgericht leitete das Selbstbestimmungsrecht dabei zunächst aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG ab.<sup>8</sup> Mittlerweile rekurrierte dieses jedoch seine Ansicht und sieht das Selbstbestimmungsrecht vorwiegend als Ausfluss des Rechts auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.<sup>9</sup> Das Recht auf körperliche Unversehrtheit schütze demnach nicht lediglich den jeweiligen Gesundheits- oder Krankheitszustand des Menschen, sondern gewährleiste den Freiheitsschutz im Bereich der körperlich-seelischen Integrität.<sup>10</sup> Auch wenn die Rechtsprechung noch weitestgehend an der Körperverletzungsdoktrin festhält, begründet sich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten heute primär aus der zivilrechtlichen Konkretisierung der Grundrechte des Patienten.<sup>11</sup>

<sup>3</sup> Vgl. *Panagopoulou-Koutnatzi*, Die Selbstbestimmung des Patienten, 2008, S. 24.; *Hollenbach*, S. 49.

<sup>4</sup> Vgl. *Dutige*, in: Yamanaka/Schorkopf/Jehle, Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, Bd. 16, Göttingen 2014, S. 144 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Hustler*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit – Normative Aspekte von Public Health, 2015, S. 17, in: Dreier/Willoweit, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 23.

<sup>6</sup> Vgl. *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Rn. 83.

<sup>7</sup> Vgl. RG, Urt. v. 31.05.1894 – 1406/94 – RGSt 25, S 375.

<sup>8</sup> BVerfG, Beschluss vom 25. 7. 1979 – 2 BvR 878/74 – NJW 1979, 1925, 1930 f., Votum der Richter *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger*; BVerfGE 52, 171, 172 f. (25.07.1979 – 2 BvR 878/74).

<sup>9</sup> BVerfG, Beschluss vom 22-09-1993 – 2 BvR 1732/93; BVerfGE 89, 120 (22.09.1993 – 2 BvR 1732/93).

<sup>10</sup> BVerfGE 52, 171, 172 f. (25.07.1979 – 2 BvR 878/74).

<sup>11</sup> Vgl. *Holland*, Das Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung, 2017, S. 3.; *Müller*, Die Arzthaftung im neuen Patientenrechtegesetz, in: GuP – Gesundheit und Pflege, Heft 1 2013, S. 1 f.

### 3 Einwilligungserfordernis des Patienten

§ 630 d I S. 1 BGB normiert die Einwilligungserfordernis des Patienten wie folgt: „Vor jeder Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen.“<sup>12</sup> Eingriffe sind dabei nicht nur therapeutische Maßnahmen zur Heilung oder Schadensminderung, wie etwa die Durchführung von Operationen oder die Verabreichung von Medikamenten, sondern auch sämtliche diagnostischen Maßnahmen unter Einschluss von einfachen Blutentnahmen oder potentiell belastende, bildgebende Verfahren.<sup>13</sup> Der Normzweck orientiert sich dabei vor allem an der Gewährleistung der Patientenautonomie.<sup>14</sup> Die in einer gelungenen Einwilligung liegende Disposition des Patienten über das hohe Rechtsgut seiner körperlichen Integrität entscheiden zu können, erfordert dabei das Vorliegen weiterer, zentraler Elemente. Zum einen bedarf es einer bestimmten Kompetenz vonseiten des Patienten, um informiert einwilligen zu können.<sup>15</sup> Ferner muss der Patient vor der Abgabe seiner Einwilligung hinreichend über seinen Krankheitszustand und weitere Behandlungsoptionen sowie deren Chancen und Risiken informiert werden. Dabei ist es vor allem erforderlich, dass die Einwilligung des Patienten in Bezug auf die Behandlung freiwillig und tatsächlich erfolgt.<sup>16</sup>

### 4 Die ärztliche Aufklärungspflicht

Der behandelnde Arzt ist gemäß § 630e BGB verpflichtet, den Patienten über sämtliche, für die Einwilligung wesentliche Umstände aufzuklären.<sup>17</sup> Die Selbstbestimmungsaufklärung verfolgt dabei das Ziel, dem Patienten eine eigenverantwortliche Entscheidung über die Durchführung oder das Unterlassen einer Behandlung zu ermöglichen.<sup>18</sup> Diese Entscheidung kann der Patient nur sinnvoll treffen, wenn er durch die Aufklärung „Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, jedenfalls in seinen Grundzügen, erkannt hat“.<sup>19</sup> Von der Selbstbestimmungsaufklärung umfasst sind die Diagnose-, Verlaufs- sowie die Risikoaufklärung. Die Diagnoseaufklärung befasst sich mit dem medizinischen Befund, also der Informationsüber-

---

<sup>12</sup> *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 8. Aufl. 2020, § 630 d BGB, Rn. 1–7.

<sup>13</sup> Vgl. *Parzeller/Wenk/Zedler/Rothschild*, Aufklärung und Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, in: Deutsches Ärzteblatt, Jg. 104, Heft 9, März 2017.

<sup>14</sup> *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 8. Aufl. 2020, § 630 d BGB, Rn. 1–7.

<sup>15</sup> Vgl. *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 8. Aufl. 2019, S. 119 ff.

<sup>16</sup> Vgl. *Beckers*, Patientenautonomie und informierte Einwilligung, Jur. Diss., 2018, S. 17.

<sup>17</sup> Vgl. *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630 e BGB, Rn. 1.

<sup>18</sup> Vgl. *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Rn. 11; *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung – Handbuch für Ärzte, Juristen und Patienten, 2. Aufl. 2004, S. 136.

<sup>19</sup> Vgl. *Duttge*, in: Yamanaka/Schorkopf/Jehle, Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, Bd. 16, Göttingen 2014, S. 149.

mittlung hinsichtlich der Diagnose des Patienten.<sup>20</sup> In der Verlaufsaufklärung wird die Pflicht des Arztes gesehen, den Patient vollständig über den vorhersehbaren, postoperativen Zustand zu informieren.<sup>21</sup> Zentraler Gegenstand der Risikoauflklärung ist hingegen der Hinweis über die mit der ärztlichen Behandlung verbundenen Gefahren.<sup>22</sup> Ein von der Rechtsprechung entwickelter Grundsatz der Aufklärung „im Großen und Ganzen“, verlangt dabei keine detaillierte Darstellung der einzelnen Risiken. Vielmehr sei es erforderlich, dass der Patient im Rahmen der Aufklärung ein allgemeines Bild von der Schwere und Richtung der Risiken gewinnen kann.<sup>23</sup>

Die Aufklärung des Patienten bedarf keiner bestimmten Form. Sie soll sich in verständnisvoller Unterredung, schrittweise vollziehen und ist durch den Arzt unter Beachtung der intellektuellen Fähigkeiten des jeweiligen Patienten zu erklären.<sup>24</sup> Insbesondere ist dabei die konkrete, durch die Erkrankung oder das Vorliegen von Komorbiditäten herabgesetzte Belastbarkeit und Einsichtsfähigkeit des Patienten zu berücksichtigen. Die Selbstbestimmungsaufklärung bezweckt dabei vor allem, dass der Patient nicht als Objekt der ärztlichen Behandlung angesehen wird, sondern sich vielmehr als ein Subjekt von ärztlicher Fürsorge erlebt, das selbstständig über sein eigenes Wohl und seine Gesundheit entscheidet.<sup>25</sup>

## 5 Hinreichende Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts

Betrachtet man die rechtlichen Anforderungen an die Aufklärung und Einwilligung im Lichte des Selbstbestimmungsrechts, stellt sich die Frage, ob diese das Selbstbestimmungsrecht auch hinreichend berücksichtigen. Bereits bei der Anwendung des durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsatzes der Aufklärung im „Großen und Ganzen“, ist auffallend, dass dieser eine nahezu ausufernde Weite der aufklärungspflichtigen Informationen begründet, gleichzeitig jedoch keinen klaren Abgrenzungsmaßstab dessen setzt, was für den Patienten zur Ausübung seines Selbstbestimmungsrechtes wirklich wesentlich ist. Doch was sind die wesentlichen Erfordernisse, die vorliegen müssen, um von einem *informed consent* sprechen zu können?

<sup>20</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.11.2004 – 1 BvR 2315/04 – NJW 2005, 1103,1104; *Martin/Winkelhart*, Arzthaftungsrecht, A 539.

<sup>21</sup> Vgl. *Upboff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissl, Medizinschadesrecht, § 4, Rn.43.

<sup>22</sup> BGH Urt. v. 20.10.1961 – VI ZR 39/61, BeckRS 1961, 31186054; OLG Jena, Urt. v. 6.3.2012 – 4 U 26/11, BeckRS 2012, 6099.

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 6.7.2010 – VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220 f.; *Steffen/Paue*, Arzthaftungsrecht, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 14. Aufl. 2017, S. 183 ff.; *Schenk*, Die medizinische Grundaufklärung: Aufklärung im Großen und Ganzen, Grundaufklärung und Basiswissen als Zurechnungsebenen eines Haftungssystems für medizinische Aufklärungsfehler, 2014, S. 66 ff.

<sup>24</sup> Vgl. *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630 e BGB, Rn. 2

<sup>25</sup> Vgl. *Duttge*, in: Yamanaka/Schorkopf/Jehle, Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, Bd. 16, Göttingen 2014, S. 146.

Reicht der rein einseitige Informationstransfer bereits aus, um dem Patienten eine selbstbestimmte Entscheidung zu ermöglichen, oder bedarf es gegebenenfalls noch weiteren Voraussetzungen, die bisher keine rechtliche Anerkennung erlangt haben?

### 5.1 Bedenkzeit des Patienten zur Einwilligung

Schaut man in den Wortlaut des § 630 e II S. 1 Ziff. 2 BGB, hat die Aufklärung durch den Arzt „so rechtzeitig zu erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann“. Der Zeitpunkt der Aufklärung ist demnach so zu wählen, dass dem Patienten genügend Zeit verbleibt, nach vollständiger Aufnahme und Abwägung aller ihm erteilten Informationen, seine Entscheidung zu durchdenken und diese ohne zeitlichen Druck treffen zu können.<sup>26</sup> Doch wie viel Zeit bedarf es, um von einer Rechtzeitigkeit im Sinne des § 630 e II S. 1 Ziff. 2 BGB auszugehen?

Mit dieser Frage beschäftigte sich auch das OLG Köln in einer aktuellen Rechtsprechung.<sup>27</sup> In seiner Entscheidung legte das OLG fest, dass dem Patienten vor der Einwilligung eine, den Umständen nach entsprechende Bedenkzeit einzuräumen ist. Nur so könne dieser eine selbstbestimmte Entscheidung treffen. Fraglich ist also, ob die Einführung einer gesetzlich festgelegten Bedenkzeit in der medizinischen Praxis erforderlich wäre, um das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Patienten hinreichend zu wahren.<sup>28</sup> Die einzig rechtliche Zeitspanne im Zusammenhang mit der ärztlichen Aufklärung lag bisher darin, diese mindestens einen Tag (24 Stunden) vor der medizinischen Maßnahme durchzuführen, sofern es sich nicht um einen medizinischen Notfall handelt.<sup>29</sup> Diese Frist betrifft jedoch die Zeit zwischen der Aufklärung und der Durchführung der Behandlung. Eine einzuhaltende Bedenkzeit zwischen der Aufklärung und Einwilligung dagegen, besteht im klassischen Medizinrecht bisher nicht.

Ein Blick auf die Voraussetzungen in anderen medizinischen Bereichen lässt erkennen, dass eine rechtliche Bedenkzeit etwa im Bereich des Schwangerschaftsabbruches bereits besteht. Gemäß § 218a I Nr. 1 StGB sowie in § 2a SchKG (Schwangerschaftskonfliktgesetz) ist gesetzlich vorgegeben, einer Schwangeren bei Vorliegen eines auffälligen Befundes eine dreitägige Bedenkzeit zwischen der Diagnosestellung und der Einwilligung der Patientin zur Abtreibung einzuräumen.<sup>30</sup> Die Bedenkzeit soll der Schwangeren den nötigen Raum geben, um eine damit möglicherweise verbundene Schocksituation zu überwinden. Gleichzeitig trägt die Bedenkzeit dazu bei, die Voraussetzungen für eine fundierte und tragfähige Entscheidung zu schaffen, ob die Betroffene den zu erwartenden psychischen sowie physischen

<sup>26</sup> Vgl. Kern, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Auflage 2019, §72, Rn.7.

<sup>27</sup> OLG Köln, Urt. vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BeckRS 2019, 2369.

<sup>28</sup> OLG Köln, Urt. vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BeckRS 2019, 2369.

<sup>29</sup> BGH, Urt. vom 07-04-1992 – VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351.; OLG Stuttgart, Urt. vom 15.05.1997 – 14 U 21/96, NJWE-VHR 1997, 256.

<sup>30</sup> BVerfG, Urteil vom 28.05.993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 – NJW 1993, 1751, 1752.

Belastungen gewachsen ist.<sup>31</sup> Vergleicht man diese Anforderungen mit den rechtlichen Vorgaben der klassischen Medizin, stellt sich die Frage, ob eine rechtlich festgelegte Bedenkzeit auch bei anderen medizinischen Eingriffen in Betracht kommt. Dafür müsste zunächst eine vergleichbare Situation in Bezug auf die Aufklärung und Einwilligung sowie eine ähnliche Intensität des Eingriffs vorliegen, welche die Einführung einer Bedenkzeit begründen könnte.

Hinsichtlich einer vergleichbaren Intensität ist zu berücksichtigen, dass jeder ärztliche Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht. Dem Patienten wird damit die schwierige Entscheidung auferlegt, einen Eingriff in dessen körperliche Integrität sowie körperliche Unversehrtheit zu bewilligen. Diese Entscheidung stellt für die meisten Patienten eine enorme Stress- sowie Belastungssituation dar, mit welcher sie physisch sowie psychisch umzugehen haben. Zwar kann nicht bei jedem Eingriff davon ausgegangen werden, dass eine vergleichbare Intensität der psychischen Belastung und Entscheidungsschwierigkeit für den Patienten vorliegt, die ein Schwangerschaftsabbruch begründet. Bei besonders risikoreichen und schwerwiegenden Eingriffen ist die Belastungssituation jedoch durchaus vergleichbar. Die Einführung einer ganztägigen Bedenkzeit zwischen der Aufklärung und der Einwilligung wird in der klassischen Medizin praktiziert.<sup>32</sup>

Fraglich ist jedoch, welche Auswirkungen und Probleme eine festgelegte Bedenkzeit vor der Einwilligung hervorrufen würde. Die erste Problematik drängt sich bereits in der Frage nach der angemessenen Länge der Bedenkzeit auf. Dabei erscheint die Einführung einer pauschalen Bedenkzeit für alle einwilligungsbedürftigen Maßnahmen schon aufgrund der Vielseitigkeit und Menge dergleichen als kaum möglich und zugleich wenig zielführend.<sup>33</sup> Vielmehr müsste sich an der Intensität des jeweiligen Eingriffs orientieren und bestimmen, inwiefern das Selbstbestimmungsrecht des Patienten dabei angetastet wird.<sup>34</sup> Dies hätte jedoch zur Folge, dass die Einwilligung in einen schweren medizinischen Eingriff eine sehr lange Bedenkzeit erfordere, wogegen dem Patienten bei weniger schweren Eingriffen nur eine kurze Bedenkzeit verbliebe. Was dabei außer Acht gelassen wird ist, dass sich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und somit auch die Länge der Bedenkzeit ausschließlich an den individuellen Bedürfnissen des Patienten und nicht an objektiven Maßstäben zu orientieren hat.<sup>35</sup> Was für den einzelnen Patienten in der

---

<sup>31</sup> BVerfG, Urteil vom 28.05.993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 – NJW 1993, 1751, 1752.; *Weißer/Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 30. Aufl. 2019, § 218 Rn. 35 f.

<sup>32</sup> Vgl. *Etterer*: Urteilsanmerkung zu OLG Köln, Urteil vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BecksRS 2019, 2369 – FD-MedizinR 2019, 415278.

<sup>33</sup> Vgl. *Etterer*: Urteilsanmerkung zu OLG Köln, Urteil vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BecksRS 2019, 2369 – FD-MedizinR 2019, 415278.

<sup>34</sup> Vgl. *Kern*, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Auflage 2019 §72, Rn. 7.

<sup>35</sup> Vgl. *Duttge*, Die Rolle der Wahrheit im Medizinrecht, in: Nembach, *Informationes Theologiae Europaeae* 23, 2015, S. 193 ff.; *Steuer/Zimmermann*, Die „wahrheitsgemäße“ ärztliche Aufklärungspflicht: Wider die Verabsolutierung des Selbstbestimmungsrechts, S. 81. in: *GreifRecht*, Heft 22, Okt. 2016, S. 79–86.

jeweiligen Situation als „angemessen“ gilt, kann somit nicht pauschal festgestellt werden, sondern muss sich am jeweiligen Einzelfall orientieren.

Ein weiteres Problem könnte sich aus der Umsetzung einer rechtlichen Bedenkzeit in der medizinischen Praxis darstellen. Durch die Einführung einer einzuhaltenen Bedenkzeit könnte die gängige Praxis stark eingeschränkt werden und zu Verzögerungen im Krankenhausbetrieb führen. Der Faktor der „Zeitersparnis“, unter welchem die Organisation der meisten Kliniken läuft, würde durch die Einführung einer Bedenkzeit unterlaufen und einen großen organisatorischen Umschwung des klinischen Alltags bedeuten.<sup>36</sup> Auf der anderen Seite könnte die Beibehaltung der gängigen Aufklärungs- und Einwilligungspraxis bedeuten, dass die Einwilligung des Patienten, aufgrund eines möglichen Eingriffes in dessen Selbstbestimmungsrechts sowie dessen Entscheidungsfreiheit, unwirksam und eine Maßnahme somit rechtswidrig ist.

## 5.2 Der Arzt in beratender Funktion

Aus den rechtlichen Anforderungen der Aufklärung und Einwilligung zeigt sich, dass im bisherigen Grundverständnis des *informed consent* ein rein einseitiger Informationstransfer zwischen dem Arzt und dem Patienten verstanden wird.<sup>37</sup> Unter der Fülle an Informationen fällt es dem Patienten als medizinischen Laien oft schwer, eine moralisch und sachlich richtige Entscheidung zu treffen. Dabei wird die Entscheidungsfindung durch die extreme Anspannungs- und Stresssituation, in der sich die Patienten häufig befinden, zusätzlich erschwert. Auch fehlt es meist an der Fähigkeit der Patienten, sich auf der theoretisch vermittelten Informationsgrundlage eine praktische Vorstellung über den Verlauf der Behandlung machen zu können.<sup>38</sup> Um dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten also hinreichend gerecht zu werden, ist neben der bestehenden Informationspflicht des Arztes gegebenenfalls an eine rechtliche Beratungspflicht zu denken. Durch eine Beratung von ärztlicher Seite würde dem Patienten nicht nur eine rein sachliche Informationshäufung entgegengebracht werden, sondern zudem eine fachliche Abwägung am individuellen Fall. Diese könnte dem Patienten als Anknüpfungspunkt sowie zur Orientierung zu seiner selbstbestimmten Entscheidung verhelfen. Bisher ist das Erfordernis einer solchen Beratung durch den Arzt weder begrifflich oder inhaltlich von den rechtlichen Regelungen zur Aufklärung und Einwilligung, noch von dem klassischen Grundverständnis des *informed consent* umfasst. Es stellt sich somit die Frage, ob über die Informationsvermittlung hinaus noch eine ärztliche Beratung erforderlich ist, damit der Patient sein Selbstbestimmungsrecht hinreichend ausüben und informiert einwilligen kann.

---

<sup>36</sup> Vgl. *Etterer*: Urteilsanmerkung zu OLG Köln, Urteil vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BecksRS 2019, 2369 – FD-MedizinR 2019, 415278.

<sup>37</sup> Vgl. *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 8. Aufl. 2019, S. 118.

<sup>38</sup> OLG Köln, Urteil vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BecksRS 2019, 2369.

Nimmt man auch hier Bezug zu anderen medizinischen Bereichen, findet sich in § 219 StGB sowie in § 5 des Gesetzes zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz – SchKG) bereits eine rechtliche Pflicht zur Beratung der Schwangeren.<sup>39</sup> Gemäß § 219 II S. 1 StGB i.V.m. §§ 8, 9 SchKG ist es erforderlich, dass sich die Betroffene vor dem Schwangerschaftsabbruch durch eine anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle beraten lässt.<sup>40</sup> Die Beratung dient gemäß § 219 Abs. 1 StGB dem Schutz des ungeborenen Lebens und soll der Schwangeren helfen, mit gegenwärtigen sowie zukünftigen Belastungen umzugehen.<sup>41</sup> Ebenso wie beim Schwangerschaftsabbruch geht es in der klassischen Medizin darum, den Patienten zu einer wohlüberlegten, in verfassungsmäßig geschützte Rechtsgüter eingreifenden Entscheidung zu verhelfen. Eine Situationsähnlichkeit zum Schwangerschaftsabbruch im Hinblick auf die mentale Belastung des Patienten vor medizinischen Eingriffen ist somit zu konstatieren. Aus diesen Gründen erscheint die generelle Einführung einer Beratungspflicht nicht vollkommen abwegig. Der Ausbau einer dafür speziell eingerichteten Beratungsstelle, wie es bei Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen der Fall ist, kann im Hinblick auf die Funktionalität eines Klinikbetriebes nicht erwartet werden. Zu denken wäre jedoch, eine solche Pflicht dem behandelnden Arzt zukommen zu lassen.

Das Problem einer Beratungspflicht könnte sich jedoch aus dem festzulegenden Umfang einer solchen ergeben. Neben dem voraussichtlich positiven Effekt könnte diese gleichzeitig eine unzulässige, äußere Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit des Patienten darstellen.<sup>42</sup> Eine solch verpflichtende Konfrontation des Patienten mit der medizinischen Ansicht des behandelnden Arztes könnte diesen in die unterbewusste Zwangslage versetzen der empfohlenen Ansicht des Arztes zu folgen. Dies könnte eine erhebliche Überforderungssituation des Patienten bedeuten, sofern dieser eine andere als vom Arzt bevorzugte Behandlungsmethode wählt. Ferner könnte eine durch den Arzt vermittelte Überzeugung von der Durchführung einer bestimmten Behandlungsalternative einen manipulativen Effekt sowie eine negative Wirkung auf die Freiwilligkeit des Patienten in seiner Entscheidung bedeuten.<sup>43</sup> Infolgedessen könnte die Einführung einer Beratungspflicht durch die mögliche Überlastung des Patienten ungewollt negative Folgen auf die überragend wichtige Arzt-Patienten-Beziehung bedeuten, welche gerade den wesentlichen Grundstein einer jeden Behandlung und somit auch der Selbstbestimmung des Patienten darstellt.<sup>44</sup> Eine besondere Schwierigkeit würde sich daraus ergeben zu ermitteln,

---

<sup>39</sup> Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Komm. zum Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2018, StGB § 219 Rn. 1–3.

<sup>40</sup> Vgl. *Gropp*, in: MüKoStGB, 3. Aufl. 2020, StGB § 218a Rn. 13–15.

<sup>41</sup> Vgl. *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Komm., 30. Aufl. 2019, StGB § 219 Rn. 6–11

<sup>42</sup> Vgl. *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 8. Aufl. 2019, S. 136 ff.

<sup>43</sup> Vgl. *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 8. Aufl. 2019, S. 136–137.

<sup>44</sup> Vgl. *Duttge*, in: Yamanaka/Schorkopf/Jehle, Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, Bd. 16, Göttingen 2014, S. 144 ff.

welche Informationen für den Patienten wertvoll sind und welche diesen in unzulässiger Weise beeinflussen.

Zur Vermeidung eines Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten sollte der Einführung einer generellen Beratungspflicht ein restriktiver Gedanke zugrunde gelegt werden. Die ärztliche Beratung sollte allgemein verständlich und ergebnisoffen erfolgen, um eine ungewollt manipulative Wirkung auf den Patienten zu vermeiden. Ferner sollte im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten eine Beratung des behandelnden Arztes nur dann verpflichtend sein, wenn diese von dem Patienten aktiv erfragt oder gefordert wird. In Betracht käme somit ein Beratungsanspruch des Patienten gegenüber seinem behandelnden Arzt. Aus diesem ergebe sich gleichzeitig die Pflicht des Arztes, bei aktiver Nachfrage durch den Patienten eine Beratung zu erteilen. Ungeklärt ist jedoch, welche Auswirkung ein allgemeiner Beratungsanspruch des Patienten auf die medizinische Praxis hätte. Eine negative Folge könnte sich daraus ergeben, dass der Arzt, der aufgrund der oft zeitlich begrenzten Beratungsmöglichkeit, nicht auf alle Fragen des Patienten hinreichend eingehen kann. Gleichzeitig müsste dieser jedoch, bei nicht vollumfänglicher Beratung mit einer zivilrechtlichen Haftung rechnen.

## 6 Zusammenfassende Stellungnahme

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die gesetzliche Einführung einer Bedenkzeit sowie eines optionalen, weiterführenden Beratungsgesprächs zielführend sind, um dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten hinreichenden Raum zu geben. Gleichzeitig begründen diese fachärztlich durchgeführten Beratungsangebote jedoch besondere Schwierigkeiten bei ihrer Umsetzung. Während die Einführung einer angemessenen Bedenkzeit die Möglichkeit des Patienten zur selbstbestimmten Entscheidung deutlich erweitern würde, ergeben sich durch die Vielseitigkeit der unterschiedlichen Maßnahmen, besondere Probleme bei der Festlegung einer bestimmten Zeitspanne. Was für den Patienten in der bestimmten Situation als angemessen gilt, bedarf der hinreichenden Abwägung des Einzelfalles.

Die Einführung einer Beratungspflicht des Arztes würde die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Patienten hinreichend fördern. Dennoch liegt eine besondere Schwierigkeit darin, einen angemessenen Umfang für die Beratung zu bestimmen, ohne einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu riskieren. Denkbar wäre somit allenfalls dem Patienten einen gesetzlichen Beratungsanspruch einzuräumen.

Den mit diesen Gesetzesvorhaben verfolgten Zielen lässt sich zunächst kaum etwas entgegensetzen, da hinreichende Verbesserungen der Patientensicherheit und der Versorgungsqualität als durchaus sinnvoll erscheinen. Einer Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten sollte im Rahmen der Arzt-Patienten-Beziehung eine hohe Bedeutung zugemessen werden und dieses Patientenrecht sollte weiterhin gefördert werden, um den Patienten und seine Bedürfnisse hinreichend

zu schützen. Dem Patienten muss deshalb die Möglichkeit gegeben werden, die teils anspruchsvollen Inhalte des Aufklärungsgespräches hinreichend überdenken zu können. Generell ist eine angemessene Bedenkzeit vor der informierten Einwilligung somit durchaus zu begrüßen. Eine solche ist jedoch im aktuellen Klinikalltag schwer umsetzbar. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten steht im stetigen Konflikt mit den organisatorischen Möglichkeiten der Klinik sowie den begrenzten Handlungsmöglichkeiten der Ärzte. Die zunehmende Menge an ärztlichen Aufgaben verbunden mit der politisch vermehrten Rationalisierung medizinischer Leistungen im Gesundheitssystem sollte somit nicht mit einer weiteren Inpflichtnahme der Leistungserbringer begegnet werden.<sup>45</sup> Die bisherige Rechtsprechung sowie die gesetzlichen Anforderungen an die Aufklärung und Einwilligung sind bereits hoch entwickelt und ausdifferenziert und enthalten umfangreiche Anforderungen zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts.

Um die notwendige Bedenkzeit des Patienten nicht in unzulässiger Weise zu verkürzen, erscheint die Einführung der verpflichtenden und dokumentierten Nachfrage von Behandlerseite, ob der Patient bei seiner Entscheidung zur Einwilligung bleibe, eine angemessene Lösung, um einerseits den Klinikalltag nicht zu belasten und andererseits dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten gerecht zu werden. Der Patient hätte die Möglichkeit, die ohnehin rechtlich festgelegte Zeitspanne von 24 Stunden zwischen der Aufklärung und dem Eingriff, dazu zu nutzen, seine Entscheidung hinreichend zu überdenken.

Die Einführung einer generellen Beratungspflicht oder eines Beratungsanspruches bereitet hingegen grundsätzliche Bedenken. Eine solche Verrechtlichung könnte eine nahezu ausufernde Haftung des Arztes bedeuten, sofern dieser aus zeitlichen Gründen nicht auf alle Fragen des Patienten eingehen kann. Dies hätte zur Folge, dass die Leistungserbringer weniger nach ihrem ärztlichen Ethos handeln, sondern danach was rechtlich garantiert und eingeklagt werden kann. Die behandelnden Ärzte würden sich vollkommen auf den Rechtsstandpunkt zurückziehen, um eine mögliche Haftung zu vermeiden. Die zusätzliche Einführung weiterer, das Selbstbestimmungsrecht sichernder Regelungen könnte nicht nur den klinischen Betrieb einschränken, sondern zu einer Überregelung sowie Belastung einer partnerschaftlichen Arzt-Patienten-Beziehung führen.

Ziel der Regelungen zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts sollte vielmehr sein, dieses zu optimieren und nicht zu maximieren. Dabei ist zu bedenken, dass eine Beratung durch die Ärzte in der medizinischen Praxis bereits hinreichend praktiziert wird. Dass es hierfür bislang keine gesetzliche Regelung gibt, stellt somit durchaus kein Defizit dar, sondern gibt den Leistungserbringern die nötige Freiheit, ihre Patienten nach bestem Wissen und Gewissen behandeln zu können. Zudem ist zu bedenken, ob sich ein solcher Beratungsanspruch des Patienten nicht bereits aus dem Selbstbestimmungsrecht herleiten lässt. Dies ließe sich allenfalls durch eine

---

<sup>45</sup> Vgl. Entschließung TOP II auf dem 112. DÄT, DÄBl 2009, A-1120 f.; Entschließung TOP IV auf dem 113. DÄT, DÄBl 2010, A-1001 f.

Gesetzesauslegung ermitteln. Die Einführung eines Beratungsanspruches ist somit zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts geeignet, jedoch nicht zwingend erforderlich.

## Literatur

- Beauchamp, Tom L./Childress James F. (Hrsg.): Principles of Biomedical Ethics, 8. Auflage, Washington D.C./Chilmark, MA/Charlottesville, VA, 2019.
- Beckers, Pia: Patientenautonomie und informierte Einwilligung – Schlüssel und Barriere medizinischer Behandlungen, Jur. Dissertation, Bielefeld 2018.
- Duttge, Gunnar: Die Rolle der Wahrheit im Medizinrecht, in: Nembach, Ulrich (Hrsg.): *Informationes Theologiae Europaeae* (Internationales ökonomisches Jahrbuch für Theologie) 23, 2015, S. 193 ff.
- Etterer, Claudia: Urteilsanmerkung zu: OLG Köln, Urteil vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, Becks RS 2019, 2369 – FD-MedizinR 2019, 415278.
- Huster, Stefan: Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit – Normative Aspekte von Public Health, 2015, S. 17, in: Dreier/Willoweit, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 23.
- Holland, Dario: Das Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung, Göttinger Schriften zum Medizinrecht Band 21, Jur. Dissertation, Kassel 2017.
- Janda, Constanze: Medizinrecht, 4. Auflage, Speyer 2019.
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.)/Bearbeiter: Münchener Kommentar zum StGB, Band.1, 4. Aufl., München 2020.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Auflage, München 2018
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker (Hrsg.): Arztrecht, 7. Auflage, Köln/Göttingen 2015.
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn Martin: Handbuch des Arztrechts, 5. Auflage, Leipzig/Dortmund 2019.
- Müller, Gerda: Die Arzthaftung im neuen Patientenrechtegesetz, in: GuP – Gesundheit und Pflege, Heft 1, 2013.
- Panagopoulou-Koutnatzi, Fereniki: Die Selbstbestimmung des Patienten – Eine Untersuchung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Berlin 2008.
- Parzeller, Markus/Wenk, Maren/Zedler, Barbara/Rothschild, Markus: Aufklärung und Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, in: Deutsches Ärzteblatt, Jg. 104, Heft 9, 2. März 2007
- Prutsch, Karin, Die ärztliche Aufklärung – Handbuch für Ärzte, Juristen und Patienten, 2. Auflage, Wien 2004.

- Ratzel, Rudolf/Lissl, Patrick M (Hrsg.): Handbuch des Medizinschadensrechts, München 2013.
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)/Rixecker, Roland (Hrsg.)/Oetker, Hartmut(Hrsg.)/Limperg, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band. 5, 8. Auflage, München 2020.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.)/Bearbeiter: Strafgesetzbuch, 30. Auflage, München 2019.
- Spickhoff, Andreas (Hrsg.): Medizinrecht, 3.Auflage, München 2018.
- Steuer, Melanie/Zimmermann, Anja: Die „wahrheitsgemäße“ ärztliche Aufklärungspflicht: Wider die Verabsolutierung des Selbstbestimmungsrechts, S. 81, in: GreifRecht – Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaften, Heft 22, Okt. 2016, S. 79–86.
- Yamanaka, Keiichi/Schorkopf, Frank/Jehle, Jörg-Martin (Hrsg.): Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit – Ein deutsch-japanisches Symposium, Göttinger Juristische Schriften Band 16, Göttingen 2014.