

Der »Gesundheitsverletzungstatbestand« in der Arzthaftung

– Ein Tatbestand ohne Konturen –

1. Problemstellung

Nahezu einhellig wird von Judikatur und Schrifttum das Vorliegen einer tatbestandlichen »Gesundheitsverletzung« als Haftungsvoraussetzung sowohl für deliktische als auch vertragliche Schadensersatzansprüche im Arzthaftungsrecht verlangt.¹ Probleme bestehen neben dem Umgang mit dem »Gesundheitsbegriff« mit der Anwendung der traditionellen Verletzungstatbestandsvorstellungen. Die Verletzungshandlung wird in der nachteiligen Beeinträchtigung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechte und Rechtsgüter² gesehen.³ Nachteilige Beeinträchtigung bedeutet beispielsweise beim Recht Eigentum die Zerstörung, Beschädigung, Verunstaltung oder auch Entziehung der Sache,⁴ bei der Freiheit die Entziehung der körperlichen Bewegungsfreiheit,⁵ beim Rechtsgut Leben die Tötung eines Menschen⁶ und beim Körper den Eingriff in die Integrität der körperlichen Befindlichkeit.⁷ Für die Beeinträchtigung der Gesundheit wird regelmäßig auf die inneren Funktionen und Vorgänge des Körpers, also eine Art innere Integrität, abgestellt.⁸ Typische Beispiele für eine Gesundheitsverletzung stellen Infektionen und Vergiftungen dar.⁹ Zur Feststellung, ob eine nachteilige Beeinträchtigung vorliegt, wird nach der traditionellen Verletzungstatbestandsvorstellung eine Differenzbetrachtung im Sinne eines Vergleichs des Rechtes oder Rechtsguts jeweils vor und nach der Verletzungshandlung angestellt. Weicht der Zustand von demjenigen nachteilig ab, der vor der Verletzungshandlung bestanden hat, liegt eine Verletzung des jeweiligen Rechts oder Rechtsguts vor. Prinzipieller Ausgangszustand ist

1 BGH VersR 1963, 67 ff.; BGH VersR 1986, 72 ff.; BGH NJW 1998, 1782 ff.; BGH VersR 1999, 60 f.; BGH VersR 2000, 1282 f.; RGRK- Nüßgens, BGB, 9. Auflage (1989), § 823 Anh. II, Rdnr. 287; Laufs-Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage (2002), § 103, Rdnr. 4; Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage (1995), S. 320; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Bd. I/2, 8. Auflage (2000), § 34 I; Larenz, Schuldrecht AT I, 14. Auflage (2000), § 76 II 1 g; Esser/Weyers, Schuldrecht BT Bd. II/2, 8. Auflage (2000), § 55 I; Brüggemeier, Deliktsrecht (1986), Rdnr. 675; Kasche, Verlust von Heilungschancen (1999), S. 251; Katzenmeier, Arzthaftung (2002), S. 111; Medicus, Schuldrecht II BT, 11. Auflage (2003), Rdnr. 781.

2 Bei Leben, Körper und Gesundheit spricht man von Rechtsgütern und nicht von Rechten, weil der Träger nicht wie beim Eigentum dem Gegenstand zugeordnet ist – Larenz/Canaris, Schuldrecht II/BT 2, 13. Auflage (1994), § 76 I 1 a.

3 Palandt-Thomas, BGB, 64. Auflage (2005), § 823 Rdnr. 2.

4 Vgl. nur Palandt-Thomas, (a.a.O.), § 823 Rdnr. 8; Esser/Weyers, (a.a.O.), § 55 I 2a.

5 Vgl. nur Brüggemeier, (a.a.O.), Rdnr. 211.

6 Siehe nur Palandt-Thomas, (a.a.O.), § 823, Rdnr. 3.

7 Vgl. nur RGRK-Steffen, (a.a.O.), § 823, Rdnr. 8.

8 Staudinger-Hager, BGB, 13. Auflage (1999), § 823, Rdnr. B 20.

9 Laufs-Laufs/Uhlenbruck, (a.a.O.), § 102, Rdnr. 4; Fuchs, Deliktsrecht, 4. Auflage (2004), S. 11.

bei der Betrachtung ein »intaktes« Recht oder Rechtsgut: Beim Eigentum beispielsweise das unversehrte Auto und beim Rechtsgut Körper die unversehrte Wange. Die nachteilige Beeinträchtigung und damit der Verletzungstatbestand wird in den Beispielsfällen im Vorliegen einer Beule im Auto und einer angeschwollenen Wange nach der Verletzungshandlung gesehen. Diese Beispiele veranschaulichen sehr deutlich, dass beim traditionellen Verletzungstatbestand in Minusvorstellungen gedacht wird, die ihren Ausgangspunkt in der »Heilheitsvorstellung« des Rechts oder Rechtsguts finden. Dieser prinzipielle Ansatz lässt sich natürlich bei bereits beeinträchtigten Schutzobjekten fortführen. Stets wird der vorherige Zustand als Fixpunkt betrachtet und jede Weiterung – sei es als Intensivierung oder als Verschlechterung an anderer Stelle – in die Minusvorstellung miteinbezogen.

Für den »Gesundheitsverletzungstatbestand« im Arzthaftungsrecht ergeben sich in denen für das Arzthaftungsrecht typischen Fallkonstellationen – der Patient ist bereits erkrankt, wenn er sich in ärztliche Behandlung begibt – folgende Probleme:

Weder ist das Rechtsgut »Gesundheit« konturiert (1), der Patient vor der Verletzungshandlung überhaupt »gesund« (2), hat jede ärztliche Verletzungshandlung eine nachteilige Beeinträchtigung des Patienten zur Folge (3), noch ist eine simple Differenzbetrachtung in Form eines Vergleichs – vor/nach dem Behandlungsgeschehen – zur Bestimmung des Verletzungserfolges möglich (4).

(1) »Gesundheit« scheint – wie nachfolgend darzustellen sein wird – ein vollkommen offener Begriff zu sein. In Abgrenzung zum Rechtsgut Körper wird die »Gesundheit« – wie bereits angedeutet – regelmäßig auf die inneren Funktionen und Vorgänge des Körpers, auf die innere Integrität, begrenzt.¹⁰ Umfasst werden sowohl psychische als auch physische Vorgänge.¹¹ Der Begriff »Körper« soll im Gegensatz zur »Gesundheit« den äußeren Bereich, die körperliche Integrität,¹² den statischen Zustand eines Menschen¹³ beinhalten. Geschützt werde die persönlich-leibliche Sphäre.¹⁴ Als klassisches Beispiel für eine Körperverletzung wird der »Schnitt« genannt.¹⁵ Häufig werden »Gesundheit« und »Körper« auch undifferenziert in einem Atemzug genannt, da die Distinktion wegen der identischen Rechtsfolgen als haftungsrechtlich bedeutungslos angesehen wird.¹⁶

(2) Eine weitere Diskrepanz, welche den »Gesundheitsverletzungstatbestand« im Arzthaftungsrecht von allen anderen klassischen Verletzungstatbeständen unterscheidet, ergibt sich daraus, dass selbst dann, wenn »Gesundheit« für das Arzthaftungsrecht definierbar wäre, der Patient gerade nicht »gesund«, sondern »krank« zum Arzt kommt.¹⁷ Der »Gesundheitszustand« des Patienten – wie immer dieser zu definieren wäre – ist durch Angriffe der Natur, sei es durch Unfälle, sei es durch vorausgegan-

10 Staudinger-Hager, (a.a.O.), § 823, Rdnr. B 20.

11 MüKo-Wagner, BGB, 4. Auflage (2004), § 823, Rdnr. 74.

12 Deutsch, Haftungsrecht, 2. Auflage (1996), Rdnr. 60.

13 RGRK-Steffen, (a.a.O.), § 823, Rdnr. 8.

14 Erman-Schiemann, § 823, Rdnr. 17; Palandt-Thomas, § 823, Rdnr. 4.

15 Laufs-Laufs/ Uhlenbruck, (a.a.O.), § 103, Rdnr. 4.

16 Erman-Schiemann, BGB, 10. Auflage (2000), § 823, Rdnr. 17; Medicus, (a.a.O.), Rdnr. 779.

gene, nicht erfolgreiche andere ärztliche Eingriffe, sei es durch schicksalhafte Ursachen welcher Art auch immer, versehrt. Hieraus ergibt sich, dass der Ausgangszustand für die klassische Differenzbetrachtung im Rahmen des »Gesundheitsverletzungstatbestands« im Arzthaftungsrecht bereits unrichtig ist, da es ebenso wie an einem klar umrissenen an einem »intakten« Rechtsgut fehlt.

In diesem Zusammenhang könnte in Anlehnung an die sog. »Schwimmschalterproblematik«¹⁸ bei der Eigentumsverletzung daran gedacht werden, eine Unterscheidung zwischen gesunden und kranken Teilen des menschlichen Körpers vorzunehmen. Hierzu müsste zunächst überhaupt eine solche Trennung zwischen gesunden und kranken Körperteilen möglich sein. Dies dürfte schon aus dem Grunde ausscheiden, dass i. d. R. mit einer Erkrankung nicht nur eingrenzbare Teile des menschlichen Organismus betroffen sind, sondern der Organismus als Ganzes. Selbst wenn aber beispielsweise nur ein vom sonstigen Körper isolierbares Organ, z. B. die Augen, erkrankt sind, würde diese Vorgehensweise nicht weiterhelfen, da es bei den hier betrachteten Fällen gerade um die Behandlung des erkrankten Organs durch den Arzt geht. Besonders geläufig: Zahnschmerzen wirken sich gegebenenfalls bis in die Zehenspitzen aus.

(3) Ein weiteres Problem der Anwendung des traditionellen Verletzungstatbestandes auf die arzthaftungsrechtliche »Gesundheitsverletzung« ist das Denken in »Minusvorstellungen«. Dieses ist für das Arzthaftungsrecht unpassend. Die ärztliche Behandlung ist gerade auf die Verbesserung des »Gesundheitszustandes« gerichtet,¹⁹ so dass sicher nicht nur in der Verschlechterung des Zustandes, der vor der Behandlung bestanden hat, sondern auch bei kausal auf einem Behandlungsfehler beruhender Nichtverbesserung der Verletzungstatbestand erfüllt sein muss. Das führt zu der später noch zu vertiefenden Erkenntnis, dass der Arzthaftung weniger ein Erhaltungs- denn ein Erwartungsaspekt innewohnt.

(4) Zumal aber wegen der im Arzthaftungsrecht immer existierenden zwei Kausalverläufe, der vom Arzt gesetzten und der im Organismus des Patienten angelegten Ursache, bereitet die traditionelle Differenzbetrachtung zur Feststellung der »Gesundheitsverletzung« Schwierigkeiten. Häufig lässt sich nicht feststellen, auf welcher gesetzten Ursache der Nichteintritt des Behandlungsziels beruht. Hierin liegt die eigentliche Besonderheit. Mag auch der schon erkrankte Patient noch mit der bereits vorgeschädigten Sache vergleichbar sein, so befindet sich letztere in einem stabilen Zustand, wohingegen bei Krankheiten deren dynamischer Fortgang typisch ist.

17 Siehe Brüggmann, NJW 1977, 1473, 1474, der bezogen auf die Körperverletzung die Feststellung trifft, dass der Patient eben nicht körperlich unversehrt ist, sondern im Gegenteil sich gerade wegen seiner körperlichen Versehrtheit in ärztliche Behandlung begibt.

18 BGHZ 67, 359 – Schwimmschalterentscheidung; BGHZ 86, 256 – Gaszugentscheidung. Seit diesen beiden Entscheidungen ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass die Beschädigung/ Zerstörung einer intakten Restsache durch ein von Anfang an defektes Einzelteil eine Verletzung des Eigentumsrechts an der intakten Sache sein kann.

19 Vgl. nur Esser/Schmidt, (a.a.O.), § 25 IV 1b.

II. Der Gesundheitsbegriff interdisziplinär

»Gesundheit« ist ein vollkommen offener Begriff. In den Rechtswissenschaften wurde weder im zivilen Haftungsrecht noch im Straf-, Verfassungs- oder Sozialrecht je der Versuch unternommen, den »Gesundheitsbegriff« näher zu definieren.²⁰ Der Grund besteht sicherlich in der schlechten Konturierbarkeit des Gesundheitsbegriffs. Je nach Einzelfall, Fachdisziplin und Perspektive des Betrachters ist das Verständnis von Gesundheit sehr unterschiedlich. Konstatiert werden kann, dass Gesundheit wohl von jedem Einzelnen, jeder Fachdisziplin – sofern sie sich überhaupt mit der Frage, was Gesundheit ist, beschäftigt – unterschiedlich, immer abhängig von der jeweiligen Situation und perspektivischen Sichtweise definiert wird. Als Gemeinsames fast aller Definitionen des Gesundheitsbegriffs und damit als abstrakte Bestimmung lässt sich Folgendes feststellen: Gesundheit ist eine Wertidee mit positivem Gehalt. Die Bemühungen um die inhaltliche Bestimmung des Gesundheitsbegriffs können in drei Gruppen von Motiven und Interessen unterschieden werden, die sich zum Teil allerdings überschneiden:²¹ Gesundheit als Wertaussage (1), Gesundheit als Abgrenzungskonzept (2), Gesundheit als Funktionsaussage (3).

1. »Gesundheit« als Wertaussage

Die üblichste und umgangssprachlichste Begriffsverwendung ist, »Gesundheit« oder »gesund« als Wertaussage zu fassen. Gesundheit wird in diesem Zusammenhang als Metapher für positive physische, psychische und auch soziale Umstände und Konstellationen verwendet. Hierzu lassen sich vor allem diejenigen der WHO – »Gesundheit ist der Zustand des völligen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens« –, der »seelischen Gesundheit« und Aussagen wie »Gesundheit als umfassende Lebenskompetenz« oder »vitalen Fähigkeitsgefühl« zuordnen. Charakteristisch für diese Gruppe ist, dass »Gesundheit« als Symbol für den Wunsch nach einem besseren Leben dient und somit als abstrakter, teilweise in die Utopie reichender Maßstab für die Qualität individueller oder auch gesellschaftlicher Lebensumstände angesehen wird.

Für das Haftungsrecht kann diese Sichtweise kaum brauchbar sein, da dieses eine entscheidungsbezogene, auf den individuellen Einzelfall blickende Ausrichtung benötigt. Aufgabe des Haftungsrechts ist es, bei Vorliegen generell bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen die durch das Gesetz bestimmten Rechtsfolgen anzuordnen oder bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen diese entsprechend zu versagen.

Der Ansatzpunkt und das Ziel der Definitionsbemühungen der WHO ist ein völlig anderer: Lebensumstände sollen durch die nur als Absichtserklärung zu verstehende Gesundheitsdefinition optimiert werden. Gesundheit wird hier als Idealzustand verstanden, der nicht existent ist und wohl in seinem vollen Umfang niemals zu erreichen sein wird.

20 Ausführliche Darstellung Heidelk, Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, 2005

21 Vgl. Bauer, Lexikon des Sozial und Gesundheitswesens (1992), Stichwort: Gesundheitsbegriff.

2. »Gesundheit« als Abgrenzungskonzept

Als Beispiele für Gesundheit als Abgrenzungskonzept sind insbesondere das medizinisch-naturwissenschaftliche und das sozialrechtliche Verständnis sowie der soziologische Ansatz Luhmanns zu nennen.²² Gesundheit wird in diesem Zusammenhang als Abwesenheit von Krankheit bezeichnet. Dies führt zu einer fiktiven Schnittstelle zwischen Gesundheit und Krankheit, die sich kaum begründen lässt, weil es sich einerseits bei den bezeichneten Zuständen immer um Leben in einem breiten Deutungsfeld handelt und andererseits eine klare Abgrenzung allein aus medizinischer Sicht, die wohl für das Haftungsrecht die bedeutende sein wird, nicht möglich ist.

Das breite Deutungsfeld umfasst mindestens zwei Sichtweisen: Einerseits die Selbsteinschätzung des Betroffenen und andererseits die Einschätzung des Arztes bzw. der verschiedenen Berufsgruppen des Krankenversorgungssystems. Dies kann zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Beispielsweise wird sich ein alternder Mensch sicherlich nicht selbst als krank bezeichnen, wenn er an altersbedingten Einschränkungen wie der des Seh-, Hör- oder Gehvermögens leidet. Ein chronisch Kranker oder auch behinderter Mensch, der es gelernt hat, mit seinen Einschränkungen zu leben und sich subjektiv wohl fühlt, wird sich sicherlich als »gesund« im Rahmen seiner eigenen Möglichkeiten ansehen. Ganz anders werden diese Zustände aus Sicht unseres Krankenversorgungssystems eingestuft. Gründe hierfür sind beispielsweise, dass die Einordnung »gesund« oder »krank« zu unterschiedlichen Zuständigkeiten und auch Ansprüchen auf Kostenübernahme von Behandlungen im System der gesetzlichen Krankenkassen führen kann. Anspruch auf gesundheitsfördernde Maßnahmen gemäß §§ 20 ff. SGB V hat beispielsweise nur der noch nicht erkrankte Mensch. Liegt Krankheit vor, kommen hingegen Ansprüche aus § 27 SGB V in Betracht. Im Sozialrecht wird der Krankheitsbegriff anscheinend immer dann verwendet, wenn relativ präzise tatbestandliche Voraussetzungen normiert werden müssen, um bei Vorliegen des Tatbestandes durch das Gesetz definierte Rechtsfolgen anzuordnen.

Der Gesundheitsbegriff scheint dagegen immer dann Verwendung zu finden, wenn es um Regelungen geht, die zu untergesetzlicher Rechtssetzung²³ oder zur Realisierung gesundheitspolitischer Programme ermächtigen²⁴ und somit auf eine finale Programmierung gerichtet sind.

Aus dem Vergleich beider Anwendungsbereiche lässt sich für das Sozialrecht folgende Hypothese formulieren: Der Gesundheitsbegriff eignet sich für Programm- und Planungsrechtsnormen, der Krankheitsbegriff dagegen ist für die konditionale Programmierung die richtige Kategorie. Soweit konditionale Programmierung benötigt wird, ist Krankheit i. S. v. Regelwidrigkeit im naturwissenschaftlichen Sinne der maßgebliche Tatbestand, und es gilt das binäre Konzept, wonach Gesundheit die Ab-

²² Vgl. Bauer, (a.a.O.), Stichwort: Gesundheitsbegriff.

²³ Satzungsleistung nach dem SGB V für Prävention.

²⁴ § 20 SGB V.

wesenheit von Krankheit ist. Bei finaler Programmierung ist tatbestandliche Offenheit möglich und auch erforderlich und daher der Gesundheitsbegriff der hier zutreffende.

Gegen eine ganz oder zumindest teilweise Übertragung der für das Sozialrecht aufgestellte Hypothese auf das Arzthaftungsrecht dürfte bereits die Verwendung des Gesundheitsbegriffs in den Tatbeständen der §§ 823 Abs. 1 und 253 Abs. 2 BGB sowie die Integration in § 241 Abs. 2 BGB sprechen. Denn das Rechtsgut »Gesundheit« wird dort nicht als Zielvorstellung verwendet, sondern soll einen real existierenden Zustand darstellen, der vor Eingriffen/Verletzungen geschützt wird. Eine tatbestandliche Offenheit führt an der Ausrichtung des Haftungsrechts, die entscheidungsbezogen ist, vorbei. Auch der Versuch, Gesundheit als Abwesenheit von Krankheit zu definieren, um sich über diesen Weg einem möglichst präzisen Tatbestand anzunähern, führt, insbesondere für das Arzthaftungsrecht, nicht weiter.

Das erste Problem stellt sich bei der Frage der Definition von Krankheit.

Ebenso wie Gesundheit wird auch Krankheit, je nach Sichtweise und Fachdisziplin, vollkommen unterschiedlich gesehen. In den Rechtswissenschaften – und hier insbesondere im Sozialrecht – hat der Krankheitsbegriff eine differenzierte Ausgestaltung erfahren. Neben Regelwidrigkeit wird als weiteres Element die Arbeitsunfähigkeit und Behandlungsbedürftigkeit angeführt. Hintergrund hierfür ist, dass das GKV-System auf die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit abzielt.

Das Haftungsrecht verfolgt eine völlig andere Intention, nämlich den Integritätsschutz des Einzelnen vor Eingriffen Dritter in seine Rechtssphäre.²⁵

3. »Gesundheit« als Funktionsaussage

In fast allen definitorischen Bestimmungen von Gesundheit finden sich Funktionsaussagen wieder. Der Soziologe *Parsons*²⁶ beschreibt mit »Gesundheit« das Funktionieren eines gesellschaftlichen Systems. Die Psychologen definieren über Funktionsaussagen – wie der Fähigkeit zu produktiver Tätigkeit oder dem Eingehen liebevoller Beziehungen – die seelische Gesundheit. Die naturwissenschaftliche Medizin setzt Gesundheit teilweise mit der Funktionsfähigkeit von Organen oder Gliedmaßen gleich, was zu Aussagen führt wie »Gesundheit ist das Leben im Schweigen der Organe.«

Auf unterschiedliche Weise kommen all diese Definitionsbemühungen substanziell nur zu der Feststellung, dass ein hochintegriertes System störungsfrei funktioniert. Eine Konkretisierung darüber hinaus, d. h. eine inhaltliche Ausgestaltung der ihrerseits definitionsbedürftigen Metapher »störungsfrei« erfolgt nicht.

Selbst wenn allerdings mit Hilfe von Expertenwissen Aussagen möglich sind, wann ein Organ oder ein Organismus störungsfrei funktionieren, hilft dies für das Arzthaftungsrecht nicht weiter, da sich der Patient eben nicht in einem störungsfreien Zustand zum Arzt begibt, sondern – im optimalsten Fall – gerade auf Wiederherstellung des störungsfreien Zustandes hofft.

25 Regenbogen, *Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik* (2003), S. 178; Esser/Schmidt, (a.a.O.), § 4; Katzenmeier, (a.a.O.), S. 80;

26 Parsons, *Action Theory and Human Condition* (1978), S. 67 ff., ders., in Mitscherlich et al., *Der Kranke in der modernen Gesellschaft*, S. 57 ff. .

4. Resümee

Übereinstimmend lässt sich mithin für alle Fachdisziplinen konstatieren, dass Gesundheit eine »Worthülse« mit positivem Gehalt darstellt.²⁷ Gesundheit fungiert in der Gesellschaft und in den einzelnen Fachdisziplinen als Wert, Ziel oder Legitimation. Gesundheit kann aber nie etwas feststehendes sein. Es verwundert daher kaum, dass das Rechtsgut Gesundheit, obwohl es außer in den §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB und § 309 Nr. 7a BGB auch in verschiedenen anderen zivilrechtlichen Vorschriften, wie in den §§ 843 Abs. 1 BGB, 1 ProdHaftG, 1 AMG, 84 Abs. 1 AMG Erwähnung findet sowie indirekt auch in § 241 Abs. 2 BGB, weder eine Legaldefinition noch sonst eine nähere inhaltliche Ausgestaltung erfahren hat.²⁸

III. Die herkömmliche juristische Vorstellung vom Gesundheitsverletzungstatbestand allgemein

Die herkömmliche juristische Tatbestandsvorstellung geht beim Gesundheitsbegriff vom normalen Funktionieren der körperlichen, geistigen oder seelischen Lebensvorgänge nach ärztlicher Auffassung aus. Dies drückt sich sowohl in der Judikatur als auch in den Literaturmeinungen zum »Gesundheitsverletzungstatbestand« aus.

1. Schrifttum

Das Schrifttum unternimmt nicht den Versuch der Begriffsdefinition »Gesundheit«, sondern nähert sich der Problematik mit der Fragestellung, wann eine Gesundheitsverletzung vorliege. Hierfür fordert sie objektiv feststellbare Störungen der physischen, psychischen oder mentalen Befindlichkeit, die über das übliche Maß hinausgehen, medizinisch diagnostizierbar sind oder zumindest zu einem kurzfristigen pathologischen Zustand führen.²⁹ Nicht Voraussetzung sei die Begleitung der Verletzung von Schmerzen.³⁰ Darüber hinaus wird teilweise verlangt, dass die Gesundheitsverletzung eine ärztliche Behandlung erforderlich mache.³¹

Das Abstellen auf einen pathologischen Zustand wird teilweise damit begründet, dass das Gegenteil von Gesundheit Krankheit sei und es sich daher aufdränge, den Be-

27 S. bereits oben II a. A.

28 Vgl. hierzu auch Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und im Haftungsrecht (1996), S. 29 ff., Gottschick, ÄM 1963, 1246, 1251.

29 RGRK-Steffen, (a.a.O.), § 823, Rdnr. 10; Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 9. Auflage (2001) Rdnr. 50; Larenz/Canaris, (a.a.O.), § 76 II 1. a); Bick, Haftung für psychisch verursachte Körperverletzungen (1970), S. 7; a. A. Möllers, (a.a.O.), S. 41 – der das Kriterium des pathologischen Zustandes ablehnt und für die Qualifizierung aller erheblichen Störungen des körperlichen, geistigen oder seelischen Befindens als Gesundheitsverletzungen ist.

30 Staudinger-Hager, (a.a.O.), § 823, Rdnr. B 21.

31 Kötz/Wagner, Deliktsrecht, (a.a.O.), Rdnr. 50; a. A. Larenz/Canaris, (a.a.O.), § 76 II 1 b – die es ausdrücklich ablehnen, die Behandlungsbedürftigkeit zum Begriffsmerkmal der Gesundheitsverletzung zu erheben. Die Behandlungsbedürftigkeit stelle lediglich ein paradigmatisches Kriterium dar, mit dessen Hilfe sich die wichtigsten »Regelbeispiele« für die Anwendung von § 823 Abs. 1 BGB gewinnen ließen.

griff »Krankheit« zur Konkretisierung des Gesundheitsverletzungsbegriffs zu verwenden.³² In erster Linie sei daher nach dem Stand der Medizin zu beurteilen, ob eine Störung den Grad eines krankhaften Zustandes erreiche.³³

2. Judikatur

Die Judikatur beschäftigt sich ebenfalls lediglich mit dem Begriff der Gesundheitsverletzung, definiert diesen aber weiter als das Schrifttum, indem sie bei der physischen Gesundheitsverletzung das Vorliegen des pathologischen Zustandes nicht verlangt. Unter Gesundheitsverletzung versteht die Judikatur eine Störung der inneren Lebensvorgänge, körperlicher, geistiger und seelischer Natur.³⁴ Zur Bejahung einer physischen Gesundheitsverletzung lässt sie jedes Hervorrufen oder Steigern eines von den normalen körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustandes ausreichen, wobei unerheblich sein soll, ob Schmerzzustände auftreten oder bereits tief greifende Veränderungen der Befindlichkeit eingetreten sind.³⁵ Auch psychisch kann die Gesundheit verletzt werden, ohne dass dafür eine organische Ursache unabdingbare Voraussetzung wäre. Allerdings müssen diese Verletzungen nach Ansicht der Judikatur pathologisch fassbar, d. h. medizinisch feststellbar sein.³⁶ Bei so genannten Schockschäden Dritter³⁷ schränkt die Judikatur die Gesundheitsverletzung zusätzlich ein, indem sie die medizinische Bewertung des Gesundheitszustandes juristisch durch die allgemeine Verkehrsauffassung korrigiert.³⁸ Durch diese Verrechtlichung des Begriffs der Gesundheitsverletzung versucht der BGH eine Haftungsbegrenzung zu erreichen.³⁹

3. Auswertung

Bei der Prüfung des »Gesundheitsverletzungstatbestandes« nehmen Judikatur und Schrifttum, entsprechend der klassischen »Verletzungstatbestandsvorstellung«, eine Differenzbetrachtung zwischen dem Normalzustand und dem Zustand, der nach der deliktischen Handlung eingetreten ist, vor. Wenn der Zustand nach der Handlung negativ vom Normalzustand abweicht, d. h. sich infolge derselben verschlechtert hat, liegt eine Gesundheitsverletzung vor. Unter Normalzustand, welcher nicht weiter definiert ist, wird anscheinend der Zustand verstanden, der vor der Handlung bestanden hat. Dieser scheint als »Gesundheit« angesehen zu werden. Jede Verschlechterung, sofern sie den

32 Larenz/Canaris, (a.a.O.), § 76 II 1. a); Fuchs, (a.a.O.), S. 11; Brüggemeier, (a.a.O.), Rdnr. 190.

33 Ebda.

34 BGHZ 8, 243 ff. (248) – Luesinfektion

35 BGHZ 114, 284 – HIV-Infektion, ohne dass die Krankheit Aids bereits ausgebrochen ist.

36 BGHZ 56, 163, 166; BGH VersR 1991, 704 – psychische Unfallauswirkungen.

37 Z.B. die Überbringung der Nachricht vom tödlichen Unfall eines nahen Verwandten löst einen Schock aus.

38 BGHZ 56, 163, 165; BGH NJW 2317, 2318. Zustimmend auch RGRK-Steffen, § 823, Rdnr. 11 – der meint, die medizinische Bewertung müsse in eine juristische, die sich am Schutzzweck der Unrechtshaftung ausrichtet, haftungsrechtlich übersetzt werden.

39 Brüggemeier, (a.a.O.), Rdnr. 196; Staudinger-Hager, (a.a.O.), § 823, Rdnr. B 31; RGRK-Steffen, (a.a.O.), § 823, Rdnr. 11.

aufgestellten Anforderungen der Judikatur bzw. der Lehre entspricht, wird dann als »Gesundheitsverletzung« betrachtet.

Für das Arzthaftungsrecht hilft diese Sichtweise nicht weiter, da sich die zugrunde liegenden Sachverhalte in den oben genannten Punkten wesentlich unterscheiden.

IV. Der »Gesundheitsverletzungstatbestand« im Arzthaftungsrecht

1. Judikatur

Dennoch stellt die Judikatur in allen einschlägigen Entscheidungen zur Behandlungsfehlerhaftung ohne Ausnahme auf die »Gesundheitsverletzung« ab, ohne sie jedoch zu prüfen.⁴⁰ Bei Nichteintritt des »erwarteten Behandlungserfolges« setzt die Judikatur sie vielmehr stillschweigend voraus.

Die Gründe sind offensichtlich: Die »Gesundheitsverletzung« kann nicht lediglich – wie bei den traditionellen Verletzungstatbeständen – in der Verschlechterung des Zustandes, in einem Minus zum Ausgangszustand gesehen werden, da die ärztliche Behandlung stets auf Verbesserung gerichtet ist. Der Verletzungstatbestand muss vielmehr auch dann erfüllt sein, wenn die Nichtverbesserung des »Gesundheitszustandes« kausal auf einem Behandlungsfehler beruht. Der Patient begibt sich gerade mit der Erwartung der Linderung oder gar Heilung seiner Beschwerden in ärztliche Behandlung. Die »Gesundheitsverletzung« des Patienten wäre demnach in einem Minus zum hypothetisch erreichbaren Behandlungsziel zu sehen. Genau an dieser Stelle liegt das Problem: In der Arzthaftung haben wir es immer mit zwei konkurrierenden Kausalverläufen zu tun: demjenigen Kausalverlauf, der durch ärztliches Handeln in Gang gesetzt wird, einerseits und dem natürlichen Verlauf andererseits.⁴¹ Dadurch, dass der Patient sich mit »gesundheitlichen« Beschwerden in ärztliche Behandlung begibt, trägt er typischerweise selbst eine Ursache für die Gefahr, dass sich sein Zustand auch durch ärztliche Behandlung nicht verbessert oder unter Umständen sogar noch verschlechtert, in sich. Es ist daher möglich, dass im Zusammenhang mit einem ärztlichen Eingriff Krankheitserscheinungen auftreten, die bereits im menschlichen Körper angelegt waren, die also nicht durch den Eingriff hervorgerufen worden sind. Die Schwierigkeit liegt nun in der Beantwortung der Frage, welche Bedeutung die ärztliche Behandlung in diesem Geschehen hatte. Wenn die ärztliche Behandlung den Sorgfaltsanforderungen entsprochen hat, d.h. standardgemäß war, steht fest, dass das Nichterreichen des Behandlungsziels seine Ursache allein im menschlichen Organismus findet. Eine »Verletzung« des Patienten liegt mangels einer negativen Abweichung seines Ist-Zustandes zu dem mit standardgemäßer Behandlung erreichbaren hypothetischen Behandlungsziel nicht vor. Bei fehlerhafter ärztlicher Behandlung bleibt fraglich, ob die ärztliche Behandlung oder allein die Eigenart des menschlichen Organismus oder aber beides zusammen ursächlich für den ausbleibenden Behandlungserfolg war.⁴² Nur

40 Ausführliche Rechtsprechungsübersicht bei Heidelk, Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, (a. a. O.).

41 Großerichter, Hypothetischer Kausalverlauf und Schadensfeststellung (2001), S. 246.

42 Bodenburg, (a.a.O.), S. 28; Park, Das System des Arzthaftungsrechts (1992), S. 87.

wenn die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers feststeht, wäre hierin ein Minus zum hypothetisch erreichbaren Behandlungsziel und damit eine »Gesundheitsverletzung« zu sehen. Gerade diese Feststellung ist jedoch wegen der Unberechenbarkeit des menschlichen Organismus kaum möglich. Medizinische Sachverständige, derer man sich im Haftungsprozess zur Aufklärung des Ursachenzusammenhangs bedient, können nur Wahrscheinlichkeitsangaben machen, ohne sich auf eine Sicherheit festzulegen.⁴³ Die medizinische Wissenschaft kennt nämlich keine absolute Sicherheit.⁴⁴ Eine »Gesundheitsverletzung« im Sinne eines Minus zum hypothetisch erreichbaren Behandlungsziel ist wegen der Konkurrenz der zwei möglichen Ursachen – dem Behandlungsfehler und den Auswirkungen der Grunderkrankung – nicht bestimmbar.⁴⁵ Dies ist wohl der Grund, weshalb die Judikatur die »Gesundheitsverletzung« im Rahmen der Arzthaftung nicht prüft. An Stelle dessen bewertet sie nur eine Handlung: »Negative Abweichung vom medizinischen Standard«.

2. Schrifttum

Auch im Schrifttum wird das Problem mit dem Umgang des »Gesundheitsverletzungstatbestandes« in der Arzthaftung kaum behandelt. Im Gegensatz zur Judikatur äußern sich allerdings einige Autoren zumindest am Rande – und *Mertens* sogar mit einem Definitionsversuch – zu dieser Problemstellung.

a) Schrifttum allgemein

Im Schrifttum wurde von einigen wenigen Autoren erkannt, dass der BGH die nach dem Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB an sich erforderliche Körper- und Gesundheitsverletzung zumeist unerwähnt lässt, sie gleichsam stillschweigend voraussetzt und stattdessen auf den Behandlungsfehler abstellt.⁴⁶ Weitergehende Definitionsversuche sind durch diese Autoren allerdings nicht erfolgt. Bis auf *Deutsch*⁴⁷, der explizit die Auffassung vertritt, wegen der im Arzthaftungsrecht angewendeten Verhaltensunrechthaftung könne die »Gesundheitsverletzung« stillschweigend vorausgesetzt werden, ziehen die anderen Autoren keine weiteren Schlussfolgerungen aus ihren Erkenntnissen. *Wendt*⁴⁸ schreibt beispielsweise einige Seiten nach ihrer Feststellung, dass der BGH die Gesundheitsverletzung unerwähnt lässt, »für einen deliktischen Schadensersatzanspruch des Patienten aus unerlaubter Handlung und damit auch für

43 Kasche, (a.a.O.), S. 46.

44 Wachsmuth/Schreiber, NJW 1982, 2094, 2095.

45 Auch Taupitz/Johns, in: »Waffen-Gleichheit« – Das Recht der Arzthaftung, Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (2001), S. 80, die im Zusammenhang mit der Diskussion um die Anerkennung der Heilungschance als Rechtsgut einwenden, »dass sie in Wahrheit kein neues Rechtsgut schützen will, sondern lediglich ein Instrument darstellt, über den mangelnden Kausalitätsnachweis bezüglich der Verletzung des eigentlich schutzwürdigen Rechtsguts (Leben, Körper, Gesundheit) hinwegzutäuschen.«

46 Wendt, Die ärztliche Dokumentation (2001), S. 144; Weber-Steinhaus, Die ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht (1990), S. 35.

47 Deutsch, in: Festschrift für v. Caemmerer (1978), S. 331.

48 Wendt, (a.a.O.), S. 151.

einen Schmerzensgeldanspruch ist der Nachweis einer Körper- und Gesundheitsverletzung erforderlich.«

b) Differenzbetrachtung nach *Mertens*

Intensiver hat sich im Schrifttum nur Mertens mit der arzthaftungsrechtlichen »Gesundheitsverletzung« beschäftigt, wenn auch nur am Rande im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit der Lehre vom Verhaltensunrecht.

In diesem Zusammenhang definiert er Gesundheitsverletzung folgendermaßen: »Ergeben sich bei einem ärztlichen Eingriff mit wirksamer Einwilligung, medizinischer Indikation, objektiver Zweckmäßigkeit und gegebener Eignung des Arztes negative Eingriffsfolgen, die bei ordnungsgemäßer Behandlung normalerweise nicht eingetreten wären, so ist in der Abweichung vom Sollzustand eine Gesundheitsverletzung zu sehen.«⁴⁹

Zielsetzung seiner Überlegungen ist es, die aus seiner Perspektive unnötige Diskriminierung des ärztlichen Berufstandes dadurch, dass jeder ärztliche Heileingriff eine tatbestandliche Körperverletzung darstellt, auszuschließen.⁵⁰ Allerdings hält er für den Fall des Eingriffs ohne wirksame Einwilligung hieran fest, da seiner Ansicht nach mit der körperlichen Integrität in § 823 Abs. 1 BGB auch immer die Selbstbestimmung des Patienten geschützt werde.⁵¹ Liege allerdings eine wirksame Einwilligung vor und bleibe der ärztliche Eingriff ohne Folgen, soll es bereits an einer tatbestandlichen Körperverletzung fehlen und nicht erst an der Rechtswidrigkeit. Ergeben sich negative Folgen, die bei ordnungsgemäßer Behandlung normalerweise nicht eingetreten wären, sieht er hierin eine Gesundheitsverletzung.⁵² Das Unwerturteil ärztlichen Handelns würde in diesem Fall erst mit der Feststellung des Behandlungsfehlers gefällt werden.⁵³ An den Ergebnissen der Arzthaftung verändere sich, insbesondere auch unter beweisrechtlichen Aspekten, zwar nichts und brauche sich auch nichts zu ändern, aber es führe zu einer Veränderung der Optik. Gerade der Vorwurf der Ärzte gegen die Juristen, diese rubrizierten sie als berufsmäßige Körperverletzer im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, deren rechtswidriges Tun nur dadurch gerechtfertigt werde, dass es sich die Patienten gefallen lassen, richte sich ganz wesentlich gegen diese verfehlt Optik.⁵⁴

Eine Herleitung des »Gesundheitsverletzungstatbestandes« oder weiterführende Überlegungen erfolgen durch *Mertens* nicht. Aus diesem Grunde bedarf der Defini-

49 MüKo-Mertens, BGB, 3. Auflage (1997), § 823, Rdnr. 363; Die von Wagner in der 4. Auflage (2004) zu § 823, Rdnr. 71 fortgeführte Kommentierung verzichtet auf diesen Definitionsansatz und stellt allein auf den Krankheitsbegriff der Medizin ab, welcher allerdings nicht anhand von Alltagstheorien der Gerichte, sondern mit Hilfe des modernen Standes der medizinischen Wissenschaft zu definieren sei und weder die Behandlungsfähigkeit noch die Behandlungsbedürftigkeit, wohl aber die Erheblichkeit der Störung voraussetze.

50 Mertens, VersR 1980, 397 ff., 400.

51 Müko-Mertens, (a.a.O.), § 823, Rdnr. 361.

52 Müko-Mertens, (a.a.O.), § 823, Rdnr. 363.

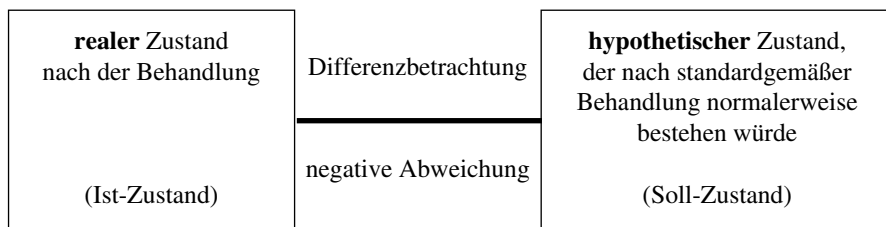
53 Ebda.

54 Mertens, VersR 1980, 397 ff., 400.

tionsansatz einer eingehenden Untersuchung hinsichtlich seiner Praktikabilität und Tauglichkeit für den Bereich der Arzthaftung.

(1) Differenzbetrachtung

Mertens' Überlegungen zur »Gesundheitsverletzungsdefinition« liegt folgende Differenzbetrachtung zugrunde:



Sie erfolgt durch den Vergleich des real nach der Behandlung bestehenden Zustandes (Ist-Zustand) mit dem Zustand, der hypothetisch nach standardgemäßer Behandlung normalerweise erreichbar gewesen wäre (Soll-Zustand). Weicht der Ist-Zustand vom Soll-Zustand negativ ab, sieht *Mertens* hierin eine »Gesundheitsverletzung«.

Der Ansatz weist starke Ähnlichkeit mit dem der haftungsbegründenden Kausalität zugrunde liegenden Prüfungsaufbau auf. Die haftungsbegründende Kausalität wird bejaht, wenn sich der Zustand des Patienten auf die festgestellte Fehlbehandlung zurückführen lässt und wenn eine nach medizinischem Soll-Standard richtige Behandlung den Eintritt der Gesundheitsverletzung verhindert hätte.⁵⁵ Der einzige Unterschied bei der Differenzbetrachtungen besteht darin, dass nach Auffassung von *Mertens* alle Abweichungen, die »normalerweise« bei ordnungsgemäßer Behandlung nicht eingetreten wären, bereits eine »Gesundheitsverletzung« darstellen sollen.

(2) Behandlungsfehler

Nach der Definition von *Mertens* ist der Behandlungsfehler bzw. dessen Gegenteil, die standardgemäße Behandlung, für die Bestimmung der arzthaftungsrechtlichen »Gesundheitsverletzung« von zentraler Bedeutung.

Die Feststellung, ob im konkreten Fall eine »Gesundheitsverletzung« vorliegt, erfolgt anhand eines Vergleichs zwischen dem individuellen Zustand, in dem sich der Patient nach der Behandlung befindet, und jenem Zustand, der nach standardgemäßer Behandlung hypothetisch erreichbar gewesen wäre. Zur Feststellung der beiden »gesundheitlichen« Zustände des Patienten, die letztendlich miteinander verglichen werden, wird also der ärztliche Standard in die Ist-/Soll-Betrachtung als Bezugsgröße mit-einbezogen.

⁵⁵ BGH NJW 1992, 2962 ff.; OLG Zweibrücken, OLG Report Koblenz, Saarbrücken, Zweibrücken 1999, 489 ff.; weitere Nachweise bei Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 4. Auflage (2001), Rdnr. 190.

Erforderlich ist die Einbeziehung des ärztlichen Standards, da bei schlichtem Abstellen auf den Erfolgseintritt, wie es die erfolgsbezogene Konzeption des § 823 Abs. 1 BGB vorsieht, eine rechtswidrige »Gesundheitsverletzung« bereits bei Eintritt eines Verletzungserfolges angenommen werden müsste. Jede ärztliche Behandlung wäre dann eine Gesundheits- und – sofern es sich »nur« um einen Eingriff in die körperliche Integrität ohne Folgen, also beispielsweise einen Schnitt oder eine Injektion handelt – eine Körperverletzung. Nur wenn dem Arzt Rechtfertigungsgründe, insbesondere in Form einer Einwilligung, zur Seite stehen, würde die Rechtswidrigkeit des Verletzungserfolges nach der Lehre vom Erfolgsunrecht entfallen.⁵⁶

Dieses erfolgsorientierte Modell⁵⁷ ist in der deliktischen Arzthaftung für Behandlungsfehler⁵⁸ nie ernsthaft zugrunde gelegt worden.⁵⁹ Anstelle dessen gehen Judikatur und Lehre von einem verhaltensbezogenen Haftungskonzept bei ärztlichen Behandlungsfehlern aus.⁶⁰ Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für das Rechtswidrigkeitsurteil und damit die Haftung des Arztes ist hiernach nicht der Erfolgseintritt, sondern das Verhalten des Arztes. Erst wenn dieses Verhalten einen Verstoß gegen die ärztliche Sorgfaltspflicht darstellt, wird nach der Lehre vom Verhaltensunrecht die vom Arzt verursachte Verletzung des Patienten an seinem Körper oder seiner »Gesundheit« als rechtswidrig angesehen. Der Unterschied zwischen Erfolgs- und Verhaltensunrechtslehre besteht somit darin, dass bei Zugrundelegung der verhaltensbezogenen Konzeption zusätzlich zum Erfolgseintritt ein Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht vorliegen muss, um die Widerrechtlichkeit zu begründen.

Mit Hilfe der Gründe, die für die Anwendung der verhaltensorientierten Konzeption angeführt werden, lässt sich sehr gut verdeutlichen, warum zur Bestimmung der »Gesundheitsverletzung« im Arzthaftungsrecht die Einbeziehung des ärztlichen Verhaltens notwendig ist. Vergewärtigt man sich die typische ärztliche Tätigkeit, insbesondere wenn es sich um invasive Maßnahmen (wie z. B. Operationen, die Bestrahlung eines Patienten im Rahmen einer Krebsterapie, die Durchführung einer Darmspiegelung zu diagnostischen Zwecken oder auch nur die Injektion von Arzneimitteln) handelt, so verwirklichen sich zwangsläufig verletzungsgleiche Eingriffe an

56 Siehe nur Wendt, (a.a.O.), S. 136; Weber-Steinhaus, Die ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht (1990), S. 31.

57 Ausführlich zur Lehre vom Erfolgsunrecht, Larenz, (a.a.O.), § 72 I c; Palandt-Heinrichs, (a.a.O.), § 276, Rdnr. 8 f.; Palandt-Thomas, (a.a.O.), § 823, Rdnr. 33; Staudinger-Schäfer, (a.a.O.), § 823 Rdnr. 1 ff.

58 Anders bei der Haftung für Aufklärungsfehler, wo zumindest die h.M. jede eigenmächtige Behandlung als Körperverletzung qualifiziert – vgl. nur Miko-Wagner, (a.a.O.), § 823, Rdnr. 661 ff., m. w. N.

59 Vgl. Wendt, (a.a.O.), S. 136 m. w. N.; sowie Weber-Steinhaus, (a.a.O.), S. 34; Bodenbun, (a.a.O.), S. 24; Brüggemeier, (a.a.O.), S. 388 – Der Gesetzgeber ist von der erfolgsorientierten Konzeption ausgegangen, weil er den in § 823 I BGB aufgezählten Rechtsgütern einen unbedingten Schutz zukommen lassen wollte und deshalb schon jeden Eingriff per se missbilligt, gleichgültig wie er zustande gekommen ist.

60 Ausführlich zur Lehre vom Verhaltensunrecht, Brüggemeier, (a.a.O.), S. 85 f.; ders., AcP 182 (1982), 384, 449 f.; ders., JZ 1986, 969, 973; Esser/Schmidt, (a.a.O.), § 25 IV 1 c; Esser/Weyers, (a.a.O.), § 55 II 3.

Körper und »Gesundheit« des Patienten. Die bei der ärztlichen Tätigkeit regelmäßig entstehenden Beeinträchtigungen des Patienten müssen aber als Teilaspekt der ärztlichen Gesamttätigkeit für sich allein genommen wertneutral bleiben und dürfen isoliert keine haftungsrechtlich relevante Aussagekraft besitzen.⁶¹ Ohne körperliche Beeinträchtigung wäre ganz im Gegenteil die typische ärztliche Tätigkeit überhaupt nicht denkbar. Die entsprechende Wertung, ob eine ärztliche »Gesundheitsverletzung« vorliegt, kann daher erst durch die Einbeziehung des ärztlichen Verhaltens vorgenommen⁶² werden, da anderenfalls die Tatbestandsstufe der »Gesundheitsverletzung« völlig entleert würde.⁶³

Der entscheidende Anknüpfungspunkt zur Bestimmung der arzthaftungsrechtlichen »Gesundheitsverletzung« ist mithin im (Fehl-) Verhalten des Arztes zu sehen. Folgerichtig ist zur Bestimmung der »Gesundheitsverletzung«, wie es die Judikatur unbewusst durch ihr verhaltensorientiertes Konzept ebenfalls macht, zunächst die Feststellung des Vorliegens eines Behandlungsfehlers⁶⁴ des Arztes notwendig. Erst im Anschluss an diese Feststellung ist an einen Vergleich zwischen dem individuellen Zustand des Patienten nach der fehlerhaften Behandlung und jenem Zustand, der nach ordnungsgemäßer Behandlung erreichbar gewesen wäre, zu denken.

Bodenburg⁶⁵ hat diese Situation wie folgt formuliert: Zumindest für den Bereich des ärztlichen Heileingriffs seien die Rechtsgüter Leben, Körper und Gesundheit von Verhaltenspflichten umgeben, die man als »Begriffshof« erfassen könne. Der sich darin befindende »Begriffskern« sei für den Bereich der ärztlichen Tätigkeit nur verletzbar, wenn im »Begriffshof« eine Pflichtverletzung feststellbar sei. Dies bedeute in letzter Konsequenz aber auch für den Bereich ärztlicher Tätigkeit die Veränderung des auf den ersten Blick so geschlossen scheinenden Tatbestands des § 823 Abs. 1 BGB hin zu einem »offenen Tatbestand«. Der im Vordergrund stehende Verhaltenspflichtverstoß bewirke erst die Verletzung des betroffenen Rechtsguts.

Die Judikatur hat diesen Schritt in Wirklichkeit längst vollzogen, ohne ihn jedoch als solchen zu bezeichnen.⁶⁶ Die Gerichte prüfen, ob ein Behandlungsfehler vorliegt und ob dieser kausal den nach der ärztlichen Behandlung bestehenden »Gesundheitszustand« verursacht hat.

Nach dem Gesagten ist *Mertens* zuzustimmen, dass Gesundheit juristisch nur unter Einbeziehung des Behandlungsgeschehens definiert werden kann.

61 Bodenburg, (a.a.O.), S. 22; Wendt, (a.a.O.), S. 144.

62 So auch Matthies, (a.a.O.), S. 95 f.

63 Bodenburg, (a.a.O.), S. 22; Wendt, (a.a.O.), S. 144.

64 Ob ein Behandlungsfehler im Einzelfall gegeben ist, orientiert sich am Standard, welcher häufig wie folgt beschrieben wird: »Standard in der Medizin repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.« – vgl. nur Hart, MedR 1998, 8 f.; Katzenmeier, (a.a.O.), S. 279.

65 Bodenburg, (a.a.O.), S. 24.

66 Ausführliche Rechtsprechungsübersicht bei Heidelk, Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, (a.a.O.).

(3) »Normalerweise«

Den Knackpunkt der Überlegungen von *Mertens* bildet der Terminus »normalerweise«. Es verdeutlicht das Problem der Nichtaufklärbarkeit präexistierender Kausalverläufe, der vom Arzt gesetzten und der im menschlichen Organismus angelegten. Beide können zur Nichterreichung des Behandlungsziels geführt haben.⁶⁷ Auch wenn *Mertens* sich nicht erklärend zu seinem Definitionsansatz geäußert hat, ist wohl aufgrund des zuvor angesprochenen Problems davon auszugehen, dass er eine »Gesundheitsverletzung« bereits dann annehmen will, wenn die Erreichung des Behandlungsziels bei standardgemäßer Behandlung wahrscheinlich gewesen wäre.

Allerdings findet sich im fachwissenschaftlichen Schrifttum zu Wahrscheinlichkeiten der Begriff »normalerweise« an keiner Stelle.⁶⁸ Zwar wird in gerichtlichen Entscheidungen in sehr unterschiedlichen Formulierungen – wie eine »an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit« oder eine »an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit« – auf Grade von Wahrscheinlichkeit abgestellt, eine Formulierung wie »normalerweise« wird jedoch nicht verwendet.⁶⁹ Sprachlich könnte sie mit Aussagen wie »im Regelfall« und »wie gewöhnlich« übereinstimmen. Übersetzt in Wahrscheinlichkeitsangaben könnte hiermit »mit überwiegender Wahrscheinlichkeit« gemeint sein, d. h. mit ca. 70 v. H. . Es stellt sich die Frage, ob es weiterführend ist, die »Gesundheitsverletzung« in der Arzthaftung mit Hilfe von Wahrscheinlichkeitsüberlegungen zu definieren. Folgender hypothetischer Beispielsfall zur Verdeutlichung des Problems:⁷⁰

Ein Patient begibt sich mit konkreten Beschwerden zum Arzt. Dieser untersucht ihn und stellt dabei keine ernsthafte Erkrankung fest. Einige Zeit später verschlechtert sich das Befinden des Patienten. Bei erneuter Untersuchung ergibt sich, dass das rechte Auge von einem Tumor befallen ist, was die Entfernung des Auges erforderlich macht. Bei umfassender Untersuchung hätte der Tumor bereits beim ersten Arztbesuch entdeckt werden müssen. Nach medizinischen Erkenntnissen herrscht jedoch Ungewissheit darüber, ob eine bereits nach der ersten ärztlichen Untersuchung eingeleitete Therapie erfolgreich gewesen wäre, da in vergleichbaren Fällen nur bei ca. 70 v. H. der Patienten mit einem Tumor in diesem Stadium das Auge gerettet werden konnte. Der Beispielsfall zeigt, dass die medizinischen Sachverständigen Wahrscheinlichkeitsangaben nur zu Patientengruppen machen können. Ihre Angaben basieren auf statistischen Erkenntnissen über Krankheitsverläufe und Erfolgsaussichten verschiedener Behandlungsmethoden.⁷¹ Das statistische Material resultiert aus früheren, in ähnlichen Situationen gesammelten Patientendaten sowie aus wissenschaftlichen Veröffentlichungen. Mit Hilfe der Statistik kann der Sachverständige nur erklären, wie viele Patienten in einer bestimmten Vergleichsgruppe bei ordnungsgemäßer Therapie genesen wären.⁷²

67 Kasche, (a.a.O.), S. 30.

68 Literaturrecherchen waren ergebnislos.

69 Vgl. Weber, (a.a.O.), S. 48 – mit einer Zusammenstellung, der in gerichtlichen Entscheidungen verwandten Formulierungen für den Grad von Wahrscheinlichkeiten.

70 Ähnliche Fallkonstellation BGH VersR 1999, S. 60 ff.

71 Scholl, NJW 1983, 319, 320.

72 Ebda.

Aussagen zu Einzelpersonen sind nicht möglich.⁷³ Ob der klagende Patient zu den statistischen 70 v. H. der geheilten oder zu den 30 v. H. der nicht geheilten Patienten gehört hätte, bleibt unklar. Würde der Patient aber zu den 30 v. H. der Nichtheilbaren zählen, läge nach der Definition von *Mertens* gleichwohl eine tatbestandliche »Gesundheitsverletzung« vor, obwohl der Patient in Wahrheit nie hätte »geheilt« werden können. Umgekehrt sind auch Fälle denkbar, in denen die Heilungschancen bei weniger als 70 v. H. liegen. Hier wäre nach *Mertens* Definitionsvorschlag bereits der »Gesundheitsverletzungstatbestand« zu verneinen, da eine »Heilung« des Patienten sehr unwahrscheinlich gewesen wäre. Allerdings könnte der individuelle Patient durchaus zu den heilbaren gehört haben. Diese Unsicherheit wird durch die Definition von *Mertens* mithin nicht aus der Welt geschafft. Es bleibt vielmehr bei der Ungewissheit, ob überhaupt eine »Gesundheitsverletzung« des Patienten vorliegt.

IV. Zusammenfassung

Es wurde aufgezeigt, dass mit überzeugenden Gründen eine Konkretisierung des Gesundheitsverletzungstatbestandes weder durch die Judikatur noch die Literatur – mit Ausnahme von *Mertens* – für den Bereich des Arzthaftungsrechts erfolgt ist. Die kaum zu überwindenden Schwierigkeiten sind vielfältiger Natur: Bereits die Definition des Gesundheitsbegriffs, welche als Ausgangspunkt für die im Rahmen des Verletzungstatbestandes anzustellende Differenzbetrachtung eigentlich erforderlich ist, scheint hier gänzlich unmöglich. Durch die Untersuchung der Definitionsversuche verschiedenster Fachdisziplinen kann nunmehr zusammenfassend konstatiert werden, dass Gesundheit schlecht konturierbar ist und wohl lediglich eine »Worthülse« mit positivem Gehalt darstellt. Gesundheit fungiert in der Gesellschaft und in den einzelnen Fachdisziplinen als Wert, Ziel oder Legitimation. Gesundheit ist aber nie etwas Feststehendes.

Eine weitere Schwierigkeit resultiert aus der bereits vorangegangenen Erkrankung des Patienten, der sich in ärztliche Behandlung begibt. Rein terminologisch betrachtet haben wir es in den im Rahmen der Arzthaftung in der Regel zu untersuchenden Fällen, abgesehen von schönheitschirurgischen Eingriffen, gar nicht mit einer möglichen Verletzung der Gesundheit des Patienten zu tun. Der Arzt wirkt vielmehr auf einen erkrankten Organismus mit dem Ziel ein, den Patienten im besten Fall zu heilen oder seinen Zustand zu verbessern. Wenn dies nicht möglich ist, versucht er zumindest, den bestehenden Zustand zu erhalten, oder aber im schlechtesten Fall, eine unausweichliche Verschlechterung zu verhindern.

Die Zielrichtung ärztlichen Handelns ist mithin eine völlig andere als diejenige, die der Gesetzgeber bei der Aufnahme des Rechtsgutes »Gesundheit« in den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB vor Augen hatte: nämlich Verschlechterungen infolge eines Handelns und gewiss keine gescheiterten Verbesserungen. Die Möglichkeit einer »Gesundheitsverletzung« als Folge eines ärztlichen Heileingriffs, welcher die Konso-

73 Kasche, (a.a.O.), S. 239.

lidierung des »Gesundheitszustandes« anstrebt, wurde erklärlicherweise wegen der entgegenstehenden Perspektive des Deliktsrechts – Integritätsschutz anstelle Leistungsperspektive – nicht bedacht.

Aus diesem Grund bereitet auch die Anwendung des traditionellen Verletzungstatbestandes – mit seinem Denken in Minusvorstellungen – Schwierigkeiten. Die ärztliche Behandlung ist eben gerade auf Verbesserung angelegt, weshalb es mit Notwendigkeit zu einem Abgleich zwischen dem nach der Behandlung effektiv vorfindlichen und dem hypothetisch erreichbaren »Gesundheitszustand« kommen muss.

Hinzu kommt, dass wegen der im Arzthaftungsrecht immer existierenden zwei Kausalverläufe – nämlich der vom Arzt gesetzten und der im menschlichen Organismus angelegten Ursache – bereits die traditionelle Differenzbetrachtung nicht weiterführt. Häufig lässt sich nicht feststellen, auf welcher gesetzten Ursache der Nichteintritt des Behandlungsziels beruht. Hierin liegt die eigentliche Besonderheit! Mag auch der bereits erkrankte Patient noch mit der bereits vorgeschädigten Sache vergleichbar sein, so befindet sich letztere in einem stabilen Zustand, wohingegen bei Krankheiten deren dynamischer Fortgang typisch ist.

Im Rahmen der Prüfung des Verletzungstatbestandes wird daher nicht auf die Verletzung des Rechtsguts »Gesundheit« abgestellt, sondern die ärztliche Behandlung – standardgemäßes oder nicht standardgemäßes Handeln des Arztes – bewertet. Ist ein Behandlungsfehler gegeben, wird eine »Gesundheitsverletzung« des Patienten stillschweigend vorausgesetzt, was aber nicht gleichzeitig die Implikation enthält, die »Gesundheitsverletzung« sei auch ursächlich durch den Behandlungsfehler hervorgerufen worden. Diese Prüfung erfolgt separat und entscheidet letztendlich – zumeist in Form einer Beweislastentscheidung – darüber, ob der Patient Schadensersatz erhält.⁷⁴

74 Zum Ganzen ausführlich Heidelk, Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, 2005.