

Franziska Huber

# Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem

Zum Informed Consent als Indikationsäquivalent



**Nomos**

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Marion Albers

Prof. Dr. Ivo Appel

Prof. Dr. Ulrich M. Gassner

Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 41

Franziska Huber

# Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem

Zum Informed Consent als Indikationsäquivalent



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6520-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-0605-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Sie wurde für die Drucklegung im Wesentlichen auf den Stand von November 2019 gebracht.

Mein erster Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. *Josef Franz Lindner*, der die Arbeit von Beginn an durch seine jederzeitige Gesprächsbereitschaft und seine wertvollen Ratschläge fortwährend begleitet und gefördert hat. Die Arbeit ist in meiner Zeit als Geschäftsführerin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht (IBGM) an der Universität Augsburg unter seiner Leitung entstanden. Danken möchte ich auch Herrn Professor Dr. *Ulrich M. Gassner* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und konstruktive Anmerkungen.

Für unablässige Unterstützung und Zuspruch möchte ich *Sophie Johanning*, *Johannes Markmann*, Dr. *Janet Opper* und *Simone Ruf* danken.

Mein größter Dank gilt meiner Familie, die mich auf alle erdenkliche Weise unterstützt hat. Von Herzen danken möchte ich meiner Mutter, *Brigitte Greeß*, deren Liebe, Rückhalt und Vertrauen das Verfassen dieser Arbeit ermöglicht hat. Ihre unerschütterliche Stärke und ihr Engagement in allen Bereichen ist Vorbild für mich. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.



## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
1. Kapitel: Einleitung	21
2. Kapitel: Medizinische Indikation als Rechtsfigur	27
A. Begriffe	27
I. Medizinische Indikation	27
II. Ärztliche Behandlung	30
B. Medizinische Indikation als Rechtsbegriff im Medizin- und Gesundheitsrecht	31
I. Medizinische Indikation im Rechtssinne	32
1. Diagnose – Behandlungsziel – Medizinische Indikation	33
2. Kontraindikation	36
3. Nichtindikation	37
II. Abgrenzungen	38
1. Indikation in der Krankenversicherung	38
a) Indikation in der gesetzlichen Krankenversicherung	38
b) Indikation in der privaten Krankenversicherung	39
2. Indikation im ärztlichen Gebührenrecht	40
3. Indikation im Arzneimittelrecht	41
4. Indikation beim Schwangerschaftsabbruch, § 218 StGB	42
III. Ergebnis	43
C. Historische Entwicklung	43
I. Ärztliche Behandlung keine tatbestandsmäßige Körperverletzung	44
1. Indizierte ärztliche Behandlung keine tatbestandsmäßige Körperverletzung	44
2. Abhängigkeit der Tatbestandsmäßigkeit vom Erfolg der ärztlichen Behandlung	45
II. Ärztliche Behandlung als tatbestandsmäßige Körperverletzung	45
1. Einwilligung, medizinische Indikation und Behandlung lege artis	46
a) Einwilligung als maßgebliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung	46

*Inhaltsverzeichnis*

b) Indikation als maßgebliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung	48
2. Rechtsgeschäftslehre/Auftragstheorie	49
3. Heilungszweck/Notwendigkeit	50
4. Gewohnheitsrecht	51
5. Ärztlicher Beruf bzw. ärztliches Berufsrecht	51
III. Der (eigenmächtige) ärztliche (Heil-)Eingriff als Straftatbestand in der rechtspolitischen Diskussion	52
IV. Zusammenfassung	53
D. Erosionstendenzen der medizinischen Indikation	54
I. Medizinischer Fortschritt	54
II. Gesellschaftliches Selbstverständnis	57
1. Ausweitung medizinischer Diagnosen	57
2. Krankheitsunabhängige Verbreitung medizinischer Techniken	58
3. Entzeitlichung von Krankheit	59
4. Direkte Optimierung des Körpers	60
III. Die medizinische Indikation im Gefüge des Behandlungsvertrags gem. §§ 630aff. BGB	61
1. Indikationsstellung lege artis, § 630a Abs. 2 BGB	61
2. Indikationsstellung als Teil der Aufklärung, § 630e BGB	62
IV. Neuere Entwicklungen im medizinrechtlichen Schrifttum	63
1. Heilbehandlung und sonstiges ärztliches Handeln	66
2. Individualisierte Medizin	68
3. Behandlung am Lebensende	68
4. Präventivmedizin	69
5. Wunschmedizin	70
a) Enhancement	72
b) Schönheitsoperationen	72
6. Body Integrity Identity Disorder (BIID)	73
7. Intersexualität	74
8. Beschneidung des männlichen Kindes, § 1631d BGB	75
V. Rechtsprechung zur medizinischen Indikation	76
1. Medizinische Indikation sowie Aufklärung und Einwilligung	76
2. Medizinische Indikation und Heilbehandlung	77
3. Medizinische Indikation und Behandlungsfehler	77
4. Medizinische Indikation und Durchführbarkeit einer Maßnahme	78
5. Medizinische Indikation und Wahl einer Behandlungsmethode	79
6. Medizinische Indikation und Betreuungsrecht	79



7. Medizinische Indikation und Behandlung am Lebensende	80
VI. Fazit	82
E. Notwendigkeit einer Neuvermessung der medizinischen Indikation	83
3. Kapitel: Verfassungsrechtliche Analyse der medizinischen Indikation	85
A. Notwendigkeit einer grundrechtlichen Analyse der medizinischen Indikation	85
B. Das Erfordernis der medizinischen Indikation als Grundrechtseingriff	90
I. Eingriff in Grundrechte der Patient*innen	90
1. Kein Eingriff in den Schutzbereich des negativen Selbstbestimmungsrechts	91
a) Schutzgut	92
b) Medizinisch indizierte Behandlungen auch gegen den Willen der Patient*innen?	93
2. Eingriff in den Schutzbereich des positiven Selbstbestimmungsrechts	94
a) Verortung des positiven Selbstbestimmungsrechts	95
b) Objektiver Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit	96
c) Subjektiver Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit	97
d) Stellungnahme	98
3. Ergebnis	99
II. Eingriffe in Grundrechte der Ärzt*innen	100
1. Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	100
a) Berufsbildlehre	101
b) Ärztliche Therapiefreiheit	101
c) Medizinische Indikation und Therapiefreiheit	104
2. Eingriff in den Schutzbereich der Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG	104
a) Gewissen	105
b) Ärztliche Gewissensfreiheit	105
c) Medizinische Indikation und Gewissensfreiheit	106
3. Eingriff in den Schutzbereich der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG	107
a) Wissenschaft	108

*Inhaltsverzeichnis*

b)	Medizinische Indikation und Wissenschafts- und Forschungsfreiheit	108
4.	Eingriff in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	109
III.	Eingriffe in Grundrechte Dritter	109
1.	Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	110
2.	Eingriff in den Schutzbereich der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG	110
3.	Eingriff in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	111
IV.	Ergebnis	111
C.	Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe	112
I.	Grundsätze für die Rechtfertigung von Grundrechts- eingriffen	112
1.	Einschränkbarkeit des positiven Selbstbestimmungsrechts	112
2.	„Schranken-Schranken“, insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	114
a)	Verfassungsrechtlich legitimer Zweck	115
b)	Zweckverwirklichungsbedürfnis	116
c)	Geeignetheit	116
d)	Erforderlichkeit	116
e)	Angemessenheit	117
3.	Fortgang der Prüfung	118
II.	Die ärztliche Integrität als Rechtfertigungsmodell	118
1.	Die medizinische Indikation als Bestandteil der „ärztlichen Integrität“?	118
a)	Die ärztliche Tätigkeit als freier Beruf	119
b)	Berufsethos	120
aa)	Weiterentwicklung des Berufsethos	121
bb)	Salus et voluntas aegroti supremae legis	122
c)	Berufsrecht	123
aa)	Bundesärzteordnung	124
bb)	Berufsordnung	126
d)	Zwischenergebnis	129
2.	Die „ärztliche Integrität“ als verfassungsrechtlich legitimer Zweck?	129
3.	Ergebnis	130
III.	Der Schutz des öffentlich-rechtlichen Sozialsystems als verfassungs-institutionelles Rechtfertigungsmodell	131
1.	Verfassungsrechtlich legitimer Zweck	132

2.	Zweckverwirklichungsbedürfnis	133
3.	Geeignetheit	134
4.	Erforderlichkeit	134
5.	Ergebnis	136
IV.	Die Schutzpflichtdimension der Grundrechte als Rechtfertigungsmodell	137
1.	Die Schutzpflichtdimension der Grundrechte	137
a)	Leitfrage: Die Entbehrlichkeit der medizinischen Indikation als Verstoß gegen die Schutzpflicht des Staates?	138
b)	Inwieweit ist der Staat verpflichtet, seiner grundrechtlichen Schutzpflicht nachzukommen?	139
aa)	Verhältnis Abwehrrecht – Schutzpflicht	139
bb)	Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	139
cc)	Untermaßverbot	141
c)	Insbesondere: Grundrechtsschutz gegen sich selbst als Ausprägung der Schutzpflicht?	142
aa)	Herrschende Meinung im Schrifttum: Kein Grundrechtsschutz gegen sich selbst	144
bb)	Bundesverfassungsgericht: Zulässigkeit des Grundrechtsschutzes gegen sich selbst	148
cc)	Verbleibender Handlungsspielraum des Staates bei der medizinischen Indikation als indirekter hart bzw. weich paternalistischer Voraussetzung	149
dd)	Zusammenfassung	151
2.	Die staatliche Schutzpflicht für den Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG	152
3.	Die staatliche Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	156
a)	Verfassungsrechtlich legitimer Zweck: Gewährleistungsumfang von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	156
b)	Zweckverwirklichungsbedürfnis	157
c)	Geeignetheit und Erforderlichkeit: Umsetzung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG durch den Staat	158
d)	Angemessenheit: Die medizinische Indikation als Ausprägung der staatlichen Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit?	159
aa)	Ist staatliches Handeln, zumal in Gestalt eines Verbotes indikationsloser ärztlicher Behandlungen, unter Berufung auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zum Schutz der Patient*innen angemessen?	159

*Inhaltsverzeichnis*

bb)	Ist staatliches Handeln unter Berufung auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zum Schutz Dritter angemessen: Parallele zum Nichtraucherschutz?	161
cc)	Aufklärung und Information als Erfüllung der Schutzverpflichtung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	163
e)	Ergebnis	163
4.	Die staatliche Schutzpflicht für das positive Selbstbestimmungsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	164
a)	Verfassungsrechtlich legitimes Ziel: Gewährleistungsumfang von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	164
b)	Zweckverwirklichungsbedürfnis	165
c)	Geeignetheit	165
aa)	Umsetzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch den Staat	166
bb)	Die Einwilligung als Einfallstor für Fremdbestimmung	166
d)	Erforderlichkeit	168
e)	Angemessenheit: Die medizinische Indikation als Ausprägung der staatlichen Schutzpflicht für das positive Selbstbestimmungsrecht?	168
f)	Ergebnis	171
5.	Die staatliche Schutzpflicht für die Würde des Menschen, Art. 1 Abs. 1 GG	172
a)	Verfassungsrechtlich legitimer Zweck: Gewährleistungsumfang von Art. 1 Abs. 1 GG	172
b)	Zweckverwirklichungsbedürfnis, Geeignetheit und Erforderlichkeit: Umsetzung des Art. 1 Abs. 1 GG durch den Staat	174
c)	Angemessenheit	175
aa)	Schutz der Menschenwürde auch gegen den Willen des Individuums?	175
bb)	Die medizinische Indikation als Ausprägung der Würde des Menschen am Beispiel des „würdevollen Sterben“?	177
cc)	Die medizinische Indikation als Ausprägung der Menschenwürde am Beispiel von (Neuro-)Enhancement?	188
d)	Ergebnis	189
V.	Ergebnis	189

4. Kapitel: Umsetzung des verfassungsrechtlichen Ergebnisses	193
A. Der Informed Consent als Grundpfeiler des Medizinrechts	194
B. Optionen zur Weiterentwicklung des Informed Consent	197
I. Formelle Weiterentwicklung des Informed Consent	197
1. Advance Care Planning	197
2. Dokumentationsbogen	198
3. Einheitlichkeit, Übersichtlichkeit und Kontinuität als formelle Kriterien des weiterentwickelten Informed Consent	199
II. Materielle Weiterentwicklung des Informed Consent	200
1. Shared Decision Making	201
2. Behandlungsziel	202
3. Grundaufklärung	203
4. Objektive Therapiebegrenzung	204
5. Partnerschaft durch Komplexitätsreduktion und Flexibilisierung als materielle Kriterien des weiterentwickelten Informed Consent	206
C. Die 6-Stufen-Entscheidung (KAIBRE)	207
I. Stufe 1: Kontaktaufnahme	208
II. Stufe 2: Anamnese	208
III. Stufe 3: Indikationsstellung	209
1. Abstrakte Indikationsstellung	210
2. Indikationsstellung im Hinblick auf das Behandlungsziel	210
3. Indikationsstellung im Hinblick auf die zur Erreichung des Behandlungsziels notwendigen Einzelmaßnahmen	215
4. Formelle Vorgaben einer wirksamen Indikationsstellung	216
5. Zwischenergebnis	217
IV. Stufe 4: Behandlungsentscheidung	218
V. Stufe 5: Rückabsicherung	219
VI. Stufe 6: Einwilligung	219
1. Intensiviertes Prüfprogramm der Einwilligungsvoraussetzungen bei ärztlichen Behandlungen, die ein indikationsloses Behandlungsziel verfolgen	219
2. Einwilligungsunfähigkeit der Patient*innen: Medizinische Indikation als Einwilligungsäquivalent	221
a) Die Abgrenzung zwischen Unvernunft und Einwilligungsunfähigkeit	222
aa) Unvernunft und Einwilligungsunfähigkeit	222

*Inhaltsverzeichnis*

bb) Beispiel: Der sog. Zahnextraktionsfall des Bundesgerichtshofs	224
cc) Lösung des Zahnextraktionsfalls nach der KAIBRE-Entscheidung	225
b) Die mutmaßliche Einwilligung	228
3. Sonderfall: Die hypothetische Einwilligung	230
VII. Einzelkonstellationen anhand von Beispielen	232
1. Indiziertes Behandlungsziel, indizierte Maßnahme	232
2. Nichtindiziertes Behandlungsziel, indizierte Maßnahme	233
3. Indiziertes Behandlungsziel, kontraindizierte Maßnahme	234
4. Nichtindiziertes Behandlungsziel, kontraindizierte Maßnahme	234
5. Kontraindiziertes Behandlungsziel, indizierte oder kontraindizierte Maßnahme	235
6. Kombination aus indizierten und nichtindizierten Behandlungszielen, indizierte Maßnahmen	236
7. Beispiel „Amputationswunsch“	237
8. Beispiel sog. „BIID“	238
9. Beispiel „Prophylaktische Maßnahmen bei präventiver Gendiagnostik“	239
10. Beispiel „Neuroenhancement“	241
11. Beispiel „Caster Semenya“	242
12. Beispiel „Dritte Brust“	244
13. Beispiel sog. „Konversionstherapie“	244
VIII. Ergebnis	245
5. Kapitel: Zusammenfassung in Thesen	249
Anhang:	
Entwürfe zur strafrechtlichen Kodifikation der ärztlichen Behandlung	257
Literaturverzeichnis	265