

Kapitel 1: Die THS-Heilbehandlung

A. Privatrecht

I. Der Behandlungsvertrag/Krankenhausaufnahmevertrag

Zunächst ist die rechtliche Grundlage zu betrachten, auf deren Basis eine Behandlung mit der THS vorgenommen werden kann. Dies ist für Fragen bestehender Organisationspflichten, für später zu erörternde Haftungsgründe in Form von Fehlern jeder Art im gesamten Behandlungsgeschehen und für die Besprechung strafrechtlicher Verantwortlichkeit der Krankenhausleitung von Interesse.

1. Krankenhausaufnahmevertrag

Wie bereits erläutert, kommt eine Behandlung mit der THS aus tatsächlichen Gründen der Organisation, der benötigten Gerätschaften und dem mit diesen Punkten verbundenen finanziellen Aufwand bislang nur im Rahmen stationärer Krankenhausaufnahme in Betracht.¹ Die in der Praxis gängigen Vertragstypen, die somit bereitstehen, sind der totale Krankenhausvertrag,² der Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag³ und der gespaltene Arzt-Krankenhausvertrag.⁴ Grundsätzlich kommen für die Behandlung mit der THS alle drei Formen in Betracht.

a) Zulässigkeit des gespaltene Arzt-Krankenhausvertrages

Es ist zu beachten, dass es sich bei dieser Behandlung um einen sehr speziellen Eingriff handelt, welcher mit nicht unerheblichen Risiken verbunden ist⁵ und ein großes Können sowie hinreichende Erfahrung von Seiten der Ärzte erfordert.

¹ Dies setzt selbstverständlich voraus, dass eine vorstationäre Behandlung erfolgte, auf deren Basis eine Entscheidung zu Gunsten der Behandlung mit THS fiel. Wann diese Methode als indiziert zu erachten ist und somit durchgeführt werden kann, ist ausführlich unter Kap. 1 A II und IV dargestellt.

² Hierbei übernimmt das Krankenhaus vollständig die Verantwortung für die medizinische wie auch die nicht medizinische Betreuung des Patienten, vgl. Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, S. 64 Rn. 8.

³ Auch hier schuldet das Krankenhaus die gesamte Behandlung sowie Pflege des Patienten, jedoch tritt ein speziell gewählter Arzt durch vertragliche Vereinbarung mit dem Patienten hinzu, vgl. Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, S. 65 Rn. 10.

⁴ Hierbei übernimmt ein Belegarzt die ärztliche Versorgung des Patienten, während das Krankenhaus nur die nicht medizinische Betreuung schuldet, vgl. Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, S. 64 Rn. 9.

⁵ Man bedenke insbesondere die Tatsache, dass es sich um eine invasive Methode in den Hirnstrukturen handelt, bei welcher Hirnmasse verdrängt und eine Elektrode implantiert wird. Kleinste Abweichungen können hier erhebliche Folgen nach sich ziehen. Insbesondere anhaltende Spätfolgen unter Vermehrung der Bedürfnisse des Patienten drohen bei Behandlungsfehlern.

Somit besteht ein gesteigertes Interesse des Krankenhauses, Haftungsrisiken durch Verringerung des Leistungsangebots zu minimieren, so dass die Wahl eines gespaltenen Arzt-Krankenhausvertrags nahe liegt.⁶ Gleichermäßen hat der Patient ein erhöhtes Interesse daran, dass ihm möglichst viele Parteien haftungsrechtlich verantwortlich sind, auf dass Risiken durch besondere Sorgfalt, auch bezüglich der Organisation, bereits im Vorhinein vermieden werden oder, falls es tatsächlich zum unglücklichen Fall der Schädigung kommt, jedenfalls genügend Schuldner für die Folgen aufkommen müssen. Nun besteht diese Interessenlage grundsätzlich im Rahmen der Krankenhausbehandlung. Eine Besonderheit für die Behandlung mit der THS ergibt sich jedoch daraus, dass diese Methode zwar bereits seit Mitte der neunziger Jahre stetig angewendet wird, allerdings die Wirkung der Stimulation auf den menschlichen Organismus nach wie vor nicht präzise in allen Facetten bestimmt werden kann.⁷ Daher besteht ein nicht unerheblicher Spielraum für Fehler, bei welchen der exakte Ursprung der negativen Konsequenz häufig nur schwer auszumachen sein wird. Dieser Aspekt in Zusammenhang mit der Komplexität der Methode und der daraus erwachsenden Notwendigkeit präziser Zusammenarbeit innerhalb des Ärzteteams führt dazu, dass ein überwiegendes Interesse des Patienten an der organisatorischen Einrichtung und Überwachung der Behandlungsseite durch das Krankenhaus besteht. Zudem bringen die Krankheitsbilder, welche mit der THS behandelt werden, regelmäßig eine erhebliche Betreuungsbedürftigkeit mit sich.⁸ Die ordnungsgemäße Beachtung besonderer Verhaltensregeln durch die Pflegekräfte ist daher ein wesentlicher Faktor für eine erfolgreiche Vorbereitung, Durchführung und Nachbehandlung der Therapie. Somit ist eine saubere Trennung zwischen ärztlich behandelnder Tätigkeit und geschaffenen Rahmenbedingungen im Krankenhaus nur schwer möglich. Mithin erscheint eine Behandlung mit THS im Rahmen eines gespaltenen Arzt-

⁶ Dennoch ist zu beachten, dass dieser speziell durch Individualvertrag oder AGB des Krankenhauses vereinbart werden muss, wobei die Wirksamkeit der letzteren Variante umstritten ist, vgl. *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, S. 65 ff. m.w.N., der insoweit die Schranken der Inhaltskontrolle als verletzt ansieht, und im Gegensatz dazu aus der Rspr.-Praxis OLG Koblenz NJW 1998, 3425 f. = VersR 1998, 1283, das eine entsprechende Vereinbarung durch AGB für grundsätzlich möglich erachtet. Die Rspr. geht mittlerweile davon aus, dass im Zweifel der Patient, nebst eines gesonderten Wunsches bezüglich der Person des behandelnden Arztes, das Krankenhaus nicht aus der Haftung entlassen möchte, abweichend von BGHZ 89, 263 = NJW 1984, 1400 nunmehr BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189; BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779; BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778.

⁷ Vgl. zum Stand der Forschung *Rabins et al.*, Scientific and Ethical Issues Related to Deep Brain Stimulation for Disorders of Mood, Behaviour and Thought, Arch Gen Psychiatry 2009, 931-937.

⁸ So führen schwere Formen von Parkinson zu körperlichen Defiziten, die eine Pflege selbst für einfache alltägliche Tätigkeiten notwendig werden lassen. Besonders problematisch kann dies auch bei psychiatrischen Erkrankungen sein, wenn der Patient in fortgeschrittenen Stadien davon abgehalten werden muss, sich selbst schwer zu gefährden oder zu verletzen.

Krankenhausvertrages als atypisch.⁹ Der Patient wird diese vertragliche Aufnahmeform für die Krankenhausbehandlung daher nicht erwarten und muss dies auch nicht.¹⁰

Auf Basis vorbenannter grundlegender Feststellungen bezüglich der Methode ist für die Wirksamkeit einer Vereinbarung, mit welcher der Patient einen gespaltenen Arzt-Krankenhausvertrag in diesem Fall akzeptiert, eine individualvertragliche Vereinbarung zwischen Krankenhaus und Patient zu fordern. Eine entsprechende Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) ist im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB¹¹ unangemessen benachteiligend. Zwar erkennt der BGH seit einiger Zeit die Möglichkeit der Vereinbarung eines gespaltenen Arzt-Krankenhausvertrages durch AGB an,¹² sofern dem Patienten hinreichend verdeutlicht wird, dass der Krankenhausträger nicht Schuldner der ärztlichen Leistung ist. Laut der Rechtsprechung bedarf es hierfür aber einer Gestaltung

⁹ Der gesplattene Arzt-Krankenhausvertrag ist, abgesehen von reinen Belegkrankenhäusern, immer die Ausnahme. Es ist daher grundsätzlich zunächst zu berücksichtigen, dass ein Patient sich vom Krankenhaus als Einrichtung Heilung und/oder wenigstens Linderung verspricht. Die Präsenz dieses grundsätzlichen Leitbildes ist den Krankenhausträgern auch bewusst. Durch die Besonderheiten bei der THS wird vorbenannter Grundsatz verschärft.

¹⁰ Vgl. insoweit *Steffen/Paue*, Arzthaftungsrecht, S. 11 Rn. 23, 28 - 31.

¹¹ Entgegen geäußerter Bedenken, der BGH lasse seit BGHZ 121, 107 ff. = NJW 1993, 779, 780 eine Inhaltskontrolle in den Fällen formularmäßiger Leistungsstatuierung für die Art des Krankenhausaufnahmevertrags grundsätzlich nicht mehr zu (so *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 52 f.), sind die Ausführungen der Rspr. wohl vielmehr dahingehend zu verstehen, dass eine Unangemessenheit bei der Vereinbarung eines gespaltenen Arzt-Krankenhausvertrags regelmäßig nicht anzunehmen ist. Zwar ist zuzugeben, dass die grundsätzliche Statuierung von Hauptleistungspflichten einer Inhaltskontrolle nach AGB-Recht entzogen ist (vgl. den eng gefassten Ausnahmbereich nach BGH NJW 2003, 2014; 2001, 751; 2001, 2635), jedoch kann eher davon ausgegangen werden, dass der BGH bezüglich der Ausgestaltungen der Krankenhausaufnahmeverträge erkannt hat, dass nach der Verkehrssitte der totale Krankenhausvertrag als Behandlungsrahmen üblich und erwartet ist. Hierfür spricht auch die herangezogene Wertung des Gesetzes in § 2 Abs. 1 S. 1 BPflV, in welchem vom totalen Krankenhausvertrag grundsätzlich ausgegangen wird. Diese Vorschrift war zum Zeitpunkt der Entscheidung an ihrem früheren Standort in § 22 BPflV a.F. dem BGH bekannt und in die Überlegungen einbezogen. Schließlich ist zu beachten, dass der BGH zurückhaltend formuliert „Indessen ist ein derartiger Haftungsausschluss nicht unangemessen, sondern folgt daraus, dass der Krankenhausträger die ärztliche Betreuung des Patienten nicht übernimmt“. Die hier verwendeten Begrifflichkeiten sprechen dafür, dass der erkennende Senat eine grundsätzliche Prüfungsmöglichkeit des Inhalts am Maßstab der Angemessenheit bejaht. Ob insoweit auch über das Umgehungsverbot des heutigen § 306 a BGB (§ 7 AGBG a.F.) nachgedacht wurde, kann aus den Ausführungen des Senats bedauerlicherweise nicht ersehen werden. Jedoch ist eine Umgehung materiell rechtlich schlechthin nicht gegeben, da es nach wie vor einem Leistungserbringer möglich sein muss, nur bestimmte Leistungen anzubieten und auch nur diese zu schulden. Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn es zwingende gesetzliche Vorschriften gäbe, die den Krankenhausträger dazu verpflichten würden, dem Patienten die Heilbehandlung als Leistung anzubieten. Dies ist jedoch nicht der Fall.

¹² Grundlegend BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189.

des Aufnahmevertrags, durch welche Sorge getragen wird, dass die Aufmerksamkeit des Patienten sich auf eben diesen Punkt richtet.¹³ Jedoch kann diese formelle Einschränkung nicht für Fälle ausreichen, in denen ein besonderes Interesse an der Übereinstimmung von ärztlichen Leistungen und Pflege sowie an einem präzisen Organisationsmanagement besteht. Der Krankenhausträger muss dann mit dem Wunsch nach Haftungsfreizeichnung durch geringeres Leistungsangebot zurücktreten, da für die Patienten eine übergeordnete Kontrollinstanz zur Überwachung des Ärzteteams durch Unterhaltung von qualitätssichernden Einrichtungen einen wesentlichen Faktor des Vertrauens und der Wahrung eigener körperlicher Integrität bildet. Dies ist bei der THS von erheblicher Bedeutung. Zudem dürfte es bei Trennung ärztlicher und nicht ärztlicher Leistungen für den Patienten häufig schwer zu eruieren sein, auf wessen Fehlverhalten der später eingetretene Schaden nunmehr zurückzuführen ist, was in einem Haftungsprozess zu erheblichen Beweisproblemen führen würde.¹⁴ Dies ist insbesondere der zuvor beschriebenen Komplexität der Methode geschuldet, für welche eine Verbindung in diesem Bereich geboten ist.¹⁵ Eben jene umfassende Verbindung bietet der totale Krankenhausvertrag zu Gunsten des Patienten. Somit tritt dem Patienten nur ein organisatorisches Gebilde gegenüber, welches vollumfänglich einzustehen hat. Bei der

¹³ BGHZ 121, 107 ff. = NJW 1993, 779 = JZ 1993, 1062 und hierzu die treffende, knappe Zusammenfassung bei *Steffen/Paue*, *Arzthaftungsrecht*, S. 11 Rn. 22. Diese grundsätzliche Eröffnung der formularmäßigen Regelung ist vor dem Hintergrund hinreichender Transparenz für den Patienten nicht zu beanstanden. Es ist den Krankenhausträgern zuzubilligen, dass Klauseln, die das Leistungsangebot statuieren, nicht von vorneherein als Haftungsausschluss bezüglich Körper- und Gesundheitsschäden zu werten sind und entsprechend damit nicht gegen § 309 Nr. 7 a BGB verstoßen, a.A. *Spickhoff*, *Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses*, S. 54 ff. Diese von *Spickhoff* vertretene Position schränkt die Privatautonomie des Krankenhausträgers übermäßig ein, ohne jedoch zwingende Gründe hierfür aufzuzeigen. *Spickhoff* will letztlich auch die Vereinbarung über die vertraglich zu erbringenden Primärleistungspflichten der AGB-Kontrolle unterwerfen und berücksichtigt hierbei nicht hinreichend die gebotene Dispositionsfreiheit der Vertragsparteien, von vorneherein nur das schulden zu müssen, was vertraglich im Hauptleistungspflichtenkatalog auch zugebilligt werden soll. Eine unzulässige Umgehung der AGB-Kontrolle wäre nur dann anzunehmen, wenn der Patient treuwidrig in seiner Erwartung eines ihm zugebilligten weiteren Leistungskatalogs durch die formularmäßige Bestimmung enttäuscht würde. Davon ist bei der Krankenhausaufnahme aber nicht auszugehen.

¹⁴ Der Kausalitätsnachweis zwischen Primärschädigung und Behandlungsfehler ist ohnehin die zumeist schwierigste Hürde im Arzthaftungsprozess für einen geschädigten Patienten. Aufgrund dieser Erkenntnis entwickelte die Rspr. zahlreiche Darlegungs- und Beweiserleichterungen, insbesondere in Fällen grober Behandlungsfehler, vgl. die Übersicht bei *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzthaftungsrecht*, S. 113 ff. Rn. 131 ff. Dieses Problem verschärft sich besonders dann, wenn wesentlicher Aspekt der Heilbehandlung die pflegerische Tätigkeit des Personals ist, jedoch aber eine getrennte Haftung von behandelndem Arzt und Krankenhausträger vereinbart wurde.

¹⁵ Vgl. hierzu *Kramer*, *Formularmäßige Spaltung des Krankenhausvertrages: ein Verstoß gegen das AGB-Gesetz*, NJW 1996, 2398, der dieses Problem bereits im Rahmen jedweder Krankenhausbehandlung als erheblich in den Vordergrund stellt. Etwas anderes soll nur in einem Belegkrankenhaus gelten, vgl. *Kramer*, a.a.O., S. 2399.

umfassenden Versorgung durch das Krankenhaus handelt es sich daher um einen wesentlichen Pflichtenaspekt im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, dessen Abbedingung den Zweck des Behandlungsvertrags beim Einsatz der Methode THS zu gefährden droht.¹⁶ Ohne die umfassende Organisationspflicht des Krankenhauses steht regelmäßig zu befürchten an, dass der Patient auch subjektiv kein Gefühl der Sicherheit einer ordnungsgemäßen Behandlung haben wird, was eingedenk der schweren psychischen Belastung, welche die zu behandelnden Krankheiten und die THS als Therapie mit sich bringen, in erheblicher Weise gesundheitsschädigend wirken kann. Viele der mit THS behandelten Krankheitsbilder lassen es nicht zu, dass eine externe pflegerische Betreuung den Heilungsprozess begleitet, die unabhängig vom ärztlichen Team agiert, da im Rahmen der Pflege die psychischen Veränderungen berücksichtigt und medizinisch korrekt behandelt werden müssen. Die korrekte Pflege ist in diesen Bereichen somit Teil der Behandlung *lege artis*. Dies gilt vor allem für psychiatrische Erkrankungen wie das Tourette-Syndrom und schwere Depressionen, aber auch Bewegungserkrankungen wie Parkinson und Dystonie, sofern der Leidensdruck den Patienten bereits dermaßen einschränkt, dass er dauerhaft auf fremde Hilfe angewiesen ist, um selbst einfache Abläufe wie das verrichten von Notdurft oder die Nahrungsaufnahme zu bewältigen. Dieser Hintergrund ist auch dem aufnehmenden Krankenhaus bekannt.

b) Fazit

Im Ergebnis ist eine formularmäßige Vereinbarung eines gespaltenen Arzt-Krankenhausvertrags für die THS nicht möglich. Eine entsprechende Klausel ist für die Aufnahme zur Durchführung strukturell hoch komplexer Therapieformen im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB unangemessen benachteiligend.

Zu einem individualvertraglichen Aushandeln wird es demgegenüber regelmäßig nicht kommen, so dass für die ordnungsgemäße Durchführung dieser besonderen Methode typischerweise das Krankenhaus einzustehen hat. Ein Arztzusatzvertrag kann zur Ergänzung des totalen Krankenhausvertrages abgeschlossen werden. Dies wird auch häufig dem Patientenwunsch entsprechen, um für eine Spezialistenbehandlung dieser Art den Arzt des eigenen Vertrauens zu sichern. Die Leistungsfähigkeit und Fachkenntnis der Behandlungsseite ist vom Krankenhaus streng zu überwachen. Vorbereitung, Planung und Ausführung dürfen nur von

¹⁶ Diese inhaltliche Kontrollmöglichkeit der Spaltungsklausel am Maßstab des § 307 Abs. 1, 2 BGB verbleibt, ohne den Parteien von vorneherein die Möglichkeit zu nehmen, über die geschuldete Leistung zu disponieren, wie es *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 54 ff., mit der Anwendung des § 309 Nr. 7 a BGB verlangt. Kontrolliert wird hierbei nicht die Hauptleistungspflicht selbst, sondern die sie beeinflussenden Umstände. Es handelt sich bei Klauseln zu Gunsten eines gespaltenen Arzt-Krankenhausvertrages also um eine Unterform der Hauptleistungsnebenabrede, welche auch inhaltlich kontrollfähig ist, vgl. BGH NJW 2004, 2591; 2001, 2636. Dieses Ergebnis dürfte der Rechtsprechungssicht am ehesten entsprechen, da somit die inhaltliche Kontrollfähigkeit dieser Klauseln eingeschränkt, jedoch nicht ausgeschlossen ist. Mithin bietet sich hierdurch auch eine sowohl praktikable als auch richterlich überprüfbare Lösung.

ausgewiesenen Experten durchgeführt werden. Der medizinische Nachwuchs muss für die THS über den Nachweis des entsprechenden Facharztstandards hinaus eine mehrjährige Einarbeitung durch Kollegen absolvieren, welche hinreichend Erfahrung auf den Sondergebieten in der Neurologie, Psychiatrie und Neurochirurgie mitbringen. Da es mittlerweile in der Bundesrepublik Deutschland jedenfalls für die neurochirurgische Operation hinreichend ausgewiesene Experten gibt,¹⁷ können sich Arzt und Krankenhaus nicht auf fehlende Weiterbildungsmöglichkeiten berufen.

2. Behandlungsvertrag

a) Vertragstyp

Die Behandlung durch das Ärzteteam bei der THS erfolgt auf Basis eines Heilbehandlungsvertrags, der als Dienstvertrag im Sinne der §§ 630 a ff. BGB zu qualifizieren ist.¹⁸ Weder kann der Behandlungsseite zugemutet werden, den jeweils gewünschten Heilerfolg zu garantieren noch das Entgeltrisiko nach Werkvertragsgrundsätzen zu übernehmen. Auch die Implantierung der Elektroden und die Verwendung des Stimulators sind Teil der Heilbehandlung und daher nach Dienstvertragsrecht zu beurteilen.

Unabhängig davon ist der Bereich der Beschaffung der technischen Komponenten vom Hersteller. Dieser ist nicht Teil der Heilbehandlung, sondern derselben vorgelagert. Die ordnungsgemäße Funktion des Stimulators wird vom Hersteller nach Werklieferungsrecht im Sinne der §§ 651 i.V.m. 433 ff. BGB oder aber bei Spezialanfertigungen nach Werkvertragsrecht im Sinne der §§ 631 ff. BGB geschuldet.¹⁹ Dabei sind die Restriktionen des Medizinproduktegesetzes

¹⁷ So ergab eine Krankenhaussuche für geeignete Krankenhäuser beim Behandlungswunsch "Einwirkung auf das Nervensystem mittels elektrischer Impulse" auf der „weißen Liste“ der Bertelsmannstiftung 73 geeignete Anlaufstationen in der Bundesrepublik, vgl. www.weisse-liste.de (Abrufdatum 09.09.2010). Der medizinwissenschaftliche Austausch ist ebenfalls im regen Fortlauf, vgl. *Kuhn et al.*, Tiefe Hirnstimulation bei psychiatrischen Erkrankungen, Dtsch Arztebl Int 2010; 107(7): 105-13; *Wiesing*, Bedarf an umsichtiger Forschung: Anwendung der tiefen Hirnstimulation bei psychiatrischen Erkrankungen, Dtsch Arztebl Int 2010, 107(7): 103-4; *Schulze-Bonhage*, Tiefe Hirnstimulation als neuer Therapieansatz bei Epilepsien, Dtsch Arztebl Int 2009; 106(24): 407-12; Übersichtsaufsatz Redaktion, Parkinson: Tiefenhirnstimulation wirksamer, aber riskanter als Medikamente, Online-Übersicht 07.01.2009, <http://www.aerzteblatt.de/v4/news/news.asp?id=34956&src=suche&p=Tiefe+Hirnstimulation> (Abrufdatum: 01.07.2011).

¹⁸ Für den Heilbehandlungsvertrag als solchen ist dies allgemeine Meinung, vgl. *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht*, S. 73 Rn. 26 m.w.N. Für die THS gilt im Rahmen der heilenden Tätigkeit nichts anderes.

¹⁹ Vorausgesetzt, dass der Patient selber Partei des Vertrages mit den Anbietern des Stimulators wird. Andernfalls kommt ein entsprechender Kaufvertrag mit der Behandlungsseite zu Stande. Letzteres ist der Normalfall.

einzuhalten.²⁰ Wesentlicher Zweck der vorliegenden Untersuchung ist die rechtliche Einstufung der Heilbehandlung, so dass weitergehende Ausführungen über den technisch-apparativen Bereich im Vorfeld hier nicht erfolgen.²¹

b) Vertragsschluss unter Teilnahme minderjähriger Patienten

Die THS wird zunehmend auch bei psychiatrischen Erkrankungen eingesetzt, welche, anders als etwa Parkinson, auch bei Minderjährigen auftreten.²² Während bei Erwachsenen der Vertragsschluss mit dem Patienten selber stattfinden kann,²³ ist es beim Minderjährigen fraglich, unter welchen Umständen der Vertrag für diese spezielle Methode zustande kommt. Da diese Therapieform ein erheblicher Eingriff ist, kann jedenfalls der Wille des Minderjährigen alleine nicht ausreichen. Das in Frage stehende Schuldverhältnis ist weder lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB noch unterfällt es § 110 BGB. Ein geschlossener Vertrag wäre insoweit also schwebend unwirksam und durch die Eltern gemäß §§ 108 Abs. 1, 1626 BGB allenfalls genehmigungsfähig. Regelmäßig wird es aber so sein, dass die Eltern einen Behandlungsvertrag mit dem Arzt zu Gunsten des Kin-

²⁰ Elektrode und Impulsgenerator sind Medizinprodukte i.S.d. § 3 Nr. 1 MPG. Insoweit ist für die Behandlungsseite zu beachten, dass nach § 4 Abs. 1 MPG ein Verbot besteht, die jeweilige Technik in Betrieb zu nehmen und anzuwenden, sofern der begründete Verdacht mangelnder Sicherheit oder fehlender Standardisierung aufkommt. Stimulator und Impuls-generator müssen also vor Verwendung auf Herkunft und Zertifikat geprüft werden. Die CE-Zertifizierung gemäß §§ 6, 9 MPG muss einwandfrei sein. Da es sich bei den Elektroden und dem Impulsgenerator um zu implantierende Produkte handelt, wird hiermit die Testvoraussetzung des § 7 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 der Richtlinie 90/385/EWG sichergestellt. Zudem ist der Hersteller bei Schäden nach dem ProdhaftG verantwortlich. Näheres zu allen Fragen der Haftung in Kap. 1 A VI.

²¹ Als instruierende Übersicht möge dienen *Dilba*, Unter Strom, Financial Times Deutschland (FTD), medbiz 11/08 S. 4 – 6; *Achenbach*, Eingriff ohne Spuren, Financial Times Deutschland (FTD), medbiz 11/08, S. 12 f.

²² So etwa schwere Depressionen, Tourette-Syndrom, Spannungskopfschmerz und schwere Suchterscheinungen wie zwanghaftes Glücksspiel und Alkoholgenuss, sowie der besonderen Bewegungserkrankung Dystonie. Vgl. *Perlmutter/Mink*, Deep Brain Stimulation, Anu.Rev.Neurosci 2006, 229, 232 m.w.N; vgl. auch die DGN-Leitlinie zur Dystonie, <http://www.dgn.org/leitlinien-der-dgn-2008-97.html> (Abrufdatum 30.10.2011).

²³ Vertragsschluss durch Vertreter oder gar Eingriffsdurchführung ohne denselben und ohne Vertrag auf Basis der Geschäftsführung ohne Auftrag ist bei der THS bislang in keiner Weise denkbar. Es handelt sich bei dieser Methode um keine Notfallbehandlung zur Rettung des Lebens und auch um keine vergleichbare Situation. Vielmehr muss im Einzelnen mit dem Patienten abgestimmt sein, ob er diese Methode zur Verbesserung seiner Lebensqualität und seiner körperlichen und/oder geistigen Verfassung wünscht. Ein erwachsener Patient, der dies nicht/nicht mehr entscheiden kann, ist regelmäßig für die THS auch nicht geeignet. Sofern jedoch ein Patient tatsächlich, trotz fehlender Fähigkeit, seine Entscheidungen bezüglich der eigenen Gesundheit selbst zu treffen, für diese Methode geeignet sein sollte, bedarf es der Bestellung einer rechtlichen Betreuung gemäß §§ 1896, 1901, 1902, BGB, welche bei diesem Verfahren nach § 1904 BGB das Betreuungssgericht anrufen muss. S. hierzu auch die S. 68 ff.

des im Sinne des § 328 BGB abschließen. Von einer rechtlichen Vertretung des Kindes, so dass der Vertrag nur zwischen diesem und dem Arzt zu Stande kommt, ist grundsätzlich nicht auszugehen.²⁴

Anderes ist nur dann denkbar, wenn das Kind über 15 Jahre alt und gesetzlich krankenversichert ist, vgl. § 36 Abs. 1 SGB I mit der Kontrollmöglichkeit der Eltern nach § 36 Abs. 2 SGB I. Der Minderjährige ist insoweit jedenfalls zum Empfang sozialversicherungsrechtlicher Leistungen berechtigt, ohne dass eine Einwilligung der Eltern nötig wäre. Hieraus wird gefolgert, dass der Minderjährige auch die dafür notwendigen Verträge schließen kann.²⁵ Da die Krankenkasse die Kosten im Wege der Sachleistung übernimmt, der Patient also bereits mit Zahlung des Versicherungsbeitrags einen Anspruch auf die notwendige ärztliche Behandlung erworben hat, könnte der bloße Vertragsschluss mit der Behandlungsseite nunmehr lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB sein.²⁶ Eine vertiefte Auseinandersetzung hierüber erübrigt sich allerdings bereits deshalb, weil durch § 36 Abs. 1 SGB I jedenfalls die erforderliche Einwilligung zu den notwendigen ärztlichen Eingriffen nicht mitgetragen wird.²⁷ Mithin ist es die Pflicht des Arztes, die Eltern sofort zu informieren, wenn tatsächlich der - praktisch unwahrscheinliche - Fall eintritt, dass ein Minderjähriger ohne die Sorgeberechtigten in einem Krankenhaus erscheint und eine Behandlung mit THS wünscht.²⁸ Das Kind besitzt bezüglich der Einwilligung zu erheblichen ärztlichen Eingriffen allenfalls ein Mit- aber kein Alleinentscheidungsrecht.²⁹ Der Abschluss des Behandlungsvertrags kann für sich genommen also nicht zur Durchführung der Therapie reichen. Da dies auch den Ärzten bewusst sein muss, ist es notwendig, den Minderjährigen sofort auf diesen Umstand hinzuweisen und einen Vertrag bis zur Kommunikation mit den Sorgeberechtigten zurückzustellen.³⁰

²⁴ Vgl. hierzu *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 39 Rn. 24 f. m.w.N.

²⁵ *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, BGB, § 1626 Rn. 103 - 106.

²⁶ *Soergel/Spickhoff*, BGB, § 823 Anh I Rn. 12; a.A. *Bender*, Das Verhältnis von ärztlicher Schweigepflicht und Informationsanspruch bei der Behandlung Minderjähriger, *MedR* 1997, 7 ff.; *Kern*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 39 Rn. 24.

²⁷ *Coester*, Zur sozialrechtlichen Handlungsfähigkeit des Minderjährigen, *FamRZ* 1985, 982, 986; *Bender*, a.a.O., S. 9 in Fn. 28; a.A. *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, *AcP* 185 (1985), 105, 148, jedoch ohne Begründung, wie *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. III Rn. 19 Fn. 75 zu Recht kritisiert.

²⁸ Diese Pflicht ergibt sich zivilrechtlich bereits aus der Behandlungsübernahme gegenüber dem minderjährigen Patienten. Wenn dieser die hinreichende Einwilligung nicht erteilen kann, so ist der Arzt auf Basis seiner ärztlichen Hilfespflicht dazu gehalten, eben jene Instanz zu informieren, die hierüber zu entscheiden hat. Dies ergibt sich zugleich als dritbezogene Pflicht gegenüber den Erziehungsberechtigten, deren Rechte bei der Behandlungsübernahme eines Minderjährigen mit zu wahren sind. Zur Frage der ärztlichen Schweigepflicht auch gegenüber den Eltern vgl. Kap. 1 D V.

²⁹ Vgl. Kap 1 A IV 2 b.

³⁰ Diese Feststellung kollidiert auch nicht mit § 7 Abs. 4 MBO-Ä, da das bürgerliche Vertragsrecht ebenso wie das Deliktsrecht keine ärztliche Pflicht begründen, nach welcher die Erziehungsberechtigten des Minderjährigen eigenmächtig ärztlicherseits mit einzubeziehen wären. Im Übrigen wäre bei einer Normkollision das Berufsrecht an dieser Stelle nicht dazu geeignet, eine zivilrechtlich statuierte Pflicht zu negieren, da das BGB in der

c) Gesetzliches Verbot und Sittenverstoß

Spezielle Wirksamkeitsprobleme des zivilrechtlichen Behandlungsvertrags zur Durchführung einer THS bilden die Grenzen der §§ 134, 138 Abs. 1 BGB. Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten, also gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden,³¹ ist bei dieser Behandlungsmethode primär in vier Hinsichten zu erörtern:³²

Es drohen im Einzelfall Verstöße gegen § 15 Abs. 4 der Berufsordnungen der Länder in Verbindung mit Vorgaben der Deklaration des Weltärztebundes von Helsinki (**aa**).

Die Behandlungsseite kann mit der Stimulans in ethisch verwerflicher und persönlichkeitsverletzender Art und Weise auf den Patienten Einfluss nehmen, indem das Verhalten, die Emotionalität und mithin der freie Wille des Patienten partiell reguliert werden. Die Beweggründe hierfür sind mannigfaltig (**bb**).

Das dritte Problemfeld ist wirtschaftlicher Natur. Die Behandlung mit THS ist sehr teuer.³³ Für den Fall einer Kostenübernahme von dritter Seite spielt dieser Aspekt keine Rolle für die Wirksamkeit des Behandlungsvertrages. Anderes ist aber zu erwägen, wenn der Patient selbst zahlen muss (**cc**).

Schließlich sind Verstöße gegen das MPG beachtlich. Es ist für jede THS-Behandlung bezüglich des eingesetzten Materials entscheidend, dass ausschließlich Medizinprodukte mit CE-Kennzeichnung eingesetzt werden und dies auch nur in der Art und Weise, für die das Produkt nach dem Konformitätsverfahren zugelassen wurde (**dd**).³⁴

Normenhierarchie des Berufsrechts, welches Landesrecht ist, bricht. Eine Öffnungsklausel ist für Vertragspflichten zu Gunsten des Landesrechts auch nicht vorgesehen, so dass gemäß Art. 55 EGBGB von einer abschließenden Kodifikation ausgegangen werden muss. Zur Frage der Wahrung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes, vgl. Kap 1 D II.

³¹ Motive II, 727; BGHZ 10, 228, 232 = NJW 1953, 1665 und seither st. Rspr.

³² An dieser Stelle werden keine Überlegungen zu Verträgen angestellt, welche anderen Zielen als der Heilbehandlung gewidmet sind. Die Diskussion um solcher Art Verträge bleibt der Untersuchung der THS als Enhancement vorbehalten, vgl. Teil 3.

³³ Pauschal kann im Rahmen der gesamten Behandlung im Schnitt von rund 40.000 € ausgegangen werden. *Spotteke et al.*, Evaluation of healthcare utilization and health status of patients with Parkinson's disease treated with deep brain stimulation of the subthalamic nucleus, J Neurol 2002, 759–766; *Valldeoriola et al.*, Prospective Comparative Study on Cost-Effectiveness of Subthalamic Stimulation and Best Medical Treatment in Advanced Parkinson's Disease, Movement Disorders 2007, 2183–2191.

³⁴ Vgl. zu den Details des Konformitätsverfahrens Rehmann/Wagner/Rehmann, MPG, Einführung Rn. 29 – 57.

aa) § 15 Abs. 4 MBO-Ä und Nr. 20 der Deklaration von Helsinki

Die Nichtigkeit des Behandlungsvertrages gemäß §§ 134 BGB in Verbindung mit 15 Abs. 4 der Berufsordnungen der Länder ist in Verbindung mit Nr. 20 der Deklaration des Weltärztebundes von Helsinki denkbar.

Die THS eröffnet besondere und durchaus aufregende neue Wege der medizinischen Versorgung, aber auch neue Möglichkeiten besonderer Erkenntnisse bezüglich der Funktionalität des menschlichen Gehirns. Sofern der Arzt von vorneherein seinerseits den experimentellen Charakter in den Vordergrund stellt und den Patienten hierüber nicht unterrichtet, sondern in dem Glauben lässt, dass dieser nach bestem Wissen und Gewissen therapiert werde, liegt ein Verstoß gegen Nr. 20 der Deklaration des Weltärztebundes von Helsinki vor. Diese Deklaration ist über § 15 Abs. 4 der Berufsordnungen der Länder auch im ärztlichen Berufsrecht zunächst einmal genannt. Jedoch fehlt es an den notwendigen Voraussetzungen für den Charakter eines Verbotsgesetzes im Sinne des § 134 BGB.

Zwar ist die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 134 BGB im Rahmen berufsständischer Satzungen anerkannt.³⁵ Einwände erhebt *Taupitz*, der davon ausgeht, dass Kammersatzungen keine Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sein könnten, solange die zu Grunde liegende Ermächtigung die rechtliche Basis nicht bereitet.³⁶ *Taupitz* verweist darauf, dass die Ärztekammern nicht die erforderliche Kompetenz aufwiesen, um im staatlichen Gefüge Normen zu statuieren, welche geeignet sein könnten, bürgerlich-rechtliche Verträge der Nichtigkeit zuzuführen. *Taupitz* geht davon aus, dass die Kammern hierfür einer gesetzlichen Ermächtigung bedürften, welche sich nach geltendem Recht schlechterdings nicht finden lasse. Dem wird aber entgegengehalten, dass § 134 BGB selbst die notwendige formell gesetzliche Ermächtigung auf Basis einer entsprechenden Kompetenz nach dem GG bilde. Darauf aufbauend könne auch der Normgeber berufsständischer Satzungen die für seinen Bereich notwendigen Verbote erlassen, welche sodann auch als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB zu wirken hätten.³⁷ Dieser weiten Auslegung des § 134 BGB ist grundsätzlich zuzustimmen, wird doch somit auch berücksichtigt, dass die Rechtsordnung im Rahmen von Verbotsvorschriften möglichst einheitliche Ergebnisse zu gewährleisten hat, um Rechtssicherheit zu garantieren. Insoweit muss es den jeweiligen Körperschaften, die zur Normsetzung ermächtigt sind, auch möglich sein, Gesetze mit Verbotscharakter im Sinne des § 134 BGB zu schaffen. Diesbezüglich ist § 134 BGB daher auch als Öffnungsklausel für landesrechtliche Einflüsse zu verstehen, da der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz zur Regelung bürgerlich rechtlicher Nichtigkeitsgründe für Verträge abschließend Gebrauch gemacht hat.³⁸

³⁵ BGH NJW 1986, 2360; 1992, 1159 ff. = MedR 1992, 269 ff.; BGH VersR 2003, 1446 f.; BayOblGZ 2000, 301, 307 = MedR 2001, 206, 209 f.; MüKo/Armbrüster, BGB, § 134 Rn. 30; Staudinger/Sack, BGB, § 134 Rn. 309.

³⁶ Vgl. *Taupitz*, JZ 1994, 221 ff.

³⁷ Vgl. hierzu BayOblGZ 2000, 301, 307 = MedR 2001, 206, 209 f.

³⁸ Vgl. Art. 55 EGBGB. § 134 BGB wird zu Recht in Fällen von Kammergesetzen als Öffnungsklausel verstanden. Zur Herleitung kodifikatorisch erschöpfender Regelungen vgl.

Rechtliche Aspekte der Tiefen Hirnstimulation
Heilbehandlung, Forschung, Neuroenhancement
Prütting, J.

2014, XX, 279 S. 1 Abb., Hardcover

ISBN: 978-3-642-29259-0