

Recht und Medizin

Herausgegeben von den Professoren
Dr. Erwin Deutsch, Dr. Bernd-Rüdiger Kern, Dr. Adolf Laufs, Dr. Hans Lilie,
Dr. Andreas Spickhoff, Dr. Hans-Ludwig Schreiber

Bd./Vol. 104



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur

*Festschrift zum 70. Geburtstag
von Gerfried Fischer*

Herausgegeben von
Bernd-Rüdiger Kern und Hans Lilie



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

Hans-Jürgen Ahrens

Wider die Teilprozessfähigkeit Minderjähriger als Fernwirkung
medizinrechtlichen Denkens..... 1

Klaus Bepler

Neues Tarifrecht für angestellte Krankenhausärzte.....13

Erwin Deutsch

Internationales Haftungsrecht nach neuem Recht der Europäischen Union,
insbesondere im Medizinrecht.....27

Michael Germann

Der menschliche Körper als Gegenstand der Religionsfreiheit.....35

Ulrich Haas

Rechtsmittel gegen einen Beendigungsbeschluss nach § 1056 Abs. 2 ZPO.....59

Armin Höland

Die Oper vor Gericht83

Peter Jung

Die Bundesklage zum Schutz des Ansehens der Schweiz..... 105

Christian Katzenmeier / Björn Schmitz-Luhn

Rechtliche Aspekte der Tiefen Hirnstimulation (Deep Brain Stimulation) 115

Matthias Kaufmann

Gibt es ein Menschenrecht auf kulturelle Identität? 125

Bernd-Rüdiger Kern

Die arzneimittelrechtliche Forschung an Minderjährigen und nicht
einwilligungsfähigen Erwachsenen..... 137

Michael Kilian

Staat und Oper 157

funktionalen Aspekten des Lauterkeitsrechts auch mit Blick auf die Aktivlegitimation Rechnung getragen werden.

Mit einer derart reformierten Bundesklage wäre der Schweiz zwar nicht unbedingt ein Gewinn an Ansehen, dafür aber eine erhebliche Aufmerksamkeit unter den ausländischen Lauterkeitsrechtlern sicher.

Rechtliche Aspekte der Tiefen Hirnstimulation (Deep Brain Stimulation)

Christian Katzenmeier/Björn Schmitz-Luhn

Der Beitrag thematisiert die zentralen Rechtsfragen der Tiefen Hirnstimulation (THS) als neue Therapieform neurologischer und neurodegenerativer Erkrankungen. Frühe Ergebnisse zeigen, dass die THS in erheblicher Weise den Tremor und andere physische Beeinträchtigungen vermindern kann, die mit der Parkinson'schen Krankheit einhergehen. Außerdem hat sie erste vielversprechende Ergebnisse in der Behandlung anderer Formen des Tremors, der Dystonie, mentaler Störungen und der Depression gezeigt, womöglich eignet sie sich auch zur Behandlung von Alkoholismus.¹ Wenig erforscht sind die nicht unbedeutenden Gefahren des unmittelbar am Gehirn stattfindenden Eingriffs und die in Einzelfällen beobachteten erheblichen Nebenwirkungen.²

Trotz der wachsenden klinischen Bedeutung der THS nicht nur für die Parkinson-Behandlung sind ihre rechtlichen Implikationen bislang keiner näheren Betrachtung unterzogen worden. Gesundheit, Lebensqualität und Persönlichkeitsrechte der Betroffenen sind kaum in den Kontext Chancen und Risiken der neuen Methode eingeordnet.³ Das große Potential der THS fordert zur Befassung mit den juristischen Grundfragen heraus, eine Klärung liegt im Interesse der Absicherung des medizinischen Fortschritts, der behandelnden Ärzte und nicht zuletzt der hilfeschuchenden Patienten.

I. Indikation des Eingriffs

1. Gehirnimplantate zu Heilzwecken

Aufgrund der Schwere des Eingriffs und der nicht abschließend geklärten Risiken und Nebenwirkungen wird die THS meist nur für Patienten der Parkinson-Erkrankung im fortgeschrittenen Stadium in Betracht gezogen,⁴ bei denen entweder trotz medikamentöser Behandlung die Symptome nicht mehr gebessert

1 Vgl. allg. zur THS Kuhn et al., DÄBl. Int. 2010, 105; Sixel-Döring et al., Der Nervenarzt 2009, 662, 664; Deuschl et al., N. Eng. J. Med. 355 (2006), 896; Jachertz, DÄBl. 2009, A-1230; vgl. auch die Jahrestagung des Dt. Ethikrates „Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriff in unser Gehirn“, am 28.5.2009; Die Zeit v. 16.8.2007: „Bauteile für die Seele“; Die Zeit v. 19.11.2009: „Die versteckte Krankheit“.

2 Vgl. i. Einz. Kuhn et al., DÄBl. Int. 2010, 105; s. auch die Anmerkungen in den Leitlinien für Diagnostik und Therapie in der Neurologie, 4. Auflage, Stuttgart 2008 (AWMF-Leitlinienregister Nr. 030/010).

3 Allg. zum Einsatz neurowissenschaftlicher Instrumente im Lichte der Grundrechtsordnung vgl. Spranger, JZ 2009, 1033 ff.

4 Leitlinien für Diagnostik und Therapie in der Neurologie, 4. Auflage, Stuttgart 2008 (AWMF-Leitlinienregister Nr. 030/010).

werden können oder ausgeprägte Nebenwirkungen der Medikamente auftreten wie etwa Wirkungsschwankungen oder starke Überbewegungen bei Morbus Parkinson.⁵ Klinische Studien zeigen jedoch, dass die besten Erfolge einer Stimulatorenimplantation bei Patienten erzielt wurden, die zeitweise noch gut auf die Medikation ansprechen. Auch ist es von Vorteil, wenn sich der Patient zum Zeitpunkt des Eingriffs in guter körperlicher und geistiger Verfassung befindet, denn die Implantierung der Elektroden in den Hirnbereich findet nur unter Lokalanästhesie statt und der Patient muss kontinuierlich mit den Ärzten kooperieren. Medizinisch wie juristisch ist besondere Sorgfalt sowohl bei der Indikationsstellung zur THS als auch bei der Nachbetreuung der Patienten geboten.

2. *Gehirnimplantate zur Verbesserung menschlicher Fähigkeiten (Enhancement)*

Die moderne Gesellschaft wird in zunehmendem Maße mit Technologien zur Steigerung menschlicher Fähigkeiten sowie mit der Ausbreitung körperorientierter Technologien konfrontiert. Schon diese Entwicklungen zeigen einen Wandel der Medizin, die nicht länger nur der Heilung des Kranken dient, sondern darüber hinaus dem Zwecke einer Verbesserung und Optimierung des Gesunden.⁶ Als „Enhancement“ werden allgemein korrigierende Eingriffe in den menschlichen Körper bezeichnet, die medizinisch nicht indiziert sind,⁷ als „Neuro-Enhancement“ solche Maßnahmen, die zur Verbesserung geistiger Fähigkeiten oder psychischer Befindlichkeiten bei nach rein medizinischen Kriterien gesunden Menschen führen können.⁸ Fraglich ist, inwieweit Gehirnimplantate zu kognitivem Enhancement eingesetzt werden können, ob und inwieweit solche Eingriffe rechtlich überhaupt zulässig sind.

Am Anfang auch der juristischen Problematik steht die zentrale Frage der Abgrenzung von Therapie und Enhancement (Heilbehandlung vs. Zustandsverbesserung). Schon aus medizinischer Sicht sind die Grenzen nicht immer klar zu ziehen, da die Behandlung mittels THS in besonderem Maße auf individueller Basis und lebensqualitätsorientiert erfolgt, sich damit weniger als andere Eingriffe an klar und formell messbaren Indikationskriterien einer Therapie orientiert. Für die Erfassung der THS bedarf es einer inter- und intradisziplinären Untersuchung. Juristisch sind dabei verfassungs-, straf- und sozialrechtliche wie rechtsethische und rechtspolitische Aspekte von Belang. Folgende Fragen sind

5 Tsubobawa/Katayama, Crit Rev Neurosurg 9 (2000), 355.

6 Beck, MedR 2006, 95 ff.; K. Nitschmann, ZStW 119 (2007), 547 ff.; Eberbach, MedR 2008, 325 ff.; Ch. Stock, Die Indikation in der Wunschmedizin, 2009.

7 M. Fuchs, Enhancement, in: Korff/Beck/Mikat, Lexikon der Bioethik, 2000; Nordenfelt, Health Care Analysis 9 (2001), 15; Eberbach, MedR 2008, 325, 326 f.

8 Siehe hierzu näher Galert et al., Gehirn und Geist 2009 (11), 40 ff.; dazu Kunz, MedR 2010, 471; s. auch Klinkhammer, DÄBl. 2009, A-2179; zur Grundrechtsproblematik Lindner, MedR 2010, 463; zu den strafrechtlichen Grenzen Merkel, ZStW 121 (2009), 919 ff.

aufgeworfen: Inwieweit soll eine Verwendung von Gehirnimplantaten zur Erweiterung der Fähigkeiten des Menschen zulässig sein? Welche Formen der Verbesserung menschlicher Fähigkeiten sollen in welchen Fällen unter welchen Voraussetzungen erfolgen können? Schließlich stellt sich die Frage, wer die Kosten der ausschließlich dem Enhancement dienenden Maßnahmen tragen soll. Werden diese aus naheliegenden Gründen nicht von der Allgemeinheit getragen, dann stehen sie nur finanziell gut gestellten Personen zur Verfügung. Die Chancen schlecht situerter Bürger werden sich mit den Fortschritten auf diesem Gebiet weiter verringern.

II. Standardbildung

Von besonderer praktischer Bedeutung ist weiter die ärztliche Haftung bei der Anwendung der THS als Behandlungsmethode. Der Arzt hat bei seiner Tätigkeit „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ gem. § 276 Abs. 2 BGB zu beachten. Dies gilt sowohl für die Leistung, die der Arzt vertragsrechtlich schuldet, wie auch für seine Haftung nach §§ 823 ff. BGB für von ihm verursachte Schäden.⁹ Der Arzt muss demnach diejenigen Maßnahmen ergreifen, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht vorausgesetzt und erwartet werden.¹⁰ Dabei wird der Stand der medizinwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung zugrunde gelegt, der zur Erreichung des Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.¹¹ Für sog. „Außenseitermethoden“ gelten erhöhte Sorgfaltsanforderungen.¹²

Da sich die THS als Behandlungsmethode für einige Erkrankungen noch in einem experimentellen Stadium befindet, werden vielfach auch Regeln der medizinischen Erprobung zu beachten sein, die etwa die Genehmigung der Ethikkommission oder weitere Beteiligungen voraussetzen. Im Einzelfall gilt es die Grenze zwischen klinischem Test, Humanexperiment und individuellem Heilversuch auszuloten und die jeweils geltenden Rechtsgrundlagen zur Anwendung zu bringen.¹³

Darüber hinaus hat die Bedeutung medizinischer Leitlinien in den vergangenen Jahren zugenommen.¹⁴ Von den Gerichten wird ihnen bei der Bestimmung des medizinischen Standards nur eine Indizwirkung zugesprochen; vorrangig zu berücksichtigen sind das individuelle Behandlungsgeschehen sowie

9 Laufs/Kern, in: dies., Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 97 Rdnr. 3.

10 BGHZ 144, 296, 305 = NJW 2000, 2737, 2739 = MedR 2001, 197, 199; BGH VersR 1999, 716.

11 Carstensen, DÄBl. 1989, B-1736, 1737; vgl. auch Buchborn, MedR 1993, 328 ff.; Steffen, MedR 1995, 190.

12 BGHZ 168, 103 = NJW 2006, 2477 m. Anm. Katzenmeier, 2738; BGHZ 172, 254 = NJW 2007, 1273 = MedR 2008, 87 m. Anm. Spickhoff; eingehend zur neueren Rechtsprechung des BGH Vogeler, MedR 2008, 697 ff.

13 Vgl. zur Abgrenzung D. Bender, MedR 2005, 511 ff.

14 Zu Leitlinien speziell für die THS s. Deuschl, Der Nervenarzt 2009, 662.

besondere Umstände und Befindlichkeiten des Patienten.¹⁵ Doch auch der Aspekt der Evidenzbasierten Medizin (EbM) findet zunehmend Eingang in die Beurteilung fachgerechten medizinischen Handelns. Noch nicht abschließend geklärt ist, auf welche Weise die Erkenntnisse der EbM in klinische Leitlinien Eingang finden werden und welche Auswirkungen dies auf die rechtliche Verbindlichkeit von Leitlinien hat. Fraglich ist weiter etwa das Verhältnis von ärztlicher Therapiefreiheit und Leitlinien sowie die rechtliche Würdigung verschiedener Evidenzniveaus der THS als Behandlungsmethode für verschiedene Erkrankungen.

III. Aufklärung und Einwilligung

1. Ärztliche Aufklärung bei der THS

a. Grundsätzliches

Das auf der verfassungsrechtlich garantierten Freiheit und Würde der Person (Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG) fußende Recht auf Selbstbestimmung gewährleistet, dass es dem Betroffenen letztlich überlassen bleibt, ob er sich behandeln lassen will und für welche Risiken und Chancen alternativ zur Verfügung stehender Therapien er sich entscheidet. Den Arzt als Spezialisten trifft die Pflicht, seinem Patienten die wesentlichen Entscheidungsprämissen zu vermitteln.¹⁶ Als Teil der Selbstbestimmungsaufklärung hat die *Risikoaufklärung* besondere Bedeutung. Sie vermittelt dem Patienten Informationen über die Gefahren eines ärztlichen Eingriffs, die sich auch bei fehlerfreier Durchführung nicht ausschließen lassen. Im Zusammenhang mit der Frage nach dem Umfang der gebotenen Aufklärung bei Eingriffen am menschlichen Gehirn sind zunächst die Risiken und der Nutzen dieser Behandlungsmethode zu klären, diese sind in Relation zu setzen, sodann rechtlich zu werten.

b. Einzelfragen

Die THS eröffnet neue Möglichkeiten der Behandlung und Verbesserung motorischer und psychischer Fähigkeiten, kann wegen der höchst komplexen, integrativen Funktionsweise des Gehirns aber auch unerwünschte *Nebenwirkungen* mit sich bringen. Klinische Studien zeigen, dass es nicht nur Patienten gibt, die auf die Behandlung nicht ansprechen, sondern dass signifikante psychische Ver-

15 Vgl. BGH GesR 2008, 361. Nach wie vor wird die rechtliche Wirkung von Leitlinien im Schrifttum kontrovers beurteilt, vgl. Hart, in: ders. (Hrsg.), *Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht*, 2005, S. 102 ff.; Diederichsen, in: Hart (Hrsg.), *Klinische Leitlinien und Recht*, 2005, S. 105 ff. m.w.N.

16 BVerfGE 52, 131; BGH NJW 1986, 780; Laufs, in: ders./Kern, *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, §§ 57 ff.; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. 5, Rdnrn. 6 ff.

änderungen und schwerwiegende Komplikationen auftreten können.¹⁷ Die Medizin gibt Auskunft, dass diese nicht häufig auftreten. Nach ständiger Rechtsprechung ist indes auch über *seltene Risiken* aufzuklären, wo sie, wenn sie sich verwirklichen, die Lebensführung schwer belasten und trotz ihrer Seltenheit für den Eingriff spezifisch, für den Laien überraschend sind.¹⁸ Dabei hat der BGH es stets abgelehnt, sich auf ein festes Zahlenverhältnis zwischen Komplikationsdichte und Aufklärungspflicht festzulegen. So gibt es keine allgemeine Grenzlinie, jenseits derer die Aufklärungspflicht über seltene Risiken entfielen.¹⁹

Probleme bei der Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen der medizinisch verfolgten *Chancenoptimierung* und der von Rechts wegen gebotenen *Risikominimierung* bereitet der Umstand, dass bei der THS die Auswirkungen solcher Eingriffe auf die Privatsphäre der Betroffenen durchaus noch ungeklärt sind. Zu beachten ist, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung bei relativ neuen und noch nicht allgemein eingeführten Behandlungsmethoden besonders strenge Anforderungen an die ärztliche Aufklärung stellt. Hier hat der Arzt den Patienten auch darüber aufzuklären, dass zur Zeit der Behandlung unbekannte Risiken nicht auszuschließen sind.²⁰ Da sich die Methode der THS bei mehreren Krankheitsbildern, insbesondere bei der Behandlung von psychischen Erkrankungen, noch im Erprobungsstadium befindet, muss die Aufklärung der betroffenen Patienten diesen strengen Anforderungen genügen.²¹ Dabei ist auch die besondere Tragweite des Eingriffs in das Gehirn als zentralem Steuerungsorgan von Bedeutung.

Oberster Zweck der Aufklärungspflicht ist es, dem Patienten eine sinnvolle Wahrnehmung seines Selbstbestimmungsrechts zu ermöglichen. Dies gebietet auch eine Unterrichtung über *Behandlungsalternativen*. Der Arzt hat den Patienten darüber zu informieren, wenn mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen bieten.²² Stellt die

17 Etwa intrakranielle Blutungen mit der Gefahr bleibender ernsthafter neurologischer Defizite, zerebrale Krampfanfälle und Infektionen; vgl. Deuschl et al., N. Engl. J. Med. 355 (2006), 896, 906; Seijo et al., Acta Neurochirurgica 149 (2007), 867; Blomstedt/Hariz, Acta Neurochirurgica 147 (2005), 1061.

18 BGHZ 90, 103 = NJW 1984, 1397 = MedR 1985, 224; BGHZ 144, 1 = NJW 2000, 1784 = MedR 2001, 42; BGHZ 166, 336 = NJW 2006, 2108 = MedR 2006, 588.

19 Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. 5, Rdnrn. 22 ff., Stellungnahme in Rdnrn. 74 f.

20 BGHZ 168, 103, 109 (Robodoc) = NJW 2006, 2477, 2478 m. Anm. Katzenmeier, 2738 = VersR 2006, 1073 m. Bespr. Buchner, 1460; BGHZ 172, 1 (Arzneimittelheilversuch) = NJW 2007, 2767 = MedR 2007, 653 m. Anm. Hart, 631 = JZ 2007, 1104 m. Anm. Katzenmeier, 1108.

21 BGHZ 172, 254 (Racz-Methode) = NJW 2007, 2774 = MedR 2008, 87 m. Anm. Spickhoff.

22 BGHZ 102, 17, 22 = NJW 1988, 763, 764 = MedR 1988, 91, 92; BGHZ 106, 153, 157 = NJW 1989, 1538, 1539; BGHZ 168, 103, 107 f. = NJW 2006, 2477, 2478 = MedR

THS eine von mehreren geeigneten Therapieformen dar, so hat vor ihrer Anwendung eine Information über Alternativen zu erfolgen. Doch kann auch umgekehrt im Rahmen (u.U. auch vor Beginn) herkömmlicher medikamentöser Therapien künftig der Hinweis auf die THS geboten sein. Sollte sich letztere einmal als überlegene Behandlungsform erweisen, kann ihre Vorenthaltung einen Behandlungsfehler darstellen. Fraglich ist dann, in welchem Umfang die Überweisung an einen Spezialisten geboten ist. Die Rechtsprechung hält sich bislang zurück mit der Forderung nach Aufklärung über anderenorts bessere Behandlungsbedingungen,²³ in der Literatur aber erheben sich zunehmend Stimmen, die für einen Übergang vom „informed consent“ zur „informed health care choice“ plädieren.²⁴

2. Einwilligung in Eingriffe am Gehirn

a. Bedeutung der Einwilligung

Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit eines Menschen dürfen prinzipiell nur nach Einwilligung des Betroffenen oder seines gesetzlichen Vertreters (Eltern, Vormund, Pfleger, Betreuer) vorgenommen werden. Die Einwilligung stellt eine unentbehrliche Voraussetzung für die *Rechtmäßigkeit ärztlichen Handelns* dar, gleich ob es sich um eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen sonstigen ärztlichen Eingriff handelt. Dabei hat das Postulat der *Freiwilligkeit* sicherzustellen, dass der Einwilligende nach seinem Wertgefüge darüber entscheidet, ob er auf den rechtlichen Schutz seiner körperlichen Unversehrtheit verzichtet, damit der Arzt ihn bei der Erreichung subjektiv höheren Nutzens (Wiederherstellung der Gesundheit, Leben ohne Schmerzen oder Verbesserung der Lebensqualität) unterstützen kann.

b. Einwilligungsfähigkeit

Für Parkinson-Patienten oder Patienten mit schweren neurologischen oder neurodegenerativen Störungen (Zwangsstörungen, Ängsten, Depressionen, Schizophrenien) sind Hirnstimulatoren oft die letzte Hoffnung auf Besserung oder Linderung ihres Leids. Grundfrage aber ist, ob solche Patienten überhaupt wirksam einwilligen können. Da es bei der Einwilligung um die Disposition über ein höchstpersönliches Rechtsgut geht, hängt die Befugnis dazu nicht von der Geschäftsfähigkeit ab, sondern von der *natürlichen Einsichts- und Entschlussfähigkeit*. Diese richtet sich nicht nach formalen Kriterien, vielmehr ist im Einzelfall zu klären, ob der Patient die erforderliche Reife und Fähigkeit besitzt, die Bedeutung und Tragweite des konkreten ärztlichen Eingriffs für seinen Körper und

2006, 650, 651; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. 5, Rdnrn. 26 ff.

23 Vgl. etwa BGHZ 102, 17, 25 ff. = NJW 1988, 763, 765 = MedR 1988, 91, 93.

24 Zum „shared decision making“ D. Schmidt, BKK 2004, 409; Gellner/Schmöller, *Neue Patienten – Neue Ärzte?*, 2008; Schmacke, *ErsK* 2009, 124.

sein weiteres Leben zu ermessen.²⁵ Die *Fähigkeit der freien Willensbildung* wird gerade bei Patienten, bei denen eine THS in Frage kommt, oftmals aufgrund ihrer psychischen Konstitution beeinträchtigt sein. Es ist daher im Einzelnen herauszuarbeiten, wie in diesen Fällen eine Einwilligung in den Eingriff wirksam erteilt werden kann und – für die ärztliche Praxis von besonderer Bedeutung – welche Anforderungen an die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit vor einem Eingriff im Einzelnen zu stellen sind.

Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, wird durch das Vormundschaftsgericht ein *Betreuer* bestellt, § 1896 BGB. Bei der Betreuung wird die Autonomie des Betreuten so weit wie möglich erhalten; verfügt er also über die natürliche Einsichtsfähigkeit, so hat sein Wille Vorrang. Fehlt sie, so ist die Einwilligung des Betreuers erforderlich. Diese bedarf bei der Einwilligung in ärztliche Maßnahmen ihrerseits einer *Genehmigung des Vormundschaftsgerichts*, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger andauernden gesundheitlichen Schaden erleiden kann, § 1904 BGB.²⁶ Diese äußerst unklare Bestimmung²⁷ wirft auch bei der Implantierung von Hirnstimulatoren *Probleme hinsichtlich der Entscheidungskompetenz, der Genehmigungsschwelle und der rechtlichen Bedeutung der Genehmigung* auf. Die Vorschrift des § 1904 BGB ist letztlich nur aus einem Misstrauen gegenüber einem unkontrollierten Zusammenwirken von Betreuer und Arzt zu erklären. Ob gerade bei schweren Krankheiten, die wirksam oftmals nur durch den Einsatz riskanter Therapien bekämpft werden können, die Vorschaltung eines Gerichtsverfahrens dem Gesundheitszustand des Betreuten nützt, ist zumindest zweifelhaft.

Auch bei Behandlungen Minderjähriger mittels THS, häufiger etwa bei Epilepsie, Tourette-Syndrom und Torsionsdystonie,²⁸ stellt sich die Frage nach der Einwilligungsfähigkeit. Die Einwilligung wird regelmäßig durch die gesetzlichen Vertreter erteilt, also i.d.R. die Eltern, § 1626 BGB. Dies gilt aber nur soweit der Minderjährige keine natürliche Einsichtsfähigkeit besitzt. Kann er selbst Bedeutung und Tragweite der Behandlung erfassen, tritt die elterliche

25 Vgl. etwa BGHZ 29, 33 = NJW 1959, 811; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. 5, Rdnr. 41; Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, 6. Aufl. 2008, Rdnrn. 789 ff.; Lipp, *Freiheit und Fürsorge. Der Mensch als Rechtsperson*, 2000, S. 44 ff., 94 f.; Nebendahl, *MedR* 2009, 197 ff.

26 Ausf. Taupitz, *Gutachten* 63. DJT, 2000, A 52 ff.; Schwab, in: *Festschrift für Henrich*, 2000, S. 511, 518 ff.

27 Zur Kritik vgl. etwa MünchKomm/Schwab, 5. Aufl. 2008, § 1904, Rdnrn. 1 ff.; Staudinger/Bienwald, 13. Bearb. 2006, § 1904, Rdnrn. 1 ff.

28 Vgl. Merkel et al., *Intervening in the Brain*, 2007, S. 161 ff.; Alterman/Tagliati, *Childs Nerv Syst* 23 (2007), 1033.

Sorge zurück.²⁹ Ist der Minderjährige andererseits nicht einwilligungsfähig, verweigert aber zumindest ein Elternteil missbräuchlich die Einwilligung in den Heileingriff, so kann diese nach § 1666 BGB gerichtlich ersetzt werden. Rechtlicher Klärungsbedarf besteht in diesem Zusammenhang hinsichtlich des Verhältnisses von elterlicher Sorge zu Selbstbestimmung,³⁰ zudem sind Tragweite und Bedeutung des umstrittenen und in seinen Wirkungen unklaren „Veto-rechts“ zu klären.³¹

IV. Steuerung von Gehirnimplantaten

Eine rechtlich bislang nicht näher untersuchte, jedoch durchaus brisante Frage wirft die Steuerung von Gehirnimplantaten auf: Wem steht die Kontrolle über den Hirnschrittmacher zu, Patient oder Arzt? Die Überlegungen haben sich an zwei Orientierungspunkten auszurichten: Der in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG garantierten *körperlichen Integrität* des Patienten einerseits, seinem in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich verbrieften *Selbstbestimmungsrecht* andererseits. Patienten mit Hirnschrittmachern werden mit einer Handbedienung ausgestattet, mit deren Hilfe sie selbst bestimmen können, wann sie stimuliert werden. Innerhalb von Sekunden können sie unterschiedliche Spannungsstärken einstellen und dadurch ihre Fähigkeiten, Empfindungen oder Stimmungen verändern. Diese Ein-/Aus-Kontrolle bietet an sich eine praktikable Möglichkeit, Manipulationen von Patienten durch Stimulationstechniken zu begegnen, das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen lässt sich so wahren. Doch können bei einer Selbstkontrolle der THS – neben bewussten Missbrauchsgefahren – unerwünschte Nebenwirkungen eintreten, da Patienten in der Programmierung des Stimulationsgerätes nicht geübt sind. Zudem können Wirkungen hervorgerufen werden, die auch für das soziale Umfeld zu erheblichen Belastungen führen. Deshalb bleibt dem Arzt in der Praxis die Möglichkeit, mit Hilfe eines Senders und spezieller Computer-Software die Einstellung des Schrittmachers (Stimulationsintensität und -frequenz) zu verändern und an die Symptomstärke des Patienten anzupassen. Er kann damit bei einigen Geräten auch den Bereich der patientengesteuerten Manipulationsmöglichkeiten eingrenzen. Dieses Vorgehensweise ist erforderlich, um der Symptomatik mit möglichst geringen Nebenwirkungen zu begegnen. Doch kollidiert hier die *Nachbetreuungspflicht des Arztes* ("post-treatment duties") mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten.

29 BGHZ 29, 33 = NJW 1959, 811; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. 5, Rdnr. 42.

30 Übersicht bei Rothärmel, *Einwilligung, Veto, Mitbestimmung*, 2004, S. 93 ff.; auch Lipp, *MedR* 2008, 292; Nebendahl, *MedR* 2009, 197, 198 ff.

31 Vgl. BGH NJW 2007, 217 m. krit. Anm. Kern, *LMK* 2007, 217; Amelung, *Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention*, 1995; Lipp, *MedR* 2008, 292; Nebendahl, *MedR* 2009, 197, 201 f.

Auch zur Lösung dieses Problems sind bislang keine juristisch validen Ansätze erarbeitet worden.

V. Fazit

Fortschritte in der Medizin werfen einmal mehr eine ganze Reihe juristischer Fragen auf.³² Das Recht steht vor der schwierigen Aufgabe, die medizinische Entwicklung der THS zu begleiten, zu bewerten und die Maßgaben herauszuarbeiten, die eine für Patienten wie Ärzte optimale Anwendung gewährleisten.

32 Zum Verhältnis von Medizin und Recht vgl. Laufs in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. 1; Katzenmeier, in: ders./Bergdolt (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, 2009, S. 45 ff.