



Deutscher Anwaltverein

**Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht**

19. Herbsttagung

vom 13. bis 14. September 2019 in Berlin

**(Kein) Schadensersatz wegen
Leidensbehaftetem Weiterleben**

Rechtsanwalt beim BGH Dr. Siegfried Mennemeyer

Karlsruhe

(Kein) Schadensersatz wegen leidensbehaftetem Weiterleben

**Deutscher Anwaltsverein
Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht**

**19. Herbsttagung 2019
13. bis 14. September 2019**

**Dr. Siegfried Mennemeyer
Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Herrenstraße 23 in 76133 Karlsruhe
www.bgh-anwalt.de**

A. Der Fall

**(BGH, Urteil vom 02. April 2019 – VI ZR 13/18 – juris, Rn. 1 ff. = GesR 2019, 364 ff.
= NJW 2019, 1741 ff. = NZFam 2019, 487 ff. = ZMGR 2019, 144 ff.)**

- Klage des Sohnes auf ererbtes Schmerzensgeld sowie Ersatz von Pflegeaufwendungen für die Jahre 2010 und 2011
- Vater des Klägers 1922 geboren
- seit September 1997 Betreuung durch einen Rechtsanwalt wegen eines dementiellen Syndroms
- seit 2006 Aufenthalt in einem Pflegeheim
- seit September 2006 wegen Mangelernährung und Austrocknung PEG-Sonde
- seit 2007 hausärztliche Betreuung durch den Beklagten (Arzt für Allgemeinmedizin)
- in den Jahren 2010 und 2011 erhebliche gesundheitliche Beschwerden (Fieber, Atembeschwerden, Lungenentzündungen, wiederkehrende Dekubiti, Gallenblasenentzündung mit zwei Abszessen)
- 19. Oktober 2011 Tod des Patienten
- Klage des Sohnes auf vererbtes Schmerzensgeld sowie auf Ersatz von Pflegeaufwendungen in den Jahren 2010 und 2011

**B.
Der Instanzenzug**

**I.
Entscheidung des Landgerichts München**

**(LG München I, Urteil vom 18. Januar 2017 – 9 O 5246/14 – GesR 2017, 242 ff.
= MedR 2017, 889 ff. = PflR 2017, 434 ff.)**

- **Vollständige Abweisung der Klage**
- Allerdings: Annahme eines Behandlungsfehlers wegen **Verletzung von § 1901b Abs. 1 BGB**

– **§ 1901b Abs. Satz 1 und 2 BGB** lauten:

1. Der **behandelnde Arzt prüft, welche ärztliche Maßnahme** im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten **indiziert ist**.
2. **Er und der Betreuer erörtern** diese **Maßnahme** unter Berücksichtigung des Patientenwillens als Grundlage für die nach § 1901a zu treffende Entscheidung.

- **§1901a Abs. 2 Satz 1 BGB** bestimmt:

„**Liegt keine Patientenverfügung vor** oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, **hat der Betreuer** die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage **zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt.**“

- Aber: **Klageabweisung wegen fehlender Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers** für die Aufrechterhaltung der PEG-Sondenernährung in den Jahren 2010 und 2011
- eine **für die Annahme eines Behandlungsabbruchs sprechende Vermutung** beratungsgerechten Verhaltens **gibt es nicht**

II.

Entscheidung des Oberlandesgerichts München

(OLG München, Urteil vom 21. Dezember 2017 – 1 U 454/17 – ArztR 2018, 173 ff.
 = FamRZ 2018, 723 ff. = GesR 2018, 643 ff. = MedR 2018, 317 ff.)

- **Verurteilung zu Schmerzensgeld bei Abweisung der Klage im übrigen**
- Verstoß des behandelnden Arztes gegen § 1901b Abs. 1 BGB jedenfalls **bei unsicherer bzw. zweifelhafter Indikationslage** nach den herkömmlichen Kategorien des Arzthaftungsrechts **kein Behandlungsfehler und auch kein Problem der therapeutischen Aufklärung bzw. Sicherungsaufklärung** (seit dem 26. März 2013: § 630c Abs. 2 BGB)
- **vorrangig Verletzung von § 630e BGB**
- Vorwurf, **künstliche Ernährung** im Stadium finaler Demenz **ohne Erörterung mit dem Betreuer fortgesetzt** zu haben. Dieses Aufklärungsdefizit führe zu **fehlender Einwilligung in die fortgesetzte Sondenernährung** und damit zu deren **Rechtswidrigkeit**.

§ 630e Abs. 1 Satz 1 bis 2 BGB lauten:

- „1. Der **Behandelnde ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären.**
2. **Dazu gehören** insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre **Notwendigkeit**, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie.“

– **Umkehr der Beweislast und Schaden**

Grundsätzlich trage zwar der Gläubiger die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Nach allgemeinen Grundsätzen des Arzthaftungsrechtes **müsse der Behandelnde jedoch beweisen, dass der Patient auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung nicht in die Maßnahme eingewilligt hätte.**

(Weiter-) Leben unter schweren gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Leiden, **kann gegenüber dem Tod bzw. der Nichtexistenz einen Schaden im Rechtssinn darstellen**

Ein Anspruch auf Ersatz materiellen Schadens bestehe demgegenüber nicht.

III.
Entscheidung des Bundesgerichtshofs
 (BGH, Urteil vom 02. April 2019 – VI ZR 13/18 – juris, Rn. 1 ff. = GesR 2019, 364 ff. = NJW 2019, 1741 ff. = NZFam 2019, 487 ff. = ZMGR 2019, 144 ff.)

- vollständige Abweisung der Klage
- Haftungsgrund wird letztlich offen gelassen

Allerdings: **Zweifel an** Verletzung einer **Aufklärungspflicht** aus § 630e BGB bzw. einer Pflicht aus § 1901b BGB

ob etwaige Pflichtverletzungen des Beklagten zu einer **Gesundheitsverletzung beim Patienten** geführt haben, die dem Beklagten zuzurechnen ist, **bleibt ebenfalls offen**

- **kein Anspruch auf Schmerzensgeld**, da ein – auch leidensbehaftetes – Weiterleben keinen Schaden darstellt
- **kein Anspruch auf materiellen Schadensersatz**, da Schadensersatzpflicht durch den **Schutzzweck der Norm** begrenzt ist und mögliche **Pflichtverletzungen nicht den Zweck** haben, **wirtschaftliche Belastungen, die mit einem Weiterleben verbunden sind, zu verhindern**

C.
Probleme

I.

Lebenserhaltende Maßnahmen ohne entgegenstehenden Willen des Patienten

- **keine Patientenverfügung**
- **Vater des Klägers stand** von September 1997 bis zu seinem Tod (19. Oktober 2011) **unter Betreuung** eines Rechtsanwalts, dem sowohl die Gesundheitsfürsorge als auch die Personensorge übertragen waren
- **September 2006: Beginn der künstlichen Ernährung**
- **Aufrechterhaltung der PEG-Sonde trotz Verschlechterung des Gesundheitszustandes über rund 5 Jahre** (September 2006 bis 19. Oktober 2011)

1. Pflichtenkreis

- denkbare Pflichtverletzungen
 - **Behandlungsfehler** (§ 630a BGB)
 - **Verletzung von Informations- bzw. Mitwirkungspflichten** (§§ 630c; 1901a und 1901b BGB)
 - **Aufklärungsfehler** (§ 630e BGB)

a) Behandlungsfehler

- **Einleitung der künstlichen Ernährung**
 - **ursprüngliche Verlegung** der PEG-Sonde im Jahre 2006 war unproblematisch medizinisch indiziert
 - **Therapieziel bestand ursprünglich in der Lebenserhaltung**, wobei die ursprüngliche Maßnahme mit ausdrücklicher Zustimmung des für den Patienten tätigen Betreuers erfolgt war
- **Fortsetzung der künstlichen Ernährung**
 - **Argumentation des Klägers: Verbleib der PEG-Sonde** in Ansehung des sich über die Jahre verschlechternden Gesundheitszustandes war **nicht mehr indiziert**

- **Kann bloße Lebenserhaltung ein taugliches Therapieziel darstellen?**
 - Gibt es einen **Anlass für eine „Therapiezieländerung“**, d.h. hier eine Entfernung der PEG-Sonde ?
 - ursprüngliches Ziel (Lebenserhaltung) kann auch trotz zunehmender Krankheiten erreicht werden
 - Maßnahme selbst führt zu keinen schwerwiegenden Komplikationen
 - Verbleib der PEG-Sonde ist letztlich von Ihrem Therapieziel nach wie vor auf Lebenserhaltung gerichtet und bleibt damit indiziert
- (vgl. zu alledem Beckmann, MedR 2018, 556 ff. sowie Bach, NJW 2019, 1915 (1916))

b)
Kommunikations- oder Aufklärungsfehler

- Das LG München I hatte eine – wenn auch nicht ursächliche – Pflichtverletzung des Arztes in der **unterlassenen gebotenen Kommunikation** im Rahmen von § 1901b Abs. 1 BGB gesehen
 - Kritik: **Informations- und Kommunikationspflichten nur wenn ein konkreter Anlass für eine Therapiezieländerung** (Abbruch der künstlichen Behandlung) besteht.
 - insoweit kein konkreter, gerichtlich nachprüfbarer Anlass festgestellt.
 - auch keine Verletzung der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung (§ 630c BGB)

- § 1901b Abs. 1 BGB lautet:

"Der **behandelnde Arzt prüft**, welche ärztliche Maßnahme im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist. **Er und der Betreuer erörtern diese Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens als Grundlage für die nach § 1901a zu treffende Entscheidung.**"

- § 630c Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB lauten:

„Behandelnder und Patient sollen zur Durchführung der Behandlung zusammenwirken.“

Der **Behandelnde** ist **verpflichtet dem Patienten** in verständlicher Weise zu Beginn der Behandlung und, **soweit erforderlich, in deren Verlauf sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern**, insbesondere die Diagnose, die **voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung**, die Therapie und die vor und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen.“

- ein **Verstoß gegen die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung führt nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung** (vgl. Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht, 14. Auflage, Rn. 383 m.w.N.)

c) Verletzung der Pflicht zur Eingriffsaufklärung

- Das Oberlandesgericht München **wirft dem Beklagten vor**, im Rahmen seiner Aufklärungspflicht **im Rahmen von § 630e Abs. 1 Satz 1 BGB die Fortsetzung der künstlichen Ernährung** im Stadium der finalen Demenz oder deren Beendigung und die Umstellung auf eine rein palliative Versorgung **nicht eingehend mit dem Betreuer erörtert** zu haben

§ 630e Abs. 1 Satz 1 bis 2 BGB lauten:

„1. Der **Behandelnde ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären.**

2. **Dazu gehören** insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre **Notwendigkeit**, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie.“

- OLG München sieht die **Erörterungspflicht** als **Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung** des Betreuers in die Fortsetzung der lebenserhaltenden Behandlung
- nimmt in der Konsequenz wegen der unzureichenden Aufklärung eine **fehlende Einwilligung des Patienten an**
- mit der Folge, dass die **Fortsetzung der Sondenernährung rechtswidrig** war

cc)

Der Bundesgerichtshof lässt Fragen nach einer Pflichtverletzung – auch in Form einer Verletzung der Aufklärungspflicht – des Arztes ausdrücklich offen, meint allerdings, es sei „**zweifelhaft**“, ob eine Pflichtverletzung vorliege (BGH, Urteil vom 02. April 2019 – VI ZR 13/18 – juris, Rn. 12).

- **§ 1901b Abs. 1 Satz 2 BGB** schweigt darüber, von wem die Initiative für eine Erörterung auszugehen hat
- das Aufklärungsgespräch nach § 630e BGB muss der Arzt zwar sicherlich aus eigener Initiative durchführen; es ist allerdings zumindest **nicht völlig eindeutig, dass sich diese Aufklärungspflicht auch auf das Therapieziel bezieht.**
- der **Patient bzw. der Betreuer müssen nicht über etwas aufgeklärt werden, was der Patient bzw. der Betreuer bereits wissen (§ 630e Abs. 3 BGB)**
(zu alledem Bach, NJW 2019, 1915 (1917)).

2.

Schaden

a)

Leben oder Weiterleben für sich genommen kein immaterieller Schaden

aa)

„Wrongful life“ bzw. „wrongful birth“

bb)

Leidensbehaftetes Weiterleben

- Verfassungsordnung verbietet monetäre Bewertung
- Verfassungsordnung lässt kein Urteil über das Leben von Menschen mit der Schlussfolgerung zu, dieses Leben bzw. Weiterleben sei ein Schaden

b)

Materieller Schaden

- erhebliche Behandlungs- und Pflegeaufwendungen
- Ersatz scheidet daran, dass **sowohl die Behandlungsaufklärung als auch Pflichten aus § 1901b BGB nicht darauf abzielen, derartige wirtschaftliche Belastungen zu verhindern**
- **Verpflichtung** eines Arztes, den Betreuer eines einwilligungsunfähigen Patienten darüber aufzuklären, dass ein Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen in Betracht gezogen werden könnte, **dient allein dem vom Betreuer wahrzunehmenden Selbstbestimmungsrecht des Patienten**
- **Pflicht**, die medizinische Indikation für lebenserhaltende Maßnahmen nicht fehlerhaft zu bejahen, **hat den Zweck, zu verhindern, dass der Sterbeprozess unnötig belastet wird**

II.

Lebenserhaltende Maßnahmen gegen den Willen des Patienten

- Der vom Bundesgerichtshof entschiedene **Fall ist dadurch geprägt, dass kein der Lebensverlängerung entgegenstehender Patientenwille vorlag.**
- Patient selbst hatte nie den Willen geäußert, nicht weiter am Leben gehalten werden zu wollen. Er hatte sich auch nie gegen eine PEG-Sonde ausgesprochen.
- Im Gegenteil: Die **Sonde** war mit ausdrücklicher Zustimmung seines Betreuers **zum Zweck der Lebensverlängerung gelegt** worden. **Eine dem entgegenstehende Patientenverfügung gab es nicht.**
- Um eine **völlig andere Fallkonstellation** handelt es sich, **wenn ein** eindeutiger einer Fortsetzung der künstlichen Ernährung **entgegenstehender Patientenwille existiert.**

1.

Ansprüche bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts

a)

Verletzung des Selbstbestimmungsrechts

- **aus dem Persönlichkeitsrecht des Patienten folgt ein Anspruch, in Ruhe sterben zu können**
- ein **urteilsfähiger Sterbender muss deshalb selbst über das Ob einer weiteren lebensverlängernden Behandlung entscheiden können**
 (vgl. Di Fabio in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 86. EL Januar 2019, Art. 2 Abs. 1, Rn. 205 und Zuck, in Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Auflage 2018, Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben, Rn. 34)

b)
Immaterielle Geldentschädigung

- **keine (immaterielle) Geldentschädigung für „erlittenes Leben“ wohl aber für eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**
 - allgemeines Persönlichkeitsrecht zwar in § 253 Abs. 2 BGB nicht genannt
 - Rechtsprechung billigt dem Verletzten allerdings gestützt auf den Schutzauftrag des Grundgesetzes eine **Geldentschädigung bei schwerwiegenden Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** zu

c)
Materielle Geldentschädigung

- **Missachteter Patientenwille führt daneben ohne Weiteres zur umfassenden Schadensersatzpflicht**
- Krankenkassen und Pflegeversicherungen können Schadensersatzansprüche aus überangenenem Recht (**§§ 116 SGB IV und 86 VVG**) zustehen (vgl. Bruns, ArztR 2018, 178 (180))

2. Vererblichkeit

- Ansprüche auf **materiellen Schadensersatz unproblematisch vererbbar**
- Ansprüche auf **immaterielle Geldentschädigung - Vererbbarkeit streitig**

a)

Nach Auffassung des **Bundesgerichtshof** **grundsätzlich keine Vererbbarkeit** von immateriellen Geldentschädigungsansprüchen

(vgl. BGH, Urteile vom 29. April 2014 – VI ZR 246/12 – BGHZ 201/45 = juris, Rn. 8 ff. sowie vom 29. November 2016 – VI ZR 530/15 – juris, Rn. 8; ebenso OLG Köln, Urteil vom 29. Mai 2018 – I-15 U 64/17 – juris, Rn. 711 ff.; Erbin von Helmut Kohl erhält keine Geldentschädigung).

b)

Möglicherweise ist mit **Änderung der Rechtsprechung** zur Vererblichkeit von immateriellen Geldentschädigungsansprüchen **im Falle von Verletzungen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten** durch pflichtwidrig aufrechterhaltenes leidensgeprägtes Weiterleben zu rechnen.

- **Zweck einer Geldentschädigung wohl auch, zugefügte Schmerzen und erfahrenes Unrecht auszugleichen**
- zu Lebzeiten erworbener Anspruch auf Geldentschädigung kann – zumal in Ansehung der zwischenzeitlichen **Streichung von § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F** – auch als vererbbar gestaltet werden
- **verfassungsrechtliche gebotener Schutz des Persönlichkeitsrechts** bei Verletzungen des Selbstbestimmungsrechts durch pflichtwidrig aufrecht erhaltenes leidensgeprägtes Weiterleben ist bei einer nur lebzeitig bestehenden Geldentschädigung nicht effektiv möglich sein

**Ganz herzlichen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit**