



**Internationale Göttinger Reihe**

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

# RECHTSWISSENSCHAFTEN

Annette S. Corinth

## **Ärztliche Schweigepflicht und kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter**

**Band 9**



**Cuvillier Verlag Göttingen**

Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Annette S. Corinth

**Ärztliche Schweigepflicht  
und  
kollidierende Gesundheitsinteressen  
Dritter**

 Cuvillier Verlag Göttingen

### **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

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

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2008

Zugl.: Hannover, Univ., Diss., 2008

978-3-86727-761-7

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2008

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

[www.cuvillier.de](http://www.cuvillier.de)

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2008

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86727-761-7

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2007 dem Promotionsausschuss der Juristischen Fakultät der Gottfried-Wilhelm-Leibniz-Universität Hannover als Dissertation vorgelegt.

In diesem Zusammenhang bin ich Herrn Prof. Dr. Bernd H. Oppermann zu großem Dank verpflichtet. Dieser hat die Arbeit durch einen großen persönlichen Einsatz unterstützt, der in dieser Form keinesfalls als Selbstverständlichkeit zu betrachten ist, und stand mir darüber hinaus auch stets geduldig sowie in menschlich höchst angenehmer Weise nicht nur für Fachgespräche zur Verfügung.

Ebenfalls möchte ich an dieser Stelle meine nicht minder tiefe Dankbarkeit gegenüber Herrn Prof. Dr. Joachim Heilmann zum Ausdruck bringen. Auch ohne seine großen fachlichen und menschlichen Qualitäten wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen.

Darüber hinaus gilt mein Dank vor allem Herrn Burghard Mumm, der die Dissertation mit stetiger Geduld sowie vielen wertvollen Hinweisen begleitete und darüber hinaus die sicherlich nicht ausschließlich angenehme Tätigkeit des Korrekturlesens übernahm.

Auch meinen Eltern, die die Arbeit auch finanziell großzügig unterstützt haben, möchte ich an dieser Stelle meinen ganz herzlichen Dank aussprechen.

Hannover, im September 2008

Annette S. Corinth



<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>Teil 1: Die ärztliche Schweigepflicht</b>	<b>5</b>
<b>1. Kapitel: Historische Entwicklung der ärztlichen Schweigepflicht</b>	<b>5</b>
<b>2. Kapitel: Rechtsgrundlagen der ärztlichen Schweigepflicht</b>	<b>8</b>
<b>A. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG als Grundlage der ärztlichen Schweigepflicht</b>	<b>8</b>
I. Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dessen Bedeutung für die rechtliche Erfassung aktueller Entwicklungen	8
II. Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	10
III. Mittelbare Drittwirkung und einfachgesetzliche Konkretisierungen des Verfassungsauftrages	11
IV. Exkurs: Verfassungsgemäße Beschränkungen	12
1. Grundrechtsverzicht	14
2. Rechtfertigung i. S. d. Sphärentheorie	15
<b>B. Strafrechtlicher Schutz der ärztlichen Schweigepflicht</b>	<b>20</b>
I. Die ärztliche Schweigepflicht gem. § 203 StGB	20
1. Geschütztes Rechtsgut	20
2. Spezifische Tatbestandsmerkmale	22
a) Der Täterkreis im Rahmen der medizinischen Berufe	22
b) Fremdes Geheimnis	24
c) Information in beruflicher Eigenschaft	26
d) Geheimnisoffenbarung	29
e) Tatbestandliche Besonderheiten des § 203 Abs. 2 StGB	30
II. Die ärztliche Schweigepflicht gem. § 353 b) Abs. 1 StGB	31
<b>C. Die ärztliche Schweigepflicht als behandlungsvertragliche Nebenpflicht</b>	<b>33</b>
I. Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Privatpatient	33
II. Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Kassenpatient	34
III. Rechtsverhältnis im Rahmen der Krankenhausbehandlung	35
IV. Inhalt des Behandlungsvertrages	36
V. Umfang der vertraglich geschuldeten Schweigepflicht	37

<b>D. Grundlagen der Schweigepflicht im ärztlichen Berufsrecht</b>	<b>36</b>
I. Historische Entwicklung und Rechtswirkung der ärztlichen Berufsordnungen	39
II. Inhalt der ärztlichen Berufsordnungen	41
<b>E. Exkurs: Die ärztliche Schweigepflicht unterstützende Normen des Prozessrechts</b>	<b>43</b>
I. Zeugnisverweigerungsrechte gem. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO und § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO	43
II. Prozessuale Verwertbarkeit einer gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB verstoßenden Zeugenaussage	45
III. Das Beschlagnahmeverbot gem. § 97 StPO	47
<b>Teil 2: Kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter</b>	<b>50</b>
<b>1. Kapitel: Kollidierende Drittinteressen im Bereich der Infektionskrankheiten</b>	<b>50</b>
<b>A. Ärztliche Offenbarungsbefugnisse</b>	<b>51</b>
I. Offenbarungsbefugnis aufgrund wirksamer Einwilligung	51
1. Voraussetzungen einer ausdrücklichen Einwilligung	52
2. Voraussetzungen und Beispiele der konkludenten Einwilligung	54
3. Voraussetzungen und Beispiele der mutmaßlichen Einwilligung	55
4. Bedeutung der Einwilligung im Bereich der Infektionskrankheiten	55
5. Exkurs: Besonderheiten der Einwilligungsbefugnis im Rahmen der postmortalen Schweigepflicht	56
a) Schweigepflichtentbindung durch die Erben	57
b) Schweigepflichtentbindung aufgrund mutmaßlicher Einwilligung des Verstorbenen	58
II. Offenbarungsrecht gem. § 34 StGB	59
1. Anwendbarkeit des § 34 StGB trotz spezialgesetzlicher Normen	60
2. Merkmale des Rechtfertigungsgrundes	62
a) Gegenwärtige Gefahr	62
b) Abwendbarkeit der Gefahr durch Aufklärung	62
c) Abwägung der widerstreitenden Interessen	65
<b>B. Ärztliche Offenbarungspflichten</b>	<b>67</b>
I. Zivilrechtliche Offenbarungspflichten	67
1. Informationspflicht aus dem eigenen Behandlungsvertrag	67
a) Rechtsprechung	67
b) Literatur	70
(1) Literatur bis zum Jahr 1999	70

(2) Aktuelle Literatur	71
(a) Eine Offenbarungspflicht bejahende Ansichten	71
(b) Eine Offenbarungspflicht ablehnende Ansichten	73
(aa) Fehlender Zusammenhang zwischen Infektions- gefahr durch Dritte und ärztlicher Behandlung	73
(bb) Infektionsgefahr als allgemeines Lebensrisiko	74
(cc) Unklare Grenzen der Offenbarungspflicht	75
(c) Differenzierende Auffassungen	76
(aa) Differenzierung nach Art und Dauer des Behandlungsvertrages	76
(bb) Ausschließliche Pflicht zur Abwehr sich „unmittelbar“ aus dem Behandlungsverhältnis ergebender Gefahren	77
c) Stellungnahme der Enquete-Kommission „Gefahren von Aids und wirksame Wege zu ihrer Eindämmung“	78
d) Eigene Stellungnahme	79
(1) Schnittstellen von Sozial- und Zivilrecht	79
(2) § 73 I SGB V und § 73 b SGB V als pflichtenbegründende Normen des Privatrechts	80
2. Offenbarungspflicht gegenüber nicht in der Behandlung des Arztes stehenden Personen	88
a) Offenbarungspflicht aus dem Behandlungsvertrag des Infizierten als einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	88
(1) Allgemeine Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter besonderer Berücksichtigung des Integri- tätsschutzes	89
(2) Einbeziehung infektionsgefährdeter Dritter in den Schutzbereich eines Behandlungsvertrages	90
(a) Rechtsprechung	90
(b) Literatur	91
(aa) Im Rahmen der ärztlichen Behandlung gesetzte Infektions- gefahr	93
(bb) Nicht im Rahmen der ärztlichen Behandlung gesetzte Infektionsgefahr	93
(c) Stellungnahme	95
(aa) Leistungsnähe	95
(bb) Gläubigerinteresse	97
b) Ärztliche Verkehrspflichten in Form von Informationspflichten	101
(1) Allgemeine Voraussetzungen des Bestehens von Verkehrspflichten	101
(2) Ärztliche Verkehrspflichten aufgrund der Verursachung einer Infektionsgefahr gegenüber Dritten	103
(a) Rechtsprechung	103
(aa) Ältere Rechtsprechung	104
(bb) Rechtsprechung zur HIV-Infektion infolge kontaminierter Blutkonserven	104
(aaa) Beginn dieser Rechtsprechung	105

(bbb) Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2005	108
(b) Literatur	110
(c) Stellungnahme	111
(aa) Deliktische Produzentenpflichten in Form von Informationspflichten	112
(bb) Allgemeine Verkehrspflichten in Form von Informa- tionspflichten bei im Rahmen der medizinischen Behandlung verursachter Infektionsgefahr	112
(cc) Allgemeine Verkehrspflichten in Form von Informationspflichten bei nicht im Rahmen der medizinischen Behandlung verursachter Infektionsgefahr für Dritte	116
II. Öffentlich-rechtliche Meldepflichten nach dem Infektionsschutzgesetz	116
1. Intention und Struktur des Infektionsschutzgesetzes	116
2. Namensbezogene Meldepflicht des Arztes gegenüber den Gesundheitsämtern	119
3. Maßnahmen zum individuellen Infektionsschutz	121
III. Strafrechtliche Offenbarungspflichten	123
1. Offenbarungspflicht gem. § 138 I Nr. 6 1. und 2 Alt. StGB	123
2. Offenbarungspflicht gem. § 323 c StGB	124
<b>2. Kapitel: Kollidierende Drittinteressen im Bereich genetischer Daten</b>	<b>127</b>
<b>A. Einführung in die Besonderheiten der Thematik</b>	<b>127</b>
I. Einleitung	127
II. Entwicklung der Molekularbiologie und der Human- genetik im Hinblick auf gesundheitsbezogene genetische Tests	130
III. Verschiedene Untersuchungsebenen und Untersuchungsverfahren humangenetischer Tests	133
IV. Zielsetzungen medizinischer Gentests	136
1. Individuelle Tests zur Diagnose eigener Krankheitsdispositionen	137
a) Differential-diagnostische Gentests	137
b) Prädiktive Gentests	137
2. Humangenetische Diagnostik in der Fortpflanzungsmedizin	139
a) Präkonzeptionelle Diagnostik	139
b) Pränatale Diagnostik	139
c) Präimplantationsdiagnostik	140
3. Genetische Reihenuntersuchungen (Screenings)	141
4. Pharmakogenetische Diagnostik	144
<b>B. Ärztliche Informationsrechte</b>	<b>145</b>
I. Informationsrecht aufgrund wirksamer Einwilligung	145
1. Ausdrückliche und konkludente Einwilligung der Testperson	145
2. Mutmaßliche Einwilligung der verstorbenen Testperson	147
II. Informationsrecht gem. § 34 StGB	147
1. Fehlen spezialgesetzlicher Normen	148

2. Merkmale des Rechtfertigungsgrundes	149
a) Gegenwärtige Gefahr	149
b) Abwendbarkeit der Gefahr durch Aufklärung	150
c) Abwägung der widerstreitenden Interessen	152
(1) Widerstreitende Interessen	152
(a) Informationsinteressen	152
(b) Interessen am Unterlassen einer Information unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Nichtwissen	153
(2) Lösungsansätze	155
(a) Gesetze, Gesetzesentwürfe und politische Gremien	155
(aa) Nationale Ebene	155
(aaa) Entwurf eines „Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG)“ von Bündnis 90/Die Grünen	156
(bbb) „Regelungsentwurf für ein Gesetz zur Sicherung der Selbstbestimmung bei genetischen Untersuchungen“ der 62. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder	157
(ccc) Diskussionsentwurf für ein Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz)	158
(ddd) Politische Gremien	159
(bb) Internationale Ebene	160
(aaa) Österreichisches „Gentechnikgesetz“	161
(bbb) Schweizerisches „Bundesgesetz für genetische Untersuchungen beim Menschen“	162
(b) Selbsthilfegruppen und Fachgesellschaften	163
(aa) „Richtlinien für die Anwendung des präsymptomatischen molekular- genetischen Tests zur Huntington-Krankheit“ der Internationalen Huntington-Association	163
(bb) Proposed International Guidelines on Ethical issues in medical genetics and genetic services der WHO	164
(cc) „Positionspapier“ der Deutschen Gesellschaft für Humangenetik	164
(c) Literaturansichten	165
(aa) Offenbarungsrecht aufgrund einer nur eingeschränkten Geltung der ärztlichen Schweigepflicht bei genetischen Daten	165
(bb) Ein Offenbarungsrecht ablehnende Auffassung	166
(cc) Differenzierende Ansichten	167
(d) Empirische Studien	171
(aa) Vorrangig „laienorientierte“ Studie	172
(bb) Studie unter humangenetisch tätigen Medizinerinnen	173
(e) Eigene Stellungnahme	174
(aa) Besondere Sensibilität genetischer Daten	174
(bb) Offenbarungsrecht bei Bestehen präventiver oder therapeutischer Handlungsmöglichkeiten	176
(cc) Offenbarungsrecht bei Fehlen präventiver oder therapeutischer Handlungsmöglichkeiten	177

<b>C. Ärztliche Informationspflichten</b>	<b>181</b>
I. Informationspflicht aus dem eigenen Behandlungsvertrag	181
1. Lösungsansätze	181
a) „Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebs- erkrankungen“ der Bundesärztekammer	182
b) Literatur	182
c) Eigene Stellungnahme	184
II. Informationspflicht gegenüber nicht in der Behandlung des Arztes stehenden Personen aufgrund deren Einbeziehung in den Schutzbereich des (humangenetischen) Behandlungsvertrages	188
1. Der humangenetische Behandlungsvertrag	188
2. Einbeziehung Drittbetroffener in den Schutzbereich des humangenetischen Behandlungsvertrages	192
3. Eigene Stellungnahme	194
 <b>Teil 3: Zusammenfassung und wesentliche Ergebnisse</b>	 <b>197</b>

# Einleitung

Das Vertrauen des Patienten in die ärztliche Verschwiegenheit zählt zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens und hat damit für das Arzt-Patient-Verhältnis eine immense Bedeutung. Aufgrund dieser Bedeutung lässt sich die ärztliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit bis in die Antike zurückverfolgen und wird auf nationaler Ebene durch verschiedene, sich teilweise gegenseitig beeinflussende Normen geschützt.

Der Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht insbesondere des niedergelassenen<sup>1</sup> Mediziners können allerdings gerade im nahen sozialen Umfeld des Patienten bedeutende Gesundheitsinteressen<sup>2</sup> Dritter entgegenstehen, wobei es bei einer Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht haftungs- und berufsrechtlich keinen Unterschied macht, in welcher Form sich der Arzt ggf. zur gemeinsamen Berufsausübung mit Dritten zusammengeschlossen hat<sup>3</sup>.

In diesem Zusammenhang kann zum einen das Interesse konkret Ansteckungsgefährdeter, sich vor einer Infektionskrankheit zu schützen, relevant werden.

Fraglich ist hier, unter welchen Umständen der Arzt trotz seiner Pflicht zur Verschwiegenheit berechtigt oder verpflichtet ist, infektionsgefährdete Dritte über eine durch seinen Patienten hervorgerufene Ansteckungsgefahr zu informieren.

Da es an einer gesetzlichen Regelung zur Lösung des in Rede stehenden Konfliktes weitgehend fehlt, muss im Rahmen der Untersuchung auf die allgemeinen straf- und zivilrechtlichen

---

<sup>1</sup> Siehe zum Begriff der „Niederlassung in eigener Praxis“: Butzer, MedR 2001, 604, 610. Auf spezifische Fragestellungen, die sich aus der Einführung der „Medizinischen Versorgungszentren“ i. S. d. § 95 I 2 SGB V durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz-GMG) ergeben, soll angesichts der (bislang) nur geringen Anzahl derartiger Leistungserbringer nicht eingegangen werden. Siehe zu den wesentlichen verfassungs- und landesrechtlichen Problemfeldern dieser Neuausrichtung des ärztlichen Berufsrechts: Butzer, NZS 2005, 344, 346 ff.

<sup>2</sup> Im Rahmen der vorliegenden Arbeit sollen dabei ausschließlich Gesundheitsinteressen Dritter Berücksichtigung finden, die bei einer Wahrung der ärztlichen Verschwiegenheit *unmittelbar* gefährdet wären, indem bereits die Unkenntnis der jeweiligen Gesundheitsgefahr geeignet wäre, pathologische Veränderungen hervorzurufen. Hingegen soll nicht auf Dritten bei einer Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht nur *mittelbar* drohende (Gesundheits-)gefahren eingegangen werden, wie es z. B. der Fall sein kann, wenn der Patient (krankheitsbedingt) die Verkehrssicherheit gefährdet oder straffällig zu werden droht. Siehe zu letztgenanntem Themenkreis die Dissertation von Eichelbrönnner, Die Grenze der Schweigepflicht des Arztes und seiner berufsmäßig tätigen Gehilfen nach § 203 StGB im Hinblick auf die Verhütung und Aufklärung von Straftaten.

<sup>3</sup> Hinsichtlich der Haftungsfrage in den Einzelheiten zu parallel gelagerten Problemen bei Rechtsanwälten als einer weiteren typischen Gruppe von Freiberuflern: Oppermann, AnwBl 1995, 453, 453 ff., der sich zudem mit damit verbundenen Anforderungen aus der typischerweise (auch) gewerblichen Tätigkeit beschäftigt. Wegen der notwendigen Beschränkung der Arbeit auf Kernprobleme des Arzt-Patienten-Verhältnisses kann auf diese Fragestellung nicht näher eingegangen werden.

Grundsätze zurückgegriffen werden, um die widerstreitenden Interessen einem angemessenen Ausgleich zuzuführen.

Im strafrechtlichen Kontext sind dabei zunächst die Offenbarungsrechte, namentlich aus dem Rechtsinstitut der ausdrücklichen oder mutmaßlichen Einwilligung sowie aufgrund des Vorliegens eines rechtfertigenden Notstandes gem. § 34 StGB zu erörtern.

Im zivilrechtlichen Zusammenhang ist in dieser Frage vorab danach zu differenzieren, ob die infektionsgefährdeten Personen in der Behandlung desselben Arztes stehen wie der Infizierte oder ob dies nicht der Fall ist.

Im erstgenannten Fall könnte sich aus dem Behandlungsvertrag des ansteckungsgefährdeten Patienten ein entsprechender Informationsanspruch ergeben.

Ist der Infektionsgefährdete hingegen nicht Patient des Arztes, der den Infizierten behandelt, ist erwägenswert, ob der Ansteckungsgefährdete in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages zwischen dem Arzt und seinem infizierten Patienten einbezogen ist und ob dem Arzt dadurch gegenüber dem Ansteckungsgefährdeten eine Informationspflicht obliegen kann.

In den Fällen, in denen der Arzt die Infektionsgefahr z. B. durch Verwenden unsteriler Infusionsflüssigkeiten, kontaminierter Blutprodukte oder Vorliegen eigener ansteckender Krankheiten selbst gesetzt hat, könnte ihm außerdem eine Verkehrspflicht in Form einer Offenbarungspflicht gegenüber hierdurch ebenfalls gesundheitlich gefährdeten Dritten obliegen.

Um den gerade im Bereich der ärztlichen Schweigepflicht komplexen Gesamtzusammenhang des Normgefüges mit seinen Handlungsanweisungen und Verboten zu verstehen, erscheint es darüber hinaus geboten, die die ärztliche Schweigepflicht beschränkenden öffentlich-rechtlichen Meldepflichten des Infektionsschutzgesetzes darzustellen sowie der Frage nachzugehen, unter welchen Umständen dem Arzt auch strafrechtliche Offenbarungspflichten obliegen können.

Die im Bereich der Infektionskrankheiten geführte Diskussion eines angemessenen Ausgleichs zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und den kollidierenden Gesundheitsinteressen Dritter findet im Bereich genetischer Daten eine besonders aktuelle Parallelproblematik.

Die Fragestellung, ob der Arzt Dritte über ein genetisch bedingtes erhöhtes Erkrankungsrisiko in ihrer Familie aufklären sollte, hat aufgrund der aufsehenerregenden wissenschaftlichen Fortschritte im Bereich der Humangenetik und Molekularbiologie in den letzten Jahren entscheidend an Bedeutung gewonnen.

Da immer deutlicher wird, dass viele Krankheiten (auch) genetisch bedingt sind und eine stetig zunehmende Zahl dieser Krankheiten diagnostizierbar ist, kommt es zu einer massiven Ausbreitung humangenetischen Tests, deren Ergebnis nicht nur Rückschlüsse auf die genetische Disposition der Testperson erlauben, sondern auch Auskunft über Krankheitsdispositionen Blutsverwandter geben, die bislang nicht möglich waren.

Meistens werden diese Personen weder Kenntnis von ihrer nachteiligen genetischen Disposition haben noch werden sie, die bislang beschwerdefrei sind, eine Veranlassung zur Vornahme eines eigenen Gentests sehen. Da der Ausbruch bestimmter Krankheiten aber durch entsprechende Vorsorgemaßnahmen verhindert, hinausgezögert oder abgeschwächt werden kann, kann eine zu späte Kenntnis dieser genetischen Disposition schwere gesundheitliche Folgen haben. Darüber hinaus kann die Kenntnis der eigenen genetisch bedingten Krankheitsdisposition, unter Umständen lange bevor diese manifest wird, erheblichen Einfluss auf die Lebensplanung des Betroffenen haben.

Ist die innerfamiliäre Kommunikation gestört, so dass potentiell betroffene präsymptomatische Familienangehörige nicht informiert werden, drängt sich daher die Frage auf, ob der Arzt die Interessen dieser Personen trotz seiner Verpflichtung zur Verschwiegenheit berücksichtigen darf oder hierzu aufgrund der ärztlichen Fürsorgepflicht sogar verpflichtet ist.

Obwohl diese Fragestellung angesichts der schnell wachsenden Anzahl der durch Gentests diagnostizierbaren Indikationen/Krankheiten und der ebenfalls wachsenden Zahl der zu medizinischen Zwecken durchgeführten Gentests bereits zum jetzigen Zeitpunkt erhebliche Bedeutung aufweist, wird das Thema in der Literatur im Gegensatz zu den rechtlichen Problemen, die sich im Bereich ökonomischer Beziehungen wie z. B. in Arbeits<sup>4</sup>- und Versicherungsverhältnissen<sup>5</sup> durch das (wachsende) Interesse an Erlangung genetischer Daten ergeben, bislang kaum behandelt.

Zum Verständnis der äußerst komplexen medizinischen und molekularbiologischen Sachfragen der gendiagnostischen Thematik erscheint es geboten, vorab die unterschiedlichen Untersu-

---

<sup>4</sup> Siehe zu dieser Problematik bereits zu Beginn der 90er Jahre: Heilmann, Arbeitsrechtliche Probleme der Genomanalyse, in: IG Chemie-Papier-Keramik (Hrsg.), Genetische Analysen in der Arbeitswelt, 1991, 67, 67 ff.; Wiese, Genetische Analysen und Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts.

<sup>5</sup> Siehe hierzu z. B. Schöffski in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, Rn. 1334 ff.; Berberich, Die Zulässigkeit genetischer Tests in der Lebens- und privaten Krankenversicherung; Schöffski, Gendiagnostik: Versicherung und Gesundheitswesen. Eine Analyse aus ökonomischer Sicht.

chungsebenen und -verfahren genetischer Tests darzulegen sowie die verschiedenen Zielsetzungen gesundheitsbezogener Gentests zu verdeutlichen.

Da auch die Frage eines angemessenen Ausgleichs zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und den kollidierenden Gesundheitsinteressen potentiell Drittbetroffener in Deutschland (bislang) nicht gesetzlich geregelt ist, muss zur Lösung des Interessenkonflikts wiederum auf die allgemeinen straf- und insbesondere zivilrechtlichen Grundsätze zurückgegriffen werden.

Gegenüber dem Themenkomplex der Infektionskrankheiten wird die Abwägung der widerstrebenden Interessen sowohl im straf- als auch im zivilrechtlichen Kontext dabei erheblich durch die Tatsache erschwert, dass potentiell Drittbetroffene nicht nur ein teilweise sogar vitales Informationsinteresse aufweisen können, sondern dass diesen auch ein Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Disposition zusteht, das gegen eine ärztliche Information sprechen kann. Zur Lösung des in Rede stehenden Interessenkonfliktes gibt es nationale und internationale Lösungsansätze, die es im Rahmen der Untersuchung zu beachten gilt. Anschließend soll ein eigener Ansatz erarbeitet werden, der die widerstrebenden Interessen von Patienten und ihren Familienangehörigen unter Berücksichtigung der sich aufdrängenden ethischen Fragen einem sowohl gerecht als auch praktikabel erscheinenden Ausgleich zuführen soll. In diesem Kontext wird zu untersuchen sein, inwiefern genetische Daten besonders sensible Informationen enthalten. Darüber hinaus ist der Frage nachzugehen, unter welchen Umständen die Kenntnis genetischer Informationen überhaupt dem gesundheitlichen Interesse dienen und damit eine ärztliche Offenbarung des Patientengeheimnisses rechtfertigen kann. Im zivilrechtlichen Kontext gilt es außerdem zu erörtern, ob entsprechende behandlungsvertragliche Informationspflichten gegebenenfalls nur in besonderer Weise qualifizierten Ärzten obliegen.

# Teil 1: Die ärztliche Schweigepflicht

## 1. Kapitel: Historische Entwicklung der ärztlichen Schweigepflicht

Die ärztliche Pflicht zur Verschwiegenheit lässt sich weit zurückverfolgen. So sind bereits aus der Antike aus den unterschiedlichsten kulturellen Epochen und geographischen Regionen Quellen bekannt, die eine ärztliche Schweigepflicht auf ethischer Grundlage beinhalten<sup>6</sup>. Beispielhaft sollen hier lediglich einige dieser Quellen genannt werden.

Die vermutlich erste Überlieferung von Ansätzen einer ärztlichen Schweigepflicht stammt aus der um 800 v. Chr. beginnenden brahmanischen Periode Indiens und findet sich im Ayur-Veda<sup>7</sup> des Charaka, dem ältesten medizinischen Sanskritwerk der Welt: „Die Vorgänge im Hause des Kranken dürfen nicht ausgeplaudert, auch darf von einem dem Kranken etwa drohenden frühen Ende nichts mitgeteilt werden, wo es dem Kranken oder sonst jemandem Nachteile bringen kann.“<sup>8</sup>

Ein weiterer Nachweis für eine bereits in der Antike geltende Verschwiegenheitspflicht ist das von Herodot überlieferte Schweigegebot ägyptischer Magier, die auch ärztlich tätig werden durften<sup>9</sup>.

Der Eid des Hippokrates (ca. 460-375 v. Chr.), der heute noch maßgeblich für das ärztliche Handeln ist<sup>10</sup>, führt in heutiger Formulierung zur ärztlichen Verschwiegenheit aus: „Was immer ich sehe und höre bei der Behandlung oder außerhalb der Behandlung im Leben der Menschen, so werde ich von dem, was niemals nach draußen ausgeplaudert werden soll, schweigen, indem ich alles Derartige als solches betrachte, das nicht ausgesprochen werden darf“<sup>11</sup>. Die hippokratische Schweigepflicht, die nicht nur die ärztliche Behandlung als solche umfasst, beinhaltet allerdings ausschließlich eine ethisch-moralische Selbstverpflichtung des Arztes, ein entsprechendes Recht des Patienten besteht nicht. Aus der aus dem antiken Griechenland stammenden Urform des hippokratischen Eides haben sich u. a. eine arabische Fassung, ein lateinischer Text im Codex Neapolitanus und eine spätmittelalterliche christliche Fassung entwickelt.

---

<sup>6</sup> Vgl. Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 RGSt), 1910, 1 ff.; Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 165 m. w. N.

<sup>7</sup> Altindisch: „Wissenschaft des Lebens“.

<sup>8</sup> Zit. nach Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 RGSt), 1910, Reprint 1977, 1.

<sup>9</sup> Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 RGSt), 1910, Reprint 1977, 2.

<sup>10</sup> Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 44.

<sup>11</sup> Zit. nach Laufs, Arztrecht, 5. Aufl., 1993, Rn. 421.

Im römischen Recht gab es für die Ärzte im Gegensatz zu anderen Berufsgruppen keine gesetzlich geregelte Schweigepflicht<sup>12</sup>. Dennoch ist zu vermuten, dass auch die römischen Ärzte eine moralische Verschwiegenheitsverpflichtung kannten<sup>13</sup>, da Vergil die Medizin als „ars muta“ bezeichnete<sup>14</sup> und damit auf die überragende Bedeutung hinwies, die die moralische Verpflichtung zur Verschwiegenheit auch unter den römischen Ärzten genoss.

Da die ärztliche Tätigkeit im deutschsprachigen Raum im Mittelalter noch als reine Privattätigkeit galt, gab es keine staatlich geregelten Berufsrechte bzw. -pflichten<sup>15</sup>. Dennoch galt die ärztliche Verschwiegenheit auch in dieser Zeit als eine bedeutende moralische Pflicht<sup>16</sup>, was dadurch deutlich wird, dass angehende Ärzte vor den medizinischen Fakultäten der damals aufkommenden Universitäten Eide ablegen mussten, die eine Verschwiegenheitsverpflichtung enthielten<sup>17</sup>.

Vielfach wird das „Preußische Medicinaledikt“ von 1725 als erste obrigkeitliche Normierung der ärztlichen Schweigepflicht betrachtet<sup>18</sup>. Tatsächlich gab es aber im deutschsprachigen Raum bereits um 1600 vereinzelte Normierungen auf diesem Gebiet, da nun – wenn auch zunächst von einer Minderheit – vertreten wurde, dass u. a. ein funktionierendes Gesundheitswesen die Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens gewährleiste. So wurden schrittweise landesrechtliche Vorschriften erlassen, die die im medizinischen Bereich tätigen Personen zur Verschwiegenheit verpflichteten<sup>19</sup>. Bereits 1582 und 1586 ergingen in den Städten Worms bzw. Passau entsprechende Regelungen, denen weitere landesrechtliche „Medicinalordnungen“ folgten<sup>20</sup>.

---

<sup>12</sup> Das römische Recht kannte eine Schweigepflicht der Rechtsanwälte, Strafverteidiger und Notare, siehe dazu Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 RGSt), 1910, Reprint 1977, 3 f.

<sup>13</sup> Bieber, Datenschutz und ärztliche Schweigepflicht, 12; Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 52 m. w. N.

<sup>14</sup> Publius Vergilius Maro („Vergil“), Aeneis, Buch XII, Vers 395-397:

„... ille ut depositi proferret fata parentis,  
scire potestas herbarum usumque medendi  
maluit et mutas agitare inglorius arte.“

<sup>15</sup> Siehe Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 RGSt), 1910, Reprint 1977, 11 f.

<sup>16</sup> Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 RGSt), 1910, Reprint 1977, 17 f.; Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 166 m. w. N.

<sup>17</sup> Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 166 m. w. N.

<sup>18</sup> So Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 RGSt), 1910, Reprint 1977, 21; Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 53; Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 12; siehe zu weiteren Nachweisen: Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 166, Fn. 29.

<sup>19</sup> Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 RGSt), 1910, Reprint 1977, 20.

<sup>20</sup> Siehe Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 166 f. m. w. N.; Placzek, Das Berufsgeheimnis des Arztes, 3. Aufl., 1909, 2 f.

Die Verletzung der Schweigepflicht wurde im „Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten“ von 1794 erstmals pönalisiert: „Ärzte, Wundärzte und Hebammen sollen die ihnen bekannt gewordenen Gebrechen und Familienheimnisse, insoferne es keine Verbrechen sind, bei der Vermeidung einer nach den Umständen zu bemessenden Geldbuße von 5 bis 50 Thalern niemandem offenbaren.“<sup>21</sup> Unter Strafe gestellt wurde hier die Verletzung einer öffentlichen Pflicht und nicht die Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Patienten<sup>22</sup>.

Diese Regelung fand in § 155 des Preußischen Strafgesetzbuches von 1851, § 296 des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund von 1870 und § 300 des Reichsstrafgesetzbuches (RGSt) von 1871 ihre Fortsetzung, wobei der Personenkreis der Schweigepflichtigen erweitert wurde<sup>23</sup>. Diese Normen sollten vorrangig dem Schutz des Individuums und weniger dem Schutz allgemeiner Interessen dienen, was durch deren Einordnung in den die Ehrverletzungen betreffenden Abschnitt des Preußischen Strafgesetzbuches verdeutlicht werden sollte<sup>24</sup>.

Soweit § 300 RStGB die ärztliche Schweigepflicht betraf, wurde die Norm durch § 13 der am 1. 4. 1936 in Kraft getretenen Reichsärzteordnung (RÄO)<sup>25</sup> abgelöst. § 13 RÄO diente der Durchsetzung der nationalsozialistischen Ideologie auch im Bereich des Gesundheitswesens, indem er eine Straffreiheit des seine Schweigepflicht brechenden Arztes vorsah, sofern dieser das Geheimnis „zur Erfüllung einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck“ offenbarte und das bedrohte Rechtsgut überwog. § 13 RÄO wurde im Rahmen des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes aufgehoben und die Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht in § 300 StGB geregelt. Dabei wurde die ärztliche Schweigepflicht systematisch unzutreffend zusammen mit den Tatbeständen des strafbaren Eigennutzes in den 25. Abschnitt des Strafgesetzbuches eingeordnet<sup>26</sup>. 1974 wurde durch das EGStGB § 300 StGB als § 203 StGB in den 15. Abschnitt des Strafgesetzbuches über Verletzungen des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereiches aufgenommen.

---

<sup>21</sup> § 505, Teil II, Titel 20 PreußALR.

<sup>22</sup> Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 RGSt), 1910, 22 f.

<sup>23</sup> § 300 RStGB lautete: „Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Aerzte, Wundaerzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehülfen dieser Personen werden, wenn sie unbefugt Privatheimnisse offenbaren, die ihnen kraft Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.“

<sup>24</sup> Bartsch, Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 16; Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 53.

<sup>25</sup> Siehe dazu: Heyder, Die Reichsärzteordnung von 1935 und ihre Folgen für den ärztlichen Berufsstand.

<sup>26</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, Vor §§ 201 ff. StGB, Rn. 1.

Ergänzt wird die ärztliche Schweigepflicht durch die prozessualen Zeugnisverweigerungsrechte der 1879 in Kraft getretenen Zivil- bzw. Strafprozessordnung, die den Arzt davor bewahren sollen, die in beruflicher Tätigkeit erfahrenen Geheimnisse vor Gericht offenbaren zu müssen. Die Strafverfolgungsbehörden konnten aber bis 1953 das ärztliche Zeugnisverweigerungsrecht umgehen, indem sie die im Besitz des Arztes befindlichen Aufzeichnungen über den Patienten beschlagnahmten, denn erst in jenem Jahr wurden im Rahmen des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes die prozessualen Zeugnisverweigerungsrechte durch ein entsprechendes Beschlagnahmeverbot ergänzt.

## **2. Kapitel: Rechtsgrundlagen der ärztlichen Schweigepflicht**

Auf supranationaler Ebene wird Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) als Rechtsgrundlage der ärztlichen Schweigepflicht betrachtet<sup>27</sup>, auf nationaler Ebene ergibt sich die ärztliche Schweigepflicht aus verschiedenen Normen, die sich teilweise gegenseitig beeinflussen und unterschiedliche Sanktionen androhen.

### **A. Das Allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG als Grundlage der ärztlichen Schweigepflicht**

#### **I. Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dessen Bedeutung für die rechtliche Erfassung aktueller Entwicklungen**

Die ärztliche Schweigepflicht hat ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Es ist deshalb unverzichtbar, dessen Ausprägung in dem hier interessierenden Bereich in einer den eigentlichen Untersuchungsgegenstand berücksichtigenden Kürze darzustellen.

Ein als sonstiges Recht i. S. d. § 823 I BGB im Zivilrecht geltendes Allgemeines Persönlichkeitsrecht leitete zuerst der *Bundesgerichtshof* in der sog. „Schacht-Entscheidung“ aus Art. 1 I und 2 I GG ab<sup>28</sup> und stellte in einer weiteren Entscheidung fest, dass sich dieses Recht in einer seiner

---

<sup>27</sup> OVG Lüneburg, NJW 1975, 2263; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 19 m. w. N.

<sup>28</sup> BGHZ 13, 334 ff.

Erscheinungsformen auf die Wahrung der persönlichen Geheimnissphäre des Einzelnen durch Geheimhaltung ärztlicher Zeugnisse richte<sup>29</sup>.

Auch das *Bundesverfassungsgericht* leitete später aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG als spezielle Grundrechtskonkretisierung dieser beiden Normen ein Allgemeines Persönlichkeitsrecht ab<sup>30</sup> und entwickelte es in einer Reihe von Entscheidungen fort<sup>31</sup>.

Aufgabe des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und seiner speziellen Ausprägungen ist es nach dem *Bundesverfassungsgericht*, „die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen. Diese Notwendigkeit besteht namentlich auch im Hinblick auf moderne Entwicklungen (...).“<sup>32</sup>

Diese Entwicklungsoffenheit bestimmt das Wesen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Aus diesem Grund erlangt dieses Grundrecht in jüngerer Zeit insbesondere im Zusammenhang mit der Entwicklung neuer Technologien größere Bedeutung und schützt den Grundrechtsträger z. B. vor den im Bereich der Medizin- und Reproduktionstechnik sowie der Gentechnologie bestehenden Gefährdungen<sup>33</sup>.

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht wird daher sogar als „das wichtigste Grundrecht der neuen Zeit“<sup>34</sup> bezeichnet.

Als Reaktion auf die neuartigen Entwicklungen im Bereich der Datenverarbeitung leitete das *Bundesverfassungsgericht* 1983 im sog. Volkszählungsurteil aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ab<sup>35</sup>. Dieses Recht wurde als spezielle Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zum Schutz der Grundrechtsträger im Bereich der Informationstechnik und des Datenschutzes entwickelt.

---

<sup>29</sup> BGHZ 24, 72, 79 ff.

<sup>30</sup> BVerfGE 34, 269, 271 f.

<sup>31</sup> Zur Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Verfassungsrecht siehe: Isensee/Kirchhof (Schmitt-Glaeser), Hdb. StR VI, 2. Aufl., 2001, § 129, Rn. 7 ff.; Lorenz, JZ 2005, 1121, 1124.

<sup>32</sup> BVerfGE 54, 148, 153.

<sup>33</sup> Jarass, NJW 1989, 857, 857.

<sup>34</sup> Leisner, FS Hubmann (1985), 295, 302.

<sup>35</sup> Siehe dazu auch Hufen, JZ 1984, 1072, 1073; Benda, DuD 1984, 86, 89, die betonen, dass das Bundesverfassungsgericht in diesem Urteil kein neues Grundrecht geschaffen hat.

## II. Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Der sachliche Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst in seinen unterschiedlichen Ausformungen verschiedene Entfaltungsweisen des Grundrechtsträgers.

U. a.<sup>36</sup> schützt dieses Grundrecht den Einzelnen vor ungewollter Darstellung in der Öffentlichkeit, indem es ihm eine vor allem sozial zu verstehende Rückzugs- und Abschirmungsmöglichkeit gibt und ihn damit im hier interessierenden Kontext vor Offenlegung der aus dem vertraulichen Kontakt zwischen Arzt und Patient entstammenden

Krankenakten bewahrt<sup>37</sup>. Dieser sog. Aspekt der Selbstbewahrung umfasst im medizinischen Bereich außerdem das Recht auf Vertraulichkeit sonstiger Befunde über Gesundheitszustand, seelische Verfassung, Charakter<sup>38</sup> sowie - besonders aktuell – genetischer Daten<sup>39</sup>.

Dass Patientendaten dem Schutz der verfassungsrechtlich geschützten Menschenwürde gem. Art. 1 I GG sowie jenem der Allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG unterliegen, begründete das *Bundesverfassungsgericht* wie folgt: „Ärztliche Karteikarten (Krankenblätter) betreffen in ihren Angaben über Anamnese, Diagnose und therapeutische Maßnahmen zwar nicht die unantastbare Intimsphäre, wohl aber den privaten Bereich des Patienten. Damit nehmen sie teil an dem Schutz, den das Grundrecht aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG dem Einzelnen vor dem Zugriff der öffentlichen Gewalt gewährt. Insbesondere gilt das auch für die Erkenntnisse, die der Arzt durch seine berufliche Tätigkeit über den Gesundheitszustand des Patienten gewinnt und schriftlich niederlegt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob derartige Aufzeichnungen Krankheiten, Leiden oder Beschwerden verraten, deren Offenbarung den Betroffenen mit dem Verdacht einer Straftat belastet, ihm in anderer Hinsicht peinlich oder seiner sozialen Geltung abträglich ist. Vielmehr verdient ganz allgemein der Wille des Einzelnen Achtung, so höchstpersönliche Dinge wie die Beurteilung seines Gesundheitszustandes durch einen Arzt vor fremdem Einblick zu bewahren. Wer sich in ärztliche Behandlung begibt, muss und darf erwarten, dass alles, was der Arzt im Rahmen seiner Berufsausübung über seine gesundheitliche Verfassung erfährt, geheim bleibt und nicht zur Kenntnis Unberufener gelangt. Nur so kann zwischen Arzt und Patient jenes Vertrauen entstehen, das zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens zählt, weil es die

---

<sup>36</sup> Siehe dazu weitergehend v. Münch/Kunig (Kunig), Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., 2000, Art. 2 GG, Rn. 31 ff.

<sup>37</sup> BVerfGE 32, 373, 379; v. Münch/Kunig (Kunig), Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., 2000, Art. 2 GG, Rn. 34.

<sup>38</sup> BVerfGE 89, 69, 82 ff.

<sup>39</sup> BVerfG, DVBl 2001, 454, 455.

Chancen der Heilung vergrößert und damit – im ganzen gesehen – der Aufrechterhaltung einer leistungsfähigen Gesundheitsfürsorge dient.“<sup>40</sup>

Seitdem im Volkszählungsurteil das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als spezielle Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Bereich der Informationstechnik und des Datenschutzes anerkannt wurde, hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass dem Patienten die Befugnis zusteht, selbst darüber zu entscheiden, ob und wie seine persönlichen Daten erhoben, gespeichert und weitergegeben werden und auf diese Weise seinen sozialen Geltungsanspruch zu gestalten<sup>41</sup>. Diesen Schutz vor unfreiwilliger staatlicher Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten gewährt es nicht nur im automatischen Bereich der Datenverarbeitung<sup>42</sup>.

Den personellen Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts genießt der Grundrechtsträger nur bis zu seinem Tod<sup>43</sup>. Ein postmortaler Persönlichkeitsschutz wird allerdings unter ausschließlichen Rückgriff auf Art. 1 I GG anerkannt, denn das *Bundesverfassungsgericht* geht davon aus, dass „die in Art. 1 I GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode“ endet und dass es mit der Menschenwürde unvereinbar wäre, wenn der Mensch nach seinem Tode einer Herabwürdigung seiner Person schutzlos ausgeliefert wäre<sup>44</sup>.

### **III. Mittelbare Drittwirkung und einfachgesetzliche Konkretisierungen des Verfassungsauftrages**

Zwar bindet Art. 1 III GG unmittelbar nur die öffentliche Gewalt an die Grundrechte, es ist jedoch anerkannt, dass diese zwischen Privatrechtssubjekten und damit auch zwischen Arzt und Patient mittelbar gelten<sup>45</sup>.

Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht ergibt sich unter anderem<sup>46</sup> daraus, dass die Grundrechte nicht nur als Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat zu verstehen

---

<sup>40</sup> BVerfGE 32, 373, 379 f.; BVerfG, NJW 1999, 1777; BVerfG, MedR 2006, 586; 586 f.

<sup>41</sup> BVerfGE 65, 1, 42; 78, 77, 84; Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 56.

<sup>42</sup> BVerfGE 78, 77, 84; Jarass/Pieroth (Jarass), GG, 8. Aufl., 2006, Art. 2, Rn. 44 m. w. N.

<sup>43</sup> MD–Di Fabio, GG, Art. 2 I, Ergänzungslieferung Juli 2001, Rn. 226 m. w. N.

<sup>44</sup> BVerfGE 30, 173, 194.

<sup>45</sup> BVerfGE 73, 261, 269; MD–Dürig, GG, Art. 1 III, Ergänzungslieferung Dezember 1973, Rn. 129 ff. m. w. N.

<sup>46</sup> Darüber hinaus sprechen insbesondere teleologische Argumente für eine (lediglich) mittelbare Drittwirkung der Grundrechte: Dreier (Dreier), GG, Band 1, 2. Aufl., 2004, Vorb. Rn. 98 m. w. N.

sind, sondern dass ihnen auch eine Schutzgebotsfunktion zukommt<sup>47</sup>, die aus ihrem objektivrechtlichen Gehalt resultiert und derentwegen der Staat die Pflicht hat, sich schützend und fördernd vor die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter des Bürgers zu stellen und sie vor Verletzungen und Gefährdungen durch andere Privatrechtssubjekte zu bewahren<sup>48</sup>.

Wegen der mittelbaren Drittwirkung haben die Grundrechte eine Ausstrahlungswirkung auf alle anderen Rechtsnormen und prägen diese, indem sie den Gesetzgeber bei Erlass und die Verwaltung und Rechtsprechung bei Anwendung und Auslegung der Normen binden<sup>49</sup>. Im bürgerlichen Recht sind vor allem die wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Rechtsbegriffe sowie die Generalklauseln das Medium der grundrechtlichen Ausstrahlungswirkung<sup>50</sup>.

Soweit die ärztliche Schweigepflicht betroffen ist, ist der Gesetzgeber seinem verfassungsrechtlichen Auftrag zum Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Erlass entsprechender Normen nachgekommen.

So stellt die strafrechtliche Sanktionierung der ärztlichen Schweigepflicht gem. § 203 StGB eine das Verfassungsgebot des Persönlichkeitsschutzes konkretisierende Norm dar<sup>51</sup>. Das *OVG Lüneburg* stellte in diesem Zusammenhang fest: „Die ärztliche Schweigepflicht ist das Korrelat zu dem im verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht (..) wurzelnden Anspruch des Einzelnen auf Erhaltung seines Privatlebens und insbesondere – gleichsam als Ausschnitt daraus – eines geheimen Bereiches.“<sup>52</sup>

Weitere dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Patienten dienende Normen auf einfachgesetzlicher Ebene sind die prozessualen Zeugnisverweigerungsrechte des Arztes, das strafprozessuale Beschlagnahmeverbot ärztlicher Unterlagen sowie die zahlreichen bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften des Sozialgesetzbuches, der Krankenhausgesetze der Länder und des Bundesdatenschutzgesetzes.

Im Behandlungsvertrag findet das Allgemeine Persönlichkeitsrecht durch den gem. §§ 157, 242 BGB als Nebenpflicht des Behandlungsvertrages geltenden Grundsatz, Rechtsgüter des Patienten

---

<sup>47</sup> Stern, StaatsR III/1, 1572 ff.

<sup>48</sup> BVerfGE 46, 160, 164; 53, 30, 57; BVerfG, NJW 1990, 1469, 1470.

<sup>49</sup> BVerfGE 7, 198, 205 ff.; BVerfG, NJW 1990, 1352 f.; BVerfG, NJW 1991, 2411 f.

<sup>50</sup> BVerfGE 7, 198, 206; BVerfG NJW 1990, 1469, 1470; Stern, StaatsR III/1, 1543.

<sup>51</sup> LSG Bremen, NJW 1958, 278; Deutsch, AcP 192 (1992), 161, 170; aA Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 58; LK-Schünemann, Fünfter Band, §§ 146-222 StGB, 11. Aufl., Berlin, 2000, § 203 StGB, Rn. 4.

<sup>52</sup> OVG Lüneburg, NJW 1975, 2263, 2264.

nicht zu beeinträchtigen, seinen Niederschlag<sup>53</sup>. Außerdem gilt das aus Art. 1 I i. V. m. 2 I GG abgeleitete Allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht i. S. d. § 823 I BGB.

Dabei ist das zivilrechtliche Allgemeine Persönlichkeitsrecht allerdings mit dem verfassungsrechtlichen Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht gleichzusetzen<sup>54</sup>. Im Privatrecht hat es vielmehr als umfassendes Recht auf Achtung und Entfaltung der Persönlichkeit seine Ausprägung gefunden<sup>55</sup>.

#### **IV. Exkurs: Verfassungsgemäße Einschränkungen**

Der Patient kann sich allerdings nicht uneingeschränkt auf sein aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitetes Recht auf ärztliche Verschwiegenheit berufen, da dieses wie alle Grundrechte durch ein überwiegendes Allgemeininteresse beschränkt werden kann<sup>56</sup>.

Grundrechtseingriffe im hier relevanten Kontext liegen vor, wenn der Staat persönliche Lebenssachverhalte des Einzelnen durch Durchführung medizinischer Untersuchungen oder durch Durchführung von Genanalysen erhebt<sup>57</sup>, speichert, verwendet oder weitergibt<sup>58</sup>. Wie alle Grundrechtseingriffe bedürfen diese Maßnahmen einer u. a. dem Gebot der Normenklarheit und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>59</sup> entsprechenden gesetzlichen Grundlage<sup>60</sup>, die außerdem dem Schutz des eingeschränkten Grundrechts dienende organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen enthalten muss<sup>61</sup>. Das Recht auf ärztliche Verschwiegenheit wird z. B.<sup>62</sup> durch die dem Arzt obliegenden Meldepflichten des IfSG<sup>63</sup> beschränkt, deren Zweck

---

<sup>53</sup> Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 42 f.

<sup>54</sup> BVerfG, NJW 2001, 594.

<sup>55</sup> BGHZ 13, 334.

<sup>56</sup> BVerfGE 65, 1, 44; BVerfG, NJW 1991, 2411, 2412; BVerfG, DVBl 2001, 454, 455; Jarass, NJW 1989, 857, 862.

<sup>57</sup> Stumper, Informationelle Selbstbestimmung und DNA-Analyse: Zulässigkeit der DNA-Analyse am Menschen angesichts des informationellen Selbstbestimmungsrechts aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG, 96.

<sup>58</sup> Siehe BVerfGE 65, 1, 43.

<sup>59</sup> Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtet den Staat, grundrechts-beschränkende Maßnahmen so vorzunehmen, dass sie ein verfassungsgemäßes Ziel verfolgen und geeignet sind, dieses Ziel zu fördern. Sie müssen ferner zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sein, d. h. es darf kein milderes, ebenso wirksames Mittel zu dessen Erreichen zur Verfügung stehen. Im Rahmen einer Gesamtabwägung zwischen der Eingriffsintensität und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der den Eingriff rechtfertigenden Gründe muß die Zumutbarkeit gewahrt bleiben, siehe BVerfGE 82, 18.

<sup>60</sup> BVerfGE 65, 1, 44; 78, 77, 85.

<sup>61</sup> BVerfGE 65, 1, 44 ff.

<sup>62</sup> Eine zusammenfassende Darstellung weiterer die ärztliche Schweigepflicht beschränkender Normen findet sich bei Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002 § 71, Rn. 1 ff.

<sup>63</sup> Siehe unter Teil 2, 1. Kap., B. II.

es ist, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern.

## **1. Grundrechtsverzicht**

Ein potentiell verfassungswidriger Grundrechtseingriff wäre jedoch bereits ausgeschlossen, wenn der Bürger einer Preisgabe seiner (medizinischen) Daten zustimmt und dieses einen wirksamen Grundrechtsverzicht darstellt<sup>64</sup>.

Die grundrechtsbezogene Einwilligung stellt ein eigenständiges Rechtsinstitut dar und ist von der Einwilligung des Grundrechtsträgers gegenüber einer Privatperson – wie z. B. der Einwilligung des Patienten gegenüber dem Arzt – abzugrenzen. Liegt ein wirksamer Grundrechtsverzicht vor, bedarf eine ansonsten grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahme nicht einmal einer gesetzlichen Grundlage<sup>65</sup>.

Ein wirksamer Grundrechtsverzicht muss verschiedene Voraussetzungen erfüllen:

Bei Grundrechten, die der persönlichen Freiheitsentfaltung dienen, ist ein solcher grundsätzlich zulässig, auf Grundrechte, die vorrangig der Erhaltung und Förderung politischer und gesellschaftlicher Grundsätze dienen, kann hingegen nicht verzichtet werden. Darüber hinaus erfordert eine wirksame Einwilligung ein freiwilliges Handeln des Grundrechtsträgers, das nicht durch soziale Zwänge, wie z. B. ökonomische Abhängigkeiten gegenüber Arbeitgebern oder Versicherungen, eingeschränkt oder manipuliert wurde<sup>66</sup>. Zudem ist ein wirksamer Grundrechtsverzicht nur dann zu bejahen, wenn der Grundrechtsträger einwilligungsfähig ist<sup>67</sup>. Schließlich muss der Wesensgehalt des Grundrechts gewahrt bleiben und andere Verfassungsgüter, wie z. B. die Persönlichkeitsrechte betroffener Verwandter, dürfen der Einwilligung nicht entgegenstehen<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Isensee/Kirchhof (Schmitt-Glaeser), Hdb StR VI, 2. Aufl., 2001, § 129, Rn. 98; Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 34; ebenso Geiger, NVwZ 1989, 35, 35, der den Grundrechtsverzicht als Grundrechtsgebrauch betrachtet.

<sup>65</sup> Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes: eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, 63 ff. m. w. N., 103, 118 f.; Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 34 m. w. N.

<sup>66</sup> Donner/Simon, DÖV 1990, 907, 916.

<sup>67</sup> Hofmann, Rechtsfragen der Genomanalyse, 36 m. w. N.

<sup>68</sup> Stern, StaatsR III/2, 901.

Streitig ist im Zusammenhang mit der grundrechtsbezogenen Einwilligung, ob auf die Menschenwürde gem. Art. 1 I GG und auf andere Grundrechte, soweit deren Menschenwürdegehalt betroffen ist, verzichtet werden kann<sup>69</sup>.

## 2. Rechtfertigung i. S. d. Sphärentheorie

Liegt kein wirksamer Grundrechtsverzicht des Bürgers vor, ist fraglich, unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff in das die Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht schützende Recht auf informationelle Selbstbestimmung gerechtfertigt wäre.

Bezüglich der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in das informationelle Selbstbestimmungsrecht wird vom Bundesverfassungsgericht zunächst zwischen personenbezogenen Daten, die in nicht anonymisierter Form erhoben und verarbeitet werden, und Daten, die in anonymisierter Form für statistische Zwecke genutzt werden, differenziert<sup>70</sup>.

Bei einer anonymisierten Datenerhebung für statistische Zwecke, wie sie z. B. nach Maßgabe der §§ 6 III und 7 III IfSG<sup>71</sup> erfolgt, ist eine Vorratsspeicherung ohne enge und konkrete Zweckbindung zulässig<sup>72</sup>, wohingegen eine Sammlung der durch die ärztliche Schweigepflicht geschützten nicht anonymisierten Daten auf Vorrat oder ohne konkrete Zweckbindung unzulässig ist<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Die Menschenwürde schützt nach der vom *Bundesverfassungsgericht* fortgeführten Objektformel *Dürigs* davor, dass der Mensch zum Objekt staatlichen Handelns wird, indem er einer Behandlung ausgesetzt ist, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt, siehe *Dürig*, AöR 1956, 118, 127; BVerfGE 27, 1, 16; 50, 166, 175. Es wird vertreten, dass ein Verzicht auf die Menschenwürde gem. Art. 1 I GG und auf andere Grundrechte, soweit deren Menschenwürdegehalt betroffen ist, nicht möglich sei, *Dreier (Dreier)*, GG, 2. Aufl., 2004, Band 1, Art. 1, Rn. 152. Dem wird entgegengehalten, dass diese Ansicht unberücksichtigt lasse, dass der Menschenwürde gerade die Autonomie des Einzelnen immanent sei. Deswegen sei in diesem Zusammenhang zwischen mit (mittelbarem) Zwang durchsetzbaren staatlichen Maßnahmen und einem freiwilligen Handeln des Grundrechtsträgers, mit dem dieser von seiner Autonomie Gebrauch macht und bei dem daher seine Herabwürdigung zum Objekt staatlichen Handelns ausgeschlossen sein könne, zu differenzieren, *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes: eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, 50; *Stumper*, Informationelle Selbstbestimmung und DNA-Analyse: Zulässigkeit der DNA-Analyse am Menschen angesichts des informationellen Selbstbestimmungsrechts aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG, 174. So könnten staatliche Maßnahmen, die ohne Einwilligung des Grundrechtsträgers dessen Menschenwürde verletzen würden, bei ihrer freiwilligen Ausführung einen Selbstbestimmungsakt in Wahrnehmung der staatlich gewährleisteten Menschenwürde darstellen, *Donner/Simon*, DÖV 1990, 907, 911.

<sup>70</sup> BVerfGE 65, 1, 45.

<sup>71</sup> Gem. § 6 III bzw. 7 III IfSG ist der direkte oder indirekte Nachweis bestimmter Krankheiten oder Krankheitserreger zu melden.

<sup>72</sup> Allerdings müssen einer anonymisierten Datenerhebung für statistische Zwecke aufgrund der vielfältigen Verwendungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten der Daten und der damit verbundenen Gefahren für das Allgemeine Persönlichkeitsrecht spezifische gesetzliche Schranken gesetzt werden. Aus diesem Grund darf auch diese Datenerhebung und –verarbeitung ausschließlich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erfolgen und nur bestimmte Angaben verlangen, BVerfGE 65, 1, 47 f.

<sup>73</sup> BVerfGE 65, 1, 46.

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in den Bereich der Selbstbewahrung zieht das *Bundesverfassungsgericht* außerdem die sog. Sphärentheorie<sup>74</sup> heran, die zwischen drei verschiedenen Sphären der Persönlichkeitsentfaltung mit unterschiedlicher Schutzbedürftigkeit und damit Eingriffsresistenz unterscheidet. An dieser Theorie hält es entgegen anderslautender, sich auf das Volkszählungsurteil beziehender Stimmen in der Literatur<sup>75</sup> nach wie vor fest, wie auch in jüngeren Entscheidungen deutlich wurde<sup>76</sup>. Lediglich im Bereich der automatischen Datenverarbeitung, in dem neue Verwendungszusammenhänge das informationelle Selbstbestimmungsrecht stärker als bisher gefährden können, hält das *Bundesverfassungsgericht* die Sphärentheorie für obsolet<sup>77</sup>.

Das *Bundesverfassungsgericht* unterscheidet im Zusammenhang mit der Sphärentheorie zwischen der Intim-, Privat- und Sozialsphäre des Bürgers, wobei die letztgenannte allerdings im Bereich medizinischer Daten nicht relevant ist<sup>78</sup>.

Zur Differenzierung zwischen den einzelnen Sphären stellt es darauf ab, ob die betreffenden Daten einen Sozialbezug aufweisen, da „das Menschenbild des Grundgesetzes“ nicht das eines „isolierten souveränen Individuums“ sei und der Einzelne aus diesem Grund in unterschiedlichem Maße in seiner Grundrechtsausübung eingeschränkt werden könne<sup>79</sup>.

Die einer Einschränkung durch die öffentliche Gewalt zugunsten kollidierenden Verfassungsrechts vollkommen entzogene Intimsphäre stelle den „Kernbereich“ des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes dar<sup>80</sup>. Sie zeichnet sich durch ein inhaltliches und ein formales Kriterium aus: Inhaltliches Kennzeichen dieses unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung sei sein höchstpersönlicher Charakter und ein fehlender oder sehr geringer Sozialbezug<sup>81</sup>. Formal sei ein

---

<sup>74</sup> Siehe zur uneinheitlichen Terminologie im Bereich der Sphärentheorie: Degenhardt, JuS 1992, 361, 363 f.

<sup>75</sup> Im Volkszählungsurteil versuchte das *Bundesverfassungsgericht* nicht, die verschiedenen im Rahmen der Volkszählung erhobenen Daten einer bestimmten Persönlichkeitssphäre zuzuordnen, sondern stellte fest, dass es wegen der durch die elektronische Datenverarbeitung möglichen Verknüpfung einzelner Daten kein „belangloses“ Datum mehr geben könne, siehe BVerfGE 65, 1, 45. Aus diesem Grund wird vertreten, dass es damit seine bisherige, die Sphärentheorie berücksichtigende Rechtsprechung aufgegeben habe, siehe u. a. Mückenberger, KJ 1984, 1, 7.

<sup>76</sup> So stellt das *Bundesverfassungsgericht* bezüglich der Daten, die schon für sich genommen oder durch einen bestimmten Verwendungszusammenhang ein erhöhtes grundrechtliches Gefährdungspotential beinhalten, nach wie vor auf das Abgrenzungskriterium des Sozialbezugs der erhobenen Daten ab und spricht weiterhin, wie zuvor im Rahmen der Sphärentheorie, von einem absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit, siehe BVerfGE 80, 367, 373; BVerfG, NJW 1993, 2365, 2365; DVBl 2001, 454, 454 f.

<sup>77</sup> Siehe dazu BVerfGE 65, 1, 45.

<sup>78</sup> Die Sozialsphäre erfasst das Ansehen des Einzelnen in der Öffentlichkeit und im Beamtenkreis. Eingriffe in jene lassen sich anhand der für Eingriffe in die Allgemeine Handlungsfreiheit geltenden Kriterien rechtfertigen, siehe BVerfGE 65, 1, 44; 78, 77, 85; 79, 256, 269.

<sup>79</sup> BVerfGE 4, 7, 15; 45, 187, 227.

<sup>80</sup> BVerfGE 6, 32, 41; 38, 312, 320; 54, 143, 146; 80, 367, 373 f.

<sup>81</sup> BVerfGE 6, 389, 433.

bestimmter Lebenssachverhalt der Intimsphäre zuzuordnen, wenn ihn der Betroffene geheim halten wolle. In den Fällen hingegen, in denen der Grundrechtsträger nicht an einer Geheimhaltung interessiert sei, werde der „Kernbereich“ des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts in aller Regel nicht berührt<sup>82</sup>.

Inwieweit der „Kernbereich“ des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit dem Menschenwürdegehalt des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts übereinstimmt, ist bislang offen geblieben, fest steht allerdings, dass der Menschenwürdegehalt zumindest teildentisch mit dem „Kernbereich“ des Persönlichkeitsschutzes ist<sup>83</sup>.

Die Privatsphäre ist um den Kern des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gelagert. Sie zeichnet sich im Gegensatz zur Intimsphäre durch eine gewisse Sozial- oder „Gemeinschaftsbezogenheit“ aus und genießt eine geringere Schutzintensität<sup>84</sup>, so dass Eingriffe im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sind<sup>85</sup>.

Das *Bundesverfassungsgericht* stellte in seiner früheren Rechtsprechung ohne besondere Differenzierung fest, Patientendaten in einer Arztkartei würden grundsätzlich nicht zum Intimbereich, wohl aber zur Privatsphäre gehören<sup>86</sup>.

Zwischenzeitlich wurde aber durch die zunehmende Erhebung genetischer Daten die Frage aktuell, ob diese Daten aufgrund der Tatsache, dass sie sich in einigen Kriterien von den „herkömmlichen“ personenbezogenen Daten unterscheiden<sup>87</sup>, eines besonderen verfassungsrechtlichen Schutzes bedürfen und daher der Intimsphäre zuzuordnen seien.

Bislang gibt es – abgesehen von § 81 g I StPO bzw. 372 a I ZPO - keine Normen, die die Erhebung genetischer Daten ermöglichen. Diese Normen betreffen allerdings lediglich die Erhebung von Daten, die ausschließlich dem nicht-codierenden Anteil der DNA entstammen. Daten aus dem nicht-codierenden Anteil der DNA erlauben im Gegensatz zu jenen, die dem codierenden Bereich entstammen, und anhand derer Rückschlüsse auf persönlichkeitsrelevante Merkmale wie z. B. Krankheitsdispositionen und Charaktereigenschaften des Betroffenen möglich sind, keine weitergehenden Informationen über den Betroffenen, da der nicht-codierende

---

<sup>82</sup> BVerfGE 80, 367, 374.

<sup>83</sup> Stumper, Informationelle Selbstbestimmung und DNA-Analyse: Zulässigkeit der DNA-Analyse am Menschen angesichts des informationellen Selbstbestimmungsrechts aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG, 102.

<sup>84</sup> Siehe dazu BVerfGE 4, 7, 15; 8, 275, 329; 45, 187, 227; 50, 290, 353.

<sup>85</sup> BVerfGE 65, 1, 44; 78, 77, 85; BVerfG, NJW 1990, 563 m. w. N.

<sup>86</sup> BVerfGE 32, 373, 379.

<sup>87</sup> Siehe dazu auch unter Teil 2, 2. Kap., B. II. 2. c) (2) (e) (aa).

Bereich der menschlichen DNA zwar (fast) ebenso einmalig wie der menschliche Fingerabdruck ist und damit eine Identifikation ermöglicht, aber im Gegensatz zum codierenden Teil der DNA keine Erbinformationen enthält<sup>88</sup>.

Daher sind dem nicht codierenden Bereich entstammende genetische Daten im medizinischen Kontext nicht relevant, so dass (bislang) keine mit der ärztlichen Schweigepflicht kollidierenden Normen bestehen, die die Erhebung genetischer Daten ermöglichen.

In seiner neueren Rechtsprechung differenziert das *Bundesverfassungsgericht* in Übereinstimmung mit dem *Bundesgerichtshof* und einem Teil der Literatur denn auch bezüglich der Verfassungsmäßigkeit der Erhebung genetischer Daten danach, ob diese ausschließlich dem nicht-codierenden Anteil der DNA entstammen oder ob dies nicht der Fall ist und sie damit weitergehende Informationen über den Betroffenen ermöglichen<sup>89</sup>.

Genetische Daten seien der Intimsphäre zuzuordnen, wenn sie dem codierenden Bereich entstammen und damit Rückschlüsse auf persönlichkeitsrelevante Merkmale des Betroffenen erlauben. Bezögen sich die Daten lediglich auf den nicht codierenden Bereich, sei die Erstellung eines derartigen Persönlichkeitsprofils hingegen nicht möglich und der Kernbereich der Persönlichkeit nicht betroffen. Diese Daten seien somit bei Beachtung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung einer staatlichen Erhebung, Speicherung, Verarbeitung und Weitergabe grundsätzlich zugänglich<sup>90</sup>.

Teilweise wird in der Literatur eine Einordnung genetischer Daten in die Intimsphäre pauschal verneint, derartige Daten seien vielmehr der Privatsphäre zuzuordnen<sup>91</sup>.

Eine andere Ansicht hält einen Sozialbezug der durch eine Genanalyse erhobenen Daten und damit deren Einordnung in die Privatsphäre für möglich, sofern diese dem Schutz des Betroffenen und anderer<sup>92</sup> oder der Einschätzung finanzieller Risiken dienen<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> Weiterführend: Hofmann, Rechtsfragen der Genomanalyse, 2 m. w. N.

<sup>89</sup> BVerfG, NJW 1996, 3071, 3072 f.; BGH, NJW 1990, 2944, 2945; Kimmich/Spyra/Steinke, NStZ 1993, 23, 23; Benfer, StV 1999, 402, 403.

<sup>90</sup> BVerfG, DVBl 2001, 454; Rath/Brinkmann, NJW 1999, 2697, 2697 f.; Markwardt/Brodersen, NJW 2000, 692, 692 f.

<sup>91</sup> Hofmann, Rechtsfragen der Genomanalyse, 43 f.

<sup>92</sup> Simon, MDR 1991, 5, 13.

<sup>93</sup> Deutsch, ZRP 1986, 1, 4.

Neben weiteren Ansätzen<sup>94</sup> wird angenommen, eine Erhebung genetischer Daten sei lediglich bei „vollständiger Erfassung“ der Erbanlagen<sup>95</sup> bzw. einer „Totalerhebung“<sup>96</sup> unzulässig.

Des Weiteren wird darauf hingewiesen, dass die „Eingriffstiefe“ der Genanalyse am Menschen zumindest dann beachtlich sei und die Menschenwürde verletzen könne, sofern durch sie persönliche Eigenschaften und „Neigungen zu bestimmten Veränderungen“ festgestellt werden könnten<sup>97</sup>.

Im Kontext dieser Arbeit kann allerdings keine umfassende Darstellung der mit der Erhebung derartiger Daten verbundenen Probleme verfassungsrechtlicher Art erfolgen. Die Kenntnis dieser verfassungsrechtlichen Diskussion ist zwar zum Verständnis der untersuchten zivilrechtlichen Fragestellungen hilfreich, berührt die speziellen privatrechtlichen Fragestellungen dieser Arbeit jedoch nur am Rande und kann daher lediglich angerissen werden.

---

<sup>94</sup> Siehe z. B. Deutsch, AcP 1992, 161, 169, der darauf hinweist, dass die „Eingriffstiefe“ der Genanalyse am Menschen zumindest dann beachtlich sei und dass diese die Menschenwürde verletzen könne, sofern durch sie persönliche Eigenschaften und „Neigungen zu bestimmten Veränderungen“ festgestellt werden können, siehe zur Thematik: Donner/Simon, DÖV 1990, 907, 914 f.; Sternberg-Lieben, NJW 1987, 1242, 1245; Rademacher, NJW 1991, 735, 736.

<sup>95</sup> Isensee/Kirchhof (Häberle), Hdb StR VI, 2. Aufl., 2001, § 20, Rn. 90.

<sup>96</sup> Sternberg-Lieben, NJW 1987, 1242, 1244.

<sup>97</sup> Deutsch, AcP 1992, 161, 169.

## **B. Strafrechtlicher Schutz der ärztlichen Schweigepflicht**

### **I. Die ärztliche Schweigepflicht gem. § 203 StGB**

Gem. § 203 I Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer unbefugt ein fremdes, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis offenbart, das ihm als Arzt oder in Ausübung eines anderen medizinischen Berufes anvertraut oder sonst bekannt geworden ist.

§ 203 II S. 1 StGB<sup>98</sup> erweitert den Tatbestand des § 203 I Nr. 1 StGB in personeller Hinsicht und betrifft im Bereich der ärztlichen Schweigepflicht die unbefugte Offenbarung fremder Geheimnisse durch Amtsträger i. S. d. § 11 I Nr. 2 StGB sowie bestimmte amtsnahe Personen. Soweit sich die Anwendungsbereiche von § 203 I und II StGB überschneiden, wie dies z. B. beim Amts- und Truppenarzt sowie beim beamteten Chefarzt einer öffentlich-rechtlich organisierten Klinik der Fall sein kann<sup>99</sup>, liegt nur eine Tat gem. § 203 StGB vor<sup>100</sup>.

#### **1. Geschütztes Rechtsgut**

Dem durch § 203 StGB geschützten Rechtsgut kommt für die Auslegung des Tatbestandes im Bereich der ärztlichen Schweigepflicht erhebliche Bedeutung zu.

So ergibt sich die Bestimmung des Verfügungsberechtigten bei sog. Drittgeheimnissen erst durch die Bestimmung des durch diese Norm geschützten Rechtsgutes. Auch der Umfang des prozessualen Schweigerechts des Arztes ergibt sich erst durch eine dem geschützten Rechtsgut Rechnung tragende Auslegung des § 203 StGB. Ebenso wird die Frage, inwieweit amtlich eingesetzte ärztliche Sachverständige trotz ihrer Gutachter Tätigkeit tatbestandsmäßig i. S. d. § 203 StGB handeln können, durch das geschützte Rechtsgut dieser Norm beeinflusst.

Das durch die ärztliche Schweigepflicht des § 203 StGB vorrangig geschützte Rechtsgut ist allerdings streitig.

---

<sup>98</sup> § 203 II 2 StGB ist im Bereich der ärztlichen Schweigepflicht nicht einschlägig, da es sich bei „bestimmten Einzelangaben“ im Sinne dieser Norm um Daten handelt, die nicht geheim, aber auch nicht öffentlich zugänglich sind, siehe Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 81.

<sup>99</sup> LK-Schünemann, Fünfter Band, §§ 146-222 StGB, 11. Aufl., Berlin, 2000, § 203 StGB, Rn. 1; Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 45.

<sup>100</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 43 m. w. N.

Nach einer Theorie schützt die Norm in diesem Bereich ausschließlich das Individualinteresse an der Wahrung der eigenen Geheimnis- und Individualsphäre<sup>101</sup>.

Eine andere Auffassung vertritt, dass § 203 StGB neben diesem Individualinteresse auch das allgemeine Vertrauen in die ärztliche Verschwiegenheit als Gemeinschaftsinteresse schütze.

Unter den Vertretern dieser Ansicht besteht allerdings Uneinigkeit darüber, ob die in § 203 StGB normierte ärztliche Schweigepflicht vorrangig Individualinteressen<sup>102</sup>, vorrangig Interessen der Allgemeinheit<sup>103</sup> oder beide Interessen gleichrangig schützen solle<sup>104</sup>.

Für den Ansatz, demzufolge § 203 StGB vorrangig Individualinteressen, daneben aber auch das allgemeine Vertrauen in die ärztliche Verschwiegenheit als Gemeinschaftsrechtsgut schützen soll, spricht zunächst, dass § 203 StGB ein Antragsdelikt ist, wodurch deutlich wird, dass diese Norm gerade individuelle Interessen schützen soll. Auch wird von Vertretern dieser Auffassung zutreffend darauf verwiesen, dass es durch die relative Unumgänglichkeit des Informationstransfers im Arzt-Patient-Verhältnis in Verbindung mit der besonderen Sensibilität gesundheitsbezogener Daten für den Patienten gerade darauf ankommt, Voraussetzungen zu schaffen, unter denen er sich seinem Arzt rückhaltlos anvertrauen kann. Indem § 203 StGB den Patienten vor ärztlichen Indiskretionen schützt, schafft die Norm diese Voraussetzungen und dient damit dem Individualinteresse. Des Weiteren ist den amtlichen Gesetzesmaterialien zu entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Einordnung der das Berufsgeheimnis betreffenden Normen unter den im Rahmen des EGStGB neu eingefügten Abschnitt über die „Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereiches“ seinem Verfassungsauftrag zum Schutz der Geheimnisphäre nachkommen wollte<sup>105</sup>. Auch hieran wird deutlich, dass § 203 StGB, soweit die Norm den persönlichen Lebensbereich betreffende Tatsachen erfasst, vorrangig dem Schutz privater Rechtsgüter dienen soll<sup>106</sup>.

Neben den Individualinteressen ist aber auch das allgemeine Vertrauen in die ärztliche Verschwiegenheit Schutzgut des § 203 StGB, denn nur wenn ein derartiges Vertrauen besteht,

---

<sup>101</sup> BGHZ 115, 123; 122, 115; OLG Hamburg, NStZ 1998, 358; LK-Schünemann, Fünfter Band, §§ 146-222 StGB, 11. Aufl., Berlin, 2000, § 203 StGB, Rn. 14 m. w. N.; Ostendorf, JR 1981, 444, 448; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 22.

<sup>102</sup> OLG Oldenburg, NJW 1992, 758; Giesen/Pröll, JR 1994, 29, 29; Lackner/Kühl (Kühl), § 203 StGB, Rn. 1 d; Geppert, Die ärztliche Schweigepflicht im Strafvollzug, 11 f.; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 203 StGB, Rn. 2 m. w. N.

<sup>103</sup> OLG Köln, NStZ 1983, 412; Spann/Liebhardt/Penning, 27, 28; Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 3; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 34; E. Schmidt, NJW 1962, 1745, 1747.

<sup>104</sup> BGH, NJW 1968, 2290.

<sup>105</sup> BT-Drucksache, 7/550, 235 ff.

<sup>106</sup> Ostendorf, JR 1981, 444, 446.

können die Ärzte eine im Interesse der Allgemeinheit liegende wirksame Gesundheitspflege gewährleisten. Könnte ein Patient sich der ärztlichen Verschwiegenheit nicht sicher sein, bestünde die Gefahr, dass er dem Arzt die zur Anamnese notwendigen Angaben verschweigen würde. *Bockelmann* argumentiert in diesem Zusammenhang folgendermaßen: „Denn nur, wenn auf die Diskretion der Ärzte Verlass ist, darf man erwarten, dass die Kranken zum Arzt gehen. Daran aber, dass sie das tun (...), ist der Allgemeinheit dringend gelegen. Der Weg zur Gesundheit aller führt über die Gesundung des Einzelnen, die nur die sachgerechte Behandlung aller Kranken verbürgt. Darum ist das Interesse an der Verschwiegenheit der Ärzte durchaus nicht nur ein Individualinteresse, sondern ein generelles, öffentliches Interesse.“<sup>107</sup>

## 2. Spezifische Tatbestandsmerkmale

### a) Der Täterkreis im Rahmen der medizinischen Berufe

Zum zur Verschwiegenheit verpflichteten Personenkreis i. S. d. § 203 I Nr. 1 StGB gehören u. a. alle einen Heilberuf ausübenden Personen, deren Beruf eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, wobei das StGB beispielhaft Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker nennt<sup>108</sup>. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Arzt seine Heilkunst ausübt, indem er Krankheiten diagnostiziert und behandelt oder ob er wissenschaftlich bzw. verwaltend tätig ist, da auch derartige Tätigkeiten – wenn auch nur mittelbar – der Feststellung, Linderung und Heilung von Krankheiten dienen und damit als Ausübung eines Heilberufs zu betrachten sind<sup>109</sup>. Auch der unberechtigt als Arzt auftretende nicht Approbierte fällt unter den Täterkreis des § 203 I Nr. 1 StGB, da der Geheimnisträger auch in dieser Situation des besonderen strafrechtlichen Schutzes bedarf<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, 34.

<sup>108</sup> Zu den „Angehörigen eines anderen Heilberufes“ i. S. d. § 203 I Nr. 1 StGB, deren Beruf eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, gehören u. a. Hebammen, Krankenschwestern, Krankenpfleger und medizinisch-technische Assistenten, siehe dazu Schönke/Schröder (Lenckner), *StGB*, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 35 m. w. N.. Heilpraktiker werden nicht von § 203 StGB erfasst, da ihr Beruf keine staatlich geregelte Ausbildung erfordert.

<sup>109</sup> Timm, *Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht*, 23 m. w. N.

<sup>110</sup> Siehe zu dieser Problematik: Muschallik, *Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess*, 42 ff.

Amtsträger i. S. d. § 11 I Nr. 2 StGB<sup>111</sup>, zu denen im medizinischen Bereich u. a. die Amts-<sup>112</sup>, Anstalts-, Truppen- und Polizeiärzte zu zählen sind, sowie bestimmte amtsnahe Personen sind gem. § 203 II StGB ebenfalls schweigepflichtig.

Der von der strafrechtlichen Schweigepflicht im Rahmen der medizinischen Berufe erfasste Personenkreis zielt, wie in § 203 III 2 StGB normiert ist, auch auf die „berufsmäßigen Gehilfen“ des in § 203 I Nr. 1 StGB erwähnten Personenkreises, da anderenfalls der Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses unvollständig wäre. Gehilfe in diesem Sinne ist jeder, der unterstützend an der beruflichen Tätigkeit des Arztes teilnimmt und dadurch fremde Geheimnisse erfährt oder ohne Überwindung besonderer Hindernisse erfahren kann<sup>113</sup>. So werden u. a. Sprechstundenhilfen und Sekretärinnen von § 203 III 2 StGB erfasst<sup>114</sup>, nicht aber Personen, die lediglich den äußeren Rahmen für die ärztliche Berufstätigkeit schaffen<sup>115</sup>. Das Tatbestandsmerkmal des Gehilfen ist dabei unabhängig davon zu bejahen, ob dessen Tätigkeit für eine gewisse Dauer ausgeübt wird, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt<sup>116</sup> und ob er dem Arzt gegenüber weisungsgebunden ist<sup>117</sup>.

Die strafrechtliche Schweigepflicht des § 203 StGB erfasst gem. § 203 III 2 StGB auch solche Personen, die bei einem Geheimnisträger zur Ausbildung und Berufsvorbereitung tätig sind, wie z. B. Medizinstudenten, Studierende im Praktischen Jahr und Krankenpflegeschüler<sup>118</sup>.

Gem. § 203 III S. 3 StGB gehören auch diejenigen zum Kreis der Schweigepflichtigen, die das Geheimnis nach dem Tod des zur Verschwiegenheit Verpflichteten von diesem oder aus dessen Nachlass erlangt haben.

Aus § 203 IV StGB sowie aus dem Schutzzweck des § 203 StGB ergibt sich, dass es lediglich auf die Täterqualität zum Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Geheimnisses ankommt. Aus diesem

---

<sup>111</sup> Siehe zu diesem Begriff allgemein: Schönke/Schröder (Eser), StGB, 27. Aufl., 2006, § 11 StGB, Rn. 16 ff.

<sup>112</sup> Siehe zu diesem Begriff: Laufs/Uhlenbruck (Laufs), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 12, Rn. 16 ff.

<sup>113</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 64. Zur kontrovers diskutierten Frage, inwieweit Leiter und Bedienstete von Krankenanstalten als Gehilfen des Arztes betrachtet werden können: Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 23 f.

<sup>114</sup> Vergl dazu: Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 73, Rn. 2.

<sup>115</sup> So fallen z. B. Reinigungskräfte oder das Wartungspersonal technischer Geräte nicht unter diese Norm, siehe Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 23; Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 64 m. w. N.

<sup>116</sup> Aus diesem Grund werden auch Personen, die unentgeltlich tätig sind, wie z. B. ein in der Arztpraxis gelegentlich aushelfendes Familienmitglied, von dieser Norm erfasst, siehe dazu: Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 203 StGB, Rn. 21; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 23; Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 64 m. w. N.; aA Lackner/Kühl (Kühl), § 203 StGB, Rn. 11 b.

<sup>117</sup> OLG Oldenburg, NJW 1982, 2616.

<sup>118</sup> Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 73, Rn. 3.

Grund endet die Schweigepflicht des Arztes nicht mit Beendigung der Behandlung, dem Tod des Betroffenen oder dem Ende der Berufsausübung, sondern erst mit seinem eigenen Tod.

## **b) Fremdes Geheimnis**

Der Tatbestand des § 203 StGB kann nur erfüllt sein, wenn es sich bei der dem Arzt in seiner Berufseigenschaft anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsache um ein fremdes<sup>119</sup> Geheimnis handelt.

Geheimnisse sind Tatsachen<sup>120</sup>, die lediglich einem beschränkten Personenkreis bekannt oder zugänglich sind und an deren Geheimhaltung der, den sie betreffen – der sog. Geheimnisträger - ein aus seiner Sicht sachlich begründetes Interesse hat bzw. bei Kenntnis der Tatsache haben würde<sup>121</sup>.

Der in das Geheimnis eingeweihte Personenkreis ist ein begrenzter, wenn die Eingeweihten das Geheimnis aufgrund des Bestehens eines besonderen Vertrauensverhältnisses - wie dies z. B. im Familien- oder Freundeskreis der Fall ist - oder aufgrund einer besonderen Verschwiegenheitspflicht nicht weitergeben<sup>122</sup> und der Personenkreis daher noch überschaubar und in gewissem Umfang kontrollierbar ist. Kann eine derartige Überschaubarkeit bejaht werden, so ist auch dann von einem begrenzten Personenkreis auszugehen, wenn Ungewissheit darüber besteht, ob die Tatsache einzelnen Außenstehenden bekannt ist oder nicht<sup>123</sup>.

Ein Geheimnis liegt dagegen nicht vor, wenn eine bestimmte Tatsache für jeden wahrnehmbar ist; dies gilt unabhängig davon, wie viele Personen tatsächlich von ihr Kenntnis nehmen<sup>124</sup>. So können auch in öffentlicher Gerichtsverhandlung i. S. d. § 169 S. 1 GVG erörterte Tatsachen

---

<sup>119</sup> Das fragliche Geheimnis darf daher nicht (nur) den Arzt betreffen, siehe dazu Hackel, NJW 1969, 2257, 2257.

<sup>120</sup> Da § 203 StGB nur vor der Offenbarung von Tatsachen schützt, fällt die Weitergabe unwahrer Behauptungen nicht unter den Tatbestand des § 203 StGB, sondern wird ausschließlich von den Beleidigungsdelikten gem. §§ 185 ff. StGB erfasst.

<sup>121</sup> Siehe z. B. Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 5; aA LK-Schünemann, Fünfter Band, §§ 146-222 StGB, 11. Aufl., Berlin, 2000, § 203 StGB, Rn. 19 m. w. N., der neben dem objektiv begründeten Geheimhaltungsinteresse als eigene Voraussetzung einen Geheimhaltungswillen nennt, sich aber dennoch weitestgehend in Übereinstimmung mit der Interessentheorie sieht.

<sup>122</sup> Klaus, Ärztliche Schweigepflicht, ihr Inhalt und ihre Grenzen, 52 m. w. N.; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 29.

<sup>123</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 6.

<sup>124</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 6.

keine Geheimnisse mehr darstellen, selbst wenn keine oder nur wenige Zuhörer in der Verhandlung anwesend sind<sup>125</sup>.

Das zur Bejahung der Geheimniseigenschaft notwendige, sachlich begründete und damit schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse des Geheimnisträgers liegt nur vor, wenn die Geheimhaltung der Tatsachen unter Würdigung von Lage und Standpunkt des Betroffenen verständlich ist bzw. bei entsprechender Kenntnis verständlich wäre, da § 203 StGB keine „Geheimniskrämerei mit Bagatellen“ schützen soll<sup>126</sup>.

Ein derartiges Geheimhaltungsinteresse des Patienten ist im Bereich der ärztlichen Schweigepflicht nicht nur bezüglich dessen gesundheitlicher, finanzieller und familiärer Verhältnisse anzunehmen, sondern auch schon bezüglich der Tatsache, dass sich jemand überhaupt in ärztlicher Behandlung befindet<sup>127</sup>. Entsprechendes gilt für die Umstände, unter denen eine Krankenhausaufnahme stattfand, insbesondere, wenn diese Rückschlüsse auf die Identität des Patienten ermöglichen<sup>128</sup>.

Höherrangige (Gesundheits-) Interessen Dritter, die der Wahrung der Schweigepflicht entgegenstehen können, beeinträchtigen den Geheimnischarakter einer Tatsache nicht, sondern sind erst im Rahmen einer etwaigen Offenbarungsbefugnis des Schweigepflichtigen von Bedeutung. So sind z. B. auch das Vorliegen einer letal verlaufenden Infektionskrankheit eines sich gegenüber Dritten infektionsgefährdend verhaltenden Patienten oder das Vorliegen einer Erkrankung, die eine Fahruntauglichkeit des Patienten zur Folge hat, als Geheimnisse i. S. d. § 203 StGB zu betrachten<sup>129</sup>.

§ 203 IV StGB verdeutlicht, dass der Tod des Geheimnisträgers grundsätzlich nichts an der Geheimniseigenschaft ihn betreffender Tatsachen ändert.

Der Schutz des § 203 StGB erfasst darüber hinaus auch einen Nasciturus betreffende Angaben. Zwar kann dieser nicht selbst Geheimnisträger sein, da die Norm des § 203 StGB den persönlichen Lebens- und Geheimnisbereich eines Menschen schützen soll und die Leibesfrucht de lege

---

<sup>125</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 6 m. w. N.; Giesen/Pröll, JR 1994, 29, 29; LK-Schünemann, Fünfter Band, §§ 146-222 StGB, 11. Aufl., Berlin, 2000, § 203 StGB, Rn. 23 m. w. N.. Klaus hingegen will danach differenzieren, ob die Öffentlichkeit ihre Möglichkeit, der Verhandlung zuzuhören, genutzt und dadurch von den Tatsachen Kenntnis genommen hat oder ob dieses nicht geschehen ist. Nahmen Zuhörer an einer Verhandlung teil, so seien die erörterten Tatsachen keine Geheimnisse mehr, nutzte die Öffentlichkeit diese Möglichkeit hingegen nicht, so sei deren Geheimniseigenschaft weiterhin zu bejahen, siehe Klaus, Ärztliche Schweigepflicht, ihr Inhalt und ihre Grenzen, 54.

<sup>126</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 203 StGB, Rn. 6.

<sup>127</sup> OLG Bremen, MedR 1984, 112; OLG Oldenburg, NJW 1992, 758.

<sup>128</sup> BGHSt 33, 148; Rogall, NStZ 1985, 374, 374; Hanack, JR 1986, 35, 35.

<sup>129</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 7 m. w. N.

lata erst mit dem Einsetzen der Eröffnungswehen ein Mensch im strafrechtlichen Sinne wird<sup>130</sup>. Da aber bereits der Embryo grundrechtlichen Schutz genießt, muss die Norm des § 203 StGB in verfassungskonformer Auslegung auch den Nasciturus betreffende Daten erfassen. Aus diesem Grund erstreckt sich die ärztliche Schweigepflicht des § 203 StGB nicht nur auf Tatsachen, die die Schwangere betreffen, sondern ebenso auf den Nasciturus betreffende Informationen, diese sind allerdings de lege lata (noch) als Geheimnisse der Schwangeren zu betrachten<sup>131</sup>.

### **c) Information in beruflicher Eigenschaft**

Um unter die ärztliche Schweigepflicht des § 203 StGB zu fallen, muss das fremde Geheimnis dem Arzt in seiner Berufseigenschaft und nicht als Privatperson anvertraut oder sonst bekannt geworden sein.

Unter einem „Anvertrauen“ im Sinne des § 203 StGB ist das Einweihen in ein Geheimnis unter Umständen zu verstehen, aus denen sich eine Pflicht zur Verschwiegenheit ergibt, indem der Schweigepflichtige sie durch einen Vertrauensakt des Offenbarenden erhalten hat<sup>132</sup>. Dieses Tatbestandsmerkmal erfasst z. B. den Patienten selbst betreffende Geheimnisse, die er seinem Arzt im Rahmen der Sprechstunde mitteilt.

„Sonst bekannt geworden“ i. S. d. § 203 StGB ist das Geheimnis dem Täter, wenn er es auf andere Weise als durch ein Anvertrauen, aber dennoch kraft Berufsausübung erfahren hat<sup>133</sup>.

Unter dieses Tatbestandsmerkmal fallen daher z. B. Dritte betreffende Tatsachen, die der Arzt durch Indiskretion seines Patienten erfahren oder aufgrund seiner Fachkenntnis erkannt hat. So sind z. B. Untersuchungsbefunde, die Rückschlüsse auf genetische Dispositionen von

---

<sup>130</sup> BGHSt 31, 348, 350; 32, 194.

<sup>131</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 5; Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 49 f. Grabsch hingegen ist der Auffassung, dass höchstpersönlichen Daten eines Ungeborenen kein strafrechtlicher Schutz zu gewähren sei, da diese weder Geheimnisse i. S. d. § 203 I und II 1 StGB noch Einzelangaben i. S. d. § 203 II 2 StGB seien. Grabsch präzisiert seine Ansicht dahingehend, dass die unbefugte Weitergabe geheimer Daten des Nasciturus nur dann gem. § 203 StGB strafbar sei, wenn hierdurch mit Sicherheit auf ein Geheimnis eines lebenden Dritten geschlossen werden kann. Als Beispiele für derartige Schlussfolgerungen nennt er Fälle, in denen aus einer Krankheit des Nasciturus auf eine Krankheit der Schwangeren geschlossen werden kann, siehe Grabsch, Die Haftbarkeit der Offenbarung höchstpersönlicher Daten des ungeborenen Menschen, 139 ff.

<sup>132</sup> OLG Köln, NSTZ 1983, 412; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 203 StGB, Rn. 8.

<sup>133</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 203 StGB, Rn. 9 m. w. N.; Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 46.

Verwandten des Patienten zulassen, dem Arzt im Zusammenhang mit der Berufsausübung bekannt geworden<sup>134</sup>.

Ein Bekanntwerden im beruflichen Zusammenhang ist nicht nur bezüglich solcher Tatsachen zu bejahen, deren Feststellung zur beruflichen Tätigkeit des Arztes gehört, sondern bereits dann, wenn ihm seine Berufsausübung deren ungehinderte Kenntnisnahme ermöglicht<sup>135</sup>.

Das Tatbestandsmerkmal des beruflichen Zusammenhangs liegt bereits bei einer faktischen Beziehung und einem dadurch entstandenen Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient vor<sup>136</sup>. Aus diesem Grund bedarf es zum Bestehen der ärztlichen Schweigepflicht keines zivilrechtlich gültigen Behandlungsvertrages mit der Person, deren Geheimnissphäre zu schützen ist, so dass das Tatbestandsmerkmal z. B. auch vorliegen kann, wenn ein minderjähriger Patient, der gem. §§ 104 ff. BGB keinen wirksamen Behandlungsvertrag abschließen kann, einen Arzt konsultiert oder ein geschäftsfähiger Patient nicht selbst, sondern ein Dritter Vertragspartner des Arztes wird<sup>137</sup>.

Das Tatbestandsmerkmal ist immer gegeben, wenn der Arzt wegen seines medizinischen Sachverstandes von Geheimnissen erfahren hat, da die ärztliche Tätigkeit im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmals als „fachliche“ und nicht als „erwerbsmäßige“ Tätigkeit zu betrachten ist<sup>138</sup>.

*Lenckner* und *Jähnke* sind der Auffassung, § 203 StGB schütze nur vor der Weitergabe solcher Informationen, die der Arzt *ausschließlich* im inneren Zusammenhang mit seiner ärztlichen Tätigkeit erfahren hat. Sie wollen daher die ärztliche Schweigepflicht im Strafrecht verneinen,

---

<sup>134</sup> OLG Köln, NStZ 1983, 412; Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 15.

<sup>135</sup> LG Karlsruhe, StV 1983, 144. Aus diesem Grund unterliegen z. B. auch von einem Arzt bei einem Hausbesuch gemachte Beobachtungen oder mitgehörte Gespräche von Familienangehörigen der ärztlichen Schweigepflicht, siehe Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 15 m. w. N.

<sup>136</sup> Klaus, Ärztliche Schweigepflicht, ihr Inhalt und ihre Grenzen, 74 f. Aufgrund dieses weiten Verständnisses des inneren Zusammenhangs mit der ärztlichen Tätigkeit ist das Tatbestandsmerkmal auch zu bejahen, wenn der Patient einen Besuch beim Arzt zu einer allgemeinen Aussprache über sonstige Sorgen und Nöte ausweitet oder den Arzt (vergeblich) um Ausstellung eines falschen Gesundheitszeugnisses bittet, siehe Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 14.

<sup>137</sup> Eine derartige Situation ist z. B. gegeben, wenn ein Versicherungsunternehmen vor Abschluss eines Versicherungsvertrages auf seine Kosten eine ärztliche Untersuchung des Versicherungsnehmers durchführen lässt. Da in diesem Fall das Versicherungsunternehmen den Auftrag zur Untersuchung gegeben hat, ist ausschließlich dieses zivilrechtlicher Vertragspartner des Arztes, siehe LG Hamburg, VersR 1982, 997.

<sup>138</sup> Aus diesem Grund ist ein innerer Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit auch zu bejahen, wenn die Mitteilung nicht während der Sprechstunde gemacht wird, sondern der Arzt bei einer anderen Gelegenheit, z. B. auf der Straße oder bei gesellschaftlichen Anlässen, in seiner beruflichen Eigenschaft in Anspruch genommen wird. Hat der Arzt das Geheimnis hingegen nicht aufgrund seines medizinischen Sachverstandes erfahren, ist der Patient nur über das Deliktsrecht gegen dessen Weitergabe geschützt, siehe dazu auch Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 47.

wenn der Arzt ein Geheimnis bereits vor seiner beruflichen Kenntnisnahme auf andere Weise erfahren hat oder wenn er es später noch einmal außerhalb seiner Berufstätigkeit erfährt<sup>139</sup>.

Dieser Auffassung ist allerdings nicht zuzustimmen, da der Patient vom Arzt zu Recht erwartet, dass sich dieser - unabhängig vom Verhalten anderer „Vertrauenspersonen“ - nicht an der Weitergabe eines Geheimnisses beteiligt, und der Patient daher in jedem Fall des Schutzes vor ärztlichen Indiskretionen bedarf. Aus diesem Grund ist der Arzt strafrechtlich nicht nur in den Fällen zur Verschwiegenheit verpflichtet, in denen er das Geheimnis *ausschließlich* in beruflichem Zusammenhang erfahren hat, sondern auch in solchen, in denen er es *auch* in derartigem Zusammenhang erfahren hat.

Nach einer Ansicht ist der innere Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit zu verneinen, sofern der Arzt die entsprechenden Tatsachen im Rahmen einer notfalls zwangsweise durchführbaren gutachterlichen Untersuchung erfahren hat<sup>140</sup>. Insofern obliege dem Sachverständigen keine tatbestandliche Schweigepflicht<sup>141</sup>. Die Vertreter dieser Ansicht argumentieren, das Verhältnis zwischen staatlichem Sachverständigen und dem Begutachteten sei nicht mit dem ansonsten zwischen Arzt und Patient bestehenden Vertrauensverhältnis vergleichbar, da der staatlich eingesetzte Sachverständige dem Untersuchten nicht als Arzt, sondern als Beauftragter des Gerichts entgegentrete. Somit habe er das Geheimnis nicht unter Umständen erfahren, aus denen sich eine Verschwiegenheitspflicht ergebe.

Eine andere Auffassung schließt auch im Rahmen zwangsweise durchführbarer gutachterlicher Untersuchungen die Tatbestandsmäßigkeit gem. § 203 StGB nicht aus, da unter einem Anvertrauen oder Bekanntwerden in ärztlicher Eigenschaft die Wahrnehmung aller Tatsachen zu verstehen sei, die der Arzt in seiner fachlichen Eigenschaft wahrgenommen habe<sup>142</sup>. Auch das Offenbaren derart erfahrener Geheimnisse könne daher den Tatbestand des § 203 StGB erfüllen. Allerdings sei der Sachverständige nur dann gemäß dieser Norm strafbar, wenn er die erfahrenen Geheimnisse außerhalb der ihm übertragenen Aufgabe bzw. ohne Einwilligung des Geheimnisträgers mitteile, da seine Offenbarung anderenfalls gerechtfertigt sei.

---

<sup>139</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 18; LK-Jähnke, §§ 185-262 StGB, Fünfter Band, 10. Aufl., Berlin, 1989, § 203 StGB, Rn. 38.

<sup>140</sup> Im Rahmen ärztlicher Sachverständigengutachten, bezüglich derer keine Duldungspflicht des Untersuchten besteht, ergeben sich keine besonderen Rechtsfragen, da hier sowohl die Einwilligung in die Untersuchung als auch die Offenbarung des Ergebnisses an den Veranlasser ausschließlich in der Verfügungsgewalt des Probanden liegen. Derartige Untersuchungen sind daher unstreitig vom Tatbestand des § 203 StGB erfasst.

<sup>141</sup> RGSt 61, 384, 385; 66, 273, 275; E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 32 ff.

<sup>142</sup> BHGSt, MedR 2002, 309, 309; BGHZ 40, 288, 293 f.; LK-Schünemann, Fünfter Band, §§ 146-222 StGB, 11. Aufl., Berlin, 2000, § 203 StGB, Rn. 125; Krauß, ZStW 97 (1985), 92, 96 ff.

Für diese Ansicht spricht, dass auch zwischen dem Probanden und dem ärztlichen Sachverständigen regelmäßig ein Vertrauensverhältnis dahingehend entsteht, dass der Sachverständige die gewonnenen Erkenntnisse ausschließlich der zuständigen staatlichen Stelle im Rahmen des ihm erteilten Auftrages, nicht aber darüber hinausgehend offenbart<sup>143</sup>. Dieses Vertrauensverhältnis entsteht unabhängig davon, ob der Proband in die gutachterliche Untersuchung aus freiem Willen einwilligte oder ob diese notfalls unter Zwang vorgenommen wurde bzw. vernehmbar ist<sup>144</sup>. Die von der gegenteiligen Auffassung vertretene Tatbestandseinschränkung kann dem aus dem Verfassungsrecht abgeleiteten Schutz der Geheimnissphäre der Patienten, dem § 203 StGB primär dient, nicht gerecht werden.

#### **d) Geheimnisoffenbarung**

Tathandlung des § 203 StGB ist das Offenbaren eines unter den angeführten Voraussetzungen erfahrenen Geheimnisses.

Als Offenbaren gilt jedes Mitteilen des Geheimnisses an einen Dritten, der es nicht, nicht sicher<sup>145</sup>, nicht in diesem Umfang oder nicht in dieser Form kennt<sup>146</sup>.

Da die Schweigepflicht des § 203 StGB nicht auf die Verschwiegenheit als solche, sondern auf die Wahrung des Geheimnisses gerichtet ist, kann eine Offenbarung i. S. d. § 203 StGB auch durch schlüssiges Verhalten oder durch Unterlassen erfolgen<sup>147</sup>, z. B. dadurch, dass der Arzt die Einsichtnahme in Krankenunterlagen oder sogar deren Mitnahme nicht verhindert<sup>148</sup>.

Eine tatbestandliche Geheimnisoffenbarung liegt ebenfalls vor, wenn die Mitteilung gegenüber einem ebenfalls Schweigepflichtigen oder gegenüber einem Angehörigen des Patienten erfolgt, z. B. um dessen gesundheitlichen Interessen Rechnung zu tragen.

---

<sup>143</sup> BGHSt 38, 369, 370.

<sup>144</sup> BGHZ 40, 288, 293 m. w. N.; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 143.

<sup>145</sup> Es reicht daher zur Erfüllung des Tatbestands des § 203 StGB aus, wenn der Schweigepflichtige eine ihm gegenüber geäußerte Vermutung, unsichere Kenntnis oder ein ihm gegenüber geäußertes Gerücht bestätigt, siehe RGSt 38, 62, 65.

<sup>146</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203, Rn. 19.

<sup>147</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 203 StGB, Rn. 30 b.

<sup>148</sup> Schönke/Schröder (Stree), StGB, 27. Aufl., 2006, § 13, Rn. 31. Berufet sich ein Arzt allerdings lediglich auf seine Schweigepflicht, darf dies nicht als Geheimnisoffenbarung gedeutet werden, selbst wenn aus der Auskunftsverweigerung bestimmte Schlüsse gezogen werden können, da man ihn anderenfalls zwingen würde, „die Unwahrheit zu sagen, um jedwede Schlussfolgerung seitens Dritter auszuschließen“, siehe Melzer, Der Bruch der ärztlichen Schweigepflicht nach § 300 StGB in der Fassung vom 4. 8. 1953, 36.

Da auch der Beruf des Arztes durch einen Trend zu fortschreitender Spezialisierung gekennzeichnet wird, ist eine zeitgleiche bzw. aufeinander aufbauende Behandlung durch mehrere Ärzte verschiedener Fachrichtungen Normalität geworden. Auch zwischen diesen ist eine Informationsübermittlung allerdings nur zulässig, wenn eine entsprechende Einwilligung des Patienten vorliegt<sup>149</sup>, wie es auch § 73 I b SGB V bezüglich der Übermittlung von patientenbezogenen Daten zwischen Hausarzt und Facharzt im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung normiert. Ein Offenbaren i. S. d. § 203 StGB ist hingegen zu verneinen, wenn der Arzt im Rahmen seiner Behandlungs- und Heilungspflicht Patientendaten an seine Helfer weiterleitet, sofern es ihrer Aufgabenerfüllung dient, da diese am konkreten Vertrauensverhältnis teilnehmen<sup>150</sup>.

#### **e) Tatbestandliche Besonderheiten des § 203 II StGB**

Ist der Arzt z. B. als Klinik- bzw. Anstaltsarzt, Arzt im Strafvollzugs- bzw. Truppendienst Amtsträger i. S. d. § 11 I 2 StGB, obliegt ihm zusätzlich eine dienstliche Schweigepflicht.

Die innerbehördliche Weitergabe eines im beruflichen Zusammenhang erfahrenen Geheimnisses oder eine solche gegenüber der jeweiligen Aufsichtsbehörde ist zwar grundsätzlich nicht vom Tatbestand des § 203 II StGB erfasst. So ist das Tatbestandsmerkmal des Offenbarens i. S. d. § 203 II StGB in der Regel zu verneinen, wenn das Geheimnis im Bereich einer Behörde im funktionalen Sinn ordnungsgemäß zur Kenntnis eines anderen zuständigen Behördenangehörigen gelangt, da Geheimnisse nicht einem einzelnen Behördenangehörigen, sondern grundsätzlich der Behörde als solcher mitgeteilt werden<sup>151</sup>.

Da § 203 II StGB jedoch den Personenkreis der Schweigepflichtigen gegenüber § 203 I StGB erweitern und einen verbesserten Schutz der Geheimnisträger ermöglichen soll, verbietet sich eine derartige Tatbestandsauslegung bei Amtsträgern, die zugleich Inhaber einer besonderen Vertrauensstellung i. S. d. § 203 I StGB sind und denen aufgrund dieser speziellen, nicht auf die Behörde übertragbaren Stellung Geheimnisse mitgeteilt werden. Diese unterliegen bei jeder

---

<sup>149</sup> Weise, Persönlichkeitsschutz durch Nebenpflichten: dargestellt an den Beispielen des Arbeits- und Arztvertrages, 199; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 64 m. w. N.

<sup>150</sup> Weise, Persönlichkeitsschutz durch Nebenpflichten: dargestellt an den Beispielen des Arbeits- und Arztvertrages, 196; Kleinewefers/Wilts, NJW 1963, 2345, 2346; Langkeit, NStZ 1994, 6, 6; Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 19. In diesen Fällen wäre im Übrigen selbst bei Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit eine konkludente Einwilligung des Patienten in die Weitergabe seiner Daten und damit die Straflosigkeit des Arztes anzunehmen, siehe Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 98.

<sup>151</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 45.

Datenweitergabe nicht § 203 II 1 StGB, sondern den strengeren Anforderungen des § 203 I StGB<sup>152</sup>. Ihnen obliegt daher auch eine behördeninterne Schweigepflicht.

## **II. Die ärztliche Schweigepflicht gem. § 353 b I StGB**

Sofern der behandelnde Arzt Amtsträger i. S. d. § 11 I Nr. 2 StGB<sup>153</sup> ist, kann bezüglich seiner Schweigepflichtverletzung neben einem Verstoß gegen § 203 StGB auch ein solcher gegen den tatbestandlich über § 203 StGB hinausgehenden<sup>154</sup> § 353 b I StGB wegen Verletzung des Dienstgeheimnisses oder einer besonderen Geheimhaltungspflicht in Betracht kommen.

Nach dieser Norm macht sich strafbar, wer vorsätzlich ein Geheimnis, das ihm als Amtsträger anvertraut wurde oder sonst bekannt geworden ist, unbefugt<sup>155</sup> offenbart und dadurch vorsätzlich oder fahrlässig wichtige öffentliche Interessen gefährdet. Auch der Versuch der Tat ist gem. § 353 b III StGB strafbar.

Das Geheimnis ist dem Täter im inneren Zusammenhang mit seiner dienstlichen Tätigkeit anvertraut worden, wenn er es aus dienstlichem Anlass und wegen des ihm durch seine

---

<sup>152</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB; Rn. 45 m. w. N., Rn. 56; Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 50 f. m. w. N.; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 124.

<sup>153</sup> Ob der Arzt noch zur Zeit der Tat Amtsträger i. S. d. § 11 I Nr. 2 StGB ist, ist unerheblich für die Tätoreigenschaft i. S. d. § 353 b I StGB. Allein maßgeblich ist vielmehr, ob er zur Zeit der Kenntniserlangung des Geheimnisses zu diesem Personenkreis gehörte, siehe Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), StGB, 27. Aufl., 2006, § 353 b StGB, Rn. 10 m. w. N..

<sup>154</sup> Abgesehen von den zusätzlichen Anforderungen des § 353 b I StGB bestehen zwischen beiden Normen tatbestandliche Gemeinsamkeiten:

So ist der Begriff des Geheimnisses – sofern es sich um ein primär privates Geheimnis handelt – identisch mit der Auslegung dieses Begriffes im Rahmen des § 203 StGB. Aus der tatbestandlichen Einschränkung, dass durch die Geheimnisoffenbarung wichtige öffentliche Interessen gefährdet sein müssen, ergibt sich keine Einschränkung des Geheimnisbegriffes, siehe Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 353 b StGB, Rn. 7 a; aA Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), StGB, 27. Aufl., 2006, § 353 b StGB, Rn. 6 f.

Auch das Tatbestandsmerkmal der Geheimnisoffenbarung ist identisch mit der Auslegung dieses Begriffes im Rahmen des § 203 StGB, so dass dieses erfüllt ist, wenn das Geheimnis einem Dritten zur Kenntnis gebracht wird, der es nicht, nicht sicher, nicht in diesem Umfang oder nicht in dieser Form kannte, siehe Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), StGB, 27. Aufl., 2006, StGB, 27. Aufl., 2006, § 353 b StGB, Rn. 8 m. w. N.

<sup>155</sup> Der in § 353 b I StGB benutzte Ausdruck „unbefugt“ bezeichnet wie im Rahmen des § 203 StGB das allgemeine Erfordernis der Rechtswidrigkeit.

Als Rechtfertigungsgründe kommen im Rahmen des § 353 b I StGB vor allem die spezialgesetzlich geregelten ärztlichen Offenbarungspflichten sowie das Vorliegen einer Notstandslage i. S. d. § 34 StGB in Betracht.

Das Institut der Einwilligung hingegen erlangt im Rahmen des § 353 b I StGB nicht die Bedeutung als Rechtfertigungsgrund, die ihm im Rahmen des § 203 StGB zukommt: Grundsätzlich fehlt es schon an der Gefährdung eines öffentlichen Interesses, wenn der Berechtigte der Offenbarung eines Privatgeheimnisses zugestimmt hat, so dass in diesem Fall bereits der Tatbestand des § 353 I StGB nicht erfüllt ist. Sollte allerdings ausnahmsweise trotz bestehender Einwilligung ein öffentliches Interesse gefährdet sein, so hat die private Einwilligung wegen des ebenfalls verletzten Rechtsgutes der Allgemeinheit keine rechtfertigende Wirkung, Lackner/Kühl (Kühl), § 353 b StGB, Rn. 13 m. w. N.

dienstliche Tätigkeit entgegengebrachten Vertrauens erfahren hat<sup>156</sup>; bekanntgeworden in innerem Zusammenhang mit dieser dienstlichen Tätigkeit ist das Geheimnis schon dann, wenn der Täter zur Kenntniserlangung seine speziellen dienstlichen Möglichkeiten unbefugt ausnutzt<sup>157</sup>.

Als Taterfolg setzt § 353 b I StGB eine Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen<sup>158</sup> voraus, die bereits zu bejahen ist, wenn die Geheimnisoffenbarung mittelbar wichtige öffentliche Interessen wie das Ansehen der Behörde oder das öffentliche Vertrauen u. a. in die Verschwiegenheit der Amtspersonen gefährdet<sup>159</sup>. Der Taterfolg ist daher z. B. gegeben, wenn ein Anstalts-, Truppen- oder Amtsarzt im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit erfahrene Geheimnisse an Dritte weitergibt.

---

<sup>156</sup> Schönke/Schröder (Lenckner/Perron) StGB, 27. Aufl., 2006, § 353 b StGB, Rn. 7.

<sup>157</sup> Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), StGB, 27. Aufl., 2006, § 353 b StGB, Rn. 7.

<sup>158</sup> Wichtige öffentliche Interessen in diesem Sinne sind alle öffentlichen Belange von einigem Rang, siehe Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), StGB, 27. Aufl., 2006, § 353 b StGB, Rn. 9 m. w. N.

<sup>159</sup> OLG Hamm, NJW 2000, 1280; aA Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), StGB, 27. Aufl., 2006, § 353 b StGB, Rn. 6 f. m. w. N.

## C. Die ärztliche Schweigepflicht als behandlungsvertragliche Nebenpflicht

Die Pflicht zur ärztlichen Verschwiegenheit ergibt sich auch aus der zwischen Arzt und Patient bestehenden Rechtsbeziehung, bezüglich deren Rechtsnatur teilweise danach differenziert wird, ob der Patient privat oder gesetzlich krankenversichert ist.

### I. Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Privatpatient

Das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Privatpatient wird teilweise als Werkvertrag<sup>160</sup> oder als Vertrag sui generis<sup>161</sup> qualifiziert.

Eine generelle Einordnung des Arztvertrages als Werkvertrag würde dem Wesen des Arztvertrages und der Stellung des Arztes in der Gesellschaft widersprechen, weil dem Arzt hiermit das Risiko des Erfolges seiner Tätigkeit aufgebürdet würde. Eine solche Einordnung würde zudem in der Regel den mit einer Heilbehandlung verbundenen Unwägbarkeiten nicht gerecht, weshalb der Arzt für deren Erfolg nicht generell einstehen kann und will. Er verpflichtet sich vertraglich vielmehr nur, den geschuldeten Eingriff dem medizinischen Standard entsprechend durchzuführen. So weist *Taupitz* in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass viele Patienten aufgrund populärer medizinischer Erfolgsberichte eine gewisse Erwartungshaltung einnehmen und nicht mehr bereit sind, Krankheiten als schicksalhaft hinzunehmen. Zusammen mit einer zunehmend merkantilistischen Prägung der Gesellschaft führe dies „zu der Forderung oder zumindest Erwartung, dass der Arzt die Garantie für die Behandlung übernehmen müsse. Gesundheit wird als käufliches Gut betrachtet. Derartige Forderungen, die vom Arzt Unmögliches verlangen, darf das Recht nicht unterstützen.“<sup>162</sup>

Die Annahme eines Vertrages sui generis zwischen Arzt und (Privat)patient könnte im Gewährleistungsrecht zu Rechtsunsicherheiten führen. Zudem ist das Arzt-Patient-Verhältnis bereits durch Anwendung dienstvertraglicher und gegebenenfalls werkvertraglicher Normen unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Arzt-Patient-Verhältnisses zufriedenstellend zu regeln,

---

<sup>160</sup> So vor allem Jakobs, NJW 1975, 1437, 1438.

<sup>161</sup> Deutsch, Medizinrecht, 4. Aufl., Rn. 67 m. w. N.; Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13, Rn. 27; Luig, Der Arztvertrag, 227; Staudinger-Richardi, BGB, Buch 2, §§ 611-615 BGB, 14. Bearbeitung, 2005, Vorbem zu § 611 ff., Rn. 53 f.

<sup>162</sup> Taupitz, NJW 1986, 2851, 2857.

so dass es der Annahme eines Vertrages sui generis nicht bedarf<sup>163</sup>.

Mit der herrschenden Meinung<sup>164</sup> ist der Vertrag zwischen Arzt und Privatpatient daher als Dienstvertrag einzuordnen<sup>165</sup>, was aber nicht ausschließt, dass dieser auch einzelne Elemente eines Werkvertrages enthalten kann. Derartige werkvertragliche Elemente sind z. B. bei der Herstellung und Lieferung von die Behandlung unterstützenden Gegenständen, bei der Erstellung von Laboranalysen, u. U. bei der Vornahme einer bestimmten Operation oder bei der Erbringung technischer Leistungen im Rahmen der Behandlung anzunehmen<sup>166</sup>.

## II. Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Kassenpatient

Bezüglich der Rechtsbeziehung zwischen Vertragsarzt<sup>167</sup> und Kassenpatient ist insbesondere streitig, ob diese als privat- oder als öffentlich-rechtliche einzuordnen ist, da sich das Recht der Leistungserbringung im Krankenversicherungsrecht durch ein Nebeneinander von öffentlichem Recht und Privatrecht auszeichnet.

Teilweise wird vertreten, zwischen Vertragsarzt und Kassenpatient bestehe ein gesetzliches Schuldverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> Der BGH hat in diesem Zusammenhang betont, dass es z. B. für das Bestehen einer Aufklärungspflicht nicht ausschlaggebend sei, ob das rechtliche Verhältnis zwischen Arzt und Patient als Dienstvertrag oder aber als Vertrag sui generis eingeordnet wird. Bei Prüfung vertraglicher Pflichten sei vielmehr zu berücksichtigen, dass diese Beziehung, indem sie ein besonderes Vertrauen voraussetzt, weit mehr als eine gewöhnliche juristische Vertragsbeziehung sei und Arzt und Patient nicht nur Partner bürgerlich-rechtlicher Verträge seien, BGHZ 29, 46, 52 f.; siehe auch: BVerfG, NJW 1979, 1925, 1930.

<sup>164</sup> Kritisch zum Begriff der „herrschenden Meinung“ als solcher: Folke Schmidt, Zur Methode der Rechtsfindung, 220.

<sup>165</sup> Siehe Laufs/Uhlenbruck (Uhlenbruck/Laufs), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 39, Rn. 10 m. w. N.; weiterführend auch Laufs/Uhlenbruck (Uhlenbruck/Laufs), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 40, Rn. 2 ff. m. w. N.; Weise, Persönlichkeitsschutz durch Nebenpflichten: dargestellt an den Beispielen des Arbeits- und Arztvertrages, 36 ff.

<sup>166</sup> Siehe weiterführend: Laufs/Uhlenbruck (Uhlenbruck/Laufs), § 39, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, Rn. 11.

<sup>167</sup> Als Vertragsärzte werden seit Inkrafttreten des Gesundheits-Strukturgesetzes vom 21. 12. 1992 (BGBl. I, 2266) alle Ärzte, die gesetzlich Krankenversicherte betreuen, bezeichnet. Zuvor hießen die Ärzte, die an der Versorgung gesetzlich Krankenversicherter beteiligt waren, Kassenärzte und die Ärzte, die Versicherte der Ersatzkassen behandelten, Vertragsärzte.

<sup>168</sup> So die sog. „Versorgungskonzeption“, der zufolge zwischen Arzt und gesetzlich krankenversichertem Patienten kein bürgerlich-rechtlicher (Dienst)vertrag, sondern ein gesetzliches Schuldverhältnis, das seine Grundlage in §§ 76 IV, 95 II und IV SGB V finde, bzw. eine öffentlich-rechtliche Sonderbeziehung zustandekommt. Die „Versorgungskonzeption“ resultiert aus der Annahme, dass sich das komplexe Versorgungssystem der gesetzlichen Krankenversicherungen dahingehend auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vertragsarzt und seinen Patienten auswirke, dass der Vertragsarzt die ärztliche Behandlung kraft öffentlich-rechtlicher Verpflichtung gegenüber seiner Kassenärztlichen Vereinigung schulde und der Patient bei einem Arztbesuch den ihm gem. § 27 SGB V gegenüber der Krankenkasse zustehenden Behandlungsanspruch geltend mache, siehe Laufs/Uhlenbruck (Krauskopf), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 25, Rn. 6 ff. m. w. N.

Überwiegend wird hingegen die Auffassung vertreten, zwischen Vertragsarzt und Kassenpatient komme wie zwischen Arzt und Privatpatient ein Dienstvertrag i. S. d. § 611 BGB zustande<sup>169</sup>. Dem ist zuzustimmen.

Es ist nicht erkennbar, warum die rechtliche Beziehung zwischen Vertragsarzt und Patient öffentlich-rechtlicher Natur sein soll. Auch wenn die Vertragsärzte gem. §§ 95 ff. SGB V einem besonderen Zulassungsverfahren unterliegen und gem. § 95 III SGB V zur Behandlung verpflichtet sind, handeln sie gegenüber dem Versicherten nicht als beliehene Subjekte des Privatrechts in hoheitlicher Weise. Vielmehr treten sie dem Versicherten als selbständige Freiberufler gegenüber<sup>170</sup>.

Darüber hinaus kommt der Arztvertrag auch beim Kassenpatienten durch übereinstimmende Willenserklärungen von Arzt und Patient zustande, wobei ein Vertragsabschluß durch konkludentes Handeln möglich ist<sup>171</sup>. Aus § 76 IV SGB V, wonach die Übernahme der Behandlung eines Kassenpatienten den Vertragsarzt zur Sorgfalt nach den Vorschriften des Bürgerlichen Vertragsrechts verpflichtet, folgt, dass zwischen Vertragsarzt und Kassenpatient ein privatrechtlicher Behandlungsvertrag zustandekommt, der aufgrund der genannten Argumente als Dienstvertrag zu qualifizieren ist<sup>172</sup>.

### **III. Rechtsverhältnis im Rahmen der Krankenhausbehandlung**

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Privat- bzw. Kassenpatienten und dem Krankenhausarzt bzw. Krankenhausträger<sup>173</sup> ist ebenfalls in der Regel als privatrechtlich zu qualifizieren, lediglich

---

<sup>169</sup> So die sog. „Vertragskonzeption“, siehe BGHZ 76, 259, 261; 97, 273, 276; 100, 363, 367; 142, 126 ff.; Laufs/Uhlenbruck (Uhlenbruck), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 40, Rn. 31 m. w. N.; MüKo (Müller-Glöge), Band 2a, §§ 241-432 BGB, 4. Aufl., 2003, § 611 BGB Rn. 84 m. w. N.

<sup>170</sup> Siehe auch Waltermann, Sozialrecht, 6. Aufl., 2006, Rn. 198, der allerdings vertritt, zwischen Kassenpatient und Vertragsarzt bestehe ein „privatrechtliches Schuldverhältnis“.

<sup>171</sup> Dazu weiterführend: Laufs/Uhlenbruck (Uhlenbruck/Laufs), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 41, Rn. 10.

<sup>172</sup> Laufs/Uhlenbruck (Uhlenbruck/Laufs), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 41, Rn. 12 m. w. N.; MüKO (Müller-Glöge), Band 4, §§ 611-704 BGB, 4. Aufl., München, 2005, § 611 BGB, Rn. 84 m. w. N.

<sup>173</sup> In diesem Zusammenhang haben sich drei Grundtypen von Krankenhausaufnahmeverträgen herausgebildet: siehe zum totalen Krankenhausaufnahmevertrag sowie zu den Besonderheiten des gespaltenen Arzt-Krankenhausaufnahmevertrages und des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag: Laufs/Uhlenbruck (Genzel), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 93, Rn. 2 ff. ; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 40 f. m. w. N.

bei einer Zwangseinweisung des Patienten i. S. d. Strafprozessrechts oder der landesrechtlichen Verwahrungsgesetze ist eine öffentlich-rechtliche Beziehung anzunehmen<sup>174</sup>.

Der privatrechtliche Charakter des Krankenhaus- behandlungsvertrages nicht nur des Selbstzahlers, sondern auch des sozialversicherten Patient ergibt sich (auch) aus der Tatsache, dass auch der sozialversicherte Patient in der Regel persönlich eine entsprechende Aufnahmeerklärung unterzeichnet, aus deren Inhalt ihm alle vertraglichen und deliktischen Ansprüche zivilrechtlicher Art zustehen. Auch der Kassenpatient kann wie der Selbstzahler entscheiden, ob er die entsprechende Krankenhausaufnahme wünscht oder nicht, seine Privatautonomie wird nicht dadurch eingeschränkt, dass seine Krankenkasse als Dritter i. S. d. § 267 BGB die Kosten trägt<sup>175</sup>.

#### **IV. Inhalt des Behandlungsvertrages**

Sowohl der Vertrag zwischen Patient und niedergelassenem Arzt als auch jener zwischen Patient und Krankenhausarzt bzw. Krankenhausträger<sup>176</sup> enthalten die Hauptleistungspflicht, die zum Wohl des Patienten erforderlichen medizinischen Maßnahmen in einer den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechenden Weise auszuführen<sup>177</sup>. Der Arzt hat daher eine dem gegenwärtigen medizinischen Wissensstand entsprechende Diagnose zu stellen, den Patienten aufzuklären, zu beraten und ihn zur Heilung bzw. Linderung seiner Krankheit auf die angemessenste, schonendste und schnellste Weise zu therapieren<sup>178</sup>.

Neben dieser Hauptleistungspflicht besteht als Nebenleistungspflicht u. a.<sup>179</sup> die die Erreichung des Behandlungsziels und damit auch die Erfüllung des Behandlungsvertrages fördernde und

---

<sup>174</sup> BVerwG, NJW 1989, 2960; Laufs, *Arztrecht*, 5. Aufl., 1993, 5. Aufl., 1993, Rn. 87.

<sup>175</sup> Die früher teilweise vertretene Auffassung, wonach zwischen der gesetzlichen Krankenkasse und dem Krankenhausträger ein privatrechtlicher Vertrag zugunsten Dritter i. S. d. § 328 BGB zustande kommt, ist seit Erlass des Gesundheitsreform-gesetzes nicht mehr vertretbar, auch der sozialversicherte Patient ist vertragsschließende Partei, siehe Laufs/Uhlenbruck (Genzel), *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl., 2002, § 92, Rn. 5 f. m. w. N.; Schulin (Heinze), *Handbuch des Sozialrechts*, Band 1, *Krankenversicherungsrecht*, § 38, Rn. 2.

<sup>176</sup> Der Vertrag zwischen Patient und Krankenhausträger umfasst daneben weitere Hauptleistungspflichten, u. a. enthält er auch Elemente eines Beherbergungs- und Mietvertrages, siehe Laufs/Uhlenbruck (Genzel), *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl., 2002, § 93, Rn. 2.

<sup>177</sup> Bäune/Dahm, *MedR* 2004, 645, 653.

<sup>178</sup> Laufs, *Arztrecht*, 5. Aufl., 1993, Rn. 110.

<sup>179</sup> Weiterführend zu den spezifischen behandlungsvertraglichen Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten: Laufs/Uhlenbruck (Uhlenbruck/Laufs), *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl., 2002, §§ 53 ff.

sichernde ärztliche Schweigepflicht, die zusammen mit der Hauptleistungspflicht oder getrennt von dieser einklagbar ist<sup>180</sup>.

Wie die ärztliche Schweigepflicht zivilrechtlich herleitbar ist, wird kontrovers diskutiert.

Die ärztliche Pflicht zur Verschwiegenheit gehört nach einer Ansicht zu den aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben gem. §§ 157, 242 BGB konkludent vereinbarten Nebenpflichten des Arztvertrages<sup>181</sup>. Der Patient gehe bei Vertragsabschluss davon aus, dass der Arzt über im Zusammenhang mit der Behandlung bekannt gewordene Daten Stillschweigen bewahre, wobei diese Erwartung für den Arzt aus dem sehr persönlichen Inhalt der ihm anvertrauten Informationen erkennbar sei<sup>182</sup>.

Eine andere Ansicht dagegen nimmt als Rechtsgrund der ärztlichen Schweigepflicht die Inanspruchnahme gewährten Vertrauens an und lehnt es ab, die ärztliche Schweigepflicht mit einer konkludenten Vereinbarung im Rahmen des Arztvertrages zu begründen<sup>183</sup>.

Es kann allerdings dahinstehen, welcher Ansicht zu folgen ist, denn jedenfalls handelt es sich immer um eine nebenvertragliche Pflicht, deren Verletzung nach beiden Auffassungen zu identischen Rechtsfolgen führt.

## **V. Umfang der vertraglich geschuldeten Schweigepflicht**

Teilweise wird vertreten, die vertraglich geschuldete Schweigepflicht des Arztes umfasse grundsätzlich nur Patientengeheimnisse. Geheimnisse Dritter, die selbst nicht Vertragspartner seien, würden hingegen nur geschützt, wenn die betreffenden Personen im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in die vertraglichen Sorgfaltspflichten einbezogen seien<sup>184</sup>. Nur in derartigen Fällen dürfe der Patient darauf vertrauen, dass die ärztliche Schweigepflicht auch die Interessen dieser Personen an der Wahrung ihrer Geheimnisse umfasse<sup>185</sup>.

---

<sup>180</sup> You, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit bei der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht, 133.

<sup>181</sup> Kleinewefers/Wilts, NJW 1963, 2345, 2345 f.; Kuhlmann, JZ 1974, 670, 670; Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 113.

<sup>182</sup> Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 113.

<sup>183</sup> Weise, Persönlichkeitsschutz durch Nebenpflichten: dargestellt an den Beispielen des Arbeits- und Arztvertrages, 188 f.

<sup>184</sup> Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 39.

<sup>185</sup> Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 39.

M.E. muss allerdings aus der objektiven Interessenslage geschlossen werden, dass der Patient bei Vertragsabschluss davon ausgeht, dass der Arzt über alle Drittgeheimnisse, die er im Zusammenhang mit der Behandlung erfahren hat, die Verschwiegenheit wahrt. Diese Erwartung des Patienten ist dem Arzt durch den behandlungsvertraglichen Kontext, in dem er jene Geheimnisse erfuhr, erkennbar, so dass in gleicher Weise wie beim Patienten selber davon ausgegangen werden kann, dass der Arzt aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben gem. §§ 157, 242 BGB nebenvertraglich zur Wahrung derartiger Geheimnisse verpflichtet ist.

Eines Rückgriffes auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter um die Geheimnisse Dritter einem zivilrechtlichen Schutz zu unterstellen, bedarf es daher schon im Ansatz nicht. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Rechtsprechung eine Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Behandlungsvertrages bislang im Wesentlichen nur bei Schädigungen des Kindes vor, während und nach der Geburt bejahte<sup>186</sup>, ansonsten aber einer Einbeziehung Dritter, seien diese Angehörige oder Partner des Patienten, in den Schutzbereich eines Behandlungsvertrages äußerst restriktiv gegenüberstand<sup>187</sup>. Aus diesem Grund wären Drittgeheimnisse nach der Auffassung von *Timm* unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Rechtsprechung nur in sehr geringem Umfang vor einer Offenbarung geschützt, was angesichts der Tatsache, dass die Pflicht zur ärztlichen Verschwiegenheit ihre Grundlage im Verfassungsrecht findet, ein äußerst unbefriedigendes Ergebnis wäre.

---

<sup>186</sup> BGHZ 89, 263, 266; BGHZ 96, 360, 363; OLG Celle, JZ 1978, 528, 529; OLG Karlsruhe, NJW 1979, 599, 600.

<sup>187</sup> So verneinte der BGH die Einbeziehung des Ehemannes einer stationär untergebrachten Privatpatientin, der bei einem Besuch im Bereich des Krankenhauses zu Fall kam, in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages, da neben der Gewährung der Heilbehandlung als vertraglicher Hauptpflicht kein Raum für eine vertragliche Nebenpflicht zum Schutz von Angehörigen sei, siehe BGHZ 2, 94. Siehe zu den Schutzwirkungen des Behandlungsvertrages gegenüber dem minderjährigen nichtehelichen Vater: BGH, MedR 2002, 463, 464.

## **D. Grundlagen der Schweigepflicht im ärztlichen Berufsrecht**

### **I. Historische Entwicklung und Rechtswirkung der ärztlichen Berufsordnungen**

Auch das ärztliche Berufsrecht normiert in der Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (MBO) und in den einzelnen Landesberufsordnungen eine dem Patienten gegenüber bestehende Schweigepflicht.

Das Bestehen einer national einheitlichen ärztlichen Berufsordnung hat in Deutschland keine lange Tradition: Erst in den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts bemühten sich die Ärzte um eine reichseinheitliche Berufsordnung und beschlossen auf den deutschen Ärztetagen der Jahre 1925 und 1926 erstmals eine „Standesordnung für die deutschen Ärzte“<sup>188</sup>, die von den einzelnen Mitgliedsvereinen in ihre eigenen Satzungen aufgenommen und dadurch für die einzelnen Ärzte verbindlich werden sollte<sup>189</sup>. 1937 normierte die nationalsozialistisch orientierte „Berufsordnung für die deutschen Ärzte“<sup>190</sup> zum ersten Mal überregional verbindlich ärztliche Berufspflichten<sup>191</sup>.

Heutzutage ermächtigen die von den Bundesländern erlassenen Kammergesetze die Landesärztekammern zum Erlass der Berufsordnungen<sup>192</sup>, von dieser Ermächtigung wurde ausnahmslos Gebrauch gemacht. Rechtswirkung entfaltet die landesrechtliche Berufsordnung, wenn sie durch die Kammerversammlung der Landesärztekammer als Satzung beschlossen und von der Aufsichtsbehörde genehmigt wurde. Die so erlassenen Landesberufsordnungen ergehen auf der Grundlage der Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte, die in ständig novellierter Form durch die Deutschen Ärztetage als Hauptversammlung der privatrechtlich als nicht eingetragener Verein organisierten Bundesärztekammer<sup>193</sup> beschlossen wird und als rechtlich nicht verbindliche Empfehlung an die Landesärztekammern gerichtet ist. Im Dienste der

---

<sup>188</sup> Text in ÄVBl. 1926, 417 ff., diese Berufsordnung stellte im wesentlichen eine Fortentwicklung der Preuß StandesO unter Einbeziehung der Rechtsprechung des Preußischen Ehrengerichtshofs für Ärzte dar, siehe Knüpling, Untersuchungen zur Vorgeschichte der Deutschen Ärzteordnung von 1935, 20.

<sup>189</sup> Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 285 m. w. N.

<sup>190</sup> Text in DÄBl 1937, 1037 ff.

<sup>191</sup> Weiterführend zur historischen Entwicklung des ärztlichen Berufrechts: Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 16; Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 288 ff.

<sup>192</sup> Siehe hierzu die Nachweise bei Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 298, Fn. 554.

<sup>193</sup> Die Bundesärztekammer ist ein freiwilliger privatrechtlicher Zusammenschluss der Landesärztekammern. Ihre Rechtsform ist die eines nicht rechtsfähigen Vereins, allerdings kommt ihr mittlerweile aufgrund der ihr gesetzlich zugewiesenen Aufgaben der Rang einer gesetzlich beauftragten und ermächtigten Institution zu, vergl dazu weitergehend: Laufs/Uhlenbruck (Laufs), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 13, Rn. 13.

Rechtseinheit folgen die gegenüber der Bundesärztekammer rechtlich selbständigen Landesärztekammern weitgehend dieser Empfehlung.

Da die Landesberufsordnungen Satzungen der einzelnen Ärztekammern als autonomer Berufsverbände<sup>194</sup> und als solche für die Berufsangehörigen unmittelbar geltendes Recht sind, liegt die Einhaltung der jeweils geltenden Landesberufsordnung nicht im Ermessen des einzelnen Arztes, der nicht nur als freiberuflich tätig, sondern auch angestellter oder beamteter Arzt grundsätzlich einer Zwangsmitgliedschaft in der jeweiligen Landesärztekammer unterliegt<sup>195</sup>. Die Tatsache, dass angestellte bzw. beamtete Ärzte auch innerdienstlichen Weisungsrechten z. B. zur Weiterleitung von Patientendaten unterliegen, aus denen sich Kollisionen mit den Pflichten der Landesberufsordnungen ergeben können, steht einer Zwangsmitgliedschaft dieser Personengruppe nicht entgegen. Aus dem Bestehen des Weisungsrechts können weder die prinzipielle Unzulässigkeit der Unterwerfung dieser Personengruppe unter die Berufsordnungen noch deren Überflüssigkeit in diesem Bereich abgeleitet werden<sup>196</sup>.

Ob im konkreten Fall das Weisungsrecht und die Direktionsbefugnis des Arbeitgebers bzw. Vorgesetzten des angestellten bzw. beamteten Arztes oder die Pflichten der Landesberufsordnung den Vorrang haben, ist - außer in den Fällen, in denen die Berufsordnung ausdrücklich zurücktritt - im Rahmen einer einzelfallbezogenen Abwägung der beteiligten Interessen und Rechtsgüter zu entscheiden<sup>197</sup>. Bezüglich der ärztlichen Schweigepflicht ist in diesem Zusammenhang allerdings zu bedenken, dass die in den Landesberufsordnungen normierten Schweigepflichten als wesentliche, insbesondere dem Schutz des Patienten dienende Berufspflichten auch das Verhältnis des beamteten Arztes zum Dienstherrn prägen<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> BVerfGE 33, 125, 155.

<sup>195</sup> BVerwG, NJW 1972, 350, eine Verfassungsbeschwerde gegen diese Entscheidung wurde vom BVerfG wegen fehlender Aussicht auf Erfolg nicht angenommen, siehe dazu DÄBl 1973, 2326.

<sup>196</sup> Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1255 m. w. N.

<sup>197</sup> Laufs, FS Weitnauer, 363, 372; Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1256 m. w. N.

<sup>198</sup> OVG Lüneburg, NJW 1975, 2263 f. Im konkreten Fall hat es die ärztliche Schweigepflicht dem innerdienstlichen Weisungsrecht des Dienstherrn eines bei einer kommunalen Anstalt beschäftigten beamteten Arztes vorgehen lassen. Nach der Entscheidung darf der Dienstherr des Arztes von diesem die Herausgabe von Anästhesieprotokollen nur bei Vorliegen einer Zustimmung des Patienten verlangen, um aufgrund der darin enthaltenen Angaben mit den Kostenträgern abzurechnen.

## II. Inhalt der ärztlichen Berufsordnungen

Zentrale Norm in Bezug auf die ärztliche Schweigepflicht ist § 9 MBO, der wegen der immensen Bedeutung dieser Pflicht für das Arzt-Patient-Verhältnis als eine der wichtigsten Vorschriften des ärztlichen Berufsrechts zu betrachten ist<sup>199</sup>. § 9 MBO in der Fassung vom 24.11.2006 besagt:

„(1) Ärztinnen und Ärzte haben über das, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Ärztin oder Arzt anvertraut oder bekannt geworden ist – auch über den Tod der Patientin oder des Patienten hinaus – zu schweigen. Dazu gehören auch schriftliche Mitteilungen der Patientin oder des Patienten, Aufzeichnungen über Patientinnen oder Patienten, Röntgenaufnahmen und sonstige Untersuchungsbefunde.

(2) Ärztinnen oder Ärzte sind zur Offenbarung befugt, soweit sie von der Schweigepflicht entbunden worden sind oder soweit die Offenbarung zum Schutze eines höherwertigen Rechtsgutes erforderlich ist. Gesetzliche Aussage- und Anzeigepflichten bleiben unberührt. Soweit gesetzliche Vorschriften die Schweigepflicht der Ärztin oder des Arztes einschränken, soll die Ärztin oder der Arzt die Patientin oder den Patienten darüber unterrichten.

(3) Ärztinnen oder Ärzte haben ihre Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter und die Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der ärztlichen Tätigkeit teilnehmen, über die gesetzliche Pflicht zur Verschwiegenheit zu belehren und dies schriftlich festzuhalten.

(4) Wenn mehrere Ärztinnen oder Ärzte gleichzeitig oder nacheinander dieselbe Patientin oder denselben Patienten untersuchen oder behandeln, so sind sie untereinander von der Schweigepflicht insoweit befreit, als das Einverständnis der Patientin oder des Patienten vorliegt oder anzunehmen ist.“

Der Wortlaut der Norm suggeriert, dass die berufsrechtliche Schweigepflicht vor der Offenbarung aller Arten von Daten, die dem Arzt in seiner Berufseigenschaft anvertraut oder bekannt geworden sind, gegenüber jeder außerhalb der konkreten Arzt-Patient-Beziehung stehenden Person schützt<sup>200</sup>. Sie gewährt damit ihrem Wortlaut nach weitergehenden Schutz als die strafrechtliche Schweigepflicht des § 203 StGB, die nur vor der Offenbarung von Geheimnissen des Patienten schützt. § 9 I 1 MBO ist allerdings in Übereinstimmung mit § 203 StGB auszulegen, so dass auch nach der berufsrechtlichen ärztlichen Schweigepflicht Tatsachen, die einem unbestimmbaren Personenkreis bereits bekannt sind oder an deren Geheimhaltung der Geheimnisträger kein Interesse hat, nicht der ärztlichen Verschwiegenheit unterliegen<sup>201</sup>. Auch die berufsrechtliche Schweigepflicht umfasst Drittgeheimnisse, indem sie den Arzt ohne Differenzierung zwischen der Person des Anvertrauenden und der des Geheimnisträgers verpflichtet, über alles zu

---

<sup>199</sup> Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 4. Aufl., 2006, 61; Kirsch/Trilsch, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes – Die ärztliche Schweigepflicht, 56.

<sup>200</sup> Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 56.

<sup>201</sup> Ratzel/Lippert (Lippert), Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 4. Aufl., 2006, 62.

schweigen, was er in seiner beruflichen Eigenschaft erfahren hat; ebenfalls berufsrechtlich besteht gem. § 9 I 1 MBO eine postmortale Schweigepflicht des Arztes. Gem. § 9 II 1 MBO darf der Arzt die der Schweigepflicht unterliegenden Patientendaten nicht nur bei einer Einwilligung in die Offenbarung, sondern u. a. auch zum Schutz eines höherwertigen Rechtsgutes offenbaren. Unter diesem Begriff sind nicht nur die gesetzlichen und übergesetzlichen Rechtfertigungsgründe zu verstehen: Auch die Verfolgung berechtigter eigener Interessen des Arztes kann eine Offenbarung der Schweigepflicht unterliegender Patientendaten rechtfertigen, da ihm das Berufsrecht keine unangemessene Aufopferung seiner eigenen Interessen auferlegen darf. So ist eine Durchbrechung der Schweigepflicht z. B. zur Durchsetzung von Honorarforderungen auch berufsrechtlich zulässig<sup>202</sup>. Erst seit kurzem besteht die in § 9 II S. 3 MBO festgelegte Pflicht des Arztes, den Patienten auf die gesetzlichen Einschränkungen seiner Schweigepflicht hinzuweisen; es wird also (auch) berufsrechtlich vom Arzt erwartet, dass er die entsprechenden Vorschriften kennt, da er nur dann seiner Hinweispflicht nachkommen kann. Wie § 9 IV MBO klarstellt, gilt die berufsrechtliche ärztliche Schweigepflicht selbstverständlich auch im Verhältnis der Ärzte untereinander. Bis 1983 enthielt die MBO allerdings die Bestimmung, dass Ärzte, die gleichzeitig oder nacheinander denselben Patienten behandelten, untereinander insoweit von der Schweigepflicht befreit waren, „als der Patient nicht etwas anderes bestimmt“<sup>203</sup>. Die damalige Regelung war unzulässig, da sie eine generelle Einwilligung des Patienten in die Geheimnisoffenbarung anderen Ärzten gegenüber unterstellte und ihn damit belastete, vorsorglich entsprechende Verbote auszusprechen<sup>204</sup>; sie musste daher durch § 9 IV MBO abgelöst werden.

Hat der Patient ausdrücklich in die Weitergabe seiner Daten an andere Ärzte eingewilligt, so ist eine entsprechende Mitteilung (auch) berufsrechtlich nur im Zusammenhang mit dem konkreten Untersuchungsauftrag von der erteilten Einwilligung gedeckt. Ergibt die folgende Behandlung dagegen Zufallsbefunde, mit denen der Patient nicht rechnen konnte, wie dies z. B. bei der Diagnose einer weiteren, völlig andersartigen Krankheit der Fall ist, ist die Weitergabe dieses Befundes nicht mehr von der ursprünglich erteilten Einwilligung i. S. d. § 9 IV MBO gedeckt<sup>205</sup>. Dies gilt (auch berufsrechtlich) ungeachtet der Tatsache, dass es medizinisch oft sinnvoll wäre, z. B. den Hausarzt über Untersuchungen und Behandlungsmaßnahmen anderer Ärzte zu informieren, die (Zufalls)befunde entdeckt haben.

---

<sup>202</sup> Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 35 f.; K. Müller, MDR 1971, 965, 970.

<sup>203</sup> § 2 Abs. 6 der MBO in der Fassung von 1976.

<sup>204</sup> Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1308 m. w. N.

<sup>205</sup> Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 4. Aufl., 2006, 64 f.

## **E. Exkurs: Die ärztliche Schweigepflicht unterstützende Normen des Prozessrechts**

Die ärztliche Verschwiegenheit wäre nicht umfassend gewährleistet, wenn es nicht insbesondere im Prozessrecht auf deren Schutz zielende gesetzliche Regelungen gäbe<sup>206</sup>.

### **I. Zeugnisverweigerungsrechte gem. § 53 I Nr. 3 StPO und § 383 I Nr. 6 ZPO**

Soll der Arzt als Zeuge über Tatsachen aussagen, die seiner Schweigepflicht unterliegen, käme es grundsätzlich zu einem Konflikt mit seiner prozessualen Aussagepflicht.

Diesen Interessenkonflikt hat der Gesetzgeber durch Einführung der prozessualen Zeugnisverweigerungsrechte in § 53 I Nr. 3 StPO<sup>207</sup> und § 383 I Nr. 6 ZPO<sup>208</sup> grundsätzlich zugunsten der ärztlichen Schweigepflicht entschieden<sup>209</sup>, da erkannt wurde, dass der Normzweck der materiell-

---

<sup>206</sup> Die Normen des BDSG hingegen beeinflussen den nach den strafrechtlichen Normen bestehenden Umfang der ärztlichen Schweigepflicht gem. § 1 III 2 BDSG nicht. Das BDSG erleichtert weder noch erschwert es die Offenbarung durch das Strafrecht geschützter Patientendaten, siehe auch: Laufs/Uhlenbruck (Schlund), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 76, Rn. 24.

<sup>207</sup> § 53 I Nr. 3 StPO lautet: „Zur Verweigerung des Zeugnisses sind ferner berechtigt (...) Ärzte, Zahnärzte (...) über das, was ihnen in ihrer Berufseigenschaft anvertraut oder sonst bekannt geworden ist.“

Im Gegensatz zum Tatbestand des § 203 StGB und zum zivilprozessualen Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 I Nr. 6 ZPO umfasst das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht damit nicht nur Geheimnisse, sondern alle Tatsachen, die dem Arzt im Rahmen seiner Beratung, Untersuchung oder Heilbehandlung anvertraut oder bekannt geworden sind, siehe dazu ausführlich: Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 519 ff.; Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, StPO, 29. Aufl., 2006, § 53 StPO, Rn. 18 m. w. N.. Der gegenüber diesen Normen erweiterte sachliche Anwendungsbereich des § 53 II 1 StPO ermöglicht eine bessere Praktikabilität und Durchschaubarkeit für die Zeugnisverweigerungsberechtigten, die für die Normadressaten, zumal sie in den meisten Fällen juristische Laien sind, äußerst vorteilhaft ist, siehe Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 107.

<sup>208</sup> § 383 I Nr. 6 ZPO lautet: „Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt: Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschriften geboten ist, in betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.“ Bereits aus dem Wortlaut des § 383 I Nr. 6 ZPO ergibt sich, dass der Umfang des zivilprozessualen ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts mit jenem der in entsprechenden Normierungen festgelegten ärztlichen Schweigepflicht übereinstimmt. Darüber hinaus gewährt § 383 I Nr. 6 ZPO auch den im medizinischen Bereich tätigen Personen, deren Beruf keine „staatlich geregelte Ausbildung“ erfordert, wie z. B. den Heilpraktikern, ein zivilprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht und erweitert damit den von § 203 StGB erfassten, medizinisch tätigen Personenkreis. Das Gericht muss dem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 III ZPO dadurch Rechnung tragen, dass es gegenüber den in § 383 I Nr. 4-6 ZPO aufgezählten Personen Fragen vermeidet, die diese nur unter Verletzung ihrer Schweigepflicht beantworten können.

<sup>209</sup> Das *Bundesverfassungsgericht* hat in diesem Zusammenhang ausgeführt: „Soweit sich die Befugnis zur Aussageverweigerung auf Tatsachen aus dem privaten Lebensbereich des Bürgers bezieht, ist dem Schutz der Privatsphäre des Einzelnen gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit an vollständiger Sachaufklärung im Strafverfahren der Vorrang zuerkannt worden.“ Dazu weitergehend: BVerfGE 33, 367, 378.

rechtlichen Schweigepflicht ohne hierauf bezogene prozessuale Regelungen nicht zu erreichen ist<sup>210</sup>.

Die prozessualen Zeugnisverweigerungsrechte des Arztes tragen damit ebenso wie § 203 StGB primär dem Interesse des Patienten Rechnung, seine Geheimnissphäre betreffende Daten geheim zu halten<sup>211</sup>.

Das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes gem. § 383 I Nr. 6 ZPO gilt im gesamten Anwendungsbereich der ZPO direkt und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gem. § 15 I 1 FGG entsprechend.

Eine gerichtliche Belehrung des ärztlichen Zeugen über das ihm zustehende Zeugnisverweigerungsrecht ist weder im Zivil- noch im Strafprozess gesetzlich vorgesehen. Sie ist grundsätzlich<sup>212</sup> allerdings auch nicht erforderlich. Es muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass der ärztliche Zeuge die mit seinem Beruf zusammenhängenden Rechte und Pflichten kennt<sup>213</sup>, zumal die ärztliche Schweigepflicht nicht nur im StGB ausdrücklich normiert ist, sondern auch in § 9 MBO Erwähnung findet.

Ermächtigt der Patient den Arzt durch seine ausdrückliche oder konkludente<sup>214</sup> Einwilligung zur Aussage, so entfällt gem. § 53 II 1 StPO bzw. gem. § 385 II ZPO das entsprechende Zeugnisverweigerungsrecht in dem Umfang, in dem er von seiner Schweigepflicht entbunden ist<sup>215</sup>, so dass der Arzt zur Aussage nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist.

Die Prozessordnungen sprechen lediglich von einem Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes, nicht aber von einer derartigen Pflicht. Daher ist der Arzt - sofern kein eine Durchbrechung seiner materiell-rechtlichen Schweigepflicht rechtfertigender Grund vorliegt und er damit seiner prozessualen Zeugnispflicht nachkommen muss - prozessual berechtigt, selbstständig ohne jede

---

<sup>210</sup> Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 100.

<sup>211</sup> Siehe auch Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 526.

<sup>212</sup> Ausschließlich in den Fällen, in denen sich der Zeuge offensichtlich in Unkenntnis bezüglich seines Zeugnisverweigerungsrechts befindet, ist wegen der prozessualen Fürsorgepflicht des Gerichts eine diesbezügliche Belehrung des Zeugen geboten, siehe Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, StPO, 29. Aufl., 2006, § 53 StPO, Rn. 44.

<sup>213</sup> Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, § 53 StPO, Rn. 6.

<sup>214</sup> Siehe zu den Formen einer wirksamen Einwilligung im Zivil- und Strafprozess: Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, § 53 StPO, Rn. 47; Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 120 m. w. N.

<sup>215</sup> Der zur Entbindung von der Schweigepflicht Berechtigte kann die Einwilligung in die prozessuale Offenbarung jederzeit einschränken oder widerrufen. Eine bereits erfolgte Aussage des Arztes bleibt aber trotz des Widerrufs verwertbar, siehe Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 80.

äußere Einflussnahme darüber zu entscheiden, ob er sich nach Abwägung der widerstreitenden Interessen zur Aussage entschließt oder ob er sein Zeugnisverweigerungsrecht ausüben möchte<sup>216</sup>. Ebenso wie der zur Entbindung von der Schweigepflicht Berechtigte seine Einwilligung in die prozessuale Geheimnisoffenbarung widerrufen kann, kann der Arzt seine Bereitschaft zur Aussage sowohl im Zivil- als auch im Strafprozess jederzeit zurücknehmen. Eine bereits abgegebene Aussage bleibt allerdings trotz einer nunmehrigen Berufung auf das Zeugnisverweigerungsrecht verwertbar, sofern sie nicht aus anderen Gründen einem Beweisverwertungsverbot unterliegt<sup>217</sup>.

Entsprechend § 203 IV StGB gelten die prozessualen Zeugnisverweigerungsrechte auch nach dem Tod des Geheimnisträgers<sup>218</sup>.

## **II. Prozessuale Verwertbarkeit einer gegen § 203 I Nr. 1 StGB verstoßende Zeugenaussage**

Da der Arzt nur berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen<sup>219</sup>, fragt sich, ob eine gegen § 203 I Nr. 1 StGB verstoßende ärztliche Aussage, die im Strafverfahren entgegengenommen wurde, prozessual verwertbar ist oder ob ein diesbezügliches Beweisverwertungsverbot<sup>220</sup> besteht.

Einerseits wird vertreten, eine Verletzung der materiell-rechtlichen Schweigepflicht des Arztes durch seine prozessuale Aussage sei als prozessrechtlich unerheblich zu qualifizieren, so dass der Verstoß des Arztes gegen seine Verschwiegenheitspflicht gem. § 203 I Nr. 1 StGB keinen Einfluss auf die verfahrensrechtliche Verwertbarkeit seiner Zeugenaussage habe<sup>221</sup>. Vertreter dieser Auffassung weisen darauf hin, dass die ärztliche Zeugenaussage einerseits im prozessualen Bereich, in dem es um die gerichtliche Wahrheitsfindung geht, relevant werden kann, andererseits aber auch im außerprozessualen Bereich, in dem sich aus der Schweigepflichtverletzung soziale

---

<sup>216</sup> BGH, MedR 1997, 270, 270 f.; Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 71, Rn. 4

<sup>217</sup> Baumbach (Hartmann), ZPO, 65. Aufl., 2007, Einf §§ 383-389 ZPO, Rn. 4; KK-Senge, StPO, 5. Aufl., 2003, § 53 StPO, Rn. 8.

<sup>218</sup> BayObLG, FamRZ 1991, 1461; Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, § 53 StPO, Rn. 10 m. w. N.

<sup>219</sup> BGHSt 9, 59, 61; 15, 200, 202; 18, 146, 147; Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, § 53 StPO, Rn. 8; aA Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 115.

<sup>220</sup> Ein Beweisverwertungsverbot schließt wegen der Verletzung wichtiger prozessualer Normen bei der Beweiserhebung die Verwertung des Beweisergebnisses im weiteren Strafverfahren aus, siehe Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, Einleitung, Rn. 55.

<sup>221</sup> BGHSt 9, 59, 62; KK-Senge, StPO, 5. Aufl., 2003, § 53 StPO, Rn. 9.

Folgen ergeben können, Bedeutung erlangen könne<sup>222</sup>. Aus diesem Grund müsse die ärztliche Zeugenaussage einer doppelten Wertung unterzogen werden, wobei die Frage der Zulässigkeit einer prozessualen Handlung ausschließlich nach Prozessrecht zu entscheiden sei. Sei durch eine prozessuale Handlung eine Verletzung des materiellen Rechts entstanden, so könne dies nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führen<sup>223</sup>.

Nach anderer Auffassung hingegen besteht ein Beweisverwertungsverbot, sofern die Zeugenaussage des Arztes seine materiell-rechtliche Schweigepflicht verletzt<sup>224</sup>.

Gegen die eine prozessuale Verwertbarkeit befürwortende Ansicht spricht zunächst, dass § 53 I StPO ebenso wie § 203 StGB dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Patienten dient. Bereits dieses identische Schutzgut verbietet eine unterschiedliche rechtliche Bewertung derselben Handlung im materiellen und prozessualen Recht. Zudem tangiert eine unterschiedliche Behandlung auch aus anderem Grund den Gleichklang der Rechtsordnung: Nach dieser Ansicht wäre der Richter berechtigt, die Zeugenaussage trotz des Wissens, dass diese eine Verletzung der materiell-rechtlichen Schweigepflicht gem. § 203 I Nr. 1 StGB darstellt, entgegenzunehmen und als Beweismittel zu verwerten. Zugleich ist der Richter jedoch gem. § 183 S. 1 GVG verpflichtet, bezüglich in der Sitzung begangener Straftaten den Tatbestand festzustellen und der zuständigen Staatsanwaltschaft das hierüber aufgenommene Protokoll zu übermitteln.

Sofern eine ärztliche Zeugenaussage gegen § 203 I Nr. 1 StGB verstößt, besteht deshalb m. E. ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot.

Gleichwohl ergibt sich zumeist auch nach der Gegenansicht aufgrund eines verfassungsrechtlichen Beweisverwertungsverbots ein identisches Ergebnis bezüglich der Verwertbarkeit derartiger Zeugenaussagen<sup>225</sup>. Soweit durch die ärztliche Zeugenaussage die Autonomie, Identität bzw. Integrität des Patienten beeinträchtigt werden, soll nämlich deren prozessuale Verwertung verboten sein, weil anderenfalls ein unzulässiger Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht i. S. d. Art. 1 I i. V. m. Art. 2 I GG vorliegen würde<sup>226</sup>.

---

<sup>222</sup> E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 60.

<sup>223</sup> BGHSt 9, 59, 62; 15, 200.

<sup>224</sup> Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 117 f.; Lenckner, NJW 1965, 321, 326.

<sup>225</sup> Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 118.

<sup>226</sup> Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 118.

### III. Das Beschlagnahmeverbot gem. § 97 StPO

Das Beschlagnahmeverbot gem. § 97 StPO<sup>227</sup> ergänzt das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 I StPO, da der strafprozessuale Schutz der ärztlichen Schweigepflicht unvollständig wäre, wenn mündliche Zeugenaussagen der strafprozessualen Verwertbarkeit entzogen wären, Aufzeichnungen und vergleichbare Gegenstände aber verwertet werden könnten<sup>228</sup>.

Unter dem in § 97 I Nr. 1 StPO gebrauchten Begriff der schriftlichen Mitteilungen sind alle Gedankenäußerungen zwischen dem Zeugnisverweigerungsberechtigten und dem Beschuldigten zu verstehen, die zwecks Kenntnisnahme zwischen diesen ausgetauscht wurden, gleichgültig, ob der Zeugnisverweigerungsberechtigte sie im Original oder in einer Abschrift im Gewahrsam hat<sup>229</sup>. Aufzeichnungen i. S. d. § 97 I Nr. 2 StPO sind alle Wissensfixierungen des Zeugnisverweigerungsberechtigten, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht i. S. d. § 53 StPO erstreckt und die keine Mitteilungen an Dritte enthalten<sup>230</sup>. Im ärztlichen Bereich fallen z. B. Befundblätter, Patientenkarteien, Röntgenbilder und Ergebnisse eines CTs unter diesen Begriff<sup>231</sup>. Andere Gegenstände i. S. d. § 97 I Nr. 3 StPO sind z. B. Fremdkörper, die der Arzt aus dem Körper des Beschuldigten entfernte<sup>232</sup>, anatomische Präparate, Blutbilder, Alkoholbefunde<sup>233</sup> und vom Beschuldigten in Auftrag gegebene Sachverständigengutachten<sup>234</sup>.

Das Beschlagnahmeverbot gilt gem. § 97 II StPO im medizinischen Bereich nur für Gegenstände, die sich im Gewahrsam eines Arztes oder einer Krankenanstalt befinden. In verfassungskonformer Auslegung ist ein Gewahrsam des Arztes i. S. dieser Norm auch an Sachen anzunehmen, die er bei ebenfalls der Schweigepflicht unterliegenden Dritten, wie z. B. der Ärztekammer, aufbewahrt<sup>235</sup>, darüber hinaus ist das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO auch auf

---

<sup>227</sup> Gem. § 97 I StPO unterliegen schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und seinem zeugnisverweigerungsberechtigten Arzt, Aufzeichnungen und Untersuchungsbefunde, die ein Arzt über den Beschuldigten als seinen Patienten gemacht hat, sowie andere Gegenstände, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 I 1 Nr. 3 StPO bezieht, einem Beschlagnahmeverbot.

<sup>228</sup> Das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO dient wegen seiner mit § 53 I 1 Nr. 3 StPO identischen Schutzrichtung ebenfalls dem durch die Verfassung geschützten Interesse des Patienten an Geheimhaltung seiner Patientendaten, das *Bundesverfassungsgericht* betrachtet es daher als gesetzliche Konkretisierung der Grundrechte des Patienten aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG, siehe BVerfGE 32, 373, 381, 383 ff.

<sup>229</sup> Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, § 97 StPO, Rn. 28.

<sup>230</sup> Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 138 f.

<sup>231</sup> Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 139 m. w. N.

<sup>232</sup> OLG Nürnberg, NJW 1958, 272, 273.

<sup>233</sup> Dallinger, JZ 1953, 432, 437.

<sup>234</sup> Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, § 97 StPO, Rn. 41.

<sup>235</sup> Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 142 ff. m. w. N.

Patientenunterlagen auszudehnen, an denen der Zeugnisverweigerungsberechtigte freiwillig oder unfreiwillig den Besitz aufgegeben hat<sup>236</sup>.

§ 97 StPO findet ebenfalls Anwendung, wenn sich die Beschlagnahme ausschließlich gegen den zeugnisverweigerungsberechtigten Arzt als selbst Beschuldigten, nicht aber gegen den Patienten richtet<sup>237</sup>. Das schutzwürdige Interesse des gesetzestreuen Patienten an der Geheimhaltung dessen, was er dem Arzt anvertraut hat, muss auch in diesem Fall respektiert werden<sup>238</sup>. Nur diese Auslegung des § 97 StPO berücksichtigt, dass das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO ebenso wie die prozessualen Zeugnisverweigerungsrechte und wie § 203 I Nr. 1 StGB vorrangig dem Schutz des verfassungsrechtlich durch Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG geschützten Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Patienten dient<sup>239</sup>. Dieses Rechtsgut ist erst recht schützenswert, wenn ausschließlich der Arzt Straftaten begeht<sup>240</sup>.

Da das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO in die StPO eingefügt wurde, um eine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts durch eine Beschlagnahme der entsprechenden Unterlagen zu verhindern, entfällt auch jenes, wenn das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes durch eine wirksame Entbindung von der Schweigepflicht i. S. d. § 53 II 1 StPO aufgehoben ist<sup>241</sup>.

---

<sup>236</sup> Dies erklärt sich daraus, dass der strafprozessuale Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Patienten nicht davon abhängig gemacht werden darf, ob der Zeugnisverweigerungsberechtigte zum Zeitpunkt der Beschlagnahme Gewahrsamsinhaber war oder ob er den Gewahrsam an den Unterlagen gerade zufällig - z. B. unfreiwillig durch Diebstahl oder freiwillig durch Weitergabe an nicht schweigepflichtige Dritte - verloren hat, siehe auch Steinberg-Copek, Berufsgeheimnis und Aufzeichnungen des Arztes im Strafverfahren, 136 ff.

<sup>237</sup> Nach anderer Ansicht gilt das Beschlagnahmeverbot nur, sofern (auch) gegen den Patienten ein Strafverfahren eingeleitet oder anhängig ist, da § 97 StPO anderenfalls dazu dienen würde, den Straftäter zu schützen, der zufällig das Privileg hat, eine Vertrauensperson zu sein, siehe BVerfG, NJW 2000, 3557, 3557 f.; BGHSt 38, 144, 146 f.; Seibert, NSTZ 1987, 398, 398; Krekeler, NSTZ 1987, 199, 199; Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, § 97 StPO, Rn. 4 m. w. N.

<sup>238</sup> Bandisch, NJW 1987, 2200, 2204 m. w. N.; Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 542; i. E. auch Köhler, ZStW 107 (1995), 10, 36 f.

<sup>239</sup> Siehe auch Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 543.

<sup>240</sup> In einem derartigen Fall sollte versucht werden, eine Einwilligung des Berechtigten in die Beschlagnahme der Patientenunterlagen zu erlangen, wobei ihm ein möglichst weitgehender Schutz seines Geheimhaltungsinteresses, z. B. durch Anonymisierung der Unterlagen durch eine Vertrauensperson, zuzusichern ist. Auf diese Weise können Bedenken, durch eine extensive Auslegung des strafprozessualen Beschlagnahmeverbotes werde einem Missbrauch des Arzt-Patient-Verhältnisses durch straffällige Ärzte Vorschub geleistet, zerstreut werden: Der straffällige Arzt kann bei einem umfangreichen Schutz des Geheimhaltungsinteresses des Patienten nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Patient die Beschlagnahme seiner Krankenunterlagen verweigert und dass er dadurch der Strafverfolgung entgehen kann.

<sup>241</sup> BGHSt 38; 144, 145; OLG Hamburg, NJW 1962, 689, 690; Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, § 97 StPO, Rn. 24 m. w. N.; aA Göppinger, NJW 1958, 241, 241; Gülzow, NJW 1981, 265, 267, die einen Zusammenhang zwischen der Entbindung von der Schweigepflicht und dem Beschlagnahmeverbot verneinen.

Ein Verstoß gegen das Beschlagnahmeverbot hat ein Verwertungsverbot des gefundenen Beweismaterials zur Folge<sup>242</sup>, das entsprechende richterliche Untersuchungshandlungen ausschließt und die sofortige Rückgabe der beschlagnahmten Gegenstände erfordert<sup>243</sup>. § 97 StPO gilt im Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit analog<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> BGHSt 18, 227, 229 ff.; siehe dazu weitergehend: Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., 2006, § 97 StPO, Rn. 46 m. w. N.

<sup>243</sup> Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 151 m. w. N.

<sup>244</sup> Im Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit darf der Vorsitzende Richter gem. 106 III Nr. 2 SGG Krankenpapiere und andere medizinische Aufzeichnungen einsehen, um das sozialgerichtliche Verfahren zu beschleunigen und zu vereinfachen. Da es aber in höchstem Maße systemwidrig wäre, wenn Krankenpapiere zwar im Strafprozess, in dem wichtigste Gemeinschaftsinteressen auf dem Spiel stehen, nicht beschlagnahmt werden dürfen, dies aber in weniger bedeutsamen Verfahren möglich wäre, kann aus § 106 III SGG kein entsprechender Herausgabezwang des Arztes abgeleitet werden, siehe Lenckner in: Göppinger, Arzt und Recht - medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit, 1966, 159, 199; Meyer-Ladewig, SGG, 8. Aufl., 2005, § 106 SGG, Rn. 9 ff.

## **Teil 2:**

### **Kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter**

Nachdem die sich teilweise gegenseitig beeinflussenden Grundlagen der ärztlichen Schweigepflicht auf nationaler Ebene dargelegt wurden, gilt es, sich dem eigentlichen Kern der Arbeit, nämlich deren Ausgleich mit den kollidierenden Gesundheitsinteressen Dritter zuzuwenden.

In der Praxis des Arztes sind dabei im Hinblick auf das engere soziale Umfeld des Patienten insbesondere zwei Themenkomplexe bedeutsam:

Einerseits das Interesse konkret Ansteckungsgefährdeter am Schutz vor einer Infektionskrankheit und andererseits das Interesse potentiell ebenfalls von einer gesundheitlich nachteiligen Disposition betroffener Familienangehöriger, über diesen Umstand informiert zu werden.

#### **1. Kapitel: Kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter im Bereich der Infektionskrankheiten**

Leidet ein Patient an einer Infektionskrankheit, unterliegt diese Tatsache einerseits der ärztlichen Schweigepflicht.

Andererseits bestehen sowohl ein Interesse der konkret Ansteckungsgefährdeten, sich vor der Infektionskrankheit zu schützen, als auch ein Interesse der Allgemeinheit, die Ausbreitung der Krankheit zu verhindern. Diese Interessen können der Einhaltung der ärztlichen Schweigepflicht entgegenstehen.

Auf welche Weise zwischen der Pflicht zur ärztlichen Verschwiegenheit und dem mit ihr kollidierenden Interesse am Schutz vor Infektionen ein angemessener Ausgleich herbeizuführen ist, ist nur teilweise gesetzlich geregelt. Ansonsten muss zur Lösung des Interessenkonflikts auf die allgemeinen zivil- und auch strafrechtlichen Grundsätze zurückgegriffen werden. Die entsprechenden Grundsätze, aus denen ärztliche Offenbarungsrechte, aber auch -pflichten folgen, sollen im Folgenden dargelegt werden.

Dabei soll ausschließlich auf die Frage eingegangen werden, ob und wie umfassend der Arzt Personen aus dem engeren sozialen Umfeld seines Patienten schützen soll und darf.

## **A. Ärztliche Offenbarungsbefugnisse**

Sind Dritte durch die Infektionskrankheit eines behandelten Patienten Gesundheits- oder sogar Lebensgefahren ausgesetzt, kann der Arzt trotz seiner Pflicht zur Verschwiegenheit berechtigt sein, über die Ansteckungsgefahr zu informieren.

Derartige Offenbarungsrechte können sich aus einer Einwilligung des Patienten und aus § 34 StGB ergeben.

Die zivilrechtlichen Notstandsregeln des § 228 BGB bzw. § 904 BGB können hingegen eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber ansteckungsgefährdeten Dritten nicht rechtfertigen, da sie nur Eingriffe in das Eigentum zulassen.

### **I. Offenbarungsbefugnis aufgrund wirksamer Einwilligung**

Vor Erörterung der konkreten Frage, unter welchen Umständen der Arzt berechtigt ist, infektiionsgefährdeten Personen, die seinem ansteckenden Patienten nahe stehen, dessen Krankheit zu offenbaren, sollen die grundsätzlichen Voraussetzungen des Rechtsinstituts der Einwilligung dargelegt werden.

Die Einwilligung ist ihrem Wesen nach ein durch das Selbstbestimmungsrecht legitimierter Verzicht auf Rechtsschutz<sup>245</sup>. Sie stellt einen aus dem Prinzip des mangelnden Interesses folgenden Rechtfertigungsgrund dar, der auf dem Gedanken beruht, dass es keinen Anlass gibt, Güter zu schützen, die ihr Inhaber bewusst dem Zugriff Dritter preisgibt<sup>246</sup>.

Ihr Vorliegen ist nicht nur als Rechtfertigungsgrund im Rahmen des § 203 StGB relevant, sondern bewirkt gem. § 53 II S. 1 StPO bzw. gem. § 385 II ZPO auch, dass sich der Arzt nicht auf sein prozessuales Zeugnisverweigerungsrecht berufen kann.

Eine wirksame Einwilligungserklärung ist nicht nur ausdrücklich, sondern auch in konkludenter und sogar in mutmaßlicher Form möglich, wobei die ausdrückliche und die konkludente Form der Einwilligung in der medizinischen Praxis am häufigsten sind.

---

<sup>245</sup> BGHSt 17, 359, 360; Lackner/Kühl, (Kühl), § 32 StGB, Rn. 10 m. w. N.

<sup>246</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, Vorbem. §§ 32 ff. StGB, Rn. 33 m. w. N.

## 1. Voraussetzungen einer ausdrücklichen Einwilligung

Die ausdrückliche Einwilligung muss zu ihrer Wirksamkeit u. a.<sup>247</sup> folgende Voraussetzungen erfüllen.

Zunächst muss das beeinträchtigte Rechtsgut der Disposition des Einwilligenden unterliegen<sup>248</sup>, da dieser den Arzt nur wirksam von seiner Schweigepflicht entbinden kann, wenn er Verfügungsberechtigter ist. Im Normalfall vertraut der Patient dem Arzt Geheimnisse an, die ausschließlich ihn selbst betreffen, in diesen Fällen steht die Dispositionsbefugnis unstreitig dem Patienten als Geheimnisherrn zu<sup>249</sup>.

Problematisch ist die Dispositionsbefugnis und damit die Entbindung von der Schweigepflicht hingegen im Rahmen der Drittgeheimnisse. Solche liegen vor, wenn der Arzt im Rahmen der Behandlung eines Patienten Geheimnisse erfährt, die nicht den Patienten, sondern einen Dritten als Geheimnisherrn betreffen<sup>250</sup>. Kenntnis von Drittgeheimnissen kann der Arzt insbesondere im Rahmen einer Familienanamnese erhalten.

Es ist streitig, wer bei einem Drittgeheimnis in die Geheimnisoffenbarung einwilligen kann. *Kohlhaas* vertritt die Auffassung, auch in diesen Fällen sei allein der Patient einwilligungsbe-  
fugt<sup>251</sup>, da zwischen dem Dritten und dem Arzt kein Vertrauensverhältnis bestehe, das durch die Schweigepflicht gesichert werden müsse. Dagegen setzt sich in der Literatur neueren Datums immer mehr die Ansicht durch, dass in derartigen Fällen ausschließlich der Dritte befugt sei, in die Offenbarung des Geheimnisses einzuwilligen, da das Geheimnis nur ihn betreffe<sup>252</sup>.

---

<sup>247</sup> Ferner kann die Einwilligung nur rechtlich relevant sein, wenn sie vor der Straftat erfolgte und zur Tatzeit noch fortbesteht. Eine nachträgliche Einwilligung kann die Tat nicht mehr rechtfertigen, ist aber im Rahmen des § 203 I StGB dennoch bedeutsam, da es sich bei dieser Norm gem. § 205 StGB um ein Antragsdelikt handelt, dessen Verfolgung vom Willen des Geheimnisherrn abhängt. Außerdem muss die Einwilligung ernst gemeint sein und muss aus freier, nicht durch einen rechtsgutsbezogenen Irrtum geprägten Entscheidung getroffen worden sein. Des Weiteren darf die Offenbarung des Geheimnisses nicht über die Einwilligung hinausgehen. Der Arzt muss außerdem in Kenntnis und aufgrund der Einwilligung handeln.

<sup>248</sup> BGH, NJW 1992, 251, 252.

<sup>249</sup> Bieber, Datenschutz und ärztliche Schweigepflicht, 88; Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 23 m. w. N.

<sup>250</sup> Hackel, NJW 1969, 2257, 2257; Klaus, Ärztliche Schweigepflicht, ihr Inhalt und ihre Grenzen, 61; Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 70. Zu beachten ist, dass bei Vorliegen eines Drittgeheimnisses neben diesem Geheimnis des Dritten auch ein Geheimnis des Patienten vorliegt, weil letzterer dem Arzt das Geheimnis des Dritten mitgeteilt hat. Bezüglich dieses Geheimnisses ist Patient Verfügungsberechtigter, siehe Göppinger, NJW 1958, 241, 243; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 28 m. w. N.

<sup>251</sup> Kohlhaas, Medizin und Recht, 12.

<sup>252</sup> Darstellung des Meinungsstandes in Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 203 StGB, Rn. 34; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 27, 59; Bartsch, Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 73; Göppinger, NJW 1958, 241, 243; Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 71, Rn. 7; Laufs, Arztrecht, 5. Aufl., 1993, Rn. 426.

Die letztgenannte Auffassung entspricht am ehesten der Interessenlage, da nur derjenige, auf den sich die Informationen beziehen und dessen Lebensbild sie prägen, auch beurteilen kann, ob ihm an deren Geheimhaltung etwas liegt oder nicht. Des Weiteren spricht auch die Tatsache, dass § 203 StGB Ausfluss des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist und dass dieses unmittelbar mit der Verfügungsberechtigung über eigene Geheimnisse verknüpft ist, für eine Verfügungsberechtigung des Dritten als Betroffenen<sup>253</sup>. Auch wenn eine andere Person als der Geheimnisträger dem Arzt als Informationsmittler gedient hat, darf ihn dies noch nicht berechtigen, über die Offenbarung eines fremden Geheimnisses zu entscheiden. Derjenige, der dem Arzt das Geheimnis eines Dritten anvertraut, ist daher lediglich dessen Mitwisser, bei ihm liegt aber nicht die Geheimnisherrschaft<sup>254</sup>.

Weiterhin bedarf eine wirksame Einwilligung der Einwilligungsfähigkeit<sup>255</sup> des Verfügungsberechtigten in die Rechtsgutsverletzung, bei deren Prüfung immer auf den Zeitpunkt abgestellt werden muss, in dem die zu beurteilende Einwilligung abgegeben wird<sup>256</sup>. Dabei ist bezüglich der Einwilligungsfähigkeit zumindest beschränkt Geschäftsfähiger nicht auf die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit abzustellen<sup>257</sup>, sondern im Interesse der Patienten auf deren konkrete Einsichtsfähigkeit<sup>258</sup>. Daher können Jugendliche, geistig Behinderte und psychisch Kranke den Arzt von seiner Schweigepflicht entbinden, wenn sie ihrer geistigen und sittlichen Reife nach imstande sind, Bedeutung und Tragweite des Verzichtes auf den Schutz des Rechtsguts zu erkennen und zu beurteilen<sup>259</sup>. Ist dies der Fall, darf

---

<sup>253</sup> BT-Drucksache, 7/550; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 27 m. w. N.

<sup>254</sup> Hackel, NJW 1969, 2257, 2257; Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 97.

<sup>255</sup> Fehlt dem Patienten die Einwilligungsfähigkeit, so handelt sein gesetzlicher Vertreter für ihn, obwohl es sich bei dem Recht, in die Offenbarung von Privatgeheimnissen einzuwilligen, um ein höchstpersönliches Recht handelt, siehe Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 32 ff. StGB, Rn. 41 m. w. N.; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 59.

<sup>256</sup> Auch die Einwilligung eines voll Geschäftsfähigen kann daher wegen mangelnder Einwilligungsfähigkeit unwirksam sein, wenn dieser zum Zeitpunkt der Einwilligung gem. § 105 II BGB nicht zur Willensbildung fähig war.

<sup>257</sup> So K. A. Schmidt, VersR 1957, 492, 495. Ein Abstellen auf die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit verbietet sich in dieser Frage bereits aus dem Grund, dass die Einwilligung in die Geheimnisoffenbarung keine Willenserklärung i. S. d. BGB ist.

<sup>258</sup> Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 60; Bartsch, Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, 76; Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 97.

<sup>259</sup> BGHSt 4, 88, 90; 12, 379, 383; aA Lenckner in: Göppinger, Arzt und Recht - medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit, 1966, 159, 179, der die Einwilligungsfähigkeit von „Kindern und Geisteskranken“ ablehnt, aber urteilsfähige Jugendliche für einwilligungsfähig hält.

der Arzt auch den gesetzlichen Vertreter des beschränkt Geschäftsfähigen nur mit dessen ausdrücklicher Einwilligung informieren<sup>260</sup>.

Neben der grundsätzlichen, von der konkreten Problemsituation abstrahierten Einsichtsfähigkeit in die Einwilligung muss der einwilligende Patient bei ihrer Abgabe auch ihre Reichweite und Folgen beurteilen können<sup>261</sup>.

## **2. Voraussetzungen und Beispiele der konkludenter Einwilligung**

An eine konkludente Einwilligung sind bis auf die Form der Einwilligungserklärung dieselben Anforderungen wie an die ausdrückliche Einwilligung zu stellen<sup>262</sup>, zu ihrer Annahme bedarf es allerdings eindeutiger Anzeichen.

Eine schlüssige Entbindung von der Schweigepflicht ist z. B.<sup>263</sup> anzunehmen, wenn der Patient in Gegenwart Dritter von seinen Beschwerden berichtet, obwohl er die Offenbarung diesen gegenüber vermeiden könnte<sup>264</sup>.

Teilweise wird außerdem das Vorliegen einer konkludenten Einwilligung diskutiert, sofern sich jemand zur Erreichung eines bestimmten Zieles oder zur Inanspruchnahme einer bestimmten Leistung behandeln oder untersuchen lässt, wie es z. B. bei Einstellungsuntersuchungen oder Untersuchungen vor Abschluss eines Versicherungsvertrages der Fall ist<sup>265</sup>.

---

<sup>260</sup> Klaus, Ärztliche Schweigepflicht, ihr Inhalt und ihre Grenzen, 162.

<sup>261</sup> Göppinger, NJW 1958, 241, 243; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 63 m. w. N. Aus diesem Grund ist die Wirksamkeit von sich auf die Zukunft beziehenden und damit ungewisse Umstände betreffenden Einwilligungen, wie sie sich insbesondere im Versicherungswesen finden, äußerst problematisch, siehe dazu Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 62; Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 24

<sup>262</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 32 ff. StGB, Rn. 43.

<sup>263</sup> Des Weiteren ist eine konkludente Einwilligung in die Informationsweitergabe an Hilfspersonen des Arztes anzunehmen, siehe Rieger, DMW 1978, 884, 884. Lässt sich der Patient von einer Praxisvertretung des von ihm sonst aufgesuchten Arztes behandeln, kann ebenfalls von einer konkludenten Einwilligung in die Offenbarung der im Rahmen dieser Behandlung erfahrenen Tatsachen an den Vertretenen ausgegangen werden, siehe näher Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 102; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 64 f. m. w. N.. Auf keinen Fall kann hingegen allein aus der Tatsache, dass jemand sich in ärztliche Behandlung begibt, auf das Vorliegen einer konkludenten Einwilligung geschlossen werden, die den Arzt ermächtigt, sämtliche jemals über den Patienten angelegten ärztlichen Unterlagen einzusehen, so auch Klaus, Ärztliche Schweigepflicht, ihr Inhalt und ihre Grenzen, 177 f.

<sup>264</sup> Siehe näher: Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 98.

<sup>265</sup> Hier wird teilweise eine konkludente Einwilligung in eine Offenbarung des Arztes gegenüber dem angenommen, der mit der Erreichung des Ziels in unmittelbarem Zusammenhang steht oder der die Leistungen erbringen soll, allerdings wird die Annahme einer Offenbarungsbefugnis auch von den Personen, die in derartigen Fällen eine konkludente Einwilligung befürworten, auf die Daten beschränkt, die der Betreffende zu seinem Zweck benötigt, siehe Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 64.

### 3. Voraussetzungen und Beispiele der mutmaßlichen Einwilligung

Eine Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht kann ferner aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt sein. Hier handelt es sich um einen gewohnheitsrechtlich anerkannten Erlaubnissatz, der Anwendung findet, wenn eine ausdrückliche oder konkludente Einwilligung nicht eingeholt werden kann bzw. muss, den Umständen nach aber zu erwarten ist, dass der Rechtsgutsträger seine Einwilligung erteilt hätte, weil der Rechtsgutseingriff in seinem höherrangigen Interesse liegt<sup>266</sup> oder weil er an der Rechtsguterhaltung kein Interesse hat (Prinzip des mangelnden Interesses)<sup>267</sup>. Die mutmaßliche Einwilligung erhält ihre rechtfertigende Wirkung aus der Übereinstimmung mit dem hypothetischen Willen des Einwilligenden<sup>268</sup>. Da in der Regel aber der Patient entscheiden muss, ob er Dritte in Geheimnisse einbeziehen will oder ob er eine Offenbarung vermeiden möchte<sup>269</sup>, schließt ein erkennbar entgegenstehender Wille des Rechtsgutsträgers eine Rechtfertigung der Geheimnisoffenbarung aus mutmaßlicher Einwilligung in jedem Fall aus<sup>270</sup>. Eine mutmaßliche Einwilligung ist grundsätzlich bei der Benachrichtigung der Angehörigen eines bewusstlosen Patienten anzunehmen<sup>271</sup> oder wenn die Behandlung eines Bewusstlosen die Heranziehung eines Kollegen erfordert<sup>272</sup>.

### 4. Bedeutung der Einwilligung im Bereich der Infektionskrankheiten

Gerade bei Vorliegen einer Infektionskrankheit kommt dem Institut der Einwilligung in der Praxis eine nicht zu vernachlässigende Bedeutung zu, denn ein Informationsrecht des Arztes

---

<sup>266</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, Vor §§ 32 ff. StGB, Rn. 4. Bei einem Handeln im Interesse des Rechtsgutsträgers ist dessen vorherige Befragung erforderlich, sofern diese ohne größere Gefahr für das Rechtsgut möglich ist.

<sup>267</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 32 ff. StGB, Rn. 54 ff.

<sup>268</sup> Der hypothetische Wille ist im Rahmen einer ex-ante-Beurteilung allein in Bezug auf den Verfügungsberechtigten zu ermitteln, objektiv „vernünftige“ Kriterien haben lediglich Indizwirkung, siehe Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 32 ff. StGB, Rn. 56.

<sup>269</sup> Schlund, JR 1977, 265, 266; Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 99.

<sup>270</sup> Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 32 ff. StGB, Rn. 57.

<sup>271</sup> Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 65.

<sup>272</sup> Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 65 m. w. N.; Ratzel/Lippert (Lippert), Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 4. Aufl., 2006, 128. Gerade in der Notfallmedizin ist eine derartige Mitteilung auch als Regel der ärztlichen Kunst anzusehen, die sich aus dem Behandlungsvertrag ergibt und ebenfalls aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag gedeckt ist: Der nachbehandelnde Krankenhausarzt, der in der Regel nicht mit dem Notarzt identisch ist, ist zur effektiven Weiterbehandlung auf dessen Informationen angewiesen, sofern der Notfallpatient nicht bei Bewusstsein ist oder die entsprechenden Informationen aus anderen Gründen nicht weitergeben kann, siehe dazu Ratzel/Lippert (Lippert), Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 4. Aufl., 2006, 121 f.

gegenüber seinem ansteckenden Patienten nahe stehenden Personen wird sich nicht selten aus dessen ausdrücklicher oder konkludenter Einwilligung ergeben.

Diese indirekte Form, ihm nahe stehende Personen über die Infektionsgefahr zu informieren, ist für einen Ansteckenden oft psychisch weniger belastend als ein direktes Gespräch. Für den Infizierten hat ein Gespräch des Arztes mit Ansteckungsgefährdeten außerdem den Vorteil, dass die bei manchen Infektionskrankheiten leider zu erwartende soziale Isolation möglicherweise vermieden werden kann, da sie teilweise aus Vorurteilen, oft aber auch aus Unkenntnis der Übertragungswege resultiert. Durch das direkte Gespräch Dritter mit einem Arzt können die entsprechenden Wissenslücken ausgeräumt und Vorurteile zumindest reduziert werden.

Für den ansteckungsgefährdeten Dritten hat diese Form der Informationsübermittlung den Vorteil, dass ihm der Arzt detaillierte Ratschläge zum Schutz vor einer Ansteckung geben kann, die der Patient oft nicht so genau (weiter)vermitteln kann, und dass er auf diese Weise besser vor Ansteckungen geschützt wird.

Das Institut der mutmaßlichen Einwilligung hat hingegen bei Vorliegen einer schwerwiegenden Infektionskrankheit keine große Relevanz: Ist der Patient an einer schwerwiegenden Infektionskrankheit erkrankt oder mit einer solchen infiziert, verbietet sich grundsätzlich aufgrund der mit dem Bekanntwerden dieser Erkrankung oft verbundenen negativen sozialen Folgen die Annahme, er habe an der Wahrung des Arztgeheimnisses kein Interesse. Bei Infektionskrankheiten wird es darüber hinaus der Zustand des Patienten in der Regel erlauben, seine Einwilligung einzuholen, so dass auch die Annahme einer Einwilligung aufgrund des Prinzips des überwiegenden Interesses selten einschlägig ist.

## **5. Exkurs: Besonderheiten der Einwilligungsbefugnis im Rahmen der postmortalen Schweigepflicht**

Aus der ausdrücklichen Regelung in § 203 IV StGB sowie dem Schutzzweck des § 203 StGB folgt eine umfassende Verschwiegenheitsverpflichtung des Arztes auch nach dem Tod des Patienten<sup>273</sup>. Der Arzt ist in diesem Zusammenhang grundsätzlich als mit dem Recht und der Pflicht zur Verschwiegenheit betrauter Treuhänder der Geheimnisse seiner verstorbenen Patienten

---

<sup>273</sup> Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 70, Rn. 10; BGH, NJW 1983, 328, 330; siehe zu dieser Thematik auch: Boenigk, Auswirkungen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes auf die Schweigepflicht der Ärzte; Kern, MedR 2006, 205, 205 ff.

zu betrachten<sup>274</sup>, sofern der Patient die postmortale Schweigepflicht nicht bereits zu Lebzeiten explizit oder konkludent durch entsprechende mündliche bzw. schriftliche Äußerungen gegenüber dem Arzt oder gegenüber Dritten aufgehoben hat.

Liegt eine solche nicht vor, ist zu fragen, auf welche Weise dem insbesondere seitens der Angehörigen vorhandenen Interesse an ärztlicher Auskunft Rechnung zu tragen ist.

Möglicherweise sind bestimmte Angehörige nach dem Tod des Patienten selbst berechtigt, eine entsprechende ärztliche Auskunft herbeizuführen.

### **a) Schweigepflichtentbindung durch die Erben**

Bezüglich der Frage, welche Person einwilligungsbefugt ist, ist zwischen Geheimnissen, die den persönlichen Lebensbereich des Verstorbenen betreffen und solchen, die einen wirtschaftlichen Wert verkörpern oder sich ausschließlich auf einen solchen beziehen, zu differenzieren<sup>275</sup>.

Bei Geheimnissen des verstorbenen Patienten, die sich (auch) auf Vermögenswerte beziehen, treten die Erben des Geheimnisgeschützten in dessen vermögensrechtliche Stellung ein. Sie können daher als Verfügungsberechtigte dieser Geheimnisse eine entsprechende ärztliche Auskunft herbeiführen<sup>276</sup> oder das gem. § 1922 BGB auf sie übergegangene Einsichtsrecht des Patienten in ihn betreffende Krankenunterlagen<sup>277</sup> geltend machen<sup>278</sup>, das sie z. B. zur Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegenüber dem auf Einsichtnahme in Anspruch genommenen Arzt oder gegen andere Ärzte nutzen können<sup>279</sup>.

---

<sup>274</sup> BGH, NJW 1983, 2627, 2628.

<sup>275</sup> OLG Naumburg, NJW 2005, 2017, 2018 m. w. N.. Nach anderer Ansicht hingegen sind die Personen berechtigt, den Arzt von seiner postmortalen Schweigepflicht zu entbinden, die der Patient zu Lebzeiten dazu bestimmt hat oder die durch eine enge persönliche Beziehung über seinen mutmaßlichen oder tatsächlichen Willen Auskunft geben können. *Lilie*, als eine Vertreterin dieser Ansicht, konkretisiert die Auffassung wie folgt: Sie hält Verwandte, Ehepartner und Lebensgefährten pauschal für einwilligungsbefugt, „nicht weil das Recht erblich ist, sondern weil anzunehmen ist, dass der Verstorbene eine Entscheidung durch sie gebilligt hätte“, *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 97 f.; siehe jetzt auch Spickhoff, NJW 2005, 1982, 1984.

<sup>276</sup> Siehe dazu auch: Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 25.

<sup>277</sup> Ein derartiges Recht des Patienten wurde 1982, nachdem die höchstrichterliche Rechtsprechung 1978 in ausdrücklicher Abkehr von ihrer bis dahin vertretenen Auffassung eine Pflicht des Arztes zur Dokumentation des Behandlungsablaufes angenommen hatte (BGHZ 72, 132, 137), ausdrücklich bejaht, BGHZ 85, 327, 331 ff.; BVerfG NJW 2006, 1116, 1117 ff.

<sup>278</sup> BGH, NJW 1983, 2627; Solbach, DRiZ 1978, 204, 205 f.; siehe zu diesem Themenkomplex auch: Lenkaitis, Krankenunterlagen aus juristischer, insbesondere zivilrechtlicher Sicht, 231 ff.

<sup>279</sup> Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 78.

## **b) Schweigepflichtentbindung aufgrund mutmaßlicher Einwilligung des Verstorbenen**

Bei Geheimnissen hingegen, die den persönlichen Lebensbereich des Patienten betreffen, ist die Befugnis, den Arzt von seiner Schweigepflicht zu befreien, ein höchstpersönliches Recht, das mit dem Tod des Patienten erlischt. In derartigen Fällen können weder die Angehörigen noch die Erben aus eigenem Recht vom Arzt eine entsprechende Auskunft bzw. eine Einsichtnahme in Krankenunterlagen verlangen und ihn von seiner Schweigepflicht entbinden<sup>280</sup>, vielmehr kann ausschließlich die mutmaßliche Einwilligung des Verstorbenen eine postmortale Geheimnisoffenbarung des Arztes rechtfertigen<sup>281</sup>.

Ob bei Geheimnissen, die den persönlichen Lebensbereich des Patienten betreffen, ein Erlöschen des Geheimhaltungsinteresses und damit eine mutmaßliche Schweigepflichtentbindung anzunehmen ist, hat der Arzt jeweils nach den Umständen des konkreten Einzelfalles anhand des hypothetischen Willens des Verstorbenen zu überprüfen. Bei dessen Ermittlung verbleibt dem Arzt ein durch die Gerichte nur eingeschränkt überprüfbarer Entscheidungsspielraum<sup>282</sup>, er ist hierbei allerdings durch das Berufsethos und die Interessen seines verstorbenen Patienten zur sorgfältigen Prüfung verpflichtet<sup>283</sup>.

Im Rahmen seiner Entscheidung hat der Arzt insbesondere zu beachten, ob durch das Ableben seines Patienten vorher bestehende Geheimhaltungsinteressen weggefallen sind. So kann ein Patient z. B. vor seinem Tod ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung einer lebensbedrohenden Krankheit und einer daraus resultierenden geringeren Lebenserwartung gehabt haben, das naturgemäß nach Eintreten des Todes nicht mehr vorliegen wird<sup>284</sup>. Im Rahmen seiner Interessenabwägung hat der Arzt auch zu beachten, inwieweit bereits eine teilweise Offenbarung des Geheimnisses das mit der Offenbarung verfolgte Ziel erreichen kann.

Besteht die ärztliche Schweigepflicht als Resultat der Einzelfallprüfung weiterhin, muss sich der Arzt für die Einhaltung der postmortalen Schweigepflicht entscheiden<sup>285</sup>, gleiches gilt, wenn der mutmaßliche Wille des Verstorbenen zweifelhaft ist.

---

<sup>280</sup> BGH, NJW 1983, 2627, 2628 ff.; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 61; Ebermayer, Der Arzt im Recht, 45; Schönke/Schröder (Lenckner), StGB, 27. Aufl., 2006, § 203 StGB, Rn. 25 m. w. N.

<sup>281</sup> Lenckner in: Göppinger, Arzt und Recht - medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit, 1966, 159, 181; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 66; aA hingegen Solbach, DRiZ 1978, 204, 205, der wegen der fehlenden rückwirkenden Einwilligungsmöglichkeit die Annahme einer postmortalen mutmaßlichen Einwilligung ablehnt.

<sup>282</sup> BayObLG, NJW 1987, 1492, 1492 f.

<sup>283</sup> Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 70, Rn. 10.

<sup>284</sup> Siehe zu einer möglichen Einschränkung des Geheimhaltungsinteresses nach dem Tode des Patienten: OLG Naumburg, NJW 2005, 2017, 2019; Spickhoff, NJW 2005, 1982, 1984.

<sup>285</sup> So auch Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 70, Rn. 10 m. w. N.

Das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung in eine postmortale Geheimnisoffenbarung ist in verschiedenen Fallkonstellationen denkbar:

Fehlt die Zurechnungs- und damit auch die Testierfähigkeit, ist dies ein höchstpersönliches Geheimnis des Betroffenen, seine Erben können den Arzt diesbezüglich nicht von der Schweigepflicht entbinden. Allerdings kann man davon ausgehen, dass es im fiktiven Interesse des Verstorbenen liegt, dass seinem im testierfähigen Zustand geäußerten Willen zur Durchsetzung verholfen wird, indem der Umstand der Unzurechnungsfähigkeit durch den Arzt aufgedeckt wird<sup>286</sup>, so dass eine Offenbarung des Arztes, der z. B. Angehörige eines verstorbenen Patienten darüber aufklärt, dass ihre Enterbung im Zustand geistiger Umnachtung erfolgte, durch eine mutmaßliche Einwilligung des verstorbenen Patienten (sowie gem. § 34 StGB<sup>287</sup>) als gerechtfertigt zu betrachten ist.

Eine mutmaßliche Einwilligung des verstorbenen Patienten ist außerdem erwägenswert, wenn die Lebensversicherung Informationen über die Todesursache ihres Versicherungsnehmers begehrt, da derjenige, der eine Lebensversicherung abgeschlossen hat, in der Regel daran interessiert ist, dass der Bezugsberechtigte tatsächlich in den Genuss der Versicherungsleistung kommt<sup>288</sup>.

## **II. Offenbarungsrecht gem. § 34 StGB**

Sofern keine wirksame Einwilligung des Patienten vorliegt, kann die ärztliche Offenbarung gegenüber ansteckungsgefährdeten Personen gem. § 34 StGB gerechtfertigt sein<sup>289</sup>.

Eine tatbestandsmäßige Handlung ist gem. § 34 StGB gerechtfertigt, wenn eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für ein Rechtsgut oder ein anderes rechtlich geschütztes Interesse<sup>290</sup> besteht und eine Gesamtabwägung der widerstreitenden Interessen ergibt, dass das

---

<sup>286</sup> Klaus, Ärztliche Schweigepflicht, ihr Inhalt und ihre Grenzen, 147; BGHZ 91, 392; Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 70, Rn. 10.

<sup>287</sup> BGH, NJW 1984, 2893.

<sup>288</sup> Rein, VersR 1977, 121, 121; Klaus, Ärztliche Schweigepflicht, ihr Inhalt und ihre Grenzen, 179.

<sup>289</sup> § 34 StGB setzt das Bestehen eines Interessenkonflikts voraus. Ist der Eingriff in das fremde Rechtsgut bereits aufgrund des Bestehens einer Einwilligung zulässig, besteht kein Interessenkonflikt, so dass § 34 StGB keine Anwendung findet, siehe Seelmann, Das Verhältnis des § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 69 ff.

<sup>290</sup> Siehe zu notstandsfähigen Rechtspositionen: LK-Zieschang, Band 2, §§ 32-55 StGB, 12. Aufl., 2006, § 34 StGB, Rn. 22 n. w N.. Ist ein Rechtsgut oder rechtlich anerkanntes Interesse eines Dritten betroffen, handelt es sich um sog. Notstandshilfe, siehe dazu LK-Zieschang, Band 2, §§ 32-55 StGB, 12. Aufl., 2006, § 34 StGB, § 34 StGB, Rn. 25.

geschützte das beeinträchtigte Interesse wesentlich überwiegt. Außerdem muss die Notstandshandlung ein angemessenes Mittel zur Gefahrenabwehr darstellen<sup>291</sup>.

Des Weiteren muss der schweigepflichtige Arzt, um gem. § 34 StGB gerechtfertigt zu sein, in Kenntnis der Notstandslage handeln und dabei die Intention haben, das gefährdete Rechtsgut zu schützen<sup>292</sup>.

### **1. Anwendbarkeit des § 34 StGB trotz spezialgesetzlicher Normen**

Eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB ist allerdings ausgeschlossen, wenn der Gesetzgeber die Intention hatte, einen spezialgesetzlich geregelten Bereich abschließend zu regeln und ihm dies der sachlichen Materie nach möglich war. In diesen Fällen hat der Gesetzgeber bereits eine Interessenabwägung getroffen, die nicht durch eine abweichende Wertung im Rahmen des § 34 StGB aufgehoben werden darf<sup>293</sup>.

Ob es sich um einen spezialgesetzlich abschließend geregelten Interessenkonflikt handelt, kann äußerst problematisch zu bestimmen sein<sup>294</sup>.

Möglicherweise schließen die spezialgesetzlichen Regelungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) die Anwendbarkeit des § 34 StGB im Bereich des Infektionsschutzes aus.

Die Vorschriften des IfSG enthalten gesetzliche Offenbarungspflichten, die u. a. dem Schutz ansteckungsgefährdeter Dritter dienen. Das Gesetz differenziert dabei zwischen namensbezogenen und nicht namensbezogenen Meldepflichten. Erfüllt der Arzt eine derartige namensbezogene Offenbarungspflicht, ist die gem. § 203 StGB tatbestandsmäßige Handlung bereits nach den entsprechenden Normen des IfSG gerechtfertigt<sup>295</sup>, so dass es für die Rechtfertigung des Arztes keines Rückgriffs auf § 34 StGB bedarf. Das IfSG normiert allerdings nur Meldepflichten gegenüber Gesundheitsämtern, nicht aber gegenüber gefährdeten Privatpersonen. Ob die Offenbarungspflichten des IfSG als abschließend zu verstehen sind und der Gesetzgeber somit gleichzeitig den Ärzten ein Offenbarungsrecht i. S. d. § 34 StGB gegenüber infektionsgefährdeten Privatpersonen verwehren wollte, ist aus dem IfSG nicht eindeutig ersichtlich. Für eine

---

<sup>291</sup> Bei der Angemessenheitsklausel des § 34 II StGB handelt es sich nicht um ein eigenes Wertungskorrektiv, sondern um eine Leerformel, die mit der Güterabwägung des § 34 I StGB identisch ist, siehe Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), § 34 StGB, Rn. 46 f.

<sup>292</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 34 StGB, Rn. 18.

<sup>293</sup> Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), StGB, 27. Aufl., 2006, § 34 StGB, Rn. 7 m. w. N.

<sup>294</sup> Beispiele dazu finden sich bei Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 34 StGB, Rn. 24.

<sup>295</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, § 203 StGB, Rn. 37 f.

abschließende gesetzliche Regelung der ärztlichen Informationspflichten durch das (auch) den individuellen Infektionsschutz bezweckenden<sup>296</sup> IfSG könnte zwar sprechen, dass der Gesetzgeber in diesem Gesetz ein differenziertes Meldesystem für die Meldung übertragbarer Krankheiten geschaffen hat, indem z. B. zwischen namensbezogenen und nicht namensbezogenen Meldepflichten unterschieden und das Gesundheitsamt im Dienste des Infektionsschutzes zu detailliert geregelten Maßnahmen ermächtigt wird.

Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Gesetzgeber die namentlichen und nicht namentlichen Meldepflichten des IfSG als gegenüber § 34 StGB abschließende Regelungen verstanden wissen wollte, geht aus der amtlichen Begründung nicht hervor.

Gegen eine abschließende Regelung der Melderechte und –pflichten durch das IfSG spricht m. E., dass es dem Gesetzgeber nicht möglich wäre, die Materie des Infektionsschutzes in allen möglichen Facetten zu regeln: Es gibt nicht nur ihrer Umwelt gegenüber verantwortungsbewusst handelnde Infektiöse, sondern auch Personen, die sich selbst gegenüber ihnen sehr nahe stehenden Personen in objektiv nicht erklärbarer Weise verantwortungslos verhalten<sup>297</sup>.

Da gerade die gesetzgeberische Intention des (insbesondere individuellen) Infektionsschutzes aufgrund des nur bedingt vorhersehbaren zwischenmenschlichen Verhaltens in wesentlich höherem Maße als andere Rechtsgebiete durch untypisch verlaufende Fallkonstellationen geprägt ist, lässt sich diese aufgrund der Besonderheiten des Regelungsbereiches nur bedingt verwirklichen. Aus diesem Grund sind m. E. sowohl die namensbezogenen als auch die nicht namensbezogenen Offenbarungspflichten des IfSG nicht als abschließende Regelungen zu verstehen, die den Ärzten ein Offenbarungsrecht gegenüber infektionsgefährdeten Privatpersonen verwehren sollen<sup>298</sup>. Die Anwendbarkeit des § 34 StGB auf derartige Warnungen ist daher nicht durch die spezialgesetzlichen Normen des IfSG ausgeschlossen.

---

<sup>296</sup> Das IfSG soll gem. § 1 I IfSG dienen, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. In der amtlichen Begründung zu § 1 I IfSG heißt es darüber hinaus: „Zweck dieses Gesetzes ist es, Leben und Gesundheit des Einzelnen wie der Gemeinschaft vor den Gefahren durch Infektionskrankheiten zu schützen, BT-Drucks 14/2530, S. 35.

<sup>297</sup> Als Beispiel sei hier auf den Sachverhalt verwiesen, der einer aktuellen Entscheidung des OLG Frankfurt/M. zugrundelag: Ein HIV-infizierter Mann wollte seine Lebensgefährtin nicht über seine Infektion aufklären und hatte nicht nur trotz Kenntnis des hieraus resultierenden Infektionsrisikos weiterhin ungeschützten Geschlechtsverkehr mit ihr, sondern verbot sogar dem gemeinsamem Hausarzt, diese über seine HIV-Infektion aufzuklären, siehe OLG Frankfurt/M., NJW 2000, 875, 875 ff., sowie unter Teil 2, 1. Kap., B. I. 1. a).

<sup>298</sup> Siehe auch Bales/Baumann/Schnitzler, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl., 2003, Vor § 6 IfSG, Rn. 4.

## **2. Merkmale des Rechtfertigungsgrundes**

Da das IfSG einen Rückgriff auf den Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB nicht ausschließt, wäre eine ärztliche Offenbarung gegenüber Ansteckungsgefährdeten gem. § 34 StGB gerechtfertigt, wenn die Merkmale dieses Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind.

### **a) Gegenwärtige Gefahr**

Zunächst müsste eine gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut oder ein rechtlich geschütztes Interesse des Täters oder eines Dritten vorliegen<sup>299</sup>.

Geht eine ansteckende Person gegenüber Dritten nicht verantwortungsvoll mit ihrer Krankheit um, liegt – je nach Art der Infektion - eine gegenwärtige Gefahr für die Gesundheit und u. U. für sogar das Leben ihrer Kontaktpersonen vor<sup>300</sup>.

### **b) Abwendbarkeit der Gefahr durch Aufklärung**

Eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht zum Schutz dieser Kontaktpersonen wäre allerdings nur dann gem. § 34 StGB zu rechtfertigen, wenn die Gefahr nicht anders als durch den Rechtsgutseingriff abwendbar ist<sup>301</sup>.

Der Infektionsgefahr Dritter kann zunächst durch detaillierte Aufklärung des Patienten über die von ihm ausgehenden Ansteckungsgefahren entgegengewirkt werden. Der Arzt sollte außerdem

---

<sup>299</sup> In diesem Zusammenhang ist irrelevant, ob es sich um ein dem Einzelnen zustehendes Rechtsgut oder eines der Allgemeinheit handelt, siehe LK-Zieschang, Band 2, §§ 32-55 StGB, 12. Aufl., 2006, § 34 StGB, Rn. 22 n. w N.

<sup>300</sup> Das Vorliegen einer Gefahr i. S. d. § 34 StGB ist zu bejahen, wenn aufgrund der tatsächlichen Umstände die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts einen über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehenden Grad erreicht hat, siehe Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), StGB, 27. Aufl., 2006, § 34 StGB, Rn. 12 m. w. N.

Gegenwärtig ist die Gefahr nicht nur, wenn der bedrohliche Zustand in allernächster Zeit in einen Schaden umschlagen kann (sog. Augenblicksgefahr), sondern auch bei einer sog. Dauergefahr: Eine solche liegt vor, wenn ein Rechtsgüter gefährdender Zustand länger andauert und der Schaden jederzeit eintreten kann bzw. der Eintritt des drohenden Schadens zwar erst nach Ablauf einer gewissen Zeit zu erwarten ist, aber nur durch sofortiges Handeln abgewendet werden kann, siehe Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), StGB, 27. Aufl., 2006, § 34 StGB, Rn. 17. Geht eine ansteckende Person Dritten gegenüber unverantwortlich mit ihrer Krankheit um, so liegt eine Dauergefahr vor, da der rechtsgutsgefährdende Zustand in diesem Fall länger andauert und die Infektion als Schaden jederzeit eintreten kann.

<sup>301</sup> Dieses Merkmal der „nicht anders abwendbaren“ Gefahr entspricht inhaltlich dem Merkmal der Erforderlichkeit i. S. d. § 32 StGB. Eine tatbestandsmäßige Handlung ist i. S. d. § 34 StGB damit zur Gefahrabwendung erforderlich, wenn sie hierzu ein geeignetes und gleichzeitig das relativ mildeste Mittel darstellt, siehe LK-Zieschang, Band 2, §§ 32-55 StGB, 12. Aufl., 2006, § 34 StGB, Rn. 50.

darauf hinwirken, dass der Patient seine Erkrankung schnellstmöglich infektionsgefährdeten Dritten offenbart, sofern auch deren Kenntnis Ansteckungsgefahren vermeiden kann<sup>302</sup>.

Da sich ein Großteil der mit einer schweren Infektionskrankheit Infizierten nach Aufklärung über die von ihnen ausgehenden Gefahren verantwortungsbewusst verhalten wird und durch Aufklärung Infektionsgefährdeter und ein Ansteckungen vermeidendes Verhalten versuchen wird, die Übertragung der Krankheit zu verhindern, kann der Arzt grundsätzlich davon ausgehen, dass die Gefahr für die Gesundheit und u. U. sogar das Leben Dritter durch seine Aufklärung abgewendet wurde. Es wäre dem Arzt nicht zumutbar, ihm darüber hinaus eine Fragepflicht nach ansteckungsgeeigneten privaten Beziehungen seines Patienten aufzuerlegen, bevor ihm ein entsprechendes Notstandsrecht zugestanden wird. Eine derartige Fragepflicht würde dem für die Arzt-Patient-Beziehung essentiellen Vertrauensverhältnis entgegenwirken.

Erkennt der Arzt hingegen z. B. aufgrund entsprechender Äußerungen oder ausdrücklich ausgesprochener Informationsverbote seines Patienten, dass dieser trotz entsprechender Aufklärung ansteckungsgeeignete private Beziehungen unterhält, so ist ihm die Gefährdung von Rechtsgütern Dritter erkennbar.

Hier befindet sich der Arzt in einer menschlichen und rechtlichen Konfliktsituation. Nur in diesen Fällen ist die Ansteckungsgefahr nicht anders abwendbar i. S. d. § 34 StGB und damit überhaupt diskutabel, ob der Arzt infektionsgefährdete Dritte auch ohne Einwilligung des Patienten über dessen Infektionskrankheit und die für sie hieraus resultierende Gesundheits- bzw. Lebensgefahr informieren darf<sup>303</sup>.

### **c) Abwägung der widerstreitenden Interessen**

Die strafbare Handlung ist des Weiteren nur i. S. d. § 34 StGB gerechtfertigt, wenn eine Abwägung der widerstreitenden Interessen ergibt, dass das bedrohte Rechtsgut das durch die strafbare Handlung beeinträchtigte wesentlich überwiegt.

Das Interesse des Patienten, seine Krankheit geheim zu halten, steht deren Offenbarung an Dritte entgegen.

---

<sup>302</sup> Bei einer entsprechenden Einwilligung des Patienten sollte sich der Arzt auch bereit erklären, die Information gefährdeter Dritter selbst zu übernehmen.

<sup>303</sup> BGH, NJW 1968, 2288, 2290.

Dieses Interesse ist insbesondere bei ansteckenden, mangels Therapiemöglichkeiten letal verlaufenden Krankheiten zu berücksichtigen. So kann das Bekanntwerden z. B. einer HIV-Infektion aufgrund der teilweise in der Bevölkerung immer noch bestehenden irrationalen Angst, durch jeglichen Kontakt zu HIV-Infizierten mit dem HI-Virus angesteckt zu werden, für den Infizierten schwerwiegende soziale Folgen mit sich bringen. Auch wirtschaftlich betrachtet kann das Bekanntwerden einer ansteckenden Krankheit negative Auswirkungen für den Betroffenen haben<sup>304</sup>.

Die Frage, ob die ärztliche Offenbarung von der Schweigepflicht unterliegenden Tatsachen gem. § 34 StGB gerechtfertigt sein kann, wird überwiegend am Beispiel der HIV-Infektion<sup>305</sup> diskutiert. Dies erklärt sich nur zum geringen Teil daraus, dass der HIV-Infektion im Bereich der Infektionskrankheiten eine traurige Sonderstellung zukommt, indem der allergrößte Teil der HIV-Infektionen einen letalen Verlauf vernimmt und die Krankheit außerdem eine sehr lange Inkubationszeit aufweist. Zwar besteht aufgrund dieser beiden Faktoren (u. a.) bei der HIV-Infektion eine besondere Notwendigkeit, ansteckungsgefährdete Dritte zu schützen. Die besondere Beachtung, die die HIV-Infektion in den unterschiedlichen Rechtsgebieten durch die Literatur erfährt, resultiert aber vor allem daraus, dass der häufigste Übertragungsweg ein von der (noch) herrschenden Sozialmoral abweichendes Sexualverhalten ist und die HIV-Infektion in großen Teilen der Bevölkerung nach wie vor als Strafe für dieses Verhalten betrachtet wird. Die rechtliche Diskussion in diesem Bereich leistet vielfach einen Beitrag zur Bewahrung überkommener Vorstellungen, indem es die gesellschaftlich statuierte Sanktion für dieses Verhalten ausdrückt<sup>306</sup>.

Im Rahmen der Diskussion wird eine Offenbarung der Infektion im nahen sozialen Umfeld eines sich infektionsfördernd verhaltenden HIV-Infizierten nicht nur gegenüber dem Sexualpartner des Infizierten<sup>307</sup>, sondern teilweise auch gegenüber Personen aus dem Kreis gemeinsamer Drogen-

---

<sup>304</sup> BGH LM § 826 BGB (Gb) Nr. 3.

<sup>305</sup> Die HIV-Infektion wird durch einen Virus verursacht, der die T-Lymphozyten als Wirtszellen verwendet und in den meisten Fällen das Immunsystem schrittweise derart beeinträchtigt, dass der Infizierte an anderen Krankheiten stirbt. Aus diesem Grund bezeichnet der Begriff „Aids“ (Acquired Immune Deficiency Syndrome) kein eigenständiges Krankheitsbild, sondern lediglich bestimmte, in einem von der CDC ständig aktualisierten Katalog definierte Krankheitsbilder, die durch die Schwächung des Immunsystems durch HIV und/oder durch die Zerstörung bestimmter Zellen z. B. im Gehirn ermöglicht werden.

<sup>306</sup> Heilmann, BB 1989, 1413, 1417 f.

<sup>307</sup> So ausschließlich zur HIV-Infektion: OLG Frankfurt/M., NJW 2000, 875, 875 f.; Enquete-Kommission „Gefahren von Aids und wirksame Wege zu ihrer Eindämmung“, BT-Drucks. 11/7200, S. 212; Spickhoff, NJW 2000, 848, 848; Laufs, Arztrecht, 5. Aufl., 1993, Rn. 431; Wolfslast, NStZ 2001, 150, 151; Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 71 Rn. 11 a).

konsumenten<sup>308</sup> für gem. § 34 StGB gerechtfertigt gehalten. Dieses Abwägungsergebnis lässt sich – unabhängig von der häufig mit dieser Wertung verbundenen Intention - auf andere letal verlaufende Krankheiten übertragen: Bedroht der unverantwortliche Umgang eines an einer schweren Infektionskrankheit erkrankten Patienten das Leben Unwissender, wiegt dieses Rechtsgut in jedem Fall höher als das Interesse des Infizierten an ärztlicher Verschwiegenheit<sup>309</sup>. Eine entsprechende Offenbarung des Arztes ist allerdings möglicherweise nicht nur bei letal verlaufenden Infektionskrankheiten gem. § 34 StGB gerechtfertigt.

Im Rahmen der Güterabwägung sind dabei das Geheimhaltungsinteresse des Infizierten, Art und Ausmaß der durch die Krankheit drohenden Gesundheitsgefahren sowie die Frage zu berücksichtigen, ob die widerstreitenden Interessen überhaupt schutzwürdig sind.

Die Gefahr der Ansteckung mit alltäglichen Infektionen wie z. B. einem Schnupfen, denen jeder am sozialen Leben Teilnehmende täglich in vielfältiger Weise ausgesetzt ist, ist im sozialen Verkehr üblich. Derartige Ansteckungsgefahren sind hinzunehmen und können eine Beeinträchtigung fremder Rechtsgüter grundsätzlich nicht i. S. d. § 34 StGB rechtfertigen. Etwas anderes mag gegenüber Personengruppen gelten, die aufgrund einer Schwäche des Immunsystems besonders ansteckungsgefährdet sind.

Leidet ein entsprechend aufgeklärter Patient hingegen an einer ansteckenden Krankheit, die zwar nicht lebensbedrohlich ist, aber bleibende gesundheitliche Schäden oder schwere, wenn auch vorübergehende Gesundheitsbeeinträchtigungen verursachen kann, liegt das Hervorrufen von Ansteckungsgefahren nicht im Rahmen sozialadäquaten Verhaltens. Der vom Arzt über das von ihm ausgehende Infektionsrisiko aufgeklärte Patient kann sich bei einem ansteckungsgerechten Verhalten eines Körperverletzungsdeliktes schuldig machen. Sein Interesse an einer Unkenntnis Ansteckungsgefährdeter bezüglich der von ihm ausgehenden Infektionsgefahren ist somit rechtlich zu missbilligen und aus diesem Grund weniger schutzwürdig als die gefährdeten Rechtsgüter Dritter.

In diesen Fällen wiegt das Interesse des Patienten, seine Krankheit geheim zu halten, nicht so hoch wie die bedrohte Gesundheit konkret ansteckungsgefährdeter Dritter, so dass eine ärztliche Offenbarung auch in diesen Fällen gem. § 34 StGB gerechtfertigt wäre.

---

<sup>308</sup> Laufs/Laufs, NJW 1987, 2257, 2264; Kreuzer, ZStW 100 (1988), 786, 803; Eberbach, JR 1986, 230, 233; Schünemann/Pfeiffer: Rechtsprobleme von Aids, 37 ff.; Herzog, MedR 1988, 289, 291; Laufs/Narr, MedR 1987, 282, 282; Bruns, MDR 1987, 352, 356.

<sup>309</sup> Deutsch, VersR 2001, 1471, 1471 ff.; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 69; aA Illhardt, Zeitschrift für medizinische Ethik 2005, 253, 258.

Anzumerken ist, dass sich die Problematik, unter welchen Umständen die ärztliche Offenbarung einer Infektionskrankheit gem. § 34 StGB gerechtfertigt ist, nicht nur im nahen persönlichen Umfeld des Patienten stellt. Im Rahmen dieser Bearbeitung kann lediglich angedeutet werden, dass in der Literatur teilweise sehr umfassende Offenbarungsbefugnisse des Arztes zum Schutz Dritter, die keine persönliche Beziehung zum Infizierten haben, angenommen werden:

So wird z. B. teilweise vertreten, die ärztliche Information über das Vorliegen einer HIV-Infektion sei auch gegenüber Blut-<sup>310</sup>, Samen- bzw. Muttermilchspendezentralen<sup>311</sup>, Haftanstaltsleitungen<sup>312</sup>, den für infizierte Prostituierte zuständigen Behörden<sup>313</sup> und selbst gegenüber Kindergarten- und Schulleitungen<sup>314</sup> gem. § 34 StGB gerechtfertigt. Vertreten wird auch, dass die ärztliche Offenbarung einer HIV-Infektion gegenüber anderen Ärzten gem. § 34 StGB gerechtfertigt sei<sup>315</sup>.

Darüber hinaus wird teilweise eine umfassende Befugnis des (behandelnden Arztes angenommen, den Arbeitgeber des Infizierten über dessen HIV-Infektion zu unterrichten<sup>316</sup>.

---

<sup>310</sup> Deutsch, NJW 1985, 2746, 2746; Eberbach, JR 1986, 230, 233; LK-Zieschang, Band 2, §§ 32-55 StGB, 12. Aufl., 2006, § 34 StGB, Rn. 68 a.; Buchborn, MedR 1987, 260, 264.

<sup>311</sup> Buchborn, MedR 1987, 260, 264.

<sup>312</sup> LK-Zieschang, Band 2, §§ 32-55 StGB, 12. Aufl., 2006, § 34 StGB, Rn. 68 a.

<sup>313</sup> Laufs/Laufs, NJW 1987, 2257, 2265.

<sup>314</sup> Bender, NJW 1987, 2903, 2903 ff.; Herzog, MedR 1988, 289, 292; Eberbach, JR 1986, 230, 233; LK-Zieschang, Band 2, §§ 32-55 StGB, 12. Aufl., 2006, § 34 StGB, Rn. 68 a); Heberer/Mäßbauer; MedR 2006, 138, 138 ff.

<sup>315</sup> Siehe zu der Thematik: LK-Zieschang, Band 2, §§ 32-55 StGB, 12. Aufl., 2006, § 34 StGB, Rn. 68 a m. w. N.

<sup>316</sup> So z. B. *Deutsch* der Auffassung, ein ärztliches Mitteilungsrecht gegenüber dem Arbeitgeber liege nahe, wenn ein HIV-Infizierter zum Pflegepersonal einer Klinik gehört, da in derartigen Fällen eine erhöhte Infektionsgefahr für Dritte bestehe, siehe Deutsch, NJW 1985, 2746, 2746. Gegen ein entsprechendes Offenbarungsrecht: *Heilmann*, BB 1989, 1413, 1417, der im Kontext medizinischer Einstellungsuntersuchungen betont: „(...) selbst die ausdrückliche Zustimmung des Bewerbers zu einem HIV-Test umfasst noch nicht die Zustimmung zur Weitergabe des konkreten Befundes an den Arbeitgeber. Der untersuchende Arzt ist nur berechtigt, dem Arbeitgeber mitzuteilen, ob der Bewerber für die in Aussicht genommene Tätigkeit geeignet ist. Bei einer HIV-Infektion ist dies in der Regel der Fall, bei einem akut an AIDS Erkrankten gilt das Gegenteil.“ Siehe zu den Argumenten gegen eine entsprechende Offenbarungsbefugnis auch: Buchborn, MedR 1987, 260, 264.

## **B. Ärztliche Offenbarungspflichten**

Sind Dritte durch die Infektionskrankheit einer Person Gesundheits- oder sogar Lebensgefahren ausgesetzt, kann der Arzt trotz seiner Verpflichtung zur Verschwiegenheit nicht nur zur Information der Ansteckungsgefährdeten berechtigt, sondern zu einer solchen sogar verpflichtet sein.

### **I. Zivilrechtliche Offenbarungspflichten**

Im zivilrechtlichen Zusammenhang ist zunächst danach zu differenzieren, ob die infektionsgefährdeten Personen in der Behandlung desselben Arztes stehen wie der Infizierte oder ob dies nicht der Fall ist.

Im erstgenannten Fall könnte sich bereits aus dem Behandlungsvertrag des ansteckungsgefährdeten Patienten ein entsprechender Informationsanspruch ergeben.

Ist der Infektionsgefährdete hingegen nicht Patient des Arztes, der den Infizierten behandelt, ist erwägenswert, ob der Infektionsgefährdete in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages zwischen dem Arzt und seinem infizierten Patienten einbezogen ist und ob dem Arzt dadurch gegenüber dem Ansteckungsgefährdeten eine Informationspflicht obliegt.

In den Fällen, in denen der Arzt die Infektionsgefahr (auch) für Dritte z. B. durch Verwenden unsteriler Infusionsflüssigkeiten, mit Viren kontaminierter Transfusionen oder Vorliegen eigener ansteckender Krankheiten selbst gesetzt hat, könnte ihm außerdem eine Verkehrspflicht in Form einer Informationspflicht obliegen.

#### **1. Informationspflicht aus dem eigenen Behandlungsvertrag**

Ist der Ansteckungsgefährdete Patient des Arztes, der auch den Infizierten behandelt, könnte sich aus seinem Behandlungsvertrag eine ärztliche Warnpflicht ergeben.

##### **a) Rechtsprechung**

Die Rechtsprechung ließ lange Zeit offen, ob dem Arzt unter bestimmten Umständen eine Pflicht obliegt, seinen Patienten aufgrund des Behandlungsvertrages vor einer von einem Mitpatienten

ausgehenden Infektionsgefahr zu warnen. Zwar deutete das *RG* bereits 1905 in einer Entscheidung an, ein Arzt könne unter bestimmten Umständen verpflichtet sein, seinem ansteckenden Patienten nahe stehende Personen vor Ansteckungsgefahren zu warnen. Es führte dies allerdings nicht näher aus<sup>317</sup>.

Eine Entscheidung des *OLG Frankfurt/M.* aus dem Jahre 1999 statuierte zum ersten Mal die Rechtspflicht eines Arztes zur Offenbarung der Infektion eines Patienten, die Ansteckungsgefahren gegenüber einem Mitpatienten birgt<sup>318</sup>.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin begehrte die Zahlung von Schmerzensgeld und die Feststellung der Ersatzpflicht für alle weiteren materiellen und immateriellen Schäden infolge ihrer HIV-Infektion. Sie machte geltend, der beklagte Arzt habe eine grobe Pflichtverletzung begangen, indem er sie nicht über die HIV-Infektion ihres Lebensgefährten aufgeklärt habe. Der Beklagte war der Hausarzt der Klägerin und ihres HIV-infizierten Lebensgefährten. Aufgrund eines Verbotes des Infizierten hatte der Arzt der Klägerin nichts von der HIV-Infektion ihres Lebensgefährten mitgeteilt. Der Arzt verschwieg sie ihr sogar, als sie ihn in seiner Praxis aufsuchte und versuchte, Näheres über die Krankheit ihres Lebensgefährten zu erfahren. Vielmehrklärte er die Klägerin erst nach dem Tod ihres Lebensgefährten über dessen HIV-Infektion auf. Zu diesem Zeitpunkt war auch sie bereits mit HIV infiziert.

Da der Patient dem Arzt mehrfach verbot, Dritte von seiner HIV-Infektion in Kenntnis zu setzen und auch weitere Hinweise für einen unverantwortlichen Umgang mit seiner Infektion sprachen, gab es nach Auffassung des *OLG Frankfurt/M.* keine andere Möglichkeit für den Arzt, die aus dem Kontakt zu seinem HIV-infizierten Patienten resultierende Lebens- und Gesundheitsgefahr von der Klägerin abzuwenden, als sie über die Ansteckungsgefahr zu informieren.

Das *OLG Frankfurt/M.* hat im Gegensatz zur Vorinstanz in diesem Fall aber nicht nur ein Offenbarungsrecht des Arztes gem. § 34 StGB, sondern sogar eine Pflicht zur Mitteilung der HIV-Infektion gegenüber der von ihm ebenfalls behandelten Lebensgefährtin seines Patienten angenommen. Es vertrat die Auffassung, diese Pflicht wiege höher als die ärztliche Schweigepflicht. Sofern die Preisgabe des Patientengeheimnisses des Erkrankten als gebotener Schritt erscheint und der informationsbedürftige Dritte ebenfalls in der Behandlung des Arztes stehe, der

---

<sup>317</sup> In der Entscheidung wurde vorrangig die Frage erörtert, ob der Arzt berechtigt sei, Angehörige seiner an Syphilis erkrankten Patientin auf bestehende Ansteckungsgefahren hinzuweisen, siehe *RGSt* 38, 62, 64.

<sup>318</sup> *NJW* 2000, 875 ff.=*JR* 2000, 375 f.=*MedR* 2000, 196 ff.=*MDR* 1999, 1444=*VersR* 2000, 320 ff.=*NStZ* 2001, 150 f.

den HIV-Infizierten behandelt, beanspruche die diesem gegenüber bestehende Garantenstellung des Mediziners den Vorrang vor dem ärztlichen Schweigegebot<sup>319</sup>.

Da es der Klägerin nicht möglich war, zu beweisen, dass sie nicht schon vor der Informationsmöglichkeit des Arztes HIV-infiziert war, verneinte das *OLG Frankfurt/M.* trotz Annahme einer Offenbarungspflicht allerdings im Ergebnis mangels Kausalität der Pflichtwidrigkeit einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines Schmerzensgeldes und eine Ersatzpflicht des Beklagten für aus der Pflichtverletzung resultierende materielle und immaterielle Schäden<sup>320</sup>.

Die Entscheidung verdeutlicht, welchen zivil- und strafrechtlichen „Gefahren“ der Arzt ausgesetzt ist, sofern sich unter seinen Patienten ein unverantwortlich handelnder Infizierter befindet, der durch seine Infektion bewusst Mitpatienten gefährdet<sup>321</sup>.

Einerseits ist der Arzt aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG, aus § 203 StGB, aus dem Behandlungsvertrag sowie den die ärztliche Schweigepflicht betreffenden Normen der landesrechtlichen Berufsordnungen zur Verschwiegenheit verpflichtet, andererseits können gegenüber seinem ansteckungsgefährdeten Patienten Schutzpflichten bestehen.

Ist eine Offenbarung der Infektionskrankheit seines Patienten nicht durch Einwilligung oder gem. § 34 StGB gerechtfertigt, so macht der Arzt sich einerseits gem. § 203 I Nr. 1 StGB strafbar. Darüber hinaus kann er gem. § 823 I BGB wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts seines Patienten und gem. § 823 II BGB i. V. m. § 203 I StGB deliktischen Schadensersatzansprüchen seines infektiösen Patienten ausgesetzt sein<sup>322</sup>. Darüber hinaus kommt ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung nebenvertraglicher Pflichten des Behandlungsvertrages in Betracht.

Andererseits aber kann auch der Arzt, der seine Patienten nicht vor Ansteckungsgefahren warnt, aus diesem Grund sowohl zivilrechtlichen Ansprüchen als auch strafrechtlichen Konsequenzen ausgesetzt sein<sup>323</sup>.

---

<sup>319</sup> OLG Frankfurt/M., NJW 2000, 875, 876.

<sup>320</sup> OLG Frankfurt/M., NJW 2000, 875, 876 f.

<sup>321</sup> Siehe auch Vogels, MDR 1999, 1444, 1445.

<sup>322</sup> So sprach das LG Braunschweig einem HIV-Infizierten, dessen Infektion der Arzt an dessen Arbeitgeber, ein Krankenhaus, weitergeleitet hatte, einen Schmerzensgeldanspruch zu, siehe LG Braunschweig NJW 1990, 770, 770 f..

<sup>323</sup> In Betracht kommt eine Strafbarkeit des Arztes gem. §§ 223 ff., 13 StGB sowie ein Anspruch auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden gem. §§ 280 I, 253 II BGB sowie gem. §§ 823 i. V. m. § 253 II BGB wegen Verletzung der Gesundheit bzw. des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Darüber hinaus ist der Arzt, der sich durch Ablegen des Hippokratischen Eides nicht nur verpflichtet hat, das Leben zu schützen, sondern auch die Verschwiegenheit zu wahren<sup>324</sup>, in derartigen Fällen einem erheblichen Gewissenskonflikt ausgesetzt.

## **b) Literatur**

### **(1) Literatur bis zum Jahr 1999**

In der älteren Literatur wurde größtenteils nicht in Betracht gezogen, dass auch der Ansteckungsgefährdete Patient des Arztes sein kann, der den Infizierten behandelt. Daher wurde nur vereinzelt hinterfragt, ob dem Arzt *aus dem Behandlungsvertrag* die Pflicht obliegen kann, seinen infektionsgefährdeten Patienten trotz der ihm gegenüber einem anderen Patienten obliegenden Schweigepflicht zu warnen<sup>325</sup>, sondern das Bestehen derartiger Offenbarungspflichten pauschal verneint.

*Großfuß-Bürk* zieht zwar die Möglichkeit in Erwägung, dass der Ansteckungsgefährdete Patient des Arztes ist, der auch den Infizierten behandelt. Er vertritt allerdings die Auffassung, dem Arzt obliege grundsätzlich keine Pflicht, seinen Patienten vor durch einen Mitpatienten drohenden Infektionsgefahren zu schützen. Dies begründet er damit, dass der Patient nicht mit dieser Gefahr rechne, und daher nicht auf entsprechende ärztliche Hilfe vertraue sowie eigene Vorsorgemaßnahmen unterlasse<sup>326</sup>.

Vereinzelt wurde allerdings bereits in der älteren Literatur die Pflicht des Arztes bejaht, seinen Patienten zu warnen, wenn diesem durch einen verantwortungslos handelnden Mitpatienten Ansteckungsgefahren drohen.

Eine entsprechende Rechtspflicht des Arztes zur Mitteilung wurde damit begründet, dass bei einer derartigen Pflichtenkollision die vertragliche Garantenstellung des Arztes bezüglich der

---

<sup>324</sup> Siehe dazu Laufs, *Arztrecht*, 5. Aufl., 1993, XVI.

<sup>325</sup> Bruns, MDR 1987, 352, 357; Gallwas, AIFO 1986, 31, 38; Deutsch, NJW 1985, 2746, 2746; Buchborn, MedR 1987, 260, 264.

<sup>326</sup> Großfuß-Bürk, Die Verantwortung des Arztes für Fehlverhalten des Patienten am Beispiel der Missachtung ärztlicher Hinweise, 63.

Gesundheit seines einen Patienten den Vorrang vor dem Schweigegebot gegenüber dem anderen Patienten beanspruche<sup>327</sup>.

Sofern infektionsgefährdete Personen ebenfalls in der Behandlung desselben Arztes wie der Infizierte sind, wandle sich das auch gegenüber einem Nichtpatienten bestehende Offenbarungsrecht des Arztes i. S. d. § 34 StGB in eine Offenbarungspflicht, da der Arzt aus dem Behandlungsvertrag eine Garantienpflicht habe, Gesundheitsgefahren und –schädigungen von seinem Patienten abzuwenden, sofern dessen (HIV)-infizierter Partner unverantwortlich handele<sup>328</sup>.

## **(2) Aktuelle Literatur**

Durch die dargestellte Entscheidung des *OLG Frankfurt/M.* aus dem Jahr 1999, das unter bestimmten Umständen eine ärztliche Pflicht zur Information ansteckungsgefährdeter Patienten statuierte, erhielt die entsprechende Diskussion allerdings neue Impulse.

Teilweise wurde nun differenzierter als es bislang der Fall war, auf die Problematik eingegangen, ob aus dem Behandlungsvertrag eine Pflicht folge, sich über die dem einen Patienten gegenüber obliegende Schweigepflicht hinwegzusetzen und dadurch einen anderen Patienten vor Lebens- und Gesundheitsgefahren zu schützen.

### **(a) Eine Offenbarungspflicht bejahende Ansichten**

Teilweise wurde in der neueren Literatur vertreten, unter bestimmten Umständen bestehe eine ärztliche Pflicht zur Information ansteckungsgefährdeter Patienten.

So vertritt *Spickhoff* die Auffassung, der Arzt habe gegenüber seinem ansteckungsgefährdeten Patienten die Pflicht zur Aufklärung über die HIV-Infektion des Lebenspartners. Dies sei eine aus § 242 BGB a. F. abzuleitende Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag; sie werde von dem

---

<sup>327</sup> Herzog, MedR 1988, 289, 291; Lilie, NStZ 1983, 313, 315.

*Bruns* bejaht eine Offenbarungspflicht gegenüber Ansteckungsgefährdeten, sofern diese ebenfalls einen Behandlungsvertrag mit dem einen HIV-Infizierten behandelnden Arzt geschlossen haben, siehe *Bruns*, MDR 1987, 352, 357, Fn. 17.

Über das Bestehen einer Rechtspflicht hinaus hält *Laufs* eine Information gegenüber ansteckungsgefährdeten Personen, die nicht ebenfalls in Behandlung des Arztes sind, für „verantwortungsvoll und geboten“, *Laufs*, *Arztrecht*, 5. Aufl., 1993, Rn. 431.

<sup>328</sup> *Timm*, *Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht*, 67 ff., so bereits auch *Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer)*, *Handbuch des Arztrechts*, 2. Aufl., 1999, § 71, Rn. 12 m. w. N.; siehe nunmehr *Laufs/Uhlenbruck (Ulsenheimer)*, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl., 2002, 3. Aufl., § 71, Rn. 12 m. w. N.

enormen Interesse des Vertragspartners am Schutz vor einer letal verlaufenden Infektionskrankheit und von seiner evidenten Informationsbedürftigkeit getragen<sup>329</sup>.

Er weist darauf hin, dass § 34 StGB grundsätzlich auch im Zivilrecht anwendbar sei und betont, die gegenüber dem infizierten Patienten bestehende Schweigepflicht stehe dieser Nebenpflicht allerdings entgegen, sofern der Bruch der Schweigepflicht nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt wäre. In den Fällen, in denen diese Schweigepflichtverletzung gerechtfertigt wäre, folge daraus gegenüber dem gefährdeten Patienten eine „Pflicht zum Bruch der ärztlichen Schweigepflicht“, da die Offenbarung dann gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse höherwertigen Rechtsgütern diene<sup>330</sup>.

Nach Auffassung *Spickhoffs* darf der Arzt einen Patienten also nicht vor ihm durch einen Mitpatienten drohenden Ansteckungsgefahren warnen, sofern der Bruch seiner Schweigepflicht nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt wäre. Wäre die Offenbarung nach dieser Norm gerechtfertigt, obliege ihm eine Offenbarungspflicht. *Spickhoff* macht also das Bestehen vertraglicher Nebenpflichten von einer entsprechenden Rechtfertigung gem. § 34 StGB abhängig.

*Schlund* vertritt ebenfalls die Auffassung, dass der Arzt, sofern der Partner eines HIV-Infizierten ebenfalls sein Patient sei, aufgrund des mit diesem geschlossenen Behandlungsvertrages verpflichtet sei, ihn über die Infektion seines Partners zu unterrichten.

Die daraus hergeleitete Mitteilungspflicht beschränkt er allerdings im Gegensatz zu *Spickhoff* nicht auf die Fälle, in denen sich der Patient erkennbar unverantwortlich verhält und eine entsprechende Offenbarung daher gem. § 34 StGB gerechtfertigt wäre: Die Mitteilungspflicht bestehe „*insbesondere* dann, wenn der Arzt bei seinem Patienten die Erkenntnis gewonnen hat (...), dass dieser nicht das Bild eines mit seiner Erkrankung verantwortlich umgehenden Menschen vermittelt“<sup>331</sup>.

*Schlund* merkt an, es bestehe auch gegenüber Ansteckungsgefährdeten, die nicht Patienten des den HIV-infizierten Partner behandelnden Arztes seien, eine moralische Pflicht zur Information, eine rechtliche Pflicht zur Information halte er in derartigen Fällen aber für zu weitgehend.

Wie diese „moralische“ Informationspflicht mit der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber seinem Patienten zu vereinbaren sein soll, lässt *Schlund* allerdings offen<sup>332</sup>.

---

<sup>329</sup> Spickhoff, NJW 2000, 848, 848.

<sup>330</sup> Spickhoff, NJW 2000, 848, 848.

<sup>331</sup> Schlund, JR 2000, 375, 376.; ähnlich bereits ders., AIFO 1987, 401, 404.

<sup>332</sup> Schlund, JR 2000, 375, 377.

Auch *Vogels* bejaht das Bestehen einer ärztlichen Offenbarungspflicht, sofern der Ansteckungsgefährdete ebenfalls in Behandlung des den Infizierten behandelnden Arztes ist.

In diesen Fällen bestehe eine Garantenpflicht, Gesundheitsgefahren von Dritten durch aktives Handeln abzuwenden, die mit der Verschwiegenheitspflicht kollidiere. Bei dieser Pflichtenkollision sei der Garantenstellung zum Schutz des zu Informierenden der Vorrang gegenüber der Schweigepflicht einzuräumen<sup>333</sup>.

Unter welchen konkreten Umständen der Arzt zur Offenbarung verpflichtet ist, lässt *Vogels* allerdings offen.

Teilweise wird für das Bestehen entsprechender ärztlicher Aufklärungspflichten nicht einmal das Bestehen eines Behandlungsvertrages gefordert. So vertritt *Bender* die Auffassung, dass eine ärztliche Verpflichtung bestehe, Ansteckungsgefahren durch entsprechende Information abzuwenden, sofern der Arzt sowohl den ansteckungsgefährdeten Patienten als auch den Infizierten behandle, wobei es zur Bejahung eines derartigen „originären“ Informationsanspruches nicht einmal eines Behandlungsvertrages bedürfe. Vielmehr seien bereits dem Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>334</sup> Informationspflichten immanent<sup>335</sup>. *Bender* begründet seine Auffassung kaum und geht nicht auf die Frage ein, unter welchen Umständen der Arzt aufgrund eines Behandlungsverhältnisses zu einer derartigen Information verpflichtet sein soll.

## **(b) Eine Offenbarungspflicht ablehnende Ansichten**

### **(aa) Fehlender Zusammenhang zwischen Infektionsgefahr durch Dritte und ärztlicher Behandlung**

*Engländer* befasst sich differenziert mit der Frage, ob Informationspflichten Inhalt des Behandlungsverhältnisses sein können.

Er vertritt die Auffassung, die vertraglich begründete Garantenstellung des Arztes beziehe sich ausschließlich „auf den Schutz und die Wiederherstellung der Gesundheit des Patienten im

---

<sup>333</sup> *Vogels*, MDR 1999, 1444, 1445.

<sup>334</sup> Siehe zu den wesentlichen rechtsdogmatischen Konzepten der Geschäftsführung ohne Auftrag: Oppermann, AcP 193 (1993), 497, 500 ff.

<sup>335</sup> *Bender*, VersR 2000, 320, 323.

Rahmen der ärztlichen Behandlung“<sup>336</sup>. Diese Garantenpflicht sei auf die konkrete professionelle Aufgabe beschränkt. Mit der ärztlichen Behandlung stehe die Infektion des Partners in keinem direkten Zusammenhang. Vielmehr sei es Zufall, wenn sowohl der Infizierte als auch der Ansteckungsgefährdete von demselben Arzt behandelt würden<sup>337</sup>.

Diesen zufälligen Umstand zum maßgeblichen Kriterium für das Bestehen einer Mitteilungspflicht zu machen, dehne aber „im Ergebnis die Garantenstellung des Arztes über das konkrete Behandlungsverhältnis“ aus und „wäre letztendlich von reinen Billigkeitserwägungen motiviert“<sup>338</sup>.

Er betont, derartige Billigkeitserwägungen seien nicht ausreichend, um eine Handlungspflicht zu begründen.

Die Annahme einer entsprechenden Offenbarungspflicht führe weiterhin dazu, dass der Arzt zur sofortigen Warnung verpflichtet sei, wenn er im privaten Umfeld erfahre, dass sein mit seiner HIV-Infektion unverantwortlich umgehender Patient ungeschützte sexuelle Kontakte zu einem anderen Patienten aufnehmen wolle.

*Engländer* spricht sich daher ausdrücklich dafür aus, dem Arzt in derartigen Fällen gem. § 34 StGB ein Recht zum Bruch seiner Schweigepflicht einzuräumen, ihm aber keine entsprechende Pflicht aufzuerlegen<sup>339</sup>.

Ist ein Patient durch einen anderen seiner Patienten Ansteckungsgefahren ausgesetzt, ist deren Abwehr also nach Auffassung *Engländers* nicht Gegenstand des Behandlungsverhältnisses. Eine entsprechende Informationspflicht des Arztes lehnt er daher ab.

### **(bb) Infektionsgefahr als allgemeines Lebensrisiko**

*Parzeller/Bratzke* kritisieren die dargestellte Entscheidung des *OLG Frankfurt/M.* und führen aus: „Zwar muss konstatiert werden, dass der Schutz von Patienten vor der Ansteckung mit einer lebensbedrohlichen Erkrankung wie Aids einen hohen Stellenwert genießt. Fraglich ist jedoch, inwieweit in gewissen Fallkonstellationen (Pflichtenkollision) dem Arzt Pflichten auferlegt werden können, die gesetzlich nicht eindeutig normiert sind und wobei die Transparenz aufgrund der sonstigen Gesetzeslage und Rechtsprechung bei HIV für den juristischen Laien nicht offensichtlich ist.“<sup>340</sup>

<sup>336</sup> Engländer, MedR 2001, 143, 144.

<sup>337</sup> Engländer, MedR 2001, 143, 144.

<sup>338</sup> Engländer, MedR 2001, 143, 144.

<sup>339</sup> Engländer, MedR 2001, 143, 144.

<sup>340</sup> Parzeller/Bratzke, DÄBl 2000, A 2364, 2364.

Sie sind der Auffassung, die Entscheidung des *OLG Frankfurt/M.* würde den Arzt auch in „zahlreichen“ anderen Fällen zur Offenbarung von Krankheiten verpflichten: So sei der Arzt nicht nur bei anderen letal verlaufenden, übertragbaren Erkrankungen seinem ansteckungsgefährdeten Patienten gegenüber zur Offenbarung verpflichtet, sondern auch bei Krankheiten, die im Straßenverkehr zu verhängnisvollen Ausfällen führen könnten<sup>341</sup>. Diese letztgenannten Erkrankungen des Patienten müssten nach der vermeintlich vom *OLG Frankfurt/M.* vertretenen Rechtsauffassung „dem Ehepartner“ auch gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten mitgeteilt werden, da auch dessen Leben und Gesundheit gefährdet sein könnte, sofern er mit seinem steuernden Ehepartner in einem Fahrzeug säße.

Derartige Offenbarungspflichten halten *Parzeller/Bratzke* für zu weitgehend. Sie vertreten die Ansicht, bei einer Infektion mit einer letal verlaufenden Krankheit durch den Intimpartner bzw. bei der Tötung oder Verletzung durch krankheitsbedingte Ausfallerscheinungen des Fahrers verwirkliche sich „ein allgemeines Lebensrisiko, dessen Abwendung nicht auf den Arzt abgewälzt werden kann“.<sup>342</sup>

### **(cc) Unklare Grenzen der Offenbarungspflicht**

Kritisch äußert sich auch *Häser*, die vertritt, das Urteil des *OLG Frankfurt/M.* beschere „der täglichen Praxis des Arztes (...) mehr Verunsicherung als klare Handlungsempfehlungen. Dem Arzt wird nicht nur das Erkennen, sondern zugleich das Auflösen einer Pflichtenkollision aufgebürdet. Da es weitere gesetzliche Vorgaben dazu nicht gibt, wird von dem Arzt erwartet, dass er sein Verhalten anhand der hierzu ergangenen Rechtsprechung bestimmt. Doch (...) für den juristischen Laien ist die Judikatur häufig gar nicht transparent. (...) Neben den unklaren Grenzen der Offenbarungspflicht berufen sich die Kritiker zu Recht auch auf den Gesetzgeber, der zwar dem HIV-Infizierten eine Rechtspflicht auferlegt hat, andere nicht zu gefährden, jedoch für Ärzte keine namentliche Meldepflicht bei HIV-Infektionen oder AIDS-Erkrankungen im Infektionsschutzgesetz festgelegt hat. Für andere Infektionen wurden hier ausdrückliche Meldepflichten kodifiziert. Spricht dies nicht dafür, dass der Gesetzgeber dem Arzt bewusst keine Offenbarungspflicht auferlegen wollte?“<sup>343</sup>

---

<sup>341</sup> Derartige Ausfälle können z. B. bei einer Epilepsie oder Diabetes mellitus auftreten.

<sup>342</sup> Parzeller/Bratzke, DÄBl 2000, A 2364, 2368.

<sup>343</sup> Häser, Der Klinikarzt 2005, 34 (11), XVII, XVIII.

## **(c) Differenzierende Auffassungen**

### **(aa) Differenzierung nach Art und Dauer des Behandlungsvertrages**

*Strybny* ist der Auffassung, bezüglich aus dem Behandlungsvertrag resultierender ärztlicher Offenbarungspflichten hinsichtlich des Bestehens einer HIV-Infektion sei „nach dem jeweiligen Behandlungsverhältnis zu infiziertem sowie gefährdetem Patienten im konkreten Fall zu differenzieren“<sup>344</sup>. Aufgrund der Intensität und Dauer des zwischen dem Hausarzt und seinem gefährdeten Patienten gegebenen Behandlungsvertrages erscheine es in der Regel angemessen, eine entsprechende Informationspflicht des Arztes abzuleiten. Gleiches gelte für eine dauerhafte und umfassende fachärztliche Behandlung, wohingegen dem Facharzt, den der Patient nur einmalig aufsuche, keine entsprechende Pflicht obliege<sup>345</sup>. „Denn der entsprechende Behandlungsvertrag ist dann nicht auf eine umfassende gesundheitliche Betreuung ausgerichtet, wie dies beim den Patienten dauerhaft betreuenden Hausarzt oder auch einem Facharzt, der den Patienten aufgrund häufiger medizinischer Konsultationen umfassend medizinisch betreut, der Fall ist. (...) Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass nicht nach Ärzten/Fachärzten zu differenzieren ist, sondern nach der Art und Dauer des konkreten Behandlungsverhältnisses, denn auch Fachärzte betreuen einen Patienten nicht selten umfassend (...)“<sup>346</sup>

Auf die Problematik, welcher „Art und Dauer“ des jeweiligen Behandlungsvertrages es für das Bestehen entsprechender Aufklärungspflichten bedarf, geht *Strybny* nicht näher ein, so dass offen bleibt, wann der jeweilige Behandlungsvertrag auf eine umfassende gesundheitliche Betreuung ausgerichtet ist. Auf diese Weise verbleiben sowohl für den Arzt als auch für den Patienten erhebliche Rechtsunsicherheiten, wann die ärztliche Schweigepflicht zu wahren ist und in welchen Fällen eine behandlungsvertragliche Informationspflicht besteht.

*Strybny* betont, dass seiner Auffassung nach nur behandlungsvertragliche Offenbarungspflichten bestehen würden, einem Behandlungsverhältnis hingegen könnten derartige Pflichten nicht entnommen werden, da es insofern an einer umfassenden medizinischen Betreuung fehle<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> *Strybny*, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 70.

<sup>345</sup> *Strybny*, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 70.

<sup>346</sup> *Strybny*, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 71.

<sup>347</sup> *Strybny*, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 73. Allerdings unterlässt *Strybny* nähere Ausführungen dazu, was er unter einem „Behandlungsverhältnis“ versteht. Die terminologische Abgrenzung zwischen einem „Behandlungsvertrag“ und einem „Behandlungsverhältnis“ wird auch dadurch erschwert, dass beide Begriffe teilweise synonyme Verwendung finden, siehe z. B. Wolfslast, NStZ 2001, 150, 151 f.

**(bb) Ausschließliche Pflicht zur Abwehr sich „unmittelbar“ aus dem Behandlungsverhältnis ergebender Gefahren**

Eine differenzierende Auffassung vertritt auch *Wolfslast*.

Sie ist zwar der Auffassung, dass der Arzt aus einem Behandlungsverhältnis eine Garantspflicht bezüglich des Wohls seines Patienten habe. Aus dem Behandlungsverhältnis folge aber „keine totale Einstandspflicht für das Wohl der Patienten: Der Arzt ist nicht, wie Eltern, verpflichtet, umfassend und in jeder Lebenslage für seinen „Schützling“ einzustehen, er ist nicht einmal verpflichtet, im umfassenden Sinn Gesundheitsgefahren und –schädigungen abzuwehren“<sup>348</sup>.

Vielmehr sei die Reichweite der Garantspflicht durch das Behandlungsverhältnis begrenzt: Der Arzt sei nur zur Abwendung solcher Gefahren verpflichtet, „die sich unmittelbar aus dem Behandlungsverhältnis ergeben, d. h. die im Kern in diesem Behandlungsverhältnis wurzeln“<sup>349</sup>.

Sofern ihn der Patient wegen von ihm „selbst ausgehender und auf ihn bezogener“ Beschwerden aufsuche, gehöre deren Untersuchung zu den ärztlichen Handlungspflichten.

Nur bezüglich dieser Beschwerden würde der Patient im Vertrauen auf die ärztliche Schutzbereitschaft keine anderweitige medizinische Hilfe in Anspruch nehmen, so dass der Arzt aufgrund des Behandlungsverhältnisses zu ihrer Abwendung verpflichtet sei<sup>350</sup>.

Die von einem HIV-infizierten Lebensgefährten ausgehende Ansteckungsgefahr sei hingegen eine Gefahr, die außerhalb des Behandlungsverhältnisses des gefährdeten Patienten liege. Auch wenn der Infizierte ebenfalls Patient des Arztes ist, „gehört er als dritte Person nicht in das Behandlungsverhältnis zwischen seiner Lebensgefährtin und dem Arzt, denn seine Erkrankung war nicht in dieses Behandlungsverhältnis mit einbezogen. Die Bezeichnung eines Arztes als „Hausarzt der Familie“ ändert nichts daran, dass ein Behandlungsverhältnis jeweils nur mit den einzelnen Familienmitgliedern besteht.“

Im Gegensatz zu den anderen Autoren ermöglicht sie aber dem Patienten, den Schutz vor bestimmten Ansteckungsgefahren zum Inhalt des Behandlungsverhältnisses zu machen: Eine Pflicht zur Offenbarung derartiger Ansteckungsgefahren ist ihrer Auffassung nach dann zu bejahen, wenn der Patient den Arzt konkret nach entsprechenden Gefährdungen gefragt hat. In diesem Fall sei die Erkrankung des Dritten und ihre möglichen Auswirkungen auf den Patienten in das Behandlungsverhältnis einbezogen<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> Wolfslast, NStZ 2001, 150, 151 f.

<sup>349</sup> Wolfslast, NStZ 2001, 150, 152.

<sup>350</sup> Wolfslast, NStZ 2001, 150, 152.

<sup>351</sup> Wolfslast, NStZ 2001, 150, 152.

*Wolfslast* vertritt also die Auffassung, der Arzt sei nur zur Abwendung von Beschwerden verpflichtet, die vom Patienten selbst ausgehen, es sei denn, der Patient beziehe die Erkrankung des Dritten und ihre möglichen Auswirkungen auf den Patienten in das Behandlungsverhältnis ein.

**c) Stellungnahme der Enquete-Kommission „Gefahren von Aids und wirksame Wege zu ihrer Eindämmung“**

Auch die *Enquete-Kommission „Gefahren von Aids und wirksame Wege zu ihrer Eindämmung“* befasste sich mit der Frage, ob der Arzt aufgrund des Behandlungsvertrages verpflichtet ist, einen Patienten über die ihm von einem HIV-infizierten Mitpatienten drohende Lebensgefahr zu informieren. Zunächst stellte die Enquete-Kommission fest, dass eine entsprechende ärztliche Warnung gem. § 34 StGB gerechtfertigt sei, sofern die Ansteckungsgefahr nicht anders abwendbar ist<sup>352</sup>. Danach führte sie aus: „Etwas anderes gilt nur dann, wenn nicht nur der Infizierte, sondern auch sein Partner Patienten desselben Arztes sind. Dann obliegen dem Arzt auch gegenüber dem Partner vertragliche Fürsorgepflichten. Das hat aber praktisch nur geringe Auswirkungen, weil diese Fürsorgepflicht nicht weiter reicht als die Befugnis des Arztes, seine ärztliche Schweigepflicht gegenüber dem Infizierten zu durchbrechen. Das heißt, entscheidend ist auch in solchen Fällen zunächst die persönliche Abwägung des Arztes, ob es zur Vermeidung von Gesundheitsgefahren für den Partner erforderlich ist, seine ärztliche Schweigepflicht gegenüber dem Infizierten zu durchbrechen. Nur wenn der Arzt dies bejaht, muss er den Partner unterrichten.“<sup>353</sup>

Die Aussage der Enquete-Kommission ist wenig hilfreich im Hinblick auf die genaue Bestimmung vertraglicher Offenbarungspflichten, da einerseits das Bestehen einer aus vertraglichen Fürsorgepflichten resultierenden Offenbarungspflicht bejaht wird, das Bestehen dieser Pflicht aber der persönlichen Abwägung des Arztes unterliegt.

---

<sup>352</sup> Enquete-Kommission „Gefahren von Aids und wirksame Wege zu ihrer Eindämmung“, BT-Drucks. 11/7200, S. 212.

<sup>353</sup> Enquete-Kommission „Gefahren von Aids und wirksame Wege zu ihrer Eindämmung“, BT-Drucks. 11/7200, S. 212.

#### **d) Eigene Stellungnahme**

Die vom *OLG Frankfurt/M.* statuierte Pflicht eines Hausarztes, dem von ihm ebenfalls behandelten Partner seines verantwortungslos handelnden, HIV-infizierten Patienten von dessen Infektion zu berichten, ist gegebenenfalls in Ansehung des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts begrüßenswert.

Derartige hausärztliche Pflichten könnten sich aus § 73 I SGB V und § 73 b SGB V ergeben, denn die systematische Auslegung zivilrechtlicher Normen kann es durchaus gebieten, diese im Lichte sozialrechtlicher Grundentscheidungen zu betrachten.

Um den sozialrechtlichen Einfluss auf das Zivilrecht insbesondere im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung zu verdeutlichen, soll zunächst eine besonders prägnante Schnittstelle beider Rechtsgebiete dargelegt werden, um dann der Frage nachzugehen, in welchem Umfang es aufgrund der Berührungspunkte geboten ist, weitere Normen des Sozialversicherungsrechts zur Auslegung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse wie dem Behandlungsvertrag heranzuziehen.

Anschließend sind die konkreten Auswirkungen der § 73 I SGB V und § 73 b SGB V auf den Behandlungsvertrag eines infektions- gefährdeten Patienten zu untersuchen<sup>354</sup>.

#### **(1) Schnittstellen von Sozial- und Zivilrecht**

Auch wenn dem Sozial- und dem Zivilrecht unterschiedliche Zielsetzungen zugrunde liegen, bestehen gerade im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung etliche Berührungspunkte, aufgrund derer dem Sozialrecht ein nicht unerheblicher Einfluss auf das Privatrecht zukommt.

Für die Themenstellung dieser Arbeit ist vor allem relevant, dass sich das Sozialversicherungsrecht im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung auch auf die Pflichten des zivilrechtlichen Behandlungsvertrages zwischen Vertragsarzt und Kassenpatient auswirkt.

Besonders prägnant zeigt sich dies anhand des in § 12 I S. 1 SGB V normierten Wirtschaftlichkeitsgebotes.

So hat das in § 12 I SGB V normierte Wirtschaftlichkeitsgebot, demzufolge der Versicherte keine Leistungen in Anspruch nehmen kann, die nicht notwendig oder die unwirtschaftlich sind, und der Vertragsarzt solche Leistungen nicht erbringen darf, auch auf den Behandlungsvertrag

---

<sup>354</sup> Angesichts der Tatsache, dass die überwiegende Zahl der Patienten Kassenpatienten sind, wird die vorliegende Argumentation auf diese beschränkt. Da mittlerweile viele private Krankenversicherungen ihren Patienten ebenfalls eine hausarztzentrierte Versorgung anbieten, werden die dargestellten Informationspflichten aber auch dem privatärztlichen Behandlungsvertrag entnommen werden können.

zwischen dem Vertragsarzt und dem Kassenpatienten Einfluss. Die im System der gesetzlichen Krankenversicherung geltenden Grenzen finanzieller und wirtschaftlicher Möglichkeiten müssen auch im Behandlungsvertrag zwischen dem Vertragsarzt und dem Kassenpatienten berücksichtigt werden.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot begrenzt daher den Anspruch des Kassenpatienten auf optimale Behandlung, soweit dennoch die anerkannten Standards medizinischer Behandlung eingehalten werden<sup>355</sup>. *Steffen* vertritt weitergehend sogar, dass sich selbst im Rahmen der *Arzthaftung* gegenüber einem Kassenpatienten ein Einfluss der sozialrechtlichen Vorgaben auf den zivilrechtlichen Behandlungsvertrag zeige<sup>356</sup>.

## **(2) § 73 I SGB V und § 73 b SGB V als pflichtenbegründende Normen des Privatrechts**

Auch weitere Normen des Sozialversicherungsrechts können zur Auslegung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse wie dem Behandlungsvertrag herangezogen werden. Für die hier erörterte Fragestellung von besonderem Interesse ist, dass dem Hausarzt gem. § 73 I SGB V gegenüber seinem Patienten weitreichende Pflichten obliegen:

Gem. dieser Norm beinhaltet die hausärztliche Versorgung u. a. insbesondere „die allgemeine und fortgesetzte ärztliche Betreuung eines Patienten in Diagnostik und Therapie bei Kenntnis seines häuslichen und familiären Umfeldes (...), die Koordination diagnostischer, therapeutischer und pflegerischer Maßnahmen (...), die Einleitung und Durchführung präventiver (...) Maßnahmen (...)“.

Namentlich die Tatsache, dass das Gesetz den Hausarzt verpflichtet, den Patienten unter Berücksichtigung seines häuslichen und familiären Umfeldes zu betreuen und präventiv tätig zu werden, verdeutlicht, dass in der hausärztlichen Behandlung eine umfassende medizinische

---

<sup>355</sup> Laufs/Uhlenbruck (Uhlenbruck/Laufs), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 44, Rn. 7.

<sup>356</sup> Einen entsprechenden Einfluss der sozialrechtlichen Vorgaben auf die *Arzthaftung* gegenüber einem Kassenpatienten begründet *Steffen* damit, dass sich das Arzthaftungsrecht in erster Linie am medizinischen Standard zu orientieren habe, dessen Vorgaben unter anderem vom sozialrechtlichen System der Krankenversorgung geprägt seien. Damit seien Beschränkungen sowie Kapazitätsgrenzen im Rahmen der medizinischen Versorgung, die sich aus dem System der gesetzlichen Krankenversicherung ergeben, im Rahmen des zivilrechtlichen Haftungsmaßstabes zu berücksichtigen, sofern diese sich im medizinischen Standard niederschlagen würden. Gleichwohl legt er – meines Erachtens zutreffend – dar, dass sich aus diesem Einfluss des Sozialrechts auf das Arzthaftungsrecht kein geringerer Haftungsmaßstab des Arztes gegenüber einem Kassenpatienten ergeben dürfe und eine Ungleichbehandlung von Kassen- und Privatpatienten jedenfalls in haftungsrechtlicher Hinsicht im Widerspruch zur Verfassung stehen würde, siehe *Steffen*, Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruchbegrenzungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten, in: Brandner et al. (Hrsg.): Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, 487, 492 ff.

Betreuung des Patienten im Mittelpunkt stehen soll<sup>357</sup>. Indem der Hausarzt gem. § 73 I SGB V zur Einleitung und Durchführung präventiver Maßnahmen verpflichtet ist, obliegt ihm die Pflicht, den Patienten nicht nur bezüglich der aktuell geklagten Beschwerden zu betreuen, sondern auch solche Gesundheits- und Lebensgefahren von ihm abzuwenden, die nicht bereits ausdrücklich Gegenstand des Behandlungsvertrages geworden sind. Diese Besonderheit der hausärztlichen Versorgung wird insbesondere von *Engländer* und *Wolfslast* nicht beachtet<sup>358</sup>.

Den umfassenden Inhalt des hausärztlichen Behandlungsvertrages vernachlässigt auch *Großfuß-Bürk*, indem er die Auffassung vertritt, dem Arzt obliege generell keine Pflicht, seinen Patienten vor ihm durch seinen Mitpatienten drohenden Infektionsgefahren zu warnen, da der Patient nicht mit dieser Gefahr rechne und daher nicht auf entsprechende ärztliche Hilfe vertraue. Vielmehr ist es im Lichte von § 73 I SGB V gerade auch Gegenstand des hausärztlichen Behandlungsvertrages, den Patienten vor Gesundheitsgefahren zu schützen, mit denen dieser nicht konkret rechnet. Die aus § 73 I SGB V folgende Pflichtenstellung des Hausarztes, seinen Patienten in Kenntnis des häuslichen und familiären Umfeldes zu betreuen, führt zu der weitergehenden Verpflichtung, Gefahren zu beobachten und abzuwenden, die dem nahen sozialen Umfeld seines Patienten entstammen.

Klärungsbedürftig ist in diesem Kontext allerdings, ob entsprechende zivilrechtliche Offenbarungspflichten bereits bestehen, wenn ein Arzt aufgrund seiner beruflichen Ausrichtung gem. § 73 I a SGB V an der hausärztlichen Versorgung teilnimmt<sup>359</sup> oder ob das Bestehen „hausärztlicher“ Pflichten von der Intensität eines bestimmten Arzt-Patient-Verhältnisses abhängig zu machen ist. Sucht ein Patient einen an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Arzt lediglich wegen einer bestimmten Behandlung bzw. Untersuchung auf, so ist dieser nicht verpflichtet, ihn umfassend vor Gesundheitsgefahren und –schädigungen zu bewahren. Gleiches gilt, wenn der Patient einen Hausarzt lediglich in so geringem Maße aufsucht, dass der Arzt die für einen umfassenden Gesundheitsschutz erforderlichen Einsichten gar nicht gewinnen kann.

---

<sup>357</sup> Entsprechend wird die hausärztliche Versorgung auf internationaler Ebene als „Familienmedizin“ bezeichnet, siehe v. Schwanenflügel, NZS 2006, 285, 286 m. w. N.

<sup>358</sup> Siehe insbesondere Engländer, MedR 2001, 143, 144; Wolfslast, NSTZ 2001, 150, 152.

<sup>359</sup> § 73 I a 1 SGB V normiert: „An der hausärztlichen Versorgung nehmen Allgemeinärzte, Kinderärzte, Internisten ohne Schwerpunktbezeichnung, die die Teilnahme an der hausärztlichen Versorgung gewählt haben, Ärzte, die nach § 95a IV und 5 1 SGB V in das Arztregister eingetragen sind und Ärzte, die am 31. Dezember 2000 an der hausärztlichen Versorgung teilgenommen haben, teil (Hausärzte). Die übrigen Fachärzte nehmen an der fachärztlichen Versorgung teil.“

Hier kann die für die hausärztliche Tätigkeit so typische ganzheitliche Sicht des Patienten nicht Gegenstand des Behandlungsvertrages geworden sein.

Seinen umfassenden privatrechtlichen Pflichten kann und muss der Hausarzt nur nachkommen, wenn er umfassende Kenntnisse über die gesamte medizinisch relevante Situation des Patienten hat. Dies ist grundsätzlich nur dann der Fall, wenn der Patient sich von ihm über einen längeren Zeitraum betreuen lässt.

Für den Arzt kann es in diesem Zusammenhang zu Abgrenzungsproblemen kommen, da er u. U. nur schwer erkennen kann, ob er einen Patienten umfassend betreuen muss<sup>360</sup>.

Als rechtliche Orientierungshilfe kann hier der im Rahmen des „Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz-GMG)“<sup>361</sup> eingefügte § 73 b SGB V dienen. Dieser dient u. a. der Qualitätsverbesserung der ärztlichen Versorgung<sup>362</sup>, indem er der besonderen Stellung des Hausarztes der Rechnung trägt und eine „hausarztzentrierte Versorgung“ vorsieht.

§ 73 b I SGB V normiert: „Versicherte können sich gegenüber ihrer Krankenkasse schriftlich verpflichten, ambulante fachärztliche Leistungen nur auf Überweisung des von ihnen aus dem Kreis der Hausärzte nach Absatz 2 gewählten Hausarztes in Anspruch zu nehmen (hausarztzen-

---

<sup>360</sup> Diese Abgrenzungsprobleme werden auch in einer aktuellen Entscheidung des *BGH* deutlich, der im Wesentlichen folgender – sich vor Einfügung des § 73 b SGB V ereignender - Sachverhalt zugrunde lag:

Die Klägerin verlangte Ersatz für Unterhaltsaufwendungen für ihren behindert geborenen Sohn. Der Bekl. zu 1. war ihr langjähriger Hausarzt, die Bekl. zu 2. war seine zwischenzeitliche Urlaubsvertretung. Die Klägerin suchte die Bekl. zu 2. wegen eines Hautausschlages auf, den diese fehlerhaft als allergische Reaktion diagnostizierte. Bei einem erneuten Besuch wegen der unveränderten Beschwerden teilte die Kl. der Bekl. zu 2. mit, dass sie eventuell schwanger sei. Der von der tatsächlich (schwangeren) Kl. im Folgenden aufgesuchte Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe veranlasste einen Rötelttest, der ein positives Ergebnis brachte. Infolge der Rötelerkrankung des Kl. wurde ihr Sohn schwerstbehindert geboren. Die Kl. wirft den Bekl. vor, ihre Rötelerkrankung verkannt zu haben, bei deren Kenntnis sie sich zu einer Abtreibung entschlossen hätte.

Der *BGH* führte in den Entscheidungsgründen aus:

„Anders als ein die Schwangerschaft begleitender Frauenarzt waren der bekl. Hausarzt und seine Urlaubsvertreterin nicht im Hinblick auf die Schwangerschaft und nicht zu deren medizinischer Begleitung eingeschaltet worden. (...) Dementsprechend war eine Beratung über Möglichkeiten zur Unterbrechung der Schwangerschaft nicht Inhalt der Behandlungsverträge zwischen der Kl. und den beiden Beklagten, (...). Hatten nach allem die Behandlungsverträge mit den Bekl. nicht den Zweck, die Kl. vor den Folgen einer Unterhaltsbelastung zu bewahren, so hätte sich eine Beratung der Kl. über die Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruchs allenfalls als Reflex und zudem nur bei einer *maximalen* hausärztlichen Versorgung der Kl. ergeben.“, *BGH NJW* 2005, 891, 892.

Ausführungen, unter welchen Umständen eine derartige „maximale“ hausärztliche Versorgung anzunehmen sei, unterließ der *BGH* allerdings. Kritisch zu der in diesem Fall angenommenen „ausschließlichen“ Zielsetzung des Arztbesuchs auch Spickhoff, *NJW* 2005, 1694, 1700, der anmerkt, damit würde „die Möglichkeit kumulierter Zwecke eines Arztbesuchs (...) weitgehend zurückgedrängt.“

<sup>361</sup> Siehe zu Fragen der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes: Butzer, *MedR* 2004, 177, 177 ff.; siehe zu den wesentlichen materiell-rechtlichen Neuerungen dieses Gesetzes: Hiddemann/Muckel, *NJW* 2004, 7, 7 ff.

<sup>362</sup> Orlowski/Wasem, *Gesundheitsreform* 2004, 86.

trierte Versorgung). Der Versicherte ist an diese Verpflichtung und an die Wahl seines Hausarztes mindestens ein Jahr gebunden; er soll den gewählten Hausarzt nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes wechseln<sup>363</sup> (...)“.

Die hausarztzentrierte Versorgung<sup>364</sup>, an der der Arzt gem. § 73 b II, III SGB V nur teilnehmen kann, sofern er eine besondere, die Anforderungen des § 73 I b und c SGB V übersteigende Qualifikation aufweist<sup>365</sup>, zieht in der Regel eine Verpflichtung zu ganzheitlicher Betreuung nach sich.

Weil der Versicherte an die Wahl eines Hausarztes außer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes mindestens ein Jahr gebunden ist, erwirbt der Hausarzt die erforderlichen besonderen Kenntnisse über den Patienten und kann so umfassende Betreuungspflichten erfüllen.

Der Hausarzt, der seinen Patienten in diesem Sinne umfassend betreut, unterliegt einer Pflichtenkollision, sofern die Gesundheits- oder sogar Lebensgefahr durch einen ansteckenden Mitpatienten hervorgerufen wird. In diesem Fall ist er einerseits behandlungsvertraglich verpflichtet, die Lebens- und Gesundheitsgefahr von seinem Patienten abzuwenden, andererseits ist er aber gegenüber dem infizierten Patienten zur Verschwiegenheit verpflichtet. Das *OLG Frankfurt/M.* löste diese Pflichtenkollision zwischen der Schweigepflicht und der hausärztlichen Schutzpflicht m. E. zutreffend durch Anwendung des § 34 StGB, der in seinen Grundzügen auch im Zivilrecht anwendbar ist<sup>366</sup>. Daher darf der Arzt einen Patienten nicht vor ihm durch einen Mitpatienten drohenden Ansteckungsgefahren warnen, sofern der Bruch seiner Schweigepflicht nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt wäre. Wäre die Offenbarung nach dieser Norm gerechtfertigt, obliegt ihm eine Offenbarungspflicht.

Die ärztliche Offenbarung ist gem. § 34 StGB gerechtfertigt, sofern die gefährdeten Rechtsgüter seines bedrohten Patienten höher wiegen als das Interesse seines anderen Patienten an ärztlicher

---

<sup>363</sup> Siehe zur amtlichen Begründung des Gesetzgebers: BT-Drucks. 15/1525, S. 97.

<sup>364</sup> Im Gegenzug zur Verpflichtung, ambulante fachärztliche Leistungen nur auf Überweisung seines entsprechenden Hausarztes in Anspruch zu nehmen, kann die Krankenkasse dem Versicherten gem. § 65 a II SGB V ermäßigte Zuzahlungen sowie niedrigere Beitragssätze anbieten, siehe weiterführend: Butzer, MedR 2004, 177, 185.

<sup>365</sup> An einer Teilnahme an der hausärztlichen Versorgung interessierte Ärzte müssen gem. § 73 b III SGB V von den Landesverbänden der Krankenkassen und der kassenärztlichen Vereinigung als Partner der Gesamtverträge zu definierende Voraussetzungen erfüllen. Die amtliche Begründung des Gesetzgebers nennt als Beispiele für die nach § 73 III SGB V zu definierenden Qualitätsvoraussetzungen eine „Ausrichtung der Behandlung an evidenzbasierten medizinischen Leitlinien“ sowie eine „Verpflichtung zur Teilnahme an besonderen Qualitätszirkeln“, BT-Drucks. 15/1525, S. 97 m. w. N.

<sup>366</sup> Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996, Rn. 286.

Verschwiegenheit und die Gefahr des Ansteckungsgefährdeten nur durch Information abwendbar ist.

Im Rahmen dieser Güterabwägung zwischen den widerstreitenden Interessen sind Art und Ausmaß der drohenden Gesundheitsgefahren sowie die Frage zu berücksichtigen, ob die widerstreitenden Interessen überhaupt schutzwürdig sind.

Die Gefahr der Ansteckung mit „alltäglichen“ Infektionen ist als im sozialen Verkehr üblich hinzunehmen und kann einen Bruch der ärztlichen Schweigepflicht nicht i. S. d. § 34 StGB rechtfertigen.

Das Interesse eines Patienten, nicht mit einer letal verlaufenden Krankheit angesteckt zu werden, überwiegt hingegen das Geheimhaltungsinteresse eines Mitpatienten in jedem Fall.

Die Höherwertigkeit des Rechtsguts Leben gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse ergibt sich bereits aus dem rechtlich missbilligten Verhalten des Infizierten. Zwar macht sich ein mit einer letal verlaufenden Infektionskrankheit Infizierter, der sich gegenüber Dritten unter Verschweigen seiner Infektion trotz entsprechender ärztlicher Aufklärung ansteckungsfördernd verhält, grundsätzlich keines Mordes gem. § 211 StGB bzw. Totschlages gem. § 212 StGB schuldig, da es aufgrund der erhöhten Hemmschwelle zur Begehung eines Tötungsdeliktes im Regelfall am (bedingten) Tötungsvorsatz fehlen wird und nicht bereits aus der Gefährlichkeit der Handlung auf das Vorliegen eines solchen geschlossen werden kann<sup>367</sup>. Der mit einer letal verlaufenden Krankheit Infizierte kann sich durch derartiges Verhalten aber einer gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 1 bzw. Nr. 5 StGB schuldig machen, sein Interesse an der Unkenntnis Ansteckungsgefährdeter ist aus diesem Grund weniger schutzwürdig als die gefährdeten Rechtsgüter Dritter.

Eine entsprechende Offenbarung des Arztes wäre daher gem. § 34 StGB gerechtfertigt, so dass hieraus eine behandlungsvertragliche Informationspflicht des Hausarztes resultieren würde.

Auch bei ansteckenden Krankheiten, die nicht lebensbedrohlich sind, aber bleibende gesundheitliche Schäden oder schwere, wenn auch vorübergehende Gesundheitsbeeinträchtigungen

---

<sup>367</sup> So zur HIV-Infektion: BGHSt 36, 1, 15 m. w. N.; Tröndle/Fischer (Tröndle), StGB, 54. Aufl., 2007, § 224 StGB, Rn. 13 m. w. N.

verursachen können, kann sich der Patient durch bewusst ansteckungsgeeignetes Verhalten eines Körperverletzungsdeliktes schuldig machen. In diesem Zusammenhang kommt es auf die Dauer und Intensität der gesundheitlichen Beeinträchtigung an. Ein bei derartigen Krankheiten bestehendes Interesse des Patienten an einer Unkenntnis Ansteckungsgefährdeter über die von ihm ausgehenden Infektionsgefahren ist somit gegebenenfalls ebenfalls rechtlich missbilligt und aus diesem Grund weniger schutzwürdig als die gefährdeten Rechtsgüter seiner Mitpatienten. Eine entsprechende ärztliche Offenbarung wäre gerechtfertigt.

Setzt ein Patient einen Mitpatienten seines Hausarztes der Ansteckungsgefahr mit einer letal verlaufenden oder langwierigen bzw. folgenschweren Krankheit aus, ist der Hausarzt also verpflichtet, Gesundheit und Leben seines gefährdeten Patienten zu schützen. Ihm obliegt daher gegenüber dem gefährdeten Patienten eine von *Spickhoff* als „Pflicht zum Bruch der ärztlichen Schweigepflicht“ bezeichnete Handlungsaufforderung.

*Bender* vertritt die Auffassung, nicht nur im Rahmen eines Behandlungsvertrages, sondern bereits im Rahmen eines Behandlungsverhältnisses würden entsprechende Informationspflichten bestehen<sup>368</sup>. Ein Behandlungsverhältnis entsteht, wenn der Arzt im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677 ff. BGB tätig wird. Dies ist z. B. bei der Behandlung von Notfallpatienten der Fall. Da aber eine derartige Behandlung nicht auf eine umfassende medizinische Versorgung, sondern eben nur auf notfallspezifische Maßnahmen ausgelegt ist, entsteht hier keine zur Offenbarung verpflichtende umfassende ärztliche Betreuung. Erfährt der Arzt, dass der von ihm im Rahmen eines Behandlungsverhältnisses Behandelte durch einen Mitpatienten Ansteckungsgefahren ausgesetzt ist, ist er aus diesem Grund nicht gem. §§ 677, 681 S. 2, 666 BGB zur Mitteilung verpflichtet. Umfassende Schutzpflichten für Gesundheits- und Lebensgefahren entstehen vielmehr ausschließlich im Rahmen eines hausärztlichen Behandlungsvertrages.

Anzumerken ist, dass sich die hausärztliche Nebenpflicht zur Abwehr von Gesundheits- und Lebensgefahren nur auf solche beziehen kann, die dem Arzt erkennbar sind. Es wäre unverhältnismäßig, ihm die Pflicht aufzuerlegen, den intimen bzw. verwandtschaftlichen Beziehungen seiner Patienten und daraus möglicherweise resultierenden Infektionsgefahren nachzuforschen.

---

<sup>368</sup> *Bender*, *VersR* 2000, 320, 323.

Abschließend ist die Frage zu untersuchen, ob der Hausarzt auch außerhalb eines Behandlungstermins zur Abwehr von Gesundheits- und Lebensgefahren verpflichtet ist, und damit stets von sich aus an seinen Patienten herantreten muss, wenn er erkennt, dass diesem z. B. durch ansteckungsförderndes Verhalten eines Mitpatienten Gesundheitsgefahren drohen.

So stellt sich, um auf das von *Engländer*<sup>369</sup> gewählte Beispiel zurückzugreifen, z. B. die Frage, ob der Arzt zur sofortigen Warnung verpflichtet ist, wenn er im privaten Umfeld erfährt, dass sein mit seiner HIV-Infektion unverantwortlich umgehender Patient ungeschützte sexuelle Kontakte zu einem anderen Patienten aufnehmen will.

Würde man eine derartige Pflicht bejahen, so wäre der Hausarzt selbst im Privatleben verpflichtet, den Patienten, sofern es die Gefahrenlage erfordert, u. U. sogar unverzüglich auf die ihm drohenden Gesundheits- und Lebensgefahren hinzuweisen.

Es mag dahinstehen, ob eine solche Anforderung überhaupt praktisch durchführbar wäre.

Würde man derartig weitreichende Pflichten annehmen, sähe sich der Hausarzt jedenfalls einem unüberschaubaren, mit anderen Berufsständen nicht mehr vergleichbaren Risiko der Pflichtverletzung gegenüber, wofür es keinen rechtfertigenden Grund gibt.

Darüber hinaus muss man dem Hausarzt zugestehen, zwischen Berufs- und Privatleben zu trennen. Ihm ununterbrochen behandlungsvertragliche Pflichten aufzuerlegen, wäre ihm nicht zumutbar.

Aus diesen Gründen besteht die umfassende hausärztliche Schutzpflicht für die Gesundheit des Patienten nur im Rahmen eines Behandlungstermins.

Eine Ausdehnung der für den Hausarzt aus dem Behandlungsvertrag herrührenden Pflichten auf den Facharzt ist in der Regel nicht gerechtfertigt.

Der Behandlungsvertrag zwischen dem Hausarzt und seinem Patienten unterscheidet sich bei einer längerfristigen und verschiedene gesundheitliche Aspekte umfassenden Behandlung wesentlich von den Behandlungsverträgen, die zwischen einem nur als Spezialist aufgesuchten Facharzt<sup>370</sup> und seinem Patienten geschlossen werden. Ein Facharzt wird grundsätzlich nur für eine bestimmte Facharztbehandlung aufgesucht und übernimmt keine generelle medizinische Betreuung.

---

<sup>369</sup> Engländer, MedR 2001, 143, 144.

<sup>370</sup> Der Begriff des Facharztes soll hier im Sinne des § 73 I a SGB V benutzt werden.

Daher ist der Facharzt m. E. grundsätzlich nicht behandlungsvertraglich verpflichtet, die ihm gegenüber seinem einen Patienten obliegende Schweigepflicht zu brechen und seinen anderen Patienten über ihm von einem Mitpatienten drohende Ansteckungsgefahren zu informieren.

Nach einer entsprechenden Frage seines Patienten kann allerdings auch jener verpflichtet sein, diesen über ihm drohende gesundheitliche Gefahren aufzuklären, da die Erkrankung des Dritten und ihre möglichen Auswirkungen auf den Patienten in diesem Fall in den fachärztlichen Behandlungsvertrag einbezogen werden<sup>371</sup>.

Allerdings ist nicht bereits anlässlich jeder derartigen Frage eines Patienten an einen Facharzt, den er womöglich sogar erstmalig aufsucht, eine entsprechende Offenbarungspflicht bejahen, da man anderenfalls dem einen Patienten das Recht geben würde, über die dem Arzt gegenüber einem anderen Patienten obliegende Schweigepflicht zu „disponieren“. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass in diesem Fall auch der Facharzt einer Pflichtenkollision unterliegt, indem er aufgrund der konkreten Frage des Patienten zum einen behandlungsvertraglich verpflichtet ist, die Lebens- und Gesundheitsgefahr von diesem abzuwenden, zum anderen aber gegenüber seinem infizierten Patienten zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Diese Pflichtenkollision ist wiederum unter Berücksichtigung der im Rahmen des § 34 StGB getroffenen Güterabwägung zu lösen.

Nur in den Fällen, in denen eine Schweigepflichtverletzung nach den oben herausgearbeiteten Kriterien gem. § 34 StGB gerechtfertigt wäre, ist daher m. E. auch der Facharzt gegenüber dem gefährdeten Patienten zur Offenbarung einer Ansteckungsgefahr verpflichtet<sup>372</sup>.

---

<sup>371</sup> Siehe ebenfalls Wolfslast, NStZ 2001, 150, 152.

<sup>372</sup> Angemerkt sei, dass dem Arzt gegenüber seinem Patienten keine über die behandlungsvertraglichen Pflichten hinausgehenden Pflichten obliegen können. Im Rahmen eines (Behandlungs-)vertrages werden die allgemeinen deliktischen Verkehrspflichten zu vertraglichen Schutzpflichten, siehe zur Gleichsetzung der Pflichten im Rahmen eines Kaufvertrages BGH, DB 1976, 1282, 1282 f..

## 2. Offenbarungspflicht gegenüber nicht in der Behandlung des Arztes stehenden Personen

### a) Offenbarungspflicht aus dem Behandlungsvertrag des Infizierten als einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Besteht kein Behandlungsvertrag zwischen dem Ansteckungsgefährdeten und dem Arzt, könnte sich eine ärztliche Pflicht zur Offenbarung schwerer Infektionskrankheiten aus dem Behandlungsvertrag des Infizierten als einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ergeben.

Im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter werden Personen, die nicht am Vertragsschluss beteiligt sind und denen auch kein eigener Anspruch auf vertragsgemäße Erfüllung der Hauptleistungspflicht zusteht, derart in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen, dass sie bei einer aus der Verletzung vertraglicher Obhuts- und Sorgfaltspflichten resultierenden Schädigung eigene vertragliche Schadensersatzansprüche erhalten<sup>373</sup>.

Rechtsgrundlage der Schutzwirkung zugunsten Dritter ist eine ergänzende Vertragsauslegung<sup>374</sup>.

---

<sup>373</sup> Palandt (Grüneberg), BGB, 66. Aufl., 2007, § 328 BGB, Rn. 13 f. m. w. N.; Timm, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, 39. Das Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wurde entwickelt, weil der deliktische Schutz, insbesondere die Exkulpationsmöglichkeit gem. § 831 I 2 BGB sowie das Fehlen eines umfassenden Vermögensschutzes in diesem Bereich als unbefriedigend betrachtet wurde, siehe Staudinger-Jagmann, BGB, Buch 2, §§ 328-359 BGB, 14. Bearbeitung 2004, § 328 BGB, Rn. 84 m. w. N.. Den Begriff des „Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ entwickelte Larenz in den 50er Jahren, siehe Larenz, NJW 1956, 1193, 1193.

<sup>374</sup> BGH, NJW 1984, 355, 356; Dahm, JZ 1992, 1262, 1167.

Während vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes der überwiegende Teil der Literatur vertrat, das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sei eine auf § 242 BGB beruhende Fortentwicklung des dispositiven Rechts (siehe z. B. Bayer, JuS 1996, 475, 477), ist nunmehr in der Literatur insbesondere umstritten, ob dieses Rechtsinstitut in § 311 III 1 BGB eine gesetzliche Regelung erfahren hat, siehe Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, 157 f. m. w. N.; Westermann (Hrsg.), Das Schuldrecht 2002, 46.

Gegen eine derartige Auslegung dieser Norm sprechen allerdings m. E. die Gesetzesmaterialien. So ist heißt es in der amtlichen Begründung zu § 311 III 1 BGB: „Absatz 3 Satz 1 bestimmt, dass ein vertragsähnliches Schuldverhältnis auch mit Personen entstehen kann, die gar nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Das sind insbesondere die Fälle der Eigenhaftung des Vertreters oder Verhandlungsgehilfen. Gerade in diesem Bereich (...) ist die Entwicklung derzeit noch nicht abgeschlossen. Deshalb gilt auch für Absatz 3, dass im Gesetz zwar die Möglichkeit einer Haftung auch von Dritten angesprochen, aber in einer Weise geregelt werden soll, die eine Weiterentwicklung dieses Rechtsinstituts durch Praxis und Wissenschaft erlaubt“, BT-Drucks. 14/6040.

Diese Formulierung verdeutlicht m. E., dass § 311 BGB nach dem Willen der Gesetzgebers nur den Fall erfassen sollte, dass *gegen*, nicht aber *von* einem Dritten Ansprüche geltend gemacht werden, so dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter weiterhin keine gesetzliche Regelung gefunden hat, siehe ebenso Eggert, KritV 2002, 98, 98 ff.

Somit ist weiterhin der von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung der Vorzug zu geben: Da diese im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung den (hypothetischen) Parteiwillen zur Grundlage des Anspruchs des Dritten macht, ermöglicht sie es, den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen, siehe BGH NJW 1984, 356.

### **(1) Allgemeine Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter besonderer Berücksichtigung des Integritätsschutzes**

Für die Einbeziehung speziell von Integritätsinteressen Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages wurden folgende Kriterien entwickelt:

Zunächst muss der Dritte eine gewisse Leistungsnähe ausweisen, indem er mit der Leistung des Schuldners bestimmungsgemäß in Berührung kommt und damit hinsichtlich seiner Integritätsinteressen den Gefahren von Schuldpflichtverletzungen in gleicher Weise wie der Gläubiger ausgesetzt ist. Der Dritte muss sich dabei mit Willen des Gläubigers oder durch dessen Vermittlung im Leistungsbereich aufhalten oder auf andere Art üblicherweise mit der Haupt- oder Nebenleistung in Berührung kommen<sup>375</sup>. Dies kann nur der Fall sein, wenn die Leistung inhaltlich (auch) drittbezogen ist<sup>376</sup>.

Eine weitere Voraussetzung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist es, dass der Gläubiger ein Interesse daran hat, den Dritten in den Schutzbereich des Vertrages einzubeziehen. Insbesondere die frühere Rechtsprechung bejahte ein derartiges Schutzinteresse des Gläubigers nur in den Fällen, in denen dieser gegenüber dem Dritten eine Schutz- und Fürsorgepflicht innehatte, indem ihm dessen „Wohl und Wehe“ anvertraut war. Dies war grundsätzlich bei Schuldverhältnissen mit personenrechtlichem Einschlag, wie sie z. B. im Arbeits- und Familienrecht vorkommen, der Fall<sup>377</sup>. Nunmehr wird allerdings zunehmend vertreten, die Integritätsinteressen eines Dritten seien auch dann geschützt, wenn zwar keine derartig enge Bindung zum Gläubiger gegeben sei, diesem aber aufgrund eines Vertrages oder sogar nur eines Gefälligkeitsverhältnisses Pflichten gegenüber Dritten obliegen würden<sup>378</sup>.

Des Weiteren muss dem Schuldner die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages erkennbar sein. In diesem Zusammenhang ist nicht erforderlich, dass der Schuldner Zahl und Namen der zu schützenden Dritten kennt. Wichtig ist aber, dass die Schutzpflicht bei Vertragsschluss auf eine dem Schuldner klar erkennbare Personengruppe beschränkt ist<sup>379</sup>. Nur

---

<sup>375</sup> BGHZ 49, 350, 354; 129, 168.

<sup>376</sup> Palandt (Grüneberg), BGB, 66. Aufl., 2007, § 328 BGB, Rn. 16.

<sup>377</sup> BGHZ 51, 91, 96; 56, 269, 273; 66, 51, 57.

<sup>378</sup> Staudinger (Jagmann), Buch 2, §§ 328-359 BGB, 14. Bearbeitung, 2004, § 328 BGB, Rn. 100; MüKo (Gottwald), Band 2a, §§ 241-432 BGB, 4. Aufl., 2003, § 328 BGB; Rn. 12.

<sup>379</sup> BGH NJW 1984, 355, 355 f.; BGH NJW 1987, 1758, 1760.

unter diesen Umständen kann er sein Haftungsrisiko überschauen<sup>380</sup>, so dass ihm ein vertragliches Haftungsrisiko gegenüber Dritten überhaupt zugemutet werden kann<sup>381</sup>.

Die Schutzbedürftigkeit des Dritten und damit dessen Einbeziehung in den Schutzbereich eines Vertrages ist allerdings grundsätzlich zu verneinen, wenn ihm wegen des Schuldverhältnisses, aus dem er seine Ansprüche herleitet, eigene vertragliche Ansprüche gegen den Gläubiger zustehen, die denselben oder zumindest einen gleichwertigen Inhalt wie die Ansprüche haben, die ihm über eine Einbeziehung in den Schutzbereich eines Vertrages zukämen<sup>382</sup>.

## **(2) Einbeziehung infektionsgefährdeter Dritter in den Schutzbereich eines Behandlungsvertrages**

### **(a) Rechtsprechung**

Die Rechtsprechung hat sich bisher nicht mit der Frage befasst, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen Dritte in den Schutzbereich eines Behandlungsvertrages zwischen dem Arzt und seinem infizierten Patienten einbezogen werden<sup>383</sup>.

Die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages wurde in der Rechtsprechung bislang vorrangig bei Schädigungen des Kindes vor, während und nach der Geburt bejaht<sup>384</sup>.

Ansonsten wurde die Einbeziehung Angehöriger oder des Partners in den Schutzbereich eines Behandlungsvertrages begrenzt<sup>385</sup>. Die Fallkonstellationen, in denen die Rechtsprechung eine

---

<sup>380</sup> BGHZ 49, 350, 354; 51, 91, 96.

<sup>381</sup> BGH NJW 1968, 1929, 1931.

<sup>382</sup> BGHZ 133, 168, 173; BGH NJW 1996, 2929; Staudinger (Jagmann), Buch 2, §§ 328-359 BGB, 14. Bearbeitung, 2004, § 328 BGB, Rn. 105.

<sup>383</sup> Soweit sich die Rechtsprechung mit durch den Patienten drohenden Infektionsgefahren gegenüber Dritten befasste, hat sie dies jüngst unter dem Aspekt der Verletzung von Verkehrspflichten und mithin unter deliktischen Gesichtspunkten untersucht, siehe BGHZ 163, 209 ff. (siehe dazu unter Teil 2 1. Kap. B. I. 2. b) (2) (a) (bb) (bbb)). Hinsichtlich der hier relevanten Fragestellung nach einer Verpflichtung des Arztes zu einer auch Dritten gegenüber bestehenden Pflicht zur Sicherungsaufklärung stellen sich aber im Ergebnis gleichgelagerte Probleme.

<sup>384</sup> BGHZ 89, 263, 266; BGH, NJW 1971, 241, 241 f.; OLG Celle, JZ 1978, 528; OLG Karlsruhe, NJW 1979, 599. Siehe zu den traditionellen Anwendungsbereichen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter außerhalb des Arztrechts: DICKES, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte in den Fällen der Auskunftshaftung, 15 ff.; Puhle, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, 7 ff.

<sup>385</sup> So wurde der Ehemann einer stationär untergebrachten Privatpatientin, der bei einem Besuch im Bereich des Krankenhauses zu Fall kam, nicht in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages einbezogen. Dies wurde damit begründet, dass neben der Gewährung der Heilbehandlung als vertraglicher Hauptpflicht kein Raum für eine vertragliche Nebenpflicht zum Schutz von Angehörigen sei, siehe BGHZ 2, 94, 95 ff.. Siehe zu den Schutzwirkungen des Behandlungsvertrages gegenüber dem minderjährigen nichtehelichen Vater: BGH MedR 2002, 463, 464 ff..

Schutzwirkung des Behandlungsvertrages gegenüber Dritten bejahte oder ablehnte, lassen sich allerdings nicht mit der Fragestellung, ob und inwieweit Dritte in den Schutzbereich eines Behandlungsvertrages zwischen dem Arzt und seinem infizierten Patienten einbezogen werden, vergleichen, so dass aus der bisherigen Rechtsprechung keine Rückschlüsse auf diese konkrete Problemstellung möglich sind. So lässt sich z. B. die zwischen einer Mutter und ihrem ungeborenen Kind bestehende „körperliche Gefahrengemeinschaft“, die eine besondere Leistungsnähe des Kindes zur Folge hatte, nicht mit dem Verhältnis zwischen einem Infektionskranken und einem ansteckungsgefährdeten Dritten vergleichen. Leidet die Mutter an einer Infektion, ist das Infektionsrisiko gerade für den Nasciturus erheblich gesteigert, da pathogene Mikroorganismen der Mutter durch die Plazenta in die fetale Blutbahn oder durch Verschlucken infizierten Fruchtwassers in dessen Verdauungstrakt gelangen können. Auch während des Geburtsvorgangs ist das Infektionsrisiko des Embryos gegenüber sonstigen Infektionsgefährdeten erheblich erhöht<sup>386</sup>.

## **(b) Literatur**

In der Literatur wird die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Behandlungsvertrages zwischen dem Arzt und seinem infizierten Patienten vereinzelt angedacht.

Ein Teil der Autoren erörtert diese Thematik ausschließlich unter dem Aspekt, dass die Infektionsgefahr für Dritte durch eine HIV-verseuchte Blutkonserve, also im Rahmen der ärztlichen Behandlung gesetzt wurde.

### **(aa) Im Rahmen der ärztlichen Behandlung gesetzte Infektionsgefahr**

So bejaht *Fahrenhorst* unter bestimmten Umständen eine ärztliche Informationspflicht gegenüber dem Partner des Empfängers einer HIV-verseuchten Blutkonserve aufgrund eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Sie vertritt die Auffassung, der Partner des Empfängers einer Bluttransfusion sei in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages einbezogen, denn der Arzt sei für dessen Wohl und Wehe verantwortlich, er schulde ihm Schutz und Fürsorge. Die entsprechende Schutzpflicht und die Drittbezogenheit der Leistung seien dem Arzt auch erkennbar. Sie

---

<sup>386</sup> Siehe Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 260. Aufl., 2004, Stichwort Embryopathie.

betont, dass eine entsprechende Informationspflicht lediglich dann diskutabel sei, wenn der Arzt den Eindruck gewinne, der Patient gehe unverantwortlich mit seiner Krankheit um, da die Ansteckungsgefahr anderenfalls bereits durch entsprechendes Verhalten des Infizierten abgewendet werden könne und ein Bruch der ärztlichen Schweigepflicht nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt wäre<sup>387</sup>. Sofern der auch im Zivilrecht geltende rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB dem Arzt die Befugnis gibt, dem gefährdeten Partner die Infektion seines Patienten bekannt zu geben, folge aus dieser Befugnis zur Information eine entsprechende Informationspflicht<sup>388</sup>.

Auch *Deutsch* bejaht eine Pflicht, „Familienangehörigen eines Patienten“, dem bei einem Krankenhausaufenthalt durch schuldhaftes Verhalten des Krankenträgers eine HIV-infizierte Blutkonserve transfundiert wurde, „von der Möglichkeit seiner Infektion und Infektiosität Mitteilung zu machen“<sup>389</sup>. Diese seien Begünstigte im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Es sei von Behandlungsbeginn an abzusehen, dass die Familienangehörigen „im Gefahrenbereich der Behandlung stehen“, sofern für sie „eine ernsthafte Möglichkeit der Ansteckungsgefahr“ bestehe<sup>390</sup>. Auch ihnen gegenüber bestehe daher eine entsprechende Sorgfaltspflicht. *Deutsch* betont, dass die entsprechende Mitteilung so schnell wie möglich erfolgen müsse, dies ergebe sich „aus der Sorgfaltspflicht selbst“<sup>391</sup>.

Ob ein der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages entgegenstehender Wille des Patienten zu berücksichtigen ist, erörtert *Deutsch* nicht. Aus diesem Grund spricht er das Problem der Pflichtenkollision zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und der von ihm angenommenen Informationspflicht - im Gegensatz zu *Fahrenhorst* - nicht an.

Auch nach Ansicht von *Laufs* kann dem Krankenträger, der die Gefahr einer Ansteckung mit dem HI-Virus gesetzt hat, gegenüber den Familienangehörigen des Patienten die Pflicht zur Information über die Erkrankung und die Ansteckungsgefahr obliegen. Die Angehörigen seien in derartigen Fällen Begünstigte im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, denen gegenüber eine Sorgfaltspflicht des Krankenträgers bestehe. Diese erfordere deren

---

<sup>387</sup> Siehe dazu auch OLG Braunschweig, NJW 1990, 770.

<sup>388</sup> *Fahrenhorst*, MedR 1992, 74, 78.

<sup>389</sup> *Deutsch*, NJW 1989, 1551, 1554.

<sup>390</sup> *Deutsch*, NJW 1989, 1551, 1554.

<sup>391</sup> *Deutsch*, NJW 1989, 1551, 1554.

rasche Information schon bei der ernsthaften Möglichkeit einer Ansteckungsgefahr<sup>392</sup>. Die ärztliche Schweigepflicht trete in diesem Zusammenhang zurück.

*Laufs* geht ebenso wie *Deutsch* nicht auf die Frage ein, inwieweit ein der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages entgegenstehender Wille des Patienten zu berücksichtigen ist und wie die von ihm angenommene Offenbarungspflicht mit der ärztlichen Schweigepflicht vereinbar sein soll.

### **(bb) Nicht im Rahmen der ärztlichen Behandlung gesetzte Infektionsgefahr**

*Bender* erörtert im Gegensatz zu den vorgenannten Autoren, ob sich Informationspflichten aus dem Behandlungsvertrag eines infizierten Patienten ergeben können, dessen Infektion nicht vom Arzt verursacht wurde. Die Möglichkeit, dass der Arzt die Infektion selbst herbeigeführt hat und sich aus diesem Verhalten eine Informationspflicht ergibt, zieht er hingegen nicht in Erwägung.

*Bender* lehnt bei einem unverantwortlichen Umgang eines HIV-Infizierten mit seiner Krankheit einen eigenen Informationsanspruch von nicht in Behandlung desselben Arztes stehenden Kontaktpersonen aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ab. Er ist der Auffassung, ein Rückgriff auf das Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sei in diesem Fall nicht möglich. Er betont, dass der Kreis der geschützten Personen nicht z. B. durch die Familienzugehörigkeit determiniert, sondern über die Auslegung des Behandlungsvertrages ermittelt werde. Verhalte sich der infizierte Patient gegenüber seinen Kontaktpersonen bewusst gesundheitsgefährdend, so sei die Einbeziehung Dritter in den Schutz des Behandlungsvertrages nicht möglich. Sofern der Patient die Informationsweitergabe an Dritte verweigere und eine solche auch dem Arzt verbiete, ist daher seiner Auffassung nach eine Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung des Behandlungsvertrages ausgeschlossen<sup>393</sup>. Hiermit bezieht er eine insbesondere *Fahrenhorst* entgegengesetzte Position.

Ob ein Informationsanspruch entstehen kann, wenn sich der Patient nicht bewusst ansteckungsfördernd verhält, erörtert *Bender* nicht.

---

<sup>392</sup> Laufs, *Arztrecht*, 5. Aufl., 1993, Rn. 432.

<sup>393</sup> Stehe ein gefährdeter Familienangehöriger hingegen in einem Behandlungsverhältnis mit demselben Arzt, besteht seiner Auffassung nach ein Informationsanspruch aus diesem Behandlungsverhältnis, siehe *Bender*, *VersR* 2000, 320, 323.

*Strybny*, der die Problematik ausschließlich im Zusammenhang mit dem Bestehen einer HIV-Infektion des Patienten erörtert, bejaht unter bestimmten Umständen eine ärztliche Informationspflicht gegenüber Dritten aufgrund deren Einbeziehung in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages mit dem infizierten Patienten.

Er vertritt die Auffassung, Dritte, die aufgrund eines gesteigerten sozialen Umgangs in dem Arzt erkennbarer Weise einer erhöhten Infektionsgefahr ausgesetzt seien, wiesen Leistungsnähe auf<sup>394</sup>. *Strybny* geht allerdings nicht näher auf die Frage ein, *welche* behandlungsvertraglich geschuldete Leistung diesen inhaltlichen Drittbezug aufweisen soll.

Zur Frage des Gläubigerinteresses führt er aus: „... häufig will der infizierte Patient Dritte gerade nicht über seine HIV-Infektion informieren. (...) Ein entsprechendes Interesse des infizierten Patienten als Vertragsgläubiger wird somit in diesen Fällen gerade nicht vorliegen. Auf der anderen Seite kann und darf der Schutz des Dritten nicht an dem ihn gefährdenden Verhalten des Vertragsgläubigers/Patienten scheitern. (...) Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass sich der infizierte Patient durch sein Verhalten u. U. wegen einer Körperverletzung gem. §§ 223, 224 I Nr. 5 StGB strafbar macht. Dieses strafbewehrte Verhalten kann auf zivilrechtlicher Ebene nicht dazu führen, dem durch dieses strafbare Verhalten infizierten Dritten den entsprechenden haftungsrechtlichen Schutz zu versagen.“<sup>395</sup>

Vielmehr vertritt er unter Verweis auf die Rechtsprechung, die ein der Einbeziehung Dritter entgegenstehendes Gläubigerinteresse in bestimmten Fällen für unbeachtlich erklärt, die Ansicht, auch bei Behandlungsverträgen sei das einer Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages entgegenstehende Interesse des Gläubigers unbeachtlich und führt aus:

„Nun würde es aber verwunderlich anmuten, Sachverständige (...) in ihrer Verantwortung gegenüber Dritten höher zu stellen als einen Arzt, der von der HIV-Infektion eines uneinsichtigen Patienten Kenntnis hat und um die daraus folgende Leib- und Lebensgefahr für Dritte weiß. Während es in den vom BGH entschiedenen Fällen um eine „finanzielle“ Verantwortlichkeit geht, steht vorliegend die Verantwortung im Hinblick auf Leib und Leben Dritter im Vordergrund“.<sup>396</sup>

---

<sup>394</sup> *Strybny*, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 107 ff. Habe der Arzt festgestellt, dass der HIV-infizierte Patient trotz entsprechender ärztlicher Aufklärung konkret gefährdete Dritte nicht informieren wolle, sei dem Arzt die entsprechende Infektionsgefahr bekannt und damit die Einbeziehung dieses Personenkreises in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages erkennbar, siehe *Strybny*, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 116.

<sup>395</sup> *Strybny*, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 111 f.

<sup>396</sup> *Strybny*, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 114.

Trotz „der an sich vorliegenden Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ könne dem Behandlungsvertrags bei einmaligen Konsultationen von Fachärzten, Laborärzten oder häufig den Arzt wechselnden Patienten allerdings aufgrund der Tatsache, dass der Arzt seinem Patienten in diesen Fällen keine umfassende medizinische Betreuung schulde, keine entsprechende Informationspflicht zum Schutz Dritter entnommen werden<sup>397</sup>. Eine entsprechende Offenbarungspflicht wäre schon nicht gem. § 241 II BGB Gegenstand eines Behandlungsvertrages mit dem gefährdeten Dritten<sup>398</sup>.

### **(c) Stellungnahme**

#### **(aa) Leistungsnähe**

Damit ein Informationsanspruch eines ansteckungsgefährdeten Dritten bejaht werden kann, muss dieser entweder bestimmungsgemäß mit der (Haupt)leistung des Schuldners<sup>399</sup> oder bestimmungsgemäß mit der Nebenleistung in Berührung kommen<sup>400</sup> und damit bezüglich seines Integritätsinteresses den Gefahren von Schuldpflichtverletzungen in gleicher Weise ausgesetzt sein wie der Gläubiger selbst. Die jeweilige Leistung muss inhaltlich also (auch) drittbezogen sein<sup>401</sup>.

Aufgrund des Behandlungsvertrages obliegt dem Arzt u. a. die Pflicht zur Vornahme einer Sicherheitsaufklärung, die auch Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung genannt wird<sup>402</sup>. Im Rahmen der Sicherheitsaufklärung muss der Patient vor- und nachsorgend über ein therapiegerechtes Verhalten zur Sicherung des Heilerfolges beraten werden<sup>403</sup>.

Es gehört außerdem zur Sicherheitsaufklärung, einen Patienten, der eine Ansteckungsgefahr für Dritte darstellt, über die Ansteckungsgefahr und die zum Schutz der Kontaktpersonen gebotenen

---

<sup>397</sup> Strybny, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 149.

<sup>398</sup> Strybny, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 118.

<sup>399</sup> BGHZ 70, 327, 329.

<sup>400</sup> Staudinger-Jagmann, BGB, Buch 2, §§ 328-359 BGB, 14. Bearbeitung 2004, § 328 BGB, Rn. 98.

<sup>401</sup> Palandt (Grüneberg), BGB, 66. Aufl., 2007, § 328 BGB, Rn. 16

<sup>402</sup> Menter, Die therapeutische Aufklärung als Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Heilpflichtprimat des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 51 f. m. w. N.

<sup>403</sup> Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, 115.

Maßnahmen zu unterrichten<sup>404</sup>. So muss der Arzt bei ansteckenden Krankheiten dem Patienten ausdrücklich und umfassend die Übertragungswege der Krankheit darlegen und ihn auf die Verantwortung hinweisen, die er aufgrund seiner Infektiosität gegenüber Dritten trägt. Hierbei ist auch über sehr selten eintretende (Ansteckungs)risiken für Kontaktpersonen aufzuklären, sofern sie, wenn sie sich verwirklichen, die Lebensführung schwer beeinträchtigen und trotz ihrer Seltenheit spezifisch, für den Laien aber überraschend sind<sup>405</sup>.

Versäumnisse bezüglich der therapeutischen Aufklärung sind als Behandlungsfehler zu qualifizieren<sup>406</sup>.

Zur Durchführung einer Sicherheitsaufklärung ist der Arzt nicht nur verpflichtet, wenn er die Infektion des Patienten nicht verursacht hat, sondern erst recht, wenn die Infektion im Rahmen der ärztlichen Behandlung verursacht wurde, und eine Pflicht zur Fehleroffenbarung besteht<sup>407</sup>.

Verletzt der Arzt seine Pflicht zur Sicherheitsaufklärung, ist der Patient nicht über die von ihm ausgehenden Ansteckungsgefahren informiert und setzt daher Dritte möglicherweise dem Risiko einer Infektion aus. Ansteckungsgefährdete Dritte kommen daher typischerweise mit der Pflicht zur Sicherheitsaufklärung in Berührung, sie sind ebenso wie der Schuldner der Gefahr einer Pflichtverletzung ausgesetzt.

Da die Leistungsnähe Dritter von der jeweiligen Infektionsgefahr abhängt, ist nach der das Risiko bestimmenden persönlichen Beziehung zum Patienten zu differenzieren.

---

<sup>404</sup> BGH, NJW 1994, 3012, 3012; Steffen/Pauge, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 10. Aufl., 2006, 99. *Menter* hingegen differenziert zwischen der Sicherheitsaufklärung und der „Aufklärung über die Diagnose zur allgemeinen Gefahrenvorsorge“. Die Hauptpflicht zur Durchführung einer Sicherheitsaufklärung überschneide sich inhaltlich oft mit der letztgenannten Aufklärungspflicht, beruhe aber auf einer anderen Grundlage: Die Sicherheitsaufklärung beruhe auf der therapeutischen Handlungspflicht, während die „Aufklärung über die Diagnose zur allgemeinen Gefahrenvorsorge“ auf der „beruflichen Garantenstellung des Arztes“ beruhe und als vertragliche Nebenpflicht qualifiziert werden könne, siehe *Menter*, Die therapeutische Aufklärung als Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Heilpflichtprimat des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 113.

<sup>405</sup> So muss z. B. auch über das Ansteckungsrisiko von Kontaktpersonen einer mit abgeschwächten Lebendviren gegen Poliomyelitis geimpften Person, das sich lediglich mit einer Wahrscheinlichkeit von 1: 15, 5 Millionen verwirklicht, aufgeklärt werden, siehe BGH NJW 1994, 3012, 3013 f. m. w. N.

<sup>406</sup> BGH, NJW 1994, 3012, 3012 m. w. N.

<sup>407</sup> BGH, NJW 2005, 2617; BGHZ 107, 222, 223 ff. Verursacht der Arzt durch Übertragung einer eigenen oder fremden Krankheit die Infektion oder Infektiosität seines Patienten, so kann ihm gegenüber seinem Patienten eine vertragliche Offenbarungspflicht obliegen. So ist der Arzt im Rahmen des Behandlungsvertrages verpflichtet, Behandlungsfehler u. a. dann offen zu legen, wenn dieser eine weitere Behandlung erfordert. Auch z. B. ein begründeter Verdacht verpflichtet den Arzt zur Offenbarung eines Behandlungsfehlers, siehe *Francke/Hart*, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 61 f. m. w. N.. Nach Beendigung des Behandlungsvertrages obliegt dem Arzt gegenüber dem Patienten nur dann eine vertragliche Pflicht zur Fehleroffenbarung, wenn der Patient auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses aufgrund des Behandlungsfehlers ein erheblicher Gesundheitsschaden droht, siehe *Kleuser*, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes: unter besonderer Berücksichtigung der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten nach einem Behandlungszwischenfall, 152 f.

Da gegenüber den Intimpartnern aufgrund des nahen persönlichen Kontakts typischerweise eine Übertragungsgefahr der Infektionskrankheit besteht, weisen diese die erforderliche Leistungsnähe auf. Bei dieser Personengruppe ist ein lediglich zufälliger Kontakt, bei dem die Leistungsnähe zu verneinen wäre, ausgeschlossen<sup>408</sup>. Auch Familienangehörige weisen Leistungsnähe auf, sofern sie aufgrund ihrer persönlichen Beziehung zum Patienten unter Berücksichtigung der konkreten Übertragungswege der jeweiligen Krankheit infektionsgefährdet sind.

Sofern die Übertragungsgefahr der Infektionskrankheit auch im sonstigen sozialen Kontakt z. B. zu Freunden oder Arbeitskollegen besteht, weist auch dieser Personenkreis eine Leistungsnähe auf.

### **(bb) Gläubigerinteresse**

Des Weiteren müsste der Patient als Gläubiger nicht nur ein eigenes Interesse an der sorgfältigen Leistungserbringung des Arztes, sondern auch ein berechtigtes Interesse zugunsten des Dritten haben. Er muss also daran interessiert sein, den ansteckungsgefährdeten Dritten in den Schutzbereich seines Behandlungsvertrages einzubeziehen.

Ein objektives, vom Arzt zunächst mangels anderweitiger Erkenntnisse vorauszusetzendes Interesse des Patienten an sorgfältiger Vornahme der Sicherheitsaufklärung besteht nicht nur, um in seinem eigenen Interesse den therapeutischen Erfolg zu sichern, sondern auch, um zum Vorteil Dritter über die spezifischen Übertragungswege der Krankheit und dadurch anderen drohenden Ansteckungsgefahren informiert zu sein. Der Patient hat ein Interesse daran, ihm nahe stehenden Dritten unter Berücksichtigung der Infektionsgefahren gegenüberzutreten zu können.

Somit hat der Patient als Gläubiger an der sorgfältigen und umfassenden Vornahme der Sicherheitsaufklärung nicht nur ein eigenes Interesse, sondern ein berechtigtes Interesse zugunsten ansteckungsgefährdeter Dritter.

Kennt er nach Vornahme einer Sicherheitsaufklärung die spezifischen Übertragungswege der Krankheit, ist der infizierte Patient für sein Verhalten allerdings selbst verantwortlich. Dem Arzt obliegt keine weitergehende vertragliche Pflicht, Ansteckungsgefährdete vor ihnen durch einen unverantwortlichen Patienten drohenden Risiken zu warnen.

---

<sup>408</sup> MüKo (Gottwald), Band 2a, §§ 241-432 BGB, 4. Aufl., 2003, § 328 BGB; Rn. 110.

Dabei kann es aus Sicht des Gläubigerinteresses keinen Unterschied machen, ob der Arzt selbst oder ein Dritter die Infektion des Patienten herbeigeführt hat.

Zwar können sich im erstgenannten Fall gegenüber ansteckungsgefährdeten Dritten u. U. Verkehrspflichten in Form von Informationspflichten ergeben<sup>409</sup>, eine vertragliche Informationspflicht ist m. E. hingegen zu verneinen.

Abgesehen von der Tatsache, dass die ärztliche Schutzpflicht gegenüber ansteckungsgefährdeten Dritten auf die Vornahme einer Sicherheitsaufklärung gegenüber dem *Patienten* beschränkt ist und daher bereits aus diesem Grund das Bestehen von Informationspflichten gegenüber ansteckungsgefährdeten Dritten zu verneinen ist, ist zum Gläubigerinteresse Folgendes anzumerken:

Insbesondere *Fahrenhorst* betont, eine entsprechende Informationspflicht gegenüber Dritten sei lediglich dann diskutabel, wenn der Arzt den Eindruck gewinne, der Patient gehe unverantwortlich mit seiner Krankheit um. Hierbei lässt sie unberücksichtigt, dass der sich ansteckungsfördernd verhaltende Gläubiger gerade kein Interesse an der Information ansteckungsgefährdeter Dritter hat<sup>410</sup>.

Zwar wird in der Rechtsprechung zur Bestimmung des Gläubigerinteresses im Rahmen des Integritätsschutzes auf objektive Kriterien abgestellt, indem hauptsächlich berücksichtigt wird, ob der Vertragsgläubiger für das Wohl und Wehe des Dritten verantwortlich ist<sup>411</sup>. Das Gläubigerinteresse wird daher grundsätzlich bei Schuldverhältnissen mit personenrechtlichem Einschlag, wie sie z. B. im Arbeits- und Familienrecht vorkommen, bejaht<sup>412</sup>.

---

<sup>409</sup> Siehe dazu unter Teil 2, 1. Kap. B. I. 2. b).

<sup>410</sup> *Fahrenhorst*, *MedR* 1992, 74, 78.

<sup>411</sup> Siehe z. B. *BGHZ* 51, 91, 96.

<sup>412</sup> *BGHZ* 51, 91, 96; 56, 269, 273; 66, 51, 57.

Da sich die Ansteckungsgefahr bei Infektionskrankheiten aus einem gesteigerten persönlichen Kontakt zum Infizierten ergibt, sind insbesondere der Partner und die Kinder des Infizierten einer Ansteckungsgefahr ausgesetzt.

Der Infizierte ist gegenüber seinem Ehepartner gem. § 1353 BGB, gegenüber seinem gleichgeschlechtlichen Lebenspartner gem. § 2 LPartG und gegenüber seinen Kindern gem. § 1626 BGB zu Schutz und Fürsorge verpflichtet.

Würde man zur Bestimmung des Gläubigerinteresses im Rahmen des Integritätsschutzes ausschließlich auf diese objektiven Kriterien abstellen, so wäre die subjektive Entscheidung des Infizierten, Dritte den von ihm ausgehenden Ansteckungsgefahren auszusetzen, unbeachtlich, sofern der Infizierte diesen Dritten aus einem Schuldverhältnis mit personenrechtlichem Einschlag Schutz und Fürsorge schuldet.

Eine derartige Erweiterung vertraglicher Pflichten würde allerdings den hinter dem Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter stehenden Rechtsgedanken gänzlich unberücksichtigt lassen.

Rechtsgrundlage der Schutzwirkung zugunsten Dritter ist eine (ergänzende) Vertragsauslegung<sup>413</sup>, die gerade der Tatsache Rechnung tragen soll, dass eine Vertragspartei aufgrund besonderer Umstände auch das (Integritäts)interesse eines Dritten geschützt wissen will. Verhält sich ein Patient ansteckungsfördernd, nachdem er im Rahmen der Sicherheitsaufklärung über die jeweiligen Übertragungswege der Krankheit informiert wurde, macht er gerade deutlich, dass er am Infektionsschutz Dritter kein Interesse hat.

Die Auslegung des Behandlungsvertrages darf sich bezüglich der Erweiterung vertraglicher Pflichten gegenüber Dritten aber nicht völlig vom Parteiwillen lösen bzw. diesem sogar entgegenstehen.

Zwar gibt es – wie von *Strybny* angeführt - Fallkonstellationen, in denen die Interessen des Gläubigers und des Dritten gegenläufig sind, von der Rechtsprechung aber dennoch eine Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages bejaht wird.

*Strybny* verkennt jedoch die jener Fallkonstellation zugrunde liegenden spezifischen Besonderheiten, die eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf den Integritätsschutz Dritter im Rahmen

---

<sup>413</sup> BGHZ 56, 269, 273; BGH, NJW 1984, 356.

eines Behandlungsvertrages nicht zulassen. Die Voraussetzungen der Begründung einer Schutzwirkung zugunsten Dritter können nur sachgerecht bestimmt werden, wenn gerade die Besonderheiten der jeweiligen Verträge sowie die sich in ihrem Charakter und ihrer Schutzrichtung unterscheidenden Pflichten berücksichtigt werden<sup>414</sup>.

So zeichnet sich die von *Strybny* erwähnte Fallgruppe des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Gegensatz zu jener, bei der dem Integritätsinteresse Dritter Rechnung getragen werden soll, dadurch aus, dass die geschuldete Leistung einen besonderen Drittbezug aufweist und im Rahmen dieser Fallgruppe ausschließlich durch eine Schlechterfüllung der Hauptleistung entstandene *Vermögensschäden* Dritter zu berücksichtigen sind.

So wird eine dem Gläubigerinteresse zuwiderlaufende Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages lediglich in den Fällen angenommen, in denen der Schuldner z. B. als öffentlich bestellter Sachverständiger, Steuerberater etc. über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt. Seine Leistung muss erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt sein oder diesen üblicherweise vorgelegt werden, um ihnen als Entscheidungsgrundlage für Vermögensdispositionen zu dienen.

Diese Rechtsprechung wurde entwickelt, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die Vertragsleistung derartiger Personen gerade in unparteiischer und sachkundiger Art und Weise erfolgen soll, um die gegenläufigen Interessen des Auftraggebers und des Dritten zum objektiven Ausgleich zu bringen und dadurch einen Vertragsschluss zwischen diesen zu ermöglichen<sup>415</sup>. Aus diesen Gründen soll die Gegenläufigkeit der Interessen des Auftraggebers und des Dritten ausnahmsweise nicht gegen dessen Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages sprechen<sup>416</sup>.

*Strybny* verkennt, dass sich diese Rechtsprechung nicht ohne Weiteres auf die vorliegende Problematik übertragen lässt, da dieser eine gänzlich andere Fallkonstellation zugrunde liegt:

So ist der Behandlungsvertrag gerade nicht dadurch gekennzeichnet, dass der Arzt gegenläufige Interessen seines Vertragspartners und jene eines Dritten zum Ausgleich bringt. Vielmehr ist er fast ausschließlich seinem Patienten verpflichtet, mit dem ihn eine besondere Vertrauensbeziehung verbindet.

Gerade bei Prüfung behandlungsvertraglicher Pflichten ist zu berücksichtigen, dass die Beziehung zwischen Arzt und Patient ein besonderes Vertrauen voraussetzt und nicht auf den üblichen,

---

<sup>414</sup> Staudinger-Jagmann, BGB, Buch 2, §§ 328-359 BGB, 14. Bearbeitung 2004, § 328 BGB, Rn. 97.

<sup>415</sup> Staudinger-Jagmann, BGB, Buch 2, §§ 328-359 BGB, 14. Bearbeitung 2004, § 328 BGB, Rn. 104 m. w. N.

<sup>416</sup> BGHZ 128, 378, 379ff.

durch wirtschaftliches Denken bestimmten Austausch von Leistungen ausgerichtet ist. Daher sind Arzt und Patient weit mehr als nur Partner bürgerlich-rechtlicher Verträge<sup>417</sup>. Gerade die ärztliche Schweigepflicht dient dazu, diese Vertrauensbeziehung gegen Drittinteressen zu schützen. Ihrer Wahrung kommt daher besonderes Gewicht zu.

Wegen der vollkommen anderen Stellung, die der Arzt im Gegensatz zu einer gutachterlich tätigen Person im Rechtsverkehr einnimmt, ist die Rechtsprechung, die eine Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich eines Vertrages auch bei einem entgegenstehenden Interesse des Gläubigers annimmt, m. E. keinesfalls auf den Behandlungsvertrag übertragbar.

Das Interesse des Gläubigers, ansteckungsgefährdete Dritte nicht in den Schutzbereich eines Behandlungsvertrages einzubeziehen, ist zu berücksichtigen, so dass m. E. auch aus diesem Grund keine Pflicht des Arztes besteht, Ansteckungsgefährdete aufgrund ihrer Einbeziehung in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages vor Infektionsgefahren zu warnen.

Die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter darf nicht dazu dienen, unter Missachtung der Relativität der Schuldverhältnisse wünschenswert erscheinende Vertragsbeziehungen zu begründen.

## **b) Ärztliche Verkehrspflichten in Form von Informationspflichten**

Besteht eine Infektionsgefahr für Dritte, können dem Arzt gegenüber diesen außervertragliche Informationspflichten obliegen, die ihren Ursprung im Deliktsrecht haben.

### **(1) Allgemeine Voraussetzungen des Bestehens von Verkehrspflichten**

Hat der Arzt die Infektionsgefahr selbst gesetzt hat, besteht möglicherweise eine Verkehrspflicht<sup>418</sup>, ansteckungsgefährdete Personen, die nicht in seiner Behandlung stehen, entsprechend zu warnen.

Die Entwicklung der Verkehrspflichten beruhte auf dem Gedanken, dass derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich Gefahrenquellen schafft oder andauern lässt, grundsätzlich verpflichtet ist, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer

---

<sup>417</sup> BGHZ 29, 46, 53.

<sup>418</sup> Zu Beginn ihrer rechtlichen Herleitung wurde von „Verkehrssicherungspflichten“ gesprochen, nunmehr ist der Begriff der „Verkehrspflicht“ üblich, siehe zur Terminologie auch: Staudinger-Hager, BGB, Buch 2, §§ 823-825 BGB, 13. Bearbeitung 1999, § 823 BGB, Rn. E 11 m. w. N.

möglichst zu verhindern<sup>419</sup>. Dabei muss allerdings nicht für alle denkbaren, aber entfernten Möglichkeiten des Schadenseintritts Vorsorge getroffen werden. Vielmehr sind nur Maßnahmen zu treffen, die nach den Sicherheitserwartungen des jeweiligen Verkehrs im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren geeignet sind, Gefahren von Dritten abzuwenden, die befugterweise mit der Gefahrenquelle in Berührung kommen<sup>420</sup>.

Für die Begründung einer Verkehrspflicht kommt es jeweils im konkreten Einzelfall darauf an, ob jemand sein Verhalten so eingerichtet hat, dass dadurch Rechtsgüter und Rechte Dritter nicht mehr als im menschlichen Zusammenleben unerlässlich gefährdet werden<sup>421</sup>. Dabei sind die Gefährlichkeit des Verhaltens, die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Herabsetzung der Gefahr und die Schutzbedürftigkeit möglicher Geschädigter einzelfallbezogen zu berücksichtigen<sup>422</sup>. In diesem Zusammenhang sind neben der Verkehrsanschauung auch die rechtliche oder faktische Übernahme von Fürsorgepflichten, die jeweilige Gefahrbeherrschung, die Ingerenz sowie der auf Gefahrvermeidung zielende professionelle Standard der jeweiligen Berufsgruppe zu berücksichtigen<sup>423</sup>.

Von besonderer praktischer Relevanz für die hier zu untersuchende Fragestellung der Infektionsgefahr ist die Produzentenhaftung als spezielle Ausprägung der Verletzung einer Verkehrspflicht. Sie beruht auf dem Gedanken, dass derjenige, der Produkte in den Verkehr bringt, die von diesen ausgehenden Gefahren nach Kräften gering halten muss<sup>424</sup>.

Die Besonderheit der deliktischen Produzentenhaftung gegenüber der allgemeinen deliktischen Haftung besteht darin, dass der Geschädigte unter bestimmten Voraussetzungen vom Beweis der objektiven Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens des Herstellers entlastet wird, sofern er nachgewiesen hat, dass sein Schaden durch einen objektiven Mangel des Produkts ausgelöst

---

<sup>419</sup> BGH in ständiger Rechtsprechung, siehe z. B. NJW-RR 2003, 1459; ebenso: Canaris, 2. FS Larenz, 27, 27 ff.; siehe zur Entwicklung der Verkehrspflichten auch: v. Bar, JZ 1979, 332, 332 f.

<sup>420</sup> BGH NJW 1985, 1076; BGH NJW 1978, 1629.

<sup>421</sup> Mertens, VersR 1980, 397, 401.

<sup>422</sup> Mertens, VersR 1980, 397, 401; Staudinger-Hager, BGB, Buch 2, §§ 823-825 BGB, 13. Bearbeitung, 1999, § 823 BGB; Rn. E 27 m. w. N.

<sup>423</sup> Mertens, VersR 1980, 397, 402; v. Bar, Verkehrspflichten: richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, 112 ff.

<sup>424</sup> Siehe weiterführend zur Thematik: Brüggemeier, WM 1982, 1294, 1294 ff.; Staudinger (Hager), BGB, Buch 2, §§ 823-825 BGB, 13. Bearbeitung 1999, BGB, Buch 2, §§ 823-825 BGB, 13. Bearbeitung 1999, § 823 BGB, Rn. F 2 ff.

wurde. Damit tritt eine teilweise Umkehr der ansonsten im Deliktsrecht bestehenden Beweislast zugunsten des Geschädigten ein, da jene im Bereich der Produkthaftung grundsätzlich einen nur unzureichenden Schutz der Produktverbraucher bewirken würde: Den Verkäufer, der nicht selbst Produkthersteller ist, wird in der Regel kein Verschulden treffen und dem Hersteller des Produkts wird bei Anwendung der allgemeinen Beweislastregeln ein objektiv pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten kaum nachzuweisen sein, da der Verbraucher keinen Einblick in die Herstellung des Produktes hat<sup>425</sup>.

## **(2) Ärztliche Verkehrspflichten aufgrund der Verursachung einer Infektionsgefahr gegenüber Dritten**

### **(a) Rechtsprechung**

Zwar gibt es eine größere Anzahl haftungsrechtlicher Entscheidungen, die sich mit den Humanmedizinerinnen aufgrund einer von ihnen gesetzten Infektionsgefahr obliegenden Verkehrspflichten befassen.

Es gab allerdings bislang nur wenige Fälle, in denen die Rechtsprechung mit der Frage konfrontiert wurde, welche Verkehrspflichten dem Arzt bzw. Krankenhausträger obliegen, der im Rahmen der medizinischen Behandlung die Infektion eines Patienten hervorrief und dadurch mittelbar auch die Infektion eines *Dritten* herbeiführte.

Dies dürfte in erster Linie<sup>426</sup> aus der Tatsache resultieren, dass in den meisten Fällen aufgrund der jeweiligen Besonderheiten der Infektionsgefahr<sup>427</sup> - z. B. besteht bei Wundinfektionen grundsätzlich keine Infektionsrisiko für Dritte – oder aufgrund des zufälligen Umstandes, dass keine mittelbar verursachte Ansteckung Dritter vorlag, keine entsprechende ärztliche Haftung

---

<sup>425</sup> Brüggemeier, ZHR 152 (1988), 511, 519 f.; Arens, ZZP 104 (1991), 123, 125; Staudinger (Hager), BGB, Buch 2, §§ 823-825 BGB, 13. Bearbeitung 1999, § 823 BGB; Rn. F 38 ff. m. w. N.

<sup>426</sup> Bei einem Teil der den Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalten wäre eine die Schweigepflicht tangierende Warnung Ansteckungsgefährdeter hingegen nicht ausreichend gewesen, um eine wirksame Infektionsprophylaxe zu betreiben, so dass die hier in Rede stehende Problematik aus diesem Grund nicht thematisiert wurde, siehe z. B. zur Abschirmung kontagiöser Patienten: BGH; NJW 1971, 241; BGH, NJW 1969, 553.

<sup>427</sup> Siehe z. B. OLG Zweibrücken, MedR 1984, 27, 27 f. (unsterile medizinische Geräte); OLG München, NJW 1985, 1403, 1403 f. (unsterile Spritzen); OLG Koblenz, NJW 1991, 1553, 1553 f. (Wundinfektion bei Operation); OLG Oldenburg, VersR 1995, 786, 787 (Infektion nach Gelenkpunktion).

gegenüber Dritten in Rede stand<sup>428</sup>.

Die hier in Rede stehende Problematik, welche Verkehrspflichten dem Arzt bzw. Krankenhaus-träger obliegen, der im Rahmen der medizinischen Behandlung die Infektion eines Patienten hervorrief und dadurch mittelbar auch die Infektion eines Dritten herbeiführte, wurde vorrangig anlässlich der Transfusion kontaminierter Blutkonserven relevant.

### **(aa) Ältere Rechtsprechung**

Der *BGH* bejahte bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1952 die deliktische Haftung eines Krankenhauses, das seine Verkehrspflicht im Rahmen einer Bluttransfusion verletzte, auch gegenüber einem Dritten.

Der Mutter eines Kindes wurde zu einem Zeitpunkt, als dieses noch nicht geboren war, eine mit dem Lues-Erreger infizierte Blutkonserve transfundiert. Infolgedessen kam es zur Infektion des Kindes mit Lues. Der *BGH* betrachtete die Infektion des Kindes als adäquat kausale Folge der Infektion der Mutter<sup>429</sup>.

Schadensstiftende Handlung des beklagten Krankenhauses war nach Auffassung des *BGH* die Nichtbeachtung der erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen im Rahmen der Bluttransfusion auf die Mutter der Klägerin und somit die Verletzung einer Verkehrspflicht durch mangelnde Untersuchung der in den Verkehr gebrachten Blutkonserve. Der *BGH* unterließ allerdings nähere Ausführungen dazu, welche Maßnahmen der die Infektionsgefahr setzende Krankenhausträger aufgrund seiner Verkehrspflichten gegenüber infektionsgefährdeten Dritten hätte treffen müssen.

### **(bb) Rechtsprechung zur Haftung für HIV-Infektionen Dritter infolge kontaminierter Blutkonserven**

Auch jüngere Entscheidungen befassten sich mit den Verkehrspflichten eines Krankenhausträgers im Rahmen von Bluttransfusionen, wobei nunmehr sogar die Haftung für eine HIV-Infektion des Dritten in Rede stand.

---

<sup>428</sup> Vielmehr stehen häufig beweisrechtliche Fragen im Mittelpunkt der Entscheidungen, siehe z. B.: OLG Köln, NJW 1985, 1402 (Zahnarzt war Dauerausscheider von Hepatitis B); LG Bremen, MedR 2000, 424; siehe zur Frage des Anscheinsbeweises bei Infektionen im Zusammenhang mit der medizinischen Behandlung auch: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 385 m. w. N.

<sup>429</sup> BGHZ 8, 243, 248 f.

Dabei wurde nun auch von der Rechtsprechung die von einem Teil der Literatur im Zusammenhang mit der Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des jeweiligen Behandlungsvertrages erörterte Frage<sup>430</sup> diskutiert, inwieweit der Krankenhausträger verpflichtet gewesen wäre, auch dem Infektionsschutz ansteckungsgefährdeter Dritter Rechnung zu tragen.

### **(aaa) Beginn dieser Rechtsprechung**

Bereits im Jahre 1991 hatte die Rechtsprechung über die Haftung eines Krankenhausträgers für die HIV-Infektion eines Dritten, der infolge der Verabreichung HIV-kontaminierter Blutprodukte an den Patienten ebenfalls infiziert wurde, zu entscheiden.

Den dazu ergangenen, nachfolgend referierten Entscheidungen lag folgender Sachverhalt zugrunde<sup>431</sup>:

Der Kläger verlangte Schadensersatz wegen einer seiner Auffassung nach dem Krankenhausträger zuzurechnenden HIV-Infektion. Der Ehefrau des Klägers wurde 1984, zu einem Zeitpunkt, zu dem (unstreitig) weder brauchbare HIV-Antikörpertests<sup>432</sup> noch Sterilisierungsmöglichkeiten zur Verfügung standen, bei einem Krankenhausaufenthalt eine Blutkonserve eines zu diesem Zeitpunkt unerkannt HIV-infizierten Spenders infundiert. Bis März 1985 war die sorgfältige Auswahl der Spender durch Ausschluss der Risikogruppen die einzige Möglichkeit, die Verbreitung von Aids durch Bluttransfusionen zu verhindern. Allerdings standen bereits zu jenem Zeitpunkt andere, die Gefahr einer HIV-Infektion verringernde Maßnahmen zur Verfügung, die nicht beachtet wurden<sup>433</sup>.

Der HIV-infizierte Spender wurde vom beklagten Krankenhausträger anlässlich der Blutspende in einem von ihm unterzeichneten Vordruck lediglich darauf hingewiesen, dass Angehörige bestimmter Risikogruppen kein Blut spenden sollten, nicht aber darauf, dass Angehörige dieser Personengruppen von der Blutspende ausgeschlossen sind. Nachdem die HIV-Infektion des Spenders offenbar wurde, wartete der Krankenhausträger elf Monate, bis er an den

---

<sup>430</sup> Siehe bereits unter Teil 2, 1. Kap. B. I. 2. a).

<sup>431</sup> Angemerkt sei, dass durch das in Rede stehende Versagen der rechtlich zur Wahrung der Arzneimittelsicherheit verpflichteten Akteure viele, insbesondere hämophile Patienten mit dem HI-Virus infiziert wurden. So wurden nach den Erhebungen des in diesem Kontext eingesetzten Untersuchungsausschusses „HIV-Infektionen durch Blut und Blutprodukte“ in der BRD 43,3 % der mit Blutprodukten behandelten Hämophilen hierbei mit dem HI-Virus infiziert, wobei davon ausgegangen wird, dass 60 % dieser Infektionen vermeidbar gewesen wären. Siehe weiterführend: Hart, MedR 1995, 61, 61 m. w. N.

<sup>432</sup> HIV-Antikörpertests sind in Deutschland, nachdem diese im März 1985 in den USA entwickelt wurden, erst seit dem 1. 10. 1985 für Blutspenden obligatorisch. Das Risiko einer HIV-Übertragung im Rahmen von Bluttransfusionen ist seitdem glücklicherweise gering. Zur weiteren Risikominimierung werden nunmehr HIV-positive Spender von Spenden ausgeschlossen sowie Risikogruppen darauf hingewiesen, dass sie kein Blut spenden dürfen, siehe Fahrenhorst, MedR 1992, 74, 74 f. m. w. N.

<sup>433</sup> Bereits 1983, also kurz nach erstmaligem Auftreten des HI-Virus war bekannt, dass das Risiko einer HIV-Kontamination von Blutkonserven u. a. durch Anwendung des Hepatitis-Core-Tests verringert werden, siehe dazu sowie zur Frage einer in diesem Zusammenhang gegebenen Amtspflichtverletzung durch das BGA: Brüggemeier, Staatshaftung für HIV-kontaminierte Blutprodukte, 48 ff.

Hausarzt der Ehefrau des Klägers herantrat und diesem empfahl, sie und ihren Ehemann auf eine HIV-Infektion untersuchen zu lassen. Diese Proben ergaben, dass sowohl der Kläger als auch seine Ehefrau unterdessen HIV-infiziert waren.

Das *LG Hamburg* verneinte eine Haftung des beklagten Krankenhausträgers. Das *OLG Hamburg* hob das erstinstanzliche Urteil auf und sprach dem Kläger einen Schadensersatzanspruch zu. Die Revision der Beklagten blieb im Ergebnis erfolglos.

Das *LG Hamburg* als Erstinstanz ging zwar davon aus, dass die Transfusion der infizierten Blutkonserve für die HIV-Infektion der Ehefrau des Klägers ursächlich geworden sei und dass sich der klagende Ehemann bei seiner Frau infiziert habe.

Es verneinte allerdings einen Anspruch des durch seine Ehefrau infizierten Mannes aus Produzentenhaftung des Krankenhausträgers gem. §§ 823 I, 847 BGB auf Schmerzensgeld<sup>434</sup>. Das *LG Hamburg* war der Auffassung, dem Krankenhausträger sei nicht der Vorwurf eines schuldhaft fehlerhaften Verhaltens bei In-Verkehr-Bringen der Blutkonserve zu machen.

Abgesehen davon habe der Krankenhausträger seiner Verkehrspflicht dadurch genügt, dass Blutkonserven des HIV-infizierten Spenders nicht mehr verwendet wurden, seitdem dessen HIV-Infektion festgestellt wurde, so dass auch aus diesem Grund eine Haftung ausscheide<sup>435</sup>. Das *LG Hamburg* führte dazu aus: „Weitere Verpflichtungen des Produzenten für den Fall, dass er später eine Gefährlichkeit seines Produktes (...) feststellt, wie etwa Hinweise an solche Abnehmer des Produkts, die dieses bereits verbraucht haben, bestehen nach dem Grundsatz der Produkthaftung (...) nicht.“<sup>436</sup>. „Zwar ist die Beklagte als Krankenhausträger grundsätzlich verpflichtet, auch über die eigentliche Produkthaftung hinaus dafür Sorge zu tragen, dass nicht Leben und Gesundheit der Patienten und deren Angehöriger in vermeidbarer Weise durch nicht vorhersehbare Folgen einer früheren Behandlung geschädigt werden können. Bei der Frage der Pflicht zu derartigen Maßnahmen sind aber durchaus die Gesamtumstände derartiger Maßnahmen (...) zu berücksichtigen. Inwieweit überhaupt eine Rückverfolgung über einen längeren Zeitraum seinerzeit sinnvoll war, konnte damals noch nicht endgültig entschieden werden, da gesicherte empirische Erkenntnisse nicht vorlagen. Wie oben ausgeführt, war die Praxis der Rückverfolgung in der

---

<sup>434</sup> LG Hamburg, NJW 1989, 1551, 1552 f.

<sup>435</sup> LG Hamburg, NJW 1989, 1551, 1552.

<sup>436</sup> LG Hamburg, NJW 1989, 1551, 1552.

medizinischen Wissenschaft seinerzeit durchaus heftig umstritten. Von daher ist es der Beklagten nicht vorzuwerfen, dass sie nicht sogleich zu bestimmten (...) Maßnahmen gegriffen hat.“<sup>437</sup>

Das *OLG Hamburg* als Berufungsinstanz hingegen sah einen zumindest fahrlässigen Verstoß gegen die dem Krankenhausträger obliegenden Verkehrspflichten bei dem In-Verkehr-Bringen des fehlerhaften Produktes als gegeben an. Der Krankenhausträger habe Blutspender nicht deutlich genug darauf hingewiesen, dass Angehörige bestimmter Risikogruppen auf keinen Fall Blut spenden dürfen, obwohl er mit der Möglichkeit einer HIV-Infektion der Ehefrau und des Klägers infolge der Bluttransfusion rechnen musste<sup>438</sup>. Es wandte die Grundsätze der Produkthaftung an.

Das *OLG Hamburg* befasste sich aber, da es ausschließlich auf das In-Verkehr-Bringen der kontaminierten Blutkonserve abstellte, nicht mit der Frage, ob eine Informationspflicht (gegebenenfalls auch Dritten gegenüber) aufgrund der von der Beklagten verursachten Infektionsgefahr bestand und erörterte auch nicht, ob die Beklagte ihrer Rückverfolgungspflicht genügt habe.

Der *BGH* bejahte ebenfalls die Haftung des Krankenhausträgers für die HIV-Infektion<sup>439</sup> des Klägers.

Er ließ dabei offen, ob die speziellen Grundsätze der deliktischen Produzentenhaftung oder der allgemeinen deliktischen Haftung gem. § 823 I BGB Anwendung finden, kam aber - wie bereits zuvor das *OLG Hamburg* unter Zugrundelegung der Grundsätze der Produzentenhaftung<sup>440</sup> - zu einer Haftung des Krankenhausträgers als Hersteller der Blutkonserve.

Auch der *BGH* kam zu dem Schluss, dass der Krankenhausträger seine ihm gegenüber dem Kläger im Zusammenhang mit der seiner Ehefrau transfundierten Blutkonserve obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt habe.

Bei In-Verkehr-Bringen des fehlerhaften Produktes habe der Krankenhausträger zumindest fahrlässig gegen die ihm obliegenden Verkehrssicherungspflichten verstoßen, indem er nicht deutlich

---

<sup>437</sup> LG Hamburg, NJW 1989, 1551, 1553.

<sup>438</sup> OLG Hamburg, NJW 1990, 2322.

<sup>439</sup> Der BGH betrachtet nicht erst den Ausbruch der Aids-Erkrankung, sondern bereits die HIV-Infektion als solche wegen der mit dieser verbundenen Abweichung von den normalen körperlichen Funktionen als Gesundheitsverletzung i. S. d. § 823 BGB. Schon vor dem Ausbruch der Krankheit seien aufgrund der immensen psychischen Belastung und den Einschränkungen in der Lebensführung mit der Infektion Nachteile verbunden, die den durch eine Krankheit verursachten Belastungen gleichkommen würden, siehe BGHZ 114, 284, 289.

genug darauf hingewiesen habe, dass Angehörige bestimmter Risikogruppen auf keinen Fall Blut spenden dürfen.

Der Krankenhausträger konnte den vom Gericht angenommenen Anscheinsbeweis bezüglich der Kausalität der Verkehrspflichtverletzung für die HIV-Infektion des Klägers nicht durch Darlegung der ernsthaften Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufes, z. B. durch Zugehörigkeit des Klägers bzw. seiner Ehefrau zu einer Risikogruppe, widerlegen<sup>441</sup>.

Da auch der *BGH* auf das In-Verkehr-Bringen der fehlerhaften Blutkonserven abstellte, befasste er sich wie das *OLG Hamburg* nicht mit der Frage, ob eine Informationspflicht aufgrund der vom Krankenhausträger hervorgerufenen Infektionsgefahr bestand.

### **(bbb) Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2005**

Im Jahre 2005 hatte der Bundesgerichtshof abermals über die Haftung eines Krankenhausträgers für die HIV-Infektion einer Dritten, die infolge der Verabreichung mit kontaminierten Blutprodukten an den Patienten erfolgte, zu urteilen<sup>442</sup>. Dieser ehemalige Patient war der nunmehrige Ehemann der Klägerin<sup>443</sup>.

Der BGH betrachtete in Übereinstimmung mit seiner bereits referierten Entscheidung aus dem Jahre 1991 bereits die Infizierung der Klägerin mit dem HIV-Virus als Gesundheitsverletzung im Sinne von § 823 I BGB<sup>444</sup>. Im Wege des Beweises des ersten Anscheins sei – ebenfalls in Bestätigung jener Entscheidung – festzustellen gewesen, dass der ehemalige Patient den HIV-Virus an

---

<sup>440</sup> OLG Hamburg, NJW 1990, 2322.

<sup>441</sup> Der BGH führte zur Pflicht des Krankenhausträgers, eine HIV-Infektion zu vermeiden, aus: „Zur Vermeidung einer Infektion ist die höchste Sorgfalt anzuwenden; wer die Gefahr einer Infektion setzt, den trifft das ganze Instrumentarium der Beweisverschärfungen.“, siehe BGH, NJW 1991, 1948, 1949 f.

<sup>442</sup> BGHZ 163, 209-223. Siehe zu Leitsatz und Gründen diese Entscheidung auch: EBE/BGH 2005, 261-264; NJW 2005, 2614-2618; VersR 2005, 1238-1241; GesR 2005, 403-407; FamRZ 2005, 1738-1739; BGHReport 2005, 1318-1321; MDR 2005, 1347-1348.

<sup>443</sup> Der Entscheidung lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin verlangt von dem beklagten Krankenhausträger ein Schmerzensgeld von mindestens 127.823 € (250.000 DM) nebst Zinsen sowie die Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftige materielle Schäden wegen einer bei ihr festgestellten HIV-Infektion. Sie ist seit 1988 mit M., einem ehemaligen Patienten des Beklagten, bekannt und seit dem Jahr 1994 mit ihm verheiratet. Nach einem Unfall im Juni 1985 erhielt M. in der Trägerschaft des Beklagten stehenden Krankenhaus Frischblut von drei Spendern und außerdem mehrere aus Blutspenden hergestellte Produkte (Erythrozyten-Konzentrat, GFP, PPSB und Biseko). Er wurde infolge des Unfalls bis zum Oktober 1987 mehrfach stationär in jenem Krankenhaus behandelt. In einer Blutprobe M's wurden im Dezember 1997 HIV-Antikörper festgestellt, im Januar 1998 ergab sich, dass auch die Klägerin HIV-infiziert ist.

Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, hatte das OLG auf die Berufung der Klägerin der Klage stattgegeben. Hiergegen wendet sich die Revision des Beklagten und seines Streithelfers. Diese hatte keinen Erfolg und wurde auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

<sup>444</sup> BGH, NJW 2005, 2614, 2615; siehe bereits BGHZ 114, 284, 289.

die Klägerin übertragen habe und dass jener wiederum im Krankenhaus der Beklagten durch die Gabe von Blutprodukten infiziert worden sei<sup>445</sup>. Entscheidend ist im hier relevanten Kontext insbesondere, dass sich der BGH anlässlich dieser Entscheidung ausführlich mit der Frage auseinandersetzt, inwiefern auch infektionsgefährdete Dritte in den Schutzbereich der Pflicht zur nachträglichen Sicherungsaufklärung einbezogen sind. Insofern führte er aus, das Berufungsgericht habe zutreffend eine Pflicht der Ärzte des beklagten Krankenhausträgers bejaht, den aufgrund seines schweren Unfalls zum Zeitpunkt der Notfallbehandlung nicht ansprechbaren Ehemann der Klägerin im Rahmen einer sog. nachträglichen Sicherungsaufklärung<sup>446</sup> auf die Möglichkeit einer HIV-Infektion aufgrund seiner zahlreichen Bluttransfusionen hinzuweisen und ihm zu einem HIV-Test zu raten. Dieser Aufklärungspflicht nachzukommen, sei angesichts weiterer Krankenhausaufenthalte des Ehemanns der Klägerin unschwer möglich gewesen<sup>447</sup>.

Weiter führt der *BGH* aus: „Zutreffend hat das Berufungsgericht ferner nicht nur den behandelten Patienten, sondern auch dessen zum Zeitpunkt der Behandlung noch nicht bekannten Ehepartner in den Schutzbereich der Pflicht zur nachträglichen Sicherungsaufklärung über die Gefahr einer transfusionsassoziierten HIV-Infektion einbezogen. (...) Soweit die Auffassung vertreten wird, es bedürfe einer personalen Sonderbeziehung um eine uferlose Ausweitung des Kreises der Ersatzberechtigten zu verhindern, sind diese Erwägungen ersichtlich im Rahmen des Schockschadens, also eines psychisch vermittelten Schadens angestellt worden. (...)“

Bei derartigen Schadensfällen dient die enge personale Verbundenheit dazu, den Kreis derer zu beschreiben, die den Integritätsverlust des Opfers als Beeinträchtigung der eigenen Integrität und

---

<sup>445</sup> Ein den Anscheinsbeweis begründender typischer Geschehensablauf könne angenommen werden. Es stehe fest, dass ein verwendetes Blutprodukt kontaminiert war. Weitere Ursachen außerhalb des Verantwortungsbereichs der Behandlungsseite für die der Kontaminierung entsprechende Erkrankung seien nicht ersichtlich, da der nunmehr infizierte Ehemann der Klägerin weder zu einer HIV-gefährdeten Risikogruppe gehörte noch durch die Art seiner Lebensführung einer gesteigerten Infektionsgefahr ausgesetzt war, siehe BGHZ 163, 209, 212 f.; siehe zum entsprechenden Anscheinsbeweis bereits BGHZ 114, 284, 290.

<sup>446</sup> Sei wie in diesem Fall eine präoperative Aufklärung nicht möglich, da es sich um eine Notfallbehandlung handle oder der Patient nicht ansprechbar sei, wandle sich die Aufklärungsverpflichtung des Arztes gegenüber dem Patienten zumindest bei für den Patienten und dessen Kontaktpersonen lebensgefährlichen Risiken in eine Pflicht zur alsbaldigen nachträglichen Selbstbestimmungs- und Sicherungsaufklärung. Dies liege in der Pflicht von Ärzten und Krankenhausträgern begründet, die höchstmögliche Sorgfalt anzuwenden, damit der Patient nicht durch die Behandlung geschädigt werde. Im hier zu entscheidenden Fall habe außerdem gem. §§ 6, 7 des Infektionsschutzgesetzes die Pflicht bestanden, dafür Sorge zu tragen, dass sich eine gefährliche Infektion nicht verbreitet, siehe BGHZ 163, 209, 217 f..

<sup>447</sup> Das Bestehen dieser Aufklärungspflicht habe nicht die sichere Kenntnis in Fachkreisen vorausgesetzt, dass HIV-Infektionen transfusionsassoziiert auftraten, da angesichts der erheblichen Beeinträchtigungen, die eine HIV-Infektion nach sich ziehe, schon die ernsthafte Möglichkeit der Infektionsgefahr für das Entstehen einer Aufklärungspflicht genüge und die Möglichkeit transfusionsassoziiert HIV-Infektionen bereits zu jenem Zeitpunkt in Fachkreisen ernsthaft diskutiert wurde, BGHZ 163, 209, 217 f.

nicht als "normales" Lebensrisiko der Teilnahme an den Ereignissen der Umwelt empfinden. Dieser Gesichtspunkt hat keine Berechtigung in Fällen wie dem vorliegenden. Hier stehen im Vordergrund die besonderen Gefahren einer Infektion mit HIV nicht nur für den primär Infizierten, sondern - ähnlich wie bei einer Seuche wie Cholera - gerade auch für Dritte. (...) Die vorliegende Fallgestaltung (nötigt) nicht zur Entscheidung der Frage, ob jeder Dritte in den Schutzbereich der Pflicht zur nachträglichen Sicherungsaufklärung fällt. Jedenfalls der Ehepartner oder ein ständiger Lebensgefährte des Patienten muss in den Schutzbereich der Sicherungsaufklärung einbezogen sein. Das ist vom haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang her geboten, zumal mit einer HIV-Infektion Lebensgefahr verbunden ist. Bei dieser Erkrankung trägt die Behandlungsseite in besonderem Maße Verantwortung dafür, eine Verbreitung der lebensgefährlichen Infektion möglichst zu verhindern.<sup>448</sup>

#### **(b) Literatur**

In der Literatur wird nur vereinzelt auf die Frage eingegangen, inwieweit der Arzt verpflichtet ist, nicht von ihm behandelte Dritte zu warnen, die einer von ihm selbst gesetzten Infektionsgefahr ausgesetzt sind.

Sofern auf diese Thematik eingegangen wird, wird ein entsprechender Informationsanspruch ansteckungsgefährdeter Dritter überwiegend aus deren Einbeziehung in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages hergeleitet<sup>449</sup>. Ob sich eine entsprechende Pflicht auch aus Verkehrssicherungspflichten ergeben kann, erörtert lediglich *Strybny*.

Dieser vertritt im Zusammenhang mit dem Bestehen einer HIV-Infektion aufgrund einer entsprechend kontaminierten Blutkonserven die Auffassung, habe der Arzt nach entsprechender Aufklärung festgestellt, dass ein HIV-infizierter Patient uneinsichtig sei und seien diesem darüber hinaus konkret ansteckungsgefährdete Dritte bekannt, obliege ihm die Verkehrspflicht, die HIV-Infektion des Patienten gegenüber gefährdeten Dritten zu offenbaren<sup>450</sup>.

Er wirft die Frage auf, ob dem Arzt nicht sogar die Verkehrspflicht obliege, das Bestehen einer nicht im Rahmen der medizinischen Behandlung verursachten HIV-Infektion gegenüber Dritten zu offenbaren, sofern diese trotz entsprechender Aufklärung des Patienten einer Ansteckungsge-

---

<sup>448</sup> BGH, NJW 2005, 2614, 2617 f., siehe dazu auch Katzenmeier, NJW 2005, 3392, 3393.

<sup>449</sup> Siehe dazu unter Teil 2, 1. Kap. B. I. 2. a).

<sup>450</sup> Strybny, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 137.

fahr ausgesetzt seien und führt in diesem Zusammenhang aus: „Die gestellte Frage ist grundsätzlich zu verneinen. Der Arzt hat den infizierten Patienten grundsätzlich nicht im Sinne von Verkehrspflichten „in Verkehr gebracht“, wenn er sich an seine Schweigepflicht gebunden hält und den infizierten Patienten sowie die entsprechend gefährdeten Personen ihrer eigenen Verantwortung überlässt (...).“<sup>451</sup>

„Zu einem anderen Ergebnis muss man gelangen, wenn der Arzt etwa konkret von gefährdeten Personen Kenntnis hat, ohne dass er zwecks Kenntniserlangung zunächst Nachforschungen tätigen muss. (...) Hat der Arzt den infizierten Patienten aufgeklärt und muss er danach feststellen, dass der Patient sich uneinsichtig zeigt und beispielsweise seinen Sexualpartner nicht entsprechend informieren wird, so hat der Arzt, wenn er von der Infektionsgefahr für den Dritten Kenntnis hat, diesen Dritten zu informieren. Von der Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos beim Dritten kann dann nicht mehr gesprochen werden.“<sup>452</sup>

### **(c) Stellungnahme**

Der der Entwicklung der Verkehrspflichten zugrunde liegende Rechtsgedanke kommt im hier in Rede stehenden Zusammenhang zum Tragen.

Auch der Arzt, der in seinem Verantwortungsbereich Gefahrenquellen schafft oder andauern lässt, muss zur Abwendung daraus resultierender Gefahren die ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen treffen. Ist er selbst ansteckend oder beherrscht er auf andere Weise eine Infektionsquelle, obliegt ihm daher unter bestimmten Umständen die Verkehrspflicht, hierdurch bedingte Schädigungen seines Patienten und durch dessen Infektiosität gefährdeter Dritter auszuschließen.

Inhalt und Umfang der dem Arzt aufgrund einer derartigen Infektionsgefahr obliegenden Verkehrspflichten können allerdings nicht schematisch bestimmt werden, sondern richten sich unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung nach den spezifischen Umständen des Einzelfalls<sup>453</sup>. Orientierungspunkte sind dabei m. E. die Intensität sowie die Dauer der jeweils drohenden gesundheitlichen Beeinträchtigung.

---

<sup>451</sup> Strybny, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 142 f.

<sup>452</sup> Strybny, Die zivilrechtliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung einer HIV-Infektion an gefährdete Dritte, 144 f.

<sup>453</sup> Schulz, Haftung für Infektionen, 91.

### **(aa) Deliktische Produzentenpflichten in Form von Informationspflichten**

Wird eine Infektionsgefahr z. B. durch Verwendung kontaminierter Blutprodukte, unsteriler Infusionslösungen oder Spritzsubstanzen und damit durch ein Produkt des Arztes bzw. Krankenhausträgers verursacht, können diesem (auch) gegenüber nicht in seiner Behandlung stehenden Dritten weitreichende Produzentenpflichten obliegen, wie schon die Entscheidungen des *OLG Hamburg* und des *BGH* verdeutlichen.

Die Auffassung des *LG Hamburg*, der Krankenhausträger habe seiner Produzentenpflicht u. a. dadurch genügt, dass er nach Feststellung der HIV-Infektion eines Blutspenders dessen Blutkonserven nicht mehr verwendet habe, ist m. E. problematisch. So ist seit langem anerkannt, dass der Hersteller seinen Produktbeobachtungspflichten lediglich dann ausreichend nachkommt, wenn er alle nach den Umständen zumutbaren risikoabwendenden Maßnahmen ergreift. Somit war der Beklagte nicht nur verpflichtet, die verseuchten Blutkonserven nicht mehr zu verwenden. Vielmehr war er darüber hinaus u. a. verpflichtet, den Abnehmer schnellstmöglich über seine Infektion zu unterrichten. Diese Informationspflicht soll gerade auch dazu dienen, dem derart HIV-Infizierten das von ihm ausgehende Gefahrenpotential für Dritte zu verdeutlichen, damit er entsprechende Schutzmaßnahmen ergreifen kann<sup>454</sup>.

Ist dieser zu solchen nicht bereit, kann dem Arzt bzw. Krankenhausträger aufgrund seiner Stellung als derjenige, der das gefährliche Produkt in den Verkehr gebracht hat, eine entsprechende Informationspflicht gegenüber diesen ansteckungsgefährdeten Dritten obliegen. Diese risikoabwendenden Maßnahmen hat der Krankenhausträger aber gerade nicht ergriffen und damit seinen Produzentenpflichten nicht genügt.

### **(bb) Allgemeine Verkehrspflichten in Form von Informationspflichten bei im Rahmen der medizinischen Behandlung verursachter Infektionsgefahr**

Die Problematik, ob der Arzt bzw. Krankenhausträger aus Verkehrspflichten verpflichtet sein kann, Ansteckungsgefährdete vor einer durch ihn gesetzten Infektionsgefahr zu warnen, stellt sich allerdings nicht nur im Rahmen der deliktischen Produzentenpflichten.

Auch die Übertragung einer eigenen Infektion des Arztes, die Verursachung einer Infektion des Patienten durch unsterile medizinische Geräte oder durch infektiöse, ebenfalls in der Behandlung

---

<sup>454</sup> Siehe auch Hart, BT-Drucks. 12/8591, S. 563 f.

des Arztes stehende Dritte kann möglicherweise Verkehrspflichten in Form von Informationspflichten gegenüber Dritten begründen.

Setzt der Arzt selbst schuldhaft eine nicht sozialadäquate, durch Einhalten des ärztlichen Standards bezüglich der notwendigen Hygienemaßnahmen vermeidbare Infektionsgefahr oder lässt er eine solche im Rahmen der medizinischen Behandlung andauern, hat er sein Verhalten nicht so eingerichtet, dass Rechtsgüter seiner Patienten<sup>455</sup> und der mit ihnen in ansteckungsförderndem Kontakt stehenden Personen nicht mehr als im menschlichen Zusammenleben unerlässlich gefährdet werden<sup>456</sup>. Zur Feststellung, zu welchen Maßnahmen er infolgedessen verpflichtet ist, kommt es im konkreten Einzelfall u. a. auf die jeweilige Infektionsgefahr, die dem Arzt zur Herabsetzung dieser Gefahr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten sowie auf die Ingerenz seines Verhaltens an.

Keine Verkehrspflichten entstehen daher grundsätzlich, wenn der Arzt durch Übertragung einer eigenen alltäglichen Infektion eine Gefahr geschaffen hat, der jeder am sozialen Leben Teilnehmende täglich in vielfacher Weise ausgesetzt ist. Auch kann dem Arzt die Ansteckung durch einen anderen Patienten nicht zugerechnet werden, sofern nicht ein an dieser Stelle nicht weiter zu untersuchendes ärztliches Organisationsverschulden in Betracht kommt, da sich in diesen Fällen nur das allgemeine Lebensrisiko realisiert. Es kann und muss nicht jeder abstrakten Gefahr durch vorbeugende Maßnahmen begegnet werden<sup>457</sup>.

Da die Verkehrspflichten u. a. von der Schutzbedürftigkeit der jeweils gefährdeten Personen geprägt werden<sup>458</sup>, ist in diesem Zusammenhang m. E. allerdings zwischen Infektionsgefährdeten mit einem normalen Immunsystem und den verschiedenen Personengruppen, die besonders ansteckungsgefährdet sind, zu differenzieren. Im letztgenannten Fall stellt die Verkehrspflicht m. E. erhöhte Anforderungen an den Arzt. Eine besondere Infektionsgefahr besteht typischerweise im Embryonalstadium sowie im frühen Kindes- und hohen Lebensalter.

---

<sup>455</sup> Im Arzthaftungsrecht fallen die Voraussetzungen für eine vertragliche und eine deliktische Haftung regelmäßig zusammen, siehe Palandt (Heinrichs), BGB, 66. Aufl., 2007, § 280 Rn. 80; die Verletzung der ärztlichen Berufspflicht ist zugleich auch Verletzung der Verkehrspflicht. Gegenüber dem Patienten stellt die Herbeiführung oder Nichtverhinderung einer Infektion im Rahmen der medizinischen Behandlung grundsätzlich einen Behandlungsfehler in Form des sog. „begleitenden Fehlers“ dar. Ein solcher Fehler liegt vor, wenn die vorgenommene Behandlung zwar im Ansatz zutreffend war, jedoch ein sonstiger Fehler unterläuft, Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 152 f.

<sup>456</sup> Mertens, VersR 1980, 397, 401.

<sup>457</sup> BGH, NJW-RR 2003, 1459, 1460.

<sup>458</sup> Staudinger (Hager), BGB, Buch 2, §§ 823-825 BGB, 13. Bearbeitung 1999, § 823 BGB, Rn. E 27 m. w. N.

Leidet die Mutter an einer Infektion, so ist das Infektionsrisiko gerade für den Nasciturus erheblich gesteigert, da pathogene Mikroorganismen der Mutter durch die Plazenta in die fetale Blutbahn gelangen oder durch Verschlucken infizierten Fruchtwassers in dessen Verdauungstrakt gelangen können. Auch während des Geburtsvorgangs ist das Risiko des Embryos, mit einer ansteckenden Krankheit der Mutter infiziert zu werden, gegenüber sonstigen Infektionsgefährdeten erheblich erhöht<sup>459</sup>. Da Säuglinge und Kleinkinder eine relative Schwäche des Phagozyten- und Immunsystems aufweisen, ist dieser Personenkreis ebenfalls besonders infektionsgefährdet<sup>460</sup>. Auch alte Menschen haben, da infolge des körperlichen Abbauprozesses die Leistungsfähigkeit und damit auch Ausmaß und Schnelligkeit der Antikörperbildung vermindert sind, sowie aufgrund der Tatsache, dass das Herz-Kreislauf-System mit fortschreitendem Alter seine Reaktions- und Anpassungsfähigkeit verliert, ein geschwächtes Abwehrsystem<sup>461</sup>.

Darüber hinaus kann es in jedem Lebensalter durch schwere Krankheiten, z. B. durch das Vorliegen einer HIV-Infektion, durch Einnahme bestimmter Medikamente oder durch Röntgenstrahlung zu einer erhöhten Infektionsanfälligkeit kommen.

Bei diesen Personengruppen können grundsätzlich „banale“ Infektionen schwere gesundheitliche Beeinträchtigungen zur Folge haben, so dass auch das Bestehen einer „banalen“ Infektionsgefahr für diesen Personenkreis das Maß des im Verkehr im Rahmen der Sozialadäquanz Hinnehmbaren übersteigt. Gegenüber diesem Personenkreis obliegen dem Arzt gesteigerte Verkehrspflichten, denen er gegebenenfalls durch entsprechende Warnungen nachkommen muss.

Hat der Arzt dagegen in seinem Verantwortungsbereich die Gefahr einer über das Sozialadäquate hinausgehenden Infektion gesetzt, obliegen ihm in jedem Fall und nicht nur gegenüber besonders infektionsgefährdeten Personen Verkehrspflichten, in deren Rahmen er dafür Sorge tragen muss, dass Dritte, die nicht in seiner Behandlung stehen, vor der von ihm hervorgerufenen Ansteckungsgefahr geschützt werden. Dies hat zunächst durch Fehleroffenbarung und Vornahme einer Sicherheitsaufklärung gegenüber dem Patienten zu geschehen. Geht der Patient danach offensichtlich verantwortungsbewusst mit seiner Krankheit um, ist hierdurch die Infektionsgefahr

---

<sup>459</sup> Siehe Pschyrembel– Klinisches Wörterbuch, 260. Aufl., 2004, Stichwort Embryopathie; weiterführend: Ocklitz et al. (Hrsg.), Infektologie, 2. Aufl., 1978, 494 ff.

<sup>460</sup> Siehe zu Infektionen im Säuglings- und Kindesalter: Ocklitz et al. (Hrsg.), Infektologie, 2. Aufl., Stuttgart u. a., 1978, 497 ff.

<sup>461</sup> Siehe zur besonderen Infektionsanfälligkeit im höheren Alter: Ocklitz et al. (Hrsg.), Infektologie, 2. Aufl., Stuttgart u. a., 1978, 505 ff.

von Dritten abgewendet. Eine weitergehende Verkehrspflicht in Form einer Informationspflicht gegenüber Dritten obliegt dem Arzt in diesen Fällen dann nicht mehr.

Fraglich ist, welche Pflichten dem Arzt obliegen, wenn er nach Vornahme der Sicherheitsaufklärung feststellt, dass sein Patient ansteckungsgefährdete Dritte weder aufklärt noch selbst entsprechende Schutzmaßnahmen ergreift und somit für diese weiterhin eine Infektionsgefahr besteht. In diesem Fall obliegt dem Arzt einerseits aufgrund der von ihm gesetzten Infektionsgefahr weiterhin die Verkehrspflicht, die zur Abwendung der Ansteckungsgefahr notwendigen Schutzmassnahmen zu ergreifen. Ist der Patient bezüglich der von ihm ausgehenden Ansteckungsgefahren uneinsichtig, könnte der Arzt dieser Pflicht nur nachkommen, indem er ihm bekannte ansteckungsgefährdete Dritte über die Infektionsgefahr informiert. Andererseits obliegt dem Arzt gegenüber seinem sich ansteckungsfördernd verhaltenden Patienten die Pflicht zur Verschwiegenheit.

Auch im Rahmen dieser Pflichtenkollision kann auf den § 34 StGB zugrunde liegenden Rechtsgedanken zurückgegriffen werden. So ist wiederum im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung festzustellen, welcher der widerstreitenden Pflichten der Arzt den Vorrang einräumen muss. Dabei sind die Dauer und Intensität der dem Dritten drohenden gesundheitlichen Beeinträchtigung und das Interesse an ärztlicher Verschwiegenheit gegeneinander abzuwägen. Der Patient hat seine Infektion in diesem Fall zwar nicht eigenverantwortlich hervorgerufen, da diese vom Arzt verursacht wurde. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass sein bewusst ansteckungsförderndes Verhalten unter Verschweigen der Ansteckungsgefahr zumindest dann rechtlich zu missbilligen und damit weniger schutzwürdig ist, wenn die Krankheit bleibende gesundheitliche Schäden oder schwere, wenn auch vorübergehende Gesundheitsbeeinträchtigungen verursachen kann. In diesen Fällen wäre eine ärztliche Offenbarung gem. § 34 StGB gerechtfertigt, so dass der Arzt hier seiner Verkehrspflicht nachkommen muss, ansteckungsgefährdete Dritte über die Ansteckungsgefahr seines Patienten zu informieren.

Je schwerer die vom Arzt gesetzte Gesundheitsgefahr wiegt, desto umfassender müssen seine Maßnahmen zur Gefahrabwendung sein. Aus diesem Grund ist es m. E. nicht unverhältnismäßig, einem Arzt, der die Gefahr der Infektion mit einer letal verlaufenden Krankheit setzt, eine Nachforschungspflicht aufzuerlegen, welche Personen außer seinem Patienten konkret infektionsgefährdet sind.

### **(cc) Allgemeine Verkehrspflichten in Form von Informationspflichten bei nicht im Rahmen der medizinischen Behandlung verursachter Infektionsgefahr für Dritte**

Ist der Arzt hingegen nicht ursächlich für die Infektion des Patienten geworden, scheidet m. E. eine Verkehrspflicht in Form einer Informationspflicht aus.

Die von *Strybny* vertretene Auffassung, dem Arzt obliege eine entsprechende Verkehrspflicht, sofern er wisse, dass sein Patient sich trotz Aufklärung über die von ihm ausgehenden Infektionsgefahren in ansteckungsgünstiger Weise verhalte und der Arzt von konkret ansteckungsgefährdeten Personen Kenntnis habe, ist abzulehnen.

*Strybny* verkennt, dass eine nicht vom Arzt verursachte Infektion des Patienten selbst in dem Fall, dass der Patient durch sein Verhalten Dritte gefährdet, nicht dem Risikobereich des Arztes entspringt. Der Arzt hat, nachdem er eine Sicherheitsaufklärung vorgenommen hat, kaum eine Möglichkeit der Einflussnahme auf das Verhalten seines infizierten Patienten. Der umfassend aufgeklärte, sich aber dennoch ansteckungsgünstig verhaltende Patient handelt vielmehr eigenverantwortlich und setzt eigenmächtig die Ansteckungsgefahr für Dritte. Die Annahme einer entsprechenden Verkehrspflicht in Form einer Informationspflicht würde daher m. E. den Verantwortungsbereich des Arztes überdehnen und den der Entwicklung der Verkehrspflichten zugrunde liegenden Rechtsgedanken verkennen. Es war nämlich gerade nicht der Arzt, der die Gefahrenlage geschaffen hat.

## **II. Öffentlich-rechtliche Meldepflichten nach dem Infektionsschutzgesetz**

### **1. Intention und Struktur des Infektionsschutzgesetzes**

Zum 1. 1. 2001 trat das Infektionsschutzgesetz<sup>462</sup> (IfSG) in Kraft<sup>463</sup>, das gem. § 1 I IfSG dazu dienen soll, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infekt frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. Aus der amtlichen Begründung wird deutlich, dass das IfSG auch dem Individualinteresse am Infektionsschutz dienen soll. So heißt es in der amtlichen Begründung zu § 1 I IfSG: „Zweck dieses Gesetzes ist es, Leben und Gesundheit

---

<sup>462</sup> Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten vom 20. 7. 2000 (BGBl I S. 1045 ff.).

<sup>463</sup> Das Infektionsschutzgesetz löste gem. Art. 5 I Seuchenrechtsneuordnungsgesetz das Bundesseuchengesetz, das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, die Laborberichtsverordnung vom 18. 12. 1987 sowie die VO über die Ausdehnung der Meldepflicht auf die humanen spongiformen Enzephalopathien vom 1. 7. 1994 ab, siehe dazu weiterführend: Bales/Schnitzler, DÄBl 2000, A 3501, 3501 ff.

des Einzelnen wie der Gemeinschaft vor den Gefahren durch Infektionskrankheiten zu schützen“<sup>464</sup>.

Die beschriebene Intention des Gesetzgebers führt dazu, dass die Bestimmungen des IfSG jedenfalls zu einem Teil schutzgesetzlichen Charakter i. S. v. § 823 II BGB haben, was zu einer Kollision mit der ärztlichen Schweigepflicht führen muss. Auf welche Bestimmungen dies im Einzelnen zutrifft, hängt vom Zweck der jeweiligen Norm ab, da die Verletzung eines Schutzgesetzes nur dann i. S. d. § 823 II BGB haftungsbegründend wirken kann, wenn der Verletzte zum geschützten Personenkreis gehört und das von ihm geltend gemachte Interesse von der Norm geschützt werden soll. Generell gilt: Dient die Norm (auch) dazu, durch die Meldung an die Behörde ein schnelles Eingreifen zum Infektionsschutz Dritter zu ermöglichen, wodurch diese der Verbreitung der gemeldeten ansteckenden Krankheit entgegenwirken kann, dient die jeweilige Norm zumindest auch dem Schutz der Infektionsgefährdeten.<sup>465</sup>

Die §§ 6 I, II und 7 I, II IfSG statuieren die Pflicht, die Träger bestimmter Krankheiten bzw. Krankheitserreger unter Angabe ihres Namens zu melden und durchbrechen damit die ärztliche Schweigepflicht zugunsten überwiegender Individual- und Allgemeininteressen<sup>466</sup>.

In §§ 6 III und 7 III IfSG enthält das Gesetz nicht namensbezogene Meldepflichten<sup>467</sup>. Wegen der Anonymität der Meldung durchbrechen diese Pflichten die ärztliche Schweigepflicht nicht. Sie dienen ausschließlich dem Allgemeininteresse an der Gewinnung infektionsepidemiologischer Erkenntnisse bezüglich des Erfolges bisheriger und der Notwendigkeit zukünftiger Präventions- und Aufklärungsmaßnahmen.

---

<sup>464</sup> BT-Drucks 14/2530, S. 35.

<sup>465</sup> Schulz, Haftung für Infektionen, 84.

<sup>466</sup> Seit Inkrafttreten des IfSG besteht außerdem gem. § 8 V IfSG eine ärztliche Meldepflicht, falls sich ein gemeldeter Verdacht nicht bestätigt hat. Diese neu eingefügte Meldepflicht soll das zuständige Gesundheitsamt davor bewahren, unnötige seuchenrechtliche Maßnahmen zu treffen und es in die Lage versetzen, unnötig gewordene, bereits eingeleitete Maßnahmen möglichst rasch zu beenden.

<sup>467</sup> Nicht namensbezogen ist der direkte oder indirekte Nachweis spezifischer, in § 6 III IfSG bzw. § 7 III IfSG näher bestimmter Krankheiten bzw. Krankheitserreger zu melden.

So ist das gehäufte Auftreten nosokomialer Krankheiten nicht namensbezogen gem. § 6 III IfSG zu melden, sofern ein epidemischer Zusammenhang belegt oder zumindest zu vermuten ist.

Die entsprechende Meldung muss gem. §§ 6 III 2, 10 I 3 IfSG lediglich den Untersuchungsbefund, den wahrscheinlichen Infektionsweg, das wahrscheinliche Infektionsrisiko, Name, Anschrift und Telefonnummer des Meldenden sowie Name und Anschrift der Einrichtung, in der die Infektionskrankheit auftrat, enthalten, so dass die ärztliche Schweigepflicht nicht tangiert wird.

Eine weitere nicht namensbezogene Meldepflicht enthält § 7 III 1 IfSG. Gemäß dieser Norm ist der direkte oder indirekte Nachweis bestimmter Krankheitserreger zu melden.

Unter diese Meldepflicht fällt gem. § 7 III 1 Nr. 2 IfSG auch das HI-Virus. Diese gesetzliche Regelung setzt einen (vorläufigen) Schlusspunkt unter die teilweise vehement geführten Diskussionen bezüglich der zur Bekämpfung der HIV-Infektion notwendigen staatlichen Maßnahmen, wie im Weiteren zu zeigen sein wird.

Zu den im IfSG normierten Meldepflichten führt die amtliche Begründung des Gesetzgebers aus: „Zuverlässige Kenntnisse über das Vorkommen übertragbarer Krankheiten<sup>468</sup> (sind) (...) unabdingbare Voraussetzung für ihre Verhütung und Bekämpfung. Die wichtigste Quelle für solche Informationen sind Meldungen der Ärzte und der Laboratorien.“<sup>469</sup>

Anzumerken ist, dass das IfSG ausschließlich ärztliche Informationspflichten gegenüber staatlichen Stellen normiert, nicht aber darauf eingeht, ob bzw. welche Maßnahmen die behandelnden Ärzte selbst zum Schutz ansteckungsgefährdeter Dritter ergreifen dürfen. Es berechtigt lediglich die Gesundheitsämter<sup>470</sup>, zum Infektionsschutz des Einzelnen und der Allgemeinheit notwendige Maßnahmen zu treffen. Politische Bestrebungen, daneben drittschützende Individualinteressen in das Gesetz aufzunehmen, sind bisher gescheitert. So sah ein Gesetzesentwurf des Freistaates Bayern zur Ergänzung des dem IfSG vorangehenden BSeuchG eine namensbezogene Meldepflicht des behandelnden Arztes vor, sofern die HIV-Infizierten „erkennen lassen, dass sie uneinsichtig sind und die Infektion fahrlässig oder vorsätzlich weiterverbreiten werden“<sup>471</sup>. Aber auch in der Literatur wurde eine gesetzliche Regelung gefordert, die u. a. die Frage der Durchbrechung der Schweigepflicht bei einer Aids-Erkrankung eindeutig regelt, um die im Zusammenhang mit einer HIV-Erkrankung für Mediziner bestehenden Rechtsunsicherheiten zu beseitigen<sup>472</sup>. Vereinzelt wurden sogar regelmäßige Reihenuntersuchungen der gesamten erwachsenen Bevölkerung<sup>473</sup> bzw. bestimmter Risikogruppen<sup>474</sup> sowie gesetzliche Auflagen für HIV-Infizierte, wie z. B. die Auferlegung einer Informationspflicht gegenüber dem Intimpartner<sup>475</sup>, gefordert. Die Enquete-Kommission „Gefahren von Aids und wirksame Wege zu ihrer Eindämmung“ sprach sich zwar 1990 für eine Rechtspflicht HIV-

---

<sup>468</sup> Eine *übertragbare Krankheit* i. S. d. IfSG ist gem. § 2 Nr. 3 IfSG eine durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit. Der Begriff gilt unabhängig davon, auf welchem der verschiedenen Infektionswege (Kontakt von Mensch zu Mensch, von Tier zu Mensch oder Übertragung von Gegenständen auf den Menschen) diese übertragen wird, siehe Erdle, Infektionsschutzgesetz, 18. Auch Krankheiten, bei denen es typischerweise wie z. B. bei Tollwut oder Tetanus nicht zu einer Massenausbreitung kommt, fallen unter den Begriff der „übertragbaren Krankheit“ i. S. d. IfSG, da dieses auch vor zeitlich oder örtlich begrenzt übertragbaren Krankheiten schützen soll, siehe Infektionsschutzgesetz, 18. So auch bereits zum BSeuchG: BVerwG NJW 1970, 532.

<sup>469</sup> BT-Drucks 14/2530, S. 37 ff.

<sup>470</sup> *Gesundheitsamt* i. S. d. IfSG ist gem. § 2 Nr. 14 IfSG die nach Landesrecht für die Durchführung des IfSG bestimmte und mit einem Amtsarzt besetzte Behörde.

<sup>471</sup> Vergl. BR.-Drucks. 294/87.

<sup>472</sup> Schlund, AIFO 1987, 401, 408 m. w. N.

<sup>473</sup> Frösner, AIFO 1987, 64, 64.

<sup>474</sup> Görge, AIFO 1987, 104, 104.

<sup>475</sup> Frösner, AIFO 1987, 64, 64.

Infizierter aus, andere nicht durch ihre Erkrankung zu gefährden, gleichzeitig wandte sie sich aber ausdrücklich gegen die Einführung einer namensbezogenen Meldepflicht für HIV-Infektionen<sup>476</sup>.

## **2. Namensbezogene Meldepflicht des Arztes gegenüber den Gesundheitsämtern**

Namensbezogene Meldepflichten bezüglich des Auftretens bestimmter Krankheiten bzw. Krankheitserreger bestehen gem. § 6 I und II IfSG sowie gem. § 7 I und II IfSG. Diese dienen nicht nur dem allgemeinen Interesse, den Erfolg bisheriger und die Notwendigkeit zukünftiger Präventions- und Aufklärungsmaßnahmen festzustellen, sondern sollen der Behörde zudem ein schnelles Eingreifen zum Infektionsschutz Dritter ermöglichen, um die Verbreitung der gemeldeten ansteckenden Krankheit einzuschränken. Damit dienen diese Normen zumindest auch dem Schutz der Infektionsgefährdeten<sup>477</sup> und sind damit Schutzgesetze i. S. d. § 823 II BGB. Einige der namensbezogenen Meldepflichten sind praktisch besonders relevant und sollen daher kurz dargestellt werden<sup>478</sup>.

Gem. § 6 I Nr. 1 und 2 IfSG müssen der Krankheitsverdacht<sup>479</sup> sowie die Erkrankung an und der Tod nach bestimmten enumerativ aufgezählten Krankheiten unter Namensangabe des Infizierten dem Gesundheitsamt gemeldet werden. Gem. § 6 I Nr. 4 IfSG ist außerdem die Verletzung durch „ein tollwutkrankes, -verdächtiges oder ansteckungsverdächtiges Tier<sup>480</sup> sowie die Berührung eines solchen Tieres oder Tierkörpers“ meldepflichtig<sup>481</sup>. Nicht in der Aufzählung des § 6 I Nr. 1-4 IfSG aufgeführte Krankheiten sind gem. § 6 I Nr. 5 IfSG namensbezogen zu melden, sofern sie „bedrohlich“ sind bzw. ein epidemischer Zusammenhang wahrscheinlich oder zu vermuten ist.

---

<sup>476</sup> Siehe Enquete-Kommission „Gefahren von Aids und wirksame Wege zu ihrer Eindämmung“, BT-Drucks. 11/7200.

<sup>477</sup> So zu den entsprechenden Meldepflichten des Bundesseuchengesetzes: Schulz, Haftung für Infektionen, 84.

<sup>478</sup> Namensbezogen zu melden ist des Weiteren gem. § 6 I Nr. 3 IfSG der Verdacht einer über das übliche Ausmaß einer Impfreaktion hinausgehenden gesundheitlichen Schädigung i. S. d. § 2 Nr. 11 IfSG. Diese Meldepflicht bezieht sich auf alle Schutzimpfungen i. S. d. § 2 Nr. 9 IfSG und nicht nur auf solche, die nach den §§ 60 ff. IfSG Entschädigungsansprüche auslösen können, siehe Erdle, Infektionsschutzgesetz, 28.

Gem. §§ 6 II, 8 I Nr. 1 IfSG erstreckt sich die namensbezogene Meldepflicht niedergelassener und in der stationären Pflege tätiger Ärzte auch auf Personen, die an einer behandlungsbedürftigen Lungentuberkulose leiden und eine Behandlung verweigern oder abbrechen.

<sup>479</sup> Krankheitsverdächtiger i. S. d. IfSG ist gem. § 2 Nr. 5 IfSG eine Person, bei der Symptome bestehen, die das Vorliegen einer bestimmten übertragbaren Krankheit vermuten lassen.

<sup>480</sup> Siehe zum Begriff des „ansteckungsverdächtigen Tieres“ § 1 II Nr. 7 TierseuchG.

<sup>481</sup> Diese Meldepflicht geht über die bisherige Regelung des § 3 V I BSeuchG hinaus, nach der die Verletzung durch ein ansteckungsverdächtiges Tier sowie die Berührung eines solchen Tieres oder Tierkörpers nicht meldepflichtig waren. Die nunmehr erweiterte Meldepflicht erklärt sich daraus, dass eine Tollwutübertragung auf Dritte insbesondere über die Schleimhäute bereits während der Inkubationszeit nicht ausgeschlossen werden kann. Einer

Damit soll sichergestellt werden, dass auch bislang unbekannte Krankheiten gemeldet werden, die eine schwerwiegende Gefahr für Einzelne oder die Allgemeinheit darstellen (können). Nur auf diese Weise kann der Weiterverbreitung einer Infektion schnellstmöglich vorgebeugt werden.

Gem. § 7 I IfSG ist auch der direkte oder indirekte Nachweis dort aufgeführter Krankheitserreger namensbezogen zu melden, sofern dieser auf eine akute Infektion hinweist.

§ 8 IfSG regelt, welche Personen Meldepflichten treffen<sup>482</sup>.

§ 9 IfSG bestimmt die notwendigen Angaben der namensbezogenen Meldung i. S. d. § 6 IfSG:

So müssen alle namensbezogenen Meldungen der in § 8 I 1, 4 - 8 IfSG genannten Ärzte gem. § 9 I bzw. II IfSG u. a.<sup>483</sup> Name, Geschlecht, Geburtsdatum, Anschrift, Diagnose bzw. Verdachtsdiagnose und die wahrscheinliche Infektionsquelle des Patienten enthalten. Außerdem hat der Arzt zu melden, ob der Infizierte oder zumindest Infektionsverdächtige in den vergangenen sechs Monaten Blut, Organe oder Gewebe spendete. Die namensbezogenen Meldungen erfolgen gem. § 9 III 1 IfSG an das zuständige Gesundheitsamt. Gem. § 9 III 2 IfSG dürfen diese nicht wegen einzelner fehlender Angaben verzögert werden; fehlende bzw. falsche Angaben müssen allerdings so bald wie möglich nachgereicht bzw. korrigiert werden.

Das Gesundheitsamt ist gem. § 11 I Nr. 1-9 IfSG verpflichtet, die gemeldeten Informationen zu anonymisieren und an die zuständige Landesbehörde weiterzuleiten, die diese ihrerseits ebenfalls gem. § 11 I IfSG an das Robert-Koch-Institut (RKI)<sup>484</sup> weitergeben muss.

---

Infektion Dritter ist daher bereits während dieser Zeit vorzubeugen, so dass die bisherige gesetzliche Regelung unzureichend war.

<sup>482</sup> Meldepflichtige Humanmediziner im Sinne des § 6 I IfSG sind gem. § 8 I Nr. 1 IfSG der feststellende Arzt, in Krankenhäusern und Einrichtungen der stationären Pflege neben diesem grundsätzlich auch der leitende Arzt sowie gem. § 8 I Nr. 3 IfSG die Leiter von Einrichtungen der pathologisch-anatomischen Diagnostik. Meldepflichtig gem. § 7 I und II IfSG sind im humanmedizinischen Bereich lediglich gem. § 8 I Nr. 2 IfSG „die Leiter von Medizinaluntersuchungsämtern und sonstigen privaten und öffentlichen Untersuchungsstellen einschließlich der Krankenhauslaboratorien“ sowie gem. § 8 I Nr. 3 IfSG die Leiter von Einrichtungen der pathologisch-anatomischen Diagnostik. Niedergelassene und in der stationären Pflege tätige Ärzte treffen die Meldepflichten des § 7 I und II IfSG hingegen nicht.

<sup>483</sup> Des Weiteren haben die in § 8 I Nr. 1, 4 bis 8 IfSG genannten Personen bei einer namensbezogenen Meldung bestimmter Krankheiten gem. § 9 I Nr. 5 IfSG auch die Ausübung spezieller, besondere Infektionsgefahren für Dritte beinhaltender Tätigkeiten zu melden. So umfasst die Meldepflicht z. B. auch die Tätigkeit in Arztpraxen und anderen medizinischen Einrichtungen sowie Tätigkeiten in der Lebensmittelverarbeitung. Außerdem sind das Land, in dem die Infektion wahrscheinlich erworben wurde, bei Tuberkulose das Geburtsland des Patienten, seine Staatsangehörigkeit sowie etwaige stationäre Behandlungen mitzuteilen.

<sup>484</sup> Das Robert-Koch-Institut ist eine Nachfolge-Einrichtung des früheren Bundesgesundheitsministeriums, siehe Gesundheitseinrichtungen-Neuordnungs-Gesetz (GNG), BGBl. I, S. 1416. Durch die entsprechenden Regelungen im IfSG soll das RKI als infektionsepidemiologische Leitstelle der BRD etabliert werden, siehe dazu auch Erdle, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl., 2002, 22. Das Robert-Koch-Institut hat gem. § 4 IfSG u. a. die Aufgabe, Konzepte zur Verhinderung der Weiterverbreitung von Infektionen zu entwickeln, entsprechende Richtlinien und Empfehlungen zu erstellen und die nach dem IfSG übermittelten Meldungen zusammenzufassen, um sie infektionsepidemiologisch auszuwerten.

### 3. Maßnahmen zum individuellen Infektionsschutz

Hat ein Arzt das Auftreten einer bestimmten Krankheit oder eines bestimmten Krankheitserregers namensbezogen gemeldet, sind die Gesundheitsämter berechtigt, u. a. die in den §§ 25 ff. IfSG erwähnten Maßnahmen zu ergreifen<sup>485</sup>.

Von diesen auch dem Schutz des Einzelnen dienenden Maßnahmen sollen hier lediglich die erwähnt werden, denen besondere praktische Relevanz zukommt<sup>486</sup>.

So ist das Gesundheitsamt infolge einer namensbezogenen Meldung berechtigt, gem. §§ 25 I, 26 IfSG Ermittlungen über Art, Ursache, Ansteckungsquelle und Ausbreitung der gemeldeten Krankheit bzw. des gemeldeten Krankheits- bzw. Ansteckungsverdachts oder der Ausscheidung anzustellen.

Darüber hinaus darf das Gesundheitsamt Schutzmaßnahmen i. S. d. §§ 28 ff. IfSG ergreifen.

So ist die zuständige Behörde infolge einer namensbezogenen Meldung gem. § 29 IfSG berechtigt, Kranke<sup>487</sup>, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider<sup>488</sup> einer Beobachtung zu unterwerfen. Im Rahmen dieser Beobachtung ist der Betroffene gem. § 29 IfSG u. a. verpflichtet, die erforderlichen Untersuchungen zu dulden und der zuständigen Behörde auf deren Verlangen über alle seinen Gesundheitszustand betreffenden Umstände Auskunft zu geben.

---

<sup>485</sup> Die §§ 16 ff. IfSG, die der „Verhütung übertragbarer Krankheiten“ dienen, sind in diesen Fällen hingegen nicht einschlägig: Übertragbare Krankheiten werden verhütet, wenn ihre Entstehung verhindert wird, siehe Bales/Baumann/Schnitzler, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl., 2003, 151. Hat ein Arzt das Auftreten einer bestimmten Krankheit oder eines bestimmten Krankheitserregers namensbezogen gemeldet, ist aber die Krankheit nach der Terminologie des IfSG bereits entstanden, so dass die §§ 16 ff. IfSG nicht zur Anwendung kommen.

<sup>486</sup> Zu besonderen Vorsichtsmaßnahmen ist das Gesundheitsamt außerdem verpflichtet, wenn zumindest anzunehmen ist, dass jemand, der an einer namensbezogenen meldepflichtigen Krankheit erkrankt oder mit einem namensbezogenen meldepflichtigen Krankheitserreger infiziert ist bzw. war, nach dem vermuteten Zeitpunkt der Infektion Blut-, Organ- oder Gewebespende war: In diesen Fällen hat das Gesundheitsamt gem. § 25 II 1 IfSG, sofern die Infektionskrankheit durch das gespendete Material übertragbar ist, unverzüglich die zuständigen Landes- und Bundesbehörden (namensbezogen) zu informieren. Unabhängig von diesem Verfahren können bei einem entsprechenden Infektionsverdacht des Spenders Ermittlungsmaßnahmen gem. §§ 25, 26 IfSG veranlasst werden. Bei Spendern vermittlungspflichtiger Organe (siehe zu diesem Begriff § 9 S. 2 TransplantationsG) ist das Gesundheitsamt außerdem gem. § 25 II 3 IfSG verpflichtet, die nach § 11 TransplantationsG errichtete oder bestimmte Koordinationsstelle bzw. das involvierte Transplantationszentrum entsprechend zu unterrichten.

<sup>487</sup> *Kranke* i. S. d. IfSG ist gem. § 2 Nr. 4 IfSG eine Person, bei der medizinisch-diagnostisch gesichert ist, dass die Symptome einer bestimmten übertragbaren Krankheit vorliegen, siehe dazu auch Erdle, Infektionsschutzgesetz, 19. Der Begriff der Krankheit i. S. d. IfSG ist dabei unabhängig vom Krankheitsbegriff des sozialen Leistungsrechts i. S. d. § 27 SGB V zu beurteilen, siehe Erdle, Infektionsschutzgesetz, 19.

<sup>488</sup> *Ausscheider* i. S. d. IfSG ist gem. § 2 Nr. 6 IfSG eine Person, die Krankheitserreger ausscheidet und dadurch eine mögliche Ansteckungsquelle für die Allgemeinheit ist, ohne krank oder krankheitsverdächtig zu sein. Träger von Krankheitsviren, die nicht im allgemeinen sozialen Kontakt, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen wie z. B. durch Bluttransfusionen, Blutkontakte oder Geschlechtsverkehr an Dritte weitergegeben werden, sind daher keine Ausscheider i. S. d. IfSG. Allerdings berücksichtigt das IfSG in Sonderregelungen auch diese Personengruppe, zu der z. B. Träger von Hepatitis-B-Viren oder HIV-Infizierte gehören.

Die Beobachtung i. S. d. § 29 IfSG dient dazu, die Entwicklung der infektionsrelevanten Umstände im Interesse gefährdeter Dritter und der Allgemeinheit zu überwachen<sup>489</sup>. Die Anordnung einer Beobachtung ist grundsätzlich neben anderen Schutzmaßnahmen wie z. B. der Auferlegung von Verhaltensgeboten notwendig, um entscheiden zu können, ob die bisherigen Schutzmaßnahmen aufgrund der Entwicklung der Umstände zu ändern sind oder ob sie den Infektionsschutz Einzelner oder der Allgemeinheit gewährleisten<sup>490</sup>.

Aus diesem Grund ist der Übergang zwischen den bereits erwähnten Ermittlungsuntersuchungen gem. §§ 25, 26 IfSG und Beobachtungsuntersuchungen gem. § 29 IfSG fließend, entsprechende Maßnahmen können oft auf mehrere Normen gestützt werden.

Eine weitere mögliche Folge einer namensbezogenen Meldung i. S. d. IfSG normiert § 30 IfSG: Nach dieser Norm kann die zuständige Behörde anordnen, dass Personen, die der Infektion mit bestimmten Krankheiten zumindest verdächtig sind, auf näher bestimmte Weise abgesondert werden. Auch diese Maßnahme dient u. a. dem Interesse ansteckungsgefährdeter Personen aus dem nahen sozialen Umfeld des Infizierten.

Darüber hinaus kann die zuständige Behörde infolge einer namensbezogenen Meldung i. S. d. IfSG gem. § 31 und § 34 IfSG Berufsverbote verhängen.

Sofern nicht die erwähnten speziellen Schutzmaßnahmen gem. §§ 29 ff. IfSG in Betracht kommen, kommt die Generalklausel des § 28 I IfSG zur Anwendung. Auf diese Norm können Verhaltensgebote bzw. -verbote gestützt werden, die nicht nach anderen Normen vorgesehen sind. So kann dem Infizierten nach dieser Norm z. B. die Pflicht zur Information ansteckungsgefährdeter Familienangehörigen oder Lebensgefährten auferlegt werden<sup>491</sup>. Des Weiteren kann eine Verpflichtung des Infizierten, die je nach Übertragungsweg verschiedenen ansteckungsfördernden Verhaltensweisen zu unterlassen, auf diese Rechtsgrundlage gestützt werden.

Dieser Generalklausel kommt beim Infektionsschutz ansteckungsgefährdeter Dritter aus dem nahen sozialen Umfeld des Infizierten besondere Bedeutung zu, da dem Infizierten nach dieser Norm Maßnahmen auferlegt werden können, die seiner besonderen privaten Situation Rechnung tragen.

Eine zwangsweise Heilbehandlung kann allerdings - im Gegensatz zur Untersuchung des Infizierten, die mit Zwang durchgeführt werden darf - nicht auf diese Generalklausel gestützt

---

<sup>489</sup> Erdle, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl., 2002, 78.

<sup>490</sup> Erdle, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl., 2002, 78.

<sup>491</sup> Siehe auch Erdle, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl., 2002, 77.

werden, da § 28 I 3 IfSG ein entsprechendes Verbot enthält<sup>492</sup>. Das IfSG enthält damit eine andere Regelung als das BSeuchG, das auch zwangsweise durchgeführte staatliche Heilbehandlungen für zulässig erklärte.

### **III. Strafrechtliche Offenbarungspflichten**

Obwohl sich die Bearbeitung im Schwerpunkt mit einer zivilrechtlichen Fragestellung befasst, kann diese nicht gänzlich ohne die Darstellung strafrechtlicher Pflichten auskommen.

Da die Privatrechtsordnung zur Auslegung ihrer Normen und ihres Entscheidungsprogramms als Bestandteil der Gesamtrechtsordnung gesehen werden muss<sup>493</sup>, bedarf es der Darstellung der dem Arzt nach jenen Normen gegebenenfalls obliegenden Informationspflichten. Dies gilt unabhängig davon, ob diese strafrechtlichen Normen Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB sind, da es ihrer Erörterung bedarf, um den Gesamtzusammenhang des Normgefüges mit seinen Handlungsanweisungen und Verboten zu verstehen.

#### **1. Offenbarungspflicht gem. § 138 I Nr. 6 1. und 2. Alt. StGB**

Gem. aus § 138 I Nr. 6 1. und 2. Alt. StGB hat, wer von dem Vorhaben oder der Ausführung u. a. eines Mordes oder Totschlags gem. § 211 bzw. § 212 StGB zu einer Zeit erfährt, zu der die Ausführung oder der Taterfolg noch abgewendet werden können, der zuständigen Behörde oder dem Bedrohten Anzeige zu machen. Eine strafrechtliche Pflicht des Arztes, ansteckungsgefährdete Dritte vor einer ihnen drohenden schwerwiegenden Infektionskrankheit zu warnen, könnte sich daher aus dieser Norm ergeben<sup>494</sup>.

Aufgrund der bereits erwähnten sozialpsychologischen Rolle des Rechts wird diese Problematik grundsätzlich im Zusammenhang mit dem Bestehen einer HIV-Infektion diskutiert<sup>495</sup>.

In Literatur und Rechtsprechung wird der Tötungsvorsatz eines HIV-Infizierten, der mit einem nicht über seine Infektion Informierten ungeschützten Geschlechtsverkehr praktiziert, grundsätzlich unter Hinweis auf die erhöhte Hemmschwelle zur Begehung eines Tötungsdeliktes verneint, da die Gefährlichkeit dieser Handlung nicht zwangsläufig auf einen Tötungsvorsatz schließen

---

<sup>492</sup> Siehe dazu erläuternd Erdle, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl., 2002, 48.

<sup>493</sup> Siehe zu den Grundlagen der systematischen Auslegung: Staudinger (Coing/Honsell), Buch 1, §§ 1-14 BGB, 14. Bearbeitung 2004, Einleitung, Rn. 163 ff.

<sup>494</sup> § 138 StGB ist kein Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB, siehe LG Hamburg, r + s 1996, 396, 397.

<sup>495</sup> Siehe dazu unter Teil 2, 1. Kap., A. II. 2. c).

lässt. Zur Bejahung des Tötungsvorsatzes ist daher eine eingehende Prüfung des voluntativen Vorsatzelements unerlässlich. Dabei reicht es für die Annahme eines (bedingten) Tötungsvorsatzes wegen der verglichen mit dem Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz wesentlich höheren Hemmschwelle nicht aus, dass der Täter das mit einem ungeschützten Geschlechtsverkehr verbundene Risiko der Ansteckung mit dem HI-Virus für seinen Sexualpartner kennt. Vielmehr muss er auch billigend in Kauf nehmen, dass sein Tun zum Tod des Opfers führt, was in der Praxis vielfach an der weit verbreiteten Hoffnung HIV-Infizierter scheitern wird, in nächster Zeit werde ein Heilmittel gegen Aids gefunden und bei ihm werde die Krankheit ebenso wie bei seinem Sexualpartner erst danach ausbrechen.

In solchen Fällen macht sich der HIV-Infizierte daher grundsätzlich keines (versuchten) Totschlags gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB schuldig<sup>496</sup>. Diese rechtliche Wertung ist auch auf andere letal verlaufende Infektionskrankheiten übertragbar, so dass auch hier der Tötungsvorsatz bei einem unverantwortlichen Verhalten gegenüber Dritten grundsätzlich zu verneinen ist.

Der mit einer letal verlaufenden Krankheit Infizierte macht sich durch bewusst ansteckungsgefährdendes Verhalten grundsätzlich „nur“ der gefährlichen Körperverletzung durch eine das Leben gefährdende Behandlung schuldig. Dieses Delikt ist allerdings nicht im abschließenden Katalog der Straftaten des § 138 StGB aufgeführt, so dass bei Kenntnis dieser Straftat keine Meldepflicht nach § 138 I Nr. 6 1. und 2 Alt. StGB besteht.

Aus § 138 I Nr. 6 1. und 2 Alt. StGB ergibt sich daher keine Pflicht des Arztes, ansteckungsgefährdete Dritte vor einer ihnen drohenden schwerwiegenden Infektionskrankheit zu warnen.

## **2. Offenbarungspflicht gem. § 323 c StGB**

Eine Pflicht des Arztes, seine Patienten vor einer Ansteckung durch eine von ihm ebenfalls behandelte Person zu warnen, könnte sich des Weiteren aus § 323 c StGB ergeben<sup>497</sup>.

Nach dieser Norm, ist jeder verpflichtet, bei Unglücksfällen oder gemeiner Not Hilfe zu leisten, sofern dies erforderlich und ihm den Umständen entsprechend zuzumuten ist.

Ein Unglücksfall ist ein plötzlich eintretendes Ereignis, das erheblichen Schaden an Personen oder Sachen verursacht und verursachen wird<sup>498</sup>. Auch die Ansteckung mit schwerwiegenden

---

<sup>496</sup> BGHSt 36, 10, 15 m. w. N.; Tröndle/Fischer (Tröndle), StGB, 54. Aufl., 2007, § 224 StGB, Rn. 13 m. w. N.

<sup>497</sup> § 323 c StGB ist kein Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB, siehe OLG Frankfurt/M., NJW-RR 1989, 794.

<sup>498</sup> Großfuß-Bürk, Die Verantwortung des Arztes für Fehlverhalten des Patienten am Beispiel der Missachtung ärztlicher Hinweise, 66 m. w. N.

Krankheiten kann das Tatbestandsmerkmal des Unglücksfalles verwirklichen, sofern dem Infizierten die Gesundheitsverschlechterung nicht bereits lange voraussehbar war<sup>499</sup>. Ist die Verschlechterung des Gesundheitszustandes hingegen lange vorhersehbar, liegt kein Unglücksfall i. S. d. § 323 c StGB vor, da der Hilfsbedürftige bei vorhersehbaren Gefahren nicht in dem Umfang der Hilfe Dritter bedarf, den eine Person benötigt, die mit einer Gefahr nicht rechnete oder rechnen konnte.

Weiß jemand nichts von der ansteckenden Krankheit einer ihr nahe stehenden Person, die es dem Zufall überlässt, ob eine Ansteckung stattfindet oder nicht, erfüllt das Vorliegen der Infektionsgefahr das Tatbestandsmerkmal des Unglücksfalles i. S. d. § 323 c StGB<sup>500</sup>. Eine entsprechende Warnung des Arztes ist zur Hilfe erforderlich.

Fraglich ist allerdings, ob dem Arzt die Pflicht, eine derartige Hilfe zu leisten, zumutbar wäre.

Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung kann u. a. aufgrund einer Pflichtenkollision entfallen. So ist die Zumutbarkeit der Hilfeleistung zu verneinen, wenn eine Abwägung der widerstreitenden Interessen und Pflichten ergibt, dass das bedrohte Rechtsgut hinter dem anderen zurücktreten muss. Um festzustellen, ob dem Arzt eine Informationspflicht gegenüber durch eine Ansteckungsgefahr gefährdeten Dritten zumutbar wäre, sind daher die tangierten Interessen und Pflichten gegeneinander abzuwägen.

Hierbei sind Art und Ausmaß des drohenden Schadens, konkrete Rettungschancen, Art und Umfang der aufzuopfernden Interessen und das mit der Rettungshandlung verbundene Risiko zu berücksichtigen<sup>501</sup>. Die Bewertung der Interessen hängt dabei auch davon ab, inwiefern sie selbst als schutzwürdig bezeichnet werden können<sup>502</sup>.

Einer Offenbarung der Ansteckungsgefahr gegenüber ansteckungsgefährdeten Dritten steht zwar das Interesse des Patienten, seine Krankheit geheim zu halten entgegen.

Dieses Rechtsgut wiegt allerdings nicht so hoch wie das bedrohte Leben Dritter, die einem unverantwortlichen Verhalten des Infizierten ausgesetzt sind.

Das Interesse an ärztlicher Verschwiegenheit muss teilweise auch in den Fällen, in denen die ansteckende Krankheit nicht lebensbedrohlich ist, zurücktreten: So kann sich ein Patient, der ein

---

<sup>499</sup> RGSt 75, 71.

<sup>500</sup> Großfuß-Bürk, Die Verantwortung des Arztes für Fehlverhalten des Patienten am Beispiel der Missachtung ärztlicher Hinweise, 66.

<sup>501</sup> Schönke/Schröder (Cramer/Sternberg-Lieben), StGB, 27. Aufl., 2006, § 323 c StGB, Rn. 20.

<sup>502</sup> Großfuß-Bürk, Die Verantwortung des Arztes für Fehlverhalten des Patienten am Beispiel der Missachtung ärztlicher Hinweise, 69 f.

ansteckungsgerechtes Verhalten unter Verschweigen der Ansteckungsgefahr fortsetzt, grundsätzlich eines Körperverletzungsdeliktes schuldig machen, sofern die Krankheit bleibende gesundheitliche Schäden oder schwere, wenn auch vorübergehende Gesundheitsbeeinträchtigungen verursachen kann. Sein Verschweigen der Infektionsgefahr ist somit rechtlich missbilligt und bereits aus diesem Grund weniger schutzwürdig als die gefährdeten Rechtsgüter Dritter.

Aus diesem Grund ist das Interesse an ärztlicher Verschwiegenheit bei letal verlaufenden Krankheiten sowie solchen, die nicht lebensbedrohlich sind, aber bleibende gesundheitliche Schäden oder schwere, wenn auch vorübergehende Gesundheitsbeeinträchtigungen verursachen können, geringer als das bedrohte Rechtsgut zu gewichten.

Wegen der drohenden Lebensgefahr bzw. schweren Gesundheitsgefahr kann es daher dem Arzt zugemutet werden, Ansteckungsgefährdeten bei schweren Infektionskrankheiten durch eine entsprechende Warnung Hilfe zu leisten<sup>503</sup>.

In diesen Fällen obliegt dem Arzt gem. § 323 c StGB die Pflicht, (u. a.) seine Patienten vor einer Ansteckung durch eine von ihm ebenfalls behandelte Person zu warnen.

---

<sup>503</sup> Großfuß-Bürk, Die Verantwortung des Arztes für Fehlverhalten des Patienten am Beispiel der Missachtung ärztlicher Hinweise, 71.

## **2. Kapitel: Kollidierende Drittinteressen im Bereich genetischer Daten**

### **A. Einführung in die Besonderheiten der Thematik**

#### **I. Einleitung**

Die bezüglich der Infektionskrankheiten dargestellte Problematik eines angemessenen Ausgleichs zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und den kollidierenden Gesundheitsinteressen Dritter findet im Bereich genetischer Daten eine besonders aktuelle Parallelproblematik.

Durch die Entwicklungen im Bereich der Humangenetik und Molekularbiologie ist deutlich geworden, dass viele Krankheiten – zumindest teilweise - genetisch bedingt sind. Im medizinischen Bereich kommt es aufgrund der stetig zunehmenden Zahl diagnostizierbarer Krankheiten zu einer massiven Ausweitung der humangenetischen Testpraxis.

Das Ergebnis einer Genanalyse gibt allerdings nicht nur über die genetische Disposition der Testperson Auskunft.

Da sich die konkrete Vererbungswahrscheinlichkeit aus der Penetranz der pathologischen Disposition und aus der Differenzierung zwischen dominanter und rezessiver Vererbung ergibt, ermöglicht das Ergebnis der humangenetischen Diagnostik bei manchen Krankheiten und besonderen familiären Konstellationen sogar sichere Aussagen über den genetischen Status eines Blutsverwandten.

So steht z. B. bei jemandem, dessen Elternteil an Chorea Huntington erkrankte und dessen Kind auf diese Krankheit positiv getestet wurde, fest, dass auch er Träger des krankheitsauslösenden Gens ist<sup>504</sup>. Da die genetische Konstitution eineiiger Zwillinge identisch ist, gibt z. B. auch das

---

<sup>504</sup> Gerade bei einer letal verlaufenden Krankheit wie z. B. der Chorea Huntington kann es allerdings für den potentiell Betroffenen weniger belastend sein, keine Kenntnis über die eigene genetische Veranlagung zu erlangen. Umfragen unter Humangenetikern und Betroffenen befassten sich daher mit der Frage, ob für die Durchführung eines direkten Gentests auf Chorea Huntington die Zustimmung von Verwandten erforderlich sein sollte. Dieses Erfordernis verneinte aber ein Großteil der Befragten, ebenso die weitergehende Frage, ob dieser Test bei volljährigen Kindern sogar gegen den Willen des risikotragenden Elternteils durchgeführt werden sollte, siehe dazu: Schroeder-Kurth/Lunshof/Schäfer, Humangenetik & Gesellschaft, 13.

Ergebnis der Genanalyse an einem Zwilling automatisch Aufschluss über den genetischen Status des anderen Zwillings<sup>505</sup>.

Insbesondere auch bei rezessiv vererbten Krankheiten erlaubt die genetische Diagnostik wichtige Rückschlüsse u. a. auf Krankheitsdispositionen Blutsverwandter, die bislang nicht möglich waren.

Der Arzt kann unter anderem durch eine Familienanamnese oder dadurch, dass Blutsverwandte des eine nachteilige genetische Disposition Aufweisenden ebenfalls zu seinen Patienten zählen, von der Existenz möglicherweise ebenfalls betroffener Dritter erfahren. Meistens werden diese Personen weder wissen, dass ein Verwandter eine nachteilige genetische Disposition aufweist, noch werden sie, die bislang beschwerdefrei sind, eine Veranlassung sehen, ihre eigenen Gene untersuchen zu lassen.

Eine zu späte Erkennung einer Erbkrankheit kann allerdings schwere gesundheitliche Folgen haben, denn der Ausbruch bestimmter Krankheiten kann unter Umständen verhindert, hinausgezögert oder abgeschwächt werden, sofern der Betroffene seine genetische Disposition kennt und entsprechende Vorsorgemaßnahmen ergreift.

Darüber hinaus tangiert die Kenntnis der eigenen genetischen Disposition für bestimmte Krankheiten, unter Umständen lange bevor diese manifest werden, nicht nur das Selbstverständnis des Betroffenen, sondern möglicherweise auch seine gesamte Lebensplanung.

Zwar ergaben empirische Studien unter Patienten<sup>506</sup>, Humangenetikern, nicht von einer pathologischen familiären Disposition betroffenen Laien, ethisch Interessierten und im medizinischen Bereich Tätigen<sup>507</sup>, dass bei Vorliegen wirksamer Präventionsmöglichkeiten eine große

---

<sup>505</sup> Henn, *Perspectives in Biology and Medicine* 1998, 282, 285.

<sup>506</sup> So bejahten 89 % der US-amerikanischen, 85 % der französischen und 79 % der deutschen Patienten eine derartige moralische Pflicht, wenn es für den Verwandten „nützlich“ wäre, siehe Wertz/Nippert/Wolff, „Responsibilities in Genetic Counseling“ in: Sass/Schröder (Hrsg.): *Patientenaufklärung bei genetischem Risiko*, 79, 84 f.

<sup>507</sup> Im Rahmen einer unter insgesamt 453 medizinethischen Laien, ethisch interessierten Studenten, medizinischem Personal in der Ausbildung sowie bereits medizinisch ausgebildetem Personal aus Deutschland, Österreich, Spanien und China durchgeführten Umfrage bejahte die Mehrheit der Befragten die Frage, ob sich der Träger einer genetischen (ADPKD)-Disposition, die zu einer Krankheit führen kann, deren Eintritt durch präventive Maßnahmen zumindest hinausgezögert werden kann, moralisch verpflichtet fühlen sollte, seine Angehörigen über deren potentiellen Trägerstatus zu informieren. Die Zustimmung fiel mit 92 % unter den medizinisch interessierten deutschen Laien am größten aus. Insgesamt war auffällig, dass Befragte aus nichtmedizinischen Berufen wesentlich häufiger eine Trägerpflicht zur Angehörigenaufklärung bejahten als im medizinischen Bereich Tätige, siehe Fröhlich/Wang/Peters, *Schweigepflicht oder Aufklärungspflicht? Eine Umfrage zur Arzt- und Patientenethik*, in: Sass/Schröder (Hrsg.): *Patientenaufklärung bei genetischem Risiko*, 93, 99 f.; siehe zu dieser Thematik auch die empirische Studie von Wertz/Nippert/Wolff, *Responsibilities in Genetic Counseling*, in: Sass/Schröder (Hrsg.): *Patientenaufklärung bei genetischen Risiko*, 79, 84.

Mehrheit der Befragten für das Bestehen einer moralischen Aufklärungspflicht des Trägers gegenüber potentiell betroffenen Verwandten votierte.

Auch Humangenetiker vertreten die Auffassung, dass Gene und „das Wissen über deren Konfiguration ihrem Wesen nach nicht individuell sind“. Aus diesem Grund bestehe für Menschen mit erheblichen genetischen Erkrankungen die Pflicht, die entsprechende Information mit ihren Angehörigen zu teilen, die ein berechtigtes, oft sogar vitales Interesse an Kenntnis der eigenen genetischen Konfiguration haben<sup>508</sup>. In diesem Zusammenhang wird auch suggestiv gefragt, ob die moralische Informationspflicht eines positiv diagnostizierten Risikoträgers gegenüber potentiellen Risikoträgern nicht um so größer ist, je mehr der Intensität oder dem frühen Krankheitsausbruch entgegengewirkt werden oder je eher durch „zeitlich enge Diagnosen der Beginn der akuten Phase“ festgestellt werden könne<sup>509</sup>.

Ist die innerfamiliäre Kommunikation allerdings gestört, so dass Drittbetroffene nicht auf diesem Wege informiert werden, ist zu fragen, ob der Arzt die Interessen dieser Personen trotz seiner Schweigepflicht berücksichtigen darf und ihm ein entsprechendes Informationsrecht zusteht.

Darüber hinaus erlangt in diesem Zusammenhang auch die Frage Bedeutung, ob dem Arzt aus dem Behandlungsvertrag mit dem Drittbetroffenen, aber auch aus jenem mit der Testperson unter bestimmten Umständen sogar eine Informationspflicht bezüglich des potentiellen Vorliegens einer Krankheitsdisposition obliegen kann.

Auf welche Weise zwischen der Pflicht zur ärztlichen Verschwiegenheit und den mit ihr kollidierenden Interessen Drittbetroffener ein angemessener Ausgleich herbeizuführen ist, ist in Deutschland (bislang) nicht gesetzlich geregelt, so dass zur Lösung auch dieses Interessenkonflikts wiederum auf die allgemeinen straf- und zivilrechtlichen Grundsätze zurückgegriffen werden muss.

Da die meisten genetisch bedingten Krankheiten erst jetzt als solche erkannt wurden und nunmehr diagnostizierbar sind, sind zum angemessenen Umgang mit diesem Interessenkonflikt keine Erfahrungswerte vorhanden.

Zur Verdeutlichung der äußerst komplexen und sich dem Juristen nicht ohne Weiteres erschließenden gendiagnostischen Thematik sollen zunächst kurz die Entwicklung der Molekularbiologie

---

<sup>508</sup> Henn, Zeitschrift für med Ethik 48 (2002), 341, 343.

<sup>509</sup> Sass, Patienten- und Bürgeraufklärung über genetische Risikofaktoren, in: Sass/Schröder: Patientenaufklärung bei genetischem Risiko, 49.

und Humangenetik und die unterschiedlichen Untersuchungsebenen und -verfahren genetischer Tests dargelegt werden.

Darüber hinaus ist es aufgrund der Besonderheiten der Thematik geboten, ebenfalls vorab die verschiedenen Zielsetzungen gesundheitsbezogener Gentests zu verdeutlichen.

## **II. Entwicklung der Molekularbiologie und der Humangenetik im Hinblick auf gesundheitsbezogene genetische Tests**

Nachdem u. a. Avery 1944 entdeckte, dass die DNA und nicht, wie bis zu diesem Zeitpunkt angenommen, das Protein Träger der Erbinformation ist, und Watson und Crick im Jahre 1953 die Doppelhelixstruktur der DNA identifizierten<sup>510</sup>, waren die ersten entscheidenden Erkenntnis-schritte auch für die humangenetische Diagnostik getan.

An dieser Stelle können lediglich einige der weiteren im Kontext gesundheitsbezogener Gentests relevanten Entwicklungsstufen der Molekularbiologie und der Humangenetik beispielhaft aufgeführt werden.

Bereits 1963 waren postnatale Tests auf Phenylketonurie möglich, ab ca. 1970 wurde die Pränataldiagnostik durch Amniozentese sowie zytologische und biochemische Untersuchung des Fruchtwasserpunktats eingeführt. Seit 1980 wird die molekulare Gendiagnostik als Mittel für ein pränatales und postnatales Screening stetig weiter entwickelt. Mittels direkter Gendiagnostik kann seit 1986 das Gen für muskuläre Dystrophie Typ Duchenne, seit 1989 jenes für zystische Fibrose und seit 1993 jenes für die Huntington Krankheit identifiziert werden.

Nachdem 1999 die DNA-Sequenz des menschlichen Chromosoms 22 entschlüsselt wurde<sup>511</sup>, wurde die weitere Entwicklung der genetischen Diagnostik und der molekularen Medizin insbesondere vom „Human Genome Project“<sup>512</sup> beeinflusst, das initiiert wurde, um Aufbau und

---

<sup>510</sup> Siehe näher zur Entwicklung der Molekularbiologie und der Humangenetik: Ganten/Ruckpaul, in: Raem et al.: Gen-Medizin, 5 ff.; Winter in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, Rn. 17 ff.

<sup>511</sup> Winter in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, Rn. 18.

<sup>512</sup> Das 1990 initiierte „Human Genome Project“ war ein internationales Forschungsprojekt, dem sich Deutschland im Juni 1995 anschloss und das im Juni 2004 endete. Als ausdrückliche Ziele des Deutschen Humangenomprojekts (DHGP) wurden die systematische Identifizierung und Charakterisierung von Struktur, Funktion und Regulation insbesondere medizinisch relevanter menschlicher Gene, die Entwicklung entsprechender Hochdurchsatz- und Datenverarbeitungstechnologien, sowie die wirtschaftliche Umsetzung der wissenschaftlichen Ergebnisse formuliert. Träger des Humangenomprojekts waren das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) und die Deutsche Forschungsgesellschaft (DFG). Siehe zum DHGP auch Haese/Wadzack, medgen 2002, 201, 201 ff.; siehe zur Bedeutung des Humangenomprojekts für die Identifizierung humangenetischer Erkrankungen: Ramser/Meindl in: Raem et al.: Gen-Medizin, 43 ff.

Funktion der gesamten menschlichen Erbsubstanz zu entschlüsseln. Die erste Phase dieses Projektes wurde 2001 mit der Erstellung einer detaillierten Karte des menschlichen Erbgutes abgeschlossen.

Bereits Mitte 2002 war für die Hälfte aller ca. 4000 bekannten monogenen Krankheiten das jeweils ursächliche Gen gefunden<sup>513</sup>.

Es zeichnet sich ab, dass es in naher Zukunft zu einer erheblichen Ausweitung der humangenetischen Testpraxis kommen wird, da sowohl die Zahl der durch molekular- und zytogenetische Analyse diagnostizierbaren Erkrankungen und Erkrankungsdispositionen als auch jene der Inanspruchnahme genetischer Diagnoseleistungen laufend zunehmen.

Die Frage, inwieweit der Arzt auch gegenüber an einer Information interessierten Drittbetroffenen an seine Schweigepflicht gebunden ist, wird im Rahmen dieser Entwicklung nicht nur weiter an Aktualität, sondern auch an Relevanz gewinnen.

Die Zahl der durchgeführten postnatalen Chromosomenuntersuchungen hat sich bereits in den Jahren zwischen 1991 und 1997 mehr als verdoppelt<sup>514</sup>.

Schon Mitte 2004 verzeichnete der Berufsverband Medizinische Genetik e. V. 559 Einträge zu 57 verschiedenen zytogenetisch routinemäßig diagnostizierbaren Krankheitsindikationen bzw. Krankheiten und 2320 Einträge zu 553 Krankheitsindikationen bzw. Krankheiten, für die routinemäßig molekulargenetische Tests in Deutschland, der Schweiz und Österreich angeboten wurden<sup>515</sup>. Der „Mendelian Inheritance in Man (MIM)“-Katalog, in dem seit 1966 alle bekannt werdenden äußerlich erkennbaren humangenetischen (meist pathologischen<sup>516</sup>) Eigenschaften erfasst werden, wies Mitte 2004 über 15000 und zu Beginn des Jahres 2007 bereits 17500 Eintragungen auf<sup>517</sup>.

Die fortschreitende Verbreitung humangenetischer Tests hat vor allem zwei Gründe:

Zum einen wurde – wie bereits erwähnt - insbesondere aufgrund der wissenschaftlichen Erfolge des „Human Genome Projects“ eine wachsende Zahl Erkrankungen verursachender bzw. an deren Ausbruch beteiligter Gene identifiziert und entsprechende diagnostische und prädiktive Gentests

---

<sup>513</sup> Schmidtke in: Dierks et al. (Hrsg.), Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, 25 f.

<sup>514</sup> Hennen et al., Das Genetische Orakel, in: Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (Hrsg.): Studien des Büros für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Bd. 10. Berlin, 2001, 31, 52.

<sup>515</sup> Zu den jeweils aktuellen diagnostischen Möglichkeiten siehe unter: Berufsverband Deutscher Humangenetiker, online unter: ><http://www.hgqn.org>< (Stand: 15.3.2007)

<sup>516</sup> Nicht jede Katalognummer des MIM bzw. seiner Onlineversion, dem sog. OMIM, entspricht einer Krankheit, siehe dazu näher Schmidtke, Vererbung und Ererbtes, 196 f.

<sup>517</sup> Siehe zum jeweils aktuellen Stand des OMIM online unter: ><http://www.ncbi.nlm.nih.gov/Omim/mimstats.html>< (Stand: 15.3.2007)

entwickelt<sup>518</sup>. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass sich allerdings abzeichnet, dass die verbesserten Diagnosemöglichkeiten nicht (zeitgleich) von der Entwicklung effektiver Therapieoptionen begleitet werden<sup>519</sup>.

Zum anderen entstehen durch die Entwicklung der DNA-Chip-Technologie<sup>520</sup> neue technische Möglichkeiten der Diagnostik nicht nur<sup>521</sup> im humangenetischen Bereich, denn die durch die DNA-Chip-Technologie mögliche Verknüpfung von Molekulargenetik und Computertechnologie ermöglicht gegenüber den bislang verfügbaren Methoden der DNA-Diagnostik eine wesentlich schnellere Probenauswertung, die zeitgleiche Analyse einer sehr großen Zahl genetischer Informationen sowie einen kostengünstigeren Nachweis von Gensequenzen<sup>522</sup>. Es wird erwartet, dass die Einführung dieses Verfahrens auch für die humangenetische Diagnostik gravierende Umbrüche nach sich ziehen wird. So wird davon ausgegangen, dass in naher Zukunft „Techniken verfügbar sein werden, die jedes beliebige medizinische Labor in die Lage versetzen, aus einer Blut- oder Chorionzottenprobe eine nahezu beliebige Zahl von Genomabschnitten auf Abweichungen von DNA-Standardsequenzen zu überprüfen, und dies zu einem Bruchteil heutiger Analysekosten. Eine eigene humangenetische Methodenkompetenz des Untersuchers wird dank integrierter Verfahren von der automatischen DNA-Extraktion bis zum Online-Abgleich mit als normal definierten Sequenzen nicht mehr erforderlich sein.“<sup>523</sup>

Es wird daher nicht nur prognostiziert, dass das Wissen um die jeweilige genetische Disposition zu einer maßgeblichen Grundlage medizinischen Handelns in Diagnostik und Therapie wird<sup>524</sup>,

---

<sup>518</sup> Häufig vorkommende Krankheiten, bei denen bereits prädisponierende Gene mit hoher Penetranz diagnostiziert werden können und für die eine Ausweitung der genetischer Testverfahren erwartet wird, sind z. B. Diabetes Typ II, Morbus Alzheimer, Brustkrebs sowie Darmkrebs. Siehe auch: BT-Drucks. 14/9020, 128 f. m. w. N.

<sup>519</sup> Siehe dazu bereits Anfang der 90er Jahre: Domdey/Heilmann, „Genomanalyse: Naturwissenschaftliche Grundlagen, Methodische Voraussetzungen und Anwendungen“, in: Simon, Jürgen (Hrsg.): Recht der Biotechnologie, Band III, 1992, 22.10, S. 29.

<sup>520</sup> Mittels eines DNA-Chips kann Körpermaterial auf vorhandene Mutationen untersucht werden. Ein DNA-Chip besteht aus Glas oder Silikon, auf das ein ‚Microarray‘, eine Anordnung tausender DNA-Segmente, aufgetragen wird. Wird eine Probe auf einen Chip aufgetragen, kommt es zu einer Bindungsreaktion der komplementären DNA-Sequenzen der Probe und des Chips. Der DNA-Chip weist nun über Fluoreszenz nach, welche DNA-Bruchstücke in der Probe vorhanden sind. DNA-Chips werden für unterschiedliche Anwendungsbereiche als DNA-, RNA, Protein- und Antikörperchips auf den Markt kommen, wobei eine ganze Branche mit großem Entwicklungspotenzial entstehen wird, siehe dazu Winter in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, Rn. 69 f.

<sup>521</sup> Der Einsatz dieser Technologie wird gegenwärtig auch in der Landwirtschaft, der Lebensmittelkontrolle, der Umweltforschung, der Pharmaproduktion und bei der Überprüfung genetischer Fingerabdrücke in der Forensik geprüft, siehe BT-Drucks. 14/9020, 129 m. w. N.

<sup>522</sup> Lanzerath, Der Vorstoß in die molekulare Dimension des Menschen – Möglichkeiten und Grenzen, in: Honnefelder et al., Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen, 120, 122; Bayertz, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 6 (2001), 271, 271 ff.

<sup>523</sup> Henn, medgen 2000, 341, 342.

<sup>524</sup> Lanzerath, Der Vorstoß in die molekulare Dimension des Menschen – Möglichkeiten und Grenzen, in: Honnefelder et al., Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen, 120, 122.

sondern auch, dass die erfolgreiche Entwicklung der prädiktiven Medizin dazu führen wird, dass der Einzelne immer mehr über seine zukünftigen Krankheitsperspektiven erfahren wird, vielleicht sehr viel mehr als er verkraften kann. Da sich herausstellen wird, dass jeder Mensch Gene in sich trägt, die die Entstehung von Krankheiten zumindest begünstigen können, wird davon ausgegangen, dass künftig die Grenzen zwischen „gesund“ und „krank“ nicht mehr eindeutig abgrenzbar sein werden<sup>525</sup>.

### **III. Verschiedene Untersuchungsebenen und Untersuchungsverfahren humangenetischer Tests**

Kenntnisse über die genetische Disposition eines Menschen können auf unterschiedlichen Untersuchungsebenen und mittels verschiedener Untersuchungsverfahren gewonnen werden.

Dabei lassen sich im medizinischen Kontext grob vier verschiedene Untersuchungsebenen unterscheiden<sup>526</sup>:

So kann zwischen auf das äußere Erscheinungsbild bezogenen Phänotyp-Analysen<sup>527</sup>, proteinchemischen Analysen (Genprodukt-Analysen)<sup>528</sup>, zytogenetischen Analysen (Chromosomen-Analysen) sowie DNA-Analysen unterschieden werden. Da insbesondere auf den beiden letztgenannten Untersuchungsebenen bereits eine Vielzahl neuer medizinischer Erkenntnisse gewonnen wurde und ihnen zukünftig große praktische Relevanz zukommen wird, sollen diese hier kurz näher dargestellt werden.

„Zytogenetische Untersuchungen“, auch Chromosomen-Analysen genannt<sup>529</sup>, dienen der Unter-

---

<sup>525</sup> Domdey/Heilmann, „Genomanalyse: Naturwissenschaftliche Grundlagen, Methodische Voraussetzungen und Anwendungen“, in: Simon, Jürgen (Hrsg.): Recht der Biotechnologie, Band III, 1991, 22.10, 25.

<sup>526</sup> Diese Arbeit versteht damit unter „genetischen Daten“ und „genetischen Untersuchungen“ solche im weiteren Sinne. Als genetische Informationen im weiteren Sinn gelten Daten, die sowohl aufgrund der Familienanamnese, bildgebender Verfahren oder klinisch-chemischer Untersuchungsergebnisse Rückschlüsse auf die genetische Konstitution einer Person erlauben. Genetische Untersuchungen im weiteren Sinn umfassen damit in Anlehnung an diese Definition genetischer Informationen nicht nur zytogenetische und molekulargenetische Tests, sondern auch Untersuchungen auf Genotyp- oder Phänotypebene mit dem Ziel, Informationen über das Erbgut zu erhalten.

<sup>527</sup> Eine Phänotyp-Analyse ist nur den wenigen Fällen möglich, in denen bereits die bloße Betrachtung der Person auf eine genetische Disposition schließen lässt, siehe dazu näher: Schmidtke in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.) Genmedizin und Recht, Rn. 1033 f.

<sup>528</sup> Im Rahmen derartiger Tests werden durch Untersuchung von Körper-flüssigkeiten oder zellulärer Bestandteile die dort vorhandenen Proteine und Enzymaktivitäten untersucht.

<sup>529</sup> Winter in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, Rn. 9.

suchung numerischer oder struktureller Chromosomenveränderungen<sup>530</sup>. Sie werden an teilungsfähigen Körperzellen wie z. B. Bindegewebs-, Knochenmarks- bzw. Fruchtwasserzellen oder weißen Blutkörperchen vorgenommen. Zytogenetische Untersuchungen erlauben in der Regel nur eingeschränkte Aussagen über den voraussichtlichen Ausprägungsgrad einer Erkrankung<sup>531</sup>. Zu den auf diese Weise feststellbaren numerischen oder strukturellen Chromosomenveränderungen zählen z. B. Chromosomenverluste (Monosomien), Stückaustausche (Chromosomentranslokationen) oder überzählig vorliegende Chromosomen (Trisomien). Zwar sind nicht alle Chromosomenveränderungen von medizinischer Bedeutung, einige allerdings werden mit Krankheiten oder Behinderungen assoziiert und haben einschneidende gesundheitliche Folgen für deren Träger<sup>532</sup>.

Mittels „DNA-Analysen“, die auch „molekulargenetische Untersuchungen“ genannt werden<sup>533</sup>, wird die Struktur einzelner Gene untersucht, so dass hiermit eine größere Anzahl erblich bedingter Erkrankungen als mittels zytogenetischer Untersuchungen festgestellt werden kann. Darüber hinaus ermöglichen DNA-Analysen oft eine einfachere und mitunter präzisere Diagnostik als die herkömmlichen Diagnoseinstrumente, da die Untersuchung in der Regel z. B. an einer Blutprobe durchführbar ist und die Feststellung von Krankheitsdispositionen erlaubt<sup>534</sup>. Im Rahmen dieser genetischen Tests auf DNA-Ebene kann zwischen direkten und indirekten Testverfahren differenziert werden.

Direkte Gentests können nur durchgeführt werden, wenn das für das Auftreten einer Krankheit (mit)verantwortliche gestörte Gen molekular kloniert, in seinem Aufbau (zumindest teilweise) bekannt ist und aus diesem Grund direkt untersucht werden kann<sup>535</sup>. Hierbei können mittels der

---

<sup>530</sup> Chromosomen sind aus DNA und Proteinen aufgebaute Bestandteile innerhalb des Zellkerns. Sie enthalten die Erbinformationen; ihre Anzahl und Gestalt ist jeweils artspezifisch. Jede menschliche Körperzelle enthält 23 Chromosomenpaare: 22 Paare sog. Autosomen und ein Paar Geschlechtschromosomen, siehe Schmidtke, Vererbung und Ererbtes, 17.

<sup>531</sup> Siehe zum Verfahren der Chromosomen-Analyse: Schmidtke in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, Rn. 1035 ff.

<sup>532</sup> Als Beispiel sei hier auf die Trisomie 21 verwiesen, bei der das Chromosom 21 drei- statt zweimal vorliegt und die mit körperlichen Auffälligkeiten und meist mittelgradigen Einschränkungen der geistigen Fähigkeiten zum Erscheinungsbild des Downsyndroms führt, siehe Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 260. Aufl., 2004, Stichwort: Down-Syndrom.

<sup>533</sup> Winter in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, Rn. 9.

<sup>534</sup> Siehe auch BT-Drucksache, 14/9020, 116.

<sup>535</sup> Schmidtke in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, Rn. 1045.

unterschiedlichen Techniken<sup>536</sup> Abweichungen des molekularen Bereichs eines Gens erfasst werden, wobei es sich um Einschübe (Insertionen), Stückverluste (Deletionen), oder um einen Austausch einzelner Bausteine (Punktmutationen) handeln kann. Eine derartige direkte Mutationsanalyse ist erst bei einem Teil der heute bekannten erblich bedingten Krankheiten und Krankheitsdispositionen möglich. Im Rahmen der direkten Gendiagnostik kann sich eine Risikoperson also testen lassen, ohne dass Familienangehörige davon erfahren oder sogar ebenfalls in die Genanalyse einbezogen werden müssen<sup>537</sup>.

Ist lediglich die ungefähre chromosomale Position eines für eine Krankheit (mit)verantwortlichen genetischen Defekts bekannt, diese Position selbst aber (noch) nicht identifiziert, so ist nur ein indirekter Gentest möglich<sup>538</sup>.

Die Durchführung eines indirekten Gentests ist im Gegensatz zum direkten Gentest ausschließlich durch Untersuchung mehrerer Familienmitglieder möglich, denn nur so kann abgeklärt werden, ob in der betroffenen Familie die spezifische Koppelung eines bestimmten Markerpolymorphismus mit dem gesuchten genetischen Defekt vorliegt<sup>539</sup>. Dabei ist es geboten, mit allen notwendigen Testpersonen einen humangenetischen Behandlungsvertrag abzuschließen<sup>540</sup>. Dabei müssen sich sowohl gesunde als auch betroffene Familienmitglieder einer genetischen Diagnostik unterziehen, so dass die Durchführung der indirekten Gendiagnostik nur möglich ist, wenn zumindest ein Teil des Familienverbandes entsprechend informiert ist und eine (zumindest weitestgehend) einheitliche Einstellung zur DNA-Diagnostik besteht<sup>541</sup>.

---

<sup>536</sup> Im Rahmen direkter Gentests werden kurze Abschnitte der DNA-Sequenzinformation sichtbar gemacht. Siehe zu den einzelnen dazu zur Verfügung stehenden Verfahren der DNA-Sequenzierung, der Polymerase-Kettenreaktion, des Southern-Blot-Verfahrens sowie der in der Entwicklung befindlichen DNA-Chip-Technologie: Schmidtke in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), *Genmedizin und Recht*, Rn. 1045; siehe bereits Domdey/Heilmann, „Genomanalyse: Naturwissenschaftliche Grundlagen, Methodische Voraussetzungen und Anwendungen“, in: Simon, Jürgen (Hrsg.): *Recht der Biotechnologie*, Band III, 1992, 22.10, S. 18 ff.

<sup>537</sup> Epplen/Kunstmann: *Spannungsfeld Erbkrankheiten: Beratung, Diagnostik und Therapie*, in Sass/Schröder: *Patientenaufklärung bei genetischem Risiko*, 13, 14.

<sup>538</sup> Dabei wird ein auch als Koppelungsanalyse bezeichnetes Verfahren angewandt: Über das gesamte menschliche Genom hinweg treten verstreut Sequenzabschnitte auf, in denen sich die beiden jeweils homologen Chromosomen unterscheiden. Diese Sequenzunterschiede werden Polymorphismen genannt und jeweils an der gleichen Stelle des Chromosoms weitervererbt. Treten sie in der Nähe eines Gendefektes auf, kann der Polymorphismus als genetischer Marker für den gesuchten Gendefekt genutzt werden. Siehe dazu ausführlich: Schmidtke in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), *Genmedizin und Recht*, Rn. 1047.

<sup>539</sup> Epplen/Kunstmann: *Spannungsfeld Erbkrankheiten: Beratung, Diagnostik und Therapie*, in: Sass/Schröder: *Patientenaufklärung bei genetischem Risiko*, 13, 13 f.; Schmidtke in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), *Genmedizin und Recht*, Rn. 1047.

<sup>540</sup> Regenbogen, *Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik*, *Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik*, 61 f.

<sup>541</sup> Epplen/Kunstmann, *Spannungsfeld Erbkrankheiten: Beratung, Diagnostik und Therapie*, in Sass/Schröder (Hrsg.): *Patientenaufklärung bei genetischem Risiko*, 13, 14.

Da die Durchführung eines indirekten Gentests eine zumindest größtenteils über ihre genetisch bedingte Krankheitsdisposition informierte Familie voraussetzt, die offen mit diesem Wissen umgeht, kommt es bei Krankheitsdispositionen, die nur mittels indirekter genetischer Diagnostik feststellbar sind, grundsätzlich nicht zu einer Kollision zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und den Informationsinteressen Familienangehöriger.

#### **IV. Zielsetzungen medizinischer Gentests**

Genetische Tests zu medizinischen Zwecken können unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen, die zur Verdeutlichung des weiten Anwendungsfeldes dieser Tests kurz dargestellt werden sollen. Es kann grob zwischen individuellen diagnostischen und prädiktiven Tests, genetischen Untersuchungen in der Fortpflanzungsmedizin, dem allgemeinen Bevölkerungsscreening und der pharmakogenetischen Diagnostik differenziert werden<sup>542</sup>.

Betont werden muss allerdings, dass genetische Tests zu medizinischen Zwecken in der Praxis nicht nur einem Anwendungsfeld zuzuordnen sind, sondern dass es häufig innerhalb dieser einzelnen Unterteilungen zu Überschneidungen kommt. So hat sich z. B. die pränatale Diagnostik in Deutschland aufgrund der hohen Zahl von Schwangeren, die diese in Anspruch nehmen, de facto zu einer Art Screening-Angebot entwickelt. Auch kann eine genetische Diagnostik, die bei einer Person zu differential-diagnostischen Zwecken eingesetzt wird, eine prädiktive Aussage bezüglich ihrer Verwandten machen<sup>543</sup>.

---

<sup>542</sup> Zum Teil werden genetische Tests in Anknüpfung an den Untersuchungszeitpunkt auch in präkonzeptionelle humangenetische Untersuchungen, Präimplantationsdiagnostik bzw. pränatale Diagnostik, neonatale, postnatale sowie postmortale humangenetische Tests unterteilt, siehe Bund-Länderarbeitsgruppe „Genomanalyse“, abgedr. in: Eberbach/Lange/Ronellenfisch, Recht der Gentechnik und Biomedizin, 54. Aktualisierung November 2006, Band 4, Teil II, F. Diese Unterteilung lehnt der *Berufsverband Medizinische Genetik*, allerdings als „sinnentstellend und irreführend“ ab, siehe Berufsverband Medizinische Genetik Stellungnahme des Berufsverbandes Medizinische Genetik zu dem Abschlußbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Genomanalyse“, abgedr. in: Eberbach/Lange/Ronellenfisch, Recht der Gentechnik und Biomedizin, Band 3, 54. Aktualisierung November 2006, 3. Ordner, Teil II, F.

<sup>543</sup> Siehe weitere Bsp. zu Überschneidungen der Anwendungsbereiche medizinischer Gentests: Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, *Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik*, 44; Haker, Genetische Diagnostik und die Entwicklung von Gentests, in: Honnefelder et al., *Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen*, 186, 191.

## 1. Individuelle Tests zur Diagnose eigener Krankheitsdispositionen

### a) Differential-diagnostische Gentests

Differential-diagnostische Gentests werden bei Personen durchgeführt, die bereits Anzeichen einer Erbkrankheit aufweisen.

Diese Untersuchungen können auf somatischer Ebene oder auf Keimbahnebene die herkömmlichen differential-diagnostischen Methoden ergänzen und teilweise bereits ersetzen; bei einigen Erkrankungen ist es sogar nur mittels einer DNA-Analyse möglich, deren Ursachen zu erkennen<sup>544</sup>. Differential-diagnostische Gentests stellen den größten medizinischen Anwendungsbereich genetischer Diagnostik dar, sie sind in der kurativen Medizin mittlerweile insbesondere in der Pädiatrie und Neurologie verbreitet<sup>545</sup>.

### b) Prädiktive Gentests

Ziel prädiktiver Gentests ist es, an symptomatisch Gesunden genetische Veränderungen zu identifizieren, die in Zukunft mit erhöhter oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Ausbruch einer Erkrankung führen werden. Prädiktive Gentests erweitern damit die bisherigen diagnostischen Möglichkeiten in erheblicher Weise. Aufgrund der Tatsache, dass genetische Diagnosen bereits präsymptomatisch, also u. U. Jahrzehnte vor dem organischen Krankheitsbeginn, gestellt werden können und das Motiv, eine genetische Beratung und Diagnostik in Anspruch zu nehmen, oft individuelle Sorgen, nicht aber gesundheitliche Beschwerden, sind, werden die entsprechenden Personen in der medizinischen Genetik als Klienten<sup>546</sup> oder Ratsuchende<sup>547</sup> bezeichnet.

Die prädiktive genetische Diagnostik kann grundsätzlich, sofern Genveränderungen identifiziert werden können, die nachweislich mit bestimmten Krankheiten assoziiert sind, lediglich die Wahrscheinlichkeit ausdrücken, an diesen Krankheiten zu erkranken, sie kann also keine bereits feststehenden Ergebnisse liefern, ob, bzw. wann und mit welchem Schweregrad die Krankheit auftreten wird<sup>548</sup>.

---

<sup>544</sup> BT-Drucks. 14/9020, 120 m. w. N.

<sup>545</sup> Siehe zu Beispielen differential-diagnostischer humangenetischer Untersuchungen: Schroeder-Kurth, *medgen* 2000, 466, 466.

<sup>546</sup> Wolff, *Ethik in der Medizin* 1989, 184, 190.

<sup>547</sup> So z. B. Berufsverband Medizinische Genetik, *Leitlinien zur Genetischen Beratung*, abgedr. in: Deutsche Gesellschaft für Humangenetik / Berufsverband Medizinische Genetik, *Medizinische Genetik, Richtlinien und Stellungnahmen*, 7. Aufl., 2001, 56 f.; Henn, *Zeitschrift med Ethik* 48 (2002), 341, 345.

<sup>548</sup> So entwickeln z. B. 3-5 % der reinerbigen Träger des Mukoviszidose-Gens keine Krankheitssymptome, siehe Feuerstein/Kollek, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2001, 27.

Prädiktive Gentests können nach ihrer unterschiedlichen Aussagekraft in prädiktiv-deterministische und prädiktiv-probabilistische Tests unterteilt werden<sup>549</sup>.

Prädiktiv-deterministische Gentests<sup>550</sup> identifizieren Genveränderungen, die noch nicht zu Krankheitssymptomen geführt haben, aber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit später zum Auftreten einer Krankheit führen werden. Dies ist z. B. bei molekulargenetischen Tests auf Veranlagung zu Chorea Huntington<sup>551</sup> der Fall. Prädiktiv-deterministische Gentests sind allerdings nur bei wenigen Krankheiten möglich, so dass ihre hohe Aussagekraft einen untypischen Sonderfall der prädiktiven genetischen Diagnostik darstellt, anhand dessen deren Komplexität und das ihr innewohnende Risikopotenzial nicht adäquat verdeutlicht werden können<sup>552</sup>.

Tests, die eine individuelle Prognose über die mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit des späteren Ausbruchs einer erblich bedingten Krankheit ermöglichen, werden prädiktiv-probabilistische Tests genannt. Um wieviel Prozent das individuelle Erkrankungsrisiko der Testperson gegenüber der Durchschnittsbevölkerung erhöht ist, wird auch dadurch beeinflusst, welchen Einfluss das Vorliegen der Mutation auf den Ausbruch der Krankheit hat<sup>553</sup>. So kommt die überwiegende Zahl von Krankheiten durch multifaktorielle Krankheitsursachen, durch ein Zusammenwirken mehrerer Gene mit Umweltfaktoren zum Ausbruch. Nur wenige der bislang bekannten Krankheiten werden ausschließlich oder vorwiegend durch genetische Störungen hervorgerufen, bei diesen Krankheiten spricht man von monogenen bzw. polygenen Krankheiten<sup>554</sup>.

---

<sup>549</sup> Siehe zur unterschiedlichen Aussagekraft genetischer Tests auch: Bartram et al., Humangenetische Diagnostik, 38 ff.

<sup>550</sup> Prädiktiv-deterministische Gentests werden auch als präsymptomatische genetische Diagnostik bezeichnet, siehe Schroeder-Kurth, medgen 2000, 331, 332.

<sup>551</sup> Chorea Huntington, umgangssprachlich auch als „Veitstanz“ bezeichnet, ist eine bislang nicht kausal behandelbare, autosomal-dominant vererbte Nervenkrankheit. Der Krankheitsausbruch setzt meist zwischen dem 40. und 50. Lebensjahr ein und führt zunächst zu Sprach- sowie Bewegungsstörungen, später zum Abbau geistiger Fähigkeiten und endet ca. 15-20 Jahre nach dem Krankheitsausbruch mit dem Tod des Erkrankten. Seit 1993 ist das krankheitsauslösende Gen mittels direkter genetischer Diagnostik nachweisbar; der Träger dieses Gens weist eine Erkrankungswahrscheinlichkeit von fast 100 % auf, Psychembel – Klinisches Wörterbuch, 260. Aufl., 2004, Stichwort: Chorea Huntington; Bartram et al., Humangenetische Diagnostik, 39 ff.

<sup>552</sup> Regenbogen/Henn, MedR 2003, 152, 153.

<sup>553</sup> Siehe hierzu auch: Bartram et al., Humangenetische Diagnostik, 55 ff.

<sup>554</sup> Domdey/Heilmann, „Genomanalyse: Naturwissenschaftliche Grundlagen, Methodische Voraussetzungen und Anwendungen“, in: Simon, Jürgen (Hrsg.): Recht der Biotechnologie, Band III, 1991, 22.10, S. 12; BT-Drucks. 14/9020, 121. Häufig auftretende monogene Krankheiten sind z. B. der familiär bedingte Brust- und Darmkrebs sowie bestimmte Formen von Morbus Alzheimer, siehe Schmidte, Gentests. Entwicklung, Leistungsfähigkeit, Interpretation, in: Honnefelder et al., Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen, 169, 170; Lautenschläger/Kurz/Müller, Nervenarzt 1999, 195, 195 ff.

## **2. Humangenetische Diagnostik in der Fortpflanzungsmedizin**

Im Rahmen humangenetischer Tests im Bereich der Fortpflanzungsmedizin ist zwischen der präkonzeptionellen bzw. pränatalen Diagnostik sowie der Präimplantationsdiagnostik zu differenzieren.

### **a) Präkonzeptionelle Diagnostik**

Im Rahmen präkonzeptioneller Diagnostik werden vor dem Eintritt einer Schwangerschaft genetische Untersuchungen an potentiellen Eltern durchgeführt. Diese Untersuchungen sollen klären, ob diese Träger eines bestimmten rezessiven, heterozygot (mischerbig) auftretenden Erbleidens oder einer balancierten familiären Chromosomenanomalie<sup>555</sup> sind. Da es bei der so bestimmten genetischen Disposition aufgrund der Rezessivität des Gens erst bei den Nachkommen der Getesteten zu einer Erkrankung kommen kann, soll auf diese Weise festgestellt werden, ob potentielle Kinder der Testperson ein erhöhtes Erkrankungsrisiko tragen. Die präkonzeptionelle Diagnostik ermöglicht es potentiellen Eltern, die Entscheidung für oder gegen eine Schwangerschaft ohne emotionalen oder zeitlichen Druck zu treffen, was bei einer pränatalen Diagnostik nicht mehr der Fall ist<sup>556</sup>.

### **b) Pränatale Diagnostik**

Genetische Untersuchungen mit medizinischer Zielsetzung sind bei Einwilligung der Schwangeren bereits im pränatalen Stadium möglich<sup>557</sup>.

Im Rahmen der pränatalen Diagnostik wird das zu erwartende Kind vorgeburtlich auf chromosomale Auffälligkeiten und spezifische genetische Einzelgenveränderungen untersucht, aus denen Rückschlüsse auf mögliche Behinderungen oder Erkrankungen abgeleitet werden können, wobei zwischen invasiven und nichtinvasiven Diagnoseverfahren differenziert werden kann.

Im Rahmen invasiver Pränataldiagnostik wird durch einen körperlichen Eingriff Gewebematerial des Fötus gewonnen. Diese Art der Diagnostik ist daher immer mit gesundheitlichen Risiken

---

<sup>555</sup> Eine balancierte familiäre Chromosomenanomalie liegt z. B. bei der familiären Form des Down-Syndroms vor.

<sup>556</sup> Bundesärztekammer, Memorandum: Genetisches Screening, DÄBl 1992, B-1433, 1435.

<sup>557</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 791.

sowohl für die Schwangere als auch für den Fötus verbunden<sup>558</sup>. Invasiv wirkende pränatale Diagnostik wird hauptsächlich mittels Chorionzottenbiopsie<sup>559</sup> und Amniozentese<sup>560</sup> durchgeführt.

Nichtinvasive Verfahren pränataler Diagnostik können mittels bildgebender oder indirekter Methoden Aufschluss über genetisch bedingte Erkrankungen des werdenden Kindes geben. Zu ihnen gehören z. B. Ultraschalluntersuchungen sowie der sog. Triple-Test<sup>561</sup>.

### c) Präimplantationsdiagnostik

Die Präimplantationsdiagnostik (PID) ermöglicht durch Durchführung eines Gentests vor dem intrauterinen Transfer in die Gebärmutter eine genetische Diagnostik im Rahmen einer In-vitro-Fertilisation<sup>562</sup> und dient dazu, einen Embryo in vitro, der eine nicht gewünschte genetische Disposition aufweist, zu identifizieren, um gegebenenfalls einen anderen, nicht betroffenen Embryo in vitro in die Gebärmutter zu verpflanzen<sup>563</sup>.

---

<sup>558</sup> Für die Schwangere besteht bei einer invasiven Pränataldiagnostik das Risiko des Auftretens von Blutungen, wehenartiger Schmerzen und Infektionen; für den Fötus bestehen Verletzungsrisiken. Darüber hinaus besteht ein eingriffsbedingtes Fehlgeburtsrisiko, das 0, 5 % bei der Amniozentese und 2 bis 4 % bei der Chorionbiopsie beträgt.

<sup>559</sup> Mittels Chorionzottenbiopsie lassen sich genetisch bedingte Krankheiten wie z. B. Mukoviszidose oder die Bluterkrankheit diagnostizieren. Hierzu wird der Schwangeren zwischen der 9. und 12. Schwangerschaftswoche Choriongewebe entnommen, das mikroskopisch, biochemisch oder molekulargenetisch auf numerische oder strukturelle Chromosomenveränderungen untersucht wird, siehe Schmidtke, Vererbung und Ererbtes, 197.

<sup>560</sup> Eine Amniozentese kann zwischen der 15. und 17. Schwangerschaftswoche vorgenommen werden. Dabei wird der Gebärmutterhöhle mittels Punktion Fruchtwasser entnommen und hieraus fetale Zellen gewonnen. Diese werden nach der Entnahme kultiviert und können anschließend biochemisch, zytogenetisch und molekulargenetisch untersucht werden, siehe dazu auch BT-Drucks. 14/9020, 124 m. w. N.

<sup>561</sup> Im Rahmen eines Triple-Tests wird der Schwangeren zwischen der 6. und 8. Schwangerschaftswoche Blut entnommen. Dieser Test ist kein Diagnoseinstrument, sondern dient lediglich der Risikospezifizierung und beruht auf der Beobachtung, dass bestimmte Eiweiße im Blut Schwangerer, deren Föten Chromosomenanomalien aufweisen, gegenüber dem von Schwangeren, deren Feten einen normalen Chromosomenbefund aufweisen, verändert sind. Ein Triple-Test wird mittlerweile bei 25 % bis 50 % aller Schwangerschaften vorgenommen, siehe weiterführend: BT-Drucks. 14/9020, 123 f. m. w. N.

<sup>562</sup> Streng genommen bezeichnet der Begriff der in-vitro-Fertilisation als wesentlichster Bestandteil der unterschiedlichen Verfahren der assistierten Reproduktion nur die Zusammenführung von Ei und Spermienzelle außerhalb des Körpers in einem Reagenzglas, in dem der eigentliche Befruchtungsvorgang und gegebenenfalls die ersten Zellteilungen stattfinden, siehe Pschyrembel – Klinisches Wörterbuch, 260. Aufl., 2004, Stichwort: In-vitro-Fertilisation.

<sup>563</sup> Siehe zu dem juristischen Themenkreis umfassend: Böcher, Präimplantations-diagnostik und Embryonenschutz.

Die PID an totipotenten Zellen i. S. d. § 8 I ESchG, deren Zielsetzung es ist, den Embryo in vitro bei einem pathologischen Testergebnisses verwerfen zu können, verstößt in Deutschland (bislang) gegen § 2 I ESchG<sup>564</sup>.

Darüber hinaus wird das Verwerfen eines Embryos in vitro aufgrund seiner genetischen Disposition teilweise als Verstoß gegen die Menschenwürde betrachtet und auf moralischer Ebene als unzulässige eugenische Selektion abgelehnt<sup>565</sup>.

Erfahrungen in den Ländern, die die Anwendung der PID erlauben<sup>566</sup>, zeigen, dass die PID dort teilweise als Screening-Methode für chromosomale Auffälligkeiten bei der In-vitro-Fertilisation eingesetzt wird. Darüber hinaus kam es in einigen dieser Länder bereits durch PID zur Geschlechtswahl des Embryos in vitro sowie zur Zeugung eines solchen, der erkrankten Geschwistern als Gewebespende dienen sollte<sup>567</sup>.

Allerdings ist trotz des Gewichtes aller gegen die Zulässigkeit der PID sprechenden Argumente u. a.<sup>568</sup> zu bedenken, dass deren Verbot einen Wertungswiderspruch zur Tatsache darstellt, dass ein Embryo, nachdem eine Pränataldiagnostik eine als nachteilig empfundene genetische Disposition ergeben hat, abgetrieben werden darf, eine frühzeitige Diagnose dieser Disposition durch Durchführung einer PID aber verwehrt ist<sup>569</sup>.

### 3. Genetische Reihenuntersuchungen (Screenings)

Im Gegensatz zur bisher beschriebenen individuellen humangenetischen Diagnostik geht die Initiative zur Durchführung eines Gentests bei genetischen Reihenuntersuchungen, den sog. Screenings, nicht vom Einzelnen, sondern vom Gesundheitssystem aus.

Dabei kann zwischen den „Neugeborenen-Screenings“ und den „Heterozygoten-Screenings“ unterschieden werden.

---

<sup>564</sup> Keller, Embryonenschutzgesetz. § 2, Rn. 54 ff.; siehe aber auch: Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht e. V., Einbecker Empfehlungen zu Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, MedR 2005, 117 f.; siehe zu Novellierungsvorhaben: BT-Drucks. 15/1234.

<sup>565</sup> Laufs, NJW 2000, 2716, 2717.

<sup>566</sup> In Europa erlauben derzeit u. a. Großbritannien und die Niederlande die Anwendung der PID.

<sup>567</sup> BT-Drucks. 14/9020, 114 m. w. N.

<sup>568</sup> Darüber hinaus kann es für von einem genetischen Erkrankungsrisiko betroffene Paare äußerst belastend sein, dass ihnen eine frühzeitige Krankheitsdiagnose mittels Durchführung einer PID verwehrt ist und sie dadurch „zunächst“ bewusst eine Hochrisikoschwangerschaft mit der Möglichkeit eines späteren Schwangerschaftsabbruches nach Pränataldiagnostik eingehen müssen, siehe Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 38.

<sup>569</sup> Maunz/Dürig (Di Fabio), Kommentar zum Grundgesetz, Band I, Art. 1-5 GG, Art. 2 II GG, Rn. 31 m. w. N. (Ergänzungslieferung Februar 2004); aA Giewer, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 109 ff.

Neugeborenen-Screenings anhand eines der Ferse des Neugeborenen entnommenen Blutstropfens gehören seit längerem zum medizinischen Standard. Dabei werden Neugeborene kurz nach der Geburt im Krankenhaus auf bestimmte Erbkrankheiten wie z. B. Phenylketonurie<sup>570</sup> untersucht, sofern bezüglich der jeweiligen Krankheit bestimmte Voraussetzungen, die sog. Screening-Kriterien, erfüllt sind.

Wichtigste dieser Voraussetzungen sind die Therapierbarkeit sowie die Vermeidung irreversibler Schäden durch frühzeitige Erkennung der Krankheit<sup>571</sup>.

Derartige Reihenuntersuchungen sind bislang auf wenige, relativ häufig auftretende Erbkrankheiten beschränkt. Lediglich in den Fällen, in denen es aufgrund der Krankengeschichte der Eltern Anhaltspunkte für bestimmte genetische Krankheitsdispositionen gibt, werden am Neugeborenen weitere Genanalysen vorgenommen.

Das Neugeborenen-Screening bringt zwar zum einen große therapeutische Vorteile mit sich, zum anderen bestehen bezüglich der Anwendung dieses Verfahrens gerade in letzter Zeit bislang offene Rechtsfragen, die an dieser Stelle lediglich angedeutet werden können:

Ungeklärt ist gegenwärtig die rechtliche Beurteilung der Tandem-Massenspektrometrie (TMS), die die gleichzeitige Analyse von 34 verschiedener Stoffwechselerkrankungen ermöglicht und mittels derer bereits zum jetzigen Zeitpunkt ein Großteil der Neugeborenen untersucht wird. Da bislang erst ein Teil der auf diese Weise analysierbaren Erkrankungen therapierbar ist, ist der individuelle Nutzen derartigen Wissens äußerst zweifelhaft<sup>572</sup>. Problematisch ist darüber hinaus auch die Archivierung der Restblutproben, die Material für potentielle Gendateien liefern können<sup>573</sup>.

---

<sup>570</sup> Phenylketonurie ist eine genetisch bedingte Stoffwechselerkrankung, bei der es zu keinem vollständigen Abbau der Aminosäure Phenylalanin kommt. Hierdurch können schwere geistige Entwicklungsstörungen entstehen, allerdings kann der Krankheitsausbruch durch eine spezielle Diät verhindert werden, siehe Pschyrembel – Klinisches Wörterbuch, 260. Aufl., 2004, Stichwort: Phenylketonurie.

<sup>571</sup> Weitere Screening-Kriterien sind u. a., dass die Krankheit nicht durch klinische Symptome des Neugeborenen erkennbar ist, dass sie nicht zu selten ist und ein wesentliches gesundheitliches Problem für den Betroffenen oder die Gesellschaft darstellt, siehe dazu Schimmelpfeng-Schütte, MedR 2003, 214, 214 f.

<sup>572</sup> Schimmelpfeng-Schütte, MedR 2003, 214, 215 f.

<sup>573</sup> Nach Vornahme eines Neugeborenen-Screenings verbleibt im untersuchenden Labor eine sog. Restblutprobe, da die entnommene Blutprobe für die Durchführung genetischer Tests nicht vollständig verbraucht wird.

Da in Deutschland seit den 60er Jahren Neugeborenen-Screenings vorgenommen werden, und mittlerweile ca. 98 % der Neugeborenen derart untersucht werden, gibt es von einem Großteil der ab den 60er Jahren in Deutschland geborenen Bevölkerung Restblutproben. Noch Jahre nach der Blutentnahme können aus den Restblutproben die genetischen Daten des Einzelnen ermittelt werden, so dass diese Restblutproben potentielles Material für den Aufbau einer Gendatei sind. Siehe dazu Ronellenfitsch, NJW 2006, 321, 324 f.; siehe zu dem hieraus resultierenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf: Schimmelpfeng-Schütte, MedR 2003, 214, 217 m. w. N.; umfassend zur Thematik auch: Höfling/Dohmen, MedR 2005, 328, 328 ff.

Bei Erwachsenen kann die Durchführung eines Screening-Verfahrens ebenfalls grundsätzlich sinnvoll sein<sup>574</sup>. Derartige Reihenuntersuchungen werden in etlichen Ländern, z. B. in Australien, Israel, und den USA seit längerem durchgeführt und werden dort präkonzeptionell oder bei Schwangerschaften angeboten. Im Rahmen derartiger „Heterozygotenscreenings“ wird die Gesamtbevölkerung oder werden einzelne Bevölkerungsgruppen, die gegenüber der Gesamtbevölkerung ein statistisch erhöhtes Risiko einer nachteiligen genetischen Disposition in sich tragen, auf genetische Defekte untersucht, um bestimmte Krankheiten prädiktiv zu erkennen bzw. um heterozygote Anlageträger zu identifizieren<sup>575</sup>.

Derartige Screenings können großen individuellen Nutzen aufweisen, können aber bei bestimmten Bevölkerungsgruppen, wie z. B. Afroamerikanern in den USA<sup>576</sup> oder Ashkenazim-Juden<sup>577</sup>, zu erneuter Rassendiskriminierung verleiten, da gerade genetische Krankheiten unabhängig von der Tatsache, dass die Träger der jeweiligen genetischen Disposition keinerlei Einfluss auf sie haben, Vorurteile und Ablehnung begünstigen.

In Deutschland ist bislang kein Heterozygoten-Screening eingeführt<sup>578</sup>, da zum einen ihre medizinethische Vertretbarkeit kontrovers beurteilt wird, zum anderen weder eine Gewähr für die Einhaltung rechtlicher Rahmenbedingungen noch für die Qualitätssicherung bei ihrer Durchführung besteht<sup>579</sup>.

---

<sup>574</sup> So kann bei asymptomatischen Erwachsenen die Durchführung von Screenings der Prävention der Eisenspeicherkrankheit dienen: Diese bleibt lange Zeit unbemerkt, kann aber bereits zu dieser Zeit die Leber schädigen. Die Krankheit lässt sich durch Aderlässe erfolgreich therapieren, siehe Schroeder-Kurth, Zeitschrift für med Ethik 48 (2002), 329, 333.

<sup>575</sup> Diese dienen dem Nachweis der Anlageträgerschaft für ein bestimmtes rezessives, heterozygot (mischerbig) auftretendes Gen. Aufgrund der Rezessivität kann es erst bei den Nachkommen der Getesteten zu einer Erkrankung kommen, siehe Schmidtke, Gentests. Entwicklung, Leistungsfähigkeit, Interpretation, in: Honnefelder et al., Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen, 169, 173.

<sup>576</sup> Bei Afroamerikanern erfolgt ein Heterozygoten-Screening auf Sichelzellenanämie, siehe Schmidtke, Vererbung und Ererbtes, 247.

<sup>577</sup> Bei dieser Bevölkerungsgruppe wird ein Heterozygoten-Screening auf die Tay-Sachs-Krankheit durchgeführt, siehe Schmidtke, Vererbung und Ererbtes, 247.

<sup>578</sup> Siehe allerdings zu einem als Modellversuch der Kaufmännischen Krankenkasse Hannover (KKH) und der Medizinischen Hochschule Hannover (MHH) durchgeführten Screening auf Hämochromatose: BT-Drucks. 14/9020, 125 f.; Steindor, Gen-ethischer Informationsdienst Nr. 168 (Febr./März 2005), 12 ff. m. w. N.

<sup>579</sup> Henn, Ethik in der Medizin 1998, 128, 131.

#### **4. Pharmakogenetische Diagnostik**

Ein zukünftiges Anwendungsfeld genetischer Tests mit gesundheitlichem Bezug kann die Pharmakogenetische Diagnostik darstellen<sup>580</sup>, deren Entwicklung aus der Tatsache resultiert, dass Patienten u. a. aufgrund genetischer Faktoren unterschiedlich auf pharmazeutische Wirkstoffe reagieren.

Hauptziel pharmakogenetischer Diagnostik ist es daher, durch Anpassung an die spezifische genetische Disposition des jeweiligen Patienten die individuelle Sicherheit und Wirksamkeit von Arzneimitteln zu erhöhen, die Dosierung von Medikamenten möglichst individuell anzupassen, unerwünschte Nebenwirkungen zu vermeiden und die Aktivität von Medikamenten im Organismus besser steuern zu können<sup>581</sup>.

Derzeit ist allerdings aus verschiedenen Gründen unsicher, ob es überhaupt gelingen wird, Medikamente auf pharmakogenetischer Grundlage zu entwickeln<sup>582</sup>.

---

<sup>580</sup> Siehe dazu auch Ganten/Ruckpaul in: Raem et al.: Gen-Medizin, 12 f.

<sup>581</sup> Bayertz et al., Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 6 (2001), 271, 287 ff.

<sup>582</sup> Beckmann, Pharmakogenomik und Pharmakogenetik: Ethische Fragen, in: Honnefelder et al., Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen, 348, 358 m. w. N.

## **B. Ärztliche Informationsrechte**

Die vorstehende Einführung in die Praxis und die Möglichkeiten genetischer Untersuchungen sollte die rechtliche Relevanz der Einbindung Drittbetroffener deutlich gemacht haben, namentlich bei Störungen der innerfamiliären Kommunikation.

Informiert der Risikoträger seine potentiell von einer nachteiligen genetischen Disposition betroffenen Blutsverwandten nicht selbst, können dem Arzt trotz seiner Pflicht zur Verschwiegenheit gegenüber diesem Personenkreis Informationsrechte aufgrund einer Einwilligung des Patienten sowie aus § 34 StGB zustehen.

### **I. Informationsrecht aufgrund wirksamer Einwilligung**

#### **1. Ausdrückliche und konkludente Einwilligung der Testperson**

Ein Recht des Arztes, Drittbetroffene über die Veranlagung ihres getesteten Blutsverwandten zu informieren, kann sich zunächst aus dessen ausdrücklicher<sup>583</sup> oder konkludenter Einwilligung<sup>584</sup> ergeben.

Auch wenn eine ärztliche Information Drittbetroffener aufgrund einer Einwilligung in jedem Stadium des humangenetischen Behandlungsverhältnisses möglich ist, wird vielfach, insbesondere bei letal verlaufenden Krankheiten wie z. B. Chorea Huntington, für deren Einbindung in die genetische Beratung bereits vor der Entscheidung über die Durchführung eines Gentests plädiert<sup>585</sup>.

Es wird daher versucht, durch Einwilligung des Patienten/Klienten eine Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht herbeizuführen<sup>586</sup>, um im Rahmen eines familienorientierten human-

---

<sup>583</sup> Siehe zu den allgemeinen Voraussetzungen einer ausdrücklichen Einwilligung bereits unter Teil 2, 1. Kap., A. I. 1.

<sup>584</sup> Siehe zu den allgemeinen Voraussetzungen einer konkludenten Einwilligung bereits unter Teil 2, 1. Kap., A. I. 2.

<sup>585</sup> Retzlaff et al., Psychotherapeut 2001, 36, 38 m. w. N.; Schroeder-Kurth, Ethik in der Medizin 1989, 195, 195 ff.; Beckmann et al., DÄBl 1997, A-161, 161 ff.

<sup>586</sup> Da nicht nur das Ergebnis einer genetischen Untersuchung, sondern bereits das Bestehen eines Behandlungsverhältnisses in Form einer genetischen Beratung unter ärztlicher Leitung von der ärztlichen Schweigepflicht umfasst ist, darf der Arzt in keinem Stadium der humangenetischen Beratung, also auch bereits vor Durchführung einer genetischen Diagnostik, eigenständig an potentiell ebenfalls Betroffene herantreten und diesen eine Teilnahme an der genetischen Beratung anbieten. Eine derartige Vorgehensweise würde darüber hinaus auch gegen das Prinzip der Nichtaktivität der genetischen Beratung verstoßen, siehe hierzu Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 121 f.

genetischen Beratungsgesprächs mit dem Patienten/Klienten und seinen Angehörigen u. a. die möglichen Auswirkungen eines positiven bzw. negativen Befundes zu reflektieren. Darüber hinaus soll sich die Familie mit Hilfe des humangenetischen Beraters gemeinsam verdeutlichen, welche Verhaltensmuster und Bewältigungsformen den bisherigen Umgang der Familie mit der genetisch bedingten Krankheit bestimmt haben. Auch soll herausgefunden werden, welche „Ressourcen“ und belastenden Umstände in der Familie sowie ihrem sozialen Umfeld bestehen und wie mit ihnen umgegangen werden kann<sup>587</sup>.

Da die Kenntnis eigener genetischer Belastungen zum einen oft mit irrationalen Schuldgefühlen belegt ist<sup>588</sup>, zum anderen bei genetisch bedingten Krankheiten seitens der potentiell betroffenen Verwandten häufig die meist unausgesprochene Frage nach der Ursache der Mutation und damit dem ethisch relevanten Aspekt der „Schuld“ an der familiären Erkrankung entsteht<sup>589</sup>, kann die familienorientierte genetische Beratung für die (potentielle) Testperson psychisch deutlich weniger belastend sein als ein direktes Gespräch mit Drittbetroffenen.

In diesem direkten ärztlichen Gespräch mit dem Betroffenen und seinen Angehörigen kann nämlich darauf hingewiesen werden, dass genetische Erkrankungsdispositionen vielfältige Ursachen haben können, so dass der die Mutation auslösende Faktor kaum mit Sicherheit bestimmt werden kann<sup>590</sup>.

Indem durch eine derartige Beteiligung Drittbetroffener an der genetischen Beratung bereits vor Durchführung eines genetischen Tests familiären Konflikten<sup>591</sup> oft vorgebeugt werden kann, kann der familienorientierten genetischen Beratung die Aufgabe einer Mediation zukommen<sup>592</sup>.

---

<sup>587</sup> Siehe zur familienorientierten genetischen Beratung am Bsp. der Chorea Huntington: Retzlaff et al., Psychotherapeut 2001, 36, 38. Die Autoren betonen dabei, dass sie in der Beratungspraxis die Erfahrung gemacht haben, dass Personen, die die Vornahme eines Gentests in Erwägung gezogen hatten, dieses Gesprächsangebot als sehr positiv empfanden. Viele dieser potentiellen Testpersonen hatten sich wegen der psychischen Anspannung bezüglich des Testergebnisses nur partiell mit dessen Auswirkung beschäftigt und z. B. den Umgang mit dem Wissen gegenüber Familienangehörigen bislang nur teilweise durchdacht, siehe Retzlaff et al., Psychotherapeut 2001, 36, 38.

<sup>588</sup> Henn, Zeitschrift für med Ethik 48 (2002), 341, 347; Retzlaff et al., Psychotherapeut 2001, 36, 40.

<sup>589</sup> Dörries, Zeitschrift für med Ethik 48 (2002), 355, 358.

<sup>590</sup> Mutationen können z. B. durch Röntgen- oder UV-Strahlung, Nikotin- und Alkoholgenuß oder die Einnahme von Medikamenten ausgelöst werden.

<sup>591</sup> Innerfamiliäre Spannungen können auch aufgrund der Tatsache entstehen, dass das Testergebnis einer Person auch die genetische Disposition anderer Familienmitglieder offenbaren kann, die diese aber auf keinen Fall erfahren wollen. Auch diese Konflikte können bei einer gemeinsamen familiären Entscheidung für oder gegen die Vornahme eines Gentests im Rahmen der familienorientierten genetischen Beratung vermindert werden, siehe zum Konflikt zwischen den Persönlichkeitsrechten der beteiligten Personen auch: Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 261 ff.

<sup>592</sup> Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 263 m. w. N.

## **2. Mutmaßliche Einwilligung der verstorbenen Testperson**

Sofern Angehörige, insbesondere die Nachkommen eines verstorbenen Patienten, Einzelheiten über dessen und damit u. U. auch über ihre eigene genetische Konstitution erfahren wollen, ist das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung diskutabel.

Dem *OVG Lüneburg* zufolge sollen Kinder zumindest nicht aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung<sup>593</sup> berechtigt sein, Kenntnis der in der Todesbescheinigung genannten Erkrankungen und Todesursachen eines Elternteils zu erlangen, dessen Disposition sie möglicherweise geerbt haben. Das Gericht ist der Auffassung, die Tatsache, dass das Elternteil das Kind nicht zu Lebzeiten näher über seine Krankheiten aufgeklärt habe, sei ein gegen eine mutmaßliche Einwilligung sprechendes Indiz<sup>594</sup>.

Darüber hinaus wird die Einsichtnahme in die Todesbescheinigung selten geeignet sein, Einzelheiten über die genetische Disposition des Verstorbenen zu erfahren, da die Untersuchung nach eingetretenem Tod grundsätzlich, sofern nicht ausnahmsweise eine Obduktion erfolgt, nur äußerlich und mit geringerer Intensität als an einem Lebenden erfolgt.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang auch, dass hinterbliebenen Angehörigen andere Wege offen stehen, um einer optimalen Gesundheitsvorsorge Rechnung zu tragen, da diese ihre genetische Disposition in den meisten Fällen mittels eines direkten Gentests eigenständig untersuchen lassen können. Darüber hinaus können sie den Arzt des Verstorbenen bitten, sie auf dessen Krankheiten hin zu untersuchen.

## **II. Informationsrecht gem. § 34 StGB**

Schwerwiegende Interessenkollisionen rechtlicher und ethischer Art treten auf, sofern keine wirksame Einwilligung des Patienten vorliegt und die Testperson trotz dringenden ärztlichen Rates potentielle Risikopersonen wegen innerfamiliärer Konflikte oder aus anderen Gründen nicht informiert<sup>595</sup>.

Hier ist fraglich, ob der Arzt gem. § 34 StGB gerechtfertigt sein kann, wenn er Blutsverwandte seines eine nachteilige Disposition aufweisenden Patienten/Klienten über ihre potentiell ebenfalls

---

<sup>593</sup> Behandelt der die Untersuchung vornehmende Arzt gleichzeitig den eine Auskunft begehrenden Nachkommen des Verstorbenen, so können sich allerdings unter bestimmten Umständen entsprechende Auskunftsansprüche aus dem Behandlungsvertrag ergeben, siehe dazu unter Teil 2, 2. Kap. C) I.

<sup>594</sup> OVG Lüneburg, NJW 1997, 2468, 2469.

<sup>595</sup> Siehe dazu auch Höwer et al., *Der Onkologe* 2001, 185, 188.

nachteilige genetische Veranlagung informiert, oder ob er zur Wahrung seiner Schweigepflicht verpflichtet ist.

### **1. Fehlen spezialgesetzlicher Normen**

Eine spezialgesetzliche Regelung, die den Konflikt zwischen der ärztlichen Schweigepflicht bezüglich humangenetischer Daten und den mit ihr widerstreitenden Interessen potentiell Drittbetroffener abschließend regelt und damit einen Rückgriff auf den Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB ausschließen würde, besteht bislang nicht.

Obwohl sowohl auf politischer Ebene als auch professioneller Ebene<sup>596</sup> grundsätzlich Konsens besteht, dass insbesondere im Bereich prädiktiver Gentests entsprechender Regelungsbedarf besteht und sich verschiedene Gremien mit der rechtlichen Problematik dieser Materie befassten, gibt es in Deutschland bislang keine entsprechende Normierung<sup>597</sup>.

So klammerte das 1990 erlassene Gentechnikgesetz die Anwendung gentechnischer Methoden am Menschen bewusst aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes aus<sup>598</sup> und normiert lediglich die Anwendung derartiger Verfahren an Pflanzen, Tieren und Mikroorganismen sowie die Sicherheitsanforderungen im Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen in Laboren und Produktionsstätten.

Auch das ebenfalls 1990 erlassene Embryonenschutzgesetz beinhaltet keine entsprechende spezialgesetzliche Regelung, sondern regelt vorrangig Fragen der künstlichen Befruchtung, des Klonens von Embryonen und der Chimären- und Hybridbildung.

Durch europarechtliche Normen erhielt bislang lediglich das Produktrecht für humangenetische Tests durch die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 10. 1998 über in-vitro-Diagnostik (IVD-Richtlinie)<sup>599</sup> grundlegende Vorgaben für eine Transformation in nationales Recht, nicht aber die hier in Rede stehende Thematik.

---

<sup>596</sup> Siehe zum seitens der Fachvertreter diagnostizierten Regelungsbedarf z. B. Schmidkte, Wo stehen wir mit der Gendiagnostik heute? Zum Leistungsstand der Humangenetik, in: Dierks et al. (Hrsg.), Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, 25 ff., 31 ff.

<sup>597</sup> Siehe dazu: Damm, MedR 2004, 1, 2 ff.

<sup>598</sup> Dazu wird von professioneller Seite angemerkt: „Offenbar konnte und wollte der Gesetzgeber keine zu detaillierten Regelungen für die Anwendung von gentechnischen Organismen am Menschen schaffen“, so Winter, Rechtliche Rahmenbedingungen der Genmedizin, in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.): Genmedizin und Recht, Rn. 122.

<sup>599</sup> Richtlinie 98/79/EG, ABL Nr. L 331, 7. 12. 1998; siehe dazu auch: Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 47 f.

## 2. Merkmale des Rechtfertigungsgrundes

Da der Rückgriff auf den Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB nicht durch spezialgesetzliche Regelungen ausgeschlossen ist, könnte der einen Drittbetroffenen unter Verletzung seiner Schweigepflicht auf dessen möglicherweise nachteilige genetische Disposition hinweisende Arzt gem. § 34 StGB gerechtfertigt sein.

### a) Gegenwärtige Gefahr

Das potentielle Vorliegen einer nachteiligen genetischen Disposition kann verschiedene Rechtsgüter Betroffener tangieren, wobei zumindest eines der betroffenen Rechtsgüter einer gegenwärtigen Gefahr i. S. d. § 34 StGB ausgesetzt sein müsste, um eine die ärztliche Schweigepflicht verletzende Information Drittbetroffener durch den Arzt zu rechtfertigen.

Das Vorliegen einer krankheitsrelevanten genetischen Disposition kann zum einen das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 2. Alt. GG<sup>600</sup> und unter Umständen sogar jenes auf Leben gem. Art. 2 II 1 1. Alt. GG des Betroffenen gefährden. Zum anderen kann das Vorliegen einer pathologischen genetischen Disposition, die der Betroffene nicht kennt, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form des Rechts auf Wissen tangieren<sup>601</sup>.

Besteht die Möglichkeit, dass ein Verwandter des Patienten/Klienten eine krankheitsrelevante genetische Disposition aufweist, so ist allerdings fraglich, ob bereits bei einem gegenüber dem Bevölkerungsdurchschnitt nur geringfügig erhöhten Risiko eines Krankheitseintritts vom Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr gesprochen werden kann.

---

<sup>600</sup> Siehe zum Verhältnis des Begriffes der körperlichen Unversehrtheit und jenem der Gesundheit: von Münch/Kunig, (Kunig), Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., 2000, Art. 2 Rn. 62 f.; Maunz/Dürig (Di Fabio), Kommentar zum Grundgesetz, Band I, Art. 1-5 GG, Art. 2, Rn. 57 (Ergänzungslieferung Februar 2004).

<sup>601</sup> Die individuelle genetische Disposition bildet die Grundlage für das Verständnis der eigenen Herkunft und prägt daher die Persönlichkeit des Einzelnen. Aus diesem Grund ist ein dem sachlichen Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuzuordnendes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung verfassungsrechtlich anerkannt, sofern Informationen über die eigene Abstammung erlangbar sind, siehe BVerfGE 79, 256, 268; BVerfG NJW 1997, 1769. Auch die Kenntnis anderer, die eigene Persönlichkeit ebenfalls prägender genetischer Faktoren kann das Selbstverständnis des Einzelnen nachhaltig prägen. Aus diesem Grund ist ein vom sachlichen Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasstes Recht auf Wissen um genetische Krankheitsdispositionen anerkannt, sofern derartiges Wissen in einer dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung entsprechenden Weise prägend für die Selbstbestimmung und Entfaltung der Persönlichkeit des Grundrechtsträgers ist, siehe Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Genomanalyse“, abgedr. in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch, Recht der Gentechnik und Biomedizin, 54. Aktualisierung November 2006, Band 3, Teil II., F., 28 (Ergänzungslieferung Juni 1997); Taupitz, JZ 1992, 1089, 1098.

Der für das Vorliegen einer Gefahr notwendige Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts wird im Strafrecht unterschiedlich formuliert.

So wird zwar auch in der Rechtsprechung nicht mehr darauf abgestellt, ob der Eintritt eines Schadens wahrscheinlicher ist als sein Ausbleiben<sup>602</sup>, sondern u. a. vertreten, das Vorliegen einer Gefahr verlange „sicher oder doch höchst wahrscheinlich“ den Eintritt des schädigenden Ereignisses<sup>603</sup> bzw. dass dieses „nahe liege“ oder „in bedrohliche Nähe gerückt“ sei<sup>604</sup>. Diese terminologischen Ungenauigkeiten machen aber bereits deutlich, dass eine exakte begriffliche Fixierung des Gefahrbegriffes oder dessen Bestimmung durch Angabe bestimmter Prozentzahlen nicht möglich ist<sup>605</sup>. Daher ist das Vorliegen einer Gefahr zu bejahen, sofern die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts aufgrund der tatsächlichen Umstände einen über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehenden Grad erreicht hat<sup>606</sup>. Somit kann eine gegenwärtige Gefahr für die körperliche Unversehrtheit, u. U. sogar das Leben, sowie für das Recht, sein Leben in Kenntnis der eigenen genetischen Disposition zu planen, bereits bei einem gegenüber dem Bevölkerungsdurchschnitt nur geringfügig erhöhten Risiko eines Krankheitseintritts zu bejahen sein<sup>607</sup>.

## **b) Abwendbarkeit der Gefahr durch Aufklärung**

Diese dem Drittbetroffenen drohende Gefahr dürfte nicht anders als durch ärztliche, die Schweigepflicht verletzende Information abwendbar sein.

Teilweise bestehen bereits zum jetzigen Zeitpunkt bei genetisch bedingten Krankheiten wirksame therapeutische bzw. präventive Möglichkeiten, den Krankheitsausbruch (in voller Intensität) zu verhindern bzw. hinauszuzögern<sup>608</sup>. Gerade in diesen Fällen wird in (professionellen) Normen die

---

<sup>602</sup> So noch BGHSt 18, 271, 272 f.m.w.N.

<sup>603</sup> BGH, MDR 1992, 447.

<sup>604</sup> BGHSt 19, 371, 373.

<sup>605</sup> LK (Hirsch), § 34 StGB, Rn. 32; Schönke/Schröder (Lenckner/Perron), StGB, 27. Aufl., 2006, § 34 StGB, Rn. 15 m. w. N.

<sup>606</sup> OLG Köln, NSZ 1985, 551; Dimitratos, Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen, 112 ff.

<sup>607</sup> Anzumerken ist, dass es durch diese einer klaren juristischen Abgrenzung dienende weite Auslegung des Gefahrenbegriffes nicht zu einer Ausweitung des Rechtfertigungsgrundes als solchem kommen muss, da gerade im Rahmen des § 34 StGB bei der Interessenabwägung auch die Wahrscheinlichkeit der dem jeweiligen Rechtsgut drohenden Gefahr zu berücksichtigen ist, siehe Schaffstein, FS Bruns, 104 f.

<sup>608</sup> Derartige Möglichkeiten bestehen z. B. bei der genetisch bedingten Stoffwechselerkrankung Phenylketonurie, deren Ausbruch durch eine spezielle Diät verhindert werden kann, oder bei der genetischen Veranlagung zu sog. Zystennieren. Hier kann der Krankheitsausbruch z. B. durch Verzicht auf bestimmte Sportarten verhindert werden.

Notwendigkeit betont, im Rahmen der genetischen Beratung auf den Drittbezug der genetischen Information hinzuweisen: Gem. den „*Leitlinien zur genetischen Beratung*“ des *Berufsverbandes Medizinische Genetik*<sup>609</sup> soll das genetische Beratungsgespräch die Bedeutung genetischer Faktoren bei der Krankheitsentstehung und deren Auswirkungen auf die Erkrankungs Wahrscheinlichkeit für Angehörige bzw. die/den zu Beratenden selbst beinhalten. Sofern es möglich ist, muss eine Berechnung, in anderen Fällen zumindest eine Abschätzung auch ihrer Erkrankungsrisiken erfolgen<sup>610</sup>. Die „*Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen*“<sup>611</sup> der *Bundesärztekammer* normieren weitergehend: „Der betreuende Arzt informiert den Patienten darüber, dass er die Personen mit erhöhtem Krebsrisiko unter seinen Verwandten auf dieses Risiko sowie insbesondere das Angebot einer genetischen Beratung hinweisen sollte.“<sup>612</sup> Der Drittbetroffenen potentiell drohenden Gesundheits- bzw. Lebensgefahr sowie deren Recht auf Wissen kann zunächst durch derartige Förderung der innerfamiliären Information durch die Testperson Rechnung getragen werden. Ist dem Arzt allerdings erkennbar, dass sein Patient/Klient trotz seines Rates Drittbetroffene nicht informiert, befindet er sich in einer ethischen und rechtlichen Konfliktsituation. Nur in solchen Fällen ist die Gefahr für die Gesundheit, u. U. das Leben, sowie das Recht des Drittbetroffenen, sein Leben in Kenntnis einer pathologischen Krankheitsdisposition zu planen, nicht anders als durch ärztliche Information abwendbar und damit überhaupt diskutabel, ob der Arzt potentiell ebenfalls eine nachteilige genetische Disposition aufweisende Verwandte seines Patienten/Klienten auch ohne dessen Einwilligung auf diese mögliche Gefahr hinweisen darf.

---

<sup>609</sup> Leitlinien sind systematisch entwickelte Entscheidungshilfen für Ärzte über angemessenes Vorgehen bei spezifischen medizinischen Fragestellungen, sie sind das Ergebnis der Rezeption medizinisch-wissenschaftlicher Erkenntnisse und Erfahrungen, siehe Hart, MedR 1998, 8, 11; ders., *Ärztliche Leitlinien und Haftungsrecht*, in: Hart (Hrsg.): *Ärztliche Leitlinien*, 140. Da ärztliche Leitlinien das Ergebnis eines geordneten Normsetzungsverfahrens medizinischer Fachgesellschaften sind, kann ihnen nicht nur in der klinischen Praxis ein hoher Verbindlichkeitsstandard zukommen. Die Missachtung ärztlicher Leitlinien kann im zivilen Haftungsrecht auch als Standardunterschreitung und damit als Behandlungsfehler betrachtet werden, siehe OLG Stuttgart, MedR 2002, 650, 650 f.

<sup>610</sup> Berufsverband Medizinische Genetik, *Leitlinien zur Genetischen Beratung*, abgedr. in: Deutsche Gesellschaft für Humangenetik / Berufsverband Medizinische Genetik, *Medizinische Genetik, Richtlinien und Stellungnahmen*, 7. Aufl., 2001, 56 f.

<sup>611</sup> Richtlinien sind fachspezifische Regelungen einer gesetzlich, rechtlich, standesrechtlich oder satzungsrechtlich legitimierten Institution, die für deren Rechtsbereich verbindlich sind. Ihre Missachtung kann definierte Sanktionen zur Folge haben. Richtlinien werden in einem geordneten Verfahren konsentiert, schriftlich fixiert und veröffentlicht. Sie räumen dem Arzt einen nur geringen Ermessensspielraum ein und weisen unter den verschiedenen Arten medizinischer Normen die höchste Verbindlichkeit auf, siehe Hart, *Ärztliche Leitlinien und Haftungsrecht*, in: ders. (Hrsg.): *Ärztliche Leitlinien*, 140.

<sup>612</sup> Bundesärztekammer, *Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen*, DÄBl 1998, A-1398, 1398.

## **c) Abwägung der widerstreitenden Interessen**

### **(1) Widerstreitende Interessen**

Eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht wäre nur dann i. S. d. § 34 StGB gerechtfertigt, wenn eine Abwägung der gegenläufigen Interessen des Klienten/Patienten und seiner potentiell betroffenen Verwandten ergibt, dass deren bedrohte Rechtsgüter die durch diese strafbare Handlung beeinträchtigten Interessen wesentlich überwiegen.

Im Rahmen dieser Interessenabwägung sind sowohl auf der Erhaltungsseite als auch auf der Eingriffsseite jeweils alle Rechtsgüter zu berücksichtigen, die bei Vornahme bzw. Nichtvornahme der Notstandshandlung beeinträchtigt wären.

### **(a) Informationsinteressen**

Wie bereits erwähnt, kann der Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht bezüglich des potentiellen Bestehens einer nachteiligen genetischen Disposition zum einen ein gesundheitliches, teilweise sogar vitales Interesse potentiell Drittbetroffener entgegenstehen, ihr Erkrankungsrisiko zu kennen, um gegebenenfalls Präventionsmaßnahmen ergreifen zu können.

Auch wenn gegen eine in der Familie auftretende Krankheit weder präventive noch therapeutische Maßnahmen zur Verfügung stehen, können möglicherweise ebenfalls gefährdete Familienmitglieder ein Interesse an Kenntnis ihrer Krankheitsdisposition haben, um ihr Leben auf diese Weise selbstbestimmt planen zu können<sup>613</sup>.

---

<sup>613</sup> Teilweise wird darüber hinaus vertreten, dass der Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht nicht nur das Interesse potentieller Risikoträger an der Erhaltung der eigenen Gesundheit oder Planung eines von gesundheitlichen Einschränkungen begleiteten Lebens entgegenstehe, sondern dass in diesem Zusammenhang auch das Kostenersparnisinteresse der Solidargemeinschaft zu berücksichtigen sei, sofern durch vorbeugende Maßnahmen kostenträchtigere vermieden werden könnten. Es wird angemerkt, dieses Interesse möge zwar zur Zeit von untergeordneter Relevanz sein, könne aber angesichts knapper werdender Mittel im Gesundheitswesen an Bedeutung gewinnen, da sowohl der Arzt als auch der Patient im konkreten Einzelfall eine über die unmittelbar beteiligten Personen hinausgehende Verantwortung tragen würden. Dieses sei bei der Abwägungsentscheidung zwischen der Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht und der Aufklärung Dritter mit zu bedenken, siehe Fröhlich/Wang/Peters, Schweigepflicht oder Aufklärungspflicht? Eine Umfrage zur Arzt- und Patientenethik, in: Sass/Schröder (Hrsg.): Patientenaufklärung bei genetischem Risiko, 93, 106. Abgesehen davon, dass ein derartiges Interesse der Allgemeinheit nicht im thematischen Rahmen dieser Arbeit berücksichtigt werden kann, ist äußerst fraglich, ob eine Pflicht des Einzelnen, seine genetischen Daten zu kennen, um zwecks späterer Kostenvermeidung zugunsten der Allgemeinheit Vorsorgemaßnahmen zu treffen, nicht gegen die Menschenwürde sowie gegen Art. 3 III GG verstoßen würde.

## **b) Interessen am Unterlassen einer Information unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Nichtwissen**

Zum anderen ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass nicht nur der bereits an einer Erbkrankheit erkrankte Patient, sondern auch der noch nicht oder nur potentiell erkrankende Klient ein Recht auf diesbezügliche ärztliche Verschwiegenheit hat.

Darüber hinaus steht dem (potentiell) erkrankungsgefährdeten Blutsverwandten ein Recht auf Nichtwissen seiner eigenen genetischen Disposition zu<sup>614</sup>, das ihm das Recht gibt, eigenständig zu entscheiden, ob er Kenntnisse über seine eigenen genetischen Daten erlangen möchte oder nicht<sup>615</sup>.

Durch diese Vielfalt widerstreitender Rechtsgüter ergeben sich im Rahmen der Interessenabwägung besondere rechtliche Schwierigkeiten, die bislang keinesfalls geklärt sind.

Das Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Disposition wird wie das inhaltlich umgekehrt ausgerichtete Recht auf Wissen der genetischen Disposition<sup>616</sup> aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 1 I i. V. m. 2 I GG in der Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitet<sup>617</sup>. Es gibt dem Einzelnen das Recht, die Vornahme technisch durchführbarer humangenetischer Untersuchungen zu verweigern oder das Ergebnis einer bereits durchgeführten Genanalyse nicht zur Kenntnis zu nehmen<sup>618</sup>.

Reichweite und Grenzen des Rechts auf Nichtwissen sowie seine faktischen Durchsetzbarkeit sind bislang ungeklärt.

---

<sup>614</sup> Da der Träger des Rechts auf Nichtwissen bestimmte Informationen nicht erwerben will, wird auch von einem „Recht auf informationelle Abgeschiedenheit“ bzw. von einem „Informationsabwehrrecht“ gesprochen, siehe Taupitz, FS Wiese, 583, 599.

<sup>615</sup> Siehe zum Recht auf Nichtwissen auch: Wiese, FS Niederländer, 475, 475 ff.; Taupitz, JZ 1992, 1089, 1098; Koppnack, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung: zur Rekonstruktion des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 89.

<sup>616</sup> Die Rechte auf Wissen bzw. Nichtwissen der eigenen genetischen Disposition werden auch unter den Begriffen des „Persönlichkeitsrechts im Genbereich“ (so Wiese, Genetische Analysen und Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts; siehe auch Deutsch, AcP 192 (1992), 161, 163)), des „genetischen Selbstbestimmungsrechts“ (Steinmüller, DuD 1993, 6, 9) bzw. des „Rechts auf geninformationelle Selbstbestimmung“ (Sternberg-Lieben, NJW 1987, 1242, 1245 f.) diskutiert.

<sup>617</sup> Siehe weiterführend: Kern, Unerlaubte Diagnostik - das Recht auf Nichtwissen, in: Dierks et al, Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, 55, 63.

<sup>618</sup> Donner/Simon, DÖV 1990, 907, 913; Wiese, FS Niederländer, 475, 475 ff.; Taupitz, JZ 1992, 1089, 1098; Koppnack, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung: zur Rekonstruktion des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 89.

Zwar wird teilweise betont, das Recht auf Kenntnis und jenes auf Unkenntnis der eigenen genetischen Disposition würden gleichrangig nebeneinander stehen<sup>619</sup>. Eine faktische Gleichrangigkeit beider Rechte besteht allerdings nicht, da das Recht auf Nichtwissen in weitaus stärkerem Maße als das Recht auf Wissen sozialen und ökonomischen Zwängen ausgesetzt ist. Seine faktische Bedeutung wird auch dadurch gemindert, dass es in einem Spannungsverhältnis zur haftungs-rechtlich sanktionierten ärztlichen Aufklärungspflicht steht<sup>620</sup>.

Da das Recht auf Wissen bzw. Nichtwissen um die eigene genetische Disposition (theoretisch) als gleichwertige Entscheidungsalternativen im Rahmen einer genetischen Beratung zu betrachten sind, soll diese in nicht direkter Weise erfolgen. Der beratende Arzt ist daher verpflichtet, dem Ratsuchenden die zur Entscheidungsfindung notwendigen Informationen in möglichst neutraler Form zu vermitteln, um ihn nicht durch explizite oder implizite eigene Meinungsäußerungen zu beeinflussen<sup>621</sup>. Eine strikte Trennung zwischen Information im Rahmen der Aufklärung und manipulativen Tendenzen wird in der Praxis allerdings kaum möglich sein, so dass ärztliche Nichtdirektivität nicht garantiert, sondern lediglich optimiert werden<sup>622</sup> und das Recht auf Nichtwissen nicht umfassend gewährleistet werden kann.

Auch wenn es im Rahmen der hier in Rede stehenden Thematik nicht relevant ist, sei der Vollständigkeit halber an dieser Stelle kurz angemerkt, dass im Eltern-Kind-Verhältnis teilweise auch eine Beschränkung des Rechts auf Nichtwissen durch eine „Pflicht zu Wissen“ angenommen wird<sup>623</sup>.

---

<sup>619</sup> Siehe z. B. Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Genanalyse“, Bundesanzeiger 1990, Nr. 161a) v. 29. 8. 1990, 12.

<sup>620</sup> Siehe zu den Schwächen des Prinzips der Nichtdirektivität in der genetischen Beratung und neuen Ansätzen für eine angemessene genetische Beratung: Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 251 ff.

<sup>621</sup> Siehe weiterführend: Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 123 f.

<sup>622</sup> Damm, Universitas 1999, 433, 442.

<sup>623</sup> So wird teilweise sogar das Bestehen rechtlicher Informationspflichten angenommen. Es wird vertreten, Eltern, die sich einer Genanalyse unterziehen, würden nicht nur ihre elterlichen Sorgfaltspflichten verletzen, sofern sie negative Erkenntnisse ihren Kindern vorenthalten würden, sondern seien mit Rücksicht auf die potentiellen Folgen für die Kinder auch nicht befugt, auf eine Kenntnisnahme des Testergebnisses zu verzichten, siehe Simitis, Allgemeine Aspekte des Schutzes genetischer Daten, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.): Genanalysen und Persönlichkeitsschutz, 107, 123. Diese Ausweitung der elterlichen Fürsorgepflicht sieht sich allerdings erheblicher Kritik ausgesetzt, siehe Kern, Unerlaubte Diagnostik – Das Recht auf Nichtwissen, in: Dierks et al, Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, 55, 68.

## **(2) Lösungsansätze**

Zur Lösung des in Rede stehenden Interessenkonfliktes gibt es verschiedene Ansätze.

Dabei lassen sich für die in diesem vielschichtigen und konfliktreichen Kontext bestehenden Probleme, die Interessen von Patienten und Klienten mit jenen von Familienangehörigen abzustimmen, deutliche Belege finden.

### **(a) Gesetze, Gesetzesentwürfe und politische Gremien**

#### **(aa) Nationale Ebene**

Obwohl es in Deutschland auf staatlicher Ebene bislang etliche (Enquete-)-Kommissionen und anderweitig institutionell eingesetzte Gremien gab, die sich u. a. mit der juristischen Problematik genetischer Diagnostik und genetischer Daten befassten<sup>624</sup>, äußerte sich ein Großteil von ihnen nicht einmal ansatzweise zum hier in Rede stehenden Konflikt zwischen der ärztlichen Schweigepflicht bezüglich genetischer Daten und den mit ihr kollidierenden Interessen Drittbetroffener.

Nachdem die Vorteile einer gesetzgeberischen Intervention auf diesem Gebiet zunächst durchaus umstritten waren, wird mit zunehmender Verbreitung genetischer Testmethoden auch vermehrt eine umfassende gesetzliche Regelung humangenetischer Untersuchungen gefordert<sup>625</sup>.

Zum Ende des Jahres 2006 legte die *Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag* den Entwurf eines „Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz - GenDG)“ vor.

Weiterhin liegt auf nationaler Ebene der „Regelungsentwurf für ein Gesetz zur Sicherung der Selbstbestimmung bei genetischen Untersuchungen“ der 62. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vor.

---

<sup>624</sup> Siehe dazu die Darstellungen bei Lippert, RMedizin 2004, 94, 94 ff.; Hasskarl/Ostertag, MedR 2005, 640, 644; Damm, MedR 2004, 1, 2 f.

<sup>625</sup> So empfahl z. B. die in der 14. Legislaturperiode eingesetzte Enquete-Kommission „Recht und Ethik in der modernen Medizin“ dem Deutschen Bundestag, das Recht des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung im Bereich humangenetischer Untersuchungen durch ein umfassendes Gendiagnostik-Gesetz zu regeln, siehe Enquete-Kommission „Recht und Ethik in der modernen Medizin“, BT-Drucks. 14/9020, 176 ff.; siehe zur Thematik auch: Schmidte, Wo stehen wir mit der Gendiagnostik heute? Zum Leistungsstand der Humangenetik, in: Dierks et al. (Hrsg.), Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, 25, 25 ff., 31 ff.

Ende 2004 legte das *Bundesgesundheitsministerium* einen „Diskussionsentwurf für ein Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz)“ (im Folgenden GenDGE) vor.

Da diese Gesetzesentwürfe Vorschläge zur Lösung des hier in Rede stehenden Konfliktes enthalten, sollen sie näher dargestellt werden.

Darüber hinaus befassten sich auch nationale politische Gremien mit dem Interessenkonflikt zwischen der ärztlichen Verschwiegenheit bezüglich genetischer Daten und den mit ihr kollidierenden Interessen Drittbetroffener.

### **(aaa) Entwurf eines „Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG) von Bündnis 90/Die Grünen**

Die Bundestagsfraktion von *Bündnis 90/Die Grünen* legte im November 2006 den „Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG)“ vor<sup>626</sup>, dessen Ziel es gem. § 1 des Gesetzesentwurfes ist, „im Hinblick auf die staatliche Verpflichtung, die Menschenwürde, die Gesundheit und die informationelle Selbstbestimmung zu achten und zu schützen (...), Voraussetzungen für genetische Untersuchungen und Analysen und die Verwendung genetischer Proben und Daten zu bestimmen und eine genetische Diskriminierung zu verhindern“.

Relevant in diesem Kontext ist die Normierung des § 12 III 5 des Entwurfes: „Ist anzunehmen, dass Verwandte der betroffenen Person Träger der zu untersuchenden genetischen Eigenschaften mit Bedeutung für eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung oder gesundheitliche Störung sind, umfasst die genetische Beratung auch die Empfehlung, diesen Verwandten eine genetische Beratung zu empfehlen.“

In der Begründung zu diesem Normierungsvorschlag wird ausgeführt:

„Zwar verwehrt die informationelle Selbstbestimmung der ratsuchenden Person es der behandelnden Ärztin oder dem behandelnden Arzt nicht nur, eine aktive, gegebenenfalls aufdrängende Beratung zu leisten, sondern auch unaufgefordert Dritten (z. B. Verwandten) Informationen über genetische Daten zu vermitteln. Wenn aufgrund der vermuteten oder bereits diagnostizierten Erkrankung oder gesundheitlichen Störung anzunehmen ist, dass Verwandte der betroffenen Person ebenfalls selbst betroffen sind und es Therapie- oder Vorbeugemaßnahmen gibt, so hat die

---

<sup>626</sup> BT-Drucks. 16/3233, 1 ff.

ärztliche Person, die die genetische Beratung durchführt, der betroffenen Person jedoch zu empfehlen, dass sie diesen Verwandten eine genetische Beratung empfiehlt. Ein direktes Zugehen der ärztlichen Person auf diese Verwandten wird damit von der Regelung nicht umfasst und wäre rechtlich auch nicht zulässig. Dies verböte sich, jedenfalls ohne Zustimmung, zum einen aufgrund des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, zum anderen jedoch auch wegen des Selbstbestimmungsrechts der potenziell betroffenen Verwandten.“

Diesem Ansatz entsprechend verneint der Entwurf in § 13 III eine ärztliche Aufklärungsbefugnis gegenüber Drittbetroffenen:

„Die verantwortliche ärztliche Person (...) darf das Ergebnis der genetischen Untersuchung oder Analyse anderen nur mit ausdrücklicher und schriftlich erklärter Einwilligung der betroffenen Person mitteilen.“

**(bbb) „Regelungsentwurf für ein Gesetz zur Sicherung der Selbstbestimmung bei genetischen Untersuchungen“ der 62. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder**

Eines der wenigen nationalen Gremien, das sich mit dem in dieser Arbeit angesprochenen Konflikt zwischen der ärztlichen Schweigepflicht bezüglich genetischer Daten und den kollidierenden Gesundheitsinteressen Drittbetroffener befasste und im Anschluß einen entsprechenden Normierungsentwurf vorlegte, war die *62. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder* im Jahre 2001<sup>627</sup>.

Diese Konferenz konkretisierte dabei in einem „Regelungsentwurf für ein Gesetz zur Sicherung der Selbstbestimmung bei genetischen Untersuchungen“ ihre Forderung an den Gesetzgeber, die mit der Anwendung humangenetischer Untersuchungen zusammenhängenden Fragen gesetzlich zu regeln. Den verabschiedeten Gesetzesentwurf betrachtete sie als Anregung zu anstehenden Gesetzesinitiativen und zur gesellschaftspolitischen Diskussion.

---

<sup>627</sup> Die Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder fand erstmalig 1978 statt und tagt seitdem regelmäßig. Die Ergebnisse dieser Tagungen werden der Öffentlichkeit in Form von Beschlüssen oder Entschlüssen bekannt gegeben.

In Ziff. 17 (1) dieses Gesetzesentwurfes wird zunächst aus Klarstellungsgründen normiert, dass der Arzt das Ergebnis der genetischen Untersuchung nur der betroffenen Person, bei Minderjährigen auch bzw. nur ihrem gesetzlichen Vertreter mitteilen dürfe.

In Ziff. 17 (2) und (3) heißt es weiter:

„(2) Ist das Ergebnis nach ärztlicher Erkenntnis auch für Verwandte der betroffenen Person von Bedeutung, hat die Ärztin oder der Arzt bei der nachgehenden Beratung der betroffenen Person auch auf das Recht der Verwandten hinzuweisen, ihre Erbanlagen nicht zur Kenntnis zu nehmen. Will die betroffene Person die Verwandten gleichwohl unterrichten, soll die Beratung auch die Möglichkeit umfassen, die Ärztin oder den Arzt mit der Unterrichtung von Verwandten der betroffenen Person zu beauftragen.

(3) Gegen den Willen der betroffenen Person oder ihres gesetzlichen Vertreters darf die veranlassende Ärztin oder der veranlassende Arzt Verwandte oder Partner der betroffenen Person nur dann von dem Untersuchungsergebnis unterrichten, wenn und soweit dies zur Wahrung erheblich überwiegender Interessen dieser Personen erforderlich ist.“<sup>628</sup>

Indem der „Regelungsentwurf für ein Gesetz zur Sicherung der Selbstbestimmung bei genetischen Untersuchungen“ unter bestimmten Umständen explizit ein ärztliches Offenbarungsrecht sogar gegenüber dem Partner der betroffenen Person vorsieht, räumt er der ärztlichen Schweigepflicht ein wesentlich geringeres Gewicht als der Gesetzesentwurf der Bundestagsfraktion von *Bündnis 90/Die Grünen* ein.

Welche Interessen des (zwar nicht gesundheitlich, eventuell aber in seiner Lebensplanung gefährdeten) Partners die ärztliche Schweigepflicht „erheblich überwiegen“ können, wird allerdings nicht näher ausgeführt.

### **(ccc) „Diskussionsentwurf für ein Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz)“ des Bundesgesundheitsministeriums**

Ende 2004 legte das *Bundesgesundheitsministerium* einen „Diskussionsentwurf für ein Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz)“ (im Folgenden GenDGE) vor, der den Status eines Arbeitspapiers hat. Ziel des Entwurfs ist es gem. § 1 GenDGE zum

---

<sup>628</sup> Online unter: ><http://www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/gente-ge.htm>< (Stand: : 15.3.2007).

einen, „die Menschenwürde, die Gesundheit und die informationelle Selbstbestimmung zu achten und zu schützen (...) und eine genetische Diskriminierung zu verhindern“ und zum anderen, „die Freiheit der Forschung zu gewährleisten“ und die „Voraussetzungen für genetische Untersuchungen und Analysen und die Verwendung von Proben und Daten zu bestimmen“.

Dieser Entwurf bezieht sich gem. § 2 I Nr. 1 GenDGE nur auf die postnatale und pränatale Diagnostik, nicht aber auf die Präimplantationsdiagnostik und enthält u. a.<sup>629</sup> die ärztliche Schweigepflicht im Bereich genetischer Daten konkretisierende Bestimmungen.

So darf das Ergebnis einer genetischen Untersuchung zu medizinischen Zwecken<sup>630</sup> gem. § 13 I GenDGE nur der betroffenen Person mitgeteilt werden.

Anderen Personen darf dieses Ergebnis gem. § 13 III GenDGE nur nach ausdrücklicher schriftlicher Zustimmung des Betroffenen mitgeteilt werden, so dass dieser Entwurf ein ärztliches Offenbarungsrecht gem. § 34 StGB gegenüber Drittbetroffenen ausschließt.

### **(ddd) Politische Gremien**

Auch politische Gremien befassten sich mit dem Konflikt zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und den kollidierenden Interessen Drittbetroffener.

So vertrat die *Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Genomanalyse“* 1990 in ihrem Abschlußbericht, dass es grundsätzlich der Testperson obliege, zu entscheiden, ob sie Verwandte auf genetisch bedingte Gesundheitsrisiken sowie die Möglichkeit einer genetischen Beratung hinweise. „Geschieht dies nicht, hat jedoch der Arzt in einer konkreten Situation hinreichenden Grund zu

---

<sup>629</sup> Der Entwurf weist einen umfassenden Regelungsanspruch auf. Er enthält u. a. Normierungsvorschläge zu Aufklärung, Einwilligung und genetischer Beratung bei genetischen Untersuchungen zu medizinischen Zwecken sowie solche zu genetischen Untersuchungen im Versicherungsbereich und im Arbeitsleben, siehe dazu im Einzelnen: Hasskarl/Ostertag, MedR 2005, 640, 644 ff; Wiesing/Schmitz, Zeitschrift für medizinische Ethik 2005, 192, 192 ff.; Wagenmann, Gen-ethischer Informationsdienst Nr. 168 (Feb./März 2005), 10, 10 f.; Henn, Ethik in der Medizin 2005, 34, 34 ff.; siehe zu diesem Entwurf aus datenschutzrechtlicher Sicht: Schulte in den Bäumen, Bundesgesundheitsblatt 2007, 200, 205.

<sup>630</sup> Eine genetische Untersuchung zu medizinischen Zwecken ist gem. § 3 I Nr. 5 Halbs. 1 Buchst. a GenDGE eine „genetische Untersuchung, die der Feststellung dient, ob die betroffene Person genetische Eigenschaften hat, die für eine bei ihr bereits bestehende Erkrankung oder gesundheitliche Störung ursächlich oder mitursächlich sind, eine mögliche Erkrankung oder gesundheitliche Störung bei ihr ganz oder teilweise verhindern, die Wirkung eines Arzneimittels bei ihr beeinflussen oder zusammen mit äußeren Faktoren oder Fremdstoffen für eine mögliche Erkrankung oder gesundheitliche Störung ursächlich sind (*diagnostische Untersuchung*)“. Zu den genetischen Untersuchungen zu medizinischen Zwecken gehört gem. § 3 I Nr. 5 Halbs. 1 Buchst. b GenDGE auch die Feststellung, ob eine Person „genetische Eigenschaften hat, die für eine Erkrankung oder gesundheitliche Störung, die ohne maßgeblichen Einfluss oder Fremdstoffe erst zukünftig bei ihr oder bei einer von ihr abstammenden zukünftigen Person auftreten kann, ursächlich oder mitursächlich sind (*prädiktive genetische Untersuchung*)“. Sofern die Untersuchung ausschließlich zu Zwecken wissenschaftlicher Forschung vorgenommen wird, liegt hingegen keine Untersuchung zu medizinischen Zwecken, § 3 I Nr. 5 Halbs. 2 GenDGE.

vermuten, dass Dritte, die mit den Patienten verwandt sind, großes Interesse daran haben, darüber informiert zu werden, dass sie möglicherweise eine behandelbare schwere Stoffwechselstörung haben, kann er nach sorgfältiger Prüfung, ob dies dem mutmaßlichen Willen der Betroffenen entspricht, ausnahmsweise zur aktiven Beratung befugt sein.“<sup>631</sup>

Ähnlich formulierte das *Büro für Technikfolgenabschätzung beim Deutschen Bundestag*: „Eine Offenbarung ist nach den Grundsätzen des überwiegenden Interesses dann gerechtfertigt, wenn im Einzelfall für die Verwandten das Verschweigen des Befundes eine gegenwärtige, nicht anders als durch Mitteilung abwendbare Körper- oder Lebensgefahr bedeutet und diese wesentlich höher zu bewerten ist als das Recht auf Wahrung der Privat- und Intimsphäre des Ratsuchenden.“<sup>632</sup>

### **(bb) Internationale Ebene**

Im Bereich genetischer Tests bestehen bislang keine im Rahmen dieser Arbeit relevanten Rechtsnormen der EU, die in nationales Recht umzusetzen wären.

Auch die allgemeine nationale Diskussion über die juristische Problematik genetischer Diagnostik und genetischer Daten beeinflussenden Normierungen des Menschenrechtsübereinkommens zur Biomedizin des *Europarates* von 1997, das 2003 durch den Arbeitsentwurf eines Zusatzprotokolls Humangenetik der *Arbeitsgruppe Humangenetik* ergänzt wurde, enthalten keine spezifische Regelung zum hier in Rede stehenden Konflikt<sup>633</sup>.

Im europäischen Raum haben etliche Länder Teilbereiche der sich im Rahmen genetischer Tests ergebenden Thematik geregelt:

So hat z. B. Belgien die Anwendung genetischer Tests im Versicherungsbereich und Dänemark deren Anwendung im Arbeits- und Versicherungsbereich gesetzlich geregelt<sup>634</sup>.

---

<sup>631</sup> Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Genomanalyse“ (Mai 1990), in: Eberbach/Lange/Ronellenfisch, *Recht der Gentechnik und Biomedizin*, 54. Aktualisierung November 2006, 3. Ordner, Teil II, F., 33 (Ergänzungslieferung Juni 1997).

<sup>632</sup> Simon: *Rechtliche und rechtspolitische Aspekte der gegenwärtigen und zukünftig erwartbaren Nutzung genanalytischer Methoden am Menschen*, Gutachten des Büros für Technikfolgenabschätzung beim Deutschen Bundestag, 1993, 183.

<sup>633</sup> Grundlegende Vorgaben für eine Transformation in nationales Recht enthalten bislang lediglich – bzgl. des Produktrechts für humangenetische Tests - die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 10. 1998 zur in-vitro-Diagnostik (Richtlinie 98/79/EG, ABL Nr. L 331, 7. 12. 1998) sowie die die Patentierung des menschlichen Körpers und seiner Teile ausschließende Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (Biopatentrichtlinie), (Richtlinie 98/44 EG vom 6. Juli 1998, ABI L 213, 30. 07. 1998).

<sup>634</sup> Siehe dazu näher: Lippert, *RMedizin* 2004, 94, 98 f.

Norwegen hat im Rahmen des „Gesetzes über die Anwendung der Biotechnologie in der Medizin“ umfassendere gesetzliche Regelungen bezüglich grundlegender, sich im Zusammenhang mit der Humangenetik ergebender Fragen getroffen<sup>635</sup>.

Bislang besitzen im europäischen Raum aber lediglich Österreich mit dem Gentechnikgesetz vom 12. Juli 1984 sowie die Schweiz mit dem zum 1. 4. 2007 in Kraft getretenen „Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen“ Regelungen, die sich auch mit der im Rahmen dieser Abhandlung thematisierten Problematik des gesundheitlichen Drittbezuges genetischer Daten befassen und damit der nationalen Diskussion Impulse geben können.

Die anderen bereits geltenden Gesetze hingegen enthalten keine Regelung bezüglich des Verhältnisses der ärztlichen Schweigepflicht zu kollidierenden Gesundheitsinteressen Dritter.

#### **(aaa) Österreichisches „Gentechnikgesetz“**

In Österreich ist der Bereich der genetischen Diagnostik seit 1984 im „Gentechnikgesetz“ (GTG) gesetzlich geregelt, dabei findet sich in § 70 GTG auch eine Regelung zu Fragen der ärztlichen Schweigepflicht<sup>636</sup>.

§ 70 GTG lautet: „Der die Genanalyse veranlassende Arzt hat, (...) wenn anzunehmen ist, dass eine ernste Gefahr einer Erkrankung von Verwandten der untersuchten Person besteht, der untersuchten Person zu empfehlen, ihren möglicherweise betroffenen Verwandten zu einer humangenetischen Untersuchung und Beratung zu raten“.

Die angesichts dieser äußerst vielschichtigen, konfliktträchtigen und sensiblen Thematik bestehenden Normbildungsprobleme werden durch die vorsichtige Formulierung deutlich, indem von einer (gesetzlichen) *Pflicht* des Arztes *zur Empfehlung*, etwas zu *raten* die Rede ist<sup>637</sup>.

#### **(bbb) Schweizerisches „Bundesgesetz für genetische Untersuchungen beim Menschen“**

In der Schweiz lag bereits 1998 der „Vorentwurf eines Bundesgesetzes für genetische Untersuchungen beim Menschen“ vor<sup>638</sup>. Aufgrund der besonders diffizilen Problematik des in Rede

---

<sup>635</sup> Das norwegische Gesetz regelt u. a. die Modalitäten der künstlichen Befruchtung, der Präimplantationsdiagnostik, der pränatalen Diagnostik, der postnatalen genetischen Untersuchungen sowie der Genterapie und verbietet die Forschung an Embryonen und das menschliche Klonen.

<sup>636</sup> Gem. § 71 II GTG bleiben die Vorschriften über die besonderen ärztlichen Verschwiegenheitspflichten - z.B. § 54 des österreichischen ÄrzteG - von dieser Norm unberührt.

<sup>637</sup> Damm, MedR 2004, 1, 8.

<sup>638</sup> Abgedr. in ZRS 1998, 473 ff.; siehe dazu auch Hausheer, FS Deutsch, 1999, 593, 593 ff.

stehenden Themas zog sich die hiermit verbundene juristische Diskussion über einen langen Zeitraum hin; das hieraus entstandene „Bundesgesetz für genetische Untersuchungen beim Menschen“ ist zum 1. 4. 2007 in Kraft getreten.

Dieses Gesetz regelt in 44 Artikeln u. a. die Anwendung von Gentests für medizinische Zwecke, arbeits- und versicherungsrechtliche Fragen, Fragen der Haftpflicht sowie der Verwertbarkeit genetischer Daten im gerichtlichen Verfahren.

Darüber hinaus enthält es auch Regelungen zur ärztlichen Schweigepflicht.

Art. 19 dieses Gesetzes<sup>639</sup> stellt zunächst klarstellend fest, dass der Arzt das Ergebnis einer genetischen Untersuchung Verwandten oder der Partnerin bzw. dem Partner bei ausdrücklicher Zustimmung der betroffenen Person oder ihres gesetzlichen Vertreters mitteilen darf.

Darüber hinaus erweitert Art. 19 des „Bundesgesetzes für genetische Untersuchungen beim Menschen“ die Offenbarungsrechte des Arztes erheblich:

So kann der Arzt, sofern die betroffene Person eine entsprechende Zustimmung verweigert, „bei der zuständigen kantonalen Behörde nach Art. 321 Ziff. 2 des (schweizerischen) Strafgesetzbuches die Entbindung vom Berufsgeheimnis beantragen, sofern dies zur Wahrung überwiegender Interessen der Verwandten, der Ehegattin oder des Ehegatten, oder der Partnerin oder des Partners notwendig ist. Die Behörde kann die eidgenössische Expertenkommission für genetische Untersuchungen<sup>640</sup> um Stellungnahme ersuchen.“

Indem das „Bundesgesetz für genetische Untersuchungen beim Menschen“ bereits bei „überwiegenden Interessen“ auch des (Ehe-)Partners eine Drittinformation ermöglicht, berücksichtigt es – im Gegensatz zu § 70 des österreichischen „Gentechnikgesetzes“ – auch nicht gesundheitlich bedingte Informationsinteressen.

---

<sup>639</sup> Online unter: ><http://www.admin.ch/ch/d/as//2007/635.pdf>< (Stand: 1.4.2007).

<sup>640</sup> Die „Expertenkommission für genetische Untersuchungen beim Menschen“ wird durch den Schweizer Bundesrat eingesetzt, siehe Art. 35 des Gesetzes.

## **(b) Selbsthilfegruppen und Fachgesellschaften**

Auch Selbsthilfegruppen und Fachgesellschaften bemühten sich um eine Regel- und Prinzipienbildung für die humangenetische Diagnostik.

Dabei stand teilweise auch der Konflikt zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und den kollidierenden Interessen Drittbetroffener in Rede.

### **(aa) „Richtlinien für die Anwendung des präsymptomatischen molekulargenetischen Tests zur Huntington-Krankheit“ der Internationalen Huntington-Association**

Relevant sind auf diesem Gebiet insbesondere die „Richtlinien für die Anwendung des präsymptomatischen molekulargenetischen Tests zur Huntington-Krankheit“, die die Internationale Huntington-Association im Oktober 1987 verabschiedete. Sie wurden 1994 überarbeitet, nachdem das krankheitsauslösende Gen 1993 mittels direkter genetischer Diagnostik nachweisbar wurde.

Diese Richtlinien wurden von einem interdisziplinären Komitee<sup>641</sup> speziell für die präsymptomatische Diagnostik der Chorea Huntington als Empfehlung für die Anwendung des Tests erstellt<sup>642</sup>.

Sie genießen in der klinischen Genetik internationale Anerkennung<sup>643</sup>, allerdings kommt ihnen keine rechtliche Verbindlichkeit, sondern lediglich die Funktion eines rechtspolitischen Impulses zu<sup>644</sup>.

In Ziff. 4. 2. der Richtlinien heißt es: „Auf keinen Fall dürfen Mitarbeiter des Beratungsteams oder das technische Personal Informationen über Ergebnisse ohne schriftliche Genehmigung des Untersuchten an Dritte weitergeben“. In einer ergänzenden Bemerkung heißt es weiter: „Nur in Ausnahmesituationen, wie z. B. anhaltendem Koma, Tod usw. könnten dem geeignetsten Angehörigen die Untersuchungsergebnisse auf Anfrage mitgeteilt werden“<sup>645</sup>.

---

<sup>641</sup> Mitglieder der Kommission waren Vertreter der Internationalen Huntington-Association (IHK) sowie Vertreter der Forschungsgruppe Chorea Huntington des Weltverbandes für Neurologie.

<sup>642</sup> Siehe zur Entstehungsgeschichte der Richtlinien: Krahen, Chorea Huntington. Das Recht auf Wissen versus das Recht auf Nicht-Wissen, in: Schroeder-Kurth (Hrsg.), Medizinische Genetik in der Bundesrepublik Deutschland, 66, 79 ff.

<sup>643</sup> Siehe dazu Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 127 m. w. N.

<sup>644</sup> Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 127.

<sup>645</sup> Online unter: ><http://www.dhh-ev.de/gentest-richtlinien-test.html>< (Stand: 15.3.2007).

Zu bedenken ist im Kontext dieser Richtlinien, dass es sich bei Chorea Huntington, umgangssprachlich auch als „Veitstanz“ bezeichnet, um eine letal verlaufende, bislang nicht kausal behandelbare, genetisch bedingte Krankheit handelt. Der Träger dieses Gens weist eine Erkrankungs Wahrscheinlichkeit von fast 100 % auf<sup>646</sup>, so dass Drittbetroffenen auch nach einer entsprechenden Information keine gesundheitlichen Vorsorgemaßnahmen möglich wären.

#### **(bb) „Proposed International Guidelines On Ethical Issues In Medical Genetics And Genetic Services“ der WHO**

Auch die “Proposed International Guidelines On Ethical Issues In Medical Genetics And Genetic Services” der WHO von 1997 thematisieren den Drittbezug genetischer Information.

Sie betonen, dass der genetische Berater die Testperson über den Nutzen der erlangten Information für Verwandte informieren und sie auf das Angebot genetischer Beratung hinweisen sollte. Außerdem räumen sie dem genetischen Berater „insbesondere“, wenn es der Vermeidung ernsthafter gesundheitlicher Folgen dient, ein Offenbarungsrecht gegenüber Drittbetroffenen ein<sup>647</sup>.

Dieser Richtlinienentwurf der WHO wollte rechtspolitische Aufmerksamkeit wecken, rechtlichen Wirkungen kommen ihm nicht zu<sup>648</sup>.

#### **(cc) „Positionspapier“ der Deutschen Gesellschaft für Humangenetik**

Die *Deutsche Gesellschaft für Humangenetik* hat sich in einem „Positionspapier“ aus dem Jahre 1996 eingehender mit der in Rede stehenden Problematik befasst.

Dieses Papier fand in der Literatur eingehende Beachtung. Es enthält keine Handlungsempfehlungen für die klinische Praxis, sondern entspricht eher einer Stellungnahme in Form eines Prinzipienkodexes der Humangenetiker<sup>649</sup>:

„Werden genetische Informationen unter dem Mitgliedern einer Familie nicht weitergegeben, so

---

<sup>646</sup> Pschyrembel, *Klinisches Wörterbuch*, 260. Aufl., 2004, Stichwort: Chorea Huntington; Bartram et al., *Humangenetische Diagnostik*, 39 ff.

<sup>647</sup> „The provision of genetic information to relatives about the family so as to learn their own genetic risks should be possible, especially when a serious burden can be avoided.“, siehe WHO, *Proposed International Guidelines On Ethical Issues In Medical Genetics And Genetic Services*“, siehe online unter: ><http://www.who.int/genomics/publications/en/ethicalguidelines1998.pdf> (Stand: 15.3.2007).

<sup>648</sup> Siehe dazu Regenbogen, *Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik*, 127.

<sup>649</sup> Regenbogen, *Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik*, 139.

werden hierdurch Personen u. U. von ihnen erwünschte und für sie wichtige, gesundheitsrelevante Informationen vorenthalten. Es handelt sich bei dieser Situation für den Humangenetiker, der über diese Informationen verfügt, um einen prinzipiell unlösbaren Konflikt. Unabhängig davon, wie er sich verhält, verletzt er zwangsläufig wichtige Handlungsprinzipien. Bei Drängen auf Weitergabe der Information oder eigener Weitergabe durch den Humangenetiker wird die Patientenautonomie, ggf. auch die Schweigepflicht verletzt, und im Falle der Nichtweitergabe ggf. die Verpflichtung zur Hilfeleistung. Zur Lösung dieses Dilemmas kann es also keine allgemein anwendbaren Regeln geben, sondern nur eine Abwägung im Einzelfall unter Einbeziehung möglichst vieler Beteiligter. Bei nicht behandelbaren und nicht verhinderbaren Krankheiten sollte das Recht auf informationelle Selbstbestimmung Vorrang vor dem Recht auf Information haben. Wenn sie nicht selbst nachgefragt haben, sollten Angehörige nicht informiert werden („Recht auf Nichtwissen“).<sup>650</sup>

### **(c) Literaturansichten**

In der medizinrechtlichen Literatur wird die in Rede stehende Problematik nur vereinzelt ausführlicher thematisiert<sup>651</sup>.

#### **(aa) Offenbarungsrecht aufgrund einer nur eingeschränkten Geltung der ärztlichen Schweigepflicht bei genetischen Daten**

Teilweise wird vertreten, aufgrund einer nur eingeschränkten Geltung der ärztlichen Schweigepflicht bei genetischen Daten stehe dem Arzt ein Offenbarungsrecht gegenüber Drittbetroffenen zu.

So sind *Spann, Liebhardt* und *Penning* der Ansicht, dass es zwei fundamental unterschiedliche Konstellationen bezüglich der ärztlichen Schweigepflicht gebe: Die eine Gruppe der Fälle betreffe nur einen Geheimnisherrn, in der anderen Gruppe würden die gewonnenen medizinischen

---

<sup>650</sup> Deutsche Gesellschaft für Humangenetik, Positionspapier, Sonderdruck Richtlinien und Stellungnahmen, 7. Aufl., 2001, 50.

<sup>651</sup> So gehen z. B. *Deutsch/Spickhoff* nicht näher darauf ein, wie der Konflikt zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des untersuchten Patienten und jenem genetisch betroffener Dritter rechtlich zu lösen ist. Sie merken nur an, dass das Interesse des Patienten am Schweigen des Arztes durch ein höherrangiges Interesse eines Dritten zurückgedrängt werden könne und ziehen als Beispiel hierfür den „DES“-Fall heran, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Es wurde herausgefunden, dass Mädchen im Alter von zwölf bis zwanzig Jahren besonders gefährdet sind an einem Genitalkarzinom zu erkranken, wenn ihre Mütter während der Schwangerschaft mit dem Hormonpräparat „DES“ behandelt wurden. Aufgrund dieser Erkenntnis wurden die weiblichen Nachkommen der behandelten Mütter ausfindig gemacht und auf die Gefahr hingewiesen, siehe dazu *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 479 m. w. N.

Erkenntnisse mehrere Personen in gleichem Maß betreffen. Innerhalb der zweiten Gruppe, zu der das Wissen um genetische Daten gehöre, sollten die herkömmlichen Regeln der ärztlichen Schweigepflicht ihrer Ansicht nach nicht gelten. Die grundsätzlich durch die Schweigepflicht geschützte Information sollte hier vielmehr als „eine Art gemeinsames Rechtsgut“ der potentiell genetisch Betroffenen behandelt werden mit der Konsequenz, dass der Arzt bei entsprechender Interessenlage jedem der Betroffenen die Information übermitteln dürfe.

*Spann, Liebhardt* und *Penning* befürworten ausdrücklich eine diesbezügliche gesetzliche Regelung<sup>652</sup>.

### **(bb) Ein Offenbarungsrecht ablehnende Auffassungen**

Die Humangenetikerin *Schroeder-Kurth* hingegen spricht sich strikt gegen ein ärztliches Mitteilungsrecht gegenüber Drittbetroffenen aus:

„Die einzige Kontaktperson zu den Angehörigen ist jeweils der Patient oder die Testperson selbst. Jeder hat das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“. Es ist allein die Entscheidung von Patient oder Ratsuchenden, seiner Familie von der genetischen Natur seiner Erkrankung Mitteilung zu machen und eventuell das Angebot einer genetischen Untersuchung zu vermitteln. Jeder Angehörige muss sich wiederum selbst entscheiden, ob er näher informiert, eventuell auch untersucht werden will, oder ob er von seinem „Recht auf Nicht-Wissen“ Gebrauch machen will.“

Ihre strikte Ablehnung eines ärztlichen Mitteilungsrechts begründet sie wie folgt:

„Es geht bei der genetischen Diagnostik wie bei jeder klassischen klinischen Diagnostik primär um den Patienten oder Ratsuchenden, nicht um seine Angehörigen, selbst wenn diese große Ängste vor einer genetischen Diagnose entwickeln oder sich vor einer familiären genetischen Belastung fürchten.“<sup>653</sup>

Auch *van den Daele* verneint im Ergebnis das Bestehen einer ärztlichen Offenbarungspflicht. Er gibt zu bedenken, dass die Erhebung prognostischer Daten zur eigenen Gesundheit zum

---

<sup>652</sup> Diese Regelung sollte ihrer Auffassung nach auch z. B. durch Androhung finanzieller Sanktionen zu verhindern versuchen, dass der einzelne „Geheimnisteilhaber“ Informationen über die genetische Disposition nach außen trägt, siehe *Spann, Liebhardt, Penning*, 27, 33.

<sup>653</sup> *Schroeder-Kurth*, *Zeitschrift für med Ethik* 48 (2002), 329, 339.

Kernbereich der Person<sup>654</sup> gehört. Hieraus folgert er, dass der Staat durch die hieraus resultierende Schutzpflicht sogar verpflichtet sei, einer eventuellen Ausbreitung einer „aktiven“ genetischen Beratung in der Medizin in geeigneter Weise entgegenzusteuern<sup>655</sup>.

### **(cc) Differenzierende Ansichten**

Ein Großteil derer, die sich mit der Frage befassten, unter welchen Umständen der Arzt ebenfalls von einer pathologischen genetischen Disposition Betroffene in Kenntnis setzen dürfe, vertritt differenzierende Ansichten<sup>656</sup>.

*Regenbogen* betont, das gesundheitliche Interesse potentiell Drittbetroffener müsse immer unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls gegen das Interesse an Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht abgewogen werden. Häufig werde in der prädiktiven Diagnostik nicht der Gesundheitsschutz Dritter im Vordergrund stehen, sondern der Schutz ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>657</sup> Hier bedürfe es der sorgfältigen Prüfung des Vorliegens einer gegenwärtigen Gefahr und einer Interessenabwägung.

Sie vertritt, der Arzt werde aufgrund der Reichweite und Sensibilität des genetischen Selbstbestimmungsrechts des behandelten Klienten grundsätzlich kein Recht haben, Dritte aktiv und gegen den Willen des Klienten an der humangenetischen Behandlung zu beteiligen<sup>658</sup>.

*Hofmann* vertritt, weigere sich der auf seine genetische Disposition Untersuchte nach ärztlicher Aufforderung, einen potentiell ebenfalls Betroffenen über das Ergebnis der Genanalyse in Kenntnis zu setzen, sei ein Bruch der ärztlichen Schweigepflicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt, sofern wahrscheinlich sei, dass der Verwandte eine genetische Veranlagung für eine „schwere, aber behandelbare Krankheit“ in sich trage.

Aber auch wenn eine Krankheit nicht behandelbar ist, sei eine entsprechende Information Drittbetroffener gem. § 34 StGB gerechtfertigt, da der Betroffene auch in diesen Fällen oft den Wunsch nach Kenntnis seiner genetischen Disposition und einer darauf aufbauenden Lebenspla-

---

<sup>654</sup> BVerfGE 27, 1, 6.

<sup>655</sup> v. d. Daele in KritV 1991, 257, 261.

<sup>656</sup> Siehe auch: Schöffski, Gendiagnostik: Versicherung und Gesundheitswesen. Eine Analyse aus ökonomischer Sicht, 121 f.

<sup>657</sup> Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 266.

<sup>658</sup> Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 266.

nung habe. Dieses Abwägungsergebnis begründet er mit einem Informationsrecht des potentiell Betroffenen, das er aus seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, seiner Menschenwürde und seinem Grundrecht auf Leben und Gesundheit ableitet und das das Geheimhaltungsinteresse des Patienten überwiege<sup>659</sup>.

*Hofmann* betont, dass „erst recht“ in den Fällen eine Rechtfertigung der ärztlichen Offenbarung gem. § 34 StGB anzunehmen sei, in denen die Wahrscheinlichkeit bestehe, dass der Dritte sogar an einer Krankheit leidet, die nicht nur mit Gefahren für ihn, sondern auch mit solchen für die Allgemeinheit verbunden sei<sup>660</sup>.

Könne hingegen ausgeschlossen werden, dass der Verwandte Träger einer pathologischen genetischen Disposition sei oder stehe fest, dass die Krankheit bei ihm nicht ausbrechen könne, z. B. weil sie nur beim jeweils anderen Geschlecht auftreten kann, so habe der Arzt kein Mitteilungsrecht gegenüber Dritten. In diesen Fällen müsse es dem Betroffenen selbst überlassen bleiben, ob er seine Verwandten informiere<sup>661</sup>.

*Fröhlich/Wang/Peters* sind der Auffassung, die ärztliche Schweigepflicht sei als „prima facie Pflicht“ zu betrachten, die der Arzt zugunsten anderer, übergeordneter „arztethischer“ Prinzipien verletzen dürfe.

Gegen die Einhaltung der ärztlichen Schweigepflicht sprechende Abwägungskriterien könnten die Schwere einer drohenden Erkrankung sowie die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten sein, dem Krankheitsausbruch vorzubeugen oder ihn zu vermeiden.

Gleichzeitig betonen sie aber auch, das zwischen Arzt und Patient bestehende Vertrauensverhältnis dürfe nicht dadurch gefährdet werden, dass der Patient die Weitergabe seiner Daten fürchten müsse und deswegen eventuell sogar notwendige Arztbesuche unterlasse<sup>662</sup>. Daher müsse die Aufklärung Drittbetroffener grundsätzlich an die Einwilligung des Patienten/Klienten gebunden sein, nur bei mangelnder Einsichtsfähigkeit, drohender Lebensgefahr oder zu befürchtenden erheblichen gesundheitlichen Einschränkungen für Blutsverwandte sei deren Aufklärung auch ohne Einwilligung des Getesteten möglich. Der getestete Patient/Klient müsse aber immer über diesen Schritt informiert werden<sup>663</sup>.

---

<sup>659</sup> Hofmann, Rechtsfragen der Genomanalyse, 149.

<sup>660</sup> Hofmann, Rechtsfragen der Genomanalyse, 149, Fn. 970.

<sup>661</sup> Hofmann, Rechtsfragen der Genomanalyse, 149.

<sup>662</sup> Fröhlich/Wang/Peters, Schweigepflicht oder Aufklärungspflicht? Eine Umfrage zur Arzt- und Patientenethik, in: Sass/Schröder (Hrsg.): Patientenaufklärung bei genetischem Risiko, 93, 107.

<sup>663</sup> Fröhlich/Wang/Peters, Schweigepflicht oder Aufklärungspflicht? Eine Umfrage zur Arzt- und Patientenethik, in: Sass/Schröder (Hrsg.): Patientenaufklärung bei genetischem Risiko, 93, 107.

Auch *Reiter-Theil* befasst sich mit der Frage, auf welche Weise ein angemessener Ausgleich zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und den Informationsinteressen Drittbetroffener gefunden werden kann.

Sie schlägt ein abgestuftes Vorgehen vor, um den Interessen Verwandter Rechnung zu tragen: Zunächst sollte die Testperson über die Bedeutung des Testergebnisses für ihre Blutsverwandten aufgeklärt werden. Sollte sie sich dabei weigern, Drittbetroffene entsprechend zu informieren, sollte in einem erneuten Gespräch wiederum versucht werden, dem Patienten/Klienten zu verdeutlichen, dass eine Berücksichtigung speziell der Interessen der Angehörigen notwendig sei: „Dabei kann von entscheidender Bedeutung sein, herauszufinden, *warum* er sich gegen die Weitergabe der Diagnose und die damit verbundenen Folgen für seine Verwandten sperrt, und zu versuchen, diese Probleme auszuräumen. Kann auf diese Weise keine Einigung erzielt werden, sollte ein Ethik-Konsil mit einem erfahrenen Kollegen erfolgen. Falls alle Möglichkeiten scheitern, ist der Klient darüber zu informieren, wenn gegen seinen Willen Informationen an Angehörigen weitergegeben werden sollen, damit er unter Umständen doch noch eine Form der Kooperation erwägen kann, „um sein Gesicht zu wahren“.<sup>664</sup>

Angemerkt sei, dass *Reiter-Theil* dieses Vorgehen zur Lösung des Interessenkonflikts nach Diagnose der nicht behandelbaren, letal verlaufenden Chorea Huntington vorschlägt.

*Damm* betont, dass im Rahmen der Abwägung zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und der ärztlichen Offenbarungsbefugnis gegenüber potentiell Drittbetroffenen je nach einschlägiger Disposition differenziert werden müsse; eine generalisierende Bewertung sei „kaum möglich“. Gleichwohl erwägt er aber für nicht behandelbare und nicht verhinderbare Krankheiten Vorrangregeln zugunsten des Rechts auf Nichtwissen<sup>665</sup>.

Darüber hinaus übt er Kritik an den „*Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen*“ der *Bundesärztekammer*, ohne gleichfalls Orientierungsmuster aufzuzeigen. Er betont, dass das in diesen Richtlinien konzipierte Informationsmodell auf zahlreiche Probleme verweise, die es nicht selbst zu lösen vermöge. Dies seien das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten/Klienten, das Recht auf Nichtwissen der Verwandten und seine

---

<sup>664</sup> Reiter-Theil, *Concilium* 1998, 34/2, 138, 147.

<sup>665</sup> Damm, *MedR* 1999, 437, 445.

Vereinbarkeit mit dem Grundsatz nichtaktiver Beratung. Darüber hinaus enthalte es zum einen Unschärfen bezüglich des vorgesehenen Kriteriums des „Mitbehandelns“<sup>666</sup>.

Es erscheint ihm zweifelhaft, „ob die in den Richtlinien vorgesehene Abwägungshoheit und Abwägungsverantwortung des Arztes zwischen Schweigepflicht und Fürsorgepflicht ohne jegliche Kriterienvorgabe aus medizinischer Sicht sinnvoll und aus rechtlicher Sicht zulässig ist. Die Frage ist, ob hier nicht eine ausdrückliche Beschränkung auf „harte“ Notstandskonstellationen angemessen wäre – wobei aber eine schlichte Übertragung der Grundsätze, wie sie zu schweren Infektionskrankheiten wie Aids entwickelt wurden, auf die krebsspezifische Genanalyse wohl kaum in Betracht kommt.“<sup>667</sup>

Was unter „harten“ Notstandskonstellationen zu verstehen ist, erläutert *Damm* nicht.

Der Humangenetiker *Henn* betont, sofern bereits bei genetisch bedingten (lebensbedrohlichen) Krankheiten Präventionsmöglichkeiten bestehen, sei es notwendiger Bestandteil der ärztlichen Aufklärung, dem Patienten „auch seine Verantwortung für die Benachrichtigung risikotragender Angehörigen bewusst zu machen“<sup>668</sup>.

Informiere der Patient/Klient Risikopersonen wegen innerfamiliärer Konflikte dennoch nicht, stehe dem Arzt ein Informationsrecht zu. Hier stehe die Fürsorgepflicht gegenüber der Risikoperson über der ärztlichen Schweigepflicht, so dass als ultima ratio ein aktives ärztliches Vorgehen gerechtfertigt sei. Er betont, vor der Wahrnehmung eines derartigen Informationsrechts seien alle anderen Optionen der Informationsübermittlung, z. B. eine Informationsweitergabe durch ein bereits informiertes Familienmitglied, auszuschöpfen<sup>669</sup>.

Die Offenbarung anderer als möglicherweise lebensrettender genetischer Informationen an Angehörige sei hingegen problematisch:

So bestehe z. B. häufig ein Interesse Angehöriger, von einer innerfamiliären Abortneigung zu erfahren. Das entsprechende Wissen sei zwar nicht therapeutisch relevant, eröffne den Angehörigen aber die Option, die eigene Anlageträgerschaft testen zu lassen und gegebenenfalls eine Pränataldiagnostik vornehmen zu lassen. Hier wäre eine entsprechende ärztliche Information

---

<sup>666</sup> Damm, MedR 1999, 437, 445.

<sup>667</sup> Damm, Universitas 1999, 433, 444.

<sup>668</sup> Henn, Zeitschrift für med Ethik 48 (2002), 341, 347; siehe dazu bereits: Henn, Schutz und Grenzen der informationellen Selbstbestimmung in der medizinischen Genetik, in: Zang/Henn, Humangenetik im Saarland, 341, 349 m. w. N.

<sup>669</sup> Henn, Zeitschrift für med Ethik 48 (2002), 341, 348.

seiner Auffassung nach grundsätzlich nicht gerechtfertigt, da die zu Informierenden nicht unmittelbar gefährdet seien<sup>670</sup>.

Auch wenn die ärztliche Schweigepflicht der Möglichkeit entgegenstehe, bezüglich ihrer genetischen Disposition besorgte Angehörige eines tatsächlich oder vermeintlich erbkranken Patienten von unbegründeten Sorgen zu entlasten, könne die Güterabwägung „mangels vitaler Interessen nicht eindeutig ausfallen“<sup>671</sup>.

Es handele sich hier um eine Gewissenentscheidung des Arztes, die sich allgemeinen rechtlichen Einordnungen entziehe und nur einzelfallbezogen entschieden werden könne<sup>672</sup>.

Da sich (auch) anlässlich eines lediglich mit medizinischer Intention vorgenommenen Gentests herausstellen kann, dass die vermeintlichen Vaterschaftsverhältnisse nicht den Tatsachen entsprechen, kann ein der ärztlichen Schweigepflicht entgegenstehendes Interesse des lediglich vermeintlichen Vaters bestehen, von diesem Umstand zu erfahren<sup>673</sup>. Hier schlägt *Henn* vor, jeweils einzelfallbezogen zu entscheiden, ob und gegebenenfalls wem in der Familie diese Tatsache mitzuteilen sei. Er betont, der Arzt habe sich in diesem Fall am restriktiven Prinzip des *nil nocere* zu orientieren, das dem Arzt auch um den Preis des Verwerfens klinisch wichtiger Untersuchungsergebnisse ein gegenüber der Familie zurückhaltendes Verhalten nahe lege<sup>674</sup>.

### **(a) Empirische Studien**

Da die rechtliche Lösung von Konflikten nie ohne Berücksichtigung der Interessen der unmittelbar Beteiligten erfolgen kann und darf, sind in diesem Zusammenhang auch die entsprechenden Einstellungen Betroffener sowie im humangenetischen Bereich tätiger Personen zu betrachten.

Daher sollen empirische Studien dargestellt werden, die insbesondere auf internationaler und interkultureller Ebene die Einstellungen von Experten und Laien bezüglich des Konfliktes zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und dem Informationsrecht Drittbetroffener untersuchten.

---

<sup>670</sup> Henn, Zeitschrift für med Ethik 48 (2002), 341, 348.

<sup>671</sup> Henn, Zeitschrift für med Ethik 48 (2002), 341, 348.

<sup>672</sup> Henn, Zeitschrift für med Ethik 48 (2002), 341, 350.

<sup>673</sup> Dieser Problematik kann hier aufgrund der medizinrechtlichen Themenstellung der Arbeit nicht näher nachgegangen werden.

<sup>674</sup> Henn, Zeitschrift für med Ethik 48 (2002), 341, 351.

### **(aa) Vorrangig „laienorientierte“ Studie**

So befasste sich eine die Aussagen von 453 Personen berücksichtigende Umfrage unter medizinethischen Laien, ethisch interessierten Studenten<sup>675</sup>, medizinischem Personal in der Ausbildung<sup>676</sup> sowie bereits medizinisch ausgebildetem Personal<sup>677</sup> aus Deutschland, Österreich, Spanien und China (u. a.) mit deren Einstellung zum Verhältnis von ärztlicher Schweigepflicht und ärztlicher Aufklärungsnotwendigkeit gegenüber Familienangehörigen, sofern der Ausbruch der Krankheit zumindest verzögert werden kann. Im Rahmen dieser Umfrage bejahten im internationalen Durchschnitt 84,7 % der Befragten die Frage, ob der Arzt im konkreten Fallbeispiel<sup>678</sup> verpflichtet sei, seine Patientin zu bitten, ihre Angehörigen über deren potentiellen Trägerstatus zu informieren<sup>679</sup>. Insgesamt ergab diese Studie, dass die kulturelle Identität keinen wesentlichen Einfluss auf die medizinethische Urteilsbildung hat, sondern dass die fachliche Kompetenz für jene von wesentlich größerer Bedeutung ist<sup>680</sup>. So standen die medizinethischen Laien sowohl der Weitergabe als auch der Entgegennahme von Informationen über genetische Daten deutlich aufgeschlossener gegenüber als alle anderen befragten Gruppen. Die Autoren der Studie erklären dieses Ergebnis mit der Tatsache, dass dieser Personengruppe die mit der Information über einen potentiellen nachteiligen Trägerstatus verbundenen Probleme nicht derart bewusst waren wie den anderen Befragten. Auch eine von nationalen und internationalen Forschungsorganisationen geförderte Studie, in deren Rahmen 1.400 Patienten/Klienten in 19 Kliniken und genetischen Beratungsstellen in den USA, Kanada, Frankreich und Deutschland befragt wurden, zeigte eine deutliche Diskrepanz zwischen

---

<sup>675</sup> Die Gruppe der „ethisch interessierten Studierenden“ setzte sich aus Angehörigen interdisziplinärer Seminare zusammen.

<sup>676</sup> Dieser Gruppe gehörten Medizinstudenten und angehende Krankenschwestern an.

<sup>677</sup> Die Gruppe des „Medizinischen Personals“ setzte sich aus Ärztinnen, Ärzten, Krankenschwestern und Pflegern zusammen.

<sup>678</sup> Dieser Studie lag folgendes Fallbeispiel zugrunde: Bei einer 60jährigen Patientin wird eine bereits ausgebrochene polyzystische Nierenerkrankung (APDKD) diagnostiziert. Es besteht die Möglichkeit, dass Blutsverwandte des Patienten prädiktive Träger der APDKD sind. Die als Fallbeispiel gewählte polyzystische Nierenerkrankung eignet sich besonders gut, um die Problematik der mit der ärztlichen Schweigepflicht kollidierenden Drittinteressen bei genetischen Erkrankungen zu verdeutlichen, da es sich um eine Krankheit handelt, deren akute Phase erst relativ spät auftritt und deren akuter Ausbruch durch Kontrolle des Blutdruckes sowie durch präventive Maßnahmen, z. B. durch Vermeidung von Kampfsportarten, zumindest verzögert werden kann.

<sup>679</sup> Allerdings bejahten nur 50,0 % der ethisch interessierten deutschen Studenten und 54,5 % des deutschen medizinischen Personals diese Frage; diese beiden Gruppen wiesen damit die niedrigste Zustimmungquote auf. Die Gruppe des „Medizinischen Personals“ aus Spanien bejahte diese Frage hingegen sogar zu 100 %.

<sup>680</sup> So ergab die Studie im Rahmen dieser Fragen wider Erwarten keine wesentlichen Differenzen im Antwortverhalten zwischen den europäischen und den chinesischen Befragten, siehe Fröhlich/Wang/Peters, Schweigepflicht oder Aufklärungspflicht? Eine Umfrage zur Arzt- und Patientenethik, in: Sass/Schröder (Hrsg.): Patientenaufklärung bei genetischem Risiko, 93, 105.

Expertenempfehlungen und den Wertvorstellungen betroffener Patienten.

Darüber hinaus zeigte diese Studie auch, dass die Patienten mit den von nationalen und internationalen Ethikkommissionen entwickelten Empfehlungen im Umgang mit genetischen Testangeboten und mit genetischem Wissen wenig vertraut waren.

Die befragten Patienten befürworteten – wohl zu einem nicht geringen Teil aufgrund dieses Informationsdefizites - einen offenen Umgang mit genetischen Informationen innerhalb von Familien auch gegen den Wunsch einzelner Betroffener, vor allem aber befürworteten sie eine Einschränkung der ärztlichen Schweigepflicht bezüglich genetischer Testergebnisse gegenüber Familienangehörigen<sup>681</sup>.

### **(bb) Studie unter humangenetisch tätigen Medizinern**

Eine unter 2907 humangenetisch tätigen Medizinern aus insgesamt 36 Nationen unterschiedlicher Kulturkreise durchgeführte Studie<sup>682</sup> untersuchte ebenfalls anhand eines konkret gestellten Fallbeispiels<sup>683</sup> deren Einstellung zum Konflikt zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und den kollidierenden Gesundheitsinteressen Drittbetroffener.

Die Studie ergab folgendes Bild: 36 % der befragten Mediziner würden die ärztliche Schweigepflicht wahren, 32 % würden den potentiell betroffenen Verwandten die relevanten Informationen erteilen, sofern sie gefragt würden, 17 % würden diese Informationen auch ohne entsprechende Nachfrage an die Verwandten weitergeben und 15 % würden die Problematik dem überweisenden Arzt überlassen<sup>684</sup>.

---

<sup>681</sup> Wertz/Nippert/Wolff/Ayme', Ethik und Genetik aus der Patientenperspektive: Ergebnisse einer internationalen Studie, *Genomexpress* 2/01, 15, 15 f.

<sup>682</sup> Siehe im Einzelnen zum Aufbau der Studie: Wertz/Nippert/Wolff, Patient and Professional Responsibilities in Genetic Counseling, in: Sass/Schröder (Hrsg.): Patientenaufklärung bei genetischem Risiko, 79, 80 ff.

<sup>683</sup> Die konkrete Fragestellung war folgende: Bei einem Patienten, der die Weitergabe seiner Diagnose sowie weiterer gesundheitlich wichtiger Informationen durch den Arzt an möglicherweise ebenfalls betroffene Verwandte verweigert, wurde das Li-Fraumeni-Syndrom diagnostiziert. Dem Patienten ist die aus einer derartigen genetischen Disposition resultierende Gefahr auch für seine Verwandten bewusst, dennoch sind alle ärztlichen Versuche, von ihm eine Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht zu erlangen, gescheitert. Wertz/Nippert/Wolff, Patient and Professional Responsibilities in Genetic Counseling, in: Sass/Schröder (Hrsg.): Patientenaufklärung bei genetischem Risiko, 79, 85.

<sup>684</sup> „15 % would send the problem back to the referring physician and let her/him decide what to do“, Wertz/Nippert/Wolff, Patient and Professional Responsibilities in Genetic Counseling, in: Sass/Schröder (Hrsg.): Patientenaufklärung bei genetischem Risiko, 79, 85.

### **(e) Eigene Stellungnahme**

Die dargestellten Lösungsansätze zeugen allesamt von der besonderen Schwierigkeit, zwischen den Interessen der Testperson und jenen potentiell Drittbetroffener einen angemessenen Ausgleich zu schaffen.

M. E. ist in diesem Kontext zum einen zu berücksichtigen, dass genetische Daten eine besondere Sensibilität aufweisen. Zum anderen ist u. a. der Tatsache Rechnung zu tragen, dass für (auch) genetisch bedingte Krankheiten bislang nur teilweise wirksame Therapieoptionen bzw. präventive Handlungsmöglichkeiten bestehen.

### **(aa) Besondere Sensibilität genetischer Daten**

Die von *Spann, Liebhardt* und *Penning* vertretene Auffassung, das Wissen um genetische Daten solle als „eine Art gemeinsames Rechtsgut“ der potentiell genetisch Betroffenen behandelt werden, weshalb die herkömmlichen Regeln der ärztlichen Schweigepflicht nicht gelten würden, ist m. E. abzulehnen.

Diese Auffassung verkennt die besondere Sensibilität genetischer Daten, aufgrund derer der ärztlichen Verschwiegenheit gegenüber kollidierenden Drittinteressen eine besondere Bedeutung zukommt.

Genetische Informationen unterscheiden sich in mehrfacher Hinsicht und nicht nur wegen der von *Spann, Liebhardt* und *Penning* angeführten Besonderheit, dass sie auch Rückschlüsse auf die genetischen Anlagen Blutsverwandter zulassen, von anderen medizinischen Daten.

Schon dieser Drittbezug ist keineswegs zwingend als Argument für einen offenen familiären Umgang mit genetischen Daten zu betrachten. So weisen Humangenetiker darauf hin, dass die Kenntnis der genetischen Familiendisposition negative Auswirkungen nicht nur auf die Beziehungen zu den eigenen Kindern und Eltern, sondern auch auf jene zum Partner und zu entfernteren Verwandten haben kann<sup>685</sup>. Das Wissen um eine genetische Erkrankung macht nämlich alle Familienmitglieder (in unterschiedlichem Maße) zu Betroffenen: Nicht betroffene Eltern betroffener Kinder haben oft bewusste oder unbewusste Schuldgefühle, gesunde Geschwister fürchten, selbst betroffene Kinder zu bekommen und die Erkrankten bzw. von einer

---

<sup>685</sup> Schmidtke, Vererbung und Ererbtes, 12.

genetisch bedingten Erkrankung Bedrohten leiden nicht nur unter ihrer Erkrankung, sondern zusätzlich auch unter den erwähnten Problemen ihrer „nicht betroffenen“ Verwandten<sup>686</sup>.

Die genetische Krankheitsdiagnostik unterscheidet sich dadurch von den übrigen medizinisch-diagnostischen Methoden, dass sie über einen aktuellen Befund hinaus Krankheitsdispositionen eines Menschen offen legt, die für das ganze Leben festliegen, und dass sie in wesentlich höherem Maße als sonstige Diagnostik auch präsymptomatisch, also vor dem organischen Beginn einer Krankheit, möglich ist<sup>687</sup>. Gerade aufgrund dieses Aspekts weist das Wissen um die genetische Disposition eine ambivalente Note auf, da die Kenntnis, in Zukunft eventuell oder sogar mit Sicherheit an einer u. U. sogar letal verlaufenden Krankheit zu leiden, bei Fehlen präventiver bzw. therapeutischer Möglichkeiten schwere psychische und soziale Probleme für die Testperson und ihr persönliches Umfeld zur Folge haben kann.

Da der Inhalt genetischer Information von der Rasse und Ethnizität der Testperson abhängt, beinhalten genetische Daten außerdem ein nicht zu vernachlässigendes Diskriminierungspotential.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass z. B. auf Arbeitgeberseite<sup>688</sup> oder im Versicherungswesen<sup>689</sup> großes (kommerzielles) Interesse an der Kenntnis genetischer Daten besteht. Aufgrund eines zwischen den einzelnen Anwendungsbereichen genetischer Diagnostik möglichen Informationsflusses ist eine soziale Benachteiligung aufgrund des Vorliegens eines bestimmten genetischen

---

<sup>686</sup> Schmidtke, Vererbung und Ererbtes, 23.

<sup>687</sup> BT-Drucks. 14/9020, 131.

<sup>688</sup> Da mittels Genanalyse genetisch bedingte besondere Anfälligkeiten des Arbeitnehmers gegen bestimmte Stoffe festzustellen sind, kann die Kenntnis entsprechender Dispositionen einerseits dazu dienen, den gesundheitlichen Schutz des Arbeitnehmers zu optimieren. Andererseits kann der Arbeitgeber durch Veranlassung einer Genanalyse sein Interesse verwirklichen, möglichst „schadstoffresistente“ Arbeitnehmer zu beschäftigen und so die Produktivität steigern. Des Weiteren kann die Genanalyse im Arbeits- und öffentlichen Dienstrecht dem Interesse des Arbeitgebers dienen, den Gesundheitszustand eines Stellenbewerbers allgemein zu untersuchen, um sich zu vergewissern, dass dieser dauerhaft arbeitsfähig ist. Siehe zu dieser Problematik allgemein: Wiese, Genetische Analysen und Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts. Siehe zur ähnlich gelagerten Problematik im Bereich der Arbeitsvermittlung und dem hieraus resultierenden Bedarf einer aufeinander abgestimmten arbeits- und sozialrechtlichen Normierung bereits zu Beginn der 90er Jahre: Heilmann/Appel, „Genomanalyse im Sozialrecht“, in: Simon, Jürgen (Hrsg.): Recht der Biotechnologie, Band III, 1992, 22.70, 1 ff.

<sup>689</sup> Lebens- und (private) Krankenversicherungen haben ein besonderes Interesse an den genetischen Daten ihrer Vertragspartner, da das individuelle Erkrankungsrisiko eines Versicherungsnehmers durch genetische Tests genauer feststellbar ist und die Versicherung ihre potentiellen Kosten dementsprechend individueller kalkulieren könnte. Es wäre den Versicherungen dadurch theoretisch möglich, potentiellen Vertragspartnern aufgrund eines höheren Erkrankungsrisikos den Abschluss eines Versicherungsvertrages zu verweigern bzw. einen solchen nur unter besonderen Konditionen, z. B. bei Zahlung eines erhöhten Versicherungsbeitrages, abzuschließen. Siehe zu dieser Thematik als solcher: Schöffski in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, Rn. 1334 ff.; Berberich, Die Zulässigkeit genetischer Tests in der Lebens- und privaten Krankenversicherung; Schöffski, Gendiagnostik: Versicherung und Gesundheitswesen. Eine Analyse aus ökonomischer Sicht.

Disposition nicht auszuschließen, so dass genetisches Wissen, insbesondere solches mit prädiktivem Charakter, nicht ausschließlich im medizinischen Kontext betrachtet werden darf.

Derartiges Wissen bedarf m. E. wegen der aufgezeigten Gefahren in besonderem Maße der ärztlichen Verschwiegenheit.

### **(bb) Offenbarungsrecht bei Bestehen präventiver oder therapeutischer Handlungsmöglichkeiten**

Das besondere Interesse der Testperson, ihre nachteilige genetische Disposition vor ihrer Familie geheim zu halten, kann somit deren Offenbarung gegenüber Dritten entgegenstehen.

Wie bereits deutlich wurde, kann allerdings ein u. U. sogar vitales Interesse Verwandter bestehen, die eigene genetische Disposition zu kennen, sofern therapeutische Möglichkeiten bestehen oder präventive Maßnahmen den Krankheitsausbruch (in voller Intensität) verhindern bzw. hinauszögern können.

Bestehen wirksame therapeutische Möglichkeiten oder können präventive Maßnahmen, z. B. eine Änderung der Lebensgewohnheiten oder die Vornahme medizinischer Eingriffe den Krankheitsausbruch (in voller Intensität) verhindern bzw. hinauszögern, kann das Wissen um die eigene genetische Disposition einen großen individuellen Nutzen aufweisen. So kann z. B. der Ausbruch von Phenylketonurie, einer genetisch bedingten Stoffwechselerkrankung, bei der es zu keinem vollständigen Abbau der Aminosäure Phenylalanin kommt und die zu schweren geistigen Entwicklungsstörungen führen kann, durch eine spezielle Diät verhindert werden<sup>690</sup>. Auch kann beispielsweise der Ausbruch einer Form des erblichen Darmkrebses (familiäre adenomatöse Polyposis) durch eine präventive Entfernung des Dickdarms (Colectomie) zu Beginn der Erwachsenenalters beschränkt werden<sup>691</sup>.

Bei letal verlaufenden Krankheiten oder solchen, die zu schweren gesundheitlichen Belastungen führen, deren Ausbruch aber durch entsprechende Maßnahmen verhindert, hinausgezögert, abgeschwächt oder wirksam therapiert werden kann, tritt daher m. E. das Interesse der Testperson an Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht trotz der besonderen Sensibilität genetischer Daten hinter dem Recht des Drittbetroffenen auf Leben bzw. körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II

---

<sup>690</sup> Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 260. Aufl., 2004, Stichwort: Phenylketonurie.

<sup>691</sup> Regenbogen/Henn, MedR 2003, 152, 153.

GG zurück, so dass dem Arzt ein entsprechendes Offenbarungsrecht gem. § 34 StGB zuzugestehen ist.

### **(cc) Offenbarungsrecht bei Fehlen präventiver oder therapeutischer Handlungsmöglichkeiten**

Bestehen hingegen keine zumindest ansatzweise wirksamen präventiven oder therapeutischen Handlungsmöglichkeiten, steht dem Arzt m. E. kein entsprechendes Offenbarungsrecht gegenüber Drittbetroffenen zu.

Derartige Maßnahmen sind bislang nur bei wenigen diagnostizierbaren Krankheiten möglich.

Dies resultiert zum einen aus der Tatsache, dass die stetig wachsende Zahl möglicher Gentests nicht von einer ebenso raschen Entwicklung wirksamer Präventions- bzw. Therapiemöglichkeiten begleitet wird.

Zum anderen werden nur wenige der bislang bekannten Krankheiten vorwiegend oder ausschließlich durch genetische Störungen hervorgerufen<sup>692</sup>. Die überwiegende Zahl (auch) genetisch bedingter Krankheiten kommt vielmehr durch multifaktorielle Krankheitsursachen, also durch ein Zusammenwirken mehrerer Gene mit Umweltfaktoren zum Ausbruch.

Diese Diskrepanz zwischen diagnostischen und präventiven bzw. therapeutischen Möglichkeiten zeigt sich beispielhaft an der Brustkrebs-Diagnostik. Brustkrebs ist bei deutschen Frauen mit jährlich über 40000 Neuerkrankungen die häufigste Art der Krebserkrankung, wobei ca. 5% dieser Erkrankungen auf einer vererbten Mutation der BRCA1- und BRCA2-Gene beruhen. Frauen mit einem mutierten BRCA1-Gen besitzen je nach Art der Mutation ein bis zu 85 %-iges Risiko, bis zum Alter von 70 Jahren an Brustkrebs zu erkranken sowie ein bis zu 60 %-iges Risiko, an Ovarialkrebs zu erkranken. Eine Analyse der BRCA-Gene kann den getesteten Frauen zwar Aufschluss über ihre Anlageträgerschaft geben, es gibt allerdings bislang keine verlässlichen klinischen und epidemiologischen Daten, welche der Anlageträgerinnen erkranken. Darüber hinaus kommt als prophylaktische Maßnahme außer häufigeren mammographischen Vorsorgeuntersuchungen bzw. einer allerdings keine absolute Krankheitsprävention bietenden medika-

---

<sup>692</sup> BT-Drucks. 14/9020, 121. Häufig auftretende sog. monogene Krankheiten sind z. B. der familiär bedingte Brust- und Darmkrebs sowie bestimmte Formen von Morbus Alzheimer, siehe Schmidte, Gentests. Entwicklung, Leistungsfähigkeit, Interpretation, in: Honnefelder et al., Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen, 170; Lautenschläger/Kurz/Müller, Nervenarzt 1999, 195, 195 ff.

mentösen Chemoprophylaxe nur eine Brustamputation (Mastektomie) in Betracht, die allerdings ebenfalls keinen absoluten Schutz vor der Erkrankung gewährt<sup>693</sup>.

Die Übermittlung des potentiellen Bestehens einer krankheitsauslösenden genetischen Disposition kann somit in derartigen Fällen die Gefahr für die körperliche Unversehrtheit und u. U. das Leben des potentiell Drittbetroffenen nur bedingt abwenden.

In diesem Kontext gilt es auch zu bedenken, dass das Vorliegen wirksamer Therapieoptionen bzw. präventiver Handlungsmöglichkeiten für die psychischen Auswirkungen insbesondere prädiktiven genetischen Wissens entscheidend ist.

Bestehen keine derartigen Optionen, kann die Kenntnis, in Zukunft eventuell oder sogar mit Sicherheit an einer u. U. sogar einen letalen Verlauf nehmenden Krankheit zu erkranken, für die Testperson und ihr persönliches Umfeld u. a. schwere psychische Probleme zur Folge haben. Der prognostische Charakter dieser Testergebnisse kann die Betroffenen nicht nur belasten und verunsichern, sondern zu derart schweren psychosomatischen Folgeerscheinungen führen, dass es sogar zum Suizid kommen kann<sup>694</sup>.

Aus diesem Grund wird die Information über das Bestehen eines genetisch bedingten Krankheitsrisikos nicht nur als eine Form medizinischer Intervention verstanden, die den Betroffenen als invasive „informationelle Intervention“ sogar dann schädigen und beunruhigen könne, wenn dieser ausdrücklich entsprechend informiert werden wollte<sup>695</sup>. Sie wird von Humangenetikern sogar mit einem riskanten chirurgischen Eingriff in die psychische Integrität des Ratsuchenden verglichen<sup>696</sup>. In diesem Zusammenhang wird auch betont, Fehler bei der Erstellung, Interpretation oder Bewertung gendiagnostischer Befunde könnten derart schwerwiegende Probleme zur Folge haben wie eine fehlerhafte Therapie<sup>697</sup>.

---

<sup>693</sup> Aus diesem Gründen wird die Analyse der BRCA-Gene bislang sehr zurückhaltend gehandhabt, siehe zur Problematik der Analyse der BRCA-Gene auch: Hennen et al., Das Genetische Orakel, in: Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (Hrsg.): Studien des Büros für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Bd. 10, 2001, 31, 39; Beckmann et al., DÄBl 1997, A-161, 161 ff.; Feuerstein/Kollek, Forum DKG, 1999, 203, 205.

<sup>694</sup> Birnbacher, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 1997, 105, 106; Spranger et al., medgen 1999, 541, 541; Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 93 f. m. w. N.; Hennen, et al., Das Genetische Orakel, in: Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (Hrsg.): Studien des Büros für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Bd. 10. Berlin, 2001, 31, 39.

<sup>695</sup> Birnbacher, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 1997, 105, 112.

<sup>696</sup> Henn, Schutz und Grenzen der informationellen Selbstbestimmung in der medizinischen Genetik, in: Zang/Henn: 25 Jahre Humangenetik im Saarland, 341, 345.

<sup>697</sup> Bartram et al., Humangenetische Diagnostik, XXIV.

Zwar mag der Betroffene auch bei Fehlen präventiver oder therapeutischer Möglichkeiten den Wunsch nach Kenntnis seiner genetischen Disposition und einer darauf aufbauenden Lebensplanung haben, indem er z. B. das zukünftige Erkrankungsrisiko bereits bei seiner Berufswahl berücksichtigt, bewusst auf Kinder verzichtet oder sich gerade für solche entscheidet und auf diese Weise seine individuelle Lebensqualität verbessert.

Die Langzeitwirkungen eines derartigen Wissenszuwachses sind bislang allerdings kaum wissenschaftlich untersucht, es wird befürchtet, dass mancher mit den psychischen und sozialen Folgen dieses Wissens überfordert ist<sup>698</sup>.

Es wird darauf hingewiesen, dass ein Mensch aufgrund seiner scheinbar „determinierenden Gene“ entmutigt werden kann, in sein „Humankapital“ zu investieren<sup>699</sup>. *Laufs* stellt in diesem Zusammenhang m. E. zutreffend fest: „Die Kenntnis der eigenen Gene vermag Handlungsmöglichkeiten nicht nur zu erweitern, sondern auch zu zerstören.“<sup>700</sup>

Von Humangenetikern wird daher teilweise darauf hingewiesen, dass die Tabuisierung einer genetischen Erkrankung in der Familie eine wichtige Schutzfunktion erfüllen könne: „Manche Eltern klären ihre Kinder über das Erkrankungsrisiko nicht auf, um ihnen nicht die Chance zu nehmen, unbeschwert zu leben, einen Partner zu finden oder eine Familie zu gründen.“<sup>701</sup>

Diese Schutzfunktion würde durch eine entsprechende ärztliche Information Drittbetroffener missachtet.

Zu betonen ist auch, dass die geringe medizinische Invasivität insbesondere prädiktiver Diagnostik wegen der schweren potentiellen psychischen und sozialen Auswirkungen der gewonnenen Information oft von einer besonders intensiven Betroffenheit des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts begleitet ist<sup>702</sup>.

Dem Recht auf Nichtwissen kommt daher bei Fehlen präventiver oder therapeutischer Möglichkeiten besonderes Gewicht zu, aufgrund dessen dem Arzt m. E. in derartigen Fällen kein Offenbarungsrecht gegenüber Drittbetroffenen zuzugestehen ist. Das Interesse an Kenntnis der eigenen genetischen Disposition als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 1 I i. V. m. 2 II GG vermag keine entsprechende Offenbarung zu rechtfertigen.

---

<sup>698</sup> Siehe zu den Auswirkungen eines prädiktiven Gentests auf Chorea Huntington und der Notwendigkeit einer begleitenden psychotherapeutischen Beratung: Retzlaff et al., *Psychotherapeut* 2001, 36, 37.

<sup>699</sup> Wüstner, *Genetische Beratung. Risiken und Chancen*, 247 m. w. N.

<sup>700</sup> Laufs, *Fortpflanzungsmedizin*, 94.

<sup>701</sup> Retzlaff et al., *Psychotherapeut* 2001, 36, 40.

Der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, der teilweise fließend in den Schutz des Gesundheit übergehen kann<sup>703</sup>, gebietet vielmehr die Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht.

---

<sup>702</sup> Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 331 ff.; Koppernock, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung. Zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 85 ff.; Wiese, FS Niederländer, 475, 475 ff.

<sup>703</sup> Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 94; siehe zum psychosozialen Gesundheitsschutz auf grundrechtlicher Ebene: Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 77 f.

## C. Ärztliche Informationspflichten

Besteht die Möglichkeit, dass Verwandte der Testperson ebenfalls eine gesundheitlich nachteilige genetische Disposition aufweisen, so könnte der Arzt trotz seiner Verpflichtung zur Verschwiegenheit nicht nur zu deren Information berechtigt, sondern zivilrechtlich sogar zu einer solchen verpflichtet sein.

In diesem Zusammenhang wird teilweise wie im Bereich der Infektionskrankheiten danach differenziert, ob der potentiell gefährdete Dritte in der Behandlung desselben Arztes steht wie die Testperson oder ob dies nicht der Fall ist.

Im erstgenannten Fall könnte sich wiederum aus dem Behandlungsvertrag mit dem Drittbetroffenen ein entsprechender Informationsanspruch ergeben.

Ist der potentiell ebenfalls betroffene Verwandte hingegen nicht Patient des Arztes, der die Testperson behandelt, ist diskutabel, ob der Verwandte in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages mit der Testperson einbezogen ist und ob dem Arzt aufgrund dessen gegenüber dem Verwandten eine Informationspflicht obliegt.

### I. Informationspflicht aus dem eigenen Behandlungsvertrag

#### 1. Lösungsansätze

Die Rechtsprechung befasste sich bislang nicht mit der Frage, ob dem Arzt unter bestimmten Umständen eine behandlungsvertragliche Pflicht obliegt, von ihm ebenfalls behandelte Drittbetroffene über ihre potentiell pathologische genetische Disposition zu informieren.

Ein Großteil der sich mit dem Konflikt zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und den kollidierenden Interessen Blutsverwandter bezüglich humangenetischer Daten befassenden Lösungsansätze bejaht zwar unter bestimmten Umständen ein Informationsrecht des Arztes, geht aber ebenfalls nicht auf die Frage ein, ob auch eine ärztliche Pflicht bestehen kann, Verwandte der Testperson, die möglicherweise ebenfalls eine krankheitsrelevante genetische Disposition aufweisen, entsprechend zu informieren.

### a) „Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen“ der Bundesärztekammer

Seitens der Fachgesellschaften äußerte sich bislang lediglich die *Bundesärztekammer* in den in den 1998 herausgegebenen „Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen“ zu der in Rede stehenden Problematik.

Richtlinien sind fachspezifische Regelungen einer gesetzlich, rechtlich, standesrechtlich oder satzungsrechtlich legitimierten Institution, die für deren Rechtsbereich verbindlich sind. Sie werden in einem geordneten Verfahren konsentiert, schriftlich fixiert und veröffentlicht. Richtlinien räumen dem einzelnen Arzt einen nur geringen Ermessensspielraum ein und weisen unter den verschiedenen Arten medizinischer Normen die höchste Verbindlichkeit auf<sup>704</sup>. Ihre Missachtung kann standesrechtliche Sanktionen nach sich ziehen.

Die „Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen“ betonen die ärztliche Fürsorgepflicht gegenüber von demselben Arzt mitbehandelten Angehörigen. Sie statuieren eine ärztliche Informationspflicht, sofern der Arzt nicht nur die Testperson, sondern auch den potentiell betroffenen Verwandten behandelt:

„Der betreuende Arzt informiert den Patienten darüber, dass er die Personen mit erhöhtem Krebsrisiko unter seinen Verwandten auf dieses Risiko sowie insbesondere das Angebot einer genetischen Beratung hinweisen sollte. Auch die Information über die Möglichkeit einer prädiktiven Diagnostik, die verfügbaren Früherkennungsmaßnahmen und präventiven sowie therapeutischen Optionen sollten dem Patienten überlassen bleiben. Grundsätzlich soll sich der Arzt nicht selber an die Verwandten seines Patienten wenden, es sei denn, dass der Patient seine Angehörigen nicht informiert und die Verwandten vom gleichen Arzt mitbehandelt werden, wobei die Fürsorgepflicht gegen die ansonsten bestehende Schweigepflicht abzuwägen ist.“<sup>705</sup>

### b) Literatur

Auch in der Literatur befassen sich nur wenige mit der Problematik, ob dem Arzt unter bestimmten Umständen nicht nur ein Informationsrecht, sondern auch eine behandlungsvertragli-

---

<sup>704</sup> So formuliert *Hart*: „Richtlinien müssen, Leitlinien sollen und Empfehlungen können befolgt werden“, siehe *Hart*, *Ärztliche Leitlinien und Haftungsrecht*, in: ders. (Hrsg.): *Ärztliche Leitlinien*, 137, 140.

<sup>705</sup> Bundesärztekammer, *Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen*, DÄBl 1998, A-1398, 1398.

che Pflicht obliegt, von ihm ebenfalls behandelte Drittbetroffene über ihre potentiell pathologische genetische Disposition zu informieren:

*Regenbogen* vertritt die Auffassung, eine ärztliche Pflicht zur Einbeziehung Drittbetroffener in die genetische Beratung bestehe zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht<sup>706</sup>.

*Hofmann* vertritt ohne nähere Ausführungen die Auffassung, habe der Arzt seinen Patienten bei bestimmten genetischen Dispositionen vergeblich aufgefordert, Drittbetroffene entsprechend zu informieren, bestehe keine Pflicht des Arztes, den Verwandten des Patienten deren genetische Disposition mitzuteilen<sup>707</sup>.

*Erlinger* betont, gerade im besonders sensiblen Bereich genetischer Information müsse sich der Patient absolut auf die Verschwiegenheit des Arztes verlassen können, um das notwendige Vertrauensverhältnis aufzubauen.

Eine behandlungsvertragliche Informationspflicht des Arztes sei daher abzulehnen. Anderenfalls zwänge man den Patienten praktisch, in geheimnissensiblen Fällen einen ihm unbekanntem Arzt aufsuchen, um der Gefahr der Drittinformation zu entgehen. Als Recht für den Arzt, in besonders gelagerten Fällen die Angehörigen zu benachrichtigen, sei der rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB ausreichend<sup>708</sup>.

Auch der Humangenetiker *Henn* vertritt, derartige Konfliktsituationen würden einer Gewissensentscheidung des Arztes unterliegen, „die sich allgemeinen rechtlichen Einordnungen entzieht und nur auf den Einzelfall bezogen getroffen werden kann“<sup>709</sup>.

*Sass* ist der Auffassung, die Kollision der ärztlichen Schweigepflicht mit Informationsinteressen potentieller genetischer Risikoträger würde nicht von den klassischen Prinzipien der ärztlichen Schweigepflicht abgedeckt. Er schlägt daher „für die krankheitsspezifische molekulargenetische Forschung und für die humangenetische Beratung“ vor, „das Modell der „Zustimmung nach

---

<sup>706</sup> Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 282.

<sup>707</sup> Hofmann, Rechtsfragen der Genomanalyse, 148 f.

<sup>708</sup> Erlinger, Strafrechtliche Grenzen genetischer Untersuchungen, in: Dierks et al, Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, 80.

<sup>709</sup> Henn, Zeitschrift für med Ethik 48 (2002), 341, 350.

Aufklärung“ durch ein breiteres Modell, ein Vertragsmodell des „informed contract“, einen „Vertrag nach Aufklärung“ zu ersetzen“. Eine solche vertragliche Festlegung der Rechte und Pflichten sowohl der beratenden, behandelnden und forschenden Medizin als auch jener der Patienten/Klienten würde beiden Seiten Grenzen und Umfang des individuellen Datenschutzes sowie der Information an Dritte verdeutlichen. Er betont, die innere Ausgestaltung eines solchen Vertrages sollte sich im Regelfall „an der informationellen Selbstbestimmung des Ratsuchenden oder Probanden orientieren“.<sup>710</sup>

Weitergehende Ausführungen, welche Pflichten Inhalt dieses “informed contract” sein sollten und auf welche Weise die seiner Auffassung nach im Bereich genetischer Daten notwendigen Modifikationen der ärztlichen Schweigepflicht erfolgen sollten, unterlässt *Sass* allerdings gänzlich.

### **c) Eigene Stellungnahme**

Eine ärztliche Informationspflicht gegenüber potentiell ebenfalls von einer krankheitsauslösenden genetischen Disposition betroffenen Verwandten der Testperson ist aufgrund des ärztlichen Heilauftrages nur bei Krankheiten diskutabel, für die präventive Handlungsmöglichkeiten oder wirksame Therapieoptionen bestehen.

Eine entsprechende behandlungsvertragliche Verpflichtung könnte dem an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmenden Arzt obliegen, da dieser, wie bereits ausgeführt<sup>711</sup>, aufgrund der bei der systematischen Auslegung zivilrechtlicher Normen zu beachtenden Grundentscheidung der § 73 I SGB V und 73 b) SGB V zu einer umfassenden medizinischen Betreuung seines Patienten verpflichtet ist. Dieser ist daher grundsätzlich auch zur Abwehr von Gefahren verpflichtet, die nicht ausdrücklich Gegenstand des Behandlungsvertrages geworden sind.

---

<sup>710</sup> *Sass*, Patienten- und Bürgeraufklärung über genetische Risikofaktoren, in *Sass/Schröder* (Hrsg.), Patientenaufklärung bei genetischen Risiko, 50. Hierzu führt *Sass* an anderer Stelle aus: “Three areas of health care and research seem to need immediate modification in the clinical, ethical and regulatory setup of modern medicine as a result of new paradigms from genetics: (1) clinical research in drug development, (2) disease-specific clinical research in genetics, (3) carrier screening and consultation for the treatment of specific genetic disorders. The relationship of self-determination and privacy, with rights and obligations to know, to get consultation and best possible medical care has to be re-assessed, and the traditional soft-paternalism model of 'informed consent' could be replaced by an 'informed contract' model between carriers, their physicians, researchers, and research institutions.”, so *Sass*, *Eubios. Journal of Asian and International Bioethics* 11 (2001), 130, 130.

<sup>711</sup> Siehe dazu unter Teil 2., 1. Kapitel, B. I. 1. d).

Gegen eine derartige vertragliche Pflicht des Hausarztes spricht m. E. allerdings dessen fehlende fachliche Kompetenz auf dem in vielfacher Hinsicht besonders sensiblen und sich von den herkömmlichen Bereichen der Medizin abhebenden Gebiet der Genmedizin<sup>712</sup>.

Wie bereits erwähnt, vergleichen Humangenetiker die Mitteilung einer genetischen Risikodiagnose mit einem riskanten chirurgischem Eingriff in die psychische Integrität des Ratsuchenden<sup>713</sup> bzw. betonen, Fehler bei der Erstellung, Interpretation oder Bewertung gendiagnostischer Befunde könnten derart schwerwiegende Probleme zur Folge haben wie es bei einer fehlerhaften Therapie der Fall ist<sup>714</sup>.

Das Vorliegen fundierter krankheitsspezifischer, medizinisch-genetischer Fachkenntnisse ist daher nicht nur für die Indikationsstellung, sondern auch für die Interpretation der Untersuchungsergebnisse sowie die genetische Beratung von großer Bedeutung.

Es wird von fachlicher Seite aber vielfach beklagt, dass gerade die medizinische Genetik bereits im Medizinstudium kaum vertieft wird. Auch wird häufig betont, dass die medizinische Genetik durch eine rasant zunehmende Komplexität und Spezialisierung der Materie gekennzeichnet ist, die Ärzte anderer Fachrichtungen nicht bewältigen können<sup>715</sup>.

Untersuchungen haben gezeigt, dass Ärzte, die keine besondere fachliche Qualifikation im Bereich der Humangenetik aufweisen können, für diese Aufgabe nicht angemessen ausgebildet sind und erheblichen Fehleinschätzungen unterliegen<sup>716</sup>.

Aufgrund dessen statuiert die Bundesärztekammer in den „Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen“ nicht nur einen Arztvorbehalt, sondern einen Facharztvorbehalt bezüglich der Indikationsstellung und Durchführung genetischer Tests<sup>717</sup>. Auch seitens anderer Fachgesellschaften sowie in einer Vielzahl aktueller Stellungnahmen wird betont,

---

<sup>712</sup> Siehe zur besonderen Sensibilität genetischer Daten bereits: Teil 2, 2. Kapitel, II. 2. c) (e) (aa).

<sup>713</sup> Henn, Schutz und Grenzen der informationellen Selbstbestimmung in der medizinischen Genetik, in: Zang/Henn: 25 Jahre Humangenetik im Saarland, 341, 345.

<sup>714</sup> Bartram, Humangenetische Diagnostik, XXIV.

<sup>715</sup> Schmidkte, medgen 1998, 523, 523; Deutsche Gesellschaft für Humangenetik, Stellungnahme zur postnatalen prädiktiven genetischen Diagnostik, medgen 2000, 376, 376 f.; Bundesärztekammer, Memorandum: Genetisches Screening, DÄBl 1992, B-1433, 1437.

<sup>716</sup> So im Kontext der molekulargenetischen FAP-Diagnostik: Bartram in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Rn. 1098.

<sup>717</sup> Bundesärztekammer, Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen, DÄBl 1998, A-1398, 1398 ff.; Lautenschläger et al, Nervenarzt 1999, 195, 202; Schmidkte, medgen 1998, 523, 523; Lanzerath, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, 1998, 193, 195; Lanzerath/Honnelfelder in: Düwell (Hrsg.): Ethik in der Humangenetik, 51, 68 ff.

dass entsprechende Fachkenntnisse Bedingung für die Leitung einer genetischen Diagnostik und Beratung sein müssen<sup>718</sup>.

Um das Testergebnis eines Patienten derart qualifiziert interpretieren zu können, dass er dabei auch die gesundheitlichen Gefahren für von ihm ebenfalls behandelte Blutsverwandte hinreichend abschätzen kann, muss der Arzt wissen, welchen Vererbungsgang die an der jeweiligen Krankheit beteiligte genetische Disposition aufweist und mit welcher Wahrscheinlichkeit die entsprechende Genveränderung zur Ausprägung eines Krankheitsphänotyps führt.

Bei multifaktoriell bedingten Krankheiten wird die Interpretation des Ergebnisses eines Gentests darüber hinaus dadurch erschwert, dass verschiedene externe Faktoren den Krankheitssausbruch in unterschiedlichem Maße begünstigen können. Hier muss der Arzt außerdem beachten, dass auch das Verhalten des Disponierten, z. B. seine Ernährungsgewohnheiten und sein Tabak- oder Alkoholkonsum in unterschiedlichem Maße Einfluss auf den Ausbruch der Erkrankung hat.

Der an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmende Arzt aber ist grundsätzlich Facharzt für Allgemeinmedizin<sup>719</sup> und als solcher ein Generalist, der aufgrund seines („lediglich“) universellen Verständnisses der Medizin zum Zusammenwirken mit Medizinern anderer Fachrichtungen in der Lage sein soll<sup>720</sup>.

Da ein zu fachspezifisch angelegtes Wissen nicht dem Berufsbild der zwecks Gewährleistung einer ausgewogenen Grundversorgung der Bevölkerung in fachlicher Breite angelegten Allgemeinmedizin entspreche, darf dem Allgemeinmediziner gerade kein Übermaß an Kenntnissen in Spezialgebieten abverlangt werden.

Die fachgerechte Interpretation des Drittbezuges humangenetischer Testergebnisse kann daher von einem an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmenden Arzt unter Berücksichtigung seiner spezifischen Fähigkeiten nicht geleistet werden, da dieser aufgrund seines Ausbildungsstandes und seiner Erfahrung nicht hinreichend qualifiziert ist, das Testergebnis seines Patienten so differenziert zu interpretieren, dass er die gesundheitlichen Gefahren für dessen von ihm ebenfalls behandelte Blutsverwandte in dem für eine sachgerechte Beratung notwendigen Umfang

---

<sup>718</sup> Angemerkt sei allerdings, dass die bestehenden Kapazitäten an im humangenetischen Bereich fachkundigen Ärzten gegenwärtig zu gering sind, um den Bedarf zu decken, siehe Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 168 f.

<sup>719</sup> Zwar dürfen auch bestimmte Fachärzte an der hausärztlichen Versorgung teilnehmen. Der beim Allgemeinmediziner festzustellende Mangel an humangenetischen Kenntnissen wird aber auch bei diesen - aufgrund ihrer Spezialisierung auf anderem medizinischem Gebiet möglicherweise in noch stärkerem Maße als beim Allgemeinmediziner - festzustellen sein.

<sup>720</sup> Siehe auch: Laufs/Uhlenbruck (Laufs), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 11, Rn. 37. <sup>720</sup> Siehe auch: Laufs/Uhlenbruck (Laufs), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, § 11, Rn. 37.

abschätzen kann.

Eine vertragliche Pflicht des an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmenden Arztes zur Information Drittbetroffener ist daher m. E. abzulehnen.

Unter bestimmten Umständen kann hingegen dem aufgrund seiner spezifischen Weiterbildung zur fachgerechten Interpretation der Drittbezüge eines humangenetischen Testergebnisses befähigten Facharzt für Humangenetik<sup>721</sup> eine behandlungsvertragliche Pflicht obliegen, Drittbetroffene über ihre möglicherweise pathologische genetische Disposition zu informieren.

Zwar wird dieser als Facharzt im Gegensatz zum Hausarzt grundsätzlich nur für eine bestimmte Facharztbehandlung aufgesucht und übernimmt daher keine generelle medizinische Betreuung<sup>722</sup>.

Daher ist der Facharzt für Humangenetik grundsätzlich nicht behandlungsvertraglich verpflichtet, die ihm gegenüber seinem einen Patienten obliegende Schweigepflicht zu brechen und seinen anderen Patienten über dessen potentiell pathologische genetische Disposition zu informieren.

Auf eine entsprechende Frage seines Patienten könnte er allerdings zu einer solchen Information verpflichtet sein, da die konkrete gesundheitlich nachteilige Familiendisposition in diesem Fall in den fachärztlichen Behandlungsvertrag einbezogen wird.

In diesem Fall unterliegt der Facharzt für Humangenetik einer Pflichtenkollision, da er aufgrund der konkreten Frage des Klienten zum einen behandlungsvertraglich verpflichtet ist, die mit einer nachteiligen genetischen Disposition verbundenen Lebens- und Gesundheitsgefahren abzuwenden, zum anderen aber gegenüber seinem bereits getesteten Patienten zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Diese Pflichtenkollision ist wiederum unter Berücksichtigung der im Rahmen des § 34 StGB getroffenen Güterabwägung zu lösen.

Wäre die Schweigepflichtverletzung nach den oben herausgearbeiteten Kriterien gem. § 34 StGB gerechtfertigt, weil die in Rede stehende Krankheit einen letalen Verlauf nehmen oder zu schweren gesundheitlichen Beeinträchtigungen führen kann, ihr Ausbruch aber durch entsprechende Maßnahmen verhindert, hinausgezögert, abgeschwächt oder wirksam therapiert werden kann, ist der Facharzt für Humangenetik m. E. gegenüber dem gefährdeten Patienten zu einer entsprechenden Information verpflichtet.

---

<sup>721</sup> Siehe zu den an den Erwerb dieser Qualifikation geknüpften Anforderungen der Musterweiterbildungsordnung: Schmidkte, in: Winter/Fenger/Schreiber, Genmedizin und Recht, Rn. 1653.

<sup>722</sup> Siehe dazu unter Teil 2., 1. Kapitel, B. I. 1. d).

## **II. Informationspflicht gegenüber nicht in der Behandlung des Arztes stehenden Personen aufgrund deren Einbeziehung in den Schutzbereich des (humangenetischen) Behandlungsvertrages**

Ist der Blutsverwandte nicht Patient des Arztes, der die Testperson behandelt, könnte sich eine ärztliche Informationspflicht gegenüber dem potentiell Drittbetroffenen aus dem (humangenetischen) Behandlungsvertrag der Testperson als einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ergeben<sup>723</sup>.

Wie bereits erwähnt, können humangenetische Tests in verschiedenen Behandlungskontexten Anwendung finden.

Für Drittbetroffene ist dabei insbesondere das Ergebnis eines Gentests mit prädiktiven Charakter von Interesse.

Zur Einführung in die Thematik ist es zunächst erforderlich, den sich von „herkömmlichen“ Behandlungsverträgen unterscheidenden behandlungsvertraglichen Rahmen derartiger Testverfahren in der gebotenen Kürze zu beschreiben.

Anschließend soll auf die Frage eingegangen werden, ob der Drittbezug der behandlungsvertraglichen Sorgfaltspflichten derart zu einer Einbeziehung potentieller Risikopersonen in den Schutzbereich des humangenetischen Behandlungsvertrages führen kann, dass hieraus eigene Informationsansprüche resultieren.

### **1. Der humangenetische Behandlungsvertrag**

Der humangenetische Behandlungsvertrag<sup>724</sup> gliedert sich im Idealfall in unterschiedliche Stadien, wobei in jedem Abschnitt ein informed consent des Ratsuchenden/der Testperson

---

<sup>723</sup> Siehe zu den Voraussetzungen der Einbeziehung speziell von Integritätsinteressen Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages unter Teil 2, 1. Kapitel, B. I. 2. a) (1).

<sup>724</sup> Da Prävention, Diagnose, Therapie und Nachsorge einzeln oder zusammen typische Bestandteile der ärztlichen Behandlung sind, kann auch die nicht zwangsläufig therapeutisch ausgerichtete genetische Diagnostik und Beratung als Form ärztlicher „Behandlung“ betrachtet werden, siehe Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 45.

vorliegen muss. Der zeitliche Ablauf eines humangenetischen Behandlungsvertrages wird dabei durch die „Trias Beratung – Diagnostik – Beratung“ gekennzeichnet<sup>725</sup>.

Unter einer genetischen Beratung<sup>726</sup> wird der gesamte "Kommunikationsprozess, der sich mit den menschlichen Problemen befasst, die mit dem Auftreten oder dem Risiko des Auftretens einer genetischen Erkrankung in einer Familie verknüpft sind" verstanden, in deren Rahmen u. a. Art und Aussagekraft der Diagnose, der mutmaßliche Verlauf und die zur Verfügung stehenden Behandlungsoptionen, der erbliche Anteil an der Erkrankungsursache und das Wiederholungsrisiko für bestimmte Verwandte erläutert werden sollen<sup>727</sup>.

Da es in Deutschland (bislang) an einer gesetzlichen Regelung zum notwendigen Inhalt einer genetischen Beratung (und damit auch zur angemessenen Berücksichtigung des Drittbezuges im Rahmen des genetischen Behandlungsvertrages) fehlt<sup>728</sup>, liegt es nahe, in diesem Bereich auf professionelle Normen zurückzugreifen, die die vertraglichen Pflichten prägen und präzisieren können<sup>729</sup>.

1996 veröffentlichte der *Berufsverband Medizinische Genetik e. V.* „Leitlinien zur genetischen Beratung“, die Empfehlungen zum notwendigen Inhalt und zur richtigen Vorgehensweise bei

---

<sup>725</sup> Eine andere Situation als bei den hier dargestellten genetischen Einzeluntersuchungen liegt bei den präsymptomatischen Neugeborenen-Screenings auf bestimmte, sofort behandelbare Stoffwechselkrankheiten vor. Bei letzteren gibt es sowohl organisatorische als auch personelle Schwierigkeiten, den Teilnehmern eine genetische Beratung anzubieten. Hier kommen schriftliche Aufklärungsbögen und Einverständniserklärungen zum Einsatz, auf die Möglichkeit einer individuellen Beratung wird hingewiesen. Die genetische Beratung erfolgt beim Neugeborenen-Screening erst nach dem Befund und vor der notwendigen Therapie, siehe Schroeder-Kurth, *Zeitschrift für medizinische Ethik* 48 (2002), 329, 338.

<sup>726</sup> Siehe zu dem von dem Begriff der ärztlichen „Aufklärung“ zu unterscheidenden Begriff der „Beratung“: Kern, *Zivilrechtliche Aspekte der Humangenetik*, in: Hillenkamp, *Medizinrechtliche Probleme der Humangenetik*, 24.

<sup>727</sup> Regenbogen, *Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik*, 50 m. w. N.

<sup>728</sup> Der „Diskussionsentwurf für ein Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz)“ des Bundesgesundheitsministeriums enthält zwar in § 12 GenDGE Normierungsvorschläge zur genetischen Beratung. Gem. § 12 III GenDGE muss diese Beratung auch eine eingehende Erörterung der möglichen medizinischen, psychischen und sozialen Fragen beinhalten, auf welche Weise aber dem Drittbezug genetischer Daten Rechnung getragen werden soll, wird nicht erwähnt.

<sup>729</sup> Angemerkt sei, dass auch die „Proposed International Guidelines On Ethical Issues In Medical Genetics And Genetic Services“ der WHO dem Drittbezug genetischer Beratung Rechnung tragen, indem sie betonen, dass der genetische Berater die Testperson über den Nutzen der erlangten Information für Verwandte informieren sollte und sie auf das Angebot genetischer Beratung hinweisen sollte: „When appropriate, as part of their general duty to educate, counsellors should inform people that genetic information may be useful to their relatives and may invite individual to ask the relatives to seek genetic counselling“, siehe „Proposed International Guidelines On Ethical Issues In Medical Genetics And Genetic Services“ der WHO online unter: >[www.who.int/genomics/publications/en/ethical\\_guidelines1998.pdf](http://www.who.int/genomics/publications/en/ethical_guidelines1998.pdf)< (Stand: 15.3.2007). Rechtliche Bindungswirkung kommt diesen - wie erwähnt - allerdings nicht zu.

einer genetischen Beratung beinhalten und den medizinischen Standard in diesem Bereich sichern können<sup>730</sup>.

Leitlinien sind systematisch entwickelte Entscheidungshilfen für Ärzte über die angemessene Vorgehensweise bei spezifischen medizinischen Fragestellungen, sie sind das Ergebnis der Rezeption medizinisch-wissenschaftlicher Erkenntnisse und Erfahrungen<sup>731</sup>. Da ärztliche Leitlinien das Ergebnis eines geordneten Normsetzungsverfahrens medizinischer Fachgesellschaften sind, kann ihnen in der klinischen Praxis ein hoher Verbindlichkeitsstandard zukommen<sup>732</sup>, vor allem aber kann die Missachtung ärztlicher Leitlinien auch als Standardunterschreitung und damit als Behandlungsfehler betrachtet werden<sup>733</sup>.

Gem. den „Leitlinien zur genetischen Beratung“ des *Berufsverbandes Medizinische Genetik e. V.* soll im Rahmen der genetischen Beratung eine Familienanamnese über mindestens 3 Generationen in einer der Fragestellung und dem Beratungsziel angemessenen Genauigkeit und Ausführlichkeit erfolgen.

Darüber hinaus statuieren sie u. a., dass das genetische Beratungsgespräch die Bedeutung genetischer Faktoren bei der Krankheitsentstehung und deren Auswirkungen auf die Erkrankungswahrscheinlichkeit für Angehörige bzw. die/den zu Beratenden selbst beinhalten soll<sup>734</sup>.

Nicht so ausführlich wie die „Leitlinien zur genetischen Beratung“, dafür aber mit größerer rechtlicher Verbindlichkeit betonen auch die „Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen“ der *Bundesärztekammer* die Notwendigkeit, den Drittbezug im Rahmen der genetischen Beratung zu verdeutlichen:

„Der betreuende Arzt informiert den Patienten darüber, dass er die Personen mit erhöhtem Krebsrisiko unter seinen Verwandten auf dieses Risiko sowie insbesondere das Angebot einer genetischen Beratung hinweisen sollte.“<sup>735</sup>

---

<sup>730</sup> Siehe zu den Standards humangenetischer Behandlung: Regenbogen, *Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik*, 228 ff.

<sup>731</sup> Hart, *MedR* 1998, 8, 11; ders., *Ärztliche Leitlinien und Haftungsrecht*, in: Hart (Hrsg.): *Ärztliche Leitlinien*, 137, 140.

<sup>732</sup> Regenbogen, *Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik*, 139.

<sup>733</sup> OLG Stuttgart, *MedR* 2002, 650, 650 f.; siehe aber auch: OLG Naumburg, *MedR* 2002, 471, 472.

<sup>734</sup> Berufsverband Medizinische Genetik, *Leitlinien zur Genetischen Beratung*, abgedr. in: *Deutsche Gesellschaft für Humangenetik / Berufsverband Medizinische Genetik, Medizinische Genetik, Richtlinien und Stellungnahmen*, 7. Aufl., 2001, 56 f.

<sup>735</sup> Bundesärztekammer, *Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen*, *DÄBl* 1998, A-1398, 1398.

Der Umfang eines humangenetischen Behandlungsvertrages ist zum Zeitpunkt der ersten genetischen Beratung noch offen: Dies resultiert zum einen aus dem Erfordernis einer Indikation zur Vornahme eines Gentests<sup>736</sup> und aus der Möglichkeit der Testperson, ihr Recht auf Nichtwissen auszuüben.

Zum anderen stellt sich häufig im Laufe der genetischen Beratung heraus, dass es im konkreten Fall keine geeignete Untersuchungsmethode gibt oder dass die Sorgen des Klienten aufgrund von Fehlvorstellungen über die Vererbbarkeit der Erkrankung objektiv unbegründet waren. In diesen Fällen wird das Vertragsverhältnis vorzeitig beendet.

Wird hingegen - zumeist mittels Chromosomenanalyse oder DNA-Sequenzierung - ein Gentest durchgeführt, bekommt der humangenetische Behandlungsvertrag einen werkvertraglichen Einschlag.

Nach Durchführung des Tests entscheidet der Patient/Klient (möglichst) unbeeinflusst vom genetischen Berater, ob er das Untersuchungsergebnis zur Kenntnis nehmen oder von seinem Recht auf Nichtwissen Gebrauch machen will<sup>737</sup>.

Da das Verhalten der Testperson gerade bei multifaktoriell bedingten Krankheiten großen Einfluss auf den Ausbruch der Erkrankung hat, kommt der fachgerechten Interpretation des Testergebnisses und der anschließenden genetischen Beratung große Bedeutung zu. Aus diesem Grund werden die standardgerechte Diagnosestellung und die hiermit verbundene Diagnoseaufklärung als Hauptpflichten des diagnostischen Beratungsvertrages qualifiziert<sup>738</sup>.

Zu jeder genetischen Beratung gehört ein abschließender Bericht, den ausschließlich der Ratsuchende erhalten soll und der den Inhalt der genetischen Beratung in verständlicher Form zusammenfasst.

---

<sup>736</sup> Die meisten genetischen Beratungsstellen teilen die Personen, bei denen eine Indikation zur Vornahme einer genetischen Beratung vorliegt, in sieben Gruppen ein: Einer der Elternteile ist von einer genetisch bedingten Erkrankung betroffen, in der Familie eines Elternteils ist ein Betroffener, gesunde Eltern haben ein betroffenes Kind, ein möglicher Umweltschaden hat auf das Ungeborene eingewirkt, erhöhtes Alter der Eltern, habituelle Abortneigung, Verwandtenehe, siehe Wüstner, Genetische Beratung. Risiken und Chancen, 231. Darüber hinaus kann eine genetische Beratung auch aus psychischen Gründen indiziert sein. Siehe zur Indikation in der medizinischen Genetik auch: Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 142 ff. m. w. N.; 176 ff. m. w. N.; siehe insbes. zur speziellen Problematik der Indikation bei Nicht-Einwilligungsfähigen: Deutsche Gesellschaft für Humangenetik, Stellungnahme zur genetischen Diagnostik bei Kindern und Jugendlichen, medgen 1995, 358, 358 f.; dieselbe, Aktualisierte Stellungnahme zur postnatalen prädiktiven genetischen Diagnostik, medgen 2000, 376, 376 f.

<sup>737</sup> Deutsche Gesellschaft für Humangenetik, Stellungnahme zur postnatalen prädiktiven genetischen Diagnostik, Aktualisierung, medgen 2000, 376 f.; Bundesärztekammer, Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen, DÄBl 1998, A-1398, 1398; siehe weiterführend: Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 50 ff. m. w. N.

<sup>738</sup> Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 73.

## **2. Einbeziehung Drittbetroffener in den Schutzbereich des humangenetischen Behandlungsvertrages**

Aufgrund des erheblichen Drittbezuges der dargelegten Pflichten des humangenetischen Behandlungsvertrages ist eine ärztliche Informationspflicht gegenüber dem potentiell Drittbetroffenen aus dem Behandlungsvertrag der Testperson als einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter diskutabel ist<sup>739</sup>.

Die Rechtsprechung hat sich bisher nicht mit der Frage befasst, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen potentiell ebenfalls eine pathologische genetische Disposition aufweisende Dritte in den Schutzbereich eines (humangenetischen) Behandlungsvertrages einbezogen werden<sup>740</sup>.

In der Literatur wird die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des humangenetischen Behandlungsvertrages (erst) vereinzelt angedacht.

So wird vertreten, Drittbetroffene wären im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in die vertraglichen Schutz- und Obhutspflichten der humangenetischen Beratung einbezogen, denn der genetische Berater müsse den Patienten/Klienten derart beraten, dass dieser wiederum Drittbetroffene so aufklären könne, dass eine „prädiaktive Testung bzw. Vorsorgeuntersuchung vorgenommen werden könn(t)e.“<sup>741</sup> Die Sorgfaltspflicht des Arztes bei Vornahme der therapeutischen Aufklärung im humangenetischen Behandlungsvertrag könne sich somit auch auf jene erstrecken, die auf das Wissen um ein genetisch bedingtes Krankheitsrisiko angewiesen seien, um sich effektiv vor gesundheitlichen Schäden zu schützen<sup>742</sup>.

*Regenbogen* betont, hingegen sei die Pflicht zur sorgfältigen Vornahme der Selbstbestimmungsaufklärung, deren maßgeblicher Schutzgegenstand das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist, bislang nur gegenüber Personen einzuhalten, mit denen der Arzt einen Behandlungsvertrag abgeschlossen habe<sup>743</sup>.

---

<sup>739</sup> Siehe zu den Voraussetzungen der Einbeziehung speziell von Integritätsinteressen Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages unter Teil 2, 1. Kapitel, B. I. 2. a) (1).

<sup>740</sup> Siehe zu den ärztlichen Pflichten aus einem präkonzeptionellen human-genetischen Beratungsvertrag als solchem: BGHZ 124, 128 ff.; siehe zur Rechtsprechung bezüglich der Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des „herkömmlichen“ Behandlungsvertrages bereits unter Teil 2, 1. Kapitel, B. I. 2. a) (2) (a).

<sup>741</sup> Kunstmann et al., *medgen* 2003, 399, 400.

<sup>742</sup> Regenbogen, *Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiaktiven genetischen Diagnostik*, 267 ff.

<sup>743</sup> Regenbogen, *Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiaktiven genetischen Diagnostik*, 269.

Auch die „Leitlinien zur genetischen Beratung“ des *Berufsverbandes Medizinische Genetik e. V.* befassten sich mit der Rede stehenden Problematik. Sie verneinen die Frage, ob der Drittbezug genetischer Informationen zu ärztlichen Informationspflichten gegenüber Drittbetroffenen führen könne<sup>744</sup>.

Auch empirische Studien unter verschiedenen Personengruppen befassten sich mit der Fragestellung, ob der Drittbezug genetischer Informationen zu ärztlichen Informationspflichten gegenüber Drittbetroffenen führen könne.

Hier verneinte eine große Mehrheit der Befragten das Bestehen ärztlicher Informationspflichten gegenüber nicht in der Behandlung des Arztes stehenden Personen auch in den Fällen, in denen der Krankheitsausbruch durch präventive Maßnahmen zumindest hätte verzögert werden können<sup>745</sup>.

Eine Minderheit von 21,2 % bejahte allerdings unter diesen Umständen das Bestehen einer ärztlichen Informationspflicht<sup>746</sup>.

Zu dieser Mindermeinung wurde begleitend angemerkt: „Praktizierende Ärzte mögen entsetzt sein über diese Forderung. Das nicht zuletzt auf Vertrauen basierende Arzt-Patienten-Verhältnis scheint gefährdet durch eine entsprechende Verletzung der Schweigepflicht. Hinzu kommen Schwierigkeiten der praktischen Umsetzung angesichts zersplitterter oder zerstrittener Familien. Sollen Ärzte in ihrer eng bemessenen Freizeit etwa auch noch Verwandte ihrer Patienten

---

<sup>744</sup> So ist nach den „Leitlinien zur genetischen Beratung“ des *Berufsverbandes Medizinische Genetik* die „aktive“ Beratung, also die Kontaktaufnahme durch den Berater mit nicht unmittelbar ratsuchenden Familienangehörigen ohne deren ausdrücklichen Wunsch untersagt, siehe Berufsverband Medizinische Genetik, Leitlinien zur Genetischen Beratung, abgedr. in: Deutsche Gesellschaft für Humangenetik / Berufsverband Medizinische Genetik, Richtlinien und Stellungnahmen, 7. Aufl., 2001, 56 f. Das Prinzip der Nichtaktivität der genetischen Beratung soll verhindern, dass durch eine aktive Information über genetische Testmöglichkeiten das Bestehen eines „Verpflichtungstatbestandes zur Gendiagnostik“ suggeriert und damit eugenischen Tendenzen Vorschub geleistet wird, siehe Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 122 m. w. N.

<sup>745</sup> Dieser Studie lag folgendes – bereits in Fußnote 678 geschildertes - Fallbeispiel zugrunde: Bei einer 60jährigen Patientin wird eine bereits ausgebrochene polyzystische Nierenerkrankung (ADPKD) diagnostiziert. Es besteht die Möglichkeit, dass Blutsverwandte des Patienten prädiktive Träger der APDKD sind. Die als Fallbeispiel gewählte polyzystische Nierenerkrankung eignet sich besonders gut, um die Problematik mit der ärztlichen Schweigepflicht kollidierender Drittinteressen bei genetischen Erkrankungen zu verdeutlichen, da es sich um eine Krankheit handelt, deren akute Phase erst relativ spät auftritt und deren akuter Ausbruch durch Kontrolle des Blutdruckes sowie durch präventive Maßnahmen zumindest verzögert werden kann.

Siehe zu dieser Umfrage auch bereits unter Teil 2, Kapitel 2, B. II. 2. c) (2) (e).

<sup>746</sup> Fröhlich/Wang/Peters, Schweigepflicht oder Aufklärungspflicht? Eine Umfrage zur Arzt- und Patientenethik, in: Sass/Schröder (Hrsg.): Patientenaufklärung bei genetischen Risiko, 93, 98.

ausfindig machen, wenn die Erkrankten sich weigern? Und selbst wenn Dritte recherchierten, müsste ihnen von Seiten der Gesellschaft das Mandat dazu erteilt werden.“<sup>747</sup>

### 3. Eigene Stellungnahme

Ich bin der Auffassung, dass das Mehrheitsergebnis der empirischen Umfrage sowie die „Leitlinien zur genetischen Beratung“ im Einklang mit der Rechtslage stehen.

Damit ein Informationsanspruch eines Blutsverwandten, der potentiell eine ebenfalls nachteilige genetische Disposition aufweist, bejaht werden könnte, müsste dieser zunächst Leistungsnähe aufweisen.

Wie erwähnt, werden die standardgerechte Diagnosestellung und die hiermit verbundene Diagnoseaufklärung als Hauptpflichten des diagnostischen Beratungsvertrages betrachtet<sup>748</sup>. Auch die Sicherheitsaufklärung, die auch Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung genannt wird<sup>749</sup>, und in deren Rahmen der Patient über ein therapiegerechtes Verhalten zur Sicherung des Heilerfolges beraten werden muss<sup>750</sup>, zählt zu den Pflichten des Behandlungsvertrages. Sie wird überwiegend als unselbständiger Bestandteil einer lege artis durchgeführten ärztlichen Behandlung im Rahmen des Behandlungsvertrages begriffen<sup>751</sup>.

Verletzt der Arzt seine Pflicht zur Vornahme der Diagnose- und Sicherheitsaufklärung, ist der Patient nicht hinreichend über die Möglichkeiten, den Krankheitsausbruch (in voller Intensität) zu verhindern oder hinauszögern bzw. diese zu therapieren, informiert. Dadurch ist er nicht in der Lage, potentiell ebenfalls genetisch betroffene Verwandte derart aufzuklären, dass diese sich vor gesundheitlichen Schäden schützen können<sup>752</sup>, indem sie die Möglichkeiten genetischer Tests wahrnehmen oder präventive Maßnahmen zu ergreifen.

Potentiell ebenfalls genetisch betroffene Dritte kommen daher typischerweise mit den Pflichten

---

<sup>747</sup> Fröhlich/Wang/Peters, Schweigepflicht oder Aufklärungspflicht? Eine Umfrage zur Arzt- und Patientenethik, in: Sass/Schröder (Hrsg.): Patientenaufklärung bei genetischen Risiko, 93, 106.

<sup>748</sup> Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 73.

<sup>749</sup> Menter, Die therapeutische Aufklärung als Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Heilpflichtprimat des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 51 f. m. w. N.

<sup>750</sup> Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, 115.

<sup>751</sup> Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 192 m. w. N.

<sup>752</sup> Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung in der prädiktiven genetischen Diagnostik, 267 ff.

zur Diagnose- und Sicherheitsaufklärung in Berührung, wie es auch in den „*Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen*“ der *Bundesärztekammer* sowie den „*Leitlinien zur genetischen Beratung*“ des *Berufsverbandes Medizinische Genetik e. V.* herausgestrichen wird.

Blutsverwandte des Patienten sind daher ebenso wie der Gläubiger der Gefahr einer Pflichtverletzung ausgesetzt, sofern aufgrund des spezifischen Erbgangs der Krankheit und des jeweiligen Verwandtschaftsgrades zur Testperson die Möglichkeit ihrer genetischen Betroffenheit besteht. Dieser Personenkreis weist daher Leistungsnähe auf.

Zweifelhaft ist aber, ob auch die weiteren Voraussetzungen vorliegen, um eine Einbeziehung dieses Personenkreises in den Schutzbereich des humangenetischen Behandlungsvertrages zu bejahen. Dazu müsste der Patient das erforderliche Gläubigerinteresse aufweisen; er müsste also daran interessiert sein, potentielle genetische Risikopersonen in den Schutzbereich seines Behandlungsvertrages einzubeziehen.

Grundsätzlich ist zunächst vom Arzt mangels anderweitiger Erkenntnisse nicht nur vorzusetzen, dass der Patient ein Interesse an sorgfältiger Vornahme der Diagnose- und Sicherheitsaufklärung hat, um in seinem eigenen Interesse den therapeutischen Erfolg zu ermöglichen und zu sichern, sondern auch, um Verwandte über die ihnen potentiell drohende Gesundheitsgefahr und die Möglichkeit (prädiktiver) Tests sowie präventiver und therapeutischer Optionen informieren zu können<sup>753</sup>.

Das Vorliegen eines Gläubigerinteresses wäre in diesem Fall zu bejahen.

Erkennt der Arzt allerdings, dass der Patient/Klient Drittbetroffene nicht informiert, obwohl er dem Drittbezug genetischer Daten im Rahmen seiner Beratung durch Abschätzung des Erkrankungsrisikos auch für Angehörige sowie gegebenenfalls den Rat, Verwandte mit erhöhtem Erkrankungsrisiko auf das Angebot einer genetischen Beratung hinzuweisen, Rechnung getragen hat, obliegen ihm keine weitergehenden vertraglichen Pflichten.

Auch hier würde eine entsprechende Erweiterung der vertraglichen Pflichten im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unberücksichtigt lassen, dass dessen Rechtsgrundlage eine (ergänzende) Vertragsauslegung<sup>754</sup> ist, die berücksichtigen soll, dass eine

---

<sup>753</sup> Kunstmann et al., *medgen* 2003, 399, 400.

<sup>754</sup> BGHZ 56, 269, 273; BGH, NJW 1984, 355, 356.

Vertragspartei aufgrund besonderer Umstände auch das (Integritäts)interesse eines Dritten geschützt wissen will.

Weist der Patient/Klient trotz entsprechender Aufklärung Drittbetroffene nicht auf ihr erhöhtes Erkrankungsrisiko, die jeweils zur Verfügung stehenden präventiven und therapeutischen Möglichkeiten sowie die Möglichkeit, eine genetische Beratung wahrzunehmen hin, macht er gerade deutlich, dass er am Gesundheitsschutz Drittbetroffener kein Interesse hat.

Würde man das fehlende Interesse des Gläubigers am Integritätsschutz Drittbetroffener außer acht lassen, würde man den Vertrag bezüglich der Erweiterung vertraglicher Pflichten gegenüber Dritten in unzulässiger Weise entgegen dem Parteiwillen auslegen, was die Rechtsprechung zu Recht bisher nur für die Haftung beratender Berufe unter der engen Voraussetzung zugelassen hat, dass die Drittnutzung im Vertrag immanent angelegt war<sup>755</sup>.

Mangels Gläubigerinteresses besteht daher m. E. keine ärztliche Pflicht, Drittbetroffene aufgrund einer Einbeziehung in den Schutzbereich des humangenetischen Behandlungsvertrages vor genetisch bedingten gesundheitlichen Gefahren zu warnen.

---

<sup>755</sup> Das der Einbeziehung Drittbetroffener in den Schutzbereich eines Behandlungsvertrages entgegenstehende Interesse des Gläubigers muss daher berücksichtigt werden. Die Fallkonstellationen, in denen die Interessen des Gläubigers und des Dritten gegenläufig sind, der Dritte aber dennoch in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen wird, sind nicht mit dem (humangenetischen) Behandlungsvertrag vergleichbar, da dieser nicht dadurch charakterisiert wird, dass der Arzt gegenläufige Interessen seines Vertragspartners und jene eines Dritten zum Ausgleich bringt. Charakteristisch für die Fallgruppe unbeachtlicher gegenläufiger Interessen ist gerade der erkennbare „Öffentlichkeitsbezug“. Die Expertenmeinung ist hier von vornherein auch für den Gebrauch durch Dritte bestimmt. Der Arzt hingegen ist fast ausschließlich seinem Patienten verpflichtet, mit dem ihn eine besondere Vertrauensbeziehung verbindet, siehe dazu bereits unter 1. Kapitel, B. I. 2. a) (1) (c) (bb).

### **Teil 3: Zusammenfassung und wesentliche Ergebnisse**

1. Das Vertrauen des Patienten in die ärztliche Verschwiegenheit ist für das Arzt-Patient-Verhältnis von zentraler Bedeutung, da es zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens gehört. Deshalb wird die ärztliche Schweigepflicht auf nationaler Ebene durch unterschiedliche, sich zum Teil gegenseitig beeinflussende Normen geschützt. Verfassungsrechtliche Grundlage der ärztlichen Schweigepflicht ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG. Außerdem wird diese durch die strafbewehrten Normen des § 203 I Nr. 1 StGB und, sofern der Arzt Amtsträger i. S. d. § 11 I Nr. 2 StGB ist, durch jene des § 353 b I StGB geschützt. Die ärztliche Schweigepflicht ist zudem Nebenpflicht des Behandlungsvertrages. Aufgrund ihrer immensen Bedeutung für das Arzt-Patient-Verhältnis wird die in § 9 MBO normierte Verschwiegenheitspflicht des Arztes als eine zentrale Norm des ärztlichen Berufsrechts betrachtet.

2. Besteht eine Infektionskrankheit seines Patienten und gefährdet der Patient nach erfolgter Aufklärung über die von ihm ausgehenden Infektionsgefahren Dritte in dem Arzt erkennbarer Weise, steht ihm gegenüber diesem Personenkreis ein Offenbarungsrecht gem. § 34 StGB zu, sofern der Patient an einer letal verlaufenden Krankheit leidet. Ein derartiges Offenbarungsrecht ist ebenfalls anzunehmen, wenn der Patient an einer infektiösen Krankheit leidet, die zwar nicht lebensbedrohlich ist, aber bleibende gesundheitliche Schäden oder schwere, wenn auch vorübergehende Gesundheitsbeeinträchtigungen verursachen kann. Da sich ein derartiger, vom Arzt über das von ihm ausgehende Infektionsrisiko aufgeklärter Patient bei einem ansteckungsgerechten Verhalten einer gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 5 bzw. Nr. 1 StGB schuldig machen kann, ist sein Interesse an einer Unkenntnis Ansteckungsgefährdeter bezüglich der ihnen drohenden Infektionsgefahr rechtlich zu missbilligen und aus diesem Grund weniger schutzwürdig als die gefährdeten Rechtsgüter Dritter.

3. Im Rahmen der systematischen Auslegung des Behandlungsvertrages sind § 73 I SGB V und § 73 b SGB V als pflichtenbegründende Normen heranzuziehen. Da der Hausarzt gem. § 73 I SGB V verpflichtet ist, seinen Patienten unter Berücksichtigung dessen häuslichen und familiären

Umfeldes zu betreuen und präventiv tätig zu werden, soll in der hausärztlichen Behandlung eine umfassende medizinische Betreuung des Patienten im Mittelpunkt stehen. Im Lichte von § 73 I SGB V ist es damit auch Gegenstand des hausärztlichen Behandlungsvertrages, den Patienten vor Infektionsgefahren zu schützen, die dessen nahen sozialen Umfeld entstammen und mit denen dieser nicht konkret rechnet. Diesen umfassenden privatrechtlichen Pflichten kann und muss der Hausarzt aber nur nachkommen, wenn er umfassende Kenntnisse über die gesamte medizinisch relevante Situation des Patienten hat, was aber nur dann der Fall ist, wenn er den Patienten über einen längeren Zeitraum betreut. Daher zieht in der Regel lediglich die hausarztzentrierte Versorgung i. S. d. § 73 b SGB V eine Verpflichtung zu ganzheitlicher Betreuung nach sich. Nur in diesem Fall unterliegt der Arzt einer Pflichtenkollision zwischen der Schweigepflicht und der ärztlichen Schutzpflicht, sofern eine Gesundheits- oder sogar Lebensgefahr durch einen ansteckenden Mitpatienten hervorgerufen wird. Diese Pflichtenkollision ist durch Anwendung des § 34 StGB zu lösen, der in seinen Grundzügen auch im Zivilrecht anwendbar ist. Daher darf der an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmende Arzt einen Patienten nicht vor ihm durch einen Mitpatienten drohenden Ansteckungsgefahren warnen, sofern der Bruch seiner Schweigepflicht nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt wäre. Wäre hingegen die Offenbarung nach dieser Norm gerechtfertigt, obliegt ihm allerdings eine behandlungsvertragliche Offenbarungspflicht. Im Rahmen der dabei zwischen den widerstreitenden Interessen vorzunehmenden Güterabwägung sind Art und Ausmaß der drohenden Gesundheitsgefahren sowie die Frage zu berücksichtigen, ob die widerstreitenden Interessen überhaupt schutzwürdig sind.

4. Die umfassende Pflicht zur Abwehr von Gesundheits- und Lebensgefahren kann sich nur auf solche beziehen, die dem an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmende Arzt erkennbar sind. Es wäre unverhältnismäßig, ihm die Pflicht aufzuerlegen, den intimen bzw. verwandtschaftlichen Beziehungen seiner Patienten und daraus möglicherweise resultierenden Infektionsgefahren nachzuforschen.

Außerhalb eines Behandlungstermins ist auch der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmende Arzt nicht zur Abwehr von Gesundheits- und Lebensgefahren verpflichtet, da er ansonsten einem unüberschaubaren, mit anderen Berufsständen nicht mehr vergleichbaren Risiko der Pflichtverletzung ausgesetzt wäre.

5. Der Facharzt ist grundsätzlich nicht behandlungsvertraglich verpflichtet, die ihm gegenüber seinem einen Patienten obliegende Schweigepflicht zu brechen und seinen anderen Patienten über ihm von einem Mitpatienten drohende Ansteckungsgefahren zu informieren, da er grundsätzlich nur für eine bestimmte Facharztbehandlung aufgesucht wird und daher keine generelle medizinische Betreuung übernimmt. Auf entsprechende Nachfrage seines Patienten sind allerdings die Erkrankung des Dritten und ihre möglichen Auswirkungen auf den Patienten in den fachärztlichen Behandlungsvertrag einbezogen. Diese Pflichtenkollision ist wiederum unter Berücksichtigung der im Rahmen des § 34 StGB getroffenen Güterabwägung zu lösen. Nur in Fällen, in denen eine Schweigepflichtverletzung gem. § 34 StGB gerechtfertigt wäre, ist daher auch der Facharzt gegenüber dem gefährdeten Patienten zur Offenbarung einer Ansteckungsgefahr verpflichtet.

6. Eine ärztliche Offenbarungspflicht aufgrund des Behandlungsvertrages des Infizierten als einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter besteht nicht. Verletzt der Arzt seine behandlungsvertragliche Pflicht zur Sicherheitsaufklärung, ist der Patient nicht über die von ihm ausgehenden Ansteckungsgefahren informiert und setzt daher Dritte möglicherweise dem Risiko einer Infektion aus. Ansteckungsgefährdete Dritte kommen daher typischerweise mit der Pflicht zur Sicherheitsaufklärung in Berührung und weisen Leistungsnähe auf, sofern sie aufgrund ihrer persönlichen Beziehung zum Patienten unter Berücksichtigung der konkreten Übertragungswege der jeweiligen Krankheit infektionsgefährdet sind. Aber auch sofern aus diesem Grund die Leistungsnähe zu bejahen ist, fehlt das zur Einbeziehung in den Schutzbereich eines Vertrages erforderliche Gläubigerinteresse: Kennt nämlich der infektiöse Patient nach Vornahme einer Sicherheitsaufklärung die spezifischen Übertragungswege der Krankheit und gewinnt der Arzt den Eindruck, der Patient gehe unverantwortlich mit seiner Krankheit um, macht der sich ansteckungsfördernd verhaltende Patient deutlich, dass er gerade kein Interesse an der Information ansteckungsgefährdeter Dritter hat.

Würde man das fehlende Interesse des Gläubigers am Integritätsschutz Drittbetroffener außer acht lassen, würde man den Behandlungsvertrag bezüglich der Erweiterung vertraglicher Pflichten gegenüber Dritten in unzulässiger Weise entgegen dem Parteiwillen auslegen, was die Rechtsprechung zu Recht bisher nur für die Haftung beratender Berufe unter der engen Voraussetzung zugelassen hat, dass die Drittnutzung im Vertrag immanent angelegt war.

7. Dem Arzt können allgemeine Verkehrspflichten in Form von Informationspflichten gegenüber nicht in seiner Behandlung stehenden infektionsgefährdeten Dritten obliegen, sofern er schuldhaft eine nicht sozialadäquate Infektionsgefahr setzt. Für die Feststellung, zu welchen Maßnahmen er hierdurch verpflichtet ist, kommt es im konkreten Einzelfall u. a. auf die jeweilige Infektionsgefahr, auf die dem Arzt zur Herabsetzung dieser Gefahr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten sowie auf die Ingerenz seines Verhaltens an. Auch im Rahmen der sich dabei stellenden Pflichtenkollision kann auf das im Kontext des § 34 StGB erlangte Abwägungsergebnis zurückgegriffen werden.

Ist der Arzt hingegen nicht ursächlich für die Infektion des Patienten geworden, scheidet eine Verkehrspflicht in Form einer Informationspflicht aus, da der umfassend aufgeklärte Patient, der durch sein Verhalten Dritte gefährdet, nicht dem Risikobereich des Arztes entspringt.

8. Der in Rede stehende Konflikt zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und den kollidierenden Gesundheitsinteressen Dritter findet im Bereich genetischer Daten eine besonders aktuelle Parallelproblematik.

Bestehen bei letal verlaufenden Krankheiten oder solchen, die zu schweren gesundheitlichen Belastungen führen, präventive oder therapeutische Handlungsmöglichkeiten, tritt das Interesse der Testperson an Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht trotz der besonderen Sensibilität genetischer Daten hinter dem Recht des Drittbetroffenen auf Leben bzw. körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II GG zurück. Hier ist dem Arzt ein entsprechendes Offenbarungsrecht gem. § 34 StGB zuzugestehen.

9. Bestehen hingegen bei einer genetisch bedingten Krankheit keine zumindest ansatzweise wirksamen präventiven oder therapeutischen Handlungsmöglichkeiten, steht dem Arzt kein entsprechendes Offenbarungsrecht gegenüber Drittbetroffenen zu. Hier kann die Übermittlung des potentiellen Bestehens einer krankheitsauslösenden genetischen Disposition die Gefahr für die körperliche Unversehrtheit und u. U. das Leben des potentiell Drittbetroffenen nicht oder nur bedingt abwenden. Zu bedenken ist, dass das Vorliegen wirksamer Therapieoptionen bzw. präventiver Handlungsmöglichkeiten für die psychischen Auswirkungen insbesondere prädiktiven genetischen Wissens entscheidend ist und das Fehlen derartiger Optionen schwere psychische

Probleme zur Folge haben kann. Da die geringe medizinische Invasivität insbesondere prädiktiver Diagnostik wegen der schweren psychischen und sozialen Auswirkungen der gewonnenen Information oft von einer besonders intensiven Betroffenheit des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts begleitet wird, kommt dem Recht auf Nichtwissen hier besonderes Gewicht zu.

Das Interesse an Kenntnis der eigenen genetischen Disposition als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 1 I i. V. m. 2 II GG könnte deshalb in diesen Fällen eine entsprechende Offenbarung gegenüber Drittbetroffenen nicht rechtfertigen. Der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, der teilweise fließend in den Schutz der Gesundheit übergehen kann, gebietet vielmehr die Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht.

10. Eine ärztliche Informationspflicht gegenüber potentiell ebenfalls von einer krankheitsauslösenden genetischen Disposition betroffenen Verwandten der Testperson ist aufgrund des ärztlichen Heilauftrages nur bei Krankheiten diskutabel, für die präventive Handlungsmöglichkeiten oder wirksame Therapieoptionen bestehen.

11. Dabei ist eine vertragliche Pflicht des an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmenden Arztes zur Information potentiell betroffener Blutsverwandter abzulehnen. Dieser Arzt ist ein Generalist, dem kein Übermaß an Kenntnissen in Spezialgebieten abverlangt werden darf. Die regelmäßig fehlende fachliche Kompetenz auf dem besonders sensiblen Gebiet der Genmedizin lässt eine vertragliche Pflicht zur Offenbarung entfallen. Spezifische Fachkenntnisse sind nämlich nicht nur für die Indikationsstellung, sondern auch für die Interpretation des Untersuchungsergebnisses und die daraus resultierenden gesundheitlichen Gefahren für (ebenfalls) behandelte Blutsverwandte von zentraler Bedeutung, weshalb die genetische Beratung dem Facharzt für Humangenetik obliegen sollte.

12. Der aufgrund seiner spezifischen Weiterbildung zur fachgerechten Interpretation der Drittbezüge eines humangenetischen Testergebnisses befähigte Facharzt für Humangenetik wird im Gegensatz zum Hausarzt grundsätzlich nur für eine bestimmte Facharztbehandlung aufgesucht

und übernimmt daher keine generelle medizinische Betreuung. Daher ist er grundsätzlich nicht behandlungsvertraglich verpflichtet, die ihm gegenüber seinem Patienten obliegende Schweigepflicht zu brechen und seinen anderen Patienten über dessen potentiell pathologische genetische Disposition zu informieren. Auf konkrete Nachfrage allerdings wird die gesundheitlich nachteilige Familiendisposition in den fachärztlichen Behandlungsvertrag einbezogen. Die hieraus resultierende Pflichtenkollision zwischen der Verschwiegenheitspflicht und der Pflicht, die mit einer nachteiligen genetischen Disposition verbundenen Lebens- und Gesundheitsgefahren abzuwenden, ist wiederum unter Berücksichtigung des im Rahmen des § 34 StGB erlangten Abwägungsergebnisses zu lösen. Wäre die Schweigepflichtverletzung gem. § 34 StGB gerechtfertigt, ist der Facharzt für Humangenetik gegenüber dem gefährdeten Patienten zu einer entsprechenden Information verpflichtet.

13. Eine Informationspflicht gegenüber nicht in der Behandlung des Arztes stehenden Personen aufgrund deren Einbeziehung in den Schutzbereich des humangenetischen Behandlungsvertrages besteht nicht. Zwar kommen potentiell ebenfalls genetisch betroffene Blutsverwandte typischerweise mit den Pflichten zur Sicherheitsaufklärung in Berührung. Sie weisen daher Leistungsnähe auf. Erkennt der Arzt allerdings, dass der Patient/Klient Drittbetroffene nicht informiert, obwohl er dem Drittbezug genetischer Daten und die Bedeutung des entsprechenden Wissens auch für Blutsverwandte verdeutlichte, obliegen ihm gleichwohl keine weitergehenden vertraglichen Pflichten. Mangels Gläubigerinteresses besteht nämlich keine ärztliche Pflicht, Drittbetroffene in den Schutzbereich des humangenetischen Behandlungsvertrages einzubeziehen und sie vor genetisch bedingten gesundheitlichen Gefahren zu warnen.

# Literaturverzeichnis

- Amelung, Knut Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes: eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, Berlin, 1981.
- Arens, Peter Zur Beweislastproblematik im heutigen deutschen Produkthaftungsprozess, ZZP 104 (1991), 123 ff.
- Bäune, Stefan / Dahm, Franz-Josef Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den ärztlichen Bereich, MedR 2004, 645 ff.
- Bales, Stefan / Schnitzler, Norbert Melde- und Aufzeichnungspflichten für Krankheiten und Krankheitserreger, DÄBl 2000, A-3501 ff.
- Bales, Stefan u. a. Infektionsschutzgesetz: Kommentar und Vorschriftensammlung, 2. Aufl., Stuttgart, 2003.
- Bandisch, Günter Mandant und Patient, schutzlos bei der Durchsuchung von Kanzlei und Praxis?, NJW 1987, 2200 ff.
- Bar, Christian von Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs(sicherungs)plichten, JZ 1979, 332 ff.
- Bar, Christian von Verkehrspflichten: richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln, 1980.
- Bartram, C. R. et al. Humangenetische Diagnostik. Wissenschaftliche Grundlagen und gesellschaftliche Konsequenzen, Berlin/Heidelberg, 2000.
- Bartsch, Ursula S. Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess – Eine Darstellung des Verhältnisses der materiellen zu den prozessualen Vorschriften, (Diss. iur.) München, 1971.

- Baston-Vogt, Marion                      Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen, 1997.
- Baumbach, Adolf (Begr.) / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter                      Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 65. Aufl., München, 2007.
- Bayer, Walter                                      Vertraglicher Drittschutz, JuS 1996, 475 ff.
- Bayertz, K. / Ach, J. S. / Paslack, R.                      Wissen mit Folgen. Zukunftsperspektiven und Regelungsbedarf der genetischen Diagnostik innerhalb und außerhalb der Humangenetik, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 6 (2001), Berlin / New York, 271 ff.
- Beckmann, Jan P.                                      Pharmakogenomik und Pharmakogenetik: Ethische Fragen, in: Honnefelder et al.: Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen, Berlin, 2003, 348 ff.
- Beckmann, M. / Niederacher, D. / Goecke, T. / Boddien-Heidrich, R. / Schnürch, H. G. / Bender, H. G.                      Hochrisikofamilien mit Mamma – und Ovarialkarzinomen, Möglichkeiten der Beratung, genetischen Analyse und Früherkennung, DÄBl 1997, A - 161 ff.
- Benda, Ernst    Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Datenschutz, DuD 1984, 86 ff.
- Bender, Reinhard                                      Rechtsfragen im Zusammenhang mit Aids und Schule, NJW 1987, 2903 ff.
- Bender, Albrecht W.                                      Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt/M. vom 8. Juli 1999, VersR 2000, 320 ff.
- Benfer, Jost    Die molekulargenetische Untersuchung (§§ 81 e, 81 g StPO), StV 1999, 402 ff.
- Berberich, Kerstin                                      Die Zulässigkeit genetischer Tests in der Lebens- und privaten Krankenversicherung, Karlsruhe, 1998.

- Berufsverband Medizinische Genetik e. V. Leitlinien zur Genetischen Beratung, abgedr. in: Deutsche Gesellschaft für Humangenetik e. V. / Berufsverband Medizinische Genetik e. V.: Medizinische Genetik, Richtlinien und Stellungnahmen, 7. Aufl., München, 2001, 56 f.
- Bieber, Helfried Datenschutz und ärztliche Schweigepflicht, Aachen, 1995.
- Birnbacher, Dieter Patientenautonomie und ärztliche Ethik am Beispiel der prädiktiven Diagnostik, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik Bd. 2 (1997), 105 ff.
- Bockelmann, Paul Strafrecht des Arztes, Stuttgart, 1968.
- Böcher, Urs Peter Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz, Göttingen, 2004.
- Boenigk, Ricarda Luise Auswirkungen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes auf die Schweigepflicht der Ärzte, Hamburg, 2004.
- Brüggemeier, Gert Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB - Bestandsaufnahmen und Perspektiven weiterer judizieller Rechtsentwicklungen, WM 1982, 1294 ff.
- Brüggemeier, Gert Produkthaftung und Produktsicherheit, ZHR 152 (1988), 511 ff.
- Brüggemeier, Gert Staatshaftung für HIV-kontaminierte Blutprodukte, Baden-Baden, 1994.
- Bruns, Manfred Aids, Alltag und Recht, MDR 1987, 352 ff.
- Buchborn, Eberhard Ärztliche Erfahrungen und rechtliche Fragen bei AIDS, MedR 1987, 260 ff.
- Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (Hrsg.): Studien des Büros für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Bd. 10, Berlin, 2001.
- Bundesärztekammer Memorandum: Genetisches Screening, DÄBl 1992, B-1433 ff.

Bundesärztekammer	Richtlinien zur Diagnostik der genetischen Disposition für Krebserkrankungen, DÄBl 1998, A-1398 ff.
Butzer, Hermann	Nullbeteiligungsgesellschaften unter Ärzten, MedR 2001, 604 ff.
Butzer, Hermann	Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum GKV-Gesundheitsmodernisierungsgesetz 2004 (GMG), MedR 2004, 177 ff.
Butzer, Hermann	§ 95 SGB V und die Neuausrichtung des ärztlichen Berufsrechts, NZS 2005, 344 ff.
Canaris, Claus-Wilhelm	Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: Diederichsen, Uwe (Hrsg.): Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München, 1983, 27 ff.
Daele, Wolfgang van den	Freiheiten gegenüber Technikoptionen zur Abwehr und Begründung neuer Techniken durch subjektive Rechte, KritV 1991, 257 ff.
Dahm, Henning	Vorvertraglicher Drittschutz, JZ 1992, 1162 ff.
Damm, Reinhard	Recht auf Nichtwissen? Patientenautonomie in der prädiktiven genetischen Medizin, Universitas 1999, 433 ff.
Damm, Reinhard	Prädiktive Medizin und Patientenautonomie. Informationelle Persönlichkeitsrechte in der Gendiagnostik, MedR 1999, 437 ff.
Damm, Reinhard	Gesetzgebungsprojekt Gendiagnostikgesetz, MedR 2004, 1 ff.
Dallinger, Wilhelm	Gerichtsverfassung und Strafverfahren, JZ 1953, 432 ff.
Degenhardt, Christoph	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i. V. m. 1 I GG, JuS 1992, 361 ff.
Deutsch, Erwin	Aids und Blutspende, NJW 1985, 2746.

Deutsch, Erwin	Die Genomanalyse: Neue Rechtsprobleme, ZRP 1986, 1 ff.
Deutsch, Erwin	Anmerkung (zum Urteil des LG Hamburg vom 10. 2. 1989 – 3 O 264/86), NJW 1989, 1551 f.
Deutsch, Erwin	Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192 (1992), 161 ff.
Deutsch, Erwin	Schweigepflicht und Infektiosität, VersR 2001, 1471 ff.
Deutsch, Erwin	Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln u. a., 1996.
Deutsch, Erwin	Medizinrecht, 4. Aufl., Berlin, 1999.
Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas	Medizinrecht, 5. Aufl., Berlin, 2003.
Deutsche Gesellschaft für Humangenetik e. V.	Stellungnahme zur postnatalen prädiktiven genetischen Diagnostik, medgen 1995, 358 f.
Deutsche Gesellschaft für Humangenetik e. V.	Stellungnahme zur genetischen Diagnostik bei Kindern und Jugendlichen, medgen 1995, 358 ff.
Deutsche Gesellschaft für Humangenetik e. V.	Aktualisierte Stellungnahme zur postnatalen prädiktiven genetischen Diagnostik, medgen 2000, 376 f.
Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht e. V.	Einbecker Empfehlungen zu Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, MedR 2005, 117 f.
Dickes, Claus	Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte in den Fällen der Auskunftshaftung, (Diss. iur.) Mainz, 1992.
Dierks, Christian et al. (Hrsg.)	Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, Berlin, 2003.
Dörries, Andrea	Genetische Diagnostik im Kindes- und Jugendalter. Aspekte ärztlichen Handelns, Zeitschrift für medizinische Ethik 2002, 355 ff.

- Dimitratos, Nikolaos                    Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen, München, 1989.
- Domdey, Horst / Heilmann, Joachim                    Genomanalyse: Naturwissenschaftliche Grundlagen, Methodische Voraussetzungen und Anwendungen, in: Simon, Jürgen (Hrsg.): Recht der Biotechnologie, Band III, Schwerpunktbeiträge, Baden-Baden, 1992, 22.10.
- Donner, Hartwig / Simon, Jürgen                                Genomanalyse und Verfassung, DÖV 1990, 907 ff.
- Dreier, Horst (Hrsg.)                      Grundgesetz Kommentar, Band I , Präambel, Art. 1 – 19 GG 2. Aufl., Tübingen, 2004.
- Dürig, Günter                                Der Grundsatz von der Menschenwürde, AöR 1956, 117 ff.
- Eberbach, Wolfram / Lange, Peter / Ronellenfitsch, Michael                Recht der Gentechnik und Biomedizin, GenTR /BioMedR. Loseblattsammlung, Band 3: Kommentar und Materialien, Teil II: Recht der Biomedizin, Baden-Baden, 54. Aktualisierung November 2006.
- Eberbach, Wolfram H.                      Juristische Probleme der HTLV-III-Infektion (AIDS), JR 1986, 230 ff.
- Ebermayer, Ludwig                        Der Arzt im Recht, Leipzig, 1930.
- Eggert, Matthias                             Für eine Regelung der Dritthaftung im Gefolge der Modernisierung des Schuldrechts, KritV 2002, 98 ff.
- Ehmann, Horst / Sutschet, Holger                        Modernisiertes Schuldrecht, München, 2002.
- Eichelbrönner, Nicolas                    Die Grenze der Schweigepflicht des Arztes und seiner berufsmäßig tätigen Gehilfen nach § 203 StGB im Hinblick auf die Verhütung und Aufklärung von Straftaten, Frankfurt/M. u. a., 2001.

Engländer, Armin	Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt/M. vom 5. Oktober 1999, MedR 2001, 143 ff.
Epplen, Jörg T. / Kunstmann, Erdmute	Spannungsfeld Erbkrankheiten, in: Sass, Hans-Martin / Schröder, Peter (Hrsg.): Patientenaufklärung bei genetischem Risiko, Münster u. a., 2003, 13 ff.
Erdle, Helmut	Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl., Landsberg/Lech, 2000.
Fahrenhorst, Irene	Die Haftung für HIV-verseuchte Blutkonserven, MedR 1992, 74 ff.
Feuerstein, Günter / Kollek, Regine	DNA-Chips, Konsequenzen der Automatisierung von Gentests, DKG-Forum 1999, 203 ff.
Francke, Robert / Hart, Dieter	Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, Stuttgart, 1987.
Francke, Robert	Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, Stuttgart, 1994.
Francke, Robert / Hart, Dieter	Charta der Patientenrechte, Baden-Baden, 1999.
Fröhlich, Sven / Wang, Yanguang / Peters, Brigitte	Schweigepflicht oder Aufklärungspflicht? - Eine Umfrage zur Arzt- und Patientenethik, in: Sass, Hans-Martin / Schröder, Peter (Hrsg.): Patientenaufklärung bei genetischem Risiko, Münster u. a., 2003, 93 ff.
Frösner, Gert G.	Wie kann die weitere Ausbreitung von AIDS verlangsamt werden?, AIFO 1987, 64 ff.
Gallwas, Hans-Ulrich	Gesundheitsrechtliche Aspekte der Bekämpfung von Aids, AIFO 1986, 31 ff.
Geiger, Andreas	Die Einwilligung in die Verarbeitung von persönlichen Daten als Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NVwZ 1989, 35 ff.
Geppert, Klaus	Die ärztliche Schweigepflicht im Strafvollzug, Berlin u. a., 1983.
Giesen, Dieter / Pröll, Jens	Anmerkung (zu BGH IX ZR 192/92, JR 1994, 26 ff.), JR 1994, 29 f.

- Giewer, Elisabeth Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, Berlin, 2001.
- Göppinger, Hans Die Entbindung von der Schweigepflicht und die Herausgabe oder Beschlagnahme von Krankenblättern, NJW 1958, 241 ff.
- Görges, Klaus et al. Erfahrungen und Ergebnisse der "Anonymen AIDS-Beratungsstelle", AIFO 1987, 104 ff.
- Grabsch, Winfried Die Haftbarkeit der Offenbarung höchstpersönlicher Daten des ungeborenen Menschen, Frankfurt a. M., 1994.
- Großfuß-Bürk, Detlef Die Verantwortung des Arztes für Fehlverhalten des Patienten am Beispiel der Missachtung ärztlicher Hinweise, Frankfurt/M., 1992.
- Gülzow, Hagen Beschlagnahme von Unterlagen der Mandanten bei deren Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern oder Steuerberatern, NJW 1981, 265 ff.
- Hackel, Wolfgang Drittgeheimnisse innerhalb der ärztlichen Schweigepflicht, NJW 1969, 2257 ff.
- Haese, Angela / Wadzack, Jörg Das Deutsche Humangenomprojekt- ein Großforschungsprojekt im Überblick, medgen 2002, 201 ff.
- Häser, Isabel Ärztliche Schweigepflicht versus ärztliche Offenbarungspflicht?, Der Klinikarzt 2005, 34 (11), XVII f.
- Haker, Hille Genetische Diagnostik und die Entwicklung von Gentests, in: Honnefelder et al., Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen, Berlin, 2003, 186 ff.
- Hanack, E. W. Anmerkung (zu BGH StR 525/84, JR 1986, 31 ff.), JR 1986, 35 ff.
- Hart, Dieter HIV-Infektionen durch Blut und Blutprodukte, MedR 1995, 61 ff.
- Hart, Dieter Ärztliche Leitlinien - Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen. Gleichzeitig ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff, MedR 1998, 8 ff.

- Hart, Dieter (Hrsg.)                    Ärztliche Leitlinien und Haftungsrecht,  
in: Hart, Dieter (Hrsg.) Ärztliche Leitlinien - Empirie und Recht  
professioneller Normsetzung,  
Baden-Baden, 2000, 137 ff.
- Hart, Dieter                                Normierung ärztlichen Handelns: Von Standards über Leitlinien zu  
Richtlinien,  
medgen 2001, 63 ff.
- Hasskarl, Horst /  
Ostertag, Alice                            Der deutsche Gesetzgeber auf dem Weg zu einem  
Gendiagnostikgesetz,  
MedR 2005, 640 ff.
- Hausheer, Heinz                         Ein schweizerischer Vorentwurf zu einem Humangenetikgesetz,  
in: Festschrift für Erwin Deutsch,  
Köln, 1999, 593 ff.
- Heberer, Jörg /  
Mäßbauer, Annette                        Schweigepflicht bei infektiösen Patienten -  
Persönlichkeitsschutz des Patienten vor Schutz des Personals im  
Krankenhaus?,  
MedR 2006, 138 ff.
- Heilmann, Joachim                        AIDS und (Arbeits-)Recht,  
Betriebs-Berater 1989, 1413 ff.
- Heilmann, Joachim                        Arbeitsrechtliche Probleme der Genomanalyse,  
in: IG-Chemie-Papier-Keramik (Hrsg.):  
Genetische Analysen in der Arbeitswelt,  
Hannover, 1991, 67 ff.
- Heilmann, Joachim /  
Appel, Clemens                            Genomanalyse im Sozialrecht,  
in: Simon, Jürgen (Hrsg.):  
Recht der Biotechnologie,  
Band III, Schwerpunktbeiträge,  
Baden-Baden, 1992, 22.70.
- Henn, Wolfram                            Predictive diagnosis and genetic screening:  
Manipulation of fate?,  
Perspectives in Biology and Medicine 1998, 282 ff.
- Henn, Wolfram                            Der DNA-Chip – Schlüsseltechnologie  
für ethisch problematische neue Formen genetischen Screenings?,  
Ethik in der Medizin 1998, 128 ff.

- Henn, Wolfram Schutz und Grenzen der informationellen Selbstbestimmung in der medizinischen Genetik,  
in: Zang / Henn: 25 Jahre Humangenetik im Saarland,  
St. Ingbert 1999, 341 ff.
- Henn, Wolfram DNA-Chiptechnologie in der medizinischen Genetik: Ethische und gesundheitspolitische Probleme,  
medgen 2000, 341 ff.
- Henn, Wolfram Der Diskussionsentwurf des Gendiagnostikgesetzes - Ein Meilenstein der Patientenautonomie?  
Ethik in der Medizin 2005, 34 ff.
- Herzog, Horst Die rechtliche Problematik von AIDS in der Praxis des niedergelassenen Arztes,  
MedR 1988, 289 ff.
- Heyder, Babett Die Reichsärzteordnung von 1935 und ihre Folgen für den ärztlichen Berufsstand in den Jahren der nationalsozialistischen Diktatur,  
Aachen, 1996.
- Hiddemann, Till-Christian / Muckel, Stefan Das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung,  
NJW 2004, 7 ff.
- Hillenkamp, Thomas (Hrsg.) Medizinrechtliche Probleme der Humangenetik,  
Berlin u. a., 2002
- Höfling, W. / Dohmen, D. Rechtsfragen des Neugeborenen Screenings,  
MedR 2005, 328 ff.
- Hofmann, Constantin Rechtsfragen der Genomanalyse,  
Frankfurt/M., 1999.
- Höwer, S. / Möslein, G. / Goecke, T. / Alberti, L. Psychoonkologische Aspekte im Rahmen der genetischen Beratung von Hochrisikofamilien,  
Der Onkologe, 2001, 185 ff.
- Hufen, Friedhelm Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung – eine juristische Antwort auf „1984“ ?,  
JZ 1984, 1072 ff.
- Illhardt, Franz-Josef Schweigepflicht bei sexuell übertragbaren Krankheiten aus der Sicht des Ethikers,  
Zeitschrift für medizinische Ethik 2005, 253 ff.

- Isensee, Josef /  
Kirchhof, Paul (Hrsg.)      Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik  
Deutschland,  
Band VI, Freiheitsrechte,  
2. Aufl., Heidelberg, 2001.
- Laufhütte, Heinrich-  
Wilhelm /  
Rissing-van Saan, Ruth /  
Tiedemann, Klaus (Hrsg.)      StGB - Leipziger Kommentar,  
Zweiter Band,  
§§ 32 bis 55 StGB,  
12. Aufl., Berlin, 2006.
- Jähnke, Burkhard /  
Laufhütte, Heinrich-  
Wilhelm /  
Odersky, Walter (Hrsg.)      StGB – Leipziger Kommentar,  
Fünfter Band,  
§§ 146 – 222 StGB,  
11. Aufl., Berlin, 2000.
- Jakobs, Horst Heinrich      Die zahnärztliche Heilbehandlung als Werkleistung,  
NJW 1975, 1437 ff.
- Jarass, Hans D.      Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz,  
NJW 1989, 857 ff.
- Jarass, Hans D. /  
Pieroth, Bodo      Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,  
8. Aufl., München, 2006.
- Jescheck, Hans-Heinrich /  
Ruß, Wolfgang /  
Willms, Günther      StGB – Leipziger Kommentar,  
§§ 185-262 StGB,  
10. Aufl., Berlin, 1989.
- Katzenmeier, Christian      Haftung für HIV-kontaminierte Blutprodukte,  
NJW 2005, 3392 ff.
- Keller, Rolf /  
Günther, Hans-Ludwig /  
Kaiser, Peter      Embryonenschutzgesetz,  
Stuttgart, 1992.
- Kern, Bernd-Rüdiger      Unerlaubte Diagnostik – Das Recht auf Nichtwissen,  
in: Dierks, C. et al. (Hrsg):  
Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht.  
Berlin, 2003, 55 ff.
- Kern, Bernd-Rüdiger      Der postmortale Geheimnisschutz,  
MedR 2006, 205 ff.
- Kimmich, H. /  
Spyra, W. /  
Steinke, W.      DNA-Amplifikation in der forensischen Anwendung  
und der juristischen Diskussion,  
NStZ 1993, 23 ff.

- Kirsch, Michael /  
Trilsch, Jürgen Die zivilrechtliche Haftung des Arztes –  
Die ärztliche Schweigepflicht,  
Dresden, 2005.
- Klaus, Alexander Ärztliche Schweigepflicht, ihr Inhalt und ihre Grenzen,  
Wien, 1991.
- Kleinewefers, Herbert /  
Wilts, Walter Schadensersatzansprüche bei Verletzung  
der ärztlichen Schweigepflicht,  
NJW 1963, 2345 ff.
- Kleuser, Michael Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes: unter besonderer  
Berücksichtigung der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten  
nach einem Behandlungszwischenfall,  
Karlsruhe, 1995.
- Knüpling, Harm Untersuchungen zur Vorgeschichte der Deutschen Ärzteordnung  
von 1935,  
(Diss. med.) Berlin, 1965.
- Köhler, Michael Prozessrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe,  
ZStW 107 (1995), 10 ff.
- Kohlhaas, Max Medizin und Recht,  
München u. a., 1969.
- Koppernock, Martin Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung.  
Zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,  
Baden-Baden, 1997.
- Krahn, Kai Chorea Huntington. Das Recht auf Wissen versus  
das Recht auf Nichtwissen,  
in: Schroeder-Kurth, Traute (Hrsg.):  
Medizinische Genetik in der Bundesrepublik Deutschland,  
Neuwied/Frankfurt, 1989, 66 ff.
- Krauß, Detlef Schweigepflicht und Schweigerecht des  
ärztlichen Sachverständigen im Strafprozess,  
ZStW 97 (1985), 92 ff.
- Krekeler, Wilhelm Zufallsfunde bei Berufsheimnisträgern  
und ihre Verwertbarkeit,  
NStZ 1987, 199 ff.
- Kreuzer, Artur Aids und Strafrecht,  
ZStW 100 (1988), 786 ff.
- Kuhlmann, Goetz-Joachim Übertragung einer Arztpraxis und ärztliche Schweigepflicht,  
JZ 1974, 670 ff.

- Kunstmann, Erdmute et al., Juristische Aspekte der genetischen Beratung bei Patchwork-Familien, medgen 2003, 399 ff.
- Lackner, Karl / Kühl, Kristian Strafrechtsgesetzbuch mit Erläuterungen, 25. Aufl., München, 2004.
- Lang, Franziska Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden, 1997.
- Langkeit, Jochen Umfang und Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht gem. § 203 I Nr. 1 StGB, NStZ 1994, 6 ff.
- Lanzerath, Dirk Prädiktive genetische Tests im Spannungsfeld von ärztlicher Indikation und informationeller Selbstbestimmung, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 1998, 193 ff.
- Lanzerath, Dirk / Honnefelder, Ludger Krankheitsbegriff und ärztliche Anwendung der Humangenetik, in: Düwell, Marcus (Hrsg.): Ethik in der Humangenetik: Die neueren Entwicklungen der genetischen Frühdiagnostik aus ethischer Perspektive, 2. Aufl., Tübingen, 2000, 51 ff.
- Lanzerath, Dirk Der Vorstoß in die molekulare Dimension des Menschen – Möglichkeiten und Grenzen, in: Honnefelder et al.: Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen, Berlin, 2003, 120 ff.
- Larenz, Karl Anmerkung (zum Urteil des BGH vom 25. 4. 1956 – VI ZR 34/55), NJW 1956, 1193 f.
- Laufs, Adolf Grundlagen des Arztrechts, in: Ehmman, Horst / Hefermehl, Wolfgang / Laufs, Adolf (Hrsg.): Festgabe für Hermann Weitnauer zum 70. Geburtstag, München, 1980, 363 ff.
- Laufs, Rainer / Laufs, Adolf AIDS und Arztrecht, NJW 1987, 2257 ff.
- Laufs, Adolf / Narr, Helmut AIDS - Antworten auf Rechtsfragen aus der Praxis, MedR 1987, 282 ff.



- Lippert, H.-D. Gesetze und Gesetzesinitiativen zum genetischen Test: Ein Überblick, Rechtsmedizin 2004, 94 ff.
- Lorenz, Dieter Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Gentechnologie, JZ 2005, 1121 ff.
- Markwardt, Manfred / Brodersen, Kilian Die Prognoseklausel in § 81 g StPO, NJW 2000, 692 ff.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter Kommentar zum Grundgesetz, Band I, Art. 1-5 GG, Loseblatt-Sammlung, München, Stand: Juni 2006.
- Melzer, Einhart Der Bruch der ärztlichen Schweigepflicht nach § 300 StGB in der Fassung vom 4. 8. 1953, (Diss. iur.) Berlin, 1956.
- Menter, Myriam Johanna Die therapeutische Aufklärung als Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Heilpflichtprimat des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, Aachen, 1994.
- Mertens, Hans-Joachim Verkehrspflichten und Deliktsrecht – Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtverletzung, VersR 1980, 397 ff.
- Meyer-Goßner, Lutz Strafprozessordnung, 49. Aufl., München, 2006.
- Meyer-Ladewig, Jens Sozialgerichtsgesetz, 8. Aufl., München, 2005.
- Michalowski, Sabine Schutz der Vertraulichkeit von Patienteninformationen, ZStW 109 (1997), 519 ff.
- Mückenberger, Ulrich Datenschutz als Verfassungsgebot. Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, KJ 1984, 1 ff.
- Müller, Klaus Die Schweigepflicht im ärztlichen Standesrecht, MDR 1971, 965 ff.
- Münch, Ingo von / Kunig, Philip Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., München, 2000.
- Muschallik, Thomas Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, Köln, 1984.

- Ocklitz, Hans Wolfgang /  
Mochmann, Hanspeter /  
Schneeweiß, Burkhard  
(Hrsg.)      Infektologie,  
2. Aufl., Stuttgart u. a., 1978.
- Oppermann, Bernd H.      Konstruktion und Rechtspraxis der Geschäftsführung  
ohne Auftrag,  
AcP 193 (1993), 497 ff.
- Oppermann, Bernd H.      Grenzen der Haftung in der Anwalts-GmbH  
und der Partnerschaft,  
AnwBl 1995, 453 ff.
- Orlowski, Ulrich /  
Wasem, Jürgen      Gesundheitsreform 2004, GKV-Modernisierungsgesetz,  
Heidelberg, 2003.
- Ostendorf, Heribert      Der strafrechtliche Schutz von Drittgeheimnissen,  
JR 1981, 444 ff.
- Palandt, Otto      Bürgerliches Gesetzbuch,  
66. Aufl., München, 2007.
- Parzeller, M. /  
Bratzke, H.      Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht,  
DÄBl 2000, A - 2364 ff.
- Pfeiffer, Gerd (Hrsg.)      Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum  
Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz,  
5. Aufl., München, 2003
- Placzek, Siegfried      Das Berufsgeheimnis des Arztes,  
3. Aufl., Leipzig, 1909.
- Pschyrembel, Willibald /  
Dörner, Thomas      Pschyrembel – Klinisches Wörterbuch,  
260. Aufl., Berlin, 2004.
- Publius Vergilius Maro  
("Vergil")      Aeneis: lateinisch-deutsch,  
übersetzt und herausgegeben v.  
Johannes Goette,  
4. Aufl., München, 1979.
- Puhle, Winfried      Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und  
Drittchadensliquidation,  
Frankfurt/M., 1982.



- Rieger, Hans-Jürgen Postversand und ärztliche Schweigepflicht,  
DMW 1978, 884 f.
- Rogall, Klaus Anmerkung zu BGH 2 StR 561/84 (Urteil vom 20.2.1985),  
NSTZ 1985, S. 372 ff.,
- Ronellenfitsch, Michael Genanalysen und Datenschutz,  
NJW 2006, 321 ff.
- Sass, Hans-Martin /  
Schröder, Peter Patientenaufklärung bei genetischem Risiko,  
Münster, 2003.
- Sass, Hans-Martin A contract model for genetic research and health care,  
Eubios. Journal of Asian and International Bioethics 11 (2001),  
130 ff.
- Sauter, Fritz Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher  
Schutz (§ 300 RGSt),  
Breslau, 1910, Reprint Frankfurt/M., 1977.
- Schaffstein, Friedrich Der Maßstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Notstand,  
in: Frisch, Wolfgang / Schmid, Werner (Hrsg.):  
Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag,  
Köln u. a., 1978, 89 ff.
- Schimmelpfeng-Schütte,  
Ruth Das Neugeborenen-Screening:  
Kein Recht auf Nichtwissen?  
Material für eine deutsche Gendatei?,  
MedR 2003, 214 ff.
- Schlund, Gerhard H. Zu Fragen der ärztlichen Schweigepflicht,  
JR 1977, 265 ff.
- Schlund, Gerhard H. Zur Berufsverschwiegenheit bei AIDS,  
AIFO 1987, 401 ff.
- Schlund, Gerhard H. Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom 5. Oktober 1999,  
JR 2000, 375 ff.
- Schmidt, Eberhard Der Arzt im Strafrecht,  
Leipzig, 1939.
- Schmidt, Eberhard Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht  
im Bereiche der Sozialgerichtsbarkeit,  
NJW 1962, 745 ff.
- Schmidt, Folke Zur Methode der Rechtsfindung,  
übers. aus dem Schwedischen und Englischen v. Joachim Heilmann,  
Berlin, 1976.

- Schmidt, Karl August      Verschwiegenheitspflicht und Auskunftsverweigerungsrecht der privaten Versicherungsunternehmen, VersR 1957, 492 ff.
- Schmidtke, Jörg            Argumente für eine für die Genetische Beratung qualifizierende Zusatzbezeichnung, medgen 1998, 523.
- Schmidtke, Jörg            Vererbung und Ererbtes – ein humangenetischer Ratgeber, Reinbek, 1997.
- Schmidtke, Jörg            Gentests. Entwicklung, Leistungsfähigkeit, Interpretation, in: Honnefelder et al., Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen, Berlin, 2003, 169 ff.
- Schöffski, Oliver            Gendiagnostik: Versicherung und Gesundheitswesen. Eine Analyse aus ökonomischer Sicht, Karlsruhe, 2000.
- Schönke, Adolf /  
Schröder, Horst            Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München, 2006.
- Schroeder-Kurth, Traute    Indikationen für die genetische Familienberatung, Ethik in der Medizin 1989, 195 ff.
- Schroeder-Kurth, T. /  
Lunshof, J. /  
Schäfer, A.                  Humangenetik & Gesellschaft, Abschlussbericht des Projekts: Beobachtung der Entwicklung von Technik und Technikfolgen im Bereich der angewandten Humangenetik, Heidelberg, 1996.
- Schroeder-Kurth, Traute    Gentest ist nicht gleich Gentest: Humangenetische Untersuchungen erfordern Begriffspräzisierung, medgen 2000, 461 ff.
- Schroeder-Kurth, Traute    Zur Ethik der genetischen Diagnostik, Zeitschrift für medizinische Ethik 2002, 329 ff.
- Schulin, Bertram (Hrsg.)    Handbuch des Sozialrechts, Band 1, Krankenversicherungsrecht, München, 1994.
- Schulte in den  
Bäumen, Tobias              Genetische (Individual-)Informationen aus Sicht des Datenschutzrechts, Bundesgesundheitsblatt 2007, 200 ff.

- Schulz, Hartmut                      Haftung für Infektionen,  
Frankfurt/M., 1988.
- Schünemann, Bernd /  
Pfeiffer, Gerd (Hrsg.)              Rechtsprobleme von Aids,  
Baden-Baden, 1988.
- Schwanenflügel,  
Matthias v.                            Moderne Versorgungsformen im Gesundheitswesen –  
Förderung der Qualität und Effizienz,  
NZS 2006, 285 ff.
- Seelmann, Kurt                        Das Verhältnis des § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen,  
Heidelberg, 1978.
- Seibert, Ulrich                        Zur Zulässigkeit der Beschlagnahme von ärztlichen  
Abrechnungsunterlagen bei den Krankenkassen,  
NStZ 1987, 398 ff.
- Simitis, Spiros                        Allgemeine Aspekte des Schutzes genetischer Daten,  
in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.):  
Genanalysen und Persönlichkeitsschutz,  
Zürich, 1994, 107 ff.
- Simon, J.                                Genomanalyse – Anwendungsmöglichkeiten und  
rechtlicher Regelungsbedarf,  
MDR 1991, 5 ff.
- Solbach, Günter                        Kann der Arzt von seiner Schweigepflicht entbunden werden,  
wenn sein Patient verstorben oder willensunfähig ist?,  
DRiZ 1978, 204 ff.
- Spann, W. /  
Liebhardt, E. /  
Penning, R.                            Genomanalyse und ärztliche Schweigepflicht,  
in: Kamps, H. / Laufs, A. (Hrsg.):  
Arzt- und Kassenarztrecht im Wandel -  
Festschrift für Helmut Narr zum 60. Geburtstag,  
Berlin, 1993, 27 ff.
- Spickhoff, Andreas                    Erfolgzurechnung und Pflicht zum Bruch der Schweigepflicht,  
NJW 2000, 848 f.
- Spickhoff, Andreas                    Die Entwicklung des Arztrechts 2004/2005,  
NJW 2005, 1694 ff.
- Spickhoff, Andreas                    Postmortaler Persönlichkeitsschutz und ärztliche  
Schweigepflicht,  
NJW 2005, 1982 ff.
- Spranger, M. / Retzlaff, R. /  
Henningsen, P. / Janssen, R.  
/ Spranger, S.                        Neurologisch-psychiatrischer Status von Risikopersonen für Chorea  
Huntington,  
medgen 1999, 541 ff.

- Staudinger, J. von                   Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
Buch 1: Allgemeiner Teil Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
§§ 1-14 BGB, VerschG,  
14. Bearbeitung, Berlin, 2004.
- Staudinger, J. von                   Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch,  
Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse,  
§§ 328-359 BGB,  
14. Bearbeitung Berlin, 2004.
- Staudinger, J. von                   Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse,  
§§ 611-615 BGB,  
14. Bearbeitung, Berlin, 2005.
- Staudinger, J. von                   Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch,  
Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse,  
§§ 823-825 BGB,  
13. Bearbeitung Berlin, 1999.
- Steffen, Erich                       Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruch-  
begrenzungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten,  
in: Brandner, Hans-Erich / Hagen, Horst / Stürner, Rolf (Hrsg.):  
Festschrift für Karlmann Geiß,  
Köln u. a., 2000, 487 ff.
- Steffen, Erich /  
Paufe, Burghard                    Arzthaftungsrecht: Neue Entwicklungslinien der BGH-  
Rechtsprechung,  
10. Aufl., Köln, 2006.
- Steinberg-Copek, Jutta             Berufsgeheimnis und Aufzeichnungen des Arztes im Strafverfahren,  
(Diss. iur.) Berlin, 1968.
- Steindor, Marina                    Genetische Screenings auf dem Vormarsch?  
Gen-ethischer Informationsdienst Nr. 168  
(Febr./März 2005), 12 ff.
- Steinmüller, Wilhelm             Genetisches Selbstbestimmungsrecht,  
DuD 1993, 6 ff.
- Stern, Klaus                        Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,  
Band 3, Halbband 1,  
München, 1988.



- Wertz, D. C. /  
Nippert, I. /  
Wolff, G. / Ayme', S. Ethik und Genetik aus der Patientenperspektive:  
Ergebnisse einer internationalen Studie,  
Genomexpress 2001, 15 f.
- Wertz, Dorothy /  
Nippert, Irmgard /  
Wolff, Gerhard Patient and Professional Responsibilities in Genetic Counseling,  
in: Sass, Hans-Martin / Schröder, Peter (Hrsg.):  
Patientenaufklärung bei genetischem Risiko,  
Münster u. a., 2003, 79 ff.
- Westermann, Harm  
Peter (Hrsg.) Das Schuldrecht 2002,  
Stuttgart u. a., 2002.
- Wiese, Günther Gibt es ein Recht auf Nichtwissen?,  
in: Jayme, Erik u. a.:  
Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten  
Geburtstag am 10. Februar 1991,  
Heidelberg, 1991, 475 ff.
- Wiese, Günther Genetische Analysen und Rechtsordnung unter besonderer  
Berücksichtigung des Arbeitsrechts,  
Neuwied u. a., 1994.
- Wiesing, U. /  
Schmitz, D. Methode oder Prognose? Zum Diskussionsentwurf des  
Gendiagnostikgesetzes aus ethischer Perspektive,  
Zeitschrift für medizinische Ethik 2005, 192 ff.
- Winter, Stefan F. /  
Fenger, Hermann /  
Schreiber, Hans-Ludwig  
(Hrsg.) Genmedizin und Recht,  
München, 2001.
- Wolff, Gerhard Die ethischen Konflikte durch die humangenetische Diagnostik,  
Ethik in der Medizin 1989, 184 ff.
- Wolfslast, Gabriele Anmerkung  
(zum Beschluss des OLG Frankfurt/M. vom 8. 7. 1999 –  
U 67/99)  
NStZ 2001, 150 ff.
- Wüstner, Kerstin Genetische Beratung. Risiken und Chancen,  
Bonn, 2000.
- You, Ching Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit  
bei der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht,  
Heidelberg, 1978.

## Internetquellen

Internationale Huntington-Association:  
Richtlinien für die Anwendung des präsymptomatischen molekulargenetischen Tests zur Huntington-Krankheit

online unter URL:  
> [http://www.dhh-ev.de/gentest\\_richtlinien\\_test.html](http://www.dhh-ev.de/gentest_richtlinien_test.html) < (Stand: 15.3.2007)

Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder:  
Regelungsentwurf für ein Gesetz zur Sicherung der Selbstbestimmung bei genetischen Untersuchungen

online unter URL:  
> <http://www.datenschutz-zentrum.de/material/themen/gendatei/gente-ge.htm> < (Stand: 15.3.2007)

Berufsverband Deutscher Humangenetiker e. V.:  
Routinemäßig diagnostizierbare genetisch bedingte Krankheiten

online unter URL:  
> <http://www.hgqn.org> < (Stand: 15.3.2007)

National Center for Biotechnology:  
Mendelian Inheritance in Man (MIM)-Katalog

online unter URL:  
> [http:// www.ncbi.nlm.nih.gov/Omim/mimstats.html](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/Omim/mimstats.html) < (Stand: 15.3.2007)

Österreichisches Gentechnikgesetz

online unter URL:  
< <http://www.ris.bka.gv.at/bundesrecht/> < (Stand: 15.3.2007)

World Health Organisation:  
Proposed International Guidelines On Ethical Issues In Medical Genetics And Genetic Services

online unter URL:  
> [www.who.int/genomics/publications/en/ethicalguidelines1998.pdf](http://www.who.int/genomics/publications/en/ethicalguidelines1998.pdf) < (Stand: 15.3.2007)

Schweizerisches Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen

online unter URL:  
> [www.admin.ch/ch/d/as/2007/635.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/as/2007/635.pdf). (Stand: 15.3.2007)



