

Grundrecht auf Leben und medizinische Versorgung

Am Beispiel der künstlichen Niere

Von Professor DR. WOLFGANG DÄUBLER, Bremen/Tübingen*)

I. *Das Problem.* Jedes Jahr sterben in der Bundesrepublik 1500 Menschen, weil ihre Nieren versagen und nicht genügend Geräte vorhanden sind, die die ausgefallenen Organe ersetzen könnten – so berichtete die Illustrierte Stern im März 1970.¹⁾ Mit vorsichtigen Worten umschreibt der 1971 erschienene Gesundheitsbericht der Bundesregierung denselben Sachverhalt: Der Mangel an Dialysezentren stelle ein Strukturproblem innerhalb der klinischen Medizin dar. Nicht zuletzt auf Grund des raschen Fortschritts, den die Medizin auf verschiedenen Spezialgebieten gemacht habe, sei es gerade dort zu Engpässen in der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung gekommen.²⁾ Als Ausweg wird der vom Bund zu 50% mitfinanzierte Krankenhausbau sowie die Tatsache genannt, daß die Situation auf dem Dialysesektor verschiedentlich Verhandlungsgegenstand auf den Konferenzen der zuständigen Landesminister war.³⁾

Angesichts des Krankenhausfinanzierungsgesetzes sind dies mehr als leere Versprechungen, doch ändert sich zunächst nichts daran, daß „Engpässe“ in der Medizin eben nicht nur Unannehmlichkeiten und Ärgernisse mit sich bringen, sondern das Leben vieler Mitbürger kosten. Als Jurist muß man sich die Frage stellen, ob dieser Zustand des Nicht-behandelt- und Nicht-gerettet-Werdens mit unserer grundgesetzlichen Wertordnung zu vereinbaren ist, spricht doch Art. 1 GG von der Unantastbarkeit der Menschenwürde und garantiert Art. 2 Abs. 2 GG ausdrücklich ein Recht auf Leben. Kann es denn einen Unterschied machen, ob der Staat durch aktives Tun in das Leben seiner Bürger eingreift, in dem er etwa die Todesstrafe wieder einführt, oder ob er dem Einzelnen die zur Aufrechterhaltung seiner physischen Existenz notwendige ärztliche Versorgung verweigert?⁴⁾ Scheint es nicht unverständlich, ja geradezu grotesk, wenn derselbe Staat jeden Selbstmordversuch als Polizeiwidrigkeit wertet, die zu vorübergehendem polizeilichem Gewahrsam führt,⁵⁾ und gar denjenigen bestraft, der einen Selbstmörder

nicht von seinem Tun abbringt?⁶⁾ Wird hier nicht auf der einen Seite das Leben als höchstes Gut vielleicht mehr als notwendig geschützt, während es auf der anderen Seite achtlos einem „Engpaß“ geopfert wird? Der ins Auge springende Widerspruch bedarf näherer Untersuchung. Bietet unsere Rechtsordnung tatsächlich keine Möglichkeit, die vorhandenen Schwierigkeiten zu überwinden? Versuchen wir, die Problematik an der künstlichen Niere aufzurollen.

II. *Der juristische Status quo.* 1. Nach § 182 Abs. 1 Ziff. 1 RVO ist die gesetzliche Krankenversicherung verpflichtet, vom Beginn der Krankheit an „Krankenpflege“ zu gewähren, die „ärztliche Behandlung und Versorgung mit Arznei sowie Brillen, Bruchbändern und anderen kleineren Heilmitteln“ umfaßt. Nach § 184 Abs. 1 Ziff. 1 RVO kann die Kasse anstelle der Krankenpflege Krankenhauspflege gewähren. Nimmt man allein diesen Wortlaut, so kommt man im Grunde nicht sehr weit: Auf die *klinische Dialyse* angewandt, bedeuten die §§ 182, 184 RVO im Ergebnis lediglich, daß der Versicherte gegen seine Krankenkasse einen Anspruch auf Übernahme der Kosten hat.⁷⁾ Die Zahl der Krankenhausplätze und den Umfang der Behandlungsmöglichkeiten kann der Patient dagegen ebenso wenig beeinflussen wie die Krankenkasse, was die RVO indirekt zum Ausdruck bringt, indem sie in § 185 Abs. 1 Hauspflege für den Fall gestattet, daß die Aufnahme in ein Krankenhaus geboten, „aber nicht ausführbar ist“. Die rechtlichen Möglichkeiten sind insoweit also recht schnell erschöpft.

2. Eine Entschärfung des Problems, vielleicht sogar eine Überwindung aller Schwierigkeiten könnte die Heimdialyse bringen. Besteht die Möglichkeit zu einem klinischen Trainingsprogramm, so liegt das übrige allein im Machtbereich der Krankenversicherung: Sie kann ein Gerät anmieten, für seine Unterhaltung sorgen und eine Pflegeperson zur Verfügung stellen. Fraglich war nur, ob sie das Gesetz zu diesen Leistungen verpflichtete.

Der Wortlaut des § 182 RVO bietet auch hier nur wenig Aufschluß. Auf den ersten Blick scheint es darauf anzukommen, ob die künstliche Niere als Arznei oder als Heilmittel oder als ein nicht vom Gesetz erfaßtes Tertium angesehen werden muß. Nur im ersten Fall würde eine unbeschränkte Leistungspflicht der Krankenkasse direkt aus dem Gesetz folgen; im zweiten Fall hinge der An-

*) Der Aufsatz gibt einen Vortrag wieder, den der Verfasser am 18. 3. 1972 auf einem Heimdialyse-Symposium in Berlin gehalten hat.

1) Stern v. 29. 3. 1970 (Nr. 14) S. 60ff. Bei der künstlichen Niere handelt es sich um ein Gerät, welches das Blut dialysiert, d. h. reinigt und so die Funktion der ausgefallenen Nieren ersetzt. Die in der Klinik vorgenommene Dialyse kann in der Regel nur zweimal wöchentlich erfolgen und ist mit gewissen Infektionsgefahren verbunden. Seit kurzer Zeit werden den Kranken daher Geräte mit nach Hause gegeben, wo sie von Familienangehörigen bedient werden, die darauf in einem dreimonatigen klinischen Trainingsprogramm vorbereitet werden. Diese sog. Heimdialyse ist in kürzeren Intervallen möglich, nicht mit Ansteckungsgefahr gebunden und psychisch weniger belastend. Nach ausländischen Erfahrungen verlängert sie die sonst im Durchschnitt 5 Jahre betragende Lebenserwartung beträchtlich. Während der Behandlung sind die Patienten in aller Regel voll arbeitsfähig.

2) Gesundheitsbericht, hgg. vom Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit, Bonn 1971, S. 139 (Nr. 330).

3) Gesundheitsbericht S. 139 (Nr. 331).

4) Die Frage verneint mit Recht DÜRIG in: MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, München 1958ff., Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 26.

5) Siehe z. B. Art. 17 Nr. 2 BayPAG; ähnlich auch in anderen Ländern.

6) BGHSt. (GS) 6, 147 = NJW 54, 1049; BGHSt. 13, 162 = NJW 59, 1738; anders aber SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, 16. Aufl., München 1972, § 330c Rdnr. 7 m. w. Nachw.

7) Vgl. PETERS, Handbuch der Krankenversicherung, 17. Aufl., Stuttgart 1968ff., § 182 Anm. 3a a. E.: Nur die Aufnahme in ein Krankenhaus, nicht die Durchführung der Behandlung und Pflege zählt zu den der Kasse obliegenden Sachleistungen.

spruch davon ab, ob die Satzung der zuständigen GKV von der Ermächtigung des § 193 Abs. 2 RVO Gebrauch gemacht hat, während die dritte Möglichkeit vollends keine unmittelbare Gewißheit über die Rechtslage verschafft.

Die Abgrenzung von Arzneien und Heilmitteln ist schon deshalb nicht unproblematisch, weil der allgemeine Sprachgebrauch kaum zwischen beiden unterscheidet. Das BSG hat in einem neueren Urteil den Grundsatz ausgesprochen, Heilmittel seien solche sächlichen Mittel, die überwiegend von außen her auf den Körper einwirken, während für Arzneien eine vorwiegend innere Einwirkung charakteristisch sei.⁸⁾ Es hat daher beispielsweise das Inhalieren von Sauerstoff als Anwendung eines Arzneimittels angesehen. Dem unbefangenen Betrachter will es nicht recht einleuchten, warum der Zufall der überwiegend inneren oder der überwiegend äußeren Wirkung über die weitgehende Folge der Kostentragungspflicht entscheiden soll. Wie wenig rational diese Begriffsbildung ist, wird gerade bei der Heimdialyse deutlich: So läßt sich einerseits die Auffassung vertreten, das dem Körper vom Dialysator wieder zugeführte gereinigte Blut wirke ausschließlich von innen auf den Patienten ein, während andererseits auch die These haltbar erscheint, der entscheidende Vorgang liege außerhalb des menschlichen Körpers, so daß juristisch ein Heilmittel vorliege. Dagegen ist nun freilich wieder eingewandt worden, Heilmittel müßten dazu bestimmt sein, einem noch vorhandenen Gliede oder Organ des Körpers die normale Funktionsfähigkeit zu gewähren, nicht aber anstelle eines nicht mehr arbeitenden oder nicht mehr vorhandenen Gliedes ein künstliches zu setzen, das dessen Funktion erfüllt.⁹⁾ Danach wäre das Dialysegerät auch nicht als Heilmittel anzusehen, so daß sich eine Leistungspflicht der Kassen höchstens auf der unsicheren Basis einer Analogie zu § 182 RVO ergeben würde.

Richtiger Auffassung nach kann es nicht auf derlei begriffliche Kunststückchen ankommen. Sie erinnern fatal an die vom RG im letzten Jahrhundert praktizierte Begriffsjurisprudenz, die nicht nach dem sozialen Ergebnis der eigenen Entscheidungen, sondern allein nach der inneren Stimmigkeit eines vorfabrizierten Systems fragte. Außerhalb des Sozialversicherungsrechts sind derlei Tendenzen heute weithin abgebaut, und es scheint an der Zeit, gerade bei einem Gebiet, wo vitale Interessen des Einzelnen auf dem Spiele stehen, solche methodischen Rückständigkeit endlich zu beseitigen.

Mit Recht hat daher das SG Berlin in einem nicht nur in der Sache selbst, sondern auch methodisch neuartigen und zukunftsweisenden Urteil ausgeführt, entscheidend komme es darauf an, das Gesetz in einer Art und Weise auszulegen, die dem derzeitigen Stand der Medizin gerecht werde.¹⁰⁾ Die Dialyse sei der Sache nach nichts anderes als ein Surrogat der ärztlichen Tätigkeit; gäbe es keine künstlichen Nieren, so müßte theoretisch der Arzt im Operationssaal einen Blutaustausch vornehmen. Dies rechtfertige es, sie der Krankenpflege zuzurechnen, die eben nicht nur ärztliche Behandlung im klassischen Sinn und Versorgung mit Arznei und kleineren Heilmitteln umfasse, sondern über die Aufzählung des § 182 RVO hinaus neue, durch die Fortschritte der Medizin ermöglichte Behandlungsmethoden. Nicht nur der Arzt, auch der Jurist dürfe nicht auf dem Erkenntnisstand der RVO aus dem Jahre 1911 stehenbleiben. Der Versicherte habe daher einen Anspruch auf Bereitstellung und Unterhaltung eines Dialysegeräts.¹¹⁾

Erfreulicherweise sind Chancen vorhanden, daß sich dieser Grundsatz in der gesamten Sozialgerichtsbarkeit durchsetzen wird: So hat das BSG beispielsweise den Begriff des Krankenhauses mit Rücksicht auf die wissenschaftliche Entwicklung aufgelockert und § 184 RVO auf die Behandlung eines Kindes in einem heilpädagogischen Heim entsprechend angewandt.¹²⁾ Auf diesem Weg weiter voranzuschreiten ist auch deshalb notwendig, weil andernfalls jeder medizinische Fortschritt fast ausschließlich den begüterten Teilen der Bevölkerung zugute kommen würde. Das aber widerspräche den Fundamenten des Gleichheitssatzes, der jedem Einzelnen zumindest das gleiche Recht auf physische Existenz zubilligt.

Zur Rechtfertigung eines Anspruchs gegen die GKV auf Beschaffung und Unterhaltung eines Dialysators wurde zusätzlich vorgebracht, die Heimdialyse sei billiger als das in der Klinik durchgeführte Verfahren, da Räumlichkeiten und Personal gespart würden; wenn aber schon die klinischen Dialysen zu übernehmen seien, müsse nach den Grundsätzen sparsamer Wirtschaftsführung erst recht die Heimdialyse bezahlt werden. Das ist sicher richtig und vermag im vorliegenden Fall auch ein weiteres Argument zu liefern; es darf aber nicht dazu führen, den Versicherten generell auf die billigste Form der Therapie zu verweisen. Entscheidend ist vielmehr die Effizienz der Behandlung für seine Gesundheit bzw. im vorliegenden Fall für eine Verlängerung seiner Lebenserwartung. Aus diesem Grund ist die Heimdialyse das notwendige und ausreichende Mittel i. S. des § 182 Abs. 2 RVO und bliebe es auch dann, wenn sie kostspieliger als die klinische Behandlung wäre.

3. Was die Verschaffung und Unterhaltung des Geräts betrifft, so ist die Rechtslage eindeutig: § 182 Abs. 1 RVO gibt dem Versicherten einen Anspruch, der nach § 183 RVO ohne zeitliche Begrenzung besteht. Offen bleibt, ob sich dieser auch auf die Beschaffung einer Pflegeperson bezieht, die das Gerät bedient und die bei Notfällen eingreift.

Das SG Berlin hat in zwei weiteren vor wenigen Monaten ergangenen Entscheidungen einen derartigen Anspruch dem Grunde nach bejaht.¹³⁾ Werde – wie in den beiden entschiedenen Fällen – der Dialysator durch einen Familienangehörigen betreut, so liege ein Fall der Hauspflege nach § 185 Abs. 1 RVO vor, die die Krankenhauspflege gemäß § 184 RVO ersetze. Die höhere Wirksamkeit der Heimdialyse stelle einen wichtigen Grund dar, die Behandlung nicht im Krankenhaus, sondern zu Hause durchzuführen. Für die Pflegekraft sei daher der satzungsgemäß vorgesehene Betrag zu bezahlen, der sich in beiden Fällen auf täglich höchstens 15 DM belief. Weitergehende Ansprüche wurden abgewiesen; auch der Hinweis darauf, daß die Pflegekraft eines Sozialhilfeempfängers immerhin 6,10 DM pro Stunde zu beanspruchen habe, blieb ohne Erfolg.

Man wird diesem Urteil nur sehr bedingt zustimmen können, insbesondere wenn man bedenkt, daß nach der Rechtsprechung des BSG die Hauspflege ebenso wie die Krankenhauspflege zeitlich entsprechend dem Krankengeld auf 78 Wochen innerhalb von 3 Jahren beschränkt ist,¹⁴⁾ bei chronisch Kranken daher nur einen vorübergehenden Ausgleich schafft.¹⁵⁾ Der Fehler der beiden Urteile liegt m. E. darin, daß sie den richtigen Ansatzpunkt des ersten, grundsätzlichen Urteils nicht ausreichend beachten: Sieht man nämlich in der Heimdialyse ein Surrogat für die vom Arzt gewährte Krankenhilfe, so muß dies nicht nur für das Gerät selbst und seine Unterhaltung, sondern auch für die benötigte Hilfsperson gelten. Der Arzt wird samt des ihm zugeordneten Personals wie Krankenschwestern usw. durch

8) BSG, USK 1968, 6866.

9) So SG Berlin, SGB 1971, 152 mit Anm. PESCH = JZ 71, 422.

10) Siehe Fußn. 9. Insoweit ausdrücklich zustimmend PESCH in der Anm.

11) Siehe Fußn. 9. Die gegen dieses Urteil eingelegte Sprungrevision wurde vom BSG als unzulässig verworfen.

12) Ur. v. 28. 8. 1970 – 3 RK 74/67.

13) Ur. v. 28. 9. 1971 – S 70 Kr 31/71 und Ur. v. 1. 10. 1971 – S 72 332/70.

14) BSGE 30, 144.

15) Zur anschließenden Leistungspflicht des Rentenversicherungsträgers s. BROCKHOFF-MÜLLER in: DERSCH-KNOLL-BROCKHOFF u. a. RVO-Gesamtkommentar, 1960 ff., § 1237 Anm. 2.

die Maschine *einschließlich* des sie bedienenden Familienangehörigen ersetzt. Dieser erfüllt faktisch die Funktion ärztlicher Mitarbeiter, deren Leistungen ja durch die normale Vergütung mit abgegolten sind. Aus diesem Grund besteht der Anspruch auf Zurverfügungstellung einer Pflegeperson bereits nach § 182 Abs. 1 RVO, so daß es auf das Eingreifen der Hauspflege-Vorschrift des § 185 Abs. 1 RVO gar nicht mehr ankommt. Wie auch das SG *Berlin* in seinen beiden Urteilen zutreffend ausführt, handelt es sich dabei um „Sachleistungen“, die grundsätzlich nicht durch Geldzahlungen ersetzt werden können. Anders verhält es sich nur, wenn – auch darin ist ihm zuzustimmen – der Versicherte gewissermaßen zur Selbsthilfe greift und ein Familienangehöriger die Pflege übernimmt. Hier gebietet es der Zweck der Vorschrift, eine Umwandlung in einen Geldanspruch anzunehmen, da sonst gerade die untätige Kasse bevorzugt wäre, würde sie sonst doch für die Vergangenheit von ihrer Leistungspflicht frei.¹⁶⁾ Der Anspruch entfällt auch dann nicht, wenn der Familienangehörige zum Unterhalt verpflichtet ist.¹⁷⁾ Die Unterhaltungspflicht besteht grundsätzlich nur bei wirtschaftlicher Bedürftigkeit des Berechtigten (§ 1602 Abs. 1 BGB), die hier nicht vorliegt, und ist – außer bei minderjährigen Kindern – regelmäßig in Form einer Geldrente, nicht aber durch persönliche Dienstleistungen zu erbringen (§ 1612 Abs. 1 BGB). Verwandte handeln also über ihre gesetzlichen Verpflichtungen hinaus, wenn sie die Pflege bei der Heimdialyse übernehmen. Etwas anderes könnte nur bei Ehegatten gelten, die nach § 1353 BGB zur ehelichen Lebensgemeinschaft und damit zur gegenseitigen Hilfe verpflichtet sind.¹⁸⁾ Auch hier hat freilich das SG *Berlin* zu Recht ausgeführt, die Durchführung von wöchentlich 3 Heimdialysen à 12 Stunden übersteige den Umfang des unter Ehegatten Geschuldeten, zumal die Pflegeperson im konkreten Fall dadurch außerstande gesetzt wurde, ihren bisherigen Beruf in vollem Umfang weiter auszuüben. Dem wäre noch hinzuzufügen, daß es nicht Sinn der ehelichen Beistandspflicht sein kann, einen Schuldner, hier die Krankenkasse, von seinen Verpflichtungen zu befreien (vgl. § 843 Abs. 4 BGB) und daß überdies anders als im Sozialhilferecht in der RVO keine Subsidiarität der Versicherungsleistungen angeordnet ist.¹⁹⁾

Die grundsätzliche Bejahung des Anspruchs führt zur Frage nach seiner Höhe. Betrachtet man § 182 Abs. 1 RVO als Rechtsgrundlage, so ist grundsätzlich keine summenmäßige Beschränkung gegeben; die in der Satzung vorgesehene Obergrenze der Aufwendungen für Hauspflege greift nicht ein. Das bedeutet, daß der Betrag erstattet werden muß, der auf dem freien Arbeitsmarkt für die Gewinnung einer Pflegekraft notwendig wäre, eine Summe, die sicherlich über dem 15-DM-Tagessatz, wahrscheinlich aber auch über dem Anspruch der Pflegekraft eines Sozialhilfeempfängers von 6,10 DM stündlich liegen dürfte. Ohne daß hier auf nähere Einzelheiten eingegangen werden kann, sei nur abschließend zu diesem Punkt vermerkt, daß die Begrenzung auf 15 DM täglich auch vom Standpunkt des SG *Berlin* aus Bedenken erwecken müßte: Wenn es ausführt, es liege nicht im Ermessen der Krankenkasse, durch einen verhältnismäßig geringen Kostensatz die Durchführung von Hauspflege von vornherein zu vereiteln, so muß man sich fragen, ob durch die 15-DM-Grenze nicht gerade das bewirkt worden wäre, hätten die Betroffenen nicht zur Selbsthilfe gezwungen. Für einen Stundenlohn von 1,25 DM wird heute außer Strafgefangenen kaum mehr jemandem eine einfache und erst recht keine verantwortungsvolle Tätigkeit zugemutet.

Trotz dieses „Schönheitsfehlers“ kann man das Problem der Heimdialyse als juristisch im wesentlichen

geklärt ansehen.²⁰⁾ Auf Grund des Einfallsreichtums medizinischer Wissenschaftler sowie des mutigen Urteils eines SG ist damit ein entscheidender Schritt getan worden, um die Engpaßsituation auf dem Dialysesektor insgesamt zu beseitigen.

4. Dies gilt auch für die rund 12% der Bevölkerung, die nicht von der gesetzlichen Krankenversicherung erfaßt sind. Soweit sie nicht umfassende Privatversicherungen abgeschlossen haben oder über ein beträchtliches Vermögen verfügen, können sie zwar durch die Dialysenkosten schwer belastet werden; einer Katastrophe beugt jedoch § 37 BSHG vor, der in seinem Abs. 2 „Krankenhilfe“ all denen zusichert, die die Kosten wirtschaftlich nicht verkraften können. Nach der ausdrücklichen gesetzlichen Formulierung umfaßt diese Krankenhilfe „ärztliche Behandlung, Versorgung mit Arzneimitteln, ... Krankenhausbehandlung sowie sonstige zur Genesung, zur Besserung oder zur Linderung der Krankheitsfolgen erforderlichen Leistungen“, geht also sehr viel weiter als die einschlägigen Vorschriften der RVO. Unzweifelhaft gehört der Dialysator ebenso zu den erforderlichen Leistungen wie eine Pflegeperson – das oben gefundene Ergebnis ergibt sich hier sehr viel zwangloser und unmittelbarer als bei den Krankenversicherten.²¹⁾ Träger dieses Anspruchs sind alle diejenigen, die ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht aus eigenen Kräften bestreiten können oder die nach Belastung mit den Dialysenkosten hierzu nicht mehr in der Lage wären.

5. Die relativ konsolidierte Situation erlaubt uns, einen kurzen Blick auf die juristische Bewältigung der Störungen zu werfen, die bei der Durchführung der Heimdialyse auftreten können. Was passiert, wenn das Gerät einmal versagen sollte, wer haftet, wenn das Trainingsprogramm nicht ausreichend war, was sind die Rechtsfolgen, wenn der das Gerät bedienende Angehörige eine Unachtsamkeit begeht und dadurch der Patient gesundheitlich geschädigt wird oder gar zu Tode kommt?

Beginnen wir mit dem fehlerhaften Gerät. Hier gilt der Grundsatz, daß derjenige, der eine Sache in Verkehr bringt, für ihren ordnungsmäßigen Zustand haftet. Das bedeutet, daß der Hersteller bei schuldhafter Verursachung von Mängeln gemäß § 823 Abs. 1 BGB vollen Schadensersatz leisten muß. Nach der beifälligen Rechtsprechung des BGH²²⁾ hat der Geschädigte lediglich zu beweisen, daß der Schaden beim Hersteller entstanden ist (und nicht etwa durch eigene fehlerhafte Bedienung verursacht wurde). Wird dieser Nachweis geführt, so ist es Sache des Produzenten, seinerseits zu beweisen, daß bei der Herstellung die erforderliche Sorgfalt aufgewandt wurde, so daß sich eine verbleibende Unklarheit zu seinen Lasten auswirkt. Damit ist die prozessuale Position des Geschädigten erheblich verbessert, die Produzentenhaftung zu einer durchaus realistischen Möglichkeit geworden. Was die Verantwortlichkeit des Krankenträgers und des Arztes betrifft, so ergeben sich keine juristischen Besonder-

20) Zur freiwilligen Übernahme der Leistungspflicht durch den Rentenversicherungsträger s. § 1239 RVO.

21) Vgl. SCHELLHORN-JIRASEK-SEIPP, BSHG, 6. Aufl. 1970, § 37 Anm. III 2a: (Zu gewähren sind) „alle Behandlungsmaßnahmen, die nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft anerkannt sind; Fortschritte der Medizin kommen daher auch Sozialhilfeempfängern zugute“.

22) BGHZ 51, 91 [105] = NJW 69, 269 mit Anm. von DIEDERICHSEN.

16) Ebenso PETERS, § 182 Anm. 3a für Krankenpflege im allgemeinen.

17) Ebenso das SG *Berlin*, aaO (Fußn. 13) und PETERS, § 185 Anm. 3.

18) Vgl. GERNHUBER, Familienrecht, 2. Aufl.

19) PETERS, § 185 Anm. 3.

heiten.²³⁾ Eine Haftung auf Schadensersatz tritt bei jeder schuldhaften Pflichtverletzung ein. Die allgemeine Formel der „Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ muß im Einzelfall konkretisiert werden, ohne daß im voraus mit letzter Sicherheit gesagt werden könnte, wo die Grenze zwischen Schuld und Unschuld verläuft. Immerhin läßt sich die Feststellung treffen, daß die Judikatur bei neuen Heilverfahren sicherlich einen gewissen Spielraum zum Sammeln von Erfahrungen zubilligen würde.

So scheint es ausgeschlossen, daß ein Gericht einen Krankenhaussträger oder einen Arzt mit der Begründung zu Schadensersatz verurteilen würde, das Trainingsprogramm müsse generell auf vier Monate ausgedehnt werden. Empfehlenswert ist es natürlich, der zur häuslichen Bedienung des Geräts eingesetzten Person schriftlich fixierte Verhaltensrichtlinien mitzugeben, was im Ernstfall die Beweislast erheblich vereinfacht. Notwendig ist, daß im Dialysezentrum jederzeit ein sachkundiger Arzt zur Verfügung steht, der bei Störungen so schnell als möglich eingreifen kann. Auch dürfte wahrscheinlich verlangt werden, die Patienten von Zeit zu Zeit zu Hause aufzusuchen oder in die Klinik zu bestellen, um etwaigen Komplikationen rechtzeitig vorbeugen zu können.

Begeht der die Maschine bedienende Familienangehörige einen Fehler und trifft den Arzt kein Verschulden, so kommt auch eine Haftung der Krankenkasse bzw. des Sozialhilfeträgers in Frage. Da sie zur Stellung auch der Bedienungsperson verpflichtet sind, haften sie in entsprechender Anwendung des § 278 BGB auf Schadensersatz. Da diese Vorschrift allein darauf abstellt, ob der sog. Erfüllungsgehilfe fremde vertragliche Verpflichtungen erfüllt oder nicht, tritt die Ersatzpflicht auch dann ein, wenn nicht die Kasse, sondern der Patient selbst den Familienangehörigen mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe betraut hat.²⁴⁾

III. Das Grundrecht auf medizinische Versorgung.

1. Kehren wir zum Grundsatzproblem zurück. RVO und BSHG geben zwar ausreichende Möglichkeiten, um dem einzelnen Bürger die finanzielle Last der Heimdialyse abzunehmen. Sie bieten jedoch keinen Ausweg bei Knappheitssituationen.

Scheidet etwa die Heimdialyse aus besonderen Gründen aus²⁵⁾ und sind alle Plätze im Krankenhaus besetzt, so sind Krankenkasse und Sozialamt nach de lege lata machtlos. Dasselbe gilt, wenn etwa lange Lieferfristen bestehen oder die personelle Kapazität der Klinik zur Durchführung eines Trainingsprogramms oder zur Überwachung der Heimdialysepatienten erschöpft ist. Wie groß hier noch immer die „Dunkelziffer“ ist, beweist die Tatsache, daß in Großbritannien und den USA der prozentuale Anteil der Dialysepatienten an der Gesamtbevölkerung doppelt so hoch ist wie in der Bundesrepublik, obwohl keinerlei Anzeichen für eine größere Häufigkeit von Nierenerkrankungen existieren. Noch sichtbarer sind die Probleme in anderen Bereichen der Medizin: So spricht der zitierte Gesundheitsbericht der Bundesregierung von 4000 schwer herzkranken Personen, die auf den Wartelisten für Herzoperationen stehen,²⁶⁾ vergißt dabei freilich zu erwähnen, daß die bis zu 7 Jahren reichenden Fristen häufig weit über der voraussichtlichen Lebenserwartung der Patienten liegen. Des weiteren ist von „Engpässen“ bei Intensivpflegestationen und Spezialkliniken für die Behandlung Schädel- und Hirnverletzter die Rede.²⁶⁾ Auch die Krebsbehandlung soll noch nicht überall den Möglichkeiten entsprechen, die der Stand der medizinischen Wissenschaft eröffnet.²⁷⁾

23) Zur Haftung des Arztes s. ISELE, Grundsätzliches zur Haftpflicht des Arztes, in: Die juristische Problematik in der Medizin, hg. von ARMAND MERGEN, Bd. III, München 1971, S. 11 ff.; zur Haftung des Krankenhausträgers s. UHLENBRUCK, NJW 64, 431 ff.

24) Vgl. BGHZ 13, 111 = NJW 54, 1193; BGHZ 50, 32 [35] = NJW 68, 1569.

25) Der Patient hat etwa keine (geeigneten) Angehörigen oder bedarf dauernder Überwachung.

26) Gesundheitsbericht (Fußn. 2) S. 139 (Nr. 329, 330).

27) Vgl. SCHWABE, NJW 69, 2274.

2. Die Jurisprudenz verschließt vor diesen Tatbeständen in aller Regel die Augen. Abgesehen von einigen Äußerungen aus jüngster Zeit²⁸⁾ pflegt sich (bezeichnenderweise!) nur das Strafrecht unter einem ganz speziellen Aspekt mit dieser Problematik zu befassen: Es prüft, wie das Verhalten eines Arztes zu beurteilen ist, der nur ein Gerät (in concreto: eine Herz-Lungen-Maschine) für zwei in akuter Lebensgefahr schwebende Patienten zur Verfügung hat, und nun den A und nicht den B rettet.²⁹⁾ Man ist sich wenigstens über das Ergebnis einig, daß mit Rücksicht auf die Unvergleichbarkeit zweier Menschenleben die Rechtsordnung keinerlei Vorschriften machen kann, wessen Leben in erster und wessen Leben erst in zweiter Linie zu erhalten ist. Allerdings wird für den Fall eine Ausnahme behauptet, daß ein bereits an das Gerät angeschlossener Patient wieder davon getrennt wird, um so einem anderen die Möglichkeit zum Überleben zu verschaffen. Hier soll – so die eine Meinung – vorsätzliche Tötung vorliegen.³⁰⁾ Die Differenzierung überzeugt nicht völlig, da die bloße Verschiebung der Rechtsgüterkollision das Ergebnis nicht beeinflussen sollte;³¹⁾ zumindest dürfte beim Arzt ein entschuldigender Verbotsirrtum vorliegen, da ihm nicht zuzumuten ist, „klüger“ als eine Reihe sich literarisch betätigender Juristen zu sein.

3. Zurück zum Anspruch auf einen Platz im Krankenhaus. Die damit aufgeworfene Frage hat nicht nur äußere Ähnlichkeit mit dem so viel diskutierten Problem des numerus clausus an den Hochschulen, mit dem Recht auf einen Studienplatz: In beiden Fällen geht es darum, ob der Bürger vom Staat bestimmte organisatorische Maßnahmen verlangen kann, damit Grundrechte – im einen Fall das Recht auf Leben, im anderen das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte – faktisch ausgeübt werden können. Im Bildungssektor wird ein solcher Anspruch von der Rechtsprechung einheitlich abgelehnt³²⁾ mit der einen Ausnahme des VG Frankfurt,³³⁾ das die dortige Universität im Wege der einstweiligen Anordnung zur Schaffung eines neuen Studienplatzes verpflichtete und ihr im Falle der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld androhte. Die damit aufgeworfene Rechtsfrage ist von grundsätzlicher Bedeutung: Sind die in unserer Verfassung verbrieften Grundrechte lediglich Abwehrrechte gegen den Staat, die diesem einen Eingriff in die Privatsphäre verbieten, oder geben sie darüber hinaus Ansprüche auf Erbringung einer bestimmten Leistung?³⁴⁾ Die dazu geführte umfangreiche Diskussion kann hier nicht mit der nötigen Detailliertheit wiedergegeben werden. Deshalb nur zwei in unserem Zusammenhang unmittelbar relevante Punkte.

a) Das in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG garantierte Recht auf Leben wird von der nahezu einmütigen Rechtsprechung und Literatur nicht nur als reines Abwehrrecht konzipiert; der Staat habe vielmehr auch die Pflicht, das Leben seiner Bürger zu schützen und sie mit dem existenznotwendigen Minimum an materiellen Gütern auszustatten.³⁵⁾ Dazu gehört ein Anspruch auf Für-

28) Insbesondere SCHWABE, NJW 69, 2274 ff.

29) KREY, JuS 71, 248 ff. und KÜPER, JuS 71, 474 ff. Zum allgemeinen Problem der Strafbarkeit in der „Grenzsituation“ der Abwägung zwischen zwei Menschenleben BAUMANN, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bielefeld 1968, S. 448 ff., 462; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Fußn. 6, Vorbem. vor § 51 Rdnr. 93.

30) So die Gegenmeinung, insbesondere KÜPER, JuS 71, 474 ff.

32) Nachweise bei GALLWAS, JZ 69, 320 ff. und J. SCHMITT, JuS 70, 60 ff.

33) II/1 – M – 68/69.

34) Dazu nunmehr grundlegend HÄBERLE, Grundrechte im Leistungsstaat, VVdStRL (1972).

35) BVerwGE 1, 159 [162] = NJW 54, 1541; BVerwGE 9, 78 [80] = NJW 59, 2325; DAUM, RdA 68, 83; HAMANN-LENZ, GG, 3. Aufl. 1970,

sorgeunterstützung, den das BVerwG vor Erlass des BSHG u. a. auch aus Art. 2 Abs. 2 GG entnahm,³⁶⁾ sowie weiter ein Recht auf Gesundheitsvorsorge, als dessen Ausprägung ein Anspruch auf Impfung bejaht wurde.³⁷⁾ Wie weit die Leistungspflicht des Staates konkret reicht, wird meist nicht erörtert; lediglich SCHWABE spricht davon, alles nach dem jeweiligen Stand der Technik Mögliche müsse unternommen werden, widrigenfalls der Staat zur Leistung von Schadensersatz oder Aufopferungsentschädigung verpflichtet sei.³⁸⁾

b) Im Gegensatz dazu wird eine Ergänzung der anderen Grundrechte durch Leistungsansprüche in der Regel abgelehnt. Insbesondere im Zusammenhang mit den sog. sozialen Grundrechten³⁹⁾ wie dem Recht, einen Arbeitsplatz und eine Wohnung zu erhalten, findet sich der Hinweis, dem Staat fehle die umfassende Kompetenz zur Verfügung über die beanspruchten Rechtsgüter; die behaupteten Rechte seien nicht nur inhaltlich unbestimmt, sondern auch auf keinen bestimmten Adressaten beziehbar. Außerdem verstoße die Bejahung gerichtlich durchsetzbarer sozialer Rechte gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz, da hier letztlich nicht Parlament und Regierung, sondern die Judikative über die Verwendung der staatlichen Haushaltsmittel und damit über die Wirtschaftspolitik entscheiden würde – wofür gerichtlich verordnete Vollbeschäftigungspolitik als besonders evidenten Beispiel stehen könnte. Die zum Recht auf Leben vorhandenen Stellungnahmen werden in der Regel nicht zur Kenntnis genommen, was die Verständigung um einiges schwieriger macht.

Von allen gegen die sozialen Grundrechte vorgetragenen Einwänden hat nur der Hinweis auf den Gewaltenteilungsgrundsatz einiges Gewicht. Die staatliche Verfügungsgewalt über die beanspruchten Objekte ist bei Kliniken in der Regel unmittelbar gegeben (und wäre auch bei Arbeitsplätzen nach dem Vorbild des Schwerbeschädigtengesetzes herstellbar). Von Unbestimmtheit des Anspruchsinhalts kann ebensowenig gesprochen werden wie von Undurchführbarkeit wegen Ungewißheit des Anspruchsgegners: Notfalls könnte sich der Berechtigte eben den Partner aussuchen, ein Ausweg, den die Rechtsordnung auch an anderer Stelle wählt, um Unklarheiten nicht zu Lasten des schützenswerteren Rechtsguts gehen zu lassen.⁴⁰⁾ Auch dem Gewaltenteilungsargument kann freilich nicht völlig zugestimmt werden. Sicher ist es richtig, daß eine völlige Determinierung der Budgethoheit des Parlaments durch die Gerichte verfassungswidrig wäre, weil der ersten Gewalt praktisch kein Spielraum mehr verbliebe; auf der anderen Seite darf man aber aus der Trennung in Legislative, Exekutive und Judikative auch nicht folgern, es sei völlig ausgeschlossen, daß das GG nicht wenigstens in gewissem Umfang Leistungsgrundrechte vorsieht und insoweit die souveräne Entscheidungsbefugnis des Parlaments selbst eingeschränkt hat. Ein derartiges Leistungsgrundrecht ist mit der herrschenden Auffassung in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG zu sehen, da nur auf Grund einer solchen Interpretation der in Art. 1 Abs. 1 GG ausdrücklich verankerten Pflicht Rechnung getragen werden kann, die Menschenwürde nicht nur zu achten, sondern sie auch zu schützen.⁴¹⁾ Wie immer man den Begriff der Menschenwürde ausdeuten mag – ob rein juristisch-normativ oder vor einem „metajuristischen“ gesell-

schaftspolitischen oder philosophischen Hintergrund – von ihrem Schutz kann dann nicht mehr gesprochen werden, wenn der Staat es versäumt, durch mögliche und zumutbare Maßnahmen wie Klinikbau und Nachwuchsförderung dafür zu sorgen, daß jedes in Gefahr kommende Menschenleben gerettet wird.

4. Das eigentliche Problem dieses Anspruchs liegt freilich in seiner Begrenzung. Wollte man dem GG einen universellen Schutz des Lebens vor jeder Gefährdung entnehmen – das gesellschaftliche Leben käme bald zum Erliegen, was sich in dem dann unumgänglich werden- den Verbot des Straßenverkehrs zeigt. Zwischen diesem Extrem und staatlicher Untätigkeit muß irgendwo die Linie liegen, bis zu der erzwingbare staatliche Fürsorge um menschliches Leben reicht.

Zur Bestimmung dieses Punktes können wir uns des Polizeirechts bedienen. Nach heute anerkannter Auffassung hat der Bürger einen Anspruch auf Einschreiten der Polizei, wenn seine Gesundheit oder sein Leben unmittelbar gefährdet sind.⁴²⁾ Das bedeutet, daß bei nur entfernter, mittelbarer Gefahr, die das Rechtsgut nicht schon im nächsten Moment verletzen kann, kein einklagbarer Anspruch auf staatliches Tätigwerden besteht. Bei der unmittelbaren Gefahr aber existiert der Anspruch ohne Rücksicht darauf, ob die Gemeinde oder das Land eine ausreichende Anzahl von Polizisten besitzt. Im Gegenteil: Man nimmt zu Recht eine Schadensersatzpflicht an, wenn eine Gemeinde ihre Streupflicht dadurch verletzt, daß sie schon gar keinen Streudienst einrichtet und ihr Geld für andere Dinge ausgibt.⁴³⁾ Was – man verzeihe das etwas banale Beispiel – für eine entferntere Lebens- und Gesundheitsgefährdung durch unterbliebenes Streuen bei Glatteis angenommen wurde, sollte erst recht gelten, wenn es um lebenserhaltende medizinische Versorgung geht. Die Abgrenzbarkeit des Tatbestands der unmittelbaren Lebensgefährdung verhindert überdies, daß die Gerichte nach eigenen Vorstellungen Wirtschaftspolitik betreiben. Dennoch ist zuzugeben, daß die Anerkennung des Rechts auf einen Krankenhausplatz trotz geplanter gesetzgeberischer Maßnahmen eine gewisse Prioritätenverschiebung bewirken kann, weil sie den Staat – pauschal gesprochen – zu mehr Investitionen auf dem medizinischen Sektor zwingt.

5. Die Durchsetzung dieses Rechts auf einen Platz im Krankenhaus ist nicht ohne Schwierigkeiten möglich. Natürlich ist ein Gericht überfordert, wenn es über künftige Ausbildungskapazitäten als Voraussetzung für mehr Ärzte oder gar über eine Trennung von allgemeiner und Herzchirurgie entscheiden sollte, um durch stärkere Spezialisierung eine höhere Effizienz zu bewirken. Was allein möglich erscheint, ist ein Urteil, das den Staat, d. h. das zuständige Land zur Einrichtung neuer Plätze verurteilt und fühlbare finanzielle Sanktionen für den Fall der Nichtausführung androht. Diese könnten in einem Zwangsgeld nach § 172 VwGO bestehen, möglich und wichtig ist daneben ein Schadensersatzanspruch zugunsten des abgewiesenen Patienten, der diesen in die Lage versetzt, die Kosten einer Behandlung im Ausland zu tragen.⁴⁴⁾ Stirbt der Patient, weil auch diese Mittel

Art. 2 Anm. B 8; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 27; RUPP, JZ 71, 402; SCHWABE, NJW 69, 2274 ff.; STEIN, Staatsrecht, 2. Aufl. 1971, S. 203; a. A. BVerwGE 1, 97, 104, 105 = NJW 52, 297; Vgl. auch ZACHER, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik, München-Wien 1968, S. 19, 35.

36) BVerwGE 1, 159 [162] = NJW 54, 1541.

37) BVerwGE 9, 78 [80] = NJW 59, 2325.

38) SCHWABE, NJW 69, 2276.

39) Siehe insbesondere BRUNNER, Die Problematik der sozialen Grundrechte, Tübingen 1971; HERZOG, Allgemeine Staatslehre, Frankfurt/Main 1971, S. 384 ff.; SCHAMBECK, Grundrechte und Sozialordnung. Gedanken zur Europäischen Sozialcharta, Berlin 1969; TOMANDL, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, Tübingen 1967.

40) § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB.

41) Zutreffend SCHWABE, NJW 69, 2274.

42) DREWS-WACKE, S. 162; GÖTZ, S. 62; ULE-RASCH, § 14 PVG Rdnr. 66, 68 jeweils m. w. Nachw.

43) SOERGEL-SIEBERT, BGB, Bd. 3, 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969, § 839 Rdnr. 131.

44) So auch SCHWABE, NJW 69, 2276. Das Gerichtsverfahren ersetzt insoweit andere Formen der Mitbestimmung des Bürgers über die staatliche Prioritätensetzung, die HÄBERLE in dem Begriff des status activus processualis zusammenfaßt (VVDStRL 1972).

versagen oder weil er von ihnen keine Kenntnis hatte, so steht seinen Hinterbliebenen ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 839, 844 Abs. 2, 845 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG zu, wenn ein individuelles Verschulden nachweisbar ist. Andernfalls sind sie auf einen Aufopferungsanspruch beschränkt, der hier ausnahmsweise die Höhe des vollen Schadensersatzes erreichen sollte.

Es besteht Grund zu der Annahme, daß derartige Urteile über den Einzelfall hinaus das Verhalten von Exekutive und Parlament beeinflussen werden. Unter den gegebenen Umständen dürfte feststehen, daß ein gelegentlicher Gang vor den Kadi kaum zu vermeiden ist, will man die Fortschritte der Medizin breiteren Bevölkerungsschichten zugänglich machen. Man sollte nicht davor zurückscheuen, wenn andere Mittel versagen – es steht zu viel auf dem Spiel.

Haftung bei der ärztlichen Behandlung kranker Angehöriger

Von Rechtsanwalt DR. EBERHARD STRUTZ,
Recklinghausen

Durch eine vor kurzem veröffentlichte Entscheidung des LG Saarbrücken¹⁾ ist wiederum auf die Problematik hingewiesen worden, die sich im Hinblick auf die Frage des Vertragspartners und die der Haftung für die ärztlichen Behandlungskosten ergibt, wenn Ärzte kranke oder verletzte Angehörige behandeln. Ein Teil der dabei auftauchenden Zweifelsfragen soll in diesem Beitrag einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Für den Arzt ist hierbei insbesondere die Frage bedeutsam, wer sein Vertragspartner ist und wer für das Honorar und die sonstigen Kosten aufzukommen hat.

Die einzelnen Fallgestaltungen lassen sich in vier Gruppen aufteilen, und zwar: Gruppe I (die Eheleute leben zusammen), Gruppe II (die Eheleute leben getrennt), Gruppe III (die Ehefrau ist noch minderjährig) und Gruppe IV (die Eheleute sind geschieden). Innerhalb jeder dieser Gruppen existieren wiederum mehrere Möglichkeiten, nämlich unter anderem die, daß die Ehefrau die Kinder zur Behandlung bringt, daß der Ehemann selbst oder das minderjährige Kind den Auftrag erteilt oder daß die Ehefrau selbst einen Arzt konsultiert.

I. Die Eheleute leben zusammen. Der Normalfall dürfte sein, daß die Eheleute nicht getrennt leben.

1. Die Ehefrau kommt in die Praxis und läßt ihr Kind behandeln. Die bei diesem Fall entstehende und für die Haftung wichtige Frage ist die, ob der mit dem Arzt abgeschlossene Dienstvertrag mit der den Auftrag erteilenden Ehefrau oder dem Ehemann oder sogar mit beiden zustande kommt. Nach herrschender Auffassung²⁾ fällt die Hinzuziehung eines Arztes für die Kinder unter das „Schlüsselgewalt“ genannte und in § 1357 BGB normierte Recht der Ehefrau, Geschäfte, die innerhalb des häuslichen Wirkungskreises liegen, mit Wirkung für den Ehemann zu besorgen. Das bedeutet, daß der Ehemann grundsätzlich aus dem von der Ehefrau mit Wirkung für ihn abgeschlossenen Behandlungsvertrag verpflichtet ist und für das ärztliche Honorar aufzukommen hat. Nur in dem Fall, daß der Ehemann bei Vertragsab-

schluß oder in dem Zeitpunkt, in dem er in Anspruch genommen wird,³⁾ zahlungsunfähig ist, wird die Ehefrau aus den Verträgen, die im Rahmen der Schlüsselgewalt liegen, ebenfalls verpflichtet; sie ist Schuldnerin und der Anspruch ist gegen sie geltend zu machen. Sollte eine Überschreitung der Schlüsselgewalt vorliegen, etwa bei einer sehr kostspieligen und nicht unbedingt notwendigen Behandlung des Kindes, dann besteht kein vertraglicher Anspruch gegenüber dem Ehemann. Der Arzt könnte jedoch gleichwohl seinen Honoraranspruch gegen den Ehemann gemäß §§ 679, 683, 670, 1601 ff. BGB geltend machen, wenn die Behandlung im Rahmen der dem Vater gegenüber dem Kind obliegenden Unterhaltsverpflichtung verbleibt. Die Verschaffung ärztlicher Hilfe gehört grundsätzlich zum Unterhalt, so daß der Arzt insoweit ein Geschäft des Unterhaltspflichtigen führt und von ihm Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann.⁴⁾

Ob nun neben der Haftung des Ehemannes auch ein Anspruch auf Ersatz des Honorars gegen die Ehefrau besteht,⁵⁾ ist bestritten. Ein möglicher Anspruch des Arztes aus Geschäftsführung ohne Auftrag gegenüber der Ehefrau als Mutter des behandelten Kindes entfällt zwar noch nicht notwendig deshalb, weil ein Behandlungsvertrag mit dem Vater besteht; denn es ist anerkannt, daß eine derartige Geschäftsführung für eine andere Person als den Auftraggeber auch neben einem Vertrag mit einem Dritten möglich ist. Überwiegend wird jedoch ein derartiger Anspruch deshalb abgelehnt, weil zwar die ärztliche Versorgung im Interesse beider Elternteile liege und beide für die ärztliche Betreuung des Kindes verantwortlich seien, daraus aber noch nicht folge, daß auch die Ehefrau gemeinsam mit dem Ehemann die Kosten tragen wolle; daß die Ehefrau ein eigenes Interesse an der Gesundheit des Kindes hat, ist mit Recht nicht als entscheidend angesehen worden, weil alle von der Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt getätigten Geschäfte in aller Regel mit eigenen Wünschen und Interessen verbunden sind und weil sich gerade aus der Vorschrift über die Schlüsselgewalt (§ 1357 BGB) ergibt, daß grundsätzlich nur der Ehemann aus diesen Geschäften berechtigt und verpflichtet sein soll.⁶⁾ Ein Honoraranspruch steht dem Arzt gegenüber der Ehefrau nur dann zu, wenn die Ehefrau sich selbst vertraglich verpflichtet hat oder der Ehemann leistungs- und zahlungsunfähig ist, was der Arzt zu beweisen hat.⁷⁾

Angesichts dieser Rechtslage empfiehlt es sich für den Arzt auf jeden Fall, die Frage des Vertragspartners vor Behandlungsbeginn mit der Mutter des Kindes zu klären. In diesem Zusammenhang muß der Arzt auch auf für die Beurteilung der Rechtslage entscheidende Indizien achten, so, falls beide Eheleute Vertragspartner sind, auf die Entgegennahme der Anschriften beider Eheleute im Falle von verschiedenen Wohnungen oder Adressen sowie auf die Ausstellung der Rechnung auf beide und die Übersendung derselben an beide Eheleute.

Im Hinblick auf die Behandlung minderjähriger Kinder ist in diesem Rahmen noch abschließend auf eine Fallgestaltung hinzuweisen, die bereits vor längerer Zeit vom LG Braunschweig zu-

1) NJW 71, 1894f.; vgl. hierzu auch die kritische Anm. von OLSCHESKI, NJW 72, 346.

2) Vgl. statt vieler GERNHURER, Familienrecht, 2. Aufl. 1971, § 19 III, S. 173f. Fußn. 6; KRÜGER-BREITZKE-NOWACK, Kommentar zum Gleichberechtigungsgesetz, § 1357 Anm. 6; PALANDT, § 1357 Anm. 2b; SOERGEL-SIEBERT-LANGE, 10. Aufl. 1971, § 1357 Anm. 7; STAUDINGER, 10/11. Aufl. 1964, § 1357 Anm. 20.

3) Dieser Zeitpunkt genügt, vgl. LG Bochum, NJW 65, 2304; STAUDINGER, § 1357 Anm. 38 mit weiteren Nachweisen.

4) BGHZ 33, 251 (256) = NJW 61, 359 (360); LG Hamburg, MDR 52, 356; BEITZKE, MDR 51, 262f.; PALANDT, § 677 Anm. 2b, e; § 679 Anm. 2c.

5) Vgl. z. B. OLG Köln, NJW 65, 350f.; LG Saarbrücken, NJW 71, 1894f.; LG Berlin, NJW 61, 973; LG Bielefeld, MDR 67, 841.

6) So insbesondere BGHZ 47, 75ff. = NJW 67, 673.

7) Vgl. LG Saarbrücken, NJW 71, 1894f.

NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT

IN VERBINDUNG MIT DEM DEUTSCHEN ANWALTVEREIN
UND DER BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER HERAUSGEGEBEN VON

PROF. DR. HANS DAHS†
Rechtsanwalt in Bonn

DR. WALTER LEWALD
Rechtsanwalt in Frankfurt a. M.

PROF. DR. PHILIPP MÖHRING
Rechtsanwalt beim BGH, Karlsruhe

VALENTIN HEINS†
Rechtsanwalt in München

DR. FRITZ OSTLER
Rechtsanwalt in München

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwiegend mit medizinisch-juristischen Beiträgen (im Anschluß an Heft 8/1972)

DÄUBLER	Grundrecht auf Leben und medizinische Versorgung	S. 1105
STRUTZ	Haftung bei ärztlicher Behandlung kranker Angehöriger	S. 1110
FRIEDERICH	Sicherheit medizinischer Gutachten	S. 1114
BERG	Notgeschäftsführung und Vertretungsmacht bei ärztlicher Behandlung eines Kindes	S. 1117
BLAUROCK	Zur stillen Beteiligung mehrerer Personen an einer Apotheke	S. 1119
KOHLHAAS	Folgen aus dem Einbruch der Technik in die Medizin bei Verkleinerung von Röntgenbildern	S. 1120

BUCHBESPRECHUNGEN

Weyers: Unfallschäden (*Hamann*). – Vollmar: Unfallversicherung für Schüler und Studenten sowie Kinder in Kindergärten (*Schwankhart*). – Peters-Sautter-Wolff: Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 13. u. 14. Nachtrag (*Schieckel*). – Gritschner-Appelböck-Bayerlein-Parchmann-Pohl-Rüth-Schermutzki-Schulin-Schweyer: Ullstein-Lexikon des Rechts (*Seibert*). – Brockhaus, Enzyklopädie in 20 Bänden, Bd. 14 (Ost-Pog) (*Fl.*) S. 1121

PRESSEMITTEILUNG

BVerfG: Terminanberaumung für Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen Ostverträge. Umschlagseite II

ENTSCHEIDUNGEN

BVerfG	8. 3. 72 –	2 BvR 28/71	Beschlagnahme der ärztlichen Karteikarte eines Beschuldigten	S. 1123
BGH	11. 1. 72 –	VI ZR 46/71	Haftung für Verletzung einer Leibesfrucht; Beweisfragen	S. 1126
BGH	28. 2. 72 –	III ZR 212/70	Zur Rechtsnatur und Kündbarkeit eines Belegarztvertrags	S. 1128
BGH	14. 3. 72 –	VI ZR 160/70	Unterhaltsschaden des Witwers wegen Entziehung der Haushaltsführung	S. 1130
BGH	8. 12. 71 –	IV ZR 81/70	Beweislast für das Bestehen einer Geisteskrankheit	S. 1131
BGH	4. 2. 72 –	I ZR 104/70	Bestimmung der Sehschärfe durch Optiker als Heilkunde	S. 1132
BGH	1. 2. 72 –	VI ZR 134/70	Nichterscheinen des Beweisführers zur ärztlichen Untersuchung	S. 1133
BGH	5. 4. 72 –	VIII ZR 31/71	Pfändung eines durch Zuschlag entstandenen Ersatzrechts	S. 1135
BGH	13. 7. 71 –	X ZB 1/70	Beschwer des Patentinhabers durch Aufhebung d. Geheimhaltungsanord.	S. 1136
LG Bonn	17. 2. 72 –	6 S 9/72	Voreintragung als Sachmangel eines fabrikneuen Kfz	S. 1137
OLG Düsseldorf	2. 3. 72 –	13 U 132/71	Währungsverfall und Erschütterung der Geschäftsgrundlage	S. 1137
OLG Bamberg	8. 6. 71 –	5 U 48/71	Lohnfortzahlung als anderweitige Ersatzmöglichkeit (HERZ)	S. 1138
LG Limburg	6. 10. 71 –	3 S 97/71	Vererblichk. d. Schmerzensgeldanspruches durch Rechtshängigwerden	S. 1139
OLG Köln	2. 2. 72 –	16 U 150/71	Begriff der „schwerwiegenden Zweifel“ an der Vaterschaft	S. 1140
OLG Frankfurt	17. 2. 72 –	6 U 39/71	Irreführung im Wettbewerb durch Höhe der Maklergebühr	S. 1142
AG Wegberg	15. 3. 72 –	2 M 205/72	Zur Pfändbarkeit des Konjunkturzuschlags (SCHOLZ)	S. 1143
BGH	29. 2. 72 –	5 StR 400/71	Dauernde Entstellung bei Zahnverlust mit Prothesenersatz	S. 1143
BGH	13. 4. 72 –	4 StR 71/72	Maßnahmen bei Störung der Hauptverhandlung	S. 1144
OLG Hamm	29. 2. 72 –	5 Ss 176/72	Schlußsturztrunk; Überschreitung des Grenzwertes	S. 1145

Fortsetzung auf der II. Umschlagseite