

NICOLA HEGERFELD

Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten

Studien zum Privatrecht

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 81



Nicola Hegerfeld

Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten

Eine Auseinandersetzung mit der Qualität der
Kodifizierung der § 630e und § 630c BGB

Mohr Siebeck

Nicola Hegerfeld, Studium der Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; Erstes Staatsexamen; Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Münster; 2018 LL.M. und Promotion.

D 6; zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2018

ISBN 978-3-16-156454-3 / eISBN 978-3-16-156455-0

DOI 10.1628/978-3-16-156455-0

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsphilosophie und Medizinrecht.

Mein besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Thomas Gutmann für seine kontinuierliche Unterstützung und die vortrefflichen Forschungs- und Arbeitsbedingungen am Lehrstuhl. Bei Herrn Prof. Dr. Johann Kindl bedanke ich mich herzlich für die umgehende Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Kolleg-Forschergruppe „Theoretische Grundfragen der Normenbegründung in Medizinethik und Biopolitik“ der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster danke ich für die Kooperation und den Druckkostenzuschuss.

Meinen Freunden und meiner Familie danke ich für die zeitnahe Durchsicht des Manuskripts. Besonders hervorheben möchte ich meine Kollegin Luise Schüling, LL.M., die mich während meiner Promotionszeit sowohl in fachlicher als auch persönlicher Hinsicht stets unterstützt hat und mir als wertvolle Diskussionspartnerin zur Verfügung stand. Dr. Marina Kohake, LL.M., Björn Stäwen, LL.M. und Martin Thelen danke ich für die bereichernden fachlichen Diskussionen.

Schließlich danke ich meinen Eltern von Herzen für ihre bedingungslose Unterstützung, ohne die diese Arbeit nicht entstanden wäre.

Düsseldorf, im Juli 2018

Nicola Hegerfeld

Inhaltsübersicht

A.	Fragestellung und Herangehensweise der Arbeit	1
I.	<i>Richterrecht und dessen Verhältnis zu Gesetzen</i>	4
II.	<i>Qualität einer Kodifizierung</i>	6
	1. Dogmatische Kriterien	7
	2. Ziele einer Kodifizierung	10
III.	<i>Methodischer Ansatz: Rechtsdogmatik</i>	13
	1. Ermittlung des Bedeutungsgehalts von Gesetzen: Auslegung	15
	2. Umgang mit Lücken im Gesetz: Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung	22
IV.	<i>Fortgang der Arbeit</i>	26
B.	Grundfragen	29
I.	<i>Verhältnis Ethik und Recht</i>	29
II.	<i>Weitere Ursachen für den veränderten Blickwinkel auf das Arzt-Patient-Verhältnis</i>	33
III.	<i>Schutzzwecke der Aufklärungs- und Informationspflichten</i>	44
C.	Einschlägige Grundrechte von Patient und Arzt	47
I.	<i>Grundrechte des Patienten</i>	50
	1. Achtung der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	50
	2. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	52
	3. Selbstbestimmungsrecht	55
	4. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	59
	5. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	60
	6. Religions- und Weltanschauungsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 Var. 1 GG	62
II.	<i>Grundrechte des Arztes</i>	63
	1. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	63

2. Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG	68
3. Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG	69
4. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	70
5. Nemo tenetur-Grundsatz	70
III. <i>Fazit</i>	75
D. Klärung von für die Analyse elementaren Begriffen	77
I. <i>Begriff der Einwilligungsfähigkeit</i>	77
II. <i>Begriff der Informationsbefolgungsfähigkeit</i>	81
III. <i>Begriff des Patienten in den §§ 630a ff. BGB</i>	83
1. Zwei unterschiedliche Begriffsverständnisse	83
2. Kein einheitliches Begriffsverständnis in den §§ 630c ff. BGB	85
3. Auswirkungen der unterschiedlichen Begriffsverständnisse . . .	87
IV. <i>Begriff der Behandlung</i>	91
E. Aufklärungspflicht	93
I. <i>Allgemeine Grundsätze</i>	93
1. Richterrecht	94
2. § 630e Abs. 1 BGB	96
3. Bewertung	97
II. <i>Gegenstand und Umfang</i>	97
1. Nach § 630e Abs. 2 S. 1, 2 BGB	97
2. Aufklärung über Behandlungsalternativen	115
III. <i>Art und Weise</i>	122
1. Richterrecht	122
2. § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 3, S. 2 BGB	125
3. Bewertung	147
IV. <i>Zeitpunkt</i>	148
1. Richterrecht	148
2. § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB	151
3. Bewertung	152
V. <i>Aufklärungspflichtiger</i>	153
1. Richterrecht	153
2. § 630e Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB	155
3. Bewertung	166

<i>VI. Aufklärungsempfänger</i>	167
1. Richterrecht	167
2. § 630e Abs. 1 S. 1, Abs. 4, 5 BGB	168
3. Bewertung	178
<i>VII. Ausnahmen</i>	179
1. Richterrecht	180
2. § 630e Abs. 3 BGB	181
3. Bewertung	187
<i>VIII. Dokumentation</i>	188
1. Richterrecht	188
2. § 630f Abs. 2 S. 1 BGB	188
3. Bewertung	190
<i>IX. Rechtsfolgen eines Verstößes</i>	190
1. Zivilrechtliche Rechtsfolgen und Beweislast	191
2. Strafrechtliche Konsequenzen	201
<i>X. Zusammenfassung zur Aufklärungspflicht</i>	201
<i>XI. Zwischenfazit zur Qualitätsbewertung</i>	203
<i>XII. Vom Gesetzgeber unbeachteter wissenschaftlicher Diskurs:</i>	
<i>Nudging</i>	205
1. Phänomen des Nudgings	205
2. Nudging im Rahmen der Aufklärung	207
F. Informationspflichten und -obliegenheiten	217
<i>I. Pflichten und Obliegenheiten des Patienten</i>	218
1. Informations- und Mitwirkungsobliegenheiten des Patienten gem. § 630c Abs. 1 BGB sowie der in diesem Kontext zuvor ergangenen Rechtsprechung	219
2. Nebenpflichten des Patienten gem. § 241 Abs. 2 BGB	231
<i>II. Informationspflichten und -obliegenheiten des Arztes</i>	232
1. Informationsobliegenheit des Arztes gem. § 630c Abs. 1 BGB	232
2. Therapeutische Informationspflicht	234
3. Fehlerinformationspflicht	296
4. Wirtschaftliche Informationspflicht	427
5. Ausnahmen zu den Informationspflichten	480
6. Phänomen des Nudgings	491

G.	Gesamtfazit	493
I.	<i>Dogmatische Kritik</i>	494
II.	<i>Erreichung der vom Gesetzgeber selbst gesetzten Ziele</i>	499
III.	<i>Generelle Ziele einer Kodifizierung</i>	502
H.	Alternativer Regelungsvorschlag	507
	Literaturverzeichnis	511
	Stichwortverzeichnis	535

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
A. Fragestellung und Herangehensweise der Arbeit	1
I. Richterrecht und dessen Verhältnis zu Gesetzen	4
II. Qualität einer Kodifizierung	6
1. Dogmatische Kriterien	7
2. Ziele einer Kodifizierung	10
a) Spezielle, vom Gesetzgeber ausdrücklich verfolgte Ziele	10
b) Generelle Ziele	11
III. Methodischer Ansatz: Rechtsdogmatik	13
1. Ermittlung des Bedeutungsgehalts von Gesetzen: Auslegung	15
a) Wortlaut	16
b) Historie	19
c) Systematik	19
d) Telos	21
e) Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung	21
2. Umgang mit Lücken im Gesetz:	
Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung	22
a) Feststellung von Lücken im Gesetz	23
b) Korrekturmöglichkeiten	24
aa) Analogie	24
bb) Teleologische Reduktion	25
cc) Rechtsfortbildung contra legem	25
IV. Fortgang der Arbeit	26
B. Grundfragen	29
I. Verhältnis Ethik und Recht	29
II. Weitere Ursachen für den veränderten Blickwinkel auf das Arzt-Patient-Verhältnis	33
III. Schutzzwecke der Aufklärungs- und Informationspflichten	44

C.	Einschlägige Grundrechte von Patient und Arzt	47
I.	<i>Grundrechte des Patienten</i>	50
	1. Achtung der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	50
	2. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	52
	3. Selbstbestimmungsrecht	55
	4. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	59
	5. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	60
	6. Religions- und Weltanschauungsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 Var. 1 GG	62
II.	<i>Grundrechte des Arztes</i>	63
	1. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	63
	2. Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG	68
	3. Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG	69
	4. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	70
	5. Nemo tenetur-Grundsatz	70
	a) Der nemo tenetur-Grundsatz im Zivilrecht	73
	b) Übertragung auf das Behandlungsverhältnis	75
III.	<i>Fazit</i>	75
D.	Klärung von für die Analyse elementaren Begriffen	77
I.	<i>Begriff der Einwilligungsfähigkeit</i>	77
II.	<i>Begriff der Informationsbefolgungsfähigkeit</i>	81
III.	<i>Begriff des Patienten in den §§ 630a ff. BGB</i>	83
	1. Zwei unterschiedliche Begriffsverständnisse	83
	2. Kein einheitliches Begriffsverständnis in den §§ 630c ff. BGB	85
	3. Auswirkungen der unterschiedlichen Begriffsverständnisse	87
	a) Ausschluss des Vertrags zugunsten Dritter bei Behandlungsverhältnissen?	88
	b) Anwendung der Begriffsverständnisse auf die Konstellation des Vertrags zugunsten Dritter	89
IV.	<i>Begriff der Behandlung</i>	91
E.	Aufklärungspflicht	93
I.	<i>Allgemeine Grundsätze</i>	93
	1. Richterrecht	94

2. § 630e Abs. 1 BGB	96
3. Bewertung	97
<i>II. Gegenstand und Umfang</i>	97
1. Nach § 630e Abs. 2 S. 1, 2 BGB	97
a) Richterrecht	97
aa) Risikoaufklärung	98
bb) Verlaufsaufklärung	108
cc) Aufklärung über Erfolgsaussichten	108
b) § 630e Abs. 1 S. 1, 2 BGB	109
c) Zusammenfassung der Ergebnisse	114
d) Bewertung	114
2. Aufklärung über Behandlungsalternativen	115
a) Richterrecht	115
b) § 630e Abs. 1 S. 3 BGB	118
c) Bewertung	121
<i>III. Art und Weise</i>	122
1. Richterrecht	122
2. § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 3, S. 2 BGB	125
a) Mündlichkeit, Abs. 2 S. 1 Nr. 1	125
aa) Ausnahmsweise schriftliche Aufklärung bei Routinemaßnahmen	126
bb) Ergänzende Bezugnahme auf Unterlagen, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 a. E.	128
b) Aushändigung von Abschriften, Abs. 2 S. 2	129
aa) Grund für die Implementierung	130
bb) Form der Abschrift	131
cc) Zeitpunkt der Aushändigung	132
dd) Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes	134
ee) Abdingbarkeit	136
c) Verständlichkeit, Abs. 2 S. 1 Nr. 3	136
aa) Allgemeine Grundsätze	136
bb) Problem: Sprachunkundige Patienten	137
(1) Kostentragung	138
(2) Haftung für fehlerhafte Übersetzung	143
(3) Eingeschränkte Sprachkenntnisse	145
d) Strukturierung der Aufklärung und Beeinflussung des Entscheidungsprozesses	146
e) Zusammenfassung der Ergebnisse	146
3. Bewertung	147

<i>IV. Zeitpunkt</i>	148
1. Richterrecht	148
2. § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB	151
3. Bewertung	152
<i>V. Aufklärungspflichtiger</i>	153
1. Richterrecht	153
2. § 630e Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB	155
a) Allgemeine Grundsätze	155
b) Möglichkeit der Delegation	156
aa) Erfordernis der Beteiligung an der Durchführung der Maßnahme	157
bb) Nichtärztliches Personal	158
(1) Ärztlich durchzuführende Maßnahmen	158
(2) Durch nichtärztliches Personal durchzuführende Maßnahmen	161
cc) Praktische Erfahrung und das Erfordernis des Facharzttitels	162
dd) Studierende im Praktischen Jahr	165
c) Zusammenfassung der Ergebnisse	166
3. Bewertung	166
<i>VI. Aufklärungsempfänger</i>	167
1. Richterrecht	167
2. § 630e Abs. 1 S. 1, Abs. 4, 5 BGB	168
a) Begriff des Patienten	168
b) § 630e Abs. 4, 5 BGB	175
c) Zusammenfassung der Ergebnisse	178
3. Bewertung	178
<i>VII. Ausnahmen</i>	179
1. Richterrecht	180
2. § 630e Abs. 3 BGB	181
a) Unaufschiebbarkeit	182
b) Aufklärungsverzicht	183
c) Vorhandene Kenntnis	185
d) Therapeutische Gründe	186
e) Zusammenfassung der Ergebnisse	187
3. Bewertung	187
<i>VIII. Dokumentation</i>	188
1. Richterrecht	188
2. § 630f Abs. 2 S. 1 BGB	188

3. Bewertung	190
<i>IX. Rechtsfolgen eines Verstoßes</i>	190
1. Zivilrechtliche Rechtsfolgen und Beweislast	191
a) Richterrecht	191
b) §§ 630e, h BGB	199
c) Bewertung	201
2. Strafrechtliche Konsequenzen	201
<i>X. Zusammenfassung zur Aufklärungspflicht</i>	201
<i>XI. Zwischenfazit zur Qualitätsbewertung</i>	203
<i>XII. Vom Gesetzgeber unbeachteter wissenschaftlicher Diskurs: Nudging</i>	205
1. Phänomen des Nudgings	205
2. Nudging im Rahmen der Aufklärung	207
a) Keine Möglichkeit des Eliminierens von Nudging	209
b) Freiheit des Arztes bei der Strukturierung des Aufklärungsgesprächs	211
c) Nudging in Form des libertären Paternalismus	212
<i>F. Informationspflichten und -obliegenheiten</i>	217
<i>I. Pflichten und Obliegenheiten des Patienten</i>	218
1. Informations- und Mitwirkungsobliegenheiten des Patienten gem. § 630c Abs. 1 BGB sowie der in diesem Kontext zuvor ergangenen Rechtsprechung	219
a) Begriff des Patienten	219
b) Gegenstand der Informations- und Mitwirkungsobliegenheit	224
c) Bewertung	230
2. Nebenpflichten des Patienten gem. § 241 Abs. 2 BGB	231
<i>II. Informationspflichten und -obliegenheiten des Arztes</i>	232
1. Informationsobliegenheit des Arztes gem. § 630c Abs. 1 BGB	232
2. Therapeutische Informationspflicht	234
a) Allgemeine Grundsätze	235
aa) Richterrecht	236
bb) § 630c Abs. 2 S. 1 BGB	236
cc) Bewertung	237
b) Gegenstand und Umfang	237
aa) Richterrecht	237
bb) 630c Abs. 2 S. 1 BGB	241

cc)	Änderungen zur bisherigen Rechtsprechung hinsichtlich der Zuordnung zur Selbstbestimmungsaufklärung bzw. zur therapeutischen Information	244
	(1) Diagnose und Therapie	244
	(2) Dringlichkeit	248
	(3) Gefahren im Falle des Unterlassens der Behandlung	250
dd)	Generelle Abgrenzung therapeutische Information – Selbstbestimmungsaufklärung	250
	(1) Vertretene Positionen	252
	(2) Eigener Ansatz	254
ee)	Zusammenfassung der Ergebnisse	257
ff)	Bewertung	258
c)	Art und Weise	259
aa)	Richterrecht	259
bb)	§ 630c Abs. 2 S. 1 BGB	260
	(1) Kein Formerfordernis	261
	(2) Problem: Sprachunkundige Patienten	262
	(3) Zusammenfassung der Ergebnisse	265
cc)	Bewertung	266
d)	Zeitpunkt	266
aa)	Richterrecht	266
bb)	§ 630c Abs. 2 S. 1 BGB	267
	(1) Auslegung des Zeitpunkts „zu Beginn der Behandlung“	267
	(2) Nachwirken der Pflicht über das Ende des Behandlungsvertrags hinaus	270
	(3) Zeitliche Begrenzung der nachvertraglichen Pflicht – analoge Anwendung des § 630f Abs. 3 BGB	272
	(4) Zusammenfassung der Ergebnisse	273
cc)	Bewertung	274
e)	Informationspflichtiger	274
aa)	Richterrecht	275
bb)	§ 630c Abs. 2 S. 1 BGB	275
cc)	Bewertung	277
f)	Informationsempfänger	277
aa)	Richterrecht	278
bb)	§ 630c Abs. 2 S. 1 BGB	278
	(1) Begriff des Patienten	279
	(2) Analoge Anwendung der §§ 630d Abs. 1 S. 2, 630e Abs. 4 BGB	282

(3) Analoge Anwendung des § 630e Abs. 5 BGB	285
(4) Zusätzliche Information Dritter	286
(5) Zusammenfassung der Ergebnisse	287
cc) Bewertung	287
g) Ausnahmen	288
h) Dokumentation	288
aa) Richterrecht	288
bb) § 630f Abs. 2 BGB	289
cc) Bewertung	291
i) Rechtsfolgen eines Verstoßes	291
aa) Zivilrechtliche Rechtsfolgen und Beweislast	292
(1) Richterrecht	292
(2) § 630c Abs. 2 S. 1 BGB	293
(3) Bewertung	293
bb) Strafrechtliche Konsequenzen	294
j) Zusammenfassung zur therapeutischen Informationspflicht	294
k) Zwischenfazit zur Qualitätsbewertung	295
3. Fehlerinformationspflicht	296
a) Existenz einer Fehlerinformationspflicht vor Erlass des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB	296
aa) Implementierung durch die Rechtsprechung	297
bb) Vergleich mit Rechtsanwälten	298
(1) Rechtslage bei Rechtsanwälten	298
(2) Vergleichbare Interessenlage Rechtsanwalt – Arzt?	302
cc) Herleitung aus anderen Grundsätzen?	307
(1) Therapeutische Aufklärung	308
(2) Wirtschaftliche Aufklärung	309
(3) Selbstbestimmungsaufklärung	311
(a) Offenbarung jeglicher Fehler	311
(aa) Eigener Fehler bei einem anderen Patienten	312
(bb) Eigener Fehler bei dem identischen Patienten	313
(b) Offenbarungspflicht nur bei groben Fehlern?	315
(4) Allgemeine Leistungstreuepflicht	315
(a) Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung	317
(b) Pflicht zur Offenbarung auf Nachfrage	318
(5) Zusammenfassung der Ergebnisse	320
dd) Zwischenergebnis	320
b) Neuregelung des § 630c Abs. 2 S. 2, 3 BGB	320
aa) Gegenstand der Informationspflicht	322

bb) Fehlerbegriff	329
(1) Abgrenzung Behandlungsfehler – Aufklärungsfehler	329
(2) Analoge Anwendung des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB auf Aufklärungsfehler?	330
cc) Begriff der Erkennbarkeit	333
dd) Pflichten bei Nachfrage des Patienten	338
ee) Art und Weise der Informationserteilung	342
ff) Zeitpunkt	343
(1) Zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren (Var. 2)	344
(2) Auf Nachfrage (Var. 1)	344
(3) Nachwirken der Pflicht über das Ende des Behandlungsvertrags hinaus	346
(4) Zeitliche Begrenzung der nachvertraglichen Pflicht – analoge Anwendung des § 630f Abs. 3 BGB	347
gg) Informationspflichtiger	347
(1) Begriff des Behandelnden	348
(2) Analoge Anwendung des Satzes 2 auf die tatsächlich behandelnde Person?	348
(3) Analoge Anwendung des Satzes 3 auf die tatsächlich behandelnde Person	349
(4) Praktische Auswirkungen	352
(5) Zusammenfassung der Ergebnisse	354
hh) Informationsempfänger	355
(1) Begriff des Patienten	355
(2) Analoge Anwendung der §§ 630d Abs. 1 S. 2, 630e Abs. 4 BGB	359
(3) Analoge Anwendung des § 630e Abs. 5 BGB	361
(4) Zusammenfassung der Ergebnisse	362
ii) Pflicht zur Information über Umstände <i>eigener</i> Behandlungsfehler	362
(1) Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz?	363
(a) Eingriff in den Schutzbereich	363
(b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	365
(2) Regelung des Satzes 3	370
(a) Reichweite: Verwertungs- oder Verwendungsverbot?	371
(b) Analoge Anwendung des Satzes 3 auf andere Verfahren?	374
(c) Teleologische Reduktion des Satzes 3?	375

(d)	Strafprozessuales Beweisverwertungsverbot als geeigneter Anreiz?	375
(e)	Zusammenfassung der Ergebnisse	377
(3)	Weitere Folgen einer Erfüllung der Informationspflicht	377
(a)	Beweisrecht	378
(b)	Verjährungsrechtliche Bedeutung	380
(c)	Sonstige Konsequenzen	380
(d)	Zusammenfassung der Ergebnisse	382
(4)	Folgen einer Nichterfüllung	382
(a)	Privates Haftungsrecht	382
(b)	Strafrechtliche Konsequenzen	389
(aa)	Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit	389
(bb)	Straftaten gegen das Vermögen	389
[1]	Unterlassen der Information zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren (Var. 2)	390
[2]	Auf Nachfrage des Patienten (Var. 1)	396
(c)	Berufsrechtliche Konsequenzen	400
(d)	Zwischenergebnis	401
(5)	Versicherungsrechtliche Auswirkungen	401
(a)	Grundlagen	402
(b)	Anerkenntnisverbot?	403
(c)	Gefahr der eigenen Einstandspflicht durch Anerkenntnis?	404
(d)	Nachteile durch Beweislastumkehr?	407
(e)	Zwischenergebnis	409
(6)	Zwischenergebnis zur Pflicht zur Information über Umstände <i>eigener</i> Behandlungsfehler	409
jj)	Pflicht zur Information über Umstände <i>fremder</i> Behandlungsfehler	411
(1)	Gründe für die Informationspflicht	411
(2)	Folgen einer Erfüllung der Informationspflicht	411
(3)	Folgen einer Nichterfüllung	413
(a)	Privates Haftungsrecht	413
(b)	Strafrechtliche Konsequenzen	415
(aa)	Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit	415
(bb)	Straftaten gegen das Vermögen	416

(c) Berufsrechtliche Konsequenzen	417
(4) Zwischenergebnis zur Informationspflicht über Umstände <i>fremder</i> Behandlungsfehler	417
(5) Stellungnahme zur Implementierung der Informationspflicht über Umstände <i>fremder</i> Behandlungsfehler	418
kk) Gesamtzusammenfassung zur Fehlerinformationspflicht	419
ll) Qualitätsbewertung der Fehlerinformationspflicht	422
4. Wirtschaftliche Informationspflicht	427
a) Allgemeine Grundsätze	428
aa) Richterrecht	428
bb) § 630c Abs. 3 BGB	429
cc) Bewertung	431
b) Voraussetzungen	431
aa) Richterrecht	432
bb) § 630c Abs. 3 S. 1 BGB	435
cc) Bewertung	441
c) Gegenstand	441
aa) Richterrecht	441
bb) § 630c Abs. 3 S. 1 BGB	442
(1) Analoge Anwendung des § 649 BGB?	444
(2) Keine Bindungswirkung hinsichtlich der veranschlagten Höhe	447
(3) Unverzögliche Information bei Kostensteigerung?	448
(4) Höhe <i>welcher</i> Kosten?	449
(5) Keine Begründung der Nichterstattungsfähigkeit, keine Nachforschungsobliegenheit	452
(6) Zusammenfassung der Ergebnisse	453
cc) Bewertung	454
d) Art und Weise	455
aa) Richterrecht	455
bb) § 630c Abs. 3 BGB	455
cc) Bewertung	458
e) Zeitpunkt	459
aa) Richterrecht	459
bb) § 630c Abs. 3 S. 1 BGB	459
cc) Bewertung	461
f) Informationspflichtiger	462
aa) Richterrecht	462
bb) § 630c Abs. 3 S. 1 BGB	462

cc) Bewertung	463
g) Informationsempfänger	463
aa) Richterrecht	464
bb) § 630c Abs. 3 S. 1 BGB	464
cc) Bewertung	468
h) Dokumentation	468
i) Rechtsfolgen eines Verstoßes	469
aa) Zivilrechtliche Rechtsfolgen und Beweislast	469
(1) Richterrecht	469
(2) § 630c Abs. 3 BGB	471
(3) Bewertung	474
bb) Strafrechtliche Konsequenzen	474
(1) Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit	474
(2) Straftaten gegen das Vermögen	475
(3) Bewertung	477
j) Zusammenfassung zur wirtschaftlichen Informationspflicht	478
k) Zwischenfazit zur Qualitätsbewertung	479
5. Ausnahmen zu den Informationspflichten	480
a) Richterrecht	481
b) § 630c Abs. 4 BGB	481
aa) Begriff des Patienten	482
bb) Ausnahmetatbestände	482
(1) Unaufschiebbarer Behandlung	484
(2) Verzicht	486
(3) Vorhandene Kenntnis	488
(4) Therapeutische Gründe	489
(5) Zusammenfassung der Ergebnisse	490
cc) Bewertung	491
6. Phänomen des Nudgings	491
G. Gesamtfazit	493
I. Dogmatische Kritik	494
II. Erreichung der vom Gesetzgeber selbst gesetzten Ziele	499
III. Generelle Ziele einer Kodifizierung	502
H. Alternativer Regelungsvorschlag	507
Literaturverzeichnis	511
Stichwortverzeichnis	535

A. Fragestellung und Herangehensweise der Arbeit

Am 26.02.2013 ist das Patientenrechtegesetz mit den Regelungen zum Behandlungsvertrag (§§ 630a–h BGB) in Kraft getreten. Zuvor war der Behandlungsvertrag nicht gesetzlich geregelt. Kodifiziert war lediglich das Dienstvertragsrecht in den §§ 611 ff. BGB, als dessen Ausprägung der Behandlungsvertrag angesehen wird und wurde. Vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes konnte somit lediglich auf die §§ 611 ff. BGB sowie die Regelungen des Allgemeinen Teils des BGB (§§ 1 bis 241 BGB) und des Allgemeinen Schuldrechts (§§ 241 bis 432 BGB) zurückgegriffen werden. Seit Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes sind nun die Besonderheiten im Verhältnis zum allgemeinen Dienstvertragsrecht gesetzlich geregelt.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Behandlungsvertragsrecht im Übrigen zuvor ungeregelt war. Der Begriff des Behandlungsvertrags war bereits vorher ein feststehender juristischer Fachbegriff, das Rechtsverhältnis zwischen Arzt¹ und Patient ist durch die Rechtsprechung über Jahrzehnte entwickelt und konkretisiert worden. Die Rechtsprechung nahm stets einen Gleichlauf zwischen vertraglicher und deliktischer Arzthaftung an, sodass die Grundsätze wechselseitig übertragen werden konnten. So ist auch das Pflichtenprogramm im Hinblick auf Aufklärung und Information im Arzt-Patient-Verhältnis richterrechtlich ausgeformt worden. Bereits 1894 beschäftigte sich das Reichsgericht mit dem Erfordernis der Einwilligung,² auf welches das Aufklärungserfordernis aufbaut. Seitdem haben sich die Gerichte in allen Instanzen intensiv und zahlreich mit dieser Problematik beschäftigt. Es gibt geradezu eine Flut von Urteilen, insbesondere zur Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung, wobei hier seit den 1950er Jahren ein zahlenmäßig immer stärkerer Anstieg an Entscheidungen zu verzeichnen ist. Dies wird im Rahmen der Arbeit anhand der zahlreichen zitierten Urteile deutlich. Es handelt sich dabei auch nicht überwiegend um Entscheidungen lediglich auf Ebene der Amts- und Landgerichte, ein Rückgriff auf diese ist aufgrund

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichwohl für beiderlei Geschlecht.

² RGSt 25, 375 (380 ff.).

der zahlreichen Urteile der Oberlandesgerichte sowie des BGH, der mit dem VI. Zivilsenat einen Senat hat, der sich regelmäßig mit Arzthaftungssachen beschäftigt und aus dem durch ständige Rechtsprechung elementare Rechtsgrundsätze hervorgegangen sind, kaum erforderlich. Vereinzelt hat sich gar das Bundesverfassungsgericht mit der Materie beschäftigt. Das Arzthaftungsrecht ist somit in Form von gesetzestretendem Richterrecht ausgebildet worden,³ die Rechtslage ergab sich nur unter Heranziehung der Rechtsprechung. Ein derartiger Prozess wird zu Recht kritisch betrachtet, da er mit dem Verlust eines „offene[n], von Interessengegensätzen gekennzeichnete[n] Prozeß[es] der Willensbildung“ einhergehen kann.⁴ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine sich entwickelnde Rechtsmaterie sich noch einer Kodifizierung verschließen und das Abwarten mit einer solchen der Rechtsentwicklung dienen kann.⁵

Der Gesetzgeber weist in der Gesetzesbegründung mehrfach darauf hin, dass er im Wesentlichen nur die Rechtsprechung kodifizieren wollte, diese sollte fortgelten. Ob dem Gesetzgeber dies (gut) gelungen ist und an welchen Stellen eine bessere Regelung möglich gewesen wäre, soll untersucht werden. Eine Analyse, die dieser Frage für einen zentralen Bereich des Rechtsgebiets systematisch und umfassend nachgeht, fehlt bisher. Die vorliegende Arbeit möchte diese Lücke schließen.

Hierfür sind mehrere Beweisschritte notwendig. Zunächst ist es erforderlich, hinsichtlich der einzelnen Aufklärungs- und Informationspflichten und ihren Modalitäten den bisherigen Stand der Rechtsprechung und sodann den Bedeutungsgehalt der Normen durch Auslegung zu ermitteln. Ergeben sich bei letzterer Lücken im Gesetz, so ist zu klären, ob es sich dabei um beabsichtigte oder unbeabsichtigte Lücken handelt und ob im letzteren Fall eine Lückenschließung möglich ist. Der methodische Ansatz, anhand welchem dieser Schritt erfolgt, wird sogleich unter III. näher erläutert. Sind diese voneinander separaten Schritte getan, so ist vergleichend zu prüfen, ob sich die bisherige Rechtsprechungspraxis mit dem Bedeutungsgehalt der gesetzlichen Regelungen deckt oder ob sich Unterschiede ergeben. Dabei wird sich zeigen, inwieweit die bisherige Rechtsprechung unverändert fortgelten kann, an welchen Stellen ihre leitenden Grundsätze modifiziert wurden und wo sie aufgrund einer Änderung durch das Patientenrechtgesetz nicht mehr fortgeführt werden kann. Es ist davon auszugehen, dass die Gerichte an ihren bisherigen Entscheidungsgrundsätzen festhalten werden, sofern diese unter dem Gesetz Bestand haben können. Dies gilt zum einen vor

³ Zu gesetzestretendem Richterrecht siehe *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, 189 ff.

⁴ *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, 190.

⁵ *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, 223 f.

dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber ohnehin an die Rechtsprechung anknüpfen wollte und es sein ausdrücklicher Wunsch war, dass diese fortgilt. Zum anderen ist nicht ersichtlich, dass die Gerichte von einer über Jahrzehnte gewachsenen Rechtsprechungspraxis abweichen werden, sofern dies nicht erforderlich ist. Deswegen kann bei der Analyse der Aufklärungs- und Informationspflichten die bisherige Judikatur grundsätzlich herangezogen werden.

Um das Verhältnis von Richterrecht zu Gesetzen im Rahmen der Aufklärungs- und Informationspflichten angemessen beurteilen zu können, ist dieses zunächst anhand einer abstrakten Darstellung zu klären (I.).

Sind der bisherige Stand der Rechtsprechung, der Bedeutungsgehalt der gesetzlichen Regelungen sowie die Überschneidungen und Unterschiede zwischen diesen ermittelt, so ist die Qualität der Kodifizierung zu bewerten. Anhand welcher Kriterien dies erfolgt, wird sogleich unter II. näher dargestellt.

Die Qualität der Kodifizierung durch das Patientenrechtegesetz wird anhand der Aufklärungs- und Informationspflichten des Behandelnden analysiert, weil an diesen sowohl die Hauptprobleme und Schwächen des Gesetzes, die sich durch sämtliche der acht Paragraphen ziehen, als auch zahlreiche Spezialprobleme, die sich nur im Hinblick auf diese Pflichten ergeben, sichtbar werden. Zum anderen gibt es gerade zu den Aufklärungs- und Informationspflichten ein seit Jahrzehnten wachsendes, großes Korpus an Rechtsprechung, das diese Pflichten als extrem haftungsrelevant ausweist. Zudem stellt die Pflicht zur Fehlerinformation gem. § 630c Abs. 2 S. 2 BGB das einzige angebliche „Novum“ des Gesetzes dar. Die Aufklärungs- und Informationspflichten können aufgrund ihrer Nähe zueinander und ihrer Wechselwirkungen nicht losgelöst voneinander betrachtet werden. Schließlich sind die Aufklärungs- und Informationspflichten im Behandlungsvertrag wesentlich umfangreicher und ausgeprägter geregelt als in den meisten anderen zivilrechtlichen Vertragstypen, sodass sie einer umfassenden Analyse bedürfen. Darüber hinaus kommt ihnen aufgrund der betroffenen höchstpersönlichen Rechtsgüter eine elementare Bedeutung zu. Für den Patienten geht es um seinen Körper und sein Leben sowie um seine Selbstbestimmung, deswegen sind die Aufklärungs- und Informationspflichten für ihn besonders relevant. Aufgrund der großen haftungsrechtlichen Bedeutung sind sie auch für den Arzt von großer Bedeutung.

I. Richterrecht und dessen Verhältnis zu Gesetzen

Bilden die Gerichte durch ständige Rechtsprechung abstrakte Rechtsgrundsätze heraus, so stellen diese sogenanntes Richterrecht⁶ dar, zudem kann diese ständige Rechtsprechung zu Gewohnheitsrecht werden.⁷ Das Richterrecht kann zwar unter Umständen eine faktische Geltung erlangen, die der eines Gesetzes entspricht, es kann jedoch nie dieselbe Verbindlichkeit wie ein Gesetz beanspruchen.⁸ Eine faktische Geltung ist insbesondere dann möglich, wenn in mehreren Einzelfällen immer wieder auf einen bestimmten allgemeinen Grundsatz Bezug genommen wird. Aufgabe des Richterrechts ist es, die Rechtsfindung normativ zu leiten und „Berechenbarkeit des Rechts, [...] Rechtsklarheit und Rechtssicherheit“ zu gewährleisten.⁹

Grundsätzlich sind die Gerichte nicht an die Entscheidungen anderer Gerichte gleicher oder höherer Instanz gebunden.¹⁰ Zwar kommt es in der Praxis häufig dazu, dass untere Instanzen die Entscheidungsgrundsätze höherer Instanzen übernehmen, um zu vermeiden, dass ihre Entscheidungen im nächsten Instanzenzug wieder aufgehoben werden. Eine Pflicht zur Orientierung an den Entscheidungen höherer Instanzen besteht allerdings nicht. Auch ein und dasselbe Gericht ist nicht an zuvor von ihm getroffene Entscheidungen gebunden. Gerichtsentscheidungen haben grundsätzlich keine Allgemeinverbindlichkeit. Eine Ausnahme besteht nur für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG entfalten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Bindungswirkung für alle Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie für alle Gerichte und Behörden) sowie für Entscheidungen der zurückverweisenden Instanz, § 563 Abs. 2 ZPO.

Können Gerichtsentscheidungen schon keine Bindungswirkung für andere Gerichte haben, so gilt dies erst recht für den Gesetzgeber. Eine Ausnahme bilden auch hier nur die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, über die sich die Verfassungsorgane gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG nicht hinwegsetzen dürfen; diese entfalten somit für den Gesetzgeber Bindungswirkung. In bestimmten Fällen entfalten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gar Gesetzeskraft, § 31 Abs. 2 S. 1, 2 BVerfGG. Eine derartige Regelung existiert für die Entscheidungen anderer Gerichte dagegen nicht, sodass insofern keine Bin-

⁶ Dem Begriff des Richterrechts wird zum Teil der von Präjudizien vorgezogen, *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl. (1992), Rdnr. 55. Zum Begriff des Präjudizes siehe *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, 46 ff.

⁷ *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. (2012), 66.

⁸ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), 255.

⁹ BVerfGE 66, 116 (138).

¹⁰ Vgl. BVerfGE 87, 273 (278); BVerfGE 78, 123 (126).

dungswirkung von Gerichtsentscheidungen für den Gesetzgeber besteht. Der Gesetzgeber kann sich somit jederzeit über Richterrecht hinwegsetzen, während der Richter grundsätzlich an das Gesetz gebunden ist. Dies entspricht dem Grundsatz der Gewaltenteilung, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, sowie dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, nach welchem die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden ist. So statuiert auch Art. 97 Abs. 1 GG, dass Richter dem Gesetz unterworfen sind.

Fehlen gesetzliche Regelungen, so sind die Richter zur Bildung von Normen genötigt.¹¹ Sind gesetzliche Regelungen vorhanden, so werden diese durch Richterrecht konkretisiert (Ipsen bezeichnet dies als *judizielle Rechtsbildung*¹²). Rechtsprechung ist hier zugleich Schaffung sowie Fortentwicklung des Rechts und kann insofern als Rechtsquelle angesehen werden.¹³ Die Ansicht, dass nicht der Richter, sondern vielmehr das Gesetz durch die Richter hindurch entscheidet,¹⁴ ist somit nicht zutreffend und greift zu kurz. Dieser Einfluss der Rechtsprechung ist auch zwingend notwendig. Formelle Gesetze stellen abstrakt-generelle Regelungen dar, die häufig auch als Generalklauseln formuliert sind oder unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Ein derartiges Vorgehen begründet sich damit, dass Gesetze darauf angelegt sind, dauerhafte Geltung zu beanspruchen, sie sind weitaus weniger flexibel als Richterrecht oder auch Rechtsverordnungen.¹⁵ Folglich enthalten formelle Gesetze für gewöhnlich auch nur die grundlegenden Regelungen,¹⁶ die dann wiederum durch die Rechtsprechung konkretisiert und für den Einzelfall handhabbar gemacht werden. Es ist dem Gesetzgeber nicht möglich, jeden Einzelfall zu regeln; dies würde zu einer unüberschaubaren Flut von Rechtsnormen führen. Durch den Erlass abstrakt-genereller Rechtsnormen, die für eine Vielzahl von Fällen gelten, lässt sich dagegen ein einheitlicher Rechtsrahmen für zahlreiche Fälle bilden. Nur so kann das Recht seiner Funktion, Stabilität und Kontinuität zu gewährleisten,¹⁷ nachkommen. Ein derartiges Vorgehen ermöglicht es zudem den Gerichten, vom Gesetzgeber unvorhergesehene Fälle unter die Norm zu subsumieren; es gibt diesen die notwendige Flexibilität für die

¹¹ Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, 132.

¹² Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, 188.

¹³ Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. (1995), 255. Zur Einordnung als Rechtsquelle auch Schneider, *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht*, 1969, 27; vgl. Esser, *Grundsatz und Norm*, 1956, 139. Ausführlich zur judikativen Rechtserzeugung siehe Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017.

¹⁴ So Hassemer, *Rechtstheorie* 39 (2008), 1 (5).

¹⁵ Vgl. Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, 146.

¹⁶ Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, 146.

¹⁷ Zu den Geboten der Stabilität und Kontinuität siehe Schneider, *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht*, 1969, 39 f.; Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, 188.

zahlreichen Praxiskonstellationen. Demnach verbleibt umso weniger Spielraum für die Rechtsprechung, je konkreter der Gesetzgeber die Normen regelt.

Den Gerichten ist es nur im eingeschränkten Rahmen des Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG möglich, die Anwendung von Normen zu verhindern, nämlich durch das Verfahren der konkreten Normenkontrolle beim Bundesverfassungsgericht; nur letzteres kann wiederum die Nichtigkeit und damit die Unanwendbarkeit einer Norm erklären, § 78 BVerfGG. Hierdurch wird der Grundsatz der Gewaltenteilung, aus welchem sich auch ergibt, dass die Normsetzungskompetenz der Legislative zusteht, gesichert.

Ist eine Norm nicht verfassungswidrig, so ist sie von der Rechtsprechung unabhängig davon anzuwenden, ob diese sie für sinnvoll oder richtig erachtet oder ob sie mit den zuvor von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsgrundsätzen übereinstimmt. Eine bisherige Rechtspraxis hat die Judikative anzupassen, wenn sie mit dem (neuen) geltenden Recht nicht mehr vereinbar ist. Dies entspricht dem Prinzip der Gesetzestreue, Art. 20 Abs. 3 GG. Die Bindung des Richters an die Gesetze ergibt sich letztlich auch daraus, dass ihm die Aufgabe zukommt, die Rechtsverhältnisse der konkreten Normadressaten für den Einzelfall zu bewerten, dies ist nur auf Grundlage und im Rahmen des für diese Adressaten geltenden Rechts möglich.

II. Qualität einer Kodifizierung

Um 1980 herum gab es in der Wissenschaft einen Diskurs zur Gesetzgebungslehre, aus dem zahlreiche Werke hervorgegangen sind.¹⁸ Ein Kriterienkatalog guter Kodifizierung lässt sich diesem jedoch nicht entnehmen. Im Zentrum der Diskussion stehen Fragen des Gesetzgebungsverfahrens und der in diesem bestehenden Verbesserungsmöglichkeiten, diese sind jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit. Deswegen wird für diese Arbeit ein eigener Maßstab gewählt, an welchem die Qualität des Patientenrechtegesetzes überprüft wird. Dieser untergliedert sich in zwei Punkte:

Da dieser Arbeit ein dogmatischer Ansatz zugrunde liegt, ergibt sich der wesentliche Kriterienkatalog aus eben diesem dogmatischen Ansatz. Geprüft wird, inwiefern das Gesetz (gut) dogmatisierbar ist, inwiefern es diejenigen Grundsätze berücksichtigt, die im Rahmen der Auslegung zugrunde gelegt werden. Die unter III. erläuterten Grundsätze werden somit nicht nur zur Ermittlung des Be-

¹⁸ Siehe u. a. *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973; *Schreckenberger/König/Zeh* (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, 1986; *Winkler/Schilcher* (Hrsg.), Gesetzgebung, 1981; *Böhret/Hugger*, Test und Prüfung von Gesetzentwürfen, 1980; *Böhret* (Hrsg.), Gesetzgebungspraxis und Gesetzgebungslehre, 1980.

deutungsgehalts der gesetzlichen Regelungen und zum Umgang mit vorhandenen Lücken herangezogen, sondern liefern gleichzeitig wertvolle Kriterien für die Beurteilung der Qualität des Gesetzes. Neben und zum Teil auch anhand dieser „dogmatischen Qualität“ wird zudem geprüft, inwiefern die Kodifizierung geeignet ist, zum einen die vom Gesetzgeber bei der konkreten Kodifizierung selbst gesetzten Ziele, zum anderen die generellen Ziele einer Kodifizierung zu erfüllen.

1. Dogmatische Kriterien

Im Rahmen der dogmatischen Betrachtung ist zu prüfen, ob der Regelungsgehalt der Normen so gut wie möglich gefasst wurde.¹⁹ Ein qualitativ hochwertiges Gesetz überzeugt dadurch, dass es dogmatisierbar ist. Eine gute Gesetzestechnik zeichnet sich dadurch aus, dass „ein dogmatisch stimmiges Gesamtkonzept“ zu erkennen ist, obwohl „Tatbestände und Rechtsfolgen schnörkellos aneinandergelknüpft werden“.²⁰ Kennzeichen eines guten Gesetzes sind zudem, dass jeder Norm eine Funktion zugewiesen werden kann, das Verständnis der Begriffe klar ist und diese in einem adäquaten Zusammenhang stehen.²¹ Richtet sich die Norm an Bürger, so sollte sie sich durch einen klaren und verständlichen Ausdruck auszeichnen.²² Wird vom allgemeinen Sprachgebrauch abgewichen, so besteht die Gefahr der Verfälschung des Rechtsbewusstseins,²³ eine verhaltenssteuernde Funktion des Gesetzes ist dann kaum noch erreichbar.²⁴ Angesichts des Anspruchs formeller Gesetze auf dauerhafte Geltung und der geringen Flexibilität ist es wichtig, dass die im Gesetz getroffenen abstrakt-generellen Regelungen gut dogmatisierbar sind. Deswegen sind auch die im Rahmen der Auslegung geschilderten Grundsätze (A. III. 1.) bei der Qualitätsbewertung zu berücksichtigen. Es bestehen Wechselwirkungen zwischen den dogmatischen Grundsätzen zur Auslegung und Lückenschließung sowie der Qualität einer Kodifizierung. Der erforderliche Auslegungsaufwand, die grundsätzliche Orientierung am allgemeinen Sprachgebrauch und die korrekte Anwendung gesetzgeberischer Figuren (bspw. Legaldefinitionen, Generalklauseln mit anschließender Nennung von Einzeltatbeständen) sind maßgeblich für die Qualität der Regelungen, ebenso

¹⁹ Hill bezeichnet dies im Oberbegriff als „Gesetzestechnik“, Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982, 96.

²⁰ Schmidt, in: Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, 9 (15).

²¹ Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl. (1992), Rdnr. 119.

²² Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl. (1992), Rdnr. 122.

²³ Wach, Legislative Technik, 1908, 24.

²⁴ Emmenegger, Gesetzgebungskunst, 2006, 202.