



# ÄRZTLICHE TREUHÄNDERSCHAFT

*Essay*

Stefan J. Geibel

Sophie Ludewigs

Jonas Narchi

Eva C. Winkler

DOI: 10.11588/fmk.2021.0.78663

MARSILIUS-  
KOLLEG

2019/2020



# ÄRZTLICHE TREUHÄNDERSCHAFT

## EINFÜHRUNG

Wer sich in ärztliche Behandlung begibt, kommt als Person und schenkt der oder dem Behandelnden ein großes Vertrauen, ausgehend von mehr oder minder schwerwiegenden Symptomen die Befunde zu erheben, Diagnosen zu stellen und die Therapien einzuleiten, die für eine nachhaltige Besserung des Gesundheitszustandes erforderlich sind. Einen Heilerfolg kann niemand garantieren, doch dürfen Patientinnen und Patienten erwarten, dass sie getreu der ärztlichen Heilkunst und den anerkannten medizinischen Standards behandelt werden. Zentral für die ethische Fundierung wie für die Rechtmäßigkeit ärztlichen Handelns ist die Patienteneinwilligung in eine konkrete Behandlung, d.h. in der Regel in eine tatsächliche Einwirkung auf die körperliche und gesundheitliche Integritätssphäre. Damit die Einwilligung ihrerseits wirksam ist und das Selbstbestimmungsrecht der Patientin oder des Patienten gewahrt wird, bedarf es der vorherigen Aufklärung über alle wesentlichen Umstände, insbesondere Risiken und Heilungschancen der Behandlung. Dieses sog. *Informed-Consent*-Modell hat der deutsche Gesetzgeber im Patientenrechtegesetz von 2013 in § 630d Abs. 2 BGB und § 630e BGB verankert, ohne allerdings seine historischen und rechtsvergleichenden Grundlagen zu klären und ohne eine rechtsdogmatische Einordnung vorzunehmen.<sup>1</sup> Dieses im deutschen Rechtskreis bislang verschüttet gebliebene Fundament kann als Treuhandverhältnis verstanden werden. Im anglo-amerikanisch geprägten Rechtskreis wurde schon früh – und wird auch heute noch – von einem fiduziarischen – d.h. treuhänderischen – Charakter des Arzt-Patienten-Verhältnisses ausgegangen.<sup>2</sup> Das hat wiederum eine erhebliche Ausstrahlungswirkung auf die Medizinethik. So bezeichnet etwa die American Medical Association – die größte Standesvertretung der Ärzte in den USA – die ärztlichen Pflichten in ihrem Code of Medical Ethics ausdrücklich als „*fiduciary responsibility*“ und „*fiduciary obligations*“ und umschreibt die herkömmlichen ärztlichen Aufgaben als „*traditional fiduciary role*“.<sup>3</sup>

## EIN HISTORISCHES BEISPIEL FÜR EIN MÖGLICHES TREUHÄNDERVERSTÄNDNIS DER MODERNEN ARZTPROFESSION

Im Jahr 1766 hält *John Gregory*, Inhaber des Medizinlehrstuhls an der University of Edinburgh, Leibarzt des Königs und Philosoph der schottischen Aufklärung, eine Vorlesung zu den professionellen Pflichten des Arztes. Während seine Studenten eifrig mitschreiben und mit ihren Notizen unwissentlich die Grundlage der später im Druck erscheinenden „*Lectures on the Duties and Qualifications of a Physician*“<sup>4</sup> sowie in gewisser Weise der modernen Medizinethik legen, führt *Gregory* aus, was einen guten Arzt ausmacht. An erster Stelle steht für ihn ganz im Sinne des Zeitgeistes das Wissen: Der gute Arzt sollte ein Experte, geradezu ein Universalgelehrter sein, der alle Disziplinen von der Mathematik bis zur Naturphilosophie durchdringen und auf den Menschen anwenden kann. Latein- und Französischkenntnisse sind auch empfohlen.<sup>5</sup> All dies dürfte auch für die damaligen Medizinstudenten nicht neu gewesen sein, jedoch haben sie bei der anschließenden Bemerkung *Gregorys* sicherlich aufgehört:

*„But, although a physician should possess that enlarged medical genius, which I have just now described, yet talents of another kind are also requisite. A physician has not only for an object, the improvement of his own mind, but he must study the temper, and struggle with the prejudices of his patient, of his relations, and of the world in general.“*<sup>6</sup>

Auch wenn ein paternalistisches Bild ärztlichen Handelns bei *Gregory* noch eindeutig überwog – an anderer Stelle in der Vorlesung betonte er zum Beispiel, die „Kontrolle des Arztes über den Patienten sollte zweifellos absolut sein“<sup>7</sup> –, tat er mit dem Imperativ, der Arzt müsse die Interessen und den Willen des Patienten berücksichtigen, den ersten zaghaften Schritt hin zu einem Arzt-Patienten-Verhältnis auf Augenhöhe. Seine Erläuterungen zu den Tugenden des idealen Arztes lassen dies noch deutlicher erkennen:

*„The chief of these [moral qualities] is humanity; that sensibility of heart which makes us feel for the distress of our fellow creatures, and which, of consequence, incites us in the most powerful manner to relieve them. Sympathy produces an anxious attention to a thousand little circumstances that may tend to relieve the patient; an attention which money can never purchase: hence the inexpressible comfort of having a friend for a physician.“*<sup>8</sup>



Vor diesem Hintergrund entwickelte *Gregory* ein Verständnis der ärztlichen Profession,<sup>9</sup> das sich von dem ökonomischen Professionsbegriff seines berühmten Zeitgenossen und Landsmannes *Adam Smith* grundlegend unterscheidet.<sup>10</sup> Während für den letzteren das Eigeninteresse die treibende Kraft aller Berufe war und im Mittelpunkt der gesamten Wirtschaft stand, begann man seit *Gregory* bald, den Arztberuf aus dieser ökonomischen Regel auszunehmen, da die Funktion des Arztes im Wesentlichen darin besteht, sich die Interessen des Patienten zu eigen zu machen und zu vertreten und sie in letzter Konsequenz über die eigenen zu stellen.<sup>11</sup>

Um diese Beziehung genauer ethisch und rechtlich zu fassen, machte man schließlich Anleihen bei einem rechtlichen Konzept, das zuvor vor allem in dem Bereich des Vermögensrechts Anwendung fand: bei der Treuhand. Noch heute wird zum Beispiel die ärztliche Aufklärungspflicht hinsichtlich behandlungsexterner Faktoren in den US-amerikanischen Rechten als eine Treuhänderpflicht (*fiduciary duty*) aus einem fiduziarischen Verhältnis (*fiduciary relationship*) abgeleitet.<sup>12</sup> In der medizinethischen Diskussion wird – je nachdem welchem Modell der Entscheidungsfindung gefolgt wird – teilweise recht prononciert mit der ärztlichen Treuhänderpflicht argumentiert, sogar im Bereich der klinischen Forschung.<sup>13</sup>

## EINE KURZE GEGENWARTSDIAGNOSE DES ARZT-PATIENTEN-VERHÄLTNISSES

Es ist gerade die ökonomische Dimension des Gesundheitswesens, die häufig sowohl von Seiten der Ärzteschaft als auch aus der Sicht der Behandelten als ein Schwachpunkt wahrgenommen wird. Viele wünschen sich mehr Zeit zum Gespräch und für die medizinische Versorgung oder eine leichtere Zugänglichkeit zu neuesten Erkenntnissen der Medizinwissenschaft. Immer häufiger werden auch Interessenkollisionen und finanzielle Fehlanreize beklagt, die zum Beispiel zu unnötigen Operationen oder zur unverantwortlichen vorzeitigen Entlassung aus einer stationären Behandlung führen können oder unter Umständen dazu, dass bestimmte Patientengruppen wie Ältere oder solche mit zahlreichen Erkrankungen nicht die erforderlichen, aber teuren Zusatz- oder Spezialbehandlungen erhalten.

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft den Umgang der Behandelndenseite mit der rechtlichen Unsicherheit über Haftungsrisiken. Diese Rechtsunsicherheit besteht zwangsläufig, weil nicht zu jeder möglichen medizinischen Behandlung ein Gerichtsurteil existieren kann, das diese Behandlung als rechtmäßig einstuft. Gerichtsurteile entfalten ihre Wirkung ohnehin nur zwischen den jeweiligen Prozessparteien für einen in der Vergangenheit liegenden Streitgegenstand. Die Angst vor einer Behandlungsfehlerhaftung kann zum Beispiel dazu führen, dass sich Behandelnde sklavisch an die Leitlinien und herkömmlichen Standards halten, ohne mit der Patientin oder dem Patienten mögliche alternative Methoden oder individuelle Heilversuche zu erörtern.

In der medizinischen Praxis noch erheblich gravierender wirkt sich die Angst vor einer unvollständigen Aufklärung über die Risiken und Nebenwirkungen einer Behandlung aus. Sie führt nämlich dazu, dass möglichst über jedes kleinste Risiko ausführlich informiert wird und dabei der Blick für das Wesentliche verloren geht (sog. *Information-Overload-Problem*). Patientinnen und Patienten sind dann nicht nur angesichts ihrer in aller Regel fehlenden medizinischen Kenntnisse überfordert, sondern auch angesichts der schier Fülle und unübersichtlichen Aufbereitung der Informationen. Wenn aber die Selbstbestimmungsaufklärung bei den zu Behandelnden nicht den entsprechenden Widerhall findet oder sogar häufig unverstanden bleibt, entwertet dies nicht nur eine konkret gegebene Einwilligung, sondern droht letztlich allgemein das *Informed-Consent-Modell* auszuhöhlen.<sup>14</sup>

## **DIE ANWENDUNG DES TREUHANDMODELLS AUF DAS ARZT-PATIENTEN-VERHÄLTNIS**

Vor diesem Hintergrund ist zwingend erforderlich, sich des rechtlichen und ethischen Fundaments des Arzt-Patienten-Verhältnisses in Gestalt eines Treuhandverhältnisses zu vergewissern. Der Treuhandvertrag ist ein gesetzlich nicht geregelter Vertrag, durch den eine Vertragspartei – sog. „Treugeberseite“ – der anderen Vertragspartei – der sog. „Treuhandseite“ – eine im Außenverhältnis besonders weitgehende Befugnis einräumt oder ein Eigentums- oder sonstiges Inhaberrecht überträgt. Die Ausübung dieser Befugnis oder dieses Rechts wird im Innenverhältnis durch eine bestimmte Pflichtenbindung eingeschränkt und an einen bestimmten Zweck geknüpft.<sup>15</sup> Die Treugeberseite wird die Einräumung einer solchen „überschießenden“ Rechtsmacht vor allem dann wählen, wenn sie eine besondere berufliche Expertise oder spezialisierte Kompetenz der Treuhänderseite in Anspruch nehmen und der Treuhänderseite gerade im Hinblick auf diese Expertise oder Kompetenz einen weiten Ermessensspielraum geben möchte. Die Treuhänderseite verspricht demgegenüber, von diesem Ermessensspielraum ausschließlich im Interesse der Treugeberseite und strikt zu dem im Vertrag vereinbarten Zweck Gebrauch zu machen. Sie ist der Treugeberseite nicht nur im Nachhinein zur Rechenschaft verpflichtet, sondern muss – je nach Bedeutung der involvierten Rechtsgüter der Treugeberseite – diese auch im Vorhinein über Ausmaß und mögliche Gefahren des Treuhandauftrags aufklären. Eine besondere praktische Bedeutung genießt das Rechtsinstitut der Treuhand im vermögensrechtlichen Bereich, wenn die Treugeberseite über einen bestimmten Gegenstand verfügt, indem sie ihn der Treuhänderseite anvertraut und an diesem Gegenstand ein vom Eigenvermögen der Treuhänderseite gesondertes Treuhandvermögen gebildet werden soll.<sup>16</sup>

Lässt sich das Rechtsinstitut der Treuhand tatsächlich auf das Arzt-Patienten-Verhältnis übertragen? Auf den ersten Blick scheint die Treuhand auf Verfügungen über Vermögensrechte zugeschnitten. Doch ist ein Treuhandvertrag keineswegs zwingend an eine solche Voraussetzung geknüpft. Denkt man sich den Bezug zu einem Vermögensgegenstand hinweg, kann auf einen zweiten Blick im Rahmen der Vertragsautonomie auch dem Behandlungsvertrag der Charakter einer getreu am Patientenwohl ausgerichteten Interessenwahrnehmung beigemessen werden.<sup>17</sup> Auch Ärztinnen oder Ärzte werden gerade wegen ihrer medizinischen Expertise aufgesucht. Patientinnen oder Patienten vertrauen ihnen die tatsächliche Einwirkung

auf ihre Gesundheitssphäre und gegebenenfalls auf ihre körperliche Integrität an und geben der Behandelndenseite einen gewissen Ermessensspielraum im Hinblick auf die zu treffenden medizinischen Entscheidungen. Mit ihrer Einwilligung in eine bestimmte Behandlung räumen Patientinnen oder Patienten den behandelnden Ärztinnen oder Ärzten die tatsächliche und rechtliche Einwirkungsmacht ein, die getroffenen medizinischen Entscheidungen in ihrer Gesundheits- und Körpersphäre in rechtmäßiger Weise auszuführen. Soweit die Einwilligung diese Rechtsfolge bezweckt, kommt ihr die Bedeutung einer zumindest rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung zu, auf die manche Regelungen über Willenserklärungen angewendet werden können.<sup>18</sup> Der Einwilligung wird sogar teilweise ein verfügungsähnlicher Charakter zugesprochen.<sup>19</sup> Auch der Gesetzgeber spricht in einem ähnlichen Zusammenhang in § 1901a Abs. 1 BGB von einer „Patientenverfügung“, soweit es um Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe geht, die nach dem Eintreten der Einwilligungsunfähigkeit vorgenommen oder untersagt werden sollen.

Wäre die Frage nach einem Verständnis ärztlichen Handelns als treuhänderisch lediglich eine Frage der richtigen Deutung, würde dies die Sinnhaftigkeit der Diskussion in unzulässiger Weise verkürzen. Die entscheidende Bedeutung kommt vielmehr den normativen Folgen zu, welche die veränderte Perspektive hat. Im Zentrum des Forschungsprojekts stand und steht daher die Untersuchung der möglichen Auswirkungen des Treuhandmodells auf das Arzt-Patienten-Verhältnis.

## **AUSWIRKUNGEN DES TREUHANDMODELLS AUF DAS ARZT-PATIENTEN-VERHÄLTNIS**

Wenn man das Arzt-Patienten-Verhältnis fiduziarisch begreift, trägt dies zunächst zu einer grundsätzlichen Klärung der zentralen Patientenrolle bei. Wenn zwar in tatsächlicher Hinsicht eine „Augenhöhe“ mit der Behandelndenseite in aller Regel nicht erreicht werden kann, so liegt die Entscheidung über eine konkrete Behandlung doch allein bei den Patientinnen und Patienten, die für sich eine Eigenverantwortung tragen. Sie können sich nicht blind auf die behandelnden Ärztinnen und Ärzte verlassen. Letztere haben auf der anderen Seite die autonomen Entscheidungen Einwilligungsfähiger stets zu respektieren und dürfen nicht ihre medizinische Entscheidung an deren Stelle setzen.<sup>20</sup> Unmittelbare Folge hiervon ist die erforderliche (Selbstbestimmungs-)Aufklärung der Patientenseite über alle für die Behandlung wesentlichen Umstände. Das Treuhandmodell bestätigt und funda-

mentiert damit das *Informed-Consent*-Modell und erlaubt darüber hinaus, die Patienteneinwilligung als eine gestaltbare und auslegungsfähige Erklärung der „treuegebenden“ Patientenseite aufzufassen. Ihren hinreichend bestimmten Inhalt erhält die Einwilligung erst durch die vorherige Aufklärung. Möglich erscheint daher ein Verzicht auf diejenigen Aufklärungsinhalte, die man als für sich persönlich „unwesentlich“ erachtet und die nur auf Nachfrage schriftlich mitgegeben werden müssen.<sup>21</sup> Indem das Maß der Aufklärung individuell festlegbar ist, wird die Rechtssicherheit erhöht und in der Folge kann die ärztliche Aufklärung verbessert werden, weil man sich auf das „Wesentliche“ konzentrieren kann. Werden die Aufklärungsinhalte als Grundlage des nach § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB mündlich zu führenden Aufklärungsgesprächs vorformuliert, müssen sie ähnlich den allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Vertrages hinreichend transparent und verständlich verfasst sein und dürfen zum Beispiel nicht an versteckter Stelle Informationen über ungewöhnlich hohe Risiken enthalten.

Wenngleich die Entscheidung über die Durchführung ärztlicher Maßnahmen bei der Patientenseite verbleibt, erhält die Behandelndenseite doch einen unter Umständen weiten Ermessensspielraum bei der Durchführung dieser Maßnahmen. So kann erklärt werden, dass die Wahl der Therapieform grundsätzlich Sache der Ärztin oder des Arztes ist, ohne dass über alternative Therapieformen aufgeklärt werden muss.<sup>22</sup> Inwieweit dies zu einer *Medical Judgement Rule* in Anlehnung an die in § 93 Abs. 1 S. 2 Aktiengesetz (AktG) kodifizierte *Business Judgement Rule* fortentwickelt werden kann, bedarf noch intensiver Untersuchungen. Medizinische Entscheidungen werden notwendig unter der Unsicherheit getroffen, ob sie eine Heilung herbeiführen oder besondere Risiken auslösen. Es spricht viel dafür, dass – unter ähnlichen Voraussetzungen wie gemäß der genannten aktienrechtlichen Vorschrift – eine Arzthaftung dann ausscheidet, wenn bei einer medizinischen Entscheidung vernünftigerweise angenommen werden durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohl der Patientin oder des Patienten gehandelt zu haben. Der ärztlichen Treuhänderseite ist darüber hinaus die Gesundheit der Patientin oder des Patienten insgesamt anvertraut. Das kann dazu führen, dass der ärztlichen Treuhänderseite Pflichten erwachsen, die über das vertraglich ausdrücklich festgelegte Pflichtenprogramm hinausreichen können. Wird bei einer Operation unter Narkose ein für die Lebensführung bedeutsamer Neben- oder Zufallsbefund festgestellt, so muss der Neben- oder Zufallsbefund unter Umständen sogleich behandelt werden, um der oder dem Behandelten nicht die Strapazen einer zweiten Operation zuzumuten. Das



kann zum Beispiel der Fall sein, wenn für den Neben- oder Zufallsbefund eine Standardbehandlung mit günstigem Risiko-Chancen-Profil existiert, das weitere Zuwarten keine medizinisch sinnvolle Alternative zu dieser Standardbehandlung darstellt und durch die sofortige Behandlung keine nennenswerten zusätzlichen Risiken im Vergleich zu einer zweiten Operation ausgelöst werden. Dem folgt auch der Bundesgerichtshof in einem ähnlich gelagerten Fall, wobei er dies mit einer nicht näher umrissenen ärztlichen „Fürsorgepflicht“<sup>23</sup> begründet und damit unbewusst eine Treuhänderpflicht beschreibt. Medizinethisch wird dies durch das Prinzip der Fürsorge (*beneficence*) untermauert.<sup>24</sup> Eine derartige ärztliche Fürsorgepflicht kann sogar noch weiter reichen. So wird beispielsweise diskutiert, ob die Behandelndenseite nach Entdeckung von Zeichen eines Kindesmissbrauchs an einem in anderem Zusammenhang behandelten Kind zum Wohl des Kindes Maßnahmen ergreifen muss.

Eine andere Bedeutung gewinnt das Treuhandmodell für die Behandlung nicht oder eingeschränkt einwilligungsfähiger Patientinnen oder Patienten. Hier fehlt es an einer wirksamen Einwilligung und damit an einer verfügungsähnlichen Einräumung einer Befugnis. Die Befugnis kann nur von gesetzlichen Vertreterinnen oder

Vertretern, Bevollmächtigten oder Betreuerinnen oder Betreuern erteilt werden. Mit diesen tritt die Behandelndenseite in einen Erörterungsprozess, an dessen Ende eine Entscheidung über die Durchführung einer medizinischen Maßnahme steht.<sup>25</sup> Diese Entscheidung trifft zwar letztlich die vertretende oder betreuende Person auf der Grundlage der festgestellten Wünsche oder des mutmaßlichen Willens der Patientin oder des Patienten,<sup>26</sup> vor dieser Entscheidung ist die zu behandelnde Person aber den in den Entscheidungsprozess einbezogenen Ärztinnen und Ärzten anvertraut, so dass deren ärztliche Aufgabe eine herausgehobene ist. Diese Aufgabe wird nur durch den Zweck ihrer Treuhänderschaft beschränkt.

Das Treuhandmodell ermöglicht es ferner, den Fokus auf den Zweck der konkreten Heilbehandlung zu richten, kollidierende Zwecke transparent zu machen und mögliche Interessenkollisionen zu identifizieren. Im Arzt-Patienten-Verhältnis dürfen insbesondere übergeordnete ökonomische Zwecke der Finanzierbarkeit einer Behandlung über das Vertragsarztsystem keine Rolle spielen. Die Ärztin oder der Arzt ist vielmehr gegenüber der individuellen Patientin oder dem individuellen Patienten verpflichtet, die medizinisch notwendigen Maßnahmen fachgerecht durchzuführen. Dass ökonomische oder andere Zwänge im Einzelfall entstehen, kann nicht immer vermieden werden, betrifft aber jeweils eine andere, übergeordnete Ebene. Dann besteht die Gefahr, dass Ärztinnen oder Ärzte zwischen die Fronten geraten, wenn sie einerseits aufgrund ihrer Treuhänderstellung zu einer bestimmten Heilbehandlung verpflichtet sind, der Behandlung oder ihrer Finanzierung aber andererseits bestimmte, zum Beispiel sozialrechtliche, Gründe entgegenstehen. Die ärztliche Treuhänderschaft kann daher nur in einem funktionierenden Gesundheitssystem ausgeübt werden. Dafür muss der Gesetzgeber Sorge tragen.

Ärztliche Maßnahmen werden teilweise auch zu einem anderen Zweck als dem Zweck der Heilbehandlung vorgenommen. Wer etwa an einer klinischen Studie teilnimmt oder eine Organentnahme für eine Lebendorganspende vornehmen lässt, wird zwar auch ärztlich behandelt, aber zu einem primären Forschungszweck oder zu einem altruistischen Zweck. Wenn in diesen Fällen flankierende Behandlungen zum Zweck der Gesundheitserhaltung oder Heilung notwendig sind, müssen Ärztinnen oder Ärzte stets genau darauf achten, ob eine Maßnahme entweder studien- bzw. implantationsbedingt oder aber behandlungsbedingt erfolgt. Das muss zudem in transparenter Weise den an der Studie Teilnehmenden oder der oder dem das Organ Spendenden gegenüber kommuniziert werden.

Letztlich gibt es schutzwürdige Eigeninteressen der ärztlichen Treuhänderseite, die der Übernahme einer ärztlichen Behandlung entgegenstehen können. In der Corona-Pandemie besonders prominent ist der Fall diskutiert worden, ob eine Ärztin oder ein Arzt die Testung und Behandlung einer mit dem Coronavirus Sars-CoV-2 infizierten Person ablehnen darf, sofern ein nicht unerhebliches Risiko der eigenen Ansteckung oder der Ansteckung von Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern besteht. Berufsrechtlich wird ein solches Ablehnungsrecht zugestanden. Wiederum zeigt sich, dass die ärztliche Treuhänderschaft nur in einem funktionierenden Gesundheitssystem möglich ist, das in diesem Fall dafür sorgt, dass den Behandelnden hinreichende Schutzkleidung und -masken bereitgestellt werden.

## FAZIT

Das Arzt-Patienten-Verhältnis kann mit dem Treuhandmodell klarer strukturiert werden. Durch den Behandlungsvertrag verspricht die Ärztin oder der Arzt, allein die Patienteninteressen wahrzunehmen und ihre bzw. seine medizinische Expertise einzusetzen, um fürsorgend der ihr oder ihm anvertrauten Gesundheitssphäre einer konkret behandelten Person zu dem Zweck einer Heilung oder Besserung ihrer Verletzungs- oder Krankheitssymptome zu dienen. Dass auch bei einem Behandlungsvertrag Leistung und Gegenleistung ausgetauscht, die ärztliche Behandlung mithin vergütet werden muss, tritt demgegenüber in der Bedeutung ganz in den Hintergrund. In einem pointierten Beitrag konnten nur einzelne Auswirkungen einer Anwendung des Treuhandmodells auf das Arzt-Patienten-Verhältnis angesprochen werden. Hervorzuheben ist, dass das Verständnis einer ärztlichen Treuhänderschaft die Selbstbestimmungsaufklärung effektiver, gestaltbarer und transparenter machen und dadurch dem *Informed-Consent*-Modell neue Impulse geben kann. Das Treuhandmodell vermag den medizinischen Ermessensspielraum und die ärztliche Fürsorgepflicht konkreter zu umreißen und trägt dazu bei, Interessenkollisionen und differierende Zwecke transparenter zu machen und damit in einer Weise umzugehen, die den involvierten Interessen und Zwecken Rechnung trägt und gerechte Prioritäten setzt. In der Medizinethik und im Medizinrecht gibt es kaum ein Modell, in welchem sich die Probleme und Zukunftsfragen, die sich für das Arzt-Patienten-Verhältnis stellen,<sup>27</sup> anschaulicher erörtern und system- und interessengerechter lösen lassen.

\* Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Aix-en-Provence), ist Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg; Sophie Ludewigs ist Doktorandin und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Juristische Fakultät der Universität Heidelberg; Jonas Narchi ist Doktorand bei Prof. Dr. Dr. Eva C. Winkler; Prof. Dr. Dr. Eva C. Winkler ist Leiterin der Sektion Translationale Medizinethik am Nationalen Centrum für Tumorerkrankungen (NCT) Heidelberg.

- <sup>1</sup> Vgl. Bundestags-Drucksache 17/10488, S. 23-25.
- <sup>2</sup> Vgl. z.B. Mark A. Hall: *Fiduciary Principles in Health Care*, in: *Oxford Handbook of Fiduciary Law* hg. von Evan J. Criddle, Paul B. Miller und Robert H. Sitkoff, Oxford University Press 2019, S. 288; Maxwell J. Mehlman: *Why Physicians are Fiduciaries for their Patients*, in: *Indiana Health Law Review* 12 (2015), S. 3, <http://dx.doi.org/10.18060/18959> m.w.N.; Tamar Frankel: *Fiduciary Law*, Oxford University Press 2011, S. 43; Dayna B. Matthew: *Implementing American Health Care Reform: The Fiduciary Imperative*, in: *Buffalo Law Review* 59 (2011), S. 715 ff.
- <sup>3</sup> Vgl. die Ziffern 1.1.5 ("fiduciary responsibility"), 1.2.3 ("fiduciary obligations"), 1.2.6 ("traditional fiduciary role"), 1.2.12 ("fundamental fiduciary obligations") des AMA Code of Medical Ethics, [https://www.ama-assn.org/system/files/2019-01/code-of-medical-ethics-chapter-1\\_0.pdf](https://www.ama-assn.org/system/files/2019-01/code-of-medical-ethics-chapter-1_0.pdf)
- <sup>4</sup> Vgl. John Gregory: *Lectures on the Duties and Qualifications of a Physician*, London, 1817 (Nachdruck der 2. Aufl. von 1772).
- <sup>5</sup> Vgl. ebd., S. 9f.
- <sup>6</sup> Ebd., S. 20.
- <sup>7</sup> Ebd., S. 25 („The government of a physician over his patient should undoubtedly be absolute.“).
- <sup>8</sup> Ebd., S. 22.
- <sup>9</sup> Vgl. Dennis R. Bastron und Laurence B. McCullough: *What Goes Around, Comes Around: John Gregory, MD, and the Profession of Medicine*, in: *Proceedings – Baylor University Medical Center* 20 (2007), S. 18-21, <https://doi.org/10.1080/08998280.2007.11928227>.
- <sup>10</sup> Vgl. dazu ausführlich Robin Downie: *Markets and Medicine: Adam Smith and John Gregory*, in: *Philosophy (London)* 92 (2017), S. 503-517, <https://doi.org/10.1017/S0031819116000553>.
- <sup>11</sup> Für den Herausgeber der Werke *Gregorys* ist er damit einer der frühesten Vertreter eines Konzepts des Arztes als Treuhänder: „*Gregory thus helped to invent medicine as a fiduciary profession, a legacy that persists into our time.*“ Vgl. Laurence B. McCullough: *Introduction*, in: *John Gregory's Writings on Medical Ethics and Philosophy of Medicine (Philosophy and Medicine 57)* hg. von Laurence B. McCullough, Dordrecht: Springer Netherlands 1998, S. 1-57.
- <sup>12</sup> Vgl. aus rechtsvergleichender Perspektive z.B. die ausführliche Darstellung bei Christian Glatz: *Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung – Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten*, Berlin: Duncker und Humblot 1998, S. 137-158.

- <sup>13</sup> Für den letzteren Bereich z.B. Paul B. Miller und Charles Weijer: *Fiduciary Obligation in Clinical Research*, in: *Journal of Law, Medicine & Ethics* 34 (2006), S. 424-440, <https://doi-org.ubproxy.uni-heidelberg.de/10.1111/j.1748-720X.2006.00049.x>.
- <sup>14</sup> Zur Kritik am Informed-Consent-Modell vgl. z.B. Carl E. Schneider und Michael H. Farrell: *Information, Decisions, and the Limits of Informed Consent*, in: *Law and Medicine: Current Legal Issues* 3 (2000), S. 107-126, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198299189.001.0001>; Wolfram Eberbach: *Wird die ärztliche Aufklärung zur Fiktion? (Teil 2)*, in: *Medizinrecht* 37 (2019), S. 111-117, <https://doi.org/10.1007/s00350-019-5147-5>; Carina Dorneck, Ulrich M. Gassner, Jens Kersten, Josef Franz Lindner, Kim Philip Linoh, Katja Nebe, Henning Rosenau und Birgit Schmidt am Busch: *Contextual Consent – Selbstbestimmung diesseits der Illusionen des Medizinrechts*, in: *Medizinrecht* 37 (2019), S. 431-439, <https://doi.org/10.1007/s00350-019-5247-2>.
- <sup>15</sup> Im ersten Fall wird von einer „Ermächtigungstreuhand“; im zweiten Fall von einer „Vollrechtstreuhand“ gesprochen. Zu diesen und weiteren Gestaltungsformen der Treuhand vgl. z.B. Stefan J. Geibel: *Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, S. 7-27, 165-171.
- <sup>16</sup> Zur vermögensrechtlichen Treuhand und zur dogmatischen Rechtfertigung der Sondervermögensbildung vgl. z.B. ebd., S. 173-277.
- <sup>17</sup> Freilich wird der Geschäftsbesorgungscharakter im Sinne von § 675 Abs. 1 BGB für den Behandlungsvertrag herkömmlich ausgeschlossen, vgl. z.B. Michael Martinek und Sebastian Omlor, in: *Staudinger, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch § 675 BGB Rn. A 16*, Neubearbeitung 2017.
- <sup>18</sup> Für die Einordnung der Einwilligung als Willenserklärung z.B. Ansgar Ohly: *„Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen: Mohr-Siebeck 2002, S. 201-236; Helmut Koziol: *Fehlende Einwilligung des Patienten und Haftung in Österreich – Notwendigkeit neuer Lösungen?*, in: *Medizinrecht* 37 (2019), S. 105 f.; gegen die Einordnung als Willenserklärung die Rechtsprechung und die bislang überwiegende Literatur, vgl. z.B. BGH, Urteil vom 5.12.1958 – VI ZR 266/57, BGHZ 29, 33 = NJW 1959, 811; BGH, Urteil vom 28.6.1988 – VI ZR 288/87, BGHZ 105, 45 = NJW 1988, 2946 (2946 f.); Christian Katzenmeier, in: *BeckOK (Beck'scher Online-Kommentar) zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 55. Edition 01.08.2020, § 630d BGB Rn. 7.
- <sup>19</sup> So z.B. Ohly: *„Volenti non fit iniuria“* ..., Anm. 18, S. 212.
- <sup>20</sup> Das entspricht zugleich dem ersten der vier klassischen medizinethischen Prinzipien „*Respect for Autonomy*“ nach Tom L. Beauchamp und James F. Childress: *Principles of Biomedical Ethics*, New York: Oxford University Press (2019<sup>8th Edition</sup>), S. 99-154.
- <sup>21</sup> In diese Richtung offenbar auch BGH, Urteil vom 15.2.2000 – VI ZR 48/99, NJW 2000, 1784 (1786); für einen weitergehend reduzierten Aufklärungsmaßstab „im Großen und Ganzen“ z.B. Dorneck et al.: *Contextual Consent...*, Anm. 14, S. 436.
- <sup>22</sup> Vgl. z.B. BGH, Urteil vom 11.5.1982 – VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121 (2122); BGH, Urteil vom 22.9.1987 – VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17 = NJW 1988, 763 (764).

- <sup>23</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 21.12.2010 – VI ZR 284/09, NJW 2011, 1672 (Rn. 12).
- <sup>24</sup> Vgl. z.B. Beauchamp et al.: Principles ..., Anm. 20, S. 217-266.
- <sup>25</sup> Für einwilligungsunfähige Volljährige ist dies gemäß § 1901b Abs. 1 Satz 2 BGB explizit vorgesehen.
- <sup>26</sup> Vgl. für einwilligungsunfähige Volljährige § 1901a Abs. 2 Satz 1 BGB explizit vorgesehen.
- <sup>27</sup> Hier seien nur beispielhaft die Bereiche der Telemedizin, des Einsatzes künstlicher Intelligenz in der Medizin und der Aufbau und die Verwendung der Daten von sog. Biobanken genannt.