

Anhörung zum Antrag „Missbräuche im Bereich der Schönheitsoperationen gezielt verhindern – Verbraucher umfassend schützen“, Bundestags-Drucksache 16/6779

Sehr geehrte Frau Bundestagsabgeordnete Dr. Bunge,

wie mir über die „*Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht e. V.*“ (*DGMR*), deren Mitglied ich seit vielen Jahren bin, bekannt wurde, findet am 23. April 2008 die o. g. Anhörung statt. Erlauben Sie mir, dass ich zu dieser Thematik auf folgende Gesichtspunkte hinweise:

- Das Thema „Schönheitsoperationen“ sollte, will man es zutreffend beurteilen, nicht isoliert, sondern im Kontext einer Reihe anderer ärztlicher Maßnahmen gesehen werden: Es erweist sich zunehmend als – allerdings sehr wesentlicher – Teilaspekt einer umfassenderen Problematik, die in den Sozial- und Verhaltenswissenschaften unter dem Begriff „**Enhancement**“ diskutiert wird, also der Steigerung/Verbesserung menschlicher Fähigkeiten. Hierher können (unabhängig davon, ob erlaubt oder nicht) zählen:

- Schönheitschirurgie (sowie –dermatologie, teilweise auch Zahnmedizin)
- Anti-Aging-Medizin
- Lifestyle-Medizin
- Doping
- bestimmte Aspekte der Fortpflanzungsmedizin, soweit sie mehr will als die Behandlung der ungewollten Kinderlosigkeit, also etwa Auswahl von Samen- und (soweit im Ausland ausgeführt, weil hier unzulässig) Eispende nach genetischen Merkmalen der Spender/Spenderinnen
- je nach Behandlungsziel die gentechnischen Behandlung des Menschen (einschließlich Gen-Doping, vgl. dazu die entsprechende Stellungnahme des Büros für Technikfolgenabschätzung)
- nanotechnologische Maßnahmen im Rahmen neurologischer Behandlung.

Allgemein mag dabei gelten, dass all jene medikamentösen und sonstigen Behandlungen, die eigentlich entwickelt wurden zur Bekämpfung von leistungsmäßigen *Defiziten* (egal welchen körperlichen oder geistigen „Systems“), grundsätzlich geeignet erscheinen, auch beim *gesunden* Menschen zur Anwendung zu kommen – nun aber zur *Steigerung* der „normalen“ Fähigkeiten und Anlagen.

Gemeinsam ist diesen Maßnahmen daher – und insoweit wird immer deutlicher, dass sie eine *eigene Kategorie ärztlichen Handelns* bilden! – dass ihnen *keine medizinische Indikation* zugrunde liegt. Ihre Rechtfertigung finden sie einzig in der *Einwilligung* (dem Wunsch) des „Patienten“ (eigentlich besser „Kunden“ oder „Auftraggebers“, denn einen „Patienten“, einen „Leidenden“, gibt es hier nicht).

- Juristisch ist dieses Feld – bis auf Teilaspekte, aber eben nicht als eigene *Kategorie* – bisher so gut wie nicht bestellt. Es beginnt gerade erst, als medizinrechtliches „Mega-Thema“ erkannt zu werden.

Hierzu erlaube ich mir, auf meinen Beitrag zur *Festschrift für Prof. Dr. Günter Hirsch*, den am 31.1.2008 aus dem Amt verabschiedeten Präsidenten des Bundesgerichtshofs, zu verweisen (vgl. *Anlage*). In diesem Beitrag wird – wenn auch in der etwas unorthodoxen Form eines Dialogs – vor allem der Frage des auf die „**wunscherfüllende Medizin**“ (dieser Begriff ist, weil auf ärztliche Maßnahmen konzentriert, etwas enger als der des Enhancements) anzuwendenden Haftungsrechts - Dienstvertragsrecht oder Werkvertragsrecht? - nachgegangen. Dieser Aspekt wird zutreffend auch in der o. g. Bundestags-Drucksache betont.

- Neben dem *Haftungsrecht* sind aber für Schönheitsoperationen, wie für die „wunscherfüllende Medizin“ insgesamt, noch zahlreiche andere Rechtsgebiete relevant. Hierzu zählen:
 - das *Sozialrecht* mit seinem neuen § 52 Abs. 2 SGB V (in Ziff. I. 3. der Bundestags-Drucksache allgemein angesprochen); er wirft insbesondere die Frage auf nach der Reichweite der Eigenverantwortlichkeit *versus* einer „Ent-Solidarisierung“ in Fällen gesundheitlicher Not (wie weit ist die Begründung des eigenverantwortlichen gesundheitsrelevanten Verhaltens übertragbar auf andere Lebensbereiche? Etwa Reisen in terroristisch gefährdete Länder?);
 - das *Strafrecht*, mit der Frage der Grenzen der Einwilligung in einen körperlichen Eingriff, § 228 StGB;
 - die mögliche *bürgerlich-rechtliche* Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) entsprechender arztvertraglicher Vereinbarungen;
 - das *ärztliche Standesrecht* etwa mit der Frage, ob/inwieweit dieses ärztliche Standesrecht überhaupt ohne weiteres für solche Behandlungen gilt, die nicht unter das traditionelle ärztliche Handeln (heilen, lindern, den Kranken begleiten) fallen, da diese Maßnahmen ja *a priori* keine Krankheit voraussetzen, sondern am *gesunden* Menschen durchgeführt werden;
 - schließlich und insbesondere das *Verfassungsrecht* mit Inhalt und Grenzen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, welches grundsätzlich auch ausgefallene Wünsche trägt – aber wie weit?

Zu etlichen dieser Gesichtspunkte habe ich einen ausführlicheren Aufsatz verfasst unter dem Titel „Die Verbesserung des Menschen – tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin“. Er wurde von der Schriftleitung der Zeitschrift „*Medizinrecht*“ zur Veröffentlichung angenommen. Der Erscheinungszeitpunkt soll voraussichtlich August oder September dieses Jahres sein.

- Hinweisen darf ich abschließend darauf, dass die *DGMR* die „wunscherfüllende Medizin“ auf meine Empfehlung hin zum Thema ihrer Jahrestagung im Oktober dieses Jahres in Einbeck gewählt hat. Ich hoffe, dass sich – wie in früheren Fällen – aus dieser Tagung substantielle „Einbecker Empfehlungen“ ergeben werden. Möglicherweise sind sie dann auch für das Thema Ihrer Anhörung zu den „Schönheitsoperationen“ von Belang.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. jur. Wolfram H. Eberbach

Anlage

FESTSCHRIFT FÜR
GÜNTER HIRSCH

ZUM 65. GEBURTSTAG

HERAUSGEBEN
VON

GERDA MÜLLER
EILERT OSTERLOH
TORSTEN STEIN

SONDERDRUCK



WOLFRAM H. EBERBACH

Enhancement
oder
Die Grenzen des Dienstvertragsrechts bei der
wunscherfüllenden Medizin

– Ein wissenschaftliches Streitgespräch –

Bei vielen wissenschaftlichen Tagungen haben wir die Erfahrung gemacht, dass faszinierende Vorträge gehalten wurden – aber die noch spannenderen Erkenntnisse ergaben sich abends, beim Gespräch am Kamin oder auf der Terrasse, je nach Jahreszeit. Die Rede springt hin und her, ignoriert Themengrenzen, kombiniert scheinbar Unvereinbares, erlaubt Abschweifungen und fördert doch – oder gerade durch ihre „Zügellosigkeit“ – wissenschaftliche Ideen und Einsichten zutage, die sich sonst so nicht eingestellt hätten. Und dies, geben wir es ruhig zu, in oft angenehmerer Atmosphäre und Stimmung als im nüchternen, schmucklosen Konferenzraum.

Der übliche Fachvortrag repräsentiert den wissenschaftlichen Monolog. Er „beruht auf den rationalen Schlussfolgerungen aus den Prämissen des jeweils Vortragenden“. „Der Monolog beansprucht, die Gründe seiner Ausführungen schon gefunden zu haben, und ersetzt sie als Prämissen voraus.“¹ Im Dialog dagegen „sucht man nach gemeinsamen Prämissen, die in ihrer Gültigkeit über das Hier und Jetzt hinausgehen.“² Diese Gemeinsamkeit stiftet nicht nur emotional mehr Vertrauen und Vertrautheit unter den Beteiligten. Sie fordert durch Rede und Gegenrede auch die spontane wissenschaftliche Kreativität heraus und fördert so den Erkenntnisprozess. Deshalb betonen *Ernesto Grassi* – bekannter *Heidegger*-Schüler und Herausgeber von „Rowohls deutscher Enzyklopädie“ – und *Hugo Schmale* zutreffend den wissenschaftlichen Charakter des Gesprächs: „Das Gespräch erweist sich somit nicht nur als eine Weise der Vermittlung von bestehendem Wissen, sondern als eine ursprüngliche Methode, neues Wissen zu schaffen.“³

Ist es noch nötig, auf illustre Beispiele geschärfte Erkenntnisweiterung und Wissensvermittlung zu verweisen, etwa auf das „Feldweggespräch“ *Martin Heidegger*, bei welchem sich ein Forscher, ein Gelehrter und ein Lehrer zusammenfinden „Zur Erörterung der Gelassenheit“?⁴ Oder gar, besonders hoch gegriffen, *Galileo Galilei* „Dialog über die beiden hauptsächlichsten Weltsysteme“, in welchem Salvvati, Sagredo und Simplicio – über mehrere Tage – den Bau des Weltalls diskutieren, wobei der Autor zu dieser Form der Darstellung ausführt: „Ich dachte weiter, es sei von großem Vorteil diese Gedanken in Form eines Gesprächs zu entwickeln, weil ein solches nicht an die strenge Innehaltung der mathematischen Gesetze gebunden ist und hier und da zu Abschweifungen Gelegenheit bietet, ...“⁵

¹ E. Grassi/H. Schmale, Das Gespräch als Ereignis, 1982, Einleitung, S. 20.

² E. Grassi/H. Schmale (Fn. 1) S. 20.

³ E. Grassi/H. Schmale (Fn. 1) S. 29.

⁴ Vgl. *Martin Heidegger*, Gelassenheit, 4. Aufl., 1959, S. 27 ff.

⁵ G. Galilei, Dialog über die beiden hauptsächlichsten Weltsysteme, das problematische und das kopernikanische, 1982, S. 6 f.

Der Anspruch, solch weltstützende Systeme vorzutragen, liegt hier wahrlich fern. Bescheidenheit ist mehr als eine angemessene Geste.

Indessen: Machen wir uns die Freiheiten des Gesprächs zunutze!

In legerer Kleidung, nach einem langen Kongressstag medizinrechtlichen Inhalts gleichermaßen wissenschaftlich bereichert wie ermüdet, jedoch geistig (noch) präsent und wie immer streitsüchtig, finden wir die Herren *Almeiser* und *Neumeister* im Gespräch:

Neumeister: Die Referenten waren gut, wie nicht anders zu erwarten, alles bekannte Namen mit, man muss es ehrlich sagen, bekannten Meinungen... Aber es hat mir gefehlt, dass auch auf neue und neueste Entwicklungen in der Medizin eingegangen wurde. Die Themen waren zu konventionell.

Almeiser: Man muss sich auch in der Wissenschaft nicht an jede Mode hängen. Mir wurde der Tag lang genug. Was hat denn unser „Herr Ungestüm“ vermisst?

Neumeister: Das hat nichts mit Ungestüm oder Mode zu tun, „Herr Genügsam“. Und man muss sich auch nicht mit solchen Worten geistlich erhaben zeigen. Aber man hat es bei der Tagung bisher versäumt, Wegweiser in die Zukunft aufzustellen. Denken Sie nur an das aktuelle Thema „Enhancement“⁶ oder „Optimierung“⁷. In anderen wissenschaftlichen Disziplinen ist es längst vielfältig in der Diskussion.⁸ Denn hier wandelt die Medizin grundlegend ihr Gesicht, sie richtet Blick und Bemühen von der *Bedürftigkeit zum Begehren*, vom kranken und krankheitsgefährdeten Menschen zu dessen Wünschen nach Selbstperfektionierung, nach Optimierung seiner Lebensqualität und Leistungsfähigkeit. Sie tritt auf als „wunscherfüllende Medizin“:⁹ Ihr geht es allgemein um die mit biomedizinischen Interventionen herbeigeführte Steigerung, Erweiterung oder „Verbesserung“¹⁰ einer natürlichen physischer Eigenschaften, kognitiver Fähigkeiten und der psychischen Konstitution, seien diese Änderungen reversibel¹⁰ oder nicht, mögen sie den ganzen Körper betreffen oder nur einzelne seiner Teile, soll die Wunscherfüllung nur die eigene Person betreffen oder, mittels gentherapeutischen Eingriffs, auch nachfolgende Generationen prägen.¹¹

Diese Diskussion ist vielgestaltig und kontrovers:¹² Den Ausverkauf wesentlicher medizinischer Werte befürchten die einen, während andere eine bessere Zukunft heraufzusehen sehen. Konservative Positionen behaupten sich gegen liberale.¹³ Der Verlust von Menschlichkeit, was immer diese charakterisieren möge, wird ebenso vorausgesehen,¹⁴

⁶ Siehe zu Begriff und Problematik unter dem Stichwort „Enhancement“ bei *W. Köffler/L. Beck/P. Mikal*, Lexikon der Bioethik, 1998.

⁷ Für diese Übersetzung des Begriffs Enhancement *Ch. Lenk/A.-K. Jakovljevic*, Ethik und optimerende Eingriffe am Menschen, Zentrum für Medizinische Ethik Bochum, Medizinethische Materialien Heft 159, 2. Aufl., Februar 2005, S. 1–3.

⁸ Siehe etwa *A. M. Blyx*, *Jenseits der Therapie*, Ethik Med 2006, Heft 3, S. 267 ff., die in ihrem Tagungsbericht viele der relevanten Abgrenzungs- und Bewertungsfragen anspricht. Vgl. ferner die Beiträge von *U. Weising*, *G. Maio*, *M. Fuchs* und *J. Clausen*, Zeitschrift für medizinische Ethik 2006, Heft 52. Zur ethischen Diskussion vgl. die Beiträge in *G. Abel* (Hrsg.), *Kreativität – XX. Deutscher Kongress für Philosophie*, Universitätsverlag der TU Berlin, 2005, Sektion 7: „Der „neue“ Mensch – Ethische Probleme der Genforschung und Biotechnologie.“

⁹ Siehe *M. Kettner*, *Assistenz zum guten Leben*, Ethik Med 2006, Heft 1, S. 5 ff.

¹⁰ Die Reversibilität hält z. B. *B. Gesang*, „Enhancement“ zwischen Selbstbetrug und Selbstverwirklichung, Ethik Med, 2006, Heft 1, S. 10, 18 ff., für eine taugliche Abgrenzung zu akzeptierender von abzulehnender Wunscherfüllung.

¹¹ Zu Gegenstand und zentralen Fragestellungen der Enhancement-Diskussion siehe auch *M. Fuchs/D. Lanzzeitl u. a.*, Die ethische Diskussion über biomedizinische Verbesserungen des Menschen, dreizehnter Sachstandsbericht 1, Bonn, 2002, sub I, mit ca. 200 Literaturnachweisen.

¹² Vgl. bei *M. Kettner* (Fn. 9) S. 5, 6 f.

¹³ Ausführlich *B. Gesang* (Fn. 10) S. 10 ff.

¹⁴ Nachweise bei *B. Gesang* (Fn. 10) S. 10, 13 f.

wie – umgekehrt – die Steigerung menschlicher Eigenschaften. Die Allokationsdebatte¹⁵ findet hier eine neue Herausforderung. Zugang und Verteilungsgerechtigkeit sind zu klären.¹⁶

Und wo bleiben die Juristen?

Almeiser: Kein Anlass zu Hektik und vermehrtem Speichelfluss! Der Begriff ist neu, die Sache alt.¹⁷ Höher, weiter, schneller – und möglichst auch schöner, erst recht im Medienzeitalter. Der hässliche Athlet bietet keine gute Vermarktungsmöglichkeit. Aber das ist ein Marketing-Problem. Juristisch ist das Feld nicht unbestellt. Die „Indikation“ zum ärztlichen Handeln, die Aufklärung des Patienten und die *lege artis* durchgeführte Maßnahme, scheinen mir hier immer noch die probate – rechtliche – Umschreibung der Phänomene.¹⁸ Was also treibt Sie um, Herr Kollege?

Neumeister: „Alles war schon da“ ist kein juristisches Argument! Die inzwischen erreichte Quantität und Qualität des Problems ist neu. Was geht, wie viel geht und wie oft es gemacht wird.¹⁹ Unser Alltagsleben ist längst davon geprägt. Träume werden realisiert. Da wird gesaugt, gehoben und gepumpt: das Fett aus Büchsen und Schenkeln gesaugt, Schlupflider und Britse gehoben, Lippen zu erotischen Skulpturen aufgepumpt und Stirnfalten zur Babyglätte geebnet – bis zu zwölf Millionen allein solcher Schönheitsoperationen sollen nach Zeitungsberichten in diesem Jahr durchgeführt werden.²⁰ Ganz nebenbei: ein riesiger Markt! Und nicht nur das: Alles was sich zusammenfassen lässt als Verbesserung oder „Verstärkung“ ist hierher zu versammeln: Da wird – Stichwort „anti-aging“ – nach Möglichkeiten der Lebensverlängerung geforscht,²¹ als ob der – *horribile dictu* – „Rentnerberg“ nicht schon groß und bezüglich der Renten unbezahlbar genug wäre...²²

Almeiser: Danke, sehr höflich, mein Alter so zart anzusprechen. Aber ich bestreite nicht: Alle wollen alt werden – und keiner will die Alten. Darauf muss ich trinken – hoch die Schnabellasse!

Neumeister: ... Da werden „zäppelige“ Kinder, also Kinder, bei denen eine „Attention-deficit-hyperactivity-disorder“ diagnostiziert wurde, mit Methylphenidat – gleichsam „chemischen Eltern“ – ruhig gestellt.²³ Gedächtnisleistung und Konzentrationsfähigkeit werden befördert.²⁴ Da werden Versuche des Gen-Doping mit dem Therapeutikum *Reproxygen* ruckbar²⁴ – und die Frage nach der Fairness solcherart manipulierter Wett-

¹⁵ Vgl. beispielhaft nur die Beiträge in *Ch. Dienks/P. Neuhaus/A. Wrenke* (Hrsg.), Die Allokation von Spenderorganen, 1999, sowie *W. Höfling/JZ* 2007, 481 ff.

¹⁶ Siehe etwa *B. Gesang*, Enhancement und Gerechtigkeit, in: *S. L. Sagner/H. J. Birs/N. Knoepfler* (Hrsg.), *Engenik und die Zukunft*, 2006, 127 ff.; ferner die Nachweise bei *M. Fuchs/D. Lanzzeitl u. a.* (Fn. 11) sub I.2 und I.3.1.

¹⁷ Siehe *U. Weising*, Zur Geschichte der Verbesserung des Menschen (Fn. 8), S. 323 ff.

¹⁸ Siehe *A. Laufs*, *Arztrecht*, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 29; *ders.* in *A. Laufs/W. Uhlendruck* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl., 2002, § 6 Rdnr. 1f.; *W. Uhlendruck/A. Laufs*, in: *A. Laufs/W. Uhlendruck* a.a.O., § 52 Rdnr. 2.

¹⁹ Zu den Anwendungsfeldern der „Optimierung“ insgesamt *Ch. Lenk/A.-K. Jakovljevic* (Fn. 7), S. 20 ff.

²⁰ Angaben nach *A. Becker*, *Süddeutsche Zeitung*, 16./17. Mai 2007, S. 1.

²¹ Siehe nur *D. A. Sindlar/L. Giamante*, Schlüssel zur Langlebigkeit, Spektrum der Wissenschaft 2006, Oktober, S. 34 ff., sowie *B. Kiethe-Gunk*, *Anti-Aging-Medizin – Hoffnung oder Humbug?* DÄBl, 2007, Heft 28–29, S. C–1749 ff. Im Kontext von „Enhancement“ vgl. hierzu *G. Maio*, Die Präferenzorientierung der modernen Medizin als ethisches Problem – Ein Aufsatz am Beispiel der Anti-Aging-Medizin (Fn. 8) S. 339 ff.

²² Vgl. bei *M. Kettner* (Fn. 9) S. 7, m. w. N.

²³ Nachweise bei *Bernward Gesang* (Fn. 10) S. 10.

²⁴ *S. Donner/B. Jonas*, Aktualeller Begriff: Gendoping, Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst, Nr. 08/07, vom 14. Februar 2007.

kämpfe gestellt;²⁵ liebe man solche Mittel zu, träte dann an die Stelle des Wertstreits der Athleten der Wettkampf der Labore?

Da wird das Geschlecht von Nachkommen festgelegt – nicht etwa, weil genetisch bedingte Gesundheitsprobleme dahinterstehen, das würde § 3 Satz 2 Embryonenschutzgesetz²⁶ ja grundsätzlich zulassen, sondern aus reichlich archaischen Gründen: es wird versucht, die genetische Ausstattung durch ausgewählte Samenspende zu optimieren... und, und, und.

Alles in allem hat man es nicht mehr, wie bisher, mit Einzelfällen oder wenigen Bereichen zu tun, die meist als „besondere Formen des Arztvertrages“ rubriziert werden, wie etwa Impfung, In-vitro-Fertilisation, Organentnahme und kosmetische Operationen.²⁷ Vielmehr handelt es sich um ein ganzes Feld von Fällen, eine eigene Kategorie. Ihnen allen ist gemeinsam, dass ihnen keine *Notwendigkeit* zum ärztlichen Handeln zugrunde liegt. Mit ihnen ist der Weg in die nicht nur heilende, sondern die „wunscherfüllende Medizin“ beschritten. Diese gemeinsame Zuordnung rechtfertigt, ja fordert die rechtliche Neubestimmung.

Almeister: Und doch stecken hinter diesen Maßnahmen meistens nur menscheitraler Träume, die sich in das Gewand der neuzeitlichen Technik kleiden. Was zum Beispiel heute „anti-aging“ heißt, war früher die Suche nach dem Jungbrunnen. Sie kennen doch sicher die Bilder alter Meister – ist es bei *Breughel* oder *Hieronymus Bosch*: Auf der einen Seite steigen die welken Faltengebirge in den Badezuber hinein, auf der anderen Seite springen die trutzigen Burschen und fröhlichen Mägdlein heraus. Ganz nebenbei gefragt: Ob ihnen mit Fetten und Falten wohl auch Lebensführung und Altersweisheit in diesem Bottich abgeschrubbt wurden? Man weiß ja, dass die alten Träume oft ganz anders in Erfüllung gehen, als man sich das vorgestellt hat.²⁸ Diese Abweichung vom Traum zur Wirklichkeit ist der *Preis* der Realisierung – hätte man ihn vorher gekannt, hätte mancher dankend Abstand genommen von solchem Experiment.

Und der Versuch, vorgeburtlich das Geschlecht des Kindes zu manipulieren, ist ebenso eine alte Wunschvorstellung, wie überhaupt gerade die menschliche Reproduktion schon früh ins Visier von Manipulations- und Züchtungsphantasien rückte.²⁹ In dem Buch „Auf dem Weg zum künstlichen Leber“³⁰ berichtet *Günter Hirsch*...

Neumeister: Der Günter Hirsch? Jubilar und international erfahrener Richter?

Almeister: Ja, genau der.

Neumeister: Ein guter Mann!

Almeister: Richtig, hier stimmen wir überein. *Günter Hirsch* nennt also etliche Beispiele, wie man früher glaubte, das Geschlecht beeinflussen und – so waren eben die Zeiten – bevorzugt männlichen Nachwuchses herbeiführen zu können. Zu diesen oft obskuren Methoden zählte etwa längere geschlechtliche Abstinenz, weil dies angeblich zur häufigeren Geburt von Knaben führe. Dasselbe Resultat erhoffte man sich, wenn die Frau vor der Befruchtung insbesondere Fleisch, Wurst, Bohnen und Bananen isst; auch mit Löwenblut vermischter Wein galt als probat – bei Milchprodukten und Eiern sei dagegen die Geburt eines Mädchens wahrscheinlicher...

Neumeister: Sie wollten doch offenkundig sagen „drohte“ die Geburt eines Mädchens.

²⁵ Siehe die Hinweise bei A. M. *Bryce* (Fn. 8) S. 267, 270.

²⁶ Vom 13. Dezember 1990, BGBl. 1990 I, S. 2747.

²⁷ So zum Beispiel bei W. *Uhlenbruck/A. Laufs*, in: A. *Laufs/W. Uhlenbruck* (Fn. 18) § 39 Rdnr. 16.

²⁸ Man denke nur an *Mary Shelley's* 1818 veröffentlichten „Frankenstein“ – deutsche Übersetzung z. B. Carl Hanser Verlag, München, 1970.

²⁹ Vgl. U. *Wessing* (Fn. 8) S. 323, 325. Zur präkonzeptionellen Geschlechtswahl H. W. *Mitchelmann/Ch. Meuwener/U. Körner*, Ethik Med 2006, Heft 2, S. 164 ff.

³⁰ Zum Folgenden G. *Hirsch/W. Eberbach*, 1987, S. 251 ff.

Almeister: Keine politische Unkorrektheit! Ich referiere nur, da gehört der Zeitbezug dazu. Dies gilt ebenso für den dort berichteten alten Aberglauben, bei Zeugung in der Kälte entstünden Mädchen, in der Wärme dagegen eher Knaben.

Ebensowenig ist übrigens Doping besonders originell.³¹ Sogar Comics berichten darüber.

Neumeister: Ich wusste gar nicht, dass es die zu Ihrer Zeit bereits gab.

Almeister: Nur keinen Sport. Ich kenne diese Hefte von meinen Enkeln. Braut danach nicht der Druiden *Miradilix* einen dubiosen Zauberrank, der *Asterix*, *Oxelix* und die anderen wackeren Gallier befähigt, Römer, Seeräuber und andere Feinde spektakulär zu überwinden? Seit jeher wird gepuscht und inhaliert – denken Sie an *Pythia*, das Dämpfe einatmende Orakel von *Delphi*, oder an all die angeblich modernen und angeblich kokenden, schnupfenden Künstler. Es wird seit jeher gekaut, etwa Coca-Blätter, geschluckt und betäubt mit allem, was Natur und Erfindungsgeist hergeben. Was Sie jetzt „Enhancement“ nennen, ist so alt wie die Menschheit. Es ist der ewige Wunsch nach Unbesiegbarkeit, nach Überwindung oder Überlistung der Natur und der Grenzen der eigenen körperlichen und geistigen Verfasstheit. Und Helfer sind seit jeher Schamanen, Mediziner, Männer,³² eben Heiler aller Art.

Neumeister: Alles schön und gut und doch nicht genügend. Was Sie übersehen ist: früher waren das Wünsche, Sehnsüchte, gelegentlich vielleicht per *trial and error* erfolgreiche Versuche. Aber wir sind inzwischen in ein neues Stadium getreten. In vielen Bereichen hat die Phase der Verwirklichung begonnen. Systematische, wissenschaftliche Forschung hat Hanspex, Urin-Beschau und Handauflegen abgelöst. Von mehr Schönheit wird nicht mehr nur geträumt, sie wird operativ *gemacht*, die Beruhigung zappeliger Kinder wird medikamentös *erreicht*, die Leihmutterchaft wird *praktiziert*,³³ die Geschlechtsbestimmung ist *Realität*. Die Phase des Wünschens ist vorbei – *Erfüllung* ist angesagt.

Almeister: Und was sagt uns dies? Werten wir jetzt flugs bewährte Beurteilungsmaßstäbe über Bord? Motto: Die Medizin wird zügellos – und wir tun's ihr nach? Es ist doch gerade Aufgabe der Jurisprudenz, neue Entwicklungen rechtlich in den Bestand zu integrieren. Sie soll Gleichheit und Vergleichbarkeit zum Bekannten erkunden und deutlich machen. Sie muss die Linien der Beurteilung verlängern vom Verratenen, Akzeptierten, zum Neuen, noch Fremden. Damit ermöglicht das Recht gleichsam die normative Aneignung der neuen Phänomene – letztlich stiftet es damit in einer fremd werdenden Welt Sinn und Orientierung.

Neumeister: Ja, ja, Orientierungs-Sinn, wunderbar. „Citch as citch can.“ Armes Recht, du verkommst zur intellektuellen Gehilfe, zur Schnitzeljagd im Orientierungsparcours!

Almeister: Mit Phrasen und Windbeutel-Argumenten ist nichts widerlegt. Es ist doch völlig unbestreitbar, dass das Wissen in unserem Bewusstsein nicht wie ein Haufen einzelner, zusammenhangloser Granitblöcke in einem Steinbruch herumliegt, sondern dass es

³¹ Vgl. etwa M. *Selling/R. Poller/D. Hachfort*, Doping im Sport, 1989; J. *Link* MedR 1993, 55 ff.; T. *Graf-Baumann*, Doping – medizinische, rechtliche und ärztliche Aspekte, FS für V. Röhrich, 2005, S. 115 ff.; D. *Clasing/H. Löffgen*, Verbotene Arzneimittel im Sport, DÄBl. 2006, Heft 49, S. C-2798 ff. Zu Pro und Contra einer gesetzlichen Regelung z. B. Th. *Rüwekamp/Th. Bach*, ZRP 2006, 239; zum Gesetzentwurf zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport M. *Parzeller/Ch. Rüdiger*, ZRP 2007, 137 ff.; vgl. ferner P. J. *Glauben* DRiZ 2006, 308 ff.

³² W. *Eckart*, Geschichte der Medizin, 3. Aufl. 1998, S. 11 ff.

³³ Siehe aus der Zeit vor dem Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland durch § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG etwa OLG Hamm, JZ 1986, 441 ff., und KG, NJW 1985, 2201 ff., sowie W. *Eberbach*, Rechtliche Probleme der „Leihmutterchaft“, MedR 1986, 253, m.w.N. Im Ausland, insbesondere in den USA, ist dagegen die Leihmutterchaft ein florierendes Geschäft, vgl. etwa Focus, vom 16. Juni 1997.

Zusammenhänge, Verbindungslinien gibt zwischen dem jeweils Erkannnen. Und wir können nur erkennen, sind zur Erkenntnis nur fähig durch die Einbindung neuer Erkenntnisse in den Kanon des Bekannten. Erkenntnis entsteht aus der „Sicht“ der „Similitudines“, dem – mehr oder minder – intuitiven Erassen der Ähnlichkeiten zwischen dem Bekannten und der neuen Erscheinung. Wäre das Neue in keinem Belang mit dem uns Vertrauten verbunden, würden wir es nicht erkennen – denn mit welchen „Instrumenten“ sollen wir es „begreifen“?³⁴ Hier, verehrt Herr Kollege *Neumeister*, obwalte ein Prinzip: Wir können nur messen, was wir kennen, und wir können nur verstehen, was wir schon wissen.

Neumeister: Natürlich. Und die Situation der Wissenschaft nimmt zu.

Almeister: Plagiat!

Neumeister: *Gum variatone*. Und immer wieder gut.

Ihre ganzen erkenntnistheoretisch ambitionierten Ausführungen in Ehren, Herr Kollege. Aber es geht doch gerade darum, ob wir auf der nunmehr erreichten Stufe der „wunscherfüllenden Medizin“ oder des „Enhancement“...

Almeister: Wo bleibt die begriffliche Klarheit? Ein Begriff trennt Welten! Sind „Enhancement“ und „wunscherfüllende Medizin“ Synonyme?

Neumeister: Nein, sind sie nicht. Ich denke, „Enhancement“ ist der weitere, der Oberbegriff. Steigerungen und Verbesserungen aller hier gemeinten Art sind auch außerhalb des medizinischen Bereichs zu finden. Es würde hierunter zum Beispiel auch die Gabe von leistungssteigernden Nahrungsergänzungsmitteln im Body-Building-Studio fallen. Mich interessiert hier aber nur die vom *Arzt* durchgeführte oder veranlassete Maßnahme.

Da aber ist es für mich zweifelhaft, ob wir mit dem bekannten rechtlichen Instrumentarium die Probleme in den Griff bekommen können. Da kann die *Antwort* nicht die Setzung sein, dass die bisherigen Regelarten – und das heißt im Klartext: das Dienstleistungsrecht der §§ 611ff. BGB, dem das ärztliche Handeln ansonsten zu Recht unterworfen wird,³⁵ mit seiner Haftung nur für das Bemühen, nicht für den Erfolg – schon genügen werden. Sondern dies ist eben erst die *Frage*. Als Grundsatz muss dabei gelten, dass der rechtliche Schutz stets so weit gehen muss, wie der eventuelle Angriff auf das Rechtsgut reicht. Das heißt, das *Recht* muss sich entsprechend den Angriffsmöglichkeiten *mitentwickeln*.

Almeister: Ich bleibe dabei. Das ist alles so neu nicht. An Schönheitsoperationen etwa wurden die Instrumente schon hinreichend geschärft.³⁶ Zwar mangelt es in diesen Fällen an einer ärztlichen Indikation, sofern nicht aus dem körperlichen Buckel ein psychischer erwachsen ist, so dass zur medizinischen Behandlung beider wirklich ärztliches Eingreifen angezeigt ist. Aber durch die Einwilligung kann das ärztliche Handeln auch ohne Indikation rechtens sein – wenn der Arzt durch äußerst *genaue und schonungslose Aufklärung* den Patienten zu einer zutreffenden Willensbildung befähigt hat. Im Übrigen ist etwa bei der kosmetischen Operation der Arzt so wenig Herr über die Natur und deshalb so wenig

³⁴ Zum Ganzen E. Grass/H. Schmale (Fn. 1) S. 26ff.

³⁵ So die herrschende Meinung; vgl. mit weiteren Nachweisen etwa W. Ullenhuth/A. Laufs, in: A. Laufs/W. Ullenhuth (Fn. 18) § 39 Rdnr. 10; E. Deutsch, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 17f. und 85ff.; A. Laufs, Arztrecht (Fn. 18) Rdnr. 100f.; MünchKommBGB/R. Müller-Glöge, 4. Aufl., 2005, § 611 BGB Rdnr. 79, 83, sowie MünchKommBGB/J. Busche, § 631, Rdnr. 238f.; D. Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, 1983, S. 2, 3f.; aus der Rechtsprechung etwa BGH NJW 1975, 305, 306f.; BGH NJW 1981, 2002, 2004.

³⁶ Vgl. etwa OLG Zweibrücken, NJW 1983, 2094, und LG Köln, Vers. R. 1988, 1049; ferner nur W. Ullenhuth/A. Laufs, in: A. Laufs/W. Ullenhuth (Fn. 18) § 39 Rdnr. 16, sowie S. Wille/K. Buchler/M. Wiekeln, JURA 2007, 138f., m. w. N. Für Werkvertrag bei der kosmetischen Operation jedoch z. B. J. Busche (Fn. 35) Rdnr. 239.

für diese haftbar wie bei dem auf Heilung gerichteten Eingriff. Ob man nun auch bei Maßnahmen der wunscherfüllenden Medizin von einer „Heilbehandlung“ spricht oder, je nach Fall, etwa von „Erneuerungsbehandlung“³⁷ oder wie auch immer: Der Arzt ist hier nur Herr des *Vergährens*, nicht Garant des *Erfolgs*. Das rechtliche Regime des Dienstvertragsrechts nach §§ 611ff. BGB bildet dies zutreffend ab.

Neumeister: So einfach ist das? Selbst wenn es sich um eine ganz eigene, *neue Kategorie* von Maßnahmen handelt: ein bisschen mehr reden, ein bisschen mehr ärztliche Aufklärung – und schon ist alles in juristischer Butter?

Almeister: Ihre Metaphern sind so schief wie Ihre Gedanken. Es geht nicht um „ein bisschen mehr Reden“. Es geht um die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen zwischen Arzt und Patient. Und es geht um das fundamentale Selbstbestimmungsrecht des Patienten – einschließlich seines Wunsches nach Dingen, einer Behandlung, die er eigentlich nicht braucht, sich aber wünscht. Dem Arzt obliegt dabei eine zweifache Verantwortung: seine größtmögliche ärztliche Kunst aufzubieten, um den Patienten *lege artis*, nach allen anerkannten Regeln des ärztlichen Berufs, zu behandeln; und ebenso obliegt ihm, sowohl den ihm anvertrauten Körper, als auch das ihm anvertraute Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht zu verletzen. Es korrespondieren also entsprechend dem alten Prinzip von „Schutz und Schirm“ das entgegengebrachte Vertrauen des – in der konkreten Situation schwächeren – Patienten und die „Schutzpflichten“ des „stärkeren“ Arztes. Während aber die Behandlungspflicht immer denselben – hohen – Ansprüchen genügen muss, kann der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht grundsätzlich variieren.³⁸ Dies reicht nach ständiger und anerkannter Rechtsprechung vom Notfall, bei dem der Arzt, im Interesse des Patienten, mit der Aufklärung „nicht viele Umstände zu machen braucht“³⁹ über die gleichsam normale „Aufklärung im Großen und Ganzen“, die dem Patienten eine zutreffende Vorstellung vom Ausmaß der mit dem Eingriff verbundenen Gefahren vermittelt,⁴⁰ bis hin zu immer höheren Anforderungen an die Aufklärung, je weniger medizinisch notwendig der Eingriff ist,⁴¹ also mit dessen abnehmender Indiziertheit. Aufklärung und Indikation stehen damit gleichsam in einem Verhältnis umgekehrter Proportionalität.⁴²

Ein Maximum an Aufklärung ist schließlich erforderlich, wenn jegliche Indikation für den Eingriff entfällt – dies ist zunächst bei fremdnützigen Eingriffen der Fall.⁴³ Nun geht es nicht mehr um eine reduzierte Gesundheit, die ergänzend als Abwägungsfaktor zu berücksichtigen ist. Vielmehr steht allein im Vordergrund dem Patienten zu ermöglichen, sein Selbstbestimmungsrecht kompetent wahrzunehmen. Da er beim fremdnützigen Eingriff, etwa einer Blut- oder einer Organspende, selbst von der Maßnahme „nichts hat“, ihm kein eigener Vorteil zuwächst – im Gegenteil, ihm durch den Eingriff Gefahren dro-

³⁷ G. Kirchhof/MedR 2007, 147, 150ff.

³⁸ Siehe etwa die „Grundregeln der Aufklärungspflicht“ bei A. Laufs, in: A. Laufs/W. Ullenhuth (Fn. 18) § 68; ferner G. Grünwald, Heilbehandlung und ärztliche Aufklärung, in: H. Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 1966, S. 125, 141ff. Zum Umfang der Aufklärungspflicht auch E. Deutsch (Fn. 35) Rdnr. 213ff., und B.-R. Kern/A. Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 68ff.

³⁹ BGH VersR 1982, 1193; BGH NJW 1986, 780.

⁴⁰ BGH MDR 1959, 291; BGH MDR 2006, 1286ff.; vgl. auch etwa G. D. Giebel/A. Wrenke, NJW 2001, 263, 264.

⁴¹ Siehe nur etwa BGH JZ 1991, 210f.; OLG Stuttgart NJW-RR 2000, 904, 905; LG Köln VersR 2001, 1382, 1383; LG Köln NJW-RR 2006, 1614, 1615 (kosmetischer Charakter einer Laser-Operation).

⁴² A. Laufs, in: A. Laufs/W. Ullenhuth (Fn. 18) § 63, Rdnr. 6; zum Ganzen auch W. H. Eberbach, Wahrheit am Krankenbett – Rechtsgrundsätze der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: J. Rönnelid (Hrsg.), Wahrheit am Krankenbett, 2002 – Erturter Theologische Schriften, Band 31 – S. 21.

⁴³ Siehe etwa BGH MedR 1991, 85f., m. w. N.; zur kosmetischen Operation A. Laufs, Arztrecht (Fn. 18) Rdnr. 199, zur Organspende a. a. O., Rdnr. 275.

ben können – ist die Aufklärungspflicht sehr streng, womöglich noch strenger als bei einer kosmetischen Operation.⁴⁴ Sie umfasst alle für eine Entscheidung des Patienten denkbare relevante Aspekte der Maßnahme.

Auch bei der bloßen Wunschbefriedigung, also Verschönerung, Verbesserung, Steigerung oder was auch immer, ist das Zentrum der rechtlichen Beurteilung dieses Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Die Aufklärung muss ihn in den Stand setzen, die erkennbaren, auch enttrenten Nachteile des Eingriffs gegen die erhofften Vorteile abzuwägen.

Nicht „ein bisschen reden“ ist also angesagt, wie Sie, verehrt und ein wenig heftiger Kollege *Neumeister*, meinen. Vielmehr geht es darum, mit dem Selbstbestimmungsrecht einigem der höchsten, durch Artikel 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 Grundgesetzlich geschützten Güter zur Geltung zu verhelfen. Das Regulator hierfür ist im Bereich ärztlichen Handelns die rechtlich fundierte Aufklärungspflicht. So sehr sich der Arzt aber auch bemühen muss, ihren Anforderungen zu genügen: Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts macht ihn nicht zum Herr der Natur. Diese gibt – letztlich – wie sie will, nicht wie wir wollen. Den Erfolg schuldet der Arzt deshalb nicht, auch nicht bei Maßnahmen des „Enhancements“.

Ich habe das Ergebnis übrigens auch im Sinne eines durchaus bauchgesteuerten allgemeinen Gerechtigkeitsgefühls, eines *sensus communis*, für „fair“: Der Arzt ist schließlich nicht „schuld“ an gesundheitlichen Mälessen des Patienten, und er ist nicht verantwortlich für dessen Wünsche. Es wäre daher unangemessen, ungerecht, ihm für den Handlungserfolg die Haftung aufzuerlegen.

Neumeister: Halten Sie mir zuzure, dass ich Sie dieses Mal nicht unterbrochen habe! Leider steht die Länge Ihrer Ausführungen jedoch in keinem Verhältnis zur Qualität Ihrer Ergebnisse. Es ist doch gerade der springende Punkt und die ausschlaggebende Frage, welche Haftung hier angemessen ist.

Einverstanden bin ich mit allem was Sie sagen, soweit es den Bereich genuin ärztlichen Handelns betrifft, also die *Heilmäßnahme*. Hier ist die Lage charakterisiert durch ein allein auf Seiten des Patienten liegendes Gesundheitsrisiko – auch das der Verschlechterung bei unterbleibender Behandlung – er ist gesundheitlich belastet. Der Arzt hilft ihm, diese Last zu mindern oder zu tragen; im Ansatz liegt hierin ein *altruistisches* Element: Die Therapie ist durch das Gebot der Hilfeleistung und speziell durch das ärztliche Ethos der Leidensbefreiung moralisch geboten.⁴⁵ Hier stimmt deshalb auch die häufig angeführte Begründung, es komme auf die konkrete Abrede der Parteien an,⁴⁶ und der Arzt sage keine Haftung für den Erfolg zu. Wo die Natur es „schlecht gemaint“ hat mit einem Menschen, kann der Arzt sich nur um Besserung *bemühen* – und kein Mensch kann redlicherweise mehr erwarten.

Wenn aber die Natur gleichsam „im Lor“ ist? Eine altruistische Grundkomponente gibt es in diesem Fall nicht. Die Dignität eines moralischen Hilfeleistungsgebots kann der Arzt nicht beanspruchen. Was wird dann vereinbart? Dem Patienten – schon der Begriff ist misslich, er ist jetzt nicht „Patient“, kein „Leidender“, er ist eigentlich ein Auftraggeber, Besteller, Kunde – genügt es hier erkennbar nicht am Schluss von allerlei Behandlungen genauso klein, langsam, unschön, erfolglos etc., also so „normal“ dazustehen wie zuvor, ärmer an Geld, reicher nur an Erfahrung. Und der Arzt weiß dies. Freilich ist er nicht

⁴⁴ Vgl. zur Blutspende nur etwa BGH MDR 2006, 1286 – danach gelten die Grundsätze zur Aufklärung bei einer kosmetischen Operation „erst recht“ bei der Blutspende, die dem Spender weder gesundheitliche noch sonstige Vorteile körperlicher Art bringen kann. Zur Aufklärungspflicht bei kosmetischen Operationen etwa OLG Hamm VersR 2006, 1509ff. und OLG Hamm VersR 2006, 1511ff.

⁴⁵ So zutreffend L. Siep, Die biotechnische Neuentdeckung des Menschen, in: J.-S. Ach/A. Pellmann (Hrsg.), Baumaßnahmen am menschlichen Körper, 2006, S. 21, 22; vgl. auch W. Ullrich, in: A. Langs/W. Ullrich (Fn. 18) § 39 Rdnr. 7; „Gebot der Nächstenliebe und der Humanität“, m. w. N.

⁴⁶ Siehe bei S. Wille/K. Bächler/M. Wächter/JUR A 2007, 138, 139, sub A. 1.1.a) bb) und cc).

„Herr der Natur“. Aber er stellt trotzdem Besserung eines sowieso nicht schlechten Zustands in Aussicht, er lässt sich auf die Wünsche und Träume des „Auftraggebers“ ein – obwohl er die Natur nicht beherrscht. Westhalb soll der „Auftraggeber“ zahlen, wenn kein Erfolg eintritt? Nur wegen dieses Erfolgs verbindet er sich mit dem Arzt. Ist es dann nicht unredlich von diesem, gegenüber dem „Auftragnehmer“ durch allerlei Risikohinweise – genannt Aufklärung – gerade diesen zentralen Inhalt der Vereinbarung zu unterlaufen und den eigentlichen Erfolgs-Wunsch des anderen ins Ungefähr zu wenden? Sind so die Risiken gerecht abgegrenzt?

Almeister: Reichlich viele rhetorische Fragen, junger Freund. Mehr Licht! Wie wäre mal mit einer Antwort?

Neumeister: Daran soll es nicht fehlen:

Es ist nicht plausibel, dass das ärztliche Handeln seine Grenzen immer mehr ausdehnt, gar sprengt, der rechtliche Rahmen aber immer derselbe bleibt. Dieser Rahmen wird zunehmend überdehnt, wie ein Gummiband, bis es reißt. Es ist doch kaum akzeptabel, dass der im Bereich der wunschbefriedigenden Medizin handelnde Arzt sich gleichsam hinter den traditionellen, ihn durchaus begünstigenden Haftungsregelungen des Dienstvertragsrechts versteckt, während er gleichzeitig höchst un-traditionelle Maßnahmen durchführt und damit Geld verdient.

Ja, man könnte fragen, ob er in diesem Fall zwar mit arzttypischen Methoden, aber eben *nicht als Arzt* handelt.⁴⁷ Ob deshalb nicht von vornherein ein *anderes rechtliches Regime* greifen muss, eines, das die Haftung für den Erfolg umfasst.

Almeister: Er fragt ja schon wieder!

Es bleibt doch auch bei der wunschbefriedigenden Medizin dabei, dass die *Gesundheit* gleichsam der Angriffspunkt des ärztlichen Handelns ist. Selbst bei der Schönheitsoperation modelliert der Arzt an einem *Körper* – und nicht an einem Holzklotz – und greift damit in die gesundheitliche Befindlichkeit des Patienten ein. Gesundheit, egal ob sie beeinträchtigt ist oder „verbessert“ wird, darf aber nicht zum käuflichen Gut verkommen.⁴⁸

Neumeister: Haben wir nicht längst diesen Weg eingeschlagen?

Ihr Holzklotz-Vergleich ist übrigens gar nicht so schlecht, wie er sich anhört. Tatsächlich wird ja auch in anderen Lebensbereichen an der Natur modelliert. Holz wird geschnitzt, Marmor behauen und was alles sonst. Wenn aber der Bildhauer kommt und liefert stattdessen römischen Jünglingsstatue einen bookbeinigen Faun, werden wir ihn kaum bezahlen – und seiner Entschuldigung, er habe es mit der Natur zu tun, deren Herr er nicht sei, der Holzklotz habe sich der Jünglingsgestalt verweigert, er habe sich jedoch sehr bemüht, werden wir entgegenhalten, warum er dann zugesagt habe, diese Figur zu schaffen. Und so frage ich auch – ja, ich weiß Kollege *Almeister*, ich frage schon wieder! Und dennoch: Warum vereinbart der Arzt (im Beispiel) die Verschönerung der Natur, wenn er sie nicht zwingen kann?

Meines Erachtens ist zweierlei vom Recht zu verlangen: dass seine Anwendung zu einem fairen Interessenausgleich zwischen den beteiligten Parteien führt und dass es geeignet ist, gesellschaftliche Prozesse unter Beachtung der grundgesetzlich festgeschriebenen Werte angemessen zu steuern.

Wenn das bisherige Rechtsregime für eine neue Entwicklung nicht mehr passt, einen solchen fairen Interessenausgleich nicht mehr herbeiführt und auch eine angemessene Steuerung nicht mehr zulässt, muss es fortentwickelt oder durch ein passenderes ersetzt werden. Denn das Recht muss auf Wandlungen der Gesellschaft reagieren.⁴⁹

⁴⁷ Vgl. dazu auch M. Fuchs/D. Lanzetta (Fn. 11) sub 1.1.

⁴⁸ Hier vor warnt auch z. B. J. Taupitz NJW 1986, 2851, 2857.

⁴⁹ J. Taupitz (Fn. 48).

Almeister: Ich sehe es schon kommen. Die intelligente Lösung aller Zuordnungsprobleme: Der „Enhancement-Vertrag“ als Vertrag *sui generis*.

Nur weiter so, spalten wir das Vertragsrecht auf, parzellieren wir es in lauter „Verträge eigener Art“, jedem gesellschaftlichen Phänomen sein eigener Vertragstyp! Nach dem Motto: „Was, Sie haben keinen eigenen Vertrag? Das gibt's doch nicht! Sie gibt's doch dann gar nicht! Wer nicht seinen eigenen, persönlichen Vertragstyp hat, ist ja nun gar nicht up to date! Was, „persönlich“ und „Typ“ widerspricht sich? Egal! Man trägt heute eben eigenen Vertrag!“

Neumeister: Haben Sie das öfters?

Almeister: Nein, im Ernst: Meine Bedenken richten sich gegen die immer noch weiter zunehmende rechtliche Zersplitterung unseres Alltagslebens. In immer spezielleren Gesetzen werden immer kleinere Details geregelt. Und die Rechtsprechung hat sich schon seit etwa Mitte der 60er Jahre des letzten Jahrhunderts der gleichläufigen Tendenz angeschlossen, von den zwei Polen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsicherheit⁵⁰ immer mehr die gerechte Lösung des konkret zu entscheidenden Falles in den Vordergrund zu stellen.

Neumeister: Gleich kommt das Zitat „Auf hoher See und vor Gericht... weiß man seine Zukunft nicht.“

Almeister: Hieß das früher, in weniger gottlosen Zeiten, nicht: „... befindet man sich in Gottes Hand“? Wie auch immer, ich halte es bezüglich der Vorhersagbarkeit richterlicher Entscheidungen lieber mit *Karl Valentin*: „Prognosen sind schwierig, vor allem, wenn sie sich auf die Zukunft beziehen.“

Meine – zugegeben etwas unsachliche – Interjektion zum „persönlichen Vertragstyp“ sollte im übrigen letztlich nur meine Vorbehalte artikulieren, vorschnell ein bewährtes Regelungssystem aufzugeben, mit der Behauptung, ein bestimmtes gesellschaftliches Phänomen, wie hier die im Begriff der „wunscherfüllenden Medizin“ zusammengefassten Handlungen, sei so unvergleichlich, dass ihm nur eine eigene, spezielle rechtliche Verfasstheit angemessen sei. Deshalb würde ich einen „Vertrag sui generis“ hier, wie generell für den Arztvertrag, ablehnen.⁵¹ Ausschlaggebend ist nicht die eine oder andere rechtliche Zuordnung zu einem Vertragstyp. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass der Arzt die schon besprochenen, ihm vom Patienten anvertrauten Rechte schützt. Dabei muss vor allem die ertelle Aufklärung dessen aus dem Grundgesetz abgeleiteten Selbstbestimmungsrecht gerecht werden.⁵² Ob man dann einfachrechtlich diese ärztliche Aufklärungspflicht in den dienstrechtlichen Rahmen stellt oder in den werkvertraglichen, ist zweitrangig.

Neumeister: Und gerade das glaube ich nicht. Die rechtliche Eingliederung in einen falschen Bezugsrahmen mag zwar bei einem Einzelaspekt wie der Aufklärungspflicht dennoch angemessene Ergebnisse ermöglichen. An anderen Problempunkten gelingt dies jedoch nicht. Hierzu zählt zum einen die Haftung. Dass das Dienstvertragsrecht in diesem Bereich ein Ungleichgewicht zwischen Arzt und Behandeltem bewirkt, habe ich bereits angeführt: Pointiert gesagt, trägt der Patient alle Risiken – und der Arzt das Geld nach Hause.

Zum anderen erreicht die rechtliche Zuordnung des „Enhancements“ zum Dienstvertrag auch nicht die geforderte lenkende Begleitung gesellschaftlicher Prozesse.

Almeister: Sehe ich hier durch die dünne Fassade des Liberalen seine Schnusucht nach staatlicher Steuerung scheinen?

Neumeister: Keinswegs. Aber es wundert mich nicht, dass Sie gar nicht bemerken, wie sehr meine Überlegungen doch letztlich *Ihrem* Anliegen nützen! Sie waren es doch, der mit Pathos gefordert hat, die Gesundheit dürfe nicht zur käuflichen Ware verkommen. Mit Ihrer wenig inspirierten Dienstvertragslösung fördern Sie aber genau diese Tendenz. Denn der Dienstvertrag mit seiner für die „wunscherfüllende Medizin“ defizitären Haftungsregelung setzt dieser Entwicklung nichts entgegen. Im Gegenteil! Der Arzt wird durch ihn doch regelrecht verführt, diese profitablen, mit wenig Haftungsrisiken gepflasterten neuen Wege zu beschreiten – zumal in einer Zeit ständiger staatlicher Eingriffe in seine Verdienstmöglichkeiten. Ihre wertkonservative Einstellung zur Gesundheit – die ich unbedingt teile! – kommt so unter die Räder, wenn man den rechtlichen Rahmen nicht gleichsam „werterhaltend“ gestaltet.

Eine solche angemessene Steuerung erreichte man dagegen bei grundsätzlicher Anwendung des Werkvertragsrechts nach § 631 ff. BGB auf die wunscherfüllende Medizin.⁵³ Bei einer Erfolgshaftung muss sich der Arzt ganz anders überlegen, welchen Auftrag er übernimmt und was er besser unterlässt. Er wird schon aus Eigeninteresse viel genauer prüfen, ob er etwa eine bestimmte Leistungssteigernde Maßnahme an seinem „Kunden“ durchführt, wenn er sich des Erfolges und damit seines Vergütungsanspruchs nicht sicher ist – und darüber hinaus noch Gefährdungen, für „Mängel“ nach § 634 BGB in Anspruch genommen zu werden.

Almeister: Ich stelle mir schon genüsslich vor, wie Sie nach der misslungenen Begründung Ihrer Höckernase Nachbesserung einfordern – oder gar nach § 634 Nr. 2 mit § 637 Abs. 1 und 2 BGB zur eigenen Mängelbeseitigung schreiben.

Neumeister: Es freut mich, dass Sie sich so um die Zukunft meiner Nase sorgen.

Davon abgesehen, ist es eine Binsenweisheit, dass nicht alle Regelungen des Werkvertragsrechts hier passen. Dass nach einem misslungenen ärztlichen Eingriff keine Vertrauensgrundlage mehr besteht für weitere Maßnahmen, liegt nahe.⁵⁴ Üblicherweise dürfte jedoch ein Fall des Schadensersatzes nach § 634 Nr. 4 mit § 636 BGB in Betracht kommen, da eine „Nacherfüllung“ dem Besteller unzumutbar ist.

Sie unterschlagen bei Ihrer Kritik zudem, dass auch bei der Dienstvertrags-Lösung keineswegs alle ihrer Detail-Bestimmungen anwendbar sind und die Einordnung in die Vertragsarten anerkanntermaßen nicht immer leichtfällt.⁵⁵

Wesentlich ist vielmehr, dass die *zentralen* Vertragspflichten passen, wie sie sich einerseits aus § 611 Abs. 1 BGB als Pflicht zu einer Dienstleistung, also einem Handeln, andererseits aus § 631 Abs. 1 BGB als Pflicht zur Erstellung eines „Werkes“, das heißt eines Erfolgs, ergeben. Die Vergütungspflicht des anderen Vertragspartners ist jeweils grundsätzlich gleich, eine Charakterisierung des Vertragstyps erfolgt durch sie daher nicht. *Sub specie* der zentralen Vertragspflichten ist für die „wunscherfüllende Medizin“, wie gezeigt, als Ausgangspunkt der Werkvertrag vorzugswürdig. Im Detail muss man sich dann sicherlich an die konkret passende Lösung herantasten.

Nur die Wahl des richtigen Rechtsregimes und die durch sie herbeigeführte Zurückhaltung gegenüber den Verführungskünsten des „Enhancements“ schützt das hohe Gut der Gesundheit vor künftiger Ökonomisierung, verehrter Herr Kollege *Almeister*.

⁵⁰ Vgl. C. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1969, S. 37 ff. 42.

⁵¹ So auch W. Ullenhuth/A. Laufs, in: A. Laufs/W. Ullenhuth (Fn. 18) § 39 Rdnr. 13; dagegen E. Deutsch (Fn. 35) Rdnr. 88: Es sei besser, einen eigenen Typus Arztvertrag anzunehmen; ebenso Staudinger/R. Richardt, 2005, Vorbem zu §§ 611 ff. BGB, Rdnr. 54.

⁵² Vgl. auch BHGZ 29/46, 52 f.

⁵³ Ansatzweise so auch J. Tappitz NJW 1986, 2851, 2857: „... in Einzelfällen, etwa bei plastischen Operationen oder bei der Sterilisation, kann... doch ein Erfolg geschuldet sein, so dass der entsprechende Vertrag von werkvertraglichen Elementen bestimmt wird.“

⁵⁴ W. Ullenhuth/A. Laufs, in: A. Laufs/W. Ullenhuth (Fn. 18) § 39 Rdnr. 11, m.w.N. J. Binsche (Fn. 35) Rdnr. 239, hält bei kosmetischen Operationen die Einstandspflicht des Arztes für den Erfolg sogar für „offensichtlich“.

⁵⁵ So zutreffend A. Laufs, Arztrecht (Fn. 18) Rdnr. 100.

Sie müssen also wählen: Entweder Sie treten der Entwertung der Gesundheit entgegen – und bezahlen dafür den Preis, die Einordnung in das Dienstvertragsrecht aufzugeben. Oder Sie verteidigen wacker den Dienstvertrag als das allein *jeglichen* ärztlichen Handelns angemessene rechtliche Gewand – und setzen dafür die Gesundheit schutzlos dem Sturm der Gezeiten, der anbandelnden Kommerzialisierung aus.

Almeister: Sie machen nicht ungeschickt, aber doch erkennbar, Stimmung durch die Zuordnung der von Ihnen gewählten Worte zu den verschiedenen Lösungsmodellen.

Selbst wenn ich diese sprachlichen Taschenspielertricks souverän ignoriere und, was mir widerstrebt, Ihren Ansatz zu Grunde lege, bleibt doch eine wesentliche Frage offen: Wo liegt die Grenze? Wenn es – nach Ihrer Lösung – zwei Arten ärztlichen Handelns gibt, das eine, das auf Heilung gerichtet ist und sich nach dienstvertraglichen Regeln richtet, und das andere, das beim „Enhancement“ einzuordnen ist und Werkvertragsrecht unterliegt, muss es einen Übergang geben, muss zumindest fiktiv eine Stelle existieren, wo die Heilung in die Verbesserung übergeht. Denken Sie etwa an das Immunsystem. Es kann defizitär sein, zum Beispiel wegen einer AIDS-Erkrankung, und deshalb ärztlich behandelt werden. Es kann genetisch bedingt schwach ausgeprägt sein mit der Folge ständiger Anfälligkeit für Erkältungen, der Betroffene strebt daher nach Stärkung seiner Abwehrkräfte. Und schließlich kann ein Athlet aus Gründen der Prophylaxe den Wunsch äußern, der Arzt möge mit allen Mitteln verhindern, dass er vor seinem nächsten Wettkämpfen erkrankt. Sehen Sie ferner die Anti-Aging-Medizin: Wie sind die Behandlung alterstypischer Beeinträchtigungen und die Prävention altersbedingter Erkrankungen abzugrenzen von einer gezielten Verlangsamung des gesamten Alterungsprozesses?⁵⁶

Oder nehmen Sie als weiteres Beispiel die „Relativität des Zwergs“, der Kleinwüchsigkeit.⁵⁷ Egal ob medikamentös behandelt oder künftig vielleicht auch mit Hilfe der Gentherapie, stets ist die Frage zu beantworten, wo, bei welcher Größe, hört die Behandlung auf – und ab wann, ab wie viel Zentimeter, ist der Bereich der medizinischen Wunsch-erfüllung betreten?

Wie viele Zentimeter unterscheiden den Dienst- vom Werkvertrag?

Ist die Grenze überschriften, wenn der Arzt wie ein Verkäufer fragt: „Darf’s auch ein bisschen mehr sein?“

Neumeister: Zugegeben, an dieser Stelle ist in die Werkvertragslösung noch Arbeit zu investieren, hier ist die Flanke noch offen. Und es wundert mich gar nicht, dass Sie nunmehr, nach erfolglosem verbalem Frontalangriff, den Zugang über die schwächer armierte Seite versuchen. Tatsächlich ist, wie so oft, eine Problemlösung plausibel „im Großen und Ganzen“, wenn man ihre An-Gemessenheit zur behandelten Frage, die gesamten Proportionen in den Blick nimmt und gleichsam von oben, aus der Vogelperspektive schaut . . .

Almeister: Kein Wunder, dass Sie dabei die juristische Bodenhaftung verlieren!

Neumeister: Ruhig Blut, alter Jäger, noch haben Sie den Vogel nicht abgeschossen.

Auf jeden Fall ist es keine Überraschung, dass trotz überzeugenden rechtlichen Rahmens noch nicht alle Erscheinungen alsbald in das Bild eingefügt sind. Die Abgrenzung ist sicherlich, so eindeutig sie in vielen Fällen sein mag, im Einzelfall sehr schwierig.⁵⁸ Subjektive, am Befinden des Patienten orientierte Kriterien sind als Anknüpfungspunkte normativer Grenzziehung kaum geeignet. Andernfalls läge es allein in seiner Hand, nach Opportunität zu bestimmen, nach welchem rechtlichen Regime der Vertrag abzuwickeln und welche Haftungsnormen dabei anzuwenden wären.

Als Grenzstein, der die beiden Handlungsfelder scheidet, könnte dagegen die *Behandlungsbefähigkeit* geeignet sein. Selbst wo Übergänge von der Erhaltung der Gesundheit und Heilung von Krankheit einerseits zur Verbesserung der menschlichen Natur andererseits fließend sind, bliebe mit ihr die Grenze typisch ärztlichen Handelns im Kern erhalten.⁵⁹ Diese Grenzziehung erlaubt dem Arzt zum Beispiel, dasselbe Medikament beim einen als *life-style-Präparat* zu verabreichen – dabei handelt er im Anwendungsbereich der §§ 631 ff. BGB – und beim anderen zur Heilung oder Linderung einzusetzen und damit im Dienstvertragsrecht nach §§ 611 ff. BGB zu verbleiben.

Die Behandlungsbedürftigkeit ist dabei nicht subjektiv, sondern nach *objektiven* Kriterien, nämlich nach dem Maßstab eines *vernünftigen Patienten*⁶⁰ zu bestimmen. So wird auch in anderen Abgrenzungsfragen ärztlichen Handelns, etwa bei der Begrenzung der rechnerfertigen Einwilligung des Patienten in medizinisch unsinnige Maßnahmen, verfahren. Mit diesem Maßstab könnte man versuchen, die Fälle auszumessen.⁶¹

Almeister: Und wer will sich schon dem Maßstab der Vernunft widersetzen?

Hoffen wir nur, dass die Gerichte, bei denen die Zweifelsfälle letztlich verhandelt werden, sich als fürsorgliche Sachwalter der Vernunft erweisen.

Neumeister: Im Ergebnis, das sei konzipiert, tendieren die kontroversen rechtlichen Ansätze gleichsam zur Mitte, sie gehen in wesentlichen Einzelfragen – insbesondere der Behandlung *lege artis* und der Aufklärungspflicht – aufeinander zu.⁶² Keine Lösung, weder der Dienst- noch der Werkvertrag, kann jedoch von den genannten Spezifika der wunschbefüllenden Medizin absehen. Trotzdem bleibt es wichtig, vor dem Kompromiss zunächst den zutreffenden *Ausgangspunkt*, das zumindest grundsätzlich anzuwendende Regelungssystem zu bestimmen. Das Rechtsregime prägt auch den Kompromiss.

Almeister: Sie wissen, Herr Kollege: „Zu viele Ausnahmen töten die beste Regel.“⁶³ Aber ich sehe schon, durch Sie bekommt der Satz Gewicht: Nicht unter jedem Scheffel steht ein Licht!

Nicht alle Probleme wurden von den Kombattanten erörtert oder auch nur gestreift. Aus Teilnehmerkreisen der medizinrechtlichen Tagung war zu hören, der Abend sei noch lang geworden. Am Schluss stand Privates im Vordergrund. Der Rotwein floss. Die Worte wurden größer, die Gedanken kleiner. Lassen wir’s dabei.

⁵⁹ Zutreffend *M. Fuchs/D. Lanzetta* (Fn. 11) sub 1.1.

⁶⁰ Oder „verständigen Patienten“, vgl. *B.-R. Kern/A. Lauf* (Fn. 38) S. 102 f., unter Hinweis auf BGH, NJW 1959, 811; *A. Lauf*, in: *A. Lauf/W. Uhlendruck* (Fn. 18) § 63 Rdnr. 6; *E. Sieffgen*, MedR 1983, 88, 89, bezeichnet diese Rechtsfigur als „juristisches Orientierungsmodell“.

⁶¹ BGH NJW 1978, 1206.

⁶² Nach Auffassung des BGH ist es etwa für die ärztliche Aufklärungspflicht letztlich nicht ausschlaggebend, ob sie aus einem dienstvertraglichen oder einem anderen Rechtsverhältnis abgeleitet wird, BGHZ 29, 46, 52 f. Vgl. auch *Staudinger/F. Peters*, 2003, Vorbem zu §§ 631 ff. BGB Rdnr. 27.

⁶³ *Erwin Chargaff*, Bemerkungen, 1981, S. 51.

⁵⁶ Zu diesem Beispiel *G. Maio* (Fn. 8) S. 339, 342 ff.

⁵⁷ Siehe zu diesem Beispiel ausführlicher meine Überlegungen in *G. Hirsch/W. Eberbach* (Fn. 30) S. 485 f.

⁵⁸ Vgl. auch *A. M. Boyx* (Fn. 8) S. 267.