

Der Beitrag des japanischen Arzthaftungsrechts zur Qualitätssicherung in der medizinischen Behandlung

Stefanie Bauer *

- I. Einleitung
- II. Einflussfaktoren des japanischen Gesundheitssystems auf die Qualität medizinischer Behandlung
 - 1. Ausgangslage: Relevante Faktoren des japanischen Gesundheitssystems
 - 2. Aktuelle und zukünftige Probleme des japanischen Gesundheitssystems
 - 3. Die Situation der japanischen Mediziner
 - 4. Institutionelle Qualitätssicherung
- III. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes
 - 1. Der Anstieg der Arzthaftungsprozesse
 - 2. Haftungsgrundlagen
 - 3. Der Sorgfaltsmaßstab („Standard of Care“)
 - 4. Beweisprobleme und Lösungsansätze
 - 5. *Informed Consent* in Japan und sonstige Patientenrechte
- IV. Fazit

I. EINLEITUNG

„Insgesamt kann man sagen, daß [sic] es drei Stufen der Sicherung der Qualität ärztlichen Handelns gibt: die interne und die externe ärztliche Qualitätssicherung und die externe haftungsrechtliche (gerichtliche) Qualitätskontrolle [die] (...) [z]usammen (...) ein abgestimmtes System der Gewährleistung der Qualität ärztlichen Handelns (...) ergeben.“¹

Japan genießt sowohl den Ruf, eines der besten Gesundheitssysteme der Welt zu besitzen² als auch den, in Sachen Qualitätsmanagement ein Vorbild zu sein.³ Es erstaunt

* Der vorliegende Artikel basiert auf einer bearbeiteten und insbesondere um den Strafrechtsteil gekürzten Studienarbeit des Wintersemesters 2011/2012.

1 D. HART, Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen. Gleichzeitig ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff, in: *Medizinrecht* 1 (1998) 14.

2 In der Rangliste der World Health Organization (WHO) des Jahres 2000 nimmt Japan von den 191 WHO Mitgliedsstaaten den zehnten Platz ein; A. TANDON/C. MURRAY/J. LAUER et al., *Measuring Overall Health System Performance for 191 Countries*, in: *GPE Discussion Paper Series* 30 (2001) 18.

3 Dies vor allem im technischen Bereich; G. BOX/R. KACKAR/V. NAIR et al., in: *On Quality Practice in Japan* 27 (1987) 1 - 16.

deshalb, dass es im Gesundheitswesen in der Vergangenheit nur unzureichende institutionelle Instrumente der Qualitätskontrolle und Qualitätssicherung gab.⁴ Erst eine Serie gravierender Behandlungsfehler zur Jahrtausendwende – darunter eine Patientenverwechslung⁵ und eine Medikamentenverwechslung⁶ – förderte das Problembewusstsein hinsichtlich dieser Mängel. Zusätzlich war es der auch in Japan vielbeachtete Bericht „To Err Is Human – Building A Safer Health System“⁷, der Anstoß zu Diskussionen über die vielfältigen Qualitäts- und Sicherheitsprobleme des japanischen Gesundheitssystems gab.⁸ Seitdem stehen auf der politischen Agenda Japans Vorschläge für die institutionelle Ausgestaltung des Gesundheitssystems zur Qualitätssicherung und Qualitätskontrolle mit dem Ziel der Optimierung der Behandlungsqualität.⁹ Dies zu erreichen und zu erhalten wird jedoch angesichts der finanziellen Belastungen, die auf das japanische Gesundheitssystem in Folge von Rezession und demographischem Wandels zukommen werden, besonders in Zukunft eine große Herausforderung darstellen.¹⁰

Der vorliegende Artikel befasst sich schwerpunktmäßig mit der eingangs zitierten dritten Ebene der Qualitätssicherung ärztlichen Handelns, also mit der externen zivilhaftungsrechtlichen Kontrolle. Diese erfolgt gemeinhin im Rahmen der Arzthaftung (*ishisekinin*), welche die rechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für Fehler und/oder Ver-

-
- 4 T. HASEGAWA, A Study on Organizational Reinforcement through Total Quality Management in the Health and Medical Care Sector (Tôkyô 2006) i.
 - 5 Im Januar des Jahres 1999 war in der chirurgischen Abteilung des Universitätskrankenhauses in Yokohama ein 74-jähriger herzkranker Mann mit einem 84-jährigen Lungenpatienten verwechselt worden; N. HIGUCHI, Article 21 of the Medical Practitioners Law, in: Japanese Medical Association Journal 51(4) (2008) 259.
 - 6 Im städtischen Hirookrankenhaus in Tôkyô war aufgrund des Fehlers einer Krankenschwester der 58-jährigen Patientin statt des vorgesehenen Medikaments das desinfizierend wirkende Chlorhexidin injiziert worden; H. DIEMATH, Das Gesundheitswesen in Japan. Eine andere Perspektive, in: Österreichische Ärztezeitung, 25. November 2009, o. S.
 - 7 Hauptthemen sind Qualitätssicherung, Patientensicherheit und Behandlungsfehler. L. KOHN / J. KORRIGAN / M. DONALDSON (Hrsg.), To Err is Human: Building a Safer Health System (Washington DC 1999).
 - 8 K. NAKAJIMA / Y. KURATA / H. TAKEDA, A web-based incident reporting system and multidisciplinary collaborative projects for patient safety in a Japanese hospital, in: Quality & Safety in Health Care 14 (2005) 123.
 - 9 C. WATANABE, *Iryô kago soshô to igakuteki chishiki* [Die Arzthaftungsklage und das medizinische Wissen], in: Ritsumeikan Hôgaku 271 (2000) o. S. online unter <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/00-34/watanabe.htm> (letzter Zugriff am 15.09.2011). Siehe dazu auch den Bericht des *Sôgô Kisei Kaikaku Kaigi* [Rat für Regelungsreformen] vom Dezember 2001, der (unter anderem) eine grundlegende Reform der medizinischen Versorgung vorschlägt, deren Hauptziele die Förderung der Patientensicherheit und die Vermeidung von Behandlungsfehlern sein sollten. *Kisei Kaikaku no Suishin ni kansuru daiichi tôshin* [Erster Bericht die Förderung der Regelungsreformen betreffend], online unter <http://www.ipss.go.jp/publication/j/shiryô/no.13/data/shiryô/syakaifukushi/905.pdf> (letzter Zugriff am 15.9.2011).
 - 10 S. ICHINOHE, Evaluation of Healthcare Service in Japan. From the Viewpoint of Patient-Centered Health Care, in: Journal of Philosophy and Ethics in Health Care and Medicine 1 (2006) 43.

säumnisse im Zusammenhang mit der medizinischen Behandlung (*iryô*) bezeichnet.¹¹ Haftungsbegründende Elemente sind zum einen der Behandlungsfehler (*iryô kago*) an sich und zum anderen die Verletzung von Aufklärungspflichten (*setsumei gimu*) und sonstigen Patientenrechten.¹²

In der Vergangenheit hatte die gerichtliche Qualitätskontrolle in Japan nur einen geringen Einfluss auf die ärztliche Praxis.¹³ Arzthaftungsprozesse (*iryô kago soshô*) waren selten, da der Zugang zu Gericht klagewilligen Patienten vor allem wegen der institutionellen Barrieren des japanischen Rechtssystems erschwert war.¹⁴ Des Weiteren hatten Arzthaftungsklagen nur geringe Erfolgsaussichten und die zugesprochenen Summen waren gering, was die gerichtliche Streitbeilegung für potentielle Kläger unattraktiv machte.¹⁵ Eher waren es – und sind es noch – Polizei, Staatsanwaltschaft, Medien und Informanten innerhalb der Praxen und Krankenhäuser,¹⁶ die japanische Ärzte fürchten mussten.¹⁷

Diese Situation befindet sich jedoch gegenwärtig im Wandel. Angesichts verschiedener struktureller und kultureller Veränderungen – wie unter anderem der erleichterte Zugang zu den Gerichten im Zuge der Justizreform und das steigende Misstrauen der Bevölkerung gegenüber den japanischen Mediziner¹⁸ – hat das Arzthaftungsrecht (*iryô kago soshô-hô*) in Japan in den letzten Jahren in Japan signifikant an Bedeutung gewonnen. So stieg die bei den Zivilgerichten eingereichte Zahl der Arzthaftungsklagen von 824 im Jahr 2001 bis auf ca. 1100 im Jahr 2004, um sich in der letzten Zeit auf 800-900 Klagen im Jahr einzupendeln.¹⁹ Diese Zahlen nehmen sich zwar immer noch

-
- 11 M. OKUDA, Grenzen und Funktionen der Haftung des Arztes, in: GITTER (Hrsg.), Das Gesundheitswesen in Deutschland und Japan (Köln u. a. 1982) 168.
 - 12 Y. TEJIMA, Recent Developments in the Informed Consent Law in Japan (1), in: Kobe University Law Review 36 (2002) 45.
 - 13 R. LEFLAR, The Regulation of Medical Malpractice in Japan, in: Clinical Orthopaedics and Related Research 467 (2009) 447.
 - 14 Tatsächlich gab es im Jahr 1980 lediglich rund 200 Arzthaftungsklagen für ganz Japan; R. LEFLAR/F. IWATA, Medical Error as Reportable Event, as Tort, as Crime: A Trans-pacific Comparison, in: ZJapanR 22 (2006) 52.
 - 15 S. MAEDA/N. SAKAMOTO/K. NOBUTOMO, The Problems of Medical Malpractice Litigation in Japan: The Significant Factors Responsible for the Tendency of Patients to Avoid Litigation, in: Legal Medicine 3 (2001) 56.
 - 16 D. MCNEILL, Hospital death exposes 'tip of malpractice iceberg'? Whistle-blowers say incompetence, officials put patient lives at risk, in: The Japan Times, 31. Januar 2006, o.S.
 - 17 T. HIYAMA/M. YOSHIHARA/S. TANAKA et al., The Number of Criminal Prosecutions against Physicians due to Medical Negligence is on the rise in Japan, in: American Journal of Emergency Medicine 26 (2008) 105.
 - 18 K. YAJIMA, Training and Supply of Japanese Physicians: An Impending Crisis, in: World Medical & Health Policy 1(1) (2009) 61.
 - 19 Im Jahr 2010 betrug die Zahl neu eingereichter Klagen wieder lediglich 824; Oberster Gerichtshof Japans, *Ijikankeisoshôjiken no shorijôkyô oyobi heikin shinri kikan. Heisei 13 nen ~ Heisei 22 nen* [Zahl und durchschnittliche Dauer arzthaftungsrechtlicher Prozesse (2001–2010)], online unter http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/izikankei/toukei_01.html (letzter Zugriff am 16.10.2011).

bescheiden aus neben denen für Deutschland oder gar den USA²⁰ – entscheidender dabei ist jedoch die Tendenz: So betrachtet ergibt sich in den letzten vier Jahrzehnten ein 10-facher Anstieg;²¹ zwischen 1992 und 2002 betrug der Anstieg 150%.²²

Nicht nur im Umfang, auch in der gerichtlichen Anwendung ist das japanische Arzthaftungsrecht eines der Rechtsgebiete, die in den letzten Jahren große Änderungen erfahren haben. Diese finden sich prozessual etwa im Gebiet der Beweiserleichterungen für die Kläger und im Hinblick auf den Schutz von Rechtsgütern insbesondere bei den Patientenrechten, wie etwa einer verstärkten Betonung auf das Prinzip der informierten Zustimmung des Patienten (*informed consent* bzw. *infômudo consento* oder *setsumei to dôï*).²³

Es ist grundsätzlich akzeptiert, dass auch die ärztliche Tätigkeit einer juristischen Kontrolle nach rechtsstaatlichen Prinzipien unterliegt.²⁴ Obwohl sich Einzelfallentscheidungen nur beschränkt verallgemeinern lassen, kann die Arzthaftungsrechtsprechung „prospektiv und präventiv Verhaltenspflichten festlegen, die zukünftige Fehler vermeiden sollen.“²⁵ Primär dient sie natürlich dem Ausgleich der Schäden, die der Patient erlitten hat.²⁶ Zusätzlich kann sie jedoch – beispielsweise durch die Bestätigung oder Festlegung von Patientenrechten und medizinischen Standards – Signale im Hinblick auf die vom Arzt erwartete Sorgfalt geben und auf diese Weise zu einer „guten ärztlichen Tätigkeit“²⁷ beitragen.

Eine allzu fordernde Arzthaftungsrechtsprechung kann jedoch von den Medizinern auch als Bedrohung empfunden werden. Daraus kann sich ein Prozessvermeidungsverhalten entwickeln, das „Defensivmedizin“ genannt wird und verheerende Folgen für Medizin und Gesellschaft haben kann.²⁸ Die Handlungen des Arztes erfolgen dann nämlich nicht mehr zum Wohl des Patienten,²⁹ sondern als Absicherung gegen etwaige

20 E. FELDMAN, Law, Society, and Medical Malpractice Litigation in Japan, in: Washington University Global Studies Law Review 8 (2009) 258.

21 S. SASAO/T. HIYAMA/S. TANAKA et al., Medical malpractice litigation in gastroenterological practice in Japan: A 22 year review of civil court cases, in: American Journal of Gastroenterology 101 (2006) 1951.

22 FELDMAN (Fn. 20) 258.

23 R. LEFLAR, The Cautious Acceptance of Informed Consent in Japan, in: Journal of Medicine and Law 16(4) (1997) 705. Weiterhin H. HATTORI/S. SALZBERG/W. KIANG et al., The Patient's Right to Information in Japan – Legal Rules and Doctor's Opinions, in: Social Science and Medicine 32(9) (1991) 1009.

24 M. BROGLIE, Ärztliche Sorgfaltspflichten, in: Der Internist 4 (2003) 70.

25 D. HART, Spannungen zwischen dem Haftungs-, Arzneimittel- und Sozialrecht, in: Medizinrecht 7 (2002) 322 f.

26 WATANABE (Fn. 9) o. S.

27 „good medical practice“; MAEDA/SAKAMOTO/NOBUTOMO (Fn. 15) 58.

28 Y. TEJIMA, Tort and Compensation in Japan: Medical Malpractice and Adverse Effects from Pharmaceuticals, in: University of Hawai'i Law Review 15 (1993) 731.

29 S. NAGAMATSU/M. KAMI/Y. NAKATA, Healthcare Safety Committee in Japan: Mandatory Accountability Reporting System and Punishment, in: Current Opinion in Anesthesiology 22 (2009) 199.

rechtliche Sanktionen – „sei es als tatsächliche oder nur vermeintlich gebotene Konsequenz der Rechtsprechung zu Behandlungsfehlern.“³⁰

Es wird berichtet, dass in den USA, wo sowohl die Zahl der Arzthaftungsprozesse als auch die zu erzielenden Entschädigungssummen sehr hoch sind, nahezu alle Ärzte Defensivmedizin praktizieren.³¹ Angesichts der steigenden Zahl der Arzthaftungsprozesse und der Schadensersatzsummen wird befürchtet, dass in Japan bald ein ähnlicher Zustand herrschen wird;³² so wollen verschiedene Autoren bereits vermehrt defensives Verhalten bei japanischen Medizinern festgestellt haben.³³

Der vorliegende Artikel diskutiert anhand relevanter Faktoren des japanischen Gesundheitssystems und der Ausgestaltung und Handhabung des Arzthaftungsrechts, ob und auf welche Weise das japanische Arzthaftungsrecht angesichts seiner zunehmenden Bedeutung einen Beitrag zur Sicherstellung der Qualität ärztlichen Handelns leistet bzw. leisten kann. Dabei schließt das Wort „Beitrag“ auch negative Auswirkungen wie etwa Defensivmedizin mit ein. Diese Betrachtung erfolgt im Rahmen einer Einbettung der Arzthaftung in andere Faktoren, welche die Qualität medizinischer Behandlung beeinflussen können, wodurch eine gesamtinstitutionelle Einschätzung ermöglicht werden soll.

II. EINFLUSSFAKTOREN DES JAPANISCHEN GESUNDHEITSSYSTEMS AUF DIE QUALITÄT MEDIZINISCHER BEHANDLUNG

Der Begriff „medizinische Behandlung“ umfasst hier sämtliche Handlungen am Patienten, wobei dies neben der eigentlichen Behandlung auch Prävention, Diagnosen, Kommunikation sowie Nachbehandlung einschließt. Mit dem Begriff „Qualität medizinischer Behandlung“ sind sowohl Ausbildungsgrad und Sorgfalt des behandelnden Personals als auch der Zugang zu medizinischer Versorgung, die Kosten dieses Zugangs, die Wirksamkeit der Behandlung, die Verfügbarkeit moderner Technologien sowie Behandlungsmethoden und Patientensicherheit³⁴ gemeint. Patientensicherheit ist die Wahrscheinlich-

30 D. STERNBERG-LIEBEN, Rationierung im Gesundheitswesen – Gedanken aus (straf)rechtlicher Sicht, in: HEINRICH (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag (Bielefeld 2004) 69 f.

31 Stellvertretend für viele: D. STUDDERT/M. MELLO/W. SAGE et al., Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment, in: Journal of the American Medical Association 293(21) (2005) 2609 ff. (weitere Quellen im dortigen Literaturverzeichnis).

32 SASAO/HIYAMA/TANAKA et al., (Fn. 21) 1951. Higuchi spricht in diesem Zusammenhang bereits von der in den USA berüchtigten „lawsuit lottery“; N. HIGUCHI, *Iryô anzen to hô no yakuwari* [Die Sicherheit der medizinischen Behandlung und die Rolle des Rechts], in: Jurisuto 1396 (2010) 8. Näher dazu sogleich.

33 T. HIYAMA/M. YOSHIHARA/S. TANAKA et al., Defensive medicine practices among gastroenterologists in Japan, in: World Journal of Gastroenterologists 12(47) (2006) 7671; NAGAMATSU/KAMI/NAKATA (Fn. 29) 199.

34 HASEGAWA (Fn. 4) 14.

keit, während einer stationären oder ambulanten medizinischen Behandlung in einem Krankenhaus oder einer Arztpraxis Schaden zu erleiden,³⁵ etwa durch Fehler, Unfälle oder Versäumnisse bei der Behandlung, Diagnose oder Medikation oder durch Infektionen aufgrund mangelnder hygienischer Bedingungen.³⁶ Auch die Beteiligung des Patienten am Behandlungs- und Entscheidungsfindungsprozess wird in immer größerem Maße als Teil der Qualität der medizinischen Behandlung wahrgenommen, auch wenn diese nur begrenzt objektiv messbar ist, da sie meist vorwiegend subjektiv empfunden wird.³⁷

1. Ausgangslage: Relevante Faktoren des japanischen Gesundheitssystems

Verfassungsrechtlich leitet sich das Recht auf medizinische Versorgung in Japan aus Art. 25 JV ab.³⁸ Nach einer Grundsatzentscheidung des japanischen Obersten Gerichtshofes (OGH)³⁹ verleiht dieser dem Einzelnen allerdings kein subjektives Recht, sondern stellt dem Staat einen gewissen Spielraum bei der Ausgestaltung zur Verfügung.⁴⁰

Verantwortliche Regierungsbehörde in allen Belangen der Gesundheitspolitik ist das Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt (*Kôsei rôdô-sho*, nachfolgend auch MHLW). Grundlegens Dogma der japanischen Gesundheitspolitik ist, dass „alle Bürger mit einer geringen persönlichen Eigenbeteiligung zu jeder Zeit und an jedem Ort die medizinische Versorgung bekommen können, die sie brauchen.“⁴¹ Seit 1961 existiert eine verpflichtende und flächendeckende Krankenversicherung für die japanische Be-

35 TNS Opinion Special, Patientensicherheit und Qualität der medizinischen Versorgung. Zusammenfassung. Patientenbefragung September – Oktober 2009 (Brüssel 2010) 7.

36 TNS Opinion Special (Fn. 35) 5.

37 HASEGAWA (Fn. 4) 28.

38 Japanische Verfassung (*Nihon-koku kenpô*) vom 3.11.1946, in Kraft seit 3. Mai 1947. Art. 25 besagt, dass jeder Bürger das Recht auf ein Mindestmaß an zuträglichen und kultivierten Lebens hat (Art. 25 Abs.1) und der Staat sich auf allen Gebieten des Lebens um die Entwicklung und Mehrung des sozialen Wohls, der sozialen Sicherheit und der allgemeinen Gesundheit zu bemühen hat. (Art. 25 Abs.2).

39 Der OGH bildet nach Artt. 76 bis 81 Verf. die Spitze der Judikative in Japan. Siehe: SUPREME COURT OF JAPAN (Hrsg.), *Justice in Japan* (Tôkyô 2008); näher auch: H. ITÔ, *The Japanese Supreme Court. Constitutional Policies* (New York 1989).

40 Innerhalb dieses Ermessensspielraums kann die Regierung die Rahmenbedingungen der Maßnahmen bestimmen, die zur Realisierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben geeignet erscheinen. OGH v. 29.9.1948, *Keishû* 2, 1235. Nach einer Entscheidung des Distriktgerichts (DG) Tôkyô vom 19.10.1960, *Gyôshû* 11, 2921, kann dies durch Gesetzgebung, Haushaltsbeschluss, Verwaltungsmaßnahmen oder in sonstiger Weise geschehen. Vgl. auch S. NISHITANI/H. MARUTSCHKE, *Arbeitsrecht, Sozialversicherung, Geschäftstätigkeit von Ausländern in Japan*, in: Baum/Bälz (Hrsg.), *Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht* (Köln 2011) 448.

41 WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO): *Country Health Information Profiles – Japan 2010*, online unter http://www.wpro.who.int/countries/jpn/2010/national_health_priorities.htm. (letzter Zugriff am 20.10.2011).

völkerung, die keine Unterteilung in private und gesetzliche Kassen kennt.⁴² Ärztliche Dienste können mittels einer individuellen Versicherungskarte in einer Privatpraxis oder einer der 8.739 Krankenhäuser und 99.635 Kliniken⁴³ in Anspruch genommen werden; eine Terminvereinbarung ist dafür nicht vonnöten.⁴⁴

In der Summe entsteht daraus ein hervorragendes und relativ egalitäres Gesundheitssystem,⁴⁵ dessen Früchte die höchste Lebenserwartung⁴⁶ und die geringste Kindersterblichkeit der Welt sind.⁴⁷ Jedoch steht das japanische Gesundheitssystem gegenwärtig vor einer Krise, die sich weitestgehend auf finanzielle Probleme aufgrund der wirtschaftlichen Rezession,⁴⁸ steigende Ausgaben wegen des demographischen Wandels⁴⁹ sowie eine wenig zukunftsorientierte Gesundheitspolitik in der Vergangenheit zurückführen lässt.⁵⁰

-
- 42 M. FUJI/M. REICH, Rising Medical Costs and Japan's Health Insurance, in: Health Policy 9 (1988) 9. Die Art der Versicherung unterscheidet sich nach Beschäftigungsstatus; NISHITANI/MARUTSCHKE (Fn. 40) 451. Vor 1961 gab es noch Versicherungslücken; zur Entwicklung von Gesundheitssystem und Versicherung siehe stellvertretend M. RODWIN, Conflicts of Interest and the Future of Medicine in the United States, France, and Japan (Oxford 2011) 160 ff.
- 43 Zahlen von 2009; entnommen der Homepage des Statistics Bureau Japan Abb. 15.4: Number of Medical Care Institutions and Beds 1999 – 2009, online unter <http://www.stat.go.jp/english/data/handbook/c15cont.htm> (letzter Zugriff am 13.09.2011). Eine Klinik in diesem Sinne ist ein Krankenhaus mit weniger als 20 Betten; Art. 5 Abs.2 *Iryô-hô* (Gesetz über medizinische Leistungen), Gesetz Nr. 205/1948.
- 44 C. STEINECK, Informed Consent in Japan. Jenseits des Kulturvergleichs, in: Honnefelder/Sturma (Hrsg.), Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik (Berlin und New York 2008) 10. Die Eigenbeteiligung für Behandlung und Medikamente beträgt dabei grundsätzlich 30% der Kosten, für Kinder 20% und für Senioren über 75 Jahre 10%.
- 45 N. IKEGAMI/J. CAMPBELL, Health Care Reform in Japan: the Virtues of Muddling through, in: Health Affairs 18(3) (1999) 56.
- 46 Die Lebenserwartung für ein im Jahr 2009 geborenes Kind beträgt 80 Jahre für Jungen und 86 Jahre für Mädchen. WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO): World Health Statistics 2011 (Genf 2011) 48, online unter http://www.who.int/whosis/whostat/EN_WHS2011_Full.pdf (letzter Zugriff am 18.08.2011). Zum Vergleich: Vor dem Krieg betrug die durchschnittliche Lebenserwartung 50 Jahre; T. HANYUDA, Health Policy toward the Longevity Society in Japan, in: Journal of the Japan Medical Association 51 (2008) 75.
- 47 Die Mortalitätsrate bei Neugeborenen betrug im Jahr 2009 eines je 1000 Kinder. WHO World Health Statistics 2011 (Fn. 46) 48. Noch 1975 lag sie bei 10 Kindern je 1000 Geburten; K. TATARA/E. OKAMOTO, Japan. Health system review. Health Systems in Transition 11(5) (2009) 16.
- 48 N. IKEGAMI/J. CAMPBELL, Japan's Health Care System: Containing Costs and Attempting Reform, in: Health Affairs 23(3) (2004) 27.
- 49 Zu den vielfältigen Auswirkungen des demographischen Wandels siehe die Beiträge bei F. COULMAS/H. CONRAD et al. (Hrsg.), The Demographic Challenge. A Handbook about Japan (Leiden 2008).
- 50 M. COLBY, The Japanese Healthcare Debate. Diverse Perspectives (Kent 2004) xvi sowie S. OGURA, Das japanische Gesundheitssystem, in: Medical Solutions. Gesundheitssysteme – Japan. (März 2009) 66.

2. Aktuelle und zukünftige Probleme des japanischen Gesundheitssystems

Infolge der gestiegenen Lebenserwartung im Zusammenhang mit ausgeprägtem Geburtenchwund⁵¹ und der fehlenden Kompensation durch Zuwanderung wird Japans Bevölkerung ab- und der Anteil alter Menschen stetig zunehmen.⁵² Für das Gesundheitssystem bedeutet dies eine große Belastung, da sich in der Zukunft aufgrund des Anstiegs alters- und lebensstilbedingter Krankheiten wie Krebs, Diabetes, Schlaganfällen und Alzheimer der Bedarf an medizinischer Behandlung mindestens verdreifachen wird.⁵³ Überdies ist dieser Anstieg altersbedingter Krankheiten kostenintensiv.⁵⁴ In Japan werden die Kosten des Gesundheitswesens anteilig gedeckt durch die Beiträge der Krankenversicherung, aus Steuergeldern und durch Eigenbeteiligung.⁵⁵ Deren Anstieg konnte in der Vergangenheit von der wirtschaftlichen Entwicklung getragen werden.⁵⁶ Seit der Rezession steigt jedoch der Anteil der Ausgaben für das Gesundheitswesen am BIP signifikant.⁵⁷ In Verbindung mit dem demographischen Wandel wird in der Zukunft die

-
- 51 Die aktuelle Geburtenrate liegt mit durchschnittlich 1,21 Geburten pro Frau deutlich unter der für den Erhalt der Bevölkerung notwendigen Reproduktionsrate von 2,07 Kindern, CIA The World Fact Book Japan, online unter <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ja.html> (letzter Zugriff am 24.08.2011).
- 52 Bereits jetzt ist der Zustand der „überalterten Gesellschaft“ erreicht und wird in der Zukunft weiter steigen, um im Jahr 2025 ca. 36% zu betragen. Mit „überalterter Gesellschaft“ wird eine Gesellschaft bezeichnet, in welcher der Bevölkerungsanteil der Menschen, die 65 Jahre oder älter sind, mehr als 21% beträgt; F. COULMAS, Im Zeichen der Veränderungen, in: (ders.), Die Gesellschaft Japans. Arbeit, Familie und demographische Krise (München 2007) 15.
- 53 B. HARDEN, Japan's Health-Care System Has Many Advantages, but May Not Be Sustainable, in: Washington Post, 07. Dezember 2009; o. S. sowie U. REINHARDT, Does the Aging of the Population Really Drive the Demand for Health Care?, in: Health Affairs 22(6) (2003) 27 ff.
- 54 Y. ABE, The Effectiveness of Financial Incentives in Controlling the Health Care Expenditures of Seniors, in: Japan and the World Economy 19 (2007) 461. Die medizinische Behandlung eines 90-jährigen ist beispielsweise durchschnittlich sechsmal so teuer wie die eines 12-jährigen Kindes; G. DIBBERN, Folgerungen einer Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung für die private Krankenversicherung und ökonomische Grenzen für die PKV, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (2004) 639 f. Der Prozentsatz der Kosten für die medizinische Versorgung der Alten ist von 10,8% im Jahr 1973 auf 19,4% im Jahr 1982 gestiegen; T. TSUDA/H. AOYAMA/J. FROMM, Primary Health Care in Japan and the United States, in: Social Science & Medicine 38(4) (1994) 490; mittlerweile (2008) sind es bereits 51%; TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) 55.
- 55 Krankenkassen ca. 50%, Steuergelder 36%, Eigenbeteiligung 14%; TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) xiii. Die Gesundheitsausgaben für die Senioren sind seit 1983 durch ein besonderes Schema finanziert, genannt „Gesundheitsleistungen für die Alten“ (*rōjin hoken seido*); M. KAN/W. SUZUKI, Effects of Cost Sharing on the Demand for Physician Services in Japan: Evidence from a Natural Experiment, in: Japan and the World Economy 22 (2010) 1.
- 56 J. KONDO, The Iron Triangle Of Japan's Health Care: The Japan Medical Association Is Losing Its Grip On Healthcare Policy, in: British Medical Journal 330 (2005) 56.
- 57 Der Anteil am BIP betrug im Jahr 2000 noch 7.7% des BIP (D: 10.3), 2008 bereits 8.3% des BIP (D: 10.5); World Health Statistics 2011 (Fn. 46) 130; dies war trotzdem der geringste

Finanzierung des Gesundheitswesens eine erhebliche Belastung für Krankenversicherungen und Staatshaushalt darstellen, die Japan ohne radikale Reformen über kurz oder lang sogar an den Rand des Ruins führen könnte.⁵⁸

Ein weiterer Grund für den Kostenanstieg, der an dieser Stelle nicht außer Acht gelassen werden darf, ist der Fortschritt – sowohl der medizinische als auch der technische.⁵⁹ Zum einen sind neue und verbesserte Behandlungsmethoden in der Regel auch kostenintensiver. Da zum anderen viele Innovationen besonders bei der Behandlung älterer Patienten zum Einsatz kommen, wird gerade das Zusammentreffen von Fortschritt und demographischem Wandel die Kosten für Gesundheitsleistungen steigen lassen.⁶⁰ Auf die Bedrohung durch steigende Kosten reagiert das japanische Gesundheitsministerium zwar stetig mit Reformen⁶¹ und Sparmaßnahmen, allerdings werden die bisher erfolgten graduellen Anpassungen in absehbarer Zukunft nicht mehr ausreichen, um die Entwicklungen aufzufangen.⁶²

Reformen, die aus finanziellen Gründen erfolgen, sind zudem eine Bedrohung für die Aufrechterhaltung und Verbesserung der Qualität der medizinischen Versorgung,⁶³ denn der Staat hat zwar für ein Mindestmaß an gesundem Leben zu sorgen, ist aber nicht verpflichtet, das bisherige Niveau zu erhalten. Dies bedeutet, dass gewissen Leistungen einfach wegfallen könnten oder die finanzielle Belastung der Patienten steigen könnte.

Auch die bereits erwähnte Defensivmedizin ist ein nicht zu unterschätzender Kostenfaktor. Dieses auf Prozessvermeidung ausgelegte Verhalten beinhaltet nämlich zum einen nicht nur die Meidung risikoreicher Tätigkeitsbereiche und neuer Behandlungsmethoden oder gar die Abweisung – und somit Nichtbehandlung – von Patienten, was nicht nur den medizinischen Fortschritt hemmt, sondern auch eine Gefahr für die Patienten darstellt.⁶⁴ Dass sich besonders bei hochspezialisierten medizinischen Fachgebieten signifikant höhere Prozesszahlen finden, ist empirisch bereits hinreichend bewiesen.⁶⁵

Anteil unter allen OECD-Ländern; TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) xiii. Im Jahr 2009 betrug er bereits 9,3%: CIA The World Fact Book Japan (Fn. 51) o. S.

58 COLBY (Fn. 50) xvi.

59 „Das anzuwendende medizinische Wissen verdoppelt sich alle fünf Jahre.“; J. ARNADE, Kostendruck und Standard. Zu den Auswirkungen finanzieller Zwänge auf den Standard sozialversicherungsrechtlicher Leistungen und den haftungsrechtlichen Behandlungsstandard (Heidelberg u. a. 2010) 11.

60 ARNADE (Fn. 59) 13.

61 Beispielsweise durch die Reform des Krankenversicherungsgesetzes (*Kenkô hoken-hô*) Gesetz Nr. 70/1922, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 35/2010 im Jahr 2006.

62 IKEGAMI/CAMPBELL (Fn. 48) 26; ARNADE (Fn. 59) 35.

63 FUJI/REICH (Fn. 42) 20.

64 RODWIN (Fn. 42) 188.

65 A. EHARA, Lawsuits Associated With Medical Malpractice in Japan: Rate of Lawsuits Was Very Low in Pediatrics, Although Many Children Visit Emergency Rooms, in: Pediatrics 115 (2005) 1792. Siehe auch: OGH Japan: *Ijikan keiso shôjiken no shinryôka mewake kisai kensû* [Zahl abgeschlossener Arzthaftungsprozesse, geordnet nach Fachgebieten (2008 – 2010)], online unter http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/izikankei/toukei_04.html (letzter Zugriff am 16.10.2011).

Zum anderen kann sich Defensivmedizin aber auch darin äußern, dass aus Gründen der Absicherung medizinisch nicht indizierte Untersuchungen vorgenommen werden oder ein Arzt, der die Verantwortung scheut, den Patienten unnötigerweise an einen anderen (Fach)arzt verweist.⁶⁶ Dies stellt zwar den betroffenen Patienten zufrieden und reduziert dadurch die Gefahr einer zivilrechtlichen Klage. Es ist aber auch ein beträchtlicher Kostenfaktor und führt auf lange Sicht dazu, dass an anderer Stelle Einsparungen vorgenommen werden müssen. Indirekt hat es somit ebenfalls negative Auswirkungen auf das Gesundheitssystem, wenn aus Mangel an Ressourcen Behandlungsmöglichkeiten nicht mehr zur Verfügung stehen bzw. zur Verfügung gestellt werden können,⁶⁷ wodurch wiederum die Qualität der medizinischen Behandlung und die Patientensicherheit gefährdet ist.⁶⁸

3. Die Situation der japanischen Mediziner

Finanzielle Probleme und demographischer Wandel beeinflussen auch die Situation der japanischen Ärzteschaft, denen Yasunaga eine „völlige Demoralisierung aufgrund vielfältiger exzessiver Belastungen“⁶⁹ konstatiert. Hauptgrund für diese Überlastung ist der Ärztemangel, der in erster Linie das Ergebnis der Zulassungsbeschränkungen zu den medizinischen Fakultäten aufgrund finanzieller Engpässe ist und besonders in ländlichen Gebieten bereits ein gravierendes Problem darstellt.⁷⁰

Die Pro-Kopf-Zahl von Ärzten in Japan ist niedrig im Vergleich zu denen in anderen Industrienationen.⁷¹ Die ärztliche Praxis erfordert ein sechsjähriges Studium und das Bestehen einer staatlichen Prüfung; seit der Revision des Gesetzes über medizinische Leistungen (*Iryô-hô*)⁷² ist zudem ein zweijähriges Krankenhauspraktikum verpflichtend.⁷³

66 J. MURPHY, When careful medicine becomes defensive medicine, in: Irish Medical Journal 97 (2004) 292.

67 R. RUBIN/D. MENDELSON, How much does Defensive Medicine Cost?, in: Journal of American Health Policy 4 (1994) 7 ff. Zudem ist es möglich, dass die Mediziner aus Furcht vor Sanktionen dazu neigen, Behandlungsfehler zu vertuschen, was institutionellen Verbesserungsbemühungen entgegenstehen könnte.

68 D. STUDDERT/M. MELLO/T. BRENNAN, Health Policy Report. Medical Malpractice, in: The New England Journal of Medicine 350 (2004) 285.

69 H. YASUNAGA, The catastrophic collapse of morale among hospital physicians in Japan, in: Risk Management and Healthcare Policy 1 (2008) 1.

70 H. TAKATA/H. NAGATA/H. NOGAWA et al., The current shortage and future surplus of doctors: a projection of the future growth of the Japanese medical workforce, in: Human Resources for Health 9 (2011) 14 ff.

71 Pro 1000 Einwohner sind es gegenwärtig 2,9 Ärzte. Japan nimmt diesbezüglich bei den OECD-Ländern Platz 27 von 30 ein. Zum Vergleich: Für Deutschland sind es 10,8 Ärzte pro 1000 Einwohner. World Health Statistics 2011 (Fn. 46) 118.

72 *Iryô-hô* (Gesetz über medizinische Leistungen), Gesetz Nr. 205/1948, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 40/2012.

73 M. ISHII, The Continuing Medical Education Program of the Japan Medical Association, in: Journal of the Japanese Medical Association 51(4) (2008) 219.

Das japanische Gesundheitssystem wird stark frequentiert, weshalb den Ärzten für gewöhnlich pro Patient wenig Zeit zur Verfügung steht,⁷⁴ was wiederum zu Unzulänglichkeiten bei der medizinischen Behandlung führen kann. Fortbildungen sind zwar als Pflicht des Arztes in den Richtlinien des Japanischen Ärzteverbandes (*Nihon Ishi-kai*, nachfolgend auch JMA) vorgesehen, dies wird aber weder kontrolliert noch im Falle ihres Fehlens sanktioniert.⁷⁵

Auch gibt es in Japan keine Allgemeinmediziner, sondern nur Fachärzte. Für diese gibt es jedoch erst seit 2002 verbindliche Prüfungen, sodass auch die Funktion des „Gatekeepers“ – die in Deutschland von Allgemeinmedizinern erfüllt wird – in Japan nicht existiert.⁷⁶ Zudem bevorzugen es viele Bürger, sich direkt im Krankenhaus behandeln zu lassen, „da sie sich hiervon eine bessere Behandlung erwarten.“⁷⁷ Infolgedessen sind Krankenhausärzte besonders belastet, sodass es dann auch Krankenhäuser sind, wo vermehrt Fälle von stressbedingtem Tod durch Überarbeitung (*karô-shi*) oder Selbstmord wegen Überarbeitung (*karô jisatsu*) auftreten.⁷⁸

Deutliche Auswirkungen zeigt der Ärztemangel vor allem in riskanten und fehleranfälligen Fachbereichen wie etwa der Gynäkologie, der Chirurgie und der Kinderheilkunde.⁷⁹ In ländlichen Gebieten hat er bereits Todesopfer gefordert, da es dortigen Krankenhäusern vielfach nicht einmal möglich ist, Notaufnahmen zu besetzen.⁸⁰ Auch wenn

74 Oft gibt es bis zu 200 Patientenkontakte pro Tag. Da die kurze Konsultationszeit oft mit langen Wartezeiten einhergeht, spricht man auch von „drei Stunden Warten, drei Minuten Therapie“ (*sanji-kan machi, sanpun chiriyô*), STEINECK (Fn. 44) 10 f.

75 Ebd.

76 ISHII (Fn. 73) 219. Die Facharztprüfungen werden von den Fachverbänden ausgestaltet und abgehalten; T. KOZU, Medical Education in Japan, in: *Academic Medicine* 81(12) (2006) 1069.

77 IKEGAMI/CAMPBELL (Fn. 48) 28.

78 Eine Umfrage indiziert, dass die durchschnittliche Wochenarbeitszeit von Krankenhausärzten – altersabhängig – im Durchschnitt mehr als 70 Stunden betrug; YASUNAGA (Fn. 69) 6. Laut Definition des MHLW gilt als *karô-shi* der plötzliche Tod eines Angestellten der durchschnittlich 65 Stunden oder mehr für länger als vier Wochen oder durchschnittlich 60 Stunden die Woche oder mehr für länger als acht Wochen arbeitet; vgl. T. HIYAMA/M. YOSHIMURA, New Occupational Threats to Japanese Physicians: Karoshi (Death due to Overwork) and Karojisatsu (Suicide due to Overwork), in: *Occupational and Environmental Medicine* 65 (2008) 428.

79 H. IDE/H. YASUNAGA/S. KOIKE et al., Shortage of Pediatricians in Japan: A Longitudinal Analysis Using Physicians' Survey Data, in: *Pediatrics International* 51 (2009) 645.

80 N. UNNO, Present Status of Obstetric and Perinatal Care and the Action Plan Issued by the Japan Society of Obstetrics and Gynecology, in: *Journal of the Japanese Medical Association* 51(4) (2008) 247. Von 368,226 Patienten die 2007 mit dem Krankenwagen in ein Krankenhaus gebracht wurden, wurden 58,996 Patienten von mindestens einem Krankenhaus abgewiesen. In einigen Fällen musste der Krankenwagen mehr als 10 Kliniken ansteuern, bevor der Patient aufgenommen wurde; H. IDE/H. YASUNAGA/T. KODAMA et al., The Dynamics of Obstetricians and Gynecologists in Japan: A Retrospective Cohort Model using the Nationwide Survey of Physicians Data, in: *Journal of Obstetrics and Gynaecology Research* 35(4) (2009) 761.

das Verweigern einer Behandlung in Japan rechtlich nicht geahndet werden kann,⁸¹ stellt es mittlerweile ein großes soziales Problem dar, da sich wohl nicht bestreiten lässt, dass auch erschwerter oder verweigerter Zugang zu medizinischer Versorgung eine Verschlechterung der medizinischen Qualität darstellt.

Ein weiterer nicht zu unterschätzender Faktor bei der Betrachtung der Situation japanischer Mediziner sind steigende Erwartungen von Patientenseite und, damit einhergehend, eine Veränderung des Arzt-Patientenverhältnisses, das traditionell ein hierarchisches und väterliches war.⁸² Das wiederum bedeutete, dass der Patient sich dem Arzt in Anerkennung dessen Autorität unterordnete und ihm alle Entscheidungen überließ – dies sogar oft, ohne überhaupt nur die Art seines Leidens zu kennen. Seit den 1980er allerdings haben Patientenrechtsbewegungen in Japan an Einfluss gewonnen.⁸³ Mit den damit einhergehenden Forderungen und ohnehin oftmals schwierigen ethischen Anforderungen fühlen sich viele japanische Ärzte nicht nur schlichtweg überfordert, sondern überdies in ihrer Autorität und Entscheidungskompetenz angegriffen. Hinzu kommen die bereits dargelegten Anforderungen der Medizin, die stetig komplexer und risikoreicher werden und dadurch nicht nur das Können des Arztes herausfordern, sondern gleichzeitig auch die Gefahr von Fehlschlägen erhöhen.⁸⁴

Ein weiterer Punkt ist, dass auch von Seiten der Patienten die Erwartungen an die moderne Medizin inzwischen beinahe grenzenlos geworden zu sein scheinen, weshalb eine fehlgeschlagene Behandlung deshalb heute schneller einem Versagen des Arztes zugeschrieben wird und damit die Prozessbereitschaft steigern kann.⁸⁵ Steigende Prozesszahlen wiederum können dazu beitragen, die kritische Haltung der Patienten gegenüber den Ärzten zu fördern und dadurch ein immer weiter fortschreitendes Misstrauen in die Medizin im Allgemeinen und die Mediziner im Besonderen zu begründen.⁸⁶ Im Zusammenhang mit übersteigerten Erwartungen soll an dieser Stelle noch darauf hingewiesen werden, dass Erwartungen nicht nur im Hinblick auf die medizinische Machbarkeit enttäuscht werden. Ein Spannungsverhältnis besteht oftmals auch zwischen den

81 In den meisten Ländern darf eine Behandlung nicht verweigert werden bzw. stellt eine Behandlungsverweigerung ein Delikt dar. In Japan ist dies jedoch (noch) nicht etabliert; RODWIN (Fn. 42) 188.

82 TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) 41. LEFLAR (Fn. 13) 444 führt zur Beschreibung des traditionellen Verhältnisses das ursprünglich aus dem feudalen Japan kommende Sprichwort „Keep them ignorant and dependent“ an.

83 E. FELDMAN, Patients, rights and protest in contemporary Japan, in: (ders.): The Ritual of Rights in Japan – Law, Society and Health Policy (Cambridge 2000) 38 ff.

84 Vgl. H. RIES/K. SCHNIEDER/J. ALTHAUS et al., *Arztrecht. Praxishandbuch für Mediziner* (2. Aufl., Berlin 2007) 185.

85 YASUNAGA (Fn. 69) 8.

86 HIYAMA/YOSHIHARA (Fn. 78) 429.

knappen finanziellen Ressourcen und dem theoretisch Möglichen der hochentwickelten und modernen, dabei aber gleichzeitig immer kostenintensiver werdenden Medizin.⁸⁷

Die Überlastung der Ärzte hat schließlich auch ganz konkrete Auswirkungen auf die Häufigkeit von Behandlungsfehlern und damit auf die Wahrscheinlichkeit von Arzthaftungsklagen,⁸⁸ die *Yasunaga* als weiteren „Stressfaktor“ für die Ärzte identifiziert.⁸⁹ Das finanzielle Risiko eines Arzthaftungsprozesses wird zwar durch eine kostengünstige und fachgebietsunabhängige Haftpflichtversicherung,⁹⁰ abgefangen, der „Angriff auf die Berufsehre schmerzt“⁹¹ nichtsdestotrotz.

4. Institutionelle Qualitätssicherung

Bestimmt und gesichert werden die konkreten Anforderungen an die medizinische Qualität durch die Erfüllung gewisser Anforderungen, die von befugten internen und externen Organen – also den eingangs erwähnten ersten beiden Ebenen der Qualitätssicherung – festgelegt wurden.⁹² Diese sollen im Folgenden für Japan vor allem im Hinblick auf ihre Unzulänglichkeiten und der möglichen Auswirkungen dieser Unzulänglichkeiten auf die dritte Ebene – die der gerichtlichen Qualitätskontrolle – überblicksweise dargestellt werden.⁹³

Spricht man von den ersten beiden Ebenen der Qualitätskontrolle, so gibt es zwei Ansatzpunkte: Zum einen kann Qualitätskontrolle darauf abzielen, durch systematische Fehlerquellenerhebung und Fehleranalyse die Quellen für Behandlungsfehler von vorneherein zu minimieren, wobei die Mitwirkung an diesen Systemen freiwillig oder ver-

87 HART (Fn. 25) 321. Nicht näher eingegangen werden kann in hier auf die in Japan übliche Praxis der Ärzte, einen Teil ihres Verdienstes durch den Verkauf von Medikamenten zu erwerben; siehe dazu und zur Problematik stellvertretend RODWIN (Fn. 42) 8 f.

88 Doctor shortage takes a toll in Japan (AFP), 15. März 2008, o. S.; online unter <http://news.google.com/newspapers?nid=2518&dat=20080318&id=gU5aAAAAIABAJ&sjid=DCgMAAAIABAJ&pg=1505,17920207> (letzter Zugriff am 12.09.2011). Die angestrebte Erhöhung der Ärztezahl wird aber erst in ein paar Jahren Erfolg bringen und die Situation nicht direkt entschärfen. Vielmehr wird das Problem des Ärztemangels in absehbarer Zeit durch die bevorstehende Pensionierung der Ärzte der Babyboomgeneration verschärft werden; in diesem Zusammenhang wird auch von einer „ageing society of doctors“ gesprochen; UNNO (Fn. 80) 247.

89 YASUNAGA (Fn. 69) 4.

90 Der größte Versicherer ist die JMA; K. NAKAJIMA/C. KEYES/T. KUROYANAGI et al., Medical Malpractice and Legal Resolution Systems in Japan, in: Journal of the American Medical Association 285(12) (2001) 1634. Zur Haftpflichtversicherung siehe K. KINOSHITA, Professional Liability Insurance Program of the Japanese Medical Association, in: Journal of the Japanese Medical Association 50(5) (2007) 390 ff.

91 RIES/SCHNIEDER/ALTHAUS et al. (Fn. 84) 185.

92 N. ROEDER/P. HENSEN, Gesundheitsökonomie, Gesundheitssystem und öffentliche Gesundheitspflege. Ein praxisorientiertes Kurzlehrbuch (Köln 2009) 55.

93 Ausführlich dargestellt findet sich dies beispielsweise bei RODWIN (Fn. 42) sowie bei TATARA/OKAMOTO (Fn. 47).

pflichtend sein kann.⁹⁴ Zum anderen können institutionelle Sanktionen Mediziner bei Fehlern – etwa mittels Disziplinarverfahren – zur Verantwortung ziehen oder bereits im Vorneherein – etwa durch die Androhung solcher Sanktionen – disziplinieren. Dadurch ist es möglich, Mediziner zu größerer Sorgfalt anzuhalten, was wiederum der Vermeidung von Fehlern dienen kann.

Interne und externe Qualitätssicherung war lange Zeit kein großes Thema im japanischen Gesundheitswesen. *Kenzô Kikuni* befand im Jahr 1984, dass bisher in Japan kein System zur Qualitätssicherung der medizinischen Versorgung errichtet worden sei;⁹⁵ *John Woher* fand diese Situation 1997 noch unverändert vor.⁹⁶ Erst eine Serie gravierender Behandlungsfehler, die damit verbundenen Strafverfolgungen sowie das damit einhergehende öffentliche Interesse gaben Anstoß zu breit angelegten Initiativen zur Qualitätssicherung und -verbesserung.⁹⁷

a. Institutionelle und administrative Sanktionen

Verantwortlich für disziplinarische Maßnahmen ist das japanische Gesundheitsministerium, in dessen Zuständigkeitsbereich auch die Überwachung der Lizenzen der Ärzte fällt. Sanktionen können aus folgenden Gründen verhängt werden: (1) Verhalten, das eines Arztes unwürdig ist (z.B. Verstoß gegen ethische Grundsätze), (2) Verstoß gegen Medizingesetze, (3) Drogenabhängigkeit oder Drogenmissbrauch und (4) Strafrechtliche Verurteilung, in der die Strafe nicht nur in einer Geldbuße besteht. Die Disziplinarmaßnahmen reichen von Verwarnungen über vorübergehenden bis dauerhaften Entzug der Lizenz.⁹⁸

Im für die Sanktionen verantwortlichen Komitee des Gesundheitsministeriums, (*Idô Shingi-kai*), sind jedoch auch Ärzte vertreten. Diese Ärzte sind beinahe ausschließlich Mitglieder der japanischen Ärztereinigung, die nicht nur eine bedeutende Interessengruppe ist, sondern auch viel zum starken Zusammenhalt der japanischen Ärzteschaft beiträgt.⁹⁹ Diese Kombination führt dazu, dass Sanktionen nur selten verhängt werden.¹⁰⁰ In den Jahren 1971 bis 1990 sanktionierte das Komitee lediglich 324 Ärzte. Nur in sechs Fällen kam es zu einem dauerhaften Entzug der Lizenz, wobei die Gründe in diesen Fällen nicht in Zusammenhang mit einem Behandlungsfehler standen.¹⁰¹ Für Behandlungs-

94 H. FURUKAWA/H. BUNKO/F. TSUCHIYA et al., Voluntary Medication Error Reporting Program in a Japanese National University Hospital, in: *The Annals of Pharmacotherapy* 37(11) (2003) 1716 ff.

95 Vgl. RODWIN (Fn. 42) 190.

96 Vgl. ebd.

97 Vgl. die in der Einleitung erwähnten Fälle.

98 RODWIN (Fn. 42) 200.

99 TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) 111 sowie HASEGAWA (Fn. 4) 19.

100 RODWIN (Fn. 42) 200.

101 Die Gründe für den dauerhaften Lizenzentzug waren Mord, Vergiftung, Vergewaltigung und in einem Fall das Verstecken eines Terroristen; ebd.

fehler wurden Sanktionen bislang nur im Zusammenhang mit einem strafrechtlich verfolgten Tatbestand verhängt.¹⁰²

Das Augenmerk des japanischen Gesundheitsministeriums lag bei der Sanktionierung also bisher nicht auf Qualitätskontrolle. Inzwischen sind aber Rufe laut geworden, dass Reformbedarf vor allem in Hinblick auf Ärzte, denen gehäuft Fehler unterlaufen, bestehe.¹⁰³ Dabei wurde vorgeschlagen, dass Ärzte zum einen zur regelmäßigen Erneuerung ihrer Lizenzen und zum anderen zur stetigen Fortbildung und Prüfung verpflichtet werden sollten.¹⁰⁴ Inzwischen zieht das Gesundheitsministerium eine Revision des *Ishi-hô* (Ärztegesetzes)¹⁰⁵ in Erwägung, durch die Ärzte, denen ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, zur Fortbildung in diesem Bereich verpflichtet werden sollen.¹⁰⁶

b. Institutionelle und administrative Qualitätssicherungsmechanismen

Die Japanische Gesellschaft für Qualität der Gesundheitsversorgung (JSQHC) hat seit 1990 eine führende Rolle bei den Versuchen der Qualitätsverbesserung inne. Auf Basis der amerikanischen Joint Commission on the Accreditation of Healthcare Organizations (JCAHO) entwickelte die Gesellschaft ein Qualitätsevaluationssystem und gründete im Juli 1995 den „Japanese Council for Quality Health Care (*Nihon Iryô Kinô Hyôka Kikô*, nachfolgend auch JCQHC)“.¹⁰⁷ Dieser Beginn im Jahr 1997 mit seiner Arbeit ist bis heute die einzige von der Regierung anerkannte gemeinnützige und unabhängige Organisation zur Krankenhausakkreditierung in Japan.¹⁰⁸ Ziel des JCQHC ist, mittels Evaluation Anregungen zur und Unterstützung bei Verbesserung für Krankenhäuser zu geben,¹⁰⁹ diese dann zu akkreditieren und dadurch „vertrauenswürdige und qualitative medizinische Versorgung sicherzustellen und fortdauernd an deren Verbesserung zu arbeiten.“¹¹⁰ Dabei werden besonders solche Krankenhäuser bei ihren Qualitätsverbesserungsbemühungen unterstützt, die im ersten Versuch scheiterten, um ihnen einen erfolgreichen zweiten Akkreditierungsversuch zu ermöglichen.¹¹¹

Allerdings ist die Akkreditierung bislang freiwillig.¹¹² Zudem liegt der Schwerpunkt der Akkreditierungsbedingungen eher auf Qualitätskriterien wie etwa der Ablauforgani-

102 TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) 136.

103 Ebd.

104 RODWIN (Fn. 42) 200.

105 *Ishi-hô* (Ärztegesetz), Gesetz Nr. 201/1948, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 96/2007.

106 FELDMAN (Fn. 20) 274.

107 H. ITÔ/S. IWASAKI/Y. NAKANO et al., Direction of quality improvement activities of health organizations in Japan, in: *International Journal for Quality in Health Care* 10(4) 361.

108 ICHINOHE (Fn. 10) 44. Akkreditierte Krankenhäuser finden sich online unter <http://www.report.jcqhc.or.jp/index.html> (letzter Zugriff am 13.12.2011).

109 Ebd.

110 Ebd..

111 TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) 88.

112 ICHINOHE (Fn. 10) 44.

sation oder der allgemeinen Patientenzufriedenheit.¹¹³ Diese sind zwar unleugbar ebenfalls wichtige Faktoren bei der Bewertung der medizinischen Qualität, allerdings werden bei der JCQHA-Akkreditierung „quantitativ messbare Qualitätsfaktoren wie etwa postoperative Todesraten nicht beachtet“¹¹⁴, sodass eine Akkreditierung für die Gesamtbewertung des Erfolgs medizinischer Qualitätsbemühungen nur begrenzte Aussagekraft hat. Zu beobachten ist allerdings seit 2003 ein Anstieg der Akkreditierungen, was zumindest zeigt, dass das allgemeine Interesse an Qualitätssicherungsfragen steigt. Verpflichtende Akkreditierung auf Basis von allgemeingültigen nationalen Qualitätskriterien gibt es jedoch bis heute nicht.¹¹⁵

Auch das japanische Gesundheitsministerium legte im April 2002 Strategien zur Förderung der Qualität der medizinischen Behandlung fest. Seit einer Revision des Art. 6 Abs. 11 des Gesetzes über medizinische Leistungen (*Iryô-hô*) haben alle Präfekturen und Städte in Japan, die über eigene Gesundheitszentren verfügen, öffentliche Zentren zur medizinischen Sicherheit zu errichten, um ein Forum für Beschwerden von Patienten und deren Angehörigen zu schaffen.¹¹⁶ Im Januar 2009 gab es 388 solcher Zentren, und trotz ihrer relativ kurzen Existenzdauer hatte die Zahl der Beschwerden bereits im Jahr 2008 die 35000 überschritten.¹¹⁷

Eine weitere Möglichkeit der Qualitätskontrolle und -sicherung ist die Einrichtung von internen Fehlermelde- und Fehlerevaluationssystemen zur Vermeidung von Behandlungsfehlern.¹¹⁸ Seit Oktober 2002 gelten für alle Krankenhäuser und Kliniken vier Vorschriften. Verpflichtend sind seitdem: (1) die Entwicklung einer Strategie zur Patientensicherheit, (2) der Aufbau eines Systems zur Erhebung von Fehlern, Beinahefehlern und Risiken, um negative Ereignisse zu sammeln, zu analysieren und auf dieser Basis die Einrichtung von gezielten Sicherheitsmechanismen zu fördern, (3) die Gründung eines Komitees zur Vermeidung von Behandlungsfehlern und (4) die Fortbildungen zum Thema Patientensicherheit. Wenn diese Bedingungen nicht erfüllt werden, reduzieren sich die Zuzahlungen für die Krankenhäuser von staatlicher Seite um hundert Yen pro Patient und Tag.¹¹⁹ Da japanische Krankenhäuser ohnehin unter finanziellem Druck stehen, könnte dies ein effektiver Anreiz zur Sicherstellung der Qualität sein. Allerdings ist die praktische Ausgestaltung der Vorschriften nicht näher bestimmt, sodass die Krankenhäuser bei der Umsetzung vor großen Problemen stehen.¹²⁰ Auch bislang scheint

113 TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) 42 f.

114 Ebd.

115 ICHINOHE (Fn. 10) 44. Dort auch weitere Details zur Arbeitsweise des JCQHC.

116 K. KATSUMATA/M. MIYAJI/K. KATO et al., Delivering Better Patient Safety: Attempt by the Aichi Medical Association, in: *Journal of the Japanese Medical Association* 54(2) (2011) 129.

117 KATSUMATA/MIYAJI/KATO et al. (Fn. 116) 133.

118 FELDMAN (Fn. 20) 277.

119 NAKAJIMA/KEYES/KUROYANAGI et al. (Fn. 90) 123.

120 Ebd. Für ein Beispiel erfolgreicher Systeme in japanischen Krankenhäusern siehe stellvertretend etwa M. HIROSE,/ S. REGENBOGEN/S. LIPSITZ et al., Lag time in an incident report-

immer noch kein ideales System gefunden zu sein. Nach Überwindung der ersten Anlaufschwierigkeiten lässt sich allerdings als allgemeine Tendenz dieser Verbesserungsversuche bislang feststellen, dass Ärzte bei der Meldung und Evaluation von Behandlungsfehlern nichtstrafende, vertrauliche und freiwillige Meldebedingungen bevorzugen, wobei sich dabei als besonders erfolgreich anonyme, webbasierte Meldesysteme erwiesen haben, bei denen der Meldende keine negativen Konsequenzen zu fürchten hat.¹²¹

In diesem Zusammenhang ist als weiterer wichtiger Punkt bezüglich der Bemühungen zur Förderung von Qualitätssicherung in der Medizin das 2005 ins Leben gerufene Modellprojekt zur Untersuchung und Analyse von Todesfällen im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit des japanischen Gesundheitsministeriums anzusprechen.¹²² Sein Ziel ist es, die Todesursache bei Fällen, die sich möglicherweise auf einen Behandlungsfehler zurückführen lassen, durch unabhängige Expertengutachten¹²³ herauszufinden und für Transparenz zu sorgen, wodurch das Vertuschen von Behandlungsfehlern verhindert werden soll.¹²⁴

Stirbt ein Patient unter Umständen, die mutmaßlich in Zusammenhang mit der medizinischen Behandlung stehen, kann das Krankenhaus nach Rücksprache mit den Angehörigen eine Untersuchung beantragen, woraufhin eine Autopsie durchgeführt wird.¹²⁵ Ein eigens zu diesem Zweck bestelltes Komitee evaluiert sodann die Krankenakte und den Autopsiebericht, befragt das Krankenhauspersonals und fertigt einen abschließenden Bericht an, aus dem hervorgeht, ob und falls ja auf welche Weise der Todesfall hätte verhindert werden können.¹²⁶

Das Modell eines Untersuchungskomitees war zunächst als Instrument zur Evaluation von Fehlern begrüßt worden, das dazu dienen sollte, Fehlerursachen systematisch zu erkennen und, durch die Entwicklung geeigneter Lösungen, die Zahl vermeidbarer Fehler zu reduzieren. Gegenwärtig ist das Komitee allerdings in das japanische Gesundheitsministerium integriert; auch befinden sich Vertreter der Geschädigten sowie Rechtsanwälte im Komitee, wodurch die Unvoreingenommenheit des Komitees bezweifelt

ing system at a university hospital in Japan, in: *Quality & Safety in Health Care* 16 (2007) 101.

121 NAKAJIMA/KEYES/KUROYANAGI et al. (Fn. 90) 124. Dahingehend auch die Richtlinien der WHO zum Entwurf eines Systems über Bericht und Lernen von unerwarteten Komplikationen und Behandlungsfehlern; dieser Ansatz wird als essentiell für ein erfolgreiches Berichtssystem angesehen; WHO World Alliance for Patient Safety. Draft Guidelines for Adverse Event Reporting and Learning Systems. From Information to Action (Genf 2005), online unter http://www.who.int/patientsafety/events/05/Reporting_Guidelines.pdf (letzter Zugriff am 12.08.2011).

122 LEFLAR (Fn. 13) 447.

123 Ebd.

124 NAGAMATSU/KAMI/NAKATA (Fn. 29) 203.

125 LEFLAR (Fn. 13) 447.

126 Ebd.

werden muss.¹²⁷ Dass außerdem die Untersuchungsberichte als Beweismittel in Straf- und Zivilprozessen verwendet werden können,¹²⁸ rief heftige Proteste seitens der Ärztevereinigung hervor.¹²⁹ Zwar wird das Modellprojekt in seinen Grundzügen wegen seiner möglichen Bedeutung als Alternative zur starken Betonung des Strafrechts bei Behandlungsfehlern immer noch als guter Ansatz gesehen.¹³⁰ Die Möglichkeit allerdings, dass die durch die Arbeit des Komitees erlangten Erkenntnisse als belastendes Material in einem Gerichtsprozess verwendet werden können, hat allerdings gegenwärtig eher den gegenteiligen Effekt. Für diese Debatte, die Sawa als „größten Streit im Gesundheitswesen seit dem Krieg“¹³¹ bezeichnet, ist bisher noch keine Lösung gefunden worden.

Was die beiden institutionellen Ebenen der Qualitätskontrolle ärztlichen Handelns betreffen, so lässt sich zusammenfassend feststellen, dass sich seit dem letzten Jahrzehnt die Situation der institutionellen Qualitätssicherung in einem Prozess ständiger Verbesserung befindet.¹³² Die erfolgten Schritte sind ein wichtiger Schritt dahingehend, in der Zukunft ein funktionierendes System der institutionellen Qualitätssicherung zu erreichen. Dessen Verbesserung wird das japanische Gesundheitsministerium und die Krankenhäuser allerdings noch eine Menge Überlegung, Zeit und Arbeit kosten.¹³³

III. DIE ZIVILRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DES ARZTES

Die Medizin ist „die Wissenschaft, die die tiefste Beziehung zur menschlichen Existenz besitzt.“¹³⁴ Ärzte tragen deshalb große Verantwortung – sowohl im Hinblick auf die bei der medizinischen Behandlung auszuübende Sorgfalt als auch bei ethischen Belangen, da bereits geringes Versagen der Gesundheit oder dem Integritätsinteresse des Patienten schaden kann.

Es wurde gezeigt, dass die institutionellen Qualitätssicherungsmechanismen in Japan bislang eher dysfunktional sind bzw. lange Zeit nicht vorhanden waren. Im Idealfall sind bereits diese dergestalt, dass Behandlungsfehler – und damit auch Streitigkeiten – weitestgehend vermieden werden können.

127 R. SAWA, A Healthcare Crisis in Japan: Criminalizing Medical Malpractice, in: *Journal of the Japanese Medical Association* 51(4) (2008) 241.

128 NAGAMATSU/KAMI/NAKATA (Fn. 29) 204.

129 SAWA (Fn. 127) 241.

130 Ebd.

131 Ebd.

132 M. HIROSE/Y. IMANAKA/T. ISHIZAKI et al., How can we improve the quality of health care? Learning from Hospital Accreditation in Japan, in: *Health Policy* 66 (2003) 29.

133 NAGAMATSU/KAMI/NAKATA (Fn. 29) 204.

134 OKUDA (Fn. 11) 168.

*Irren ist jedoch menschlich*¹³⁵ – was bedeutet, dass selbst im besten System Fehler vorkommen. Dann können institutionelle Mechanismen wie etwa Systeme zur außergerichtlichen Streitbeilegung der Entschädigung des Patienten dienen. Sind diese aber unzureichend oder kann der Konflikt nicht auf diese Weise gelöst werden, ist es Zweck und Aufgabe des Arzthaftungsprozesses – neben der Überwachung der Qualität der medizinischen Behandlung¹³⁶ – den Patienten für erlittene Schäden finanziell zu kompensieren, wobei in Japan, anders als in Deutschland,¹³⁷ generell auch dem Zivilrecht eine gewisse Straffunktion zuerkannt wird.¹³⁸ Im folgenden werden die Grundlagen der Arzthaftung, also der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes (*minji sekinin*), dargestellt, die in den letzten Jahren einen besonders großen Wandel erfahren hat, in der es aber auch viele aktuelle Probleme¹³⁹ gibt. Dabei interessieren insbesondere auch die arzthaftungsrechtlichen Entwicklungen im Deliktsrecht, dem bescheinigt wird, dass es infolge einer besonders eigenständigen Rechtsprechung eine bemerkenswerte Entwicklung durchlebt hat.¹⁴⁰ Unberücksichtigt soll hier dagegen die strafrechtliche Verantwortlichkeit bleiben.¹⁴¹

135 Dies ist auch die Prämisse, die im Titel des eingangs erwähnten Werkes „To Err is Human“ enthalten ist.

136 E. MONICO/R.KULKARNI/A. CALISE et al., The Criminal Prosecution of Medical Negligence, in: The Internet Journal of Law, Healthcare and Ethics 5(1) (2007) o. S.

137 E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte-recht und Transfusionsrecht (6. Aufl., Berlin 2007) 294.

138 J. MURAKAMI/H. MARUTSCHKE, Einführung in das japanische Zivilrecht. Grundlagen des japanischen Rechtssystems. Kurseinheit 2: Strukturwandel der Privatrechtsordnung (Hagen 1991) 26. Kritisch zum Prinzip der Straffunktion des Zivilrechts: H. HONSELL, Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, in: ADERHOLD/GRUNEWALD/KLINGBERG (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag (Köln 2008) 315 ff.

139 K. MATSUMOTO, Aktuelle Probleme im Bereich des Haftungsrechts in Japan, in: GOTTWALD (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan. Aktuelle Probleme und Spannungen im Bereich des Verfassungsrechts, Strafrechts, Schuldrechts, Familienrechts und Zivilprozessrechts (München 2009) 59.

140 MURAKAMI/MARUTSCHKE (Fn. 138) 26.

141 In Japan spielt das Strafrecht bei der gerichtlichen Kontrolle medizinischen Handelns eine bedeutende Rolle. Siehe stellvertretend H. SAEKI, *Iryô no shitsu no kôjô to keiji-hô no yakuwari* [Die Zunahme der medizinischen Behandlungsqualität und die Rolle des Strafrechts], in: Jurisuto 1396 (2010) 30 f. Deshalb beinhaltet der vorliegende Artikel in seiner ursprünglich Fassung eine Betrachtung der Bedeutung des strafrechtlichen Einflusses für das ärztliche Handeln; ein Schritt, der sich aus den Begrifflichkeiten der Arzthaftung (*ishi sekinin*) legitimiert. Während im Deutschen dieser Begriff nämlich üblicherweise nur die zivilrechtliche Seite (*minji sekinin*) umfasst, bezieht sich im Japanischen der Begriff der „Haftung“ (*sekinin*) auch auf die strafrechtliche Seite (*keiji sekinin*).

1. *Der Anstieg der Arzthaftungsprozesse*

Die lange herrschende Meinung über die geringe Prozessdichte in Japan war geprägt von der Vorstellung, dass der japanischen Bevölkerung aufgrund des kulturell tief verwurzelten Strebens nach sozialer Harmonie offene Auseinandersetzungen zuwider seien, weshalb außergerichtliche Formen der Konfliktbeilegung bevorzugt würden.¹⁴² Die geringen Prozesszahlen der Vergangenheit sowie der häufige Gebrauch der außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen scheinen diese These zu stützen.

Inzwischen ist jedoch belegt, dass die japanische Tendenz der Prozessvermeidung nicht – oder zumindest nicht nur – dem japanischen Rechtsbewusstsein zuzuschreiben ist, sondern sich vorwiegend auf institutionelle Barrieren des Rechtssystems zurückführen lässt. Diese erschwerten den Zugang zu Gericht, sodass eine außergerichtliche Streitbeilegung die vernünftigeren – weil effizienteren – Wahl war.¹⁴³ Diese Barrieren verurteilten in der Vergangenheit somit also auch die dritte Ebene der Kontrolle ärztlicher Tätigkeit – nämlich die haftungsrechtliche/gerichtlichen Kontrolle – zur Dysfunktionalität.

Seit der Reform des Zivilprozessgesetzes (*Minji soshô-hô*, im Folgenden ZG) im Jahr 1996¹⁴⁴ und dem systematischen Abbau dieser Barrieren im Zuge der Justizreform seit 1999,¹⁴⁵ wodurch das Rechtssystem „benutzerfreundlicher“¹⁴⁶ für die Kläger wurde, lässt sich nun eine tendenzielle Zunahme von Gerichtsprozessen beobachten.¹⁴⁷

Was die Arzthaftungsprozesse betrifft, so wurde bereits eingangs dargestellt, in welchem besonderen Maße die Prozesszahlen in diesem Bereich zunehmen.¹⁴⁸ Dies ist sowohl auf kulturelle als auch strukturelle Gründe zurückzuführen.¹⁴⁹

142 Diese Vorstellung wurde maßgeblich gefördert durch T. KAWASHIMA, *Dispute Resolution in Contemporary Japan*, in: VAN MEHREN (Hrsg.), *Law in Japan. The Legal Order in a Changing Society* (Cambridge 1963) 41 ff. So ist jedoch beispielsweise bereits der Begriff der „Kultur“ problematisch, der zwar häufig verwendet, aber nicht ausreichend definiert wird.

143 Siehe dazu die erste Gegenposition zu KAWASHIMA: J. HALEY, *The Myth of the Reluctant Litigant*, in: *Journal of Japanese Studies* 4 (1978) 359 ff. Auch die Forschungen von M. RAMSEYER, *Reluctant Litigant Revisited: Rationality and Disputes in Japan*, in: *Journal of Japanese Studies* 14 (1988) 111 ff. und M. RAMSEYER/M. NAKAZOTO, *The Rational Litigant. Settlement Amounts and Verdict Rates in Japan*, in: *Journal of Legal Studies* 18 (1989) 263 ff. nehmen eine Gegenposition zu KAWASHIMA ein.

144 *Minji soshô-hô* (Zivilprozessgesetz), Gesetz Nr. 109/1996. C. GOODMAN, *Japan's new Civil Procedure Code. Has it fostered a rule of law dispute resolution mechanism?*, in: *Brooklyn Journal of International Law* 29 (2004) 536; S. OTA, *Reform of Civil Procedure in Japan*, in: *The American Journal of Comparative Law* 49 (2001) 564.

145 D. FOOTE, *Justice System Reform in Japan* (2007) 1.

146 A. FELD, *Culture and Medical Malpractice: Lessons from Japan. Is the "Reluctant Plaintiff" a Myth?*, in: *American Journal of Gastroenterology* 101 (2006) 1949.

147 C. GOODMAN, *The Somewhat less Reluctant Litigant: Japan's Changing View Towards Civil Litigation*, in: *Law and Policy in International Business* 32 (2001) 769 ff.; T. GINSBURG/G. HOETKER, *The Unreluctant Litigant?: An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation*, in: *Journal of Legal Studies* 35 (2006) 31 ff.

148 Zur Zahl der Behandlungsfehler gibt es keine gesicherten Daten, es ist jedoch nicht anzunehmen, dass diese stark von der in Ländern mit vergleichbarer Gesundheitsversorgung ab-

Im Hinblick auf den kulturellen Wandel wurde bereits das sich verändernde Arzt-Patienten-Verhältnis erläutert. So war es ehemals für einen Arzt selbst bei einem schwerwiegenden Behandlungsfehler völlig legitim und ausreichend, sich angemessen zu entschuldigen.¹⁵⁰ Inzwischen jedoch ist eine solche Praxis angesichts der zunehmenden Bedeutung von Patientenrechten und Transparenzprinzipien sowie der verstärkten öffentlichen Sorge über Behandlungsfehler¹⁵¹ nicht mehr akzeptabel.

Im strukturellen Bereich kennzeichnend waren Beweisschwierigkeiten, geringe und standardisierte Entschädigungssummen, hohe Kosten, eine lange Prozessdauer sowie die geringe Zahl von Anwälten im Allgemeinen und von auf Arzthaftungsklagen spezialisierten im Besonderen.¹⁵²

Zum einen müssen Kläger neben einer Gebühr für die Klageeinreichung eine Anwaltsgebühr im Voraus bezahlen.¹⁵³ Da sich diese nach der angestrebten Entschädigungssumme richtet, werden bereits im Vorfeld einer Klage Gebühren in Höhe von (umgerechnet) oft mehr als 10.000 € fällig,¹⁵⁴ was potentielle Kläger oft von vorneherein abschreckt. Des Weiteren ist die Summe, die im Falle des Prozessgewinns zugesprochen wird, nicht nur relativ gering, sondern auch im Voraus kalkulierbar, da sich die Richter bei der Bemessung an den festgelegten Summen für Schäden durch Verkehrsunfälle orientieren.¹⁵⁵ Dies begünstigt die außergerichtliche Beilegung von Arzthaftungsstreitigkeiten erheblich.¹⁵⁶ So werden auf außergerichtlichem Wege ca. 90% aller Arzthaftungsstreitigkeiten beigelegt.¹⁵⁷ In Japan ist man also noch weit entfernt vom Zustand der in den USA so berüchtigten „lawsuit lottery“, in der Bürger (bzw. Patienten) oft auf Geratewohl Klage einreichen in der Hoffnung, möglichst hohe Summen zu „gewinnen“.¹⁵⁸

weicht; vgl. R. LEFLAR, Personal Injury Systems in Japan: Values Advanced and Values Undermined. In: University of Hawai'i Law Review 15 (1993) 747, bezogen auf das Jahr 2009 ders. (Fn. 13) 444.

149 FELDMAN (Fn. 20) 258.

150 E. FELDMAN, Medical Ethics the Japanese Way, in: The Hastings Center Report 15(5) (1985) 21. Feldman führt als Beispiel dafür den Tod eines zehnjährigen Mädchens an, das wegen eines groben Behandlungsfehlers zunächst im Koma gelegen hatte und wenig später starb, was für den verantwortlichen Mediziner jedoch keinerlei Konsequenzen hatte.

151 FELDMAN (Fn. 20) 258. Laut HASEGAWA (Fn. 4) i ff. ergab eine Umfrage, dass 74% der Befragten fürchteten, Opfer eines Behandlungsfehlers zu werden, und 26% kein Vertrauen in ihren Arzt hatten.

152 LEFLAR (Fn. 13) 443.

153 FELDMAN (Fn. 20) 264.

154 Vgl. FELDMAN (Fn. 20) 265.

155 Ebd.

156 Ebd.

157 T. HIYAMA/S. TANAKA/M. YOSHIHARA et al., Medical malpractice litigation related to gastrointestinal endoscopy in Japan: A two-decade review of civil court cases, in: World Journal of Gastroenterology 12(42) (2006) 6857.

158 STUDDERT/MELLO/BRENNAN et al. (Fn. 68) 283.

Ein weiterer Grund für die ehemals geringe Zahl der Arzthaftungsklagen ist die lange Prozessdauer. Während bis zum Jahr 1994 ein Prozess im Durchschnitt 3½ Jahre dauerte, zogen sich manche Fälle sogar mehr als 20 Jahre hin.¹⁵⁹ Dies hat sich, nicht zuletzt durch die Reform des Zivilprozessgesetzes, jedoch in den letzten Jahren – auch durch die Einrichtung von auf Arzthaftungsfälle spezialisierten Kammern bei den Gerichten, sogenannten *shûchû-bu* – stetig gebessert, sodass die durchschnittliche Prozessdauer gegenwärtig noch 2 Jahre beträgt. Diese *shûchû-bu* wurden in mehreren wichtigen Distriktgerichten (wie Tokyo, Ôsaka, Nagoya und Chiba) eingerichtet.¹⁶⁰ Dort werden alle eingehenden Arzthaftungsklagen von speziell für Arzthaftungsprozesse eingerichteten Spruchkörpern behandelt, anstatt, wie sonst in Japan üblich, von allgemeinen Spruchkörpern.¹⁶¹ Auf diese Weise sollen die Richter an Expertise bei der Arzthaftung gewinnen und dadurch in der Lage sein, entsprechende Prozesse schneller abzuschließen.¹⁶²

Als letzter Punkt im Hinblick auf strukturelle Barrieren muss an dieser Stelle noch der Faktor der Zugangsmöglichkeit zu einem Anwalt erläutert werden. In den Jahrzehnten 1950 bis 2000 betrug die durchschnittliche Bestehensquote der Anwaltsprüfung lediglich 1,7% aller Bewerber.¹⁶³ Dies bedeutete bei einer Einwohnerzahl Japans von 127 Millionen Bürgern eine Gesamtzahl von 5.827 (1950) bzw. 17.126 (2000) Anwälten.¹⁶⁴ Eine Erhöhung der Bestehensquote wurde deshalb als dringend nötig empfunden. Diese beträgt, den Empfehlungen der Kommission für die Reform des Justizwesens folgend,¹⁶⁵ nach Einführung einer neuen Anwaltsprüfung im Jahr 2006 über 40%.¹⁶⁶ 2010 betrug die Zahl der Anwälte 28.789¹⁶⁷ und wird voraussichtlich weiter zunehmen. Dies macht es einfacher für potentielle Kläger, einen Anwalt zu finden. Aufgrund des hohen Spezialisierungsgrades des Arzthaftungsrechtes wird es zwar eine Weile dauern, bis sich der Wandel in der Zahl der Anwälte auf die Zahl der Prozesse auswirkt.¹⁶⁸

159 LEFLAR (Fn. 13) 445.

160 FELDMAN (Fn. 20) 273.

161 Ebd.

162 FELDMAN (Fn. 20) 274. LEFLAR (Fn. 13) 445 f. Feldman kritisiert in diesem Zusammenhang auch die Praxis, dass Richter regelmäßig versetzt werden, was das Sammeln von Expertise in diesem Anfangsstadium einschränken kann. Sollten sich die Expertenspruchkörper jedoch durchsetzen, wird dieses Problem womöglich in Zukunft gelöst werden können.

163 LEFLAR (Fn. 13) 446. In Hochzeiten bestanden 3,4% aller Bewerber.

164 *Nihon bengoshi rengô-kai* [Japanische Anwaltsvereinigung]. White Paper on Attorneys (2010) 1, online unter <http://www.nichibenren.or.jp/library/en/about/data/WhitePaper2010.pdf> (letzter Zugriff am 20.08.2011).

165 JUSTICE SYSTEM REFORM COUNCIL, Recommendations of the Justice System Reform Council — For a Justice System to Support Japan in the 21st Century, online unter www.kantei.go.jp/foreign/judiciary/2001/0612report.html (letzter Zugriff am 20.08.2011).

166 M. TANIKAWA, A Japanese Legal Exam That Sets the Bar High, in: The New York Times, 10. Juli 2011, o. S.

167 *Nihon bengoshi rengô-kai* [Japanische Anwaltsvereinigung] (Fn. 164) 1.

168 LEFLAR (Fn. 13) 446.

Interessant ist jedoch, dass sich gegenwärtig in Japan an den Rechtsfakultäten eine deutliche Zunahme an Studenten mit medizinischem Abschluss feststellen lässt, die nach Abschluss ihres Studiums eine Gruppe mit besonders geeigneten Voraussetzungen in diesem Gebiet darstellen wird.¹⁶⁹

2. Haftungsgrundlagen

Da die Vorschriften hinsichtlich der Ausgestaltung der Voraussetzungen der Arzthaftung nicht kodifiziert sind, wird die zivilrechtliche Arzthaftung nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts behandelt.¹⁷⁰ Auch Patientenrechte sind weder zivil- noch strafrechtlich ausdrücklich verankert.¹⁷¹ Es liegt also an der Rechtsprechung, „die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts für die rechtlichen Fragestellungen der Arzthaftung zu konkretisieren“¹⁷², sodass die Arzthaftung in Japan – wie in Deutschland auch – stark richterrechtlich geprägt ist.

Die Haftung kann aus Vertrag und aus Delikt begründet werden. Auch in Japan gilt Anspruchskonkurrenz, sodass sich der Vorwurf zugleich auf verschiedene Anspruchsgrundlagen stützen kann.¹⁷³ Haftungsbegründende Elemente sind der Behandlungsfehler (*iryô kago*), und die Verletzung von Aufklärungspflichten (*setsumei gimu*) oder sonstiger Patientenrechte. Dabei ist zu beachten, dass eine Behandlung mit unerwünschtem oder schädlichem Ergebnis (*iryô jiko*) nicht automatisch ein Behandlungsfehler ist,¹⁷⁴ da es in der Natur der Sache liegt, dass Erfolg – bedingt durch mögliche vielfältige unvorhersehbare Reaktionen des menschlichen Körpers – nicht garantiert werden kann. Andererseits kann, etwa bei der Verletzung von Aufklärungspflichten oder Patientenrechten, der Haftungsfall auch dann eintreten, wenn die medizinische Behandlung objektiv erfolgreich war.¹⁷⁵

169 FELDMAN (Fn. 20) 267.

170 T. HAMASAKI/T. TAKEHARA/A. HAGIHARA, Physicians' communication skills with patients and legal liability in decided medical malpractice litigation cases in Japan, in: BMC Family Practice 9 (2008) o. S.

171 TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) 43.

172 RIES/SCHNIEDER/ALTHAUS et al. (Fn. 84) 186.

173 Großer Senat des japanischen Reichsgerichtshofs v. 23.03.1912, Minroku 18, 315. Arzthaftungsklagen stützen sich in der Tat regelmäßig sowohl auf Vertrag als auch auf Delikt; M. RAMSEYER/M. NAKAZOTO, Japanese Law. An Economic Approach. Chicago (1999) 67 f.

174 Der *iryô kago* ist eine Unterart des *iryô jiko*. *Iryô jiko* ist jedes Misslingen geplanter ärztlicher Tätigkeit und umschließt auch Schäden, die nicht verhindert werden können. *Iryô kago* hingegen meint einen Schaden, der aufgrund des vermeidbaren Fehlers eines Mediziners passiert. Ein *iryô kago* ist also immer ein *iryô jiko*, aber nicht jeder *iryô jiko* ist ein *iryô kago*. Im Deutschen könnte man *iryô jiko* wohl mit „Unfall bei der ärztlichen Behandlung“ übersetzen. Will man sich mit Englisch behelfen, so ist *iryô jiko* mit „medical error“ und *iryô kago* mit „medical malpractice“ zu übersetzen.

175 N. AOKI/K. UDA/S. ÔTA et al., Impact of Miscommunication in Medical Dispute Cases in Japan, in: International Journal for Quality in Health Care 20(5) (2008) 358.

a. *Haftung für Behandlungsfehler aus Vertrag*

Der Vertrag, den der Patient im Rahmen einer medizinischen Behandlung mit dem Arzt abschließt, wird in der Gerichtspraxis allgemein als ein Quasi-Auftrag im Sinne des Art. 656 ZG behandelt,¹⁷⁶ welcher eine Unterform des Auftrags ist. Die Haftung für Behandlungsfehler aus Vertrag ergibt sich demnach aus Art. 415 ZG, wonach der Patient vom Arzt eine Kompensation der Schäden fordern kann, die er wegen des Vertragsbruchs erlitten hat.¹⁷⁷ Der Vertrag zwischen Arzt und Patient ist dabei in den überwiegenden Fällen nicht schriftlich festgehalten, sondern für gewöhnlich durch die Handlungen der Beteiligten impliziert.¹⁷⁸

In jedem Fall schuldet der Arzt dem Patienten aber keine Heilung, sondern ist lediglich verpflichtet, ihm eine sorgfältige Behandlung zukommen zu lassen. Bei einem Behandlungsfehler besteht der Vertragsbruch also in einer Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes, wobei der Patient die Beweislast für diese Pflichtverletzung trägt.¹⁷⁹ Ermittelt wird die nötige Sorgfaltspflicht im Einzelfall über den medizinischen Sorgfaltsmaßstab („Standard of Care“), auf den noch einzugehen sein wird.

b. *Haftung für Behandlungsfehler aus Delikt*

Neben der vertraglichen Haftung kann der Patient bei einem Behandlungsfehler Schadensersatz auch auf deliktischer Basis nach den Vorschriften des Art. 709 ZG wegen unerlaubter Handlung (*fuhô kô'i*) sowie Schmerzensgeld nach Art. 710 ZG¹⁸⁰ verlangen. Im Falle eines Arztes, der in einem Krankenhaus angestellt ist, greift zudem die Haftung für den Verrichtungsgehilfen nach Art. 715 ZG, wobei sich das Krankenhaus allerdings exkulpieren kann. Dazu muss es nachweisen, dass es bei der Auswahl und Überwachung des Arztes die notwendige Sorgfalt hat walten lassen oder dass es zu dem Behandlungsfehler auch bei Beachtung dieser Sorgfalt gekommen wäre. Der Vorschrift des Art. 709 ZG liegt das Verschuldensprinzip (*kashitsu sekinin shugi*) zugrunde, nach dem man für Verhalten einstehen muss, durch das Rechte anderer verletzt werden.¹⁸¹ Dadurch wird der

176 So lange auch die herrschende Meinung. Viele Zivilrechtswissenschaftler beurteilen das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient wegen seiner Besonderheiten (z.B. wegen der „ethischen Momente und der gegenseitig einwirkenden Beziehung zwischen den beiden Parteien“) jedoch mittlerweile als Vertrag *sui generis*; für die Annahme eines „ärztlichen Behandlungsvertrags“ etwa M. URAKAWA, *Arzthaftung in Japan*, in: AHRENS (Hrsg.), *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag* (Köln 1999) 864.

177 HATTORI/SALZBERG/KIANG et al. (Fn. 23) 1009.

178 Ebd.

179 Ebd.

180 Art. 710 ZG: „Wer nach Art. 709 zum Schadensersatz verpflichtet ist, ist dem anderen zum Ersatz des immateriellen Schadens verpflichtet, unabhängig davon, ob es sich um eine Verletzung des Körpers, der Freiheit oder der Ehre des anderen oder um eine Verletzung des Vermögens des anderen handelt.“; dt. Übers. nach A. KAISER, *Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache* (Köln u.a. 2008).

181 URAKAWA (Fn. 176) 865.

Grundsatz der Handlungsfreiheit (*kô'i no jiyû*) eingeschränkt.¹⁸² Im Falle der Arzthaftung bedeutet dies die Einschränkung der grundsätzlichen Therapiefreiheit des Arztes.¹⁸³ Ursprünglich lautete Art. 709 ZG dass „derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig Rechte eines anderen verletzt, diesem zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet“ ist. Laut *Gruber* ist diese Vorschrift bewusst abstrakt formuliert, um bei der Interpretation und Auslegung der Gesetze ein weites Ermessen (*sairyô*) des Richters zu erreichen.¹⁸⁴

Nicht nur im Zusammenhang mit der Arzthaftung ist allerdings fraglich, was ein „Recht“ im Sinne des Art. 709 ZG ist, der in der ursprünglichen Fassung keine klar definierten schutzwürdigen Rechtsgüter enthielt und damit wie auch Art. 1382 des französischen Code civil eine Generalklausel darstellte. Ehemals anerkannten japanische Gerichte als „Rechte“ im Sinne des Art. 709 ZG (alte Fassung) „nur solche Rechte, die gesetzlich normiert waren, wie beispielsweise Forderungen, dingliche Rechte oder Urheberrechte.“¹⁸⁵ Seit einem Urteil des japanischen Reichsgerichtshofs (*Daishin-in*) vom 28.11.1925¹⁸⁶ allerdings gelten nicht nur gesetzlich anerkannte subjektive Rechte als „Rechte“ im Sinne des Art. 709 ZG, sondern auch sonstige Interessen des Geschädigten als rechtlich schutzwürdiges Rechtsgut „wenn solche Interessen rechtswidrig geschädigt wurden.“¹⁸⁷ Es fällt auf, dass im Urteil das Wort „rechtswidrig“ verwendet wird, das im eigentlichen Gesetzestext nicht vorhanden ist.¹⁸⁸ Tatsächlich wird in Japan kein Unterschied zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden gemacht.¹⁸⁹ Seit dem Urteil dreht sich die Diskussion im japanischen Deliktsrecht um die Frage der rechtlichen Schutzwürdigkeit eines Interesses des Geschädigten in Fällen, wo dieses nicht normiert ist.¹⁹⁰ Dazu vertritt die herrschende Meinung die Auffassung, dass die Entscheidung darüber, ob ein geschädigtes Interesse ein rechtlich schutzwürdiges Rechtsgut ist, „von der Ab-

182 Ebd.

183 H. PICHLMAIER/H. KIENZLE, Rechte und Pflichten des Arztes, in: AHRENS/VON BAHR/G. FISCHER et al. (Hrsg.), *Medizin und Haftung. Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag* (Berlin 2009) 415.

184 A. GRUBER, *Die Ergänzungsfunktion des Isharyô (Schmerzensgeldes) im japanischen Zivilrecht* (Hamburg 2000) 53.

185 T. TSUBURAYA, Zwei Lösungen zur Überwindung von Beweisproblemen des Patienten bei Unterlassungsdelikten im Arzthaftungsrecht. Beweiserleichterungen hinsichtlich der Kausalität oder die Anerkennung eines neuen Rechtsguts?, in: Stürner (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag* (Tübingen 2009) 785.

186 RGH v. 28.11.1925, *Minji Hanreishû* 7, 670.

187 TSUBURAYA (Fn. 185) 785.

188 TSUBURAYA (Fn. 185) 785 f.

189 URAKAWA (Fn. 176) 866. In Deutschland hingegen wird in Art. 823 Abs.1 BGB rechtsdogmatisch zwischen Verschulden und Rechtswidrigkeit unterschieden; ARNADE (Fn. 59) 169 bezeichnet dies als „Gewinn für die deutsche Rechtsdogmatik“.

190 TSUBURAYA (Fn. 185) 787. So wird heutzutage beispielsweise das „Recht auf Sonnenlicht“ als rechtlich schutzwürdiges Interesse verstanden.

wägung der Art des geschädigten Interesse mit der Art des Schädigungsverhaltens abhängt (sog. „Verhältnistheorie“).¹⁹¹

Seit 2004 gibt es, aus Gründen der sprachlichen Modernisierung und Anpassung an Rechtsprechung und herrschende Meinung, eine neue Fassung des Art. 709 ZG (n.F). Er lautet nun: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein Recht, oder ein rechtlich schutzwürdiges Rechtsgut eines anderen verletzt, ist zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.“¹⁹²

Zentrale Elemente einer Arzthaftungsklage gem. Art. 709 ZG sind: (1) eine mit Vorsatz (*kôï*) oder durch Fahrlässigkeit (*kashitsu*) verursachte Pflichtverletzung durch Unterschreitung der gebotenen Sorgfalt (*chûi gimû no teido*), (2) die Rechtsgutsverletzung des Patienten, (3) das Vorliegen eines Schadens (*songai*; d.h. ein objektiver Schaden oder eine Rechtsgutsverletzung) beim Patienten und (4) ein Kausalzusammenhang (*inga kankei*) zwischen den beiden letztgenannten Elementen.¹⁹³ Auch hier liegt die Beweislast grundsätzlich beim Patienten.¹⁹⁴

Weiterhin ist festzuhalten, dass Kläger in Japan üblicherweise nicht verschiedene einzelne Schadensposten wie Vermögensschäden oder immaterielle Schäden geltend machen, „sondern nur ein Schmerzensgeld verlangen, wobei der Betrag eines möglicherweise erlittenen Vermögensschadens wie z.B. entgangener Gewinn in der Schmerzensgeldsumme mit inbegriffen ist. In der japanischen Rechtsprechung ist die Zulässigkeit eines solchen Pauschalverlangens anerkannt.“¹⁹⁵

c. *Rechtliche Grundlagen der Haftung aus Aufklärungsfehler*

Die zweite Haftungsgrundlage ist die Haftung wegen eines Aufklärungsfehlers bzw. einer Aufklärungspflichtverletzung des Arztes,¹⁹⁶ wobei wiederum nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts die Beweislast dem Patienten auferlegt ist. Ein ärztlicher Eingriff bedarf der Einwilligung des Patienten; deren rechtliche Basis ist die ärztliche Aufklärung.¹⁹⁷ Für diese Einwilligung benötigt der Patient genug Wissen über die Diagnose, Art und Risiken der geplanten Behandlung sowie Informationen über mögliche alternative Behandlungsmöglichkeiten.¹⁹⁸ Dieses Prinzip der informierten und rechtswirksamen Zustimmung des Patienten zur Behandlung wird in Anlehnung an den inter-

191 TSUBURAYA (Fn. 185) 786.

192 TSUBURAYA (Fn. 185) 787.

193 Ebd.

194 URAKAWA (Fn. 176) 865.

195 TSUBURAYA (Fn. 185) 784.

196 MATSUMOTO (Fn. 139) 59.

197 S. OKAMOTO / K. KAWAHARA / M. ALGREN, Transformative possibilities of communication in medical error cases in Japan, in: International Journal for Quality in Health Care 23 (2011) 26.

198 T. NAKAMURA, *Ishi no setsumei to kansha no handan dôï ni tsuite* [Über die Erklärung des Arztes und die Entscheidung und Zustimmung des Patienten, in: Hanrei Taimuzu 773 (1992) 6.

nationalen Sprachgebrauch „informed consent“ genannt. Umfang, Zeitpunkt etc. der Aufklärungspflicht sind nicht festgelegt und werden in Prozessen kasuistisch beurteilt; hierauf wird im weiteren Verlauf noch näher einzugehen sein.

Eine Pflicht des Arztes zur Aufklärung kann sich erstens aus Art. 23 Ärztegesetz ableiten, nach dem ein Arzt dem Patienten die notwendige Behandlung verschreiben muss und ihm oder seinem gesetzlichen Vertreter alle anderen Anweisungen geben muss, die er braucht, um seine Gesundheit zu fördern.¹⁹⁹

Vertraglich leitet sich die Aufklärungspflicht aus Art. 654 ZG ab, der bestimmt, dass auf Verlangen des Auftraggebers (also in diesem Fall des Patient) der Beauftragte (der Arzt) zu jeder Zeit über den Zustand der ihm anvertrauten Aufgabe berichten muss. Daraus kann man herauslesen, dass der Arzt auf Verlangen des Patienten zu jeder Zeit Auskunft über den Erfolgzustand der Behandlung geben muss; weshalb die hinreichende Aufklärung eine vertragliche Pflicht des Arztes ist.²⁰⁰

Deliktsrechtlich ist die ärztliche Behandlung ohne Aufklärung und Einwilligung selbst bei objektivem Erfolg der Behandlung eine Rechtsgutverletzung im Sinne des Art. 709 ZG mit allen daraus sich ergebenden Konsequenzen.²⁰¹

3. Der Sorgfaltsmaßstab („Standard of Care“)

Weil die Verjährungsfrist für die vertragliche Arzthaftung gem. Art. 167 ZG zehn Jahre, für die deliktische Arzthaftung gem. Art. 724 ZG lediglich drei Jahre beträgt – von dem Zeitpunkt an, zu dem der Geschädigte oder dessen gesetzlicher Vertreter Kenntnis erlangen bezüglich Schaden und Schädiger – scheint für den Patienten die vertragliche Arzthaftung vorteilhafter als die deliktische.²⁰²

Der Unterschied bei den Verjährungsfristen macht sich allerdings in der Praxis kaum bemerkbar, da das Tatbestandsmerkmal der Fahrlässigkeit im Deliktsrecht und das Tatbestandsmerkmal der Verletzung vertraglicher Sorgfaltspflichten inzwischen weitgehend deckungsgleich gehandhabt haben.²⁰³ So läuft es im Arzthaftungsprozess in beiden Fällen auf die Frage hinaus, ob der Beklagte gewisse Sorgfaltspflichten verletzt hat.²⁰⁴ Auch die Beweislast (*shōmei sekinin*) trägt sowohl im Vertragsrecht als auch im Deliktsrecht gemeinhin der Kläger.²⁰⁵

199 HATTORI/SALZBERG/KIANG et al. (Fn. 23) 1009.

200 I. MORIKAWA, Patients' Rights in Japan: Progress and Resistance, in: Kennedy Institute of Ethics Journal 4(4) (1994) 341.

201 URAKAWA (Fn. 176) 870.

202 D. SCHÜSSLER-LANGEHEINE, Beweiserleichterungen im japanischen Schadenersatzprozess. Antworten auf Herausforderungen des zivilen Haftungsrechts der Gegenwart (Göttingen 2004) 138.

203 Ebd.

204 RAMSEYER/NAKAZOTO (Fn. 173) 67 f.

205 FELDMAN (Fn. 20) 263.

Wie bereits erwähnt kann bei der Behandlung ein Erfolg nicht garantiert werden. Der Arzt ist deshalb nur zu einem gewissen – nicht endgültig definierten – Maß an Sorgfalt verpflichtet, das nicht unterschritten werden darf. Dieses Maß an Sorgfalt muss laut einem Urteil des OGH allerdings „den höchstmöglichen Grad (...) [erreichen], der empirisch möglich ist.“²⁰⁶ Das Kriterium für die Bewertung der höchstmöglichen ärztlichen Sorgfaltspflicht ist dabei der medizinische Sorgfaltsmaßstab zum Behandlungszeitpunkt.²⁰⁷ Dieser sogenannte „Standard of Care“²⁰⁸ ist in japanischen Arzthaftungsstreitigkeiten sowohl bei der vertraglichen als auch bei der deliktischen Haftung das wichtigste Kriterium bei der Bewertung eines Fehlers in Arzthaftungsfragen.²⁰⁹ Das Wort „Sorgfaltsmaßstab“ (das auch Aufklärungsstandards umfasst) wird gemeinhin als das Maß an Fähigkeit und Sorgfalt definiert, „das man von einem durchschnittlichen Arzt unter ähnlichen Bedingungen erwarten kann.“²¹⁰ Es liegt also kein Behandlungsfehler vor, wenn der Arzt die Sorgfalt hat walten lassen, die bei zum Zeitpunkt der Behandlung als Standard galt.²¹¹ Dadurch verletzt der Arzt im Umkehrschluss seine Sorgfaltspflicht also nicht, wenn er eine Behandlungsmethode nicht durchführt, solange sie noch nicht Standard ist oder sich gar noch im Versuchsstadium befindet.²¹²

Der medizinische Standard kann als Bewertungsmaßstab der Mindestanforderungen an die medizinische Qualität gesehen werden. Die Frage ist allerdings, wer den Standard setzt bzw. wie er zu ermitteln ist. Er wird jedenfalls nicht willkürlich gesetzt, sondern ist nach Kriterien der Wissenschaft, d.h. nach objektiven Kriterien²¹³ zu bestimmen, zudem muss er bei Arzthaftungsstreitigkeiten individuell und jeweils für den bestimmten strittigen Fall ermittelt werden.

Eine Orientierungshilfe dabei können medizinische Leitlinien sein. Diese sind zwar keine Rechtsnormen, können allerdings bei der Bewertung des Standards zum jeweiligen Zeitpunkt dienen. In Japan beispielsweise gibt es mittlerweile mehr als 30 Richtlinien für den Umgang mit verschiedenen Krankheiten²¹⁴ – dennoch bleibt im Arzthaftungsprozess die Hinzuziehung eines Experten unerlässlich.²¹⁵

206 OGH v. 30.9.1976, Hanji 14 , 827.

207 GRUBER (Fn. 184) 57.

208 J. ELY/A. HARTZ/P. JAMES et al., Determining the standard of care in medical malpractice: The physician's perspective, in: Wake Forest Law Review 37 (2002) 861.

209 TEJIMA (Fn. 28) 728.

210 ELY/HARTZ/JAMES et al. (Fn. 208) 862.

211 T. NAKAMURA, *Ishi no handan (sairyō) to kansha no jiko kettei kenri ni tsuite* [Über die Entscheidung des Arztes und das Recht des Arztes auf Selbstbestimmung], in: Hanrei Taimuzu 1018 (2000) 85.

212 URAKAWA (Fn. 176) 867.

213 TSUBURAYA (Fn. 185) 773.

214 HASEGAWA (Fn. 4) 19.

215 WATANABE (Fn. 9) o. S.

4. Beweisprobleme und Lösungsansätze

Im Arzthaftungsprozess trägt für gewöhnlich der Patient die Beweislast sowohl bezüglich des Vorliegens eines Behandlungsfehlers bzw. einer Sorgfaltspflichtverletzung und eines Schadens als auch bezüglich der Kausalität. Diese Beweiserbringung kann in einem Arzthaftungsprozess sehr schwierig sein. Für den Patienten, der als „typischer Verbraucher eine unterlegene Stellung einnimmt“²¹⁶, ist es nämlich sehr schwierig, den Nachweis für Probleme hochtechnischer medizinischer Art zu erbringen.²¹⁷ Deshalb ist es gemeinhin der Sachverständigenbeweis, der trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit jedes denkbaren Beweismittels eine überragende Rolle spielt.²¹⁸

Der Sachverständigenbeweis ist allerdings nicht nur in Japan aus mehreren Gründen problematisch:²¹⁹ Zum einen existiert das Problem, für die Feststellung der Fahrlässigkeit bzw. der Sorgfaltspflichtverletzung den medizinischen Standard zu der Zeit festzustellen, zu dem die Behandlung stattfand. Der Richter, der – außer augenscheinlichen Fällen grober Fahrlässigkeit wie beispielsweise Patienten- oder Medikamentenverwechslung – üblicherweise nicht beurteilen kann, was der Sorgfaltsmaßstab ist, ist er auf eine sachverständige Meinung angewiesen.²²⁰ Die Sachverständigen wiederum beurteilen aufgrund ihres eigenen Wissens und ihrer eigenen Erfahrung. Tatsache ist nun aber, dass Ärzte gemeinhin nicht wissen, wie ihre Kollegen praktizieren,²²¹ sodass mitunter die Gefahr besteht, dass der Sachverständige und mit ihm in der Folge womöglich der Richter sich von eigenen oder durch Fachbücher idealisierte Maßstäbe beeinflussen lassen. Der Sachverständige hat also zu beachten, dass sich „der medizinische Standard nicht unbesehen an optimalen Möglichkeiten (u.U. „seiner“ Universitäts- oder Spezialklinik) orientieren darf, sondern an den für den konkreten Patienten erreichbaren Gegebenheiten, sofern auch mit ihnen ein vielleicht nicht optimaler, aber noch ausreichender Standard erreicht werden kann.“²²² Dies alles zeigt, dass es im Prozess nicht nur sehr schwierig ist, den jeweiligen Standard zu ermitteln, sondern dass dieser auch im Einzelfall entschieden werden muss und nicht zwangsläufig verallgemeinert werden kann. Dies indiziert für die Fragestellung, dass die gerichtliche Kontrolle ärztlichen

216 A. DIURNI, Die Arzthaftung von gestern und das Medizinrecht von heute in rechtsvergleichender Perspektive, in: Ahrens/von Bahr/Fischer et al. (Hrsg.), *Medizin und Haftung. Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag* (Berlin 2009) 101.

217 WATANABE (Fn. 9) o. S.

218 G. MÜLLER, Arzthaftung und Sachverständigenbeweis, in: *Medizinrecht* 19 (10) (2001) 491.

219 G. PETERS, Empirical Evidence and Malpractice Litigation, in: Hall/Green (Hrsg.), *Wake Forest Law Review* 37 (2002) 757.

220 W. MEADOW, Operationalizing the Standard of Medical Care: Uses and Limitations of Epidemiology to Guide Expert Testimony in Medical Negligence Allegations, in: Hall/Green (Hrsg.), *Wake Forest Law Review* 37 (2002) 675.

221 T. CRAMM / A. HARTZ / M. GREEN, Ascertaining Customary Care in Malpractice Cases: Asking Those Who Know, in: Hall/Green (Hrsg.), *Wake Forest Law Review* 37 (2002) 699 f.

222 MÜLLER (Fn. 218) 491.

Handelns wohl nur bedingt zur Sicherung der medizinischen Qualität durch das Setzen von Standards beitragen kann.

Die Kooperation von Experten ist jedoch nicht nur aus dem Grund unabdingbar, um einem geschädigten Patienten bei Fragen, die hohes Fachwissen erfordern, zu seinem Recht zu verhelfen, sondern auch um Ärzte und Krankenhäuser vor Schaden durch unbegründete Klagen zu schützen.²²³

Japans Sachverständigensystem beruht auf den Vorschriften des Art. 212 ZPG.²²⁴ Die Hauptfunktion der Sachverständigen ist, das aus drei Richtern bestehende Richter-gremium zu unterstützen. Bis vor kurzem war es noch notwendig, dass Parteien, die ein Gutachten wünschten, die Ernennung eines Sachverständigen bei Gericht beantragten,²²⁵ woraufhin das Gericht im Falle einer Stattgabe einen Sachverständigen zu ernennen suchte.²²⁶ Einen Sachverständigen für einen Arzthaftungsprozess zu finden war bislang allerdings eine schwierige und langwierige Angelegenheit in Japan, da sich viele der dafür in Frage kommenden Experten – vornehmlich wegen des bereits erwähnten starken Zusammenhalts der Ärzteschaft²²⁷ – schlichtweg weigerten, diese Funktion zu übernehmen.²²⁸

Da diese Situation jedoch erheblich zur Verzögerung der Arzthaftungsprozesse beitrug²²⁹, sind auch in diesem Bereich gegenwärtig Reformbestrebungen im Gange, bei denen sich zwei Lösungen abzeichnen.

Zum einen ist dies eine Art „Konferenzmethode“ (*tôron hôshiki ni yoru kantei*), bei der die Sachverständigen das Gutachten per Videoübertragung abgeben. Hintergrund ist zum einen die Hoffnung, dass dadurch das Gutachten für die Experten einfacher und bequemer wird, wodurch etwaige Hemmschwellen abgebaut werden sollen.²³⁰ Zum anderen soll diese Methode den Prozess beschleunigen und die Objektivität der Gutachter dadurch fördern, dass die Sachverständigen bei diesem Modell nur zwei Monate Zeit für das Gutachten haben und die Konferenz selbst auf einen einzigen Tag begrenzt ist.²³¹ Dies soll der Tendenz entgegenwirken, dass ein einzelner Sachverständiger dazu neigt, die Handlungen seiner Fachgenossen, also anderer Ärzte, in Schutz zu nehmen.²³²

Der zweite Reformansatz ist der der Expertenkommission, in der eine Gruppe von Sachverständigen als ständige Berater (*senmon i'in*) der Gerichte zur Unterstützung der

223 N. SAKAMOTO/S. MAEDA/N. IKEDA et al., The Use of Experts in Medical Malpractice Litigation in Japan, in: *Medicine, Science & Law* 42(3) (2002) 200.

224 FELDMAN (Fn. 20) 270.

225 SAKAMOTO/MAEDA/IKEDA et al. (Fn. 223) 204.

226 SAKAMOTO/MAEDA/IKEDA et al. (Fn. 223) 202.

227 FELDMAN (Fn. 20) 271. TEJIMA (Fn. 28) 729 spricht gar von einer „Verschwörung des Schweigens“ („*conspiracy of silence*“).

228 SAKAMOTO/MAEDA/IKEDA et al. (Fn. 223) 200.

229 TEJIMA (Fn. 28) 729.

230 FELDMAN (Fn. 20) 272.

231 Ebd.

232 Ebd.

Richter berufen wird, wobei sie lediglich als Berater der Richter fungieren und ihre Kenntnisse nicht als Beweise vor Gericht dienen.²³³

Ein weiteres Beweisproblem ergibt sich aus der Tatsache, dass viele Patienten keinen Zugang zu relevanten, ihre Behandlung betreffenden Dokumenten haben.²³⁴ Bis zum Erlass des Gesetzes zum Schutz persönlicher Daten,²³⁵ das 2005 in Kraft trat, war weder durch Gesetz noch durch Gerichtsentscheidung ein Patientenrecht auf Zugang zu ihren Patientenakten anerkannt. Vielmehr entschied das Obergericht Tokyo, dass Verträge zwischen Arzt und Patient nicht dahingehend interpretiert werden können, dass ihnen unbeschränkter Zugang zu ihren medizinischen Dokumenten gewährt werden könne; diese seien nämlich Eigentum der Ärzte und Krankenhäuser.²³⁶ Im neuen Gesetz wird zwar ebenfalls nicht direkt auf Behandlungsunterlagen Bezug genommen. 2004 veröffentlichte das japanische Gesundheitsministerium jedoch zusätzlich Richtlinien, die festlegten, unter welchen Umständen Patienten öffentlicher Krankenhäusern Einsicht in ihre Behandlungsunterlagen nehmen können.²³⁷ Diese Richtlinien sind jedoch in gewissem Maße auslegungsfähig und bieten deshalb einige Schlupflöcher.²³⁸ Da sie zudem nur für öffentliche Krankenhäuser gelten, bleibt vielen Patienten weiterhin der Zugang zu ihren Akten verwehrt.²³⁹

Weiterhin gibt es meist besondere Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Kausalität. Selbst wenn der Patient sowohl einen Gesundheitsschaden als auch einen Behandlungsfehler beweisen kann, so genügt dies nicht für eine Haftung des Arztes. Vielmehr muss noch eine dritte Voraussetzung erfüllt sein, nämlich der Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Schaden des Patienten.²⁴⁰ Die entscheidende Frage dabei ist immer die, ob der Fehler des Arztes für den Zustand des Patienten verantwortlich ist oder ob „der Zustand des Patienten auf eine Grunderkrankung oder eine schicksalhafte Reaktion seines Körpers zurückzuführen“ ist.²⁴¹

Eine solche kausale Beweisführung ist in der Regel jedoch noch schwieriger als der Nachweis des Behandlungsfehlers. So darf z.B. bei einem Patienten, dessen Krebserkrankung der behandelnde Arzt aus Fahrlässigkeit trotz regelmäßiger ärztlicher Untersuchungen nicht erkannt und deshalb auch nicht behandelt hat und der daraufhin sechs

233 Ebd.

234 TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) 40 f.

235 *Kojin jôhô hogo ni kansuru hōritsu* [Gesetz zum Schutz persönlicher Daten], Gesetz Nr. 57/2003.

236 TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) 40 f.

237 MHLW: *Iryô kaigo kankei jigyô-sha ni okeru kojîn jôhô no tekisetsuna toriatsukai no tame no gaidorain* [Richtlinien für den Umgang mit persönlichen Informationen durch Angestellte von Einrichtungen für Pflege und ärztliche Behandlung], online unter http://www.ajha.or.jp/about_us/nintei/pdf/101014_1.pdf (letzter Zugriff am 11.09.2011).

238 TATARA/OKAMOTO (Fn. 47) 42.

239 Ebd.

240 RIES/SCHNIEDER/ALTHAUS et al. (Fn. 84) 191.

241 RIES/SCHNIEDER/ALTHAUS et al. (Fn. 84) 185.

Monate später stirbt, trotz des offensichtlichen Schadens und des Behandlungsfehlers durch Unterlassen nicht einfach angenommen werden, dass dieses Unterlassen für den Schaden des Patienten kausal war.²⁴²

In den letzten Jahren hat sich in der Rechtsprechung die Anerkennung verschiedener Beweiserleichterungen für den Patienten wie beispielsweise der Anscheinsbeweis oder der Indizienbeweis²⁴³ entwickelt, die dem Patienten helfen können, seine Beweisschwierigkeiten zu überwinden.²⁴⁴ Um die Beweislast des Geschädigten beispielsweise im Umweltrecht zu erleichtern, gibt es die sogenannte „Wahrscheinlichkeitstheorie“, nach der es für die Feststellung der Kausalität zwischen einem Tun und einem Unterlassen bei der Behandlung und dem eingetretenen Schaden ausreichend ist, wenn die Kausalität vom Kläger „mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit“ bewiesen werden kann.²⁴⁵ Für den Beweis der Kausalität fordern japanische Gerichte gemeinhin, dass diese Kausalität „über jeden vernünftigen Zweifel“²⁴⁶ erhaben ist.

Besonders bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 24.10.1975²⁴⁷ im sogenannten „Lumbal-Fall“²⁴⁸ als Ausgangspunkt für die Entwicklungen bei Beweisproblemen hinsichtlich der Kausalität in Arzthaftungsprozessen.²⁴⁹ Streitpunkt im Lumbal-Fall war, ob zwischen der Behandlung des Arztes, dem ein Behandlungsfehler durch Unterlassen nachgewiesen worden war, und dem Schaden des Patienten in Form einer schwerwiegenden und lebensbeeinträchtigenden Behinderung ein Kausalzusammenhang bestand.²⁵⁰ Das Gericht entschied diesbezüglich, dass der „prozessuale Beweis des Kausalzusammenhangs (...) keinen naturwissenschaftlichen Beweis der Kausalität zwischen Ursache und Wirkung [fordert], der keinerlei Zweifel übrig lässt, sondern nur den Beweis einer hohen Wahrscheinlichkeit, dass die bestimmte Tatsache unter Würdigung der gesamten Beweisergebnisse aufgrund von Erfahrungssätzen als Ursache eines bestimmten Ereignisses aufgefasst werden kann.“²⁵¹ Für das Vorliegen dieser hohen Wahrscheinlichkeit ist es dabei „lediglich notwendig, aber auch ausreichend, wenn eine vernünftige Person keinen Zweifel an der Wahrheit der Wahrscheinlichkeit haben würde.“²⁵²

242 TSUBURAYA (Fn. 185) 773.

243 HATTORI/SALZBERG/KIANG et al. (Fn. 23) 1010.

244 TSUBURAYA (Fn. 185) 789.

245 TSUBURAYA (Fn. 185) 787.

246 K. CLERMONT, Standards of Proof in Japan and the United States, in: Cornell International Law Journal 37 (2004) 263.

247 OGH v. 24.10.1975, Minji Hanreishû 29, 9.

248 Japanisch *rumbaru*; WATANABE (Fn. 9) o. S.

249 Bei der Lumbalbehandlung wird Flüssigkeit aus dem Wirbel des Patienten an anderen Stellen eingespritzt, um Knochenmarkentzündungen zu behandeln; TSUBURAYA (Fn. 185) 787. Zu den Einzelheiten des Falls siehe dort oder WATANABE (Fn. 9) o. S.

250 TSUBURAYA (Fn. 185) 788.

251 Ebd.

252 TSUBURAYA (Fn. 185) 789.

5. *Informed Consent in Japan und sonstige Patientenrechte*

Im folgenden Kapitel wird anhand entsprechender wichtiger Fälle auf die Problematik des *informed consent* in Japan und sonstige Patientenrechte, die von der japanischen Arzthaftungsrechtsprechung geprägt wurden, einzugehen sein.

Die rechtlichen Grundlagen der Haftung aus Aufklärungspflichtverletzung wurden bereits dargestellt. Auch wegen Aufklärungsfehlern gab es bis vor wenigen Jahren nur sehr wenige Klagen;²⁵³ in den letzten Jahren lässt sich jedoch auch in diesem Bereich ein erheblicher Anstieg beobachten. Die Klagen umfassen vermehrt auch Behandlungen, die vom medizinischen Standpunkt erfolgreich waren.²⁵⁴

Wie beim Behandlungsfehler auch richtet sich das Maß der Aufklärungspflicht nach dem für den jeweiligen Einzelfall zu bestimmende Standard, d.h. es ist das Maß an Aufklärung nötig, das zum Zeitpunkt der Behandlung Standard war.²⁵⁵ Nach einer Entscheidung des Obergerichts Takamatsu muss die Aufklärung für Laien verständlich sein.²⁵⁶

Der Grundgedanke des *informed consent* ist, dass der Patient erst auf der Grundlage einer ausreichenden Aufklärung (*setsumei*) des Arztes rechtswirksam seine Zustimmung (*dôï*) zur Behandlung erteilen kann. Verfassungsrechtliche Grundlage ist das in Art. 13 Satz 2 JV garantierte individuelle und konkrete Selbstbestimmungsrecht des Patienten.²⁵⁷ Der Grundsatz des unbedingten Rechts auf Selbstbestimmung kann sogar so weit gehen, dass dadurch auch medizinisch indiziertes Handeln zum objektiven Nutzen des Patienten verhindert wird. Aufgezeigt werden soll diese Problematik am Beispiel des Urteils des OGH vom 29.2.2000.²⁵⁸ In diesem Fall war einer Zeugin Jehovas – trotz ihrer vorher ausdrücklichen Erklärung, unter keinen Umständen eine Bluttransfusion erhalten zu wollen – bei einer Operation eine Transfusion verabreicht worden. Obwohl die Maßnahme erfolgreich war und ihr Leben nicht nur rettete, sondern – entgegen aller Prognosen – sogar erheblich verlängerte, klagte sie gegen den Arzt wegen Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte.²⁵⁹ Der Oberste Gerichtshof gab ihr mit der Begründung recht, dass ein Arzt verständlicherweise zwar jede verfügbare Behandlung zur Rettung

253 AOKI/UDA/ÔTA et al. (Fn. 175) 359.

254 HAMASAKI/TAKEHARA/HAGIHARA (Fn. 170) o. S.

255 OG Takamatsu v. 27.2.1996, in: Hanrei Jihô (1997) 1591; hierzu auch HAMASAKI/TAKEHARA/HAGIHARA (Fn. 170) o. S.

256 OKAMOTO/KAWAHARA/ALGREN (Fn. 197) 27.

257 Art. 13 Satz 2 JV besagt: „Sein [das jeden Staatsbürgers, siehe Art. 2 Satz 1 Verf.; Anm. der Autorin] Recht auf Leben, Freiheit und Streben nach Glück soll, soweit es das allgemeine Wohl nicht gefährdet, oberster Gesichtspunkt in der Gesetzgebung und in allen übrigen Staatsangelegenheiten sein.“ Konkretes Recht bedeutet, dass dieses Recht vor Gericht einklagbar ist; STEINECK (Fn. 44) 8.

258 OGH v. 29.02.2000. *Kôno vs. Japan*, Hanrei Jihô 34, 1629. Für eine englische Übersetzung des Urteils siehe C. MILHAUPT / M. RAMSEYER / M. WEST (Hrsg.), *The Japanese Legal System – Cases, Codes and Commentary* (New York 2006) 356 ff.

259 TEJIMA (Fn. 12) 49 f.

des Patienten versucht, nichtsdestotrotz in Fällen, in denen bekannt ist, dass ein Patient eine Bluttransfusion unter allen Umständen verweigert, dieser Wunsch als persönliches Recht des Patienten respektiert werden muss. Um eine Haftung zu vermeiden, hätte der Arzt die Pflicht gehabt, der Patientin im Vorfeld zu erklären, dass er im Falle von lebensgefährlichen Komplikationen bei der Operation trotz ihres gegensätzlichen Wunsches eine Transfusion vorzunehmen beabsichtige. Dadurch hätte die Patientin die Möglichkeit bekommen, sich gegen die Operation zu entscheiden.²⁶⁰ Somit führt also gerade *nicht* die Vornahme der Transfusion an sich zur Haftung, sondern die Tatsache, dass die Patientin aufgrund der Nichtaufklärung der Entscheidungsmöglichkeit beraubt wurde. Dies stellte eine Verletzung der persönlichen Rechte der Patientin dar und das Krankenhaus, in dem der Arzt angestellt war, hatte der Patientin für die daraus resultierenden Schäden Schmerzensgeld zu zahlen, obwohl die Behandlung selbst ein voller Erfolg war und die Patientin noch fünf Jahre lang lebte.²⁶¹

In Japan wird die Aufklärungspflicht noch nicht lange betont.²⁶² Bei der Diskussion über die „informierte Zustimmung“ bei ärztlichen Heileingriffen in Japan wird bis heute das Argument bemüht, dass die Idee des *informed consent* ein „westliches Konzept (...) [sei], dessen Anwendung in Japan unmöglich oder unpassend, mindestens aber schwierig sei und massive Anpassungen erfordere (...),“²⁶³ da im japanische Recht und Rechtsempfinden keine Grundlage für dieses Konzept bestehe.²⁶⁴ Indes sind „alle Annahmen über spezifisch japanische kulturelle Barrieren gegen den *informed consent* (...) widerlegt.“²⁶⁵ In der Tat ist der Einfluss des Kommunikationsfaktors aber noch relativ neu in der ärztlichen und gerichtlichen Praxis in Japan. Der erste Fall, in dem der Oberste Gerichtshof im Ansatz der Auffassung folgt, dass ein Arzt verpflichtet sei, dem Patienten oder seinem gesetzlichen Vertreter Informationen über die geplante Behandlung zukommen zu lassen, ist der eines zehnjährigen Jungen in Ozu, der im Jahr 1981 bei einer Operation in Folge eines Unfalls verstarb.²⁶⁶ Der Oberste Gerichtshof wies die Klage der Eltern, dass der Arzt es versäumt habe, sie über die Risiken der Notoperation aufzuklären, mit der Begründung ab, dass der Arzt zwar generell die Pflicht habe, den Patienten oder seine gesetzlichen Vertreter über die geplante Behandlung und die damit verbundenen Risiken zu informieren.²⁶⁷ Im vorliegenden Fall habe der Arzt jedoch ledig-

260 TEJIMA (Fn. 12) 50.

261 Ebd.

262 MATSUMOTO (Fn. 139) 72.

263 STEINECK (Fn. 44) 5.

264 Ebd.

265 STEINECK (Fn. 44) 8.

266 Zehn Jahre zuvor (1971) hatte das Distriktgericht Tôkyô zum ersten Mal die Pflicht des Arztes, dem Patienten Information zu verschaffen, diskutiert. Da dieser Fall jedoch nicht in einer Urteilssammlung veröffentlicht ist, lässt sich daraus wohl schließen, dass das Konzept der Aufklärung des Patienten durch den Arzt — erst recht das des *informed consent* — zu dieser Zeit noch nicht für wichtig erachtet wurde; TEJIMA (Fn. 12) 47.

267 OGH v. 19.6.1981, Minji Hanreishû 54, 1011.

lich die Pflicht gehabt, die Eltern über die Risiken der Operation einer Schädelfraktur zu informieren, wobei die abgegebenen rudimentären Informationen aber ausreichend gewesen sei, diese Pflicht zu erfüllen.²⁶⁸ Bei Unsicherheiten hat der Arzt nämlich nicht die Pflicht, die gesetzlichen Vertreter des Patienten über dessen gegenwärtigen Zustand und erwartete Besserungsmöglichkeiten zu informieren. Auch sei der Arzt nicht verpflichtet, den Eltern seine Ansicht über den Zustand des Patienten mitzuteilen.²⁶⁹

Ein Sonderfall bei der Aufklärung ist in Japan die Frage, wie es sich bei der Aufklärung bei schweren und potentiell tödlich verlaufenden Krankheiten wie z.B. Krebs verhält.²⁷⁰ Berühmtestes Beispiel der in Japan lange Zeit weit verbreiteten Praxis, insbesondere Krebspatienten die wahre Diagnose zu verschweigen, ist der Shôwa Tennô, der 1989 an Krebs starb, jedoch bis zum Ende stets in dem Glauben belassen wurde, er habe Gastroenteritis.²⁷¹

Auf ärztlicher Seite empfahlen die Ethikgrundsätze der JMA von 1951 die „paternalistische Fürsorge, sanfte Erläuterung der Diagnose und äußerste Umsicht in der Mitteilung von Prognosen“²⁷² beinhaltete.

Insbesondere war es in Japan üblich, bei einer lebensbedrohlichen Krankheit die Zustimmung der Familienmitglieder einzuholen und auf dieser Grundlage den Patienten völlig im Dunkeln über seinen eigenen Zustand zu lassen.²⁷³

Der Anstoß zur Diskussion über eine Verpflichtung des Arztes zur Information und Berücksichtigung der Wünsche des Patienten bei der Behandlung kam von juristischer Seite.²⁷⁴ Noch im Jahr 1989 entschied das Distriktgericht Nagoya, dass der beklagte Arzt nicht die Pflicht gehabt habe, seine an Gallenkrebs erkrankte Patientin über die Art ihrer Krankheit aufzuklären. Besagte Patientin starb, weil sie sich infolge der Fehlinformation ihres Arztes, der die Krankheit zwar diagnostiziert hatte, ihr gegenüber aber Gallensteine als Befund nannte, nicht in Behandlung begeben hatte.²⁷⁵ Die Angehörigen der Verstorbenen – Ehemann und Kinder – beklagten das Rotkreuzkrankenhaus aus Nichterfüllung des Vertrags, da der Arzt weder der Patientin noch den Familienangehörigen die wahre Diagnose erklärt hatte.²⁷⁶ Nach Scheitern der Klage wandten sich die Angehörigen an den Obersten Gerichtshof. Dies war der erste Fall in dem der Oberste

268 TEJIMA (Fn. 12) 47.

269 Ebd.

270 A. AKABAYASHI/M. FETTERS/T. ELWYN, Family Consent, Communication, and Advance Directives for Cancer Disclosure: A Japanese Case and Discussion, in: Journal of Medical Ethics 25(4) (1999) 296.

271 P. HADFIELD, Tokyo Perspective – Informed Consent, in: The Lancet 341 (1993) 1141.

272 STEINECK (Fn. 44) 13.

273 G. ANNAST/F. MILLER, The Empire of Death: How Culture and Economics Affect Informed Consent in the U.S., the U.K., and Japan, in: American Journal of Law and Medicine 357 (1994) 375.

274 STEINECK (Fn. 44) 13.

275 DG Nagoya v. 29.5.1989 (*Makino vs. Rotkreuzkrankenhaus*); zitiert nach HADFIELD (Fn. 271) 1141.

276 TEJIMA (Fn. 12) 48.

Gerichtshof zu entscheiden hatte, ob Ärzte verpflichtet sein sollten, ihren Patienten eine Krebsdiagnose mitzuteilen.²⁷⁷ Allerdings wurde die Klage auch vom Obersten Gerichtshof am 25.4.1995 mit folgender Begründung abgewiesen: Da es sich um eine Erstuntersuchung handelte, habe der Arzt den Charakter der Patientin nicht gekannt. Deshalb sei es aufgrund ihrer unabsehbaren Reaktion vernünftig gewesen, ihr eine ausweichende Diagnose zu nennen, da die Wahrheit die Patientin in große Angst hätte versetzen und einen negativen Einfluss auf die Behandlung hätte haben können. Deshalb sei es von Seiten des Arztes vernünftig und nachvollziehbar gewesen, der Patientin zunächst einmal zu weiteren Untersuchungen zu raten und sie besser einschätzen zu lernen, bevor er ihr die wahre Diagnose mitteilte.²⁷⁸ Die Nichtaufklärung stellte somit gerade keinen Vertragsbruch dar, da es zum Zeitpunkt der Krankheit akzeptierter Standard gewesen sei, dem Patienten die Diagnose zu verschweigen und abweichende Erklärungen für die Symptome zu geben.²⁷⁹ Auch heute noch sehen die Richtlinien der JMA vor, dass in Ausnahmefällen eine vollständige Information bezüglich der Diagnose unterlassen kann, wenn damit zu rechnen ist, dass die Diagnose den Patienten emotional überlastet. Eine solche Entscheidung soll der Arzt jedoch nicht alleine treffen, sondern zum einen andere Meinungen hinzuziehen und „in jedem Falle den Angehörigen die volle Auskunft geben.“²⁸⁰

In einem weiteren Fall einer an Krebs verstorbenen Patientin hatte der Arzt es ebenfalls versäumt, sowohl der Patientin selbst als auch ihrer Familie die Diagnose mitzuteilen, woraufhin die Angehörigen den Arzt haftungsrechtlich wegen seelischer Belastung belangten.²⁸¹ Sie begründeten dies damit, dass sie, wenn sie von der Diagnose gewusst hätten, die verbleibende Zeit besser hätten nutzen können.²⁸² Laut der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 24.9.2002²⁸³ hatte der Arzt die vertragliche Pflicht, die Patientin über ihren Zustand zu informieren. Wenn die Diagnose zu belastend für sie sei, etwa wegen ihres Zustands oder ihrer kurzen verbleibenden Lebenszeit, läge es jedoch im Ermessen des Arztes, die Diagnose zu verschweigen. Dann allerdings sei es seine Pflicht, einen Angehörigen zu kontaktieren und in Rücksprache mit diesem zu beraten, ob man die Diagnose offenbaren solle.²⁸⁴ Es sei ein Persönlichkeitsrecht des Patienten, durch rechtzeitige Aufklärung des Arztes die verbleibende wertvolle Zeit mit seiner Familie verbringen zu können; deren Mitglieder im Gegenzug dann auch befähigt seien, den Patienten während der Behandlung zu begleiten und zu unterstützen.²⁸⁵

277 Ebd.

278 Ebd.

279 STEINECK (Fn. 44) 14.

280 STEINECK (Fn. 44) 22.

281 TEJIMA (Fn. 12) 52.

282 Ebd.

283 Saibansho Jihô 1324, 1.

284 Ebd.

285 TEJIMA (Fn. 12) 53.

In diesem Zusammenhang wird auch die Frage diskutiert, ob ein Patient entsprechend einem „Recht auf Wissen“ (*shiru kenri*) auch ein „Recht auf Nicht-Wissen“ (*shiranai kenri*) haben könne, da viele Patienten die bedrohlichen Informationen nicht hören möchten.²⁸⁶ Die Meinungen hierzu sind geteilt, da typischerweise die Einstellungen vielfach ambivalent sind, nicht nur zwischen einzelnen Patienten sondern auch abhängig von der Situation beim Einzelnen.²⁸⁷

Ein weiterer bahnbrechender Fall bezüglich des *informed consent* ist die Entscheidung des OGH vom 27.11.2001 im sogenannten Brustkrebs-Fall.²⁸⁸ In diesem ging es darum, dass ein anerkannter Brustkrebspezialist bei einer Patientin im Februar 1992 Brustkrebs diagnostiziert hatte. Aufgrund des frühen Stadiums wäre für die Behandlung der Patientin eine brustkonservierende Methode in Frage gekommen, die zu diesem Zeitpunkt allerdings noch nicht Standard war.²⁸⁹ Der Arzt allerdings, der keine Erfahrung mit dieser Operationstechnik hatte, erklärte der Patientin nicht nur lediglich den Plan, zur Heilung die gesamte Brust abzunehmen, sondern gab darüber hinaus im Hinblick auf den Wunsch der Patientin nach Brusterhaltung eine negative Einschätzung.

Die Patientin klagte im Anschluss auf Vertragspflichtverletzung, da der Arzt es versäumt habe, sie über die andere Methode angemessen aufzuklären und sie dadurch ihre Wahlmöglichkeit verloren habe. Das Distriktgericht Ôsaka gab der Klage statt, das Obergericht Ôsaka gab in zweiter Instanz allerdings der Revision statt mit der Begründung, dass zum Zeitpunkt der Aufklärung die andere, schonendere Methode noch nicht standardisiert gewesen sei.²⁹⁰

In letzter Instanz hob der Oberste Gerichtshof dieses Urteil jedoch auf, da der Arzt – wenn eine neue Behandlungsmethoden schon vereinzelt erfolgreich durchgeführt worden ist die Pflicht habe, die Patientin über diese Methode wenigstens aufzuklären, da die Patientin ohne diese Aufklärung ihre Wahlmöglichkeit und damit die Möglichkeit zur wirksamen Einwilligung verlöre. Bahnbrechend ist das Urteil des Obersten Gerichtshofs deshalb, weil es das erste war, in dem es einen Arzt, der eine alternative Behandlungsmethode zwar kennt, aber nicht anwenden kann oder möchte, diese dem Patienten darlegen muss, auch wenn sie noch nicht medizinischer Behandlungsstandard ist.²⁹¹ Damit wurde das Recht des Patienten auf umfangreiche Aufklärung und Selbstbestimmung gerichtlich bedeutend verstärkt.

Zusammenfassend kann man sagen, dass das Arzthaftungsrecht in Japan vor allem im Hinblick auf die Durchsetzung von Patientenrechten, insbesondere des *informed consent*, für die Zukunft großes Potential besitzt. Die Doktrin des *informed consent*

286 STEINECK (Fn. 44) 16 u. 22.

287 STEINECK (Fn. 44) 9.

288 Minshû 55, 1154; hierzu auch TEJIMA (Fn.12) 52.

289 MATSUMOTO (Fn. 139) 72.

290 Hierzu auch MATSUMOTO (Fn. 139) 72.

291 TEJIMA (Fn. 12) 51.

schränkt zwar die grundsätzliche ärztliche Entscheidungs- und Therapiefreiheit ein.²⁹² Sieht man Kommunikation jedoch als einen Qualitätsfaktor der medizinischen Behandlung,²⁹³ könnte eine verbesserte Kommunikation nicht nur vom Patienten als subjektive Verbesserung der Qualität in der medizinischen Behandlung empfunden werden, sondern Kommunikation könnte, damit einhergehend, auch eine bedeutende Rolle bei der Verringerung von Arzthaftungsklagen spielen.²⁹⁴ Auch Studien haben bereits gezeigt, dass die informierte Zustimmung als ein wirksames Mittel zur Vermeidung einer Behandlungsfehlerklage dienen kann.²⁹⁵

Seit 2001 schreibt Art. 1 Abs.2 Satz 2 des Gesetzes über medizinische Leistungen²⁹⁶ Medizinern die Durchführung einer angemessenen Erklärung vor. Auch sollen sich Ärzte um das Einverständnis des Patienten zur Behandlung bemühen. Damit lässt das Gesetz allerdings noch „einen gewissen Spielraum für ärztliche Entscheidungen ohne ausdrückliche Zustimmung des Behandelten.“²⁹⁷ Angesichts der bereits erwähnten kurzen Kontaktzeit zwischen Arzt und Patient halten viele Ärzte diese Verpflichtung zur eingehenden Beratung vielen Ärzten für unrealistisch.²⁹⁸ Folglich kann dies als eine Aufgabe der administrativen Ebene der Qualitätskontrolle gesehen werden insofern, als diese die Aufgabe hat, die institutionellen Strukturen dergestalt zu formen, dass zwischen Arzt und Patient eine verbesserte Kommunikation ermöglicht wird. Allein durch Gesetze, in denen der Druck auf den möglicherweise ohnehin schon überlasteten Arzt abgewälzt wird, indem sie ihn zur ausführlichen Aufklärung verpflichten, kann dies nicht erreicht werden.

IV. FAZIT

Es wurde gezeigt, dass objektiv die Qualität des japanischen Gesundheitssystems scheinbar kaum zu beanstanden ist, was vor allem in der hervorragenden Lebenserwartung und der geringen Kindersterblichkeit Ausdruck findet. Es wurde aber auch festgestellt, dass demographischer Wandel und Rezession das japanische Gesundheitssystem vor große Belastungen und Herausforderungen stellen wird, in deren Rahmen das bisherige Niveau der medizinischen Versorgung gefährdet ist. Unter der Prämisse, dass auch subjektive Einschätzungen sowohl von Ärzte- als auch von Patientenseite zur Qualität der medizinischen Behandlung gehören, wurde anhand der Situation der Ärzteschaft deutlich, dass sich die Anzeichen einer Verschlechterung bereits zeigen, was zu defensivem Verhalten und erhöhter Prozessbereitschaft führen kann.

292 PICHLMAIER/KIENZLE (Fn. 183) 415.

293 Vgl. HAMASAKI/TAKEHARA/HAGIHARA (Fn. 170) o. S.

294 AOKI/UDA/ÔTA et al. (Fn. 175) 362.

295 HIYAMA/TANAKA/YOSHIHARA et al. (Fn. 157) 6857.

296 *Iryô-hô*, Gesetz Nr. 205/1948.

297 STEINECK (Fn. 44) 15.

298 Ebd.

Zudem wurde dargestellt, dass sich die ersten beiden Ebenen der Qualitätssicherung sich momentan in der Phase des Aufbaus befinden, jedoch weiterhin eher schwach ausgeprägt und dysfunktional sind.

Auch die gerichtliche Qualitätskontrolle ist gegenwärtig noch im Aufbau begriffen ist, wobei sich erst allmählich ein Wandel abzeichnet, in dem die Gerichte verstärkt Patienten ehemals verweigerte Rechte zuerkennen. Insbesondere ist dabei festzustellen, dass zur Sicherung sowohl von objektiver als auch vom Patienten subjektiv empfundener Qualität der medizinischen Behandlung eine gute Arzt-Patientenkommunikation essentiell ist.²⁹⁹

Im Zusammenhang mit der Bedrohung der Qualität durch Ärztemangel und finanzielle Probleme des Gesundheitssystems ist zudem festzuhalten, dass das Arzthaftungsrecht dem Patientenschutz dient und es auch die Aufgabe zu erfüllen hat, ein Gegengewicht gegen allzu rigide Einschnitte bei der ärztlichen Behandlung und der Ausstattung der Gesundheitseinrichtungen zu bilden. Dies setzt einer Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte Grenzen.³⁰⁰ Dabei kann angesichts der zunehmenden wirtschaftlichen Probleme die Sicherung eines ausreichenden medizinischen Standards längerfristig natürlich nicht allein Aufgabe der Ärzte sein.³⁰¹

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass, obwohl sich Arzthaftungsprozessen in Japan mehren, es unklar bleibt, ob und inwieweit Arzthaftungsprozesse Ärzten und Krankenhäusern tatsächlich Anreize dafür geben, sich vermehrt um die Sicherung der medizinischen Behandlung zu bemühen.³⁰² Die tatsächliche Gefahr, sich wegen eines Fehlers vor Gericht verantworten zu müssen bleibt für japanische Ärzte weiterhin gering. Dennoch mehrt sich für die Ärzte angesichts des raschen Zuwachses der Arzthaftungsklagen, der immer rascheren Verrechtlichung des Arztberufes und des Verlusts von Autorität³⁰³ wie auch der vermehrten Strafverfolgung die subjektiv empfundene Bedrohung in einem weit höheren Maße, als es womöglich angebracht ist. Defensivmedizin, die sich in Japan angesichts der Überlastung der Ärzte vor allem durch Vermeidungsverhalten ausdrückt, und die zunehmende Zahl von Ärzten, die sich in juristischen Fakultäten einschreiben, zeigen, dass sich die japanische Ärzteschaft für einen weiteren Bedeutungsgewinn des Arzthaftungsrechts in der Zukunft wappnet.

Sicherstellung und Verbesserung der Qualität medizinischer Behandlung kann nicht nur auf einer Ebene allein erfolgen.³⁰⁴ Im Bemühen um Qualitätssicherung in der medi-

299 HAMASAKI/TAKEHARA/HAGIHARA (Fn. 170) o. S.

300 K. STÖHR, Sozialrechtliche Vorgaben und zivilrechtliche Haftung, in: *Medizinrecht* 28 (2010) 216.

301 Ebd.

302 A. HAGIHARA/M. NISHI/K. NOBUTOMO, Standard of care and liability in medical malpractice litigation in Japan, in: *Health Policy* 65(2) (2003) 119.

303 FELDMAN (Fn. 20) 262.

304 HASEGAWA (Fn. 4) 14.

zinischen Behandlung ist vielmehr ein umfassender Ansatz und fortwährende Anstrengungen auf allen drei Ebenen der Kontrolle und der Leitung ärztlichen Handelns nötig.

Für die Zukunft wird zum einen abzuwarten sein, wie MHLW und Regierung auf die vielfältigen Herausforderungen reagieren, neben einer effizienteren Finanzierung des Gesundheitswesens vor allem im Hinblick auf die systematische Erhebung und Analyse von Behandlungsfehlern zu deren künftiger Vermeidung beizutragen. Um dieses System nicht von Vorneherein dadurch zu torpedieren, dass die unverzichtbare Beteiligung der Ärzte und Krankenhäuser an diesem Meldesystem dadurch erschwert wird, dass die Verantwortlichen rechtliche Konsequenzen fürchten müssen, scheinen von Seiten des Gesetzgebers vor allem zwei Reformen nötig. Erstens sollte eine Änderung des Untersuchungs- und Erhebungssystems von Behandlungsfehlern in Betracht gezogen werden und zwar dahingehend, dass die Untersuchungsunterlagen nicht in Gerichtsprozessen verwendet werden können. Zudem sollten Meldeprozesse verstärkt anonymisiert werden. Zweitens wäre es wohl an der Zeit, Art. 21 Ärztegesetz zu ändern oder abzuschaffen.³⁰⁵ Zum anderen sind auch die weiteren Entwicklungen des Arzthaftungsrechts mit Spannung abzuwarten, insbesondere die der Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem *informed consent* und der zukünftigen Bewertung des medizinischen Standards. Dabei wird nicht nur der ständigen Etablierung der bislang lediglich testweise eingerichteten richterlichen Spezialkammern sondern auch dem vereinfachten Zugang zu arzthaftungsrechtlichen Sachverständigengutachten besondere Bedeutung zukommen. Schließlich sind es auch die Anwälte, denen angesichts der immer komplexer werdenden Fragen und Probleme in Arzthaftungsprozessen die wichtige Rolle zukommt, geschädigten Patienten zu ihrem Recht zu verhelfen – eine Aufgabe die, wie die verhältnismäßig hohe Zahl von Jurastudenten mit medizinischem Hintergrund zeigt, durchaus ernst genommen wird.

305 Aus Art. 21 des Ärztegesetzes leitet sich die Pflicht für Ärzte ab, „ungewöhnliche Todesfälle“ binnen 24 Stunden an die Polizei zu melden. Zur dieser Problematik vgl. z.B. HIGUCHI (Fn. 5) 258 ff. und SAWA (Fn. 127) 235 ff.

ZUSAMMENFASSUNG

Japans Qualitätsstandards und Qualitätsmanagement genießen im Allgemeinen einen guten Ruf. Für den medizinischen Bereich scheint dies jedoch nur beschränkt zu gelten: Obwohl das japanische Gesundheitssystem als eines der besten weltweit gilt, gab es bis vor kurzem nur wenige Bemühungen zur Evaluation und Verbesserung der Qualität in der medizinischen Behandlung. Besonders die im Hinblick auf Behandlungsfehler weit verbreitete Praxis der Vertuschung von Behandlungsfehlern erschwerte in der Vergangenheit die Bemühungen um Qualitätsverbesserung und die Entwicklung von Fehlervermeidungsstrategien.

Auch das Arzthaftungsrecht als externes Mittel der Qualitätskontrolle versagte größtenteils ob der schwierigen institutionellen Bedingungen des japanischen Justizsystems einerseits und der wenig fortgeschrittenen Entwicklung der Arzthaftungsrechtsprechung andererseits.

Diese Situation ist jedoch sowohl auf institutioneller als auch auf arzthaftungsrechtlicher Ebene allmählich im Wandel begriffen, angestoßen etwa durch das Bekanntwerden skandalöser Behandlungsfehler, durch Patientenrechtsbewegungen und die Zunahme der Arzthaftungsklagen.

Der vorliegende Artikel diskutiert anhand relevanter Faktoren des japanischen Gesundheitssystems und der Ausgestaltung, Entwicklung und Handhabung des Arzthaftungsrechts, ob und auf welche Weise das japanische Arzthaftungsrecht angesichts seiner zunehmenden Bedeutung einen Beitrag zur Sicherstellung der Qualität ärztlichen Handelns leistet bzw. leisten kann, wobei die Fragestellung auch negative Auswirkungen wie etwa Tendenzen zur Defensivmedizin einschließt. Für diese Betrachtung wird die Arzthaftung eingebettet in andere Einflussfaktoren, die die Qualität der medizinischen Behandlung beeinflussen können, wie etwa die Gesamtsituation des japanischen Gesundheitswesens und die institutionellen Qualitätssicherungs- und -verbesserungsbemühungen, um dadurch eine gesamtinstitutionelle Einschätzung vornehmen zu können. Es wird gezeigt, dass trotz der erheblichen Fortschritte im Arzthaftungsrecht – darunter vor allem der erleichterte Zugang zu Gerichten und Anwälten, Beweiserleichterungen für Patienten, die Bildung von Expertengremien und spezialisierten Richterkammern und die verstärkte Betonung von Patientenrechten – angesichts der sonstigen Probleme, denen das japanische Gesundheitssystem gegenübersteht, auch das Arzthaftungsrecht nur einen beschränkten Beitrag zur Qualitätssicherung der medizinischen Behandlung leisten kann.

SUMMARY

Japan is commonly renowned for its high standards in quality and quality management. In the medical sector, however, this seems to apply only to a certain extent: Despite Japan's reputation of having one of the world's best healthcare systems, until quite recently only limited efforts were made to systematically evaluate and improve the quality of medical treatment. Especially with regard to medical malpractice it has been common to cover up critical cases, thus making it systematically impossible to learn from mistakes and to improve the system with regard to eliminating malpractice.

In Japan, medical malpractice law as an external instrument of quality control has been largely ineffective due to the difficult institutional conditions of the judicial system on the one hand and an insufficiently developed case law on medical malpractice on the other. However, this situation is currently undergoing significant change on the institutional level as well as on the level of medical malpractice law, jolted by the occurrence of some outrageous medical malpractice cases, patients' rights movements and a rise in medical malpractice suits.

The article examines the relevant factors of the Japanese healthcare system and the design, development and application of medical malpractice law to assess if and how Japanese medical malpractice law can contribute to ensuring quality in medical treatment. For this purpose, medical malpractice law is analyzed in the context of other factors potentially relevant to the quality of medical treatment, like, e.g., the overall situation of the Japanese healthcare system, institutional efforts of quality assurance, and efforts of quality improvement. The goal is to assess the prospects and limits of medical malpractice law for ensuring quality in medical treatment as a whole.

The article comes to the conclusion that in the light of other problems the Japanese healthcare system is facing, medical malpractice law can only make a limited contribution to ensure quality in medical treatment – although considerable progress can be seen in medical malpractice law, including facilitated access to courts and attorneys, shifts in the burden of proof in favor of the plaintiffs (the patients), the creation of brains trusts and specialized court chambers as well as an increased emphasis on patients' rights.