

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in Japan und Deutschland*

Satoshi Ueki

I. EINLEITUNG

Der folgende Beitrag behandelt die Entwicklungsgeschichte und die gegenwärtige Rechtslage hinsichtlich des *Informed Consent* in Japan aus dem Blickwinkel einer rechtsvergleichenden Betrachtung des Arzthaftungsrechts.

Der Begriff des „Informed Consent“ (im folgenden abgekürzt I.C.) stammt nicht aus Deutschland, sondern aus den Vereinigten Staaten von Amerika. Zu unterscheiden sind dabei zwei Bedeutungen: einerseits steht I.C. für das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, andererseits für ein Element des Arztvertrages, dessen Fehlen eine Haftung des Arztes begründen kann. Nachdem der Begriff in Japan vor einiger Zeit eingeführt worden ist, hat er in Theorie und Praxis rasch breite Verwendung gefunden. Die vorliegende rechtsvergleichende Betrachtung will versuchen zu zeigen, aus welchem Grund der Begriff erst vergleichsweise spät Eingang in das japanische Recht gefunden hat und welche Funktion er heute insbesondere in der gerichtlichen Praxis erfüllt.

Nach Meinung des Verfassers muß das Recht des Patienten, die Art und Weise der Heilbehandlung selbst zu bestimmen, künftig weiter gestärkt werden. Damit ist aber zugleich auch die Frage aufgeworfen, wo dieses Recht vernünftigerweise seine Grenzen finden muß.

II. EINFÜHRUNG DES *INFORMED CONSENT* IN JAPAN

In der Edo-Zeit (1603-1867) war Japan über 200 Jahre lang nach außen abgeschlossen. Durch die Isolation nach außen und starke feudale Strukturen im inneren genoß das Land eine Phase der Stabilität und des Friedens.

Schon damals bestand ein großes Interesse in der Bevölkerung an Gesundheit und sozialer Sicherheit. Traditionell vorherrschend war die chinesische Medizin, die weniger auf chirurgische Eingriffe als auf Stärkung der inneren Körperkräfte setzt. Trotz der Abschließung des Staates wurde das Fenster zu Europa einen Spalt breit offengehalten. Bekanntlich gab es wirtschaftliche und kulturelle Kontakte zum Westen über Nagasaki, der Heimatstadt des Verfassers. Von dort aus fand auch die niederländische Medizin

* Überarbeitete und erweiterte Fassung des am 30.6.1998 auf einer Veranstaltung der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung in Berlin gehaltenen Vortrags.

Eingang nach Japan. Gegen Ende der Edo-Zeit kamen deutsche und holländische Mediziner wie z.B. *von Siebold*¹ und *Pompe van Meerdervoort*² nach Japan.

Zu Beginn der Modernisierung Japans, während des Übergangs von der Edo-Zeit zur Meiji-Zeit, kam es zu Bürgerkriegen, die durch die Klasse der Samurai getragen wurden und schließlich zum Sturz der Tokugawa-Feudalregierung führten. Im Zuge der Kriege gab es viele Verletzte, nicht nur unter den Samurai, sondern auch unter der allgemeinen Bevölkerung. Aber die traditionelle Medizin konnte mangels chirurgischer Erfahrung wenig helfen. Vor diesem Hintergrund spielte ein Engländer namens *Willis*³, der Desinfektion und Chirurgie in seiner Heimat gelernt hatte und nach Satsuma eingeladen worden war, um dort Medizin zu lehren, während der Kriegszeit eine bedeutsame Rolle.

Zu Beginn der Meiji-Zeit (1868-1912) führte die neue Zentralregierung, die durch die Clans *Satsuma*, *Chôshû*, *Tosa* und *Hizen* gegründet worden war, erstmals die moderne europäische Medizin mit Chirurgie als Lehrfach in Japan ein, und zwar nicht aus England, sondern aus Deutschland. Im Jahre 1871 wurden zwei deutsche Mediziner, *Müller*⁴ und *Hoffmann*⁵, nach Japan eingeladen, um das traditionelle medizinische System in Japan umfassend zu reformieren. Drei Jahre später trat ein neues medizinisches Reglement (mit Approbation usw.) in Kraft. Später gestaltete vor allem *von Bälz*⁶ die medizinische Ausbildung in Japan.

Nicht nur im Bereich der Naturwissenschaften, sondern auch in den Geisteswissenschaften gab es in Japan damals eine starke Tendenz, vom sog. *wakon kansai* zum sog. *wakon yôsai* überzugehen. *Wakon* (*yamato damashi*) bedeutet Volksgeist oder nationales Bewußtsein. *Wakon kansai* steht deswegen für eine Verbindung von traditionellem, konfuzianisch geprägtem Volksgeist und chinesischer Wissenschaft bzw. Kunst. Dagegen basierte *wakon yôsai* auf der Kombination von japanischem Volksgeist und moderner europäischer Wissenschaft und Technik. Auch im Bereich des Militärs hatte die deutsche Medizin großen Einfluß auf Japan.

Allerdings wurde mit dem deutschen medizinischen System nicht auch das rechtliche Verständnis des Verhältnisses zwischen Arzt und Patient übernommen. Hierfür sei ein konkretes Beispiel genannt. In Deutschland ist der Arzt verpflichtet, den Patienten therapeutisch zu beraten und diese Beratung zu dokumentieren, um der ärztlichen Aufklärungspflicht nachzukommen (sog. therapeutische Aufklärung). Diese Pflicht folgt

-
- 1 *Philipp Franz Balthazar von Siebold* (1796-1866), 1823-1829 in Japan, schrieb drei Bücher über Japan: *Fauna Japonica*, *Flora Japonica* und *Nippon*; zu Siebold vgl. J. VON STOCKHAUSEN, *Der Mann in der Mondsichel* (1970).
 - 2 *Johannes Lydius Cathrinus Pompe van Meerdervoort* (1829-1908), 1857-1862 in Japan, schrieb: *Vijf Jahren in Japan*.
 - 3 *William Willis* (1837-1894), 1862-1877 in Japan.
 - 4 *Benjamin Carl Leopold Müller* (1824-1893), 1871-1875 in Japan.
 - 5 *Theodor Eduard Hoffmann* (1837-1894), 1871-1874 in Japan.
 - 6 *Erwin von Bälz* (1849-1913), 1876-1905 in Japan; vgl. T. BÄLZ (Hrsg.), *Erwin Bälz, Das Leben eines deutschen Arztes im erwachenden Japan*, Tagebücher, Briefe, Berichte, 1931.

aus dem Vertrag zwischen Arzt und Patient, bei dem es sich normalerweise um einen Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) handelt⁷. Dagegen war in Japan lange Zeit die Vorstellung, daß Arzt und Patienten miteinander einen Vertrag schließen, unbekannt. Statt von einer vertraglichen Pflicht zur therapeutischen Aufklärung sprach man von „Mundtherapie“, ein in der medizinischen Welt Japans neu gebildeter deutscher Begriff, der in Deutschland so nie existiert hat. Dies war die Rechtslage, als im Jahre 1896 das japanische Zivilgesetz (nachfolgend ZG)⁸ entstand. Der Begriff „Arztvertrag“ war in Japan auch nach der Entstehung des ZG noch bis in die sechziger Jahre ungebräuchlich.

Um dem Leser dies zu verdeutlichen, soll kurz auf die medizinische Ausbildung in Japan eingegangen werden. Diese baut traditionell auf drei Elementen auf: *toriasu*, *porikuri* und *muntera*. *Toriasu* bedeutet, daß die Studenten sich drei Merkmale einer Krankheit einprägen. Diese Methode findet auch in der juristischen Ausbildung Verwendung. *Porikuri* hat eine andere Bedeutung als das deutsche Wort Poliklinik und steht für die Praktika, die die Studenten im Studium absolvieren müssen. *Muntera* ist die Abkürzung für eine Therapie durch Worte, die den Patienten beruhigen sollen. Auch Lügen des Arztes sind hier ohne weiteres erlaubt. Der Begriff *muntera* entwickelte sich aus der therapeutischen Behandlung des Arztes in Kriegszeiten, insbesondere im Feld. Deswegen hat die japanische Abkürzung *muntera* eine ganz andere Bedeutung als der deutsche Begriff der therapeutischen Aufklärung. Erstere betont stark das therapeutische Privileg des Arztes. Die hier zum Ausdruck kommende Macht des Arztes wird heute häufig als paternalistisch bezeichnet.

Erst ein Dreivierteljahrhundert nach der Entstehung des ZG fand der Gedanke der Aufklärungspflicht und des *Informed Consent* in Japan erstmals Eingang in die japanische Medizin. Dies fiel in eine Periode, in der die juristische Dogmatik die vertraglichen Nebenpflichten des Schuldners mehr und mehr entwickelte.⁹

III. ENTWICKLUNG DES *INFORMED CONSENT* IN JAPAN IN THEORIE UND PRAXIS

Die Entwicklung des I.C. in Japan in Theorie und Praxis sollte von zwei Seiten her betrachtet werden: Von der Seite des Schuldners, d.h. des Arztes, dessen Aufklärungspflichten erweitert werden, und von Seiten des Gläubigers, d.h. des Patienten, um dessen Selbstbestimmung es geht.

7 A. LAUFS, *Arztrecht*, 5. Aufl. (München 1993) 48 ff.

8 *Minpô*, Gesetz Nr. 89/1896 und Nr. 9/1898 i.d.F. d. Ges. Nr. 110/1996.

9 Über die Entwicklung des ZG im Vergleich zum deutschen BGB vgl. Z. KITAGAWA, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan* (Frankfurt am Main / Berlin 1970).

1. *Erweiterung der Aufklärungspflicht des Arztes*

Wie schon gesagt, war die Vorstellung von einem Arztvertrag traditionell in der medizinischen Praxis Japans unbekannt. Er taucht erstmals 1965 in einem Artikel¹⁰ auf, der Rechtsprechung und theoretische Ansätze zur ärztlichen Aufklärungspflicht in der Bundesrepublik diskutiert.

In Deutschland entspricht es schon lange allgemeiner Auffassung, daß zwischen Arzt und Patient ein Behandlungsvertrag abgeschlossen wird. Hinsichtlich der Rechtsnatur des Arztvertrages wird für den Regelfall ein selbständiger Dienstvertrag, angenommen, da der Beruf des Arztes zu den freien Berufen (sog. *operae liberales*) gezählt wird.¹¹

Im Gegensatz dazu wird der Behandlungsvertrag in Japan als Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag angesehen, durch dessen Annahme sich der Arzt als Beauftragter verpflichtet, für den Patienten ein Geschäft entgeltlich zu besorgen. Darüber hinaus ist der Arzt verpflichtet, dem Patienten als Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen Auskünfte über den Stand des Geschäfts zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrages Rechenschaft abzulegen (Art. 645 ZG in Übereinstimmung mit § 666 BGB).

In den siebziger und achtziger Jahren entwickelte die Rechtsprechung die Aufklärungspflicht des Arztes fort. Nach einem Urteil des Obergerichts Tokyo¹² ist der Arzt gemäß Art. 645 ZG verpflichtet, soweit der Patient dies verlangt, diesen über das Resultat der Diagnose, die Art und Weise der therapeutischen Behandlung und ihre Folgen usw. aufzuklären, es sei denn, daß es zum Zeitpunkt der Aufklärung entgegenstehende Gründe gibt.

Wie bereits oben ausgeführt, steht die Erweiterung des Arztvertrages um eine solche Nebenpflicht in Japan mit der deutschen Rechtsdogmatik in Einklang.

2. *Informed Consent als Selbstbestimmung des Patienten*

In den siebziger Jahren wurde der Gedanke des I.C. aus den USA eingeführt¹³ und gewann rasch an Bedeutung. Gleichzeitig wurde der Begriff des „Gesundheitsrechts“ bzw. des „Rechts auf Gesundheit“ vermehrt diskutiert, um den Opfern von Umweltver-

10 K. BAI, *Chiryô kô ni okeru kanja to ishi no setsumei* [Die Aufklärung des Arztes gegenüber dem Patienten in der Therapie], *Keiyaku-hô Taikei VII*, 1965.

11 Vgl. O. HEGENER, *Das Vertragsrecht des Arztes* (1925); K. HELDRICH, *Der Arzt im römischen Privatrecht*, *JherJb* 88 (1939/40); H. SIEBER, *Operae liberales*, *JherJb* 88 (1939/40); K.-H. BELOW, *Der Arzt im römischen Recht* (München 1953); K. VISKY, *Geistige Arbeit und „artes liberales“ in den Quellen des römischen Rechts* (1977).

12 OG Tokyo, Urteil v. 28.8.1986, *Hanrei Jihô* 1208 (1986) 85.

13 I. NIIMI, *Ishi to kanja no kankei* [Das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patienten]: *Nagoya University Law Journal* (1975-76).

schmutzung und von fehlerhaften Produkten eine stärkere Stellung zu verschaffen¹⁴. Darüber habe ich das Buch mit dem Titel „Medizin in der Rechtswissenschaft“ geschrieben. Das Recht auf Gesundheit war schon damals nicht nur in der Verfassung verankert. Es war auch anerkannt als Anspruchsgrundlage für Schadensersatz- und Unterlassungsklagen. Die rechtlichen Möglichkeiten der Geschädigten wurden dadurch erheblich erweitert.

In Deutschland gewährleistet das allgemeine Persönlichkeitsrecht, daß der Patient im Laufe der therapeutischen Behandlung angemessen aufgeklärt wird¹⁵. Ebenso schützt der I.C. als Einwilligung des Patienten nach genügender Aufklärung durch den Arzt die Patientenautonomie, insbesondere die freie Wahl der therapeutischen Methoden, und sichert damit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten umfassend. Problematisch bleibt aber, ob und inwieweit der Patient als Laie die Aufklärung des Arztes verstehen kann. Traditionell ist der Patient in Japan nicht gewohnt, als Partner des medizinischen Behandlungsvertrages aufgeklärt zu werden.

Heftig diskutiert wurde in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein Patient aus religiösen Gründen die Vornahme einer Bluttransfusion verweigern kann. Ein Urteil hat hier das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gestärkt und das Recht anerkannt, eine Bluttransfusion aus Gründen des Glaubens abzulehnen, sofern der Patient ein voll zurechnungsfähiger Erwachsener sei und die Risiken genügend verstehen könne¹⁶. Der Zwang zur Bluttransfusion stelle einen Eingriff in die Glaubensfreiheit dar.

Der Begriff des I.C. ist nicht nur hilfreich für die Rechtsdogmatik, sondern bietet sich auch für die Gesetzgebung an. Bislang sind in Japan die Rechte des Patienten gesetzlich nicht geregelt. Durch eine Deklaration der Patientenrechte im Jahre 1972¹⁷ und die Verabschiedung eines Gesetzes über das Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Jahre 1990¹⁸ in den Vereinigten Staaten, haben die Bemühungen, auch in Japan eine gesetzliche Regelung zu schaffen, neuen Auftrieb erhalten. Ein privater Entwurf für eine Deklaration der Patientenrechte wurde bereits 1984 vorgelegt. Im Juni 1995 legte das Gesundheitsministerium einen Bericht¹⁹ zum Thema I.C. vor. Längerfristig ist ein entsprechendes Gesetz geplant.

14 Hierzu eingehend S. UEKI, Umweltschutz und Produzentenhaftung in Japan. Eine rechtsvergleichende Betrachtung der Schadensersatzprobleme in der hochtechnisierten Industriegesellschaft: *Japanisches Recht* 18 (1985) 147-246.

15 LAUFS (Fn. 7) 388.

16 DG Oita, Beschluß vom 2.12.1985, *Hanrei Jihô* 1180 (1986) 113.

17 Vgl. American Hospital Association Statement on a Patient's Bill of Rights of 1972.

18 Patient Self-Determination Act of 1990, 42 USC §§ 1345 cc (f), 1396 a (w).

19 Vgl. *Infômado konsento no arikata ni kansuru kentô-kai hôkoku-sho* [Untersuchungsbericht über die Lage des I.C. in Japan].

3. *Der Informed Consent und das Beispiel des Transplantationsgesetzes*

Im folgenden soll auf einige Besonderheiten des neuen japanischen Gesetzes über die Organtransplantation²⁰ eingegangen werden.

Zuvor, im Jahre 1979, war bereits das Gesetz betreffend die Transplantation von Hornhaut und Niere²¹ erlassen worden. Art. 3 dieses Gesetzes regelte die Voraussetzungen für die Entnahme einer Hornhaut oder einer Niere bei einem Verstorbenen. Entscheidend war danach grundsätzlich nicht der Wille des Patienten selbst. Abgesehen von dem praktisch seltenen Fall, daß der Patient in eine Transplantation im voraus eingewilligt hatte, kam es vielmehr entscheidend auf die Zustimmung der Hinterbliebenen an. Dies zeigt, daß das Gesetz dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten wenig Gewicht beimaß. Das Gesetz verwirklichte die sogenannte Widerspruchslösung.

Dieses Modell war zunächst auch im Entwurf für ein Herztransplantationsgesetz Mitte der neunziger Jahre enthalten. D.h. die Zustimmung der Angehörigen sollte ausreichen, wenn der Patient keinen schriftlich dokumentierten Willen hinterlassen hatte. Diese Regelung wurde noch weiter ausgelegt als die entsprechende deutsche. Der Entwurf stieß während des Gesetzgebungsverfahrens jedoch auf Kritik von allen Seiten.

Ergebnis der Diskussion war im Juli 1997 das neue Transplantationsgesetz. Nach Art. 6 dieses Gesetzes ist eine Transplantation nunmehr nur dann erlaubt, wenn eine schriftliche Einwilligung des Spenders und eine Zustimmung der Angehörigen vorliegt. Verwirklicht wurde damit die sogenannte strikte Zustimmungslösung, die der Selbstbestimmung des Patienten den Vorrang einräumt. Obwohl das Gesetz seit Oktober 1997 in Kraft ist, konnte auf seiner Grundlage wegen der hohen Anforderungen noch keine Transplantation vorgenommen werden. Statt Transplantationen zu erlauben, verbietet das Gesetz praktisch jede Transplantation, weil in 99% der Fälle der Verstorbene keine schriftliche Einwilligung auf der dafür vorgesehenen Spenderkarte hinterläßt.

Verglichen mit dem deutschen Recht scheint mir der japanische Umgang mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten vorzugswürdig. Mir leuchtet daher ein, daß Bundesjustizminister *Schmidt-Jortzig* während des Gesetzgebungsverfahrens für das neue deutsche Transplantationsgesetz vom 5. November 1997 forderte, den Willen des sterbenden Patienten stärker zu berücksichtigen, obwohl Bundesgesundheitsminister *Seehofer* angesichts der Tatsache, daß die Zustimmung des Verstorbenen nur in 5% der Fälle vorliegt, den auf der Widerspruchslösung basierenden Entwurf vorzog.

Die strikte Zustimmungslösung, die für die Vornahme einer Transplantation stets die Zustimmung des Verstorbenen verlangt, bedeutet zugleich, daß erheblich weniger Organverpflanzungen vorgenommen werden können. Die Frage ist also, was wichtiger ist: möglichst viele Organtransplantationen oder optimaler Schutz des Patienten. Um die praktischen Auswirkungen berücksichtigen zu können, sieht das neue japanische Trans-

20 *Zôki no ishoku ni kansuru hôritsu*, Gesetz Nr. 104/1997.

21 *Kakumaku oyobi jinzô no ishoku ni kansuru hôritsu*, Gesetz Nr. 63/1979

plantationsgesetz eine Überprüfung drei Jahre nach dessen Inkrafttreten vor (Zusatzartikel 2).

4. *Verhältnis von Aufklärungspflicht und Selbstbestimmung*

Wie eingangs erwähnt hat der I.C. zwei Aspekte. Er betrifft einerseits die Aufklärungspflicht des Arztes, andererseits das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Zusammengekommen soll der I.C. eine ausgewogene Regelung des Verhältnisses zwischen Arzt und Patient ermöglichen. Beim Umgang mit diesem Begriff ist daher Vorsicht geboten.

Der I.C. hat eine verfassungsrechtliche Dimension. Durch ihn wird das Recht des Patienten auf Aufklärung gewährleistet, auch ohne daß es bislang ein Gesetz über den Zugang zur medizinischen Informationen gibt. Der I.C. erfüllt insoweit eine Hilfsfunktion.

Diese verfassungsrechtliche Dimension des I.C. beeinflußt zugleich die Privatrechtsdogmatik. Allerdings ist das Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und Privatrecht gegenwärtig stark umstritten. Bislang ungeklärt ist vor allem, inwieweit das Verfassungsrecht die Auslegung des Begriffs des I.C. im Rahmen des Privatrechts beeinflußt. Der I.C. bietet daher ein interessantes Anschauungsbeispiel für die Verzahnung von Verfassungsrecht und Privatrecht.

In der japanischen Rechtsprechung werden der verfassungsrechtliche und der rechtsdogmatische Aspekt des I.C. miteinander verschmolzen. So wurde in einem Urteil ausgeführt, in dem es um die Aufklärung über ein Krebsleiden ging, daß der Arzt vertraglich zur Aufklärung verpflichtet sei, weil der Patient das Recht habe, über die Therapie selbst zu bestimmen²².

Ein weiteres Urteil läßt sich hier anfügen: Eine Mutter hatte ein Krankenhaus auf Schadensersatz verklagt, da sie in der Panik wegen des bevorstehenden Todes ihrer Tochter ohne Wissen um die Tragweite eine Einwilligung zur Nierenentnahme unterschrieben hatte und daraufhin eine Organentnahme durchgeführt worden war. Das Gericht sprach ein Schmerzensgeld von umgerechnet DM 2.000,- zu mit der Begründung, das Krankenhaus sei seiner Aufklärungspflicht nicht nachgekommen.

Nach Meinung des Verfassers muß dem Selbstbestimmungsrecht der Patienten in Japan nicht nur durch gesetzliche Regelungen, sondern auch in der richterlichen Praxis ausreichend Rechnung getragen werden. In Deutschland scheint dies weitgehend gelungen zu sein.

22 DG Nagoya, Urteil vom 29.5.1989, *Hanrei Jihô* 1325 (1989) 103; bestätigt durch Urteil des OGH vom 25.7.1995, *Hanrei Taimuzu* 699 (1989) 279.

IV. FAZIT

Abschließend seien die hier angestellten Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten nochmals zusammengefaßt. Als Teil des Persönlichkeitsschutzes für den Patienten verdient der I.C. eine intensive Diskussion. Er gewährleistet eine umfassende Information des Patienten im Laufe der Heilbehandlung. Die Einwilligung des Patienten nach hinreichender Aufklärung durch den Arzt sichert eine eigenverantwortliche Entscheidung des Patienten und damit dessen Autonomie.

Um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten auf eine solide Grundlage zu stellen, bedarf es einer entsprechenden gesetzlichen Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen Arzt und Patient. Auszugehen ist von einem Arztvertrag, kraft dessen der Arzt verpflichtet ist, den Patienten therapeutisch zu beraten und diese Aufklärung zu dokumentieren. Ohne Bedeutung ist dagegen, ob der Vertrag dogmatisch als Dienstvertrag eingeordnet wird wie in Deutschland oder aber als Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag wie in Japan.

Problematisch bleibt, wie gewährleistet werden kann, daß der Patient als Laie die Erklärungen des Arztes über komplizierte medizinische und naturwissenschaftliche Sachverhalte auch wirklich verstehen kann. Hierfür muß erst noch eine Lösung gefunden werden, die einerseits dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung trägt, andererseits der Gefahr einer Defensivmedizin auf Seiten des Arztes entgegenwirkt.