Politikberatung geprägt haben. Die Beiträge greifen einerseits auf frühere Überlegungen zurück, nehmen andererseits aber die dynamische Debattenentwicklung auf und entwickeln die Argumentationen weiter. Es werden also nicht nur andernorts bereits veröffentlichte Überlegungen wiederholt, sondern es handelt sich um die produktive Weiterführung einer Debatte, die über die COVID-19-Pandemie hinaus für das Gesundheitswesen generell wichtig ist.

Die verfassungsrechtlichen Beiträge von *Steffen Augsberg*, *Ralf Poscher* und *Stefan Huster* verdeutlichen, dass der Verweis auf die Menschenwürde mehr Problemzeige als Problemlösung ist. Die Menschenwürde wirkt als Stoppsignal, um – orientiert am Gedanken der Lebenswertindifferenz – offene oder verdeckte Be- und Abwertungen schwerstkranker Menschen zu verhindern. Ob der Verweis auf Art. 1 Abs. 1 GG bestimmte Optionen zur Gestaltung der Triage (insb. die sog. Ex-post-Triage, also das Beenden der intensivmedizinischen Behandlung zugunsten von Patienten mit besserer Prognose) strikt ausschließt, hängt zentral vom Vorverständnis ab, das das Menschenwürdeargument steuert. Ob es richtig ist, das vorgeblich Tragische bzw. Dilemmatische der Triage so zuspitzen, dass sie mit anderen Priorisierungskonflikten kaum noch etwas zu tun hat (S. 93ff.) – was die ärztlichen Entscheidungsspielräume ausweitet –, erscheint zweifelhaft und zeigt, dass es ohne das Regulativ der antidiskriminierenden Lebenswertindifferenz nicht gehen wird.

Die strafrechtliche Diskussion (*Armin Engländer*, *Tatjana Hörnle*) vollzieht die verfassungsrechtlichen Kontroversen im Rahmen einer tiefgreifend ansetzenden Debatte insbesondere über Grund und Grenzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision nach. Die beiden Beiträge verdeutlichen vor allem, dass die Behandlungsteams auf den Intensivstationen infolge der kontroversen strafrechtlichen Einordnung eine kaum zumutbare Rechtsunsicherheit aushalten müssen. Umso wichtiger ist eine rechtspolitische Diskussion darüber, wie eine gesetzliche Regelung der Triage aussehen könne. *Dieter Birnbacher* und *Weyma Lübke* steuern aus philosophisch-ethischer Perspektive wichtige grundbegriffliche Klärungen bei und sortieren die Sachargumente. Ihre Beiträge sind deshalb so wichtig, weil sie anders als die juristischen Beiträge offen mit wertenden Vorannahmen umgehen, die zudem nicht durch die Absicht belastet sind, im juristischen Deutungskampf mit seinen sehr praktischen Auswirkungen (Strafverfolgung) reüssieren zu müssen.

Till Zimmermann legt eine geistreiche, von John Rawls' hypothetischem Kontraktualismus inspirierte Apologie des Zufallsprinzips vor, die allerdings all jene, die auf Intensivstationen würfeln oder Streichhölzer ziehen müssten, nicht überzeugen wird. *Bijan Fateh-Moghadam* und *Thomas Gutmann* machen das Kriterium der Dringlichkeit (gegen das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht) stark und verbinden es (bei Fällen gleicher Dringlichkeit) mit dem Zufalls- oder dem Prioritätsprinzip, das letztlich nur eine Variante des Zufallsprinzips ist. *Elisa Hoven* wirbt für einen neuen, differenzierten Blick auf die Kriterien von Lebensalter und Lebenserwartung. So richtig es ist, die antidiskriminierende Lebenswertindifferenz zu betonen, so richtig ist es auch, über streng begründete Abwägungen nachzudenken, die verhindern, dass ein vorgeblicher Lebensschutz-Maximalismus praktiziert wird, der von den Effekten zulasten all derer, deren Leben bewusst nicht gerettet wird, nichts wissen will.

Soweit bekannt, hat es in der COVID-19-Pandemie auf den Intensivstationen in Deutschland keine Triage gegeben. Allerdings gab es vielfach wohl eine vorgelagerte („graue“) Triage, die schon auf der hausärztlichen Ebene dazu geführt hat, dass gerade ältere Menschen verspätet oder einseitig gar nicht ins Krankenhaus eingewiesen wurden. Viele Operationen, aber auch diagnostische Maßnahmen wurden in der Pandemie verschoben. Lebenserhaltende Operationen (etwa bei Krebserkrankungen) oder diagnostische Maßnahmen zur Erkennung lebensbedrohlicher Erkrankungen sollten zwar nicht verschoben werden, aber Berichte aus der Praxis deuten darauf hin, dass das nicht durchweg der Fall war. Was lebenswichtig ist, ist ersichtlich eine nur sehr aufwändig steuerbare Interpretationsfrage. Das alles zeigt, dass die Triage-Debatte nicht auf die intensivmedizinische Behandlung begrenzt werden darf. Ihre Einbettung in das gesamte Versorgungssystem und die dort auch informell praktizierten Priorisierungsentscheidungen einschließlich der Vorwirkungen, die eine Triage-Debatte schon als solche auslösen kann, all dies ist immer mit zu bedenken.

Auch die Frage, was genau eine pandemiebedingte Triage charakterisiert, ist in begrifflicher wie empirischer Hinsicht weiterhin klärungsbedürftig. Die Unterscheidung zwischen Ex-ante- und

Ex-post-Triage ist nur vordergründig überzeugend. Mit Blick auf die praktischen Abläufe bei der Aufnahme in ein Krankenhaus bzw. auf eine Intensivstation handelt es sich um eine Differenzierung, die das reale Geschehen allzu sehr vereinfachen dürfte. Ex ante- und Ex-post-Konstellationen anders zu bewerten, wird in augenfälliger Weise fragwürdig, wo Vorher und Nachher von zeitlichen Zufälligkeiten im Sekunden- oder Minutenbereich abhängen. Das bei nahezu allen ärztlichen Behandlungen primär ausschlaggebende Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht ist gewiss nicht der Weisheit letzter Schluss. Es lässt sich aber so präzisieren, dass es im Vergleich der denkbaren Kriterien auch bei der pandemiebedingten Triage am wenigsten inkonsistent gehandelt werden kann (*Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 154ff.). All diese Aspekte verdeutlichen: Allein durch Interpretation wird sich die nötige Klarheit nicht erreichen lassen. Eine gesetzliche Regelung der Triage ist bitter nötig, und zwar unabhängig davon, ob sie verfassungsrechtlich geboten ist oder nicht. Ein „minimalinvasiver“, im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) platzierter Regelungsvorschlag liegt vor (*Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 162f.). Die Diskussion über eine gesetzliche Triage-Regelung, wie immer sie im Detail aussehen mag, muss unbedingt fortgesetzt werden.

Zur Triage-Diskussion leistet der von *Tatjana Hörnle*, *Stefan Huster* und *Ralf Poscher* herausgegebene Band Pionierarbeit auf höchstem Niveau. Wer über Triage in der Pandemie und Priorisierungsentscheidungen im Gesundheitswesen auf der Höhe der Zeit mitsprechen will, dem oder der gewährt dieser gut lesbare und durchweg lehrreiche Band umfassende Orientierung.

Stephan Rixen

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5950-7>

Arzthaftungsrecht. Leitfaden für die Praxis.

Von **Wolfgang Frahm** und **Alexander Walter**. Verlag Versicherungswirtschaft, 7. Aufl., Karlsruhe 2020, XXII u. 444 S., kart., €89,00

Wolfgang Frahm (Vorsitzender Richter am OLG Schleswig) und *Alexander Walter* (Richter am OLG Koblenz) legen nach knapp drei Jahren eine überarbeitete Neuauflage ihres bekannten Buches „Arzthaftungsrecht“ vor und tragen so der Dynamik der behandelten Materie Rechnung. Neben den maßgeblichen Entwicklungen in der Rechtsprechung wurden – für einen „Leitfaden für die Praxis“ nicht selbstverständlich – erneut auch Einflüsse aus dem Schrifttum berücksichtigt. Die Darstellung folgt der höchstrichterlichen Linie, weist aber auch auf abweichende Stimmen hin.

Auch aufgrund einer leserfreundlichen Umformatierung des Textes ist das Werk im Vergleich zur Voraufgabe um knapp 50 Seiten gewachsen. Sein Preis ist unverändert. In Anbetracht des über die Jahre gestiegenen Umfangs wurden mit der aktuellen Auflage die Rannummern neu vergeben. Ihre Zahl hat sich mehr als verdoppelt, jedem Absatz ist nunmehr eine eigene Nummer zugewiesen. Dadurch haben sich die Übersichtlichkeit und Auffindbarkeit anhand des intuitiven Stichwortverzeichnisses noch einmal deutlich verbessert. Vor allem Rezipienten aus Wissenschaft und Forschung wird es freilich freuen, dass zur Erleichterung des Übergangs die bisherige Nummerierung in Klammern weiterhin abgedruckt ist.

Die bewährte Gliederung in sechs Teile bleibt in der Neuauflage unangetastet. Teil 1 (S. 1–86) zu den Haftungsgrundlagen beginnt wie bisher mit einer ausführlichen Darstellung des Behandlungsvertrags. Souverän führen *Frahm/Walter* namentlich durch die – nicht zuletzt für die Passivlegitimation im Arzthaftungsprozess vorgreifliche – Bestimmung des Vertragspartners des Patienten (Rdnrn. 27ff.). Instrukтив sind auch die Erläuterungen zur wirtschaftlichen Information nach § 630c Abs. 3 BGB (Rdnrn. 81ff.) unter Berücksichtigung der jüngeren BGH-Rechtsprechung (BGHZ 224, 256 = MedR 2020, 575). Es folgt ein kurzer Abschnitt zur ärztlichen Geschäfts-

Akad. Rat Dr. iur. Christoph Jansen, LL.M.,
Institut für Medizinrecht, Universität zu Köln,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, Deutschland

führung ohne Auftrag sowie ein erster Überblick über die Ausgangspunkte der deliktischen Arzthaftung. Teil 2 (S. 87–110) behandelt sodann darauf aufbauend die Haftungssubjekte einschließlich der Haftung für Organe und Hilfspersonen sowie sich anschließende Zurechnungsfragen.

Kernkapitel des Buches sind die Teile 3 und 4 zur Haftung wegen Behandlungs- (S. 111–266) und Aufklärungsfehlern (S. 267–344) mit ihren jeweiligen beweisrechtlichen Implikationen. Die Ausführungen zum Sorgfaltsmaßstab der Behandlungsfehlerhaftung zu Beginn des dritten Teils fassen die durch den BGH herausgearbeiteten Charakteristika des zivilrechtlichen „Facharztstandards“ anschaulich, lückenlos und strukturiert zusammen, ohne dabei Hergebrachtes in Frage zu stellen. Mit wissenschaftlichem Anspruch beteiligen sich die Autoren an der Debatte um die Auflösung eines potentiellen Konflikts zwischen medizinischem Standard und Wirtschaftlichkeitsanforderungen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (Rdnr. 167). Ferner klingt in der Neuauflage bereits die Diskussion über die Auswirkungen der Liberalisierung der Fernbehandlung auf den haftungsrechtlichen Standard an (Rdnr. 165 mit Literaturnachweisen). Der Fokus des Leitfadens liegt gewiss auch hier ganz auf der praktischen Anwendung der zuvor geschilderten Grundsätze auf konkrete, fortlaufend aktualisierte Fallgruppen (Rdnrn. 192ff.).

Die für die Praxis besonders bedeutsamen beweisrechtlichen Anleitungen sind umfassend, erhellend und auf der Höhe der Zeit (s. etwa zu Substantiierungsanforderungen bei Hygieneverstößen Rdnr. 268; zur Ausweitung des Anwendungsbereichs der Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler Rdnr. 270). Die differenzierte Darstellung der Aufklärungsfehlerhaftung im vierten Teil steht dem in nichts nach. Grundlagen, Ausnahmen, Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärung, betroffener Pflichtenträger, maßgeblicher Zeitpunkt, mögliche Einwände und die sich an-

schließenden Beweislastfragen (u. a. aktuelle obergerichtliche Judikate und Literaturbeiträge zur „Immer-so“-Rspr. in Rdnr. 493) werden wiederum jeweils systematisch für unterschiedliche Konstellationen erörtert.

Nach Teil 5 zur Verjährung (S. 345–376) schließt das Buch mit Teil 6 (S. 377–434), welcher dem Verfahrensrecht gewidmet ist. Schwerpunkt dieses Kapitels ist – neben vorprozessualen Aspekten, der Ausgangslage der Parteien und der Rolle des Gerichts im Arzthaftungsprozess sowie Fragen von Vergleich und Rechtskraft – der Abschnitt zum Sachverständigenbeweis (Rdnrn. 604ff.). Besonders hilfreich erscheinen hier die Hinweise zur Auswahl des Sachverständigen sowie zu dessen mündlicher Anhörung. Weniger übersichtlich sind demgegenüber die Inzidentbetrachtungen zur Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 406 ZPO) in Fn. 1998f.

In allen Teilen spiegelt sich die große praktische Erfahrung der Autoren auf ihrem Gebiet wider. Zugleich legen die Autoren hohen Wert auf eine sorgsame wissenschaftliche Aufbereitung. Erklärtes Ziel des Buches ist es, den Zugang zum Arzthaftungsrecht zu erleichtern sowie Orientierung bei der alltäglichen Bearbeitung von Schadensfällen zu bieten. Diesem Blickwinkel der Rechtsanwendung entsprechend richtet sich das Werk in erster Linie an Rechtsanwälte und Richter sowie Mitarbeiter von Versicherungsunternehmen, Verbänden und Krankenhäusern. Es eignet sich dabei sowohl als griffiges Nachschlagewerk des erfahrenen Medizinrechtlers als auch als verständliche und verlässliche Lektüre für den Einstieg in ein zunehmend komplexes Rechtsgebiet. Die 7. Auflage des „Frahm/Walter“ liefert alles in allem erneut eine hervorragende Gesamtschau des modernen Arzthaftungsrechts und ist damit uneingeschränkt und nachdrücklich zu empfehlen.

Christoph Jansen