

Unmöglichkeit im Medizinrecht

Maximilian Becker*

A. Einleitung.....	123	II. Falsifikationismus und Bewährtheit.....	141
B. Potentielle Anwendungskonstellationen.....	125	III. Praktische Zugeständnisse.....	143
C. Anerkannte Fälle der Unmöglichkeit im Medizinrecht.....	128	IV. Konkrete Prüfungsanforderungen... 145	
D. Dienstverträge im Unmöglichkeitsrecht.....	129	1. Positive Begrenzung.....	145
I. Die Zweigliedrigkeit von Dienstverträgen.....	130	2. Wissenschaftlichkeit der Theorie.....	146
II. Zum Behandlungsvertrag.....	131	3. Abstufungen der Bewährtheit... 147	
E. Allgemein: Der Anwendungsbereich des § 275 Abs. 1 BGB.....	133	V. Berücksichtigung besonderer Erkenntnismittel.....	149
F. Auslegung des Behandlungsvertrages und Unmöglichkeitsrecht.....	136	H. Zur Konkretisierung der Unmöglichkeitsgrenze im Medizinrecht.....	149
I. Abhängigkeit der Leistung von einer wahren Aussage über die Realität... 136		I. Medizinrechtliche Vorgaben.....	150
II. Ergänzende Vertragsauslegung.....	138	1. Zulassung von Arzneimitteln... 150	
III. Auslegungshilfe: Drei Klassen von Leistungsvereinbarungen.....	138	2. Arzthaftung.....	152
IV. Vertragliche Vereinbarung zum Schicksal der Gegenleistungspflicht.....	139	3. Ersatzpflicht der GKV.....	154
G. Abgrenzung wissenschaftlicher Unmöglichkeit.....	139	4. Selbstverständnis der Ärzteschaft.....	155
I. Korrespondenztheorie der Wahrheit.....	140	II. Auswertung.....	156
		III. Einschränkung des § 326 Abs. 1 BGB.....	157
		I. Placebo-Effekt und medizinische Unmöglichkeit.....	161
		J. Zusammenfassung.....	163

A. Einleitung

Im sog. Kartenlegfall äußerte sich der BGH erstmals zum Grenzverlauf der tatsächlichen Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB. Eine Leistung kann nicht verlangt oder gar erzwungen werden, „wenn sie nach den Naturgesetzen oder nach dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik schlechthin nicht erbracht werden kann“.¹ Gegenstand der Entscheidung war das Versprechen „offenkundig“ unmöglicher, übersinnlicher Leistungen durch eine Kartenlegerin. Dieser ungewöhnliche Leistungsgegenstand samt der ausdrücklichen Festlegung des § 275 Abs. 1 BGB auf den Stand von Wissenschaft und Technik gibt Anlass, einen Blick auf die Anwendungsvoraussetzungen des § 275 Abs. 1 BGB, seine Reichweite sowie auf bisher unberücksichtigte Anwendungsgebiete des Unmöglichkeitsrechts zu werfen. – Der

* Prof. Dr. Maximilian Becker ist Juniorprofessor für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht an der Universität Siegen.

1 BGHZ 188, 71 (2. Leitsatz).

Grundgedanke des § 275 Abs. 1 BGB beansprucht universelle Geltung: *impossibile nulla est obligatio*.²

Ein Gebiet, in dem die Frage der wissenschaftlichen Möglichkeit und Unmöglichkeit besonders schwierig zu entscheiden ist, in dem aber ein kaum überschaubares Spektrum teilweise sehr kostspieliger Leistungen auf das besonders streng geschützte Rechtsgut Leben und Gesundheit trifft, ist die Humanmedizin. In Deutschland sorgten seit Ende der neunziger Jahre mehrere Gesundheitsreformen für eine Tendenz zu mehr Markt und Wettbewerb in diesem Bereich. Die daraufhin stark gewachsene Angebotspalette an Heilbehandlungen³ für Selbstzahler umfasst auch zahlreiche medizinisch oftmals nicht erforderliche Leistungen oder Außenseiterbehandlungen.⁴ Hinzu tritt ein florierender Markt nicht-ärztlicher Heilangebote, der teilweise bis in das Gebiet der Esoterik hineinreicht und auf dem mitunter Lehren vertreten werden, die medizinischen wenn nicht naturwissenschaftlichen⁵ Erkenntnissen widersprechen. Die Frage der Unmöglichkeit medizinischer Leistungen ist daher wirtschaftlich wie gesellschaftlich von großer Bedeutung. Ein Grund dafür, dass keine der gängigen Kommentierungen zu § 275 BGB Heilbehandlungen erwähnt,⁶ könnte sein, dass die Komplexität und die Vielzahl der zu berücksichtigenden Determinanten es kaum zulassen, exakte Vorhersagen für biologische Systeme zu treffen.⁷ Diese Komplexität macht es aber zugleich ungefährlich, Hypothesen über medizinische Zusammenhänge aufzustellen. Fast immer findet sich ein Ausweg (Ernährungsfehler, Schlafgewohnheiten, Wohnsituation etc.), über den die Hypothese entgegen empirischen Widerlegungen aufrecht erhalten werden kann.

2 Von *Celsus* stammender, römischrechtlicher Lehrsatz, vgl. D. 50. 17. 185 („Unmögliches ist kein Gegenstand einer Verbindlichkeit“).

3 Der Begriff erfasst hier jegliche Form medizinischer oder quasimedizinischer Leistungen, gleich ob sie von Ärzten oder Nicht-Medizinern wie insbesondere Heilpraktikern erbracht werden.

4 W. *Schuldzinski*, Individuelle Gesundheitsleistungen – Markt ohne Regeln?, *VuR* 2007, S. 428 (428 f.).

5 Zur Differenzierung von Medizin und Naturwissenschaften vgl. unten H. I. 4.

6 In folgenden Kommentierungen zu § 275 BGB fand sich nichts zur Frage der Unmöglichkeit eines Behandlungs- oder Arztvertrages: M. *Löwisch/G. Caspers*, in: Staudinger – Kommentar zum BGB, §§ 255-314 (Leistungsstörungenrecht 1), Berlin 2009, § 275; W. *Ernst*, in: F. J. Säcker/R. Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar – BGB, Bd. II, 6. Aufl., München 2012, § 275; B. *Dauner-Lieb*, in: B. Dauner-Lieb/T. Heidel/G. Ring (Gesamtausgabe), Nomos-Kommentar – BGB, Bd. II/1, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, § 275; H. P. *Westermann*, in: B. Grunewald/G. Maier-Reimer/H. P. Westermann (Hrsg.), Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 13. Aufl., Köln 2011, § 275; C. *Grüneberg*, in: Palandt – Kommentar zum BGB, 72. Aufl., München 2013, § 275; H. *Wiedemann*, in: W. Siebert et al. (Hrsg.), Soergel – Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II (Schuldrecht I), 12. Aufl., Stuttgart et al. 1990, § 275. In den BGB-Komentierungen großer Medizinrechtskommentare ist § 275 BGB nicht enthalten, O. Bergmann/B. Pauge/H.-D. Steinmeyer (Hrsg.), *Gesamtes Medizinrecht*, Baden-Baden 2012; A. Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, München 2011. E. *Deutsch/A. Spickhoff*, *Medizinrecht*, 6. Aufl., Berlin et al. 2008, Rn. 544 stellen fest, dass eine „ärztliche Dienstleistung“ unmöglich sei, wenn „die Behandlung des Patienten fehlerhaft oder verzögert erfolgt ist“.

7 C. *Weiß*, Basiswissen medizinische Statistik, 5. Aufl., Heidelberg 2010, S. 3 f.; H.-U. *Dettling*, Wissenschaftlichkeit im Arzneimittelrecht – Zum Begriff des jeweils gesicherten Standes der wissenschaftlichen Erkenntnisse (Teil 3), *PharmR* 2008, S. 418 (422). Aus vergleichbaren Erwägungen sieht der BGH in Lügendetektortests ein völlig ungeeignetes Beweismittel i.S.d. § 244 Abs. 3 S. 2 Alt. 4 StPO, BGHSt 44, 308 (315 f.); s.a. BGHSt 5, 332 (336 f.).

Grundsätzlich kann im Rahmen des Unmöglichkeitrechts in Bezug auf Leben und Gesundheit in zwei Richtungen argumentiert werden. Einerseits kann man vertreten, dass das Unmöglichkeitrecht hier keinen oder nur einen kleinen Platz hat, da zum Schutze der Gesundheit nichts unversucht gelassen werden sollte und angesichts besagter Komplexität, zu der auch Placebo- und Nocebo-Effekte zählen, keine seriösen Aussagen zur Unmöglichkeit von Heilbehandlungen getroffen werden können. Dem gegenüber steht der Einwand *begrenzter Ressourcen*, wozu zuvorderst eine begrenzte Zahl an Heilungsversuchen pro Patient zählt. Weitere limitierende Bedingungen für Heilungsversuche sind der Geld- und Ärztemangel sowie die persönlichen Ressourcen der Patienten, die sich zudem oftmals in einer Notlage befinden. Die hohe Komplexität medizinischer Sachverhalte könnte aus Sicht der Rechtsordnung dafür sprechen, die Ermittlung des Möglichen restriktiv zu verstehen und bestimmten Verträgen im Gesundheitsbereich über das Unmöglichkeitrecht eine wirtschaftliche Grenze zu ziehen.

Im Folgenden geht es darum, die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 275 Abs. 1 BGB im Medizinrecht zu zeigen und erste Schritte vorzuschlagen, wo die Grenze des Möglichen verlaufen könnte.

B. Potentielle Anwendungskonstellationen

Darzulegen sind zunächst die Konstellationen, in denen die Unmöglichkeit und ihre Rechtsfolgen im Recht der Heilbehandlungen relevant sein könnten.

In der Systematik des Leistungsstörungsrechts hat § 275 Abs. 1 BGB als rechtshindernde Einwendung die Funktion, die Entstehung primärer Erfüllungsansprüche zu verhindern oder sie als rechtsvernichtende Einwendung nachträglich zu vernichten.⁸ Diese Leistungsstörung kann prinzipiell jeden vertraglichen Leistungsaustausch betreffen.

Mit der Leistungspflicht entfällt gem. § 326 Abs. 1 BGB bei gegenseitigen Verträgen grundsätzlich auch die Gegenleistungspflicht. Bereits geleistete Zahlungen kann der Leistungsgläubiger über §§ 346–348 BGB⁹ herausverlangen (bzw. kondizieren)¹⁰ und, sofern sein Gegenüber die Unmöglichkeit zu vertreten hat, auch großen Schadensersatz verlangen. Der Wegfall der Gegenleistungspflicht gem. § 326 Abs. 1 BGB ist allerdings von mehreren *Ausnahmen* durchsetzt, in denen die Gegenleistungspflicht erhalten bleibt.¹¹

8 W. Fikentscher/A. Heinmann, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006, Rn. 390.

9 Ernst (Fn. 6), § 311a Rn. 40.

10 Für Zahlungen nach Erlöschen der Leistungspflicht wird die Anwendung von § 812 Abs. 1 S. 1 BGB vorgeschlagen, Ernst (Fn. 6), § 326 Rn. 99; Westermann (Fn. 6), § 326 Rn. 18.

11 Vgl. etwa §§ 326 Abs. 2 Fall 1 und Fall 2; 446; 447; 644 Abs. 1 S. 1 BGB sowie die vom BGH angenommene Ausnahme für absurde Verträge, BGHZ 188, 71 (Rz. 15 ff.).

Eine weitere Grenze für die Anwendung des § 326 Abs. 1 BGB setzen die Ersatzpflicht der gesetzlichen Krankenversicherungen (GKV) sowie weitere spezielle Entscheidungen des Gesetzgebers, die darauf hindeuten könnten, dass die Leistung ungeachtet ihrer Möglichkeit bezahlt werden soll. Folgt aus den gesetzlichen Maßstäben z.B. die Ersatzpflicht für bestimmte Therapien, will der Gesetzgeber diese Pflicht offensichtlich nicht von §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB abhängig machen. Für die folgende Untersuchung relevant sind daher nur Leistungen, die nicht bereits kraft gesetzgeberischer Entscheidung den Rechtsfolgen der Unmöglichkeit entzogen sind.

Außerhalb der GKV-Leistungspflichten besteht die einfachste Konstellation aus Verträgen im Anbieter-Patienten-Verhältnis ohne Beteiligung einer Krankenversicherung.¹² Ist die versprochene Behandlung unmöglich, könnte für den Patienten die Zahlungspflicht entfallen. Für das Gros der Deutschen sind insoweit individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL) relevant. IGeL sind medizinische Leistungen, die nicht von der Ersatzpflicht der gesetzlichen¹³ Krankenkassen erfasst sind und die der Arzt dem Patienten ergänzend rechtsgeschäftlich anbietet bzw. aktiv empfiehlt,¹⁴ die dabei aber „entweder notwendig oder aus ärztlicher Sicht empfehlenswert bzw. sinnvoll, zumindest aber vertretbar sind“.¹⁵ Das Marktvolumen für IGeL im Jahr 2010 betrug nach einer Modellrechnung 1,5 Mrd. €.¹⁶

IGeL sind an die GOÄ gebunden, sofern sie von Anbietern erbracht werden, die kraft gesetzlicher Verpflichtung oder vertraglicher Vereinbarung nach der GOÄ abrechnen, also insbesondere von Ärzten (§ 1 Abs. 1 GOÄ). Die GOÄ erfasst gem. § 1 Abs. 2 GOÄ auch Leistungen, die medizinisch nicht notwendig sind, wozu einige IGeL zählen.¹⁷ Ferner steht es Anbietern frei, „beinahe jede beliebige Handlung als Heilverfahren zu bezeichnen“,¹⁸ woraus sich die Nichtabgeschlossenheit von IGeL sowie die teils weit von der sog. Schulmedizin entfernten Therapieangebote begrün-

- 12 Zu den insoweit denkbaren Einzelfällen vgl. *P. M. Hermanns/G. Filler/B. Roscher*, Alternative Medizin: Abrechnung nach GOÄ und Hinweise zur Abrechnung bei der GKV, 3. Aufl., München 2008, S. 14.
- 13 Andere definieren den Begriff weiter und schließen auch den Ersatzanspruch gegen PKV aus, *W. H. Eberbach*, Die Verbesserung des Menschen – Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin, *MedR* 2008, S. 325 (327); so auch der *RegE PatRG*, BT-Drucks 17/10488, S. 22.
- 14 *R. Hess/M. Hübner*, in: *F. Wenzel*, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 2. Aufl., Köln 2009, Kap. 11 A. Rn. 192; *C. Woopen*, in: *C. Katzenmeier/K. Bergdolt*, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, Köln 2009, S. 181 (192); <http://www.igel-monitor.de/94.htm>.
- 15 Beschlussprotokoll des 109. Deutschen Ärztetages 2009, S. 39 f. (dort Punkt 2) (abrufbar unter <http://tinyurl.com/cggkdqa>); *Hess/Hübner* (Fn. 14), Kap. 11 A. Rn. 193. Nach a.A. sind IGeL-Leistungen definitionsgemäß nicht medizinisch notwendig, andernfalls müssten sie von der GKV erstattet werden, vgl. *R. Klakow-Franck*, IGeL = Verlangensleistungen, *Dtsch Arztebl* 101 (2004), A 956.
- 16 *K. Zok*, *WidOmonitor* 2010, S. 1 (4) (abrufbar unter <http://tinyurl.com/98naaw9>).
- 17 Vgl. *A. Spickhoff*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht* (Fn. 6), § 1 GOÄ Rn. 15.
- 18 <http://www.igel-monitor.de/349.htm>; *Schuldzinsky*, *Individuelle Gesundheitsleistungen* (Fn. 4), S. 328.

den.¹⁹ Für derlei Angebote ist Ärzten gem. § 6 Abs. 2 GOÄ zwar eine Analogabrechnung entsprechend der GOÄ gestattet,²⁰ die Kosten werden von privaten Krankenversicherungen (PKV) und Beihilfestellen aber häufig nicht erstattet.²¹

Vertragsärzte dürfen Leistungen außerhalb der GKV-Leistungspflicht gem. § 18 Abs. 8 Nr. 2 BMV-Ä, § 21 Abs. 8 Nr. 2 EKV nur dann als privatärztliche Leistungen nach der GOÄ abrechnen, wenn dies ausdrücklich vom Patienten *gewünscht* ist. Ferner muss vor Beginn der Behandlung die *schriftliche Zustimmung* des Patienten eingeholt und dieser auf die Pflicht zur Kostenübernahme hingewiesen werden (§§ 3 Abs. 1 S. 2, 18 Abs. 8 Nr. 3 BMV-Ä; §§ 2 Abs. 11, 21 Abs. 8 Nr. 3 EKV).²² § 630c Abs. 3 BGB sieht hinsichtlich der Kostenübernahme nunmehr eine separate *wirtschaftliche Informationspflicht* vor.²³

Der vorliegenden Untersuchung unterfallen zudem Gesundheitsleistungen von Heilpraktikern und anderen nicht-approbierten Anbietern, die gänzlich außerhalb der GOÄ²⁴ abgerechnet werden. Derartige Leistungen sind für das Unmöglichkeitensrecht besonders interessant, da hier zahlreiche Anbieter ohne vertiefte medizinische Kenntnisse auf den Markt treten, was sich in ihrem Leistungsspektrum bemerkbar macht. Der wirtschaftliche Schwerpunkt aus Sicht des Unmöglichkeitensrechts dürfte daher außerhalb von Arztpraxen liegen. Genaue Zahlen über esoterische und/oder pseudowissenschaftliche Heilbehandlungen sind schon angesichts der schwierigen Abgrenzung dieses Marktes nicht erhältlich. Zu bedenken ist aber, dass auch gesundheitsorientierte Leistungen wie „Kristallheilung“, „Wasserbelebung“, Angebote zur Abschirmung von „Erdstrahlen“, das Auffinden von „Wasseradern“ (Radiästhesie), „energetisches Heilen“, „Pendeln“ etc. keine gesellschaftlichen Randerscheinungen sind, sondern die zahlreichen deutschsprachigen Angebote im Internet eher auf einen breiten Markt schließen lassen,²⁵ dessen Nachfrager sich einen gesundheitlichen Nutzen davon versprechen.

- 19 Vgl. etwa P. M. Hermanns/G. Filler/B. Roscher, IGEL-Liste 2008, 4. Aufl. 2007, S. 280 (Bach-Blüten-Therapie), 253 (Vegatest), 250 f. (Anthroposophische Medizin), 251 f. (Ayurveda).
- 20 Vgl. Spickhoff (Fn. 17), § 6 GOÄ Rn. 3 f.
- 21 Hess/Hübner (Fn. 14), Kap. 11 A. Rn. 18.
- 22 LG Mannheim, VersR 2008, S. 823 f.; A. Pieritz, Individuelle Gesundheitsleistungen – Vertragsgestaltung, Dtsch Arztebl 105 (2008), A 1574.
- 23 Dazu RegE PatRG, BT-Drucks. 17/10488, S. 22; C. Katzenmeier, Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie – Eine kritische Betrachtung des Patientenrechtegesetz-Regierungsentwurfs, MedR 2012, S. 576 (580).
- 24 Die GOÄ gilt bis auf wenige Ausnahmen nur für Ärzte i.S.d. § 11 BÄO und Behandelnde mit einer Erlaubnis nach § 10 BÄO, vgl. Spickhoff (Fn. 17), § 1 GOÄ Rn. 4. Für Heilpraktiker existiert mit der GebüH (Gebührenordnung Heilpraktiker) lediglich ein Gebührenverzeichnis, dem aber nur der Stellenwert einer üblichen Vergütung i.S.d. § 612 Abs. 2 BGB zukommt, T. Clausen, in: M. Terbill (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, München 2009, § 7 Rn. 9. Zum Behandlungsvertrag beim Heilpraktiker vgl. M. Quaas/R. Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl., München 2008, § 34 Rn. 2 ff.
- 25 Jeder der genannten Begriff führt in der deutschsprachigen Google-Suche zu wenigstens sechsstelligen Trefferzahlen.

Ist der Patient privat zusatz- oder vollversichert, kann die Unmöglichkeit in weiteren Konstellationen relevant werden, etwa wenn die PKV dem Patienten den Ersatz verweigert, weshalb er nach Leistungsverweigerungsrechten gegenüber dem Behandelnden sucht. Diese Konstellation tritt am ehesten auf, wenn der Versicherte über die Versicherungspolice nicht im Bilde ist und nicht-gedeckte Behandlungsleistungen erwirbt.²⁶

C. Anerkannte Fälle der Unmöglichkeit im Medizinrecht

Wie gezeigt,²⁷ befasst sich die Unmöglichkeitslehre bislang nicht mit Heilbehandlungen. Wohl aber gilt z.B. die Unmöglichkeit übersinnlicher Leistungen als *offenkundig* i.S.d. § 291 ZPO.²⁸ Damit liegt es nahe, dass solche und bestimmte andere Leistungen auch im Bereich von Heilbehandlungen unmöglich sind. Im Folgenden sind die Bereiche des Medizinrechts zu rekapitulieren, in denen die Unmöglichkeit als Leistungsstörung bereits Berücksichtigung findet.

Die wenigen in der Literatur berücksichtigten Fälle können in drei Gruppen unterteilt werden: 1) Fälle der Nichtbehandlung aufgrund des Todes²⁹ bzw. der Lebensunfähigkeit,³⁰ der plötzlichen Genesung³¹ oder einer anderweitigen Erkrankung³² des Patienten; 2) eine Erkrankung³³ des höchstpersönlich verpflichteten Arztes und 3) das Fehlen der erforderlichen Behandlungsmaßnahmen.³⁴

26 Siehe etwa AG Göppingen NJW-RR 1996, S. 346 ff.; diese Problematik wird nun auch in § 630c Abs. 3 BGB berücksichtigt, vgl. RegE PatRG, BT-Drucks. 17/10488, S. 22; s.o. bei Fn. 23. S.a. OLG Köln NJW-RR 1999, S. 199 ff.

27 S.o. Fn. 6.

28 *H. Prütting*, in: T. Rauscher/P. Wax/J. Wenzel, Münchener Kommentar – ZPO, Bd. I, 4. Aufl., München 2013, § 291, Rn. 8 („...darf ein Gericht ohne Beweiserhebung davon ausgehen, dass die Vornahme rechtlich relevanter Handlungen durch magische oder übersinnliche Kräfte, mit Hilfe der Parapsychologie und durch vergleichbare Phänomene nicht möglich ist“), zitiert BGH NJW 1978, S. 1207; LG Aachen MDR 1989, S. 63; LG Kassel NJW 1985, S. 1642. Dort stellt der BGH auf § 244 StPO ab, die Landgerichte hingegen auf § 291 ZPO.

29 *V. Emmerich*, BGB – Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl., Heidelberg et al. 2009, § 9 Rn. 25 f.

30 *E.-W. Hanack*, Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen aus juristischer Sicht, MedR 1985, S. 33 (36); *M. Glöckner*, Ärztliche Handlungen bei extrem unreifen Frühgeborenen, Berlin et al. 2007, S. 314 f. (zur Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB als Behandlungsgrenze).

31 *Emmerich*, Schuldrecht BT (Fn. 29), § 9 Rn. 25 f.

32 *B.-R. Kern*, in: A. Laufs/B.-R. Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010, § 75 Rn. 27.

33 Etwa LG Aachen, VersR 2002, S. 195 ff. mit Anm. *E. Deutsch*.

34 *K. Ulsenheimer*, Therapieabbruch beim schwerstgeschädigten Neugeborenen, MedR 1994, S. 425 (427) (faktische Unmöglichkeit der Lebensverlängerung wo „die dafür erforderlichen personellen Voraussetzungen und (oder) apparativen Mittel gänzlich fehlen“ oder „wenn noch keine medizinisch gesicherten Standard-Behandlungsmethoden zur Lebenserhaltung (...) zur Verfügung stehen oder die beabsichtigten Maßnahmen mit Gewißheit zum Tod des Kindes führen, seine Behinderung nicht beheben oder gar vergrößern“; *A. Eser*, in: H. Kamps/A. Laufs (Hrsg.), Festschrift für Helmut Narr, Berlin et al. 1988, S. 47 (57 f.).

Bei der ersten Gruppe handelt sich um Fälle der Zweckerreichung bzw. des Zweckfortfalls; sie bilden eine Untergruppe der tatsächlichen Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB.³⁵ Die Behandlung als solche ist möglich und der betreffende Arzt könnte sie auch vornehmen, der Zustand des Patienten erlaubt die Behandlung aber nicht.

Die zweite Gruppe betrifft Fälle der objektiven Unmöglichkeit bei höchstpersönlicher Leistungspflicht: Ist der Arzt höchstpersönlich verpflichtet, kann die geschuldete Behandlung von niemandem sonst erbracht werden.³⁶ Solche Fälle kommen in zahlreichen anderen Rechtsgebieten ganz ähnlich vor, nur werden höchstpersönliche Leistungspflichten im Medizinrecht besonders häufig vereinbart.

Während die ersten beiden Fallarten nicht spezifisch für das Medizinrecht sind, geht es bei der dritten Gruppe um Fälle, in denen der geschlossene Behandlungsvertrag nicht erfüllt werden kann, weil die Behandlung in der versprochenen Form unmöglich ist. Die dazu eben genannten³⁷ Fälle betreffen das Problem, dass die Medizin für die Erkrankung *generell* keine wirksame Behandlung kennt, oder aber die nötigen Geräte *vor Ort* nicht zur Verfügung stehen.

Gegenstand der folgenden Untersuchung ist die Abgrenzung medizinischer Unmöglichkeit auch für solche Fälle, in denen eine bestimmte Behandlung geschuldet ist, die *beabsichtigte Wirkung* der geschuldeten Behandlung jedoch (i.d.R. anfänglich) objektiv unmöglich ist.

D. Dienstverträge im Unmöglichkeitsrecht

Aufgrund der „Komplexität medizinischer Zusammenhänge, die nur beschränkt vom Menschen beherrschbar sind“,³⁸ wird im Behandlungsvertrag nur ein Dienst- und kein Werkvertrag gesehen.³⁹ Dementsprechend regelt § 630a BGB eine „spezielle Form des Dienstvertrages“, wenngleich in Ausnahmefällen (z.B. für reine zahnla-

35 Daumer-Lieb (Fn. 6), § 275, Rn. 33; D. Medicus/S. Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 20. Aufl., München 2012, Rn. 414; D. Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 2012, Rn. 458.

36 Vgl. U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. II, Tübingen 1999, S. 709 f.; Ernst (Fn. 6), § 275 Rn. 38.

37 S.o. Fn. 34.

38 Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht (Fn. 8), Rn. 1132; s.a. oben Fn. 7.

39 BGHZ 63, 306 (309); 76, 259 (261); Spickhoff (Fn. 17), § 631 BGB Rn. 1 ff.; R. Martis/M. Winkhart-Martis, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., Köln 2010, Rn. A 401; D. Griebau, in: R. Ratzel/B. Luxenburger (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., Bonn 2011, § 10 Rn. 1. Eingehend C. Katzenmeier, Arzthaftung, Tübingen 2002, S. 99 ff. (führt die Anwendung von Dienstvertragsrecht weniger auf das Fehlen eines Erfolgsversprechens, denn auf „die den beiderseitigen Interessen am besten entsprechenden Rechtsätze“ zurück); s.a. G. Schiemann, Der freie Dienstvertrag, JuS 1983, S. 649 (650 f.).

bortechische Arbeiten) § 631 BGB greifen soll.⁴⁰ Damit stellt sich die Frage, inwieweit das Unmöglichkeitsrecht auf Dienstverträge anwendbar ist.

Da Dienstverträge nicht auf *beliebige*, sondern auf *bestimmte*, nämlich die „versprochenen Dienste“ (§ 611 Abs. 1 BGB), gerichtet sind, kann grundsätzlich auch ihre Erfüllung nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich sein.⁴¹ Dafür muss die geschuldete Tätigkeit, so wie sie versprochen wurde, unmöglich sein, was z.B. im eingangs erwähnten Kartenlegefall, bei dem es ebenfalls um einen Dienstvertrag ging, zutraf.⁴²

I. Die Zweigliedrigkeit von Dienstverträgen

Dienstverträge sind *zweigliedrig*, da über der physischen *Handlung* stets ein damit zu bewirkender *Erfolg* schwebt. Dieser Erfolg ist zwar nicht geschuldet, gleichwohl ist der Dienst im versprochenen Sinne nur möglich, wenn es prinzipiell möglich ist, den erhofften Erfolg damit zu befördern.

Dieser durch das Tun des Leistungsschuldners zu bewirkende Erfolg muss auch bei Dienstverträgen zudem von dem dahinter liegenden *Zweck*, um dessentwillen sich der Gläubiger die Leistung versprechen ließ („Verwendungszweck“) unterschieden werden,⁴³ in der Reihenfolge: *Leistungshandlung* (= das, was der Verpflichtete physisch tut), *Leistungserfolg* (= das, was die Leistungshandlung bewirkt), *Verwendungszweck* (= der Zweck um dessentwillen der Leistungsgläubiger den Vertrag schließt). Der Verwendungszweck macht – i.R.d. Vertragsauslegung – Vorgaben für die geschuldete Leistung.

Beispiel: Der Behandelnde injiziert dem Patienten ein Medikament (Leistungshandlung), dieses löst im Körper eine bestimmte Reaktion aus (Leistungserfolg), um derentwillen der Patient den Vertrag geschlossen hatte (Verwendungszweck). – Daher macht das Fehlen *medizinischer Notwendigkeit* eine Heilbehandlung nicht zwingend unmöglich, sondern, wie im Falle einiger IGeL,⁴⁴ allenfalls überflüssig. Die Leistungshandlung eignet sich dann durchaus für den Leistungserfolg, nur ist bei wirksamen, aber medizinisch überflüssigen Leistungen der Verwendungszweck insofern gestört, als zwar die erhoffte Wirkung möglich, nur

40 RegE PatRG, BT-Drucks. 17/10488, S. 17. Unter § 630a Abs. 1 BGB fallen nicht nur Ärzte, sondern alle Angehörigen von Heilberufen, wozu auch Heilpraktiker zählen, ebd., S. 18; s.a. A. Spickhoff, Patientenrechte und Gesetzgebung – Rechtspolitische Anmerkungen zum geplanten Patientenrechtsgesetz, ZRP 2012, S. 63 (66). So stellt sich etwa die Frage, ob geistiges Heilen noch unter § 630a BGB fällt, vgl. BVerfG, MedR 2005, S. 35 ff.; VGH Bad.-Württ., MedR 1994, S. 369 ff.

41 U. Preis, in: R. Müller-Glöße/U. Preis/I. Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl., München 2013, § 611 Rn. 674, 678 ff.; R. RichardüP. Fischinger, in: Staudinger (Fn. 6), §§ 611-613 (Dienstvertragsrecht 1), Berlin 2011, § 611 Rn. 574, 910.

42 BGHZ 188, 71 (Rz. 8 ff.); LG Kassel NJW 1985, S. 1642 (1642) (Partnerzusammenführung); grundlegend anders M. Schermaier JZ 2011, Anmerkung zu BGHZ 188, 71, S. 633 (637), der die bereits im materiellen Recht (§§ 311a Abs. 2, 275 Abs. 1 BGB) erfolgende Anordnung des Wechsels von Sachzu Ersatzleistung kritisiert und – ähnlich dem LG Ingolstadt (NStZ-RR 2005, S. 313 (314)) – Kartenlegen als dienstvertraglich möglich, weil durchführbar, zu verstehen vorschlägt.

43 K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts – Allgemeiner Teil, Bd. I, 14. Aufl., München 1987, S. 315 (326).

44 Vgl. etwa J. Flintrop/T. Gerst, Ausfransungen eines grauen Marktes, DtschArztebl 102 (2005), A 469 ff.; T. Gerst, Ein breit gefächertes Themenspektrum, Dtsch Arztebl 103 (2006), A 1522 (1523); R. Klakow-Franck, Exklusivrecht der GOÄ: Analogbewertung, Dtsch Arztebl 101 (2004), A 1445.

eben gesundheitlich nicht erforderlich ist. Wie Wellness- oder Kosmetikanwendungen zeigen, ist direkter gesundheitlicher Nutzen aber längst nicht das einzige Motiv für den Erwerb von Heilbehandlungen.

Wie soeben im Beispiel angeführt, führen Fälle der Störung des Verwendungszwecks einer Leistung (Zweckstörungen)⁴⁵ nicht zum Wegfall der Leistungspflicht gem. § 275 BGB.⁴⁶ Sie begründen allenfalls Rechte gem. § 313 BGB.⁴⁷

Wohl aber greift das Unmöglichkeitensrecht, wenn die Dienste in der Weise, wie sie versprochen wurden, nicht möglich sind. Die Leistungshandlung muss zumindest *prinzipiell erfolgsg geeignet* sein. – Unter dem Begriff Leistungserfolg ist vorliegend also *kein* dem Werkvertragsrecht entsprechender „herbeizuführender Erfolg“ (§ 631 Abs. 2 BGB) oder eine vergleichbare Erfolgsgarantie zu verstehen. Es geht im Dienstvertragsrecht lediglich um die *Tauglichkeit* der Leistungshandlung i.S.d. getroffenen Vereinbarung, die in aller Regel Leistungshandlung und -erfolg umfasst – kurz: um die Leistung des *vertragsgemäßen* Dienstes. Für § 275 Abs. 1 BGB bedeutet das, dass es bei Dienstverträgen nicht unmöglich sein darf, mit der fraglichen Handlung den Leistungserfolg zu erreichen, für dessen Erreichung der Dienst vereinbart wurde.

II. Zum Behandlungsvertrag

Wie stellt sich nun das Unmöglichkeitensrecht im Behandlungsvertrag als speziellem Dienstvertrag dar? – Im Vordergrund des Behandlungsvertrages steht die Behandlungspflicht, bestehend aus Anamnese, Untersuchung, Diagnose und Therapie.⁴⁸ Dabei handelt es sich lediglich um „Tätigkeitsschulden“,⁴⁹ der Arzt verdient sein Honorar „bereits durch sein Tätigwerden als solches“.⁵⁰ Geschuldet ist aber keine *beliebige* Tätigkeit, sondern eine „fachgerechte Vornahme der Behandlung“⁵¹ nach „dem anerkannten und gesicherten Stand der medizinischen Wissenschaft zum Zeitpunkt der Versorgung“,⁵² eine „fachgerechte Bemühung um Heilung“.⁵³

45 Der bekannteste Schulfall ist der des Eherings, an dem der Besteller mit Absage der Hochzeit abrupt das Interesse verliert.

46 B. Dauner-Lieb, in: B. Dauner-Lieb/W. Langen, AnwaltkommentarBGB, Bd. II/1, Bonn 2005, § 275 Rn. 33; Looschelders, Schuldrecht AT (Fn. 35), Rn. 460; Ernst (Fn. 6), § 275 Rn. 160 f.

47 H. Unberath, in: H. G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bd. I, 3. Aufl., München 2012 (Stand: 1.3.2011), § 313 Rn. 64.

48 Vgl. Kern (Fn. 32), § 42 Rn. 3 ff.; R. Richardi, in: R. Richardi/H. Wißmann/O. Wlotzke/H. Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. II, 3. Aufl., München 2009, § 338 Rn. 15 ff.; s.a. W. Weidenkaff, in: Palandt (o. Fn. 6), Nachtrag – Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. 2. 2013 (abrufbar unter: <http://tinyurl.com/dyopt3g>).

49 E. Schmidt, Der ärztliche Behandlungsfehler im Spannungsfeld zwischen medizinischem Versagen und juristischer Problembearbeitung, MedR 2007, S. 693 (697).

50 OLG Nürnberg NJW-RR 2004, S. 1543 (1544).

51 RegE PatRG, BT-Drucks. 17/10488, S. 17.

52 Martis/Winkhart-Martis, Arzthaftungsrecht (Fn. 39), Rn. A 403; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht (Fn. 8), Rn. 1132; Griebau (o. Fn. 39), § 10 Rn. 1.

53 R. Müller-Glöge, in: F. J. Säcker/R. Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar – BGB, Bd. IV, 6. Aufl., München 2012, § 611 Rn. 89; Katzenmeier, Arzthaftung (Fn. 39), S. 100 (geschuldet sei das „fachgerechte Bemühen um die Genesung“).

Auch der Behandlungsvertrag ist daher zweigliedrig. Da Zweck des Vertrages i.d.R. die Behandlung eines Leidens ist, erstreckt sich die Pflicht des Behandelnden auf Handlungen, die geeignet sind (d.h. mit denen es *möglich* ist), für dieses Vertragsziel nützliche Wirkungen auszulösen.⁵⁴ Dies gilt grundsätzlich auch für nicht approbierte Behandelnde.⁵⁵ Entscheidend ist, wie im vorherigen Punkt ausgeführt, die *prinzipielle Erfolgsgeeignetheit* der Leistungshandlung.

Beispiel: Einem Hautarzt ist es grundsätzlich möglich, durch das Screening der Hautoberfläche (Leistungshandlung) bösartige Veränderungen festzustellen (Leistungserfolg).

Unmöglich könnte es hingegen sein, durch Handauflegen auf die betroffenen Körperbereiche eine universelle Lebensenergie auf den Patienten zu übertragen und so dessen Selbstheilungskräfte zu aktivieren (*Reiki*).⁵⁶

Weder ist (wie im Werkvertrag) der Eintritt des Erfolges geschuldet, noch liegt der Erfolg, zu dessen Erreichung der Dienst einen möglichen Beitrag leisten soll, zwingend in der Heilung der Krankheit. Ziel der Behandlung kann genauso etwa eine Verzögerung des Todeszeitpunkts, der Linderung von Schmerzen oder die Herbeiführung einer Remission sein. Behandlungsverträge kollidieren nicht mit § 275 Abs. 1 BGB, wenn es *möglich* ist, durch die Leistungshandlung einen Beitrag zum Erfolg des Behandlungsvertrages zu leisten.

An dem Gesagten ändert sich nichts, wenn der Behandlungsvertrag auf den Erwerb einer ganz bestimmten Behandlung beschränkt wird. Es griffe zu kurz, die Grundsätze des Behandlungs- und Arztvertrags über konkrete Therapien mit dem Argument einzuschränken, der Patient wolle lediglich die Behandlung nach einer bestimmten Methode oder Lehre erwerben. Nach wie vor begehrt der Patient in erster Linie einen Beitrag zu seiner Gesundheit. Dies gilt erst recht, wenn der Arzt eine Zusatzleistung vorschlägt, den Patienten also erst auf die Idee bringt, diesen Weg einzuschlagen.⁵⁷

Beispiel: Wenn jemand explizit eine Behandlung nach der Bach-Blütentherapie wünscht, folgt daraus nicht ohne Weiteres, dass er sich vom Vertragsziel eines Gesundheitsbeitrags entfernen und das Risiko dafür übernehmen will, dass die Leistungshandlung *prinzipiell geeignet* ist, gesundheitsfördernde Wirkungen hervorzurufen. Für das Gegenteil bestünde eine Begründungs- bzw. Beweislast des Behandelnden.

54 Schmidt, Behandlungsfehler (Fn. 49), S. 696 (Hauptanliegen der Patienten sei „eine – gemessen an einem ungezügelter Krankheitsfortlauf – Zustandsverbesserung“); Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht (Fn. 8), Rn. 1129.

55 R. Müller-Glöge, in: MüKo-BGB (Fn. 53), § 611 Rn. 116 f.

56 Vgl. M. S. Lee/H. Pittler/E. Ernst, Effects of reiki in clinical practice: a systematic review of randomised clinical trials, International Journal of Clinical Practice 62 (2008), S. 947 (947).

57 Siehe zur Vertragsauslegung auch unten F. IV.

E. Allgemein: Der Anwendungsbereich des § 275 Abs. 1 BGB

Um die Unmöglichkeitstheorie auf unterschiedliche Behandlungsverträge (und andere Leistungen im Medizinrecht) anwenden zu können, bedarf es zunächst einer *allgemeinen* Abgrenzung des Anwendungsbereichs von § 275 Abs. 1 BGB.

§ 275 Abs. 1 BGB erfasst nur eine begrenzte Reihe an Unmöglichkeitstheorien. Neben die tatsächliche Unmöglichkeit⁵⁸ treten die juristische Unmöglichkeit⁵⁹ sowie die Unmöglichkeit durch Zeitablauf (insbesondere beim absoluten Fixgeschäft),⁶⁰ die man aber auch als Unterfall der tatsächlichen Unmöglichkeit erfassen kann.⁶¹ Denkbar wäre außerdem eine 'theoretische Unmöglichkeit', also die Unmöglichkeit der Leistung vor dem Hintergrund einer vorgegebenen Theorie: Soll der Schuldner unter Anwendung einer konkreten vorgegebenen (z.B. geisteswissenschaftlichen) Theorie ein Ergebnis erwirken, das diese Theorie nach ihren eigenen Regeln nicht hervorbringen kann, könnte ebenfalls ein Fall von Unmöglichkeit vorliegen. Man kann streiten, ob man hierin einen Systemverstoß und damit einen Unterfall der logischen Unmöglichkeit oder (pauschaler) einen Fall tatsächlicher Unmöglichkeit sehen will. Jedenfalls schließen aussagekräftige Theorien auch im nicht-empirischen Bereich unzählige Ergebnisse aus, so dass ein dahingehender Leistungserfolg ebenfalls logisch ausgeschlossen ist. Weiter reicht § 275 Abs. 1 BGB nicht. Ferner sind objektive und subjektive Unmöglichkeit dahingehend zu unterscheiden, dass subjektive Unmöglichkeit ein Leistungshindernis voraussetzt, das *konkret die Person* des Leistungsschuldners betrifft; die Leistung wäre also einem Dritten, oder mit dessen Hilfe auch dem Schuldner, möglich.⁶² Vorliegend interessiert ganz vorwiegend die objektive, also die für *jedermann* bestehende tatsächliche Unmöglichkeit.

§ 275 Abs. 1 BGB hat eine quasi naturrechtliche Basis, da es ein logisches Gebot ist, dass Unmögliches nicht sinnvoll verlangt werden kann (*ought implies can*).^{63,64} Eine

- 58 In der Literatur gebräuchliche Synonyme: natürliche / physische / (natur)wissenschaftliche / naturgesetzliche / denkgesetzliche Unmöglichkeit.
- 59 Vgl. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 129 (tatsächliche / rechtliche Unmöglichkeit); Mot. II, S. 176 = Mugd. II, S. 97 (natürliche / juristische Unmöglichkeit); F. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, Braunschweig 1853, S. 3 f.; H.P. Westermann (Fn. 6), § 275 Rn. 5 f.; M Wolf, in: Soergel (Fn. 6), § 306 Rn. 8 f.; Wiedemann (Fn. 6), § 275, Rn. 5, 22; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht (Fn. 8), Rn. 392; Looschelders, Schuldrecht AT (Fn. 35), Rn. 457 (naturgesetzliche/physische Unmöglichkeit), Rn. 462 (rechtliche Unmöglichkeit); so auch schon L. Enneccerus/H. Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb., Tübingen 1958, S. 129.
- 60 Ernst (Fn. 6), § 275 Rn. 45 ff.; Unberath (Fn. 47), § 275 Rn. 35 ff.; Grüneberg (o. Fn. 6), § 275 Rn. 15; R. Schulze, in: R. Schulze (Hrsg.), Handkommentar-BGB, 7. Aufl., Baden-Baden 2012, § 275 Rn. 13.
- 61 Es kommt darauf an, was man als maßgeblich versteht: 1) die Sinnlosigkeit einer Handlung, die zwar durchgeführt werden kann, zum jetzigen Zeitpunkt vor dem Hintergrund des Vertrages aber nutzlos ist, oder 2) die Unmöglichkeit, rückwirkend eine Handlung vorzunehmen (i.S.e. Zeitreise). Gleich ob man auf den Sinn oder den Zeitpunkt der Handlung abstellt – die Leistung ist unmöglich.
- 62 Vgl. Ernst (Fn. 6), § 275 Rn. 35, 51; Looschelders, Schuldrecht AT (Fn. 35), Rn. 465.
- 63 Die Bedeutung der Regel entspricht der des oben zitierten Celsus-Satzes *impossibilia nulla est obligatio* (vgl. Fn. 2).
- 64 Vgl. J. Joerden, Logik im Recht, 2. Aufl., Heidelberg et al. 2010, S. 209 f.

derartige Pflicht wäre gegenstands- und damit sinnlos.⁶⁵ Letztlich aus prozessökonomischen Gründen⁶⁶ verlagert § 275 Abs. 1 BGB den Ausschluss unmöglicher Leistungspflichten vom Prozessrecht ins materielle Recht vor.⁶⁷ – Das der *tatsächlichen* Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB zugrundeliegende Problem der Lebenswirklichkeit bietet keinen Gestaltungsspielraum. Ob etwas an sich möglich ist oder nicht, lässt sich zum gegebenen Zeitpunkt nicht ändern. Aufgrund dieser starren Grenzen ist die tatsächliche Unmöglichkeit der parteilichen Disposition entzogen. Zur Disposition stehen nur die Rechtsfolgen und (in Grenzen) die Erkenntnismittel, die zur Feststellung des Tatsächlichen als verbindlich betrachtet werden. Daher stellt auch die Ersatzpflicht der GKV – die aber fast nie unmögliche Leistungen betrifft⁶⁸ – eine Ausnahme von § 326 Abs. 1 BGB und nicht von § 275 Abs. 1 BGB dar.

Überraschenderweise werden der näheren Abgrenzung tatsächlicher Unmöglichkeit selbst in Großkommentaren gewöhnlich nicht mehr als ein oder zwei Sätze gewidmet.⁶⁹ Der BGH stellt für § 275 Abs. 1 BGB auf den Stand von Wissenschaft und Technik ab.⁷⁰ Ob etwas technisch möglich ist, muss auf das jeweilige Gebiet bezogen werden, wofür letztlich Expertenauskünfte benötigt werden. – Weitaus heikler und

- 65 U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. I, Tübingen 1999, S. 103 („der Anspruch auf Erfüllung in Natur“ geht „von Anfang an ins Leere“). § 306 BGB a.F. spreche „das Verbot aus, einen Schuldner zu einer objektiv unmöglichen Leistung zu verurteilen“, P. Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, S. 139; E. Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Köln et al. 1978, S. 487 (natürliches Rechtsgesetz, dass eine unmögliche Leistung, Bemühung oder Unterlassung nicht geschuldet werden kann); C.-W. Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen, in: R. Schulze/H. Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 43 (49) (Pflicht zur Erbringung einer unmöglichen Leistung ist Unsinn / *impossibilium nulla est obligatio* „wurzelt (...) tief in „sachlogischen“ Strukturen“); Larenz, Schuldrecht I (Fn. 43), S. 99 (ein solcher Vertrag sei „zweck-, sinn- und gegenstandslos“).
- 66 So schon E. Rabel, Unmöglichkeit der Leistung, in: Aus römischem und bürgerlichem Recht – Festschrift für E. I. Bekker, Weimar 1907, S. 171 (179 f.).
- 67 D. Medicus, Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht, SZ (Rom.) 86 (1969), S. 67 (67); T. Arp, Anfängliche Unmöglichkeit, Paderborn et al. 1988, S. 66 f. (es stelle sich „das Problem, wie rechtlicher Anspruch, Tenor des Urteils und Ziel der Zwangsvollstreckung zu harmonisieren sind“). Für § 306 BGB a.F. wird vermutet, bei seiner Schaffung habe die „Klage auf die geschuldete Leistung“ gar den Blick auf das Erfüllungsinteresse in Geld verstellt, Larenz, Schuldrecht I (Fn. 43), S. 99.
- 68 Vgl. unten bei Fn. 176.
- 69 Löwisch/Caspers (o. Fn. 6), § 275, Rn. 11 („Unmöglich ist eine Leistung, die tatsächlich nicht erbracht werden kann. Hierher gehört zunächst der Fall, dass der geschuldete Gegenstand schon beim Vertragsschluss nicht existiert oder später untergeht“); Ernst (Fn. 6), § 275 Rn. 37 („Leistung (...) naturgesetzlich nicht existieren“); Wiedemann (Fn. 6), § 275 Rn. 22 f. („Fälle, in denen der Ausführung der Leistung Hindernisse entgegengetreten, die ihren Vollzug denkgesetzlich unmöglich machen“); siehe ferner Westermann (Fn. 6), § 275, Rn. 5 („Unmöglichkeit (...) aus naturgesetzlichen Hindernissen (...), wobei dies gewöhnlich schon bei Vertragsschluss feststehen wird“); Schulze (Fn. 60), § 275 Rn. 10 („Bei physischer (bzw tatsächlicher oder naturgesetzlicher) Unmöglichkeit kann die Leistung aufgrund natürlicher Gegebenheiten oder nach dem Stand von Wissenschaft und Technik nicht erbracht werden“); Grüneberg (o. Fn. 6), § 275, Rn. 14 („Leistung ist unmöglich, wenn sie nach Naturgesetzen oder nach dem Stand von Wissenschaft und Technik nicht erbracht werden kann“); J. Esser/E. Schmidt, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Bd. I/2, 8. Aufl., Heidelberg 2000, S. 7 („naturgesetzlich unerbringlich ist eine Leistung vor allem, wenn ihr Gegenstand überhaupt nicht vorhanden (auch nicht herstellbar) oder aber inzwischen vernichtet worden ist“).
- 70 BGHZ 188, 71 (2. Leitsatz).

für das Medizinrecht interessanter ist die wissenschaftliche,⁷¹ genauer gesagt die *naturwissenschaftliche* Unmöglichkeit. Soweit es um *ontologische Erkenntnisse* geht, können z.B. keine Geisteswissenschaften wie die Theologie oder Philosophie gemeint sein. Es kommt nicht darauf an, dass die Leistung aus der Sicht *irgendeiner Wissenschaft* möglich oder unmöglich ist, z.B. wäre der Nachweis *philosophischer Unmöglichkeit* kaum zu führen. Nicht umsonst stellen auch die zitierten Literaturstimmen⁷² nur auf die Physik und andere Naturwissenschaften ab.

Dies wird sich i.R.d. § 275 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des für das Recht elementaren *Anspruchs auf Verallgemeinerbarkeit* als zweckmäßig erweisen. Soweit es im Recht um *ontologische Fragen*⁷³ – also dessen, was ist und was nicht ist – geht, müssen Kriterien angewendet werden, von denen verlangt werden kann, dass *jedermann* sie anerkennt. *Daher* ist § 275 Abs. 1 BGB auf die Naturwissenschaften als Teil der von „realen Gegenständen“ handelnden *Realwissenschaften* (synonym: Erfahrungswissenschaften / empirische Wissenschaften)⁷⁴ sowie die Logik und Mathematik als Formalwissenschaften beschränkt.⁷⁵ Sie beruhen auf einem *verallgemeinerbaren Erkenntnisprozess*, der auch für die Grenzbereiche der tatsächlichen Unmöglichkeit wertvoll sein könnte (dazu unten G.). Darin liegt auch der Grund dafür, dass es i.R.d. § 275 Abs. 1 BGB *nicht* Sache der Parteien ist, was sie für sinnvoll halten.⁷⁶ § 326 Abs. 1 BGB hingegen *ist* individualvertraglich dispositiv.⁷⁷ Die Parteien können eine von der Unmöglichkeit unabhängige Zahlungspflicht vereinbaren, sie können aber nicht regeln, was möglich ist und was nicht.

Im nächsten Schritt muss zwischen der vertraglichen Vereinbarung (F.) und einem unmöglichen Sachverhalt (G.) unterschieden werden. I.d.R. ist der Grund für die Unmöglichkeit einer Leistung, dass ihre Erfüllung von einem Sachverhalt abhängt, der *unwahr* bzw. *inexistent* ist. Z.B. kann sich ein PKW entgegen der Annahme der Parteien als Unfallwagen erweisen und so die Erfüllung der Stückschuld unmöglich

71 Siehe die Synonyme in Fn. 58.

72 S.o. Fn. 69.

73 Beispiele: Liefert der Ausschlag eines Pendels einen Hinweis auf das richtige Medikament? Verlaufen im menschlichen Körper Energiebahnen? Gibt es Erdstrahlen? Hatte der Gebrauchtwagen in der Vergangenheit einen Unfall?

74 Vgl. C. Thiel, in: Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. III, Stuttgart et al. 2004, Stichwort „Realwissenschaft“.

75 M. Becker, Absurde Verträge, Tübingen 2013, S. 222 f.

76 So aber wohl B. Grunewald, Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens, JZ 2001, S. 433 (434); Dauner-Lieb (Fn. 46), § 311a Rn. 17; P. A. Windel, "Unsinnige", rechtlich unmögliche und verbotswidrige Leistungsversprechen, ZGS 2003, S. 466 (468).

77 BGHZ 188, 71 (Rz. 17); H. Otto, in: Staudinger (Fn. 6), §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht II), Berlin 2009, § 326, Rn. B 67; Ernst (Fn. 6), § 326 Rn. 112; B. Gsell, in: Soergel (Fn. 6), Bd. 5/2 (Schuldrecht 3/2), 13. Aufl., Stuttgart 2005, § 326 Rn. 130; H. Grothe, in: BeckOK-BGB (o. Fn. 47), Stand: 1.2.2013, § 326 Rn. 12; Grüneberg (o. Fn. 6), § 326, Rn. 6; T. Hirse, in: K. Tonner/A. Willingmann/M. Tamm, Vertragsrecht, Köln 2010, § 326 BGB Rn. 17.

machen. Auch können Erdstrahlen nur abgeschirmt werden, wenn es Erdstrahlen wirklich gibt.⁷⁸ Das Vertragsversprechen muss deshalb daraufhin untersucht werden, ob die Leistung einen *engen Bezug* zu einem *unwahren* bzw. *inexistenten Sachverhalt* hat. Die Leistung muss mit diesem Sachverhalt stehen und fallen.

F. Auslegung des Behandlungsvertrages und Unmöglichkeitsrecht

Um zu prüfen, inwieweit der konkrete Behandlungsvertrag der Unmöglichkeit zugänglich ist, bedarf es einer Vertragsauslegung. Dabei sollen Fälle, die auch bei allen anderen Verträgen zur Unmöglichkeit führen, unberücksichtigt bleiben, wie insbesondere der Ausfall des höchstpersönlich verpflichteten Schuldners oder der Zweckfortfall.⁷⁹ Vorliegend geht es um Leistungsvereinbarungen, die aus sich selbst heraus tatsächlich unmöglich sind.

Von diesem Punkt klar zu unterscheiden, jedoch ebenfalls ein Problem der Vertragsauslegung, ist die Frage, ob die Parteien sich gleichwohl auf eine Zahlungspflicht geeinigt, also § 326 Abs. 1 BGB abbedungen haben (dazu unten F. IV.).

I. Abhängigkeit der Leistung von einer wahren Aussage über die Realität

Zu beginnen ist mit einer zentralen These zur *tatsächlichen*, d.h. allein durch die Natur- und Formalwissenschaften bestimmten Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB: `Naturwissenschaftlich unmöglich können nur solche Leistungen sein, die unmittelbar von der Wahrheit eines *ontologischen Sachverhalts*, also einer Aussage über die Realität abhängen.⁸⁰ – Eine Leistung kann nur dann an den Naturgesetzen scheitern, wenn ihre Erbringung von den Naturgesetzen abhängt, wie z.B. die Übergabe eines neuen Buches (das zu Asche verbrennt) oder besagten unfallfreien Wagens (der einen Unfall hat).⁸¹ In der Medizin kommt aber einem ganz bestimmten ontologischen Sachverhalt große Bedeutung zu – dem *Wirkmechanismus*. Zwischen Leistungshandlung und Heilungsbeitrag (Leistungserfolg) muss, wie bei der *conditio sine qua non*-Formel im Schadensrecht, ein kausaler Zusammenhang bestehen: Die Handlung darf nicht hinweg gedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfielen. Es geht hier also nicht um die Unglücke, die jeder Leistung zustoßen können, sondern um ein dem Leistungsversprechen immanentes (meist also anfängliches) Hindernis.

Leistungsvereinbarungen hingegen, die typischerweise nicht in Lage sind, an den Naturgesetzen zu scheitern, fallen aus dem Anwendungsbereich des § 275 Abs. 1 BGB heraus.

78 Vgl. LG Braunschweig NJW-RR 1986, S. 478 (479).

79 S.o. C.

80 M. Becker, Absurde Verträge (Fn. 75), S. 266 (dort Fn. 282).

81 Die falsche Aussage über die Realität liegt hier im Versprechen eines Buchs oder Autos, das nicht (mehr) so existiert wie es versprochen wurde.

Beispiel: Die Beratungsleistung eines Anlagespezialisten kommt nur schwerlich mit § 275 Abs. 1 BGB in Konflikt.⁸² Geschuldet ist die Beratung durch eine Person mit einer bestimmten Ausbildung anhand bestimmter Methoden und Daten. Der Leistungsinhalt betrifft den Anwendungsbereich des Unmöglichkeitensrechts nicht.

Etwas anderes gilt, wenn der Berater z.B. verspricht, einen *exakten* Aktienkurs vorauszusagen. Ist die Abrede nicht als *Versuch* der Vorhersage, sondern so zu verstehen, dass eine *wahre Voraussage* des Aktienkurses für einen bestimmten Zeitpunkt in der Zukunft geschuldet ist, ist die Leistung genauso unmöglich wie Zeitreisen oder Teleportation.

Die Vertragsauslegung muss daher zeigen, ob die eigentliche Leistung so eng an eine Aussage über die Realität gebunden ist, dass das Unmöglichkeitensrecht greift.

Nun machen sich gerade Patienten (also die Leistungsgläubiger) beim Vertragsabschluss i.d.R. keine Gedanken über die Frage, ob nur die Anwendung bestimmter Methoden und bestimmten Wissens geschuldet oder zugleich das Versprechen gegeben ist, dass die Behandlung *potentiell* etwas nützt. Erst das Vertragsversprechen legt aber fest, welche Leistung es ist, die sich schließlich als unmöglich erweisen könnte.

Gewöhnliche Behandlungsverträge, in deren Mittelpunkt allgemein die Diagnose oder Behandlung einer Erkrankung steht, enthalten i.d.R. keine Leistungspflichten, die aus sich selbst heraus an § 275 Abs. 1 BGB scheitern könnten. Eine *fachlich fundierte Wahl* hinsichtlich Behandlung oder Diagnostik kann immer getroffen werden, sie ist so gut wie nie unmöglich.

Beispiel: Selbst wenn der Arzt für die Diagnose ein Pendel anwendet, greift § 275 Abs. 1 BGB *nicht*, solange nicht vereinbart war, auf gerade diesem Wege eine Diagnose zu stellen und der Vertrag dem Arzt nicht auferlegte, ein *medizinisch* zumindest *prinzipiell geeignetes Verfahren* zu nutzen. Ist das Ziel nicht per se unmöglich, eröffnet erst die zusätzliche Vereinbarung des Mittels den Anwendungsbereich der Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 Abs. 1 BGB. Die Pflicht, eine Diagnose zu stellen, ist deshalb im Beispiel nicht unmöglich, wenn der Arzt noch ein besseres Verfahren wählen kann.

Ist das Leistungsversprechen hinreichend konkret, kann es an naturgesetzlichen Hindernissen scheitern, so z.B. zu Diagnosezwecken vereinbarte komplementärmedizinische Verfahren wie Pendeln, Kirlian-Fotografie oder Irisdiagnostik.⁸³ Ist die Anwendung einer konkreten Methode versprochen, die unmöglich einen Heilungsbeitrag leisten kann, kommt es für § 275 Abs. 1 BGB nur noch auf die Frage an, ob die *grundsätzliche Tauglichkeit* des Mittels für ein greifbares Ziel (Diagnose, Symptomverbesserung, Remission, Schmerzlinderung etc.) versprochen wurde.

Experimentelle Behandlungen bleiben dementsprechend „möglich“. Arzt und Patient können jederzeit vereinbaren, einen gemeinsamen Versuch zu unternehmen, den der Patient bezahlen muss. Dann war aber ein *Versuch* vereinbart und gerade kein potentiell taugliches Mittel versprochen.

82 Relevant bleiben nur nie ausschließbare Gründe, wie der Tod des höchstpersönlich Verpflichteten etc.

83 Vgl. E. Ernst, Komplementärmedizinische Diagnoseverfahren, Dtsch Arztebl. 102 (2005), A 3034 ff.; H.-D. Hentschel, Naturheilverfahren – Grundlagen, Möglichkeiten, Grenzen, Dtsch Arztebl. 92 (1995), A 2635 (2644 f.).

Beispiel: Der von den Parteien als solcher verstandene (!), ergebnisoffene Versuch, mit Bach-Blütentropfen Migräne zu kurieren, ist möglich, weil er durchführbar ist.

Genauso scheidet keine homöopathische Behandlung an § 275 Abs. 1 BGB, solange die Parteien nur eine Behandlung nach den *Regeln* der Homöopathie vereinbart haben.

Wenn aber die Vertragsauslegung zeigt, dass die fragliche Behandlung als *potentiell wirksames* Mittel versprochen wurde, versagt dieser Verweis. Es kommt dann auch nicht auf die Binnensicht der Parteien, sondern nur auf die *potentielle Wirksamkeit*, also die *grundsätzliche Erfolgsgeeignetheit* an. Der Maßstab hierfür ist allein die Realität und kein medizinischer, alternativmedizinischer oder anderer Behandlungsstandard. Wie die potentielle Wirksamkeit festzustellen ist und wann sie mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, ist unten⁸⁴ zu diskutieren.

II. Ergänzende Vertragsauslegung

Sofern die Parteien die eben erörterten Fragen in ihren Willenserklärungen berücksichtigt haben, genügt zur Feststellung des vertraglichen Versprechens eine einfache (erläuternde) Auslegung nach §§ 133, 157 BGB. – Haben die Parteien aber selbst keine rechte Vorstellung davon, ob sie nur die *Anwendung* eines bestimmten Verfahrens vereinbart haben, oder ob auch das Versprechen einer *potentiellen Wirksamkeit* der Maßnahmen gegeben ist, liegt eine *vertragliche Regelungslücke* vor. Diese kann, in Ermangelung eines rechtsgeschäftlichen Willens der Parteien, im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung anhand des hypothetischen Parteiwillens geschlossen werden.⁸⁵ Zu ermitteln ist, „was beide Parteien, und zwar bei redlicher Denkweise, als einen gerechten Interessenausgleich gewollt oder akzeptiert hätten, wenn der betreffende Punkt von ihnen bedacht worden wäre“.⁸⁶

III. Auslegungshilfe: Drei Klassen von Leistungsvereinbarungen

Wie gesagt kann eine Leistung nur dann naturwissenschaftlich unmöglich gem. § 275 Abs. 1 BGB sein, wenn sie *unmittelbar* von der *Wahrheit* einer *Aussage über die Realität abhängt*. Zur Untergliederung unmöglicher Leistungsvereinbarungen lassen sich grob *drei Klassen* ausfindig machen, die zu veranschaulichen helfen, wie eng der unmögliche Sachverhalt mit der Leistungsvereinbarung zusammenhängt, indem sie zeigen, *welcher Teil* einer Leistung als unmöglich in Frage kommt: Das Leistungsversprechen kann gerichtet sein auf: 1) die *Erzielung eines unmöglichen Resultats* (z.B. Meridian-Diagnose, Entschlackung); 2) die Nutzung einer *unmöglichen Kausalität*, bei der also Handlung und beabsichtigter Erfolg nach aktuellem Wissensstand nicht kausal verknüpft sind, so dass ein Erfolg reiner Zufall wäre (z.B. Hochpotenzhomöopathie, Auspendeln des richtigen Medikaments), oder 3) den Ein-

84 Siehe sogleich G.

85 Vgl. D. Looschelders, in: Nomos-Kommentar – BGB (Fn. 6), Bd. I, § 157, Rn. 18, 21; W. Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl., Berlin et al. 1992, S. 321 ff.

86 M. Wolf/J. Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, § 35, Rn. 66.

satz einer *unmöglichen Qualifikation, Begabung oder Fähigkeit* (z.B. heilende Hände, energetische Fähigkeiten).

Mit dieser Untergliederung können auch *reine Beratungsleistungen* beurteilt werden. Beratungen sind unmöglich, 1) wenn sie ein unmögliches Resultat versprechen, wie insbesondere Informationen, die niemand haben kann, z.B. die Lottozahlen der kommenden Woche; 2) wenn sie unmittelbar von einer unmöglichen Kausalität abhängen, wie etwa einer behaupteten Verbindung zwischen dem Geburtsdatum eines Menschen und seinen Anlagen, Fähigkeiten und Talenten (sog. *Numeroskop*); 3) wenn die Beratung kraft einer unmöglichen Begabung erbracht werden soll, wie etwa dem Talent, Krankheitsherde im Körper des Gegenübers zu spüren. I.d.R. sind Beratungsverträge aber möglich, daher werden sie hier nicht eingehender behandelt.

IV. Vertragliche Vereinbarung zum Schicksal der Gegenleistungspflicht

Ungeachtet der eventuellen Unmöglichkeit der Leistung können die Parteien § 326 Abs. 1 BGB stets individualvertraglich⁸⁷ abbedingen. Sie können sich darauf einigen, dass der Patient das Risiko für die grundsätzliche Eignung der Therapie trägt, gesundheitlichen Nutzen zu stiften. Allerdings ist es sehr fraglich, wie häufig das Thema „Unmöglichkeit“ bei Vertragsschluss in der Praxis eine Rolle spielt. Vorsichtig verfahren werden sollte jedenfalls mit der Vermutung einer *konkludenten* Abbedingung. Wurde eine solche im Kartenlegetal mit der zweifelhaften Annahme begründet, dass sich der Kunde der Unmöglichkeit rundum bewusst gewesen sei,⁸⁸ ist dies bei Behandlungsverträgen mit weniger absurden Leistungspflichten grundlegend anders. Gewöhnlich spricht nichts dafür, dass der Patient die Leistung *ungeachtet* ihrer medizinischen Möglichkeit erwerben und bezahlen will. Bei ungesicherten oder experimentellen Verfahren ist dies schon eher denkbar, sofern dem Patienten das Risiko bewusst (!) ist, der Behandelnde ihn also über die Ungewissheit *aufgeklärt* hat.⁸⁹ Lässt sich den Erklärungen und dem Verhalten der Parteien nichts zur Unmöglichkeit entnehmen, kann auch hier mit einer ergänzenden Vertragsauslegung gearbeitet werden (s.o. F. II.).

G. Abgrenzung wissenschaftlicher Unmöglichkeit

Nachdem die Zugänglichkeit von Dienst- und Behandlungsverträge zum Unmöglichkeitsrecht (D.), dessen Anwendungsbereich (E.) und die insoweit erforderliche Vertragsauslegung (F.) dargelegt wurden, geht es nun darum, ausdifferenzieren, wann es gerechtfertigt ist, von einem Sachverhalt zu sagen, dass er *tatsächlich*, also naturwissenschaftlich oder technisch *unwahr* bzw. *inexistent* ist. Der Punkt ist bei

87 S.o. Fn. 77.

88 BGHZ 188, 71 (Rz. 15 ff.).

89 Dazu eingehend unten H. III.

medizinischen Leistungen besonders problematisch: Wann kann der medizinische Nutzen einer Behandlung mit hinreichender Sicherheit *ausgeschlossen* werden?

Wie oben festgestellt wurde, müssen die Kriterien des § 275 Abs. 1 BGB einem *Anspruch auf Verallgemeinerbarkeit* genügen. Daher sollte für § 275 Abs. 1 BGB die Wissenschaftstheorie herangezogen werden. Sie macht Vorgaben für einen verallgemeinerbaren Erkenntnisprozess, also für die Frage, welche Kriterien eine Theorie erfüllen muss, damit andere sie als wahr oder wenigstens als wissenschaftlich möglich akzeptieren müssen.

I. Korrespondenztheorie der Wahrheit

Auszugehen ist von der Korrespondenztheorie der Wahrheit, der zufolge eine Aussage wahr ist, wenn sie mit den Tatsachen übereinstimmt.⁹⁰ Andere Wahrheitstheorien wie die Kohärenztheorie⁹¹ oder *Habermas'* Diskurs- oder Konsentstheorie⁹² führten an dieser Stelle schon deshalb nicht weiter, weil sie eher höhere als niedrigere Hürden aufstellen und damit den vorgeschlagenen, relativ weiten Unmöglichkeitsbegriff zusätzlich erweitern würden. Der Begriff „wahr“ bedeutet hier angesichts der oben⁹³ zugrunde gelegten These⁹⁴ zum Anwendungsbereich des § 275 Abs. 1 BGB, dass eine Aussage derart mit den Tatsachen übereinstimmt, dass davon unmittelbar abhängige Leistungen möglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB sind.

Voraussetzung dieser Wahrheits- und damit (Un)möglichkeitsauffassung ist eine realistische Weltansicht, die von einer *wirklichen, unabhängig* von der *menschlichen Erkenntnis* existenten Welt ausgeht,⁹⁴ und so ontologisch relativistischen Ansätzen entgegentritt. Ohne diesen Fixpunkt stünde die Unmöglichkeitslehre auf tönernen Füßen, da dann sogar die Logik als nur eine von mehreren möglichen, gleichberechtigten Wahrheiten dargestellt werden könnte.⁹⁵

90 K. R. Popper, Karl Popper Lesebuch, 2. Aufl., Tübingen 1997, S. 164 ff.; ders., Objektive Erkenntnis – Ein evolutionärer Entwurf, 2. Aufl., Hamburg 1974, S. 347 ff.; T. Grundmann, Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie, Berlin et al. 2008, S. 64 ff.; A. F. Chalmers, Wege der Wissenschaft, 6. Aufl., Berlin et al. 2007, S. 183 ff.

91 Demnach müsste die „konsistente Eingliederung“ der Aussage „in das (schon als konsistent angenommene) System aller bisher anerkannten Aussagen“ vorausgesetzt werden, vgl. K. Lorenz, in: Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie (Fn. 74), Bd. IV, Stichwort „Wahrheitstheorien“.

92 J. Habermas, Wahrheitstheorien, in: H. Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion – Festschrift für Walter Schulz, Pfullingen 1973, S. 211 ff.

93 Bei Fn. 80.

94 I.S.e. *kritischen Realismus*, der also nicht den Anspruch erhebt, die Realität mit Sicherheit erkennen zu können, vgl. C. F. Getmann, in: Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie (Fn. 74), Bd. III, Stichwort „Realismus, kritischer“; Popper, Lesebuch (Fn. 90), S. 89 f.; H. Albert, Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl., Tübingen 1991, S. 56 f.

95 Dann allerdings macht die „Aufgabe des Prinzips der Widerspruchsfreiheit (...) beliebige Konsequenzen ableitbar, [sie] bedeutet also gewissermaßen eine logische Katastrophe, da sie den Zusammenbruch jeder sinnvollen Argumentation involviert“, Albert, Traktat (Fn. 94), S. 125, s.a. S. 14, 52 f.; K. R. Popper, Vermutungen und Widerlegungen – Das Wachstum der wissenschaftlichen Erkenntnis, 2. Aufl., Tübingen 2009, S. 486 ff.

Die Position des kritischen Rationalismus und des aus diesem folgenden Fallibilismus scheint als „die für den Praktiker zweckmäßigste Wissenschaftsphilosophie“⁹⁶ die Position zu sein, die dem Anspruch auf Verallgemeinerbarkeit am ehesten entgegenkommt und zudem dem Letztbegründungsproblem⁹⁷ zu entgehen vermag. Das daran anschließende, vorwiegend von *Karl Popper* begründete Forschungsprogramm des Falsifikationismus⁹⁸ ist in seinen theoretischen Grundlagen weitgehend unumstritten. Bezüglich seiner praktischen Relevanz und Anwendbarkeit hingegen werden teils schwere Einwände erhoben. Es ist daher kurz darzulegen und um einige praxisorientierte Erweiterungen hinsichtlich seiner Nutzbarmachung für § 275 Abs. 1 BGB zu ergänzen.

II. Falsifikationismus und Bewährtheit

Der logische Fels der Erkenntnisphilosophie ist das Induktionsproblem. Es bezeichnet das Fehlen einer logischen Berechtigung, von einer endlichen Zahl an Wiederholungen eines Versuchs auf dessen erneuten glücklichen Ausgang zu schließen und wurde in der jüngeren Geschichte vor allem durch *David Hume* geprägt.⁹⁹ *Popper* löst das Induktionsproblem zwar nicht positiv, er separiert aber einen Teil und löst diesen negativ. Nach *Popper* sind Hypothesen oder Theorien wissenschaftlich, wenn sie *intersubjektiv nachprüfbar* sind. Sie müssen so formuliert sein, dass sie an der Wirklichkeit scheitern, also der *Falsifikation* anheim gestellt werden können. Damit kann ein induktiver Schluss zwar nicht verifiziert, wohl aber falsifiziert werden. Probleme bereitet allerdings die Festlegung, wann genau eine Theorie als falsifiziert gelten soll¹⁰⁰ und ob sie deshalb zu verwerfen oder nur in Teilbereichen zu ändern ist.¹⁰¹

Positiv belässt *Popper* allein die *Bewährtheit* von Theorien. Eine Theorie ist umso besser bewährt, je mehr und je strengere Falsifikationsversuche sie überstanden hat. Von einem „rationalen Standpunkt“ sollten wir „die bestgeprüfte Theorie als Grundlage für unser Handeln bevorzugen“.¹⁰²

96 *S. Hawking*, Das Universum in der Nussschale, 2. Aufl., München 2004, S. 39.

97 Also dem Problem, dass der Versuch einer Letztbegründung stets entweder in einen infiniten Regress, einen logischen Zirkel bei der Deduktion oder einen willkürlichen Abbruch des Verfahrens (häufig im Rekurs auf ein Dogma) endet, hierzu nur *Grundmann*, Erkenntnistheorie (Fn. 90), S. 375 ff.

98 Vgl. dazu *C.-W. Canaris*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, S. 377 (386 ff.); *ders.*, „Falsches Geschichtsbild von der Rechtsperversion im Nationalsozialismus“ durch ein Portrait von Karl Larenz?, JZ 2011, S. 879 (887); *K.-H. Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, München 1986, S. 368 ff.

99 *D. Hume*, An Enquiry concerning the Human Understanding, S. 30, 32 (zit. nach: The Philosophical Works, Bd. IV, 2. Aufl., London 1882); s.a. *Popper*, Logik der Forschung (Fn. 97), S. 3 ff.; *Albert*, Traktat (Fn. 94), S. 31 ff.

100 Vgl. *P. Janich*, in: Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie (Fn. 74), Bd. I, Stichwort „experimentum crucis“; *W. V. O. Quine*, From a Logical Point of View, 2. Aufl., Cambridge 1964, S. 43.

101 Vgl. *Canaris*, Falsifikation (Fn. 98), JZ 1993, S. 377 (388); s.a. Fn. 121.

102 *Popper*, Lesebuch (Fn. 90), S. 99.

Die Zahl denkbarer Falsifikationsversuche steigt mit dem *informativen Gehalt* einer Theorie – je mehr eine Theorie verbietet, desto aussagekräftiger ist sie, da die Zahl der Ereignisse, deren Eintritt sie widerlegen würde, mit den Verboten wächst.¹⁰³ Besonders viele Verbote enthält eine Theorie, die sehr zahlreiche, genaue und prüfbare Vorhersagen macht.

Daraus folgt, dass Theorien, die nicht in der Lage sind, an der Realität zu scheitern, über keinen *informativen Gehalt* verfügen, sei es, weil die Theorie nichts verbietet, sondern nur Deutungen liefert,¹⁰⁴ sei es, weil sie zwar Ereignisse verbietet, diese aber nicht beobachtbar sind. Wer z.B. einen medizinischen Wirkmechanismus behauptet, zugleich aber darauf beharrt, die Wirkung sei in Studien oder Experimenten nicht beobachtbar, hängt einer Theorie ohne informativen Gehalt bzw. einer *ad-hoc-Hypothese*¹⁰⁵ an. Eng verwandt mit solchen nicht-wissenschaftlichen, da gehaltlosen Theorien sind die von Popper sog. *universalen Es-Gibt-Sätze* (z.B. „Es gibt Elfen“).¹⁰⁶ Dies sind Sätze, die die Existenz irgendeiner Entität behaupten, sie aber räumlich und zeitlich nicht konkretisieren. Auch sie haben so gut wie keinen informativen Gehalt, da aus ihnen im äußersten Fall einzig das Verbot folgt, dass irgendwo zu irgendeiner Zeit die behauptete Entität beobachtbar ist. Zwar kann ein solcher reiner Existenzsatz also verifiziert und theoretisch auch falsifiziert werden, alle anderen Ereignisse stehen aber mit ihm in Einklang. Dies schlägt bereits die Brücke zu den praktischen Anforderungen, die an eine Theorie gestellt werden dürfen.

Beispiel: Die Behauptung „Es gibt Elfen“ ist nahezu unangreifbar, solange man keine strengeren Kriterien anlegt, als die Forderung intersubjektiver Beobachtbarkeit.

Prinzipiell nicht an der Wirklichkeit scheitern können die Annahmen der Bach-Blüentherapie: Der Mensch hat ein spirituelles Selbst, in dem 38 Negativzustände auftreten könnten. Diesen korrespondieren 38 verschiedene Blütenessenzen¹⁰⁷ mit bestimmter „Schwingungsfrequenz“,¹⁰⁸ die sie harmonisieren können, indem sich das Schwingungsmuster auf das Wasser überträgt, in das sie eingelegt werden und das als

- 103 K. R. Popper, *Ausgangspunkte – Meine intellektuelle Entwicklung*, 2. Aufl., München 2006, S. 30 („Der informative Gehalt einer Theorie ist die Menge der Sätze, die mit der Theorie unvereinbar sind.“). Insofern können sogar, unabhängig von der tatsächlichen Überprüfung, qualitative Unterschiede zwischen Theorien gemacht werden: „Die besseren Theorien sind die mit dem größeren Gehalt und der größeren Erklärungskraft“, S. 118.
- 104 Die Wirklichkeit liefert eine *Flut von Verifikationen*, jedoch lässt sich kein Fall denken, der nicht „im Sinne der Theorie *gedeutet* werden“ kann, Popper, *Vermutungen und Widerlegungen* (Fn. 95), S. 51, 48 ff.; *ders.*, *Lesebuch* (o. Fn. 90), S. 113 f. (Popper nennt als Beispiele Astrologie, Marxismus und Psychoanalyse).
- 105 Solche von H. Albert auch *Immunisierungsstrategien* genannten, spontanen *Zusatzannahmen* erlauben es, die Gesamthypothese aufrecht zu erhalten, *ohne* jedoch ihren *informativen Gehalt* zu erhöhen, vgl. Popper, *Logik der Forschung* (o. Fn. 97), S. 57 f. (Hilfshypothese, deren Einführung den „Falsifizierbarkeitsgrad“ des Systems herabsetzt); *ders.*, *Vermutungen und Widerlegungen* (o. Fn. 95), S. 54; Albert, *Traktat* (o. Fn. 94), S. 115, s.a. S. 35 ff.
- 106 Popper, *Logik der Forschung* (Fn. 97), S. 45 f.
- 107 Zur erhofften Wirkung der einzelnen Blüten vgl. <http://www.bach-blueten-therapie.de>.
- 108 Vgl. www.bachbluetentropfen.eu.

„Bachblütenessenz“¹⁰⁹ angeboten wird.¹¹⁰ Dagegen sprechen prinzipielle Einwände und negative Studienergebnisse.¹¹¹

Popper schlägt daher vor, den empirischen Charakter reiner Existenzsätze zu leugnen, um sie so „aus Gründen zurückzuweisen, die nicht auf Beobachtungen beruhen.“¹¹² Von ihnen abhängige Leistungen wären also unmöglich.

III. Praktische Zugeständnisse

Um aus einem Konzept, das induktive Erkenntnis so vehement verneint, *Wahrscheinlichkeitsschlüsse* ziehen zu können, bedient Popper sich eines Kunstgriffs. Er schlägt den „methodologischen Beschluß“ vor, äußerst unwahrscheinliche („praktisch falsifizierte“) Vorgänge als verboten zu *werten*.¹¹³ Obwohl eine Falsifikation angesichts des Induktionsproblems logisch nicht ausgeschlossen werden kann, sollen besonders gut bewährte Theorien als generell zutreffend gewertet werden, so dass insbesondere die Voraussagen von Naturgesetzen (wie etwa das Gravitationsgesetz, die Relativitätstheorie etc.) als „richtig“ gelten.

Obwohl Popper dies entschieden ablehnte, lässt sich aus seinem streng deduktivistischen Bewährungsprogramm letztlich auch ein *epistemisches* (bzw. *pragmatisches*)¹¹⁴ Induktionsprinzip¹¹⁵ ableiten: Es ist vernünftig, aus einer Gruppe konkurrierender Hypothesen nicht nur diejenige Hypothese als *Handlungsgrundlage* zu wählen, die sich bisher am besten bewährt hat; man darf sie darüber hinaus auch (vorläufig) für wahr halten und als Grundlage von Voraussagen heranziehen.¹¹⁶

Dies schafft eine Verbindung zum heutigen *subjektiven Bayesianismus*. Dieser leitet aus empirischen Erkenntnissen ab, wie sich die Wahrscheinlichkeiten zugehöriger

109 Erhältlich z.B. bei <http://www.florem.com>.

110 Vgl. C. Goldner, *Die Psycho-Szene*, Aschaffenburg 2000, S. 160 ff.

111 K.-O. Haustein/D. Höffler/R. Lasek/B. Müller-Oerlinghausen, Außerhalb der wissenschaftlichen Medizin stehende Methoden der Arzneimitteltherapie, *Dtsch Arztebl.* 95 (1998), A 800 (802) (nicht wissenschaftlich fundiert); Hentschel, *Naturheilverfahren* (Fn. 83), A 2644 f. (spekulativ und unbewiesen); S. Singh/E. Ernst, *Trick or Treatment*, London et al., Bantam Press 2008, S. 301 („based on concepts which contradict current medical knowledge. The trial data fail to demonstrate effects beyond a placebo response. Therefore flower remedies are a waste of money.“).

112 Popper, *Vermutungen und Widerlegungen* (Fn. 95), S. 387.

113 Popper, *Logik der Forschung* (Fn. 97), S. 173 f. (Wahrscheinlichkeitsaussagen seien „nicht falsifizierbar“; sie könnten nur „mit einer unendlichen Ereignisfolge (...) in Widerspruch stehen“); hierzu eingehend H. Keuth, *Die Philosophie Karl Poppers*, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 199 ff.

114 G. Schurz, Karl Popper, *Deduktion, Induktion und Abduktion*, in: J. Böhm/H. Holweg/C. Hoock (Hrsg.), *Karl Poppers kritischer Rationalismus heute*, Tübingen 2002, S. 126 (133 ff.).

115 A. Musgrave, *Karl Poppers kritischer Rationalismus*, in: J. Böhm et al. (Hrsg.), *Karl Poppers kritischer Rationalismus* (o. Fn. 114), S. 25 (37 f.); ähnlich G. Schurz, *Alan Musgrave, Empirismus und Induktion*, in: ebd., S. 250 (250 f.) (*epistemische* und *pragmatische* Induktion seien letztlich dasselbe, doch führe *Musgraves* Begriff „epistemische Induktion“ zu weniger Missverständnissen); *ders.*, *Wissenschaftstheorie* (Fn. 94), S. 51 f.

116 Schurz, *Karl Popper* (Fn. 114), S. 133 f.; *ders.*, *Alan Musgrave*, in: J. Böhm et al. (Hrsg.), *Karl Poppers kritischer Rationalismus* (o. Fn. 114), S. 250 (250).

Hypothesen und Theorien im Lichte dieser Erkenntnisse ändern.¹¹⁷ Angesichts der Schwierigkeiten, objektive Wahrscheinlichkeiten festzulegen, geschieht dies i.d.R. anhand *subjektiver* Auffassungen der jeweiligen Wissenschaftler:

„Wie stark auch immer die Argumente dafür sind, allen Hypothesen und Theorien Null-Wahrscheinlichkeiten zuzuweisen, es stimmt einfach nicht, so die subjektiven Bayesianer, dass Menschen im Allgemeinen und Wissenschaftler im Besonderen gut bestätigten Theorien Null-Wahrscheinlichkeiten zuweisen.“¹¹⁸

Letztlich beruht auch die Zulassung eines neuen Medikaments darauf, dass die verantwortlichen Wissenschaftler und (darauf aufbauend) andere Entscheidungsträger aus dem „wissenschaftlichen Erkenntnismaterial“ eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für seine Wirksamkeit und für ein günstiges Risiko-Nutzen-Verhältnis abgeleitet haben. Der subjektive Bayesianismus bildet dabei sozusagen das wissenschaftstheoretische Fundament, das die Verbindung zwischen Hypothese, Empirie, Wahrscheinlichkeit und dem daraus folgenden (auch ontologischen) Erkenntnisfortschritt schafft; dies allerdings mit dem Zugeständnis einer subjektiven Sichtweise.

Diese subjektive Wahrscheinlichkeitsbetrachtung vor dem Hintergrund des existenten Wissens kann auch im Falle von *Forschungslücken* helfen, Hypothesen unterschiedliche *Plausibilitäten* zuzuschreiben.

Ein vergleichbares Bewertungsproblem besteht für Theorien ohne informativen Gehalt sowie reine Existenzsätze. Auch hier griffe es, gerade mit Blick auf die Unmöglichkeitslehre, zu kurz, solche Theorien stets und insgesamt zu verwerfen. Einige Sätze können mit empirischen Aussagen derart *verknüpft* sein, dass sie, obwohl sie selbst nicht prüfbar sind, nicht von vorneherein als metaphysisch und damit naturwissenschaftlich unmöglich abgelehnt werden können. *Carnap*¹¹⁹ berücksichtigt diesen Umstand (in anderem Zusammenhang) durch das allgemeinere Kriterium der *Zurückführbarkeit* eines Satzes auf zu einem gewissen Mindestgrad empirische Sätze. Die Zurückführbarkeit setzt ihrerseits voraus, dass der betreffende Satz zumindest intersubjektiv *beobachtbar* ist.¹²⁰ Auf diesem Wege können auch Hypothesen, deren Vorhersagen sich nicht durch Beobachtungen direkt überprüfen lassen, bewertet werden. Z.B. gelten die Existenz und zahlreiche Eigenschaften schwarzer Löcher als gesichert, wenngleich sie nicht *direkt* beobachtbar sind. Daher führen lückenlos auf

117 *Chalmers*, Wege der Wissenschaft (Fn. 90), S. 141 ff.

118 *Chalmers*, Wege der Wissenschaft (Fn. 90), S. 144.

119 Siehe etwa R. *Carnap*, Der logische Aufbau der Welt, Hamburg 1998 (Nachdruck der Erstaufl. von 1928), S. XIII (es sei „grundsätzlich möglich (...), alle Begriffe auf das unmittelbar Gegebene zurückzuführen“); *ders.*, Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaft, München 1969, S. 225 ff.; *ders.*, Zeitschrift für philosophische Forschung, 14 (1960), S. 209 (232 f.).

120 Vgl. W. *Stegmüller*, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie, Bd. I, 7. Aufl., Stuttgart 1989, S. 402 ff.; *Becker*, Absurde Verträge (Fn. 75), S. 254 ff.

bewährte empirische Sätze zurückführbare Hypothesen, vorerst nicht zur Unmöglichkeit darauf beruhender Leistungen.

Kurz gesagt hängt die wissenschaftliche Plausibilität einer Hypothese damit davon ab, wie weit sich diese vom Boden des bestehenden Wissens entfernt.¹²¹ So spannt sich der Bogen zurück zum subjektiven Bayesianismus. Auf diese Weise kann auch für Aussagen über Wirkmechanismen, Krankheitsursachen und andere medizinische Sachverhalte verfahren werden, was in der Schulmedizin in aller Regel ohnehin geschieht.¹²²

Eine andere praktische, juristische Frage stellt sich mit *Poppers* Forderung konkreter Angaben darüber, wie ein empirisch-wissenschaftlicher Satz nachgeprüft werden kann:¹²³ Reicht es aus, wenn zwar eine Anleitung zur Prüfung der Hypothese angegeben wird, diese aber sehr aufwändig ist, so dass sie an *praktischen Problemen* wie dem *Zeit- und Geldaufwand* scheitert? Dem Schuldner würde mit dem Verweis auf Versuchsanleitungen, von denen er sicher sein kann, dass niemand sie ausprobieren wird, im Unmöglichkeitsrecht eine Hintertür geöffnet. Solche Verweise sind der *Immunisierung*¹²⁴ durch den Verweis auf die Wissenschaft und Technik der *Zukunft* verwandt, die schon angesichts der durch die Erkrankung gesetzte zeitliche Begrenzung im Medizinrecht nicht gelten kann. Sofern ein Leistungsversprechen wirklich einmal *weder aussichtslos* noch *plausibel* ist, sollte der Schuldner eine sehr konkrete und mit heutigen Mittel durchführbare Prüfung angeben müssen.

IV. Konkrete Prüfungsanforderungen

Für die Ausgestaltung konkreter, subsumtionsfähiger Anforderungen der tatsächlichen Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB sind zunächst abstrakte Kriterien festzulegen, für die in einem zweiten Schritt nach konkreten Vorgaben aus dem Medizinrecht gesucht wird.

Die folgenden Punkte sind als *Prüfungsreihenfolge* aufzufassen.

1. Positive Begrenzung

Eine positive (sic!) Begrenzung jeder Theorie bilden wiederholbare Experimente bzw. Studien. Zeigt sich die in Rede stehende Behandlung in methodisch validen Studien einer Placebo-Behandlung überlegen, können hinsichtlich § 275 Abs. 1 BGB weitere

121 Dies zeigt sich etwa am Erkenntnisfortschritt in der Physik. Physikalische Gesetze gelten oftmals über den Bereich hinaus, für den sie bewiesen sind, weshalb es auch dort *wissenschaftlich plausibler* Zusatzannahmen bedarf, vgl. R. Feynman, Vom Wesen physikalischer Gesetze, 12. Aufl., München 2012, S. 65.

122 Dazu H. Jung, Außenseitermethoden und strafrechtliche Haftung, ZStW 97 (1985), S. 47 (50) (die „Grenze zum Humbug“ werde bei Heilbehandlungen dort überschritten, „wo der rationale Bezug in der personalen, auf Heilen angelegten Interaktion völlig verloren geht, wo irgendeine therapeutische Sinnhaftigkeit des Vorgehens intersubjektiv nicht nachvollziehbar“ sei).

123 Popper, Logik der Forschung (Fn. 97), S. 75 f.

124 S.o. Fn. 105.

Einwände und die folgenden Kriterien (sogleich 2. und 3.) dahinstehen. Dann schadet es nicht, wenn die zugrunde liegende Theorie und/oder der Wirkmechanismus unplausibel und unverständlich sind. Wer heilt, hat Recht – wenn er es wiederholen kann.

In diesem Punkt geht es nicht um die Prüfung der (Nicht-)Unmöglichkeit, sondern um einen so sicheren Nachweis der Möglichkeit, dass die Prüfung, ob eine Wirkung unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB ist, überflüssig wird. Die Behandlung muss dem Placebo *mit Sicherheit* überlegen sein.

Ein zentraler Indikator, um in methodisch validen Studien die Wiederholbarkeit der eigentlichen Wirkung abzusichern, ist das *Signifikanzniveau* (Irrtumswahrscheinlichkeit). Dieses Kriterium könnte auch für das Unmöglichkeitsrecht ein sinnvoller Fixpunkt sein. Das Signifikanzniveau legt die Grenze fest, ab der ein überzufälliger Zusammenhang zwischen den untersuchten Variablen (z.B. zwischen der Gabe eines Medikaments und der Linderung bestimmter Symptome) angenommen wird. Es quantifiziert also die Wahrscheinlichkeit, dass das Studienergebnis (z.B. die Wirkung eines Medikaments) nicht auf reinem Zufall beruht. Je nach Untersuchungsgegenstand werden unterschiedliche Signifikanzniveaus angenommen.¹²⁵ Daher kann auch für § 275 Abs. 1 BGB keine *generelle*, sondern nur eine am betrachteten Vertragsgegenstand orientierte Signifikanz von Untersuchungsergebnissen verlangt werden. Für Kausalzusammenhänge in den Biowissenschaften hat sich ein Signifikanzniveau von 5 %, in Sonderfällen auch von 1 % oder 0,1 % eingebürgert.¹²⁶

Ist hingegen die empirische Lage streitig oder unzureichend, muss die Bewertung anhand abstrakterer Kriterien, wie etwa den folgenden, erfolgen.

2. Wissenschaftlichkeit der Theorie

Gibt es für die Wirksamkeit der Behandlung keine validen empirischen Belege, muss ein Leistungserfolg noch nicht als unmöglich gewertet werden. Schließlich kann es sein, dass die Behandlung noch zu neu oder zu selten¹²⁷ ist, um ihren Erfolg oder Misserfolg valide zu belegen. Um auch Behandlungen bewerten zu können, hinter denen keine hinreichende Empirie steht, bedarf es für das Unmöglichkeitsrecht eines Instrumentariums. Empirisch nicht abgesicherte Behandlungen beruhen fast immer auf einer *Theorie* über Wirkungszusammenhänge, Krankheitsursachen oder derglei-

125 Für den Nachweis des Higgs-Bosons musste z.B. eine Zufallswahrscheinlichkeit von 1 : 3,5 Mio. unterboten werden. D.h. dass es *mindestens* 3,5 Mio. Wiederholungen des Experiments bedurft hätte, damit der beobachtete Effekt zufällig auftritt, vgl. <http://tinyurl.com/czak9ma>.

126 Weiß, Medizinische Statistik (o. Fn. 7), S. 182; C. Steffen, in: S. Fuhrmann/B. Klein/A. Fleischfresser, Arzneimittelrecht, Baden-Baden 2010, § 10 Rn. 167 (Signifikanzniveau von 5 % für den Wirkungsnachweis im Arzneimittelrecht).

127 Dies kann z.B. bei Arzneimitteln für seltene Leiden (*orphan drugs*) der Fall sein.

chen.¹²⁸ Daher sollte in diesen Fällen auf die *zugrundeliegende Theorie* abgestellt werden, die besagt, was für die *Möglichkeit* eines Behandlungserfolges spricht.

Ist die für die Behandlung entscheidende Theorie *nicht prüfbar* und auch nicht auf empirisches Wissen zurückführbar, stellt sich die Frage, ob die Behandlung, die unmittelbar von der Wahrheit dieser Theorie *abhängt*, als möglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB gewertet werden sollte. Der fehlende informative Gehalt einer Theorie trifft nämlich keine Aussage über deren Wahrheit. Es handelt sich also um eine Wertungsfrage. Für sie greift dasselbe Argument wie für den Verweis auf kaum durchführbare Versuchsanleitungen. Akzeptierte man im Unmöglichkeitensrecht Theorien, die in keiner Konstellation Gefahr laufen, von der Realität widerlegt zu werden, müssten die kuriossten Leistungen als möglich gelten. Unmöglich sind daher jedenfalls Behandlungen, deren einzige (!) Rechtfertigung in einer zugrunde liegenden unprüfaren Theorie liegt. Dies gilt wie gesagt nicht, wenn die Theorie auf eine empirische Basis zurückführbar ist oder eine *plausible* humanmedizinische oder naturwissenschaftliche Begründung (beide gehen letztlich stets auf Empirie zurück) vorweisen kann. – Dieser strenge Ansatz wird durch das *positive Kriterium* kompensiert, dass Behandlungen mit empirisch belegten Wirkungen ungeachtet naturwissenschaftskonträrer Annahmen als *möglich* betrachtet werden (s.o. G. IV. 1.).

3. Abstufungen der Bewährtheit

Handelt es sich hingegen um eine empirische Theorie, können als Grenze wissenschaftlicher Unmöglichkeit verschiedene *Abstufungen der Bewährtheit* unterschieden werden:¹²⁹

Die niedrigste Bewährtheit liegt einem Leistungsversprechen zugrunde, das bzw. dessen zugrundeliegende Theorie bei Wissenschaft und Technik auf *prinzipielle Einwände* stößt. Hierzu zählen zuvorderst bekannte Materialeigenschaften oder Naturgesetze.

128 Zur Abhängigkeit der Leistung von der Theorie s.o. F. I.

129 Vgl. M. Becker, Anfänglich unmögliche Leistungen als Wette gegen die Wissenschaft, in: P. Kreuzt/N. Renftle/E. Faber et al. (Hrsg.), Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2011, S. 263 (271 ff.).

Beispiel: Die Wirkung homöopathischer Behandlungen ist empirisch nicht valide belegt; zumindest sprechen die meisten, qualitativ hochwertigen Studien *gegen* die Wirksamkeit zahlreicher homöopathischer Anwendungen.¹³⁰ Daher muss die zugrundeliegende Theorie herangezogen werden.

Jedenfalls in der Hochpotenz-Homöopathie¹³¹ können jedoch einzelne Arzneidosen statistisch betrachtet allenfalls zufällig atomare Bestandteile der Ursprungssubstanz enthalten, da nicht einmal jedes Mol¹³² der Trägersubstanz überhaupt ein Wirkstoffmolekül enthält.¹³³ Es bleiben nur theoretische Erklärungen wie die von *Hahnemann* postulierte „geistartige Arznei-Kraft“.¹³⁴ Widerspricht die Homöopathie bekannten Naturgesetzen (wie der zitierten *Avogadro-Grenze*) und ist „geistartige Arznei-Kraft“ definitionsgemäß nicht empirisch belegbar, legt dies nahe, dass ein Heilungsbeitrag mit Hochpotenzhomöopathie im eigentlichen Sinne (zum Placebo-Effekt siehe unten I.) unmöglich gem. § 275 Abs. 1 BGB ist.

Aber: Ist der Vertrag so auszulegen, dass *keine potentiell wirksame* Behandlung, sondern nur eine Behandlung nach den Regeln der Homöopathie geschuldet ist, ist die hier behandelte Frage irrelevant! Nur liefere eine solche Vereinbarung letztlich darauf hinaus, dass der Patient dem Behandelnden das Leistungsrisiko abnehme.¹³⁵

Weniger schlecht steht es um die Bewährtheit, wenn bisherige Studien zwar keinen Erfolg brachten, die Theorie aber immerhin nicht auf prinzipielle Einwände stößt, also theoretisch nicht ausgeschlossen, nur eben unbelegt ist. Die Theorie hat sich dann zwar nicht bewährt, sie ist aber auch nicht zwingend endgültig falsifiziert,¹³⁶ da sich i.d.R. genügend Faktoren finden, die für den Fehlschlag verantwortlich sein

- 130 Vgl. zum Überblick bei *R. Jütte/J.-D. Hoppe/P. Scriba*, Placebo in der Medizin, Bundesärztekammer (Hrsg.), Köln 2011, S. 11 f. (auch „bei den beobachteten positiven Effekten in Homöopathiestudien“ handle es sich „generell nur um kleine Unterschiede zwischen dem homöopathischen Arzneimittel und dem Placebo“); die bekannteste Meta-Studie stammt von *A. Shang/K. Huwiler-Müntener/L. Nartey/P. Jüni et al.*, Are the clinical effects of homeopathy placebo effects? Comparative study of placebo-controlled trials of homeopathy and allopathy, *The Lancet*, Vol. 366 (2005), S. 726 (726) („weak evidence for a specific effect of homeopathic remedies (...). This finding is compatible with the notion that the clinical effects of homeopathy are placebo effects.“). Dagegen etwa *K. Linde*, Homöopathie – Nichts als Placebo?, *Forsch Komplementärmed* 2006, S. 13 (52 ff.). Eine Überprüfung der Metastudie (durch einen Statistiker und einen Homöopathen) bemängelt zwar aus der obigen Studie gezogene, übertriebene Schlussfolgerungen, kommt aber zu dem Schluss: „Our results do neither prove that homeopathic medicines are superior to placebo nor do they prove the opposite.“, *R. Lüdtker/A. L. B. Rutten*, *Journal of Clinical Epidemiology* 2008, S. 1197 ff. (S. 7 in der frei abrufbaren Version, unter <http://tinyurl.com/95dfrez>).
- 131 Hochdosierte (also kaum verdünnte) Homöopathie hingegen kann immerhin auf eine physikalisch mögliche Wirkung des Wirkstoffs verweisen.
- 132 Ein Mol eines Stoffes enthält $6,0221 \times 10^{23}$ Teilchen und korreliert mit seinem Atomgewicht (z.B. hat Ethanol eine molare Masse von 46 g/Mol), vgl. *A. Hädener/H. Kaufmann*, *Grundlagen der allgemeinen und anorganischen Chemie*, 14. Aufl., Basel 2005, S. 12 ff. Daher können Substanzen nicht unbegrenzt verdünnt werden. Es sinkt lediglich die Wahrscheinlichkeit, überhaupt auf ein Teilchen der Ursprungssubstanz zu treffen. – Homöopathische Verdünnungen werden in D- oder C-Potenzen (1:10 / 1:100) angegeben. Eine Verdünnung von C12 entspricht also D24, d.h. auf 1 Teilchen Wirkstoff kommen 10^{24} Teilchen Trägerstoff. Ein Mol der Verdünnung enthält mithin weniger als ein Teilchen des Wirkstoffes. Dies ist der gängige Vorwurf gegenüber homöopathischen Verdünnungen. Homöopathische Arzneimittel erreichen Verdünnungen von bis zu C200, also $1 : 10^{400}$, vgl. *P. S. Chikramane/A. K. Suresh/J. R. Bellare/S. G. Kane*, *Homeopathy* 99 (2010), S. 231 (232) (geben an, in C200-Verdünnungen „Nanopartikel“ des Wirkstoffes gefunden zu haben und erklären dies mit einer *unregelmäßigen Verdünnung* im Herstellungsprozess (S. 242)).
- 133 Vgl. *M. Lambeck*, *Irrt die Physik?*, 2. Aufl., München 2005, S. 66 ff.
- 134 *S. Hahnemann*, *Organon der Heilkunst*, 6. Aufl., 1921, § 270.
- 135 Dazu auch oben F. IV.
- 136 S.a. oben bei Fn. 100.

könnten. Ferner kann auf Fehler in den Methoden oder der Durchführung und Auswertung der Studie sowie auf künftige Studien spekuliert werden.

Unmittelbaren Bewährungen der Theorie am nächsten kommt es, wenn sie mit besonders gut bewährten Theorien (insb. Naturgesetzen) und thematisch eng verwandten Versuchen oder Studien *vereinbar* ist oder diese *gar für* einen Erfolg sprechen. Diese Stufe reicht bis hin zu den oben angesprochenen¹³⁷ *belegten Wirkungen*, deren genaue Ursache unbekannt ist.

Wo verläuft nun die *Grenze* zwischen möglichen und unmöglichen Behandlungen? An anderer Stelle wurde für vertragliche Leistungsvereinbarungen allgemein vorgeschlagen, sie dann als unmöglich aufzufassen, wenn sie sich angesichts der zugrundeliegenden Theorie als *Wette gegen die Wissenschaft* darstellen.¹³⁸ Betont werden sollte hiermit die Unwahrscheinlichkeit des Erfolgs einer Leistungsvereinbarung, die im Widerspruch zu gesichertem empirischem Wissen steht.

Eine genauere, abstrakte Abgrenzung ist schwierig, zumal der Grad berücksichtigt werden muss, in dem das Leistungsversprechen (die Therapie) von der zugrundeliegenden Theorie abhängt. Es kann aber, wie schon für die Empirie der eigentlichen Behandlung, auch bei ungeprüften Behandlungen auf Kriterien wie die Qualität und das Signifikanzniveau der Studien zur zugrundeliegenden Theorie abgestellt werden.

V. Berücksichtigung besonderer Erkenntnismittel

Die Rechtsordnung kann zu einem gewissen Grad bestimmen, welchen Erkenntnissen und Erkenntnismitteln sie folgt und welchen nicht (oben E.). Daher spielen rechtliche Entscheidungen auch für § 275 Abs. 1 BGB eine Rolle, wenn es um die Frage geht, auf welchem Wege festgestellt werden soll, was möglich ist und was nicht. Z.B. könnte der Gesetzgeber bis zu einem gewissen Grad ärztliche Intuition als *Erkenntnismittel* in Betracht ziehen. Daher sind im Folgenden medizinrechtliche Festlegungen darauf hin zu untersuchen, ob aus ihnen Vorgaben für Erkenntnisse und/oder Erkenntnismittel folgen, die in die Abgrenzung tatsächlicher Unmöglichkeit im Medizinrecht einzubeziehen sind.

H. Zur Konkretisierung der Unmöglichkeitsgrenze im Medizinrecht

Gleich, ob man die Medizin zu den Naturwissenschaften zählt,¹³⁹ hängen medizinische Leistungen doch derart eng mit verschiedenen Naturwissenschaften (z.B. Biologie, Chemie, Physik) zusammen, dass sie an naturwissenschaftlichen Hindernissen scheitern können. – So wie eine Wunder- oder Geistheilung auf der Annahme nicht

137 S.o. G. IV. 1.

138 Becker, Anfängliche Unmöglichkeit (Fn. 129), S. 273.

139 Milder schon die *Bundesärztekammer*, Gesundheitspolitische Leitsätze der deutschen Ärzteschaft – Ulmer Papier, 2008, S. 4 („keine exakte Naturwissenschaft“) (abrufbar unter <http://tinyurl.com/cabrnttl>).

existenter Wirkmechanismen oder Gegebenheiten beruht und daher unmöglich ist, hängen auch viele gewöhnliche Behandlungen von Voraussetzungen ab, ohne die sie unmöglich sind.

Jedoch ist das empirische Wissen in der Medizin von teils erheblichen Grauzonen durchsetzt. Die Vielzahl der beteiligten Determinanten und die nur bedingte Übertragbarkeit von Erfahrungen vom einen auf den anderen Patienten, der Mikro- auf die Makroebene oder von der Laborsituation ins praktische Leben begründen große Unsicherheiten. Diesen Unsicherheiten tragen die verschiedenen Zweige des Medizinrechts in unterschiedlicher Weise Rechnung. Bei der Zulassung von Arzneimitteln und der Arzthaftung tritt das Problem der Ungewissheit rechtlich zu bewertender medizinischer Sachverhalte am vergleichbarsten zutage. Kurz anzusprechen sind ferner das Selbstverständnis der Mediziner wie die Ersatzpflicht der GKV.

I. Medizinrechtliche Vorgaben

Die folgenden Bereiche grenzen nicht die Unmöglichkeit medizinischer Leistungen ab, sondern behandeln ganz unterschiedliche Sachverhalte. Im Sinne der Methodenehrlichkeit ist ergebnisoffen zu prüfen, ob sich aus ihnen im Medizinrecht Anhaltspunkte für eine mildere als die zuvor gezeigte Abgrenzung der Unmöglichkeit ergeben.

1. Zulassung von Arzneimitteln

Das Arzneimittelrecht geht von einem funktionellen Wissenschaftsverständnis aus. Während der engere, institutionelle Wissenschaftsbegriff¹⁴⁰ an den Überzeugungen der an Hochschulen oder Universitäten Tätigen orientiert ist, sind für den funktionellen Wissenschaftsbegriff die Überzeugungen der jeweils anerkannten, einschlägigen Fachkreise maßgebend.¹⁴¹ Vorliegend ist das Verhältnis dieses weiten Wissenschaftsbegriffs zu § 275 Abs. 1 BGB von Interesse.

Die Anforderungen, denen die Neuzulassung gewöhnlicher Arzneimittel genügen muss, bewegen sich weit jenseits der Frage nach der bloßen *Möglichkeit* einer Wirksamkeit. Die nationale und europäische Zulassung von Arzneimitteln richtet sich nach Anh. I der RL 2003/63/EG, die in Deutschland über § 26 AMG in der ArzneimittelPrüfRL umgesetzt ist.¹⁴² An den Zulassungsantrag werden *strengste Anforderungen* gestellt. Das AMG verlangt gem. § 22 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AMG pharmakologische und toxikologische Versuche sowie klinische Prüfungen oder sonstige ärztliche, zahnärztliche oder tierische Erprobungen. Der konkrete Antrag muss unter

140 Hierzu auch Katzenmeier, Arzthaftung (Fn. 39), S. 314 f.

141 H.-U. Dettling, Wissenschaftlichkeit im Arzneimittelrecht – Zum Begriff des jeweils gesicherten Standes der wissenschaftlichen Erkenntnisse (Teil 2), PharmR 2008, S. 323 (327).

142 Vgl. O. Blattner, in: W. Kügel/R.-G. Müller/H.-P. Hofmann, Arzneimittelgesetz, München 2012, § 26 AMG, Rn. 6 ff.

anderem Angaben zur Wirkungsweise des Arzneimittels,¹⁴³ zum molekularen Aufbau des Wirkstoffs und seiner Ausgangsstoffe¹⁴⁴ sowie seinem Schicksal und dem seiner Zwischenprodukte im Körper¹⁴⁵ enthalten. Ein bestimmtes Signifikanzniveau wird nicht gefordert. Angegeben werden muss aber dessen Höhe und eine Beschreibung der statistischen Einheit.¹⁴⁶ Für den Wirksamkeitsnachweis soll in der Praxis als „Kompromiss“ ein Signifikanzniveau von 5 % akzeptiert werden.¹⁴⁷

Gegenüber diesen strengen Kriterien werden nach den Vorgaben des AMG und der RL 2001/83/EG einzelne Therapierichtungen wie insbesondere Homöopathische Arzneimittel durch ein vereinfachtes Registrierungsverfahren privilegiert.¹⁴⁸ Diese Aufweitung betrifft jedoch lediglich die Anerkennung einzelner Arzneien und nicht die eigentliche Grenze der Unmöglichkeit oder die pauschale Anerkennung bestimmter Erkenntnismittel. Sie ist zu großen Teilen einer verstärkten Nachfrage nach alternativen Heilungsmethoden geschuldet. Die Begründung für die vereinfachte Registrierung läuft überspitzt formuliert darauf hinaus, dass wegen des kaum möglichen (sic!) Wirksamkeitsnachweises auf einen solchen verzichtet wird.¹⁴⁹ Erwägungen wie diese sind für die Unmöglichkeitsgrenze in der Medizin kaum *verallgemeinerbar*, weshalb sie auf die ausdrücklich benannten Ausnahmen beschränkt bleiben müssen. Erkennbar will sich auch der Gesetzgeber nicht vom empirischen Erkenntnisprozess lösen, sondern verweist gerade auf „das teilweise jahrhundertealte Erfahrungswissen der besonderen Heilverfahren“.¹⁵⁰

Das Argument, dass ein objektiver Nachweis prinzipiell nicht möglich und die Kriterien der exakten Naturwissenschaften bei bestimmten Behandlungen nicht praktikabel seien,¹⁵¹ verfängt außerdem nicht. Denn gleich, wie individuell und nicht-reproduzierbar diese Therapien sind, eine nach wissenschaftlichen Standards durchgeführte *Dokumentation* der einzelnen Behandlungen ist immer möglich. Auch sind die Kriterien und Einschätzungen eines Anwenders von Außenseitermethoden nicht von unbegrenzter Vielfalt, sondern lassen sich durchaus zu Papier bringen und auswerten. Dies entspräche dem in § 1 AMG zum Ausdruck gebrachten Grundgedanken

143 Vgl. Abschn. 2 Punkt 2.2 ArzneimittelprüfRL.

144 Abschn. 2 Punkt 3.2.1.1. ArzneimittelprüfRL.

145 Abschn. 2 Punkt 4.2.2. ArzneimittelprüfRL.

146 Vgl. Abschn. 2 Punkt 5.2.5.1. ArzneimittelprüfRL.

147 *Steffen* (Fn. 126), § 10 Rn. 167.

148 Vgl. ErWG 21 ff. sowie Artt. 13 ff. RL 2001/83/EG; §§ 38 ff. AMG.

149 So das Kernargument in RegE Zweites Arzneimittelgesetz, BT-Drucks. 7/3060, S. 52 („Ein Wirksamkeitsnachweis“ sei „wegen des hohen Verdünnungsgrades und des damit verbundenen Gehalts an wirksamen Bestandteilen kaum zu führen“); die individuellen Besonderheiten bei der Auswahl von Art und Verdünnungsgrad finden eher beiläufige Erwähnung. S.a. ErWG 21 RL 2001/83/EG.

150 Bericht des Ausschusses für Jugend, Familie und Gesundheit vom 28.4.1976, BT-Drucks. 7/5091, S. 6.

151 Vgl. ErWG 21 RL 2001/83/EG („Schwierigkeit der Anwendung der herkömmlichen statistischen Methoden bei klinischen Versuchen“); RegE Zweites Arzneimittelgesetz, BT-Drucks. 7/3060, S. 52.

des Arzneimittelrechts, für „Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit der Arzneimittel (...) zu sorgen“. Das Risiko nebenwirkungsfreier aber unwirksamer Arzneimittel benennt der Gesetzgeber schließlich selbst: die Gefahr, die Heilung durch Vorenthaltung eines wirksamen Arzneimittels zu verschleppen oder gar unmöglich zu machen.¹⁵²

Auf den ersten Blick wirkt die Zulassung von Arzneimitteln in ihren wissenschaftlichen Anforderungen an neue Arzneien also breit gefächert, von den anerkannten Erkenntnismitteln her ist sie aber prinzipiell an empirische Erkenntnis gebunden und strebt die Feststellung einer gewissen *Wirkungswahrscheinlichkeit*¹⁵³ an. Dies entspricht grundsätzlich den oben angeführten Gedanken der Wissenschaftstheorie, insbesondere dem subjektiven Bayesianismus: Vor dem Hintergrund eines gewissen *Erfahrungsschatzes* soll der betreffende Wissenschaftler ein subjektives Wahrscheinlichkeitsurteil zur Wirkung fällen.

Kurz: Für das Unmöglichkeitsrecht folgt aus der Arzneimittelzulassung kein neues Erkenntnismittel, das eine Art Binnensicht für alternative Therapien zuließe. Aus der Lockerung des empirische Wirksamkeitsnachweises zugunsten einzelner Therapien folgt – gerade i.R.d. § 275 Abs. 1 BGB – kein Anerkenntnis der Wirksamkeit, sondern lediglich die *Zulassung* als Arzneimittel. Für § 275 Abs. 1 BGB relevant wäre es hingegen, wenn der Gesetzgeber z.B. die Ansichten von Vertretern alternativer Therapien als Wirksamkeitsnachweis *zuließe* (anstatt auf einen solchen zu *verzichten*).

2. Arzthaftung

Voraussetzung der vertraglichen wie der deliktischen Arzthaftung ist das Vorliegen eines Behandlungsfehlers als Haftungsgrund.¹⁵⁴ Die *Therapiefreiheit* steckt den Rahmen ab, in dem der Arzt bei der Behandlung keinen Behandlungsfehler begeht,¹⁵⁵ also seine Pflicht zur *sachgerechten* ärztlichen Versorgung erfüllt.¹⁵⁶ Sie wird nur durch „die von der Wissenschaft gesetzten Notwendigkeiten“¹⁵⁷ begrenzt, zu denen auch die „Rationalitätskriterien, denen jeder Heileingriff genügen muss“¹⁵⁸ zählen. Die dem Arzt insoweit obliegenden Sorgfaltspflichten orientieren sich in objektiver

152 Bericht des Ausschusses für Jugend, Familie und Gesundheit vom 28.4.1976, BT-Drucks. 7/5091, S. 6.

153 Das BVerwGE 94, 215 (222) (die therapeutische Wirksamkeit sei eine Wahrscheinlichkeitsaussage); *Dettling*, Wissenschaftlichkeit (Fn. 7), S. 420.

154 Vgl. *Schmidt*, Behandlungsfehler (Fn. 49), S. 697; s.a. *G. Wagner*, in: MüKo-BGB (Fn. 6), Bd. V, 5. Aufl., München 2009, § 823 Rn. 699 f.

155 *E. Deutsch*, Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler, NJW 1993, S. 1506 (1507 f.); *C. Janda*, Medizinrecht, Konstanz 2010, S. 310.

156 *M. G. Broglie*, in: A. Ehlers/M. G. Broglie, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., München 2008, Rn. 720. Medizinische Standards kennzeichnen das „in Wissenschaft und Praxis als erforderlich angesehene [ärztliche] Normalverhalten“, *Katzenmeier*, Arzthaftung (Fn. 39), S. 279.

157 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht (o. Fn. 6), Rn. 21; *A. Laufs*, in: Handbuch des Arztrechts (Fn. 32), § 3 Rn. 17 („die objektiven Sorgfaltsanforderungen, die an die Methodenwahl zu stellen bleiben“).

158 *Jung*, Außenseitermethoden (Fn. 122), S. 57.

Hinsicht an den jeweiligen medizinischen Standards.¹⁵⁹ Sie sind also der engere Begriff. Dabei markieren sie nicht die Grenze des Möglichen, sondern – lediglich – das „dem Arzt rechtlich Gebotene“.¹⁶⁰ Die Zugehörigkeit zum medizinischen Standard beruht auf einer *relativen* Bewertung, nämlich unter anderem auf dem Abgleich der Behandlungsmethode mit anderen Verfahren daraufhin, ob sie veraltet und überholt ist.¹⁶¹

Die Therapiefreiheit hingegen soll dem Arzt (unter anderem) den nötigen Spielraum verschaffen, um alle Aspekte des Einzelfalls möglicherweise auch einmal entgegen den für die Obergruppe dieser Fälle geltenden Standards zu behandeln.¹⁶² Je gesicherter die Erkenntnisse der Medizin und der Erfolg des Standards sind, desto größer sind die *Begründungslast*¹⁶³ für eine Abweichung vom Standard sowie die Aufklärungspflichten gegenüber dem Patienten. Die *Einwilligung* in eine vom Standard abweichende Behandlung wiederum wird durch § 138 BGB, § 228 StGB begrenzt.¹⁶⁴ Auch bei nicht approbierten Anbietern, wie insbesondere Heilpraktikern, reicht die Therapiefreiheit relativ weit.¹⁶⁵

Für die Frage nach der Zulässigkeit bestimmter Erkenntnismittel i.R.d. § 275 Abs. 1 BGB ist am ehesten die Unterscheidung von Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen relevant,¹⁶⁶ die an der Grenze, teilweise aber auch außerhalb der medizinischen Standards liegen. Während Neulandbehandlungen der medizinischen Forschung oftmals zugute kommen, zeichnen sich manche Außenseitermethoden dadurch aus, dass sie abseits von naturwissenschaftlichen Erkenntnissen stehen, die-

159 *Laufs* (Fn. 157), § 3 Rn. 17. Zu Bedeutung und Ermittlung des medizinischen Standard siehe nur *J. Taupitz*, Medizinische Informationstechnologie, leitliniengerechte Medizin und Haftung des Arztes, AcP 211 (2011), S. 352 (355 ff., 360 ff.); s.a. *Katzenmeier*, Arzthaftung (Fn. 39), S. 277 ff.

160 *Taupitz*, Leitliniengerechte Medizin (Fn. 159), S. 358; genauer: „welche medizinische Maßnahme dem jeweils aktuellen medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisstand unter Berücksichtigung praktischer Erfahrung und professioneller Akzeptanz entspricht“, *ders.*, Informationstechnologien – Haftungsschutz oder Haftungsfalle?, Dtsch Arztebl 107 (2010), A 1972 (1972).

161 Die entscheidenden Parameter sind das Risiko und die Belastung für den Patienten, die Heilungschancen und ihre Umstrittenheit in der medizinischen Wissenschaft, vgl. BGH NJW 1988, S. 763 (763 f.); NJW 1992, S. 754 (755).

162 Vgl. *Taupitz*, Leitliniengerechte Medizin (Fn. 159), S. 359 f.; *Katzenmeier*, Arzthaftung (Fn. 39), S. 308 f., 311.

163 Vgl. *H. Franzki*, Von der Verantwortung des Richters für die Medizin – Entwicklungen und Fehlentwicklungen der Rechtsprechung zur Arzthaftung, MedR 1994, S. 171 (173); *Jung*, Außenseitermethoden (Fn. 122), S. 57. Zum Begriff der Begründungslast vgl. *P. Krebs*, Die Begründungslast, AcP 195 (1995), S. 171 ff.

164 BGH NJW 1991, S. 1535 (1537).

165 *P. Schelling*, in: Medizinrecht (Fn. 6), § 1 HeilPraktG Rn. 24; kritisch, *H. Schmid*, Die Grenzen der Therapiefreiheit, NJW 1986, S. 2339 (2340 f.).

166 *Schmid*, Therapiefreiheit (Fn. 165), S. 2340.

sen teils sogar widersprechen und/oder keinen Wirkungsnachweis erbringen können, der naturwissenschaftlichen Kriterien genügen würde.¹⁶⁷

Gegenüber beiden Therapierichtungen genießt der medizinische Status quo (also besagte Standards) einen „Plausibilitätsvorschuß“; daher dürfen Ärzte sie nur in Kenntnis der schulmedizinischen Alternative anwenden.¹⁶⁸ Aus der hier interessierenden Perspektive geht der Plausibilitätsvorschuß gegenüber Außenseitermethoden häufig darauf zurück, dass „der Außenseiter sich nicht in der erkenntnistheoretischen Mittelebene seines wissenschaftlichen oder berufspraktischen Bezugsfeldes bewegt“;¹⁶⁹ der Außenseiter bedient sich solcher Erkenntnisquellen, die keinen Anspruch auf Verallgemeinerbarkeit erheben können. Die Therapiefreiheit findet entsprechend der für das Abweichen vom Status quo bestehenden Begründungslast ihre Grenze, wenn ein bestimmtes Verfahren allgemein als überlegen anerkannt ist.¹⁷⁰

3. Ersatzpflicht der GKV

Das Recht der GKV ist verkürzt zu behandeln, da die Kriterien zur Beurteilung einer Ersatzpflicht angesichts des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 Abs. 1 SGB V) *strenger* als die der Arzthaftung sind. Das SGB V geht wie das Arzneimittelrecht von einem funktionellen Wissenschaftsbegriff aus.¹⁷¹ Es knüpft die Ersatzpflicht an den „allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse“ unter Berücksichtigung des medizinischen Fortschritts (§§ 2 Abs. 1 S. 3, 70 Abs. 1 SGB V). Das BSG versteht dies als „Wissenschaftlichkeitsgebot“.¹⁷² Diesem entspreche eine Behandlungsmethode,

„wenn sie von der großen Mehrheit der einschlägigen Fachleute (Ärzte, Wissenschaftler) befürwortet wird. Von einzelnen, nicht ins Gewicht fallenden Gegenstimmen abgesehen, muß über die Zweckmäßigkeit der Therapie Konsens bestehen.“¹⁷³ Über „Qualität und Wirksamkeit der neuen Methode“ müßten „zuverlässige, wissenschaftlich nachprüfbare Aussagen gemacht werden können. Der Erfolg muss sich aus wissenschaftlich einwandfrei durchgeführten Studien über die Zahl der behandelten Fälle und die Wirksamkeit der Methode

167 Schmid, Therapiefreiheit (Fn. 165), S. 2340 f.; R. Bodenburg, Alternative Medizin im Spannungsfeld von Heilungschancen und ärztlichem Risiko, NJOZ 2009, S. 2823 (2726), S.a. M. Vogeler, Die Haftung des Arztes bei der Anwendung neuartiger und umstrittener Heilmethoden nach der neuen Rechtsprechung des BGH, MedR 2008, S. 697 (700 ff.).

168 Jung, Außenseitermethoden (Fn. 122), S. 56 f.; A. Siebert, Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, Bremen 1982, S. 119 ff.; Katzenmeier, Arzthaftung (Fn. 39), S. 310; Franzki, Verantwortung des Richters (Fn. 163), S. 173.

169 Jung, Außenseitermethoden (Fn. 122), S. 49.

170 BGH NJW 1988, S. 763 (764); NJW 1992, S. 754 (755); Katzenmeier, Arzthaftung (Fn. 39), S. 311; Broglie (Fn. 156), Rn. 725. S.a. oben Fn. 163.

171 Dettling, Wissenschaftlichkeit (Fn. 141), S. 327.

172 BSGE 94, 221 (Rz. 27); BeckRS 2006, 41351; BeckRS 2006, 41405; BSG GesR 2006, S. 370 (372).

173 BSGE 84, 90 (96); BeckRS 2006, 41405; BeckRS 2006, 41351.

*ablesen lassen. Die Therapie muss in einer für die sichere Beurteilung ausreichenden Zahl von Behandlungsfällen erfolgreich gewesen sein.*¹⁷⁴

Anders verhält es sich daher mit Leistungen,

*„die mit wissenschaftlich nicht anerkannten Methoden erbracht werden. Neue Verfahren, die nicht ausreichend erprobt sind, oder Außenseitermethoden (paramedizinische Verfahren), die zwar bekannt sind, aber sich nicht bewährt haben, lösen keine Leistungspflicht der Krankenkasse aus. Es ist nicht Aufgabe der Krankenkassen, die medizinische Forschung zu finanzieren.“*¹⁷⁵

Entsprechend strenge Kriterien wendet der gemeinsame Bundesausschuss (G-BA, § 135 SGB V) bei der Zulassung neuer Therapien an.¹⁷⁶

4. Selbstverständnis der Ärzteschaft

Großzügiger ist das Selbstverständnis der Ärzteschaft, die im Ulmer-Papier¹⁷⁷ ihre gesundheitspolitischen Leitsätze festlegte. Zum Wissenschaftsverständnis in der Medizin wird dort ausgeführt, dass die Medizin keine exakte Naturwissenschaft mit reproduzierbaren Ergebnissen sei¹⁷⁸ und auch „Erkenntnisse der Psychologie, der Sozial- und Kommunikationswissenschaften, allgemein der Geisteswissenschaften und im bestimmten Umfang auch der Theologie“¹⁷⁹ zum Zuge kämen. Damit sollen wohl keine Zweifel an der Bedeutung naturgesetzlicher Zusammenhänge für den menschlichen Körper, sondern wiederum die unüberschaubaren Determinanten zum Ausdruck gebracht werden, die die medizinische Behandlung eines Menschen beeinflussen.¹⁸⁰ Offen wird aber auch darauf hingewiesen, das „neben wissenschaftlichen Erkenntnissen auch Wertungen und Haltungen eine wichtige Rolle“ spielen.¹⁸¹ Ferner plädiert die Ärzteschaft für eine großzügige Therapiefreiheit, der Arzt entscheide

174 BSG BeckRS 2006, 41351; BeckRS 2006, 41405.

175 RegE Gesundheits-ReformG, BT-Drucks. 11/2237, S. 157 (Hervorhebung hinzugefügt).

176 Den Schwerpunkt bilden kontrollierte Studien, wobei auch methodisch fehlerbehaftete Studien berücksichtigt werden, auf deren eingeschränkte Verlässlichkeit aber jeweils detailliert hingewiesen wird. Zum Zuge kommen ferner Sachverständigengutachten und aktuelle wissenschaftliche Veröffentlichungen, deren Referenzlisten sowie Leitlinien als auch der zulassungs- und leistungsrechtliche Status der betreffenden Therapie in anderen Versicherungssystemen, vgl. etwa den zusammenfassenden Bericht des Unterausschusses „Ärztliche Behandlung“ des G-BA, Akupunktur (Stand: 27.9.2007), 6, 10 ff. (abrufbar unter <http://tinyurl.com/8fhgfty>). S.a. den Berichte des Arbeitsausschusses „Ärztliche Behandlung“ des (damaligen) Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, Akupunktur (22.1.2001), 18 ff. (abrufbar unter <http://tinyurl.com/8pzdj8a>).

177 Bundesärztekammer, Ulmer Papier (Fn. 139). Dazu J. Flintrop, Rationierung nicht länger vertuschen, Dtsch Arztebl 105 (2008), A 1161 ff.

178 Bundesärztekammer, Ulmer Papier (Fn. 139), S. 4.

179 Bundesärztekammer, Ulmer Papier (Fn. 139), S. 4.

180 S.o. Fn. 7.

181 Bundesärztekammer, Ulmer Papier (Fn. 139), S. 4 f.

„gemeinsam mit dem Patienten, inwieweit er (...) die Ergebnisse evidenz-basierter Leitlinien in seine Therapie einfließen“ lasse.¹⁸²

II. Auswertung

Aus den angesprochenen Gebieten des Medizinrechts sowie dem Selbstverständnis der Mediziner folgt für die Konkretisierung der medizinischen Unmöglichkeit kein einheitliches Bild, es zeigt sich aber durchweg eine Tendenz zu Empirie und Naturwissenschaften.

Bedingt durch seinen Regelungszweck macht das Arzneimittelrecht die strengsten Vorgaben. Den punktuellen Ausnahmen für besondere Therapieeinrichtungen fehlt es an einer hinreichenden Begründung, die eine *verallgemeinerbare* Lockerung der Unmöglichkeitsgrenze im Medizinrecht rechtfertigen könnte. Daher kann der Erfahrung Einzelner nicht der Vorzug gegenüber intersubjektiv nachprüfbareren Erkenntnissen gegeben werden, die diesen Erfahrungen widersprechen. Solche Ausnahmen können zwar nicht für § 275 Abs. 1 BGB, wohl aber für § 326 Abs. 1 BGB von Bedeutung sein. Der „Wissenschaftspluralismus“ des Arzneimittelrechts hat somit nur begrenzte Konsequenzen für das Unmöglichkeitsrecht. Die Neuzulassung „gewöhnlicher“ Arzneien erfüllt hingegen regelmäßig schon das positive Kriterium der oben gezeigten Prüfung (s.o. G. IV. 1.).

Die Ersatzpflicht der GKV und konkret die Empfehlungen durch den G-BA sind eng an die empirische Bewährtheit der Therapie gebunden und sehen für den Nachweis therapeutischen Nutzens keine besonderen Lockerungen vor. Auch die dank der Therapiefreiheit deutlich großzügigere Arzthaftung macht mit der Statuierung eines Plausibilitätsvorschlusses des Status quo gegenüber Außenseiter- und Neulandbehandlungen eine deutliche Vorgabe. Darüber hinaus hat die Therapiefreiheit zwar keinen Einfluss auf die eigentliche Unmöglichkeit, sie sollte aber in deren Rechtsfolgen berücksichtigt werden (sogleich III.). Die zitierten Auffassungen der Mediziner sind vor allem Ausdruck der Ungewissheit medizinischer Erkenntnis. Sie zeigt sich als einer der Hauptgründe für die ärztliche Forderung nach einer weitreichenden Therapiefreiheit.

Für eine konkretere Abgrenzung des § 275 Abs. 1 BGB folgt aus den betrachteten Gebieten des Medizinrechts nur wenig. Die Unmöglichkeitsgrenze bleibt auf die obige abstrakte Festlegung verwiesen. Allerdings ist die Rede von einer *Wette gegen die Wissenschaft* in der Medizin insbesondere angesichts des breit angelegten Wissenschaftsverständnisses der Ärzteschaft wenig aussagekräftig. Zwar kann die Bezeichnung für die Unmöglichkeit keine Vorgaben machen, sie kann aber das Erkenntnisziel nennen, bei dessen gesichertem Vorliegen § 275 Abs. 1 BGB greift. Im Medizin-

182 *Bundesärztekammer*, Ulmer Papier (Fn. 139), S. 5.

recht sollte angesichts der Zweigliedrigkeit von Behandlungsverträgen von Unmöglichkeit gesprochen werden, wenn *gesichert* ist, dass die Behandlung für den Patienten *keine ernstzunehmende Chance auf einen Therapieerfolg* birgt.¹⁸³

Ob eine Behandlung eine solche Chance birgt, ist anhand der obigen (s.o. F., G.) Methodologie festzustellen. Noch einmal sei betont, dass auch scheinbar obskure Behandlungen als möglich anzuerkennen sind, wenn der empirische Nachweis für Therapieerfolge vorliegt. Praktisch soll der vorliegende Vorschlag vor allem zur Beurteilung solcher Behandlungen dienen, die mangels valider empirischer Nachweise nur auf ein Theoriegerüst verweisen können. Gemäß den vorangehenden wissenschaftstheoretischen Überlegungen sollten dabei insbesondere Behandlungen als unmöglich verstanden werden, die wissenschaftlich unplausibel sind oder gar auf widerlegten Theorien aufbauen. – Auf den „Rationalitätsbezug im Sinne des intersubjektiv Nachvollziehbaren“ kann im Medizinrecht nicht verzichtet werden.¹⁸⁴

III. Einschränkung des § 326 Abs. 1 BGB

Die hier vorgeschlagene weitgreifende Anwendung des § 275 Abs. 1 BGB ist schließlich über § 326 Abs. 1 BGB zu kompensieren. Dies soll am praktisch wichtigsten Beispiel der Therapiefreiheit demonstriert werden:

Mit der Annahme, dass § 326 Abs. 1 BGB für Behandlungen innerhalb der Therapiefreiheit stets konkludent abbedungen sei, der Patient sich also ungeachtet eventueller Unmöglichkeit zur Zahlung verpflichten wollte, sollte zurückhaltend verfahren werden.¹⁸⁵ Relevanter erscheint der Einwand, dass dort, wo der Gesetzgeber *spezialgesetzliche Kriterien* festgelegt hat, diese als vorrangig gegenüber dem Unmöglichkeitsrecht anzusehen sind.¹⁸⁶ Die Unmöglichkeit darf dann nicht ohne Weiteres zum Entfallen der Gegenleistung führen.

Da die Therapiefreiheit Abweichungen vom fachlichen Standard deckt, umfasst sie prinzipiell auch die Anwendung von Methoden, die nach streng wissenschaftlichen Kriterien unmöglich sind.¹⁸⁷ Gleichwohl liegt dann ein Fall von § 275 Abs. 1 BGB vor. Damit stellt sich die Frage, ob für Behandlungen innerhalb der Therapiefreiheit des Arztes ungeachtet der §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB eine *Zahlungspflicht* bestehen sollte. Mit dem nunmehr in den §§ 630a ff. BGB geregelten Behandlungsvertrag macht der Gesetzgeber auch Vorgaben zur Therapiefreiheit – der Behandelnde ist „an die *jeweils* geltenden fachlichen Standards nach § 630a Absatz 2 gebun-

183 Die Formulierung stammt (in anderem Zusammenhang) von A. Schmidt-Rögnitz, Die Gewährung von alternativen sowie neuen Behandlungs- und Heilmethoden durch die gesetzliche Krankenversicherung, Berlin, 1996, S. 288.

184 Jung, Außenseitermethoden (Fn. 122), S. 50.

185 S.a. oben F. IV.

186 S.o. B.

187 S.o. H. I. 2.

den“.¹⁸⁸ Die fachlichen Standards des § 630a Abs. 2 BGB unterscheiden sich je nach „Behandlungsgruppe“ (dazu sogleich).¹⁸⁹ Dem „Leitbild des mündigen Patienten“¹⁹⁰ entsprechend erhebt § 630c Abs. 2 BGB es zur *Hauptleistungspflicht*¹⁹¹ des Behandelnden, dem Patienten „sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern“, zu denen auch „die Therapie“ zählt. Neben diese „Sicherungsaufklärung“ tritt mit § 630e BGB die inhaltlich ähnliche¹⁹² und ebenfalls als Hauptpflicht¹⁹³ ausgestaltete „Selbstbestimmungsaufklärung“ als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung.¹⁹⁴

Der Erhalt der Gegenleistungspflicht sollte im Falle unmöglicher Gesundheitsleistungen davon abhängig gemacht werden, ob der Patient über die entsprechenden wissenschaftlichen Einwände hinreichend *aufgeklärt* wurde. Entscheidend ist der wissenschaftliche Stand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Aufklärung und Einwilligung hätten hier eine andere Funktion als in der Arzthaftung: sie verhinderten die Anwendung des § 326 Abs. 1 BGB. In der Schulmedizin betrifft dieser Vorschlag relativ wenige Fälle, da dort, wo empirisch geforscht wird, die oben vorgeschlagenen Unmöglichkeitskriterien nur selten erfüllt sind.

Anders könnte es bei Verfahren liegen, die sich von der Schulmedizin und den für die Feststellung der Unmöglichkeit einschlägigen Methoden deutlich entfernen. Für sie verlagert sich jedoch auch (nach der die *allgemein anerkannten*¹⁹⁵ *fachlichen Standards* betonenden Begründung des § 630a Abs. 2 BGB) die Therapiefreiheit: Nicht-approbierter Anwender von Außenseitermethoden wie insbesondere die in der Gesetzesbegründung angeführten Heilpraktiker, die Patienten „bewusst eine Behandlung außerhalb der für Ärzte geltenden Standards“ anbieten, sollen nicht an die „ärztlichen medizinischen Standards“ gebunden sein. Gefordert wird „die typischerweise von einem Heilpraktiker zu erwartende fachgerechte medizinische Heilpraktikerbehandlung“, die regelmäßig Methoden „aus dem Bereich der Natur- und Volksheilkunde“ beinhaltet. – Andererseits trifft „auch den Heilpraktiker die Pflicht, sich vorab umfassend über die von ihm angewendeten Behandlungsmethoden zu in-

188 RegE PatRG, BT-Drucks 17/10488, S. 24 (Hervorhebung vom Autor); kritisch *Katzenmeier*, Rahmenbedingungen (Fn. 23), S. 579 (der Behandelnde werde zu eng an Standards gebunden, worunter letztlich die Patientenautonomie litte); *D. Hart*, Ein Patientenrechtegesetz ohne Eigenschaften, Gesundheitsrecht 2012, S. 385 (386) (rügt die zu enge Auffassung des medizinischen Standards, der „mit naturwissenschaftlicher Erkenntnis nicht abgedeckt“ sei).

189 RegE PatRG, BT-Drucks 17/10488, S. 19.

190 RegE PatRG, BT-Drucks 17/10488, S. 1; s.a. *Katzenmeier*, Rahmenbedingungen (Fn. 23), S. 577.

191 *D. Hart*, Patientensicherheit nach dem Patientenrechtegesetz, MedR 2013, S. 159 (160).

192 Sehr kritisch zur Dopplung in §§ 630c Abs. 2, 630e BGB, *P. Thurn*, Das Patientenrechtegesetz – Sicht der Rechtsprechung, MedR 2013, S. 153 (155).

193 *Hart*, Patientensicherheit (Fn. 191), S. 161.

194 *Katzenmeier*, Rahmenbedingungen (Fn. 23), S. 580.

195 Hierzu auch *Hart*, Patientensicherheit (Fn. 191), S. 160 („allgemein anerkannt“ bedeute „eine gewisse Evidenzbasierung (Sicherheit des Wissens um die Qualität der Behandlung) und eine gewisse Begründetheit des Urteils über die Empfehlung der Behandlung“).

formieren, erforderlichenfalls entsprechende Sachkunde zu erwerben und schließlich die jeweilige Methode nach kritischer Überprüfung eigener Kompetenzen anzuwenden“.¹⁹⁶ Zur Vermeidung von Gesundheitsschäden wird von Heilpraktikern schon gegenwärtig die Kenntnis des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes zu ihren konkreten Heilangeboten sowie eine Aufklärung der Patienten verlangt; Voraussetzung ist aber, dass die Therapie unmittelbare Gesundheitsgefahren birgt, etwa weil sie invasive Eingriffe umfasst.¹⁹⁷ Der Gesetzgeber tendiert mit § 630a Abs. 2 BGB offenbar zu einem höheren Kenntnisniveau. Eine „ausreichende Sachkunde über die (...) angewendeten Behandlungsmethoden einschließlich ihrer Risiken und der richtigen Techniken für deren gefahrlose Anwendung“¹⁹⁸ scheint auch für nicht-invasive Behandlungen erforderlich zu sein. Sofern *Ärzte* Außenseiter- oder Neulandbehandlungen anbieten, müssen sie deren wissenschaftliche Grundlagen ohnehin kennen.¹⁹⁹

Vorliegend dient die Aufklärung als Mittel, mit dem der Konflikt zwischen Unmöglichkeitensrecht und Therapiefreiheit aufgelöst und die unterschiedlichen Auffassungen der Heilkunde mit der gezeigten, harten Grenze des Unmöglichkeitensrechts vereinbart werden können. Es geht um das bei *allen* Methoden bestehende *Risiko der Unmöglichkeit* der Behandlung. Im Gegensatz zur Arzthaftung ist Ziel der Aufklärung unter dem Gesichtspunkt der Anwendung des § 326 Abs. 1 BGB die Gewährleistung der *materialen Vertragsfreiheit*²⁰⁰ des Patienten. Diese wird zum einen durch das für das Behandelnder-Patienten-Verhältnis typische Informationsgefälle beeinträchtigt. Der Patient befindet sich zudem je nach Schwere seines Leidens in einer Schwächesituation,²⁰¹ die ihn für Angebote, die dem Stand der medizinischen Wissenschaft widersprechen, empfänglich und daher schutzbedürftig macht.

Bei der hier generell vorgeschlagenen Aufklärungspflicht ist deshalb einer Abstufung erforderlich, deren Strenge sich nach der Schwere des Leidens richtet. Der Patient

196 RegE PatRG, BT-Drucks 17/10488, S. 19; s.a. RGSt 59, 355 (357).

197 BGH NJW 1991, S. 1535 (1537 f.) (Erkundigung über Ergebnisse einschlägiger Kongresse, Sichtung der gängigen medizinischen Zeitschriften, Vornahme organisatorischer Vorkehrungen um schulmedizinische Bedenken unverzüglich zu registrieren), *J. Taupitz*, Der Heilpraktiker aus der Sicht des Haftungsrechts: „Arzt“, „Mini-Arzt“ oder „Laie“?, NJW 1991, S. 1505 (1508 f.) (für eine berufsgruppenspezifische Aufklärungspflicht); strenger *A. Laufs*, in: Handbuch des Arztrechts (Fn. 32), § 10 Rn. 16; a.A. OLG Hamm, VersR 1987, S. 1019 (Leitsatz); *L. Eberhardt*, Die zivilrechtliche Haftung des Heilpraktikers, VersR 1986, S. 110 (114 f.) (die erforderliche Sorgfalt müsse bei Heilpraktikern und Ärzten stets nach dem gleichen Maßstab bestimmt werden).

198 RegE PatRG, BT-Drucks 17/10488, S. 19.

199 Vgl. *C. Katzenmeier*, Aufklärung über neue medizinische Behandlungsmethoden – „Robodoc“, NJW 2006, S. 2738 (2738); *C. Knauerl/J. Brose*, in: Medizinrecht (Fn. 6), § 223 StGB Rn. 42 (eine zivilrechtliche Haftung des Arztes komme schon dann in Frage, wenn eine geringere Wirksamkeit der Außenseitermethode oder höhere Risiken möglich erschienen). S.a. BGH NJW 2011, 1088 (Rz. 12).

200 Also der tatsächlichen Freiheit zur Willensbildung, *C.-W. Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), S. 273 (277); *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, Tübingen 2000, S. 54 („Absenz realer Hindernisse“). Es besteht eine Verwandtschaft zu der in § 630c Abs. 3 BGB geregelten wirtschaftlichen Informationspflicht.

201 Ähnlich dem Benachteiligten in den Fallgruppen des § 138 BGB.

sollte in die Lage versetzt werden, wissenschaftliche Einwände gegen die Möglichkeit der (entgeltlichen) Leistung in seiner Willensbildung zu berücksichtigen. Angebote außerhalb der Schulmedizin werden gemeinhin nicht als Konkurrenz, sondern als Ergänzung zur Schulmedizin verstanden, was schon der Begriff *Komplementärmedizin* besagt. Die wenigsten Patienten zweifeln ernsthaft an den Naturwissenschaften, sondern bleiben für wissenschaftliche Einwände durchaus empfänglich.

Daher bedarf es bei *schweren Leiden* der individuellen Aufklärung darüber, *inwieweit* die vereinbarte Behandlung den Erkenntnissen der Schulmedizin bzw. naturwissenschaftlichen Erkenntnissen widerspricht. Dies beinhaltet insbesondere die Information über Studien, die gegen die Wirksamkeit der Therapie sprechen und die Offenlegung von Annahmen, die von der Schulmedizin oder den Naturwissenschaften nicht geteilt werden. Die Aufklärung kann bis hin zu dem Bekenntnis des Behandelnden reichen, dass er bestimmte Grundannahmen der Physik verneint. Derlei Informationen sind von erheblicher Bedeutung für den Vertragsschluss, zumal Patienten nicht nur finanziell, sondern auch persönlich nur begrenzte Ressourcen zur Verfügung stehen. Der Behandelnde hat kein *legitimes* Interesse daran, besagte Einwände zu verschweigen oder sich nicht kritisch mit seinen Therapieangeboten auseinanderzusetzen zu müssen. Auch Behandelnde ohne ärztliche Approbation werden hierdurch nicht überfordert. Gerade bei verbreiteten Therapien bedarf es i.d.R. nur eines mäßigen Rechercheaufwands, um gängig hervorgebrachte Einwände, einschlägige Studien und problematische Grundannahmen zu ermitteln – für Patienten aber ist der Behandelnde die primäre Informationsquelle.²⁰² § 630a Abs. 2 BGB geht hinsichtlich des geforderten Kenntnisstandes in eine ähnliche Richtung. Da viele Vertreter von Außenseitermethoden schulwissenschaftlichen Zweifeln ohnehin nur geringe Relevanz beimessen, zwingt eine Aufklärung sie nicht in die Bösgläubigkeit.

Bei den verbleibenden weniger schweren Leiden könnte ein allgemein gehaltener Hinweis auf die fehlende wissenschaftliche Plausibilität der Behandlungsmethode ausreichen (z.B. in Form entsprechender Hinweise in Informationsbroschüren zur Therapie).

Mit diesem Vorschlag hinge die Zahlungspflicht für unmögliche Behandlungen davon ab, ob eine Aufklärung über die die Unmöglichkeit begründenden Umstände erfolgt ist. Gestützt würde die *vertragliche* Mündigkeit und Selbstbestimmtheit von Patienten, die sich mitunter zudem in einer Schwächesituation befinden.²⁰³ Auch die Vertragsfreiheit ist Ausdruck der *Patientenautonomie*.

202 Vgl. die Studie von T. Fürstenberg/C. Katzenmeier/M. Laschet/T. Voigt/K. Zich, Untersuchungen zum Informationsangebot zu individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL), 7.11.2012, S. 155 f. (abrufbar unter: <http://tinyurl.com/butj9sh>).

203 Letztlich handelt es sich um eine Verlängerung der Korrelation von Therapiefreiheit und Entschlussfreiheit des Patienten (vgl. Laufs, in: H.-J. Ahrens/Chr. v. Bar/G. Fischer et al., Festschrift für Erwin Deutsch, Köln et al. 1999, S. 625 (626 f.)) ins Leistungsstörungenrecht.

I. Placebo-Effekt und medizinische Unmöglichkeit

Ein zentraler Einwand gegen die Feststellung medizinischer Unmöglichkeit könnte sich aus dem Placebo-Effekt ergeben: Da zahlreiche Behandlungen Placebo-Effekte auslösen und Placebo-Effekte mitunter hochwirksam sind, liegt der Vorschlag nahe, solche Behandlungen aus dem Unmöglichkeitsrecht auszugliedern. Dieser Einwand könnte sogar zugunsten physiologisch gänzlich wirkungsloser Verfahren vorgebracht werden.

Placebo-Effekte bezeichnen in der Medizin Fälle, „in denen sich der Gesundheitszustand der Patienten verbesserte, nachdem sie ein chemisch unwirksames Medikament oder eine unspezifische Behandlung erhalten hatten“.²⁰⁴ Einem scheinbar *psychologischen Effekt* korrespondieren messbare *physiologische Vorgänge*,²⁰⁵ der Effekt ist also „psychophysiologischer Natur“.²⁰⁶ Nach aktuellem Kenntnisstand ist die psychologische Seite durch eine gewisse Erwartungshaltung des Patienten hinsichtlich der Wirksamkeit gekennzeichnet, die zu einer Konditionierung führt, deren Intensität von der Höhe der Erwartung abhängt.²⁰⁷ Determinanten sind dabei auch der Einfluss des Behandlungsumfeldes und die Arzt-Patienten-Beziehung, weshalb Placebo-Effekte keineswegs auf gezielte Placebo-Behandlungen beschränkt sind.²⁰⁸

Zwar wird vom Auftreten von Placebo-Effekten in Studien bei 30-70 % der Behandelten berichtet,²⁰⁹ gleichwohl ist klarzustellen, dass die spezielle Placebo-Forschung noch in den Kinderschuhen steckt:²¹⁰

*„Although substantial progress has been made in understanding placebo effects, much laboratory and translational clinical trial research remains to be done, with the ultimate aim of harnessing placebo effects to improve patient care.“*²¹¹

204 R. J. Gerrig/P. G. Zimbardo, Psychologie, 18. Aufl., München 2008, S. 32; s.a. R. Jütte/J.-D. Hoppe/P. Scriba, Placebo in der Medizin, Bundesärztekammer (Hrsg.), Köln 2011, S. 12 f.

205 J. W. Spencer/J. J. Jacobs, Complementary and Alternative Medicine, 2. Aufl., Missouri, Mosby 2003, S. 21; R. Jütte/J.-D. Hoppe/P. Scriba, Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer „Placebo in der Medizin“, Dtsch Arztebl. 107 (2010), A 1417 (1420 f.).

206 Jütte/Hoppe/Scriba, Placebo in der Medizin (Fn. 204), S. 4.

207 D. G. Finniss/T. J. Kaptchuk/F. Miller/F. Benedetti, Biological, clinical, and ethical advances of placebo effects, Lancet 375 (2010), S. 686 (689); R. Likar/G. Bernatzky, Wirkung ohne Wirkstoff – der Placebo-Effekt, in: G. Bernatzky/R. Likar/F. Wendtner et al., Nichtmedikamentöse Schmerztherapie, Wien et al. 2007, S. 23 (26 ff.).

208 Jütte/Hoppe/Scriba, Placebo in der Medizin (Fn. 204), S. 12.

209 Spencer/Jacobs, Alternative Medicine (Fn. 209), S. 21. Zu einem sehr kritischen Ergebnis kommt indes eine Meta-Studie aus dem Jahr 2001, A. Hróbjartsson/P. C. Gøtzsche, Is the Placebo powerless? – An Analysis of Clinical Trials Comparing Placebo with No Treatment, The New England Journal of Medicine 344 (2001), S. 1594 ff. (ein signifikanter Placebo-Effekt lasse sich nur für subjektive Beschwerden wie Schmerzen feststellen); zustimmend K. Koch, Ein Mythos wird entzaubert, Dtsch Arztebl. 98 (2001), A 2156 (2156 f.). Den letztgenannten Quellen zufolge muss der Placebo-Effekt von Einflüssen des Arzt-Patienten Verhältnisses klar unterschieden werden.

210 Spencer/Jacobs, Alternative Medicine (Fn. 209), S. 22.

211 Finniss/Kaptchuk/Miller/Benedetti, placebo effects (Fn. 207), S. 693.

Wie man welchen Placebo-Effekt *gezielt* hervorruft und therapeutisch einsetzt, ist so wenig bekannt, dass nicht auf Placebo-Therapien *spezialisierte* Ärzte nur schwerlich seriös für sich in Anspruch nehmen können, mit ihrer Behandlung *primär* auf die Auslösung bestimmter Placebo-Effekte zu zielen. Auch wenn einer Behandlungsmethode (immerhin) Placebo-Wirkung bescheinigt werden kann, darf deren Anbietern dieser Effekt nicht Grund genug für eine Behandlung mit der im Übrigen als unwirksam erkannten Therapie sein. – Hiermit eng verwandt ist der für das Unmöglichkeitsrecht besonders einschlägige Einwand, dass *jeder* medizinischen Behandlung ein Placebo-Effekt innewohnt,²¹² da der Patient stets die Erwartung hat, dass die Behandlung etwas nützt: „patients receiving proven treatments already receive the placebo effect as a free bonus“.²¹³ So gesehen müssten alle (nicht nur medizinische) Leistungen aus dem Unmöglichkeitsrecht ausscheiden, bei denen es zu irgendwelchen Placebo-Effekten kommt.

Neben diese medizinischen Einwände treten ethische Probleme des *therapeutischen* Einsatzes von Placebos. Äußerstenfalls verlangt eine konsequente Placebo-Behandlung die systematische Täuschung des Patienten.²¹⁴ Der bewusste Einsatz einer unwirksamen Therapie ohne Aufklärung und unter Vorspiegelung einer echten Wirksamkeit wird häufig zugleich sittenwidrig sein,²¹⁵ gegen deliktische Normen (§§ 823 Abs. 1 Alt. 2, 3; 826 BGB) verstoßen, wenn nicht gar strafrechtliche Normen (§§ 229, 263 StGB) verletzen.

Voraussetzung einer ethisch vertretbaren Placebotherapie ist laut einer Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer, dass „keine geprüfte wirksame (Pharmako-)therapie vorhanden“ ist, es sich „um relativ geringe Beschwerden“ handelt, „der ausdrückliche Wunsch des Patienten nach einer Behandlung“ vorliegt, sowie, dass „Aussicht auf Erfolg einer Placebobehandlung bei dieser Erkrankung“ besteht.²¹⁶

Hinsichtlich der für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers maßgeblichen *lex artis* ist der Patient vor allem über die Placebogabe *aufzuklären*;²¹⁷ eine „rechtliche Grauzone“ besteht, wenn die Wirksamkeit des Placebos gerade auf dem Nichtwissen des Patienten beruht.²¹⁸ Ausnahmen von gebotenen, engen Grenzen der Placebo-Anwendung²¹⁹ sowie der entsprechenden Aufklärung können aber bestehen, wenn an-

212 Jütte/Hoppe/Scriba, Stellungnahme (Fn. 205), A 1417 (1417).

213 Singh/Ernst, Trick or Treatment (o. Fn. 111), S. 247 f.

214 Singh/Ernst, Trick or Treatment (o. Fn. 111), S. 246.

215 In Betracht kommen ferner § 123 Abs. 1 Fall 1 BGB sowie § 134 BGB i.V.m. § 263 StGB.

216 Jütte/Hoppe/Scriba, Placebo in der Medizin (Fn. 204), S. 98; *dies.*, Stellungnahme (Fn. 205), A 1419.

217 Jütte/Hoppe/Scriba, Placebo in der Medizin (Fn. 204), S. 133.

218 R. Jütte/Hoppe/Scriba, Placebo in der Medizin (Fn. 204), S. 133; *dies.*, Stellungnahme (Fn. 205), A 1420.

219 S.a. Laufs (Fn. 157), § 130, Rn. 31.

dernfalls eine Lebens- oder schwere Gesundheitsgefahr droht und einem Placebo-Einsatz keine ersichtlichen Nachteile, insbesondere keine spezifisch wirksame Therapie gegenübersteht.²²⁰

Daher gilt insgesamt: Reicht die Wirkung einer Heilbehandlung über einen Placebo-Effekt nicht hinaus, kann der Placebo-Effekt – insbesondere vor dem Hintergrund des Unmöglichkeitrechts – *nicht* als Argument dafür herhalten, sie weiterhin als wirksames Heilverfahren anzubieten. Stattdessen müssen die für Placebotherapien geltenden Grundsätze greifen. Für zweifelhafte Therapien kann nicht hilfswiese deren Placebowirkung in Anspruch genommen werden. Wieder zeigt sich die Bedeutung der Vertragsauslegung: Placebotherapien scheitern nicht an §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB, wenn sie als solche vereinbart wurden. Hier ist die Unmöglichkeit zu verneinen, weil der eigentliche Vertragsgegenstand keine spezifische Wirkung, sondern eben die Wirkung *als Placebo* ist.

J. Zusammenfassung

1. Dienstverträge sind in aller Regel zweigliedrig. Die bloße physische *Leistungshandlung* erfüllt nur selten den Vertrag, es muss zumindest *möglich* sein, mit ihr den erhofften *Leistungserfolg* zu erreichen. Daher beschränken sich auch Behandlungsverträge nicht auf die physische Leistungserbringung. Angestrebt wird stets ein (oftmals konkreter) gesundheitlicher Nutzen, den zu erreichen mit der vereinbarten Behandlung *nicht unmöglich* sein darf.
2. Eine vereinbarte Behandlung kann derart von der Existenz eines Wirkungsmechanismus o.Ä. abhängen, dass sie ohne ihn an § 275 Abs. 1 BGB scheitert. „Scheitern“ heißt, dass die Behandlung allenfalls die Wirkung eines Placebos entfaltet.
3. § 275 Abs. 1 BGB übersetzt Vorgaben der Tatsachenwelt und der Logik ins Recht. Dementsprechend ist die Norm nicht dispositiv und gesetzlich nur sehr begrenzt gestaltbar. Der Gestaltungsspielraum beschränkt sich auf die Akzeptanz bestimmter Erkenntnisse und Erkenntnismittel zur Feststellung der Tatsachen. Insofern wurde hier die Anwendung wissenschaftstheoretischer Ansätze für das Unmöglichkeitrecht vorgeschlagen.
4. Die Anwendung von § 275 Abs. 1 BGB sollte in zwei Stufen verlaufen:
 - a) Im Rahmen der *Vertragsauslegung* ist zu fragen, wie weit die geschuldete Leistung reicht. Beschränkt sie sich auf die Vornahme einer physischen Leistungshandlung, bemisst sich die Unmöglichkeit allein an deren physischer Ausführbarkeit. Beinhaltet das Leistungsversprechen auch die *prinzipielle Tauglichkeit* der Leistungshandlung für einen bestimmten Leistungserfolg, muss dessen Herbeiführung durch die Leistungshandlung *möglich* i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB

220 S.a. Jütte/Hoppe/Scriba, Placebo in der Medizin (Fn. 204), S. 133.

sein. Die Erfüllung hängt aber nicht (wie bei § 631 BGB) von seinem Eintritt ab!

- b) Entscheidend für die (Un)möglichkeit des so ermittelten Leistungserfolges ist, ob die zu erbringende Leistung von einer *Aussage über die Realität* abhängt. Heilbehandlungen gründen meist auf Aussagen über medizinische Wirkungszusammenhänge und/oder Krankheitsursachen. Ob die konkrete Behandlung überhaupt eine Chance auf den Eintritt des erhoffen Erfolgs bietet, hängt von der Wahrheit dieser Aussagen ab. Daher bedarf es der Festlegung bestimmter Methoden und Erkenntnismittel, anhand derer die Wahrheit von Aussagen über die Realität beurteilt wird.
5. Im Sinne eines einheitlichen *ontologischen Horizonts* der Rechtsordnung, der zugleich einen Anspruch auf Verallgemeinerbarkeit erheben kann, sind nur Erkenntnismittel zulässig, denen jedermann folgen kann. Daher wurde hier die Methodik des *Falsifikationismus* vorgeschlagen, der sich auf die Bewährung von Theorien und Hypothesen in reproduzierbaren und intersubjektiv beobachtbaren Experimenten stützt.
6. Gibt es für die Wirksamkeit einer Behandlung *empirische Belege*, wie insbesondere valide Studien, können diese Belege eine weitere Prüfung der Unmöglichkeit überflüssig machen. Dies ist z.B. der Fall, wenn sich die betreffende Behandlung einem Placebo als mit Sicherheit überlegen erweist. Auf den genauen Wirkungsmechanismus kommt es dann nicht an.
7. Gibt es für die Wirksamkeit einer Behandlung *keine* empirischen Belege, sollte das Unmöglichkeitsrecht an die zugrundeliegende Theorie anknüpfen. Es kommt – wie bei anderen wissenschaftlichen Hypothesen – auf die *Wissenschaftlichkeit der Theorie* (a.–b.) und ihre *wissenschaftliche Plausibilität* (c.) an.
- a) Leistungen, deren Erfüllbarkeit von der Wahrheit einer Theorie ohne informativen Gehalt abhängt – wozu auch unspezifizierte Es-Gibt-Sätze zählen – sind unmöglich gem. § 275 Abs. 1 BGB. Das gilt auch für Heilbehandlungen. Dies ist aber keine rechtliche, sondern eine erkenntnistheoretisch-methodologische Entscheidung: es gibt keinen *verallgemeinerbaren* Grund, die Wahrheit solcher Theorien anzunehmen.
- b) Ist die zugrundeliegende Theorie hingegen empirisch, kommt es auf den Grad ihrer Bewährtheit an. Widerspricht sie naturgesetzartig bewährten Theorien, ist die Theorie als falsch und die von ihr abhängige Leistung als unmöglich zu werten. Gleiches gilt, wenn sie methodisch validen Studien widerspricht. Harmoniert die Theorie hingegen mit gesicherten natur- und humanwissenschaftlichen Erkenntnissen, sind (bis zu deren Falsifizierung) von ihr abhängige Leistungen als *möglich* zu werten.
- c) Eine Sonderrolle nehmen Hypothesen ein, die zwar (noch) nicht direkt prüfbar, wohl aber auf empirisches Wissen *zurückführbar* sind. Je nachdem wie

- weit sich eine Hypothese vom Boden des bestehenden Wissens entfernt, ist sie wissenschaftlich mehr oder weniger plausibel. Leistungen, die von *wissenschaftlich plausiblen* Hypothesen abhängen, müssen als möglich gelten.
8. Die Untersuchung des Wissenschaftsverständnisses im Medizinrecht führt zu keiner milderer Unmöglichkeitsgrenze. Sie zeigt vielmehr eine starke Tendenz zu Empirie und Naturwissenschaften. Punktuelle Lockerungen wie etwa besondere Therapieeinrichtungen beruhen nicht auf verallgemeinerbaren Einwänden. Wohl aber hat sie Konsequenzen für § 326 Abs. 1 BGB (sogleich Punkt 9 ff.).
 9. Als unmöglich sollten Therapien gelten, die keine *ernstzunehmenden Chancen auf einen Therapieerfolg* bergen. Die Feststellung, welche Therapie im *individuellen* Fall eine solche Chance bietet, bleibt dem Arzt vorbehalten und ist Gegenstand der Arzthaftung. Ob eine Therapie aber *überhaupt* geeignet ist, um bestimmte Behandlungserfolge zu erreichen, ist eine aus *objektiver* Sicht zu beantwortende Frage. Daher sollten die Zugeständnisse der Arzthaftung oder der Arzneimittelzulassung (soweit diese vertraglich relevant wird) nicht in § 275 Abs. 1 BGB, wohl aber in den Rechtsfolgen, insbesondere in § 326 Abs. 1 BGB berücksichtigt werden.
 10. Für medizinische Leistungen besteht in vielen Fällen ungeachtet der Unmöglichkeit eine Zahlungspflicht. § 326 Abs. 1 BGB kann nicht ohne Weiteres greifen, wenn die Rechtsordnung, insbesondere durch die Therapiefreiheit, die Leistung legitimiert.
 11. Angesichts des für Behandlungsverträge typischen Informationsgefälles ist die materiale Vertragsfreiheit des Patienten regelmäßig eingeschränkt. Dies betrifft insbesondere seine Unkenntnis der wissenschaftlichen Unmöglichkeit der Leistung. Eine Ausnahme von § 326 Abs. 1 BGB sollte daher von der Aufklärung über diesen Umstand abhängen. Je nach Schwere des Leidens befindet sich der Patient darüber hinaus bei Vertragsschluss in einer Schwächesituation. Die Aufklärung sollte dann individuell und umfassend erfolgen müssen.
 12. Placebo-Effekte sind von *echten* Wirkmechanismen und damit der Unmöglichkeitslehre klar zu trennen. Sie sind als Argument für die Wirksamkeit einer physiologisch bekanntermaßen unwirksamen Behandlung unzulässig, sofern nicht eine echte Placebotherapie vereinbart wird. Eine solche ist rechtlich und ethisch an enge Voraussetzungen gebunden.