

Einwilligungsfähigkeit und Wirksamkeit der Einwilligung – die Lage in Japan*

*Makoto TADAKI** / Shogoro YANO****

Capacity for and effectiveness of consent – the legal discussion in Japan

Abstract: The paper discusses issues of capacity for consent and effectiveness of consent within the context of Japanese and German criminal law and compares both legal systems hereto with each other. The discussion in Japan lacks, because legal requirements to give consent to certain treatments and certain medical care are not yet ascertained. The uncertainty is played out at the expense of physicians, practitioners, and medical doctors. The papers discusses the necessity to fix the requirements of consent to be effective in practice.

Keywords: consent, capacity for consent, effectiveness of consent, Japanese criminal law, medical criminal law

Zusammenfassung: Der Beitrag beschäftigt sich mit den Fragen der Einwilligungsfähigkeit und der Wirksamkeit von Einwilligungen im Spannungsfeld zwischen Medizin und Strafrecht und vergleicht hierzu japanisches und deutsches Strafrecht aus japanischer Perspektive. Es wird kritisiert, dass eine rechtliche Diskussion über die Einwilligung nicht einwilligungsfähiger Personen in Japan noch nicht weit gediehen sei, während die Debatte in Deutschland zeige, dass dazu einiger Anlass auch über internationale Abkommen wie Art. 27 Helsinki-Abkommen,

* Geliş Tarihi: 21.08.2017, Kabul Tarihi: 22.09.2017.

** Prof. Dr., Chuo University, Tokyo, Japan, mtadaki@tamacc.chuo-u.ac.jp

*** Dr., Chuo University, Tokyo, Japan

§ 17 (2) Biomedizinkonvention des Europarates bestehe. Weil *medizinische* Eingriffe grundsätzlich tatbestandsmäßig im Sinne der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte sind, bedarf es aber zu ihrer *juristischen* Rechtfertigung der wirksamen *Einwilligung* von Patienten. Dass die Anforderungen an die Wirksamkeit jener Einwilligung noch immer im Diskussionsstadium stecken, obwohl in der medizinischen Praxis eben solche Eingriffe täglich in großer Zahl stattfinden, sei dann doch überraschend. Hierauf werde gerade aus Sicht der betroffenen Ärzte immer wieder hingewiesen. Weil die Einwilligung notwendige Bedingung einer Rechtfertigung ärztlicher Eingriffe in die grundsätzlich verfassungsrechtlich geschützten Bereiche körperlicher Unversehrtheit sei, sind aber Inhalt und Wirksamkeit der Einwilligung des Geschädigten klar festzustellen, ohne zugleich die Debatte über deren praktische Wirkungsmacht zu überschätzen.

Schlüsselwörter: Einwilligung, Einwilligungsfähigkeit, Wirksamkeit der Einwilligung, Japanisches Strafrecht, Helsinki-Abkommen, Biomedizinkonvention.

I. Vorbemerkung

Von alters her wird der Ausdruck „*volenti non fit iniuria*“ auf Fälle angewendet, in denen ein Geschädigter der Ausführung einer schädigenden Handlung im Voraus zugestimmt hat und er gegen diese Handlung deshalb nicht rechtlich vorgehen kann. Diesen Falltypus findet man vielfach auch in der japanischen Gesetzesdebatte wieder. Da es viele unterschiedliche Möglichkeiten solcher Handlungen gibt, entwickelt sich die Debatte in unterschiedliche Gesetzesbereiche und unter vielerlei Perspektiven. So handelt etwa im Zivilrecht rechtswidrig und macht sich schadensersatzpflichtig, wer eine andere Handlung ausführt als jene, in die der Betroffene eingewilligt hat, wenn der Betroffene einen Schaden erleidet. Im Strafrecht hingegen wird gefragt, ob im Falle der Einwilligung, z.B. in eine körperverletzende Handlung, diese Handlung nicht dennoch rechtswidrig ist, oder ob trotz der Erlaubnis zur Wegnahme von Eigentum oder zum Eindringen in eine Wohnung nicht doch ein

Diebstahl bzw. Hausfriedensbruch vorliegen könnte. Im Bereich des Verfassungsrechts wird unter der Perspektive der Einwilligung über die Achtung des Selbstbestimmungsrechts und die Autonomie des Individuums und die sie betreffenden Grundsätze diskutiert. Dass diese Debatten in unterschiedlichen Rechtsgebieten stattfinden, ist auch darauf zurückzuführen, dass sie die Achtung der Selbstbestimmung übergreifend treffen und damit einen der elementaren Grundsätze moderner gesetzlicher Systeme.

Als allen Debatten gemeinsame Problematik lässt sich die Fähigkeit zur wirksamen Einwilligung feststellen, d.h. ob und in welchem Umfang die Fähigkeit zur Einwilligung bzw. zur Zustimmung gegeben sein muss. Veröffentlichungen zu dieser Problematik sind bisher noch nicht zahlreich vorhanden, und die vorhandenen betreffen fast nur ein Gebiet: den ärztlichen Heileingriff. Im Folgenden soll nun in einfacher Form zunächst die Rechtslage hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit bei ärztlichen Heileingriffen dargelegt werden (II.), die Problematik von Fremdentscheidungen, in denen eine Einwilligungsfähigkeit nicht gegeben ist (III.) sowie schließlich die Problematik der Einwilligung in Eingriffe im Interesse klinischer Forschung, selbst wenn diese Eingriffe keine therapeutischen Zwecke verfolgen (IV).

II. Einwilligungsfähigkeit bei ärztlichen Heileingriffen

Als ärztliche Maßnahmen nach medizinisch allgemein anerkannten Methoden (Verschreibung von Medikamenten, Operationen u.a.) bedürfen ärztliche Heileingriffe wegen ihrer Invasivität der Rechtfertigung durch

- eine medizinische Indikation,
- eine Approbation als Arzt
- eine vorhergehende Einwilligung des Patienten nach einer entsprechenden Aufklärung (informed consent).¹

¹ K. Naito, Keihokogi-soron (Strafrecht AT II), 1986, S. 531; S. Saito, Keiho-soron

Voraussetzung jener Einwilligung des Patienten ist dessen Einwilligungsfähigkeit, deren Voraussetzungen jedoch doch noch nicht rechtlich geregelt sind.

Die Einwilligungsfähigkeit kann wegen Minderjährigkeit, einer geistigen Behinderung, Bewusstlosigkeit oder hohen Alters eingeschränkt sein. Die Einwilligungsfähigkeit in Therapiehandlungen ist dabei nicht unbedingt gleichbedeutend mit der Handlungsfähigkeit im zivilrechtlichen Sinne. Vielmehr geht man davon aus, dass hinsichtlich der Fähigkeit des Patienten zur Zustimmung in Körpereingriffe das Wesen und Ausmaß dieser Eingriffe sowie die Verständlichkeit der Äußerung des Patienten wichtig sind, während die Handlungsfähigkeit für eine Einwilligung in ärztliche Heileingriffe nicht unbedingt nötig seien.²

Uneinig ist man sich hinsichtlich der Rolle des Mindestalters für eine wirksame Einwilligung. Für Eheschließungen von Frauen, für das Ende der Schulpflicht oder für bestimmte Führerscheine wird z.B. ein Mindestalter von 15 – 16 Jahren vorausgesetzt.³ Für Organtransplantationen oder die Errichtung eines Testaments liegt das Mindestalter bei 15 Jahren.⁴ Über die Einwilligungsfähigkeit bei Therapiebehandlungen wird hingegen nicht einheitlich altersbedingt entschieden, sondern je nach Sachlage, abhängig etwa davon, „in welchem Grade der Patient den eigenen Zustand sowie den Sinn, den Inhalt und auch die Gefährlichkeit

(Strafrecht AT), 6. Aufl. 2008, S. 167; K. Kai, Iryo-koui to “higai-sha” no shoudaku, Gendaikeiji-ho, Bd. 6, Heft 3, 2004, S. 27; S. Horiuchi, Keiho-soron (Strafrecht AT II), 2004, S. 188ff.; K. Asada, Keiho-soron (Strafrecht AT), 2007, S. 197f.; M. Tadaki, Keijihogaku ni okeru gendai-teki kadai, Nihon-hikaku-ho-kenkyujo-sousho77, 2009, S. 112; Y. Tejima, Introduction to Medical Law, 3. Aufl. 2011, S. 36f.

² Vgl. A. Tasaka, Capacity to Consent of Patient to Medical Treatment and Criminal Law, Doshisha-hogaku (The Doshisha Law Review), No.329, 2008, S. 221; in ähnlicher Weise wird auch bezüglich mit einer Handlung verbundenen Absichten oder der Fähigkeit, für rechtswidrige Handlungen verantwortlich zu sein, unterschieden.

³ Y. Hasimoto/K. Nakatani, Kanja no chiryou-kyohi wo meguru horitsu-mondai-”ehoba no shonin” no shinjya ni yoru yuketsu-kyohi-jiken wo keiki to shite-, Hanrei-taimuzu, No.569, 1986, S. 11f.

⁴ S. Hayakawa, Miseinen-sha no doui, in: Tatsuo Kuroyanagi u.a. (Hrsg.), Know your law on medicine, 2008, S. 374.; Y. Oda, Miseinen-sha heno yuketsu, in: Tatsuo Kuroyanagi u.a.(Hrsg.), Know your law on medicine, 2008, S. 376.

ärztlicher Eingriffe zu erkennen in der Lage ist“⁵ bzw. „inwieweit der Patient aufgrund seiner geistigen Fähigkeiten den Inhalt von Diagnose und Therapie, Prognose und Risiken zu unterscheiden fähig ist“,⁶ bzw. „inwieweit der Patient bei Operationen die Folgen des Eingriffs oder seines Unterbleibens versteht und abwägend zu entscheidend fähig ist“.⁷ In letzter Zeit hat aus England und Amerika stammend der sogenannte funktionale Ansatz Beifall gefunden, nach dem als Inhalt der Einwilligungsfähigkeit die Fähigkeit erforderlich sei,

- Informationen um Heileingriffe zu verstehen,
- diese Informationen im Gedächtnis zu behalten und
- mittels ihrer Heranziehung eigene Schlüsse zu ziehen.⁸

Nach all diesen Ansichten wäre der wesentliche Inhalt der Einwilligungsfähigkeit, therapiebezogene Informationen zu verstehen und zu bewerten und daraus eigene Schlüsse zu ziehen.

Jedoch lässt sich leicht vorhersehen, dass auf diese Kriterien begründete Entscheidungsergebnisse über die Einwilligungsfähigkeit je nach der Position des Urteilenden unterschiedlich ausfallen werden. Es bedarf somit einer objektiveren Urteilsgrundlage und –Methode.⁹ Mindestaltersgrenzen bieten insoweit keinen zureichenden Anhaltspunkt.¹⁰

⁵ LG Sapporo, Urt. v. 29. 9. 1978, Hanrei-jiho, No. 914, S. 85.

⁶ Y. Hasimoto/K. Nakatani (o. Fußn. 3), S. 11.

⁷ T. Awaji, Iryokeiyaku, in: Taniguchi/Kato u.a.(Hrsg.), Shinminpo-enshuu 4, 1968, S. 184.

⁸ A. Tasaka, Capacity to Consent of Patient to Medical Treatment and Criterion for Judgment in England, Doshisha-hogaku (The Doshisha Law Review), No. 333, 2009, S. 417.

⁹ F. Kitamura/T. Kitamura, Seisinn-ka-iryō ni okeru kanja no jiko-ketteiken to chiryo-doui-handannouryoku, 2000. S. 139ff.; M. Hayasi, Iryō ni okeru isi-noryoku to isi-kettei, in: Makoto Arai/Akira Nisiyama (Hrsg.), Seinenkoken to isi-noryoku, 2002, S. 236. Ein weiterer diskussionswürdiger Punkt wäre die Überlegung, dass an die Ablehnung eines ärztlichen Eingriffs höhere Anforderungen und Fähigkeiten zu stellen wären als an eine Zustimmung.

¹⁰ Vgl. zu diesem Punkt S. Machino, Self-Determination and Surrogate Determination, Journal of Medical Law, No. 15, 2000, S. 50; S. Machino, Kanja no jiko-kettei-ken to ho, 1986, S. 184ff.; R. Tatara, Shoni-iryō to infomudo konsento, in: Katsunori Kai (Hrsg.),

Soviel zur allgemeinen Lage in Japan bezüglich der Fähigkeit zur Einwilligung in ärztliche Heileingriffe. Wo diese Entscheidungsfähigkeit fehlt, wird vertretungsweise eine Einwilligung durch Dritte notwendig, die viele Probleme aufwirft. Falls eine Entscheidungsfähigkeit doch als vorhanden erkannt wird, ist sie als Selbstentscheidung des Betroffenen selbstverständlich zu respektieren. Doch ist im Falle Minderjähriger die Beteiligung der Eltern als Erziehungsberechtigte bei der Entscheidung relevant¹¹ und es bleibt zu klären wessen Entscheidung hier den Vorrang haben soll.

III. Fremdeinwilligung bei Heileingriffen

Im Alltag werden Einwilligungen durch Dritte generell für Minderjährige von ihren Eltern, für Volljährige von ihrer Familie oder von Verwandten abgegeben und Heileingriffe aufgrund dieser Einwilligung durchgeführt. Relativ oft und mit unterschiedlichen Ergebnissen wird das Problem erörtert, wer und aus welchen Gründen solche Einwilligungen als Vertreter geben darf.¹² So wurde in einem Fall eines zehnjährigen Kindes, das nach einer Operation gestorben war, eine Pflicht festgestellt, „dem Patienten bzw. seinem gesetzlichen Vertreter den Inhalt und die Gefahren der Operation zu erklären“,¹³ jedoch wurden mehrere Punkte als noch unentschieden bezeichnet:

- ob der Vertreter als Vertreter des Minderjährigen berechtigt sei oder als gesetzlich anerkannter Vertreter (Vormund),
- ob seine Vertretungsbefugnis unbegrenzt sei,
- ob sich die Ablehnung von Therapien innerhalb dieser Grenzen halte und

Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 270.

¹¹ Vgl. z.B. T. Terasawa, *Miseinen-sha heno iryo-koui to shoudaku* (III), *Minshoho-zashi*, Bd.107, Heft 1, 1992, S. 58.

¹² M. Isikawa, *Iryo ni okeru daiko-handan no hori to kazoku-dare ga daiko-handan-sha ka-*, in: Kouichi Bai, Minoru Ihikawa (Hrsg.), *Kazoku to Iryo-sono hogaku-teki-kosatsu*, 1995, S. 48.

¹³ Das Oberste Gericht, Urt. v. 19. 6. 1981, *Hanrei taimuzu*, No. 447, S. 78.

- inwieweit der Wille des Minderjährigen selbst zur Geltung komme.

Ergänzend wies das Gericht darauf hin, dass der „gesetzlich anerkannte Vertreter“ im vorliegenden Fall schlicht als Vertreter der Patientenseite aufgefasst werden konnte.¹⁴ Gegenwärtig ist noch unentschieden, ob es vor diesem Hintergrund angemessen ist, den Argumentationsschwerpunkt auf den subjektiven Nutzen des Patienten oder sein Selbstbestimmungsrecht zu legen, auf seinen objektiven Nutzen, der nicht unbedingt mit seinem subjektiven Willen zusammenfallen muss, oder aber auf seinen besten objektiven Nutzen.¹⁵

Noch konkreter wird in der wissenschaftlichen Diskussion und in der Gesetzgebung gegenwärtig über folgende Punkte diskutiert:

- ob beide Eltern einwilligen müssen und wie bei unterschiedlichen Meinungen zu verfahren sei,¹⁶
- ob es im Falle der (allgemein üblichen) Einwilligung der Familie Interessenkonflikte gebe,¹⁷
- ob Vormünder von Volljährigen, die in der Regel kein Einwilligungsgeschäft zu ärztlichen Eingriffen haben, nicht doch für Einwilligungen in Therapien herangezogen werden können,¹⁸

¹⁴ N. Ienaga, Iryo to kodomo no jiko-kettei, Horitsu-jiho Bd. 75 Heft 9, 2003, S. 37.

¹⁵ Zum gegenwärtigen Streitstand vgl. T. Terasawa, „hodaku-noryoku”no nai hito heno chiryo-koui no kettei to shodaku, in: Yosio Shiomi u.a. (Hrsg.), minpogaku no kiseki to tenbo, 2002, S. 116; K. Ohsugi, Einführung in die sog. „Fremdbestimmung bei der Einwilligung” in ärztlicher Heilbehandlung, Hogaku shinpo Bd.113 Heft 3-4, 2007, S. 388; T. Terasawa, Kureisha iryo to infomudo konsento, in:Katsunori Kai (Hrsg.), Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 222ff.

¹⁶ T. Terasawa, Miseinen-sha heno iryo-koui to shodaku (I), Minshoho-zassi, Bd. 106, Heft 5, 1992, S. 657; K. Ohsugi (o. Fußn. 15), S. 389.

¹⁷ M. Hirose, Problems of the substituted judgment to medical treatment in Japan, Waseda-daigaku-daigaku-in The Graduate School Law Review, No. 60, 1991, S. 259ff.; M. Isii, Consent to Medical Care of the Aged by the Family, Journal of Medical Law, No. 15, 2000, S. 104.

¹⁸ Vgl. z. B. F. Tokotani, Seinen-koken ni okeru sinjyo-hairyu-gimu, minshoho-zashi, Bd. 122, Heft 4-5, 2000, S. 547f.; Y. Kamiyama, Kanja no doui ni kansuru hoteki mondaiten,

- ob nicht einem dem deutschen Betreuungsrecht entsprechenden Rechtssystem für Japan nötig sei,¹⁹
- ob eine vorhandene Einwilligungsfähigkeit und die Notwendigkeit einer Einwilligung durch einen Vertreter wirklich als Alternativen begriffen werden können²⁰ und schließlich
- wie man Fällen begegnen soll, in denen eine Einwilligungsfähigkeit zwar im Prinzip gegeben, aber reduziert und eingeschränkt sei²¹ usw.

Zum Themenbereich der Zustimmung durch Dritte liegen zu vielen Punkten noch keine übereinstimmenden Meinungen vor. Die Beurteilung bleibt noch immer weitgehend der ärztlichen Seite überlassen.

IV. Weitere Einzelprobleme im Bereich der klinischen Forschung

Außerhalb von Heilbehandlungen liegen fast keine eingehenden Untersuchungen zur Einwilligungsfähigkeit und dazu vor, wie bei mangelnder Einwilligungsfähigkeit durch Dritte entschieden werden soll. Allerdings lässt sich das hier Ausgeführte vielfach auf andere Einwilligungsbereiche anwenden, und auch die Widersprüche stimmen – in Grenzen – überein. So bedarf das Problem der Einwilligungsfähigkeit und der Fremdbestimmung bei klinischer Forschung, soweit sie nicht das Ziel hat, Krankheiten zu heilen, einer separaten Erörterung, obwohl auch hier ein „informed consent“ erforderlich ist. Hierauf soll im Folgenden eingegangen werden.

in: Makoto Arai/Akira Nisiyama (Hrsg.), *Seinenkoken to isi-noryoku*, 2002, S. 127ff.; *K. Shinomiya=Y. Noumi*, *Minpo-sosoku*, 2010, S. 57.

¹⁹ Vgl. z. B. R. *Jinno*, *Seishinka-iryō to infomudo konsento*, in: Katsunori Kai (Hrsg.), *Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2*, 2010, S. 256f.; *M. Arai*, *Igirisu to doitsu ni okeru seinen-koken-ho no aratana tenkai*, *Jurisuto* (Juristische Zeitung) No.972, 1991, S. 15.

²⁰ *T. Terasawa* (o. Fußn. 11), S. 57ff.

²¹ Bis heute gibt es keine Untersuchung zur begrenzten Einwilligungsfähigkeit, allerdings existieren Untersuchungen zu einem ähnlichen Begriff. Zu diesem Punkt vgl. *S. Machino* (o. Fußn. 10), S. 49; *H. Ogyu*, *Decision-Making Competency in Mental Health Care*, *Journal of Medical Law*, No. 15, 2000, S. 85f.; *M. Hayasi* (o. Fußn. 9), S. 235.

Das Erfordernis des „informed consent“ hat sich in diesem Bereich weltweit im Zuge der Regulierung der auf den Menschen gerichteten Forschungen eingebürgert, als Reaktion auf die Menschenexperimente während des Zweiten Weltkriegs und der auch danach noch durchgeführten klinischen Forschungen unter Verstoß gegen ethische Prinzipien. Gesetze, welche auf den Menschen gerichtete Forschungen umfassend regulieren, existieren in Japan gegenwärtig zwar noch nicht. Doch liegt die Notwendigkeit eines „informed consent“ etwa in dem Erlass des Sozial- und Arbeitsministeriums zu Maßstäben für die Durchführung klinischer Tests und den ethischen Richtlinien für klinische Forschungen desselben Ministeriums zugrunde. Es wird also wie bei Heileingriffen die Einwilligung des Patienten verlangt.

Wie aber steht es mit der Durchführung klinischer Tests, wenn keine Einwilligungsfähigkeit gegeben ist? Der Erlass des Sozial- und Arbeitsministeriums zu Maßstäben für die Durchführung klinischer Tests sieht vor, dass ein Test auch ohne Einwilligung der Testperson durchgeführt werden kann, wenn er lebensrettend ist oder eine Fremdeinwilligung vorliegt, was unter Umständen auch bei Tests ohne therapeutischen Charakter der Fall sein soll. Auch in den ethischen Richtlinien werden Tests an Personen ohne Einwilligungsfähigkeit für möglich erklärt, wenn es dort heißt: „Wenn es für Forscher schwierig ist von der Testperson einen ‘informed consent’ zu erhalten, können sie entweder die Einwilligung durch eine Ethikkommission erhalten, wenn es für unbedingt notwendig erachtet wird, an dieser Testperson Forschungen durchzuführen, oder es kann der ‘informed consent’ von einem Vertreter eingeholt werden, wenn die Genehmigung der Leitung der klinischen Forschungsinstitution vorliegt.“ Grundsätzlich ist also die Einwilligung des Betroffenen notwendig, aber in Ausnahmefällen können unter bestimmten Bedingungen auch an geistig Behinderten, Minderjährigen und anderen Einwilligungsunfähigen klinische Tests durchgeführt werden.²²

²² Zum allgemeinen juristischen Streitstand zur klinischen Forschung in Japan vgl. *T. Watanabe*, Present State of Clinical Trial in Japan, *Journal of Medical Law*, No. 13, 1998, S. 26ff.; *K. Bai*, Medico-legal Approach to Clinical Research, *Journal of Medical Law*, No. 13, 1998, S. 37ff.; *T. Mitsuisi*, Japanese System and its Related Issues, *Journal of Medical Law*, No. 13, 1998, S. 97ff.; *K. Kai*, *Hikensha-hogo to keiho, ijikeiho-kenkyu*, Vol. 3,

Es gibt aber auch „vorsichtigere Auffassungen“: Eine Auffassung hält therapeutische Tests für zulässig, wenn sie das Ziel des unmittelbaren Nutzens für den *Patienten* erstreben, während ein solches Ziel bei nichttherapeutischen Tests nicht verlangt wird. Klinische Tests brächten viele konkrete Probleme mit sich, die unter Umständen nicht kompetenten Stellen zur Beurteilung „zugeschoben“ würden, weshalb man die Regelungen zur Einwilligung durch Dritte nicht unkritisch auf klinische Tests anwenden dürfe.²³ Für Kleinkinder, schwer Geistesbehinderte und andere Zustimmungsunfähige müssten besondere Maßstäbe gelten, es seien Systeme zur Verhinderung von Eingriffen in Menschenrechte erforderlich und es sei insbesondere problematisch, die vertretungsweise Einwilligung von Erziehungsberechtigten einfach so anzuerkennen.²⁴ Als problematisch wird auch die Befugnis von Eltern zur vertretungsweisen Einwilligung in die Teilnahme ihres Kindes an klinischen Forschungen ohne therapeutischen Nutzen bezeichnet. Man sieht darin die Gefahren, dass sie ihre Eltern- und Pflegerechte überschreiten könnten.²⁵

Klinische Forschung ist für den medizinischen Fortschritt sehr wichtig, selbstverständlich nützlich und daher notwendig. Andererseits ist es nicht unproblematisch und verlangt höchste Vorsicht, wenn mittels einer Entscheidung durch Dritte klinische Tests (einschließlich nicht therapeutischer, die den Betroffenen somit keinen Nutzen bringen) an nicht zustimmungsfähigen Personen durchgeführt werden. Über die rechtliche Grundlage für die Durchführung solcher Tests lohnt es sich nachzudenken. Im Vordergrund muss hierbei vor allen Dingen stehen, was der wirkliche Nachteil für den Betroffenen durch den Eingriff ist und was sein konkreter Nutzen sein soll und ob dieser Nutzen für den medizinischen Fortschritt und der gesundheitliche Nutzen für die Patienten und Patientengruppen wichtig genug ist, um den Eingriff zu rechtfertigen.

2005, S. 136ff.

²³ T. Mitsuishi, Safeguarding the Rights of Research Subjects, *Journal of Medical Law*, No. 15, 2000, S. 61f.

²⁴ K. Kai (o. Fußn. 22), S. 78.

²⁵ Y. Sato, Hitogenomu-kenkyu to infomudo konsento, In: Katsunori Kai (Hrsg.), *Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2*, 2010, S. 215f.

V. Weitere konkrete Probleme

1. Verweigerungen von Bluttransfusionen (Zeugen Jehovas)

In einem am 29.02.2000 entschiedenen Fall²⁶ hatte ein Krebspatient aus Glaubensgründen eine Bluttransfusion verweigert. Der operierende Arzt hatte auch versichert, keine Transfusion vorzunehmen. Dennoch erhielt der Patient während der Operation eine Bluttransfusion, weil Lebensgefahr eingetreten war. Der Oberste Gerichtshof verurteilte das Krankenhaus zu Schadensersatz, da „das Recht des Kranken auf Durchsetzung seines Willens als ein Menschenrecht zu achten ist und das Krankenhaus die Therapierichtlinien im Voraus dem Kranken hätte erklären müssen“. Dieses Urteil findet im Allgemeinen Zustimmung. Allerdings ist in der wissenschaftlichen Theorie eine auf der Arbeitsethik des Arztes beruhende Pflicht anerkannt, Leben zu erhalten. Auf ihr beruht die einflussreiche Auffassung, dass bei Bluttransfusionen und anderen Grenzfällen und selbstverständlich auch in Fällen, in welchen ohne eine Bluttransfusion der Tod eintreten würde, eine Art von Pflichtenkollision vorliege, die weder durch das Zivilrecht noch das Strafrecht erfasst werde. Die japanischen Ärztlichrichtlinien sehen lediglich die Wahl zwischen einer Ablehnung der Therapie und einer Therapie ohne Bluttransfusion vor. In Fällen, in denen der Patient entweder minderjährig oder nicht entscheidungsfähig ist, kann nach diesen Richtlinien eine Transfusion auch dann durchgeführt werden, wenn ein Bevollmächtigter sie ablehnt, eine klare Willenskundgebung des Patienten gegen eine Bluttransfusion hingegen fehlt. Dies beruht darauf, dass eine Person ab dem Alter von 15 Jahren mit schriftlicher Einwilligung eine Bluttransfusion erhalten darf, während für Kinder oder Kleinkinder ohne die Fähigkeit zur Willensbildung beim Familiengerichtshof der Verlust der Vormundschaft erwirkt werden muss. In gleicher Weise hat bei Geisteskranken die Lebensrettung Vorrang vor dem Ablehnen einer Bluttransfusion durch die Familie.

²⁶ Oberste Gerichtshof (Zivilsenat), am 29.2.2000, Minshu, Bd. 52, Heft 42, S. 582.

2. Sterbehilfe (Euthanasie)

Bisher sind in Japan acht Strafverfahren wegen aktiver Sterbehilfe bekannt geworden. Bei zwei der Angeklagten handelte es sich um Ärzte, die zwar schuldig gesprochen wurden, deren Strafe aber zur Bewährung ausgesetzt wurde. Als Voraussetzung für eine Rechtfertigung im Bereich der Sterbehilfe haben die Urteile die eindeutige Einwilligung des Patienten genannt.²⁷ Jedoch wurde die Vorlage einer Willensbekundung des Patienten als letzte Stufe nach Ausschöpfung aller alternativen ärztlichen Mittel verlangt. Wenn man bedenkt, dass ein Patient auf dieser Stufe in den meisten Fällen seinen Willen schon nicht mehr eindeutig zu äußern in der Lage sein wird, dann wird man diese Rechtsprechung als Ablehnung der Sterbehilfe auslegen müssen.²⁸ Auch in neueren Urteilen des Obersten Gerichtshofs wird der Angeklagte schuldig gesprochen, wenn ein Herannahen der Todesstunde nicht deutlich und der Wille des Betroffenen nicht exakt erkennbar ist.²⁹ Zu beachten ist, dass in diesem letztgenannten Fall nicht auf die „Vertretung“ durch die Familie, sondern uneingeschränkt auf den „mutmaßlichen Patientenwillen“ abgestellt wird. Fraglich ist freilich, ab welchem Alter des Patienten dies gelten soll und wie die Sache bei Alzheimerkranken liegt.

In Deutschland können Minderjährige kein förmliches Patiententestament errichten. Doch kann seit 2009 nach § 1901a II BGB das Sterbeverlangen in die Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Minderjährigen eingebracht werden. Aber auch hier stellt sich die Frage, von welchem Alter an dies gelten soll.

3. Hirntod und Organtransplantation

In Japan hat bisher die Auffassung überwogen, dass der Herztod der maßgebliche Todeszeitpunkt sei. Deshalb konnte sich die Organ-

²⁷ Oberster Gerichtshof (Strafsenat), am 7.12.2009, Keishu, Bd. 63, Heft 11, S. 1899.

²⁸ S. Machino, „Tokaidaigaku-anrakusi-hanketsu’oboegaki“, Jurisuto Nr. 1072, S. 113.

²⁹ Sammlung vom 7. Dezember 2008, Band 63, Nr.11, S. 1899.

transplantation als Therapieform nicht entwickeln. Zwar wurde 1997 ausschließlich für das Gebiet der Organtransplantation das Kriterium des Hirntodes anerkannt, doch da seitens der Betroffenen eine im Voraus schriftlich niedergelegte Willenskundgabe verlangt wurde und eine Organentnahme von Personen unter 15 Jahren nicht für zulässig erachtet wurde, gab es in der Praxis in den folgenden zehn Jahren nur eine zweistellige Zahl von Organtransplantationen. Das revidierte Organtransplantationsgesetz von 2007 ließ Transplantationen ohne ausdrückliche Ablehnung seitens des Betroffenen zu und hob die Altersbeschränkung auf fünf Jahre und mehr auf. Daraufhin stieg die Anzahl der jährlichen Organtransplantationen auf 30 bis 50 Fälle. 2011 ist in Japan zum ersten Mal ein Organ eines Organspenders unter fünfzehn Jahren und 2012 das Organ eines nicht einmal sechsjährigen Organspenders einem unter Zehnjährigen bzw. über Sechzigjährigen übertragen worden.

Die Revision tat sich schwer, eine Grundlage für die Rechtfertigung der Organentnahme zu finden, wenn man am Herztod als gesetzlichem Todeszeitpunkt festhalten wollte. Und auch wenn man bei Personen, die fünfzehn Jahre und älter sind eine mutmaßliche Zustimmung zur Organtransplantation anerkennt, wäre deshalb ein noch nicht sechsjähriges Kind keineswegs einwilligungsfähig. Es fragt sich daher, wie die Organentnahme in diesem Fall zu rechtfertigen ist.

VI. Kontrolle durch Ethikkommissionen und Ärztevereinigungen

Für Fälle, in denen Eingriffe an Einwilligungsunfähigen problematisch sind, sind an deutschen Universitäten und an anderen Stellen Ethikkommissionen eingerichtet worden, die der Bundesethikkommission unterstehen. In Japan gibt es keine entsprechenden Institutionen. Dort dienen die Leitfäden des Gesundheits- und Arbeitsministeriums sowie der Gynäkologen- und anderer Ärztevereinigungen als dauerhafte Kontrollmechanismen, auf deren Grundlage die Ethikkommissionen der einzelnen Universitäten problematische Fälle überprüfen. Dabei bestehen zwischen japanischen und deutschen Ärztevereinigungen Unterschiede.

Auch Ärzte, die keiner Vereinigung angehören oder sogar ausgeschlossen worden sind, können in Japan weiterhin praktizieren, solange ihnen die ärztliche Qualifikation nicht vom Ministerium entzogen worden ist. So hat es mehrere Fälle von Ärzten gegeben, welche die 1995 durch die Richtlinien der Gynäkologenvereinigung untersagte Präimplantationsdiagnostik weiterhin praktiziert haben.

VII. Zusammenfassung und Schluss

Bezüglich der Einwilligung nicht einwilligungsfähiger Personen wird in Deutschland über Artikel 27 des Helsinki-Abkommens, § 17 2 der Biomedizinkonvention des Europarates von 1974, Artikel 4 der Richtlinie von 2001 und § 41 2 des Arzneimittelgesetzes lebhaft debattiert. In Japan ist die Rechtsdebatte in diesem Bereich noch nicht weit gediehen. Medizinische Eingriffe können tatbestandsmäßig im Sinne der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte sein, und jeden Tag werden Eingriffe durchgeführt, zu deren Rechtfertigung die Zustimmung des Patienten notwendig ist. Doch die Anforderungen an die Wirksamkeit dieser Zustimmung stecken noch immer im Diskussionsstadium. Andererseits muss man ironischerweise aber auch Äußerungen wie die Folgende von Ärzten anhören:³⁰

Wer von einer rein rationalen Basis ausgeht, der übersieht, dass ein großer Teil des medizinischen Wissens sich im Spannungsfeld zwischen dem Studium von Literatur und persönlicher Erfahrung abspielt. Diese komplexe Basis macht das Medizinstudium so aufwändig und die ständige Fortbildung so notwendig. Die Forderung nach einer rationalen Patientenaufklärung ist somit im Einzelfall und unter Praxisbedingungen aus vielen Gründen nicht immer erfüllbar und verkommt zu Alibi-Leistungen wie Unterschriften unter Vordrucken und Pseudoerklärungen. Letztere folgen dem Motto: Wie sage ich es meinem Kinde oder meinem Patienten? Darüber hinaus sieht sich der Arzt vor variablen Hindernissen,

³⁰ So Professor *J.R. Wolff* (Anatomiker aus Göttingen) in einem Gespräch am 3. März 2012.

wenn er seine Patienten über Diagnosen ihrer Erkrankungen aufklären will. Jede medizinische Diagnose ist „vorläufig“ und kann nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gestellt und damit nicht eindeutig geklärt werden. Meistens folgen deshalb weitere Untersuchungen, denen der Patient zustimmen soll, obwohl er glaubt, der Arzt wüsste schon jetzt, was ihm fehlt. Darüber hinaus gibt es bei komplexen Systemen (wie einem kranken Körper oder einer kranken Seele) grundsätzliche Kommunikationsprobleme. Eine wirklichkeitsgetreue Aufklärung unterbleibt in den meisten Fällen, weil der Patient die Mechanismen seiner Erkrankung nicht genau wissenschaftlich erklärt bekommen kann. Denn oft versteht selbst der Arzt sie nicht vollständig.

Angesichts von Ratschlägen, die von solchen Ärzten kommen, tut es not, sich über den Inhalt und die Wirksamkeit der Zustimmung des Geschädigten klar zu werden, ohne die Debatte über die Einwilligung zu überschätzen. Allerdings ist die Einwilligung notwendige Bedingung für die Rechtfertigung notwendiger Eingriffe durch den Arzt in die körperliche Unversehrtheit, die als Grundrecht gesetzlich anerkannt ist.

Literaturverzeichnis:

- A. *Tasaka*, Capacity to Consent of Patient to Medical Treatment and Criterion for Judgment in England, *Doshisha-hogaku* (The Doshisha Law Review), No. 333, 2009, S. 417.
- A. *Tasaka*, Capacity to Consent of Patient to Medical Treatment and Criminal Law, *Doshisha-hogaku* (The Doshisha Law Review), No.329, 2008, S. 221.
- Das Oberste Gericht, Urt. v. 19. 6. 1981, *Hanrei taimuzu*, No. 447, S. 78.
- F. *Kitamura*/T. *Kitamura*, *Seisinn-ka-iryō ni okeru kanja no jiko-ketteiken to chiryo-doui-handannouryoku*, 2000. S. 139ff..
- F. *Tokotani*, *Seinen-koken ni okeru sinjyo-hairyo-gimu, minshoho-zasahi*, Bd. 122, Heft 4-5, 2000, S. 547f..
- K. *Asada*, *Keiho-soron* (Strafrecht AT), 2007, S. 197f..
- K. *Naito*, *Keihokogi-soron* (Strafrecht AT II), 1986, S. 531.
- K. *Kai*, *Iryō-koui to "higai-sha" no shoudaku*, *Gendaikeiji-ho*, Bd. 6, Heft 3, 2004, S. 27.
- K. *Ohsugi*, Einführung in die sog. „Fremdbestimmung bei der Einwilligung“ in ärztlicher Heilbehandlung, *Hogaku shinpo* Bd.113 Heft 3- 4, 2007, S. 388.
- K. *Kai*, *Hikensha-hogo to keiho, ijikeiho-kenkyu*, Vol. 3, 2005, S. 136ff.
- K. *Bai*, *Medico-legal Approach to Clinical Research*, *Journal of Medical Law*, No. 13, 1998, S. 37ff..
- K. *Shinomiya*=Y. *Noumi*, *Minpo-sosoku*, 2010, S. 57.
- LG Sapporo, Urt. v. 29. 9. 1978, *Hanrei-jiho*, No. 914, S. 85.
- M. *Hirose*, Problems of the substituted judgment to medical treatment in Japan, *Waseda-daigaku-daigaku-in The Graduate School Law Review*, No. 60, 1991, S. 259ff..
- M. *Isii*, Consent to Medical Care of the Aged by the Family, *Journal of Medical Law*, No. 15, 2000, S. 104.
- M. *Hayasi*, *Iryō ni okeru isi-noryoku to isi-kettei*, in: Makoto Arai/Akira Nisiyama (Hrsg.), *Seinenkoken to isi-noryoku*, 2002, S. 236.

- M. Tadaki, Keijihogaku ni okeru gendai-teki kadai, Nihon-hikaku-ho-kenkyujo-sousho77, 2009, S. 112.
- M. Isikawa, Iryo ni okeru daiko-handan no hori to kazoku-dare ga daiko-handan-sha ka-, in: Kouichi Bai, Minoru Ihikawa (Hrsg.), Kazoku to Iryo-sono hogaku-teki-kosatsu, 1995, S. 48.
- M. Arai, Igrisu to doitsu ni okeru seinen-koken-ho no aratana tenkai, Jurisuto (Juristische Zeitung) No.972, 1991, S. 15.
- N. Ienaga, Iryo to kodomo no jiko-kettei, Horitsu-jiho Bd. 75 Heft 9, 2003, S. 37.
- Oberste Gerichtshof (Zivilsenat), am 29.2.2000, Minshu, Bd. 52, Heft 42, S. 582.
- Oberster Gerichtshof (Strafsenat), am 7.12.2009, Keishu, Bd. 63, Heft 11, S. 1899.
- Professor J.R. Wolff (Anatomiker aus Göttingen) in einem Gespräch am 3. März 2012.
- R. Tatara, Shoni-iryō to infomudo konsento, in: Katsunori Kai (Hrsg.) , Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 270.
- R. Jinnno, Seishinka-iryō to infomudo konsento, in: Katsunori Kai (Hrsg.), Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 256f.
- Sammlung vom 7. Dezember 2008, Band 63, Nr.11, S. 1899.
- H. Ogyu, Decision-Making Competency in Mental Health Care, Journal of Medical Law, No. 15, 2000, S. 85f..
- S. Machino, Self-Determination and Surrogate Determination, Journal of Medical Law, No. 15, 2000, S. 50.
- S. Machino, Kanja no jiko-kettei-ken to ho, 1986, S. 184ff..
- S. Machino, „Tokaidaigaku-anrakusi-hanketsu’oboegaki“, Jurisuto Nr. 1072, S. 113.
- S. Hayakawa, Miseinen-sha no doui, in: Tatsuo Kuroyanagi u.a. (Hrsg.), Know your law on medicine, 2008, S. 374.
- S. Horiuchi, Keiho-soron (Strafrecht AT II), 2004, S. 188ff..

- S. Saito, Keiho-soron (Strafrecht AT), 6. Aufl. 2008, S. 167.
- T. Awaji, Iryokeyaku, in: Taniguchi/Kato u.a.(Hrsg.), Shinminpo-enshuu 4, 1968, S. 184.
- T. Terasawa, Miseinen-sha heno iryo-koui to shoudaku (III), Minsho-ho-zashi, Bd.107, Heft 1, 1992, S. 58.
- T. Terasawa, "hodaku-noryoku"no nai hito heno chiryo-koui no kettei to shodaku, in: Yosio Shiomi u.a. (Hrsg.), minpogaku no kiseki to tenbo, 2002, S. 116.
- T. Terasawa, Kureisha iryo to infomudo konsento, in:Katsunori Kai (Hrsg.), Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 222ff..
- T. Terasawa, Miseinen-sha heno iryo-koui to shodaku (I), Minshohozassi, Bd. 106, Heft 5, 1992, S. 657.
- T. Watanabe, Present State of Clinical Trial in Japan, Journal of Medical Law, No. 13, 1998, S. 26ff..
- T. Mitsuishi, Japanese System and it's Related Issues, Journal of Medical Law, No. 13, 1998, S. 97ff..
- T. Mitsuishi, Safeguarding the Rights of Research Subjects, Journal of Medical Law, No. 15, 2000, S. 61f..
- Y. Oda, Miseinen-sha heno yuketsu, in: Tatsuo Kuroyanagi u.a. (Hrsg.), Know your law on medicine, 2008, S. 376.
- Y. Hasimoto/K. Nakatani, Kanja no chiryou-kyohi wo meguru horitsumondai-"ehoba no shonin" no shinjya ni yoru yuketsu-kyohi-jiken wo keiki to shite-, Hanrei-taimuzu, No.569, 1986, S. 11f..
- Y. Tejima, Introduction to Medical Law, 3. Aufl. 2011, S. 36f..
- Y. Kamiyama, Kanja no doui ni kansuru hoteki mondaiten, in: Makoto Arai/Akira Nisiyama (Hrsg.), Seinenkoken to isi-noryoku, 2002, S. 127ff..
- Y. Sato, Hitogenomu-kenkyu to infomudo konsento, In: Katsunori Kai (Hrsg.), Informed Consent and Medical Law, A Series of Medical Law VOL. 2, 2010, S. 215f..