ÄRZTEKAMMER SACHSEN-ANHALT
Körperschaft des öffentlichen Rechts

Ärztekammer · Landesgeschäftsstelle · PSF 1561 · 39005 Magdeburg

Persönlich
Herrn
Studierendenrat der
Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg
Postfach 4120
39016 Magdeburg

RECHTSABTEILUNG

Bearbeiter : Frau Bösenberg
Tel. : (03 91) 60 54-74 00
FAX : (03 91) 60 54-70 00
E-Mail : recht@aeksa.de

Unser Zeichen : RA / **684/13**

Magdeburg, 27. November 2013

Ärztliches Attest über die Prüfungsunfähigkeit

Sehr geehrter Herr Grope,

wir nehmen Bezug auf das heute mit dem Unterzeichner geführte Telefonat in obiger Angelegenheit und übersenden Ihnen anliegend wie angekündigt das hier vorliegende Formular für die Bescheinigung der Prüfungsunfähigkeit.
Bezüglich dieses Formulars wurden wir von Vertretern der Universität um Einschätzung gebeten und hatten vor circa einem Jahr bereits wie folgt geantwortet:
„Wie bereits telefonisch ausgeführt, hält sich im Ergebnis unserer Prüfung das Formular im Rahmen des rechtlich Zulässigen.
Die Verpflichtung der Prüflinge zur Vorlage eines ärztlichen Attestes bei einem Rücktritt von der Prüfung aufgrund Krankheit ergibt sich aus § 6 Abs. 10 der Prüfungsordnung für den Studiengang Medizin (PO). Um einen Missbrauch der Möglichkeit einer zusätzlichen Prüfung vorzubeugen, werden in der Praxis strenge Anforderungen an die Voraussetzungen und den Nachweis der Prüfungsunfähigkeit gestellt.
Welche Daten dabei vom Prüfungsausschuss erhoben werden dürfen, unterliegt einer Wertung unter Zugrundelegung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen.
Wie wir dem Internetauftritt des Studienrats der Universität Magdeburg entnehmen konnten, gab es diesbezüglich bereits Schriftverkehr mit dem Landesdatenschutzbeauftragten. Dessen Ausführungen im Schreiben vom 08.12.2011 schließen wir uns an.
Rechtliche Grundlage für die Erhebung der Daten durch den Prüfungsausschuss ist demnach § 9 Abs. 1 des Gesetzes zum Schutz personenbezogener Daten der Bürger (DSG-LSA) iVm § 13 Abs. 1 HSG LSA i.V.m. der Prüfungsordnung für den Studiengang Medizin.
Grundsätzlich dürfen aber nur solche Angaben angefordert werden, die für die Erfüllung des vorausgesetzten Zwecks unbedingt erforderlich sind.
Es ist im Schul- und Prüfungsrecht weitgehend Konsens, dass eine Beschreibung der gesundheitlichen Beeinträchtigung (etwa der Hinweis auf Schmerzen) und die Angabe der sich daraus ergebenden Behinderung in der Prüfung (z.B. Störung der Konzentrationsfähigkeit) Inhalt eines verlangten Attestes sein können, die gestellte Diagnose dagegen regelmäßig nicht.
Auch im Übrigen können wir uns den datenschutzrechtlichen Ausführungen anschließen.
Sofern der Prüfling selbst das auf seinen Wunsch vom Arzt ausgefüllte Formular dem Prüfungsausschuss zum Nachweis der Prüfungsunfähigkeit vorlegt, ist die ärztliche Schweige-

pflicht nicht tangiert, da die Weitergabe der geschützten Krankheitsdaten an Dritte durch den Patienten erfolgt und nicht durch den Arzt.
Für den Fall, dass das Attest direkt vom Prüfungsausschuss beim Arzt angefordert wird, bedarf es einer Offenbarungsbefugnis, d.h. der Patient muss in die konkrete Weitergabe der angeforderten Daten durch den Arzt einwilligen. Zur Absicherung ist die Vorlage einer schriftlichen Schweigepflichtentbindungserklärung zu empfehlen.
Wie Sie auch dem zu Ihrer Information anliegenden Aufsatz von Frau Prof. Fahrenhorst aus der Zeitschrift Medizinrecht entnehmen können, ist nach ständiger Rechtsprechung, die Frage nach dem Vorliegen der Prüfungsunfähigkeit eine Rechtsfrage, die vom Prüfungsausschuss zu beantworten ist und die - anders als zum Beispiel die einzelne Prüfungsbewertung- auch der vollen Nachprüfbarkeit durch die Gerichte unterliegt.
Die vom Arzt als sachverständiger Zeuge getroffenen Feststellungen sind daher (nur) Grundlage der Entscheidung des Prüfungsausschusses. Es dürfte ihm daher unbenommen sein, soweit weitere oder andere Erkenntnisse vorliegen, diese in die Entscheidungsfindung einzubeziehen."

Diesem Schreiben hatten wir den ebenfalls anliegenden Artikel aus dem Medizinrecht 4/2003 zu dieser Thematik in Kopie angelegt.

Wir hoffen, behilflich gewesen zu sein.

Mit freundlichen Grüßen

Die Geschäftsführung
i. A.

Ass. jur. Tobias Brehme

Anlagen

OTTO-VON-GUERICKE-UNIVERSITÄT MAGDEBURG

Formular für die Bescheinigung der Prüfungsunfähigkeit/
ärztliches Attest

Vom Studierenden auszufüllen!			
Vorname, Name:	Bachelor	Master	Staatsexam./ Diplom
Studiengang:	❑	❑	❑
Matrikelnummer:			
Krankmeldung für folgende Prüfung(en) – (Datum und Titel)	schriftlich	mündlich	praktisch
	❑	❑	❑
	❑	❑	❑
	❑	❑	❑

Erläuterungen für den Arzt:

Wenn ein Studierender aus gesundheitlichen Gründen nicht zu einer Prüfung erscheint oder sie abbricht, hat er gemäß Prüfungsordnung dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses gegenüber die Erkrankung nachzuweisen. Zu diesem Zwecke benötigt der Studierende ein ärztliches Attest, das dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses/dem Prüfungsamt erlaubt, aufgrund der Angaben des Arztes die prüfungsrechtliche Frage zu beantworten, ob Prüfungsunfähigkeit vorliegt. Die Beantwortung dieser Rechtsfrage ist grundsätzlich nicht Aufgabe des Arztes; dies ist vielmehr letztlich und in eigener Verantwortung von der Prüfungsbehörde zu entscheiden. Für diese Beurteilung reicht es nicht aus, dass der Arzt dem Prüfling pauschal Prüfungsunfähigkeit attestiert, es müssen kurze Ausführungen zu nachstehenden Punkten vorliegen:

Erklärungen des Arztes:

Meine heutige Untersuchung zur Frage der Prüfungsunfähigkeit bei o.g. Patienten hat aus ärztlicher Sicht folgendes ergeben:

1. Es liegen prüfungsrelevante Krankheitssymptome vor, die die psychische oder physische Leistungsfähigkeit deutlich einschränken, wie z.B. Bettlägerigkeit, Fieber, Schmerzen, Konzentrationsstörungen aufgrund der Einnahme von Medikamenten.
2. Es handelt sich nicht um Schwankungen in der Tagesform, Prüfungsstress und ähnliches. (Dies sind im Sinne der Prüfungsfähigkeit keine erheblichen Beeinträchtigungen.)

Aus meiner ärztlichen Sicht liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Leistungsvermögens gemäß Punkt 1 vor. Ich bestätige ausdrücklich, dass es sich nicht um eine, wie unter Punkt 2 beschriebene minimale Einschränkung der Leistungsfähigkeit handelt.

Der Patient ist vom: _____ bis _____ aus medizinischer Sicht nicht prüfungsfähig.

_____ _____

Ort, Datum (=Prüfungstag) Unterschrift des Arztes/Praxisstempel

Irene Fahrenhorst

Die Kontrolle der Prüfungsunfähigkeit

I. Die Kontrolle der Prüfungsunfähigkeit durch Behörden und Gerichte

Die „Prüfungsunfähigkeit" als Grund zum Rücktritt von einer Prüfung ist ein durch Behörden und Gerichte voll nachprüfbarer Rechtsbegriff[1]. Ob dessen Voraussetzungen gegeben sind, ist eine Rechtsfrage, welche die Prüfungsbehörde und gegebenenfalls – im Streitfall – die Gerichte in eigener Verantwortung zu beantworten haben[2]. Nicht der Arzt, sondern die Prüfungsbehörde und das Gericht entscheiden darüber, „ob die nachgewiesen Gründe es rechtfertigen, dass der Prüfling aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, verhindert ist. Die ärztliche Verpflichtung beschränkt sich im wesentlichen darauf, krankhafte Beeinträchtigungen zu beschreiben und darzulegen, welche Auswirkungen sie auf das Leistungsvermögen des Prüflings in der konkret abzulegenden Prüfung haben"[3].

Daraus folgt, dass ein Prüfling zum Nachweis seiner Prüfungsunfähigkeit ein Attest mit konkreten Angaben über die Art der Erkrankung vorlegen muss[4], welches der Prüfungsbehörde eine eigenverantwortliche Entscheidung über die Prüfungsunfähigkeit ermöglicht. Ein Attest, welches lediglich die „Prüfungsunfähigkeit" bescheinigt, genügt den Anforderungen nicht[5]. Reicht ein Prüfling ein Attest ohne die Angabe der Art der Erkrankung ein, muss er mit der Konsequenz leben, dass die Prüfungsbehörde zur Anerkennung seiner Prüfungsunfähigkeit nicht verpflichtet ist.

Pflichten, die dem Prüfling auferlegt werden, müssen mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Die Offenbarung personenbezogener Daten führt zu einem Eingriff in die Intimsphäre des Prüflings, welche verfassungsrechtlich gemäß Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG geschützt ist[6]. Krankheitsdiagnosen enthalten besonders höchstpersönliche und sensible Daten, die durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt sind[7].

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist jedoch nicht schrankenlos gewährleistet[8]. Eingriffe sind gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig, d.h. durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind[9]. Das bedeutet, dass der Eingriff zur Erreichung des Zwecks geeignet sein muss; er muss zudem erforderlich und angemessen im engeren Sinne sein[10]. Letzteres bedeutet, „dass bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt"[11]. Der Bürger darf nicht übermäßig belastet werden[12] (Übermaßverbot).

II. Das Kontrollrecht der Prüfungsbehörde und das Verhältnismäßigkeitsprinzip

1. Geeignetheit des Eingriffs

Das Gebot der Geeignetheit verlangt, dass nur Mittel eingesetzt werden, die geeignet sind, den gewünschten Erfolg zu fördern[13]. Die Kontrolle der Prüfungsunfähigkeit bei einem Prüfungsrücktritt durch die Prüfungsbehörde ist geeignet, den gewünschten Erfolg – die Vermeidung unbegründeter Prüfungsrücktritte – zu fördern. Die Kenntnis der Art der Erkrankung durch die Behörde bildet eine zusätzliche Barriere. Die Versuche der Rechtsordnung zur Abmilderung der Nachteile, die der Arbeitgeber dadurch erleidet, dass er die Diagnose in der Regel nicht kennt[14], sprechen für sich. Zu nennen ist hier die Pflicht der gesetzlichen Krankenkassen, Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit unter Einschaltung des Medizinischen Dienstes der Kran-

Prof. Dr. iur. Irene Fahrenhorst, LL.M.,
Fachhochschule Bonn-Rhein-Sieg,
Grantham-Allee 20, D-53757 Sankt Augustin,
z. Zt. Academic Visitor, Pembroke College, Oxford

1) Ständ. Rspr.: BVerwG v. 14. 6. 1983 – 7 B 107/82 –, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 176, 134; VGH Bad.-Württ. v. 7. 5. 1991 – 9 S 42/90 –, VGHBW-Ls 320/1991, VBlBW 1/1991, Beilage 8, B 7; ebenso BFH v. 26. 7. 2001 – VII B 349/00 –, BFH-PR 2001, 395 ff. = BFH/NV 2001, 1600.

2) Ständ. Rspr.: BVerwG v. 6. 8. 1996 – 6 B 17/96 –, DVBl. 1996, 1379 f. = BayVBl. 1997, 411 f.; VG Minden v. 25. 1. 2000 – 2 K 3874/99 –, NWVBl. 2000, 232 ff. Weit. Nachw. bei *Zimmerling*, MedR 2001, 634 ff., insbes. dortige Fnn. 1–3.

3) BVerwG v. 6. 8. 1996 (Fn. 2), DVBl. 1996, 1380 = BayVBl. 1997, 412.

4) Vgl. auch VGH Bad.-Württ. v. 7. 5. 1991 (Fn. 1): Der Prüfling genügt seiner Verpflichtung, „wenn dem Rücktrittsgesuch ein ärztliches Attest beigefügt ist, das seinerseits die Befundtatsachen substantiiert und konkret benennt und damit zugleich sachverständig belegt".

5) So ausdrücklich VG Meiningen v. 29. 5. 1997 – 8 E 530/97.Me –, ThürVRspr. 1998, 31 ff., 33; *Niehues*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 1994, Rdnr. 162. Ebenfalls noch *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 321 m.w.N. Für die Rechtsprechung zur Prüfungsunfähigkeit vgl. auch *Zimmerling/Brehm*, NVwZ 2000, 875 ff., dortige Fnn. 131–136.

6) BVerfG v. 15. 12. 1983 – 1 BvR 209/83 u.a. –, BVerfGE 65, 1 ff., 43 = NJW 1984, 419 ff., 422; BVerfG v. 9. 10. 2001 – 2 BvR 1523/01 –, NJW 2002, 283 ff., 284 = NStZ 2002, 98 f., 98; ebenfalls BAG v. 12. 8. 1999 – 2 AZR 55/99 –, DB 1999, 2369 ff., 2370 = NZA 1999, 1209 ff., 1210 = BB 1999, 2564 ff., 2565 = NJW 2000, 604 ff., 605.

7) BVerfG v. 10. 4. 2000 – 1 BvR 422/00 –, NJW 2001, 883 ff., 884; BVerfG v. 9. 10. 2001 – 2 BvR 1523/01 –, NJW 2002, 283 ff., 284 = NStZ 2002, 98 f., 98.

8) BVerfG v. 15. 12. 1983 (Fn. 6), BVerfGE 65, 43 f.; BVerfG v. 9. 3. 1988 – 1 BvL 49/86 –, FamRZ 1988, 695 ff., 696 = NJW 1988, 2031 ff., 2031 = MDR 1988, 749; BVerwG v. 20. 2. 1990 – 1 C 30/86 –, NVwZ 1990, 1165 (Leitsatz) = NJW 1990, 2768 ff., 2769 = JZ 1991, 471 ff., 474; BVerfG v. 11. 6. 1991 – 1 BvR 239/90 –, BVerfGE 84, 192 ff., 195 = EuGRZ 1991, 292 ff., 293 = NJW 1991, 2411 ff., 2412 = FamRZ 1991, 1037 f., 1037 m. Anm. *Geis*, FamRZ 1991, 1284 = MDR 1991, 865.

9) BVerfG v. 15. 12. 1983 (Fn. 6), BVerfGE 65, 44; BVerfG v. 9. 10. 2001 – 2 BvR 1523/01 –, NJW 2002, 283 ff., 284 = NStZ 2002, 98 f., 98.

10) Vgl. BVerfG v. 19. 10. 1982 – 1 BvL 34, 55/80 –, BVerfGE 61, 126 ff., 134; BVerfG v. 17. 7. 1984 – 2 BvE 11, 15/83 –, BVerfGE 67, 100 ff., 143; BVerfG v. 14. 12. 2000 – 2 BvR 1741/99 u.a., BVerfGE 103, 21 ff., 33 = NJW 2001, 879 ff., 880 = DVBl. 2001, 454 ff. Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I, 17. Aufl. 2001, Rdnrn. 391 ff.; *Michael*, JuS 2001, 866 ff.

11) BVerfG v. 17. 10. 1990 – 1 BvR 283/85 –, BVerfGE 83, 1 ff., 19; ebenso BVerfG v. 20. 6. 1984 – 1 BvR 1494/78 –, BVerfGE 67, 157 ff., 178; BVerwG v. 7. 10. 1988 – 7 C 8/88 –, BVerwGE 80, 282 ff., 285 = DVBl. 1989, 102 ff., 103 = NJW 1989, 2340 ff., 2341 (speziell für das Prüfungsrecht); weit. Nachw. bei *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 6. Aufl. 2002, Art. 20, Rdnr. 86.

12) BVerfG (Fn. 10), BVerfGE 61, 134; BVerfG v. 20. 6. 1984 – 1 BvR 1494/78 –, BVerfGE 67, 157 ff., 173.

13) BVerfG v. 16. 3. 1971 – 1 BvR 52/66 u.a. –, BVerfGE 30, 292 ff., 316; weit. Nachw. bei *Jarass/Pieroth* (Fn. 11), Rdnr. 85.

14) Vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG; vgl. dazu *Vossen*, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und an Feiertagen, 1997, Rdnr. 334; sowie unten, sub II.3.

kenversicherung (MDK) unverzüglich nachzugehen[15], die Begutachtung durch den MDK gemäß § 275 Abs. 1 Nr. 3b i.V. mit Nr. 1 (a) SGB V auf Veranlassung des Arbeitgebers, die Zulässigkeit von Krankenkontrollen[16] bzw. Krankengesprächen[17], die ausdrückliche Normierung der Pflichten des Arztes bei der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen[18] sowie Möglichkeiten des Arbeitgebers, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern[19].

Der Eingriff, den die Angabe der Art der Erkrankung darstellt, wäre allerdings nicht geeignet, den Erfolg zu fördern, wenn die Prüfungsbehörde oder das Gericht der ärztlichen Entscheidung folgen müssten, so dass deren Kontrolle auf eine bloße Formalie, ein bloßes „Abhaken" hinausliefe.

Es mag sein, dass sich Juristen und Mediziner wegen ihrer unterschiedlichen Denkweise[20] oft in einer schwierigen Situation befinden, wenn es um die Beurteilung medizinischer Sachverhalte geht[21]. Das Prüfungsrecht macht hierbei keine Ausnahme. Jedoch hat die Rechtsordnung auch in anderen Bereichen, in denen medizinische Sachverhalte durch Nichtmediziner beurteilt werden müssen, nicht „kapituliert". Das Gegenteil ist der Fall: Wegen der besonderen Anforderungen in Arzthaftungssachen kommt in der Regel die Übertragung von der Zivilkammer auf den Einzelrichter nicht in Betracht[22]. An den Umgang mit Sachverständigengutachten, deren Inhalt[23] und deren Beurteilung[24] werden besonders strenge Anforderungen gestellt[25]; Das Gericht ist verpflichtet, sich mit den Widersprüchen zwischen dem Gerichts- und Privatgutachten auseinandersetzen, auf eine weitere Aufklärung hinzuwirken[26] und notfalls ein weiteres Gutachten einzuholen[27].

Ein amtsärztliches Attest genießt gegenüber einem privatärztlichen Attest die höhere Beweiskraft[28]. Das BVerwG hat im Hinblick auf ein amtsärztliches Attest entschieden, „dass sich ein Prüfling grundsätzlich auf die ihm amtsärztlich bescheinigte Erkrankung mit der Folge der Prüfungsunfähigkeit am Prüfungstermin verlassen können muß ... Besteht kein Anlass zu der Annahme, der Prüfling sei nur unerheblich in seiner körperlichen und psychischen Leistungsfähigkeit beeinträchtigt und deshalb entgegen der in einem amtsärztlichen Attest ‚befürworteten Prüfungsunfähigkeit' doch prüfungsfähig gewesen..., so wird die Prüfungsbehörde ihrer Entscheidung darüber, ob ein wichtiger Grund für den Rücktritt oder das Versäumen des Prüfungstermins vorgelegen hat, das amtsärztliche Attest zugrunde legen müssen, wenn sie keine anderslautenden Erkenntnisse hat oder durch eingehende ärztliche Begutachtung gewinnen kann"[29]. Folglich werden eigene Ermittlungen der Prüfungsbehörde nicht ausgeschlossen[30]. Dass bei fehlenden gegenteiligen medizinischen Erkenntnissen die Angaben des Arztes der Entscheidung zugrunde gelegt werden müssen, ist nicht nur im Prüfungsrecht, sondern generell der Fall, wenn Gerichte und Behörden medizinische Sachverhalte beurteilen müssen. So wurde in Arzthaftungsprozessen der eigenen medizinischen Beurteilung durch Gerichte aufgrund des Literaturstudiums und der durch die modernen Technologien möglich gemachten Internetrecherchen ohne sachverständige Beratung ein Riegel vorgeschoben[31]. Auch muss mangels eigener medizinischer Kenntnisse der Gerichte deren Beurteilung medizinischer Sachverhalte die Grundlage in dem Gutachten des medizinischen Sachverständigen finden[32]. Allerdings ist das Gericht an die Einschätzung des Sachverständigen nicht gebunden[33], da der Arzt die medizinischen Fakten zur Verfügung stellt, die Rechtsordnung jedoch die juristische Wertung vornimmt[34]. Auch im Prüfungsrecht gilt diese Aufgabenteilung[35]. So können auch die Prüfungsbehörde oder das Gericht, selbst wenn sie die medizinischen Feststellungen des Arztes anerkennen müssen, entgegen dem ärztlichen Votum die Anerkennung der Prüfungsunfähigkeit mit dem Argument ablehnen, dass eine Prüfungsunfähigkeit im Rechtsinne nicht gegeben ist, weil z.B. eine Dauererkrankung vorliegt[36].

Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil ein amtsärztliches Attest in der Regel aufgrund der Vorlage eines privatärztlichen Attests erstellt wird[37]. So gibt es im Arztrecht keinen Grundsatz, welcher die Rechtsordnung verpflichtet,

15) § 275 Abs. 1 Nr. 3b SGB V; vgl. hierzu *Gola*, BB 1995, 2318 ff., 2321.
16) Arbeitsrecht-Blattei (AR-Blattei SD, Ordner 6, Feichtinger), 1997 ff., Nr. 1000.2, Rdnr. 84.
17) AR-Blattei (Fn. 16), Rdnr. 85.
18) V. 3. 9. 1991, BABl. 11/1991, S. 28 = RDA 1992, 208 ff.
19) Vgl. dazu unten, sub II.3.
20) *Gräfin von Strachwitz-Helmstatt*, in: *Ehlers/Broglie* (Hrsg.), Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 578; sowie *Laufs*, Arztrecht, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 639.
21) Darauf weist zu Recht *Giesen*, MedR 1997, 17 ff., 22. hin.
22) OLG Oldenburg v. 7. 1. 1997 – 5 U 138/96 –, MedR 1997, 359 (Leitsatz); OLG Brandenburg v. 8. 11. 2000 – 1 U 6/99 –, OLG-NL 2001, 5 ff., 6 = ZfSch 2001, 153 ff., 153 = VersR 2001, 1241 ff., 1242.
23) KG v. 20. 12. 1994 – 1 W 6687/94 –, FamRZ 1995, 1379 f., 1380 (Betreuungsrecht).
24) BayObLG v. 22. 7. 1993 – 3Z BR 83/93 –, FamRZ 1993, 1489 ff., 1490 = MedR 1994, 33 f.
25) BGH v. 16. 1. 2001 – VI ZR 408/99 –, NJW 2001, 1787 ff., 1788 = VersR 2001, 783 f., 784 = MDR 2001, 750 f., 751; OLG Zweibrücken v. 25. 1. 2000 – 5 U 14/99 –, NJW-RR 2001, 667 ff., 668 f. = OLGR Zweibrücken 2000, 483 ff. = MedR 2000, 369 (Leitsatz). Aus der Literatur vgl. *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rdnrn. 387 ff. Auch im Strafverfahren darf das Gericht die Beurteilung eines Sachverständigen nicht einfach übernehmen, sondern muss sie kritisch hinterfragen, BGH v. 18. 1. 2000 – 4 StR 583/99 –, NZV 2000, 213 f.
26) BGH v. 28. 4. 1998 – VI ZR 403/96 –, VersR 1998, 853 ff., 853 f. = NJW 1998, 2735 ff., 2735 = MedR 1998, 417.
27) BGH v. 14. 12. 1993 – VI ZR 67/93 –, NJW 1994, 1596 ff., 1597 = VersR 1994, 480 ff. = MDR 1994, 891 = MedR 1994, 363 ff., 365.
28) BVerwG v. 23. 4. 1991 – 1 D 73/89 u.v. –; BVerwG v. 27. 8. 1992 – 6 B 33/92 –, NVwZ-RR 1993, 252 f. = BayVBl. 1992, 762 = DVBl. 1993, 51 f. Das gilt allerdings dann nicht, wenn wegen Unklarheiten und Lücken des amtsärztlichen Attests das privatärztliche Attest beweiskräftiger erscheint, VG Gera, 10. 2. 1997 – 2 E 55/97 GE –, LKV 1997, 334, zit. nach *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht, Die aktuelle veröffentlichte und unveröffentlichte Rechtsprechung, 2002, S. 77 u.v.
29) BVerwG v. 22. 6. 1993 – 6 B 9/93 –, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 316, 291; ebenfalls VG Minden (Fn. 2), 234.
30) So auch *Niehues* (Fn. 5), Rdnr. 162; *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht (Fn. 5), Rdnr. 320.
31) BGH v. 2. 3. 1993 – VI ZR 104/92 –, MDR 1993, 516 = MedR 1993, 265 ff., 266 = NJW 1993, 2378 f. = VersR 1993, 749 ff.; BGH v. 10. 5. 1994 – VI ZR 192/93 –, NJW 1994, 2419 ff., 2420; OLG Naumburg v. 28. 6. 2001 – 1 U 13/01 –, NJW 2001, 3420 ff., 3421.
32) BGH v. 13. 1. 1998 – VI ZR 242/96 –, BGHZ 138, 1 ff., 6 = NJW 1998, 1780 ff., 1781; BGH v. 19. 6. 2001 – VI ZR 286/00 –, NJW 2001, 2794 f., 2794 = VersR 2001, 1115 ff., 1116 = MDR 2001, 1113 ff., 1114; BGH v. 29. 5. 2001 – VI ZR 120/00 –, NJW 2001, 2792 f., 2793; BGH v. 27. 1. 1998 – VI ZR 339/96 –, NJW 1998, 1782 ff., 1783 = MDR 1998, 655 f. = MedR 1998, 554 ff., 555 = VersR 1998, 585 f.; BGH v. 3. 7. 2001 – VI ZR 418/99 –, NJW 2001, 2795 f., 2796 = VersR 2001, 1116 f., 1117.
33) Vgl. hierzu *Jorzig*, MDR 2001, 481 ff., 485.
34) Std. Rspr.: BGH v. 29. 5. 2001 (Fn. 32); BGH v. 27. 3. 2001 – VI ZR 18/00 –, NJW 2001, 2791 f., 2791 = MedR 2002, 28 ff., 29 = VersR 2001, 859 ff., 860 = MDR 2001, 888 ff., 889.
35) Vgl. oben sub I. mit Fnn. 1–5; und BVerwG v. 22. 6. 1993 (Fn. 29), S. 291.
36) Zu diesem Argument vgl. auch BVerwG v. 22. 6. 1993 (Fn. 29), S. 291.
37) Darauf weist auch *Zimmerling* (Fn. 2), S. 634, hin.

die übereinstimmende Auffassung von zwei Ärzten als richtig zu übernehmen. Selbst deren übereinstimmende medizinische Einschätzung kann – nach Einholung weiterer Gutachten – abgelehnt werden[38]. In der juristischen Bewertung sind die Gerichte sowieso nicht gebunden.

Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass die Rechtsordnung eine eigenständige Entscheidung gegenüber der Ärzteschaft trifft[39]. Die Überprüfung ärztlicher Atteste anhand der Art der Erkrankung durch die Prüfungsbehörde und gegebenenfalls die Gerichte ist auch deshalb geeignet, das erstrebte Ziel, die Kontrolle der Prüfungsunfähigkeit durch die Rechtsordnung, zu erreichen.

2. Erforderlichkeit

Das Gebot der Erforderlichkeit ist verletzt, wenn das Ziel der staatlichen Maßnahme auch durch andere, gleich wirksame Mittel erreicht werden kann, die für den Bürger weniger belastend sind[40]. Die Rechtsordnung darf nicht „mit Kanonen auf Spatzen schießen"[41].

Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine Prüfungsbehörde neben der Kontrolle der Prüfungsunfähigkeit beim Prüfungsrücktritt zahlreiche andere Aufgaben hat, bei denen es ebenfalls um die Beurteilung medizinischer Sachverhalte geht. Zu denken ist hier an die Verlängerung der Frist bei der Anfertigung einer Diplomarbeit, die Prüfungszeitverlängerung aufgrund von Erkrankungen oder Behinderungen des Prüflings[42] oder die Verlängerung der Frist bei der Ablegung des Freiversuchs[43]. Schon im Interesse der aus dem Gebot der Chancengleichheit aller Prüflinge[44] folgenden Pflicht zur Gleichbehandlung kann es die Rechtsordnung hier nicht hinnehmen, dass der Arzt ohne die Angabe der Art der Erkrankung etwa „verlängerungsberechtigt: 30 Minuten" oder „Freiversuchsverlängerung: 2 Semester" attestiert und die Prüfungsbehörde dies hinnehmen muss, ohne dass ihr eine eigenständige Entscheidung möglich ist. Die Prüfungsbehörde muss hier – ggf. unter Einholung medizinischer Gutachten – unter Berücksichtigung der Interessen aller Prüflinge verschiedene und oft schwierige Erwägungen anstellen[45].

Eine Prüfungsbehörde, die in medizinischen Angelegenheiten unterschiedliche Maßstäbe anlegt, wird angreifbar und steht unter Rechtfertigungsdruck. Für eine Differenzierung müssen deshalb absolut zwingende Gründe vorliegen.

Zimmerling hält es für bedenklich, das „Letztentscheidungsrecht über Fragen der Gesundheit eines Prüflings" einer Verwaltungsbehörde zu übertragen, „bei der in aller Regel keine Ärzte oder ärztlich vorgebildete Personen tätig sind"[46]. Das „Letztentscheidungsrecht" haben allerdings die Gerichte, deren Mitglieder in der Regel auch nicht über eine ärztliche Vorbildung verfügen, wenn sich der Prüfling gegen die von der ärztlichen Entscheidung abweichende Beurteilung der Prüfungsbehörde wendet.

Die Pflicht – und das Recht – der Rechtsordnung zur Überprüfung ärztlicher Entscheidungen ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips, welches verlangt, dass auch ärztliches Handeln der Kontrolle durch die Rechtsordnung unterliegt[47]. Auch im Arzthaftungsrecht ist das Gericht zur Abweisung oder Stattgabe einer Klage wegen eines geltend gemachten Behandlungsfehlers nicht verpflichtet, wenn der medizinische Sachverständige lediglich mitteilt: „(grober) Behandlungsfehler ja (oder nein)", ohne hierfür eine Begründung geben zu müssen. Warum sollten im Prüfungsrecht andere Maßstäbe gelten?

Zwar mag es sein, dass der Bürger im Prüfungsrecht auf eine derartige Kontrolle keinen Wert legt, weil von einem Arzt die geltend gemachte Prüfungsunfähigkeit festgestellt wurde. Die Kontrolle ärztlichen Handelns durch die Rechtsordnung kann jedoch nicht davon abhängig gemacht werden, ob dies im Interesse des Bürgers liegt oder nicht. Andernfalls wäre die Folge eine „Rosinentheorie"[48]: Je nach der Interessenlage des Bürgers „dankt die Rechtsordnung entweder ab" oder sie wird tätig.

3. Der Grundsatz der Angemessenheit i.e.S.

Eine Maßnahme darf nicht einen Nachteil mit sich bringen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht[49]. Vorzunehmen ist eine umfassende Güter- und Interessenabwägung[50]. Das Interesse der Rechtsordnung muss so schwerwiegend sein, dass das Interesse des Bürgers an der Geheimhaltung seiner persönlichen Lebensumstände zurücktreten muss[51]. Ein eigenständiges Entscheidungsrecht der Prüfungsbehörde wäre nicht zulässig, wenn ein solches für den Prüfling nicht zumutbar wäre[52] und den Prüfling unverhältnismäßig belasten würde.

Wird einem Prüfling nur eine bestimmte Anzahl von Prüfungsversuchen eingeräumt, so stellt die Prüfungsbehörde durch die Kontrolle der Prüfungsunfähigkeit die Chancengleichheit aller Prüflinge sicher[53], indem sie zu verhindern sucht, dass sich Prüflinge durch unberechtigte Rücktritte eine zusätzliche Prüfungschance verschaffen. Zudem dient die Kontrolle auch der Sicherstellung eines ordnungs-

38) Zur Beurteilung ärztlicher Gutachten vgl. *Schlund*, in: *Ehlers* (Hrsg.), Medizinisches Gutachten im Prozess, 2. Aufl. 2000, Rdnrn. 109 ff.

39) Vgl. *Schlund* (Fn. 38), Rdnr. 123: „Richter und medizinische Sachverständige sind keine Antipoden; sie sitzen ‚im gleichen Schiff', dessen Kapitän aber der Richter bleibt".

40) BVerfG (Fn. 10), BVerfGE 67, 100 ff., 147; BVerfGE (Fn. 13), BVerfGE 30, 316.

41) *Bull*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2000, Rdnr. 237.

42) Vgl. z.B. § 15 der Diplomprüfungsordnung des Fachbereichs Wirtschaft der Fachhochschule Bonn-Rhein-Sieg.

43) Vgl. § 11 der Diplomprüfungsordnung des Fachbereichs Wirtschaft der Fachhochschule Bonn-Rhein-Sieg.

44) BVerwG v. 17. 1. 1984 – 7 B 29/83 –, DÖV 1984, 810 f., 811; BVerwG v. 10. 4. 1990 – 7 B 48/90 –, NVwZ-RR 1990, 481; BVerwG v. 9. 8. 1978 – VII C 36/77 –, DÖV 1979, 412 f.; BVerwGE v. 7. 10. 1988 – 7 C 8/88 –, BVerwGE 80, 282 ff., 284 = DVBl. 1989, 102 ff. = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 259, 90 = NJW 1989, 2340 ff., 2341; BVerwG v. 9. 8. 1978 – VII C 36/77 –, DÖV 1979, 412 f.; BVerwG v. 8. 5. 1991 – 7 B 43/91 –, DVBl. 1991, 759; VGH Bad.-Württ. v. 20. 2. 1979 – IV 3118/77 –, ZBR 1980, 124 f., 125 und 227 = DÖV 1979, 761 f.; VGH Bad.-Württ. v. 13. 4. 1988 – 9 S 785/87 –, NVwZ-RR 1989, 17 f.

45) So ist z.B. bei der Entscheidung, ob und in welchem Umfang die Frist für die Bearbeitung einer Diplomarbeit bei Erkrankung eines Prüflings zu verlängern ist, neben der Art und Schwere der Erkrankung auch die Themenstellung zu berücksichtigen, da bei empirischen oder mit praktischer Arbeit verbundenen Themen andere Maßstäbe anzulegen sind als bei Diplomarbeiten, die am Schreibtisch fertiggestellt werden können.

46) *Zimmerling* (Fn. 2), S. 636.

47) Zum Justizgewährungsanspruch vgl. *Vollkommer*, in: *Zöller*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 22. Aufl. 2001, Einl., Rdnr. 48; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, 59. Aufl. 1999, Grundzüge § 253, Rdnrn. 2 ff. Zu verfassungsrechtlichen Vorgaben vgl. insbes. Artt. 92, 97, 103 GG; vgl. hierzu im Hinblick auf das Arztrecht *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 396 ff.

48) Zur Rosinentheorie im Handelsrecht vgl. *Koller/Roth/Morck*, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1999, § 15, Rdnr. 16; *Canaris*, Handelsrecht, 23. Aufl. 2000, § 5 I. 3. c).

49) BVerfG v. 15. 12. 1983 (Fn. 6), BVerfGE 65, 43 f.

50) BAG v. 15. 7. 1987 – 5 AZR 215/86 –, BAGE 54, 365 ff., 370 = BB 1987, 2300 ff., 2301 = DB 1987, 2571 ff., 2571 = NZA 1988, 53 ff., 54 = JZ 1988, 107 ff., 107 = NJW 1988, 791 ff., 791.

51) BVerfG (Fn. 6), BVerfGE 65, 43 f.; weit. Nachw. vgl. oben, Fnn. 11-12.

52) BVerfG (Fn. 10), BVerfGE, 61, 134.

53) Zu Nachweisen aus der Rechtsprechung oben, Fn. 44.

gemäßen Prüfungsbetriebs und der Verhinderung verlängerter Studienzeiten, die für eine Hochschule zu finanziellen Nachteilen führen können und dem immer wichtiger werdenden[54] „Image" einer Hochschule nicht dienlich sind.

Die Pflicht der Prüfungsbehörde, die Interessen der anderen Prüflinge zwecks Gewährleistung von deren Chancengleichheit[55] zu wahren, ist umso wichtiger, weil Bildung heute der eigentliche Schlüssel zu sozialem Aufstieg ist. Die Aufregung über das schlechte Abschneiden Deutschlands in der PISA-Studie zeigt, welche Bedeutung der Bildung zugemessen wird. Nicht ohne Grund wird heute im angloamerikanischen Bereich in Anlehnung an die „medical malpractice" im Arztrecht von „educational malpractice" im Bildungsbereich[56] gesprochen. Mehr und mehr sind die Bürger nicht mehr bereit, Zustände und Entscheidungen im Bildungsbereich, die ihr Leben nachhaltig beeinflussen, widerspruchslos hinzunehmen. Zwar ist *Kühne*[57] zuzugestehen, dass auch die finanziellen Belastungen eines Arbeitgebers, ist er zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall verpflichtet, erheblich sein können. Hinzu können die Nachteile der Kollegen kommen, die die Arbeit des ausgefallenen Mitarbeiters übernehmen müssen. Im Prüfungswesen wird jedoch über – erheblich wichtigere – Lebenschancen entschieden[58].

Andererseits sind die Nachteile, die der Betroffene durch die Bekanntgabe der Art seiner Erkrankung erleidet, schwerwiegender Natur. Es gibt kaum eine Information, die sensibler ist als ärztliche Diagnosen.

Die Pflicht des Prüflings zur Offenbarung der Art seiner Erkrankung lässt sich nicht einfach damit rechtfertigen, dass – wie die Ärzte – auch die Mitglieder der Prüfungsbehörde zur Geheimhaltung gemäß § 203 StGB verpflichtet sind. Zwar ist dadurch abgesichert, dass Daten nicht unbefugt weitergegeben werden. Jedoch ist es etwas anderes, ob Dinge aus der Intimsphäre einem Arzt oder einem Nichtmediziner offenbart werden. Die „Schweigepflicht schützt das zwischen dem behandelnden Arzt und dem Patienten entstehende persönliche Vertrauensverhältnis, dem nicht nur besondere Bedeutung für den individuellen Heilerfolg, sondern auch für die Volksgesundheit als Ganzes insofern zukommt, als dadurch eine ungestörte Inanspruchnahme der ärztlichen Behandlung abgesichert wird"[59]. Wenn sich das Recht der Prüfungsbehörde auf Kenntnis der Art der Erkrankung deshalb auch nicht allein mit der Amtsverschwiegenheit der Mitglieder der Prüfungsbehörde begründen lässt, so bildet die Tatsache, dass die Art der Erkrankung nur einem begrenzten Personenkreis bekannt wird, der seinerseits der gesetzlichen Schweigepflicht gemäß § 203 StGB unterliegt[60], doch einen gewichtigen Gesichtspunkt zugunsten eines eigenständigen Überprüfungsrechts der Prüfungsbehörde anhand der Art der Erkrankung.

Zwar muss auch ein Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit nachweisen. Jedoch genügt er seiner Nachweispflicht grundsätzlich[61] dadurch, dass er ein Attest einreicht, welches ihm lediglich die „Arbeitsunfähigkeit" bescheinigt[62]. Der Arbeitgeber erfährt im Gegensatz zur Prüfungsbehörde die Diagnose in der Regel nicht. Dies gilt auch für den Dienstherrn eines Beamten. *Zimmerling*[63] weist hier darauf hin, dass zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn wegen des bestehenden Beamtenverhältnisses eine wesentlich intensivere Bindung als zwischen Prüfungsbehörde und Prüfling besteht, der Dienstherr jedoch trotzdem die Diagnose nicht erfahre. Entscheidend dafür, dass der Dienstherr die Diagnose nicht erfährt, ist jedoch das auf Dauer angelegte enge persönliche Verhältnis, das nicht nur zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn, sondern zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern generell vorliegt.

Wegen dieser auf Dauer angelegten engen Beziehung ist es für den Arbeitnehmer nicht nur unzumutbar, dass er dem Arbeitgeber gegenüber seine Erkrankungen offen legen muss. Hinzu kommt, dass der Arbeitgeber das Wissen über eine Erkrankung auch zum Nachteil des Arbeitnehmers einsetzen könnte. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Entlassung, Versetzung, fehlende Beförderung oder das heute vielfach beklagte Mobbing[64] auf die Kenntnis des Arbeitgebers von bestimmten Erkrankungen des Arbeitnehmers zurückzuführen wäre, was allerdings kaum je zu beweisen sein könnte. Die Sonderstellung des Arbeitnehmers findet deshalb ihre Grundlage in der besonderen Situation des Arbeitnehmer/Arbeitgeber-Verhältnisses.

Hingegen ist das Verhältnis Prüfungsbehörde-Prüfling nicht auf Dauer angelegt, da eine Ausbildung oder ein Studium kurzfristig ist. Es ist zudem durch weitgehende Anonymität gekennzeichnet. Prüfling und Prüfungsbehörde arbeiten nicht zusammen, so dass die Prüfungsbehörde mit dem Namen eines Prüflings – wenn dieser nicht persönlich in Erscheinung tritt – meist keine bestimmte Person verbindet.

Gerade wegen dieser Anonymität – verbunden mit der nur kurzfristig notwendigen Erkrankung eines Prüflings – ist die Position der Prüfungsbehörde aber auch verwundbarer als die des Arbeitgebers[65]. Hat dieser schon erhebliche Probleme, wenn er die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Zweifel ziehen will[66], so ist dies der Prüfungsbehörde, muss

54) Vgl. STERN, Spezial, Campus und Karriere, Der Studienführer 2002, Mit Hochschulranking von STERN und CHE, Nr. 1, April 2002; FOCUS, Der aktuellste Hochschulführer, 1300 Studienangebote im Vergleich, Nr. 16, 15. 4. 2002.

55) Vgl. hierzu auch aus der Literatur *Wortmann*, NWVBL 1992, 304 ff., 307; *Klenke*, NWVBL 1988, 199 ff., 201; *Wagner*, DVBl. 1990, 183 ff., 184.

56) Allein die Internet-Suchmaschine „google" zeigt unter diesem Stichwort ungefähr 66.300 Nachweise an.

57) *Kühne*, JA 1999, 523 ff., 524.

58) *Stump*, MedR 1993, 261 ff., 261.

59) BSG v. 22. 6. 1983 – 6 RKa 10/82 –, SozR 2200 § 368 Nr. 8 = VersR 1985, 260 ff., 261.

60) Auf diesen Unterschied zum Arbeitgeber weist auch das OVG Nordrh.-Westf. (v. 18. 12. 1989 – 12 A 1237/87 –, NVwZ 1990, 892 [Leitsatz] = NJW 1990, 1867 f., 1868) hin. Auf den Gesichtspunkt der Schweigepflicht stellen auch das BVerwG (v. 11. 5. 1989 – 3 C 68/85 –, BVerwGE 82, 56 ff., 60) sowie das BSG (Fn. 59), S. 263, ab.

61) Ausnahmen bilden nach Treu und Glauben Fälle von ansteckenden Erkrankungen, bei denen Maßnahmen im Betrieb zum Schutz der Mitarbeiter erforderlich sind (vgl. LAG Berlin v. 27. 11. 1989 –, DB 1990, 1621 f., 1622), bzw. Fälle, in denen die Haftung eines Dritten nach § 6 Abs. 2 EFZG in Frage kommt, ArbG Mannheim v. 12. 1. 2000 – 11 Ca 310/99 –, RDV 2000, 281 f.; *Däubler*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1999, S. 552.

62) § 5 EFZG; BAG v. 26. 8. 1993, 2 AZR 154/93 –, BAGE 74, 127 ff. = DB 1993, 2534 ff., 2535 = BB 1994, 142 ff., 142 = NZA 1994, 63 ff., 64 = MDR 1994, 596 f.

63) *Zimmerling* (Fn. 2), S. 636.

64) Vgl. „Wenn der Chef zum Schwein wird", STERN, Nr. 13, 21. 3. 2002; *Dick*, Keine Angst vor Mobbingfällen, 2001; *Vogel*, Was tun bei Mobbing?, 1998; *Ausfelder*, Mobbing, Konflikte am Arbeitsplatz erkennen, offen legen und lösen, 2000; „Psycho-Drama Mobbing", FOCUS, Nr. 20, 13. 5. 2002.

65) So stellt auch das BAG fest, dass der Arbeitgeber Missbrauchsfällen nicht schutzlos ausgesetzt ist, BAG v. 15. 7. 1992 – 5 AZR 312/91 –, BAGE 71, 9 ff., 13; vgl. dazu *Stückmann*, AuA 1995, 44 ff.; *Lepke*, DB 1993, 2025 ff.; *ders.*, NZA 1995, 1084 ff.; *Hanau*, DB 1995, 94 ff.; *Hunold*, DB 1995, 676 f.; *Edenfeld*, DB 1997, 2273 ff.; *Bährle*, Betrieb und Wirtschaft 7/1999, 276 ff.

66) Dieser kommt ein hoher Beweiswert zu, std. Rspr.: BAG v. 15. 7. 1992 – 5 AZR 312/91 –, BAGE 71, 9 ff., 11 = DB 1992, 1528 = BB 1992, 2222 f. = NZA 1993, 23 f., 24 = NJW 1993, 809 f., 810; BAG v. 1. 10. 1997 – 5 AZR 726/96 –, BB 1998, 485 ff., 486; BAG v. 19. 2. 1997 – 5 AZR 83/96 –, DB 1997, 1237 ff., 1238; LAG Halle (Saale) v. 8. 9. 1998 – Sa 676/97 –, DB 1999, 1561 f., 1561 = MDR 1999, 1006 f., 1007; LAG Düsseldorf v. 1. 4. 1999 – 5 Sa 1598/98 –, NZA-RR 1999, 1607 = BB 1999, 1606 (Leitsatz 1–2).

sie den Prüfungsrücktritt genehmigen, obwohl der Arzt lediglich die „Prüfungsunfähigkeit" bescheinigt hat, praktisch unmöglich. *Zimmerling*[67] will allenfalls diskutieren, ob die Prüfungsbehörde „bei einem begründeten Verdacht des Missbrauchs...eine amtsärztliche Untersuchung anordnen darf"[68]. Fraglich ist jedoch, wie die Prüfungsbehörde die Beweiskraft des Attests erschüttern könnte. Sie müsste konkrete Tatsachen vorbringen und ggf. beweisen, die objektive Zweifel an der Richtigkeit des ärztlichen Attests begründen[69]. Ein Prüfling wird seinen krankheitsbedingten Rücktritt bei der Behörde jedoch wohl kaum vorher ankündigen (wenn ich nichts weiß, bringe ich eben ein Attest)[70]. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass er um einen rechtlich nicht mehr zulässigen Prüfungsrücktritt nachsucht und nach dessen Ablehnung ein Attest nachschiebt[71]. Auch die dem Arbeitgeber mögliche Beschattung durch eine Detektei[72], um zu beweisen, dass das Verhalten des Arbeitnehmers so stark im Widerspruch zu der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit steht, dass der hohe Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert wird[73], fällt für die Prüfungsbehörde aus. Da die Prüfungsbehörde folglich – anders als ein Arbeitgeber – keine Möglichkeit besitzt, den Beweiswert des Attests zu erschüttern[74], würde allein der Arzt, nicht die Rechtsordnung die Prüfungsunfähigkeit definieren.

Denn in Ermangelung von Kenntnissen über die Art der Erkrankung hätten Behörden und Gerichte keine Möglichkeit, die juristische Definition der Prüfungsunfähigkeit durchzusetzen, indem sie die Anerkennung der Prüfungsunfähigkeit z.B. wegen eines Dauerleidens[75], einer sogenannten Examenspsychose[76], durch den Prüfling schuldhaft selbst herbeigeführter Prüfungsunfähigkeit[77] oder Prüfungsteilnahme trotz Kenntnis der Erkrankung[78] ablehnen. Bringt die Prüfungsbehörde vor, dass ein Prüfungsrücktritt nicht „unverzüglich" geltend gemacht wurde[79], so wäre – ist der Behörde die Art der Erkrankung nicht bekannt – die Einlassung des Prüflings[80] nicht zu widerlegen, dass die Erkrankung zwar zum Prüfungszeitpunkt bereits bestand, sie ihm jedoch erst jetzt bekannt wurde oder bekannt werden konnte.

Zwingende Gründe für diesen – ansonsten selbst im Arbeitsrecht in dieser Konsequenz nicht durchgehaltenen[81] – „Rückzug" der Rechtsordnung gibt es nicht[82]. Auch aus § 275 SGB V lässt sich keine „umfassende Schweigepflicht des Arztes, (insbesondere gegenüber Nichtmedizinern) herleiten"[83]. *Zimmerling*[84] begründet seine Auffassung damit, dass die Krankenkassen im Rahmen der Überprüfung der Notwendigkeit einer (weiteren) stationären Krankenhausbehandlung kein Recht auf Vorlage der Krankenunterlagen eines Versicherten besitzen[85] und nur verlangen können, dass der Medizinische Dienst der Krankenversicherung die Überprüfung vornimmt[86]. Jedoch würde keine Prüfungsbehörde derartige Unterlagen[87] anfordern. Sie verlangt lediglich Informationen über die Art der Erkrankung. Diese stehen der Krankenkasse jedoch auf jeden Fall[88] zur Verfügung[89]. Auch teilt der MDK der Krankenkasse diejenigen

67) *Zimmerling* (Fn. 2), S. 637.

68) *Zimmerling* (Fn. 2), S. 637.

69) Zu den entsprechenden Anforderungen im Arbeitsrecht vgl. BAG v. 15. 7. 1992 (Fn. 66); AR-Blattei (Fn. 16), Nr. 1000.2, Rdnr. 117; *Peter*, RdA 1999, 374 ff., 375; sowie die weit. Nachw. oben, Fn. 66.

70) So sind erhebliche Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit angebracht, wenn „Krankfeiern" angekündigt wird, LAG Düsseldorf v. 1. 2. 1978 – 16 Sa 795/77 –, DB 1978, 750; sowie v. 25. 9. 1980 – 11 Ca 679/80 –, DB 1981, 588; vgl. dazu *Gaul*, NZA 1993, 865 ff., 869.

71) So sind erhebliche Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit angebracht, wenn nach der Ablehnung von Urlaub ein Attest eingereicht wird, LAG Saarbrücken v. 18. 12. 1963 – Sa 116/63 –, DB 1964, 115 f.; weit. Nachw. in AR-Blattei (Fn. 16), Nr. 1000.2, Rdnrn. 122 ff.; LAG Berlin v. 3. 8. 1998 – 9 TaBV 4/98 –, BB 1999, 421 ff. = MDR 1999, 167 ff. (Attestvorlage nach dem Fehlschlagen eines Dienstplantausches zwecks Teilnahme an einem Cricketspiel).

72) Vgl. LAG Berlin v. 3. 8. 1998 (Fn. 71); *Lingemann/Göpfert*, DB 1997, 374 ff.

73) LAG Berlin v. 3. 8. 1998 (Fn. 71); LAG Düsseldorf (Kammer Köln) v. 25. 6. 1981 – 3 Sa 220/81 –, BB 1981, 1522 f.; BAG v. 26. 8. 1993 (Fn. 62), BAGE 74, 135 = DB 1993, 2535 = NZA 1994, 65 = BB 1994, 142 f. = MDR 1994, 596 f.; BAG, EWiR § 626 BGB 1/94, 343 (*Wank*). Zu weiteren Möglichkeiten des Arbeitgebers, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern, vgl. AR-Blattei (Fn. 16), Nr. 1000.2, Rdnrn. 126 ff.

74) Allenfalls bei einer Häufung von Krankmeldungen (vgl. OVG Nordrh.-Westf. v. 3. 7. 1998 – 22 A 2973/98 –, NWVBl. 1999, 23 = DVBl. 1998, 1359 [Leitsatz] = DÖV 1999, 310 [Leitsatz]: Hier war ein Prüfling über Jahre hinweg unter Vorlage von privatärztlichen Attesten derselben Ärzte immer wieder von Prüfungsterminen zurück getreten) könnte die Prüfungsbehörde versuchen, den Beweiswert des Attests zu erschüttern.

75) Vgl. BVerwG v. 13. 12. 1985 – 7 B 210/85 –, DÖV 1986, 477 = BayVBl. 1986, 760 f.; BayVGH v. 18. 9. 1985 – 7 B 84 A.3197 –, BayVBl. 1986, 118 ff.; BVerwG (Fn. 29).

76) Vgl. BVerwG v. 6. 7. 1979 – VII 26/76 –, DÖV 1980, 140 f. = DVBl. 1980, 482 ff.; BFH v. 27. 7. 1993 – VII R 11/93 –, BFHE 172, 254 = BStBl. II 1994, 259 = BB 1993, 1796 (Leitsatz) = DStR 1994, 631 f. (Kurzwiedergabe); BayVGH v. 23. 10. 1989 – 3 B 88.01445 –, ZBR 1991, 379 f., 380; *Haas*, VBlBW 1985, 161 ff., 166.

77) Vgl. BVerwG v. 22. 3. 1963 – VII C 141/61 –, MDR 1963, 707 = DÖV 1963, 475 f. = DVBl. 1964, 318 ff.; BayVGH v. 23. 10. 1989 – 3 B 88.01445 –, ZBR 1991, 379 f., 380.

78) Vgl. BVerwG v. 2. 8. 1984 – 7 B 129/84 –, DÖV 1985, 80 = BayVBl. 1985, 26; VGH Bad.-Württ. v. 20. 2. 1979 – IV 3118/77 –, ZBR 1980, 124 f. und 227 = DÖV 1979, 761 f.

79) Hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen, BVerwG v. 7. 10. 1988 (Fn. 11), BVerwGE 80, 285 = DVBl. 1989, 103 = NJW 1989, 2341; BVerwG v. 27. 1. 1994 – 6 B 12/93 –, DVBl. 1994, 640 f.; BVerwG v. 15. 12. 1993 – 6 C 28/92 –, NVwZ-RR 1994, 442 ff. = DVBl. 1994, 651 (Leitsatz); BVerwG v. 10. 4. 1990 – 7 B 48/90 –, NVwR-RR 1990, 481.

80) Unerkannte Prüfungsunfähigkeit kann u.U. auch noch nachträglich berücksichtigt werden, BVerwG v. 7. 10. 1988 (Fn. 79), BVerwGE 80, 284 = DVBl. 1989, 102; BVerwG v. 2. 8. 1984 (Fn. 78); BVerwG v. 17. 1. 1984 – 7 B 20/83 –, DÖV 1984, 810 f.; und zwar selbst nach der Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses, BVerwG v. 15. 12. 1993 – 6 C 28/92 –, NVwZ-RR 1994, 442 ff., 444 = DVBl. 1994, 651 (Leitsatz).

81) Vgl. dazu auch oben, sub II.1., sowie insbesondere Fn. 65.

82) Vgl. dazu oben, sub II. 3.

83) So *Zimmerling* (Fn. 2), S. 636.

84) *Zimmerling* (Fn. 2), S. 636.

85) Dies ist umstritten. Zugunsten der Krankenkassen haben z.B. das SG Gelsenkirchen (v. 30. 9. 1999 – S 17 KR 47/99 –, KH 2000, 656 ff.) sowie das SG Magdeburg (v. 27. 2. 2002 – S 16 KR 42/01 –) entschieden. Die Frage liegt dem BSG zur Entscheidung vor (– B 3 KR 10/02 R –, Sprungrevision vom SG Magdeburg). Selbst die Herausgabe ganzer Krankenakten an die Krankenkasse ist jedenfalls dann zulässig, wenn der Patient das ihm zustehende höchstpersönliche Einsichtsrecht in Krankenunterlagen auf die Krankenkasse überträgt.

86) *Zimmerling* (Fn. 2, S. 636) folgert daraus, „dass gem. § 275 SGB V bei Streitigkeiten zwischen einem Klinikum und der Krankenkasse die Notwendigkeit der ärztlichen Versorgung ausschließlich durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung entschieden wird". A.A. BSG v. 9. 6. 1998 – B 1 KR 18/96 R –, SozR 3-2500 § 39 Nr. 5.

87) Operationsberichte, Ultraschall- und Röntgenaufnahmen, Fieberkurven etc.

88) § 301 Abs. 1 Nr. 3 SGB V. Wird die Diagnose nicht – in verschlüsselter Form (§ 301 II SGB V) – angegeben, so erfolgt keine Vergütung durch die Krankenkasse; zur Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz vgl. BVerfG v. 10. 4. 2000 – 1 BvR 422/00 –, NJW 2001, 883 f.

89) Vgl. hierzu auch *Kamps/Kiesecker*, MedR 1997, 216 ff.

Informationen mit, die sie für ihre eigene sachgerechte Entscheidung[90] benötigt[91]. Der MDK hat der Krankenkasse jedenfalls das Ergebnis der Begutachtung und die erforderlichen Angaben über den Befund[92] mitzuteilen[93]. Mitgeteilt werden diejenigen „Befunddaten, die notwendig sind, um das Begutachtungsergebnis des MDK nachvollziehen zu können. Der Sachbearbeiter der Krankenkasse muß in die Lage versetzt werden, seine Leistungsentscheidung auf der Grundlage der ihm mitgeteilten Befunddaten fachlich fundiert zu treffen und gegebenenfalls schriftlich zu begründen"[94]. Auch die Prüfungsbehörde verlangt lediglich, dass ihr diejenigen Informationen über die Art der Erkrankung zur Verfügung gestellt werden, die notwendig sind, um eine eigenständige Entscheidung über die Prüfungsunfähigkeit zu treffen.

Zu Recht wird der „übergroße Daten- und Informationshunger des Staates und der Krankenkassen"[95] in der Krankenversorgung kritisch gesehen[96]. Dieses Informationsbedürfnis kollidiert mit der ärztlichen Schweigepflicht. Dadurch entstehen Gefahren für das Geheimhaltungsinteresse des Patienten, da das Arztgeheimnis durch ärztliche Offenbarungspflichten weitgehend unterlaufen wird. Wenn hier wenigstens eine ausreichende gesetzliche Grundlage[97] gefordert wird[98], so ist dies zu begrüßen. In bezug auf die durch das Naturalleistungsprinzip gekennzeichnete Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) musste der Gesetzgeber selbst eingreifen und ausdrückliche gesetzliche Regelungen unter Beachtung des Rechts des Patienten auf informationelle Selbstbestimmung[99] treffen. Hier würden bei einer Weigerung des Patienten, der Mitteilung medizinischer Informationen an den Leistungsträger zuzustimmen[100], die damit verbundenen Nachteile – die Nichtübernahme der Kosten durch die Krankenkasse – nicht dem Patienten selbst, sondern den Leistungserbringern (Arzt, Krankenhaus) zur Last fallen[101]. Die Notwendigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Bekanntgabe medizinischer Informationen im Prüfungsrecht lässt sich aus dem Recht der GKV nicht ableiten[102], da die Gründe, die im Recht der GKV dagegen sprechen, die Bekanntgabe medizinischer Informationen von der Einwilligung des Patienten abhängig zu machen[103], im Prüfungsrecht nicht vorliegen. Hier ist es ohne weiteres möglich, die Bekanntgabe derartiger Informationen von der Einwilligung des Prüflings abhängig zu machen.

Allgemein gilt der Grundsatz: Wer einen Anspruch geltend macht – sei es die Anerkennung seiner Prüfungsunfähigkeit, sei es eine Versicherungsleistung usw. –, muss die erforderlichen konkreten Angaben[104] – ggf. mit Unterstützung von Sachverständigen, sei es ein Arzt, Amtsarzt[105], Kfz-Sachverständiger usw. – machen[106]. Keine Rentenbehörde wird eine Rente wegen (voller) Erwerbsminderung bewilligen, wenn einem Bürger von einem Arzt lediglich attestiert wurde, dass der Bürger aus medizinischen Gründen „rentenberechtigt" ist[107]. Eine Ausländerbehörde wird keine Duldung erteilen[108] oder ein Abschiebehindernis wegen Krankheit bejahen[109], wenn ein Arzt lediglich attestiert hat, dass ein Ausländer aus medizinischen Gründen „duldungsberechtigt" oder „abschiebeunfähig" ist. Im Sozialrecht[110], im Beihilferecht der Beamten usw.: Die Art der Erkrankung muss offengelegt werden, um den erstrebten Vorteil zu erlangen. Hierbei wird in der Regel die Entscheidung nicht von Ärzten, sondern von Nichtmedizinern getroffen. Wird der vom Bürger erstrebte Vorteil nicht ge-

90) Nicht der Arzt, das Krankenhaus oder der MDK, sondern die Krankenkasse selbst fällt die Entscheidung, vgl. BSG v. 9. 6. 1998 (Fn. 86); *Cramer*, Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung, 1998, S. 70.

91) Die Mitteilung aller Untersuchungsergebnisse (Laborbefunde etc.) ist datenschutzwidrig. Eine Ausnahme gilt dann, wenn aus ihnen konkrete Folgerungen für die Umsetzung der Empfehlung des Gutachters zu ziehen sind „und für die Leistungsentscheidung die Kenntnis konkreter Daten gerade auch beim Krankenkassenmitarbeiter erforderlich ist", *Heberlein/Pick* (1999), in: *Maaßen* u.a., SGB V, Kommentar, § 277, Rdnr. 15.

92) D.h. die Beschreibung eines Untersuchungsergebnisses. Der Befund kulminiert in der Diagnose, *Heberlein/Pick* (wie Fn. 91).

93) Vgl. § 277 I SGB V.

94) *Cramer* (wie Fn. 90).

95) *Andreas/Debong/Brunn*, Handbuch Arztrecht in der Praxis, 2001, Rdnr. 68.

96) *Laufs* (NJW 1999, 2717 ff., 2718) kritisiert hier die Ausweitung des „öffentlich-rechtlichen Regimes der gesetzlichen Krankenkassen".

97) Vgl. hierzu BVerfG (Fn. 6), BVerfGE 65, 1 ff., 44; BVerfG (Fn. 9), NStZ 2002, 98 f., 98.

98) Vgl. auch VG des Saarlandes v. 31. 5. 2000 – 1 K 236/98 –, MedR 2001, 372 ff., 373 (wegen fehlender gesetzlicher Grundlage keine Herausgabe von Patientenunterlagen an die Ärztekammer bei Widerspruch des Patienten).

99) Vgl. oben, Fnn. 6 und 7. Zur GKV und dem Recht des Patienten auf informationelle Selbstbestimmung vgl. *Heberlein/Pick* (Fn. 91), § 277, Rdnr. 8.

100) Zum Widerspruchsrecht des Patienten im Rahmen der Begutachtung durch den MDK im Hinblick auf die Mitteilung des Befundes an die Leistungserbringer vgl. § 277 I S. 3 SGB V.

101) Der gesetzlich versicherte Patient ist deshalb verpflichtet, der Erteilung der erforderlichen Auskünfte durch Dritte zuzustimmen (§ 60 I SGB I). Andernfalls muss er die Kosten seiner Behandlung ggf. aus eigener Tasche bezahlen; zu den Voraussetzungen der Versagung von Leistungen gemäß § 66 SGB I vgl. BSG (Fn. 59), S. 263.

102) A.A. *Zimmerling* (Fn. 2), S. 636, der daraus die Notwendigkeit zu einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung in bezug auf die Bekanntgabe der Diagnose im Prüfungsrecht ableiten will.

103) Eine ausführliche Darstellung der Gründe findet sich in BSG (Fn. 59), S. 263. Danach ist der Weg über eine Einwilligung des Geheimnisträgers „jedenfalls teilweise untauglich..., die Funktionsfähigkeit des Kassenarztsystems zu gewährleisten", weil „das System der gesetzlichen Krankenversicherung selbst gefährdet wäre, wenn die Kassenzahnärzte den Krankenversicherungsträgern bzw. den von diesen beauftragten Gutachtern Auskünfte nur mit Einverständnis des Patienten erteilen dürften".

104) Zum Ausnahmefall des Arbeitnehmers vgl. oben, sub I.1. und II.3.

105) Verlangt eine Prüfungsbehörde ein amtsärztliches Zeugnis, so ist dies die gebotene Form des Nachweises, BVerwG v. 6. 8. 1996 – 6 B 17/96 –, DVBl. 1996, 1379 f., 1380 = BayVBl. 1997, 411 f., 412. Es ist allein Aufgabe des Prüflings, seine Verhinderung unverzüglich geltend zu machen, BVerwG, ebd.; VG Minden (Fn. 2), S. 233 f. Fehler des Amtsarztes sind dem Prüfling, nicht der Prüfungsbehörde anzulasten (a.A. *Zimmerling* [Fn. 2], S. 637, unter Berufung auf BGH v. 21. 6. 2001 – III ZR 34/00 –, NJW 2001, 2799 ff. = DVBl. 2001, 1609 ff. m. Anm. *Quantz*, 1613 ff.; vgl. *Zimmerling/Brehm* [Fn. 28], S. 76). Die Verantwortlichkeit für Fehler eines Beamten trifft jedenfalls im Außenverhältnis grundsätzlich diejenige Körperschaft, in deren Diensten der Beamte steht, d.h. die Behörde, die ihn angestellt hat, BGH v. 15. 1. 1987 – III ZR 17/85 –, BGHZ 99, 326 ff., 331. So hat auch die Prüfungsbehörde auf Einstellung und Tätigkeit der Amtsärzte keinerlei Einfluss. Die Entscheidung des BGH v. 21. 6. 2001 befasst sich hingegen mit dem Schadensausgleich zwischen Behörden im Innenverhältnis, wenn der betroffenen Behörde der Schaden unmittelbar und nicht erst durch Regressansprüche Dritter entstanden ist, vgl. auch *Quantz*, a.a.O.

106) Für das Prüfungsrecht vgl. VGH Bad.-Württ. v. 7. 5. 1991 (Fn. 1).

107) Zu den Anforderungen an ein Gutachten im Sozialgerichtsprozess vgl. *Stevens-Bartol*, in: *Ehlers* (Hrsg.) (Fn. 38), S. 176 ff.

108) § 55 III AuslG.

109) § 53 VI AuslG; vgl. hierzu VG des Saarlandes v. 18. 9. 2000 – 1 K 229/98.A –; VG Freiburg/Br. v. 28. 1. 2000 – A 7 K 949/98 –, u.v.

110) Vgl. hierzu OVG Berlin v. 7. 6. 1984 – 6 B 68/83 –, OVGE BE 1985, 100 ff. = ZfSH/SGB 1985, 186 ff. (Sozialhilfeanspruch eines wegen eines akuten Schubes einer Schizophrenie studier-, prüfungs- und arbeitsunfähigen Studenten).

währt – sei es wegen unzureichender Angaben, sei es aus anderen Gründen –, steht dem Bürger der Rechtsweg offen. Im Streitfall wird letztlich die Entscheidung von den – ggf. sachverständig beratenen – mit Nichtmedizinern besetzen Gerichten getroffen, denen anstelle der Ärzteschaft diese Aufgabe in unserer Rechtsordnung übertragen wurde. Wenn folglich die Rechtsordnung die „Oberhand" besitzt, so hat dies genauso wenig mit einem Misstrauen[111] gegenüber Ärzten zu tun, wie es z.B. von einem Misstrauen gegenüber Architekten zeugt, wenn die Rechtsordnung für sich in Anspruch nimmt, ordnungsgemäßes Bauen zu überwachen.

III. Ärztliche Schweigepflicht und Diagnose

Zimmerling[112] weist darauf hin, dass sich in einigen Bezirken Ärzte mit Unterstützung der zuständigen Ärztekammer weigern, Atteste für die Prüfungsbehörde mit einer Diagnose zu versehen.

Die Pflicht zur Ausstellung ärztlicher Atteste ist eine nebenvertragliche Verpflichtung aus dem Behandlungsvertrag[113]. Hierbei ist der Patient dem Arzt nicht darüber rechenschaftspflichtig, wofür er das Attest benötigt. In dem Verlangen des Patienten, das Attest auszustellen, liegt eine konkludent erklärte[114] Entbindung des Arztes[115] von der ärztlichen Schweigepflicht[116]. Hat der Arzt trotzdem Bedenken, so mag er sich durch eine schriftliche Einwilligungserklärung des Patienten absichern.

Liegt eine Einwilligung des Patienten vor, so macht sich der Arzt nicht gemäß § 203 I Nr. 1 StGB wegen der unbefugten Offenbarung eines Berufsgeheimnisses strafbar[117]. Dies könnte allenfalls dann der Fall sein, wenn – für den Arzt erkennbar – die Einwilligung des Patienten wegen Willensmängeln unwirksam ist[118], wovon bei Prüflingen nicht auszugehen ist.

Nicht zuletzt dient dies auch dem Interesse und dem Schutz der Ärzteschaft selbst: Denn ansonsten müsste der Arzt immer, wenn ihm eine Erklärung des Patienten zur Entbindung von der Schweigepflicht gegeben wird, überprüfen, ob die Rechtsordnung hier die falsche Wertung getroffen hat und die Einwilligungserklärung etwa dadurch unwirksam ist.

Allenfalls könnte aufgrund des Behandlungsvertrages eine Nebenpflicht des Arztes bestehen, den Patienten darüber aufzuklären, dass er rechtlich zur Vorlage eines Attests mit Diagnose nicht verpflichtet ist. Dies könnte z.B. dann der Fall sein, wenn der Patient für den Arzt erkennbar dem Arbeitgeber ein Attest mit Diagnose vorlegen will, weil er irrtümlich davon ausgeht, hierzu verpflichtet zu sein. Angesichts der Rechtsprechung, die von einer Verpflichtung des Prüflings zur Vorlage eines Attests unter Angabe der Art der Erkrankung gerade ausgeht, erübrigt sich dies hier.

Die Einwilligung eines Patienten in die Offenlegung ärztlicher Geheimnisse wird nicht dadurch unwirksam, weil sie auf Druck erfolgt[119]. Ein solcher Druck ist nicht nur im Prüfungsrecht, sondern für die Einwilligung in die Offenbarung ärztlicher Geheimnisse geradezu typisch. Druck übt auch die Ausländerbehörde aus, die die Abschiebeunfähigkeit eines Ausländers nicht ohne die Offenlegung der Diagnose anerkennt; die private Krankenversicherung, die eine Person nicht ohne die Entbindung von der Schweigepflicht aufnimmt oder die Krankheitskosten nicht erstattet; die Beihilfestelle, die dem Beamten ohne Angabe der Diagnose keine Beihilfe gewährt; die Krankenkasse, die ansonsten keine Kur oder Behandlung, oder die Rentenbehörde, die keine Rente wegen Erwerbsminderung bewilligt; das Gericht, das einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Körperverletzung nicht ohne Vorlage eines spezifizierten, mit konkreten Angaben versehenen Attests zuerkennt oder aus der verweigerten Beiziehung von Behandlungsunterlagen Beweisnachteile ableitet[120] usw. Es liegt in der Hand des Bürgers, ob er dem Druck nachgibt, weil ihm der erstrebte Vorteil so viel Wert ist, dass er mit der Entbindung von der Schweigepflicht einverstanden ist.

Wie nicht zuletzt die Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärungspflicht[121] zeigt, ist das Arzt/Patient-Verhältnis durch den „mündigen" Patienten gekennzeichnet. Der Bürger besitzt das Recht, „grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen er persönliche Lebenssachverhalte offenbart und welche persönlichen Daten weitergegeben und verwendet werden"[122]. Dies muss auch im Verhältnis Arzt-Patient gelten. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Verpflichtung des Arztes zur Angabe der Diagnose festgestellt, dass der einen Patienten behandelnde Arzt das Recht des Patienten auf informationelle Selbstbestimmung nicht im eigenen Namen und im eigenen Interesse geltend machen kann[123]. Dieses Recht steht nur dem Patienten selbst zu[124].

In der von *Zimmerling* erwähnten Verhaltensweise von Ärzten kommt nicht nur eine mit den Prinzipien des Arztrechts[125] unvereinbare Bevormundung des Patienten zum

111) So ist für *Zimmerling* ([Fn. 2], S. 635) nicht ersichtlich, wieso beim Ausstellen einer Prüfungsunfähigkeitsbescheinigung größeres Misstrauen gegenüber Ärzten angebracht sein sollte als bei einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.

112) *Zimmerling* (Fn. 2), S. 635.

113) Zum Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient vgl. *Laufs* (Fn. 20), Rdnr. 87.

114) Krit. hierzu *Zimmerling* (Fn. 2), S. 637.

115) Vgl. hierzu *Deutsch*, Medizinrecht, 4. Aufl. 1999, Rdnr. 381; *Rieger*, DMW 1982, 1736 ff., 1737. In OLG Karlsruhe v. 28. 10. 1993 – 3 Ws 154/93 –, MedR 1994, 155 ff., wird selbst dann eine konkludente Entbindung des ausstellenden Arztes von der Schweigepflicht angenommen, wenn ein Angeklagter zur Entschuldigung für sein Fernbleiben in der Verhandlung eine nicht näher konkretisierte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt, krit. dazu *Rehborn*, Arzt.Patient.Krankenhaus, 3. Aufl. 2000, 136.

116) Ansonsten wäre die Ärzteschaft in Anbetracht der Häufigkeit der Ausstellung von Bescheinigungen einem hohen Risiko ausgesetzt.

117) Durch eine mit dem Einverständnis des Patienten erfolgte Offenbarung ist bereits der Tatbestand des § 203 StGB ausgeschlossen, *Leuckner*, in: *Schonke/Schröder*, StGB, Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 203, Rdnr. 22. *Kühne* ([Fn. 57], S. 525) empfiehlt zwar, dass „die Staatsanwaltschaft gegen Prüfungsämter wegen Anstiftung zum Geheimnisverrat" ermittelt, ob er jedoch davon ausgeht, dass es angesichts der gegenwärtigen Rechtslage je zu einer Anklage oder gar Verurteilung kommen würde, bleibt offen.

118) Vgl. hierzu *Leuckner* (Fn. 117), § 203, Rdnr. 24.

119) So aber *Kühne* (Fn. 57), S. 525.

120) OLG Düsseldorf v. 20. 2. 1997 – 8 U 104/96 –, OLGR 1997, 192 f.

121) BGH v. 25. 4. 1989 – VI ZR 175/88 –, BGHZ 107, 222 ff., 225; BGH v. 12. 3. 1991 – VI ZR 232/90 –, NJW 1991, 2346 f.; BGH v. 14. 11. 1995 – VI ZR 359/94 –, NJW 1996, 777 ff.; weit. Nachw. bei *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, §§ 61 ff.; *Laufs* (2001), in: *Rieger* (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, Aufklärungspflicht, Rdnrn. 2 ff.

122) BVerfG v. 10. 4. 2000 (Fn. 88), S. 884.

123) So BVerfG (Fn. 88), S. 884; ebenfalls BSG v. 4. 5. 1994 – 6 RKa 37/92 –, SozR 3-2500 § 295 Nr. 1 = NZS 1995, 92 ff., 94 = ArztR 1995, 149 (Kurzwiedergabe).

124) BVerfG (Fn. 88), S. 884.

125) Zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten vgl. BVerfG v. 25. 7. 1979 – 2 BvR 878/74 –, NJW 1979, 1925 ff., 1929; BGH v. 22. 1. 1980 – VI ZR 263/78 –, NJW 1980, 1333 ff., 1334; BGH v. 14. 2. 1989 – VI ZR 65/88 –, NJW 1989, 1533 ff., ; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, 9. Aufl. 2002, Rdnr. 321; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 4. Aufl. 2001, C 11; *Gehdein*, Leitfaden zur Arzthaftpflicht, 2000, S. 123.

Ausdruck, sondern auch eine Nichtachtung der Rechtsordnung, indem selbst die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht zur Kenntnis genommen oder der eigenen juristischen Einschätzung Priorität eingeräumt wird. Es besteht deshalb für Prüfungsbehörden keine Veranlassung[126], unter den gegebenen Umständen ihre Rechte nicht wahrzunehmen[127].

126) In dem von *Zimmerling* ([Fn. 2], in dortiger Fn. 14) zitierten Fall (OVG Nordrh.-Westf. v. 18. 7. 1996 – 22 A 5464/95 –, n.v.) geht es um den Verzicht auf ein amtsärztliches Attest bei einem nachgewiesenen Krankenhausaufenthalt. Hier hätte die Behörde durch ein solches Attest keine weiterführenden Erkenntnisse gewinnen können. Dies ist bei der Angabe der Art der Erkrankung jedoch der Fall.

127) So berichtet *Zimmerling* ([Fn. 2], S. 635), dass Prüfungsämter angesichts der Weigerung von Ärzten auf die Angabe der Diagnose verzichten.

Ruth Schimmelpfeng-Schütte

Das Neugeborenen-Screening: Kein Recht auf Nichtwissen? Material für eine deutsche Gendatei?

I. Einleitung

Biobanken werden zur Zeit heftig diskutiert[1]. Die Sammlungen von Gewebe- und Blutproben, ob Organbanken, Krebsregister oder Blutbanken, sind in den Blick gerückt. Der Nationale Ethikrat hat sich des Themas angenommen und will eine Stellungnahme verabschieden. Selbst das Interesse in der Bevölkerung ist groß. So fragt der „Münchner Merkur" in seiner Ausgabe vom 28. 11. 2002 seine Leser und Leserinnen nach ihrer Meinung zur Gefahr von Datenbanken im Zusammenhang mit dem Neugeborenen-Screening[2].

Viele Probleme im Zusammenhang mit Biobanken sind juristisches Neuland. Das gilt in besonderem Maße für das Neugeborenen-Screening. Es hat noch größere gesellschaftliche Dimensionen als Krebsregister und Organbanken. Sie sind vielen Medizinern schon bekannt. Denn Anfang Oktober 2002 hat die „Akademie für Ethik in der Medizin" in der Evangelischen Akademie Tutzing eine Tagung zum Thema „Das Kind als Patient" veranstaltet. Ein Workshop war ausschließlich den juristischen und ethischen Fragen des Neugeborenen-Screenings gewidmet.

Was verstehen die Mediziner unter dem Neugeborenen-Screening? Das Neugeborenen-Screening ist eine Untersuchung zur Früherkennung bestimmter angeborener Stoffwechselerkrankungen und Endokrinopathien. Erstaunlich viele Neugeborene sind durch solche Erkrankungen in ihrer Gesundheit gefährdet. Diese Erkrankungen können zu gravierenden geistigen oder körperlichen Behinderungen und zum Kindstod führen, etwa zur Phenylketonurie, zur Galaktosämie, zur Hypothyreose. Bleibt die Phenylketonurie unbehandelt, so verursacht sie schwere geistige und motorische Entwicklungsverzögerungen. Folgen der unbehandelten Galaktosämie können der Tod im frühen Kindesalter oder geistige Behinderung sein. Unbehandelt ist die Hypothyreose Ursache von Gelbsucht, Apathie, Ernährungsproblemen und geistiger Behinderung. Die kumulative Gesamthäufigkeit dieser drei Erkrankungen beträgt ca. 1:2600 Geburten[3]. Diese und weitere Defekte haben gute Aussichten auf eine erfolgreiche Behandlung, wenn sie möglichst kurz nach der Geburt begonnen wird[4]. Demgemäß ist es von größter Bedeutung, möglichst alle Neugeborenen wenige Tage nach der Geburt zu untersuchen. Das Neugeborenen-Screening ist seit vielen Jahren fester Bestandteil der Vorsorgeuntersuchungen im Gesundheitssystem.

Für das Neugeborenen-Screening wird dem Neugeborenen in den ersten Lebenstagen eine Blutprobe aus der Ferse entnommen. Das Blut wird in mehreren Tropfen auf einen Teststreifen aus Filterpapier gegeben. Nach dem Trocknen geht die Testkarte unverzüglich an das Labor. Hier wird die Blutprobe analysiert. Auffällige Resultate müssen überprüft werden. Denn das Neugeborenen-Screening ist kein diagnostischer Test, sondern eine Untersuchung, die investigative Nachuntersuchungen erfordert[5]. Bei auffälligem Resultat muss also stets eine zusätzliche spezielle Bestätigungsdiagnostik erfolgen. Insgesamt ist der körperliche Eingriff minimal und stellt keine Belastung für das Neugeborene dar.

II. Ethisch-rechtliche Voraussetzungen des Neugeborenen-Screenings

Im Laufe der Jahre haben sich sog. Screening-Kriterien entwickelt[6]. Sie gelten grundsätzlich auch für das Neugeborenen-Screening. Voraussetzung für ein Screening ist, dass

(1.) die Krankheit nicht zu selten ist und ein relevantes Gesundheitsproblem für das betroffene Individuum und/oder die Gesellschaft darstellt,

(2.) die Krankheit durch klinische Symptome in der Neugeborenenperiode nicht zu erkennen ist,

VorsRiLSG *Ruth Schimmelpfeng-Schütte*,
Felicitas-Rose-Straße 46, D-29229 Celle

1) So etwa Süddeutsche Zeitung v. 26./27. 10. 2002, S. 10.
2) Münchner Merkur v. 28. 11. 2002, S. 3.
3) Kassenärztliche Vereinigung Bayern, Fachinformation: Modellprojekt Neugeborenen-Screening in Bayern.
4) Bayer. Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie, Frauen und Gesundheit (Hrsg.), Konzept zur Neuordnung des Neugeborenen-Screenings in Bayern, 1998, S. 1.
5) *Brand*, Screening auf genetische Erkrankungen: Pro und Contra, in: *Schwinger/Dudenhausen* (Hrsg.), Nichtdirektive humangenetische Beratung: Molekulare Medizin und Genetische Beratung, 1999, S. 36, 37.
6) *Liebl/v. Kries/Neumstiel-Ratzel/Muntau/Röschinger/Olgemöller/Zapf/Roscher*, Monatsschrift Kinderheilkunde 2001, 1326 m.w.N.