

Die „normative Kraft des Faktischen“ und ihre Auswirkung auf das Berufsbild der Altenpflege ? - ein rechtspolitisches Plädoyer für den Alterspatienten

von Lutz Barth, Juli 2004

Problemstellung

Nachstehende Zitate aus dem Lehrbuch Rechtskunde, Das Recht der Pflege alter Menschen von Th. Klie vermögen einen ersten Einstieg in die mit der obigen Fragestellung verbundenen Probleme vermitteln:

- *„Mit zunehmender Pflegebedürftigkeit der BewohnerInnen von Pflegeheimen und der Klienten in der ambulanten Pflege sehen sich Heime und ambulante Dienste mehr und mehr veranlasst, auch ärztliche Tätigkeiten von ihren Pflegekräften übernehmen zu lassen. Hierzu gehören: Injektionen, Blutentnahmen, Katheterisierung, in Einzelfällen auch Legen von Magensonden, Infusionen“¹.*
- *„Die Übernahme ärztlicher Verrichtungen durch MitarbeiterInnen von Pflegeeinrichtungen bindet Arbeitszeit von besonders qualifizierten Kräften. Notwendig ist die ausreichende Honorierung der Übernahme dieser Aufgaben durch die Krankenkassen. Auch nach der Einführung der Pflegeversicherung bleiben sie – im ambulanten Bereich – zuständig für die Finanzierung ärztlicher Leistungen, auch wenn diese auf Pflegekräfte delegiert wurden...“².*
- *Neben der Verantwortung für die ordnungsgemäße Durchführung tragen Pflegeeinrichtungen eigene Verantwortung für die Auswahl, Anleitung und Überwachung der Pflegekräfte, die die ärztlichen Maßnahmen durchführen. Wenn Pflegeeinrichtungen bereit sind, Pflegekräften ärztliche Verrichtungen zu übertragen, so übernehmen sie eine erhebliche Mitverantwortung, die aus der selbständigen Durchführung ärztlicher Verrichtungen resultiert. Anders als im Krankenhausbereich stehen Arzt und Pflegeeinrichtung i.d.R. in keinem vertraglichen Verhältnis zueinander. Der Arzt hat lediglich einen Behandlungsvertrag mit seinen Patienten. Der Arzt verfügt über keine Weisungsrechte gegenüber dem Pflegepersonal. Die Tätigkeit erfolgt zwar auf Veranlassung des Arztes, wird aber in der Durchführung selbständig und i.d.R. ohne ärztliche Mitwirkung und Beaufsichtigung durchgeführt“³.*
- *„Es ist praxisfern, zu verlangen, dass jeder behandelnde Arzt, der einen Heimbewohner/Patienten versorgt und ärztliche Verrichtungen delegiert, sich von der Fähigkeit der einzelnen Pflegekraft in der Pflegeeinrichtung überzeugt, Injektionen vorzunehmen, Katheter zu versorgen etc., ihr persönlich die Vornahme überträgt (bzw. übertragen lässt), sie instruiert und schließlich dabei stichprobenartig die Vornahme daraufhin überprüft, ob sie auch ordnungsgemäß erfolgt.“⁴*

Zur Diskussion:

Bei unkritischer Lesart dieser Zitate durch die Auszubildenden und auch der bereits examinierten Fachkräfte wird häufig der Schluss gezogen, dass allgemein hin die Delegation ärztlicher Verrichtungen auf das Pflegepersonal unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sei und dass es nurmehr darauf ankomme, zwischen der Anordnungs- resp. Verordnungs- und Durchführungsverantwortung eben der einzelnen ärztlichen Maßnahmen zu differenzieren und zwar speziell unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten. Im Altenpflegekundlichen Rechtskundeunterricht werden in aller Regel die zivilrechtlichen Haftungsfolgen dahingehend vermittelt, als dass der Arzt für die ärztlichen Verordnungen resp. Anordnungen einzustehen hat, während demgegenüber die Pflegeeinrichtung und die ausführenden Mitarbeiter für die fachgerechte Durchführung im Rahmen der ärztlichen Verordnung haften⁵.

Durch die Entscheidung des BVerfG zum Altenpflegegesetz v. 24.10.02 ist nunmehr klargestellt, dass der Altenpflegeberuf ein sonstiger „anderer Heilberuf“ ist. Das Ergebnis dieser Entscheidung mag unter dem Blickwinkel der Gesetzgebungskompetenz des Bundes begrüßt werden, wenngleich einzelne Passagen der Urteilsbegründung einer kritischen Reflexion bedürfen.

Ähnlich wie in den Rechtskundebüchern zum Altenpflegerecht geht das BVerfG davon aus, dass sich das traditionelle Berufsbild der Altenpflege in den letzten 15 Jahren, insbesondere nach der Einführung der Pflegeversicherung, verändert hat. Maßgeblich basiert diese Erkenntnis auf das Gutachten der Sachverständigen Landesberger / Görries und etlicher Stellungnahmen einzelner Berufsverbände. In der Tat hat sich die faktische Situation gerade in den stationären

¹) Thomas Klie, Rechtskunde, 6. Aufl., S. 87

²) Klie, ebenda, S. 101

³) Klie, ebenda, S. 109

⁴) Klie, ebenda, S. 109

⁵) Vgl. etwa Klie, ebenda, S. 105, 106; ebenso

Alteneinrichtungen nachhaltig verändert; der zu betreuende Bewohner ist vielmehr ein zu betreuender Alterspatient, in aller Regel gekennzeichnet durch seine Morbidität. In diesem Sinne mag es gerechtfertigt sein, wenn das BVerfG davon ausgeht, dass sich der Altenpflegeberuf deutlich von dem sozialpflegerischen Profil entfernt hat und der Bundesgesetzgeber dem Berufsbild der Altenpfleger einen klaren heilkundlichen Schwerpunkt gegeben hat, auch unter Berücksichtigung der sinnvollen „Gefahrenabwehr“ für die Bewohner. Bezug nehmend auf die Stellungnahmen der Berufsverbände war es ein besonderes Anliegen des Gesetzgebers, eben auch dem faktischen Zustand der „gefährlichen Pflege“ zu begegnen. Ohne Frage sind dies eherne Ziele des Gesetzgebers gewesen, wengleich sich dieser Weg derzeit auf der Ebene des Arzt- und Haftungsrechtes als Damoklesschwert erweisen könnte.

Besonders deutlich wird dies an der Erkenntnis des BVerfG, dass gerade die AltenpflegerInnen vielfach auf sich alleine gestellt sind und eigenverantwortlich und selbständig medizinisch relevante Entscheidungen auch in Notsituationen fällen müssen. Im ambulanten Bereich sind die AltenpflegerInnen gar völlig auf sich gestellt und müssen ad hoc entscheiden, welche medizinischen Maßnahmen zu ergreifen sind und ob sie hierzu kompetent sind oder umgehend ärztliche Hilfe holen müssen.

An diesem Punkt setzt denn auch die Kritik nicht nur an den Entscheidungsgründen des BVerfG, sondern auch an den gängigen Lehrbüchern zum Pflegerecht an.

Aufgrund der faktischen Situation in den stationären Alteneinrichtungen wird lediglich rudimentär versucht, mit der Harmonisierung der Gesundheitsfachberufe eine Lücke im medizinisch-pflegerischen Versorgungssystem zu schließen, ohne dabei das eigentliche Dilemma zu offenbaren.

Das therapeutische Privileg des Arztes und der von ihm geschuldeten „ganzheitlichen Krankenversorgung“ wird durch die Verselbständigung der pflegerischen Prozesse durchbrochen – freilich nicht ohne Folgen für das Haftungsrecht. Es mutet seltsam an, dass die Praxis und ihr folgend das BVerfG feststellt, dass AltenpflegerInnen selbständig medizinisch relevante Entscheidungen treffen müssen, obgleich der Bewohner durch einen Arzt, sei es auch durch den „Hausarzt“, medizinisch betreut wird. Der Hinweis des BVerfG, wonach auch im Bereich der ambulanten Dienste in der Regel ein nicht sehr dichter Kontakt zu den behandelnden Hausärzten besteht, gilt selbstredend auch für die stationären Alteneinrichtungen und zwar unabhängig davon, ob Konsiliarärzte in den stationären Einrichtungen tätig sind. Bei aller „normativen Kraft des Faktischen“ wird verkannt, dass der Arzt mit seinem Patienten einen privatrechtlichen Arztvertrag bei Übernahme der Behandlung abgeschlossen hat; mithin schuldet der Arzt in persona im weitesten Sinne die medizinische Behandlung, so dass es keinen Raum für eigenständige therapeutische Entscheidungen des Altenpflegepersonals geben kann. Nur der Arzt ist in Vollzug des Arztvertrages berechtigt und demzufolge verpflichtet, im Rahmen der Ausübung der ihm obliegenden Heilkunde die diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen durchzuführen. Hieran hat sich auch nach der Entscheidung des BVerfG nichts geändert. Allein die Qualifizierung des Altenpflegeberufs zum „anderen Heilberuf“ eröffnet dem Pflegepersonal keinesfalls die Möglichkeit, medizinische Maßnahmen zu ergreifen.

Fraglich kann also nur sein, ob der Arzt alle Maßnahmen im Bereich der Diagnostik und Therapie und freilich auch bei der Anamnese und Aufklärung eigenständig durchführen muss oder ob er einen Teil „seiner Tätigkeiten“ auf nachgeordnetes, nichtärztliches Personal übertragen kann. In der Tat ist dies in Grenzen bekanntermaßen möglich, wengleich gerade in stationären Alteneinrichtungen die Frage zu vertiefen sein wird, an **wen** er berechtigterweise ärztliche Aufgaben delegieren kann.

Diese Frage wird, soweit ersichtlich, in der Altenpflegeliteratur nicht thematisiert, obgleich dies von entscheidender Bedeutung ist. Bereits eingangs wurde darauf hingewiesen, dass die Literatur in aller Regel nur auf die Anordnungs- und Durchführungskompetenz verweist, ohne kritisch zu hinterfragen, ob der Arzt zur Delegation von ärztlichen Tätigkeiten auf ihm nicht zugehöriges Personal legitimiert ist und welche haftungsrechtliche Folgen daraus entstehen. Es reicht wohl nicht aus, auf die faktischen Gegebenheiten im Altenpflegebereich zu verweisen und hieraus gleichsam den Schluss ziehen zu wollen, dass dieser momentane Zustand unabänderlich sei.

In diesem Zusammenhang stehend ist es auch nicht nachvollziehbar, wenn Klie behauptet, dass es praxisfern sei, dass jeder Arzt, der einen Heimbewohner versorgt, sich von den Fähigkeiten der Pflegefachkraft überzeugt, sondern dass im Kern durch die Übernahme dieser ärztlichen Tätigkeiten der stationären Alteneinrichtung eine erhebliche Mitverantwortung übertragen wird, und zwar auch im Hinblick auf die Auswahl, Anleitung und Überwachung der Pflegekräfte, die die ärztliche Maßnahmen selbständig durchführen⁶. Unmittelbar anschließend an diese Aussage weist er allerdings darauf hin, dass sich hierzu das Heim bzw. die Sozialstation eines Arztes bedienen müssen⁷.

Es ist in Rechtsprechung und Lehre unbestritten, dass die Delegation von ärztlichen Tätigkeiten nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen erfolgen kann. Neben der formellen und materiellen Qualifikation ist es **zwingend** erforderlich, dass derjenige, der einen Teil seiner ärztlichen Aufgaben berechtigterweise delegieren darf, jedenfalls über die Anordnungsbefugnis hinaus dafür Sorge zu tragen hat, dass er das Personal auszuwählen, anzuleiten und zu überwachen hat. Diese Aufgabe selbst ist nicht der Delegation fähig, so dass Klie einem erheblichen Rechtsirrtum unterliegt, wenn er meint, der Träger haben diese Pflichten wahrzunehmen, ungeachtet dessen, dass in aller Regel in den stationären Einrichtungen kein ärztlicher Leiter eingestellt ist, der diese Organisationsaufgabe wahrnehmen könnte.

⁶) Siehe oben die Zitate aus dem Lehrbuch von Klie.

⁷) Klie, Rechtskunde, S. 109

Auf welcher Rechtsgrundlage wird also die Pflegefachkraft in der stationären Alteinrichtung, über den der Arzt in Ermangelung einer arbeitgeberseitigen Stellung nicht disponieren kann und nach Klie auch keine Weisungsrechte hat, eigentlich tätig, wenn sie medizinische Aufgaben wahrnimmt ?

Diese Frage ist gegenwärtig um so bedeutsamer, da allenthalben den (vermeintlich) knappen Ressourcen gerade auch im Bereich der Pflege das Wort geredet wird. Sofern ein Pflegenotstand besteht, liegt es doch eigentlich im berechtigten Interesse der stationären Einrichtung resp. des wirtschaftlich denkenden Unternehmers, vorhandene Ressourcen bei dem Vollzug des mit dem Bewohner abgeschlossenen Heimvertrages nicht dadurch zu verknappen, in dem es extern tätige Ärzte (geschickt) verstehen, die Pflegemitarbeiter für ihre Zwecke und Aufgaben einzubinden und, wenn die Auffassung von Klie zutreffen sollte, die Einrichtung resp. die einzelnen Mitarbeiter auch noch die Haftung für die sachgerechte Durchführung der delegierten ärztlichen Tätigkeiten übernehmen, obgleich hier der Arzt die Leistungen gegenüber seinem Leistungsträger liquidiert. Wer aber finanziert dann die vom Fachpersonal übernommenen zusätzlichen Tätigkeiten, zumal nach Klie lediglich für den ambulanten Bereich die Krankenkassen für eine auskömmliche Honorierung zuständig seien ?

Oder darf die Vermutung angestellt werden, dass die vom extern tätigen Arzt angeordneten behandlungspflegerischen Maßnahmen etwa nach dem Heimvertrag geschuldet werden, obwohl die Träger der stationären Einrichtungen und bei überwiegender Ermangelung der sog. ärztlichen Leiter in Altenpflegeeinrichtungen zur Anordnung, Anleitung und Überwachung der ärztlichen Heilkunde nicht befugt sind ? Kann diese Lücke im ärztlichen Versorgungssystem etwa dadurch geschlossen werden, dass die stationäre Einrichtung sich „eines Arztes“ bei der Wahrnehmung ihrer Organisationsverantwortung „bedient“ ?

In der Tat kann ein Kooperationsvertrag der stationären Einrichtung mit einem Arzt mit dem Ziel der Sicherstellung der entsprechenden formellen und materiellen Qualifikation als auch der fortlaufenden Anleitung und Kontrolle die beträchtlichen Haftungsrisiken mildern. Wer aber trägt dann die (zusätzlichen) Kosten, die durch den Abschluss des Kooperationsvertrages entstehen – der Träger, die Pflege- oder die Krankenkasse oder im Zweifel der Bewohner ?

Auffällig ist in der Diskussion, dass diese nicht mit aller Konsequenz geführt wird. Es entsteht der Eindruck, als dass vor der faktischen Situation in den stationären Alteinrichtungen kapituliert wird und es nur noch darum geht, im Rahmen der medizinisch-arbeitsteiligen Prozesse vor dem Hintergrund des Haftungsrechtes den bei Eintritt eines Schadens Verantwortlichen auszumachen. Besonders deutlich wird dies bei Böhme und Haß in ihrem für das Kuratorium Deutsche Altershilfe erstellte Gutachten⁸ nach der Einführung der Pflegeversicherung. Nach ihnen zeichnet sich eine Veränderung dergestalt ab, als dass das Pflegeversicherungsgesetz mit seiner positiven Bestimmung von Leistungen zu einer Haftungsverschärfung führt, was sicherlich vielen Trägern bisher noch nicht klar ist. „Dies setzt aber voraus, dass alte Menschen und Betreuer auch wirklich Prozesse führen gegen Heimeinrichtungen. Ob es dazu kommen wird, bleibt abzuwarten“⁹.

Diese abschließenden Zeilen in einem Rechtsgutachten sind insofern rabulistisch, als dass sich letztlich erst ein Haftungsrisiko bei den einzelnen Bewohnern verwirklichen muss, damit es zu einer Veränderung im Haftungsrecht kommt. Hier ist offensichtlich der Wunsch der Vater des Gedankens, weil in aller Regel die Bewohner in den stationären Einrichtungen aus nachvollziehbaren Gründen nicht klagen werden.

Überdies entledigen sich durch eine solche Lesart vom Haftungsrecht die politisch Verantwortlichen und die einzelne Akteure ihrer primären Aufgabe, dem Bewohner eine qualifizierte Pflege in einer gut strukturierten Alteinrichtung zuteil werden zu lassen. Die hier nicht zu überprüfende These der Autoren Böhme und Haß, wonach das Haftungsrecht sich immer auf ein ethisches Minimum beziehe¹⁰, darf nicht zu der Annahme verleiten, als dass dieses „Minimum“ erst dadurch Konturen gewinnt, in dem medizinische oder pflegerische Fehlleistungen durch den Bewohner in einem Gerichtsverfahren angeprangert werden. Hier wird verkannt, dass in erster Linie die Gerichte den Einzelfall judizieren und somit ein für den Bewohner obsiegendes Urteil nur die streitbefangenen Prozessparteien bindet. Die Rechtskraft einer Gerichtsentscheidung entfaltet also in aller Regel nur eine Bindungswirkung zwischen den Parteien, ohne dass hierdurch eine Initialzündung für die breite Öffentlichkeit zu erwarten wäre. Allenfalls Entscheidungen des BGH oder der Oberlandesgerichte könnten entsprechende Kurskorrekturen bewirken, wenn auch nicht zwingend. Ein Blick in die obergerichtliche Rechtsprechung verdeutlicht denn aber auch, dass „bahnbrechende Entscheidungen“ im stationären Altenpflegebereich und der hier angesprochenen medizinisch-arbeitsteiligen Prozesse ausgesprochenen Seltenheitswert besitzen, ungeachtet dessen, dass es sicherlich nicht die Aufgabe der Rechtsprechung ist, dauerhaft die defizitären Strukturen vor dem Hintergrund des vermeintlichen Pflegenotstandes und der Verknappung der Ressourcen im Gesundheitssystem zu korrigieren. Eine solche Gestaltungsmacht kommt spätestens seit Montesquie und der Lehre von der Gewaltenteilung der Gesetzgebung und damit den politisch Verantwortlichen und freilich den Betreibern / Trägern der Alteinrichtungen zu. Es dürfte dem von einem medizinischen oder pflegerischen Fehlschlag betroffenen Bewohner wohl kaum hilfreich sein, wenn sein individuelles Leid im deliktischen Haftungsrecht durch eine „billige Entschädigung in Geld“ (§ 847 BGB) abgegolten wird, zumal, wenn die eigentliche Ursache für den Nichtvermögensschaden in einem Organisationsverschulden der stationären Alteinrichtung im Zusammenwirken mit niedergelassenen Hausärzten zu erblicken.

⁸) Haftungsfragen und Pflegeversicherungsgesetz, Forum 35, Hrsg. Kuratorium Deutsche Altershilfe, 1997

⁹) Böhme/Haß, ebenda, S. 96, 97

¹⁰) Böhme/Haß, ebendort, S. 96

Bereits im römischen Privatrecht galt der Grundsatz *pacta sunt servanda*: einmal geschlossene Verträge sind zu erfüllen. Hieraus folgt freilich, dass für die Rechts- und Pflichtenstellung der Parteien sowohl des Heimvertrages als auch des Arztvertrages die zur Leistung Verpflichteten berufen sind, ihre Leistungen vertragskonform und ordnungsgemäß zu erbringen. Mit Veränderung der faktischen Situation in den stationären Alteneinrichtungen wird der Eindruck erweckt, als dass die Überschneidung der jeweils aus dem Heim- und Arztvertrag entspringenden Leistungspflichten unausweichlich sei. Dem ist mitnichten so. Es ist nicht die Aufgabe der stationären Alteneinrichtung, den ärztlichen Heilbehandlungsauftrag des Arztes organisatorisch abzusichern. Der Arzt selbst hat Sorge dafür zu treffen, dass er seinen Pflichten aus dem Arztvertrag nachkommt, so dass er im Zweifel darüber zu entscheiden hat, ob er eigenes angestelltes Personal mit den sog. medizinischen (Hilfs-)Tätigkeiten betraut. Es ist ein Irrglaube, annehmen zu wollen, dass dies praxisfern sei, nur weil es sich als bequeme Lösung in der zurückliegenden Zeit erwiesen hat. Es gilt, diesen beschrittenen Irrweg zu verlassen, zumal es auch dem historischen Willen des Gesetzgebers entsprach, dass mit dem Pflegeversicherungsgesetz keinesfalls die Behandlungspflege abgesichert werden sollte. Mit der jetzt in dem Pflegeversicherungsgesetz enthaltenen Integrationsregel über die Finanzierungszuständigkeit bis 31.12.2004 hat der Gesetzgeber eine dem SGB VI systemfremde Regelung aufgenommen, die allenfalls dazu geeignet ist, die Ohnmächtigkeit der politisch Verantwortlichen und damit des Gesetzgebers vor den sich verschärfenden gesundheitsökonomischen Bedingungen zu dokumentieren.

Sicherlich wird zur Kenntnis zu nehmen sein, dass die „traditionelle Altenpflege“ sich mit der Veränderung der Bewohner und damit auch der Struktur der stationären Alteneinrichtung von dem angestammten Bereich ihrer Alterssoziologie sukzessive verabschiedet und dieser Prozess noch kein Ende gefunden hat. Rechtspolitisch kann hieraus m.E. nach nur der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber endlich seine „Hausaufgaben“ macht, um dem Wandel der Altenpflege sachgerecht zu begegnen zu können. Gesundheits- und alterspolitische Defizite der politisch Verantwortlichen können nicht durch das Haftungsrecht oder in der Spitze durch das Strafrecht kompensiert werden und sicherlich auch nicht durch die Harmonisierungstendenzen der Alten- und Krankenpflegeberufe zu einem einheitlichen Berufsbild der Gesundheitsfachberufe.

Von daher begegnet auch die immer mal wieder geführte Diskussion vom Einfluss verminderter Ressourcen und von den vermeintlichen Finanzierungsgrenzen des Gesundheitssystems eine gewisse Renaissance¹¹. Es entsteht der Eindruck, als dass sich in dieser Diskussion insbesondere Arztrechtler dazu berufen fühlen, gleichsam vor dem Hintergrund gesundheitsökonomischer „Zwänge“ auch immer wieder den an sich untauglichen Versuch zu unternehmen, das Arzthaftungsrecht bei dieser „Gelegenheit“ zu novellieren. Bisweilen werden insbesondere die Zivilgerichte mit gut gemeinten Ratschlägen seitens der Autoren ermahnt, dass es wohl heute herrschender Lehre entspricht, dass auch das **Haftungsrecht unter dem Wirtschaftlichkeitsgebot** steht und deshalb ärztliche Entscheidungsspielräume für Diagnostik und Therapie anerkannt werden müssen.

„Auch die Gerichte werden die Tatsache berücksichtigen müssen, dass zur Wahrung von Leben und Gesundheit als den höchsten Rechtsgütern Grenzen der wirtschaftlichen Rationalität gesetzt sind. Bei den Zivilgerichten muß sich die Einsicht durchsetzen, dass der Arzt oder ein Krankenhausträger nur dort verantwortlich gemacht werden können, wo sie selbst Einfluß auf die Mittelverteilung und –verwendung haben....Die Gerichte müssen also im Rahmen der Haftpflicht lernen, in den Begriff des medizinischen Standards auch die durch das Budget gesetzten Grenzen einzubeziehen. Die Rechtsprechung wird einige übertriebene rechtliche Anforderungen an die Ärzte, vor allem im Aufklärungs- und Dokumentationsbereich, zurückzunehmen haben. Rationierung kann auch darin bestehen, dass übertriebene Verwaltungsanforderungen an Ärzte abgebaut und diese wieder ihrer eigentlichen Aufgabe zugeführt werden“¹².

So verwundert es ebenfalls nicht, dass manche Autoren an Platon erinnern, der bereits gefordert hat, chronisch Kranke nicht zu behandeln, da sie für den Staat eine Belastung seien. Freilich ermahnen die Autoren die Leserschaft umgehend, dass die Frage der Rationierung der Medizin nach dem Lebensalter in Anbetracht der Erfahrungen aus der Vergangenheit nicht mehr diskutiert werden sollen, insbesondere mit Blick auf „die Freigabe lebensunwerten Lebens“¹³. Ohne hier allerdings den Autoren nahe treten oder gar als schulmeisterisch erscheinen zu wollen, stellt sich gleichwohl die Frage, weshalb dann hieran zu erinnern ist. Das unrühmliche Kapitel der deutschen Geschichte und – mit Verlaub der deutschen Justiz - mit seinen pervertierten Begründungsversuchen sollte für immer geschlossen bleiben, da dieses Kapitel weder unter verfassungsrechtlichen geschweige denn ethischen Aspekten betrachtet eine Diskussion erfordert. Interessanter ist vielmehr der Versuch, gleichsam erzieherisch auf die gesamte Zivilgerichtsbarkeit einwirken zu wollen. Wenn die Zivilgerichte „lernen müssen“, bedeutet dies zuvörderst wohl, vermeintliche Fehlentwicklungen der Judikatur im Arzthaftungsrecht korrigieren zu wollen. Auch diese Gerichtsschelte ist keineswegs neu oder gar Folge gesundheitsökonomischer Zwänge. Die Justizschelte gilt freilich auch im Strafrecht. Selbst im Rahmen von sog. Buchbesprechungen lassen Autoren nicht die Möglichkeit aus, hiergegen vehement Klage zu führen: Beredtes Beispiel hierfür ist die Buchbesprechung von Rigizahn über Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, wo Rigizahn gleich einfürend meint, dass das Buch von Ulsenheimer in

¹¹) Vgl. etwa Fuchs, Kostendämpfung und ärztlicher Standard – Verantwortlichkeit und Prinzipien der Ressourcenverteilung, in MedR 1993, S. 323 ff.; Steffen, Kostendämpfung und ärztlicher Standard – Anforderungen des Haftungsrechts, in MedR 1993, S. 338 ff.; Kramer, Ärztlicher Standard unter den Gesichtspunkten Ressourcenverteilung, Wirtschaftlichkeitsgebot und Haftung, in MedR 1993, S. 345 ff.; Steffen, Einfluß verminderter Ressourcen und von Finanzierungsgrenzen aus dem Gesundheitsstrukturgesetz auf die Arzthaftung, in MedR 1995, S. 190 ff.; Uhlenbruck, Rechtliche Grenzen einer Rationierung in der Medizin, in MedR 1995, S. 427 ff.; Ulsenheimer, Qualitätssicherung und risk-management im Spannungsverhältnis zwischen Kostendruck und medizinischem Standard, in MedR 1995, S. 438 ff.

¹²) So Uhlenbruck, ebenda, in MedR 1995, S. 435

¹³) Uhlenbruck, ebenda, mit Verweis auf die Publikation von Hoche und Binding unter dem Titel „Die Freigabe lebensunwerten Lebens“ aus dem Jahre 1913.

Zeiten, in denen das Arztstrafrecht angesichts des Verfolgungseifers vieler Staatsanwaltschaften eine hässliche Blüte erlebt, auf besonderes Interesse stößt¹⁴.

Es nimmt nicht wunder, dass Arzthaftungsprozesse in den letzten Jahren erheblich zugenommen haben, da offensichtlich ein Großteil der Bevölkerung aufgrund der allgemein feststellbaren Tendenz eines Autoritätsverlustes in unserer Gesellschaft keine Scheu mehr davor haben, die sog. „Götter in Weiß“ in die haftungsrechtlich bedeutsamen Schranken zu weisen. Es gibt keinen rechtsfreien Raum für die Ärzteschaft (und damit der Pflegenden), mag es auch an einem Arztrecht in Form eines Gesetzes ermangeln. Der Arzt bewegt sich bei der Ausübung seiner Tätigkeit in den **allgemein gültigen Normen** des Zivil- und des Strafrechtes, und zwar unabhängig davon, dass sich die Ärzteschaft selbst über ihr eigenes Berufsrecht und etwa durch die Richtlinien der Bundesärztekammer in weiten Teilen ihrer Berufsausübung (rechtlichen) Bindungen unterworfen hat¹⁵. Gesundheitsökonomische Zwänge als Richtschnur für ein „ethisches Minimum“ im Haftungsrecht anlegen zu wollen, würde in der Konsequenz bedeuten, bei möglicher „Insolvenz“ der Leistungsträger und der zu befürchtenden Phantasielosigkeit der politisch Verantwortlichen die straf- und zivilrechtliche Verantwortung des Arztes gleichsam auf Null zu reduzieren. Die stereotype Erwähnung sowohl mancher Politiker als auch Juristen, dass die „Antwort auf eine Budgetierung und Deckelung niemals in einer Verminderung der ärztlichen Sorgfaltsmaßstäbe (Standards) bestehen kann, die die höchstrichterliche Rechtsprechung im Interesse der Patienten aufgestellt und konkretisiert hat“¹⁶, beruhigt keinesfalls. Für einen kritischen Beobachter der Diskussion um die gesundheitsökonomischen Zwänge gerade mit Blick auf die Rechtsstellung eines Alterspatienten ist dieses Selbstbekenntnis der Juristen und Politiker ohne Belang, da es gerade nach dem Willen mancher Autoren darum geht, „Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht“ und die „hässlichen Blüten im Arztstrafrecht“ durch die Gerichte zu korrigieren. Wenn also die Rechtsprechungsorgane tendenziell „dazu lernen“, kann nach dem erklärten Willen der Lehrmeister das Lernziel und damit das Ergebnis nur darin bestehen, dass in letzter Instanz der Bundesgerichtshof die Möglichkeit eröffnet bekommt, ärztliche Standards zurückzunehmen. Der Weg hierfür wird denn auch erstaunlicherweise von manchen Autoren gleich vorgezeichnet: „Solange sich die ärztlichen Gutachter in Haftungsprozessen aus dem Bereich der universitären Spitzenmedizin rekrutieren, werden die Gerichte kaum Möglichkeiten haben, Standards zurückzunehmen“¹⁷.

Es liegt dann freilich nahe, dass die Gerichte nach Auffassung mancher Autoren zu verinnerlichen haben, dass „ärztlicher Auftrag und zivilrechtlicher Haftungsmaßstab...bestimmt und begrenzt werden nicht nur durch die Befindlichkeit der Patienten, sondern auch die Befindlichkeit der Gesellschaft, in die Patient und Arzt eingebunden sind“¹⁸. „Beide hängen auch ab von den verfügbaren Ressourcen und davon, wie viel und mit welchen Präferenzen die Gesellschaft für ihre medizinische Versorgung auszugeben bereit ist. Allgemeine Grenzen der Finanzierbarkeit unter dem Postulat der Beitragsstabilität ebenso wie allgemeine Grenzen der Ressourcen werden, wo sie die ärztliche Behandlungsaufgabe beschränken, auch an den zivilrechtlichen Haftungsmaßstab weitergeben“¹⁹.

Dass derartige Argumentationsstränge der Autoren zwangsläufig u.a. in das folgende Plädoyer münden, ist dann nur allzu konsequent und nicht sonderlich verwunderlich:

„Um nicht missverstanden zu werden: Der Sorgfaltsmaßstab, der von einem Arzt verlangt werden muß, soll nicht herabgesetzt werden. Vielmehr geht es nur darum, den Standard den jeweiligen Gegebenheiten und finanziellen Möglichkeiten anzupassen und den Ärzten die Angst vor einer Nichteinhaltung der klinischen Standards zu nehmen. Wenn auch eine Rationierung durch Leistungsausgrenzung nach Lebensalter mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist, bleibt doch festzustellen, dass teilweise bei alten, polymorbiden Patienten ein kaum zu rechtfertigender Aufwand betrieben wird, nur um einen natürlichen Sterbeprozess unnütz zu verlängern – und ohne dabei eine diesen Aufwand rechtfertigende Lebensqualität zu erreichen“²⁰

Bedeutsam ist, dass die Diskussion um die Verknappung der Ressourcen freilich auch nicht vor der Pflege halt machen wird, obgleich diese bereits dadurch unter Zugzwang gesetzt worden ist, in dem im Rahmen des SGB XI behandlungspflegerischen Tätigkeiten zu erbringen und demzufolge finanziell abgegolten sind. Mit der zunehmenden Professionalisierung der Pflegeberufe und damit der Emanzipation von dem ärztlich therapeutischen Privileg kommt daher der fachverantwortlichen Pflegefachkraft im Zweifel eine weitere Rolle zu: Die grund- und behandlungspflegerische Maßnahmen und deren Standard an die vorhandenen finanziellen Ressourcen des Budgets anzupassen. Die „Hausanwälte“ wären dann gleichfalls aufgerufen, den Pflegemitarbeitern ihre Angst vor einer Nichteinhaltung der Standards zu nehmen.

Mag für den Leser (insbesondere einem Juristen aus Forschung und Lehre) so manche Passage in diesem Beitrag als provozierend erscheinen, hat der Autor sein eigentliches Ziel erreicht.

Es soll nicht gelehrt werden, dass gesundheitsökonomische Zwänge bestehen und weitere Kostenexplosionen zu befürchten anstehen. Vielmehr soll zum weiteren Nachdenken angeregt werden und ein Blick in den jährlichen Bericht des Bundesrechnungshof und der Landesrechnungshöfe zeigt denn auch überdeutlich, dass es durchaus „Quellen“ gibt, aus

¹⁴) Siehe Rigizahn, in NJW 1999, S. 840

¹⁵) Vgl. hierzu etwa: Taupitz, Rechtliche Bindungen des Arztes: Erscheinungsweisen, Funktionen, Sanktionen, in NJW 1986, S. 2851

¹⁶) So Uhlenbruck, in MedR 1995, S. 434

¹⁷) Uhlenbruck, ebenda, S. 435

¹⁸) Steffen, aaO., in MedR 1995, S. 190

¹⁹) Steffen, ebenda, S. 190

²⁰) Uhlenbruck, in MedR 1995, S. 436

denen reichhaltig geschöpft werden kann, um das Gesundheitssystem (und nicht nur dieses) zu finanzieren. Einer stationären Alteneinrichtung wäre in der Tat (wirtschaftlich) geholfen, wenn nicht ab und an immer wieder mal die Diskussion um die Pflegehilfsmittel (z.B. Inkontinenzartikel) entfacht werden würde, sondern das Ernährungs- und Umweltministerium des Bundes den Betrag von rund 25.000€ für ein vorausgeschicktes und wieder zurück beordertes Flugobjekt ohne Fluggäste direkt an einen Fond für Alteneinrichtungen ausgezahlt hätten.

Es bedarf an dieser Stelle keiner weiteren Zahlen, die das gigantische Missmanagement der politisch Verantwortlichen offenbaren, da dies mittlerweile zum Allgemeinwissen gehören dürfte.

Mag auch die durch Juristen geführte Diskussion über die Grenzen der noch finanzierbaren Behandlungsmöglichkeiten und damit den Standards gerechtfertigt sein, so verbietet sich allerdings derzeit der Rekurs auf die Belange nicht nur der Alterspatienten, solange nicht andere Möglichkeiten der Ressourcengewinnung gerade auf politischer Seite ausgelotet werden.

Der altehrwürdige Grundsatz „Iudex non calculat“ darf auch im Jahre 2004 nicht dem gesundheitsökonomischen Zwang geopfert werden, weil dadurch gleichsam den politisch Verantwortlichen die Möglichkeit eröffnet wird, sehr phantasievoll auf der Klaviatur der Rechtsnormen spielen zu können, um so eigene Unzulänglichkeiten bei ihrer Ausgabep Praxis mit dem Mantel der „normativen Kraft des Faktischen“ im Gesundheitssystem zu überdecken. Die ambulanten und stationären Alteneinrichtungen wären dankbar, wenn etwa die Einnahmeausfälle nebst möglicher Schadensersatzansprüche für das Maut-System durch den amtierenden Verkehrsminister ebenfalls in den o.a. Fond eingezahlt werden.

.....
Anmerkung der Schriftleitung:

Bitte teilen Sie uns Ihre Meinung zu dem Thema mit.