

## Nachlese zum Jura Fair Congress in Hamburg, 2009

v. Lutz Barth

Die „Tore“ des Jura Fair Congresses sind geschlossen – die Veranstaltungen „überstanden“ und es bleibt nachzufragen, wo vielleicht noch Baustellen eröffnet sind, die der Fertigstellung bedürfen.

Die Vortragsthemen des Jura Fair Congresses können weitgehend als Impulsreferate bezeichnet werden, sind doch mit ihnen gewichtigen Fragen aufgeworfen, die nach wie vor zur Diskussion stehen und letztlich der Rechtswissenschaft und anderen Professionen zur näheren Aufarbeitung überantwortet werden müssen.

Dies gilt m.E. nach insbesondere für das Grundsatzreferat des Kieler Rechtswissenschaftlers G. Igl mit dem Thema „Zu den Voraussetzungen und Anforderungen an die weitere rechtliche Regulierung der Pflegeberufe und ihrer Tätigkeit“, aber auch für das Referat von Robert Roßbruch „Zur Übertragung ärztlicher Aufgaben auf die Pflege aus haftungs-, versicherungs-, arbeits- und berufsrechtlicher Sicht“.

In beiden Referaten kommt dem Pflege-Weiterentwicklungsgesetz insofern eine besondere Bedeutung zu, als dass mit diesem Gesetz der Weg in die Neuordnung der Gesundheitsfachberufe geebnet werden soll, mag auch das Referat von Igl eher den öffentlich-rechtlichen Aspekt thematisiert haben, während demgegenüber R. Roßbruch seinen Schwerpunkt im Privatrecht gelegt hat.

Beide Referenten scheinen davon überzeugt zu sein, dass der Zeitpunkt gekommen ist, sich von den ehemaligen Debatten über die „Delegation“ von ärztlichen Aufgaben auf die Gesundheitsberufe zu verabschieden und von daher liegt mehr oder minder deutlich ausgesprochen den beiden Referaten die Kernthese zugrunde, dass eine **Substitution ärztlicher Aufgaben nicht nur möglich, sondern im Zweifel gar erforderlich ist.**

Es ist also an der Zeit, den berufspolitischen Diskurs mit seinen Querelen zu beenden und sich auf das zu konzentrieren, was eigentlich nunmehr Folge muss: die entsprechende Gewichtung und damit Wertung der vorgetragenen Argumente.

Gerhard Igl hat diesbezüglich mit seiner öffentlich-rechtlichen Betrachtung in seinem Rechtsgutachten für den DPR „Weitere öffentlich-rechtliche Regulierung der Pflegeberufe und ihrer Tätigkeit - Voraussetzungen und Anforderungen“ (2008) gleichsam die neue Diskussionsrunde eröffnet und einige Pflegerechtswissenschaftler schicken sich nunmehr an, über ihre ersten Einschätzungen hinaus die mit der Neuordnung der Gesundheitsfachberufe verbundenen und vor allem auch tief greifenden Fragen offensiv aufzuarbeiten.

Dies ist nachhaltig zu begrüßen, sind doch letztlich mit der Neuordnung der Gesundheitsfachberufe Rechtsfragen aufgeworfen, die derzeit aus meiner Sicht als noch nicht befriedigend gelöst betrachtet werden können.

Für eine weitere intensive Diskussion dürfte im Übrigen auch der Umstand sprechen, dass mit der Neuordnung der Gesundheitsberufe und damit mit der Übertragung genuin ärztlicher Auf-

gaben auf das Pflegepersonal den Pflegenden zumindest die Möglichkeit eröffnet werden sollte, auch über die damit einhergehenden Risiken nachzudenken.

Die These Igl, wonach die bisherige Diskussion um die „Delegation“ resp. über die Frage von „Vorbehaltsaufgaben“ gleichsam kopflastig zu Unrecht von der Haftungsfrage dominiert wurde, vermag ich einstweilen nicht zu teilen und zwar insbesondere unter der Annahme, dass mit der Neuordnung der Gesundheitsberufe eminent bedeutsame „Systementscheidungen“ getroffen werden und scheinbar das Haftungsrecht resp. ganz allgemein das Zivilrecht in die Defensivrolle entweder durch das Berufsrecht oder das Sozialversicherungsrecht gedrängt wird. Dieser Befund darf gegenwärtig insofern als „vorläufig“ bezeichnet werden, weil das Haftungsrecht nicht stets den berufsrechtlichen oder etwa sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben Folge zu leisten hätte, so dass im Haftungsrecht eine differenzierte Betrachtungsweise angezeigt ist.

Nehmen wir zunächst die Thesen Igl unkommentiert zur Kenntnis und neigen ggf. auch der Rechtsauffassung von R. Roßbruch zu, dass es nunmehr um die Substitution ärztlicher Aufgaben auf das Pflegepersonal geht, dann wäre m.E. ein höchst unspektakulärer haftungsrechtlicher Befund zu ziehen: das Pflegepersonal (mal abgesehen von der notwendigen Differenzierung in den einzelnen Versorgungssektoren) wird mit einem Pflichtengefüge versehen, für das es selbstverständlich in vollem Umfang verantwortlich zeichnet und demzufolge auch „voll zu haften“ hätte.

Die „hierarchischen Beziehungen“ werden aufgelöst, so dass sich die beteiligten Berufsgruppen im Rahmen der ihnen zustehenden Aufgaben im Rahmen der Anamnese, Diagnostik, Indikation und Therapie auf „gleicher Augenhöhe“ mit einem partiell identischen Haftungssystem begegnen. Dass dies nicht ohne Konsequenzen für die Haftungszuweisungsnormen und ggf. für die zivilrechtlichen deliktischen Haftungstatbestände bleiben wird, steht zumindest zu vermuten an, auch wenn ganz allgemein davon ausgegangen werden kann, dass die Tendenz zur Konzentration der Haftung auf den „Träger“ unübersehbar geworden ist.

Der Hinweis darauf, dass ggf. diese spezifischen neuen Risiken, die aus der Neuordnung der Gesundheitsberufe mit einem neuen Aufgabenspektrum folgen, im Zweifel versichert werden sollten, ist ohne Frage sinnvoll, entpflichtet uns aber nicht davon, exakt die Unwägbarkeiten als haftungs- und im Übrigen auch strafrechtlich bedeutsame Risiken auszuweisen, zumal derzeit noch nicht ausgemacht ist, ob die Versicherungen ein derart hohes Risiko (z.B. im Rahmen eines Modellvorhabens) ohne Weiteres versichern werden. Die höchst problematische These von dem Pflegerechtler Böhme – wir mögen uns hier daran erinnern –, wonach gleichsam „alles erlaubt sei, was gesetzlich nicht verboten ist“ dürfte nach der beabsichtigten Neuordnung der Gesundheitsberufe an Brisanz verloren haben, ist doch mit § 63 c SGB V (Modell-Vorhaben) exklusiv eine Möglichkeit geschaffen worden, ein Stückweit die Delegation resp. die Substitution auf eine halbwegs tragfähige Rechtsgrundlage zu stellen.

Mit der Neuordnung der Gesundheitsberufe betreten wir als im wahrsten Sinne des Wortes „Neuland“ und da könnte es dann auch Sinn machen, bereits im Vorfeld – also gleichsam präventiv – die haftungsrechtlichen Fragen mit einzubeziehen, da es nicht ausgeschlossen ist, dass gerade unter Risikogesichtspunkten für den Patienten betrachtet haftungsrechtlich ein ungleich höherer Sorgfaltsmaßstab bei der Substitution ärztlicher Aufgaben einschließlich der damit verbundenen Organisationspflichten eingefordert werden muss!

Ob dann letztlich im Rahmen der „Prozessoptimierung“ des Behandlungsgeschehens auch tatsächlich positive Effekte erzielt werden, steht insofern kritisch zu würdigen an, weil gerade im Vorfeld der beabsichtigten Optimierung ungleich höhere Anforderungen an eine praxis-

taugliche Umsetzung einer Modellklausel gestellt werden müssen, so dass im Zweifel sich erste Optimierungserfolge erst mittel- oder gar langfristig einstellen dürften, mal ganz abgesehen davon, dass im Zweifel die Evaluation des „Modellversuchs“ auch zum Ergebnis führen kann, dass die Pflege mit ihrem emanzipatorischen Anspruch nach dem Motto „wir können das“ gescheitert ist.

Insofern war das Referat von Dominik Roßbruch „Prozessoptimierung durch Delegation“ auch für den Juristen durchaus zielführend, sind doch auch unter dem Blickwinkel einer rein (gesundheits)ökonomischen Analyse die Optimierungserfolge einer bisherigen Delegation von genuin ärztlichen Aufgaben auf das Pflegepersonal durchaus mit einem Fragezeichen zu versehen; könnte es da nicht auch Sinn machen, in der Folge die Substitution genuin ärztlicher Aufgaben einer kritischen Analyse zu unterziehen, zumal es auch dem Recht nicht ganz fremd ist, sich einer „ökonomischen Analyse“ zu stellen?

Es kann wohl nicht ausgeschlossen werden, dass - wie bisher auch im Rahmen einer verstärkten Konzentration delegationsfähiger resp. –würdiger Aufgaben beim Pflegepersonal – es zu einer Verlagerung bisher genuin pflegerischer Tätigkeiten auf Pflegeassistenzen kommen wird – eine Verlagerung, die für sich genommen ein weiteres bedeutsames Haftungsrisiko darstellt und durchaus auch mit den Fragen der Organisationsverantwortung zu verknüpfen sind, die letztlich derzeit noch beim Träger verortet ist. Vorbehaltlich der Klärung der Frage, ob es bei der „Übertragung“ pflegerischer Aufgaben von der Pflege zur Pflegeassistentz „nur“ um eine Delegation oder ebenfalls um eine Substitution handelt, wird jedenfalls hier zu bedenken gegeben, dass die mit dieser doppelstufigen Neuordnung der Gesundheitsberufe verbundenen Risiken nicht dadurch gemildert werden, in dem wir eher unspezifisch auf die „Durchführungsverantwortung“ der konkret Handelnden verweisen. Dies deshalb nicht, weil die Pflegedienstleitung (alternativ dazu ggf. auch die Stationsleitung) in die Rolle einer Organisationsverantwortlichen hineinwächst und im Zweifel künftig die Anordnungsbefugnis auch für die ihr übertragenden resp. substituierten genuin ärztlicher Aufgaben wahrzunehmen, konkret auszuüben und selbstverständlich auch die Folgen hierfür zu tragen hat. Das bisherige tradierte und vielfach kritisierte Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Arzt und Pflegenden wird auf die „Pfleger-Pflegeassistentz-Beziehung“ übertragen und damit wird m.E. eine Neuauflage der alten Debatte um die Grenzenfragen einer zulässigen Delegation nur in einem neuen Gewande mit neuen „Personen“ stattfinden (müssen)!

War es nur Zufall, dass Robert Roßbruch an ganz entscheidender Stelle seines Referats von „paramedizinischen“ Tätigkeiten bzw. Aufgabenfeldern in der Pflege gesprochen hat?

Zuzugeben ist, dass er diesen Begriff im Rahmen seiner rechtsvergleichenden Betrachtung der unterschiedlichen formellen und materiellen Anforderungsprofile der verschiedenen Pflegequalifikationen hat fallenlassen und dennoch regt sich bei mir zumindest ein gewisses Unbehagen, wenn dieser Begriff fällt, weist er doch auf ein ganz prinzipielles Problem hin, dass unmittelbar mit den Einstellungen der Pflegenden, aber auch der Ärzte zu ihrem jeweiligen Beruf zusammenhängt. Ist vielleicht die „Aufgabenverlagerung“ einer gewissen Frustration geschuldet, in der offen zutage tritt, dass die konkret (geschuldete) berufliche Tätigkeit nicht oder nicht mehr dem eigentlichen Berufswunsch entspricht und so die eigene Vorstellung über den Beruf als Illusion enttarnt worden ist?

Ich hätte an dieser Stelle durchaus Verständnis für den aufbrausenden Unmut der Leser, wenn es da nicht gewisse Studien gäbe, die diesen Schluss nahe legen.

Könnte es da nicht in der aufgeregten Debatte um die Neuordnung der Gesundheitsberufe zunächst einmal Sinn machen, die Betonung auf „Ordnung“ zu legen?!

In mir reift die Überlegung immer mehr zur Gewissheit, dass die unmittelbar handelnden Personen gleichsam ihre „Bodenhaftung“ dergestalt verloren haben, dass der Arzt sich eigentlich zu Tätigkeiten berufen fühlt, die er derzeit aufgrund des „Drucks“ (im Zweifel von allen Seiten) nicht ausschließlich und adäquat ausüben in der Lage ist und die Pflegenden – speziell im Krankenhaussektor – sich doch eher in der Rolle eines Arztes bzw. einer Ärztin sehen, um scheinbar „höherwertige Tätigkeiten“ wahrzunehmen. Macht es da nicht auch Sinn, sich nicht in die „Niederungen der bodenständigen Pflege“ begeben zu wollen und diese Tätigkeiten auf das Pflegeassistentenpersonal zu delegieren, während demgegenüber der Patient sich weder als „Patient“, geschweige denn als „Kunde“ sieht, sondern schlicht als „Ware“?

Dass der Patient, um den es ja im Übrigen vordergründig gehen soll, ebenso gefrustet ist, steht nach einschlägigen Untersuchungen nicht zu bezweifeln an und nehmen wir aktuellen Untersuchungen hinzu, wird vielleicht die „Arbeitsunzufriedenheit“ der Berufsgruppen in einem anderen, möglichen Lichte zu beurteilen sein.

Wissend um den diesseits erhobenen „Vorwurf“ stellt sich aber nun für den Juristen durchaus die Frage, ob er diesen – sicherlich in Teilen nachvollziehbaren – Frustrationen indirekt gleichfalls „erliegen“ soll, in dem er ein an sich ausdifferenziertes Haftungssystem ad acta legt, weil derzeit mit aller Macht Verlagerungsprozesse stattfinden sollen, die in paramedizinische Behandlungsweisen münden und eigentlich die Professionen daran zu „erinnern“ sind, aus welchen Motiven heraus sie ihren Beruf ergriffen haben?

Keine Frage – es wäre sehr reizvoll, die hier angesprochene Untersuchung mit einem identischen Design aus dem Jahre 1984 rund 25 Jahre später erneut durchzuführen, um feststellen zu können, ob ich mit meiner „Annahme“ – die nicht mehr, aber auch nicht weniger ein unbestimmtes Unbehagen zum Ausdruck bringen soll – nicht völlig neben der Sache liege.

Da ich dieses „Bauchgefühl“ derzeit nicht weiter mit harten Fakten unterlegen kann, bin ich an dieser Stelle dazu verpflichtet, aber auch gerne bereit, mich bei Ihnen als Leser als die unmittelbaren Adressaten meiner Nachlese zum Jura Fair Congress zu entschuldigen, wenn und soweit Sie sich unmittelbar in der Berufsehre gekränkt fühlen.

In der Sache selbst sollte es uns aber nachdenklich stimmen, dass auch ein anderes Referatsthema auf dem Jura Fair Congress, namentlich das Referat von Heinrich Grieb „Dauerproblem Abgrenzung häusliche Pflege und Krankenpflege - Auswirkungen des GKV-WSG“, uns mit Abgrenzungsfragen von „Tätigkeiten“ (Behandlungspflege vs. Pflege) konfrontiert hat, die immer noch nicht als gelöst betrachtet werden müssen. Die systemwidrige Finanzierung der medizinische Behandlungspflege im Anwendungsbereich der Pflegeversicherung hat Begehrlichkeiten wach werden lassen, künftig auch die „systemfremden Aufgaben“ als Pflichtaufgaben etwa des Altenpflegepersonals auszuweisen, obgleich doch z.B. die Altenpflege mit ihrem sozialpflegerischen Profil – im Übrigen deutlich auch in den bisherigen Ausbildungsgesetzen zum Ausdruck gekommen – angetreten ist, um sich ganz bewusst von ihrem „Schwesternberuf“ der Krankenpflege abgrenzen zu können. Dass hierbei prominente Pflegerechtswissenschaftler den Weg zu den scheinbaren „Pflichtaufgaben“ der Altenpflege geebnet haben, dürfte ebenso unbestritten sein wie wohl auch die Tatsache, dass jedenfalls mit Blick auf die einzelnen Versorgungssektoren eine nachhaltige Diskussion einzufordern ist, wenn und soweit nunmehr eine „Neuordnung“ des pflegerischen Dienstes auch in einer Alteneinrichtung ansteht.

Dass mit dem Thema „Neuordnung der Gesundheitsberufe“ gewichtige und derzeit wohl auch noch ungelöste Fragen aufgeworfen sind, dokumentierte u.a. das Impulsreferat von R. Roßbruch, der – ohne seine bisherige stringente Auffassung hierzu zu leugnen – gleichsam den Hinweis erteilt hat, im Zweifel sich um einen „Versicherungsschutz“ für die berufliche Tätigkeit zu bemühen. In diesem Zusammenhang stehend darf an die Diskussion aus den letzten beiden Jahren erinnert werden, wo zumindest diesseits das Argument (ebenfalls von Böhme stammend), „sichert euch durch eine Haftpflichtversicherung ab“ als fragwürdig enttarnt wurde, da die Übertragung resp. Substitution ärztlicher Tätigkeiten fundamentale Rechtsfolgen nach sich ziehen. Insofern kommt der Versicherbarkeit eines typischen Berufsrisikos jedenfalls nicht die Aufgabe zu, eine zunächst rechtsdogmatisch zu führende Diskussion ad absurdum führen zu wollen.

Nach diesseitiger Einschätzung stehen also ganz zentrale Fragen zur Beantwortung an, mal ganz davon abgesehen, ob die „Pflegernden“ dies auch tatsächlich so wollen oder ob hier nicht der „Wunsch der Vater des Gedankens ist“, der überwiegend durch Berufsverbände vorgetragen wird und sich mittlerweile in das „Ohr des Gesetzgebers eingeschlichen hat“.

Da nimmt sich die Frage nach der Verkammerung der Pflegeberufe durchaus bescheidener aus, sind doch derzeit keine zwingenden Gründe ersichtlich, warum eine solche Kammer überhaupt institutionalisiert werden soll. Hier scheint den Verbänden die durchaus bedeutsamen Unterschiede zwischen „Berufspolitik“ und dem, was in letzter Konsequenz mit einer Pflegekammer in Gestalt einer Körperschaft öffentlichen Rechts zu verbinden ist, nicht immer hinreichend klar zu sein.

In jedem Falle sollte in der Debatte um die Verkammerung der Pflegeberufe – wenn sie denn so sehnlich gewünscht wird - berücksichtigt werden, dass mit der Neuordnung der Gesundheitsfachberufe es vielleicht eher angebracht sein könnte, dass Kammerwesen für das Gesundheitswesen insgesamt neu zu strukturieren, um so gleichsam die möglichen Synergieeffekte auch einer künftigen gemeinsamen Kammerarbeit zwischen Ärzten und Pflegenden zu nutzen. Wenn die beteiligten Akteure sich schon in der rein praktischen Tätigkeit auf „gleicher Augenhöhe“ befinden, so spricht einiges dafür, dass dies auch in eine gemeinsame „Kammerarbeit“ mündet, mit der die Kooperation zwischen diesen Berufsgruppen nachhaltig dokumentiert wird.

Wir dürfen also gespannt sein, wo der nunmehr beschrittene Weg der Pflege letztlich enden wird. Aus rechtlicher Perspektive heraus betrachtet muss allerdings deutlich werden, dass die Diskussion noch am Anfang steht und zwar insbesondere mit Blick darauf, wie die mit der Substitution verbundenen Rechtsfolgen für die einzelnen Pflegefachkräfte in den verschiedenen Versorgungssektoren ausgelotet werden.

Lutz Barth, 27.02.09

© IQB 2009

>>> [Impressum/Haftungsausschluss](#) <<<

Für Anregungen und Kritik ist der Verfasser verbunden.

>>> E-mail: [webmaster@iqb-info.de](mailto:webmaster@iqb-info.de)

>>> home: Zur Webpräsenz: <http://www.iqb-info.de/>