

Ist wirklich alles erlaubt, was nicht ausdrücklich verboten ist?

Das EDITORIAL von Robert Roßbruch, in PflR 07/2008, S. 305 ff.

Pflegerechter Roßbruch nimmt „Fahrt auf“ und übt deutliche Kritik an seinem Kollegen Böhme

Ist wirklich alles erlaubt, was nicht ausdrücklich verboten ist?



Mit freundlicher Genehmigung des Verlags Wolters und Kluwer Deutschland GmbH



Vorbemerkung v. Lutz Barth

Es war nur eine Frage der Zeit, dass der von dem Pflegerechter Böhme auserkorene „Lieblingsfeind“ Robert Roßbruch nun deutliche Worte gefunden hat, um die Frage zu beantworten, ob „wirklich alles erlaubt sei, was nicht ausdrücklich verboten ist“.

Die „Standardaussage“ von Böhme erfordert eine Klarstellung: Denn sie ist nicht nur populistisch und juristisch falsch, sondern darüber hinaus auch brandgefährlich, so R. Roßbruch in seinem aktuellen Editorial (in PflR 07/2008, S. 305). In der Tat kann ich mich hier der Kritik des Kollegen Roßbruch nur anschließen, befördert doch letztlich die vermeintlich professionelle Expertise die laienhafte Vorstellung von Recht aus der Perspektive der Pflegemitarbeiter und mancher Pflegedirektoren. Von einem „Standard“ sind wir also weit entfernt!

Hierbei steht außer Frage, dass man/frau durchaus eine differenzierte Rechtsauffassung vertreten kann und dass hier selbstverständlich auch Judikate der Gerichte der Kritik zugänglich sind und gelegentlich auch sein müssen. Weshalb nun aber ein Pflegerechter meint, eine Richterschelte besonderer Art ausüben zu müssen, in dem er diese als „Richter-Ayatollahs“ verunglimpft (so Roßbruch), ist in der Tat mehr als bedenklich, offenbart doch diese „Kritik“ eine gewisse Ignoranz gegenüber anderen Rechtsmeinungen. Zumindest darf und muss vorausgesetzt werden, dass eine „Urteilsschelte“ fundiert erfolgt und im Übrigen

hierbei die fachlichen Gepflogenheiten gewahrt bleiben. Hierzu zählt ohne Frage auch ein Literaturstudium und ggf. die Auseinandersetzung mit abweichenden Rechtsmeinungen, so dass insbesondere der Adressatenkreis der Veröffentlichungen – hier die Pflegekräfte – in den Stand versetzt wird, ggf. auch andere Meinungen zu fachspezifischen Rechtsproblemen zur Kenntnis nehmen zu können. Im Pflegerecht sind wir weit davon entfernt, eine lex Böhme zu „rezeptieren“, zumal es in erster Linie darauf ankommt, ein Stückweit zur dringend gebotenen Rechtssicherheit der Pflegekräfte sowohl in ambulanten als auch stationären Pflegediensten und Einrichtungen zu leisten.

Da muss es Sorge bereiten, wenn jemand mit „pseudowissenschaftlichen Sprüchen“ aufwartet und damit dürfte Robert Roßbruch durchaus Recht haben. Die unkritische Übernahme der verkündeten Pflegerechtspositionen könnte nämlich dazu führen, dass den Pflegekräften ein einschneidendes und haftungsrechtlich bedeutsames Ereignis „ereilt“. Der Vortrag im Gerichtssaal, „aber Herr Böhme hat doch gesagt und geschrieben“, dürfte jedenfalls den Richter insoweit unbeeindruckt lassen, als dass er sich selbst ein Bild von der Rechtslage machen wird – getreu dem Grundsatz: Reich mir die Fakten und ich zeige Dir das Recht!

Nachfolgend können Sie das Editorial des Kollegen Roßbruch im Original lesen.

Lutz Barth (19.08.08)



Robert Roßbruch

■ Ist wirklich alles erlaubt, was nicht ausdrücklich verboten ist?

Seit Jahren, zuletzt auf dem JuraHealth Congress in Leipzig, versucht der allseits bekannte Jurist Böhme mit der Aussage »Es ist alles erlaubt, was nicht ausdrücklich verboten ist« jede Art der Übertragung ärztlicher Tätigkeiten zu rechtfertigen. Was ist von einer solchen Aussage zu halten? Nun, diese Aussage ist nicht nur **populistisch**, weil sie gezielt das unter Entscheidungs- und Handlungsdruck stehende Pflegemanagement mit scheinbar einfachen Lösungen bedient, sie ist darüber hinaus auch juristisch falsch und brandgefährlich.

Juristisch falsch, weil selbstverständlich auch nichtverbotenes Verhalten zu rechtlichen Konsequenzen führen kann, wie dies der jüngst vom Bundesarbeitsgericht entschiedene Fall¹ zeigt. Dort hat das Bundesarbeitsgericht die Kündigung eines Arbeitnehmers bestätigt, weil dieser am Arbeitsplatz den Internet-Zugang zu privaten Zwecken genutzt hat. Die zentrale Begründung der Entscheidung lautet: dass das private Surfen am Arbeitsplatz auch dann zu einer Kündigung führen kann, wenn die private Nutzung **nicht ausdrücklich** vom Arbeitgeber **verboten** worden ist. Das Aufführen weiterer Beispiele würde den Rahmen des Editorials sprengen, daher lasse ich es bei diesem eindeutigen und eingängigen Beispiel bewenden. Beiläufig sei nur erwähnt, dass jeder Jurastudent im ersten Semester lernt, dass der in Rede stehende, von Böhme immer wieder kolportierte Satz falsch ist. Es verwundert daher nicht, dass die Böhme'sche Auffassung von allen auf dem JuraHealth Congress anwesenden renommierten Medizin- und Pflege-rechtlern als juristisch unhaltbar und verantwortungslos kritisiert worden ist.

Die Aussage Böhmes ist aber für die in Rede stehende Rechtsfrage der Übertragung ärztlicher Tätigkeiten auf Pflegefachpersonal schon deshalb falsch, weil es im pflegerechtlichen Diskurs zum einen nie um die Frage eines wie auch immer gear-

teten »Verbotes« gegangen ist, sondern immer nur um die Frage: »Wie kann neben der zu gewährleistenden Bewohner-/ Patientensicherheit durch klare, eindeutige rechtliche Regelungen auch rechtssicheres Handeln seitens der Pflege gewährleistet werden?« Zum anderen negiert Böhme mit seiner in Rede stehenden Aussage schlicht die allseits bekannte Tatsache, dass nach deutschem Recht die Ausübung der Heilkunde grundsätzlich den Ärzten vorbehalten ist. Diese vom Bundesverfassungsgericht als verfassungsgemäß bestätigte Rechtslage² steht auch in Einklang mit europäischem Recht. Der Arztvorbehalt verbietet es indes nicht, dass bestimmte ärztliche Tätigkeiten in einem gewissen Umfang im Rahmen der Substitution auf anderes, nichtärztliches Personal, insbesondere auf die Pflegeberufe übertragen werden kann. Gerade diese Rechtslage ist es, die den Spannungsbogen und den Diskurs zur Frage der Übertragung ärztlicher Tätigkeiten auf das Pflegefachpersonal beschreibt und die einer alle zufriedenstellenden rechtlich sauberen Lösung zum Wohle der Patienten/Heim-bewohner zugeführt werden muss.

Die entscheidende Frage, die es daher nach wie vor zu beantworten gilt, besteht somit darin, die Aufgaben ärztlichen und pflegerischen Handelns, insbesondere im Hinblick auf die Steigerung der Versorgungsqualität so konkret und eindeutig wie möglich zu bestimmen. Der sinnvollste Weg dorthin scheint mir der zu sein, entsprechende Regelungen in den einschlägigen Berufsgesetzen zu implementieren³, so wie es beispielsweise die Österreicher in ihrem Gesundheits- und Krankenpflegegesetz praktiziert haben. Seit es dort zu einer gesetzlichen Konkretisierung der Substitution bestimmter, ehemals ärztlicher Tätigkeiten, gekommen ist, gibt es im Hinblick auf die Aufgabenverteilung zwischen den beiden entscheidenden Berufsgruppen im Ge-

1 BAG, Urt. v. 31.05.2007 – 2 AZR 200/06.

2 BVerfG, Beschl. v. 10.05.1988 – 1 BvR 111/77.

3 Siehe meine Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz – PfwG) vom 18.01.2008.

sundheitswesen kaum noch standes- und machtpolitisch motivierte Spannungen. Beide Berufsgruppen können sich somit auf das gemeinsame Ziel einer guten medizinisch-pflegerischen Versorgung ihrer Patienten/Heimbewohner konzentrieren.

Brandgefährlich ist die in Rede stehende Aussage, weil sie sowohl den Führungskräften in der Pflege als auch den am Patienten/Heimbewohner arbeitenden Pflegefachkräften suggeriert, dass die Übertragung ärztlicher Tätigkeiten und deren Durchführung rechtlich völlig unproblematisch sei. Wer sich allerdings die zugegebenermaßen etwas mühevollen Arbeit macht, die der Auffassung von Böhme entgegenstehende Rechtsprechung heranzuziehen⁴, der wird schnell feststellen, dass die forensische Wirklichkeit eine andere ist, als das Böhme'sche Pflegerechtsuniversum zu suggerieren versucht. Der oben skizzierte Widerspruch fällt natürlich auch Nichtjuristen auf und deshalb nutzt Böhme jede sich ihm bietende Gelegenheit, die seiner These widersprechende Rechtsprechung in sehr pauschaler Art und Weise in Bausch und Bogen zu verdammern und Richterscheit zu betreiben, indem er diese polemisch als »Richter-Ayatollahs« verunglimpft.

Selbstredend kann man eine unterschiedliche Rechtsauffassung in einzelnen Fragen haben und selbstverständlich gibt es Urteile, die eine kritische Würdigung erfahren müssen. Doch sollte man

dies in rechtsdogmatisch sauberer, fundierter und differenzierter Art und Weise tun. Jedenfalls ist es der Sache dienlicher, sich sachlich und wenn nötig auch kritisch mit der einschlägigen Rechtsprechung und den von Böhme als »Richter-Ayatollahs« verunglimpften Richtern auseinanderzusetzen, als dass man Pflegefachkräfte in das arbeits-, versicherungs- und haftungsrechtliche Messer hineinlaufen lässt, weil sie den populistischen und pseudowissenschaftlichen Sprüchen des Pflegerechts-Ayatollahs von Mössingen aufgefressen sind.

Ihr



Robert Roßbruch

Hinweis in eigener Sache:

Lieber Leser, liebe Leserin, mit diesem Heft (siehe Seite 357) erhalten Sie exklusiv im Rahmen Ihres Abonnements das **aktualisierte Archiv der Zeitschrift PflegeRecht als CD-ROM**. Die CD enthält die Jahrgänge 1997 – 2007. In dem Bestreben die Qualität des von Ihnen abonnierten Produkts weiter zu verbessern, sind Ihnen Verlagsredaktion und Herausgeber für weitere Verbesserungsvorschläge sehr dankbar.

⁴ Vgl. u. a. LG Waddshut-Tiengen, Urt. v. 23.03.2004 – 2 Ns 13 Js 1059/99; SG Speyer Urt. v. 27.07.2005 – S 3 P 122/03; LSG Sachsen, Urt. v. 16.11.2007 – L 4 P 2359/04; BGH, Urt. v. 30.11.1982 – VI ZR 77/81 und Urt. v. 15.06.1993 – VI ZR 175/92; bis auf die beiden letzten Entscheidungen alle in der hiesigen Fachzeitschrift veröffentlicht.