

Albrecht Wienke · Christian Dierks
Herausgeber

Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin

Der Arzt am Beginn des 21. Jahrhunderts
25 Jahre DGMR

MedR

Schriftenreihe Medizinrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Andreas Spickhoff, Regensburg

This page intentionally left blank

Albrecht Wienke · Christian Dierks (Hrsg.)

Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin

Der Arzt am Beginn des 21. Jahrhunderts

25 Jahre DGMR

Dr. Albrecht Wienke
Bonner Straße 323
50968 Köln
AWienke@Kanzlei-WBK.de

Prof. Dr. Christian Dierks
Walter-Benjamin-Platz 6
10629 Berlin
dierks@db-law.de

ISBN 978-3-540-77848-6

e-ISBN 978-3-540-77849-3

DOI 10.1007/978-3-540-77849-3

MedR Schriftenreihe Medizinrecht

ISSN 1431-1151

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Springer-Verlag Berlin Heidelberg

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Einbandgestaltung: WMXDesign GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem Papier

9 8 7 6 5 4 3 2 1

springer.com

Vorwort

Auf Einladung von Prof. Dr. med. Toni Graf-Baumann, damals noch Mitarbeiter des Springer-Verlages, traf sich am 16. September 1982 im Haus des Springer-Verlages in Heidelberg eine Gruppe von acht medizinrechtlich interessierten Medizern und Juristen. Man war sich rasch einig, eine wissenschaftliche medizinrechtliche Gesellschaft zu gründen. Zweck der Gesellschaft sollte die Förderung wissenschaftlicher Belange auf dem Gebiet des Medizinrechts sowie die Vertiefung der interdisziplinären Beziehungen zwischen Recht und Medizin mit dem Ziel eines besseren gegenseitigen Verständnisses sein. Bei der Geburtsstunde der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR) e.V., die in diesen Tagen ihr 25-jähriges Bestehen feiern kann, wirkten namhafte Persönlichkeiten mit, die auch heute noch die medizinrechtliche Wissenschaft prägen: Prof. Dr. med. Graf-Baumann, Prof. Dr. jur. Hirsch, Prof. Dr. jur. Kern, Prof. Dr. jur. Laufs, Dr. jur. Lippert, Prof. Dr. med. Opperbecke, Prof. Dr. med. Spann und Prof. Dr. jur. Weissauer.

In einer Vielzahl von Veranstaltungen hat sich die DGMR seit dieser Zeit immer wieder mit aktuellen Themen im Grenzbereich zwischen Medizin und Recht befasst. Die „Einbecker-Empfehlungen“ der DGMR sind dabei zu einem Markenzeichen geworden und haben die medizinrechtlichen Diskussionen gleichermaßen befördert und beeinflusst wie die ärztliche Praxis und die Gesetzgebung. Der Fortschritt der Medizin bringt es dabei mit sich, dass auch die rechtlichen Fragestellungen einem steten Wandel unterliegen und den erweiterten Möglichkeiten der Medizin und den Veränderungen des Medizinbetriebs anzupassen sind. Schon der 1. Einbecker Workshop setzte sich 1986 mit den Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen auseinander. Rechtsfragen der Organtransplantation (3. Einbecker Workshop 1988) und das Thema des 10. Einbecker Workshops zu genetischen Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht im Jahre 2002 orientierten sich an den erweiterten Behandlungsoptionen der Medizin. Aber auch gesundheitspolitisch umstrittene Fragen zur Ökonomisierung der Medizin im Jahre 2003 und zum Doping im Jahre 2006 beschäftigten die DGMR. Bei den Workshops und Tagungen stand stets der interdisziplinäre Diskurs zwischen Medizinern und Rechtswissenschaftlern im Vordergrund, um dem Zweck der Gesellschaft, nämlich einem besseren gegenseitigen Verständnis, zu dienen.

Nach 25 Jahren war es für die DGMR nun an der Zeit, ein Resümee zu ziehen und einen Ausblick nach vorn zu tun. Die Jahrtausendwende gab dazu den zusätzlichen Anlass, die Stellung des Arztes und seine Berufs- und Therapiefreiheit im Medizinbetrieb von heute und morgen näher zu hinterfragen:

Noch zu den Zeiten von Hippokrates von Kos (460–370 v. Chr.) waren die technischen Möglichkeiten der Medizin sehr begrenzt. Die Hippokratiker betrieben daher keine diagnostische Medizin, sondern eine prognostisch orientierte Heilkunde, die vor allem auf der korrekten Deutung körperlicher Zustände basierte. Dabei hatte ihr Handeln stets das Ziel, jeglichen Schaden von ihren Patienten abzuwenden. So konnte es in vielen Fällen klüger sein, nichts zu tun und damit zusätzlichen Schaden zu vermeiden, als durch eine falsche Behandlung die Krankheit womöglich zu verschlimmern.

In der modernen Medizin schreiten die Verrechtlichung, Ökonomisierung und Fernsteuerung der ärztlichen Tätigkeit in Klinik und Praxis mit zunehmender Geschwindigkeit voran. Zuletzt hat die Gesundheitspolitik mit dem Vertragsarztrechtsänderungsgesetz und dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz dem ärztlichen Handeln neue Maßstäbe gesetzt. Die ärztliche Berufsausübung steht vor neuen großen Herausforderungen und tiefgreifenden Strukturveränderungen, von denen kaum einer der Beteiligten in der Gesundheitsversorgung heute sagen kann, welche spezifischen Konsequenzen sich daraus für die Ärzte in Klinik und Praxis, aber auch für die Patienten und Versicherten ergeben werden.

Nach Auffassung des Präsidenten der Bundesärztekammer sehen sich die Ärzte in Klinik und Praxis heute einer Zentralverwaltungswirtschaft der Kassen, einer Marktberreinigung des Kliniksektors, der Errichtung einer unterstaatlichen Rationierungsbehörde und einer Zerstörung der ärztlichen Freiberuflichkeit gegenüber. Mit dem Beginn des 21. Jahrhunderts werden Politik und Gesellschaft in Deutschland entscheiden müssen, ob sie die Gesundheitsversorgung zukünftig in die Hände einer von staatlicher Steuerung und Zuteilung geprägten Medizin oder – wie bisher – in die Verantwortung der behandelnden Ärzte und der ihnen anvertrauten Patienten legen wollen.

Aus Anlass ihres 25-jährigen Bestehens hat sich die Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR) e.V. diesen Fragestellungen angenommen und hat gemeinsam mit der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen (KFS) die aktuellen strukturellen und rechtlichen Veränderungen im Medizinbetrieb einer juristischen Neubewertung unterworfen.

Ausgewiesene Referenten aus Medizin, Rechtswissenschaft, Politik, Rechtsprechung und Anwaltschaft haben die derzeitige Situation der Ärzte in Klinik und Praxis beleuchtet und Perspektiven der zukünftigen ärztlichen Berufsausübung diskutiert. Die DGMR hat zudem auf Grundlage der Referate und der Diskussionsergebnisse Empfehlungen für die medizinische und rechtliche Wissenschaft und Praxis erarbeitet.

Köln im November 2007

Rechtsanwalt Dr. jur. Albrecht Wienke
Generalsekretär der DGMR e.V.

Inhaltsverzeichnis

25 Jahre DGMR – Medizinrecht gestern, heute und morgen	1
<i>Toni Graf-Baumann, Felix Meyer</i>	
25 Jahre DGMR – Medizinrecht gestern, heute und morgen	9
<i>Bernd-Rüdiger Kern</i>	
Die ärztliche Therapiefreiheit in rechtlichen, wirtschaftlichen und strukturellen Grenzen aus der Sicht des Krankenhausarztes.....	17
<i>Albrecht Encke</i>	
Juristische Bewertung des Status quo: Stärkung der Autonomie oder Verlust der Freiberuflichkeit?	29
<i>Winfried Kluth</i>	
Der Vertragsarzt als Amtsträger?	49
<i>Rainer Erlinger</i>	
Medizininformatische Innovationen – Chancen und Risiken für die ärztliche Tätigkeit.....	57
<i>Peter Haas</i>	
Die Berufs- und Therapiefreiheit im 21. Jahrhundert Einwirkungen der Gesundheitsgesetzgebung.....	77
<i>Ruth Schimmelpfeng-Schütte</i>	
Droht der Verlust der Freiberuflichkeit des Arztes?.....	87
<i>Karsten Vilmar</i>	
Der Arzt als Dienstleister in der Gesundheitsversorgung im Krankenhaus – gestern, heute, morgen	95
<i>Dirk Eßer</i>	

Der Arzt als Dienstleister in der Gesundheitsversorgung	103
<i>Felix Cornelius</i>	
Einschränkungen des Arztvorbehalts	113
<i>Albrecht Wienke</i>	
Zukunftsperspektive Regulierungsrecht?	
Der Arzt zwischen Heilberuf und Dienstleistung	123
<i>Stephan Rixen</i>	
Sorgfaltspflichten bei veränderten Standards	137
<i>Christiane Simmler</i>	
Der Arzt am Beginn des 21. Jahrhunderts Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin	149
<i>Einbecker-Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR) e.V.</i>	

Autorenverzeichnis

Dr. Ing. Felix Cornelius
POLIKUM Gruppe
Leipziger Platz 8
10117 Berlin

Prof. Dr. med. Albrecht Encke
Em. Direktor der Klinik für Allgemein- und Gefäßchirurgie der
Johann Wolfgang Goethe-Universität
Theodor-Stern-Kai 7
60590 Frankfurt am Main

Dr. med. Dr. jur. Rainer Erlinger
Rechtsanwalt
Kastanienallee 83
10435 Berlin

Prof. Dr. med. Dirk Eßer
HNO-Klinik
Helios-Klinikum Erfurt GmbH
Nordhäuser Straße 74
99089 Erfurt

Prof. Dr. med. Toni Graf-Baumann
Schillerstr. 14
79331 Teningen

Prof. Dr. Peter Haas
Fachhochschule Dortmund
FB Informatik – Raum B.1.09
Emil-Figge-Straße 42, 44227 Dortmund

Prof. Dr. Bernd-Rüdiger Kern
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Rechtsgeschichte und Arztrecht
Juristenfakultät der Universität Leipzig
Burgstraße 27
04109 Leipzig

Prof. Dr. jur. Winfried Kluth
Juristische Fakultät
Martin-Luther-Universität Halle – Wittenberg
Universitätsplatz 10a
06099 Halle

Dr. jur. Felix Meyer
Vorsitzender Richter am OLG i.R.
Klettenbergstr. 29
60322 Frankfurt (Main)

Prof. Dr. Stephan Rixen
Universität Kassel - FB 04 -
Arnold-Bode-Straße 10
34109 Kassel

Ruth Schimmelpfeng-Schütte
Vorsitzende Richterin am LSG Niedersachsen-Bremen
Georg-Wilhelm-Straße 1
29223 Celle

Dr. Christiane Simmler
Richterin am Landgericht Berlin
Vogelkirsching 35
15827 Blankenfelde

Prof. Dr. Dr. h.c. Karsten Vilmar
Ehrenpräsident der Bundesärztekammer
Herbert-Lewin-Platz 1
10623 Berlin

Dr. jur. Albrecht Wienke
Fachanwalt für Medizinrecht
Generalsekretär der DGMR e.V.
Wienke & Becker – Köln
Bonner Str. 323
50968 Köln

25 Jahre DGMR – Medizinrecht gestern, heute und morgen

Toni Graf-Baumann
Felix Meyer

Meine lieben älteren und jüngeren Freunde aus der DGMR, die ich hiermit alle sehr herzlich begrüße, haben mir ja freundlicherweise das Thema „25 Jahre DGMR – Medizinrecht gestern, heute und morgen“ überantwortet, zusammen mit Herrn Kern, der sicherlich die rechtliche Würdigung übernehmen wird.

Nun hat die Landesärztekammer (LÄK) Hessen von kurzem ihr 50-jähriges Jubiläum gefeiert.

Neben vielen bedeutenden Repräsentanten der Politik und Ärzteschaft hat auch der ehemalige Präsident der LÄK Hessen, Dr. Alfred Möhrle, der – für ihn völlig überraschend – die Plakette der Bundesärztekammer für sein außerordentliches Engagement für den ärztlichen Berufsstand erhielt und den wir als DGMR ja auch schon als Referenten bei einem unserer Workshops hatten, in seinem anschließenden Vortrag einen Bogen von den Nachkriegsjahren bis zur Gegenwart gezogen und damit einen Überblick über die Fülle von Gesetzen und Reformvorhaben gegeben, mit denen die Politik seit Mitte der 70er Jahre, also ungefähr der Gründungszeit der DGMR, immer wieder versucht hat, die Kosten im Gesundheitswesen zu senken.

Angefangen hat es mit dem Kostendämpfungsgesetz 1977, das eine engere Verzahnung von ambulanter und stationärer Versorgung anstrebte – das erste einer Reihe von rund 50 Gesetzen mit über 700 Einzelbestimmungen.

Er unterstrich, dass mit dem 2003 in Kraft getretenen „Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung“, das u. a. die Praxisgebühr von 10,00 Euro und eine Erhöhung der sonstigen Zuzahlungen für die Patienten brachte, noch keineswegs das Ende des strukturellen Wandels im Gesundheitswesen erreicht sei. Ärzte und Patienten seien gleichermaßen von den Veränderungen betroffen, wobei *der Arzt zum Manager im Gesundheitswesen und zum Verwaltungsbeamten für Gesundheitsgesetze geworden sei*.

Dabei wäre gerade jetzt zur Nutzung der modernen Behandlungsverfahren *eine intensive interdisziplinäre und sektorübergreifende Zusammenarbeit aller am Patienten Tätigen erforderlich*.

Für den Fortbestand unseres weltweit als leistungsfähig anerkannten Systems der gesundheitlichen Versorgung brauchen wir Ärzte, keine Manager!

Soweit zur grundsätzlichen Situation.

Lassen Sie mich jetzt in aller gebotenen zeitlichen und fachlichen Kürze auf ein zentrales Thema eingehen, dass wir Ärzte zumindest teilweise selbst mitzuverantworten haben, das aber eine geradezu klassische Entwicklung im Bereich zwischen Medizin und Recht (und Politik) darstellt.

Es geht um die Frage

Leitlinien am Ende – am Ende Leitlinien?

Die anderen Themen, die uns zuletzt 2005 und 2006 aktuell beschäftigt haben, wie

- Berufsrecht
- Werberecht
- Arzthaftungsrecht inkl. Behandlungsfehler, Aufklärungsfehler
- Umgang mit Patientendaten/ärztliche Schweigepflicht

werden auf diesem Symposium von berufeneren Referenten dargelegt.

Zurück zu den Leitlinien:

Der 96. Deutsche Ärztetag hat 1993 zum Thema „Qualitätssicherung ärztlicher Berufsausübung“ Empfehlungen an die Landesärztekammern beschlossen, nach denen eine neue Arbeitsgemeinschaft unter Heranziehung wissenschaftlicher Experten nach dem Konsensus-Prinzip „eine Zusammenschau diagnostischer und therapeutischer Leitlinien“ durchführen sollte.

Wörtlich:

„Solche in Konsensus-Konferenzen stattfindenden Diskussionen sollen herausarbeiten, was nach dem aktuellen Stand des Wissens als tragfähige Grundlage ärztlichen Handelns angesehen werden kann und welche Fragen und Bereiche sich einer ausreichend zuverlässigen Antwort noch entziehen. Diese Zusammenschau hinreichend gesicherten Wissens und noch offener Fragen stellt die Grundlage dar für diagnostische und therapeutische Leitlinien, ohne die ein ärztliches Bemühen um Qualitätssicherung und Qualitätsverbesserung nicht denkbar ist. In diesem Zusammenhang weist der Deutsche Ärztetag darauf hin, dass *solche Leitlinien niemals einer schematischen Medizin Vorschub leisten dürfen*. Leitlinien motivieren stattdessen den behandelnden Arzt, die Gründe für ein Abweichen des Vorgehens beim einzelnen Patienten genauer zu hinterfragen.“

Zur gleichen Zeit arbeitete der vom damaligen Gesundheitsminister Seehofer damit beauftragte Sachverständigenrat für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen an einem Sondergutachten über die Weiterentwicklung der sozialen Krankenversicherung über das Jahr 2000 hinaus, mit dem künftige „Gesundheitsreformen“ im Hinblick auf die bereits eingetretene Ressourcenknappheit vorbereitet werden sollten. Dieser Sachstandsbericht 1994 [1], der im Januar 1994 veröffentlicht wurde, griff die oben erwähnten Empfehlungen auf und führte zu verschiedenen Folgeaktivitäten, u. a. veranlassten sie die AWMF zu einer Umfrage

bei deren Mitglied-Fachgesellschaften, um Auskunft zu erhalten u. a. über von jenen empfohlene diagnostische Konsensus-Richtlinien, standardisierte therapeutische Verfahren, über gesicherte epidemiologische Informationen und heute noch regelmäßig praktizierte Verfahren der Diagnostik und Therapie, die aus damaliger wissenschaftlicher Sicht obsolet seien [2].

Es ging also 1994 nicht darum, Handlungsempfehlungen, Standards, Leitlinien, Richtlinien (die Nomenklatur war nicht einheitlich) erst zu schaffen. Es gab sie schon seit Jahrzehnten seitens der Bundesärztekammer und der KBV. Diese Handreichungen sollten vielmehr auf ein wissenschaftlich beeinflusstes höheres Niveau gebracht werden, „rationaler“ werden.

Etwa 1995 begannen die Fachgesellschaften mit der Produktion solcher „Leitlinien“, von denen 1997 etwa 320, 1999 bereits 990, im Jahr 2002 schließlich 1001 existierten, die zum Teil in sich und untereinander widersprüchlich waren, was zu lebhaften Diskussionen in der Ärzteschaft und zu detaillierter Kritik an der Qualität solcher Leitlinien führte. Methodisch bot es sich an, zunächst einmal den Begriff „Leitlinien“ zu definieren und dann Maßstäbe zu entwickeln, mit denen die Qualität des so festgelegten Inhalts einer Leitlinie gemessen werden sollte.

Aus der Erfahrung der eigenen Fächer, für die ich zuständig bin, kann ich nur mit Bedauern feststellen, dass wir inzwischen fünf verschiedene Leitlinien zur Prävention, Diagnostik, Differentialdiagnostik und Therapie von Rückenschmerzen haben, wobei der wesentliche Streitpunkt der Begriff „unspezifische Rückenschmerzen“ ist, was immer man darunter verstehen mag.

Eine „Ärztliche Zentralstelle Qualitätssicherung“ (ÄZQ) wurde geschaffen.

Geschaffen wurden ferner Instrumente wie ein Leitlinienmanual [3], Leitlinien-/Clearingverfahren und schließlich gab im Oktober 2002 der Europarat eine Empfehlung zur Entwicklung einer Methodik für die Ausarbeitung von Leitlinien für optimale medizinische Praxis [4], die wiederum Anlass für eine Neufassung eines deutschen Instruments zur methodischen Leitlinienbewertung (DELBI) 2005/2006 war [5].

Soweit die zeitliche Abfolge.

Kommen wir zu den Zielen einer Leitlinie und stellen an den Anfang die Definition [6]:

„Leitlinien sind definiert als systematisch entwickelte Entscheidungshilfen über die angemessene ärztliche Vorgehensweise bei speziellen gesundheitlichen Problemen. Sie sind Orientierungshilfe im Sinne von „Handlungs- und Entscheidungskorridoren“, von denen in begründeten Fällen abgewichen werden kann oder sogar abgewichen werden muss“!

Leitlinien haben dabei die Aufgabe, das umfangreiche Wissen (wissenschaftliche Evidenz und Praxiserfahrung) zu speziellen Versorgungsproblemen zu werten, gegensätzliche Standpunkte zu klären und unter Abwägung von Nutzen und Schaden das derzeitige Vorgehen der Wahl zu definieren, wobei als relevante Zielgrößen (sogenannte Outcomes) nicht nur Morbidität und Mortalität, sondern – man beachte – auch Patientenzufriedenheit und Lebensqualität zu berücksichtigen sind.

Das Schlüsselwort ist die „wissenschaftliche Evidenz“. Es weist auf den methodischen Ansatz hin, nämlich die „Evidence-based-Medicine“ (EbM), die – mit Ursprung in Kanada, dann Platz greifend im angloamerikanischen Raum – wissenschaftliche Evidenz bloßer Intuition vorzog. Zusammen mit Konsensusfindung suchte sie für die ärztliche Praxis eine mehr rationale, auf die jeweils „beste externe Evidenz“ aus kontrollierten Studien gestützte Basis.

Wie mühevoll der Weg ist, diese hehren Ziele mit hiesigen gesundheitspolitischen Wunschvorstellungen – nämlich Kosten einzusparen – und der Realität des ärztlichen Alltags in Einklang zu bringen – ganz zu schweigen von der bis dato existierenden, vor allem haftungs- und kassenarztrechtlichen Rechtsprechung – dies aufzuzeigen, ist das Verdienst von Prof. Dr. D. Hart und seiner Mitarbeiter im Institut für Gesundheits- und Medizinrecht der Universität Bremen. Ihr von der Volkswagenstiftung gefördertes Forschungsprojekt zum Thema „Ärztliche Leitlinien“ liegt nun in einem Abschlussbericht mit dem Titel „Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht“ seit September 2005 vor [7].

Wie steht es um diese Leitlinien? Ein Problem besteht nach wie vor darin, dass vorhandene Leitlinien von unterschiedlicher Qualität sind, die wiederum auf der Art ihres Zustandekommens beruht.

Die AWMF unterscheidet drei Stufen von Leitlinien:

S1-Leitlinien:

Leitlinien, die von einer Expertengruppe der Fachgesellschaft im informellen Konsens erarbeitet und vom Vorstand der Fachgesellschaft verabschiedet werden.

S2-Leitlinien:

Wie S1, aber Diskussion der Evidenz mit einem formalen Konsensverfahren verbunden.

S3-Leitlinien:

Wie S2, aber nun um fünf Komponenten erweitert:

Logik, Konsens, EbM, Entscheidungsanalyse, Outcome-Analyse, d. h. systematische Analyse der Evidenz in einem formalen Konsensverfahren.

Hart hält nur die S3-Leitlinien für ausreichend qualifiziert – das waren im September 2003 nur 27 von 950 Leitlinien der Fachgesellschaften [8].

Wenn etwas **evidence**-basiert sein soll, spielt natürlich auch die Qualität der Evidenz eine Rolle. Auch für deren Einstufung gibt es eine Bewertungsskala, die je nach lokaler Herkunft der Leitlinienanbieter auch Unterschiede aufweisen kann, wie z. B. ein Vergleich der Klassifikationen hinsichtlich der Skalen von American College of Cardiology/American Heart Association und der Deutschen Gesellschaft für Innere Medizin (*Praetorius* [9]) und das Leitlinienmanual S. 41 ff. [10] zeigt.

Gegen die Art dieser „eindimensionalen Evidenzklassifizierung“ wird Kritik vorgebracht: Randomisierte kontrollierte Studien (RCT), die zwingende Voraus-

setzung für eine S3-Einstufung einer Leitlinie sind, gelten als Goldstandard für therapeutische Interventionen, nicht aber unbedingt für Fragestellungen hinsichtlich Diagnose oder Prognose [11]. Auch gibt es zahlreiche Versorgungsprobleme in der Medizin, für die RCT aus methodischen Gründen nicht in Betracht kommen oder ethisch nicht vertretbar sind [12]. Ich verweise in dieser Hinsicht insbesondere auf die Diagnose und Therapie unklarer kindlicher Schmerzen sowie die Behandlung cerebralparetisch bewegungsgestörter Säuglinge und Kinder [13].

Es gibt weitere Vorbehalte gegen diese Evidenz, auf die *Praetorius* hinweist [14]. Da ist einmal die Tatsache, dass der Anteil der an einer Studie beteiligten Patienten selten mehr als 50% des gesamten „einschlägigen“ Krankenhausguts erfasst und aus Studiengründen auch nicht berücksichtigen kann. Das stark selektierte Patientengut der Studie zeigt dann die Wirksamkeit unter idealen Studienbedingungen, nicht aber die im Alltag der Klinik oder Arztpraxis. Dann muss bedacht werden, dass RCT häufig z. B. nur ein bestimmtes Medikament erfasst (weil nur dafür Drittmittel eingeworben werden konnten) – betrifft die Leitlinie als Handlungsempfehlung also nur dieses Medikament? [15]

Kommen wir zur Frage der Leitlinien und des medizinischen Fortschritts sowie der Therapiefreiheit.

Hemmen Leitlinien den medizinischen Fortschritt? Schränken sie die Therapiefreiheit des Arztes ein? Was den Fortschritt angeht, sollte die Antwort leicht fallen. Auch die beste Leitlinie kann nur den Stand des medizinischen Wissens bewerten, der zur Zeit ihrer Verabschiedung wissenschaftlich belegt und praktisch erprobt war. *Medizin, die auf Neuland, also noch ohne ausreichende Erfahrung hinsichtlich Vorgehensweise und Ergebnis agiert, ist nach wie vor unter den heutigen Prämissen möglich. Der Arzt muss den Patienten die Ungewissheiten des Neulandes offen legen und die Einwilligung des Patienten erhalten, den ungewissen Weg gemeinsam zu gehen.* Auch die Therapiefreiheit ist nicht gefährdet, wenn die Leitlinie das ist und bleibt, was sie sein soll: eine Informationsquelle für den Arzt, die es ihm erleichtern soll, im konkreten Behandlungsfall einen Behandlungsweg einzuschlagen, der der besonderen Situation dieses Patienten gerecht wird und objektiv in der wissenschaftlichen Diskussion der beteiligten Fachkreise und in der praktischen Bewährung als Erfolg versprechender Weg zum diagnostischen oder therapeutischen Ziel anerkannt ist.

Damit muss die Leitlinie als Hilfestellung zur Gewährleistung des ärztlichen Standards dienen. Sie leistet dazu nur einen Beitrag und sie bestimmt nicht den Standard, was sie auch gar nicht kann, weil der Arzt kraft seiner ärztlichen Erfahrung das Leitlinienangebot – oder sagen wir ein kollegiales ärztliches Mitdenkangebot – für seinen konkreten Fall adaptieren muss.

Von daher scheint uns der häufig verwendete Begriff der „Kochbuch-Medizin“ fehl am Platz. Denn wer als Arzt ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des **jetzt** von ihm zu behandelnden Patienten zum Kochbuch = Leitlinie greift, läuft Gefahr, wie Prokrustes die Reisenden dem vorhandenen Bett anzupassen oder wie der unerfahrene junge Jurist in der Referendarausbildung nach einem „Simile“ des zu entwerfenden Urteils zu suchen (das eben nur ähnlich ist, aber nicht seinen Fall trifft). Der „Behandlungsfehler“ ist in beiden Fällen vorprogrammiert.

Therapiefreiheit ist nicht Narrenfreiheit, sondern Freiheit zu ethisch verantwortbarem Handeln.

Lassen Sie mich noch ein paar Worte zur Kostenseite und Akzeptanz von Leitlinien sagen. *Hart* kommt in seinem schon wegen der Fülle des Materials und dem dargebotenen Gedankenreichtum imponierenden Abschlußbericht zu dem Schluss, die Leitlinienbewegung habe qualitativ und methodisch erhebliche Entwicklungsschritte gemacht und einen Konsolidierungsstand erreicht, der unumkehrbar geworden sei [16]. Betrachtet man die oben geschilderte Infrastruktur dieser Leitlinienbewegung und die immensen personellen und finanziellen Investitionen, die nötig waren und weiter sind – die Entwicklung einer Leitlinie kostet in Deutschland bis zu 400.000,00 Euro –, kann man dieser Feststellung kaum widersprechen.

Hart weist aber auch darauf hin, dass die wissenschaftliche und publizistische Aufmerksamkeit für das Thema „Leitlinien“ mit der medizinpraktischen Relevanz nicht korrespondiere [17]. Darin muss man ihm ebenfalls zustimmen. Warum finden Leitlinien im medizinischen und juristischen Alltag so schwer ihren Platz?

In dem von *Hart* herausgegebenem Abschlussbericht findet sich eine eingehende und in jeder Hinsicht informative Darstellung von *Gabriele Comos-Aldejohann* zu den Ergebnissen der empirischen Untersuchung des Umgangs der Gerichtsbarkeit und von ärztlichen Gutachterstellen mit ärztlichen Leitlinien [18]. *Danach kann zusammenfassend gesagt werden, dass die Leitlinien in der Rechtsprechung derzeit keine Rolle spielen, ihnen dort, wo sie von Beteiligten im Verfahren erwähnt werden, ausdrücklich nur informatorischer Charakter zugebilligt wurde, weil es nicht auf eine allgemeine Handlungsanregung, sondern auf das ankomme, was im konkreten Einzelfall als gebotener Standard der Behandlung gerade dieses Patienten anzusehen sei.* Die Umsetzung von Leitlinien in die ärztliche Praxis mit dem Druckmittel der Arzthaftung wird also schon an der gebotenen Einzelfallentscheidung scheitern. Im Übrigen sind Juristen durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs immer wieder darauf verwiesen worden, den ärztlichen Standard allein von ärztlichen Sachverständigen ermitteln zu lassen und die medizinischen Maßstäbe nicht selbst festzulegen [19]. Die oben angerissenen Probleme bei der Bewertung von Leitlinien allein zeigen schon, vor welchen Ansprüchen an Sachkompetenz Juristen stehen, wenn sie mit dem Instrument der Leitlinien hantieren sollen. Die bei den Juristen verlockende, angebliche Eindeutigkeit einer Leitlinie kann sich schnell in Nichts auflösen, die nötige Befragung eines Sachverständigen zur Wertigkeit einer Leitlinie würde zahlreiche Fallstricke aufweisen. Hier mit einer Beweislastumkehr bei Nichtbeachtung einer Leitlinie, mit Dokumentationszwängen bei Abweichungen und gar mit dem Gleichsetzen einer Leitlinie mit einer Industrienorm zu operieren [20], hat nichts mehr mit „Waffengleichheit“ im Prozess zu tun.

Zu verlockend ist auch die Versuchung, die Leitlinie in erster Linie zur Kostenreduktion zu benutzen. Im Abschlussbericht bei *Hart* kann man unter dem Oberbegriff „Sozialrecht“ objektiv reichlich informiert werden [21].

Es sei hier nur daran erinnert, dass „weder gesellschaftliche Prioritäten den evidenzbasierten Gehalt von Leitlinien beeinflussen, noch Versicherungen Leitlinien als Hintertür für die Einführung von Rationalisierungs- und Kostendämpfungs-

maßnahmen nutzen dürfen.“ Der Begriff der „guten Praxis“ sollte nicht missbraucht werden, in dem Leitlinien anderen Zielen dienen als dem besten Interesse des Patienten, was auch die Empfehlung des Europarates ausdrücklich bestätigt.

Ich bedanke mich bei Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit, vor allem aber für die vielen Jahre konstruktiver und freundschaftlicher Zusammenarbeit.

Literaturverzeichnis

1. Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Sachstandsbericht 1994: Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung 2000, Nomos Verlag, Baden-Baden.
2. Dito, S. 126/127.
3. Das Leitlinienmanual von AWMF und ÄZQ, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung (=ZaeFQ), Supplement I, Januar 2001.
4. Empfehlung REC (2001) 13, ZAEFQ, Supplement III, Dezember 2002.
5. ZaeFQ, Heft 8/2005.
6. Fn. 3, S. 5 ff.
7. Dieter Hart (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht, Recht und Empirie professioneller Normbildung, 1. Aufl. 2005, Nomos-Verlag Baden-Baden.
8. Dieter Hart, dito, S. 40.
9. F. Praetorius, „Leitlinien und ärztliche Entscheidungsspielräume“, ZaeFQ, Heft 1/2005, S. 15 ff., 18.
10. Fn. 3, S. 41 ff.
11. Fn. 3, S. 40 zu 5.4.3.
12. F. Praetorius „Evidence-based-Medicine and Clinical Guidelines in Cardiology. Promoting Science, Practice or Bureaucracy?“ in ter Meulen/Biller-Andorno/Lenk/Lie (Eds.), „Evidence-based Practice in Medicine and Health Care“, Springer, Berlin Heidelberg.
13. Henning Lohse-Busch, Toni Graf-Baumann (Hrsg.), Behandlungskonzepte bei Kindern, 1. Aufl. 1997, Springer, Berlin Heidelberg.
14. Fn. 12, S. 52.
15. Fn. 12, S. 57.
16. Fn. 12, S. 50; Fn. 3, S. 13.
17. Hart S. 114.
18. Praetorius in Fn. 9, S. 18.
19. Bei Hart, S. 411 ff.
20. Z.B. BGH, Urt. V. 29.11.94, Medizinrecht 1995, S. 276 ff.
21. So Ziegler „Leitlinien im Arzthaftungsrecht“, Versicherungsrecht 2003, 545 ff., 548.

This page intentionally left blank

25 Jahre DGMR – Medizinrecht gestern, heute und morgen

Bernd-Rüdiger Kern

I. Einleitung

Ob es wirklich sinnvoll ist, einen Rechtshistoriker zu Beginn einer Tagung vortragen zu lassen, die mit „Der Arzt am Beginn des 21. Jahrhunderts“ überschrieben ist, erscheint fraglich. Aber mein Thema ist ja auch eingeeengt auf 25 Jahre, die sich vielleicht doch noch unter „heute“ subsumieren lassen. Obwohl es mir andererseits auch durchaus reizvoll erschiene, einen großen Bogen von der Staatsmedizin des 18. Jahrhunderts über die Liberalisierung der Medizin im 19. Jahrhundert zurück zur Staatsmedizin des späten 20. und des 21. Jahrhunderts zu schlagen.¹

Aber ein Wort über die viel beklagte Verrechtlichung der Medizin möchte ich doch verlieren. Als ich vor ca. 20 Jahren meine Vorlesungstätigkeit im Medizinrecht aufnahm, schrieb ich folgenden Satz in mein Vorlesungsmanuskript: „Im Zivilrecht keine arzt-spezifischen Gesetze, im Strafrecht nur wenige, im Berufsrecht ja.“ Dieser Satz muss heute in zweifacher Hinsicht revidiert werden. Zum einen gibt es zwischenzeitlich eine ganze Reihe von Gesetzen,² z. T. mit unklaren Bezügen zueinander: Arzneimittelgesetz (AMG), Medizinproduktegesetz (MPG), Transplantationsgesetz (TPG), Transfusionsgesetz (TFG), Infektionsschutzgesetz (IfSG) und SGB V, um nur die wichtigsten zu nennen. Andererseits fiel es mir bei den meisten neuen Gesetzen schwer, sie einem traditionellen juristischen Fach zuzuordnen. Um nur ein Beispiel zu nennen: Gehört das im TPG geregelte Transplantationsrecht dem Öffentlichen Recht, dem Strafrecht oder dem Bürgerlichen Recht an? Die richtige Antwort lautet, allen drei Rechtsgebieten oder keinem der drei, weil es sich um ein eigenes Gebiet handelt, nämlich das Medizinrecht.³

¹ Vgl. dazu Bernd-Rüdiger Kern, Entwicklung des Medizinrechts – Rückblick und Bestandsaufnahme aus der Sicht des Zivilrechts, in: Albin Eser/Hanjörg Just/Hans-Georg Koch (Hrsg.), Perspektiven des Medizinrechts, Ethik und Recht in der Medizin, Bd. 38, 2004, S. 55–62.

² Vgl. dazu knapp Hans-Dieter Lippert, Entwicklung des Medizinrechts aus der Sicht des Öffentlichen Rechts, in: Eser/Just/Koch, S. 63–69.

³ In diesem Sinne auch schon die Teilnehmer der Tagung „Perspektiven des Medizinrechts“, die bereits 1996 ein „Plädoyer für ein ‚integratives Medizinrecht‘“ erarbeiteten und verabschiedeten; abgedruckt in Eser/Just/Koch, S. 293–295.

II. 25 Jahre DGMR

25 Jahre DGMR bedeuten 25 Jahre freiwillige, aber institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen medizinrechtlich interessierten Medizinern und Juristen in einer wissenschaftlichen Gesellschaft. Selbstgestellte Aufgabe der Gesellschaft war und ist die Förderung wissenschaftlicher Belange auf dem Gebiet des Medizinrechts und die Vertiefung der interdisziplinären Beziehungen zwischen Recht und Medizin mit dem Ziel eines besseren gegenseitigen Verständnisses. Es galt, die Beendigung des oft beschworenen kalten Krieges zwischen den Berufsgruppen in die Wege zu leiten.

Diesen Programmpunkt nahm die DGMR von Beginn an ernst, sowohl was die Zusammensetzung der Mitgliedschaft anbetrifft, als auch bei der Referentenauswahl. Immer sind beide Professionen möglichst gleichmäßig vertreten. Die Themen waren und sind ohne Ausnahme in dem Sinne interdisziplinär, dass medizinische Fragen von Juristen unter Zuhilfenahme von Medizinern beantwortet werden, die Juristen sich also gewissermaßen in dienender Funktion gegenüber der Medizin befinden. Das verhält sich genau entgegengesetzt zur Rechtsmedizin, obwohl der Begriff aus denselben beiden Bestandteilen zusammengesetzt ist. Hier handelt es sich aber um Hilfeleistungen der Medizin zur Bewältigung juristischer, insbesondere forensischer Aufgaben.

Schon bald nach der Gründung nahm die DGMR ihre Arbeit auf, die sie nahezu gleichmäßig über die Jahre verteilt fortsetzte. In der Regel wurden aktuelle Themen ausgewählt, die weithin ihre Bedeutung nicht verloren haben. Kaum jemals ist es vorgekommen, dass im Abstand einiger Jahre der Gedanke aufkam, man habe den Versuch gemacht, auf einen fahrenden Zug aufzuspringen, der sogleich wieder an Fahrt verlor. Als Beispiel möchte ich die Telemedizin⁴ nennen, deren Neuartigkeit der juristischen Probleme wir wohl doch überschätzt haben.⁵ Aber möglicherweise wird das in einigen Jahren auch schon wieder anders gesehen werden, wenn das Roboting, das sich medizinisch nicht nachhaltig etablieren konnte, in der Vergessenheit versinkt und stattdessen möglicherweise die Nanomedizin juristische Fragen neuer Qualität aufwerfen wird.

Nachdem das erste Symposium „Forschung am Menschen“ 1985 noch in München stattgefunden hatte, trafen sich die Vortragenden und wenige zusätzliche Mitglieder, aber auch sonstige Teilnehmer in den folgenden Jahren überwiegend in Einbeck. Die Einbecker Workshops und Empfehlungen sind seitdem nahezu zu einem Markenzeichen für die DGMR geworden. Bislang fanden dort von 1986 bis 2004 elf Veranstaltungen statt. Die räumliche Beschränkung, die den Teilnehmerkreis anfangs sehr klein hielt, später jedenfalls dafür sorgte, dass er nicht allzu groß wurde, hat den Vorteil, dass eine kleine Arbeitsgruppe sehr effektiv die Emp-

⁴ Christian Dierks/Hubertus Feussner/Albrecht Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001; Einbecker Empfehlungen, in: MedR 1999, 557 f.

⁵ Bernd-Rüdiger Kern, Telemedizin im Lichte von medizinischem Standard, Methodenfreiheit, Sorgfaltsmaßstab und Aufklärung, in: Wolfgang Niederlag/Christian Dierks/Otto Rienhoff/Heinz U. Lemke (Hrsg.), Rechtliche Aspekte der Telemedizin, Health Academy 2/2006, S. 24–36, 34.

fehlungen, die auf Thesen der Vortragenden beruhen, beraten und verabschieden kann. Diese Arbeitsweise wurde auch auf die viel größeren Veranstaltungen übertragen, die sich schon mehrfach in Zusammenarbeit mit der Kaiserin-Friedrich-Stiftung in Berlin ergaben.

Weitere Veranstaltungsorte waren Nürnberg und Heidelberg; nach München kehrte die DGMR nur noch einmal im Jahre 1998 und zwar mit demselben Thema wie 1985 zurück.

In aller Regel wurden die Vorträge in der „Schriftenreihe Medizinrecht“ des Springer-Verlages veröffentlicht, einige aber auch in unterschiedlichen Zeitschriften, die Empfehlungen zusätzlich in der Zeitschrift „Medizinrecht“.

Die Palette der behandelten Themen ist breit. Vielfach standen Kinder im Mittelpunkt des Interesses. Das ist nicht zuletzt deshalb zu begrüßen, weil sie ansonsten im Medizinbetrieb, aber auch bei den Medizinrechtlern, häufig eher stiefmütterlich behandelt werden. Gleich 1986 standen in Einbeck die „Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen“⁶ zur Debatte. Die dort beschlossenen und 1992 revidierten Empfehlungen sind bis heute nicht überholt und geben noch immer zu lebhaften Diskussionen Anlass. Schon als ich mehrere Jahre in Leipzig tätig war, bekam ich ungnädige Anrufe des Inhalts, ich solle dazu Stellung nehmen, obwohl ich 1986 der einzige Teilnehmer war, der seine Unterschrift unter das Papier verweigert hatte. Aber diese Fragen, die an das Problem der Euthanasie Neugeborener heranreichen, sind bis heute nicht befriedigend gelöst. Teilweise gehört auch das Thema des folgenden Jahres „Sterilisation geistig Behinderter“⁷ (1987) in diesen Zusammenhang, handelt es sich doch nicht zuletzt um die Sterilisation geistig behinderter Minderjähriger. Das Thema wurde zwischenzeitlich durch die Einfügung des Betreuungsrechts in das BGB gelöst, wenn auch gerade für die Minderjährigen ein Rest an Unbehagen bleibt.⁸ 1991 wurde ein banal klingendes, aber rechtlich durchaus in vielfacher Hinsicht brisantes Thema gewählt: „Kontrazeptiva an Minderjährige“. Wenn das Thema heute leidenschaftsloser behandelt werden kann,⁹ liegt das nicht zuletzt an den Bemühungen der DGMR. 1995 wurde abermals ein Thema aufgegriffen, das bis heute nichts an Bedeutung verloren hat: „Therapieverweigerung bei Kindern und Jugendlichen“.¹⁰

Zweimal setzte der Beirat der DGMR vorgeburtliche Themen auf die Tagesordnung, 1988 „Fortpflanzungsmedizin“ und 2004 „Rechtsfragen der präimplanta-

⁶ Hans-Dieter Hiersche/Günter Hirsch/Toni Graf-Baumann (Hrsg.), Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen, 1987.

⁷ Hans-Dieter Hiersche/Günter Hirsch/Toni Graf-Baumann (Hrsg.), Die Sterilisation geistig Behinderter, 1988.

⁸ Hans-Dieter Hiersche/Bernd-Rüdiger Kern, Zur Sterilisation geistig Behinderter, in: MedR 1995, S. 463–467, 466 f.

⁹ AG MedR in der DGGG, Stellungnahme zu Rechtsfragen bei der Behandlung Minderjähriger, Frauenarzt 2003, S. 1109–1115.

¹⁰ Christian Dierks/Toni Graf-Baumann/Hans-Gerd Lenard (Hrsg.), Therapieverweigerung bei Kindern und Jugendlichen. Medizinrechtliche Aspekte, 1995; vgl. dazu auch die Besprechung von Adolf Laufs, in: MedR 1996, 171.

tionsgenetischen Diagnostik“.¹¹ Beide Themen sind nach wie vor aktuell. In diesem Zusammenhang stünde es meiner Meinung nach der DGMR gut zu Gesicht, weitere Probleme wissenschaftlich zu durchleuchten und beispielsweise ein Symposium zur sogenannten Spätabtreibung zu veranstalten.

Früh beschäftigte sich die DGMR auch mit den „rechtlichen Fragen der Organtransplantation“¹² (1988). Die damals sehr nützlichen Empfehlungen fanden weithin Berücksichtigung im Transplantationsgesetz (TPG) vom 5. November 1997. Auch nach 10 Jahren Erfahrung mit dem Gesetz spricht vieles dafür, dass der letzte Abschnitt der Empfehlungen auch heute noch richtig ist: „Für eine gesetzliche Regelung der Organtransplantation wird derzeit kein Bedürfnis gesehen“.¹³ Wie richtig diese Ansicht war, zeigt sich auch daran, dass gleich nach dem Inkrafttreten des Gesetzes eine Veranstaltung zu einem besonderen Problem nötig wurde. 1998 wurde in Einbeck über die „Allokation von Spenderorganen“¹⁴ beraten. Die daraus resultierenden Empfehlungen sind noch von Relevanz.

Zwei wissenschaftliche Veranstaltungen waren dem Sterben und den unmittelbar darauf folgenden medizinrechtlichen Problemen vorbehalten. Im Jahre 2000 wurde in Heidelberg ein Thema beraten, das landläufig, aber wohl nicht korrekt als „Sterbehilfe“ bezeichnet wird. Den eigentlichen Nerv der Problematik traf das gewählte Thema der DGMR besser: „Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht“¹⁵. Ich kann als jemand, der häufig zu diesem Themenbereich vorträgt, nur alles unterstreichen, was in den Empfehlungen steht.¹⁶ Hervorheben möchte ich nur den Punkt 7, der energisch die Anwendbarkeit des § 1904 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Behandlungsabbruch bestreitet. Das wird mittlerweile – zumindest für die große Zahl der Fälle – von der Rechtsprechung auch so gesehen.¹⁷ Der Rechtsprechung wäre mancher Umweg und manche semantische Unschärfe erspart geblieben, hätte sie beizeiten auf diese Empfehlungen zurückgegriffen. Insbesondere das Abstellen auf den „irreversibel tödlichen Verlauf“, der immer noch durch die instanzgerichtliche Rechtsprechung geistert,¹⁸ wäre uns dann erspart geblieben. Bereits 1990 wurden „Medizinrechtliche Probleme der Obduktion und Sektion“ behandelt. Die Empfehlungen sind

¹¹ Christian Dierks/Albrecht Wienke/Wolfgang Eisenmenger (Hrsg.), Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2007; Einbecker Empfehlungen, in: MedR 2005, 117 f.

¹² Hans-Dieter Hiersche/Günter Hirsch/Toni Graf-Baumann (Hrsg.), Rechtliche Fragen der Organtransplantation, 1990.

¹³ Hiersche/Hirsch/Graf-Baumann, Rechtliche Fragen der Organtransplantation, S. 166.

¹⁴ Christian Dierks/Peter Neuhaus/Albrecht Wienke (Hrsg.), Die Allokation von Spenderorganen, 1999; vgl. dazu auch die Besprechung von Ralf Clement, in: MedR 2000, 82.

¹⁵ Albrecht Wienke/Hans-Dieter Lippert (Hrsg.), Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, Ausgewählte medizinrechtliche Aspekte, 2001.

¹⁶ Wienke/Lippert, Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, S. 151–154.

¹⁷ Das hat der ansonsten weithin unglücklich formulierte Beschluss des BGH, MedR 2003, S. 512, klargestellt.

¹⁸ Vgl. dazu Bernd-Rüdiger Kern, Problemstellung zu OLG München, in: MedR 2007, S. 425–428, 425.

nach Ansicht der DGMR teilweise durch die Gesetzgebung überholt. Zufriedenstellend in die Dogmatik der menschlichen Willenserklärungen eingeordnet sind die damit zusammenhängenden Fragen indessen noch immer nicht.¹⁹ Dagegen spricht nicht zuletzt ihre Regelung in den Landesbestattungsgesetzen, die überwiegend einen ganz anderen Regelungsgehalt haben als die dogmatisch richtige Einordnung für eine Sektion und deren juristischen Voraussetzungen.

Ein großer Teil der übrigen Symposien beschäftigte sich mit Aspekten der ärztlichen Behandlung. 1987 wurde das damals sehr aktuelle Thema AIDS diskutiert. Gleiche Aktualität, wenn auch aus anderen Ursachen, kam 1994 dem „Ambulanten Operieren“²⁰ zu. Was in der Empfehlung etwa zum Thema der Nachsorge steht, gilt noch immer und wird aus Kostengründen nahezu flächendeckend nicht beachtet: „Der Operateur trägt die organisatorische Verantwortung dafür, dass die qualifizierte postoperative Versorgung gesichert ist.“²¹ 1996 wurden „Medizinrechtliche Aspekte der Schmerztherapie“ erörtert. Da es darüber keine Veröffentlichung gibt, blieb der Veranstaltung ein größerer Einfluss versagt. Auf die „Rechtsfragen der Telemedizin“ wurde schon hingewiesen.

Fast zu früh wurde 1997 über „Die ärztliche Berufsausübung in den Grenzen der Qualitätssicherung“ beraten. Ich erinnere mich noch an eine gewisse Hilf- und Ratlosigkeit während der ganzen Tagung, die auch ihren Niederschlag in ungewöhnlich wenigen, dafür aber außergewöhnlich langen Empfehlungen gefunden hat.²² Auf festerem Boden konnte 2005 über das „Organisationsverschulden in Klinik und Praxis – Ärztliche Standards bei strukturellen und organisatorischen Veränderungen“ debattiert werden. Das Symposium konnte inhaltlich an das des Jahres 2003 anknüpfen, das die „Ökonomisierung der Medizin – Standards und Leitlinien“ zum Gegenstand hatte.²³ Auf diese Themen werde ich in dem dritten Teil meiner Ausführungen noch zurückkommen.

Bisher einmalig blieb die Situation, die sich 1995 in Berlin ergab, als sich nämlich die DGMR mit dem Zentralthema des Medizinrechts „Die Entwicklung der Arzthaftung“²⁴ beschäftigte. Während der Schlussberatung stellte sich heraus, dass noch zuviel Klärungsbedarf bestand, so dass eine Folgeveranstaltung im Jahre 1996 in Heidelberg stattfinden musste. Die ungewöhnlich große Zahl von 27 Referenten beleuchtete das Thema unter nahezu allen theoretischen und praktischen Gesichtspunkten. Die Veranstaltungen dienten weniger dazu, der aktuellen Rechtsprechung „hinterherzuhecheln“, als vielmehr dazu, grundsätzliche Positionen zu

¹⁹ Vgl. dazu Bernd-Rüdiger Kern, Der postmortale Geheimnisschutz, in: MedR 2006, S. 205–208, 208.

²⁰ Toni Graf-Baumann/Günter Hirsch/Walther Weißbauer/Heiner F. Welter (Hrsg.), Ambulantes Operieren. Medizinrechtliche Aspekte, 1994.

²¹ Graf-Baumann/Hirsch/Weißbauer/Welter, Ambulantes Operieren, S. 142 f., 143.

²² Albrecht Wienke/Hans-Dieter Lippert/Wolfgang Eisenmenger, Die ärztliche Berufsausübung in den Grenzen der Qualitätssicherung, S. 179–181; vgl. dazu auch die Besprechung von Adolf Laufs, MedR 1998, 511.

²³ Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen, 98, 2004, H. 3.

²⁴ Adolf Laufs/Christian Dierks/Albrecht Wienke/Toni Graf-Baumann/Günter Hirsch (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 1997.

klären, wozu etwa auch Alternativen zum deutschen Haftungsrecht gehören. Die „Empfehlungen“ bieten demzufolge auch einige Zustandsbeschreibungen,²⁵ nicht nur echte Empfehlungen, die zudem zwangsläufig sehr allgemein bleiben mussten.

Es bleibt noch über wenige Veranstaltungen zu berichten, die Probleme aufgriffen, die den bisher behandelten Gruppen nicht zugerechnet werden können. Gleich zweimal, 1990 und 2006, wurde das Doping thematisiert.²⁶ Konnte man 1990 etwas blauäugig noch davon ausgehen, dass das Problem im Wesentlichen eines der Bewältigung der Untaten der gerade untergegangenen DDR war, zeigen die jüngsten Ereignisse, dass es sich um Rechtsfragen handelt, die sich immer und überall stellen. Meiner Meinung nach dürfte es sich in diesem Zusammenhang als notwendig erweisen, generell die Frage nach der Berechtigung nichtindizierter Eingriffe erneut aufzuwerfen und unter allen Aspekten zu behandeln.²⁷

2001 beschäftigte sich die DGMR mit dem – aus der Sicht eines Geistes- oder Gesellschaftswissenschaftlers – leidigen Thema der „Drittmittelforschung unter Korruptionsverdacht“.²⁸ Das drohende Auseinanderlaufen von fiskalisch gewünschtem, strafrechtlich und hochschulpolitisch aber durchaus bedenklichem Handeln wurde aufgezeigt. Mittlerweile hat die Rechtsprechung dieses Thema aber im Sinne der drittmittelfinanzierten medizinischen Forschung bewältigt.²⁹

Mein Bericht über die wissenschaftliche Tätigkeit der DGMR soll mit dem Einbecker Workshop von 2002 beendet werden, der dem mir besonders am Herzen liegenden Thema „DNA-Diagnostik und Persönlichkeitsrecht“³⁰ galt. Dass dieses Thema in zunehmendem Maße zukunftssträchtig ist, muss wohl nicht eigens betont werden.

III. Heute und Morgen

Damit ist auch zugleich der Übergang zu den Ausführungen gemacht, die den meiner Ansicht nach wichtigen Zukunftsfragen gelten. Einige Aspekte habe ich bereits genannt und mein Hauptanliegen jedenfalls schon in den großen Zusammenhang der Standardeinschränkung aus ökonomischen Gründen gestellt. Als dieses Thema im Jahre 2003 auf der Tagesordnung stand, reduzierten sich die Probleme noch auf die Be- und Verurteilung der direkten, offenen Einflüsse des Staates auf die Medizin. Im Wesentlichen handelte es sich um die Frage des Er-

²⁵ Etwa die Punkte 1, 2, 4, 5, Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch, Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 350–354.

²⁶ 1990: Doping und Leistungsmanipulation; 2006: Rechtsfragen des Dopings.

²⁷ Vgl. dazu auch Knut Köhler/Bernd-Rüdiger Kern, Beschneidung in Deutschland. Religionsfreiheit oder Körperverletzung?, in: Ärzteblatt Sachsen 2006, S. 104–105.

²⁸ Einige Beiträge wurden in MedR 2002, S. 55–75, veröffentlicht.

²⁹ BGH, MedR 2003, 41, 224.

³⁰ Christian Dierks/Albrecht Wienke/Wolfram Eberbach/Jörg Schmidtke/Hans-Dieter Lippert (Hrsg.), Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, 2003; Einbecker Empfehlungen, MedR 2002, 669 f.

halts des Standards, wenn die Krankenversicherungen die Bezahlung notwendiger Behandlungsmaßnahmen ablehnen.³¹ Dabei wurde allerdings schon die Gefahr erkannt, dass es über die kaum mit Fachleuten besetzten Gemeinsamen Ausschüsse auch versteckte Möglichkeiten gibt, den medizinischen Standard zu beeinträchtigen. Die Gefahr der schleichenden ökonomischen Infiltration des medizinischen Standards ist unübersehbar.³² Hinzu kommt die Möglichkeit über den sanften Zwang der Budgetierung eine Rationierung durchzusetzen.³³

In der Zwischenzeit, also in nur wenigen Jahren, zeigen sich noch ganz andere Gefährdungen der medizinischen Versorgung. Immer weniger ärztliches Personal³⁴ soll immer mehr Aufgaben bewältigen. Das Arbeitszeitgesetz³⁵ scheint in deutschen Kliniken weithin keine Anwendung zu finden. Das muss zwangsläufig zu Einbußen beim Standard führen. Weitere Probleme kommen hinzu. Es erscheint nicht gesichert, dass alle Fachverbände hinreichende Anforderungen an die Facharztausbildung stellen. Verschärft wird dieser Aspekt noch dadurch, dass Klinikleiter ihre Ausbildungsberechtigten auffordern, Ausbildungsabschnitte als absolviert zu bestätigen, die gar nicht wahrgenommen wurden. Dabei handelt es sich nicht nur um strafrechtlich relevante, sondern wiederum auch um standard-relevante Vorgänge.

Soweit sich die geschilderten Misstände auf der Ebene der Universitätskliniken abspielen, ist sie zugleich Ausdruck einer Tendenz, sich aus der Krankenversorgung zurückzuziehen und sich nur noch, oder jedenfalls schwerpunktmäßig, als Forschungseinrichtung zu verstehen. Diese Vorstellung, die sich bis in Universitäts Spitzen hinein findet, wird auf Seiten der Patienten und Krankenkassen mit Gewissheit die Frage aufwerfen, wieso denn wohl Universitätskliniken durch die Gesetzlichen Krankenversicherungen oder auch durch Privatpatienten weiterhin finanziert werden sollen? Universitätskliniken haben auf der Grundlage der Mischfinanzierung die Aufgabe der medizinischen Maximalversorgung, die wiederum die tatsächliche Grundlage für die Forschung bildet. Wird auch nur der Schwerpunkt verschoben, so bricht ein Pfeiler der Krankenversorgung weg, mit katastrophalen Folgen für den medizinischen Standard.

Die größte Gefährdung sehe ich im Moment aber in der Tendenz, in den Kliniken den Oberarzt abzuschaffen.³⁶ Dabei geht es nicht um den Titel, der in der Vergangenheit möglicherweise sogar inflationär vergeben wurde, sondern um

³¹ Vgl. dazu BVerfG, NJW 2006, S. 891–894; und dazu: Thorsten Kingreen, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, in: NJW 2006, S. 877–880.

³² Vgl. dazu Bernd-Rüdiger Kern, Das Spannungsverhältnis von Haftungsrecht und Kassenarztrecht, in: MedR 2004, S. 300–303, 303.

³³ Stefanie Kreiss, Was ist ein Leben wert?, in HÖR ZU, Heft 23, 2007, S. 16–19, 17. Sie weist noch weitere Möglichkeiten der impliziten Rationierung nach.

³⁴ Vgl. dazu, sehr anschaulich „Ein Berufungsverfahren. Dokumentation“, in: Forschung & Lehre, 2007, S. 534.

³⁵ Vgl. dazu Burkhard Boemke/Bernd-Rüdiger Kern (Hrsg.), Arbeitszeit im Gesundheitswesen. Arbeitszeitschutz – Dienstplangestaltung – Haftung; Burkhard Boemke/Bernd-Rüdiger Kern (Hrsg.), Leipziger Schriften zum Gesundheitsrecht, Bd. 1, 2004.

³⁶ Bernd-Rüdiger Kern, Der Oberarzt, das unbekannte Wesen, in: DÄBl. 2007, A 3359–3360.

die Aufgaben in der Krankenversorgung – wie z. B. Hintergrunddienste –, aber auch der Ausbildung; Aufgaben, die einen Arzt verlangen, der nicht nur einfach Facharzt ist, sondern über entsprechende Erfahrung und Leitungsqualitäten verfügt. Das Problem lässt sich auch sicher nicht dadurch aus der Welt schaffen, dass in Dienstweisungen der Begriff „Oberarztendienst“ vermieden wird.

Hand in Hand mit der Verlagerung oberärztlicher Funktionen geht die, von der Politik und z. T. auch dem nichtärztlichen Personal gewünschte, Delegation ärztlicher Aufgaben auf nichtärztliches Personal.³⁷ Auch wenn die ersten Versuche der Einführung von Medizinischen Assistenten für Anästhesie (MAFA) vorerst gescheitert sind, bleibt das Problem bestehen. Zu groß sind die Begehrlichkeiten der Politik, möglicherweise in Zukunft aber auch die Probleme fehlenden ärztlichen Nachwuchses.

Dass die genannten Entwicklungen direkten Einfluss auf den ärztlichen Standard haben, ist evident. Und über den Standard definiert sich der Behandlungsfehler. Und der beschäftigt das Medizinrecht noch immer an zentraler Stelle. Deshalb sehe ich in den angerissenen Fragen die Hauptherausforderung der kommenden Jahre und Jahrzehnte.

IV. Schluss

Eigentlich habe ich schon ein geeignetes Schlusswort gesprochen, aber ich möchte heute auch einmal der Unsitte nachgeben, nicht zu Ende kommen zu können. Die von mir zuletzt geschilderten Zustände und Gefahren sind meiner Meinung nach symptomatisch für das deutsche Gesundheitssystem, unter dem Ärzte und Patienten zunehmend leiden. Immer mehr Ärzte flüchten in die innere, immer stärker aber auch in die äußere Emigration.³⁸ Rettung kann wohl nur ein Systemwechsel bringen, wohlgerne ein Wechsel im System des Gesundheitswesens. Von dem ist leider in gesundheitspolitischen Programmen nie die Rede. Mit Heine möchte ich sagen: „Denk ich an Deutschland in der Nacht, so bin ich um den Schlaf gebracht!“ Da ich weiterhin ruhig schlafen will, denke ich nachts nicht an Deutschland – und schon gar nicht an das deutsche Gesundheitswesen.

³⁷ Zuletzt: Klaus Junghanns, Die Delegation ärztlicher Leistungen, in: *ArztR* 2007, S. 200–202; M.-J. Polonius, Einsatz von nichtärztlichem Assistenzpersonal in der Herzchirurgie und darüber hinaus, in: *ArztR* 2007, S. 202–204 und Bernhard Debong, Rechtliche Grundlagen des Einsatzes von nichtärztlichem Assistenzpersonal, in: *ArztR* 2007, S. 204–207.

³⁸ Vgl. Jeder zweite Arzt will nicht mehr in Klinik arbeiten. Marburger Bund schlägt Alarm/ 50 Millionen unbezahlte Überstunden/Verstöße gegen Arbeitszeitgesetz, in: *FAZ*, 13. 9. 2007, S. 15; Arzt legt Arbeitszeit-Beschwerde in Brüssel ein. EU-Kommission reagiert trotz mehrfacher Mahnung nicht/Ombudsmann kritisiert Untätigkeit, in: *LVZ*, 18.9.2007, S. 2.

Die ärztliche Therapiefreiheit in rechtlichen, wirtschaftlichen und strukturellen Grenzen aus der Sicht des Krankenhausarztes

Albrecht Encke

Eine unbegrenzte ärztliche Therapiefreiheit hat es schon in der Schule der Asklepiaden nicht gegeben. Im Gegenteil: Der Hippokratische Eid verpflichtet den Arzt zur Einhaltung strenger Verhaltensmaßregeln. Der Arztrechtler *Laufs* [1] definiert den noch heute gültigen Kern des Hippokratischen Eides: „*Der Arzt soll Leben schützen, seinen Patienten nicht schaden, das Wohl des Kranken voranstellen, die Menschenwürde im Kranken achten* (wozu auch der moderne Geheimnis- und Datenschutz gehöre), *und durch Kompetenz und Gewissensfähigkeit selbst vertrauenswürdig sein.*“

Ich möchte ein weiteres hippokratisches Zitat voranstellen, das die notwendige Selbstbeschränkung des Arztes begründet: „*Die Erfahrung allein ist eine gefährliche Lehrmeisterin. Die durch sie nur allein geleitet Arzneykunst treiben, stürzen die Kranken leicht ins Grab ... Was aber diejenigen nicht einsehen, denen unter ihrer Leitung die meisten Fälle davon vorkommen.*“ (Hippokrates, Aphorismen 460–370)

Medizinisch-ethische und rechtliche Voraussetzungen für jeden diagnostischen und therapeutischen Eingriff sind:

1. Eine gewissenhafte, überlegte Indikationsstellung.
2. Das Einverständnis des aufgeklärten Patienten.
3. Die fachliche Kompetenz des Arztes. Er muss bei der Vornahme eines Eingriffs den fachlichen Regeln und bei der Risikoträchtigkeit moderner diagnostischer und therapeutischer Verfahren insbesondere auch seiner Sorgfaltspflicht genügen.

Die Medizin ist keine reine Naturwissenschaft, sondern eine praktische, an einer deutlichen Zielvorgabe, nämlich dem Heilauftrag, orientierte Erfahrungs- und Handlungswissenschaft, die sich vorwiegend naturwissenschaftlicher, aber auch anderer wissenschaftlicher Methoden bedient. Die Wahl eines diagnostischen oder therapeutischen Verfahrens ist nicht beliebig, sondern allgemein und fachbezogen an die Gebote der ärztlichen Kunst gebunden. Die Therapiefreiheit ist aus juristischer Sicht weniger ein Privileg des Arztes, sondern letztendlich ein fremdnütziges

Recht des Patienten. Sie erlaubt es allerdings dem Arzt, nach pflichtgemäßem und gewissenhaftem Ermessen im Einzelfall diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die nach seiner Überzeugung unter den gegebenen Umständen den größtmöglichen Nutzen für seinen Patienten erwarten lassen. Die wachsende Anzahl therapeutischer Optionen, auch in der Abwägung operativer gegen konservative Verfahren, verlangt darüber hinaus eine verstärkte kommunikative Kompetenz des Arztes, d. h. die Einbindung des „mündigen“ Patienten. Der „Informed Consent“ gehört zum ärztlichen Heilauftrag, wobei der inzwischen häufig überinformierte Patient durchaus für sich selbst und den Arzt zum Problem werden kann. Die Mitentscheidung des Patienten ist auch eine der drei Voraussetzungen der evidenzbasierten Medizin (EbM).

Die ärztliche Therapiefreiheit wird zunehmend durch äußere rechtliche, wirtschaftliche und strukturelle Rahmenbedingungen eingeengt. Dabei handelt es sich im Krankenhaus eher um eine indirekte, allerdings als sehr negativ empfundene, „gefühlte“ Beschränkung. Direkte individuelle Auflagen oder Verbote, z. B. durch den Krankenhausträger, die ärztliche Klinikleitung oder von Seiten der Kostenträger konnten bei einer eigenen Befragung von Krankenhausärzten verschiedener Hierarchieebenen nicht eruiert werden. Es besteht aber der Eindruck, dass solche direkten Anweisungen aus nachvollziehbaren Gründen nur umgangen und deshalb nicht direkt ausgesprochen werden.

I. Rechtliche Aspekte

Häufigster Diskussionspunkt mit der Jurisprudenz sind „Leitlinien, Richtlinien und der medizinische Standard“.

Medizinische Leitlinien sind Handlungsempfehlungen für Ärzte und Patienten in einer aktuellen Entscheidungssituation. Sie berücksichtigen bewusst einen Entscheidungskorridor, von dem in begründeten Fällen individuell abgewichen werden kann oder sogar muss, z. B. entsprechend dem Lebensalter des Erkrankten oder bei der zunehmenden Multimorbidität von älteren und Risikopatienten, bei denen mehrere Leitlinienempfehlungen miteinander kollidieren können. Leitlinien stellen angesichts der vom einzelnen Arzt nicht mehr überschaubaren medizinischen Wissensanhäufung durch ihre systematisch (evidenzbasiert) entwickelten Aussagen eine wertvolle Unterstützung bei der Entscheidungsfindung von Ärzten, anderen Gesundheitsberufen und Patienten für eine angemessene Vorgehensweise bei speziellen Gesundheitsproblemen dar. Sie sind keine verpflichtenden Richtlinien und stellen keine wirkliche Einschränkung der Therapiefreiheit dar. Die Nichtbeachtung von hochwertigen, in der Praxis erprobten Leitlinien aus Nichtwissen oder Ablehnung muss vielmehr als Vernachlässigung der ärztlichen Sorgfaltspflicht und Verstoß gegen das ärztliche Berufsethos angesehen werden, da der nicht leitliniengerecht behandelte Patient möglicherweise ungenügend behandelt wird [2]. Untersuchungen aus den USA und den Niederlanden lassen vermuten, dass 30–40% aller Patienten nicht die Behandlung erhalten, die der wissenschaftli-

chen Evidenz entspricht und etwa ein Viertel der Patienten eine Therapie, die nicht erforderlich oder sogar potentiell schädlich ist [3]. Erhebungen dazu aus dem eigenen Lande liegen nicht vor.

Leitlinien haben keine haftungsrechtlichen Implikationen, werden aber juristisch gern zur Definition des fachbezogenen „medizinischen Standards“ herangezogen. Dieser „medizinische Standard“ wird als der jeweilige Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich und in der Praxis erprobt ist, definiert [4]. Je besser eine Leitlinie methodische und fachliche Anforderungen erfüllt, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie auch dem medizinischen, d. h. berufsrechtlichen Standard entspricht.

Gestatten Sie mir an dieser Stelle eine kurze Ausführung zu den Begriffen *Evidenz*, *Evidenzbasierung* und *evidenzbasierte Medizin* (Tab. 3.1). Der Begriff Evidenz bedeutet im Sinne des englischen *evidence* Beleg, Beweis oder Nachweis (und nicht wie im Deutschen evident = augenscheinlich, offenbar). Die Evidenzbasierung erfolgt durch eine systematische und strukturierte Analyse des gesamten in der Literatur verfügbaren Wissens. Diese wissenschaftlich begründete „äußere“ Evidenz, die bei der wichtigen Beurteilung klinischer Studien zugrunde gelegt wird, ist allerdings nur ein Teil der von *Sackett* und seiner Arbeitsgruppe [5] entwickelten „Evidence Based Medicine“ (EbM). Die Entscheidungsfindung in der evidenzbasierten Medizin berücksichtigt die Erfahrung (Expertise) des Arztes, die Präferenzen des Patienten und die äußere Evidenz (Abb. 3.1). Arzt und Patient haben unterschiedliche Vorstellungen zur Nutzenbewertung therapeutischer Maßnahmen (Abb. 3.2). Mortalität, Morbidität und die posttherapeutische Lebensqualität gelten dabei als wichtige Qualitätsindikatoren. Die Erwartungen des Patienten, z. B. an seine weitere Lebensqualität, wurden aber bei der ärztlichen Entscheidungsfindung in der Vergangenheit nicht immer genügend berücksichtigt. Die äußere Evidenz (Evidenzbasierung) ist ein wichtiges Fundament für die von Arzt und Patient zu treffende Entscheidung (Abb. 3.3). Es muss allerdings angemerkt werden, dass sie nur in einem Teil der klinischen Fragestellungen als qualitativ hochwertige Evidenz (Grad 1 und 2) aus klinischen Studien verfügbar ist [6]. In der klinischen Praxis muss deshalb die jeweils bestverfügbare Evidenz zugrunde gelegt werden.

Tabelle 3.1 Evidenzbasierte Leitlinien

Evidenz

Evidenzbasierung („äußere“ Evidenz)

Evidenzbasierte Medizin

Evidence-based Medicine ist die gewissenhafte, ausdrückliche und vernünftige Berücksichtigung der gegenwärtig besten Evidence bei der Entscheidungsfindung in der Betreuung individueller Patienten (Sackett et al 1996).

Evidence-based Medicine ist die Integration der best verfügbaren wissenschaftlichen Evidence mit klinischer Expertise und den Präferenzen des Patienten (Sackett et al 2000).

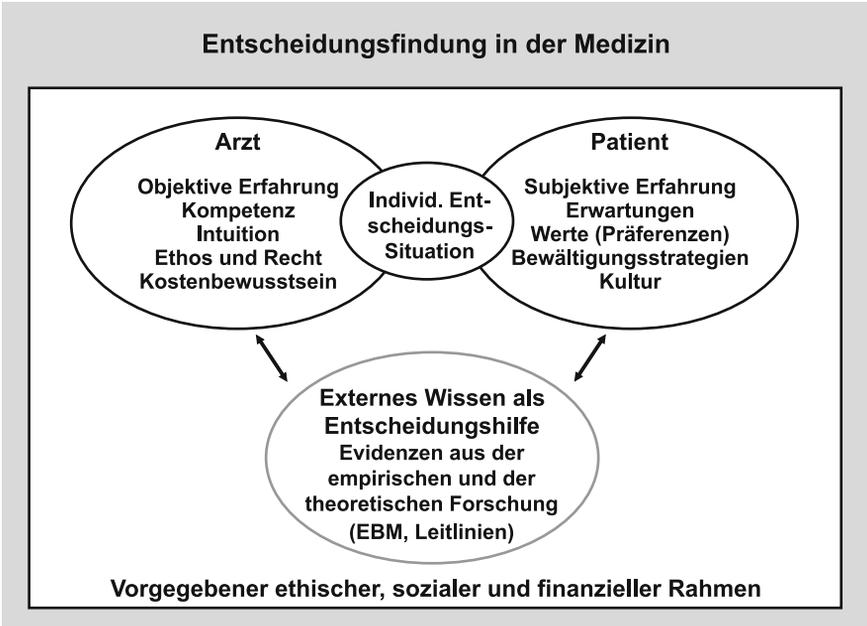


Abb. 3.1 Entscheidungsfindung in der Medizin

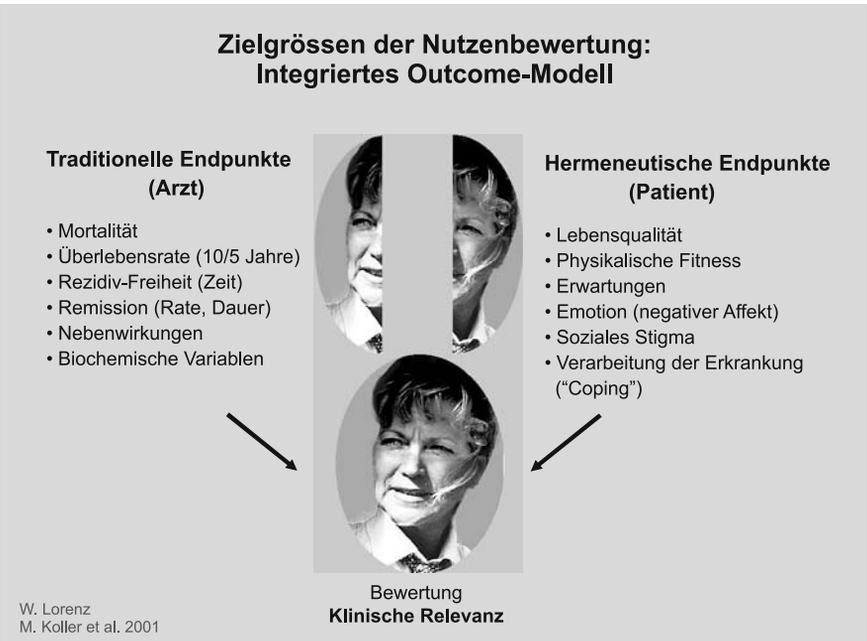


Abb. 3.2 Zielgrößen der Nutzenbewertung: Integriertes Outcome-Modell (Lorenz, Koller et al, 2001)

**Klassifizierung der Evidenz:
Evidenzlevel (1–5) und Empfehlungsgrade (A–D)**
(Oxford Centre of Evidence Based Medicine (1999))

A	1-a	Evidenz durch systematisches Review randomisierter kontrollierter Studien (RCT)
	1-b	Evidenz durch eine geeignet geplante RCT
	1-c	Alle-oder-Keiner-Prinzip
B	2-a	Evidenz durch systematisches Review gut geplanter Kohortenstudien
	2-b	Evidenz durch eine gut geplante Kohortenstudie/RCT mässiger Qualität (z.B. <80% Follow-up)
	2-c	Evidenz durch Outcome-Research-Studien
	3-a	Evidenz d. systemat. Review gut geplanter Fall-Kontrollstudien
	3-b	Evidenz durch eine Fall-Kontroll-Studie
C	4	Evidenz durch Fallserien/Kohorten- und Fall-Kontrollstudien mässiger Qualität
D	5	Expertenmeinung ohne explizite kritische Bewertung oder basierend auf physiologischen Modellen, Laborforschungsergebnissen oder „first principles“

Abb. 3.3 Klassifizierung der Effizienz (Oxford Centre of Evidenced Based Medicine, 1999)

**Klassifikation von Leitlinien
(AWMF 2004)**

Typ	Charakteristika der Entwicklung	Erstellungsaufwand	Wissenschaftl. Legitimation der Methode	Legitimation für Umsetzung
Evidence und Konsens basierte LL (S3)	Gremium repräsentativ Systematische Evid.bas. Strukt. Konsensfindung	sehr hoch	hoch	hoch
Evidence basierte LL (S2e)	Gremium selektiert Systematische Ebasierung Keine strukt. Konsensfindg.	hoch	hoch	mittel
Konsens basierte LL (S2k)	Gremium repräsentativ Keine system. Ebasierung Strukt. Konsensfindung	mittel	niedrig	hoch
Handlungsempfehlung von Experten (S1)	Gremium selektiert Keine system. Ebasierung Keine strukt. Konsensfindg.	gering	niedrig	gering

Abb. 3.4 Klassifikation von Leitlinien (Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften – AWMF, 2004)

Leitlinien können entsprechend ihrer wissenschaftlich-methodischen Legitimation hierarchisch klassifiziert werden. Die von der AWMF entwickelte Drei-Stufen-Klassifikation (S1–S3) von Leitlinien ist national und international akzeptiert (Abb. 3.4).

Die evidenzbasierte, leitliniengerechte Gesundheitsversorgung ist ein ethischer Imperativ und bedeutet keine wirkliche Einschränkung der ärztlichen Therapiefreiheit. Die äußere Evidenz kann allerdings dabei nicht alleinige Grundlage klinischer Entscheidungen beim einzelnen Kranken sein und nicht zuletzt basiert die Entscheidungsfindung in der Medizin vielfach auf unsicherem Wissen, eben der jeweils bestverfügbaren Evidenz [2].

II. Wirtschaftliche und strukturelle Aspekte

Wirtschaftliche und strukturelle Aspekte stehen bei der Erörterung unseres Themas im Vordergrund. Sie werden gegenwärtig wesentlich durch die allein aus Gründen der Finanzierbarkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) eingeführten neuen Wettbewerbsrahmenbedingungen im GKV-Modernisierungsgesetz (GMG, 2003) und im GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG, 2006) bestimmt.

Die im Prinzip sinnvolle Einführung des deutschen DRG-Fallpauschalensystems hat viele Krankenhäuser und insbesondere die Universitätsklinik und Häuser der Maximalversorgung durch die nicht sachgerechte Abbildung der kostenträchtigen Behandlung Schwerkranker und komplizierter Erkrankungen und Prozeduren in eine finanzielle Schieflage gebracht, die in ihren Konsequenzen erst nach Beendigung der Konvergenzphase (2009) voll durchschlagen wird. Trotz eines fortlaufenden positiven Dialogs zwischen den medizinischen Fachgesellschaften und dem Institut für Entgeltsysteme im Krankenhaus (InEK) mit entsprechenden Verbesserungen werden nur etwa 80% der Diagnosen und Prozeduren im G-DRG-Katalog sach- und kostengerecht abgebildet. Etwa 20% erfordern wegen ihrer speziellen Diagnostik und Therapie oder wegen ihrer sachlichen und finanziellen „Ausreißer“-Problematik eine individuelle Bewertung. Die gezielte oder generelle Herausnahme dieser Fälle aus dem DRG-System – wie in Australien und anderen Ländern – wird aber bisher aus wirtschaftlichen Überlegungen politisch verweigert. Der deutsche 100%-Ansatz des DRG-Systems ist im Übrigen weltweit einmalig. Der gleichzeitig vorgegebene budgetierte Finanzrahmen der Krankenhäuser wirkt sich damit erheblich auf die ärztlichen Therapiemöglichkeiten aus.

Hinzu kommt die Einflussnahme der Kostenträger über die von ihnen veranlassten Prüfverfahren durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen (MDK), die aus ärztlicher und Krankenhaussicht überzogen und meist ungerechtfertigt erscheinen. Ihr überzogener Einsatz hat wohl vorwiegend wirtschaftspolitische Beweggründe der Kostenträger und trägt weiter zur Demotivierung und indirekten Einschränkung der ärztlichen Therapiefreiheit bei.

Als Folge der sinnvollen Umstrukturierung von Behandlungsabläufen im Krankenhaus (Klinische Patienten- oder Behandlungspfade) und der bisher allerdings

nur schleppenden Weiterentwicklung einer integrierten ambulanten und stationären Krankenversorgung wird sich die Zahl der Krankenhausbetten und Krankenhäuser weiter verringern, was aber nicht notwendigerweise zu einer Einschränkung der Therapiefreiheit führen muss, sondern nur zur Verlagerung von Leistungen. In Deutschland kommen z. Zt. auf 1.000 Einwohner 6 Krankenhausbetten, im internationalen Vergleich im Schnitt nur 3,5. Dies erfordert eine noch stärkere Integration von stationärer und ambulanter Behandlung. Sie werden allerdings von dem folgenden Referenten hören, dass die wirtschaftlichen, politischen und strukturellen Pressionen auf die ärztliche Therapiefreiheit im ambulanten Sektor ungleich größer erscheinen, vielleicht weil sie sich beim einzelnen Vertragsarzt direkt und stärker auswirken als im Krankenhaus, und weil dies sogar wahrscheinlich politisch gewollt ist.

Inwieweit wird die ärztliche Therapiefreiheit im Krankenhaus durch Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA), die Empfehlungen des Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) und weitere äußere Faktoren beeinflusst (Tab. 3.2)?

Die Entscheidungen des GBA über die Zulassung eines Medikamentes oder einer Maßnahme als erstattungsfähige GKV-Leistung können die ärztliche Therapiefreiheit durchaus einschränken. Der Ausschuss muss angesichts begrenzter Ressourcen des Gesundheitssystems – eine weltweite Erfahrung – normative Entscheidungen treffen. Bei der Einführung von Innovationen in die GKV gilt im Krankenhaus die „Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt“ – im Gegensatz zum ambulanten Bereich mit dem generellen „Verbot bei Erlaubnisvorbehalt“. Der GBA kann bei seinen normativen Entscheidungen nicht medizinische Leitlinien im Sinne von Richtlinien in Anspruch nehmen.

Tabelle 3.2 Wirtschaftliche und strukturelle Einflüsse auf die ärztliche Therapiefreiheit im Krankenhaus

G-DRG Fallpauschalenkatalog

Prüfverfahren des Med. Dienstes der Krankenkassen (MDK)

Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA)

Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit in der Medizin (IQWiG)

Umstrukturierung von Behandlungsabläufen im Krankenhaus

- Horizontalvernetzung, Zentrenbildung
- Klinische Behandlungspfade
- Zentrale Einkaufsentscheidungen des Trägers

Arztbild der Zukunft im Krankenhaus

Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen

Integrierte Versorgung

- Ärztliches Vertragsrecht im ambulanten Bereich

Strukturierte Behandlungsverträge (DMPs)

Ambulantes Operieren

Mindestmengenregelung

Nicht kommerzielle klinische Studien (Therapieoptimierung)

Off-Label Use

Die Idealforderungen des GBA für die Zulassung eines neuen Medikamentes können außerdem in der Praxis nicht erfüllt werden, da das Abwarten der Ergebnisse klinischer Studien im Behandlungsalltag (Versorgungsforschung) eine unangemessene Verzögerung der Einführung von Innovationen bedeuten würde und methodisch bedingt auch nur bei einem Teil der Entscheidungen die angestrebte qualitativ höchstwertige Evidenz erreicht werden kann. In der Praxis muss deshalb die nach evidenzbasierter Recherche jeweils „bestverfügbare“ Evidenz zugrunde gelegt werden. Zudem spiegeln klinische Studien unter Idealbedingungen (efficacy, Wirksamkeitsnachweis) nicht deren Ergebnisse an einem nicht selektionierten alltäglichen Krankengut (effectiveness) wieder. Durch Ein- und Ausschlusskriterien in klinischen Studien werden ein großer Anteil und gerade die problematischen Patienten häufig nicht erfasst.

Aus diesem Grunde werden auch die publizierten Daten und Schlussfolgerungen des IQWiG von der Ärzteschaft zum Teil mit Skepsis aufgenommen. Das Institut hat die Aufgabe der Nutzenbewertung und seit Einführung des GKV-WSG (2006) auch der Kosten-Nutzen-Bewertung. Es bedient sich der wissenschaftlich etablierten Methodik der Evidenzbasierung, berücksichtigt aber nicht ausreichend, dass die angeforderte hohe Evidenzstärke klinischer Studien für viele Erkrankungen oder Fragestellungen nicht existiert oder nicht erbracht werden kann und klinische Studien (Phase III) nicht die reale Krankenwelt widerspiegeln. Die Schlussfolgerungen des IQWiG, das zwar nur Empfehlungen für den GBA abgibt, werden deshalb von der Ärzteschaft häufig als ungerechtfertigter Eingriff in die ärztliche Therapiefreiheit empfunden.

Die notwendige und weitgehend auch sinnvolle Umstrukturierung von Behandlungsabläufen im Krankenhaus, z. B. durch die Horizontalvernetzung benachbarter operativer und konservativer Fachgebiete, die Bildung patienten- und krankheitsorientierter Organzentren und ressourcenorientierter Zentren im Dienstleistungsbereich (Labor, Radiologie), führt zu einer Einschränkung der ärztlichen Therapiefreiheit des einzelnen Krankenhausarztes, muss aber deshalb nicht zum Nachteil des Patienten gereichen. Er profitiert vielmehr vom gebündelten Wissen mehrerer Spezialisten (Kompetenz und Konsens) und von dem größeren, mit klinischen Behandlungspfaden verbundenen organisatorischen Komfort.

Die strukturellen Veränderungen, namentlich in den Krankenhäusern mit privater Trägerschaft, führen auch zu einer Veränderung des zukünftigen Arztbildes. Dies impliziert eine – ebenfalls weltweit registrierbare – ärztliche Berufsunzufriedenheit (sog. physician factor) und schränkt die Therapiefreiheit des einzelnen Arztes zweifellos ein.

Beispielhaft sei der Entwurf des zukünftigen Arztbildes der Rhön-Klinikum AG angeführt, der eine vierstufige ärztliche Arbeitsteilung im Krankenhaus vorsieht [7]:

1. Der Patientenbetreuer (Case-Manager), der den Patienten durch das Krankenhaus begleitet.
2. Hochdifferenzierte Spezialisten zur Durchführung diagnostischer und therapeutischer Eingriffe.

3. Der Systembetreuer (Qualitätsbeauftragter, Controlling).
4. Der erfahrene Gutachter (Zweitmeinung).

Gleichzeitig wird die Übernahme bisher ärztlicher Tätigkeiten durch andere Gesundheitsberufe diskutiert. Die Delegation oder Substitution „ärztlicher Leistungen“ wird z. B. in den operativen Fächern erprobt (CTA, MAFA). Chirurgen und Anästhesisten sollen entlastet, aus ökonomischer Sicht eingespart werden. Der Arzt benötigt aber vielmehr die Entlastung von primär nicht-ärztlichen Tätigkeiten, die ihm in zunehmendem Umfang aufgebürdet werden. Diese Problematik haben wir mit Ihnen, sehr geehrter Herr Dr. Wienke, mehrfach diskutiert und danken Ihnen für Ihre juristische Aufklärungsarbeit und Unterstützung [8]. Es bedarf dringend einer positiven Definition essentieller, nicht delegierbarer ärztlicher Leistungen, um hier eine Fehlentwicklung zu vermeiden.

Weitere strukturell und wirtschaftlich bedingte Einschränkungen der ärztlichen Therapiefreiheit überschneiden sich mit dem ambulanten Bereich: Strukturierte Behandlungsprogramme (DMPs), Integrationsverträge, Verbandsverträge, Rabattverträge, zentrale Einkaufsentscheidungen des Trägers etc.

Eine weitere Problematik für das Krankenhaus bietet das ambulante Operieren, weil hier z. T. Eingriffe, die aus chirurgischer oder anästhesiologischer Sicht und aus Sicht der Patientensicherheit stationär durchgeführt werden sollten, aus wirtschaftlichen Überlegungen unter Druck der Kostenträger ambulant durchgeführt werden sollen.

Bei der Mindestmengenregelung handelt es sich um normative Entscheidungen, die sich nur für wenige Diagnosen und Eingriffe (Oesophaguskarzinom, Pankreaskarzinom) wissenschaftlich belegen lassen. Es erscheint einleuchtend, ist aber eben nicht nachweisbar, dass die Erfahrung an einem größeren Krankengut auch bessere Ergebnisse zeitigt, wobei noch zwischen dem einzelnen Operateur und der Institution differenziert werden muss. Die Mindestmengenregelung schränkt die Therapiefreiheit des einzelnen Arztes und die Flexibilität der Krankenhäuser erheblich ein. Andererseits muss betont werden, dass seltene, spezielle und besondere Risikoeingriffe an Zentren durchgeführt werden sollten und allein die Herkunft eines Operateurs aus einem derartigen Zentrum die Vornahme entsprechender Eingriffe anderenorts oder in der Peripherie nicht rechtfertigen kann. Der Patient hat Anspruch auf eine kompetente Behandlung mit ganzer interdisziplinärer Bandbreite.

Besondere Reibungspunkte mit den Kostenträgern ergeben sich erfahrungsgemäß bei kostspieligen Therapien. Als Beispiele seien hier die Therapieoptimierungsstudien und der Off-Label-Use in der Onkologie angeführt.

III. Zusammenfassung

Medizinische Leitlinien bedingen per se keine Einschränkung der Therapiefreiheit. Sie enthalten bewusst einen Entscheidungskorridor, von dem im Einzelfall abgewichen werden kann oder sogar muss. Hochwertige und in der Praxis

erprobte Leitlinien bieten dem Patienten therapeutische Vorteile. Ihre Nichtbeachtung durch Nichtwissen oder Ablehnung bedeutet einen Verstoß gegen die ärztliche Ethik.

Leitlinien haben keine haftungsrechtlichen Implikationen. Der juristische Begriff des „medizinischen Standards“ wird als der jeweilige Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse, der zur Erreichung eines Behandlungsziels erforderlich *und* in der Praxis erprobt ist, definiert.

Evidenzbasierung bedeutet die strukturierte wissenschaftliche Analyse des in der Literatur verfügbaren Wissens (äußere Evidenz). Evidenzbasierte Medizin bedeutet die Berücksichtigung der ärztlichen Erfahrung (Expertise), der Präferenzen des Patienten und der äußeren Evidenz bei der Entscheidung über die Behandlung individueller Gesundheitsprobleme.

Die gegenwärtige Realität der ärztlichen Therapiefreiheit im Krankenhaus stellt sich wie folgt dar: Von allen Ärzten aus unterschiedlichen Hierarchieebenen wird eine „gefühlte Einschränkung“ der Therapieentscheidungen durch wirtschaftlichen Druck und rechtliche Vorgaben, die wiederum meist wirtschaftlich motiviert sind, empfunden. Es besteht aber bei der Behandlung des einzelnen Patienten im Krankenhaus bisher keine direkte Einschränkung der Therapiefreiheit durch individuelle Vorgaben oder Verbote. Aus ärztlichen Überlegungen, z. B. bei fortgeschrittenen Tumorerkrankungen, erscheint ein begründeter Therapieverzicht individuell sinnvoll. Die Maxime „nicht alles, was möglich ist, muss auch therapeutisch umgesetzt werden“ und das Verantwortungsbewusstsein des einzelnen Arztes für eine gerechte Verteilung der finanziellen Ressourcen im Gesundheitssystem haben zugenommen. Der erste Satz der ärztlichen Berufsordnung lautet: „Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes.“

Sinnvolle strukturelle Veränderungen im Krankenhaus (klinische Behandlungspfade, Zentrenbildung, integrierte Versorgung) mit dem Ziel einer optimalen und wirtschaftlichen interdisziplinären Behandlung bedeuten keine Einschränkung der ärztlichen Therapiefreiheit. Konflikte ergeben sich durch die Entscheidungen des GBA und Empfehlungen des IQWiG, insbesondere bei der Einführung von Innovationen, sowie individuelle Vereinbarungen mit den Kostenträgern (z. B. Prüfverfahren des MDK, Innovationen, Mindestmengenregelung, strukturierte Behandlungsprogramme (DMPs), onkologische Therapieoptimierungsstudien, Off-Label-Use).

Literatur

1. Laufs A (2002). Die Wandlung des Arztbildes. *RöFo* 174: 1184–1191
2. Encke A, Kopp I, Selbmann H-K (2006). Ethische Implikationen der evidenzbasierten Medizin/Chirurgie: *Viszeralchirurgie* 41: 371–375
3. Grol R, Grimshaw J (2003). From the best evidence to the best practice: Effective implementation of change in patient care. *Lancet*; 362: 1225–1230
4. Ulsenheimer K (2006). Chirurgie und Recht. In: Becker H, Encke A, Röher HD (Hrsg). *Viszeralchirurgie*. 2. Aufl.; 223–243

5. Sackett DL, Rosenberg WMC, Gray JA, Haynes RB, Richardson WS (1969). Editorial – Evidence- based medicine: what it is and what it isn't. *BMJ* 312:71–72
6. Neises G, Windeler J (2001). Wie viel ist evidenzbasiert? Eine Übersicht zum aktuellen Forschungsstand. *ZaeFQ* 95: 95–104.
7. Pföhler W (2006). Mit Lotsen durch die Klinik. *DER SPIEGEL* (41/2006) – 09.10.2006.
8. Wienke A (2007). Delegation ärztlicher Leistungen. Vortrag Delegiertenkonferenz der AWMF – 12.5.2007 Frankfurt/Main

This page intentionally left blank

Juristische Bewertung des Status quo: Stärkung der Autonomie oder Verlust der Freiberuflichkeit?

Winfried Kluth

I. Die Suche nach dem Status quo in einer Zeit des Wandels

Das gesamte Gesundheitswesen und mit ihm auch das ärztliche Berufsrecht als eine seiner tragenden Säulen befinden sich seit mehr als zehn Jahren in einem Strudel der Veränderungen.¹ Im Ein- bis Zweijahrestakt erlässt der Deutsche Bundestag Reformgesetze, die sich direkt oder indirekt auch auf die ärztliche Berufspraxis auswirken. Die Proteste der Ärzteschaft im Jahr 2007 markieren einen Höhepunkt der berufs- und gesellschaftspolitischen Auseinandersetzungen, die mit diesem Wandel verbunden sind. Dem von der Ärzteschaft² an die Wand gemalten Szenario der Staatsmedizin hält die Politik auf den ersten Blick zweckrational verfasste Instrumente wie den Vertragswettbewerb und die Wirtschaftlichkeitsprüfung entgegen.

Angesichts dieser tatsächlichen, rechtlichen und semantischen Gemengelage einen Status quo juristisch zu bewerten, ja einen solchen überhaupt zu identifizieren, erweist sich als eine große Herausforderung, wenn nicht gar Überforderung. Zu zahlreich und vielfältig sind die Veränderungen, die Gesundheitssystem und ärztliches Berufsrecht erfahren haben. Dabei reicht es auch nicht mehr aus, zwischen den niedergelassenen Ärzten und den Krankenhausärzten zu unterscheiden, wie es herkömmlicherweise der Fall war. Durch die integrierte Versorgung und neue Formen der beruflichen Kooperation ist ein breites Spektrum von Betätigungs- und Organisationsformen entstanden bzw. im Entstehen, dessen typisierende Erfassung noch aussteht. Die bereits seit vielen Jahren fragile Einheit des ärztlichen Berufsrechts ist damit vollends aufgebrochen bzw. bedarf einer neuen Erfassung und Verortung.

¹ Als Zäsur kann insbesondere das Gesundheitsreformgesetz von 1989 (G. v. 20.12.1988, BGBl. I S. 2477) angesehen werden. Siehe zu den weiteren Reformgesetzen den guten Überblick bei Zuck, in: Quaas/Zuck, *Medizinrecht*, 2004, § 4, Rn. 34 ff.

² Allerdings wird der Ausdruck auch von Regierungsvertretern benutzt, dann jedoch affirmativ.

Vor dem Hintergrund dieser Fülle an Gesichtspunkten soll in diesem Vortrag der Versuch unternommen werden, die wesentlichen strukturellen Merkmale der neueren Entwicklungen einzufangen und die damit verbundenen Veränderungen des ärztlichen Berufsrechts herauszuarbeiten und kritisch zu würdigen.

Damit die Überlegungen sich dabei nicht in den zahlreichen Facetten des Gesundheits- und Medizinrechts verlieren, was angesichts der vielen Kontroversen um jeden der einzelnen Reformschritte sehr leicht geschehen kann, will ich die Thematik ganz aus dem Blickwinkel des Berufsrechts und insbesondere der immer wieder fortgeschriebenen Musterberufsordnung, wie sie vom Deutschen Ärztetag beschlossen wurde, behandeln. Es wird sich zeigen, dass die Musterberufsordnung in vielen Punkten die neueren Entwicklungen widerspiegelt und sich damit als Seismograf der jeweiligen Veränderungen erweist.

II. Die Grundaussagen der Berufsgesetze und der Berufsordnungen

1. Zur Systematik des ärztlichen Berufsrechts

Vor dem Einstieg in die Einzelanalyse möchte ich kurz die komplexe Systematik des ärztlichen Berufsrechts in Erinnerung rufen. Diese ist zum einen durch die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit für das ärztliche Berufsrecht zwischen Bund und Ländern, aber auch durch europarechtliche Vorgaben geprägt.

Die europarechtlichen Vorgaben für das ärztliche Berufsrecht beziehen sich auf die Aus- und Fortbildungsinhalte sowie die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, insoweit diese eine Anerkennung der in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Aus- und Weiterbildung voraussetzen. Die Vorgaben finden sich heute vor allem in den Art. 24 bis 30 der EU-Berufsanerkennungsrichtlinie,³ die die bisherigen sektoralen Richtlinien bei gewissen Vereinfachungen in eine umfassende Richtlinie für alle reglementierten Berufe integriert hat. Diese Vorgaben machen den Arztberuf zu einem europäischen Beruf und erleichtern entscheidend die Mobilität der Berufsträger, ein Umstand, der die aktuell anzutreffende große Bereitschaft deutscher Absolventen, zur Berufsausübung in das Ausland zu wechseln,⁴ wesentlich mitbestimmen dürfte.

Auf staatlicher Ebene ist im Rahmen dieser Vorgaben dem Bund in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG das Recht zur Regelung der Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen zugewiesen. Der Bundesgesetzgeber hat auf dieser Grundlage

³ RL 2005/36/EG, ABLEU Nr. L 255/22. Zur bisherigen Rechtslage *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 52, Rn. 49 ff.

⁴ Siehe dazu die AFP-Meldung vom 27.6.2007: „Zwei Drittel der Medizinstudenten wollen ins Ausland“.

die Bundesärzteordnung⁵ und auf ihrer Grundlage die Approbationsordnung für Ärzte⁶ sowie eine Gebührenordnung für Ärzte⁷ erlassen.

Für die Landesgesetzgeber bleiben demnach die Gesetzgebungsbefugnisse für die Berufsausübung sowie die Fort- und Weiterbildung, insbesondere das Facharztwesen. Letzteres ist sehr weitgehend gemeinschaftsrechtlich bestimmt, während bei der Berufsausübung nur wenige europarechtliche Vorgaben bestehen. Die Länder haben das ärztliche Berufsrecht in enger Verzahnung in den Heilberufsgesetzen⁸ für die einzelnen ärztlichen Berufsrichtungen (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte) sowie die Apotheker und in den meisten Fällen auch die Psychologischen Psychotherapeuten geregelt.

Die Heilberufsgesetze ermächtigen (und verpflichten) ihrerseits die ebenfalls nach diesen Gesetzen errichteten Ärztekammern zum Erlass von Berufs- und Weiterbildungsordnungen. Die dabei zu beachtenden verfassungsrechtlichen Vorgaben sind im Anschluss an die Facharztentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁹ vor allem in Bezug auf die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Ermächtigungstatbestände genau ausgelotet worden.¹⁰ Auch die Anforderungen des Datenschutzes sind inzwischen abgearbeitet.

Um die Diskrepanz zwischen der bundeseinheitlich geregelten Berufszulassung und den landesgesetzlichen bzw. durch die Berufsordnungen der Kammern getroffenen Regelungen zur Berufsausübung und Weiterbildung gering zu halten, orientieren sich die Kammern in der Regel an der vom Deutschen Ärztetag verabschiedeten Musterberufsordnung. Zwar sind die einzelnen Ärztekammern frei, diesem Vorbild zu folgen;¹¹ Abweichungen sind in der Praxis auch zu beobachten, beschränken sich aber auf eine überschaubare Zahl besonders kontroverser Einzelfragen, so dass auch in Bezug auf die Berufsausübung und die Weiterbildung von einer weitgehend homogenen Rechtslage ausgegangen werden kann.

Mit den skizzierten berufsrechtlichen Regelungen von Bund und Ländern sind eigentlich alle relevanten Bereiche abgedeckt. Gleichwohl ist die Bestandsaufnahme noch nicht abgeschlossen, weil der Bundesgesetzgeber auf der Grundlage seiner in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG verankerten Gesetzgebungskompetenz für das Sozialversicherungsrecht im SGB V mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts ein paralleles Berufsrechtsregime etabliert hat. Dieses umfasst neben der Zulassung

⁵ G. v. 7.10.1961, BGBl. I S. 1857. Zu Einzelheiten der Ausbildung und Berufszulassung vgl. *Quaas*, in: *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 2004, § 12, Rn. 12 ff.

⁶ Vom 14.7.1987, BGBl. I S. 1050, neu gefasst durch G. v. 27.6.2002, BGBl. I S. 2405.

⁷ Vom 12.11.1982, BGBl. I S. 1522.

⁸ Übersicht bei *Quaas*, (Fn. 42), § 12, Rn. 2 mit Fn. 11. Siehe auch *Kluth*, Entwicklungsgeschichte und aktuelle Rechtsgrundlagen der Kammern im Überblick, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch des Kammerrechts*, 2005, Abschnitt II, Rn. 8 mit Fn. 10.

⁹ BVerfGE 33, 125 ff.

¹⁰ Siehe nur *Kluth*, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997, S. 487 ff.

¹¹ Eine ausdrückliche Regelung zur Bindungswirkung der Beschlüsse gibt es nicht. Man beruft sich insoweit auf das Gründungsverständnis, wonach der Deutsche Ärztetag im Bereich der Berufsordnungen keine bindenden Beschlüsse fasst. Eine solche Bindungswirkung wäre auch rechtlich problematisch, da die Satzungsautonomie der einzelnen Ärztekammern in Frage gestellt würde.

als Vertragsarzt vor allem bedeutsame und detaillierte Vorgaben für die Berufsausübung. Dabei werden so wichtige Bereiche wie die Vergütung, die Verpflichtungen zu Wirtschaftlichkeit und Qualitätssicherung, die Reichweite der als Sachleistungen zu erbringenden bzw. von der Kostenerstattung erfassten Behandlungen sowie spezifische Vorgaben für die Organisation der Leistungserbringung (Stichworte integrierte Versorgung und Versorgungszentrum) z. T. sehr detailliert geregelt. Auch neue Steuerungsmechanismen wie der Vertragswettbewerb und die der Wirtschaftlichkeit und Qualitätssicherung dienenden Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses finden hier ihre Grundlagen.

Bezogen auf den Berufsalltag ist es sicher nicht falsch festzustellen, dass die berufsbezogenen Regelungen des SGB V und der darauf basierenden normativen Determinanten der sozialen Selbstverwaltung eine größere Bedeutung zukommt als dem eigentlichen Berufsrecht. Dieser Befund spiegelt sich darin wider, dass die meisten Ärzte die Regelungen des SGB V weitaus besser kennen als das sonstige Berufsrecht einschließlich der Berufsordnung.

Die Differenzierung ist aber auch aus einem anderen Grunde wichtig. Stellt man sich nämlich die Frage, in welchem normativen Bereich die eingangs skizzierten Veränderungsimpulse erzeugt werden, so führt dies zu der Erkenntnis, dass die Quelle der Dynamik vor allem im SGB V zu verorten ist. Was der Gesetzgeber in seinen verschiedenen Reformgesetzen dort vollzogen hat, muss anschließend durch das Berufsrecht in den Heilberufsgesetzen und vor allem den Berufsordnungen „verarbeitet“ werden. Diese Verarbeitung sieht – etwas vereinfacht ausgedrückt – so aus, dass in den Berufsordnungen der Versuch unternommen wird, die häufig ökonomisch motivierten Veränderungen des Berufsrechts in Einklang mit den herkömmlichen berufsethischen und freiberuflichen Grundsätzen des ärztlichen Berufsrechts zu bringen.

Damit ist zugleich auch die These für den Vortrag formuliert. Es soll gezeigt werden, dass die meisten Veränderungen des ärztlichen Berufsrechts durch das SGB V, also den Sozialrechtsgesetzgeber, induziert wurden und werden, während das eigentliche Berufsrecht, vor allem die Berufsordnungen, auf diese Veränderungen vor allem reagieren und versuchen, das klassische Berufsbild auch unter gewandelten Rahmenbedingungen zu erhalten.

2. Grundaussagen der Berufsgesetze

a) Bundesärzteordnung

Die Bundesärzteordnung (BÄO), die systematisch das Kerngesetz des ärztlichen Berufsrechts darstellt, formuliert¹² in § 1 aus, welche Aufgaben dem Ärztestand nach Ansicht des Gesetzgebers zugewiesen sind. Dort heißt es:

¹² Von einer Definition zu sprechen, würde den begrenzten Regelungsanspruch des Gesetzes verkennen.

- „(1) Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes.
 (2) Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe, er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.“

Daran anknüpfend heißt es dann in § 2 Abs. 5:

„Ausübung des ärztlichen Berufs ist die Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung Arzt oder Ärztin.“

Was auf den ersten Blick lapidar und selbstverständlich erscheint, birgt vor dem Hintergrund mancher aktueller Entwicklungen ein nicht unerhebliches Problempotential:

Dies betrifft Gesundheit zunächst die ausschließliche Orientierung der Berufsausübung an der Gesundheit. Nicht nur durch die Schönheitschirurgie, sondern auch die Mitwirkung von Ärzten an Abtreibungen und im Bereich der künstlichen Befruchtung können hier nicht mehr schlüssig zugeordnet werden.¹³ Zwar fehlt es nicht an Versuchen, durch eine Ausweitung des Begriffs der Gesundheit in Anlehnung an das Begriffsverständnis der WHO Abhilfe zu schaffen. Sachlich zu überzeugen vermag dies aber nicht.

Ein ähnliches Problempotential begegnet bei Begriff der Heilkunde, dessen begriffliche Fixierung vor allem wegen der Vielzahl unterschiedlicher Verständnisse in einzelnen Gesetzen erschwert wird.¹⁴ Hinzu kommt der stärker werdende Einfluss von nicht an der Schulmedizin orientierten Heilbehandlungen, die ursprünglich nicht als Heilkunde anerkannt wurden, sich angesichts gewandelter gesellschaftlicher Anschauungen und tatsächlicher Verbreitung aber immer deutlicher einen eigenen Geltungsanspruch erarbeitet haben,¹⁵ der bis in das System der Gesetzlichen Krankenversicherung hinein reicht.¹⁶

Bemerkenswert ist schließlich, dass der Bundesgesetzgeber den Arztberuf als einen seiner „Natur nach“ freien Beruf bezeichnet. Nimmt man diese Art der Formulierung ernst, so würde dies bedeuten, dass jedenfalls untergesetzliche bzw. landesrechtliche Abweichungen von einem noch näher zu bestimmenden Leitbild des freien Berufs unzulässig wären. Auch die Regelungen im SGB V zum ärztlichen Berufsrecht wären auf Grund des Gebotes der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung an dieser Vorgabe zu messen.

Allen drei Themenkomplexen ist im weiteren Verlauf der Überlegungen näher nachzugehen.

¹³ Siehe dazu bereits *Kluth*, Probleme der Inanspruchnahme von Ärzten für nichtärztliche Dienstleistungen, in: Thomas (Hrsg.), *Menschlichkeit der Medizin*, 1993, S. 143 ff.

¹⁴ Siehe dazu ausführlich *Schnitzler*, *Das Recht der Heilberufe*, 2004, S. 130 ff.

¹⁵ Siehe dazu (allerdings aus dem Blickwinkel des Heilpraktikergesetzes) *Zuck*, in: *Quaas/Zuck*, (Fn. 38), § 37, Rn. 9 ff.

¹⁶ Siehe zu Einzelheiten BSGE 76, 194 (197 ff.); 81, 54 (65 ff.); *Muckel*, *Sozialrecht*, 2003, S. 122 f. Nach der zitierten Rechtsprechung gehören Außenseitermethoden dann zum Leistungsumfang der GKV, wenn sie durch den Gemeinsamen Bundesausschuss anerkannt wurden. Eine Ausnahme bestehe aber dann, wenn der Bundesausschuss eine solche Anerkennung willkürlich oder aus sachfremden Erwägungen blockiert.

b) Heilberufsgesetze

Die Heilberufsgesetze der Länder, die neben den Ärzten auch die Zahn- und Tierärzte, die Apotheker sowie teilweise die Psychologischen Psychotherapeuten erfassen, folgen in ihrem Regelungsansatz schon wegen des Vorrangs des Bundesrechts der Bundesärzteordnung. Sie verzichten dabei durchweg auf eigenständige Aussagen zu den Aufgaben des Arztes im Allgemeinen und konzentrieren sich auf die Einzelpflichten der Berufsausübung, wie es der Kompetenzverteilung nach dem Grundgesetz entspricht. Im Vordergrund stehen dabei die Regelungen zur Fort- und Weiterbildung und in diesem Zusammenhang zu den einzelnen Facharzttrichtungen. Hinzu kommen die gesetzlichen Vorgaben für die einzelnen Berufspflichten, die in den Berufsordnungen näher konkretisiert werden und deshalb auch in diesem Kontext näher betrachtet werden sollen.

3. Grundaussagen der Berufsordnungen¹⁷

Die ärztlichen Berufsordnungen werden durch eine Präambel eingeleitet, in der das berufsethische Grundverständnis und die Zielsetzung der Berufsordnung losgelöst von den bundesgesetzlichen Vorgaben¹⁸ umschrieben werden. Dabei werden vier Hauptziele hervorgehoben:

- das Vertrauen zwischen Ärzten und Patienten zu erhalten und zu fördern,
- die Qualität der ärztlichen Tätigkeiten im Interesse der Gesundheit der Bevölkerung sicherzustellen,
- die Freiheit und das Ansehen des Arztberufs zu wahren,
- berufswürdiges Verhalten zu fördern und berufsunwürdiges Verhalten zu verhindern.

Bereits diese Zielsetzungen lassen erkennen, dass es sowohl um zwingende Verhaltenslenkung als auch um Anreize für Verhaltensoptimierungen geht. Dies ist bei der Interpretation der einzelnen Normen zu berücksichtigen.

a) Tätigkeitsziele

Anknüpfend an die Vorgabe in § 1 Abs. 1 BÄO werden in der Programmnorm¹⁹ des § 1 Abs. 2 MBO die allgemeinen Ziele jeglicher ärztlichen Tätigkeit umschrie-

¹⁷ Im Folgenden wird die Musterberufsordnung (MBO) zugrunde gelegt. Soweit Berufsordnungen der Ärztekammern maßgeblich von der MBO abweichen, ist dies kenntlich gemacht.

¹⁸ Es wird der Eindruck eines autonomen Rechtsetzungsaktes erweckt, wie er allenfalls bei den ohne ausreichende gesetzliche Grundlage beschlossenen Standesordnungen vorlag.

¹⁹ So zutreffend *Lippert*, in: *Ratzel/Lippert, MBOÄ*, 3. Aufl. 2002, § 1, Rn. 1.

ben. Dabei geht die Formulierung über den Gesetzestext sowohl sachlich als auch hinsichtlich der terminologischen Differenzierung hinaus:

„Aufgabe der Ärztinnen und Ärzte ist es, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen, Leiden zu lindern, Sterbenden Beistand zu leisten und an der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Gesundheit des Menschen mitzuwirken.“

Man kann in der Umschreibung der ersten vier Tätigkeitsfelder auch eine Umschreibung dessen sehen, was Heilbehandlung und Heilkunde im heutigen Verständnis ausmachen. Lediglich der Aspekt der Prävention, den man in den Gesundheitsschutz hineinlesen kann, wird noch nicht explizit formuliert.

Praktisch bedeutsam ist aber auch, dass zugleich Betätigungsfelder wie die künstliche Befruchtung einschließlich der damit verbundenen diagnostischen und therapeutischen Verfahren, die Abtreibung und die isolierten²⁰ kosmetischen Maßnahmen aus dem „normalen“ Betätigungsfeld des Arztes herausgenommen und jedenfalls teilweise einem eigenen Abschnitt zugewiesen werden, der mit „besondere medizinische Verfahren“ überschrieben ist und an späterer Stelle eine nähere Analyse erfährt.²¹ Diese Regelungstechnik lässt eine Spannungslage im Berufsbild erkennen, indem einerseits die Reichweite genuin ärztlichen Handelns beschränkt wird, andererseits die in vieler Hinsicht umstrittenen und problematischen²² „besonderen medizinischen Verfahren“ durch die Aufnahme in die Berufsordnung durch den Berufsstand selbst²³ als *berufswürdige* Verhaltensweisen sanktioniert werden.

Das damit umschriebene Tätigkeitsfeld wird in § 7 MBO durch die Vorgabe von Behandlungsgrundsätzen und Verhaltensregeln konkreter ausgestaltet.²⁴ Diese Grundsätze werden ihrerseits in weiteren Normen detaillierter ausgeformt.

Im Vordergrund steht zunächst die Absage an einen übertriebenen Paternalismus, indem in § 7 Abs. 1 MBO statuiert wird, dass jede medizinische²⁵ Behandlung unter Wahrung der Menschenwürde und unter Achtung der Persönlichkeit,

²⁰ In Abgrenzung zu kosmetischen Maßnahmen, die im Zusammenhang mit Verletzungen im Rahmen der Wiederherstellung der Gesundheit vorgenommen werden.

²¹ Ganz „herausgenommen“ sind auf Tötung abzielende Maßnahmen der so genannten Sterbehilfe.

²² Siehe dazu auch aus dem Blickwinkel der Gewissensfreiheit *Kluth*, Der Preis der Gewissensfreiheit im weltanschaulich pluralen Leistungsstaat. Eine exemplarische Untersuchung im Bereich des Gesundheitswesens, in: Muckel (Hrsg.), Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat, Festschrift für Wolfgang Rübner, 2003, S. 459 (464 ff.).

²³ Dass die gesetzgeberische Zuweisung etwa der Abtreibung und der künstlichen Befruchtung durch die jeweiligen Arztvorbehalte an den Berufsstand dafür die Hauptverantwortung trägt und eine Ignorierung dieser Vorgaben bei Erlass der Berufsordnungen nicht möglich war, muss dabei jedoch mit berücksichtigt werden. Siehe zu diesem Gesichtspunkt *Hillgruber*, Fremdbestimmung des Arztes durch Politik und Gesetzgeber, in: Thomas (Hrsg.), Ärztliche Freiheit und Berufsethos, 2005, S. 155 ff.

²⁴ Die Grundsätze basieren u.a. auf den Beschlüssen des Weltärztebundes und der von ihm verabschiedeten Deklaration von Helsinki. Siehe dazu *Hohmel*, Die rechtliche Einordnung der Deklaration von Helsinki, 2005.

²⁵ Es wird hier auffälligerweise nicht von ärztlicher Behandlung gesprochen.

des Willens und der Rechte der Patientinnen und Patienten zu erfolgen hat. Hervorgehoben werden in Absatz 2 sodann die freie Arztwahl sowie das Recht auf eine zweite Meinung. Eine inzwischen unter Änderungsdruck stehende Regelung enthält der dritte Absatz, wenn er für die individuelle Beratung die Mündlichkeit als unverzichtbaren Bestandteil ansieht. Eine ausschließlich auf moderne Kommunikationsmedien zurückgreifende Beratung ist damit ausgeschlossen.

b) Ausgestaltung der Freiberuflichkeit

Die in der Bundesärzteordnung begründete Qualifizierung des Arztberufes als freier Beruf wird in der Berufsordnung in ihren einzelnen Elementen näher ausgestaltet. Dies geschieht nicht explizit, sondern erschließt sich dem Leser erst dann, wenn er sich die Hauptmerkmale der Freiberuflichkeit vor Augen führt, wie sie in Wissenschaft und Praxis herausgebildet wurden.²⁶ Es handelt sich dabei um folgende Einzelmerkmale:

Erbringung „ideeller Leistungen“

Prägend für die freiberufliche Arbeitsleistung soll nach herkömmlicher Ansicht die *ideelle*, nicht die *materielle* Wertschöpfung der beruflichen Betätigung sein. Dabei darf die Betonung des ideellen Charakters nicht im Sinne einer intellektuellen Leistung missverstanden werden, da bei anerkannten freien Berufen wie etwa den Architekten und Ingenieuren die Gestaltung von und der Umgang mit Material eine bedeutsame Rolle spielen. Zudem wird betont, dass damit weder eine qualitative Bewertung verbunden sein noch eine altruistische Ausrichtung unterstellt werden soll.²⁷ Auch der freie Beruf dient der Sicherung des Lebensunterhalts.

In der Berufsordnung wird dieses Merkmal durch die Unvereinbarkeitsregelung in § 3 konkretisiert.

Persönliche Leistungserbringung

Prägend ist für die freien Berufe bis heute die grundsätzlich persönliche Erbringung der Leistung. Dadurch sind der Organisation der Arbeitsabläufe, insbesondere der Delegation, an nicht entsprechend qualifizierte und dem Auftraggeber bekannte Dritte, enge Grenzen gesetzt. Die erbrachte Leistung soll den „Stempel der Persönlichkeit des Berufsträgers“ tragen.²⁸ In ihr soll sich seine besondere

²⁶ Dazu eingehend *Pitschas*, Das klassische Leitbild des Freien Berufs in der deutschen Rechtsordnung, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2005, 2006, S. 349 ff.

²⁷ *Pitschas*, Recht der freien Berufe, in: Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 2, 1996, § 9, Tz. 12.

²⁸ So *Pitschas*, (Fn. 64), § 9, Tz. 13.

fachliche Qualifikation widerspiegeln. In der Systematik des Berufsrechts wird diese Vorgabe vor allem durch den Arztvorbehalt und einzelne Delegations- und Kooperationsregelungen, wie z. B. § 23b MBO, umgesetzt.

Inhaltlich-fachliche Eigenbestimmtheit der Leistungserbringung

Die namensgebende Freiheit des Freiberuflers knüpft an die eigene, persönliche Bestimmung des Leistungsinhalts an. Der Freiberufler unterliegt insbesondere keinem Direktionsrecht des Auftraggebers, das sich auf die Einzelheiten²⁹ seiner Tätigkeit bezieht. Diese besondere Stellung kann aus der Sicht des Auftraggebers auch zu Spannungen führen, da das Berufsrecht der Durchsetzung seiner „Wünsche“ Grenzen setzt.³⁰ Die Musterberufsordnung konkretisiert dieses Merkmal in § 2 Abs. 4, indem sie Ärzten untersagt, Weisungen von Nichtärzten entgegenzunehmen.

Eine andere Facette dieser Thematik wird angesprochen, wenn es um das Direktionsrecht zwischen Berufsträgern geht, bei denen der eine dem anderen übergeordnet ist, wie sie etwa im Krankenhausbetrieb im Verhältnis Chefarzt – Stationsarzt – Assistenzarzt anzutreffen ist.³¹

Wirtschaftliche Selbstständigkeit des Berufsträgers

Die wirtschaftliche Selbstständigkeit charakterisiert den durchweg mittelständischen Charakter der freien Berufe und sichert die Unabhängigkeit ökonomisch ab. Vor dem Hintergrund der großen Zahl abhängig beschäftigter Berufsträger, wie sie seit jeher vor allem bei den Krankenhausärzten, inzwischen aber auch bei den niedergelassenen Ärzten anzutreffen sind, hat die prägende Kraft dieses Merkmals deutlich an Bedeutung verloren.³² Da mit der Anstellung nicht nur die (volle) wirtschaftliche Unabhängigkeit verloren geht, sondern in einem gewissen Umfang auch eine Weisungsunterworfenheit begründet wird, stellt sich hier die Frage, inwieweit innerhalb einzelner Berufsbilder eine differenzierende Betrachtung und Zuordnung zu erfolgen hat. Die Musterberufsordnung hat auf den Wandel im Bereich der niedergelassenen Ärzte durch die Einfügung des § 19 reagiert, der sich mit der Beschäftigung angestellter Praxisärzte befasst.³³ Ergänzende Regelungen finden sich in § 23 bis 24 MBO (Einzelheiten zum Inhalt der Beschäftigungsverhältnisse, zu den Ärztegesellschaften und Praxisverbänden).

²⁹ Die Beauftragung als solche und auch ihr Ziel steht selbstverständlich in der Bestimmungsmacht des Auftraggebers. Diesem korrespondiert die Entscheidungsfreiheit des Freiberuflers, den Auftrag anzunehmen oder nicht.

³⁰ So auch *Pitschas*, (Fn. 64), § 9, Tz. 14.

³¹ Siehe dazu näher *Lippert*, in: *Ratzel/Lippert*, (Fn. 19), § 2, Rn. 19.

³² Siehe auch *Pitschas*, (Fn. 64), § 9, Tz. 15; *Taupitz*, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, 1991, S. 46 ff.

³³ Siehe dazu auch *Narr*, *Der Arzt als Arbeitgeber*, 1983.

Qualifizierte Ausbildung

Ein zentrales Merkmal der freien Berufe ist die qualifizierte, insbesondere wissenschaftliche bzw. akademische Ausbildung.³⁴ Darin spiegelt sich die „Expertenfunktion der Freiberufler“ wider, denen bewertende und beurteilende Funktionen von gehobener gesellschaftlicher Bedeutung zugewiesen sind.³⁵

Zunächst ist dazu relativierend anzumerken, dass die Erforderlichkeit einer hohen fachlichen Qualifikation kein Alleinstellungsmerkmal der freien Berufe darstellt. Auch andere Berufe, wie etwa der Richter oder der in der Industrie oder Hochschule tätige Forscher und Wissenschaftler, müssen von Rechts wegen über eine hohe fachliche Qualifikation verfügen.

Hinzu kommt, dass es auch bei den freien Berufen im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer explizit akademisch-wissenschaftlichen Ausbildung immer schon und immer wieder Kompromisse und Übergangsbereiche gab und gibt. So ist etwa der Zugang zum steuerberatenden Beruf auf mehreren Wegen möglich. Für den Arztberuf gilt dies aber nicht. Bei ihm ist der Berufszugang weiterhin an das Hochschulstudium und die anschließenden Staatsexamina gebunden.

Gemäßigtes Gewinnstreben

Der Freiberufler wird in vielen Zusammenhängen vom Gewerbetreibenden abgegrenzt, indem seine Gewinnerzielungsabsicht wenn auch nicht negiert, so doch relativiert wird. Dies ist so zu verstehen, dass die eigenen wirtschaftlichen Interessen zurückgestellt werden (sollen). Jedenfalls soll ein übertriebenes Gewinnstreben verhindert werden. *Pitschas* spricht insoweit tonmalerisch von einem „Grundakkord des Altruismus“.³⁶

Sachlich spiegelt sich in dieser durch die jeweiligen Gebührenordnungen normativ umgesetzten Vorgabe ein Teil der besonderen Gemeinwohlverantwortung der freien Berufe wider.³⁷ So wird vor allem bei den Rechtsanwälten, Notaren und Ärzten auch eine soziale Komponente ihrer Leistungsdarbietung bestimmt, d. h. es wird der Zugang aller sozialen Schichten zu den entsprechenden Dienstleistungen abgesichert.³⁸ Gleiches gilt für die Ärzte, wenn sie privat abrechnen. Soweit sie Leistungen im Rahmen der Gesetzlichen Krankenversicherung erbringen, gelten ohnehin die besonderen Modalitäten der Sachleistung bzw. Kostenerstattung nach dem SGB V.

³⁴ Bei den künstlerischen Berufen wird weniger auf die Ausbildung als die schöpferische Befähigung abgestellt. Vgl. dazu *Pitschas*, (Fn. 64), § 9, Tz. 16.

³⁵ Siehe zu diesem Aspekt auch *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 51 sowie *Pitschas*, Recht der freien Berufe, § 9, Tz. 16.

³⁶ *Pitschas*, (Fn. 64), § 9, Tz. 17.

³⁷ *Pitschas*, (Fn. 64), § 9, Tz. 18.

³⁸ Siehe zu diesem Hintergrund des freiberuflichen Gebührenrechts näher *Kluth/Goltz/Kujath*, Die Zukunft der freien Berufe in der Europäischen Union, S. 22 ff. m.w.N.

Das gemäßigte Gewinnstreben, das der Gesetzgeber den freien Berufen z. T. auferlegt, muss zur Gewährleistung einer realistischen Würdigung, aber auch wohl vor dem Hintergrund der Tatsache gesehen werden, dass die Freiberufler in der Regel über vergleichsweise hohe Grundeinkommen verfügen bzw. verfügen, so dass man sich eine solche Zurückhaltung ohne wesentliche Einbußen der Existenzsicherung und des Lebensstandards auch „leisten“ konnte. Heute sieht dies in einer ganzen Reihe von freien Berufen etwas anders aus.³⁹

Ein anderer Akzent wird deutlich, wenn man den Apotheker als anerkannten Freiberufler in den Blick nimmt. Für ihn ist die gewerbliche Betätigung und die damit verbundene (zweite) Mitgliedschaft in der IHK schon immer ein prägendes Merkmal der beruflichen Betätigung gewesen. Daran zeigt sich, dass eine gewerbliche Betätigung nicht völlig unvereinbar mit dem freien Beruf ist. Für Ärzte unterliegt die gewerbliche Betätigung neben der heilberuflichen Tätigkeit aber sehr viel strengeren Anforderungen. Sie ist vor allem bei der Abgabe von Hilfsmitteln durch Ärzte praktisch relevant.⁴⁰

Anspruch auf Vertrauen in die freiberufliche Integrität

Den Angehörigen der freien Berufe wird in der Regel ein besonderes Vertrauen entgegengebracht, das an ihre besondere Qualifikation und die Bedeutung der erbrachten Dienstleistungen für die persönliche Sphäre und Interessen der Klienten anknüpft. In einer „modernen“ Betrachtungsweise wird dies durch eine Betonung des Patientenschutzes bzw. der Patientenrechte⁴¹ im Berufsrecht zum Ausdruck gebracht. Die Berufsordnungen haben diesen Ansatz durchgehend verinnerlicht und formulieren die ärztlichen Berufspflichten durchweg in Orientierung an den Rechten und Interessen der Patienten.

Besondere Vertrauensbeziehung und Berufsgeheimnis

Dieses Vertrauen führt zu einer besonderen Beziehung zwischen Patient und Arzt, die durch gesetzliche Berufsgeheimnis- und Aussageverweigerungsrechte⁴² praktisch anerkannt und vor einem staatlichen Informationszugriff geschützt wird. Die Berufsordnung entfaltet diese Thematik in § 9 MBO entsprechend spiegelbildlich unter der Überschrift „Schweigepflicht“. Es geht dabei neben der Rechtspflicht auch um charakterliche Grunddispositionen.

³⁹ Das gilt insbesondere für den Anwaltsberuf, den zunehmend Rechtsassessoren nach erfolgloser Suche einer Anstellung ergreifen, ohne dabei das Existenzminimum zu erwirtschaften.

⁴⁰ Siehe dazu näher *Kluth*, Verfassungs- und europarechtliche Fragen einer gesetzlichen Beschränkung der Abgabe von Hilfsmitteln durch Ärzte, 2004.

⁴¹ Dazu *Kluth*, Die verfassungsrechtliche und europarechtliche Verankerung von Patientenrechten, in: Schumpelick/Vogel (Hrsg.), *Arzt und Patient*, 2006, S. 125 ff. Siehe auch *Gstöttner*, Der Schutz von Patientenrechten durch verfahrensmäßige und institutionelle Vorkehrungen sowie den Erlass einer Charta der Patientenrechte, 2005, S. 23 ff.

⁴² § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO.

Selbstverwaltung und Selbstkontrolle im Rahmen von Berufskammern

Schließlich gehört – in vielen, aber nicht allen Fällen⁴³ – eine Selbstverwaltung in Kammern bzw. Verbänden verbunden mit der Befugnis zum Erlass von Berufsordnungen⁴⁴ sowie einer Selbstkontrolle durch eine eigene Berufsaufsicht und Berufsgerichtsbarkeit zu den Merkmalen des freien Berufs. In den Ärztekammern⁴⁵ wird auch dieses Merkmal vollgültig verwirklicht.

Insgesamt werden damit die für den freien Beruf wesentlichen Merkmale⁴⁶ durch das ärztliche Berufsrecht weiterhin verwirklicht und gewährleistet. Es ist aber auch deutlich geworden, dass bei einigen Merkmalen deutliche Verschiebungen zu verzeichnen sind, die als gemeinsames Merkmal eine stärkere Ausrichtung an Zielen ökonomischer Rationalität sowie netzwerkartiger Organisationsformen aufweisen. Der Arztberuf ist vor allem stärker als früher durch unternehmerische Komponenten und damit verbundene ökonomische und organisatorische Anforderungen bestimmt.

c) Kollegialität

Mit der wachsenden unternehmerischen Prägung des ärztlichen Berufsalltags ist eine Zunahme des Wettbewerbs verbunden, nicht nur mit anderen Ärzten bzw. Kliniken und Versorgungszentren, sondern auch im Spektrum angrenzender Gesundheitsberufe. Erinnerung sei nur an den Streit zwischen Augenärzten und Augenoptikern um das Refraktionsrecht. Mehr Wettbewerb belastet aber die Kollegialität, die in der Berufsordnung als weiteres wichtiges Merkmal verankert ist. Dass in § 29 MBO die kollegiale Zusammenarbeit inzwischen in fünf langen Absätzen geregelt wird, ist dabei mehr ein Zeichen für zunehmende Konflikte und weniger für die hohe Anerkennung durch die Praxis. Der dahinter stehende Wandel wird von *Rudolf Ratzel* in seiner Kommentierung der Norm anschaulich mit folgenden Worten beschrieben:

„§ 29 wurde in seinen früheren Fassungen oft als ‚Mauschelparagraph‘ bezeichnet bzw. der ‚Krähentheorie‘ zugerechnet. Mittlerweile dürfte sich jedoch herumgesprochen haben, dass diese Krähentheorie sich immer mehr in ihr Gegenteil verwandelt, d. h. eine Krähe der anderen nicht nur eines, sondern beide Augen aushackt.“⁴⁷

⁴³ Eine gewichtige Ausnahme bilden die kulturschaffenden freien Berufe.

⁴⁴ Berufsordnungen beruhen auf einer gesetzlichen Ermächtigung und sind insoweit von den zuvor anzutreffenden Standesordnungen abzugrenzen.

⁴⁵ Zu ihren Aufgaben näher *Kluth*, (Fn. 45), Abschnitt B, Rn. 5 ff.

⁴⁶ Zum Versuch einer thematisch enger gefassten Neubestimmung des freien Berufs vgl. *Kluth*, Die Zukunft der Freien Berufe in der globalisierten Dienstleistungsgesellschaft, in: ders. (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts* 2006, 2007, S. 265 (278 ff.).

⁴⁷ *Ratzel*, in: *Ratzel/Lippert*, (Fn. 56), § 29, Rn. 1.

Während das Grundanliegen der Norm und der zugrunde liegende Befund Zustimmung erfahren, hält *Ratzel* die konkrete Fassung jedoch für kritikwürdig. Seines Erachtens ist die Vorschrift „insgesamt unausgewogen und vermengt standesrechtliche Regelungsabsichten mit arbeits- und beamtenrechtlichen Regelungen.“⁴⁸

4. Grundaussagen des SGB V

Wo sind die Ursachen für diese Veränderungen zu suchen? Entsprechend der These des Vortrags ist der Blick zur Beantwortung dieser Frage auf die Sozialgesetzgebung, also den Normen des SGB V, zu richten. Die in diesem Bereich zu verzeichnenden Reformgesetzgebungen können hier nicht einzeln vorgestellt und untersucht, sondern in ihren Auswirkungen auf das ärztliche Berufsrecht nur stichwortartig referiert und beurteilt werden.⁴⁹ Folgende Aspekte möchte ich hervorheben:

Zu beklagen ist zunächst eine semantische Verlogenheit. So hat etwa der Übergang vom Kassenarzt zum Vertragsarzt in Wirklichkeit keine neue Gestaltungs- oder Verhandlungsfreiheit mit sich gebracht, wie sie durch die geänderte Bezeichnung suggeriert wird. Ähnlich begründet der Vertrags- und Ausschreibungswettbewerb nicht mehr Leistungswettbewerb zugunsten des Versicherten, sondern stärkt die Nachfragemacht der gesetzlichen Krankenversicherungen.

Zu beklagen ist die allenthalben anzutreffende Intransparenz der Regelungs- und Regulierungsmechanismen. So ist für den einzelnen niedergelassenen Arzt die konkrete Höhe der Vergütung im Zeitpunkt der Leistungserbringung ungewiss. Der Versicherte hat erst recht keinen Durchblick über Kosten und Leistungen, wenn er sich dies nicht zur Lebensaufgabe macht, was zuweilen vorkommt.

Im Zentrum des Systems steht mit der zugunsten des Arbeitsmarktes verordneten Beitragsstabilität eine gesamtgesellschaftliche Zielsetzung, die zu Lasten einer Berufsgruppe verwirklicht wird. Zu diesem Zweck wurden die Instrumente der Steuerung und Kontrolle der Leistungserbringung inhaltlich und institutionell gestärkt, wie das Institut für Wirtschaftlichkeit und Qualitätssicherung verdeutlicht.

Angesichts dieser Entwicklungen spricht *Adolf Laufs* von einem „Übergewicht des Sozialrechts“⁵⁰ – eine ebenso knappe wie treffende Charakterisierung.

⁴⁸ *Ratzel*, a.a.O.

⁴⁹ Siehe dazu vertiefend *Kluth*, Ärztliche Berufsfreiheit unter Wirtschaftlichkeitsvorbehalt?, *MedR* 2005, 65 ff.

⁵⁰ *Laufs*, Arzt zwischen Heilberuf, Forschung und Dienstleistung, in: Thomas (Hrsg.), *Ärztliche Freiheit und Berufsethos*, 2005, S. 77 (90).

III. Bedrohungen der Freiberuflichkeit im Überblick

1. Eine allgemeine Lagebeschreibung

Auf die Lagebeurteilung durch *Adolf Laufs* möchte ich auch zurückgreifen, wenn es nun darum geht, die einzelnen Bedrohungen der ärztlichen Freiberuflichkeit näher zu verdeutlichen. In einem Vortrag zum Thema: „Arzt zwischen Heilberuf, Forschung und Dienstleistung“ aus dem Jahr 2004⁵¹ heißt es zu Beginn:

„Die Eigenart des Arztberufes und seiner Pflichten schwindet im Zeichen einer vom Zeitgeist verlangten Egalisierung. Bezeichnend dafür ist die seit einigen Jahren zu beobachtende Annäherung der Freiberufler an das für jedermann, insbesondere für gewerbliche Dienstleister geltende Recht ... Die Medizin, so will es scheinen, umfasst in unserer Zeit zwei Welten, die in einem Spannungsverhältnis stehen: die Welt des Arztes und die Welt des Leistungserbringers. In der älteren gründet die Idee des Arztes auf Wissenschaft und Humanität. Naturwissenschaftliche Erkenntnis, praktische Empirie und Nächstenliebe leiten den berufenen Arzt gleichermaßen. ... Lange suchte das Recht dem wohlverstandenen Beruf des Arztes zu genügen. Ein Beleg dafür findet sich im Staatslexikon aus dem Jahre 1957 (wo es heißt): Die Ausformungen des Arztrechts in Vertrag und Gesetz müssen von dem Grundsatz bestimmt sein, dass das Arztrecht von der Liebe her gestaltetes Recht ist. Hilfe für die Gesundheit, Heilung von Leiden und Schmerz, Hintanhaltenden von Krankheit und Tod erscheinen nicht nur als Leistungsgegenstände, sondern als totaler Dienst am Menschen. Das redliche Versprechen unangemessener Dienste vom ganzen Menschen an den anderen in dessen Sein und Leiden gehört daher zum Liebesrecht.“

Adolf Laufs beurteilt diese Formulierung aus heutiger Sicht dann wie folgt:

„Heutzutage weckt diese von der juristischen Fachliteratur einst geachtete Rechtslehre nur noch ein müdes Lächeln. Auf der professionellen Bühne agiert inzwischen vor dem Hintergrund verlangter Kostendämpfung der Leistungserbringer. Nomen est Omen. Das Gegenbild des freien Arztberufes ... (ist) die bürokratische Profession geworden. Die Heil- und Gesundheitsberufe sind von juristisch-administrativen Begriffen und Maßnahmen geradezu umstellt. ... Das wirtschaftliche Kalkül drängt den niedergelassenen Arzt in die Rolle des Unternehmers, der Gewinn- und Einspareffekte durch die optimale Nutzung von Geräten und Räumlichkeiten sowie einen zeitgewinnenden Personaleinsatz zu erzielen sucht. ... Nicht wenige Hilfspflichtige verwandeln sich in werbende Leistungsanbieter, die um Anteile am europäischen Gesundheitsmarkt ringen. Das Mediziner-Marketing gehört inzwischen zum Alltag.“

⁵¹ *Laufs*, (Fn. 87), S. 77 ff.

Prägnanter kann man das Gesamtszenario und die damit verbundene Spannungslage für den einzelnen Berufsträger wohl kaum ausdrücken. Lassen sie mich gleichwohl dieser kompakten Analyse noch eine Reihe von Einzelbetrachtungen hinzufügen.

2. *Übergang zur Staatsmedizin*

Die erste Ergänzung betrifft das Stichwort Staatsmedizin. Dabei handelt es sich um einen schillernden Begriff, der nur richtig verstanden und gehandhabt werden kann, wenn man ihn als Bezeichnung für ein Kontinuum von in den Einzelheiten unterschiedlichen Systemmerkmalen versteht.

Die Reinform der Staatsmedizin markiert in der deutschen Diskussion in der Regel das englische Public Health System, bei dem sich die medizinischen Einrichtungen in Staatsbesitz befinden und in ihnen die Gesundheitsdienstleistungen durch staatlich angestellte Ärzte sowie weitere angestellte Fachkräfte erbracht werden. Eine solche Zielsetzung wird derzeit in Deutschland (noch) nicht offiziell verfolgt.

Als Staatsmedizin wird etwa durch den Präsidenten der Bundesärztekammer *Jörg Dietrich Hoppe* aber zu Recht auch jene Entwicklung im SGB V bezeichnet, die staatlichen Stellen einen immer größeren Einfluss auf die ärztliche Leistungserbringung zugesteht.⁵² Je weiter das fachlich gesollte und das gesetzlich finanzierte Auseinanderfallen, desto mehr wird auch der Arzt in seiner beruflichen Eigenverantwortlichkeit beschnitten. Er kann (und muss ggf.) den Versicherten darauf hinweisen, dass nicht alles zu seiner optimalen Versorgung Nötige getan werden kann, um einem Haftungsrisiko zu entgehen. Eine glückliche Fügung ist das aber nicht.

3. *Unterfinanzierung*

Hinzu kommt die mit zahlreichen Instrumenten der Kostensenkung und Beitragsstabilisierung herbeigeführte Unterfinanzierung des Systems, in der der grundrechtlich verbürgte Anspruch des Arztes auf angemessene Vergütung ausgehebelt wird.

Entwickelt man die Maßstäbe eines Anspruchs auf angemessene Vergütung aus den allgemein üblichen Kriterien, wie sie sich aus Art. 12 Abs. 1 GG ableiten lassen, wie dies *Wimmer*⁵³ und *Isensee*⁵⁴ entwickelt haben, so führt dies zu folgendem Ergebnis:

⁵² *Hoppe*, Die Ärzteschaft im Sozialstaat: selbstbestimmt oder fremdbestimmt?, in: Thomas (Hrsg.), *Ärztliche Freiheit und Berufsethos*, 2005, S. 61 (66 f.).

⁵³ *Wimmer*, *MedR* 1998, 533 (535).

⁵⁴ *Isensee* *VSSR* 1995, 321 (341).

„Vertragsärzte haben aus Art. 12 Abs. 1 GG einen Rechtsanspruch gegen die Kassenärztliche Vereinigung auf angemessene Honorierung ihrer Leistungen für Versicherte. Die Honorierung ist angemessen, wenn die typischen Kosten einer voll ausgelasteten Vertragsarztpraxis der betreffenden Arztgruppe erstattet werden, ein angemessener „Arztlohn“ hinzutritt und die Möglichkeit der Gewinnerzielung offen bleibt. Abzuheben ist dabei nicht auf ärztliche Einzelleistungen, sondern auf die Gesamtvergütung je Quartal.“⁵⁵

Dieser Ableitung liegt bereits eine sehr weitgehende Berücksichtigung der besonderen Rahmenbedingungen einer Leistungsvergütung im Rahmen des Systems der Gesetzlichen Krankenversicherung zugrunde. Es handelt sich nicht um eine individualistische Maximalposition, sondern um eine den Gemeinwohlbelangen der Gesetzlichen Krankenversicherung und ihrer vorausschaubaren Finanzierbarkeit Rechnung tragende beschränkte Position.

Umso schwerer wiegt es, dass das Vergütungssystem des SGB V darüber hinausgehend zu einer sehr weitgehenden, nahezu vollständigen Beschränkung der (individuellen) Vertragsfreiheit und der damit verbundenen grundrechtlichen Legitimationswirkung führt.⁵⁶

Die damit bewirkte verfassungsrechtliche „Extremlage“ wird durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts unter Hinweis auf die „freiwillige“ Mitwirkung wie folgt charakterisiert:

„Wie der Senat wiederholt betont hat, liegt dem Zuschnitt der vertragsärztlichen Vergütung eine ‚Mischkalkulation‘ zugrunde. Dies bedeutet, dass es durchaus Leistungen geben kann, bei denen selbst für eine kostengünstig organisierte kein Gewinn zu erzielen ist. Entscheidend ist nämlich, dass der Vertragsarzt insgesamt Anspruch auf eine leistungsgerechte Teilhabe an der Gesamtvergütung hat, der in aller Regel dazu führt, dass das aus der vertragsärztlichen Tätigkeit erzielbare Einkommen Ärzten hinreichenden Anreiz bietet, an der vertragsärztlichen Versorgung mitzuwirken.“⁵⁷

Zur Rechtfertigung dieser Einschränkungen führt das BSG aus:

„Mit Erwerb des besonderen Status eines Vertragsarztes durch den Zulassungsakt sind für den Arzt verschiedene Begünstigungen verbunden. So wird ihm der Zugang zu dem heute ca. 87% der Bevölkerung ausmachenden Kreis der GKV-Versicherten (...) als potentiellen Patienten eröffnet, und es werden ihm sichere, insolvenzgeschützte und – auf der Basis statistischer Veröffentlichungen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (...) – auch auskömmliche Einnahmen von öffentlich-rechtlichen Institutionen als Schuldnern gewährt.“⁵⁸

⁵⁵ Wimmer, MedR 1998, 533 (537).

⁵⁶ In diesem Sinne auch Schneider, SGB 2004, 143 (150 ff.); Boecken, in: von Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2005, S. 363 (366 ff.).

⁵⁷ BSG, U. v. 14.03.2001, B 6 KA 54/00 R, Rn. 28; vgl. auch BSGE 75, 187 (189).

⁵⁸ BSG, (Fn. 94), Rn. 30.

Unter Rückgriff auf das System der Sach- und Dienstleistungen und den Sicherstellungsauftrag der KVen leitet das BSG daraus ab, dass für den Vertragsarzt eine Behandlungspflicht auch dann besteht, wenn durch die Behandlung kein konkreter wirtschaftlicher Vorteil zu erreichen ist, weil das Praxisbudget bereits ausgeschöpft ist.

Für den einzelnen Arzt, der eine solche Pflicht zu – aus seiner Perspektive – unwirtschaftlichem Verhalten ablehnt, hält das BSG nur den Rat zu Abwanderung vor:

„Ärzte, die die Vergütung im vertragsärztlichen Bereich teilweise oder generell für unzureichend halten, mögen auf ihre Zulassung verzichten und ihre Dienstleistungen allein privatärztlich erbringen.“⁵⁹

In seiner jüngeren Rechtsprechung hat das Bundessozialgericht aber auch deutlich gemacht, dass sich aus Art. 12 Abs. 1 GG unter ganz bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf eine bessere Honorierung ergeben kann. Die dabei zu beachtenden Kriterien sehen wie folgt aus:

„Die Zuerkennung höheren Honorars kommt auf Grund des Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. dem Gesichtspunkt angemessener Vergütung erst dann in Betracht, wenn durch eine zu niedrige Vergütung vertragsärztlicher Leistungen das vertragsärztliche Versorgungssystem als Ganzes oder zumindest in Teilbereichen gefährdet wird.“⁶⁰

Daraus resultiert eine entsprechende Beobachtungs- und – ggf. – Nachbesserungspflicht.⁶¹ Weiter heißt es in dieser Rechtsprechung in Bezug auf die einzelne Praxis bzw. den einzelnen Arzt:

„Praxisindividuelle Kostenbelastungen Einzelner sind für die erforderliche generelle Beurteilung nicht maßgebend. Sie können bei Entscheidungen über Sonderzahlungen in Härtefällen und aus Gründen der Sicherstellung der Versorgung zu berücksichtigen sein.“⁶²

Trotz der komplexen rechtlichen Struktur, die den Vertragsarzt – immer noch – als Mitglied eines freien Berufs definiert und von seiner wirtschaftlichen Eigenständigkeit ausgeht, kann die Position des Vertragsarztes aus ökonomischer Sicht doch als die eines zu einem Pauschaltarif „angestellten“ Mitarbeiters der GKVen bzw. der KZVen qualifiziert werden. Allerdings sind selbst bei dieser Qualifizierung wirtschaftliche Risiken zu gewärtigen, die einen „normalen“ Angestellten nicht treffen. Dies ergibt sich aus weiteren Besonderheiten des (zahn-) ärztlichen Vergütungssystems, auf die hier aber nicht näher eingegangen werden kann.

⁵⁹ BSG, (Fn. 94), Rn. 36.

⁶⁰ BSG, U. v. 20.10.2004 – B6 KA 30/03, LS 2 und Rn. 26 ff.; bestätigt durch BSG, U. v. 09.12.2004 – B6 KA 44/03 R, LS 6 und Rn. 139 ff.

⁶¹ BSG, U. v. 20.10.2004 – B6 KA 30/03, Rn. 31 und 37.

⁶² BSG, U. v. 09.12.2004 – B6 KA 44/03 R, LS 7 und Rn. 158 ff.

4. *Überbürokratisierung*

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die weit über die patientenorientierte Dokumentationspflicht hinausgehende Bürokratisierung der Leistungserbringung. Auch dazu ein plastisches Zitat von Adolf Laufs:

„Der niedergelassene Arzt ein Unternehmer, der Kliniker ein Administrator! Die massive Zunahme von Verwaltungstätigkeiten auf Kosten der eigentlichen ärztlichen Aufgaben, die Abrechnungsmedizin als vorgeblicher Kostensenkungsinstrument verändert das Berufsbild und wirkt abstoßend auf den Nachwuchs.“⁶³

Der Befund ist eindeutig, und schlimm ist vor allem das von *Laufs* am Ende des Zitats beschriebene Reaktionsmuster des Nachwuchses.

5. *Teilzeit-Ärzte*

Zu beachten ist aber auch, dass eine wichtige Ursache für die veränderten Organisationsformen bei den gewandelten Erwartungen der Ärztinnen und Ärzte an den Berufsalltag zu suchen ist. Die Absage an einen 14-Stunden-Arbeitstag hat die Nachfrage nach Teilzeitbeschäftigungen und damit in die Gemeinschaftspraxis bzw. die Versorgungszentren verstärkt. Das freiberufliche Merkmal der wirtschaftlichen Selbstständigkeit wird zunehmend unattraktiver. Für den Patienten bedeutet dies, dass er sich mehr als bislang auch mit der Behandlung durch verschiedene Ärzte abfinden muss, will er nicht zu lange Wartezeiten in Kauf nehmen.

6. *Medizinische Dienstleistung statt Heilbehandlung*

Vor allem aber ist auch bei den Berufsträgern eine Bereitschaft zu erkennen, sich für die lukrative Erbringung medizinischer Dienstleistungen jenseits der Heilbehandlung zur Verfügung zu stellen. Es ist nicht nur die Nachfrage der Gesellschaft die diesem Bereich Wachstum beschert. Es sind auch die Geschäftsinteressen von Berufsträgern und ihr werbendes Auftreten, die hier zu einer Expansion beitragen.

⁶³ *Laufs*, (Fn. 87), S. 85 f.

IV. Die Antworten der Musterberufsordnung auf die Bedrohung der Freiberuflichkeit

In einem letzten Schritt gilt es nun, die auf die Bewahrung des klassischen freiberuflichen Leitbildes abzielenden Regelungen der Berufsordnung exemplarisch in den Blick zu nehmen. Ich will dies in einigen wenigen Stichworten tun.

1. Unvereinbarkeiten

In der umfangreichen Regelung zu den Unvereinbarkeiten des § 3 MBO spiegelt sich der Versuch des Berufsstandes wider, die zahlreichen Versuchungen zu Gewerblichkeit und Korruption in die Schranken zu verweisen.

2. Werbung, Honorar- und Vergütungsabsprachen

Die Änderungen im Bereich von Werbung und Vergütung wurden zum großen Teil vor dem Bundesverfassungsgericht erstritten und spiegelt eher ein gewandeltes Verständnis im allgemeinen und weniger eine Bedrohung der Freiberuflichkeit wider, wenn das ganze maßvoll gehandhabt wird. Gleichwohl muss mit *Adolf Laufs* auch an dieser Stelle auf Selbstverständliches verwiesen werden:

„Konkurrenz lässt sich nur als Leistungswettbewerb akzeptieren. Dieser in dessen erfordert die Transparenz der Leistungsangebote, vor allem bei hoch spezialisierten und kostenintensiven Diensten.“⁶⁴

Es darf deshalb nicht dazu kommen, dass angebliche Patienteninteressen dazu genutzt werden, um schlichte ökonomische Belange stärker in den Vordergrund zu rücken.

3. Besondere medizinische Verfahren und Erhaltung des ungeborenen Lebens

Die größte Bedrohung für das humane Leitbild des Arztberufes sehe ich in der Zunahme ethisch umstrittener und verfassungsrechtlich äußerst problematischer Methoden, die die Musterberufsordnung zu Recht in einem eigenen Abschnitt als besondere medizinische Verfahren qualifiziert. Es wäre Stoff für einen eigenen Vortrag, hier die vielseitige Instrumentalisierung des Arztes durch Versicherte und Gesetzgeber zu untersuchen.⁶⁵ Es greift aber auch an dieser Stelle zu kurz, die

⁶⁴ *Laufs*, (Fn. 87), S. 85.

⁶⁵ Siehe etwa *Kluth*, (Fn. 50).

Schuld nur der Politik, der Gesellschaft oder dem Gesetzgeber in die Schuhe zu schieben.⁶⁶ Auch in diesem Bereich sind es nicht zuletzt Ärzte, die forschend und dienstleistend die entsprechenden Angebote entwickeln und bereitstellen. Der Verlust eines homogenen ethischen Leitbildes liegt in diesem Bereich lange zurück und muss inzwischen als Konstante der europäischen medizinischen Dienstleistungslandschaft eingestuft werden.

4. Berufliche Kooperation

Auffällig sind schließlich die sehr umfangreichen Versuche der Musterberufsordnung, die Freiberuflichkeit im Rahmen der zahlreichen unternehmerisch geprägten Kooperationsformen zu bewahren. Daran wird deutlich, welches Gefahrenpotential auch nach Ansicht des Berufsstandes hier lauert. Die Verlockungen durch den Gesetzgeber, der sogar finanzielle Anreize für den Eintritt in die integrierte Versorgung sowie die Versorgungszentren nicht scheut, sollten den Beteiligten nicht den freiberuflichen Verstand rauben. Zudem sind diese Organisationsformen auch nicht in sich mit dem klassischen Berufsbild unvereinbar. Sie müssen aber mit Bedacht und in dem Bewusstsein gehandhabt werden, dass es sich um mehr als um eine unternehmerische Betätigung handelt. Das wird durch die besonderen Vorgaben der Berufsordnung immerhin verdeutlicht.

V. Bilanz und Ausblick

Damit komme ich zu einer kurzen Bilanz und einem Ausblick.

Die Bilanz weist einen juristischen Status quo auf, bei dem der Arztberuf ausgehend von den sozialrechtlichen Reformen schrittweise in die Position eines unternehmerisch agierenden Dienstleisters gedrängt wurde. Dass dabei das freiberufliche Leitbild zwar verändert wurde, aber nicht vollends verloren ging, ist dem Gegensteuern des Berufsstandes in den Berufsordnungen und der Berufspolitik zu verdanken. Die Versuchungen zu mehr Gewerblichkeit sind gewachsen und nehmen weiter zu.

Am Ende der Überlegungen steht deshalb die Frage, wie sich die Ärzteschaft gegen die skizzierte gesetzgeberische Veränderung des Berufsbildes zur Wehr setzen kann. *Adolf Laufs*, den ich noch ein letztes Mal zu Wort kommen lassen möchte, vertraut in dieser Frage auf den Berufsstand und rät:

„Die Ärzteschaft wird ihre berufsständische Autonomie in dem Maße behaupten, in dem sie das der Gesellschaft gewährte Versprechen effektiver Selbstregulierung und -kontrolle tatsächlich einlöst.“⁶⁷

⁶⁶ Insoweit kritisch zu *Hillgruber*, (Fn. 60).

⁶⁷ *Laufs*, (Fn. 87), S. 91.

Der Vertragsarzt als Amtsträger?

Rainer Erlinger

Der Titel „Der Vertragsarzt als Amtsträger“ klingt in zweierlei Hinsicht überraschend, ja provokativ. Zum einen gilt der Status des Vertragsarztes als der eines Freiberuflers und damit als lediglich einer Selbstverwaltung in Form der Kammern, aber gerade nicht dem Staat abhängig und unterworfen.¹ Dieser Status findet seinen Niederschlag auch in den Regelungen des § 1 der Musterberufsordnung:

§ 1 Aufgaben des Arztes

(1) Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung. Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.

Sowie in der entsprechenden Regelung der Bundesärzteordnung:²

§ 1

(1) Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes.

(2) Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe; er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.

Die Idee, der Vertragsarzt könnte ein Amtsträger sein, befremdet daher schon allein aus dieser semantisch unmittelbar einleuchtenden, nahezu zwingend erscheinenden Perspektive: Der Freiberufler muss schließlich frei sein, so es sich nicht um einen Etikettenschwindel handeln soll.

Zum anderen ist der Begriff des Amtsträgers in strafrechtlicher Hinsicht mit dem 30. Abschnitt des Strafgesetzbuches verknüpft, welcher Straftaten *im Amte* betrifft. Im Zusammenhang mit Ärzten sind hierbei in den letzten Jahren vor allem

¹ Hierzu ausführlich Kluth in seinem Beitrag in diesem Band.

² Bundesärzteordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. April 1987 (BGBl. I S. 1218), zuletzt geändert durch Artikel 39 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407), auch wenn dieser Regelung wegen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Berufsausübung lediglich deklaratorischer Charakter zukommen dürfte.

die §§ 331 ff. StGB bekannt geworden, rund um den Themenkreis der Vorteilsannahme und Bestechlichkeit. Im Gefolge der sogenannten „Herzklappenaffäre“ kam es zu einer massiven öffentlichen Diskussion dieses Themas und einer Vielzahl von Strafverfahren. In Bezug auf beamtete und an öffentlichen Häusern angestellte Ärzte ist dieser Bereich ein wichtiger Teil des Arztstrafrechtes geworden.³ Überraschend ist diese Verknüpfung des Amtsträgerbegriffs mit dem niedergelassenen Vertragsarzt vor allem deshalb, weil bis vor Kurzem quer durch die strafrechtliche Literatur und Rechtsprechung nahezu unisono betont wurde, dass niedergelassene Ärzte, auch Vertragsärzte, von diesen Regelungen nicht betroffen sind, ja sein können, weil sie sicherlich keine Amtsträger im Sinne der § 331 ff. StGB darstellen.⁴

Trotz dieser in juristischen Fragen schon fast überraschenden Einigkeit, die zunächst herrschte, brachten eine Reihe von gesetzgeberischen und sonstigen normativen Änderungen, aber auch eine Reihe von Ermittlungsverfahren und strafrechtlichen Urteilen, eine Bewegung in Gange, die diese klare Aussage zu hinterfragen beginnt und eventuell ins Wanken bringen könnte.

Die Verschärfung der Korruptionsdelikte der §§ 331 ff. StGB im Jahre 1997⁵ hatte eine starke Erweiterung der Strafbarkeit der Vorteilsannahme und Bestechlichkeit von Ärzten an staatlichen und sonstigen öffentlichen Krankenhäusern zur Folge, die im gleichen Gesetz erfolgte Übernahme der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr als § 299 aus dem UWG⁶ ins StGB eine deutlich sichtbare Einbeziehung auch der angestellten Ärzte in privaten Kliniken. Dadurch entstand ein umso stärkeres Gefälle der Gefahr der Strafbarkeit bei der Zusammenarbeit und sonstigen Nähe zur pharmazeutischen und Medizinproduktindustrie zwischen Ärzten an Krankenhäusern einerseits und solchen in freier Praxis andererseits.

In der Folge wurden, für alle Ärzte verbindlich, in den §§ 30 ff. der Musterberufsordnung die Maßstäbe für die Zusammenarbeit der Ärzte mit der Industrie enger gefasst und die Pharmaindustrie gab sich über den Kodex der Mitglieder des Vereins „freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e. V.“ vom 16.02.2004⁷ eine Beschränkung der Zusammenarbeit zwischen auch niedergelassenen Ärzten und der Industrie.

Daneben rückten zwei Urteile des Bundesgerichtshofes in Strafsachen die niedergelassenen Vertragsärzte in den Blickpunkt der strafrechtlichen Ermittler, in der Folge, wie noch zu zeigen sein wird, aber auch der rechtswissenschaftlichen Diskussion über ihren strafrechtlichen Status im Hinblick auf die Korruptionsdelikte.

³ Für Viele siehe Erlinger, Arztstrafrecht in: Widmeier (Hrsg.) Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung § 49 Rdnr. 135 ff; zu den Häufigkeiten der Delikte: aaO. Rdnr. 2.

⁴ Für Viele und mit weiteren Nachweisen: Erlinger aaO Rdnr. 141; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Auflage Rdnr.13/6.

⁵ Durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13.08.1997 BGBl I 2038.

⁶ dort bis dahin § 12 UWG.

⁷ bekanntgemacht im Bundesanzeiger vom 22.04.2004, BAnz. Nr. 76, S. 8732.

In zwei Leitsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 25.11.2003⁸ und vom 27.04.2004⁹ setzen sich der 4. und der 1. Strafsenat mit der Problematik der Untreue § 266 StGB und der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr § 299 StGB bei Vertragsärzten auseinander.

Dem Beschluss des 4. Strafsenats vom 25.11.2003 lag der Fall zugrunde, dass ein Hausarzt einem Patienten, der auf parenterale Nahrung angewiesen war, zunächst das doppelte und später das dreifache der täglichen Kalorienbedarfsmenge verordnete, ohne dass hierfür eine entsprechende medizinische Indikation gegeben war. Die Verurteilung des Patienten wegen Betrugs und des Arztes wegen Beihilfe hob der BGH auf, stellte jedoch eine Untreue in Form des Missbrauchs-tatbestandes durch den Hausarzt als Täter und den Patienten als Anstifter bzw. Gehilfe fest.

Im Beschluss des 1. Strafsenats vom 27.04.2004 ging es um einen Fall, in dem der Inhaber einer OHG für Praxisbedarf vertragsärztlich zugelassenen Augenärzten Augenlinsen und Medikamente lieferte, und hierfür den Ärzten umsatzbezogene Rückvergütungen, sogenannte Kickbacks gewährte, die jene jedoch im Rahmen der Abrechnung mit den Kostenträgern (KV und gesetzliche Krankenkassen) nicht abzogen. In Bezug auf die Augenlinsen sah der BGH in Übereinstimmung mit dem Landgericht einen Betrug gegeben, nicht jedoch im Tatkomplex Medikamente, wo der BGH jedoch auch in Übereinstimmung mit dem Landgericht den Untreuetatbestand bejahte. In beiden Entscheidungen berief sich der BGH auch auf die „besondere Stellung als Vertragsärzte der gesetzlichen Krankenkassen“.

Diese neue Tendenz in der Rechtsprechung wurde zum Teil heftig kritisiert.¹⁰ Eine Strafbarkeit im Sinne der Korruptionsdelikte (§§ 331 ff. und 299 StGB) sah der BGH jedoch offenbar als nicht gegeben an, obwohl Kickback-Zahlungen im Bereich der „klassischen Amtsträger“, d. h. der Ärzte im öffentlichen Dienst regelmäßig als Tatbestandsmerkmal der Korruption betrachtet wurden.

Unter ausdrücklicher Berufung auf diese beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs untersuchte daraufhin Neupert in der NJW¹¹ die Frage, ob niedergelassene Vertragsärzte *Amtsträger* im strafrechtlichen Sinne seien. Bereits zuvor hatten Pragall in der NSTZ¹² und Sahan in der ZIS¹³ die Frage untersucht, ob Vertragsärzte als Beauftragte der Krankenkassen der Bestechung im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 StGB unterfallen könnten. Diese beiden letztgenannten Untersuchungen zur Stellung des Vertragsarztes im Rahmen des § 299 StGB kommen zu entge-

⁸ BGHSt 49,17 ff. = MedR 2004, 268 = NJW 2004, 453.

⁹ MedR 2004, 613 ff. = NSTZ 2004, 568.

¹⁰ Ulsenheimer, Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen? MedR 2005, 622.

¹¹ Risiken und Nebenwirkungen: Sind niedergelassene Vertragsärzte Amtsträger im strafrechtlichen Sinne?, NJW 2006, 2811.

¹² Das Pharma-„Marketing“ um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung“ gemäß § 299 StGB! NSTZ 2005, 133.

¹³ Ist der Vertragsarzt tauglicher Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 1 StGB? ZIS 2/2007, 69.

gengesetzten Ergebnissen. Pragall sieht die niedergelassenen Vertragsärzte als „Beauftragte“ des „geschäftlichen Betriebs“ der Krankenkasse und deshalb als taugliche Täter des § 299 StGB, Sahan hingegen stellt fest, dass Vertragsärzte weder Angestellte noch Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs und damit auch keine tauglichen Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 1 StGB sind. Während Pragall sein Ergebnis vor allem mit Schilderungen der angeblich üblichen Praxis und einem für ihn daraus zu erkennenden „„dringenden Regelungsbedarf“ zur Erfassung dieser Handlungen de lege ferenda“¹⁴ begründet, analysiert Sahan eingehend die rechtliche Vertragsbeziehungen zwischen Vertragsarzt, KV und Krankenkasse und kommt zum Schluss, dass die Ablehnung der Stellung als Angestellter oder Beauftragter nicht nur dem Berufsbild des niedergelassenen Arztes als Freiberufler gerecht wird, sondern auch der gesetzgeberischen Konzeption entspreche, da der Vertragsarzt als Unternehmer nicht als Täter der Bestechlichkeit nach § 299 Abs. 1 StGB in Betracht komme.

Neupert¹⁵ bejaht hingegen sogar die Stellung des niedergelassenen Vertragsarztes als Amtsträger im Sinne der §§ 331 ff. StGB. Er beruft sich dabei auf die Legaldefinition des Amtsträgers in § 11 Abs. 1 Ziffer 2 c StGB, wonach neben den im Buchstaben a) genannten Beamten oder Richter und den in Buchstabe b) genannten in einem sonstigen öffentlich rechtlichen Amtsverhältnis stehenden Personen, nach Buchstabe c) auch Amtsträger ist, wer

„c) Sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen;“

Neupert beruft sich dabei auf die im Bereich der GKV organisierte medizinische Versorgung als Teil der Leistungsverwaltung im Bereich der Daseinsvorsorge. In der Zulassung als „umfassenden statusbegründenden Akt für die Berufsausübung als Vertragsarzt“ erblickt er den für die Stellung in § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB erforderlichen Bestellungsakt und in der zentralen Rolle des Arztes im Gesundheitssystem der gesetzlichen Krankenversicherung eine Funktion, die dem des Amtsträgers im strafrechtlichen Sinne entspreche, weil er bei einer Gesamtbetrachtung als „verlängerter Arm“ des Staates erscheine und den Staat für jedermann erkennbar repräsentiere, indem er Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auf staatspezifische Art und Weise erledige. Die Stellung als Freiberufler vermag nach Neuperts Auffassung dem nichts entgegenzusetzen, da zum einen diese Stellung nicht hinreichend typisiert werden konnte, zum anderen sogar auch „private Omnibusunternehmer“ im Auftrag einer Kommune den § 331 f. StGB unterfallen könnten.

¹⁴ Unter Verweis auf Schauptensteiner in: Wirtschaftskriminalität und Korruption (BKA-Herbsttagung 2002), S. 73, 89 f.

¹⁵ NJW 2006, 2811.

Welche Stellung soll der Arzt in der Gesellschaft haben?

All die genannten wissenschaftlichen Untersuchungen könnten nun einer eingehenden Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Strafrechtsdogmatik, insbesondere der Auslegungsregeln unterzogen werden. In einem Symposium zum 25. Jahrestag der Gründung der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht mit dem Titel „Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin – Der Arzt am Beginn des 21. Jahrhunderts“, das sich mit der Stellung des Arztes gestern, heute und vor allem auch morgen beschäftigt, scheint mir jedoch ein Aspekt wichtig, den die genannten Untersuchungen weitgehend vernachlässigen. Ich möchte ihn mit der Frage umschreiben:

Welche Stellung des Arztes wünschen wir uns in unserer Gesellschaft?

Eine derartige Frage scheint bei der exakten rechtswissenschaftlichen Auslegung von Strafbarkeitsbegriffen zunächst fehl am Platze. Ihre Berechtigung lässt sich jedoch mit zwei Gedanken gut begründen. Vor allem, wenn man zunächst die Funktion des Strafrechts insgesamt betrachtet.

Im Hinblick auf seine Aufgabe als subsidiären Rechtsgüterschutz wird das Strafrecht oft als „ultima ratio der Sozialpolitik“ bezeichnet.¹⁶ Interessant an dieser Formulierung ist bei der hier interessierenden Fragestellung jedoch weniger, wie sonst meist, die Subsidiarität des Strafrechts, sondern vielmehr dessen ganz selbstverständliche Verortung in der „Sozialpolitik“. Anders herum betrachtet belegt dies nämlich, dass das Strafrecht nicht einen abgegrenzten Bereich in der Politik oder der Gesellschaft darstellt, sondern Teil unserer Gesellschaft ist und als solcher die Gesellschaft nicht nur mittels des strafrechtlichen Abschreckungsinstrumentariums, also der Rechtsfolgen, formt, sondern auch über die in ihm getroffenen Aussagen.

Dieser zweite Gedanke, die Funktion der Aussagen betreffend, kommt besonders stark zum Tragen im so genannten zweiten Schwangerschaftsabbruchsurteil des Bundesverfassungsgerichts,¹⁷ in dem es um die Vereinbarkeit einer Beratungslösung mit Freigabe des Schwangerschaftsabbruchs unter bestimmten Voraussetzungen ging. Auf dieses Thema selbst brauchen wir hier glücklicherweise nicht einzugehen, wertvoll in diesem Zusammenhang sind jedoch die rechtstheoretischen Ausführungen. In diesem Urteil stellte das Bundesverfassungsgericht im Leitsatz Nr. 10 fest:

„10. Der Schutzauftrag verpflichtet den Staat ferner, den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens **im allgemeinen Bewusstsein zu erhalten und zu beleben.**“ (*Hervorhebung vom Verfasser*)

In der Begründung für diesen Leitsatz betont das Gericht, dass die Rechtsordnung die Aufgabe habe, ein verfassungsrechtliches Verbot, hier das des Schwangerschaftsabbruchs zu „bestätigen und verdeutlichen“. Und speziell zur Funktion des Strafrechts in diesem Zusammenhang führt das Gericht aus:

¹⁶ Roxin, Strafrecht AT I § 2 Rdnr. 28.

¹⁷ Urteil des 2. Senats vom 28. Mai 1993, BVerfGE 88, 203.

„Dazu dient insbesondere das Strafrecht, das Rechtsgüter von besonderem Rang und in einer besonderen Gefährdungslage schützt **und das allgemeine Bewusstsein von Recht und Unrecht am deutlichsten prägt.**“¹⁸
(Hervorhebung vom Verfasser)

Das Bundesverfassungsgericht betont hier die Wechselwirkung des Strafrechts mit der Gesellschaft. Nicht nur die Rechtsfolgen, also das Aussprechen von Strafen für begangenes Unrecht vermag jedoch die gesellschaftlichen Vorstellungen zu prägen, sondern sicherlich auch allein schon die im Strafgesetzbuch ausgesprochenen Wertungen und Bezeichnungen, welche ja den juristischen und allgemeinen Sprachgebrauch und in der Folge das Bewusstsein prägen. Wie sehr das nach Ansicht des Gerichts der Fall ist, erkennt man daran, welche Bedeutung das Bundesverfassungsgericht der – letztlich wohl lediglich dem Juristen genauer erfassbaren – Unterscheidung zwischen einer Rechtfertigung und einer Straffreistellung beimisst. Beides hat im Ergebnis die Nichtbestrafung zur Folge, das eine jedoch führt zu einem erlaubten Tun, das andere belässt es beim Verbot. Auf dieser in der Rechtswirklichkeit kaum bemerkbaren¹⁹ Unterscheidung beharrt das Bundesverfassungsgericht mit der gesamten Wucht seiner Autorität, nach seinen eigenen Ausführungen vor allem wegen der Auswirkungen auf das Bewusstsein der Bevölkerung.

Kann man sich auf dieser Grundlage vorstellen, dass die strafrechtliche Einordnung eines niedergelassenen freiberuflichen Arztes als „Beauftragter im geschäftlichen Verkehr“ der Krankenkassen oder gar als „Amtsträger“ ohne Auswirkungen auf das Bild des Arztes in der Gesellschaft und letztendlich die Stellung des Arztes in der Gesellschaft und damit das Arzt-Patienten-Verhältnis bleibt?

Es mag, wie in den rechtswissenschaftlichen Abhandlungen zu diesem Thema dargestellt, gute Gründe geben, den Vertragsarzt, der durch seine Verordnungen in der Praxis über öffentliche Gelder verfügen kann, für in diesem Zusammenhang missbilligenswertes Verhalten zu bestrafen. Auf der anderen Seite darf man jedoch nicht übersehen, dass dies den Arzt in seiner Stellung verändert. Der Tübinger Strafrechtslehrer Haft hatte auf die Problematik des § 11 Abs.1 Nr. 2 c StGB unter Berufung auf Lenckner²⁰ bereits 1995 in der NJW²¹ hingewiesen. Grundlage seiner Überlegungen war die Tätigkeit von Planungs- und Bauingenieuren für die öffentliche Hand bei der Planung und vor allem auch bei der Vergabe von Bauleistungen. Haft fordert hier unter anderem auch eine Überprüfung der Auslegung und Einbeziehung dieser Berufsgruppen an dem von den § 331 ff. StGB geschützten Rechtsgut. Dieses Rechtsgut wird im Allgemeinen in der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und dem Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit dieses Dienstes gesehen.²² Im Enddefekt lässt sich auch nur über diesen weiten Schutz-

¹⁸ aaO. S. 273.

¹⁹ Auswirkungen hat es tatsächlich auf die Kind-als-Schaden-Problematik bei einem unterbliebenen Schwangerschaftsabbruch vor allem im Rahmen des Arzthaftungsrechts.

²⁰ ZStW 1994, 502.

²¹ Freiberufler sind keine Amtsträger, NJW 1995, 1113.

²² Tröndle/Fischer StGB § 331 Rdnr. 3, sowie zum Streitstand Schönke/Schröder-Cramer § 331 Rdnr. 1e ff.

zweck die weit gehende Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Gefährdungsbereich rechtfertigen. Auf der anderen Seite muss dies jedoch dann auch zur Folge haben, dass als Täter der §§ 331 ff. StGB nur angesehen werden kann, bei wem eine „Eingliederung in die Behördenstruktur“²³ vorliegt, so dass er als „verlängerter Arm“ des Staates erscheint.²⁴

Betrachtet man die Urteile die in diesem Zusammenhang gefällt wurden, so betreffen sie verschiedene Berufsgruppen: Elektroplaner,²⁵ Geschäftsführer einer kommunalen Energieversorgungs-GmbH,²⁶ Angestellte im Vergabeverfahren der Deutschen Bahn AG,²⁷ Mitarbeiter einer Flughafen AG²⁸ oder den Geschäftsführer des Bayerischen Roten Kreuzes.²⁹ So zeigen sich darunter zwar auch freie Berufe, etwa die des Architekten oder Bauingenieurs, es bleibt jedoch zum ebenfalls Freiberufler Arzt ein entscheidender Unterschied:

Zentrale Stellung des Arzt-Patienten-Verhältnisses

Zum Wesen des Arztberufes gehört im Gegensatz zu allen in dieser Hinsicht von den Gerichten untersuchten anderen Berufsgruppen die Tatsache, dass der zentrale Punkt stets die Arzt-Patienten-Beziehung sein muss, rechtlich niedergelegt in der nicht nur zusätzlichen, sondern primären Vertragsbeziehung des Behandlungsvertrages zwischen Arzt und Patient.³⁰ Bei allen oben genannten und gerichtlich untersuchten Auslagerungen von Behördenaufgaben auf Externe, auch Freiberufler, vertreten diese stets primär die Interessen des Staates bzw. seiner Körperschaften. Im Unterschied dazu muss der Arzt im Behandlungsverhältnis stets primär die Interessen des Patienten vertreten. Dies verträgt sich nicht mit einem Primat der Interessensvertretung des Staates. Bei Ärzten, die Amtsträger aufgrund ihres beamtenrechtlichen oder dienstrechtlichen Status sind, tritt dieser Konflikt nicht zu Tage, da ihre Amtsträgereigenschaft am Status und nicht an der Funktion, also dem, wie er im einzelnen Behandlungsfall dem Patienten gegenübertritt, festgemacht wird. Im Gegensatz dazu bleibt der Status des niedergelassenen Vertragsarztes nach wie vor der eines Freiberuflers, da er ja beispielsweise auch in unterschiedlichem Umfang Privatpatienten behandelt. Will man ihn bei der Behandlung von gesetzlich krankenversicherten Patienten dennoch als Amtsträger betrachten, muss man dies ob seiner Funktion im konkreten Fall, also dem Auftreten gegenüber dem einzelnen Patienten tun. Dies muss dann jedoch notwendigerweise Aus-

²³ BGHSt 43, 105.

²⁴ BGHSt 46, 310, 313; BGH NJW 2004, 693.

²⁵ BayObLG NJW 1996, 269.

²⁶ BGH NJW 2004, 693.

²⁷ BGH NJW 2004, 3129.

²⁸ BGH NJW 1999, 2378 (Amtsträgereigenschaft abgelehnt).

²⁹ BGH NJW 2001, 2102 (Amtsträgereigenschaft abgelehnt).

³⁰ Diese besteht nach ganz überwiegender Meinung auch bei der Behandlung eines Patienten der GKV. Für viele m.w.N.: Uhlenbruck/Laufs, § 40 Die Parteien des Arztvertrages in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.) Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage 2002, Rn. 31.

wirkungen auf das Vertragsverhältnis zum Patienten, aber auch, da das Strafrecht ja Teil der Sozialpolitik ist, auf die Wahrnehmung und Stellung des Arztes in der Gesellschaft haben.

Der derzeitige Status des niedergelassenen Vertragsarztes als Freiberufler auch im Sinne der §§ 331 ff. StGB und des § 299 StGB führt in der gesellschaftlichen Betrachtungsweise zu einem Bild des Arztes, das den Vertrag mit dem Patienten und damit die Beziehung mit dem Patienten an erste Stelle und deshalb in den Mittelpunkt der Bemühungen des Arztes rückt. Eine Stellung als Amtsträger aufgrund der Funktion in dem konkreten Behandlungsverhältnis hingegen muss die Anliegen des Staates im weitesten Sinne, also auch die der gesetzlichen Krankenversicherung an die erste Stelle rücken.

Zugespitzt ließe sich dieser Gegensatz darstellen als auf der einen Seite der Arzt, der die Interessen des Patienten verfolgt und hierbei den Beschränkungen des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung und des öffentlichen Rechts unterworfen ist und auf der anderen Seite der Arzt, der primär die Interessen der öffentlichen Hand zu vertreten hat und dabei lediglich von den Mindestanforderungen des Arzt-Patienten-Vertrages gebremst wird.

Derartige Überlegungen könnten im Recht zunächst befremdlich anmuten. Doch das Recht kann sich nicht außerhalb der Gesellschaft stellen und die gesellschaftliche Wirklichkeit vernachlässigen. Dass dies dem Recht nicht fremd ist, kann man in der Praxis des Arztrechts sehen, wenn auch an einer Stelle, an der es den wenigsten in dieser Hinsicht bewusst wird: Beim Arzt als Sachverständigen vor Gericht. Gemäß § 410 ZPO hat der Sachverständige das Gutachten unparteiisch zu erstatten und kann darauf sogar vereidigt werden. Diese Stellung als unparteiischer Gehilfe des Richters und damit im Endeffekt „verlängerter Arm des Staates“ ist somit bestimmend. Dennoch ist in der Praxis des Arztrechts ein Grund völlig unstrittig anerkannt, aufgrund dessen ein ärztlicher Sachverständiger wegen der Besorgnis der Befangenheit gemäß § 406 ZPO abgelehnt werden kann: Wenn er eine Partei bereits als Arzt behandelt hat.³¹ Offenbar wird die Wirkung eines Arzt-Patienten-Verhältnisses als so stark angesehen, dass die gesetzliche Verpflichtung zur Neutralität bei einer Handlung im Auftrag und innerhalb der legislativen Organisation des Staates jederzeit berechtigt in Zweifel gezogen werden darf.

Fazit

Im Hinblick auf die Frage nach der Stellung des Arztes am beginnenden 21. Jahrhunderts dürfte klar sein, welches Bild des Arztes und damit welche Stellung des Arztes von diesen beiden Möglichkeiten sowohl von Seiten der Ärzteschaft als auch von Seiten der Gesellschaft und den Patienten bevorzugt wird. Dieser Aspekt sollte bei der Frage der strafrechtlichen Einordnung des Vertragsarztes als möglicher Amtsträger keinesfalls vernachlässigt werden.

³¹ Für viele: Thomas/Putzo, ZPO § 406, Rdnr. 2; Schlund in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage 2002, § 120, Rdnr. 5.

Medizininformatische Innovationen – Chancen und Risiken für die ärztliche Tätigkeit

Peter Haas

I. Zusammenfassung

Medizininformatische Innovationen prägen zunehmend das ärztliche Handeln, das kooperative Arbeiten von Ärzten und das Zusammenspiel von Gesundheitsversorgungsinstitutionen. Dabei werden nicht nur bestehende Prozesse unterstützt, sondern es entstehen neue Dienstleistungsangebote und Organisationsformen der medizinischen Behandlung und Betreuung. Informatik als Gestaltungswissenschaft gestaltet das Gesundheitssystem um und eröffnet neue Chancen für die ärztliche Tätigkeit. Damit einhergehen aber auch Veränderungen, die Risiken bergen für ärztliches Handeln, ärztliches Unternehmertum und das Patienten-/Arztverhältnis. Chancen müssen daher gegenüber Risiken ausbalanciert und die notwendigen Maßnahmen ergriffen werden, diese Risiken auszuschließen oder zumindest zu minimieren. In diesem Sinne bedarf es eines erhöhten berufspolitischen Engagements der Ärzteschaft, sich qualifiziert mit Chancen und Risiken des Einsatzes der Informationstechnologie in der Medizin auseinanderzusetzen sowie deren Entwicklung aktiv mitzugestalten und das Sinnvolle auch zum eigenen und zum Nutzen des Patienten umzusetzen.

II. Hintergrund

Innovationen der Informatik haben seit Anbeginn Einfluss auf die Medizin: Sie tragen zu verbesserten oder sogar neuen diagnostischen und therapeutischen Verfahren bei – wie das herausragende Beispiel der Computertomographie zeigt, die den unblutigen Blick in das Innere des lebenden Menschen und viele weitere darauf aufbauende Anwendungen in Versorgung, Forschung und Lehre eröffnete. Sie beeinflussen die medizinische Dokumentation und die nachgeordnete Verwendung von Daten für Abrechnung, Statistik und Gesundheitsberichterstattung sowie

die Organisation des Medizinbetriebs bzw. schaffen neue Möglichkeiten und Organisationsformen, wie am IT-gestützten Mammographiescreening deutlich wird.

An der Schwelle zum 21. Jahrhundert ist die Informatik für viele Bürger allgegenwärtig: am Arbeitsplatz in Form von speziellen betrieblichen Anwendungssystemen, im Privaten durch Anwendungen auf Heim-PCs und das Internet. Dabei sind drei Entwicklungen besonders prägend für das Potenzial neuer Anwendungen:

- Leistungssteigerung,
- Miniaturisierung und
- Vernetzung.

Während die Leistungssteigerung Anwendungen wie komplexe Bildverarbeitungsverfahren, die bisher Hochleistungssystemen vorbehalten waren, auf herkömmlichen Rechnern verfügbar macht, ermöglicht die Miniaturisierung die Entwicklung von Kleinstbauelementen mit lokaler Intelligenz und eine Mobilität von IT-Artefakten, die für die Entwicklung intelligenter Sensorik und von Monitoringssystemen genutzt werden kann. Neue Methoden selbstständiger Vernetzungsfähigkeiten von Geräten erlauben die beliebige Integration von IT-Anwendungen und -artefakten in Rechnernetze nicht nur auf Basis vordefinierter Beziehungen, sondern auch ad hoc und situativ getrieben.

Während verbesserte herkömmliche Anwendungen wie z.B. Arztpraxis- und Krankenhausinformationssysteme mit multimedialen Inhalten, verbesserte Algorithmen für die Bild- und Signalauswertung oder die teilautomatische Kommunikation von Dokumenten die Wertschöpfung vorhandener Prozesse erhöhen, werden durch neue Anwendungen, wie z.B. Telemonitoring, Zweitmeinungcenter, verteilte Wissensplattformen, eLearning-Plattformen, Internetapotheke und Elektronische Patientenaktensysteme auch neue Wertschöpfungen bzw. Wertschöpfungsketten und -allianzen möglich.

Treffend wird hierzu in einer Studie von Coopers & Leybrand aus dem Jahr 1997 [Coopers, 1997] angemerkt: „Trotz großer Unterschiede im europäischen Gesundheitswesen gibt es viele Aspekte, die den Reformprogrammen der verschiedenen Länder gemein sind. Sie sind Reaktion auf den überall herrschenden Druck und die durch zeitgemäßes Management und moderne Informationssysteme gegebenen Möglichkeiten. ... Verbesserte Entscheidungsfindungsprozesse basieren auf jeder Stufe auf Information. Es kann gar argumentiert werden, dass bessere Informationssysteme und bessere Verwendung von Informationen die Grundlagen für jede wirksame Reform von Gesundheitssystemen sind.“

Während vor dem Hintergrund der demographischen Entwicklung und des wachsenden wirtschaftlichen Drucks auf die Gesundheitssysteme der Industrienationen informationsverarbeitende Verfahren im Gesundheitswesen hier als wesentliches Instrument zur Steigerung von Qualität, Effizienz, Transparenz und Steuerung sowie der Überwindung überkommener Strukturen gesehen werden, sollen damit in Entwicklungsländern mit geringer Versorgungsdichte medizinische Expertise und Ausbildung in die Fläche gebracht werden [Healy, 2007]. Viele europäische Länder – aber auch z.B. Kanada, USA und Australien – arbeiten inzwischen mit Hochdruck an der Implementierung nationaler Gesundheitstelematikplattformen

sowie darauf aufbauenden telematischen Anwendungen [Haas, 2006a], deren Spektrum vielfältig ist und von behandlungsbezogenen Anwendungen für die Kommunikation, Dokumentation, Kooperation und Entscheidungsfindung über informations- und ausbildungsbezogene Anwendungen bis hin zu forschungsbezogenen Anwendungen reichen. Zu einer Taxonomie der Anwendungen wird auf Haas [Haas, 2006b] verwiesen, ausführliche Beschreibungen einer Vielzahl von Anwendungsbeispielen finden sich bei Jähn [Jähn, 2004], eine geradezu erschlagende Vielfalt spiegelt der Tagungsband des 11. Weltkongresses „Internet in Medicine“ wider [Eysenbach, 2006]. Die Nutzung dieser informatischen Innovationen im Gesundheitswesen zur Implementierung vielfältiger Anwendungen werden heute unter dem Begriff „eHealth“ subsumiert.

III. Angewandte Informatik als Gestaltungswissenschaft

Vielerorts wird die Informatik noch als reine Technikwissenschaft gesehen. Während dies für die Kerninformatik – deren Gegenstand die grundsätzlichen Theorien und Konzepte sowie die Entwicklung anwendungsunabhängiger informatischer Methoden und Verfahren ist – noch gilt, haben die anwendungsorientierten Informatikdisziplinen – deren Gegenstand der Einsatz der durch die Kerninformatik zur Verfügung gestellten Methoden und Basisinstrumente in definierten Domänen ist – aber zunehmend gestaltenden Charakter in den betreffenden Anwendungsgebieten entwickelt, da mittels der IT-Anwendungen nicht nur bzw. sogar immer seltener Herkömmliches automatisiert wird, sondern neue Aufbau- und Ablauforganisationen und neue Geschäftsfelder entstehen. Der Bedarf an einer Anwendungsorientierung der Informatik zeigt sich an den in den vergangenen Jahrzehnten herausgebildeten Disziplinen wie der Wirtschaftsinformatik, Rechtsinformatik, Geoinformatik etc. und der Medizinischen Informatik.

Ziel dieser anwendungsorientierten Disziplinen und so auch der Medizinischen Informatik ist die Entwicklung informatischer Artefakte, die in der Anwendungsdomäne qualitativen und/oder quantitativen Nutzen stiften sollen. Das Spektrum reicht von speziellen Aufgaben unterstützenden Algorithmen/Systemen (z. B. Bildauswertungssoftware/Befundungsworkstation für Radiologen, Navigationssysteme in der Chirurgie, spezielle Wissensdatenbanken, digitales Diktat) bis hin zu von ganzen Organisationen gesamtheitlich unterstützenden Informationssystemen (z. B. Praxisinformationssystem, Krankenhausinformationssystem, Pflegeinformationssystem).

Leider werden einerseits die Benutzer solcher Systeme aus Sicht von Softwareentwicklern oftmals noch immer als menschliche Artefakte in einem „technischen“ Prozess gesehen und andererseits Computer bzw. Informationssysteme vom Management der Gesundheitsversorgungseinrichtungen als technische Artefakte im betrieblichen Geschehen verstanden. Beides führt zu dramatischen Missverständnissen und Fehlentwicklungen, da die Einführung informatischer Artefakte zu sozialen Folgen für den einzelnen Benutzer im Sinne des Aufbaus einer

sozialen Beziehung zwischen Benutzer und Computer [Winograde, 1986] sowie für die Gesamtheit der in einer Organisationseinheit arbeitenden Menschen im Sinne einer geänderten Arbeitsverrichtung bis hin zu einer jeden Einzelnen dadurch wieder betreffenden veränderten Arbeitsorganisation und -teilung führt.

In diesem Sinne verändert Informatik durch ihren Gestalt gebenden Charakter alle Dimensionen von bestehendem Arbeitshandeln und schafft auch neue Möglichkeiten und Geschäftsmodelle. Als Beispiel seien die Auswirkungen der Verkaufsplattform „eBay“ auf Handelsketten und Einzelhandel, auf Angebot und Nachfrage, auf Preise und grenzüberschreitende Warenströme genannt. Ähnliches kann auch für Dienstleistungsbranchen wie z. B. das Gesundheitswesen vorausgesagt werden. Man denke hier z. B. an die Möglichkeit, durch telematische Verfahren zeitnah bei den Krankenkassen abrufbare Leistungsanspruchnahmeberechtigungen abzurufen und damit ein differenziertes Krankenversicherterrecht zu implementieren.

Baier [Baier, 2007] kommt vor dem Hintergrund der informatischen aber auch gesellschaftlichen Entwicklung gar zu dem Schluss: „Somit stellt IKT im Gesundheitssektor eine Schlüsseltechnologie für die Entwicklung neuer Produkte und Dienstleistungen dar. Die technischen Potenziale bestehen vor allem in der Vernetzung und Virtualisierung der Geräte und Prozesse, die gesellschaftlichen Potenziale ergeben sich einerseits durch die Verbesserung der Mobilität von Nutzern, insbesondere älterer Menschen und Kranken und andererseits durch die Allgegenwärtigkeit von IT im Alltag.“

Die Entwicklung und Einführung von informatischen Artefakten, wie z. B. Informationssystemen, hat also erhebliche gestaltungswissenschaftliche Aspekte [Nake, 1992], Angewandte Informatik muss daher mehr und mehr als „Gestaltungswissenschaft“ begriffen werden [Rolf, 1992], die die Dinge um- und neu gestaltet, aber auch die sozialen, ethischen und rechtlichen Dimensionen ihres Handelns berücksichtigen muss. Dies gilt besonders im medizinischen Anwendungsbereich, da sich hier der Computer – im Unterbewusstsein aller Beteiligten virulent empfunden – in das Verhältnis Patient/Behandler einschleicht und eventuell zukünftig einmischt, quasi eine Dreiecksbeziehung daraus macht. So setzt der Patient den Computer, der seine Krankenakte speichert, nicht mit der „toten“ Papierakte gleich, sondern sieht in diesem ein aktives Element, welches „etwas über ihn weiß“.

Schon in ihrem 1979 im Auftrag der französischen Regierung vorgelegten Bericht zur „Informatisierung der Gesellschaft“ zeigen Nora und Minc [Nora, 1979] die soziologischen Konsequenzen vernetzter und umfassender Informationssysteme auf und gehen auch speziell auf die veränderte Rolle des Arztes am Beispiel „Informatik und Ärzteschaft“ ein. Einige Thesen daraus sind:

- Die Telematik kann die Charakteristika der ärztlichen Handlung, die Bedingungen der Berufsausübung als Arzt und manche traditionellen ärztlichen Werte verändern.
- Die Informatik wird das Spezialistentum aufbrechen lassen, in dem durch IT-gestützten Kompetenzübergang vom Facharzt auf den Allgemeinmediziner diesem wieder Funktionen übertragen werden, die ihm bisher versagt waren.

- Die Verantwortung von ärztlichem Hilfspersonal kann ebenfalls durch Kompetenzübertragung wachsen.
- Die Informatik kann die Stellung des praktischen Arztes gegenüber seiner Umwelt verändern, so kann es durch Vernetzung von Krankenhäusern und Praxen oder mit Krankenkassen zu Kompetenzverschiebungen und veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen kommen.
- Die Informatik stellt auch die Bedingungen der Ausübung des Berufsgeheimnisses in Frage und erfordert diesbezüglich besondere Vorsichtsmaßnahmen.

Aktuelle Diskussionen um Zweitmeinungsanwendungen, Teliagnostik, Home-Monitoring sowie die Vernetzung von Versorgungsinstitutionen im Rahmen der Gesundheitstelematik bzw. der Einführung der Elektronischen Gesundheitskarte in Deutschland zeigen, wie vorausschauend und zeitlos die Befunde von Nora und Minc sind. Auch an dem Befund von Lüschen [Lüschen, 1989], dass „Probleme der sozialen Folgen selten diskutiert werden“, hat sich wenig geändert.

Informationen zu besitzen sowie die Fähigkeit informationstechnische Verfahren einzusetzen, für sich zu instrumentalisieren und kompetent mit den neuen Technologien umzugehen, sind heute ein entscheidender Wettbewerbsfaktor für Individuen und Organisationen geworden. Informatik gestaltet also Privat- und Arbeitsleben um, ermöglicht neue Allianzen und schafft neue Wissens-, Einfluss- und Machtgefüge.

IV. Entwicklungen, Trends und Chancen und Risiken

Nach Seelos [Seelos, 1997] ist „die Medizinische Informatik eine anwendungsbereichsspezifische Informatik, die durch die besonderen Charakteristiken der Medizin begründet wird. Ziel der Medizinischen Informatik ist es, durch die Anwendung formaler Methoden und Konzepte der Informatik und Einsatz zeitgemäßer Informations- und Kommunikationstechnologien Struktur, Prozess und Ergebnis der Gesundheitsversorgung – also von Gesundheitsfürsorge und Krankenversorgung sowie medizinischer Lehre und Forschung – sowohl in theoretischen als auch praktischen Aspekten zu unterstützen“.

Sie grenzt sich ab gegen die Medizintechnik, in dem ihr Schwerpunkt auf der Entwicklung softwaretechnologischer Systeme liegt und nicht auf der der Entwicklung hardwareorientierter Systeme. Dabei haben auch in der Medizininformatik in den vergangenen 10 Jahren die drei eingangs erwähnten allgemeinen Entwicklungstendenzen „Leistungssteigerung“ (Beispiele: Schnellere und bessere Verfahren der Bild- und Signalverarbeitung, Möglichkeit der zeitnahen Auswertung riesiger Datenbestände, intelligente Softwaresysteme), Miniaturisierung (Beispiele: Mobile intelligente Überwachungsgeräte, intelligente Implantate, Body Area Networks) und Vernetzung (Beispiele: Informationsangebote im Internet, Vernetzung von Informationssystemen, Mobile Computing, Teleüberwachung) zu erheblichen Fortschritten geführt.

Haux [Haux, 1996] sieht als zentrale Ziele der Medizinischen Informatik

- die Weiterentwicklung diagnostischer Methoden und Werkzeuge: der sichtbare Körper,
- die Weiterentwicklung diagnostischer Methoden und Werkzeuge: der schonende Eingriff,
- die Weiterentwicklung der Simulation therapeutischer Eingriffe,
- die Weiterentwicklung von Methoden und Werkzeugen zur Früherkennung und Prävention,
- die Weiterentwicklung von Methoden und Werkzeugen zur Linderung körperlicher Behinderungen,
- die Weiterentwicklung von Methoden und Werkzeugen zur Gesundheitsberatung: der informierte Patient,
- die Weiterentwicklung von Methoden und Werkzeugen zur Gesundheitsberichterstattung,
- die Weiterentwicklung von Methoden und Werkzeugen für das Management und den Betrieb der Informationssysteme des Gesundheitswesens,
- die Weiterentwicklung von Methoden und Werkzeugen für die medizinische Dokumentation,
- die Weiterentwicklung von Methoden und Werkzeugen zur Dokumentation medizinischen Wissens und zur wissensbasierten Entscheidungsunterstützung.

In einer Delphi-Studie zum Einsatz der Informationstechnologie im Gesundheitswesen [Cuhls et al. 2007] werden 36 von Experten formulierte und zeitlich bewertete Thesen präsentiert, von denen hier einige genannt sein sollen und die Innovationen mit Blick auf die von Haux formulierten Ziele verdeutlichen:

2010:

- Expertensysteme und Datenbanken werden in Pilotversuchen erprobt, die für einzelne Patienten die individuell erforderliche Medikamenten-Kombination auf unerwünschte Medikamenten Interaktionen überprüft und Vorschläge für eine Arzneimitteltherapie mit verringerten Wechsel- und Nebenwirkungen macht.
- Patienten werden in Krankenhäusern über ein komplettes EDV-basiertes System so gelenkt, dass Wartezeiten, z. B. bei Aufnahme, OP, Röntgen etc., minimiert werden und gleichzeitig die Krankenhauseinrichtungen besser ausgelastet sind.

2012:

- Ein EDV-System existiert, mit dem niedergelassene Ärzte von Endgeräten ihrer Wahl bei Hausbesuchen sofort auf alle vorliegenden Daten des Patienten (kryptografisch verschlüsselt) zugreifen können.
- Virtuelle Realität ist in der Ausbildung von medizinischem Fachpersonal Standard (z. B. virtuelle Chirurgie, Üben von minimal-invasiven Interventionen, Endoskopie, Rettungsübungen, Patientengespräche etc.).

2013:

- Telemonitoring, d. h. engmaschige Fernüberwachung von (Risiko-)Patienten, die Auswertung dieser Informationen in medizinischen Einrichtungen und ggf. Alarmierung des behandelnden Arztes, ist Standard.
- Ambient Intelligence im Haus ermöglicht Überwachung von Patienten zu Hause (per Kamera, thinking carpet, Möbel mit Sensoren, Immobilitätssensor) und gegebenenfalls Meldung von Auffälligkeiten an eine Notrufzentrale.
- Labs-on-Chips werden für die „Point of Care“-Diagnostik von Blut und Urin auf klinisch relevante Parameter wie Proteine, Antikörper, Hormone, Bilirubin, Cholesterin, Harnstoff sowie Enzyme breit eingesetzt.
- Elektroden im Gehirn detektieren den Beginn eines epileptischen Anfalls und verhindern ihn durch ein spezifisches elektrisches Stimulationsmuster.

2014:

- Expertensysteme werden routinemäßig eingesetzt, die dem medizinischen Personal bei Diagnose und Therapie konkrete Entscheidungsvorschläge machen.
- Funktionstüchtige Robotersysteme für perkutane Interventionen (z. B. Biopsieroboter) sind entwickelt und getestet.

2016:

- Protein-Chips für die „Point of Care“-Diagnostik sind entwickelt und getestet.
- Um im akuten Notfall einen Menschen sehr schnell identifizieren zu können, wird ein schneller Gentest durchgeführt und die Daten mit einer Personenprofildatenbank abgeglichen.

2017:

- Methoden zur schnellen Genomanalyse, wie z. B. DNA-Chips, Hochgeschwindigkeitssequenzierung oder Genkartierung, werden in der medizinischen Routineversorgung eingesetzt.
- Vitalparameter (Blutdruck, Blutwerte, Antikörper, Hormone) lassen sich über implantierte Chips auslesen.

2019:

- Retina-Implantate werden durch die Kombination funktioneller und morphologischer Daten, deren Bewertung mittels Expertensystemen und die Vernetzung der unterschiedlichen Systeme entscheidend verbessert und damit anwendungsreif.
- Operationen, die innerhalb des Körpers durch eine mit Sensoren und Aktoren ausgerüstete und über Fernkontrolle gesteuerte Mikromaschine ausgeführt werden, sind möglich.

V. Chancen und Risiken

In der Folge sollen exkursorisch einige aktuelle Beispiele oder solche, die in naher Zukunft Realität werden, aufgezeigt und die Konsequenzen für die ärztliche Tätigkeit diskutiert werden.

1. *Der informierte Patient*

Untersuchungen haben gezeigt, dass Websites mit medizinischen Inhalten mit zu den am häufigsten besuchten zählen. Viele seriöse und unseriöse Anbieter haben sich inzwischen auf dieses Segment der Gesundheitsinformationen mittels „Gesundheitsportalen“ spezialisiert, aber auch Selbsthilfegruppen und -verbände, Medizinische Fachgesellschaften und Ministerien bieten inzwischen Gesundheitsinformationen an. Die Vielfalt der für Heilberufler oder Patienten verfügbaren Informationsangebote ist schier unüberschaubar, die „Health on the Net“-Foundation hat Prinzipien für Medizinische Websites herausgegeben, die aber von vielen dieser Informationsangebote nicht annähernd berücksichtigt werden [Boyer, 2006]. Für gute Informationsangebote kann gelten, dass sie in der Primär- und Tertiärprävention – da sie große Teile der Bevölkerung ansprechen – eine wichtige Funktion übernehmen [Göpfert, 2001]. Aber auch in der Patientenaufklärung und -ausbildung können sie eine wichtige Rolle spielen bis hin zur Unterstützung eines qualifizierten Selbstmanagements chronisch Kranker [Müller-Mundt, 2001].

Als Folge werden sich Ärzte zunehmend sowohl gut informierten Patienten als auch falsch informierten Patienten gegenübersehen. Für jene, die das Glück hatten, sich bei qualifizierten Informationsangeboten zu informieren, kann dies zu einem besseren Verständnis der ärztlichen Patientenaufklärung und besserer Compliance bzw. Patienten-Arzt-Kooperation führen. Demgegenüber kann aber auch die Verunsicherung des Patienten durch den Besuch einer Vielzahl und sich zum Teil widersprechender Informationsangebote zunehmen, was zu einem erhöhtem Erklärungs- und Konsultationsaufwand für den behandelnden Arzt führt.

Vor diesem Hintergrund wird es unabdingbar werden, dass der Arzt bezüglich der häufigen und bedeutenden chronischen Krankheiten Empfehlungen für qualitätsgesicherte und verständliche Informationsangebote im Internet bereithält, auf die er ergänzend verweisen kann. Es kann gar formuliert werden, dass der Aufbau entsprechender krankheitsbezogener Portale eine Aufgabe der ärztlichen Fachgesellschaften ist.

2. *Der Patient mit seiner eigenen Dokumentation*

Einige Krankenkassen bieten heute auf Basis des § 68 SGB V ihren Patienten die Möglichkeit zur Führung einer organisatorisch von den Leistungserbringern unab-

hängigen „persönlichen Elektronischen Gesundheitsakte“ (EGA) an und haben diese als Marketingmittel zur Kundenbindung und -gewinnung entdeckt. Elektronische Gesundheitsakten sind über das Internet erreichbare Softwareanwendungen, in die Versicherte sowohl eigene Notizen als auch ihnen als relevant erscheinende und vom behandelnden Arzt erbetene Befunde einstellen können. Eine Übersicht zu Zielen, Funktionalitäten und Produkten gibt Warda [Warda, 2005]. Gesundheitsakten sollen die Patientensouveränität stärken und den Patienten zum „Herrn seiner Daten“ machen. Sie sollen dem Patienten ermöglichen, Behandlern einen Einblick in Vorbefunde und wichtige eigene Aufzeichnungen zu geben.

Gesundheitsakten können als ergänzende Dokumentation zur ärztlichen Krankenblattführung hilfreich sein, z. B. wenn sie situationsspezifisch die Behandlung – z. B. durch die Führung eines Schmerztagebuchs, Dokumentation von eigenen biologischen Messungen (Blutdruck, Blutzuckerwerte) etc. – unterstützen oder durch den Zugriff auf Vorbefunde die Anamnese erleichtern und dadurch die Patienten-/Arzt-Kooperation verbessern.

Neben der Frage nach dem Schutz dieser zumeist bei kommerziellen Serverbetreibern gespeicherten Daten vor einer Beschlagnahme stellt sich auch die Frage der Verlässlichkeit und Zielorientiertheit einer solchen Dokumentation. So kann sich der Arzt plötzlich mit einer Unmenge von Informationen konfrontiert sehen, deren Würdigung der Patient einfordert, die aber bezüglich der aktuellen Behandlungssituation irrelevant sein können oder aber so umfangreich und unübersichtlich sind, dass die Sichtung einen erheblichen Zeitaufwand mit sich bringt, der in keiner Relation zu den Vergütungsstrukturen für eine ärztliche Konsultation steht. In diesem Sinne können solche Lösungen auch Sammelbecken allen sozialen Unwohlseins werden [Funk-Bretano, 1979], in denen der Kranke seine Dokumentation wie eine Monstranz vor sich her trägt und jede Nichtbeachtung als „Behandlungsfehler“ des Arztes deklariert. Ob die damit in der amtlichen Begründung genannten Ziele „...zur Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung...“ (§ 68 SGB V, s. a. Bales, 2007) damit erreicht werden können, ist zweifelhaft.

3. Das papierlose Krankenhaus, die papierlose Arztpraxis

Das Krankenhausmanagement aber auch große Praxen setzen zunehmend auf eine Effektivierung der betrieblichen Abläufe durch eine papierlose Dokumentation, auch vor dem Hintergrund zunehmender komplexer Regelungen und Nachweispflichten für Abrechnung, Meldepflichten und Sonderprogramme wie DMP oder integrierte Versorgung. Diese Systeme sollen die innerbetriebliche Dokumentation, Kommunikation und Organisation erleichtern und die papieren Mehrfachdokumentation von Sachverhalten für verschiedene Verwendungszwecke abschaffen.

Vielfältigen Vorteilen des Einsatzes solcher Systeme [Haas, 2005a] steht vor allem der große Aufwand der manuellen Erfassung sowie die fehlende Mobilität und damit beliebige örtliche Verfügbarkeit der Dokumentation entgegen. Der Dokumentationsaufwand liegt um einen Faktor 2–6 höher als bei einer handschriftlich

geführte Dokumentation und führt dazu, dass die elektronische Dokumentation zwar Doppelaufschreibungen vermeiden hilft und die Nutzung der Dokumentation für nachgeordnete Verwendungszwecke wie die Abrechnung, Statistiken, Qualitätssicherung und Meldepflichten einen erheblichen Gewinn für die Gesundheitsversorgungsinstitution darstellt, aber der administrative Aufwand für die Ärzte nicht ab- sondern zunimmt. Auch können sich damit verbundene Auswertungsmöglichkeiten gegen den Arzt bzw. das ärztliche Hilfspersonal oder Kohorten von Patienten richten, in dem Risikoprofile ermittelt und bei der Geschäftsstrategie auf eine dedizierte Selektion „wirtschaftlich lukrativer“ Patienten geachtet wird.

4. Elektronisierung der Kommunikation

Im Rahmen der Einführung der elektronischen Gesundheitskarte werden zukünftig auch Verordnungen und Arztbriefe und andere Behandlungsdokumente zwischen den Einrichtungen elektronisch kommuniziert werden können und zum Teil müssen. Aber auch die freie Kommunikation zwischen Ärzten oder Ärzten und Patienten z. B. via Email wird zunehmen.

Aus ärztlicher Sicht ergeben sich bei einer besseren Integration und Vernetzung folgende Vorteile [Hänsch, 2005]:

- Vollständigkeit der Daten,
- schneller Informationstransport,
- höhere Qualität der Behandlung und Dokumentation,
- Kostenreduktion,
- Zeitersparnis.

Eine solche Kommunikation muss jedoch vor dem Hintergrund der hohen Sensibilität der kommunizierten Sachverhalte alle datenschutzrechtlichen Anforderungen [Bultmann, 2002, Dierstein, 2004] erfüllen – also z. B. die Vertraulichkeit, Unversehrtheit, Integrität, Zurechenbarkeit und Nichtabstreitbarkeit gewährleisten. Dies kann nur durch den Einsatz digitaler Signaturen und sicherer Verschlüsselungsverfahren erreicht werden. Dadurch kommt es zu einem erhöhten Zeit- und Organisationsaufwand bei den einzelnen Vorgängen, der evtl. auch Auswirkungen auf die Praxisabläufe haben wird. Auch das Versenden selbst kann je nach Implementierung durch die Hersteller der Krankenhaus-, Arztpraxis und Pflegeinformationssystemen aufwändiger werden. Andererseits können bei einem flächendeckenden Einsatz – d. h. der Möglichkeit der elektronischen Kommunikation mit allen externen Partnern – auch erheblich Kosten eingespart und die Übermittlung von Informationen beschleunigt werden sowie Medienbrüche entfallen.

Aber auch neben dieser geschäftsprozessgebundenen Kommunikation entwickeln sich neue Formen der direkten personalen Kommunikation, der Massenkommunikation von Gesundheits- und Krankheitsinformationen sowie der Gesundheitskommunikation über interaktive Medien [Hurrelmann, 2001], denen sich der Arzt zunehmend stellen muss.

5. *Elektronisierung des Meldewesen*

Zunehmend müssen Datenübermittlung zu Zwecken der Abrechnung oder für Nachweispflichten oder zur Meldung an Register oder Datensammelstellen elektronisch erfolgen. Auch die Zahl der externen Qualitätssicherungs- und Benchmarkingorganisationen wächst.

Schon heute müssen Daten zu DMP, Koloskopie, Dialyse, D-Arztberichte, Meldungen an Krebsregister, Abrechnungsdaten, externe Qualitätssicherung u.v.a.m. elektronisch gemeldet werden. Es ist zu vermuten, dass der „Datenhunger“ entsprechender Stellen wächst und nicht nur Anzahl der zu bedienenden Schnittstellen, sondern auch Umfang der zu übermittelnden Daten weiter zunehmen werden.

Einerseits liegen in solchen Verfahren große Chancen für eine schnelle zeitnahe Gesundheitsberichtserstattung sowie breite epidemiologische Forschungen bis hin zur „kontinuierlichen“ Qualitätssicherung und Versorgungsforschung. Über entsprechendes Benchmarking lässt sich das eigene Leistungsniveau gut einschätzen und als Marketinginstrument nutzen. Andererseits aber erzwingen die Vorgaben für solche formalen Datenübermittlungen eine entsprechende strukturierte und formalisierte elektronische Dokumentation in den Arztpraxen und Krankenhäusern, was nicht nur zur Notwendigkeit der Investition in entsprechende Erweiterungen der Softwaresysteme in den Einrichtungen führt, sondern den Dokumentationsaufwand selbst erhöht und so in einem Mehr als einem Weniger an Dokumentation endet. Dabei ist zu beobachten, dass die Definition solcher Datenübermittlungsschnittstellen in Deutschland weitgehend unkoordiniert geschieht und diese daher untereinander weitgehend inkompatibel sind. Als Konsequenz müssen dann in den Gesundheitsversorgungsinstitutionen gleiche Sachverhalte in ähnlicher Weise mehrfach erfasst werden.

6. *Einrichtungsübergreifende Elektronische Patientenakte*

Die Überwindung der Sektorengrenzen und der Aufbau einer integrierten Versorgung erzwingen effektive Kooperationsformen innerhalb definierter Versorgungsverbände bzw. im offenen System. Dabei spielt nicht nur die retrospektive Transparenz der Behandlung repräsentiert durch die vorliegende Behandlungsdokumentation eines Patienten für alle am Prozess Beteiligten eine große Rolle, sondern zunehmend auch die prospektive Transparenz in Form einer Behandlungsplanung – repräsentiert durch Nachsorge- oder Betreuungspläne. Das Motto lautet: „Gemeinsam planen, gemeinsam handeln und dokumentieren“. Dies kann durch reine Kommunikationslösungen wie unter Kapitelpunkt 4.4 angesprochen nicht geleistet werden, sondern dazu bedarf es einrichtungsübergreifender Patientenakten. Der Einsatz solcher „Netzakten“ bzw. einrichtungsübergreifender Elektronischer Patientenakten (eEPA) nimmt daher derzeit kontinuierlich zu. Dabei handelt es sich um auf der Technologie des Internet basierende Anwendungen, die es den

einzelnen Gesundheitsversorgungsinstitutionen ermöglichen, Behandlungsdokumente und auch detaillierte Informationen wie Diagnosen, Risikofaktoren und Maßnahmen in die Patientenakten ihrer Patienten einzustellen, sodass alle an einer Behandlung beteiligten Ärzte Zugriff darauf haben. Im Gegensatz zu den unter Kapitelunkt 2 genannten „Gesundheitsakten“ werden solche Akten – im Auftrag bzw. auf Basis der Einwilligung des Patienten – von den behandelnden Ärzten geführt. Große Chancen bestehen dabei in der besseren einrichtungübergreifenden Transparenz und Koordination von Behandlungen, wenngleich diese Akten – wenn sie als reine „Datensammelspeicher“ genutzt werden und jeder Behandler alle seine Dokumente und Informationen einstellt – schnell bei chronisch Kranken oder älteren Patienten zu einer unüberschaubaren Menge von Einzelinformationen führen. Deren Durchsicht – um nichts zu übersehen und damit haftungsrechtliche Konsequenzen fürchten zu müssen – bringt dann einen erheblichen Zeitaufwand mit sich. Es ist daher von großer Bedeutung, dass solche Akten als strategisches Instrument begriffen und derart gestaltet werden, dass die wesentlichen und aktuell bzw. lebenslang wichtigen medizinischen Informationen an exponierter Stelle und übersichtlich präsentiert werden. Dies bedeutet aber auch, dass der Arzt bei der Einstellung von Informationen in solche Akten eine prinzipielle Bewertung hinsichtlich ihrer gesamtstrategischen Bedeutung für die Zukunft des Patienten treffen muss. Auch werden diese Ansätze Rückwirkungen auf die Dokumentationskultur in den einzelnen Einrichtungen haben, denn nur wenn eine strukturelle und terminologische Angleichung der Dokumentation in den einzelnen Einrichtungen erfolgt, ist auch die durch diese Einrichtungen gemeinsam geführte Dokumentation sinnvoll lesbar und kann nach inhaltlichen Kriterien geordnet und gefiltert werden. Beispiel: Möchte ein Arzt alle in der Vergangenheit durchgeführten EKG-Untersuchungen bzw. die zugehörigen Befunde einsehen, so kann er diese nur schnell durch ein Filterkriterium finden, wenn alle Beteiligten die EKG-Untersuchungen auch gleich benannt haben. Entsprechendes gilt für alle anderen Maßnahmen und auch für Diagnosen, sodass die Dokumentation in einer eEPA vokabularbasiert sein muss und die in den institutionellen Systemen hinterlegten Vokabulare entsprechend kompatibel sein müssen. Damit aber ist die Dokumentationskultur im Gesundheitswesen insgesamt betroffen, dient die institutionelle Dokumentation nun nicht mehr der „eigenen Gedankenstütze“ des einzelnen Arztes, in der er beliebige Kürzel und Notationen benutzen kann, sondern der patientenbezogenen Behandlungstransparenz für eine ganze Gruppe von Behandlern.

7. Evidenzbasierung und Standardisierung von Behandlungen

Als ein Mittel der Sicherstellung einer gleichwertigen Qualität von Behandlungen für alle Patienten werden Leitlinien und klinischen Pfade angesehen. Diese liegen heute zumeist schon in elektronischer Form vor. Erste Projekte zum IT-gestützten Einsatz von klinischen Pfaden in Krankenhäusern und auch einrichtungübergreifend in Zusammenarbeit von Krankenhäusern und Arztpraxen sind angelaufen.

Die informatischen Verfahren unterstützen bei der Auswahl geeigneter Pfade und der Steuerung der Behandlung. Für den Arzt kann dies eine gute organisatorische Hilfe darstellen, da geplante Untersuchungs- und Therapiemaßnahmen nicht mehr manuell einzeln verordnet bzw. dokumentiert werden müssen, sondern in einem Arbeitsgang.

Ein wesentliches Risiko solcher elektronischen teilautomatisierten Planungen besteht darin, dass in einzelnen Einrichtungen solche „Pfade“ als normierend vorgegeben werden oder gar ein fachgesellschaftlicher Konsens entsteht, der eine „Kochbuchmedizin“ fördert und dadurch die Individualität des einzelnen Patienten immer weniger Berücksichtigung findet. Auch besteht die Gefahr, dass junge Ärzte nur noch diesen Pfaden folgen, ohne die spezielle Situation des Patienten zu reflektieren und die Pfadanwendung kritisch zu hinterfragen. Auch kann der Aufwand für Begründungen, warum von einem vorgegeben Ablauf abgewichen wurde, zunehmen.

8. Einsatz von entscheidungsunterstützenden Verfahren und Expertensystemen

In Medizintechnikgeräten aber auch integriert in betrieblichen Informationssystemen kommen zunehmend entscheidungsunterstützende Verfahren zum Einsatz, die mittels algorithmischer Verfahren oder auf Basis von Wissensbanken Vorschläge zu Diagnosen und Therapie geben. Aber auch der Interaktionscheck und die Wechselwirkungsprüfung bei der Verordnung von Medikamenten sind dieser Anwendungsklasse zuzuordnen. Auch kann eine Risikoselektion mittels solcher komplexer wissenschaftlicher Verfahren erfolgen. Immer dann, wenn solche Verfahren für den Arzt hinsichtlich der Wissensbasis und/oder der Verfahren, wie Wissen angewandt wird, nicht transparent sind, ist eine Einsatz kritisch zu hinterfragen, da letztendlich nicht Softwareentwickler, sondern der behandelnde Arzt, auch wenn er sich auf solche entscheidungsunterstützenden Verfahren stützt, in der rechtlichen Verantwortung bleibt. Während also unzweifelhaft solche Verfahren hohen Nutzen stiften können – wie am Beispiel vieler medizintechnischer Anwendungen gezeigt werden kann – ist es daher dringend geboten, dass sowohl Evaluations- und Zulassungskriterien als auch die Gestaltung solcher entscheidungsunterstützender Verfahren selbst aus ärztlicher Sicht entwickelt werden. Eine Thesenliste zu notwendigen Voraussetzungen für den Einsatz entscheidungsunterstützender Verfahren in der Medizin gibt Hucklenbroich [Hucklenbroich, 1993].

9. Telemonitoring und Telebetreuung

Miniaturisierung und Leistungssteigerung bieten bisher ungeahnte Möglichkeiten der Überwachung biologischer Größen und der Aktivitäten des täglichen Lebens von Risikopatienten, chronisch Kranken und allein lebenden alten Menschen. So

kann die Betreuung z. B. von Herzpatienten und Diabetespatienten ohne Mehraufwand intensiver und zeitnäher als bisher erfolgen und Folgeschäden und -kosten vermieden werden. Auch die Betreuung z. B. nach Krankenhausbehandlung oder im Rahmen der Nachsorge kann durch elektronische (asynchrone) Kommunikation und Beratung durch Telebetreuungscenter intensiviert werden. Hierzu haben sich schon erste Unternehmen gebildet, die eine telematisch gestützte Betreuung von chronisch Kranken wie Diabetes- oder KHK-Patienten anbieten und z. B. in Kooperation mit Krankenkassen durchführen. Ziel dabei ist es nicht nur, die individuelle Betreuung zu verbessern, sondern auch epidemiologische Daten zu spezifischen Indikatoren und Krankheitsverläufen zu erhalten. Es ist davon auszugehen, dass Anzahl und Qualität solcher telematischen Betreuungszentren zunehmen werden und sich neue Tätigkeitsfelder für den Arzt ergeben. Gleichzeitig treten diese aber auch in einen Wettbewerb zu den klassischen ambulanten Betreuungsstrukturen. Vorerst limitierend auf die Entwicklung wirken hier die nicht mehr zeitgemäßen Bestimmungen zum Fernbehandlungsverbot, entstanden diese doch vor einem technologischen Hintergrund, der von der telematischen Sprachübertragung geprägt war. Zwei Novellierungsstrategien hierzu zeigt Dierks [Dierks, 2003] auf.

10. Fernexpertise und Zweitmeinungszentren

Telematische Anwendungen wie z. B. Teleradiologie, Telepathologie und Teledermatologie erlauben es, Expertise unabhängig von Raum und ggf. Zeit hinzuzuziehen. In strukturschwachen Gebieten, zur Nachtzeit und bei besonders schwierigen Fällen können so externe Experten konsultiert werden. Aber auch die Schaffung spezialisierter telemedizinischer Beratungszentren ist realisierbar, die Dienstleistungen für andere Einrichtungen übernehmen, aber auch völlig neue Dienstleistungen und Geschäftsmodelle werden entstehen. Mittels Telematik können auch Telekonsile unter Beteiligung vielen Experten durchgeführt und so Fallbesprechungen durchgeführt werden.

Die Chancen bestehen hier also in der Möglichkeit, Expertise in vielfältiger Weise verfügbar zu machen, neue Dienstleistungsorganisationen und Berufsbilder werden entstehen. Dies kann aber auch zur Ausdünnung lokaler Expertise führen, kleinere Krankenhäuser werden dadurch weniger bis keine Spezialisten mehr benötigen und einstellen, sondern z. B. radiologische, internistische oder labormedizinische Expertise von extern beziehen. So hat die Politik bereits die Etablierung von „Portalkliniken“ in die Wege geleitet, erste Umsetzungen sind in Planung. Eine Portalklinik ist eine mit Spezialkliniken vernetzte Anlaufstelle für Krankenhaus und niedergelassene Ärzte. Sie verfügt über eine hohe Diagnosekompetenz und übernimmt die Aufnahme des Patienten, Notfallbehandlung sowie ambulante, tagesklinische und kurzzeitstationäre Behandlung unter Einbeziehung externer Expertise mittels telematischer Verfahren. Eine Argumentation für Portalkliniken findet sich bei Roth [Roth, 2007]. Der Arzt wird zukünftig also nicht nur mit Kol-

legen aus seinem näheren Umfeld kooperieren müssen, sondern Expertise über Entfernung hinzuziehen. Gleichzeitig eröffnen sich Chancen, eigene Expertise-Zentren einzurichten und die eigenen Leistungen am Markt zu positionieren.

11. IT-gestütztes Screening

Als erstes großes Screeningprogramm ist das Mammographiescreening angelaufen. Die Dokumentation und Organisation erfolgen hier vollständig IT-gestützt, erst dadurch wurde die Umsetzung des Programms möglich. Beim Mammographiescreening wird die gesamte differentialdiagnostische Abklärung innerhalb des Screeningprogrammes abgewickelt, die eigentliche Therapie erfolgt dann durch die Institutionen der Regelversorgung. IT-gestützte Screeningprogramme haben Einfluss auf das Leistungsspektrum und die Leistungsmengen entsprechender Versorgungsinstitutionen, da es zu einer Verschiebung hin zu den Screeningzentren kommt. Bei positiven Fällen müssen die Ärzte in den Institutionen der Regelversorgung dann bei der Weiterbehandlung die im Screeningprogramm gewonnenen Informationen entsprechend nutzen können.

12. Der transparente Gesundheitsdienstleister

In einem immer mehr von Wettbewerb geprägten Gesundheitsmarkt wird es zunehmend von Bedeutung, dass Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen Indikatoren zu Quantität, Qualität und Service zeitnah auf eigenen Websites oder aber in Benchmarkingplattformen transparent machen. Bürger und Patienten können sich so umfassend über Erfahrungen und Leistungsfähigkeit der Versorgungsinstitutionen informieren.

Darüber hinaus werden elektronische Angebotsplattformen entstehen, mittels derer Gesundheitsdienstleistungen zwischen Versorgungseinrichtungen aber auch zwischen Patienten und Versorgungseinrichtungen vermittelt werden. Dabei stellen die einzelnen Institutionen die von ihnen angebotenen Leistungen nach Inhalt und zeitlicher Verfügbarkeit (Welche Untersuchungen? Welche Buchungszeiträume?) in eine solche Angebotsplattform ein und Ärzte/Patienten können dann diese entsprechend buchen. Solche Angebotsplattformen werden vor allem regionalen Charakter haben, wenngleich für bestimmte Sonderleistungen wie spezielle Reha-Plätze oder Untersuchungsverfahren auch weiträumigere Angebote von Interesse sind. Für den Arzt bedeutet dies, dass er einerseits frühzeitig bei Verfügbarkeit solcher Plattformen seine Beteiligung prüfen und implementieren muss, aber auch ggf. in Kooperation mit dem Patienten geeignete Buchungen für diesen zusammenstellen kann.

13. Lebenslange Fort- und Weiterbildung

Fort- und Weiterbildung sind keine Frage mehr von Raum und Zeit. Moderne Lernplattformen ermöglichen lebenslanges Lernen auf hohem Niveau. Dabei können diese Plattformen auch multimediale Inhalte integrieren sowie Fallsimulationen abbilden. Sie eignen sich daher für eine ärztliche Fort- und Weiterbildung. Diese neuen Möglichkeiten unabhängig von Raum und Zeit werden aber auch den Druck auf die Ärzteschaft erhöhen, entsprechende Angebote wahrzunehmen und sich noch intensiver als bisher lebenslang fortzubilden. Als besondere Herausforderung kann hierbei das „Profil“ einer solchen Lernplattform für diesen Anwendungsbereich angesehen werden, denn im Vordergrund stehen nicht klassische grundständige Kurse, sondern granulare Einheiten, die es der Zielgruppe „Experten“ ermöglicht, ausgehend von einem gegebenen Wissensstand sich die wesentlichen „Neuerungen“ zu erarbeiten. Auch hier gibt es neue Herausforderungen für die Ärzteschaft: Einerseits die Mitarbeit an der strukturellen und funktionalen Ausgestaltung von vor diesem Hintergrund angemessenen Lernplattformen, andererseits aber auch bei der Befüllung dieser Lernplattformen mit Inhalten.

14. Social Software für Ärzte und Patienten, Wissensmanagementplattformen, Wissensdatenbanken

Wissensentwicklung, Wissensbereitstellung sowie die Wissensanwendung in großen Communities sind ein entscheidender Erfolgsfaktor in Fachgebieten, in denen das Faktenwissen ständig zunimmt und auch das Erfahrungswissen eine große Rolle spielt. In der Medizin haben sich hierzu eine Reihe isolierter und meist geschlossener Foren etabliert. Ein gutes Beispiel findet sich unter www.esanum.de, dort heißt es: „communio adiuvat – die Gemeinschaft hilft: Unter diesem Motto treten auf esanum Mediziner aller Fachrichtungen mit hunderten Kollegen zeitgleich in Kontakt und teilen ihr Wissen.“

Während solche Angebote noch auf einzelnen Technologien basieren, ermöglichen Wissensmanagementplattformen [Riemp, 2006] die strategische Wissensentwicklung bis hin zu einem institutionalisierten und persistenten Erfahrungsaustausch über viele Wissensarten und Werkzeuge hinweg. Diese Plattformen erlauben die Speicherung und/oder Verlinkung verschiedensten Wissens, im Bereich der Medizin vor allem von Terminologiewissen, Faktenwissen, Strategie- und Handlungswissen, ontologischem Wissen und Fallsammlungen. Dabei liegt allen Wissensarten eine einheitliche Indizierung zugrunde, sodass das Auffinden von Wissen bei Recherchen auf einer einheitlichen terminologischen Basis erfolgen kann. Wesentliche Innovation solcher Wissensmanagementplattformen ist es, das dieses Wissen in einem – ggf. kontrollierten und qualitätsgesicherten – Prozess gemeinsam in einer großen Gruppe von Anwendern entwickelt und genutzt werden kann. Kollegialer Dialog aber auch Informationsquellen für die Ausbildung

und für konkrete Behandlungsentscheidungen werden also zunehmend Internet-basiert sein, die souveräne Nutzung dieser Technologien verschafft dem Arzt einen Wissens- und Qualitätsvorsprung gegenüber all jenen, die weiterhin nur traditionell arbeiten.

15. Molekulare Bioinformatik

Mit leistungsfähigen Rechnern und entsprechenden Algorithmen konnte die Entschlüsselung des menschlichen Genoms vorangetrieben werden. Rechnersysteme werden die Hochgeschwindigkeitssequenzierung, Genkartierung und die Ermittlung und Auswertung genetischer Dispositionen bzw. den Musterabgleich von Sequenzen erlauben. Dadurch entstehen neue Daten, die bei der ärztlichen Beratung und Entscheidungsfindung hinzugezogen werden müssen. Frühzeitig nachgewiesene Dispositionen erlauben es dem Arzt, in spezifischer Weise als Gesundheitsberater für dedizierte Risikogruppen aufzutreten. Neue Dienstleistungen in Form regelmäßiger Assessments zu Lebensführung und Gesundheitsstatus, die auch telematisch von Patient und Arzt gemeinsam geführt werden können, werden für die entsprechenden Patientengruppen evident werden und neue Geschäfts- und Tätigkeitsfelder für den Arzt eröffnen.

VI. Zusammenfassung und Diskussion

Insgesamt bergen medizininformatische Innovationen erhebliche qualitative und quantitative Chancen für Patienten und Ärzte sowie andere medizinische Berufsgruppen. Die Gesundheitsversorgung kann zukünftig besser, kooperativer und koordinierter realisiert werden. Auch werden durch Telematik neue Formen der Versorgung und Betreuung möglich. Diese Innovationen werfen aber auch neue ethische (Haas, 2005b, Niederlag, 2003), rechtliche (Dierks, 2003) und praktische Fragen auf, die auch heute vor dem Hintergrund der entsprechenden Regelungen im SGB V weitgehend ungeklärt sind. Kritische Thesen (Haas, 2005b) sind u. a.:

These 1: Gesundheitstelematik wirft neue ethische Fragen auf.

These 2: Gesundheitstelematik erfordert eine breite Akzeptanz oder wird polarisieren.

These 3: Gesundheitstelematik muss eine Balance zwischen Effizienz und freizügiger informationeller Selbstbestimmung finden.

These 4: Gesundheitstelematik kann das Arzt-Patienten-Verhältnis stören.

These 5: Gesundheitstelematik erfordert eine neue Dokumentationskultur in der Medizin.

These 6: Gesundheitstelematik schafft neue technisch/inhaltliche Problemstellungen, die aktuell durch bestehende institutionelle Systeme nicht gelöst sind.

- These 7: Gesundheitstelematik erfordert umfangreiche syntaktische und semantische Vereinbarungen sowie nationale Repositorien.
- These 8: Gesundheitstelematik schafft neue sicherheitstechnische Fragestellungen.
- These 9: Gesundheitstelematik erfordert erhebliche nationale Investitionen und Betriebskosten.
- These 10: Gesundheitstelematik kann Basis für umfangreiche Zugriffs- und Auswertungsmöglichkeiten auf Patienteninformationen sein, die sich gegen den Patienten selbst wenden können.

In diesem Sinne bedarf es eines erhöhten berufspolitischen Engagements der Ärzteschaft, sich qualifiziert mit Chancen und Risiken des Einsatzes der Informationstechnologie bzw. der Telematik in der Medizin auseinanderzusetzen [Schlitt, 2004] sowie an deren Entwicklung aktiv mitzugestalten und das Sinnvolle auch zum eigenen und zum Nutzen des Patienten umzusetzen. In einer „beschleunigten Gesellschaft“ [Glotz, 1999] die sich der Globalisierung durch Telematik nicht mehr entziehen kann, wird es vor allen Dingen für die einzelnen Berufs- und Interessensgruppen – so auch im Gesundheitswesen – darum gehen, den Einsatz der Informationstechnologie souverän und intelligent auszugestalten und umzusetzen.

Literatur

1. Baier 2007 Baier E.: Marktpotenziale IT-basierter Gesundheitsdienstleistungen. Fazit Schriftenreihe Forschungsbericht Band 7. MFG Stiftung Baden-Württemberg (Hrsg.), Stuttgart 2007.
2. Bales 2007 Bales S. et al.: Die elektronische Gesundheitskarte. Rechtskommentar, Standpunkte und Erläuterungen für die Praxis. C. F. Müller Heidelberg 2007.
3. Boyer 2006 Boyer C. (ed.): Trustworthy health and medical information: the Health On the Net initiative. <http://www.hon.ch/Global/pdf/TrustworthyOct2006.pdf>.
4. Bultmann 2002 Bultmann, M., Wellbrock, R. et al.: Datenschutz und Telemedizin – Anforderungen an Medizinetze – Stand 10/02, Positionspapier des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und der Landesdatenschutzbeauftragten. Eigenverlag 2002.
5. Coopers 1997 Coopers & Leybrand Unternehmensberatung: Broschüre „Gestaltung der Zukunft: Ein Rahmen für Managed Care in Europa.“, Eigenverlag 1997.
6. Cuhls et al. 2007 Cuhls K., von Oertzen J., Kimpeler S.: Zukünftige Informationstechnologie für den Gesundheitsbereich. Fazit Schriftenreihe Forschungsbericht Band 6. MFG Stiftung Baden-Württemberg (Hrsg.), Stuttgart 2007.
7. Dierks 2003 Dierks Chr. et al.: Gesundheitstelematik und Recht. Frankfurter Schriften. MedizinRecht.de Verlag. Frankfurt a. M. 2003.
8. Dierstein 2004 Dierstein, R.: Sicherheit in der Informationstechnik – der Begriff der IT-Sicherheit. Informatik Spektrum 27 (4): 343–353 (2004).
9. Eysenbach 2006 Eysenbach G. (ed.): Improving Public Health Through the Internet. Abstract Book 11th World Congress on Internet in Medicine, Toronto, Oct 14–19th, 2006. Toronto, ON: JMIR Publications.
10. Funck-Bretano 1979 Funck-Bretano, J.-L.: Der Einsatz der Informatik in Medizin und Gesundheitswesen. In: [Nora 1979], S. 239–245.
11. Glotz 1999 Glotz P., Die beschleunigte Gesellschaft. Kindler. München 1999.
12. Göpfert 2001 Göpfert W.: Möglichkeiten und Grenzen der Gesundheitsaufklärung über Massenmedien. In: Hurrelmann K., Leppin A. (Hrsg.): Modernen Gesundheitskommunikation – Vom Aufklärungsgespräch zur E-Health. Verlag Hans Huber. Bern 2001.

13. Haas 2005a Haas P.: Medizinische Informationssysteme und Elektronische Krankenakten. Springer. Heidelberg 2005.
14. Haas 2005b Haas P.: Kritische Thesen zu patientenbezogenen Anwendungen der Gesundheitstelematik. In: Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch -Gesundheitsschutz 2005 48:771–777, Springer Medizin Verlag. Heidelberg 2005.
15. Haas 2006a: Haas P., Sembritzki J.: The European eHealth Initiative – Objectives and Solutions. In: European Conference on eHealth 2006. Lecture Notes in Informatics. Gesellschaft für Informatik, Bonn 2006.
16. Haas 2006b Haas P.: Gesundheitstelematik – Grundlagen, Anwendungen, Potenziale. Springer. Heidelberg 2006.
17. Hänsch 2005 Hänsch H., Fleck E.: Vernetzung und Integrierte Versorgung – Vor- und Nachteile aus medizinischer Sicht. In: Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2005 · 48:755–760, Springer Medizin Verlag. Heidelberg 2005.
18. Haux 1996 Haux R.: Ziele und Aufgaben der Medizinischen Informatik. In: Informatik, Biometrie und Epidemiologie in Medizin und Biologie 27 (3), 149 – 160. Gustav Fischer Verlag. Stuttgart 1996.
19. Healy 2007 Healy J.C.: the WHO eHealth Resolution – eHealth for All by 2015? In: Methods Inf Med 1/2007, p. 2–4.
20. Hucklenbroich 1993 Hucklenbroich P. (Hrsg.): Künstliche Intelligenz in der Medizin – Klinisch-methodologische Aspekte medizinischer Expertensysteme. Gustav Fischer Verlag. Stuttgart 1993.
21. Hurrelmann 2001 Hurrelmann J., Leppin A.: Moderne Gesundheitskommunikation – Vom Aufklärungsgespräch zur E-Health. Verlag Hans Huber. Bern 2001.
22. Jähn 2004 Jähn, K., Nagel, E.: e-Health. Berlin: Springer 2004.
23. Lüschen 1989 Lüschen G.: Die Implementation des Computers in der Medizin. In: Gatzemeier M. (Hrsg.): Verantwortung in Wissenschaft und Technik. BI-Wissenschaftsverlag. Mannheim, Wien, Zürich 1989.
24. Müller-Mundt 2001 Müller Mundt G.: Patientenedukation zur Unterstützung des Selbstmanagements. In: Hurrelmann K., Leppin A. (Hrsg.): Moderne Gesundheitskommunikation – Vom Aufklärungsgespräch zur E-Health. Verlag Hans Huber. Bern 2001.
25. Nake 1992 Nake, F.: Informatik und die Maschinisierung von Kopfarbeit. In: Coy, W. et al. (Hrsg.): Sichtweisen der Informatik. Braunschweig Wiesbaden: Vieweg Verlag 1992, S. 181–201.
26. Niederlag 2003 Niederlg W. et al.: Ethik und Informationstechnik am Beispiel der Telemedizin. Health Academy. Dresden 2003.
27. Nora 1979 Nora, S., Minc, A.: Die Informatisierung der Gesellschaft. Frankfurt New York: Campus Verlag 1979.
28. Riempp 2006 Riempp G.: integriertes Wissensmanagement – Strategie, Prozesse und Systeme wirkungsvoll verbinden. In: Fröschle H.-P. (Hrsg.): Wissensmanagement. dpunkt Verlag. Heidelberg 2006. S. 6 – 19.
29. Rolf 1992 Rolf R.: Sichtwechsel – Informatik als Gestaltungswissenschaft. In : Coy, W. et al. (Hrsg.): Sichtweisen der Informatik. Braunschweig Wiesbaden: Vieweg Verlag 1992, S. 33–47.
30. Roth 2007 Roth A. et al.: Portalklinik: für eine qualitative und preisbewusste Flächenversorgung. In: führen & wirtschaften.
31. Schlitt 2004: Schlitt R: Interview mit Dr. Axel Wiebrecht: „Kommunikation auf dem Stand der 50er-Jahre“. In: KV-Blatt 8:10–14. Springer Verlag. Heidelberg 2004.
32. Seelos 1997 Seelos H.-J.: Medizinische Informatik, Biometrie und Epidemiologie. de Gruyter 1997.
33. Warda 2005 Warda, F.: Elektronische Gesundheitsakten. Mönchengladbach: Rheinware Verlag. 2005.
34. Winograde 1986 Winograde, T., Flores, F.: Understanding Computers and Cognition – A New Foundation for Design. Westport: Ablex Publ. 1986.

This page intentionally left blank

Die Berufs- und Therapiefreiheit im 21. Jahrhundert Einwirkungen der Gesundheitsgesetzgebung

Ruth Schimmelpfeng-Schütte

I. Einleitung

Ärztliches Handeln betrifft den Menschen. Weder das Menschenbild noch die Tätigkeit des Arztes¹ sind feste Größen. Beides unterliegt dem steten Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse. Entwicklungen im Bereich der Wissenschaft, der Technik, der Kunst, der Ethik und der Religion prägen die Epochen. Das 21. Jahrhundert macht da keine Ausnahme. „*παντα ρει*“, dieser Ausspruch Heraklits gilt unverändert und uneingeschränkt, auch für den Arztberuf und die ärztliche Therapiefreiheit.

Zu Zeiten des Hippokrates gehörte die Medizin zur Philosophie. Das Mittelalter hielt Krankheiten für die gerechte Strafe Gottes. In der Zeit der Aufklärung herrschte eine mechanistische Weltanschauung. Es galt die Überzeugung, dass der Mensch wie ein Uhrwerk funktioniere und folglich auch entsprechend geheilt, „repariert“, werden könne.

Gesellschaftliche Veränderungen führen notgedrungen zu neuen Strukturen. Je schneller sich der gesellschaftliche Wandel vollzieht, desto größer wird der Anpassungsdruck. Ist das Entwicklungstempo – wie zurzeit – besonders hoch, ist die Gefahr groß, dass die Orientierung verloren geht und bewahrenswerte Leitbilder über Bord geworfen werden.

Seit Jahrzehnten ist der deutsche Medizinbetrieb im Umbruch. Viele gesellschaftspolitische Komponenten haben dazu beigetragen, nicht nur finanzpolitische. Ein neuer tragfähiger Weg ist noch nicht gefunden. Die immer neuen Reformgesetze sind der sichere Beleg dafür. Unser Gesundheitssystem steht im Zenit eines Paradigmenwechsels. Und mitten in diesem Getümmel steht der Arzt. An seinem Berufsbild wird derzeit besonders heftig gezerrt. Im Kampf um den Arztberuf zeigen sich krass und überdeutlich die Orientierungsprobleme unserer Gesellschaft.

¹ Die Bezeichnungen „Arzt“, „Patient“, „Versicherter“ etc. beinhalten zugleich die weiblichen Bezeichnungen „Ärztin“, „Patientin“, „Versicherte“ etc.

II. Kernbereich ärztlichen Handelns

Soll sich der Arztberuf nicht völlig auflösen, muss es einen unantastbaren Kernbereich geben, der sein Wesen ausmacht. Das fundierte Handbuch des Arztrechts von Adolf Laufs beginnt mit den Worten: „Seit alters gründet die Idee des Arztes auf Wissenschaft und Humanität. Naturwissenschaftliche Erkenntnis und Nächstenliebe leiten den berufenen Arzt gleichermaßen. Nüchternes Wissen und technisches Können dürfen ihn nie die Würde des selbstentscheidenden Kranken und den unersetzlichen Wert jedes einzelnen Menschen vergessen lassen.“² Kern des Arztberufs ist also der ärztliche Heilauftrag – das Gebot des ‚salus aegroti suprema lex.‘⁴

Das bestätigt das Gelöbnis in der Berufsordnung für die deutschen Ärzte.³ Der ärztliche Eid stellt die Sorge des Arztes für den Patienten an die erste Stelle. Insofern gilt für den Arzt heute nichts anderes als zur Zeit des Hippokrates im 4. Jahrhundert v. Chr. Seit fast 2.500 Jahren gilt das Wohl des Patienten als Maxime ärztlichen Verhaltens.

Zum ärztlichen Heilauftrag gehört untrennbar die ärztliche Therapiefreiheit. Jeder Patient ist ein komplexes und vielschichtiges Individuum. Nur wenn der Arzt in der Auswahl der Therapie frei ist, kann er dem individuellen Patienten helfen und seinen Heilauftrag erfüllen. Die Therapiefreiheit steht nicht isoliert. Sie ist verbunden mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Ärztliche Therapiefreiheit und Selbstbestimmungsrecht des Patienten sind die beiden Seiten einer Medaille.

III. Gesellschaftlicher Bezug ärztlicher Tätigkeit

Zwar ist die ärztliche Tätigkeit auf den individuellen Patienten bezogen, doch ihre Wirkung beschränkt sich nicht auf die Behandlung des einzelnen Kranken. Seit jeher hat die ärztliche Tätigkeit auch einen Gesellschaftsbezug. Es ist richtig, wenn die Bundesärzteordnung gleich zu Beginn in § 1 Abs. 1 Satz 1 feststellt: „Ärztinnen und Ärzte dienen der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung.“⁴

Die gesellschaftliche Bedeutung ärztlicher Tätigkeit geht aber auch darüber noch hinaus. Sie betrifft nicht nur die Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung. Die ärztliche Tätigkeit hat auch einen maßgeblichen Stellenwert für unser Gesundheitssystem. Etwa 87% der bundesdeutschen Bevölkerung gehören der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) an. Hier werden jährlich Milliarden Euro umgesetzt. Diese Tatsache bringt die Ärzte in eine finanzielle Schlüsselposition. Sie sind es, die über den größten Teil der Ausgaben unseres Gesundheits-

² Laufs, Handbuch des Arztrechts, München 1999 2. Aufl., S. 1.

³ Beschlossen beim 100. Deutschen Ärztetag in Eisenach 1997.

⁴ So die Formulierung der Muster-Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte, Stand 2006.

wesens bestimmen, und zwar durch eigene Leistungen oder durch die Veranlassung der Leistungen Dritter. Die Ärzte tragen somit erhebliche Verantwortung nicht nur für die Gesundheit des einzelnen Patienten und der Gesellschaft, sondern auch für das Funktionieren der GKV.

Diese doppelte Verantwortung ist nicht kompatibel und in sich widersprüchlich. Seit Jahrzehnten sucht die Politik vergeblich die richtige Balance. Die jüngsten Gesetzesreformen lassen das heftige Bemühen der Politiker erkennen, den Arzt zu instrumentalisieren und seiner finanzpolitischen Schlüsselposition mehr Gewicht beizumessen als seiner ethischen Verantwortung für den einzelnen Patienten. Diese Tendenz ist gefährlich. Sie berührt zunehmend den Kernbereich des Arztberufs und missachtet das ‚salus aegroti suprema lex.‘ Gesellschaftspolitische Veränderungen werden auf dem Rücken des Arztes ausgetragen. Der Arztberuf in Deutschland ist heute gekennzeichnet durch ein erdrückendes Spannungsverhältnis zwischen dem ‚salus aegroti suprema lex‘ und finanziellen Vorgaben. Die ersten Folgen dieses unbekümmerten Umgangs mit ärztlicher Ethik und die Missachtung des ärztlichen Heilauftrages zeigen sich bereits. Sie werden sich zulasten unserer Gesellschaft noch weiter verschärfen.

IV. Sachleistungsprinzip

Der Grund, warum gesellschaftspolitische Probleme so massiv in das Arzt-Patienten-Verhältnis hineingetragen werden, liegt im Sachleistungsprinzip. Es ist seit mehr als 120 Jahren das tragende Prinzip der GKV. Es beruht auf einer genialen Grundidee und hat sich in der Vergangenheit bestens bewährt. Den Anforderungen unserer Zeit aber ist es nicht mehr gewachsen. Damit das Sachleistungsprinzip den heutigen Anforderungen genügen kann, wird es durch jede Gesundheitsreform mit noch mehr Bürokratie überfrachtet. Es wird immer undurchschaubarer, chaotischer und starrer.

1. Der Arzt als „Leistungserbringer“

Es erstaunt daher nicht, dass die Ärzte der GKV seit dem 1.1.1989 „Leistungserbringer“ heißen.⁵ Diese Bezeichnung drückt klar und unmissverständlich aus, dass die Ärzte im Lager der Krankenkassen stehen sollen und nicht in erster Linie die Partner der Patienten sind. Von der Konstruktion des Sachleistungsprinzips her hat ein gesetzlich versicherter Patient keinen Anspruch gegen den Arzt auf Behandlung. Ein Anspruch auf Behandlung steht ihm ausschließlich gegenüber seiner Krankenkasse zu. Daher erfüllen – juristisch gesehen – die Ärzte der GKV mit

⁵ Gesetz vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477. Vgl. z.B. die Überschrift zu §§ 368 ff. RVO und die Überschrift zu §§ 69 ff. SGB V.

ihrer ärztlichen Tätigkeit lediglich den Behandlungsanspruch des Versicherten gegen seine Krankenkasse. Die Ärzte degradieren zu Erfüllungsgehilfen der gesetzlichen Krankenkassen.

2. *Der Gemeinsame Bundesausschuss*⁶

Da hilft es wenig, dass Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz (GG) mit der Berufsfreiheit auch die ärztliche Therapiefreiheit für den Arzt der GKV garantiert. Denn der Vertragsarzt ist durch seine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung strikt an die vertragsärztlichen Bestimmungen und damit auch an die vertragsärztlichen Gebühren-Regelwerke gebunden. Das schließt die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses ein.

Der Gemeinsame Bundesausschuss hat nach §§ 92 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch (SGB V) u. a. Empfehlungen abzugeben über die Anerkennung des diagnostischen und therapeutischen Nutzens einer neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode sowie deren medizinischen Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse in der jeweiligen Therapierichtung.

Zwar waren die Richtlinien des Bundesausschusses auch früher schon für den Arzt der GKV verbindlich. Nicht jedoch für die Versicherten. Damit hatte der Arzt in besonderen Fällen die Möglichkeit, Leistungen außerhalb der Empfehlungen des Bundesausschusses zu erbringen, die der Versicherte dann über einen Kostenerstattungsanspruch⁷ bei seiner Krankenkasse geltend machen konnte. Auf diese Weise konnte der Arzt trotz seiner Bindung an die vertragsärztlichen Gebühren-Regelwerke seiner ärztlichen Pflicht nachkommen, dem individuellen Wohl des einzelnen Kranken zu dienen.

Mit dem sog. Methadon-Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 20.3.1996⁸ hat das BSG diese Möglichkeit gestrichen.⁹ Es hat den Richtlinien des Bundesausschusses zu den ambulanten neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden Normsetzungsqualität auch gegenüber den Versicherten zuerkannt.¹⁰ Nun darf der Vertragsarzt bei ambulanter Behandlung nur noch die vom Bundesausschuss ausdrücklich anerkannten neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden er-

⁶ Der Gemeinsame Bundesausschuss wurde zum 1.1.2004 durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14.11.2003 (BGBl. I S. 2190) errichtet. Er ist Rechtsnachfolger des bis dahin bestehenden früheren Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen.

⁷ Mit Inkrafttreten des SGB V (ab 1.1.1989) nach § 13 Abs. 3 SGB V.

⁸ Az.: 6 RKa 62/94 in BSGE 78, 70 ff.

⁹ Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung aufgenommen. § 92 Abs. 9 SGB V bestimmt nun, dass die Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses auch für die Versicherten verbindlich sind.

¹⁰ Kritisch hierzu Schimmelpfeng-Schütte „Die Zeit ist reif für mehr Demokratie in der Gesetzlichen Krankenversicherung“ in MedR 2006, 21 ff.

bringen. Alle anderen neuen Methoden scheiden aus. Der Versicherte kann sie nicht, auch nicht über den Erstattungsanspruch nach § 13 Abs. 3 SGB V, bei der Krankenkassen geltend machen. Damit entfallen nicht nur diejenigen neuen Methoden, die der Bundesausschuss abgelehnt hat. Es scheiden sämtliche neuen Methoden aus, es sei denn, der Bundesausschuss hätte sie ausdrücklich anerkannt.

Damit hat der Vertragsarzt keine Möglichkeit mehr, neue ambulante Methoden anzuwenden, die vom Gemeinsamen Bundesausschuss nicht ausdrücklich anerkannt sind. Auch in Fällen also, für deren Behandlung nur neue Methoden zur Verfügung stehen, die aber vom Bundesausschuss (aus welchen Gründen auch immer) noch nicht anerkannt sind, ist der Vertragsarzt auf den Leistungskatalog des Gemeinsamen Bundesausschusses beschränkt. In Fällen dieser Art wird dem Vertragsarzt bewusst und gewollt zugemutet, das Gebot des ‚salus aegroti suprema lex‘ zu verletzen. Er wird gezwungen, einen Kunstfehler zu begehen.

Es bedurfte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 6.12.2005¹¹, um die extremen Folgen dieser BSG-Rechtsprechung für Arzt und Patienten zu mildern. Leidet der Versicherte an einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung, gibt es keine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung und besteht bzgl. der angewandten Behandlungsmethode eine „auf Indizien gestützte“ nicht ganz fern liegende Aussicht auf Heilung oder wenigstens auf eine spürbare Einwirkung auf den Krankheitsverlauf, dann entfalten die Richtlinien des Bundesausschusses keine Bindungswirkung. Denn es ist – so das BVerfG – mit den Grundrechten eines Versicherten und dem Sozialstaatsprinzip unvereinbar, ihn zwar einer Zwangsversicherung in der GKV und einer Beitragspflicht zu unterwerfen, ihn andererseits aber, wenn er an einer lebensbedrohlichen oder sogar regelmäßig tödlichen Erkrankung leidet, von Leistungen durch die Krankenkasse auszuschließen.

Der Beschluss des BVerfG stärkt die ärztliche Therapiefreiheit und das Selbstbestimmungsrecht der Versicherten. Doch die Entscheidung ist nur ein kleiner Hoffnungsschimmer für die ärztliche Therapiefreiheit. Das BSG hat die Vorgaben des BVerfG in seinen seitdem ergangenen Urteilen restriktiv gehandhabt. Aber wenn der Vertragsarzt erst dann berechtigt ist, eine vom Bundesausschuss noch nicht anerkannte Therapie anzuwenden, wenn die Erkrankung des Patienten einen lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Zustand erreicht hat, hat er seine ärztliche Pflicht bereits verletzt, dem Wohle des Patienten zu dienen.

3. *Das Arzthaftungsrecht*

Die starre Bindung an die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses bringt den Vertragsarzt in unlösbare Konflikte.¹² Denn die Stellung als „Leistungs-

¹¹ Az.: 1 BvR 347/98 in NJW 2006, 891 ff.

¹² Vgl. hierzu ausführlich: Schimmelpfeng-Schütte „Der Arzt im Spannungsfeld der Inkompatibilität der Rechtssysteme“ in MedR 2002, 286 ff.

erbringer“ der GKV entbindet ihn nicht von seinen berufsrechtlichen Pflichten. Sie gelten auch für die Behandlung des gesetzlich versicherten Patienten.

Maßstab für das Zivil- und Strafrecht sind die standesrechtlichen Pflichten des Arztes. Nach ärztlichem Berufsrecht muss jeder Arzt – also auch der Vertragsarzt – nach dem Sorgfaltsmaßstab des ‚lege artis‘ behandeln. Dieses Gebot gilt bei der Behandlung von Privatpatienten ebenso wie für die Behandlung gesetzlich krankenversicherter Patienten. Der allgemeine ärztliche Sorgfaltsmaßstab richtet sich nach dem medizinischen Standard. Wird medizinischer Standard verletzt, begeht der Vertragsarzt einen Behandlungsfehler und macht sich schadensersatzpflichtig, und zwar nach dem zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht.

Die Zivilgerichte verlangen in Einklang mit den berufsrechtlichen Vorgaben, dass der Arzt in eigener Verantwortung prüft, welches der medizinische Standard ist. Das schließt die Prüfung ein, ob die von ihm gewählte Behandlungsmethode (schon oder noch) dem gegenwärtigen Standard entspricht. Für den Vertragsarzt entsteht also eine Diskrepanz: Nach Arzthaftungsrecht muss er seine Behandlung in eigener Verantwortung und nach eigener Prüfung an dem gegenwärtigen medizinischen Standard ausrichten und eine bestimmte neue Methode anwenden, wenn er nach sorgfältiger Prüfung zu dem Ergebnis kommt, dass sie medizinischer Standard ist. Nach GKV-Recht darf der Vertragsarzt gerade das nicht tun. Er darf eine neue Methode nur anwenden, wenn der Gemeinsame Bundesausschuss diese Methode ausdrücklich anerkannt hat. Die Prüfung einer Methode auf ihren medizinischen Standard ist im Vertragsarztrecht ausschließlich dem Bundesausschuss vorbehalten.

Der Vertragsarzt befindet sich in einer Zwickmühle: Das Zivilrecht verlangt eine eigenverantwortliche Prüfung, das Vertragsarztrecht verbietet sie.

4. Der Off-Label-Use

In eine weitere Zwickmühle gerät der Arzt beim Off-Label-Use von Arzneimitteln, vor allem in der Pädiatrie.

Weit mehr als die Hälfte aller Arzneimittel, die bei Kindern angewandt werden, sind für Kinder nicht zugelassen. In der Kinderheilkunde ist daher in großem Stil ein Off-Label-Use erforderlich. Er erfüllt in vielen Fällen die Anforderungen der Ausnahmeregelung der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Off-Label-Use nicht. Denn nach dem Urteil des BSG vom 19.3.2002¹³ müssen für einen rechtmäßigen Off-Label-Use Forschungsergebnisse vorliegen, die erwarten lassen, dass das Arzneimittel für die betreffende Indikation zugelassen werden kann. Jeder andere Off-Label-Use ist nach dem Recht der GKV unzulässig. Eine Ausnahme besteht nur bei lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankungen.¹⁴

¹³ Az.: B 1 KR 37/00 R in BSGE 84, 189 ff.

¹⁴ Auch für diese Fälle gilt der Beschluss des BVerfG vom 6.12.2005, Az.: 1 BvR 347/98 – in NJW 2006, 891 ff.

Folgt der Vertragsarzt der Rechtsprechung des BSG, bleibt das Kind unbehandelt. Das kann gravierende Folgen haben. Trotzdem verlangen die vertragsärztlichen Pflichten von dem Arzt, passiv zu bleiben. Er darf nicht eingreifen und das Off-Label-Use-Medikament seiner Wahl anwenden, bei dem die begründete Aussicht auf eine Besserung oder Linderung besteht. Das Recht der GKV verbietet ihm, dem Kind nach bestem ärztlichen Wissen und Gewissen zu helfen. Hält sich der Arzt aber an die vertragsärztlichen Vorgaben und bleibt er tatsächlich passiv, hat er zivilrechtliche und strafrechtliche Konsequenzen zu befürchten.¹⁵

V. Therapiefreiheit und angemessene Honorierung

Ärztliche Therapiefreiheit setzt grundsätzlich voraus, dass der Arzt von seinem Beruf wirtschaftlich leben kann. Seine ärztliche Tätigkeit als Vertragsarzt muss angemessen honoriert werden. Andernfalls steht ärztliche Therapiefreiheit nur auf dem Papier.

Das BSG gesteht dem Vertragsarzt zwar den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG zu und damit den Anspruch auf Honorierung seiner vertragsärztlichen Leistung. Dieser Anspruch trägt jedoch nicht weit. Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann das Berufsrecht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Nach Ansicht des BSG kann die Einschränkung auch durch die in § 72 Abs. 2 und § 85 Abs. 3 SGB V vorgesehenen Verträge, insbesondere über die Bemessung der Gesamtvergütungen, erfolgen. Dabei sind nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwei Ziele gegeneinander abzuwägen: das Ziel der Gewährung einer angemessenen Vergütung und – so das BSG – das besonders hochrangige Ziel der Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Versorgung. Eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit liegt nach gefestigter BSG-Rechtsprechung erst dann vor, wenn „in einem – fachlichen und/oder örtlichen – Teilbereich kein ausreichender finanzieller Anreiz mehr besteht, vertragsärztlich tätig zu werden, und dadurch in diesem Bereich die Funktionsfähigkeit der vertragsärztlichen Versorgung gefährdet ist.“¹⁶

Es geht dem BSG also nicht vorrangig um den ärztlichen Heilauftrag. Auch in Sachen Honorar soll der Vertragsarzt nur ein Erfüllungsgehilfe für das Funktionieren der GKV sein. Diese Sicht ist nicht nur falsch, sondern angesichts der finan-

¹⁵ Vgl. hierzu das Urteil des OLG Köln vom 30.5.1990, Az.: 27 U 169/69 in VersR 1991, 186 ff., das eine Herpesvirus-Enzephalitis und die Behandlung mit dem hierfür nicht zugelassenen Mittel Aciclovir betraf. Die Ärzte hatten das Arzneimittel zwar angewandt, aber nach Ansicht des OLG Köln zu spät. Das OLG entschied, dass es nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft zwingend erforderlich gewesen sei, das Mittel früher einzusetzen. Dabei komme es nicht darauf an, dass Aciclovir im Sinne der Vorschriften des Arzneimittelgesetzes noch nicht als Medikament gegen die Herpesvirus-Enzephalitis zugelassen gewesen sei. Das OLG hat den behandelnden Ärzten einen groben Behandlungsfehler angelastet und sie zur Zahlung von Schmerzensgeld verurteilt.

¹⁶ BSG, Urteil vom 20.10.2004, Az.: B 6 KA 30/03 R, in SozR 4-2500 § 85 Nr. 12 mwN.

ziellen Schlüsselposition des Arztes im GKV-System auch gefährlich, weil auf diese Weise wirtschaftliche Gesichtspunkte dominieren. An erster Stelle steht die Aufrechterhaltung des Systems. Das Individuum – sei es der Arzt, sei es der Patient – tritt dahinter völlig zurück. Die Verwechslung von angemessener Honorierung und Existenzminimum nimmt dem Arzt die Möglichkeit, zum Wohl des Patienten zu handeln und verkürzt die ärztliche Berufs- und Therapiefreiheit.

VI. Bonus-Malus-Regelung

Wie ungeniert deutlich diese Tendenz verwirklicht wird, zeigt die Bonus-Malus-Regelung des § 84 Abs. 7a SGB V. Sie wurde durch das Gesetz zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung vom 26.4.2006¹⁷ eingeführt. Die Bonus-Malus-Regelung ist ein Anreizsystem, mit dem durch zusätzliche finanzielle Honorierungen oder durch Strafzahlungen gezielt Änderungen im Verordnungsverhalten der Vertragsärzte erreicht werden sollen.

Die Bonus-Malus-Regelung ist ihrem Wesen nach die Auslobung einer Prämie, damit Ärzte ihre Patienten kurz halten.¹⁸ Sie treibt bewusst und gewollt einen Keil zwischen Arzt und Patient. Sie ködert den Arzt mit Geld, damit er sein wirtschaftliches Eigeninteresse über das Wohl des Patienten stellt. Die Bonus-Malus-Regelung konterkariert den ärztlichen Heilauftrag. Sie macht ihn zur Farce.

VII. Integrierte Versorgung

Entsprechendes gilt für die Lockangebote, mit denen der Gesetzgeber den Ärzten die integrierte Versorgung schmackhaft machen will.

Die Normsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses bei ambulanten neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden wird vor allem mit dem Hinweis verteidigt, sie sei nötig, um die Qualität der Leistungserbringung zu sichern. Qualitätsgesichtspunkte sind die offizielle Begründung dafür, dass in der ambulanten Versorgung nur die vom Gemeinsamen Bundesausschuss anerkannten neuen Methoden erbracht werden dürfen.

Wie fadenscheinig diese Rechtfertigung ist, zeigt die Regelung in § 140b Abs. 3 Satz 4 SGB V zur integrierten Versorgung. Gegenstand der integrierten Versorgung dürfen danach alle Leistungen sein, über die der Gemeinsame Bundesausschuss keine ablehnende Entscheidung getroffen hat.

Während es dem herkömmlichen Vertragsarzt untersagt ist, eine neue Methode anzuwenden, solange sie vom Gemeinsamen Bundesausschuss noch nicht aner-

¹⁷ BGBl. I S. 926.

¹⁸ So auch Lesinski-Schiedat „Sparzwang contra Heilauftrag aus ärztlicher Sicht“ in MedR 2007, 345 ff.

kannt ist, ist die Situation im System der integrierten Versorgung völlig anders. In der integrierten Versorgung darf auch mit neuen, noch nicht geprüften Methoden behandelt werden. Qualitätsgesichtspunkte spielen plötzlich keine Rolle mehr. Ihnen wird keine Bedeutung mehr beigemessen, wenn es darum geht, der integrierten Versorgung den Weg zu ebnen. Mit einer Sorge des Gesetzgebers um Therapiefreiheit, ärztlichen Heilauftrag, ärztliche Verantwortung oder gar um ärztliches Gewissen hat das nichts mehr zu tun.

VIII. Schlussbetrachtung

Es ist längst Zeit, dass Deutschland im Gesundheitswesen endlich einen echten Strukturwandel schafft. Voraussetzung dafür ist, dass die Öffentlichkeit endlich darüber aufgeklärt wird, wie die GKV tatsächlich funktioniert, welche Mechanismen herrschen und welche Folgen sie für den ärztlichen Heilauftrag hat, auf dem die gesamte ärztliche Kultur in unserem Land beruht.

Es gibt aus meiner Sicht nur einen Weg, das ‚salus aegroti suprema lex‘ zu retten: Die GKV muss transparent werden. In Presse und Fernsehen muss die öffentliche Diskussion darüber beginnen, ob das derzeitige Gesundheitssystem, das sich immer tiefer in Bürokratismus, Widersprüchlichkeiten und Unaufrichtigkeiten verstrickt, noch trägt und die Gesundheitsversorgung im 21. Jahrhundert tatsächlich meistern kann.

This page intentionally left blank

Droht der Verlust der Freiberuflichkeit des Arztes?

Karsten Vilmar

„Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe; er ist seiner Natur nach ein freier Beruf“, so hat es der Gesetzgeber in § 1 der Bundesärzteordnung (BÄO) festgelegt. Durch dieses Bundesgesetz ist damit unzweifelhaft verankert, dass alle Ärzte aus der Natur ihrer Berufsausübung zu den freien Berufen zu zählen sind. Also nicht nur die in eigener Praxis Niedergelassenen, im engeren Sinne auch wirtschaftlich freiberuflich tätigen Ärzte, sondern ebenso die als Angestellte oder auch Beamte arbeitenden Ärzte.

Diese Zugehörigkeit aller Ärzte zu den freien Berufen folgt nicht ausschließlich nur dem Selbstverständnis der Ärzte, sie ist auch nicht in erster Linie in der Tatsache begründet, dass nahezu alle Ärzte nach ihrer staatlichen Zulassung zur Berufsausübung – der Approbation – auf der Grundlage der BÄO, zunächst als Angestellte in Krankenhäusern tätig sind, bevor sich ein Großteil von ihnen in eigener Praxis niederlässt. Der ärztliche Beruf ist vielmehr „seiner Natur nach ein freier Beruf“. Mit dieser Feststellung wollte der Gesetzgeber sicher nicht den Ärzten einen vordergründigen Gefallen tun, sondern er hat bewusst damit den im Wortsinn vitalen Interessen der Patienten Rechnung getragen. Die Freiheit des Arztes ist unbedingte Notwendigkeit für eine von fachfremden äußeren Einflüssen freie Gewissensentscheidung über erforderliche Behandlungsmaßnahmen, sie ist Freiheit für etwas, nämlich Freiheit für den Patienten, sie ist gewissermaßen eine Schutzbestimmung für den Patienten.

Die Freiheit der ärztlichen Berufsausübung wird also wesentlich bestimmt und damit auch begrenzt durch die Behandlungsnotwendigkeiten des einzelnen Patienten, seine Bedürfnisse, Sorgen, Nöte und Wünsche. Der Entscheidungsspielraum der ärztlichen Berufsausübung wird dabei zusätzlich durch rechtliche Bestimmungen verdeutlicht, obwohl der Heileingriff nicht im positiven Sinne gesetzlich geregelt ist. Eingriffe bei einem anderen Menschen zählen vielmehr zunächst nach den Bestimmungen des StGB zu den Körperverletzungen; sie werden erst nach entsprechender Aufklärung des Patienten und dessen Zustimmung zu einem erlaubten Heileingriff. Die Verantwortung gegenüber dem Patienten ist also ein unumgängliches Kriterium der Freiberuflichkeit.

Die Freiheit der ärztlichen Berufsausübung wird natürlich auch mitbestimmt durch die Entwicklung von Wissenschaft und Technik. Die enormen Fortschritte in der Medizin und in der Medizintechnik, der Ausbau des Rettungswesens und der Intensivmedizin haben es vielfach ermöglicht, vorzeitigen Tod zu verhindern, oft allerdings um den Preis der Dauerbehandlungsbedürftigkeit. Dies hatte tiefgreifende epidemiologische und demographische Auswirkungen durch die Veränderung des Krankheitsspektrums, ebenso wie durch die zunehmende Zahl älterer Menschen mit erhöhtem Behandlungsbedarf. Daraus resultiert die geradezu paradoxe Situation, dass es umso mehr Behandlungsbedürftige gibt, je besser die Medizin wird. Dies führte zu den von der Politik gesetzten Grenzen der zur Verfügung gestellten Finanzmittel, deren Aufkommen außerdem durch eine anhaltend hohe Massenarbeitslosigkeit und den damit verbundenen Rückgang der Einnahmen der verschiedenen Zweige der Sozialversicherung – so auch der Krankenversicherung – beeinflusst war.

Unter Verkennerung oder Verdrängung dieser seit langem erkennbaren Entwicklungen wurde durch eine geradezu hektisch anmutende Gesetzgebung mit zahllosen K-Gesetzen seit 1976 versucht, diese Entwicklung zu steuern; wegen des Kurierens lediglich an Symptomen natürlich ohne Erfolg, wie sich an den weiterhin steigenden Leistungsausgaben erkennen lässt – allerdings ohne nennenswerte Auswirkungen auf den Anteil der GKV-Leistungsausgaben am Brutto-Inlandsprodukt, der seit 1985 bis zum 2000 mit rund 6% unverändert ist.

Die Schuld für die Erfolglosigkeit staatlicher Bemühungen und die angebliche „Kostenexplosion“ – die es im Übrigen nie gegeben hat – wurde den Leistungserbringern zugeschoben und dort insbesondere in der ambulanten ärztlichen Versorgung gesucht, sowie in den Krankenhäusern. Dabei hätte eine einfache Analyse der Leistungsausgaben der GKV für Allgemeinversicherte in Prozent vom Grundlohn, die wiederholt im Bundesarbeitsblatt veröffentlicht wird, erkennen lassen, dass seit 1970 mit 1,64 Beitragssatzprozentpunkten der Anteil für ambulante ärztliche Behandlung bis zum Jahr 2006 mit 1,65 Beitragssatzprozentpunkten annähernd gleich ist. Auch die Ausgaben für Arzneimittel bewegen sich lediglich um einen Beitragssatzprozentpunkt in dem erwähnten Zeitraum, ebenso wie die Beitragssatzprozentpunkte für die Krankenhäuser mit 2,23 Beitragssatzprozentpunkten im Jahr 1980 und 2,57 Beitragssatzprozentpunkten im Jahr 2006 nur unwesentlich gestiegen sind. Wirklich bedeutsam ist hingegen der Solidarbeitrag für die Krankenversicherung der Rentner. Er stieg von 0,64 Beitragssatzprozentpunkten im Jahr 1970 auf 4,69 Beitragssatzprozentpunkte im Jahr 2006. Das heißt mit anderen Worten: der Beitragssatz könnte ohne diesen riesigen Solidarausgleich heute ebenso hoch sein, wie vor über 35 Jahren.

Auch das von der Politik immer wieder bemühte Argument, die Lohnnebenkosten zur Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit der deutschen Wirtschaft durch Begrenzung des Krankenversicherungsbeitrages senken zu müssen, entpuppt sich als „Lohnnebenkostenlüge“. Über die Hälfte der Lohnnebenkosten sind nämlich völlig freiwillig von Arbeitgebern und Gewerkschaften vereinbarte Kosten, während die gesetzlichen Lohnnebenkosten weniger als 50% ausmachen. Bezogen auf

die Gesamtarbeitskosten beträgt der Arbeitgeberanteil zur gesetzlichen Krankenversicherung lediglich 4,5%.

Verschwiegen wird von der Politik ferner, dass durch die Krankenkostenkostendämpfungsgesetze der gesetzlichen Krankenversicherung bis zum Jahre 2003 19,6 Milliarden Euro entzogen wurden. Die jährliche Belastung ab 2005 beträgt 6,13 Milliarden Euro, hinzu kommen die den Krankenkassen durch Gesetzgebung oder Rechtsprechung aufgebürdeten Ausgaben für versicherungsfremde Leistungen, die allein im Jahr 2005 1,36 Milliarden Euro betragen. Die Verdrängung all dieser für jeden interessierten Staatsbürger, also auch für Politiker zugänglichen Zahlen und Zusammenhänge, lässt – falls man nicht Intelligenzdefizite annehmen will – nur den Schluss einer ideologischen Verblendung zu.

Die mit der Entwicklung von Wissenschaft und Technik enorm erweiterten Möglichkeiten der Medizin haben aber nicht nur Veränderungen bei der Behandlung einzelner Patienten bewirkt und den Arzt gerade durch die Eröffnung vieler neuer Möglichkeiten in Diagnostik und Therapie vor früher ungeahnte Probleme gestellt, sondern sie haben auch die Arbeit der Ärzte in der Gesamtheit in erheblichem Umfang beeinflusst, so sehr auch strukturell beeinflusst, dass sich die Fragen nach Freiheit in der Berufsausübung und in der Berufsstellung schon allein quantitativ noch nachhaltiger stellen, als vor 20 oder gar 50 Jahren. Der Einsatz moderner Technik machte einen zeitlich immer ausgedehnteren Einsatz einzelner Ärzte oder ganzer Ärztegruppen erforderlich. Die komplizierten technischen Apparaturen bewirkten ständig steigende Investitionen und daher die Konzentration in bestimmten Schwerpunktbereichen. War früher ärztliche Tätigkeit vielfach auf die Beratung des Patienten beschränkt, war sie gewissermaßen Hilfe zur Selbsthilfe, so veränderte sich dies dahingehend, dass der Arzt jetzt in vielen Bereichen ständig komplizierteste Technik „rund um die Uhr“ bedienen oder mindestens überwachen musste, um dem Patienten wirksam helfen zu können. Das hatte natürlich vielfache weitere Veränderungen zur Folge. Die Zahl der Ärzte stieg verglichen mit der Bevölkerungszahl überproportional stark an, weil die ärztliche Arbeit nicht nur quantitativ außerordentlich zunahm, sondern sich durch Erweiterung des Leistungsspektrums auch qualitativ erheblich veränderte. Wurden 1930 im damaligen Reichsgebiet nur rund 50.000 Ärzte gezählt, so erhöhte sich diese Zahl 30 Jahre später in der Bundesrepublik Deutschland auf rund 82.000. Seitdem ist eine weitere Steigung eingetreten, die zu heute insgesamt 311.230 berufstätigen Ärztinnen und Ärzten geführt hat. Davon sind 136.200 in der ambulanten Versorgung und 148.300 in der stationären Versorgung tätig, der Rest arbeitet in anderen Bereichen, z. B. bei Behörden oder Körperschaften und Ähnlichem. Diese Zahlen zeigen andererseits sehr deutlich, dass die Bereitschaft junger Ärzte, sich nach vorübergehender Krankenhaus­tätigkeit in freier Praxis niederzulassen, weiterhin besteht. Die von interessierter politischer Seite verschiedentlich vorgebrachte Behauptung, die Niederlassung in freier Praxis habe an Attraktivität verloren, weil die Zahl der Krankenhausärzte stark angestiegen sei, erweist sich also als falsch. Sie wird nur verständlich, wenn sie zur Durchsetzung einer bestimmten Ideologie, nämlich der Beseitigung der Freiberuflichkeit und beruflichen Unabhängigkeit der Ärzte vorgebracht wird.

Auch die in der Öffentlichkeit häufig gestellte Frage, ob der Kassenarzt wegen seines geregelten Verhältnisses zu den Krankenkassen noch Angehöriger eines freien Berufes sei, entspringt einer solchen Ideologie.

Berufliche Unabhängigkeit und Freiberuflichkeit hätten sich hingegen durch die Realisierung der Vorschläge von Prof. Herder-Dorneich schon in den 70er Jahren auch für Krankenhausärzte erreichen lassen, wenn man damals in Ergänzung zu den Kassenärztliche Vereinigungen entsprechende Krankenhausärztliche Vereinigungen ermöglicht hätte. Der oft beklagte Graben zwischen ambulantem und stationärem Sektor hätte so leicht überwunden werden können.

Das nach wie vor hohe Vertrauen der Bevölkerung in Deutschland in die Leistungsfähigkeit der ärztlichen Versorgung, die große Wertschätzung der freien Arztwahl durch den Patienten und das für eine wirksame ärztliche Behandlung unerlässliche Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt, erweisen sich offensichtlich für bestimmte politische Richtungen wegen der beruflichen Unabhängigkeit und Freiberuflichkeit der Ärzte als Störfaktoren, die von den sonst offensichtlich geordneten Beziehungen, z. B. zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften, oder auch politischen Parteien nicht reglementiert werden können. Dennoch wurde in der öffentlichen Diskussion vielfach eine Stimmungsmache mit einer Neiddiskussion versucht und eine Misstrauenskultur gefördert.

Durch verschiedene Gesetze, so z. B. durch das GKV WSG, wurde in den vergangenen Jahren die bewährte Selbstverwaltung von Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen mit dem Argument einer Professionalisierung zerschlagen, ehrenamtliche Funktionen mussten durch hauptamtlich Tätige übernommen werden; offensichtlich sollte die Selbstverwaltung zu einer staatlichen Auftragsverwaltung verändert werden. Für das bisher als sozial verstandene Gesundheitssystem wurden die Bezeichnungen Gesundheitswirtschaft oder gar Gesundheitsindustrie in die öffentliche Auseinandersetzung eingeführt. Folgerichtig wurde der Patient zum Kunden, der Arzt zum Leistungsanbieter. Die ärztliche Tätigkeit im Krankenhaus soll nach bestimmten Vorstellungen industriell organisiert werden, durch

- personenbezogene Berater,
- Spezialisten für hochdifferenzierte Einzelfunktionen,
- Systembetreuer für die gesamte Prozessoptimierung,
- Beratungsspezialisten für die Einholung von Zweitmeinungen.

Die Medizin wird auf diese Weise zur Fließbandmedizin. Der Patient wird nicht mehr ärztlich behandelt, sondern medizinisch bearbeitet, er wird zum Werkstück in der Wertschöpfungskette der Gesundheitsindustrie. Auch die durch das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz (VÄndG) ermöglichten bzw. vorgesehenen veränderten Praxisstrukturen können die Freiberuflichkeit gefährden. Das Finanzgericht Sachsen-Anhalt hat jüngst eine Praxis für Anästhesiologen, wie zuvor bereits das Finanzamt, als Gewerbe eingestuft. Für die Entscheidung war offenbar maßgebend, dass die Anästhesisten und die Inhaber der Praxis für Anästhesiologie ärztliche Tätigkeiten durch angestellte Ärzte durchführen ließen, ohne deren Tätigkeit ständig zu überwachen oder dabei selbst leitend tätig zu werden. Die

Finanzrichter sahen aufgrund dieser Praxisorganisation das für die Freiberuflichkeit unumgängliche Kriterium, die Eigenverantwortlichkeit, nicht mehr erfüllt. Wegen der Einstufung als Gewerbebetrieb wird nunmehr Gewerbesteuer fällig.

Auch die Bestrebung, die GOÄ als amtliche Taxe durch die Vertragsgebührenordnung EBM ersetzen zu lassen, beruht auf dem Missverständnis, dass es sich bei der GOÄ gleichsam um Kartellpolitik handelt, die der freien Marktwirtschaft widerspricht. Die Funktion der GOÄ zum Schutz der Patienten wird völlig verkannt, mit der Folge, dass auf diese Weise der Weg zur Einheitsversicherung weiter geebnet würde.

Gesetzliche Bestimmungen im SGB V, wie die Ideologie der Beitragssatzstabilität in § 71 SGB V, aber auch Budgetvorgaben, mit Kappungsmöglichkeit für Mehrerlöse, der künftig vom BMG für alle Kassen festgelegte Beitragssatz, sowie Gesamtvergütungen auch bei festen Eurobeträgen, erzwingen neben der ärztlichen Beurteilung der Behandlungsnotwendigkeiten für einen Patienten auch Kosten-Nutzen-Abwägungen, also eine ökonomische Beurteilung, die unter dem Aspekt des wirtschaftlichen Überlebens eines Krankenhauses oder einer Praxis leicht den Ausschlag geben können. Die im Arzneimittelversorgungswirtschaftlichkeitsgesetz (AVWG) vorgesehenen Richtgrößen und Bonus-Malus-Regelungen setzen zudem den Arzt dem Verdacht aus, dass er dem Patienten billige Arzneimittel verordnet, um daraus selbst einen finanziellen Vorteil zu ziehen, während er bei der Verordnung höherwertiger Präparate in finanziellen Regress genommen wird.

Über den gemeinsamen Bundesausschuss nach § 91 SGB V, dem jeweils zwei von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und fünf vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen benannte Mitglieder neben einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitglieder angehören, sollen „Richtlinien über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten“ beschlossen werden; insbesondere unter anderem für

- ärztliche Behandlung,
- Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten,
- Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden,
 - zur Verordnung von Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln,
 - Krankenhausbehandlung, häuslicher Krankenpflege und
 - Soziotherapie,
 - Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit,
 - Qualitätssicherung,
 - Spezialisierte ambulante Palliativversorgung,
 - Schutzimpfungen,
 - ärztliche Fortbildung.

Zur Entscheidungsfindung soll ein neu geschaffenes Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) beitragen. Es ist zu befürchten, dass dieses Institut nicht nur zur Rationalisierung, sondern schließlich zur Rationierung führt.

Selbstverständlich kann niemand etwas gegen wissenschaftlich begründete Leitlinien für die Erkennung und Behandlung bestimmter Erkrankungen haben. Sie dürfen jedoch niemals als starre Vorgaben missverstanden werden, weil sonst das unumgängliche Kriterium der Eigenverantwortlichkeit für die Ärzte als Freiberufler tangiert würde. Deshalb ist und bleibt die Anwendung von Leitlinien bei einem bestimmten Patienten ärztliche Kunst, weil die erforderlichen Entscheidungen nach entsprechender Aufklärung des Patienten zur Wahrung der Patientenautonomie jeweils unter Beachtung dessen physischer und psychischer Belastbarkeit individuell getroffen werden müssen. Eine Kosten-Nutzen-Abwägung muss sich bei der Behandlung eines Kranken auch von der Kosten-Nutzen-Abwägung z. B. bei der Reparatur eines defekten Kraftwagens unterscheiden, wo gegebenenfalls bei einem Missverhältnis ein Totalschaden festgestellt werden kann und das Fahrzeug in den Schredder kommt. Der Patient hat selbstverständlich Anspruch auf die ihm gemäße Behandlung, die sich im Rahmen der Palliativmedizin gegebenenfalls auf die Linderung von Schmerzen, Atemnot, Hunger und Durst beschränken kann. Keinesfalls jedoch darf der Arzt „sozialverträgliches Frühableben“ fördern.

Grundlage wirksamer ärztlicher Tätigkeit ist die auf Vertrauen und persönlicher Zuwendung beruhende duale Beziehung, die am leichtesten ohne Fremdeinflüsse in Freiberuflichkeit zu gestalten ist. Um auch in einem hoch entwickeltem Industriestaat und in einer Massengesellschaft einen allumfassenden Kollektivismus zu vermeiden, müssen Kräfte wirksam werden, die in Partnerschaft und mit besonderem Sachverstand den für die Entwicklung eines Vertrauensverhältnisses nötigen Gestaltungsfreiraum für den einzelnen Menschen erhalten und die dafür notwendigen besonderen Voraussetzungen beachten. Die Entziehung fast aller individuellen, den unterschiedlichen Bedürfnissen der Bürger entsprechenden Sicherungsmöglichkeiten führt gleichsam zur Enteignung der Persönlichkeit mit allen daraus resultierenden psychischen Schäden. Wenn eine vorwiegend unter den Aspekten der Administrationsvereinfachung und der Ökonomie konzipierte Richtlinie nicht nur für Arzneimittelverordnungen, sondern auch für eine Vielzahl anderer diagnostischer oder therapeutischer Verfahren entwickelt und für allgemeinverbindlich erklärt werden sollte, ist es nicht nur um die wegen der individuellen Bedürfnisse des Patienten erforderliche Therapiefreiheit des Arztes schlecht bestellt, sondern um die Freiheit der Menschen schlechthin. In Konsequenz derartiger Entwicklungen müsste letztlich eine umfassende Regelung aller Lebens- und Verhaltensweisen erfolgen, um mit den nach Ansicht der Administration aus Fehlverhalten resultierenden Kosten nicht die Solidargemeinschaft zu belasten. Am Ende einer solchen Entwicklung stünde eine Gesundheitsdiktatur, mit dem für ein Individuum in einem Termitenstaat gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten, wenn nicht gar den Zwängen für ein Versuchstier.

Verwalteten Ärzten entsprechen verwaltete Patienten. Im Interesse des Gestaltungsfreiraums und der Individualität eines jeden Menschen und der gerade angesichts von Krankheit Leiden und Tod höchst unterschiedlichen Bedürfnisse der Patienten, müssen daher alle den Pluralismus und der Gestaltungsmöglichkeit für den einzelnen Menschen verpflichteten Kräfte in unserer Gesellschaft darauf hinwirken, in diesem wichtigen Gebiet berufliche Freiheit und Freiberuflichkeit nicht

nur zu erhalten, sondern zu stärken. Im Mittelpunkt der Bemühungen des Arztes muss immer der einzelne Mensch stehen und auch aus der Addition einer größeren Zahl von Individuen ergibt sich für den Arzt die Mehrzahl, die Vielfalt, der Pluralismus, jedoch niemals Masse, Kollektiv und Kollektivismus. Der Arzt muss daher immer Mensch und Partner des Patienten sein, er muss sich dem Patienten persönlich zuwenden. Der Arzt ist auch nicht Vorgesetzter des Patienten, umgekehrt sollte der Patient ihn aber auch nicht als Schalterbeamten für den Zugang zu Sozialleistungen missbrauchen. Anspruchsniveau und Erwartungshaltung der Patienten und der Öffentlichkeit dürfen nicht an Utopien ausgerichtet werden, sondern müssen den trotz aller Fortschritte begrenzten Möglichkeiten der Medizin, aber auch unseres Staates entsprechen. Wenn Anspruchs- und Leistungsniveau immer weiter auseinander klaffen, ist Unzufriedenheit und allgemeine Verdrossenheit eine nahezu zwangsläufige Folge, die dazu führen kann, das schließlich sogar Bewährtes und Erreichbares missachtet und über Bord geworfen und in einer Art „Do it yourself“-Bewegung mehr Schaden als Nutzen angerichtet wird – im Gesundheitswesen, wie in manchen anderen Bereichen.

Weil Ärzte um die großartigen Möglichkeiten, aber auch um die manchmal bis zur Hilflosigkeit und Ohnmacht reichenden Grenzen der Medizin wissen, mahnen sie oft und für manchen vielleicht zu oft zur Vorsicht bei der Beurteilung vieler Versprechen. Sie handeln sich damit nicht selten Unmut und Unzufriedenheit ein. Auf die Dauer ist es aber bestimmt ehrlicher und erfolgversprechender, wenn der aufgeklärte Bürger unseres Jahrhunderts sich nach sachlicher Information eine sachgerechte Meinung bilden und sich entsprechend entscheiden kann. Lautstark verkündete Heilslehren, das auf die Lebensangst spekulierende Versprechen von umfassender Sicherheit und die appellierenden Aufrufe, das Krankheit allein durch mehr Vorbeugung vermeidbar und somit bei gleichzeitiger Einsparung von Kosten geradezu ewige Gesundheit erreichbar sei, lassen sich nicht realisieren. Ihre Verkünder werden über kurz oder lang als Phantasten erkannt.

Aufgabe der Ärzte und ihrer Selbstverwaltungskörperschaften ist es auch, Entwicklungen entgegenzutreten, die über eine Totalerfassung aller Intimdaten der Bürger in Zentralcomputern wie jetzt über die elektronische Gesundheitskarte, Krankheit bekämpfen und Gesundheit erreichen wollen. Die aus einer derartigen Bloßstellung aller körperlichen und seelischen Intimbereiche, die nur als Sozialisierung der Persönlichkeit bezeichnet werden kann, resultierenden psychischen und physischen Schäden kann man sich kaum vorstellen. Die Ärzteschaft kümmernt sich daher nicht aus vordergründigem Eigeninteresse um eine sinnvolle Gestaltung der Arbeitsbedingungen für Ärzte, es geht vor allem um eine im Rahmen der natürlichen und sonstiger Grenzen bestmögliche Versorgung der Patienten.

Der Gesetzgeber sollte sich daher endlich auf die Festlegung von Rahmenbestimmungen beschränken und nicht mit einer Fülle von Detailregelungen, die in der BÄO festgelegte Freiberuflichkeit der Ärzte immer mehr einengen oder sogar beseitigen.

This page intentionally left blank

Der Arzt als Dienstleister in der Gesundheitsversorgung im Krankenhaus – gestern, heute, morgen

Dirk Eßer

Wir befinden uns derzeit in der größten Umbruchphase des Gesundheitswesens seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland. Um aus der Sicht eines Ärztlichen Direktors und Chefarztes eines großen Klinikums Visionen für die Zukunft zu entwickeln, ist es unabdingbar, einen Bezug zur Vergangenheit und Gegenwart zu ziehen. Der Vortrag gliedert sich in verschiedene Unterpunkte, die eine Analyse des derzeitigen Standes der Rahmenbedingung für ein Krankenhaus aus dem heutigen Zeitpunkt verglichen mit der Vergangenheit darstellen.

I. Qualitätskriterien

Die Krankenhäuser sind zum heutigen Zeitpunkt verpflichtet, Qualitätsberichte öffentlich darzustellen, um Vergleichskriterien mit anderen Häusern zu erarbeiten und den Krankenkassen Rückschlüsse zu ermöglichen, in welchen Krankenhäusern eine qualitätsgerechte Krankenversorgung erfolgt und in welchen Häusern es möglicherweise erhebliche Qualitätsmängel, die einen Entzug des Versorgungsauftrages bedingen können, gibt. Die Erstellung der Qualitätsberichte ist erlösrelevant. In der Vergangenheit haben die Krankenhäuser nur ein internes Qualitätsmanagement indirekt über eine Analyse ihrer Krankenversorgung nach Fachgebieten durchgeführt.

II. Finanzierung

Die vormalige Abrechnung der stationären Krankenhausfälle erfolgte über sogenannte tagesgleiche Pflegesätze, d. h., der Patient wurde über einen Basissatz und einer dem Fachgebiet entsprechenden Zusatzberechnung krankenhausspezifisch abgerechnet. Im Klartext hieß das, je länger ein Patient lag, desto höher waren die

Einnahmen für das Krankenhaus. Limitierend waren lediglich Überprüfungen durch den Medizinischen Dienst der Krankenkasse.

Der derzeitige Abrechnungsmodus bezieht sich auf das DRG-System, wonach, ausgehend von einem Landesfallwert, für das jeweilige Krankheitsbild des stationär zu behandelnden Patienten, je nach Schwierigkeitsgrad, unabhängig von der Liegezeit (einschränkend die untere und die obere Grenzverweildauer) anhand eines Festwertes abgerechnet wird. Diese erfolgt derzeit noch auf der Grundlage der vereinbarten Fälle für das jeweilige Krankenhaus. Eine Mehrbehandlung führt zu entsprechenden Abschlägen. Dieses System soll über eine sogenannte Konvergenzphase in den „Freien Markt“ überführt werden. Eine derzeitige Deckelung des Gesamtbudgets für das einzelne Krankenhaus wird dann aufgehoben.

III. Entscheidung über die Therapie (ambulant oder stationär)

Die Entscheidungsfreiheit des Arztes, ob ein Patient mit dem entsprechenden Krankheitsbild ambulant oder stationär behandelt werden muss, wird heute durch feste Kataloge, die von den Fachverbänden, den Krankenkassen und der Krankenhausgesellschaft vereinbart werden und nach denen auch bestimmte Krankheitsbilder nur ambulant oder bei entsprechender medizinischer Begründung stationär behandelt werden können, bestimmt. Dies beeinflusst erheblich die Entscheidungsfreiheit des Arztes. Eine Kostenzusage für einen möglichen stationären Behandlungsfall kann zu einem späteren Zeitpunkt, auch nach erfolgter Leistung, durch die Krankenkasse wieder zurückgezogen werden, sodass eine Einigung möglicherweise nur über das Sozialgericht möglich ist und somit eine zeitliche Verzögerung bei der Entscheidungsfindung entsteht.

IV. Fallkosten

Durch die Einführung der Krankenhausinformations- und Dokumentationssysteme liegt nahezu ein gläsernes Krankenhaus vor. Eine Steuerung der Ausgabenseite bei ausgeschöpfter Minimierung des Personalbestandes ist letztendlich nur über die sogenannten Fallkosten möglich. Dem Chefarzt wird eine strenge Analyse der Material- und Sachkosten vorgeführt und auf ein entsprechendes Einsparpotential nachdrücklich hingewiesen. Diese Analyse und Auswertung der Fallkosten kann sich unter Umständen in dem variablen Gehaltsanteil des Chefarztes positiv oder auch negativ widerspiegeln.

V. Arbeitszeit/Bereitschaftsdienst

Die Einführung des Arbeitszeitgesetzes ist besonders für kleinere und mittlere Krankenhäuser und der entsprechenden Fachabteilung problembehaftet. Die größ-

ten Probleme stellen hier der sogenannte fachübergreifende Bereitschaftsdienst und die Gewährleistung des Facharztstandards 24 Stunden am Tag dar. In unserem Krankenhauskonzern wurde ein Konzerntarifvertrag abgeschlossen, der bei Bereitschaft der Mitarbeiter eine sogenannte *opt-out-Regelung* hinsichtlich der Arbeitszeiten ermöglicht. So ist es machbar, die Eckpfeiler des Arbeitszeitgesetzes einzuhalten und eine kontinuierliche fachspezifische Versorgung der Patienten zu gewährleisten. Insgesamt ist jedoch die Diskussion über einen sogenannten fachübergreifenden Bereitschaftsdienst medizinisch, wie natürlich auch juristisch bewertet, weiterzuführen.

VI. Krankenversicherungsart

Die Krankenversicherungsart spielte in der Vergangenheit für den Chefarzt bei den „Altvertraglern“ eine große Rolle, doch werden zunehmend Chefarztdienstverträge ohne Möglichkeit einer Privatliquidation bzw. eine Beteiligung an der Privatliquidation abgeschlossen. Auch werden an den Krankenhäusern beispielsweise Privatkliniken eingerichtet, in denen die privatversicherten Patienten behandelt werden, ohne dass die Behandlung einen Einfluss auf das Einkommen des Chefarztes hat. Hier zeichnen sich mögliche Diskrepanzen in der weiteren qualitätsgerechten (Chefarztbehandlung) Betreuung der Patienten ab.

VII. Medizintechnik

Durch eine Senkung der Förderpauschalen durch die Länder für die Krankenhäuser ist es in vielen Kliniken bereits zu Investitionsstaus gekommen. Die früher noch bezahlbare Medizintechnik hat sich durch die technische Weiterentwicklung auf ein Preisniveau begeben, dass Investitionen nur in begrenztem Maße für die Krankenhäuser möglich sind. Hier zeigt sich perspektivisch eine deutliche Diskrepanz zwischen dem technisch und medizinisch Machbaren und dem realisierbaren Diagnostik- und Behandlungsverfahren.

Einen Widerspruch stellen in diesem Zusammenhang auch die teilweise geforderten technischen Möglichkeiten in den Leitlinien der Fachgesellschaften dar, die nur noch von wenigen Häusern erfüllt werden können. Es ist mit großer Sorge abzuwarten, ob die geplante monetäre Finanzierung abweichend von der bisher in der Praxis durchgeführten dualen Finanzierung den Investitionsbedarf perspektivisch in den Krankenhäusern decken kann.

VIII. Personalkosten

Die Personalkosten machen bekanntermaßen 70 % aller Kosten aus. Hier war in der Vergangenheit das Kriterium für die Arzt-, Schwestern- und sonstigen Stel-

lenpläne die Bettenzahl. Durch die veränderten Finanzierungsbedingungen spielt die Bettenzahl heute überhaupt keine Rolle mehr für den erforderlichen Personalbedarf. Hier ist bereits heute bei gedeckeltem Budget die Stellenzahl an die Erlössituation angepasst. Viele Bereiche, die nicht direkt an der Patientenversorgung beteiligt sind, wie Wäsche, Essen, Transport, Labor, Hygiene, sind bereits in Tochtergesellschaften ausgegliedert, um hier eine gewisse Einsparung im Personalkostenbereich zu erreichen. Perspektivische Probleme für die Führung einer Klinik für den Chefarzt zeigen sich vor allen Dingen in den veränderten Entscheidungsstrukturen. Im Gegensatz zu der früher vorhandenen klaren, vertikalen Entscheidungsstruktur innerhalb einer Klinik, kommen z. B. durch das Outsourcing immer mehr horizontale Entscheidungsstrukturen ins Spiel, die sich der Beeinflussbarkeit des Chefarztes und damit einer optimalen Führung einer einzelnen Klinik vielfach entziehen.

IX. Krankenhausbetten

Grundlage für die aufgestellten Krankenhausbetten und die Zahl der dem Chefarzt zur Verfügung gestellten Betten war der sogenannte Krankenhausbettenplan der Länder. Im Rahmen des gedeckelten Budgets waren feste Standorte mit festgelegten Fachgebieten vorgegeben. Perspektivisch wird es so sein, dass wir, wenn es so umgesetzt wird, ab 2009 einen freien Markt haben. Dieser erstreckt sich unter Umständen auch auf die Erweiterung der Krankenhäuser mit bestimmten Fachgebieten, die vorher nicht im Hause vorhanden waren. Es wird dann ganz klar so sein, dass die Fallzahlen das Überleben des einzelnen Hauses bzw. das Sterben von regionalen Krankenhäusern bestimmt.

X. Sponsoring

Besonders für die leitenden Ärzte stellt das Sponsoring seit vielen Jahren ein zunehmendes Problem dar. Bestimmte Krankenhausketten, wie in meinem Fall der HELIOS-Konzern, haben sich völlig losgesagt von einer Unterstützung, die in der Vergangenheit vor allen Dingen sich auf Ausbildungskosten erstreckte, um hier unabhängig von der Industrie zu sein. Es werden sich in der Zukunft neue Zusammenarbeitsformen durch den Zusammenschluss von Krankenhäusern ergeben. Der gesamte Außendienst der Pharma- und Medizintechnikfirmen wird sich anhand der neuen Rahmenbedingungen völlig umstrukturieren müssen. Zentraleinkäufer verhandeln für die gesamten Häuser eines Unternehmens; eine Beeinflussbarkeit über einzelne Chefärzte bzw. einzelne Krankenhäuser wird damit eingeschränkt.

XI. Führungshierarchie

Die in der Vergangenheit praktizierte strenge Hierarchie in Krankenhäusern ist praktisch nicht mehr vorhanden. Die heutige Krankenhausstruktur, angefangen vom Chefarzt bis zum Assistenzarzt und bis zum Pflegedienst, ist von einer sehr flachen Hierarchie gekennzeichnet. Streng bemessene Personalzahlen bedingen in zunehmenden Maße zum einen eine ausgeprägte Teamarbeit innerhalb eines Fachgebietes, zum anderen aber auch die interdisziplinäre Zusammenarbeit, besonders im Rahmen von Kompetenzzentren (Darmzentrum, Prostatazentrum usw.). Ein absolutistischer Chefarzt ist nicht mehr zeitgemäß.

XII. Behandlungsfehler

Als Ärztlicher Direktor eines großen Krankenhauses mit 1.300 Betten und 44.000 stationären Fällen stellen sich mir in zunehmendem Maße ein zahlenmäßiger Anstieg des Klageverhaltens der Patienten dar. Geht man davon aus, dass die Qualitätsstandards eingehalten werden, ist das Anspruchsverhalten des Patienten deutlich gestiegen. Neben dem Verfahren über die Schlichtungsstelle ist auch ein Anstieg im Zivil- und Strafrechtsverfahren zu verzeichnen. Die Ursachen liegen auf Krankenseite in überwiegenderem Maße in Aufklärungs- und Kommunikationsproblemen. Das Arbeitszeitgesetz und alle damit im Zusammenhang stehenden Informationsverluste bieten ein entsprechendes Potential für qualitätsgeminderte Behandlung.

XIII. Krankenhausleitung

Die Ökonomisierung des Gesundheitswesens hat und wird in der Zukunft dazu führen, dass die Betriebswirtschaftler das Sagen haben werden. Die unantastbare Stellung des Chefarztes in der Vergangenheit ist bereits vollständig aufgelöst. Chefarzte haben zum Verwaltungsdirektor zu kommen, um über ökonomische Zahlen zu diskutieren und sind gezwungen, diese ökonomischen Rahmenbedingungen in die fach- und qualitätsgerechte Betreuung der Patienten einzubeziehen. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen, das Ringen um höhere Fallzahlen und die Auseinandersetzungen mit dem konkurrierenden Krankenhaus aus der Nachbarschaft werden dazu führen, dass der Ärztliche Direktor ein Ärztlicher Geschäftsführer werden wird. Die Doppelfunktion des Chefarztes und des Ärztlichen Direktors in Personalunion wird es zukünftig nicht mehr geben.

XIV. Versorgungsstrukturen

Auch für die Krankenhäuser spielen die veränderten Versorgungsstrukturen eine entscheidende Rolle. Die Möglichkeit, medizinische Versorgungszentren zu gründen, eine integrierte Versorgung durchzuführen und die immer mehr zunehmende Forderung nach der Zusammenführung der ambulanten und stationären Krankenversorgung, stellt eine neue Herausforderung dar. Nur der Chefarzt, der in der Lage ist, sein Einzugsgebiet strategisch zu bearbeiten, d. h. im Einklang mit den niedergelassenen Ärzten eine Ermächtigungssprechstunde zu erwerben, möglicherweise Honorarärzte im Krankenhaus arbeiten zu lassen oder mit einem niedergelassenen Arzt eine Zweigpraxis zu eröffnen, die stationär angestellten Ärzte in diese Zweigpraxis oder in ein medizinisches Versorgungszentrum einzubringen, wird in der Zukunft darüber entscheiden, ob der Zustrom von stationären Patienten gehalten bzw. gesteigert werden kann. Verpasst der Chefarzt die strategische Herausforderung, mit dem Krankenhausträger bestimmter Bereiche, gerade bei Fachgebieten, die von einer überregionalen Einweiserstruktur profitieren, zu sichern, werden die Patienten aus diesen speziellen Regionen unweigerlich zu anderen Krankenhäuser abwandern. Wir stehen an der Schwelle der größten Herausforderung für das organisatorische und strategische Potential des einzelnen Chefarztes.

XV. Internet

Die moderne Medienstruktur wird in Zukunft noch mehr als heute einen Einfluss auf die Rekrutierung von Patienten haben. Die Qualität der Homepage, des Email-Portals, die Möglichkeit der Einholung einer Zweitmeinung wird von einer zunehmenden Zahl von Patienten genutzt werden. Es gibt bereits erste Ansätze, egal, wie man als Arzt oder Krankenhaus darüber denken mag, dass im Internet bestimmte Operationen versteigert werden. Auch wenn dies sicherlich nicht die Zukunft sein wird, zeigt es doch, dass, sowohl vom Patienten als auch letztendlich von den Kassen gesteuert, der Patient sich in der Zukunft dort stationär behandeln lassen wird, wo zum einen natürlich die Qualität, aber zum anderen auch der Preis stimmt.

Die veränderten politischen Rahmenbedingungen machen es nötig, die Auswahl von Führungskräften für Chefarztnachfolger oder für einen Ärztlichen Direktorposten von Punkten abhängig zu machen, die nicht allein durch die fachliche Qualifikation bestimmt wird. Organisatorische und kommunikative Kompetenz erscheinen bei den veränderten Rahmenbedingungen in der Zukunft von mindestens gleichbedeutender Wichtigkeit. Die Mitarbeiterführung mit entsprechenden Personalgesprächen, flachen Hierarchien, eine Qualitätssteigerung in der Ausbildung, werden letztendlich über Erfolg und Misserfolg in der Führung einer Klinik entscheiden. Die innovativen Fähigkeiten, gekoppelt mit betriebswirtschaftlichem

Denken (möglicherweise Zusatzstudium) sind unabdingbare Voraussetzung für das Überleben einer einzelnen Fachabteilung bzw. des gesamten Krankenhauses. Die bereits jetzt zu verzeichnenden Leistungsverlagerungen zwischen ambulanten und stationären Schnittstellen zeigen sich anhand des Vergleiches der Fälle von 2002 und 2004. Bei einem Rückgang der vollstationären Fälle (-3,6%) und einer Zunahme der teilstationären Fälle (+35,8%) zeigt sich vor allen Dingen fast eine Verdoppelung der ambulanten Operationen am Krankenhaus zu annähernd gleichbleibenden ambulanten Operationen der Vertragsärzte. Die Abwicklung dieser ambulanten Operationen am Krankenhaus bedingen in zunehmendem Maße neue Organisationsstrukturen, die losgelöst von den stationären Behandlungsmöglichkeiten sind.

Abschließend noch einige Aspekte des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes aus Sicht des Chefarztes und des Ärztlichen Direktors:

Ziel dieses Gesetzes ist es, in allen Versorgungsbereichen des deutschen Gesundheitswesens mehr Wettbewerb zu erreichen. Die Weiterentwicklung des DRG-Systems wird dahingehend erfolgen, dass ein bundeseinheitlicher definierter und kalkulierter Wert ermittelt wird. In 10 Jahren wird der Landesbasisfallwert, glaubt man der Entwicklung, in einen sogenannten Bundesbasisfallwert münden. Die Krankenkassen haben die Möglichkeit, Einzelverträge mit einzelnen Krankenhäusern, besonders bei planbaren und hochstandardisierten Eingriffen, abzuschließen. Dies wird sicherlich zum einen durch die Qualität, aber auch, zu welchem Preis kann ich diese Leistung erbringen, bestimmt. Es dürfte dabei eindeutig klar sein, dass es zahlreiche Krankenhäuser geben wird, die diesem Wettbewerbsdruck nicht gewachsen sind und ein Krankenhaussterben die Folge sein wird.

Verfassungsrechtlich verankerte Verantwortung der Länder zur Sicherstellung der Krankenhausversorgung wird in eine Krankenhausplanung sektorübergreifend als sogenannte integrierte Versorgungsplanung erfolgen. Die bereits erwähnte duale Finanzierung (Krankenkassen/Land) hat bekanntermaßen zu dem immensen Investitionsstau geführt. In einem Übergangszeitraum von 10–15 Jahren soll die monistische Finanzierung eingeführt werden. Ob es jedoch zu einer Verbesserung der Investitionsmöglichkeit im Krankenhaus führen wird, muss kritisch gesehen werden. Insgesamt muss klar sein, ein begrenztes Geld zieht eine begrenzte Leistung nach sich!

This page intentionally left blank

Der Arzt als Dienstleister in der Gesundheitsversorgung

Felix Cornelius

I. Das Thema

Der vorliegende Text bezieht sich auf den Arzt in seiner Funktion als Teilnehmer an der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung. Es wird die Frage gestellt, wie sich das (durchschnittliche) Selbstverständnis dieses Arztes in den kommenden Jahren entwickeln wird. Es stellen sich Fragen bezüglich der Freiberuflichkeit (in Abgrenzung zur Selbständigkeit), der Organisationsform – groß/klein, selbständig/angestellt, allein/im engen Netzverbund – und der Finanzierung („fee for service“ versus Pauschalbezahlung in Richtung Capitation).

Aus der nachfolgenden Darstellung wird die These abgeleitet, dass der Arzt in immer stärkerer Weise echter *Dienstleistungs-Anbieter* werden muss. Was dies konkret bedeutet, wird beispielhaft erläutert.

II. Status quo

Die ambulante vertragsärztliche Versorgung ist durch ein hohes Maß an Einheitlichkeit gekennzeichnet. Der Statistiker würde von geringer Varianz sprechen. Ein paar Beispiele: Die Größe der Arztpraxen variiert minimal; es gibt keine Unterschiede in der Organisationsform, alle Praxen sind inhabergeführte Kleinstunternehmen; die Finanzierung folgt denselben Regeln und wird regional von einer Monopol-Organisation, der KV gesteuert; was der Arzt in seinem jeweiligen Fach an Leistungen anbietet, ist streng reguliert und unmittelbar an die Abrechnungserlaubnisse und -regelwerke gebunden. Dieser Einheitlichkeit wegen ist es relativ unschädlich, Aussagen über *alle* niedergelassenen Ärzte zu treffen.

Auffällig am System der ambulanten Versorgung ist ein Aspekt, der interessant ist, weil er der oberflächlichen (betriebs-)wirtschaftlichen Intuition widerspricht: Viele Ärzte ignorieren einen Großteil wichtiger und typischer Interessen ihrer

Patienten bzw. der Menschen, die möglicherweise Patient werden könnten. Auch hier ein paar Beispiele:

- *Sprechzeiten*: Viele Ärzte bieten patienten-unfreundliche Sprechzeiten an. Der Leser möge bspw. einmal auf die Nachmittags-Sprechzeiten vieler Arztpraxen achten. Es kommt nicht selten vor, dass eine Praxis drei oder vier unterschiedliche Nachmittags-Anfangszeiten anbietet. Für den Patienten wäre es viel angenehmer, weil leichter zu merken, wenn die Sprechzeiten jeden Tag gleich wären.
- *Kooperation*: Wenige niedergelassene Ärzte gehen eine enge, technisch unterstützte Kooperation mit ihren Kollegen ein. Denkbar wären bspw. die „Terminvereinbarung an der Quelle“, also beim überweisenden Arzt, und die grundsätzliche und vollständige Übertragung – möglichst automatisch, ohne Aufwand für den Arzt – aller Diagnosen, Befunddaten und Befunde an alle weiteren Ärzte.
- *Modernität*: Vor allem in den letzten 15 Jahren der Niederlassung sinkt bei vielen Ärzten die Bereitschaft zu Investition und Modernisierung. Unter den geltenden (vor allem Abrechnungs-) Bedingungen ist das rational und daher individuell nachvollziehbar. Bspw. wird die Leistung Sonographie unabhängig vom Alter des zum Einsatz kommenden Ultraschallgeräts vergütet.
- *Wartezeiten*: Es gibt zwei Formen typischer Wartezeiten, das Warten darauf, überhaupt einen Termin zu bekommen und das Warten beim Arztbesuch, bis man an die Reihe kommt. Typische Wartezeiten auf einen neurologischen Termin in Berlin betragen 3 Monate, in der Kardiologie teilweise noch länger. Es gibt Ärzthäuser, in denen nahezu sämtliche Ärzte berichten, dass ihre Patienten im Durchschnitt 2,5 Stunden auf einen Termin warten.

Wichtige Ursachen dieser häufig zu beobachtenden „Patientenunfreundlichkeiten“ liegen auf der Hand. Am wichtigsten ist die Kombination aus Bedarfsplanung und Budgetierung. Die Bedarfsplanung sorgt in vielen Planungsregionen und nahezu allen Fachgebieten (Hausärzte sind häufig die Ausnahme) für eine *empfundene* Unterversorgung und nimmt dem niedergelassenen Arzt daher die Sorge der Patientengewinnung. Passend dazu ist die Budgetierung ein starker Anreiz für den Arzt, die Zahl seiner GKV-Patienten zu begrenzen.

Man darf bei dieser Beobachtung natürlich nicht vergessen, dass es die Ärzte in ihrer Gesamtheit selbst sind, die solche Regeln aufstellen. Denn Bedarfsplanung und Budgetierung sind starke Absicherungsmittel. Sie bewirken eine Minimierung der Konkurswahrscheinlichkeit – die Bedarfsplanung, weil sie die Konkurrenz ausschließt, und die Budgetierung, weil sie verhindert, dass Kollegen, die beim Patienten überdurchschnittlich erfolgreich sind, proportional auch wirtschaftlich profitieren. Es handelt sich also um ein System der präventiven sozialen Sicherung auf hohem Niveau.

Dieses System hat viele Jahrzehnte recht gut funktioniert. Über weite Strecken ist das – am Ergebnis der Volksgesundheit und am Verhältnis zu den Kosten gemessen – nach wie vor so. Zum Status quo gehört allerdings auch die Beobachtung, dass die Politik spätestens seit Anfang der 90er Jahre immer wieder ver-

sucht, durch Gesetzgebung eine Kostendämpfung im Gesamtsystem zu erreichen. Ausgelöst werden diese Bestrebungen zum einen durch tatsächliche Kostensteigerungen – vor allem im Sektor der Arzneimittelversorgung –, zum anderen durch die Furcht vor zukünftig steigenden Anforderungen an das System. Hierfür werden als prominenteste Treiber das steigende Durchschnittsalter der Bevölkerung und die Kosten des medizinischen Fortschritts genannt.

Ironischerweise trägt der ambulante Sektor die geringste direkte Schuld an der Kostenentwicklung. Denn durch die Finanzierung über Kopfpauschalen von Krankenkasse an KV und die budgetierte Honorarverteilung von der KV an die Ärzte sind die Gesamtkosten relativ stabil geblieben. Dass der ambulante Sektor dennoch im Fokus der Politik steht, liegt an der Macht der niedergelassenen Ärzte, Kosten zu *veranlassen* – bzw. diese Veranlassung gerade (soweit möglich und medizinisch vertretbar) zu vermeiden.

III. POLIKUM

Der Gründung von POLIKUM durch den Allgemeinmediziner und Gesundheitsökonom Dr. Wolfram Otto ging eine strategische Überlegung in den Gründungsjahren 2003 und 2004 voraus. Ergebnis dieser Überlegung war, dass es für die betriebswirtschaftliche Gesundheit einer Arztpraxis und die Sicherung der Existenz des Praxisbetreibers in nächster Zukunft immer wichtiger werden würde, Patienten aktiv zu gewinnen und langfristig positiv zu binden.

Exkurs: Das Prinzip der freien Arztwahl

Eine feste Bindung des Patienten an den Arzt oder ein Arztkollektiv wird gerne mit dem in Deutschland zur „Kultur“ der gesetzlichen Krankenversorgung gehörenden Prinzip der freien Arztwahl in Verbindung gebracht. Konkret wird befürchtet, dieses Prinzip würde durch eine feste Bindung ausgehöhlt. Zur Beurteilung dieser Frage müssen zwei begleitende Faktoren betrachtet werden: A) Für wie lange muss sich der Patient fest binden? B) Ist eine feste Bindung an den Arzt für den Patienten zwingend oder lediglich eine frei zu wählende Option?

Den Kritikern an fester Bindung sollte umso mehr zugestimmt werden, je länger die Zeit der Bindung und je geringer die Freiheit ist, auf die Bindung zu verzichten. Handelt es sich jedoch lediglich um eine (kündbare) Option und erfolgt die Bindung anschließend maximal für ein Jahr fest, so hat das Prinzip der freien Arztwahl nicht nur Bestand, sondern es wird darüber hinaus (endlich?) ethisch begründbar. Der freien Wahlmöglichkeit steht in dieser Interpretation nämlich gegenüber, dass der Patient die *Verantwortung* für die getroffene Wahl übernimmt.

Ende des Exkurses

Aus der eingangs formulierten Annahme über die zunehmende Bedeutung der Patientengewinnung hat POLIKUM den Schluss gezogen, ein Medizinisches Ver-

sorgungszentrum konsequent mit dem Ziel zu konzipieren, die Bedürfnisse des Patienten zu befriedigen. Wichtige Beispiele für dieses Konzept sind:

- Sprechzeiten von 7 bis 21 Uhr, Montag bis Freitag
- Bereitstellung *aller* Fachrichtungen durchgehend von 8 bis 20 Uhr¹
- Alle Ärzte kennen sich gut und haben regelmäßigen Kontakt zueinander. Dies wird vor allem durch einen dichten Plan von Qualitätszirkeln und gemeinsamen Fortbildungen erreicht. Die Behandlung komplexer Krankheitsbilder erfolgt daher kooperativ und in engem fachlichem Austausch.
- Dringende Untersuchungen durch Kollegen anderer Fachrichtungen erfolgen sofort. Generell gilt: Die Dringlichkeit bestimmt der überweisende Arzt. Die Wartezeit auf einen anschließenden Termin ist also stets medizinisch akzeptabel. Die Vergabe von Terminen in der Kette erfolgt außerdem „an der Quelle“, also bspw. beim behandelnden Hausarzt, der eine Abklärung beim Neurologen vorgeschlagen hat.
- Alle Dokumentation – inklusive der vollständigen Diagnostik – erfolgt in einer zentralen digitalen Patientenakte. Es gibt daher keine Redundanz, und die Akte nimmt in gewisser Weise die Rolle des „Gate Keepers“ ein, weil auch ein neuer Kollege sofort im Bilde ist, wenn er einen Patienten erstmals sieht, der bereits häufig im POLIKUM behandelt worden ist.
- Kundenservice: Die Patienten finden am Haus einen großen Parkplatz, der für sie reserviert ist; unter einer haus-einheitlichen Telefonnummer erreicht man jede Fachrichtung; es gibt eine zentrale Information im Haus; es gibt umfangreiches Informationsmaterial über das Angebot von POLIKUM und ein ausgefeiltes Qualitätsmanagement- und Feedbacksystem.²

Wer erstmals im POLIKUM ist, erkennt den Unterschied zur herkömmlichen Praxis oder dem typischen Ärztehaus sofort. Dieser Unterschied wird von den meisten Patienten als positiv wahrgenommen. Das Ergebnis ist ein starker Patientenzuwachs. Ein wichtiges strategisches Ziel konnte also bereits realisiert werden.

IV. Care Alliance

Es gibt eine große Zahl ärztlicher Netzwerke. Schon der Bekannten- und Freundeskreis eines niedergelassenen Arztes ist ein solches Netzwerk, denn in der Regel werden Patienten von ihrem Arzt an Ärzte aus eben diesem Netzwerk überwiesen.

Ärztliche Netzwerke verfolgen in den meisten Fällen vordergründig das Interesse der an ihnen beteiligten Ärzte. Beispielsweise hat sich in Berlin ein großer

¹ Beide Ziele sind noch nicht zu 100% erfüllt. Zurzeit (Februar 2008) fehlen noch die Hauptfachrichtungen Gynäkologie und Urologie, und 3 Disziplinen im POLIKUM sind noch nur durch einen Kollegen besetzt, weshalb in diesen Fächern eine zeitliche Vollversorgung von 8 bis 20 Uhr noch nicht angeboten werden kann.

² POLIKUM ist seit Februar 2008 nach DIN EN ISO 9001:2000 zertifiziert.

Teil der niedergelassenen Urologen (106 von 169 – fast zwei Drittel) bereit gefunden, eine Genossenschaft zu gründen, mit – laut www.urogenberlin.de – dem Ziel der *Bündelung der politischen und wirtschaftlichen Kraft der Urologen*. Der Beitritt zur Genossenschaft ist an die Voraussetzung gebunden, Facharzt für Urologie zu sein.

Im Gegensatz dazu werden in der *Care Alliance* die Ideen *Netzwerk* und *Kunden-* bzw. *Dienstleistungsorientierung* miteinander kombiniert. Die Care Alliance ist ein Netzwerk von Leistungserbringern in der ambulanten Versorgung – größtenteils kleine Praxen mit zwei oder drei Ärzten –, die sich zur Einhaltung eines anspruchsvollen Standards verpflichten. Nur wer diesen Standard erfüllt, kann Mitglied der Care Alliance werden. Mitglieder, die vom Standard dauerhaft abweichen, werden aus der Care Alliance wieder ausgeschlossen.³

Der Care Alliance Standard drückt sich in folgenden Regeln aus:

- Einführung einer im gesamten Netzwerk einheitlichen, standardisierten, vollständig *digitalen Patientenakte*, inklusive verteilter Terminplanung: Jede Care Alliance Praxis kann auf elektronischem Weg in jeder anderen Care Alliance Praxis Termine vereinbaren.
- Verpflichtung zum *Care Alliance Transparenzprinzip*: Im Grundsatz hat jeder Arzt in der Care Alliance Zugriff auf sämtliche Dokumentationsdaten eines Patienten, die für diesen in der Vergangenheit von anderen Ärzten in der Care Alliance erstellt worden sind.
- *Qualitätsmanagement*: Jede Praxis in der Care Alliance ist (bspw.) nach dem Europäischen Praxis-Assessment (EPA) zertifiziert.
- *Gemeinsame Sprechzeiten*: Jede Praxis in der Care Alliance ist mindestens von 9 bis 18 Uhr durchgehend von Montag bis Freitag für ihre Patienten geöffnet.
- Aus den gemeinsamen Sprechzeiten folgt abgeleitet, dass es Einzelpraxen i.d.R. nicht möglich ist, Mitglied in der Care Alliance zu werden. Es bedarf der engen *Kooperation von mindestens 2 Ärzten* derselben Fachrichtung, um die genannten Zeiten regelmäßig anbieten zu können.
- *Gemeinsame Standards*: Die Partner in der Care Alliance wirken regelmäßig an Standards zur Vereinbarung eines gemeinsamen ärztlichen Verhaltens mit. An von der eigenen Fachgruppe durch qualifizierte Mehrheit vereinbarte Standards halten sich die Mitglieder der Care Alliance auch dann, wenn sie zu dieser Mehrheit nicht gehört haben. Standards haben eine begrenzte Gültigkeit von typischerweise einem Jahr.
- Die Vereinbarung und Befolgung gemeinsamer Standards ist nötig, damit die Care Alliance Partner *gemeinsam Vertragspartner aller IV-Verträge* werden, die mit den Krankenkassen geschlossen werden.

³ Die Gründung der Care Alliance ist in Vorbereitung. Ein wesentlicher Bestandteil des Konzepts ist, dass die Regeln/Statuten zunächst festgelegt werden, bevor Mitglieder gesucht werden, die bereit sind, diese Regeln zu akzeptieren. Es handelt sich deshalb um die Darstellung eines sehr aktuellen Vorhabens.

Durch die Einhaltung dieser Regeln wird offensichtlich zum einen die Patientenfreundlichkeit deutlich erhöht.

Zum anderen sorgt die Einhaltung der Regeln im Kollektiv aller Partner der Care Alliance *automatisch* dafür, dass der Umfang für medizinische Leistungen sinkt, die von der ambulanten Medizin *veranlasst* werden. Dazu zählen die Kosten für Krankenhausbehandlung, Arzneimittel, Heil- und Hilfsmittel etc. Die Gültigkeit dieser Aussage soll an zwei Punkten erläutert werden:

- Die gemeinsame digitale Akte bewirkt, dass eine redundante Veranlassung von Leistungen nahezu ausgeschlossen ist: Zum einen hat der Arzt jeweils den Überblick über das vollständige Bild der aktuellen Diagnostik und Therapie. Die Verschreibung bspw. eines Medikaments, das der Patient bereits verschrieben bekommen hat, kann deshalb grundsätzlich nur wissentlich erfolgen. Zum anderen sorgt das Transparenzprinzip für eine mittelbare Kontrolle der Ärzte untereinander. Sollte ein Arzt redundante Maßnahmen vornehmen, könnte er dies seinen Kollegen gegenüber nur schwer verbergen. Schließlich gibt die gemeinsame Teilnahme an populationsorientierten IV-Verträgen allen Care Alliance Ärzten auch einen wirtschaftlichen Anreiz, unnötige Kosten in der Veranlassung möglichst zu vermeiden.
- Die gemeinsamen Sprechzeiten bewirken durch ihre Länge zum einen eine Verringerung der Selbsteinweisungen durch die Patienten. In der Regel gehen Notfallpatienten lieber zu ihrem Hausarzt als in die Notaufnahme eines Krankenhauses. Zum anderen geben die gemeinsamen Kernzeiten dem einzelnen Arzt Sicherheit. Sollte er sich nicht ganz sicher sein, ob eine Krankenseinweisung vermeidbar ist, kann er in den Kernzeiten wenigstens sicher sein, dass seine fachärztlichen Kollegen erreichbar sind. Diese Erreichbarkeit wiederum wird durch die digitale Akte ideal unterstützt. Auch spontane Fallbesprechungen über verteilte Standorte werden somit zum Alltagsgeschehen.

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass die Care Alliance ein Instrument zur Fortschreibung des Dienstleistungsgedankens vom einzelnen Arzt oder MVZ auf ein flächendeckendes Netz niedergelassener Ärzte ist. Dieser Dienstleistungsanspruch richtet sich an zwei Interessenten: den Patienten und die Krankenkasse.

V. Diskussion: Finanzierung

Die Finanzierung des GKV-Gesundheitssystems liegt im Wesentlichen in den Händen der gesetzlichen Krankenversicherungen. Diese bezahlen medizinische Leistungen je Sektor *direkt*. Zwar bewirken die Sektoren durch ihr Zusammenspiel – Verschreibung von Arzneimitteln durch den niedergelassenen Arzt/Einweisung in ein Krankenhaus durch den Pflegedienst/Verordnung von Rehabilitationsmaßnahmen durch das Krankenhaus u.v.a.m. – kontinuierlich Leistungen, die zu finanziellen Forderungen der Leistungserbringer im jeweils anderen Sektor führen. Dennoch zahlt die Krankenkasse stets direkt. Man könnte auch überspitzt

formulieren: Die Leistungserbringer im Gesundheitssystem geben das Geld der Krankenkassen aus.

Normalerweise wird der Prozess des Geldausgebens auf natürliche Weise gebremst, weil man „jeden Euro nur einmal ausgeben kann“ und weil für denjenigen, der Geld ausgibt, die attraktive Alternative darin besteht, selbst mehr „Geld übrig“ zu haben.

Es ist nicht das eigene Geld, das ausgegeben wird, darum fehlt im Gesundheitssystem diese natürliche Bremse. Hintergrund ist das gemeinschaftliche *kulturelle* Verständnis in Deutschland, dass finanzielle Interessen im Gegensatz zu gesundheitlichen/sozialen Interessen stehen. Im übrigen wird dem Gesundheitswesen kollektiv Gutes unterstellt – bezüglich der Veranlassungsproblematik heißt das: Man geht in Deutschland grundsätzlich davon aus, dass der Prozess des Geldausgebens stets in voller Verantwortung erfolgt und höchsten berufsethischen Anforderungen genügt.

Realistisch erwarten natürlich die meisten Menschen, dass *noch* sorgfältiger bzw. verantwortlicher mit der Veranlassung von Leistungen in anderen Sektoren umgegangen würde, wenn die Veranlasser auch ein *eigenes* finanzielles Interesse hätten. Bislang sind solche Vorschläge jedoch häufig daran gescheitert, dass sie unter dem Generalverdacht stehen, geringere Qualität in der Versorgung zu befördern. Der Gedankengang lautet, dass man das meiste Geld spart, wenn man die Leistung auf Null reduziert.

POLIKUM schlägt vor, dieses Dilemma auf folgende Weise zu lösen:

- Ein komplexes Leistungserbringer-Netzwerk (POLIKUM oder Care Alliance) übernimmt als Vertragspartner von Krankenkassen die Verantwortung für die Gesamtkosten von Patienten. Anreiz: Wenn die Gesamtkosten der im Netzwerk behandelten Patienten geringer sind, als die *erwarteten* Gesamtkosten – gemessen an den Kosten der Regelversorgung außerhalb des Netzwerks –, dann erhält das Netzwerk einen erheblichen Anteil am eingesparten Volumen als Bonus.
- 1. vermutetes Problem: Das Netzwerk hat einen vordergründigen Anlass, besonders wenig zu leisten bzw. zu veranlassen – im Zweifel zu Lasten der Gesundheit der Patienten.
- 2. vermutetes Problem: Das Netzwerk erbringt unter dem oben kurz diskutierten „Prinzip der freien Arztwahl“ stets nur einen Teil der Leistungen am Patienten. Wenn Geld in den veranlassenden Sektoren eingespart wird, wie kann diese Einsparung nur dem Netzwerk zugute kommen?
- Lösung des 2. Problems: Die Berechnung der Einsparvolumina wird lediglich für Patienten vorgenommen, die sich *freiwillig* zur festen Bindung an das Netzwerk verpflichten. Zur festen Bindung gehört nach der Vorstellung von POLIKUM/Care Alliance auch, dass der Patient sich in jeder Hinsicht bindet, nicht nur an das ambulante Netzwerk, sondern darüber hinausgehend an ein sektorübergreifendes Netz von „preferred providers“, die ihrerseits Verträge mit dem ambulanten Netz haben.
- Lösung des 1. Problems: Der Patient kann die eingegangene Bindung schnell und unkompliziert wieder lösen. Die Möglichkeit, in kurzer Frist auf die Regelversorgung zurück zu wechseln oder (mit einem anderen Anbieter oder

Netzwerk) eine andere feste Bindung einzugehen, gibt dem Anbieter einen starken Anreiz zu hoher Qualität.

Hinzu kommt als nicht zu unterschätzender Faktor zur Qualitätssicherung die angestrebte Markenbildung. Der Schaden, den eine starke Marke, die an vielen Standorten vertreten ist, erleiden würde, wenn sich herausstellen sollte, dass finanzielle Vorteile zu Lasten der Patientengesundheit gingen, ist enorm. Der Anspruch, eine starke Marke zu werden, ist daher eine Art Versicherung gegenüber der Öffentlichkeit, höchste Qualitätsmaßstäbe zu setzen.

VI. Zusammenfassung: Der Arzt als Dienstleister

Der Name des bislang letzten Gesundheitsreformgesetzes aus dem Frühjahr 2007 – Gesetz zur Stärkung des *Wettbewerbs* in der Gesetzlichen Krankenversicherung – zeigt die politische Richtung auf. Wir werden auf allen Ebenen und in allen Sektoren eine Stärkung des Wettbewerbs erleben.

Was genau dieser Begriff bedeutet, ist höchst umstritten. Die Diskussion aller Aspekte des Gesundheitssystems ist in Deutschland seit mindestens 60 Jahren geprägt von der Annahme und dem Anspruch einer zentralen Planung und Steuerung sowie der angestrebten *Gleichheit* der Angebote im System. Ergebnis ist, dass immer häufiger das Wort Wettbewerb verwendet wird, ohne dass es ein festes gemeinsames Verständnis darüber gibt, was es bedeutet.

Alternativ wird deshalb der Begriff *Vielfalt* vorgeschlagen. Denn wo Wettbewerb herrscht, da ist Vielfalt zu beobachten. Fehlt der Wettbewerb, so fehlt auch der Anreiz, sich von anderen abzugrenzen. In wettbewerbsfernen Systemen gibt es deshalb eine sehr geringe Vielfalt der Angebote.

Das Gesundheitssystem zeigt heute bereits an vielen Stellen wachsende Vielfalt:

- Es gibt neue Versicherungsmöglichkeiten – Wahltarife und Zusatzversicherungen, die GKV-Kassen gemeinsam mit PKV-Kassen anbieten.
- Krankenkassen betreiben neuerdings (mittelbar) Medizinische Versorgungszentren.
- Der Patient hat die Möglichkeit, aus unterschiedlichen IV-Verträgen zu wählen.

Zur Abgrenzung und Illustration: Die Gründung der oben angesprochenen Urologen-Genossenschaft in Berlin ist ein Beitrag zu *weniger* Vielfalt und deshalb auch zu weniger Wettbewerb!

Vielfalt ist die Voraussetzung für echte Wahl. Das Paradigma der freien Arztwahl verliert bspw. an Bedeutung, wenn die Wahlmöglichkeiten des Patienten sich auf die Person des Arztes beschränken, alle anderen Facetten der Dienstleistung jedoch überall gleich sind – und damit nicht (ab-)wählbar.

So attraktiv Vielfalt für den Patienten ist, so wichtig ist auch die Feststellung, dass sich der Druck auf die Teilnehmer am Gesundheitssystem erhöht. Die einzelne Praxis kann sich ein Verharren im Status quo schlecht erlauben, wenn die Kollegen in anderen Praxen sich bspw. in die oben erwähnten Richtungen à la POLIKUM oder Care Alliance weiter entwickeln. Dies umso mehr, wenn die Weiterentwicklung/Vielfalt sich nicht auf die strukturellen Aspekte der Leistung beschränken – großes gemeinsames Haus, digitale Akte etc. –, sondern auch auf die vertraglichen Möglichkeiten. In der Kombination aus der vertraglichen Bindungsmöglichkeit für den Patienten einerseits und der Schaffung besonderer Attraktivität für den Patienten durch die Leistungserbringer andererseits liegt eine gewisse Gefahr für diejenigen Leistungserbringer, die sich der Entwicklung verschließen.

In diesem Sinne ist der Appell für eine Dienstleistungsorientierung im vorliegenden Artikel zu verstehen. Die Modelle POLIKUM und Care Alliance zeigen zwei Wege auf – der eine stärker, der zweite schwächer bindend –, wie sich der berufliche Alltag des niedergelassenen Arztes in Zukunft entwickeln kann.

This page intentionally left blank

Einschränkungen des Arztvorbehalts

Albrecht Wienke

I. Die Ausgangslage

In seiner Ausgabe vom 29.01.2007 berichtet DER SPIEGEL unter dem Titel „Kriminalität – falsche Ärzte“ über Machenschaften in einem Werksarztzentrum in Recklinghausen. Dort wurden pro Monat mehrere tausend Menschen von einem Maurer, einem Bäcker und mindestens vier anderen ärztlichen Laien medizinisch begutachtet und behandelt. Zu den Auftraggebern des Zentrums gehörten Zeitarbeitsfirmen und große internationale Unternehmen mit einer Vielzahl von Beschäftigten. Die falschen Mediziner nahmen etlichen hundert Menschen Blut ab, schrieben Krankenscheine aus und führten Impfungen durch. Die dafür nötigen Handgriffe brachten sie sich bei „privaten Spritzenkursen“ im Selbstversuch bei. Die Staatsanwaltschaft Bochum ermittelt wegen des Verdachts der Körperverletzung und wirft dem Gründer des Werksarztzentrums Abrechnungsbetrug und Steuerhinterziehung vor.

Die Ärzte Zeitung berichtet in ihrer Ausgabe vom 25.04.2007 über eine Vereinbarung zwischen der AOK und der Bundesinnung der Hörgeräte-Akustiker, wonach auf eine ärztliche Diagnose, bevor ein Hörgerät fällig werde, in Zukunft verzichtet werden könne. Auch eine Kontrolle beim HNO-Arzt sei nicht vorgeschrieben. Ein AOK-Patient, der schlecht höre, könne sich also ausschließlich auf den Rat eines Hörgeräte-Akustikers verlassen.

Unter dem 10.05.2007 berichtet die Ärzte Zeitung über eine Ausweitung des Modellprojekts der Gemeindegeschwister in Mecklenburg-Vorpommern. Erstmals sollen dabei drei in Arztpraxen angestellte Schwestern zum Einsatz kommen, die aus der Gesamtvergütung der Ärzte bezahlt werden.

Schließlich wird unter dem 07.08.2007 im Online-Dienst der kma über die Gründung des Verbandes für Physician Assistants berichtet. Der Verein – so heißt es dort – werde die Interessen von Physician Assistants, chirurgisch-technischen Assistenten und Chirurgieassistenten auf Bundesebene vertreten und diese Berufsgruppen künftig in der Öffentlichkeit gemeinsam darstellen. Der erste Vor-

sitzende dieses Verbandes ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der privaten Steinbeis-Hochschule in Berlin. Das dortige Institute of Healthcare Industries (IHCI) bietet als einzige Bildungseinrichtung in Deutschland den Studiengang Bachelor of Science in Physician Assistants an.

Alle diese Meldungen machen deutlich, dass das Berufsbild des Arztes am Beginn des 21. Jahrhunderts erheblich ins Wanken gerät.

Stellt man die Entwicklung in einen noch größeren Kontext, wird man feststellen, dass sich ähnliche Entwicklungen auch in anderen Berufsbildern abspielen. So wird derzeit in den legislativen Gremien auf Bundesebene die Verabschiedung des Rechtsdienstleistungsgesetzes als Nachfolgerin des in den 30er Jahren begründeten Rechtsberatungsmisbrauchsgesetzes diskutiert. Nach den Neuregelungen des Rechtsdienstleistungsgesetzes soll das Beratungsprivileg der Rechtsanwälte in weiten Teilen abgeschafft werden. Zukünftig werden im Bereich der außergerichtlichen Beratung neben den Rechtsanwälten auch Banken, Versicherungen, Mietervereine und Rentenberatungsstellen originäre Rechtsberatungsaufgaben wahrnehmen, ohne dass insoweit gewährleistet sein muss, dass ein rechtswissenschaftliches Hochschulstudium absolviert worden ist.

Vor Jahren bereits hat auch das Meisterprivileg in der Handwerksordnung erhebliche Einbrüche erfahren, so dass heutzutage angesichts der Neuregelungen in der Handwerksordnung eine Vielzahl von Ausnahmemöglichkeiten geschaffen worden sind, die es auch ohne den Meistertitel erlauben, ein selbständiges Handwerk auszuüben.

Diese Gesamtentwicklung macht deutlich, dass sich die klassischen Berufsbilder allerorten in einem Veränderungsprozess befinden. Angesichts der Veränderung der jeweiligen Rahmenbedingungen verwundert dies nicht. Verwunderlich ist nur, dass es meist die Betroffenen selbst sind, die von solchen Veränderungen selbst wenig wissen und in dem Glauben verharren, dass sich an der bisherigen Situation auch zukünftig nichts Wesentliches ändern wird.

Anlässlich der jüngsten Ärztetage hat der Vorstand der Bundesärztekammer in seinen Tätigkeitsberichten regelmäßig auf die Entwicklung der Arztzahlen in Klinik und Praxis hingewiesen (www.Bundesärztekammer.de). Dabei trat zunehmend die Erkenntnis zu Tage, dass die Ergebnisse der Ärztestatistik eine erhebliche Unterversorgung gerade im Bereich der niedergelassenen Ärzte belegen, die sich insbesondere in der hausärztlichen Versorgung in ländlich geprägten Gebieten und in den östlichen Bundesländern zeigen. Es verwundert daher nicht, dass als Folge dieser Entwicklung allerorten Gegenmaßnahmen diskutiert werden, die auch von der Bundesärztekammer zum Teil ablehnend kritisch (Family Health Nurse – FHN), zum Teil aber auch positiv (Zusatzqualifizierung der Arzthelferin) kommentiert werden. Zwischen diesen Positionen hat sich mittlerweile erstaunlicherweise recht unbemerkt bereits eine ganze Reihe von nicht-ärztlichen Assistenzberufen entwickelt, die dabei sind, sich mit oder ohne staatliche Anerkennung weiter zu etablieren. Die aktuellen, zum Teil innerhalb der ärztlichen Verbände sehr strittigen Diskussionen um nicht-ärztliche Chirurgieassistenten (Operations-Technischer-Assistent – OTA, Chirurgisch-Technischer-Assistent – CTA) werfen

Fragen der Einsatzmöglichkeiten und der rechtlichen Voraussetzungen auf, die näher beleuchtet werden sollen.

II. Die Rechtsgrundlagen ärztlichen Handelns

§ 1 des Heilpraktikergesetzes vom 17.02.1939 stellt lapidar fest, dass derjenige, der die Heilkunde ausüben will, ohne als Arzt bestallt zu sein, der Erlaubnis bedarf. Die in § 1 des Heilpraktikergesetzes gegebene Definition des Begriffes „Heilkunde“ ist nach wie vor unbefriedigend und strittig: Ausübung der Heilkunde im Sinne dieses Gesetzes ist jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienst von anderen ausgeübt wird. Auch § 2 der Bundesärztekammer vom 02.10.1961 hilft zur Abgrenzung der ärztlichen von den nicht-ärztlichen Berufen nur unvollständig weiter. Dort heißt es schlicht, dass derjenige, der den ärztlichen Beruf ausüben will, der Approbation als Arzt bedarf. Ausübung des ärztlichen Berufs ist die Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung „Arzt“ oder „Ärztin“.

Demgegenüber sind die in § 1 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde vorgesehenen Abgrenzungskriterien schon deutlicher. Dort heißt es zwar eingangs auch nur, dass derjenige, der die Zahnheilkunde dauernd ausüben will, der Approbation als Zahnarzt bedarf. Ferner heißt es in § 1 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde aber auch, dass approbierte Zahnärzte insbesondere folgende Tätigkeiten an dafür qualifiziertes Prophylaxe-Personal mit abgeschlossener Ausbildung delegieren dürfen: Röntgenaufnahmen, Entfernen von Belägen, Herstellung provisorischer Kronen und Brücken, Erklärung der Ursache von Karies, Einfärben der Zähne etc. Die Zahnärzte haben es in ihren grundlegenden berufsrechtlichen Regelungen jedenfalls ansatzweise geschafft, taugliche Abgrenzungskriterien zwischen den delegierbaren und den nicht-delegierbaren zahnärztlichen Leistungen vorzusehen.

Die Humanmediziner haben sich demgegenüber bisher deutlich schwerer getan. So hat die Bundesärztekammer in ihrer Stellungnahme vom 16.02.1974 sowie die Bundesärztekammer und die Deutsche Krankenhausgesellschaft in ihrer Stellungnahme vom 18.04.1980 zur Delegierbarkeit von Injektionen, Infusionen und Blutentnahmen auf nicht-ärztliches Personal Ausführungen gemacht, die auch heute noch sowohl von ärztlicher Seite als auch von pflegerischer Seite als aktueller Standard herangezogen werden. Die Delegationsfähigkeit von Leistungen ist dann in der Stellungnahme der Bundesärztekammer und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vom 22.09.1988 aktualisiert worden.

Grundsätzlich nicht delegationsfähig sind danach Verrichtungen, die wegen ihrer Schwierigkeiten, ihrer Gefährlichkeit oder wegen der Unvorhersehbarkeit etwaiger Reaktionen ärztliches Fachwissen voraussetzen und deshalb vom Arzt persönlich, also eigenhändig, durchzuführen sind. Hierzu zählen insbesondere alle

operativen Eingriffen, schwierige Injektionen, Infusionen und Blutentnahmen sowie ärztliche Untersuchungen, Diagnostik und die ärztliche Beratung des Patienten.

Demgegenüber besteht Einigkeit, dass es generell delegationsfähige ärztliche Leistungen gibt. Zu diesen Leistungen gehören insbesondere Laborleistungen, Dauerkatheterwechsel und der Wechsel einfacher Verbände sowie radiologische Leistungen.

Schließlich wird differenziert in eine Gruppe der im Einzelfall delegationsfähigen Leistungen. Es gibt regelmäßig Leistungen, die nur im Einzelfall zur Ausführung an besondere nicht-ärztliche Mitarbeiter übertragen werden dürfen. Hierzu gehören insbesondere die Injektionen, Infusionen und Blutentnahmen. Der Arzt darf im Einzelfall qualifizierte nicht-ärztliche Mitarbeiter mit solchen Tätigkeiten betrauen, sofern sein persönliches Tätigwerden nach Art und Schwere des Krankheitsbildes oder des Eingriffs nicht erforderlich ist und der Mitarbeiter die erforderliche Qualifikation, Zuverlässigkeit und Erfahrung aufweist.

Die in der Rechtsprechung bisher gewonnenen und zugegebenermaßen im Einzelfall nach wie vor strittigen Abgrenzungskriterien lassen sich auf die eingangs angesprochenen Assistenzberufe übertragen. Danach ist jedenfalls nach dem derzeitigen Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit einer sehr restriktiven rechtlichen Beurteilung zu rechnen. Dies bedeutet, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen es derzeit nicht erlauben, den Arztvorbehalt im Rahmen der medizinischen Diagnostik und Therapie durch einen sachlich ausgeweiteten Einsatz nicht-ärztlichen Assistenzpersonals einzuschränken. Es ist vielmehr damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung die bisher herangezogenen strengen Maßstäbe auch bei der Etablierung und dem Einsatz neuer Assistenzberufe anlegen wird.

Deutlich wird dies zum Beispiel an den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 08.05.1979 – VI ZR 58/78 – (NJW 1979, 1935) zur Frage der Injektionen durch Schwesternhelferinnen. Auch in der Parallelnarkoseentscheidung des BGH vom 30.11.1982 – VI ZR 77/81 – (NJW 1983, 1374) hat der für das Haftungsrecht der Heilberufe zuständige 6. Senat klar gemacht, dass Sicherheit vor Wirtschaftlichkeit geht. Auch die Ausführungen des BGH zur Anfängeroperation im Urteil vom 27.09.1983 – VI ZR 230/81 – (NJW 1984, 655) zeigen, dass die Rechtsprechung derzeit nach wie vor eine sehr restriktive Auffassung im Gesamtzusammenhang vertritt.

Etwas großzügiger ist die Rechtsprechung im Bereich der Zahnheilkunde, da im Gesetz über die Zahnheilkunde eine Delegationsfähigkeit von zahnärztlichen Leistungen explizit vorgesehen ist. So hat das Landgericht Frankfurt im Urteil vom 29.09.2006 – 3–12 O 205/06 – hervorgehoben, dass Bleaching keine Zahnheilkunde ist und daher auch von nicht-zahnärztlichem Personal durchgeführt werden darf.

In einem aktuellen Fall schließlich hat das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 25.06.2007 – 3 B 82.06 – zu der Frage Stellung genommen, ob Lippenunterspritzungen zu kosmetischen Zwecken Ausübung der Heilkunde darstellen oder nicht. Dem Argument der dortigen Klägerin, einer Kosmetikerin, dass die Lippenunterspritzung nicht der Ausübung der ärztlichen Heilkunde sei, sondern allein kosmetischen Zwecken diene, wollte das Bundesverwaltungsgericht nicht

folgen. Die Motivationslage sei bei der Durchführung subkutaner Tätigkeiten unerheblich. Es komme daher im Zusammenhang mit Lippenunterspritzungen nicht darauf an, welchem Zweck diese dienen.

Die derzeitige Argumentation des ärztlichen Berufsstandes, wahrgenommen insbesondere durch die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung, und der Meinungsstand in Rechtsprechung und juristischer Literatur folgen insoweit einem selten einheitlichen Credo:

*„Verrichtungen, die wegen ihrer **Schwierigkeiten**, ihrer **Gefährlichkeit** oder wegen der **Unvorhersehbarkeit** etwaiger Reaktionen ärztliches Fachwissen voraussetzen und deshalb vom Arzt persönlich durchzuführen sind, sind nicht delegationsfähig.“*

III. Die Weiterentwicklung des ärztlichen Berufsbildes

Offenbar handelt es sich bei diesem einheitlichen Credo jedoch um eine mittlerweile überkommene Auffassung, die den tatsächlichen Realitäten nicht mehr gerecht wird:

Bereits im Koalitionsvertrag der derzeitigen Bundesregierung von November 2005 ist in Bezug auf die ärztliche Versorgung festgehalten, dass geprüft werde, inwieweit nicht-ärztliche Heilberufe stärker in Versorgungskonzepte einbezogen werden können. Auch die Gesundheitsreform und insbesondere das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz haben eine Vielzahl von berufsrechtlichen Neuregelungen mit sich gebracht, welche eine stärkere medizinische Kooperation zwischen den Angehörigen der Gesundheitsbranche fördern.

Eine letzte Initialzündung hat schließlich der Sachverständigenrat zur Kooperation und Verantwortung im Gesundheitswesen gegeben. Dieser hat nämlich in seinem Gutachten zur „Kooperation und Verantwortung – Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung“ im Juli 2007 die Entwicklung der Zusammenarbeit der Gesundheitsberufe in den Blick genommen. Dabei werden umfassende Veränderungen des bisher bekannten und gewachsenen Arztbildes vorgeschlagen, mit denen für die Ärzte in Klinik und Praxis, aber auch für die Patienten gravierende Umstellungen verbunden sein werden.

Nach den Empfehlungen sollen nicht-ärztliche Gesundheitsberufe stärker in die Versorgung und Verantwortung einbezogen und die Kooperation zwischen den unterschiedlichen Berufsgruppen verbessert werden, um eine effizientere und effektivere gesundheitliche Leistungserbringung zu erzielen. Der Sachverständigenrat erkennt, dass der empfohlene Weg zu neuen Kooperationsformen bei allen Gesundheitsberufen die Bereitschaft voraussetzt, im Rahmen neuer, teamorientierter Arbeitsformen zu einer Neuaufteilung der Tätigkeitsfelder entsprechend der jeweiligen Qualifikationen zu kommen und die entsprechende Verantwortung zu übernehmen. Die Vorschläge des Sachverständigenrates werden – ihre Realisie-

rung vorausgesetzt – die Zusammenarbeit und die Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen revolutionieren.

Die zentrale Position des Arztes in der Krankenversorgung führt der Sachverständigenrat auf die rechtlichen Rahmenbedingungen zurück. In diesem Zusammenhang bietet das Heilpraktikergesetz aus dem Jahre 1939 die einzige Definition des Begriffs „Heilkunde“, die allerdings nicht nur nach Ansicht des Sachverständigenrats zu weit gefasst ist und auch unvollständig sei, da jedenfalls die Aufgabe der Prävention nicht enthalten sei. Diese Definition sei demnach nicht geeignet, das ärztliche Tätigkeitsfeld von dem der anderen Gesundheitsberufe eindeutig abzugrenzen. In diesem Zusammenhang stelle sich die Frage nach der Zulässigkeit der Übertragung von Aufgaben an nicht-ärztliche Gesundheitsberufe und der damit verbundenen Haftungsverteilung. Diese Rechtsunsicherheit, gepaart mit fehlender Standardisierung und mangelhaftem Wissen um die Tätigkeitsinhalte der jeweils anderen Berufsgruppen, führt nach Ansicht der Sachverständigen zu einer ineffizienten Aufgabenverteilung der Gestalt, dass einerseits Aufgaben verrichtet würden, die unter dem eigenen Ausbildungsniveau lägen und andererseits eine Verschlechterung der Versorgungsqualität und eine unnötige Patientengefährdung zu befürchten sei. Hiervon ausgehend fordert der Sachverständigenrat ambulante multiprofessionelle Teams, ein transsektorales Casemanagement und hochspezialisierte Behandlungsteams im Krankenhaus.

In einer ersten Stellungnahme hat der Präsident des Verbandes Leitender Krankenhausärzte, Herr Prof. Weiser, in der Zeitschrift „Arzt und Krankenhaus“, Ausgabe September 2007 festgestellt:

„Insbesondere die Delegation patientenbezogener Tätigkeit darf aber, wenn überhaupt, nur in eindeutigen Grenzen stattfinden. Sollte der Gesetzgeber in der Folge des Sachverständigengutachtens hier über Änderungen nachdenken bzw. die Etablierung neuer Berufsgruppen planen, muss unmissverständlich klar sein, dass originäre ärztliche Tätigkeiten im Sinne von Diagnostik, Differenzialdiagnostik und Therapie nicht delegierbar sind.“

IV. Der Arztvorbehalt in der zukünftigen Ausprägung

Die vom Sachverständigenrat empfohlenen Neuerungen haben gerade für die Angehörigen des Arztberufes weit reichende Auswirkungen, die sowohl positiv als auch negativ zu bewerten sind. Die Ausweitung von Delegationsmöglichkeiten dürfte für Routinemaßnahmen (Dokumentation, Organisation) der Arbeitsentlastung dienen und insoweit zu begrüßen sein.

Völlig unklar bleibt allerdings die notwendige Änderung des Rechtsrahmens im Falle von Substitutionen, also dauerhaften Übertragungen von ärztlichen Tätigkeiten an nicht-ärztliche Personen. Während bei einer Delegation die rechtliche Verantwortung beim Arzt verbleibt, muss diese im Falle einer Substitution auf den Empfänger übergehen. Denn bei fehlender „Letztentscheidungsbefugnis“ des

Arztes kann es auch keine rechtliche „Letztverantwortlichkeit“ des Arztes geben. Ob dies der Patientensicherheit zuträglich ist, darf mit Recht bezweifelt werden.

Besonders einschneidende Neuerungen empfiehlt der Sachverständigenrat im Hinblick auf das Arztbild selbst. Jedwede Hierarchie soll aus der Gesundheitsversorgung entfernt werden. Dies soll sich insbesondere auch in der Wahl der Berufsbezeichnungen widerspiegeln. Eine gestufte Verantwortung innerhalb und auch zwischen den Berufsgruppen muss der Sachverständigenrat allerdings auch einräumen, so dass Sinn und Zweck der Änderungen der Berufsbezeichnungen nicht recht einleuchten wollen.

V. Empfehlungen

These 1: *Ärztliche Maßnahmen sind nach bisherigem Verständnis nur dann delegationsfähig, wenn sie nicht dem ureigenen ärztlichen Kompetenzbereich unterfallen, eine konkrete Gefährdung bei Durchführung für die Gesundheit des Patienten nicht besteht und der Arzt bei der Erbringung dergestalt mitwirkt, dass die Leistung insgesamt als solche des Arztes erkennbar ist.*

Dieser These widerspricht der Umstand, dass der originäre ärztliche Kompetenzbereich bisher nicht im Einzelnen definiert worden ist. Insofern werden lediglich für den originären ärztlichen Bereich die Diagnosestellung einschließlich der Differenzialdiagnostik sowie der Therapieplan und das persönliche Gespräch mit den Patienten reklamiert. Weitere spezifische ärztliche Tätigkeiten werden nicht als delegationsfähige Tätigkeiten explizit genannt, mit Ausnahme der bereits im Jahre 1980 von der Bundesärztekammer in Übereinstimmung mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft genannten Injektionen, Infusionen und Blutentnahmen. Eine Aktualisierung dieses Kataloges tut dringend Not.

These 2: *Die Delegation ärztlicher Leistungen auf nicht-ärztliches Personal bewirkt nach strenger Definition die tatsächliche Übertragung von Handlungs- und Entscheidungskompetenzen und stellt damit eigentlich eine Substitution dar, die es dem Delegationsempfänger ermöglicht, ärztliche Maßnahmen in eigener Handlungsverantwortung zu erbringen.*

Es dürfte unstrittig sein, dass aktuelle, anerkannte medizinisch-wissenschaftliche Erkenntnisse den geforderten Standard begründen. Diese definierte Qualität ist stets zu gewährleisten, demgegenüber ist nicht ausdrücklich gefordert, wer diese Qualität im Einzelfall erbringt. So ist auch die von dem Assistenzarzt in der Anfängeroperation erbrachte Leistungsqualität nur deshalb akzeptiert, weil er im Hintergrund von einem Facharzt beaufsichtigt wird. Auch hier gilt der Grundsatz Qualität vor formeller Qualifikation.

These 3: *Die objektiv zu beurteilende Qualifikation des nicht-ärztlichen Personals entscheidet im Einzelfall, ob dieses bei Durchführung einer bestimmten Maßnahme für den Patienten ein größeres Risiko darstellt als der approbierte, aber gegebenenfalls unerfahrene Arzt, wobei zu bedenken ist, dass Fehler sowohl dem nicht-ärztlichen Personal als auch dem Arzt in gleicher Weise unterlaufen können.*

Eine Delegation ärztlicher Leistungen auf nicht-ärztliches Personal kann unter Wahrung der zu fordernden Qualitätsstandards erfolgen, wenn gesichert ist, dass dem jeweiligen Patienten dadurch keine Nachteile entstehen. Der Assistenzarzt unter der Aufsicht des Facharztes in der Anfängeroperation handelt nicht anders, als der operations-technische Assistent oder der chirurgisch-technische Assistent unter der Aufsicht eines Arztes, der im Zusammenhang mit der Delegation ärztlicher Leistungen die Letztverantwortung behält.

These 4: *Die medizinisch-wissenschaftlichen Standards, welche die vom Patienten zu erwartende Qualität der Leistungserbringung, z. B. in Leitlinien, näher bestimmen, können nicht nur Aussagen über die Leistungsdurchführung in inhaltlicher und struktureller Hinsicht, sondern auch in personeller Hinsicht machen. Dabei können Anforderungen an die Qualifikation des Delegationsempfängers beschrieben werden.*

Die einzelnen medizinischen Fachdisziplinen und fachärztlichen Berufsverbände sollten, gegebenenfalls gemeinsam unter dem Dach der Arbeitsgemeinschaft Wissenschaftlich Medizinischer Fachgesellschaften (AWMF), eine Neuordnung ihrer Leistungs- und Aufgabenkataloge in Angriff nehmen und dabei insbesondere diejenigen Leistungen definieren, die dem originären ärztlichen Bereich zuzuordnen sind. Nach wie vor geht die rechtliche Beurteilung und Bewertung des ärztlichen Pflichtenkatalogs unmissverständlich davon aus, dass die zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortlichkeit der Ärzte entscheidend durch die medizinischen Standards selbst geprägt werden. Die Ärzte und ihre Fachgesellschaften haben es also weitgehend selbst in der Hand, die Tätigkeitsfelder und Verantwortungsbereiche abzustecken. Dabei werden in den Leitlinien die aktuellen und anerkannten medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse in Bezug auf bestimmte diagnostische und therapeutische Verfahren und Maßnahmen beschrieben. Neben inhaltlichen Maßgaben werden auch strukturelle Maßgaben, wie z. B. die stationäre und/oder ambulante Durchführung einer Operation, festgelegt. In diesem Sinne könnten Leitlinien auch Qualifikationsanforderungen bei der Leistungserbringung näher festlegen. Bisher wird in diesem Zusammenhang allgemein auf den Facharzt abgestellt, ohne allerdings dessen Qualifikation näher zu bestimmen.

These 5: *Bei Nachweis einer objektiv zu bestimmenden Qualifikation zur Durchführung bestimmter medizinisch/ärztlicher Maßnahmen können sogenannte „ureigene“ ärztliche Tätigkeiten zur Ausübung durch nicht-*

ärztliches Personal auch auf dieses delegiert werden, wenn der zur Delegation berechnete Arzt die Führungsverantwortung behält.

In diesem Sinne müssen die bisher bekannten Ausbildungs- und Qualifikationsmöglichkeiten und Voraussetzungen (z. B. für operationstechnische Assistenten, chirurgisch-technische Assistenten etc.) auf ihre Tauglichkeit hin evaluiert und harmonisiert werden und könnten so eine Basis für die personellen Qualifikationsanforderungen in den medizinischen Leitlinien sein.

VI. Ausblick

Die Ärzte und ihre Fachgesellschaften haben es weitgehend selbst in der Hand, die Tätigkeitsfelder und die Verantwortungsbereiche abzustecken. Hierzu haben zuletzt die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung die medizinisch-wissenschaftlichen Fachgesellschaften und die ärztlichen Berufsverbände aufgefordert, delegationsfähige und nicht-delegationsfähige Leistungen ihrer jeweiligen Fachgebiete näher zu klassifizieren. Hieraus will die Bundesärztekammer ihre Stellungnahme aus dem Jahre 1988 zur persönlichen Leistungserbringung aktualisieren und Grundlagen dafür schaffen, das Arztbild der Zukunft näher zu beschreiben. Dabei kann die Freiberuflichkeit und Humanität des Arztberufes sinnvollerweise nur aus der Mitte des Berufstandes heraus gewahrt und fortentwickelt werden. Deshalb muss die Ärzteschaft weiterhin um den Erhalt dieses Leitbildes kämpfen und sich gegen die Vereinnahmung durch Gesetzgeber und Gesellschaft zur Wehr setzen.

This page intentionally left blank

Zukunftsperspektive Regulierungsrecht? Der Arzt zwischen Heilberuf und Dienstleistung

Stephan Rixen

I. Einleitung

Wer über die Zukunft des ärztlichen Berufsrechts sprechen soll, findet sich in der Rolle des berufspolitischen Propheten wieder, und mit Propheten ist das so eine Sache. Manche gelten im eigenen Land nichts, andere werden gesteinigt und wieder andere verlieren am Ende sogar den Kopf. Das spricht für Vorsicht beim Umgang mit prophetischen Anwandlungen. Was im Folgenden angeboten wird, sind daher nur einige Beobachtungen zur Gegenwart und einige Vermutungen über die Zukunft des Berufsrechts. Sie verdanken sich der Beschäftigung mit dem geltenden Berufs-¹ und Gesundheitsrecht² und beziehen aktuelle Reformbestrebungen mit ein.³ Prophetisch ist das alles nicht, es dürfte wohl eher um recht naheliegende Befunde und Prognosen gehen, wie sie jeder, der das geltende Recht kritisch sieht und gesundheits- bzw. berufspolitisch interessiert ist, mit unterschiedlichem Akzent, aber dem Grunde nach in gleicher Weise anstellen könnte.

Da Rechtswissenschaftler gewissermaßen der Parallelwelt einer geschützten Denkstätte, der Universität, entstammen, ist zu hoffen, dass die eine oder andere Bemerkung nicht als überspannte Seherei missverstanden wird, sondern sich als Anregung eines Beobachters begreifen lässt, der vergleichsweise neutral auf die Szenerie schauen kann. Zunächst ist zu skizzieren, warum das ärztliche Berufsrecht unter anhaltenden Druck geraten ist (nachfolgend II.). Sodann ist zu erläu-

¹ Beispielhaft zum ärztlichen Berufsrecht (zur Kooperation zwischen Ärzten und Apotheken) Rixen, GesR 2006, 433 ff.

² Beispielhaft zum Gesundheitsrecht der GKV aus EG-rechtlicher Perspektive (zur Altersdiskriminierung von Vertragsärzten) Rixen, ZESAR 2007, 345 ff.

³ Vgl. das Gutachten 2007 des *Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Kooperation und Verantwortung. Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung (abrufbar unter www.svr-gesundheit.de) sowie das 16. Hauptgutachten der *Monopolkommission*, BT-Drucks. 16/2460, S. 373 ff. (zu den sog. freien Berufen); allg. zur Bedeutung gesundheitsrechtswissenschaftlicher Reflexionen für die Gesundheitspolitik: Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 590 ff.

tern, wie das ärztliche Berufsrecht geändert werden sollte, wenn es den Herausforderungen der Zukunft als Schrittmacher, nicht als gesundheitspolitisch „Getriebener“ begegnen will (nachfolgend III.). Im Anschluss daran sei erläutert, wieso die Zukunftsperspektive Regulierungsrecht vielleicht eine Perspektive ist, mit der das ärztliche Berufsrecht sich beschäftigen sollte (nachfolgend IV.). Ein Resümee und zusammenfassende Thesen beschließen die Überlegungen (nachfolgend V. und VI.).

II. Unter Druck: der gegenwärtige Zustand des ärztlichen Berufsrechts

1. Verdrängung des Berufsrechts durch das GKV-Recht, insb. das Vertragsarztrecht

Das ärztliche Berufsrecht gerät unter Druck, weil es in den Sog des Vertragsarztrechts geraten ist. Im Zentrum der Berufsordnungen steht immer noch, und zwar ungeachtet aller in jüngster Zeit in die Berufsordnungen eingefügten neuen Kooperationsmöglichkeiten,⁴ das Leitbild des niedergelassenen Arztes, der als unternehmerischer „Einzelkämpfer“ in seiner Praxis agiert. Der ökonomischen Realität, der viele Berufsträger (und Berufsanfänger) ausgesetzt sind, dürfte das kaum noch entsprechen. Natürlich gibt es den Einzelarzt, die Einzelärztin immer noch,⁵ aber die Tätigkeitsformen, in denen ärztliche Tätigkeit außerhalb des Krankenhauses als abhängige Beschäftigung realisiert wird, nehmen zu. Insbesondere die (Wieder-) Erfindung⁶ der Medizinischen Versorgungszentren (MVZ),⁷ in denen abhängig beschäftigte Ärzte tätig sind, ist eine prominente – und offenbar stetig beliebter werdende – Innovation, die die bisher praktizierten Formen vor allem der abhängigen Beschäftigung⁸ von Ärzten deutlich erweitern.⁹

Das Stichwort „MVZ“ ist ein prägnantes Beispiel für die erste Tendenz, dem das Berufsrecht ausgesetzt ist: seiner Verdrängung, ja Aushöhlung durch das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), genauer: das Vertragsarztrecht als

⁴ S. insb. § 18, §§ 23a – 23d MBO-Ärzte; hierzu *Bundesärztekammer*, Niederlassung und berufliche Kooperation – Neue Möglichkeiten. Hinweise und Erläuterungen zu §§ 17–19 und 23 a-d (Muster-)Berufsordnung (MBO). Stand 17.02.2006 (abrufbar unter www.baek.de).

⁵ Zu Zahlen s. die von der KBV herausgegebenen „Grunddaten zur Vertragsärztlichen Versorgung in Deutschland“ (abrufbar unter www.kbv.de).

⁶ S. hierzu – unter dem Stichwort „Trend zur ‚Poliklinikisierung‘ der GKV“ – *Rixen* (Fußn. 3), S. 559 f.

⁷ *Zusf. zum MVZ Rixen* (Fußn. 3), S. 385 f.

⁸ Vgl. § 95 Abs. 9 und Abs. 9a SGB V; s. auch § 32b Ärzte-ZV.

⁹ Vgl. § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V: „als Angestellte“.

leistungserbringerrechtliches Herzstück der GKV.¹⁰ Auf verfassungsrechtlich zweifelhafter Grundlage handelnd, neigt der Bundesgesetzgeber dazu, das allgemeine ärztliche Berufsrecht durch GKV-rechtliche Normen zu überlagern, so in jüngerer Zeit durch das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz (VÄndG).¹¹ Es entsteht gewissermaßen ein Strudel, in dem die Gestaltungsautonomie der jeweiligen Ärztekammer als berufsrechtlicher Satzungsgeber verloren zu gehen droht. Das Berufsrecht wird vertragsarztrechtlich „konfiguriert“, wie die Bundesärztekammer treffend formuliert hat,¹² und die eigene Konfiguration des Berufsrechts verschwindet im normativen Nirwana.

Die Auszehrung der berufsrechtlichen Gestaltungsmacht ist allerdings nicht erst seit Erlass des VÄndG zu beobachten.¹³ Ein weiteres Beispiel ist § 11 Apothekengesetz, der die grundsätzlich untersagten Zuweisungen zwischen Ärzten und Apotheken für den Bereich der integrierten Versorgung (IV) ausdrücklich gestattet.¹⁴ Vordergründig geht es um eine apothekenrechtliche Regelung, die für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung modifiziert wird. Indes nimmt die Rechtsprechung an, dass das Zuweisungsverbot, obgleich es im Apothekengesetz geregelt ist, auch eine *arztrechtliche* Regelung darstellt.¹⁵ Sie wiederholt in der Tat der Sache nach Regelungen, wie sie in den Berufsordnungen der Ärzte vorgesehen sind,¹⁶ so dass sich die Frage stellt, was von der Autonomie des Berufsrechts übrig bleibt, wenn der Bundesgesetzgeber immer wieder einen vermeintlichen Vorrang des GKV-Rechts postuliert.¹⁷

2. *Antiökonomische Denkhemmung: der Arztberuf als „freier Beruf“*

Zu den Glaubenssätzen des geltenden Berufsrechts gehört der Satz, dass der Arzt kein Gewerbe, sondern einen freien Beruf ausübe.¹⁸ Damit soll an prominenter Stelle der Berufsordnungen zum Ausdruck gebracht werden, dass der Arzt, zuge-spitzt ausgedrückt, dem schnöden Mammon nur nachrangiges Interesse einräumt

¹⁰ Dass heißt allerdings nicht, dass man das Vertragsarztrecht gleichsam zum dogmatischen Urmeter des gesamten, in sich doch recht heterogenen Leistungserbringerrechts machen dürfte, dazu *Rixen* (Fußn. 3), S. 54 f.

¹¹ Näher *Rixen*, VSSR 2007, 213 ff.

¹² *Bundesärztekammer*, Stellungnahme zum Entwurf eines VÄndG, Ausschuss-Drucks. 0017(6) vom 10. 10. 2006, S. 5 a.E. (abrufbar unter www.bundestag.de/ausschuesse/a14).

¹³ Näher *Rixen*, VSSR 2007, 213 ff.

¹⁴ Dazu *Rixen*, GesR 2006, 433 (438 f.).

¹⁵ OVG NRW, NVwZ-RR 2000, 216 (216); dazu *Rixen*, GesR 2006, 433 (437 f.).

¹⁶ S.1 insb. § 34 Abs. 5 MBO-Ärzte.

¹⁷ Zu diesem Problem s. auch *Schirmer*, Vertragsarztrecht kompakt, 2006, S. 158 ff.

¹⁸ Vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 und S. 3 MBO-Ärzte: „Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.“ Grdl. zum sog. freien Beruf *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997.

und stattdessen dem Ideal des selbstlosen Helfers nacheifert, der nur bescheiden vergütet werden darf, soll sein Tun und Trachten nicht des Geldes wegen zu Lasten eines medizinisch korrekten Umgangs mit Patienten gehen.¹⁹ Folge der vielleicht gut gemeinten Regelung ist eine flächendeckende Hermeneutik des Verdachts, die jedes kreative wirtschaftliche Handeln des Arztes bemakelt und ihm vorschnell unterstellt, er handle zu sehr in eigenen wirtschaftlichen Gewinninteresse und schade dem Patientenwohl.²⁰

Zwar lässt sich das Berufsrecht, grundrechtlich kontrolliert, so handhaben, dass sich dieses Verdachtsdenken begrenzen lässt,²¹ aber das Berufsrecht *must* nicht derart grundrechtsfreundlich gehandhabt werden. Ein Beispiel: In einer Diskussion mit Experten des Berufsrechts aus dem Bereich der Ärztekammern wurde die differenzierte Auslegung einer Vorschrift des Berufsrechts zur vergüteten Zusammenarbeit mit nicht-ärztlichen Unternehmen präsentiert.²² Die Berufsrechtsexperten setzten dem das Argument entgegen, der Auslegungsvorschlag sei bedenklich, weil der Arzt ja nicht mit einem Bauchladen herumlaufen dürfe, das solle das Berufsrecht ja gerade verhindern. Auf den Einwand, man habe nicht die flächendeckende Verteilung von Bauchläden an Ärzte vorgeschlagen, sondern im Lichte der Berufsfreiheit für einen konkreten Fall eine berufsrechtliche Bestimmung differenziert ausgelegt, reagierten die „Gralshüter“ eines versteinerten Berufsbildes mit mitleidigem Lächeln. Das sollte wohl besagen, dass man so vielleicht an der Universität, nicht aber in der wirklichen Wirklichkeit denken dürfe.

Aber die wirkliche Wirklichkeit, wenn man sie nur wahrnehmen und wahrhaben will, zeigt, dass selbständiges ärztliches Tun in der eigenen Praxis unternehmerisches Tun ist, und als solches auch grundrechtlich geschützt – und das heißt auch: positiv bewertet – wird.²³ Unternehmerisches Handeln des Arztes ist damit auch und gerade vor dem Verdacht geschützt, ökonomisches Handeln als Gesundheitsdienstleister sei immer schon gefahrgeneigte Arbeit zulasten von Patienten. Aber viel schlimmer: Diese anti-ökonomische Denkweise führt zu Scheuklappen und damit zu Denkhemmungen, denn sie verstellt den Blick auf die ökonomische Situation von Ärzten, deren Zwänge und Risiken, aber auch deren Möglichkeiten. Anti-ökonomisches Denken verschleiert den Blick für die Frage, ob wir den Arztberuf nicht anders, realitätsgerechter, ökonomiesensibler – letztlich: arztfreundlicher – konzipieren sollten, nämlich so, dass der Arzt – vorgängig zu jeder altruistischen Haltung – zuallererst „Gesundheitsunternehmer“ ist, und zwar ein Unternehmer, dessen Profitstreben grundsätzlich nicht dem Patientenschutz zuwiderläuft. Zugespitzt formuliert: der Heilberuf ist ganz kommerzialisierbare Dienstleistung, freilich mit eigenem berufsethischen Profil.

¹⁹ Es geht demnach eher um eine ideelle, wenn man so will, eine „mehr metaphorisch gemeinte Nichtgewerblichkeit“, Rixen (Fußn. 3), S. 233.

²⁰ Hierzu Rixen, GesR 2006, 433 (440 f.).

²¹ Rixen, GesR 2006, 433 (434 ff.).

²² Vgl. Rixen, GesR 2006, 433 (436 ff.) zu § 34 Abs. 5 MBO-Ärzte; a.A. die Bundesärztekammer, DÄ 2007, A 1607 (1609 f.), abrufbar unter www.aerzteblatt.de.

²³ Näher Rixen (Fußn. 3), S. 223 ff., insb. S. 230 ff. und vor allem S. 254 ff.

3. „Gesundheitsunternehmer“ – oder: zur ökonomischen Realität gibt es keine Alternative

Wenn der Arzt kein anti-ökonomischer Klon des Hippokrates ist, sondern „Gesundheitsunternehmer“, setzt dies ein unverstelltes Gespür für die ökonomische Lage voraus. Der doppelte Druck – von außen das GKV-Recht mit seiner Wucht, von innen der Druck, der entsteht, weil mit aller Macht ein versteinertes Selbstbild aufrechterhalten wird – verengt den freien Blick auf die heutigen ökonomischen Bedingungen des freien Berufs „Arzt“. Wohin die Reise der endlosen „Gesundheitsreform“ geht, weiß keiner, aber was wir wissen, lässt doch halbwegs genaue Prognosen zu. Die Prognose scheint nicht abwegig, dass die Leistungen der GKV in den nächsten Jahrzehnten abgeschmolzen werden, was zur Folge hat, dass ein zunehmend großer Teil der durch die GKV abgesicherten Gesundheitsrisiken reprivatisiert wird,²⁴ oder, wie das im realitätsverschleiernenden Jargon der Gesundheitspolitik heißt, der „Eigenverantwortung“ der Versicherten überlassen bleibt.²⁵ Ähnliche Entwicklungen, wenn auch noch nicht so dramatisch, sind im Übrigen im System der sog. Beihilfe der Beamten zu beobachten, wo angesichts darbender Haushalte in Bund und Ländern die Zeiten der großzügigen Kostenerstattung vorbei sind.²⁶

Das Faktum, dass die Krankenkassen private Zusatzversicherungen vermitteln dürfen und die privaten Krankenversicherer entsprechende Kooperationen gerne nutzen,²⁷ ist ein markantes – freilich nicht das einzige – Beispiel dafür, dass zentrale Akteure des Gesundheitswesens von einer sich ausweitenden Reprivatisierung des Gesundheitsrisikos ausgehen. Zwar wird gleichzeitig eine „Bürgerversicherung light“ aufgebaut, die die PKV partiell an die Beitrags- und Leistungsstandards der GKV annähert.²⁸ Das GKV-WSG ist in der Tat ein „Sprungbrett in die Bürgerversicherung“²⁹. Das ändert aber nichts daran, dass diese partielle Annäherung der PKV eine Annäherung an die GKV mit *abgesenktem* Leistungsniveau darstellt. Wenn aber das sozialversicherungsrechtlich³⁰ (und beihilferechtlich) geprägte Marktsegment kleiner wird, dann stellt sich zwangsläufig die Frage, wie der Arzt im Übrigen auf dem verbleibenden (und weniger reglementierten) Markt auftritt – eben als Gesundheitsunternehmer. Der sich ausweitende Raum der nicht oder wenig reglementierten Gesundheitsdienstleistungen – das sich vergrößernde privatärztliche Segment – verlangt eine radikale Umstellung der Berufsordnungen auf das Prinzip der unternehmerischen Selbstverantwortung, die Profitstreben und Patientenschutz neu – und zwar realistisch – ausbalanciert, also nicht angeleitet von dem abstrakten

²⁴ Zu diesem Trend Rixen (Fußn. 3), S. 589.

²⁵ Dazu Rixen (Fußn. 3), S. 169 ff.

²⁶ Vgl. zur Vorbildfunktion des GKV-Rechts für ausgewählte beamtenrechtliche Sonderversorgungssysteme Rixen (Fußn. 3), S. 94 ff.

²⁷ Zu § 194 Abs. 1a S. 1 SGB V Rixen (Fußn. 3), S. 140 ff.

²⁸ Durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) vom 26.3.2007 (BGBl. I S. 378).

²⁹ So der Präsident der Bundesärztekammer Hoppe in seiner Rede zur Eröffnung des 110. Deutschen Ärztetages am 15. 5. 2007 (abrufbar unter www.baek.de).

³⁰ Einschli. des GKV-akzessorischen PKV-Bereichs.

Verdacht, Geld schlechthin verderbe den Charakter des behandelnden Arztes. Genau genommen, geht es, wenn der gewerbliche Charakter des Arztberufs akzentuiert wird, um eine Erinnerung an den ökonomischen Kern des Arztberufs.

III. Das ärztliche Berufsrecht als gesundheitspolitischer Schrittmacher

Welche Konsequenzen folgen aus diesem Befund? Zunächst: Ein neues Berufsrecht muss das Gegenüber von Gewerbe und freiem Beruf neu bestimmen. Der Arztberuf ist ein freier Beruf, wird er aber selbständig in niedergelassener Praxis ausgeübt, ist der damit begründete Betrieb ein *Gewerbebetrieb*. Diese Unterscheidung ist so abwegig nicht, denn es gibt einen anderen prominenten Gesundheitsberuf, der genau so unterscheidet: den Apothekerberuf.³¹ Er ist als solcher ein freier Beruf, aber der Betrieb einer Offizinapotheke ist als Gewerbe zu qualifizieren. Dass dieses Gewerbe ein besonderes ist, stellen die Apotheker-Berufsordnungen durch die Formulierung klar, es handele sich um einen Betrieb, der nach den Grundsätzen eines freien Berufs ausgeübt werde.³² Aber sie stellen auch klar, dass es im Kern um eine Tätigkeit mit „privatwirtschaftlicher Funktion“³³ geht, also eine Tätigkeit, die von Grunde auf gewerblich ist. Dies hat zur Folge, dass der Apotheker sich laut Berufsordnung „nicht von Gewinnstreben *beherrschen lassen*“³⁴ darf, aber er darf (und muss) nach Gewinn streben, soll das Ziel der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung (vgl. § 1 Abs. 1 ApoG) mittels privater Leistungsanbieter realisierbar bleiben.

Auch das Berufsrecht der Apotheker kennt demnach Vorschriften, die sich gegen die übermäßige Anreizwirkung des Geldes richten. Aber im Lichte der berufsrechtlichen Grundentscheidung für die Gewerblichkeit des selbständig ausgeübten Apothekerberufs wird man diese Bestimmungen weitaus weniger beruflerfreiheitsbehindernd auslegen dürfen als dies im ärztlichen Berufsrecht für vergleichbare Bestimmungen offenbar derzeit noch möglich ist.

³¹ S. hierzu insb. BVerfGE 17, 232 = NJW 1964, 1067 (1069): „[D]er selbständige Apotheker [betreibt] ein Gewerbe [...] und [ist] Kaufmann [...]“. S. auch *Tettinger/Wank*, GewO, Kommentar, 7. Aufl. 2004, § 1 Rn. 59: „Gewerbe liegt (...) trotz freiberuflichen Status des Apothekers beim Betrieb einer Apotheke vor (BVerfGE 17, 232 [238 f.]“

³² Beispielhaft die Präambel der Apotheker-Berufsordnung Thüringen: „Der Apotheker handelt *nach den Grundsätzen der Freiberuflichkeit* eigenverantwortlich und fachlich unabhängig.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

³³ Beispielhaft § 1 Abs. 1 S. 2 und 3 Apotheker-Berufsordnung Sachsen: „Aufgrund besonderer beruflicher Befähigung obliegt ihm die Verantwortung für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Als Inhaber eines Apothekenbetriebes vereint er diese mit seiner *privatwirtschaftlichen Funktion* in einer Person.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁴ Beispielhaft § 9 S. 3 Apotheker-Berufsordnung Westfalen-Lippe (Hervorhebung hinzugefügt). Ähnl. § 1 Abs. 2 S. 3 Apotheker-Berufsordnung Bayern: „(...) sich nicht von übermäßigem Gewinnstreben leiten lässt.“ S. auch § 1 Abs. 2 S. 2 Apotheker-Berufsordnung Sachsen: „(...) unangemessene[s] Gewinnstreben“.

Gegen die dem Apotheker-Berufsrecht entlehnte Differenzierung spricht auch nicht das geltende Gewerbesteuerrecht, denn es schließt sich³⁵ – in autonomer Begriffsbildung –³⁶ an die einkommensteuerrechtliche Unterscheidung zwischen freiberuflicher Tätigkeit³⁷ und gewerblichem Unternehmen³⁸ an. Die neue veränderte Begriffsbildung des Berufsrechts wäre für das Steuerrecht in seiner gegenwärtigen Form also folgenlos. Friktionen mit der Gewerbeordnung blieben schon deshalb aus, weil die Ausübung des ärztlichen Heilberufs grundsätzlich vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen wird (vgl. § 6 S. 2 GewO).³⁹ Hinzu kommt, dass der Gewerbebegriff der GewO für andere Rechtsmaterien nicht präjudizierend wirkt.⁴⁰ Für eine Neuaakzentuierung des Arztberufs nach den Modalitäten seiner Ausübung fehlt es auch nicht an der Satzungskompetenz der Ärztekammern, die dergleichen in den Berufsordnungen umsetzen müssten.⁴¹ Denn die Pointe des Begriffs des freien Berufs ist ja, dass er offen ist für Veränderungen des Selbstverständnisses der Berufsträger, deren Freiheitsverständnis also adäquat widerspiegeln darf und muss. Gerade das Beispiel der Apotheker-Berufsordnungen zeigt, dass die Heilberufsgesetze der Länder hinreichend offen sind für Neuaakzentuierungen des Bildes vom freien Beruf.⁴²

Auf dieser Basis sollte das ärztliche Berufsrecht insbesondere die Bestimmungen über dauerhafte bzw. anlassabhängige Kooperationen bzw. Absprachen⁴³ verändern. Dabei könnte in den berufsrechtlichen Normen durch eine Regelbeispielstechnik klargestellt werden, welche Kooperationen zulässig bzw. unzulässig sind. Als regelungstechnisches Vorbild kommen auch hier wiederum die Berufsordnungen der Apotheker in Betracht.⁴⁴ Nur mittels präzisierender Beispielsenumerationen lässt sich der z. T. freihändig erscheinenden Entscheidungspraxis der Kammern entgegenwirken, aber auch der (Eil-)Rechtsprechung der Landgerichte in Wettbewerbssachen,⁴⁵ die faktisch vielfach die einzig zügig entscheidenden

³⁵ § 2 Abs. 1 S. 2 GewStG.

³⁶ Vgl. *Heintzen/Musil*, Das Steuerrecht des Gesundheitswesens, 2007, Rn. 16.

³⁷ S. insb. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG: „Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit“, u. a. auch die „selbständige Berufstätigkeit der Ärzte“.

³⁸ Vgl. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG.

³⁹ *Tettinger/Wank* (Fußn. 31), § 6 Rn. 30 ff.

⁴⁰ Vgl. *Tettinger/Wank* (Fußn. 31), § 1 Rn. 5. – Eine Mitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern scheidet für natürliche Personen oder Gesellschaften, die einen „freien Beruf“ ausüben aus, wenn sie nicht in das Handelsregister eingetragen sind, vgl. § 2 Abs. 2 IHK-Gesetz.

⁴¹ Vgl. *Tettinger/Wank* (Fußn. 31), § 1 Rn. 49 ff.

⁴² Ungeachtet dessen würde es nicht schaden, die Heilberufsgesetze daraufhin zu prüfen, ob Unklarheiten drohen. Exemplarisch sei verwiesen auf § 29 Abs. 2 HeilBerG NRW, wo von „gewerbsmäßig“ (Satz 2) oder „nicht gewerblich“ (Satz 3) die Rede ist. Der Landesgesetzgeber könnte bei Gelegenheit – durch eine sachgerechte Neuformulierung des Gesetzes oder durch einen Hinweis in der amtlichen Begründung eines Änderungsgesetzes – klarstellen, dass die genannten Begriffsverwendungen eine Neuaakzentuierung des freien Berufs mithilfe eines berufsrechtseigenen Begriffs von Gewerblichkeit nicht ausschließen.

⁴³ Vgl. §§ 30 ff. MBO-Ärzte.

⁴⁴ Beispielhaft (zur unzulässigen Werbung) § 9 Abs. 2 Apotheker-Berufsordnung Nordrhein oder § 8 Abs. 3 Apotheker-Berufsordnung Brandenburg.

⁴⁵ Sachlich-rechtlich kommt die berufsrechtliche Vorschrift als sog. Marktverhaltensnorm im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG zur Geltung.

Gerichte im Berufsrecht geworden sind. Das Ärgernis allzu zügig ergehender einseitiger Verfügungen im Wettbewerbsrecht, die sich auf vermeintliche Verstöße gegen ärztliches Berufsrecht stützen, hat auch damit zu tun, dass das ärztliche Berufsrecht nicht konturenscharf genug programmiert ist und daher (insbesondere in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten) zur ausweitenden Anwendung des ärztlichen Berufsrechts nachgerade einzuladen scheint.

Darüber hinaus sollten die Berufsordnungen der Ärztekammern, Ansätzen in Rechtsprechung und Literatur folgend,⁴⁶ die Normen so fassen, dass ausschlaggebend für vermeintliche Verstöße nur tatsächengestützte *konkrete Gefahren* für den Patientenschutz sind und nicht bloß diffus-abstrakte Gefahrenlagen, die an die Stelle von Fakten Bauchgefühle über Bauchläden bei Ärzten setzen.

Was wird geschehen, wenn der Arztberuf derart deutlich auf das neue Bild patientenfreundlicher Wirtschaftlichkeit umgestellt wird? Zumindest dies, dass der Bundesgesetzgeber, der für das Vertragsarztrecht zuständig ist, unter Zugzwang gestellt wird. Während der Bundesgesetzgeber bislang das Tempo vorgibt und die Kammern und ihr Berufsrecht in die Defensive drängt, könnte das neue Berufsrecht diesen Mechanismus umkehren. Der GKV-Gesetzgeber geriete in die Defensive, weil er genauer bedenken müsste, wie sich GKV-rechtliche Innovationen auf dem Boden des jeweiligen Berufsrechts der Ärztekammern auswirken, und wahrscheinlich würde er weiter versuchen, auf kaltem Wege – nämlich durch die erweiternde Anwendung der Gesetzgebungskompetenz für das Vertragsarztrecht⁴⁷ das allgemeine ärztliche Berufsrecht zu unterlaufen. Die Kammern werden aber nur dann in die Offensive gehen können, wenn sie (und die hinter ihnen stehenden Bundesländer) bereit sind, dem GKV-Gesetzgeber seine verfassungswidrigen Ausflüge in das allgemeine ärztliche Berufsrecht zu verleiden.⁴⁸ Ein neues, vor allem auch konsequent gegenüber dem Bundesgesetzgeber durchgesetztes ärztliches Berufsrecht wird neuen politischen Abstimmungsbedarf erzeugen und der Ärzteschaft damit neue politische Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen.

IV. Zukunftsperspektive „Regulierungsrecht der Gesundheitsdienstleistungen“ – (soziale) Gesundheitsdienstleistungen als „Netzwirtschaft“

Wie es Megapartys und Megacities gibt, so gibt es auch Megatrends. Zu ihnen gehört die Idee des Regulierungsrechts. Der 66. Deutsche Juristentag 2006 in Stuttgart beispielsweise hat ausgiebig hierüber in seiner Abteilung „Öffentliches

⁴⁶ Rixen, GesR 2006, 433 (435 f.) m. w. N.

⁴⁷ Eingehend zum Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG Axer, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 126. Aktualisierung, Dezember 2006, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 RdNr. 13 ff., RdNr. 25 ff., RdNr. 44; s. auch Bieback, VSSR 2003, 1 ff.

⁴⁸ In Frage käme eine sog. abstrakte Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) im Hinblick auf die aus Art. 70 GG folgende Gesetzgebungskompetenz der Länder für das ärztliche Berufsrecht, die durch eine entgrenzte Handhabung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG verletzt wird.

Recht“ diskutiert.⁴⁹ Vereinfacht ausgedrückt: Regulierungsrecht ist sozial moderiertes Wettbewerbsermöglichungsrecht,⁵⁰ das Gebiete der Daseinsvorsorge zwar der Initiative Privater überlässt, dies aber sozial moderiert, und zwar in der Weise, dass jeder die Chance auf Zugang zu diesen Leistungen hat (Universaldienstleistung).⁵¹ Diese Idee ist zwar zunächst mit Blick auf Infrastrukturwirtschaften entstanden, deren Leistungen an physische Netze gebunden sind, wie etwa Telekommunikation, Elektrizität, Gas oder Eisenbahnnetze. Aber der Begriff des Versorgungsnetzes ist nicht zwingend an physische Netze (Kabel etc.) gebunden, wie die Postdienstleistungen belegen. Die Idee des Versorgungsnetzes, das allgemeinen Zugang garantiert, wird so auch immer mehr für andere Dienstleistungen „entdeckt“, etwa für den Bereich der Gesundheitsdienstleistungen.⁵²

Wir erleben derzeit in Europa sogar einen Feldversuch gleichsam am lebenden Objekt, wie sich ein Gesundheitssystem auf einen Regulierungsansatz umstellen lässt: in den Niederlanden. Die Niederlande müssen leider in der deutschen Gesundheitsreform für alles Mögliche herhalten, was man nur als äußerst verzerrte und selektive Rezeption der niederländischen Ideen bezeichnen kann (erinnert sei an das deutsche Modell des Gesundheitsfonds, das mit dem niederländischen Vorbild bei näherem Hinsehen wenig gemein hat).⁵³ Aber das Entscheidende

⁴⁹ Die Beschlüsse der Abteilung „Öffentliches Recht“ sind abrufbar unter www.djt.de.

⁵⁰ Allg. zum Regulierungsrecht aus der umfangreichen Literatur etwa *Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? (Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag), 2006; *ders.*, AöR 128 (2003), 558 ff.; *Ruffert*, AöR 124 (1999), 237 ff.; *Kühling*, Sektor-spezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004; *von Danwitz*, DÖV 2004, 977 ff.; *Kneihls*, ZÖR 60 (2005), 1 ff.

⁵¹ Zur Orientierung s. § 78 Abs. 1 TKG: „Universaldienstleistungen sind ein Mindestangebot an Diensten für die Öffentlichkeit, für die eine bestimmte Qualität festgelegt ist und zu denen alle Endnutzer unabhängig von ihrem Wohn- oder Geschäftsort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen und deren Erbringung für die Öffentlichkeit als Grundversorgung unabdingbar geworden ist.“

⁵² Auf den Bereich sozialer Dienstleistungen insb. im Gesundheitsbereich bezogene Anregungen, der Regulierungsidee nachzugehen, finden sich etwa bei *U. Becker*, DRV-Schriften Bd. 66 (2006), S. 65 (78); *Röhl*, JZ 2006, 831 (833); *Schönbach/Schauenburg*, Die BKK 2006, 422 (423); s. auch *Kersten*, DVBl 2006, 942 (943). Ansätze für die Einordnung von sozialen Dienstleistungsinfrastrukturen als einer Form der Netzwirtschaft finden sich auch im Ausland, s. nur Art. 24 Abs. 1 des (aus dem Jahre 2006 stammenden) Autonomiestatuts der Autonomen Gemeinschaft Katalonien, wo von „la xarxa de serveis socials de responsabilitat pública“ – „dem Netz der unter öffentlicher Verantwortung stehenden sozialen Dienste“ – die Rede ist (katalanische Version: Llei Orgànica 6/2006, de 19.7.2006, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya [DOGC] núm. 4680 de 20.7.2006, p. 31875 = Boletín Oficial del Estado [BOE] Suplement núm. 16 de 21.7.2006, p. 2243; spanische Version: BOE núm. 172 de 20.7.2006, p. 27269).

⁵³ Zum deutschen Gesundheitsfonds *Axer*, GesR 2007, 193 ff.; zur Situation in den Niederlanden Allg. zur Gesundheitsreform in den Niederlanden *Walser*, Die BKK 2006, 394 ff.; *dies.*, ZESAR 2006, 333 ff.; *dies.*, SozSich 2006, 87 ff.; *dies.*, ZRP 2005, 273 ff.; *dies.*, ZFSH/SGB 2004, 410 ff.; *Demmer*, Die BKK 2006, 114 ff.; *Bieber*, KrV 2006, 40 ff.; *Greß*, ErsK 2006, 63 f.; *Greß/Groenewegen/Hoepfner*, G+G 2/2005, 20 ff.; *Landauer*, NZS 2006, 413 ff.; *Greß u.a.*, Krankenversicherungsreform in den Niederlanden: Vorbild für einen Kompromiss zwischen Bürgerversicherung und Pauschalprämie in Deutschland? Diskussionsbeitrag aus dem FB Wirtschaftswissenschaften der Universität Duisburg-Essen Nr. 150, Juli 2006.

dürfte wohl sein, dass die Niederlande einen einheitlich privatrechtlich organisierten Gesundheitsmarkt installiert haben, der allerdings – aus sozialen Gründen der Sicherung des gleichen Zugangs – vielfältigen öffentlich-rechtlichen Normierungen unterworfen ist. Eine spezielle Regulierungsbehörde – die „Niederländische Zorgautoriteit“ (NZa) – kontrolliert das Entstehen und Funktionieren dieses neuen sozial moderierten Gesundheitsmarktes.⁵⁴ Die NZa hat zwar auch Aufgaben, die eher an die deutsche Versicherungsaufsicht oder an die Kartellbehörden erinnern,⁵⁵ aber die NZa erinnert wegen ihres proaktiven wettbewerbsschaffenden Profils in erster Linie an eine Regulierungsbehörde: sie ist sozusagen eine Bundesnetzagentur für das Gesundheitswesen.⁵⁶

Warum dieser Ausflug in scheinbar weit entfernte Reformgefilde? Man kann die deutsche Entwicklung, wie sie etwa durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz weiter angestoßen wurde, vom Zielpunkt eines Regulierungsansatzes her verstehen. Nur drei Hinweise: Zunächst kann man die materielle Angleichung von GKV und PKV als einen ersten Schritt deuten, um einen einheitlichen, irgendwann nur-privatrechtlichen Gesundheitsmarkt zu installieren, der damit noch deutlicher um die Privaten, also nicht-staatliche Akteure, als Leistungsanbieter zentriert ist als bisher. Ferner gibt es größere Möglichkeiten des Abschlusses von Einzelverträgen, wodurch die Bedeutung der kollektivvertraglich beherrschten Sonderwirtschaftszone namens GKV abnimmt und der Raum für einen allgemeinen Gesundheitsmarkt zunimmt. Und schließlich können wir im Bereich des Krankenhaussektors ernsthafte Anstrengungen beobachten, das inkonsistente In- und Nebeneinander von Krankenhausplanungsrecht, Krankenhaus-Vergütungsrecht sowie Krankenhaus-Kartellrecht durch eine neuen – integrierten – Ansatz zu überwinden, den man Krankenhaus-Regulierungsrecht nennen kann.⁵⁷

Ein ärztliches Berufsrecht, das sensibel für Zukunftsfragen ist, wird diesen Megatrend des entstehenden Gesundheitsregulierungsrechts ernst nehmen und sich fragen müssen, ob es dieser sich offenbar abzeichnenden Entwicklung gewappnet ist. Ein unverkrampftes, aber problemsensibles Selbstverständnis als „Gesundheitsunternehmer“ wäre der erste Schritt.

V. Resümee

Was ist das Entscheidende? Dass sich alle Reformüberlegungen zum ärztlichen Berufsrecht in einen umfassenden gesundheits- und berufspolitischen Horizont einstellen lassen, der nicht zwischen den verschiedenen Ärztenverbänden, Kammern und ärztlichen Interessengruppen zerrieben wird. Neues ärztliches Berufsrecht ist

⁵⁴ Informationen unter www.nza.nl.

⁵⁵ Vgl. Art. 16 lit. a Wet marktordening gezondheidszorg – Wmg – (Staatsblad 2006, 415 [abrufbar unter www.overheid.nl]): „De zorgautoriteit is belast met (...) markttoezicht, marktontwikkeling en tarief- en prestatiereregulering, op het terrein van de gezondheidszorg (...).“

⁵⁶ Näher zu Reformüberlegungen Höfling, GesR 2007, 289 (293).

⁵⁷ Näher Höfling, GesR 2007, 289 (292 f.).

geronnene ärztliche Berufspolitik, und solange hier Uneinigkeit herrscht – insbesondere der selbständig tätige Arzt nicht konsequent als Gesundheitsunternehmer wahr- und ernst genommen wird –, solange wird es kein neues zukunftsweisendes ärztliches Berufsrecht geben. Berufspolitische Uneinigkeit hingegen rächt sich, denn sie spielt denen in die Hände, die insbesondere mit den Regelungsinstrumenten der gesetzlichen Krankenversicherung dem ärztlichen Berufsrecht und seinem Bild vom freien Beruf – und damit dem Selbstverständnis der Berufsträger – den Garaus bereiten. Der Deutsche Ärztetag 2007 hat die Bundesärztekammer gebeten, zum nächsten Ärztetag 2008 ein aktuelles gesundheitspolitisches Programm vorzulegen, und ihr dazu eine Fülle von Stichworten mit auf den Weg gegeben.⁵⁸ Vielleicht ist der Regulierungsansatz ein konzeptionelles Dach, unter dem unterschiedliche berufspolitische Ansätze zusammenfinden können.⁵⁹

Das ärztliche Berufsrecht hat nur dann eine Zukunft, wenn es seine neuen Normen als Teil einer umfassenden politischen Strategie begreift. Politische Strategie, das ist etwas anderes als die robuste Rhetorik auf Ärztetagen oder Kammerversammlungen, politische Strategie ist etwas anderes als die rituelle Beschimpfung der jeweils amtierenden Gesundheitsministerin, politische Strategie ist etwas anderes als das Öffnen der emotionalen Ventile, nur um Druck abzulassen. Der Druck, der ja da ist, muss konstruktiv gewendet werden. Nur eine Ärzteschaft, die sich auf eine politische Strategie einigt, wird dem ärztlichen Berufsrecht als Teil eines umfassenden Regulierungsrechts der Gesundheitsdienstleistungen eine zukunftstaugliche Gestalt verleihen können.

VI. Zusammenfassende Thesen

1. Das geltende ärztliche Berufsrecht ist reformbedürftig, weil seine überkommenen Vorverständnisse und Begriffe den problemadäquaten Zugang zur gewandelten ökonomischen Realität des „Gesundheitsmarktes“ verbauen. Verantwortlich ist dafür – neben Irritationen, die vom Gesetzgeber der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) ausgehen – eine antiökonomische Denkhemmung, die einen Widerspruch zwischen dem Arztberuf als „freiem Beruf“ und der Gewerblichkeit des ärztlichen Berufs aufbaut (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 und S. 3 der Musterberufsordnung – MBO). Ärzte sind „Gesundheitsunternehmer“. Angesichts des in Zukunft größer werdenden Bedarfs an privatärztlichen Dienstleistungen (Folge einer Reprivatisierung des Krankheitsrisikos) bleibt den Ärzten zur verstärkten ökonomischen Eigenverantwortung keine Alternative. Dem muss das Berufsrecht deutlicher als bisher Rechnung tragen.

⁵⁸ Beschlussprotokoll des 110. Deutschen Ärztetages Münster 2007, zu Punkt I. 2: „Gesundheitspolitische Strategien der Ärzteschaft“ (abrufbar unter www.baek.de).

⁵⁹ Zu einzelnen möglichen Reformelementen aus Regulierungsperspektive s. auch Höfling, GesR 2007, 289 (293).

2. Will das ärztliche Berufsrecht seine Gestaltungsautonomie – auch gegenüber dem GKV-Recht – zurückgewinnen, empfiehlt es sich, in Anlehnung an das Berufsrecht der Apotheker nach Status („freier Beruf“) und selbständiger Berufsausübung in eigener Praxis zu unterscheiden. Der selbständig ausgeübte Arztberuf muss richtigerweise als ein nach den Grundsätzen des freien Berufs ausgeübtes Gewerbe begriffen werden (so die Lage im Apotheker-Berufsrecht). § 1 Abs. 1 S. 2 und S. 3 der Musterberufsordnung wäre zu ändern.
3. Fasst man die selbständig betriebene Arztpraxis (wie den Apothekenbetrieb) als Gewerbebetrieb auf, so rückt man die ökonomische Basis selbständiger ärztlicher Berufstätigkeit deutlicher in den Vordergrund. Man vermeidet die bislang im ärztlichen Berufsrecht vorherrschende Hermeneutik des Verdachts, die von einem gut gemeinten, aber unnötigen antiökonomischen Affekt gespeist scheint. Deshalb wird gegenwärtig wirtschaftliche Kreativität des Arztes übereilt als verwerflich, weil patientenschädlich abqualifiziert. Ob konkrete, auf Tatsachen gestützte Gefahren bestehen, wird nicht zu Genüge gefragt. Die grundlegende Garantie der ärztlichen Berufsfreiheit wird so unverhältnismäßig reduziert.
4. Ein Berufsrecht, das sensibel für die ökonomische Basis des Arztberufs ist, wird das Berufsrecht arztfreundlicher ausgestalten, insbesondere dadurch, dass verbotene Verhaltensweisen klarer und präziser definiert werden und durchweg auf konkrete Gefahren gestützt werden müssen, nicht auf diffuse Vorstellungen über abstrakte Risiken für das abstrakte Patientenwohl. Insbesondere die Regelungen über Kooperationen (vgl. §§ 30 ff. Musterberufsordnung) müssen in diesem Sinne überarbeitet werden.
5. Aufgrund eigenständiger berufsrechtlicher Begriffsbildung lassen sich Widersprüche mit anderen Rechtsgebieten (z. B. Gewerbe- und Gewerbesteuerrecht) vermeiden. Die Ärztekammern sind berechtigt, das Bild vom „freien Beruf“ gemäß einem gewandelten Selbstverständnis der Berufsträger neu zu akzentuieren. Die Kammern könnten so den GKV-Gesetzgeber unter Druck setzen. Allerdings empfehlen sich Klarstellungen in den Heilberufsgesetzen der Länder, in denen die Konkretisierungsbefugnis der Kammern geregelt ist.
6. Die Reform des ärztlichen Berufsrechts muss dem „Megatrend“ zu regulierten Netzwirtschaften Rechnung tragen. Auch (soziale) Gesundheitsdienstleistungen lassen sich, wie die neuere wissenschaftliche Diskussion, aber auch Erfahrungen im Ausland (insb. Niederlande) belegen, als „Netzwirtschaft“ begreifen. Ein „Regulierungsrecht der Gesundheitsdienstleistungen“ würde dem Umstand Rechnung tragen, dass der „Gesundheitsmarkt“ sich immer mehr zu einem einheitlichen Markt entwickelt, in dem namentlich GKV und private Krankenversicherung (PKV) konvergieren. Auch Schnittstellenprobleme (Beispiel: Krankenhausversorgung) ließen sich so besser lösen. Im Mittelpunkt eines Gesundheitsregulierungsrechts stünden private Leistungserbringer, also auch selbständige Ärzte. Regulierungsrecht – als „soziales Wettbewerbsermöglichungsrecht“ – macht ernst mit der Verantwortung privater Gesundheitsdienstleister für das Allgemeinwohl (Sicherstellung der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung); es nimmt Ärzte in die Verantwortung für die gesundheitliche Daseins-

vorsorge durch Wettbewerb. Zugleich weist Regulierungsrecht dem Staat eine zurückgenommene Gewährleistungsverantwortung zu.

7. Berufsrechtsreform setzt eine eindeutige berufspolitische Strategie voraus. Ohne berufspolitische Einigkeit, die den Arzt als „Gesundheitsunternehmer“ in den Mittelpunkt rückt, wird sich ein zukunftsfähiges Berufsrecht nicht erarbeiten lassen. Die Idee der Regulierung könnte eine konzeptionelle Klammer sein, die gegenläufige berufspolitische Positionen zusammenführt und das polemische Potential allgemeiner gesundheitspolitischer Kontroversen („sozial“ vs. „neoliberal“) reduzieren hilft.

This page intentionally left blank

Sorgfaltspflichten bei veränderten Standards

Christiane Simmler

Sorgfaltspflichten bei veränderten Standards ist ein vages Thema – ich möchte aus der Sicht der Rechtsprechung einen Blick auf die Fragen werfen, die haftungsrechtlich mit der in der Praxis offenbar zunehmenden Delegation ärztlicher Tätigkeiten auf nichtärztliches Personal verbunden sind.

Dafür ist es zunächst nötig, sich einen Überblick über die Regeln zu verschaffen, die die Rechtsprechung für den an die ärztliche Behandlung zu richtenden Standard und die Zulässigkeit von Delegation ärztlicher Tätigkeiten auf ärztliches sowie nicht-ärztliches Personal im Laufe der Zeit entwickelt hat.

I. Behandlungsstandard

1. *Facharztstandard*

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat ein Patient Anspruch auf Behandlung nach dem sog. Facharzt-Standard. Der Arzt schuldet also dem Patienten eine medizinische Behandlung, in der er alle Maßnahmen ergreift, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs in der konkreten Behandlungssituation vorausgesetzt und erwartet werden. Dabei wird dieser Standard in den seltensten Fällen vorsätzlich verletzt. Eine zivilrechtliche Haftung des Arztes tritt jedoch auch bei einer fahrlässigen Standardverletzung, die zu einem Schaden geführt hat, ein. Dabei findet hier anders als im Strafrecht der objektivierte zivilrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff i. S. d. § 276 Abs. 1 S. 2 BGB Anwendung.¹ Hiernach hat der Arzt grundsätzlich für sein dem medizinischen Standard zuwiderlaufendes Vorgehen auch dann haftungsrechtlich einzustehen, wenn dieses aus seiner persönlichen Lage heraus sub-

¹ Vgl. BGH 29.1.1991 VI ZR 206/90 BGHZ 113, 297, 303 = VersR 1991, 469, 470.

ektiv als entschuldigbar erscheinen mag, z. B. wenn er persönlich überfordert war oder personelle, räumliche oder ausstattungsstechnische Engpässe die nach fachärztlichem Standard gebotene Handlung erschwert haben.²

2. Medizinische Bestimmung des Facharztstandards

Der medizinische und der haftungsrechtliche Standardbegriff stimmen insoweit überein, da die Maßstäbe der Medizin den Ausgangspunkt bei der Statuierung der Sorgfaltsanforderungen bilden. D. h., was medizinischer Standard ist, entscheidet grundsätzlich die Medizin, nicht die Rechtsprechung.³ Der Richter bedarf zur Feststellung des zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden medizinischen Standards der Beratung durch einen Sachverständigen, der das in Wissenschaft und Praxis als erforderlich angesehenen Normalverhalten eines Arztes in der konkreten Behandlungssituation herauszuarbeiten hat. Aufgabe des Richters ist es, diese medizinischen Feststellungen kritisch auf deren Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Widerspruchsfreiheit zu überprüfen,⁴ sowie zu kontrollieren, ob die vom Sachverständigen benutzte ärztliche Begriffswelt sich mit der juristischen vollständig oder nur teilweise deckt und inwieweit die über die rein wissenschaftlichen Zusammenhänge hinausgehenden außermedizinischen Wertungen des Sachverständigen mit den haftungsrechtlichen Anforderungen des § 276 Abs. 2 BGB vereinbar sind.

3. Facharztstandard als qualitatives, nicht formales Kriterium

Dabei sei als letztes Wort zum Facharzt-Standard angemerkt, dass dieser nicht formal zu verstehen ist: es kommt auf die Qualität der Behandlung an, nicht auf den Titel des Behandelnden. Demzufolge kann selbstverständlich ein Facharzt bei einer Behandlung gegen den Facharztstandard seines Fachgebietes verstoßen, ebenso wie ein Arzt ohne Facharztqualifikation in der Lage sein kann, bereits den Facharztstandard des Behandlungsgebietes zu erfüllen.⁵

Haftungsrechtliche Unterschiede gibt es jedoch bei der Frage eines eventuellen Organisationsverschuldens: Setzt ein Krankenhausträger einen Facharzt zur Be-

² Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 5. Auflage 2006, Rn. B 213; BGH 6.5.2003 VI ZR 259/02 VersR 2003, 1128; BGH 13.2.2001 VI ZR 34/00 VersR 2001, 646.

³ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 5. Auflage 2006, Rn. B 9.

⁴ BGH 14.12.1993 VI ZR 67/93 VersR 1994, 480, 482; 28.4.1998 VI ZR 403/96 VersR 1998, 853, 854.

⁵ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 5. Auflage 2006, Rn. B 4.

handlung ein, wird der Träger grundsätzlich⁶ darauf vertrauen können, dass dieser den Facharztstandard einhält. Setzt er einen Anfänger ein (z. B. im Rahmen einer sog. Anfängeroperation), muss er durch geeignete Aufsicht sicherstellen, dass ein Arzt mit Facharztqualifikation jederzeit in der Lage ist, vom Anfänger zu übernehmen, sollte dieser den Facharztstandard in der konkreten Behandlungssituation nicht erfüllen können.⁷ Unterbleibt dies, trägt der Krankenträger die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der eingetretene Schaden nicht auf fehlender Erfahrung und Übung des noch nicht ausreichend qualifizierten Operators beruht,⁸ d. h., es spricht eine Vermutung dafür, dass der Mangel an Erfahrung und Übung für später aufgetretene gesundheitliche Beeinträchtigungen des Patienten ursächlich geworden ist.⁹

4. Auswirkungen der Delegation ärztlicher Tätigkeit auf den Facharztstandard

Widerspricht demnach die Delegation ärztlicher Tätigkeiten auf nicht-ärztliches Personal schon grundsätzlich dem medizinischen Standard? Diese Frage richtet sich nach dem eben Gesagten in erster Linie an die Mediziner selbst: Ist es allgemein anerkannte Übung im fraglichen Fachbereich, ärztliche Tätigkeit auf nicht-ärztliches Personal zu übertragen? Und ist es möglich, mit und/oder trotz dieser Übertragung den Facharztstandard einzuhalten?

Da die Definition des medizinischen Standards der Medizin obliegt, wird die Rechtsprechung grundsätzlich von der Fachwelt gutgeheißene oder zumindest als fachgerecht akzeptierte Entwicklungen im medizinischen Bereich anerkennen, auch wenn sie zu Delegation ärztlicher Tätigkeit auf nicht-ärztliches Personal führen. Allerdings ist die Rechtsprechung nicht bereit, dies auf Kosten des Schutzes des Patienten zu tun: der Patient hat weiter Anrecht auf Behandlung nach dem Facharzt-Standard. Wenn dieser Standard durch die Einschaltung entsprechend geschulter nicht-ärztlicher Hilfskräfte nicht beeinträchtigt und/oder ausgehöhlt wird, wird die Rechtsprechung voraussichtlich (nach bisheriger Linie) eine nicht durch den Facharzt erfolgende, aber den Facharztstandard erfüllende Behandlung nicht wegen der fehlenden formalen Qualifikation der die Behandlung ausübenden Person für unrechtmäßig erachten. Dies setzt jedoch voraus, dass der zur Klärung im Einzelfall eingeschaltete medizinische Sachverständige die Aussage unterstützt, dass es durch die Einschaltung der Hilfskräfte in den medizinischen Behandlungsablauf zu keinem Qualitätsverlust im Standard der Behandlung kommt. Es wird

⁶ Anders ist dies, wenn bereits Verdachtsmomente gegen den Facharzt vorliegen, z. B., dass er zu Außenseitermethoden neigt oder aus sonstigen Gründen vermutlich den Facharztstandard nicht einhalten wird.

⁷ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 5. Auflage 2006, Rn. B 3.

⁸ BGH 10.3.1992 VI ZR 64/91 VersR 1992, 754; BGHZ 88, 248, 256 = VersR 1984, 60, 62 BGH 7.5.1985 VI ZR 224/83 VersR 1985, 782.

⁹ OLG Düsseldorf VersR 1994, 603.

also von demjenigen, der ärztliche Tätigkeit an nicht-ärztliches Personal überträgt,¹⁰ nachzuweisen sein, dass die Hilfsperson in der Lage ist, ihren Behandlungsbeitrag nach ihrer Ausbildung auf fachärztlichem Qualitätsniveau bzw. auf einem Niveau zu erbringen, das eine Sicherstellung des Facharztstandards für die gesamte Behandlung ermöglicht. Ob dies in einem arbeitsteiligen Arbeitsumfeld wie einer Operation grundsätzlich möglich ist, müssen die Mediziner im Publikum entscheiden. Ich könnte mir schon vorstellen, dass es Arbeitsfelder gibt, in denen ein gut ausgebildeter Assistent in der Lage ist, seinen Ausschnitt des gesamten Behandlungsleistung ebenso gut wie – wenn nicht wegen der Spezialisierung auf bestimmte Handreichungen vielleicht sogar besser als? – ein Facharzt zu erbringen.

Dass die Rechtsprechung ihre Kontrollfunktion ernst nimmt und durchaus nicht alles sanktioniert, was in der Praxis des Behandlungsalltags eingerissen ist – tatsächliche Übung und medizinischer Standard sind zwei völlig unterschiedliche Dinge! – sieht man an den Fällen, in denen die Aufklärung nicht-ärztlichem Personal überlassen worden ist.¹¹ Hier hat die Rechtsprechung in den bisher entschiedenen Fällen eine Übertragung der Aufklärung auf nicht-ärztliches Personal grundsätzlich abgelehnt mit der Begründung, nur der Arzt verfüge über genügend Kenntnisse und Informationen, um den Patienten in für ihn geeigneter Weise über alle mit dem Eingriff verbundenen Risiken aufzuklären.¹² Ausdrücklich offen gelassen¹³ hat der BGH bisher, ob eine durch nicht-ärztliches Personal erteilte Aufklärung per se unwirksam ist, oder ob Hilfspersonal, das im konkreten Fall über ein einem Arzt vergleichbares Fachwissen verfügt, grundsätzlich wirksam aufklären kann.¹⁴ Nach der Linie der Rechtsprechung zum Facharztstandard der Behandlung dürfte ein solcher Fall wie folgt zu lösen sein: Sollte der aufklärende nicht-ärztliche Mitarbeiter im Einzelfall über eine zureichende Ausbildung und/oder Erfahrung verfügen, um eine ärztlichem Standard genügende Aufklärung durchzuführen, dürfte eine durch ihn erfolgte Aufklärung als wirksam erachtet werden, wobei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass dies dem Aufklärer trotz fehlender formaler ärztlicher Qualifikation im Einzelfall möglich war, beim Behandler, der die Aufklärung delegiert hatte, liegen dürfte. Darlegungslast bedeutet hier, dass im Prozess der Behandler von sich aus dazu vortragen müsste, warum ausnahmsweise durch nicht-ärztliches Personal aufgeklärt werden durfte; einer vorangehenden Rüge des Patienten – der noch dazu nicht immer wird unterscheiden können, ob der ihm gegenüber sitzende „weiße Kittel“ ein Arzt ist oder nicht – wird es insoweit wohl nicht bedürfen.

Unabhängig von der Sonderfrage der Aufklärung bleibt aus der Sicht des geschuldeten fachärztlichen Behandlungsstandards festzuhalten: Ist es grundsätzlich

¹⁰ D.h. im Zweifel vom Krankenhausträger oder dem niedergelassenen Arzt als dem die Behandlung Schuldenden.

¹¹ BGH 27.11.1972 VI ZR 167/72 VersR 1974, 486; OLG Jena GesR 2005, 556 (LS auch NJW-RR 2006, 135) mit Nichtannahmebeschluss des BGH; OLG Celle VersR 1981, 1184 mit Nichtannahmebeschluss des BGH 21.9.1982 VI ZR 192/81 VersR 1982, 1142.

¹² OLG Jena GesR 2005, 556.

¹³ BGH 27.11.1972 VI ZR 167/72 VersR 1974, 486.

¹⁴ Vgl. OLG Jena GesR 2005, 556.

möglich, mit Übertragungen ärztlicher Tätigkeit auf nicht-ärztliches Personal im Rahmen des Facharztstandards zu behandeln, dürfte für die Tätigkeit des nicht-ärztlichen Personals die oben erwähnte Beweislastregel zur Anfängeroperation Anwendung finden: Tritt ein Schaden ein, wird der Krankenhausträger oder Arzt, der den Einsatz des nicht-ärztlichen Personals für ärztliche Tätigkeiten zu verantworten hat, die Darlegungs- und Beweislast dafür zu tragen haben, dass der eingetretene Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn ein Arzt die ärztliche Tätigkeit durchgeführt hätte. Damit ist mit der entsprechenden Delegation ärztlicher Tätigkeit auf nicht-ärztliches Personal ein erhebliches Haftungsrisiko verbunden.

II. Delegation ärztlicher Tätigkeit

Wenden wir uns den bisher entschiedenen Fällen zur Delegation ärztlicher Tätigkeit zu.

1. *Delegation an Ärzte*

Die Rechtsprechung hat sich mit der Delegation ärztlicher Tätigkeit zunächst im Zusammenhang der Delegation von Ärzten an Ärzte beschäftigt. Wir sprechen hier vom arbeitsteiligen Vorgehen, das in vertikaler oder horizontaler Form erfolgen kann, und von den Beteiligten je nach ihrer Situation im organisatorischen Gefüge unterschiedlich hohe Sorgfaltspflichten verlangt.

a) Horizontale Arbeitsteilung

Unter horizontaler Arbeitsteilung wird von der Rechtsprechung eine Zusammenarbeit zwischen Krankenhausärzten unterschiedlicher Fachrichtung,¹⁵ zwischen Krankenhausärzten und niedergelassenen Ärzten¹⁶ oder zwischen niedergelassenen Ärzten der gleichen oder einer anderen Fachrichtung¹⁷ verstanden.

Im Rahmen solch horizontaler Arbeitsteilung gilt grundsätzlich der Vertrauensgrundsatz: der hinzugezogene Arzt darf sich im Regelfall darauf verlassen, dass der überweisende Arzt den Patienten in seinem Verantwortungsbereich sorg-

¹⁵ BGH 26.1.1999 VI ZR 376/97 BGHZ 140, 309, 314; BGH 26.2.1991 VI ZR 344/89 VersR 1991, 694; OLG Hamm AHRS 0920/5 mit Nichtannahmebeschluss des BGH 29.3.1983 VI ZR 82/82; OLG Stuttgart AHRS 0920/32 mit Nichtannahmebeschluss des BGH 23.10.1990 VI ZR 130/90; OLG Stuttgart VersR 1988, 832, 833; OLG Düsseldorf VersR 1984, 643, 644f. mit Nichtannahmebeschluss des BGH 3.4.1984 VI ZR 173/83; OLG Naumburg VersR 1998, 983, 984; OLG Oldenburg VersR 1999, 452, 453.

¹⁶ OLG Stuttgart VersR 1991, 1060 = AHRS 0920/35 und AHRS 0920/124; OLG Köln AHRS 0920/107; OLG Hamm AHRS 0920/131.

¹⁷ OLG Düsseldorf AHRS 0920/114; OLG Hamm AHRS 0920/121.

fältig und ordnungsgemäß untersucht und behandelt und die Indikation zu der erbetenen Leistung zutreffend gestellt hat.¹⁸ Anderes gilt, wenn er aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit der übermittelten Diagnose hat; diesen muss er nachgehen.¹⁹

Der Vertrauensgrundsatz gilt zwar grundsätzlich auch für den Bereich der Aufklärung; hier kann eine Delegation der Aufklärungspflicht auf einen anderen als den operierenden Arzt erfolgen, welcher vertraglich und aus deliktischer Garantenstellung seinerseits für Aufklärungsversäumnisse haftet.²⁰ Der BGH hat hier jedoch kürzlich zu den strengen Voraussetzungen Stellung genommen, unter denen der operierende Arzt auf ordnungsgemäßes Verhalten des arbeitsteilig tätig werdenden Arztes auch zur Aufklärung vertrauen darf.²¹ Dabei hat er klargestellt, dass die irrige Annahme des Operateurs, der Patient sei ordnungsgemäß aufgeklärt worden, den Arzt nicht von der vertraglichen (§ 278 BGB) und nicht ohne weiteres von der deliktischen (§ 831 Abs. 1 Satz 2 BGB) Haftung entbindet. Denn auch dann, wenn der behandelnde Arzt irrig von einer ordnungsgemäßen Aufklärung und damit irrig von einer wirksamen Einwilligung des Patienten ausgeht, bleibt die Behandlung mangels Einwilligung insgesamt rechtswidrig. Lediglich wenn der behandelnde Arzt entschuldbar eine wirksame Einwilligung des Patienten angenommen hat, kann seine Haftung für nachteilige Folgen der Behandlung möglicherweise mangels Verschuldens entfallen – nicht jedoch wegen fehlender Rechtswidrigkeit seines Verhaltens.²² Voraussetzung dafür ist, dass der Irrtum des Behandlers nicht auf Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB) beruht. Diese wird bei einer Übertragung der Aufklärung auf einen anderen Arzt nur dann zu verneinen sein, wenn der nicht selbst aufklärende Arzt durch geeignete organisatorische Maßnahmen und Kontrollen sichergestellt hat, dass eine ordnungsgemäße Aufklärung durch den damit betrauten Arzt gewährleistet ist.

An die Kontrollpflicht des behandelnden Arztes, der einem anderen Arzt die Aufklärung überträgt, stellt der BGH strenge Anforderungen. Da dem behandelnden Arzt die Aufklärung des Patienten als eigene ärztliche Aufgabe obliegt, die darauf gerichtet ist, die Einwilligung des Patienten als Voraussetzung einer recht-

¹⁸ OLG Düsseldorf, VersR 1984, 643, 644f. mit Nichtannahmebeschluss des BGH 3.4.1984 VI ZR 173/83; OLG Stuttgart VersR 1988, 832; OLG Düsseldorf, VersR 1989, 191; OLG Stuttgart AHRs 0920/32 mit Nichtannahmebeschluss des BGH 23.10.1990 VI ZR 130/90; OLG Stuttgart, VersR 1991, 1060 = AHRs 0920/35; OLG Oldenburg, VersR 1999, 452; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 22.

¹⁹ BGH 14.7.1992 VI ZR 214/91 VersR 1992, 1263; OLG Naumburg VersR 1998, 983; OLG Oldenburg VersR 1999, 452.

²⁰ BGH 22.4.1980 VI ZR 37/79 VersR 1981, 456, 457; 8.5.1990 VI ZR 22/89 VersR 1990, 1010, 1011; OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 798; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 424 f.

²¹ BGH 7.11.2006 VI ZR 206/05 BGHZ 169, 364 = VersR 2007, 209 = NJW-RR 2007, 310; vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf VersR 1984, 643, 644f. mit Nichtannahmebeschluss des BGH 3.4.1984 VI ZR 173/83; OLG Stuttgart, VersR 1991, 1060 = AHRs 0920/35; OLG Karlsruhe OLGR 2001, 147, 148; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 5. Auflage 2006, Rn. C 110.

²² BGH 7.11.2006 VI ZR 206/05 BGHZ 169, 364 = VersR 2007, 209 = NJW-RR 2007, 310; vgl. BGH 23.9.1975 VI ZR 232/73 NJW 1976, 41, 42; 26.5.1987 VI ZR 157/86 VersR 1987, 1133.

mäßigen Behandlung zu erlangen, muss er bei Übertragung dieser Aufgabe auf einen anderen Arzt deren ordnungsgemäße Erfüllung sicherstellen und im Arztthafungsprozess darlegen, was er hierfür getan hat. Dazu gehört die Angabe, ob er sich etwa in einem Gespräch mit dem Patienten über dessen ordnungsgemäße Aufklärung und/oder durch einen Blick in die Krankenakte vom Vorhandensein einer von Patient und aufklärendem Arzt unterzeichneten Einverständniserklärung vergewissert hat, dass eine für einen medizinischen Laien verständliche Aufklärung unter Hinweis auf die spezifischen Risiken des vorgesehenen Eingriffs erfolgt ist.²³

Dabei dürfte – dies hat der BGH jedoch noch nicht entschieden – ein in die Krankenhausorganisation eingebundener Operateur, der selbst keinerlei dienstliche Weisungsbefugnis gegenüber dem eingesetzten Aufklärer besitzt, darauf vertrauen dürfen, dass sich der Aufklärer an vorhandene und nach medizinischem Standard ausreichende Arbeitsanweisungen der Klinik zur Durchführung der Aufklärung hält, wenn er keinerlei andere Anhaltspunkte hat und die ihm mögliche Kontrolle (z. B. die Durchsicht des Aufklärungsbogens) wahrgenommen hat.

b) Vertikale Arbeitsteilung

Von der horizontalen Arbeitsteilung innerhalb des Krankenhauses zu unterscheiden ist die vertikale Aufgabenteilung, d. h. die vom Krankenhausträger bzw. zuständigen Chefarzt oder anderem weisungsberechtigten Arzt organisierte Arbeitsaufteilung auf nachgeordnete Ärzten der gleichen Fachrichtung innerhalb des Krankenhauses²⁴. Z. B. wird die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung in der Praxis eines Krankenhauses oft im Wege der vertikalen Arbeitsorganisation ganz oder teilweise einem anderen als dem operierenden Arzt auferlegt. Der in diesem Rahmen für die Aufklärung zuständige Arzt haftet seinerseits aus deliktischer Garantenstellung für Aufklärungsversäumnisse.²⁵ Anders als bei der horizontalen Arbeitsteilung verfügt der die vertikale Aufgabenteilung anordnende Krankenhausträger oder (Chef-) Arzt arbeitsrechtlich und aufgrund seiner hierarchischen Stellung im Krankenhausgefüge²⁶ über Kontroll- und Überwachungsmöglichkeiten hinsichtlich der Anwendung seiner Arbeitsanweisungen durch die nachgeordneten Ärzte, die den auf gleicher Ebene arbeitenden Ärztekollegen nicht zustehen. In der oben angesprochenen Entscheidung²⁷ hat der BGH auch verdeutlicht,

²³ BGH 7.11.2006 VI ZR 206/05 BGHZ 169, 364 = VersR 2007, 209 = NJW-RR 2007, 310.

²⁴ vgl. OLG Celle AHRS 0920/8 mit Nichtannahmebeschluss des BGH 11.12.1984 VI ZR 132/83.

²⁵ vgl. BGH 7.4.1992 VI ZR 192/91 VersR 1992, 960; 8.2.2000 VI ZR 325/98 VersR 2000, 1107; vgl. OLG Bamberg VersR 1998, 1025 mit Nichtannahmebeschluss des BGH 3.2.1998 VI ZR 226/97; OLG Karlsruhe, VersR 1997, 241 mit Nichtannahmebeschluss des BGH 8.10.1996 VI ZR 271/95; OLG Karlsruhe VersR 1998, 718, 719 mit Nichtannahmebeschluss des BGH 9.12.1997 VI ZR 133/97.

²⁶ vgl. hierzu BGH 18.6.1985 VI ZR 234/83 VersR 1985, 1043, 1046; OLG Zweibrücken AHRS 0920/132.

²⁷ BGH 7.11.2006 VI ZR 206/05 BGHZ 169, 364 = VersR 2007, 209 = NJW-RR 2007, 310.

dass es zu den Pflichten eines Chefarztes gehört, für eine ordnungsgemäße Aufklärung der Patienten seiner Klinik zu sorgen.²⁸ Hat er im Rahmen seiner Organisationspflicht die Aufklärung einem nachgeordneten Arzt übertragen, darf er sich auf deren ordnungsgemäße Durchführung und insbesondere die Vollständigkeit der Aufklärung nur dann verlassen, wenn er hierfür ausreichende Anweisungen erteilt hat, die er gegebenenfalls im Arzthaftungsprozess darlegen muss. Dazu gehört zum einen die Angabe, welche Maßnahmen organisatorischer Art er getroffen hat, um eine ordnungsgemäße Aufklärung durch den nichtoperierenden Arzt sicherzustellen, und zum anderen die Darlegung, ob und gegebenenfalls welche Maßnahmen er ergriffen hat, um die ordnungsgemäße Umsetzung der von ihm erteilten Aufklärungsanweisungen zu überwachen.²⁹

c) Zwischenfazit

Die Rechtsprechung gestattet zwar die Delegation ärztlicher Aufgaben an andere Ärzte, erlegt der Arzt aber gerade dann, wenn er *eigene* Behandlungspflichten überträgt, strenge Kontrollpflichten auf. Der erstrangig für die Zusammenarbeit von Ärzten verschiedener Fachgebiete entwickelte Vertrauensgrundsatz schützt nur das Vertrauen des Behandlers darauf, dass der ihn hinzuziehende oder von ihm hinzugezogene Arzt fachgerecht – in seinem eigenen Behandlungsgebiet – handelt,³⁰ nicht jedoch das Vertrauen darauf, der Arzt, an den man *eigene* Behandlungsaufgaben delegiert, werde diese ordnungsgemäß ausführen. Ein solches Vertrauen ist nur nach Durchführung ausreichender Kontrollen berechtigt.

2. Delegation an nichtärztliches Personal

Die Zusammenarbeit von ärztlichem und nicht-ärztlichem Personal³¹ ist immer wieder Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen. Quintessenz dieser Entscheidungen ist, dass die Rechtsprechung – geleitet durch den medizinischen

²⁸ BGH 17.12.1991 VI ZR 40/91 BGHZ 116, 379, 386 und 14.7.1957 VI ZR 45/54 VersR 1954, 496, 497; BGH 29.1.1985 VI ZR 92/84 VersR 1985, 598, 599; vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 5. Auflage 2006, Rn. C 108 f., Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 424 f., Frahm/Nixdorf, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., Rn. 196.

²⁹ BGH 7.11.2006 VI ZR 206/05 BGHZ 169, 364 = VersR 2007, 209 = NJW-RR 2007, 310.

³⁰ Für die Fälle interdisziplinärer Zusammenarbeit zwischen Krankenhausärzten verschiedener Fachrichtung (z.B. Anästhesisten und Chirurgen) ist die Geltung des Vertrauensgrundsatzes anerkannt ist, OLG Hamm AHRS 0920/5 mit Nichtannahmebeschluss des BGH 29.3.1983 VI ZR 82/82; OLG Düsseldorf VersR 1984, 643, 644f. mit Nichtannahmebeschluss des BGH 3.4.1984 VI ZR 173/83; OLG Stuttgart AHRS 0920/32 mit Nichtannahmebeschluss des BGH 23.10.1990 VI ZR 130/90; OLG Stuttgart VersR 1988, 832, 833; OLG Naumburg VersR 1998, 983, 984; OLG Oldenburg VersR 1999, 452, 453.

³¹ Vgl. zur Bedeutung nichtärztlicher Hilfspersonen bereits BGH 24.6.1975 VI ZR 72/74 VersR 1975, 952.

Sachverständigen, der von Fall zu Fall aus fachlicher Sicht eine Unbedenklichkeit der Delegation von Behandlungsaufgaben auf nicht-ärztliches Personal attestieren muss – eine Übertragung genuin ärztlicher Tätigkeit auf nicht-ärztliches Personal grundsätzlich zulässt,³² aber eine ausreichende Anleitung und Kontrolle sowie eine entsprechende Qualifikation der Mitarbeiter verlangt.³³

Eine Delegation ärztlicher Tätigkeit auf nicht-ärztliches Personal kann nach den oben beschriebenen Grundsätzen jedenfalls nicht vom Vertrauensgrundsatz gedeckt sein. Zum einen nicht, weil sie eine Delegation *eigener* Behandlungspflichten darstellt, für die die Rechtsprechung erhebliche Einschränkungen der Geltung des Vertrauensgrundsatzes annimmt und für die schon bei Übertragung der Behandlungspflicht auf andere Ärzte Kontrollpflichten statuiert werden. Zum anderen dürfte auch sehr gut ausgebildetes nicht-ärztliches Personal nicht den komplexen Ausbildungsstand wie der delegierende Arzt besitzen, so dass ein Vertrauen ärztlicherseits darauf, das Personal werde den – um es noch einmal zu wiederholen: dem Patienten geschuldeten – Facharztstandard bei der Ausübung der ihm übertragenen ärztlichen Tätigkeit einhalten, schon deswegen entfallen muss.

Dies hat zur Folge, dass die Ausübung ärztlicher Tätigkeit durch nicht-ärztliches Personal grundsätzlich einer durch Arbeitsanweisungen gesicherten Anleitung und notfalls im Arzthaftungsprozess nachweisbaren Kontrolle durch Ärzte bedarf – was selbstverständlich nicht bedeutet, dass der delegierende Arzt das nicht-ärztliche Personal ununterbrochen beaufsichtigen und/oder am Krankenbett eingriffspräsent sein muss.³⁴ Er muss aber durch geeignete Maßnahmen die korrekte Durchführung der übertragenen ärztlichen Tätigkeit durch das Personal sicherstellen, wozu jedenfalls stichprobenartige Kontrollen gehören dürften. Erst wenn das nicht-ärztliche Personal grundsätzlich aufgrund seiner Qualifikation in der Lage ist,³⁵ ärztliche Tätigkeiten im Rahmen einer Behandlung zu übernehmen, die Art und Weise der Durchführung der übertragenen ärztlichen Tätigkeit durch ausreichende Arbeitsanweisungen sichergestellt ist und die korrekte Durchführung der Arbeitsanweisungen durch Kontrollen gesichert ist, darf der delegierende Arzt darauf vertrauen, dass das nicht-ärztliche Personal die ihm übertragene Tätigkeit ordnungsgemäß ausführen wird.³⁶

Dabei ist die Qualifikation des nicht-ärztlichen Hilfspersonals von erheblicher Bedeutung und ist es auch eine Frage der Fortentwicklung dieser Qualifikationen,

³² Für eine unzulässige Übertragung der Überwachung eines narkotisierten Patienten mit Atemstörungen auf einen Anästhesiepfleger siehe OLG Düsseldorf VersR 1985, 489; OLG Köln VersR 1992, 452 für das unzulässige Mitwirken eines Studierenden im praktischen Jahr statt einer erforderlichen erfahrenen ärztlichen Assistenz.

³³ Z.B. BGH 7.10.1980 VI ZR 176/79 VersR 1981, 131 und 8.5.1979 VI ZR 58/78 VersR 1979, 718; OLG Köln VersR 1991, 311 mit Nichtannahmebeschluss des BGH 23.10.1990 VI ZR 9/90; OLG Köln VersR 1988, 44; OLG Bremen VersR 1970, 447.

³⁴ Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 233.

³⁵ OLG Köln VersR 1988, 44.

³⁶ Vgl. BGH 7.5.1980 VI ZR 176/79 VersR 1981, 131; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 231.

welche Behandlungsmaßnahmen ein Arzt auf nicht-ärztliches Personal übertragen darf. Hierzu gibt es – das werden die Mediziner unter Ihnen besser wissen als ich – Empfehlungen und Stellungnahmen medizinischer Berufsverbände,³⁷ z. B. zu Injektionen, Infusionen, Blutentnahmen und Transfusionen. Diese Empfehlungen sind zwar – da kein Gesetzesrecht – für den Richter nicht bindend, stellen aber Äußerungen medizinischen Sachverständes dar. Will der Richter von ihnen abweichen, erfordert dies eine tragende Begründung.³⁸ Nach diesen berufsfachlichen Empfehlungen gibt es Bereiche, in denen die Übertragung ärztlichen Handelns auf nicht-ärztliches Personal generell für zulässig erachtet wird,³⁹ so z. B. bei subkutanen, intramuskulären oder intravenösen Injektionen, Injektionen in den Infusions-schlauch bei liegendem Infusionssystem und der Blutentnahme von Kapillar- und Venenblut durch Krankenschwester und Krankenpfleger, oder bei subkutanen Injektionen durch die Krankenpflegehilfe.⁴⁰

Auch wenn eine Übertragung solcher ärztlicher Tätigkeit von der medizinischen Fachwelt generell für zulässig erachtet wird, muss die übertragene Tätigkeit in jedem Einzelfall von einer detaillierten ärztlichen Anordnung begleitet sein,⁴¹ etwa zu Art, Dosis, Konzentration, Zeitpunkt und Art der Applikation bei Medikamentengabe.⁴²

Bei schwierig gelagerten Einzelfällen mag es notwendig sein, eine ärztliche Tätigkeit nicht allgemein auf in bestimmter Weise qualifiziertes Pflegepersonal, sondern „ad personam“, also nur an eine bestimmte Hilfskraft gebunden, zu übertragen, von deren persönlicher bzw. fachlicher Eignung sich der delegierende Arzt zuvor in ausreichendem Maße überzeugt hat.

Da im Arzthaftungsprozess der delegierende Arzt oder Krankenhausträger die ordnungsgemäße Anleitung und Kontrolle darzulegen und zu beweisen hat, sollte besonderer Wert auf eine exakte Dokumentation der Anordnungen gelegt werden.⁴³ Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Rechtsprechung aus dem Fehlen ausreichender Dokumentation die Schlussfolgerung zieht, die Übertragung der ärztlichen Tätigkeit sei nicht ordnungsgemäß erfolgt. Bei fernmündlichem Auftrag z. B. empfiehlt die arzthaftungsrechtliche Literatur insoweit, dass das Pflegepersonal die Anordnung schriftlich niederlegt, die Notiz dem Arzt zur Vermeidung von Übertragungsfehlern vorliest, sie abzeichnet und bei nächster Gelegenheit vom Arzt abzeichnen lässt.⁴⁴

³⁷ Vgl. Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 228 sowie OLG Köln VersR 1988, 44.

³⁸ Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 228.

³⁹ Vgl. BGH 8.5.1979 VI ZR 58/78 VersR 1979, 718.

⁴⁰ Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 228; vgl. BGH 8.5.1979 VI ZR 58/78 VersR 1979, 718.

⁴¹ Vgl. BGH 8.5.1979 VI ZR 58/78 VersR 1979, 718; s. OLG Bremen VersR 1970, 447 zur Magen-aushebung durch eine Sprechstundenhilfe.

⁴² Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 232.

⁴³ Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 232.

⁴⁴ Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 232.

Mangelnde Dokumentation würde es ansonsten für die Behandlerseite erheblich erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen, sich vom Behandlungsfehler-vorwurf zu entlasten, wenn zu dem Dokumentationsmangel noch die zu Beginn meiner Ausführungen angesprochene Beweisregel tritt, dass die Behandlerseite, die den Einsatz des nicht-ärztlichen Personals für ärztliche Tätigkeiten zu verantworten hat, die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass der eingetretene Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn ein Arzt die ärztliche Tätigkeit durchgeführt hätte.

Mit einem kurzen Wort möchte ich noch auf die Haftung des nicht-ärztlichen Personals eingehen: Die Verantwortung für die kompetente und korrekte Durchführung der übertragenen ärztlichen Tätigkeit trägt auch – vielleicht sogar in erster Linie – das beauftragte Hilfspersonal. Jeder Assistent muss eigenverantwortlich prüfen, ob sein Qualifikationsstand und seine erworbenen Erfahrungen ihm die Übernahme dieser Tätigkeit gestatten, Zweifel dem delegierenden Arzt mitteilen und bei begründeten Bedenken den Auftrag ablehnen.⁴⁵ Unterbleibt dies, haftet der Assistent selbst aus Übernahmeverschulden deliktisch. Aus meiner persönlichen Erfahrung in der Instanz kann ich berichten, dass bei der Anwaltschaft durchaus Bereitschaft besteht, in solchen Fällen auch das nicht-ärztliche Personal mitzuverklagen, selbst wenn dies manchmal nur geschieht, um einen potentiellen Zeugen auszuschalten. Ich hege die Hoffnung, dass die delegierenden Ärzte/Krankenhausträger sich dieser persönlichen Haftungsgefahr für ihr nicht-ärztliches Personal bewusst sind und für eine ordnungsgemäße Haftpflichtversicherung des Hilfspersonals Sorge tragen.

Lassen Sie mich mit Folgendem meine Ausführungen abschließen: Derzeit wird nach einhelligen berufsfachlichen Stellungnahmen eine Übertragung des Anlegens von Bluttransfusionen und des Wechselns von Blutkonserven auf nicht-ärztliches Personal abgelehnt. Einige Stellungnahmen sprechen sich auch gegen eine Anlegung von Infusionen durch nicht-ärztliches Personal ebenso wie gegen das Einspritzen in Katheter, Shunts und Ports bei zentraler Lage in herznahen Venen, in das Ventrikelsystem, das arterielle System, den Periduralraum und das Peritoneum aus.⁴⁶ Hier scheint eine Bewegung hin zu weiterer Übertragung ärztlicher Tätigkeit auf nicht-ärztliches Personal in der medizinischen Diskussion erkennbar. Die Rechtsprechung kann dies nur von außen beobachten und abwarten, ob sich die Diskussion in einen neuen Standard verdichtet – das zivile Haftungsrecht kann und will solche Veränderungen nicht verhindern, es wird sie jedoch mit dem Fokus auf der Aufrechterhaltung des Facharztstandards für die Behandlung des Patienten auch in Zukunft wachsam begleiten.

⁴⁵ Vgl. BGH 29.1.1991 VI ZR 206/90 BGHZ 113, 297 = VersR 1991, 469; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 233.

⁴⁶ Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 222.

This page intentionally left blank

Der Arzt am Beginn des 21. Jahrhunderts Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin

Einbecker-Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR) e.V.

Aus Anlass ihres 25-jährigen Bestehens hat die Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR) e.V. am 21. und 22. September 2007 gemeinsam mit der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen das 35. Symposium für Juristen und Ärzte veranstaltet. Als Ergebnis dieser Tagung wurden die nachstehenden Empfehlungen verabschiedet:

I. Ausgangslage

Die ärztliche Therapiefreiheit wird heute zunehmend durch rechtliche, wirtschaftliche und strukturelle Rahmenbedingungen eingeengt. Zuletzt hat die Gesundheitspolitik mit dem Vertragsarztrechtsänderungsgesetz und dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz dem ärztlichen Handeln neue Grenzen gesetzt. Die ärztliche Berufsausübung steht vor neuen großen Herausforderungen und tiefgreifenden Strukturveränderungen. Die Bedeutung und die Konsequenzen dieser Veränderungen sind vielen der Beteiligten im System der Krankenversorgung bisher nicht ausreichend bewusst.

Die Ärzte in Klinik und Praxis sehen sich heute auch nach Auffassung des Präsidenten der Bundesärztekammer einer Zentralverwaltungswirtschaft der Kassen, einer Marktberreinigung des Kliniksektors, der Errichtung einer unterstaatlichen Rationierungsbehörde und einer Zerstörung der ärztlichen Freiberuflichkeit gegenüber. Mit dem Beginn des 21. Jahrhunderts werden Politik und Gesellschaft in Deutschland entscheiden müssen, ob sie die Krankenversorgung zukünftig in die Hände einer von staatlicher Steuerung und Zuteilung geprägten Medizin oder – wie bisher – in die Verantwortung der behandelnden Ärzte und der ihnen anvertrauten Patienten legen wollen.

II. Empfehlungen der DGMR

1. **Im Krankenhaus** sind Einschränkungen der ärztlichen Therapiefreiheit durch direkte, individuelle Auflagen oder Verbote, z. B. durch den Krankenhausträger, die ärztliche Klinikleitung oder von Seiten der Kostenträger derzeit zwar noch nicht evident. Es ist jedoch zu erwarten, dass solche externen Einflüsse auch im Krankenhaus zunehmend den ärztlichen Entscheidungsspielraum einengen. Gesetzgeber, Kostenträger, Strukturveränderungen und Personalentwicklungen sollten die Individualität und Intensität der Arzt-Patienten-Beziehung sowie die Eigenverantwortlichkeit der ärztlichen Entscheidung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Grenze ihrer Eingriffskompetenz respektieren.
2. **In der vertragsärztlichen Praxis** machen sich ökonomische Zwänge insbesondere durch diverse Budgetgrenzen bemerkbar, die sowohl die eigentliche ärztliche Leistung als auch die veranlassten Kosten, sei es durch Medikamente oder notwendige Materialien, einem allgemeinen Spardiktat unterwerfen. Das die GKV beherrschende Sachleistungsprinzip führt dabei zu unsachgemäßen Einwirkungen auf die ärztliche Berufsausübung und das Arzt-Patienten-Verhältnis (z. B. Budgetierung, Qualitätssicherungsrichtlinien, Mengensteuerung, Bonus-Malus-Regelung).
Denn der Vertragsarzt ist kraft seiner Zulassung an die einschränkenden Bestimmungen der GKV gebunden. Er darf z. B. nur diejenigen neuen ambulanten Methoden anwenden, die der **Gemeinsame Bundesausschuss** anerkannt hat. Alle anderen neuen Methoden scheiden aus, es sei denn, der Patient leidet an einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung.
Diese Vorgaben der GKV dürfen den Vertragsarzt nicht in unlösbare Konflikte bringen. Denn nach dem Arzthaftungsrecht muss jeder Arzt – auch der Arzt der GKV – seine Behandlung in eigener Verantwortung und nach eigener Prüfung an dem gegenwärtigen anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaften ausrichten und auch eine neue Methode anwenden, wenn er nach sorgfältiger Prüfung zu dem Ergebnis kommt, dass sie allgemeiner medizinischer Standard ist; andernfalls macht er sich schadensersatzpflichtig. Die Einheit der Rechtsordnung verlangt daher **einheitliche Behandlungsstandards** im Sozialrecht und im Privatrecht.
3. Die Bindung an das **Sachleistungsprinzip** darf nicht dazu führen, dass der Vertragsarzt als Amtsträger i.S.d. Korruptionsdelikte (§§ 331 ff. StGB) qualifiziert wird, nur weil er den Sachleistungsanspruch konkretisiert.
4. Die mit dem **Vertragsarztrechtsänderungsgesetz** und der **Novellierung des ärztlichen Berufsrechts** geschaffenen neuen Möglichkeiten der ärztlichen Berufsausübung (Anstellung von Ärzten, Filialisierung, überörtliche Gemeinschaftspraxen, Arztstelle nach Zulassungsverzicht, MVZ etc.) eröffnen ökonomisch sinnvolle Gestaltungsmöglichkeiten, die auch der Patientenversorgung zu Gute kommen können. Sie dürfen aber nicht zu tatsächlichen und rechtlichen Abhängigkeiten führen, welche Auswirkungen auf ärztliche Entscheidungen haben und die Behandlung des Patienten negativ beeinflussen.

5. Das ärztliche Berufsrecht leidet unter der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen an Bund (Zulassung zum Arztberuf) und Länder sowie die Selbstverwaltung (Berufsausübung, Fort- und Weiterbildung) einerseits und dem Zugriff aus dem Bereich des Sozialrechts (Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung) andererseits. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Sozialversicherungsrecht darf nicht für allgemeine Fragen des ärztlichen Berufsrechts ausgenutzt werden. Es erscheint im Übrigen sachgerecht, **einheitliche Regelungen zum ärztlichen Berufsrecht** einschließlich des Weiterbildungsrechts zu schaffen.
6. Bereits heute bestehende medizininformatische Anwendungen, wie z. B. Arztpraxis- und Krankenhausinformationssysteme, Algorithmen für die Bild- und Signalauswertung oder die teilautomatische Kommunikation von Dokumenten werden zukünftig vermehrt durch neue Anwendungen, wie z. B. Telemonitoring, Zweitmeinungszentren, verteilte Wissensplattformen, eLearning-Plattformen, Internetapotheken und elektronische Patientenakten, ergänzt.
Solche **medizininformatischen Anwendungen** eröffnen erhebliche Chancen für Patienten und Ärzte sowie andere medizinische Berufsgruppen, die Krankenversorgung besser, kooperativer und koordinierter zu gestalten. Sie werfen aber auch neue ethische, rechtliche und praktische Fragen auf, die teilweise noch ungeklärt sind. Falsche Entwicklungen bei medizininformatischen Anwendungen können die Gefahr von Beschränkungen der ärztlichen Therapiefreiheit und Berufsausübung erhöhen. Daher bedarf es eines verstärkten berufspolitischen Engagements der Ärzteschaft, sich qualifiziert mit Chancen und Risiken des Einsatzes der Informationstechnologie in der Medizin auseinanderzusetzen und das Sinnvolle auch zum eigenen und zum Nutzen des Patienten umzusetzen.
7. Die u. a. vom Sachverständigenrat und der Gesundheitspolitik empfohlene stärkere **Einbindung der nicht-ärztlichen Assistenzberufe** in die Gesundheitsversorgung hat gerade für die Angehörigen des Arztberufes weitreichende Auswirkungen. Die Ausweitung von Delegationsmöglichkeiten dient insbesondere bei Routinemaßnahmen (z. B. Dokumentation, Organisation) der Arbeitsentlastung des Arztes und ist insoweit zu begrüßen.
Die rechtlichen Verantwortlichkeiten im Falle von Substitutionen, also dauerhaften Übertragungen von ärztlichen Tätigkeiten an nicht-ärztliche Mitarbeiter, müssen geklärt und eindeutig zugeordnet werden. Während bei einer Delegation die rechtliche Verantwortung beim Arzt verbleibt, muss diese im Falle einer Substitution in Bezug auf die übertragene Tätigkeit auf den Empfänger übergehen. Denn bei fehlender „Letztentscheidungsbefugnis“ des Arztes kann es auch keine rechtliche „Letztverantwortlichkeit“ des Arztes geben. Die Verlagerung der Verantwortlichkeiten darf dabei nicht zu einer Risikoerhöhung für den Patienten führen.
Die medizinischen Fachdisziplinen und fachärztlichen Berufsverbände sollten, ggf. gemeinsam unter dem Dach der Arbeitsgemeinschaft Wissenschaftlich Medizinischer Fachgesellschaften (AWMF), eine Neuordnung ihrer Leistungs- und Aufgabenkataloge (z. B. in Leitlinien) vornehmen und dabei insbesondere diejenigen Leistungen definieren, die dem originären ärztlichen Bereich zu-

zuordnen sind und solche Leistungen, die delegiert oder substituiert werden können. Dadurch wird gewährleistet, dass die Rechtsprechung solche von der Fachwelt gutgeheißenen Entwicklungen den gerichtlichen Entscheidungen als Standard zu Grunde legt. Allerdings wird die Rechtsprechung nicht bereit sein, dies auf Kosten des Schutzes des Patienten zu tun. Dies gilt auch für die Frage der Delegation der ärztlichen Aufklärung.

8. Die ärztliche Therapieentscheidung darf nicht von ökonomischen Aspekten geprägt werden. Die **Freiberuflichkeit und Humanität des Arztberufes** kann sinnvoll nur aus der Mitte des Berufsstandes heraus gewahrt und fortentwickelt werden. Deshalb muss die Ärzteschaft weiterhin um den Erhalt dieses Leitbildes kämpfen und sich gegen die Vereinnahmung durch Gesetzgeber und Gesellschaft zur Wehr setzen.

Berlin im September 2007

Das Präsidium der DGMR e.V.