

# 1. Podiumsdiskussion

*Jungbecker:* Im Zentrum unseres diesjährigen, 10. Symposiums, steht die Medizin – konkreter: die ärztliche Behandlung – als Objekt der Kontrolle durch das Strafrecht.

Es bedarf sicherlich keiner prophetischen Gaben, um einen äußerst kontroversen Diskussionsverlauf vorherzusagen.

Dies sicherlich schon deshalb, weil der Denkansatz des Strafrechts – den Schutz der Patienten zu gewährleisten – sich vom Denkansatz der Medizin – das Bewahren von Gesundheit und Leben des Patienten – letztendlich nicht unterscheidet.

Welche Berechtigungen – so fragen sich Ärzte immer wieder – hat also das Strafrecht in der Medizin? Gibt es tatsächlich einen Bedarf für eine leitende, verstärkende, regulierende, sanktionierende Funktion des Strafrechtes?

Wir dürfen, so denke ich, im Verlaufe der heutigen Diskussion hierzu auf interessante und wesentliche Aspekte gespannt sein.

Erlauben Sie mir ein kurzes Resümee zu den drei Referenten unseres ersten Vortragsblocks:

Ich habe nach den Ausführungen von Herrn Dr. Bergmann und Herrn Dr. Thomas den Eindruck gewonnen, daß im Hinblick auf die Problematik der Arbeitsteilung ein weitgehender Gleichlauf in der zivil- und strafgerichtlichen Rechtsprechung festzustellen ist.

Für mich stellt sich deshalb die Frage: Wohin ist eigentlich das spezifisch strafrechtliche in der juristischen Beurteilung ärztlicher Behandlung begründet?

Und wenn ich mir die von Herrn Dr. Ratajczak genannten Einstellungsquoten der Ermittlungsverfahren gegen Ärzte in Erinnerung rufe, stellt sich für mich die weitere Frage:

Inwieweit gibt es tatsächlich einen Bedarf, den Arzt – über seine haftungsrechtliche Verantwortung hinaus – auch strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen?

*Thomas, Rechtsanwalt, Düsseldorf:* Die von Herrn Kollegen Dr. Ratajczak genannten Einstellungsquote – 95 % nach § 170 II StPO, also Einstellung mangels Tatverdacht, und lediglich 2 % nach § 153 a StPO – entsprechen überhaupt nicht meiner Erfahrung, was den Bereich Düsseldorf, Bochum und Köln – also die größten Staatsanwaltschaften des Landes Nordrhein-Westfalen – angeht.

Mein Eindruck ist der folgende:

Die Dezenten der Staatsanwaltschaften in diesem Bereich sind zu meist gestandene und erfahrene Oberstaatsanwälte. Sie urteilen nicht immer präzise juristisch, sondern fragen nach der Qualität des ärztlichen Fachverhaltens: Braucht dieser betrunkene Arzt einen „gehörigen Dämpfer“, muß er sogar „aus dem Verkehr gezogen“ werden – oder handelt es sich bei seinem Versagen lediglich um eine jedem Menschen innewohnende Fehleranfälligkeit, die einer strafrechtlichen Sanktion nicht bedarf.

Selbst dann, wenn alle Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, ist die Neigung, nach § 153 a StPO zu verfahren, sehr groß. Wir haben deshalb hohe Einstellungsquoten in diesem Bereich; zur Anklage oder zum Strafbefehl kommt es nach meiner Erfahrung höchst selten. Natürlich stellt die Verfahrensweise nach § 153 a StPO auch einen prozessualen Puffer dar, um die rigide strafrechtliche Haftung des Arztes zu kompensieren und aufzufangen. Wenn wir mit der vollen Bandbreite des Strafrechts und den damit verbundenen Konsequenzen für Ärzte leben müßten, dann hätten wir eine ganz andere Verurteilungsquote. Das Strafrecht geht hier im Ergebnis viel zu weit und muß – wenn es nicht seine Legitimation verlieren will – Einschränkungen durch das prozessuale System erfahren. Das wird auch umgesetzt.

*Hackhausen, Arzt für Chirurgie, Wiesbaden:* Eine Anmerkung zur horizontalen und vertikalen Arbeitsteilung:

Das von Herrn Dr. Bergmann zitierte Urteil, bei dem der Chefarzt strafrei ausgegangen ist, ist aus meiner Sicht höchst fragwürdig. Aus meiner Sicht hat dieser Chefarzt sehr viel Glück gehabt. Ich gehe davon aus, daß in dem konkreten Fall ein Delegationsmangel vorlag, für den der Chefarzt letztendlich verantwortlich ist.

Schließlich sind wir in der Klinik so erzogen worden: Der Krankenhausarzt muß sich – unbeschadet aller Vorbefunde – einen vollständigen Überblick über den Behandlungsverlauf verschaffen. Er kann und sollte sich aus ethischen, ebenso wie aus praktischen Gründen nicht auf die Vorbefunde ungeprüft verlassen. Das gilt zumal dann, wenn die Verantwortung in der Ausführung einer Behandlung bei einem nachgeordneten Mitarbeiter liegt. Die dritte der von Herrn Dr. Bergmann genannten drei Einschränkungen des Vertrauensgrundsatzes wäre hier zu beachten: Gegenkontrolle bei fehlerträchtiger Untersuchung. Ein Ultraschall ist trotz der

Fortschritte in der Sonographie immer noch ein hoch fehlerträchtiger Befund, der auf jeden Fall vor Einleitung der Behandlung der Überprüfung bedarf.

Soweit meine Anmerkungen, ergänzend noch eine kurze Frage zum Weisungsrecht im Krankenhaus: Ein Chirurg stellt die Indikation zur Apendektomie: der Anästhesist – seinerseits ebenfalls Facharzt für Chirurgie – untersucht zusätzlich und erklärt: Es liegt überhaupt keine Apendizitis vor, ich mache keine Narkose!

Wer hat in einem solchen Fall der horizontalen Arbeitsteilung ohne gegenseitige Beaufsichtigung das Weisungsrecht? Beide sind schließlich Fachärzte für Chirurgie.

Die Lösung dieses Falles aus der Praxis kann ich Ihnen verraten: Die Operation ist dann – nach dem üblichen Gebrüll zwischen Chirurg und Anästhesist – doch nach dem Willen des Chirurgen durchgeführt worden.

Wie wäre es aber juristisch zu beurteilen?

*Bergmann, Rechtsanwalt und Notar, Hamm:* Ich danke Ihnen für Ihre wichtigen ergänzenden Bemerkungen.

Sie haben recht: In dem von mir zitierten Beispielsfall ist der Stationsarzt verurteilt worden, der Chefarzt hatte Glück.

Wir haben allein durch die Objektivierung der Sorgfaltspflichten und durch die Vernachlässigung der persönlichen Schuldkomponente materiellrechtlich ein sehr strenges Arztstrafrecht. Hinzu kommt auch noch das sog. Übernahmeverschulden: Wenn jemand eine Aufgabe übernimmt, der er nach seinen persönlichen Fähigkeiten überhaupt nicht gewachsen ist, kann er strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

Wir stellen hier ein Zusammenspiel zwischen Zivil- u. Strafrecht fest, das zu hohen, auch strafrechtlich relevanten objektivierten Sorgfaltspflichten führt.

Zu Ihrer Frage nach der juristischen Lösung des Kompetenzkonfliktes zwischen Chirurg und Anästhesist:

Wenn beide Ärzte auf ihrem Standpunkt beharrt hätten, dann, denke ich, hätte nicht operiert werden dürfen.

*Hackhausen:* Sie haben gerade betont, daß wir auch im Strafrecht einen hohen Grad der Objektivierung von Sorgfaltspflichten haben. Worin unterscheidet sich denn dann spezifisch das Arztstrafrecht vom zivilen Arzthaftungsrecht?

*Bergmann:* Bei der Vorbereitung dieses Referats ist mir aufgefallen, daß Zivil- und Straferichte wechselseitig aufeinander verweisen. Soweit es die Sorgfaltspflichten des Arztes betrifft, besteht meines Erachtens kein Unterschied. In der Praxis haben wir allerdings das Problem des unmittel-

bar Handelnden, also des Assistenz- oder Oberarztes, der einen Eingriff durchführt. Einerseits und des letztendlich verantwortlichen, aber nicht unmittelbar beteiligten Chefarztes andererseits. In dieser Konstellation taucht dann die Frage auf, ob das Unterlassen etwaiger Kontrollen oder einer Dokumentation seitens des organisationsverantwortlichen Chefarztes ein strafrechtlicher Anknüpfungspunkt – Tun durch Unterlassen, § 16 StGB – sein kann.

In der Konsequenz führt das zu der weiteren Frage, die auch Herr Kollege Dr. Thomas aufgeworfen hat, ob wir nicht noch weiter gehen und sagen müssen, zu den Organisationsverantwortlichen gehören insbesondere auch Verwaltungsleiter. In der Tat sind auch Verwaltungen schon mit angeklagt worden und es ist auch zu Verurteilungen gekommen.

Bei fehlerhaften Eingriffen sind es aber immer nur die behandelnden Ärzte selbst, die strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

*Walter, selbständiger Mund-, Kiefer- u. Gesichtschirurg, Aachen:* Ich möchte auf diesen zweiten Aspekt – daß auch andere als die unmittelbar handelnden Ärzte in die strafrechtliche Verantwortung aufgenommen werden – nochmals aufmerksam machen.

Wir haben im Moment in den Prüfungsausschüssen das Problem, Notwendigkeit, Wirtschaftlichkeit und Angemessenheit einer Behandlung festzulegen. Man hat oftmals den Eindruck, die Prüfungsausschüsse füllen diese Kriterien nach subjektiven Willen und Wünschen.

Konkreter Fall:

Hier in Nordrhein-Westfalen hat ein Arzt, dem ein Patienten zur Weiterbehandlung überwiesen wird, nicht mehr das Recht, seine Erstuntersuchung komplett abzurechnen, sondern es werden ihm nur noch symptombezogene Untersuchungen als abrechnungsfähig zugestanden. Wirtschaftlich bedeutet das für uns Weiterbehandler, daß wir auch zu mehr letztendlich nicht mehr in der Lage sein werden. Wir sehen darin allerdings einen Verstoß gegen die uns obliegenden Sorgfaltspflichten.

Ich frage Sie jetzt: Wie wird das juristisch gesehen, wie wird sich das in Zukunft gestalten und letztendlich: Gibt es rechtliche Möglichkeiten, diese Prüfungsausschüsse, die eigentlich medizinisch fehlerhaft handeln, zur Verantwortung zu ziehen?

*Jungbecker:* Mit der Verknüpfung von Fragen der Wirtschaftlichkeitsprüfung und der Einschlägigkeit des Strafrechts sprechen Sie einen sehr interessanten Gesichtspunkt an. Hier könnte sich tatsächlich eine Bruchstelle auftun.

*Dr. Freund, Rechtsanwalt und Jusititiar der Kassenzahnärztlichen Vereinigung Bayern:* Ein Symposium wie dieses dient ein Stück weiter auch der

Rechtsfortbildung. Vor diesem Hintergrund möchte ich auf einen Gesichtspunkt hinweisen, den Herr Dr. Ratajczak in seinem Referat angesprochen hat, nämlich die unterschiedliche Handhabung der ärztlichen Schweigepflicht im privaten und im öffentlich-rechtliche Bereich, also im Bereich der kassenärztlichen und kassenzahnärztlichen Tätigkeit.

Im privatrechtlichen Bereich ist der Arzt der Verschwiegenheit nach § 203 BGB verpflichtet. Wir kennen alle die Probleme mit der Übergabe der Patientendatei. Im Bereich der Krankenkassen und auch der kassenärztlichen Vereinigungen besteht meiner Ansicht nach ein enormes Defizit. Insbesondere betrifft dies den medizinischen Dienst der Krankenkassen, demgegenüber der behandelnde Arzt verpflichtet ist, grundsätzlich auch ohne Kenntnis des Patienten – also hinter dessen Rücken – hochvertrauliche Informationen weiterzugeben.

Durch das neue Solidaritätsstärkungsgesetz – wobei ich mich frage, was da gestärkt werden soll – wird diese in meinen Augen verfassungswidrige Verfahrensweise noch in die falsche Richtung vorangetrieben.

Hier ist der Gesetzgeber gefordert, und die beratenden Anwälte sollten durchaus den Mut haben, die überholte BGB-Rechtsprechung in Zweifel zu ziehen, nach der es ohne weiteres zulässig ist, in Prüfverfahren patientenbezogene Daten auch unter Namensnennung preiszugeben.

*Dr. Ratajczak, Rechtsanwalt, Sindelfingen:* Anmerkungen zu Herrn Dr. Freund und Herrn Dr. Mund:

Es wird wohl darauf hinauslaufen, daß die Krankenkassen zukünftig, weil sie über die Daten verfügen, Gesundheitsprofile ihrer gesamten Patientenschaft erstellen können. Das Bundesverfassungsgericht hat es vor vielen Jahren im Rahmen des Volkszählungsurteils als verfassungswidrig angesehen, daß eine Organisation sämtliche Behandlungsdaten eines Patienten über viele Jahrzehnte zusammenführen und speichern darf.

Die jetzige Regierung hält diese Verfahrensweise für notwendig, um die Ärzte zu disziplinieren.

Ich habe vorhin bereits angedeutet, daß über 90 % der Bevölkerung, weil gesetzlich krankenversichert, nicht mehr den Schutz der ärztlichen Schweigepflicht genießen. Alle Krankengeschichten werden gespeichert, es ist nur eine Frage der Intelligenz, ob man an diese Daten herankommt oder nicht.

Herr Dr. Mund, Sie haben eine Thematik angesprochen, die uns zivilrechtlich schon seit 1989 beschäftigt und die auch strafrechtlich von großer Relevanz ist.

Um das Ausmaß des Problems zu verdeutlichen:

Die Prüfungsausschüsse stellen fest, daß Voruntersuchungen durch Anschlußbehandler unwirtschaftlich, sprich: nicht notwendig sind. Weil sie

unwirtschaftlich und medizinisch nicht notwendig sind, macht ein Arzt diese Untersuchungen auch nicht; er bekommt sie ja nicht bezahlt.

Sowohl die zivilrechtliche wie auch die strafrechtliche Sichtweise geht vom einzelnen Patienten aus, für den alles das notwendig und sinnvoll ist, was dazu dient, seinen Gesundheitszustand wieder herzustellen oder zu verbessern bzw. um herauszufinden, worunter der Patient überhaupt leidet.

Diese – auch von Herrn Dr. Thomas angesprochene – Differenz zwischen Finanzierbarkeit des Systems und dem, was im Einzelfall straf- und zivilrechtlich im Interesse des Patientenschutzes zu fordern ist, stellt ein echtes Problem dar, das dringend einer Lösung bedarf.

Entweder haben wir beschränkte Mittel – dann muß dieses Finanzierungsdefizit auch durchschlagen auf die zivilrechtliche und strafrechtliche Zumutbarkeit der Erbringung einer bestimmten ärztlichen Leistung. Es ist nicht zumutbar, von einem Arzt Leistungen zu verlangen, die nicht bezahlt werden. Es ist nicht zumutbar, völlig übernachtigtes Personal einzusetzen, weil ich über die erforderlichen personellen Ressourcen nicht verfüge.

Ein aktueller Fall, den wir zur Zeit bearbeiten:

Wir streiten mit einem Krankenhausträger um die Ausstattung einer geburtshilflichen Abteilung. Das Arbeitszeitgesetz, das auch Straftatbestände für den Fall des Normverstößes enthält – wird in dieser Klinik massiv mißachtet, weil es schlicht und ergreifend kein Personal gibt. Jeder, der mit diesem Krankenhaus befaßt ist, weiß das. Es gibt immer wieder mal Untersuchungen durch das Gewerbeaufsichtsamt, die mit der Feststellungen enden: Na gut, es geht eben nicht anders... Wenn die Verhältnisse einigermaßen geordnet sein sollten, müßte die geburtshilfliche Abteilung um den Faktor 2 personell aufgestockt werden – das ist völlig ausgeschlossen.

Die Alternative wäre, die Abteilung zu schließen. Aber eine Abteilung mit 20 Arbeitsplätzen und 1000 Geburten im Jahr schließt man nicht.

Es ist nur eine Frage der Zeit, bis sich in dieser Klinik ein folgenschwerer Fehler ereignet.

Ich kann Ihnen jetzt schon sagen, was dann passieren wird:

Nicht die Verwaltung, die die notwendigen finanziellen Mittel zur ordnungsgemäßen Ausstattung der Abteilung verweigert; nicht die Krankenkasse, die nicht bezahlen will, ist zivil- und strafrechtlich in der Verantwortung. Der Schuldige ist wieder einmal ausschließlich der Arzt.

Wir werden große Schwierigkeiten haben, Gerichten und Staatsanwaltschaft klarzumachen, daß die Grenze der Zumutbarkeit auch eine strafrechtliche Grenze ist, die man einfach akzeptieren muß. Der frühere Vorsitzende des 6. Senats des BGH, Steffen, hat zutreffend einmal festgestellt: Es gibt allgemeine Grenzen dessen, was eine Volkswirtschaft finanzieren will; die Konsequenzen dieser notwendigen Grenzziehung treffen im konkreten Fall dann den Einzelnen.

Ich warte darauf, daß Bundesrichter nicht nur in ihren Festschriften derartige Feststellungen treffen, sondern daß sie auch Eingang in die Rechtsprechung finden.

Im Strafrecht würde sich dies anbieten.

*Dr. Mund, Kiefer- und Gesichtschirurg, Aachen:* Es gibt noch einen weiteren Aspekt, der uns im Moment Sorgen bereitet:

Wir versuchen in allen möglichen Bereich der Medizin eine Qualitätssicherung durchzuführen. Verschiedene Gesellschaften haben sich darauf spezialisiert, die Deutsche Gesellschaft für Qualitätssicherung, die Europäische Foundation for Quality Management und die Evident Based Medicine, eine WAO-Organisation. Sie alle haben im Ergebnis festgestellt, daß das verfügbare medizinische Wissen nur zu etwa 10 – 15 % den Patienten zugute kommt. Das hat im wesentlichen seine Begründung darin, daß die wirtschaftlichen Ressourcen einfach nicht mehr gegeben sind. Wir werden aber, wenn es zu gerichtlichen Verfahren kommt, nicht an dem zugänglichen, sondern an dem verfügbaren Wissen gemessen. Dieses verfügbare Wissen ist unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten überhaupt nicht mehr darstellbar.

Ich frage Sie: Gibt es nicht juristische Möglichkeiten, die Medizin in dieser untragbaren Situation zu unterstützen?

*Jungbecker:* Dieser sehr wichtige Gesichtspunkt, Herr Dr. Mund, den auch Herr Dr. Ratajczak bereits betont hat, zeigt, wie extrem Angehörige der Heilberufe, speziell der Arzt, gerade durch das Damoklesschwert der Wirtschaftlichkeitsprüfung in die Enge gedrängt werden können.

Wir sollten und wir werden uns auch im weiteren Verlauf der Diskussion darüber Gedanken machen müssen, wie die Verknappung der wirtschaftlichen Ressourcen sich auf das Strafbedürfnis der Gesellschaft, den Strafanspruch des Staates gegenüber dem Arzt auswirkt.