

## 25. Hellmut-Weese-Gedächtnisvorlesung

im Rahmen der 59. Jahrestagung der DGAI  
6. Mai 2012, Leipzig

K. Ulsenheimer

## Das Gewissen des Arztes in einer verrechtlichten und ökonomisch geprägten Medizin

(im Wortlaut)

### Herr Präsident, meine Damen und Herren!

#### I.

Den ehrenvollen Auftrag, in diesem Jahr anlässlich Ihrer Jahrestagung die Hellmut-Weese-Gedächtnisvorlesung zu halten, habe ich mit einer gewissen Skepsis und nicht ohne Zögern übernommen. Denn ausweislich der Statuten soll der Vortragende „ein hervorragender Repräsentant der Wissenschaft, Kunst oder Politik“ sein, so dass man sich natürlich fragen muss, ob man diesen Anforderungen genügt. Dies gilt umso mehr, als für meine Person die Bereiche „Kunst“ und „Politik“ ausscheiden und für mich als Jurist nur die Rechtswissenschaft übrig bleibt. Juristen aber werden von vielen Ärzten aus unterschiedlichen Gründen als Gegner, zumindest mit einer gewissen Distanz betrachtet: Richter oft als „weltfremd“, Staatsanwälte als „verfolgungswütig“ und Rechtsanwälte als „geldgierig“. „Judikatur und Medizin sind Antagonisten“, hat der bekannte Heidelberger Chirurg K.H. Bauer schon vor über 50 Jahren festgestellt und dabei auf die vielfältig sichtbare Diskrepanz zwischen ärztlichem Heilauftrag und rechtlichen Bindungen verwiesen.<sup>1</sup> Der Mediziner fühlt sich durch den Juristen in seiner Berufsfreiheit bedroht, eingeengt, bevormundet und wünscht sich daher oder fordert gar unterschwellig „Freiheit vom Recht“, gleichzeitig aber auch mehr „Schutz im“ – und durch das – „Recht“.<sup>2</sup>

Wenn ich dennoch die Einladung zu diesem Vortrag letztlich mit Dank und besonderer Freude angenommen habe, so beruht dies zum einen darauf, dass ich – wie es ein juristischer Kollege einmal ausdrückte – als „amicus medicorum“ gelte und in Ihrer Einladung dies anerkennend bestätigt sehe. Zum anderen aber möchte ich aufzeigen, dass trotz aller – auch von mir geteilten – ärztlichen Kritik an einzelnen, höchstrichterlichen Urteilen und Entwicklungstendenzen, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sich durchaus – zwar nicht stets, aber doch immer wieder – bemühen, „den großen Schwierigkeiten des ärztlichen Berufs“ und „der Verantwortung, die der Arzt, wie kaum ein anderer zu tragen hat, gerecht zu werden“.<sup>3</sup> Sichtbar wird dies vor allem in Grenzfällen, im Rahmen von Ausnahmesituationen, Konfliktslagen, oder bei Güter- und Pflichtenkollisionen, in denen der Arzt unter Berufung auf sein Gewissen im Widerstreit rechtlicher Pflichten und ökonomischer Zwänge entschieden hat und dies im Ergebnis als rechtlich vertretbar anerkannt wurde.

#### II.

Dieses Spannungsverhältnis entfaltet sich in einem für die Ärzteschaft schwierigen Umfeld, das ich hier nicht in seinen Entwicklungen und Ursachen im einzelnen darstellen kann, aber doch kurz mit einigen wenigen Strichen aufzeigen möchte. Zwei Grundströmungen sind es, die in den letzten beiden Jahrzehnten mehr und mehr auf Inhalt und Grenzen des

ärztlichen Heilauftrags einwirken und seine Erfüllung, „Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen, Leiden zu lindern, Sterbenden Beistand zu leisten“, massiv erschweren, teilweise sogar unmöglich machen: Die eine Grundtendenz ist die Verrechtlichung, die andere die Ökonomisierung der Medizin.

1. Es ist ein Phänomen unserer Zeit, „dass die rechtsfreien Räume praktisch überall zurückgedrängt werden“ und man versucht, „alles in Gesetze und Paragraphen zu fassen“.<sup>4</sup> Das Normendickicht wächst und wächst, weil der Gesetzgeber „auch den letzten denkbaren Sonderfall“ regelt, immer weitere „Fallgruppen und Unterfallgruppen“, Ausnahmetatbestände „und Ausnahmen hiervon“ bildet,<sup>5</sup> so dass der Durchblick und die Übersicht für den Laien schwindet. Auf dem Gebiet der Medizin ist diese Regelungsbreite und -tiefe „besonders augenfällig“:<sup>6</sup> Arzneimittel- und Medizinproduktegesetz, Gentechnik-, Gendiagnostik- und Infektionsschutzgesetz, Stammzell- und Embryonenschutzgesetz, Transplantations- und Transfusionsgesetz, Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder, Röntgen-, Strahlenschutz- und Gewebeverordnung, dazu zahlreiche

1 K.H. Bauer, Langenbeck's Archiv für klinische Chirurgie, 1961, Bd. 298, S. 287, 289 ff, 293

2 Taupitz, NJW 1986, 2851

3 Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 3

4 Honsell, Handbuch des Arztrechts, 1994, S. 1

5 Schneider, JZ 1987, 696, 697

6 Honsell, a.a.O., S. 1

Novellen und Ausführungsbestimmungen stammen überwiegend aus den letzten 20 Jahren und belegen beispielhaft – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die vielfältigen und ausgreifenden gesetzgeberischen Aktivitäten.

Hinzu kommen die fast permanenten, oft grundlegenden Änderungen im Krankenhausrecht sowie der ständige Wandel im Recht der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung durch Gesetze, deren Namen kaum aussprechbare Wortungetüme<sup>7</sup> darstellen und deren Text selbst für Juristen zunehmend unverständlicher und unübersichtlicher wird. Das Europarecht mit einschneidenden Vorgaben in Form von Richtlinien und das Satzungsrecht der Kassenärztlichen Vereinigungen und Ärztekammern verstärken die Normenflut mit weiteren bürokratischen Reglementierungen, an denen auch die Fachgesellschaften, Berufsverbände und andere ärztliche Organisationen im Zuge der Leit- und Richtlinienneuphorie seit 1995 tatkräftig mitwirken.<sup>8</sup> Die Regulierungswut des modernen Staates kennt kaum eine Grenze!

**2.** Hand in Hand mit diesem Drang zur Normierung geht eine in vielen Punkten überstrenge Arzthaftpflichtjudikatur, vor allem des BGH, der signifikant häufig die Vorinstanzen infolge verschärfter Anforderungen korrigiert und durch zahlreiche, mit Billigkeitserwägungen begründete Beweislastverschiebungen zu Ungunsten der Behandlungsseite deren forensisches Risiko drastisch erhöht hat. Dies zeigen gegenwärtig rund 12.000 Klagen auf Schadensersatz und Schmerzensgeld, mehr als 11.000 Verfahren vor den Schlichtungsstellen bzw. Gutachterkommissionen und etwa 40.000 Anspruchsanmeldungen bei den in der BRD tätigen Arzthaftpflichtversicherern überdeutlich.

**a)** Ein Ende dieser Entwicklung ist nicht abzusehen, im Gegenteil: je größer der medizinische Fortschritt in Diagnostik und Therapie, je besser die „sich stetig vervollkommnenden Verfahren der Qualitätssicherung“, umso mehr „steigen die Standards und damit die Sorgfaltspflichten“.<sup>9</sup> Je höher aber der jeweilige medizi-

nische Standard, dessen Einhaltung die Rechtsprechung vom Arzt jederzeit gebieterisch verlangt, umso naheliegender ist die Gefahr eines Pflichtverstoßes und damit das zivil- und strafrechtliche Haftungsrisiko wegen eines Behandlungsfehlers.

**b)** Gleiches gilt für die Organisationspflichten mit zunehmender Spezialisierung und Subspezialisierung der Medizin: Je größer „die Zahl der an Diagnose und Therapie beteiligten Ärzte und Hilfskräfte, je komplizierter und aggressiver die apparativen und medikamentösen Mittel, desto mehr Umsicht und Einsatz erfordern die Planung, Koordination und Kontrolle der klinischen Abläufe“.<sup>10</sup> Desto leichter unterläuft aber auch ein Versehen und begründet die Haftung, zumal ja jegliches Fehlverhalten, jedes noch so geringfügige Versagen, wie es jedem verantwortungsbewussten Arzt jederzeit einmal unterlaufen kann, seine Einstandspflicht auszulösen vermag und man im Nachhinein natürlich immer schlauer ist.

**c)** Auch beim dritten Haftungsgrund, der mangelnden Aufklärung, ist eine tendenzielle Erhöhung des forensischen Risikos des Arztes durch überspannte, oftmals realitätsferne und wegen ihres Übermaßes dem Patienten häufig nichts nützende, ja ihn verwirrende und belastende richterliche Forderungen festzustellen. Beispielhaft erwähne ich hier nur die sog. eingriffsspezifischen Risiken, über die gänzlich unabhängig von ihrer Risikofrequenz selbst im Bereich von 1:1 Mio. oder noch seltener aufgeklärt werden muss, wenn sie für den

Patienten überraschend sind und im Falle ihrer Verwirklichung seine weitere Lebensführung besonders beeinträchtigen. Der ehemals tragende Gedanke ärztlicher Fürsorge, den Patienten nicht zu beunruhigen, ist im Aufklärungsgespräch tabu und durch den bedingungslosen Primat der Selbstbestimmung vollständig verdrängt worden.

Das hat dazu geführt, dass der Vorwurf eines Aufklärungsfehlers von Patientenseite fast routinemäßig erhoben wird und zu einem „regelrechten Auffangtatbestand“<sup>11</sup> avanciert ist. Wegen der den Arzt insoweit treffenden Beweislast wird dadurch das typischerweise beim Patienten liegende Behandlungsrisiko de facto weitgehend auf den Arzt verlagert<sup>12</sup> und auf diese Weise quasi „durch die Hintertür“<sup>13</sup> anstelle der bestehenden Verschuldens- eine Gefährdungshaftung eingeführt. Der BGH hat diese Fehlentwicklung zwar gesehen und ausdrücklich betont, die Aufklärungsrüge dürfe nicht missbraucht und als „Vorwand“ benutzt werden, „um das Risiko unvermeidbarer Fehlschläge“ auf die Behandlungsseite zu überwälzen.<sup>15</sup> Aber die Mahnung, der Arzt müsse eine „faire Chance“ haben, dem Beweislastrisiko zu entrinnen, blieb in der Justizpraxis weitgehend unbeachtet. Denn viel zu selten wird „dem Arzt ‚im Zweifel geglaubt‘, wenn ‚einiger Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch erbracht ist‘“,<sup>16</sup> wie es der BGH annahmte.

**3.** Während das zivile Haftungsrisiko immerhin, wenn auch nur zu hohen Prämien, noch versicherbar ist, trifft die

7 z.B. Arzneimittelneuordnungsgesetz, GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz

8 Weissauer, Die Medizin im Spannungsverhältnis zwischen Recht und Ökonomie in: Hellmut-Weese-Gedächtnisvorlesungen, FS der DGAI 1998, S. 203; s. auch Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 24: „Der ärztliche Dienst erscheint juristisch durchnormiert, reguliert und bemessen durch eine kaum mehr übersehbare Vielzahl von Regeln“

9 Laufs, Der ärztliche Heilauftrag aus juristischer Sicht, 1989, S. 20

10 Umbreit, Die Verantwortlichkeit des Arztes für fahrlässiges Verhalten anderer Medizinalpersonen, 1992, S. 3

11 Knoche, NJW 1989, 758

12 Schreiber, Langenbeck's Archiv für klinische Chirurgie, Bd. 352, S. 46

13 Knoche, a.a.O., S. 758; ebenso Weissauer: „Aus einem Rechtsinstitut zum Schutz der Selbstbestimmung wird ein Instrument der Surrogatshaftung für nicht beweisbare Behandlungsfehler, a.a.O., S. 208

14 Weissauer, a.a.O., S. 208

15 BGH NJW 1979, 1933, 1934; MedR 1985, 168, 169

16 BGH MedR 1985, 168, 169

gleichfalls erheblich gestiegene Gefahr der Strafverfolgung den Arzt höchstpersönlich und kann wirtschaftlich/beruflich durchaus bedrohliche existentielle Folgen haben. In diesem Zusammenhang ist als erstes die stereotype Bejahung des „besonderen öffentlichen Interesses“ bei fahrlässiger Körperverletzung durch die Staatsanwaltschaft zu nennen, meist ohne jede Begründung, obwohl die Aufnahme von Amtsermittlungen nach dem gesetzlichen Wortlaut des § 230 StGB die Ausnahme bildet und im Regelfall der Strafantrag des Patienten Prozessvoraussetzung ist.

Als zweites kommt die unreflektierte, unkritische Übernahme der ausgreifenden zivilistischen Aufklärungsjudikatur im Strafrecht hinzu, obwohl namhafte Stimmen aus der Rechtswissenschaft gerade hiervon wegen der gänzlich anderen Funktion der Aufklärungsrüge im Zivilprozess und der notwendigen Subjektivierung des Sorgfaltsmaßstabs im Strafverfahren gewarnt hatten.<sup>17</sup>

In jüngster Zeit verstärken zwei neue Erscheinungen im Bereich des Strafrechts den Eindruck des Übermaßes: zum einen die Qualifizierung des niedergelassenen Arztes, der ja seit alters als Prototyp des „freien Berufs“ gilt, als „Sachwalter der Vermögensinteressen der Krankenkassen“ im Rahmen des Untreueparagrafen und – noch weitergehend – als deren „Beauftragter“ oder sogar „Amtsträger“, so dass die Strafvorschriften wegen Bestechlichkeit bzw. Vorteilsannahme (§ 299, § 331 ff StGB) Anwendung finden können. Hierüber entscheidet demnächst der Große Senat des BGH in Strafsachen aufgrund zweier Vorlagebeschlüsse, die sich beide in der Tendenz klar für die Strafbarkeit des Vertragsarztes aussprechen.<sup>17a</sup>

Als zweites Phänomen sind in diesem Zusammenhang die früher unbekannteren, sich aber in den letzten Jahren mehrenden Fälle zu erwähnen, in denen bei Verletzung der Aufklärungspflicht eine vorsätzliche Körperverletzung bejaht wird und dadurch im Falle des Todes des Patienten der Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) angewandt wird. Dieser sieht –

im Unterschied zur in aller Regel mit Geldstrafe geahndeten fahrlässigen Tötung – eine Mindeststrafe von drei Jahren Freiheitsentzug ohne Bewährungsmöglichkeit vor, in minderschweren Fällen immerhin noch eine Strafuntergrenze von 1 Jahr.

Betrachtet man diese Entwicklung, so lässt sich nicht leugnen, dass der Frankfurter Oberstaatsanwalt Badle Recht hat, wenn er von einer „Inflation des Strafrechts“ im ärztlichen Bereich spricht. Aus dem „Feuerlöschgerät für Fälle, wo es wirklich brennt“,<sup>19</sup> ist inzwischen eine „Allzweckwaffe“ in der Auseinandersetzung zwischen Arzt und Patient geworden, obwohl strafrechtliche Sanktionen nach allgemeiner Ansicht als die „schärfste und am stärksten stigmatisierende“<sup>20</sup> Waffe des Staates nur in „weiser Beschränkung“ als Ultima Ratio eingesetzt werden sollten.

### III.

Der zweite fundamentale Trend im Bereich ärztlichen Handelns ist die Ökonomisierung, d.h. dessen mehr und mehr wachsende Ausrichtung am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Beeinflussung durch Kosten-Nutzen-Erwägungen, die jahrzehntelang als unärztlich und Widerspruch zum ärztlichen Heilauftrag zurückgewiesen wurden. Die drastischen demographischen Verschiebungen im Altersaufbau unserer Bevölkerung, die erheblich verlängerte Lebenserwartung, das massiv gestiegene Anspruchsdenken der Patienten und nicht zuletzt die durch den medizinischen Fortschritt ausgelöste „Explosion des Machbaren“ haben jedoch zunehmend einen Zielkonflikt zwischen Ökonomie und Medizin verursacht, der die notwendige „Balance“ zwischen gebotenen Behandlungsstandard und sinnvoller Wirtschaftlichkeit und Finanzierbarkeit<sup>21</sup> unseres Gesundheitssystems zugunsten der Kostenaspekte verschoben hat. „Die Kliniken werden kommerziell.“<sup>22</sup>

Schon die heutige Diktion und Begrifflichkeit sind verräterisch und zeigen anschaulich das „Diktat des Geldes“: das Krankenhaus mutiert zum „Profitcenter“, der Patient zum „Kunden“, der Arzt zum

„Leistungserbringer“. „Gewinnmaximierung“ ist das Ziel, die „erlösoptimierende Codierpraxis“, „Erschließung von Effizienzreserven“ und „Bonusvergütungen“ aufgrund von „Leistungsanreizen“ oder „Zielvereinbarungen“ – mittlerweile in fast 45% der Neuverträge für Chefarzte verankert –<sup>23</sup> sind weitere Hilfsmittel auf dem Weg dorthin, den betriebswirtschaftlich geschulte „Gesundheitsmanager“ in der Krankenversorgung mit eiserner Konsequenz vorgeben. Es geht darum, „möglichst viele Patienten in möglichst kurzer Zeit mit möglichst geringem Versorgungsaufwand durch die Klinik zu schleusen“.<sup>24</sup> Eine vernünftige, begrüßenswerte Effizienzsteigerung und Rationalisierung sieht anders aus!

Die Frage nach der Berechtigung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen, der Berechtigung einer Rendite im Krankenhausbereich, also der Abhängigkeit einer Investition von den zu erwartenden Erlösen, wird gar nicht mehr gestellt mit der bedrückenden Folge: „Was sich nicht rechnet, findet nicht statt“<sup>25</sup> oder auch umgekehrt: „Was sich rechnet, wird umso mehr gemacht“, ohne dass die Indikation für solch lukrative Therapien immer zweifelsfrei gegeben ist. In manchen Krankenhäusern sollen Ärzte und Geschäftsführer schon darüber streiten, „wie viele „unrentable“ Patienten sie aufnehmen dürfen“, weil die gestellte Diagnose keine „wertschöpfenden Behandlungen“ auslöst und damit das zugewiesene Budget gesprengt wird.<sup>26</sup> Man spricht von „teuren“ multimorbiden Patienten und dem gewinnbringenden

17 Tröndle, MDR 1983, 883; Kuhlen, FS Müller-Dietz, 2001, 437, 438; Schönke-Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, 28. Aufl. 2010, § 15 Rdnr. 223; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 55b, S. 88

17a Entgegen den Erwartungen bzw. Befürchtungen der meisten Sachkenner hat der Große Senat entschieden, niedergelassene Vertragsärzte seien weder Amtsträger noch Beauftragte der Krankenkassen (NJW 2012, 2530)

18 BGHSt 49, 17 ff; MedR 2004, 613 ff

19 Kaufmann Arthur, ZStW Bd. 73 (1961), S. 343

20 Eser, in: Frisch (Hrsg.), Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts, 2006, S. 323

21 Dressler, FS Geiß, 2000, 386

22 FASZ vom 29.04.2012, S. 41

23 Münchner Merkur vom 7.2.2012, S. 1

24 v. Lutterotti, FAZ vom 11.4.1012, S. N1

25 Leidner, DÄBI 2009, 1456

26 Leidner, a.a.O., S. 1456



leicht und akut Erkrankten, der hohe Erträge abwirft, während die für den Patienten so wichtige „sprechende Medizin“ aus wirtschaftlichen Gründen vernachlässigt wird.

Das alles sind Ihnen wohlvertraute, manchmal mit Kopfschütteln und Unverständnis, manchmal wohl auch mit Resignation oder gar Empörung zur Kenntnis genommene Erwägungen und Begriffe aus der meist fremden Welt der Wirtschaft, die Ihren Alltag prägen und erschweren. Denn daraus entsteht für den Arzt ein ständiger Loyalitätskonflikt: Ist er in erster Linie seinem Patienten, dessen Schutz und Sicherheit, Wohl und Gesundheit verpflichtet oder hat er gleich- bzw. sogar vorrangig die materiellen Interessen seines Arbeitgebers zu wahren, damit das Betriebsergebnis möglichst hoch ausfällt,<sup>27</sup> was sich bei erfolgsabhängigen Vergütungen allerdings auch auf den „eigenen Geldbeutel“ positiv auswirkt? Die Rechtsprechung gibt darauf eine ebenso klare wie unmissverständliche Antwort: „Summa lex medici salus aegroti“,<sup>28</sup> mit den Worten des BGH: „Oberstes Gebot und Richtschnur“ ärztlichen Verhaltens ist „das Wohl des Patienten“,<sup>29</sup> seine Sicherheitsinteressen haben absolute Priorität.<sup>30</sup>

#### IV.

Verrechtlichung und Ökonomisierung stehen nun aber nicht beziehungslos nebeneinander, sondern in einer fatalen Wechselwirkung, durch die sie sich gegenseitig „hochschaukeln“ und verschärfen. Die Forderungen des Rechts zu erfüllen, wird für den Mediziner nämlich nicht nur immer schwieriger, je höher die Standards, sondern auch je knapper die finanziellen Mittel sind, je weiter also das medizinisch Machbare und das ökonomisch Mögliche bei der ärztlichen Berufsausübung auseinanderklaffen. Steigende Patientenzahlen, kürzere Liegezeiten, zunehmender bürokratischer Aufwand, personell ausgedünnte Abteilungen, dadurch Zeitdruck, überforderte Ärzte und Pflegekräfte, Verkürzung oder Wegfall des Vertrauens schaffenden Gesprächs mit dem Patienten, mangelnde Anleitung und Kontrolle,

fehlende apparative oder medikamentöse Mittel sind ein geradezu „idealer, fast zwingender Nährboden für Fehler“<sup>31</sup> und erhöhen so das Haftungsrisiko.

Ihm versucht der Arzt dadurch zu begegnen bzw. zu entrinnen, dass er bei Diagnose und Therapie nicht nur die Risiken für den Patienten, sondern „auch die eigenen forensischen Gefahren“ bedenkt und „als indizierende wie kontraindizierende Faktoren ins Kalkül“ zieht.<sup>32</sup> „Nicht mehr das Postulat bestmöglicher Hilfe für den Kranken“<sup>33</sup> steht im Zentrum ärztlichen Denkens und Handelns, sondern die Sorge, sich in den Fängen juristischer Auseinandersetzungen zu verwickeln. Damit steigt das haftungsrechtlich induzierte Streben nach Absicherung und sinkt zwangsläufig die Bereitschaft zur Übernahme von Verantwortung für einen riskanten Eingriff,<sup>34</sup> so dass einerseits mehr als eigentlich medizinisch notwendig an Diagnose und Therapie gemacht wird, und andererseits „risikobehaftete, aber durchaus indizierte“ medizinische Maßnahmen „infolge übermäßiger Vorsicht und Angst vor finanziellen Nachteilen unterbleiben“.<sup>35</sup> „Jede neue Bindung“, sei sie rechtlicher oder ökonomischer Natur, bedeutet aber einen „Verlust an individueller Selbstverantwortung und persönlicher Freiheit“,<sup>36</sup> dämpft „Tatkraft“, Entscheidungsfreude und Eigeninitiative,<sup>37</sup> zum Nachteil der Patienten, die „die Rechnung“ der Einsparungen an falscher Stelle und einer ärztlich nicht begründeten Steigerung bestimmter Leistungen zu bezahlen haben.

Aus der verrechtlichten wird eine defensive Medizin, deren Charakteristika Verantwortungsscheu und Sicherheitsdenken durch Ausweitung von – medizinisch unnötigen – Untersuchungen, überflüssige Prophylaxe und Vermeidung von Risiko sind.<sup>38</sup> Wenn aber die medizinische der „forensischen“, teilweise auch ökonomisch bedingten, auf Profit abgestellten Indikation<sup>39</sup> weicht, werden zusätzliche Kosten ausgelöst, deren Höhe leider nie exakt untersucht wurde, nach übereinstimmender Ansicht aller Experten aber jährlich Milliarden beträgt.<sup>40</sup> Ein unheilvoller Circulus vitiosus ist in Gang gesetzt: Die Dominanz wirtschaft-

licher Interessen im Gesundheitsbereich mit der Folge einer Verknappung der für die Patientenversorgung zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel verschärft die Haftung und fördert dadurch die defensive Medizin, die ihrerseits unnötige Kosten verursacht (z.B. für medizinisch überflüssige Untersuchungen und höhere Haftpflichtprämien), auf diese Weise aber die frei verfügbaren finanziellen Ressourcen für Personal, Medizinprodukte und Medikamente absenkt und damit wiederum das Haftungsrisiko steigert.

#### V.

Es unterliegt wohl keinem Zweifel, dass der hier beschriebene, oft beklagte, aber verständlicherweise von der Ärzteschaft vielfach eingeschlagene Weg in die defensive Medizin ein Irrweg ist, eine verfehlte Reaktion, die medizinisch, rechtlich und ökonomisch ins Abseits führt. Denn „auf lange Sicht“ schadet sie der „Gesamtheit aller Patienten“,<sup>41</sup> den finanziellen Grundlagen unseres Gesundheitssystems, bedeutet für den Arztberuf einen Verlust an Identität und für Justiz und Gesetzgebung einen erheblichen Vertrauensschwund.<sup>42</sup> Wie aber kann dieser Teufelskreis durchbrochen werden, welche Möglichkeiten bestehen, die notwendige Balance zwischen Patientenrechten, ärztlichem Heilaufrag, Selbstverantwortung des Patienten und Fürsorgepflicht des Arztes herzustellen und damit den Freiraum ärztlichen Ermessens wieder zu vergrößern?

27 Leidner, a.a.O., 1457

28 OLG Stuttgart, NJW 1958, 262, 2634

29 BGH, NJW 1999, 1780, 1781

30 AG Limburg, Arztrecht 2011, 239

31 Leidner, DÄBl 2009, 1458

32 Laufs, MedR 1986, 164; ders., NJW 1991, 1521; „Eigeninitiative und Einsatzfreude“ werden durch ein „Übermaß an Verrechtlichung“ vermindert, so mit Recht Laufs, Der ärztliche Heilaufrag aus juristischer Sicht, 1989, S. 19

33 Taupitz, NJW 1986, 2858

34 Wachsmuth, KHA 1975, 424; Friedebold, Unfallmedizinische Tagungen der Landesverbände der gewerblichen Berufsgenossenschaften, 1979, Heft 38, S. 35

35 Taupitz, NJW 1986, 2858

36 Scheider Uwe H., JZ 1987, 680, 681

37 Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 65

38 Laufs, MedR 1986, 164

39 Tröndle, MDR 1983, 887

40 Weissauer, a.a.O., S. 208

41 Taupitz, NJW 1986, 2858

42 siehe Ulsenheimer, DGU-Mitteilungen 1993, 19, 25 ff

1. Ein Ausweg wäre ein „besonderes ärztliches Berufsrecht“, das die rigide Arzthaftung aufweicht und den Arzt weitgehend von Verantwortung freistellt. Beides ist jedoch illusionär, gesellschaftlich nicht vermittelbar und rechtlich nicht begründbar. Eine rechtliche Sonderstellung des Arztes scheidet schon deshalb aus, weil er selbstverständlich, wie jeder andere Staatsbürger auch, mit all seinen menschlichen Schwächen, persönlichen Unzulänglichkeiten und fachlichen Mängeln richterlicher Kontrolle durch die Bindung an Recht und Gesetz unterliegt. Ebenso wie es auf Sicht „gefährlich“ ist, „wenn die Furcht vor Richter und Staatsanwalt Ärzte dazu verleiten würde, bei kritischen Entscheidungen den am wenigsten haftungsträchtigen „Weg zu wählen“, ebenso „wäre es gefährlich, wenn Ärzte aufhörten, die Gebote des Rechts ernst zu nehmen“.<sup>43</sup>

Darüber hinaus fährt der Zug der Zeit „gegenwärtig genau in die andere Richtung: „Stärkung der Patientenrechte“ heißt die wohlfeile, populistische Parole des Gesetzgebers, mit dessen Hilfe der Patient seine Ansprüche besser beurteilen und leichter durchsetzen können soll. Der Referentenentwurf dieses sog. Patientenrechtgesetzes liegt seit einigen Monaten vor,<sup>44</sup> mit dem erklärten Ziel, „die Rechte der Patientinnen und Patienten transparent, verlässlich und ausgewogen“ zu gestalten „sowie bestehende Vollzugsdefizite in der Praxis“ abzubauen durch Stärkung ihrer Verfahrensrechte bei Behandlungsfehlern, Stärkung ihrer Rechte gegenüber den Leistungsträgern, Stärkung der Patientenbeteiligung und Information.<sup>45</sup> Von Pflichten und Eigenverantwortung des Patienten oder mehr Rechtsschutz für den Arzt ist so gut wie nirgends die Rede!

2. Vor diesem Hintergrund kann Entlastung der Ärzte, Stärkung ihrer Rechte und Verantwortung im Miteinander von Arzt, Patient und Krankenkassen nicht von der Legislative erwartet werden, sondern – und dies ist vielleicht etwas überraschend – nur aus der Rechtsprechung kommen. Denn – bei aller oft berechtigten Urteilskritik – geht unter oder wird zu sehr in den Hintergrund

gedrängt, dass auch für die Judikatur das Verhältnis Arzt-Patient „weit mehr ist als eine juristische Vertragsbeziehung“<sup>46</sup> und deshalb der Standesethik, d.h. den „dem Recht immanenten Grundgeboten und Grundwerten der Sittlichkeit“<sup>47</sup> Freiraum zur Entfaltung zu geben ist. In der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur ärztlichen Aufklärungspflicht 1979 heißt es unter wörtlicher Bezugnahme auf den Strafrechtler Eb. Schmidt: „Die Standesethik steht nicht insoliert neben dem Recht. Sie wirkt allenthalben und ständig in die rechtlichen Beziehungen des Arztes zum Patienten hinein. Was die Standesethik vom Arzt fordert, übernimmt das Recht weithin zugleich als rechtliche Pflicht. Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen des Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen“. Und das Bundesverfassungsgericht fügt hinzu: „Dies gilt heute ebenso wie ehemals“.<sup>48</sup>

Bei diesen Kernaussagen der Judikatur muss die notwendige Rück- und Neubestimmung ansetzen und zum Schutz des Arztes im und durch das Recht beitragen. Denn aus diesen – quasi in Stein gemeißelten – Grundsätzen zum Verhältnis Arzt, Ethik und Recht folgt im einzelnen:

(1) „Die Maßstäbe, nach denen die ärztliche Tätigkeit zu beurteilen ist,“<sup>49</sup> lassen sich weder „aus dem Gesetz allein gewinnen“ noch darf ihre Bestimmung „dem Berufsstand allein überlassen werden“.<sup>50</sup>

(2) Die Forderung des Standesrechts, also der Berufsordnung, wonach Ärztinnen und Ärzte „ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit“<sup>51</sup> ausüben, wird vom Recht respektiert, aber nicht durchgängig, uneingeschränkt, so dass der „bloße Verweis auf das Gewissen“ zur Legitimation und Qualitätssicherung ärztlichen Handelns nicht genügt.<sup>52</sup>

(3) Die „Regeln des ärztlichen Standesrechts beeinflussen zwar die Rechtsbeziehungen zwischen Ärzten, Patienten und Dritten nicht unmittelbar“.<sup>53</sup> Recht und ärztliche Standesethik befruchten sich aber gegenseitig

und gehen eine Symbiose ein, in der „die notwendige rechtliche Kontrolle der Medizin“<sup>54</sup> den Rahmen bildet, „innerhalb dessen dem ärztlichen Gewissensentscheid Respekt gezollt wird“.<sup>55</sup>

3. Wie sich dieser „Respekt“ praktisch auswirkt, möchte ich anhand einiger Beispiele aus den unterschiedlichsten Bereichen des Arztrechts deutlich machen:

### 1. Beispiel

Im ersten Fall ging es um eine 76-jährige, schwer herzkrankte und gehbehinderte Patientin, die eine Überdosis Morphinium und Schlafmittel in Selbsttötungsabsicht zu sich genommen hatte. Als der Hausarzt gegen 19.30 Uhr zu ihr kam, war sie schon bewusstlos, atmete nur noch schwach und hielt in ihren Händen einen Zettel mit dem Vermerk: „An meinen Arzt – bitte kein Krankenhaus – Erlösung – Datum/Unterschrift“. Da dieser überzeugt war, wegen des weit fortgeschrittenen, von ihm als tödlich angesehenen Vergiftungszustands das Leben der Patientin nur unter Inkaufnahme irreparabler, schwerster Dauerschäden verlängern, ihren Tod letztlich aber nicht aufhalten zu können, brachte er sie nicht ins Krankenhaus, sondern blieb bei ihr, bis sie am nächsten Morgen um 7.00 Uhr starb.

Der BGH bestätigte den Freispruch erster Instanz, da er die Pflicht des Arztes zur

43 Grünwald, Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Arzt und Recht, hrsg. von Göppinger, 1966, S. 126

44 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums für Gesundheit: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten

45 Ziff. B des Entwurfs

46 BGHZ 29, 46

47 Kaufmann, ZStW Bd. 73 (1961), 341, 352

48 BVerfG NJW 1979, 1925, 1930

49 Grünwald, Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Arzt und Recht, hrsg. von Göppinger, 1966, S. 125, 128

50 Laufs, MedR 1986, 163

51 MBO-Ä (2011) § 2 Abs. 1 S. 1

52 Laufs, Der ärztliche Heilauftrag aus juristischer Sicht, S. 16; ders. in Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 21

53 BayVerfGH, MedR 2012, 51, 52

54 Laufs, MedR 1986, 164

55 Koch, in: Lexikon Medizin, Ethik, Recht, hrsg. von Eser/von Lutterotti/Sporken, 1989, S. 730

Lebensrettung der Patientin sowohl unter dem Aspekt der Tötung auf Verlangen als auch der unterlassenen Hilfeleistung angesichts der „von ihm vorgefundenen außergewöhnlichen Situation“ verneinte. Im „Konflikt zwischen dem ärztlichen Auftrag, jede Chance zur Rettung des Lebens einer Patientin zu nutzen, und dem Gebot, ihr Selbstbestimmungsrecht zu achten“,<sup>56</sup> müsse sich die ärztliche Entscheidung „an den Maßstäben der Rechtsordnung und der Standesethik“ ausrichten. Denn das „Arzt-Patienten-Verhältnis“ sei „keine nur rechtsgeschäftliche, ausschließlich von dem Willen der beiden Vertragsparteien bestimmte Beziehung“ und dürfe daher die „sozial-ethischen Belange der Rechtsgemeinschaft, in der Arzt und Patient leben“, nicht außer Acht lassen.<sup>57</sup> Dazu gehörten nach „ärztlichem Selbstverständnis“, aber auch des Strafgesetzgebers die „Vorrangigkeit des Lebensschutzes“, doch gebe es „keine Rechtsverpflichtung zur Erhaltung eines erlöschenden Lebens um jeden Preis“.<sup>58</sup>

Wenn der Arzt daher „in dieser Grenzsituation den Konflikt zwischen der Verpflichtung zum Lebensschutz und der Achtung des Selbstbestimmungsrechts der nach seiner Vorstellung bereits schwer und irreversibel geschädigten Patientin dadurch zu lösen suchte, dass er nicht den bequemeren Weg der Einweisung in eine Intensivstation wählte, sondern in Respekt vor der Persönlichkeit der Sterbenden bis zum endgültigen Eintritt des Todes bei ihr ausharrte“,<sup>59</sup> so kann nach Ansicht des BGH „seine ärztliche Gewissensentscheidung nicht von Rechts wegen als unvertretbar angesehen werden“. „In einer solchen Grenzlage“ nehme die Rechtsordnung die Berufung auf das Gewissen des Arztes hin und mache ihm deshalb „die als Hilfe allein in Betracht kommende Überweisung in eine Intensivstation nicht zumutbar“.<sup>60</sup>

Freispruch und Anerkennung also für den Arzt, der nicht den Weg in die defensive Medizin einschlug, sondern in einer rechtlich schwierigen, ihn unvermittelt treffenden Lage Verantwortung übernahm und eine „wohlbegründete Ge-

wissensentscheidung“<sup>61</sup> nach den Maßstäben der Ethik und Menschlichkeit traf, um nicht das „Menschenrecht auf einen würdigen Tod den technischen Möglichkeiten der Intensivstation“<sup>62</sup> zu opfern.

## 2. Beispiel

Ein zweites Beispiel für die rechtliche Durchschlagskraft des ärztlichen Gewissensentscheidungs bietet die oftmals diskutierte Ablehnung einer Blutübertragung aus Glaubensgründen durch ein Mitglied der „Zeugen Jehovas“. Der vom OLG München entschiedene Fall<sup>63</sup> betraf eine Patientin, die wegen unklarer Befunde am rechten Eierstock zur Durchführung einer Pelviskopie stationär aufgenommen worden war und dabei ausdrücklich in einer aktuellen Patientenverfügung sowie einem besonderen Formblatt ihre „Verweigerung der Zustimmung zur Bluttransfusion“ bekundet hatte. Am Tag nach dem Eingriff wurde sie überraschend bewusstlos, es entwickelte sich eine floride, protrahierte Sepsis, die nach Einschätzung der Ärzte aus vitaler Indikation die Gabe von Fremdblut erforderlich machte.

Nachdem die Patientin wieder genesen war, verklagte sie die verantwortlichen Ärzte auf Schadensersatz und Schmerzensgeld, hatte damit jedoch in beiden Instanzen keinen Erfolg. Denn die Richter verneinten bereits ein rechtswidriges ärztliches Verhalten, da der als Betreuer eingesetzte Ehemann der Patientin in die Blutübertragung eingewilligt hatte. „Zumindest“ aber sei – so das OLG – den Verantwortlichen „ein Schuldausschlussgrund“ zugute zu halten.<sup>64</sup> Insoweit stellte der Senat zunächst zutreffend fest: „Wenn der Zeuge Jehovas wirksam seine Einwilligung in eine Bluttransfusion verweigert, hat der Arzt sich grundsätzlich daran zu halten. Dies gilt auch dann, wenn die Verweigerung einer Bluttransfusion medizinisch völlig unvernünftig ist und der Patient sich damit in Lebensgefahr oder die Gefahr des sicheren Todes begibt“.<sup>65</sup>

Dieser Grundsatz bedarf nach Ansicht des OLG München jedoch „einer Korrektur und Ergänzung“, da „ein Arzt, seinem

Eid und Berufsethos verpflichtet, nicht zu einem willenlosen Spielball“ des Patienten werde, „bar jeden ärztlichen Gewissens“.<sup>66</sup> Ein Zeuge Jehovas, der um ärztliche Behandlung bittet, dabei aber die Bluttransfusion in einer eindeutigen Patientenverfügung ablehnt, könne „nicht davon ausgehen, dass der Arzt sich in jedem denkbaren Fall unter Ausschaltung seines ärztlichen Gewissens gleichsam maschinenhaft daran halten und ihn im Falle des Falles auch sterben lassen würde“.<sup>67</sup> Denn dem Arzt, dem man in einer solchen – für ihn nicht vorhersehbaren – Situation das Recht zum Heilen und Erhalten des Lebens nimmt, würde etwas zugemutet, „was er mit seinem Gewissen nicht in Einklang zu bringen vermag“.<sup>68</sup> Diese Gewissensnot wirke unter dem Aspekt der Unzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund, so dass nach Ansicht des Gerichts „aus rechtlicher Sicht“ den beklagten Ärzten „weder aus der Verweigerung einer Transfusion noch aus der Durchführung einer solchen ein irgendwie gearteter Vorwurf gemacht werden kann“.<sup>69</sup> Denn „bei der Vornahme einer Transfusion gegen den präoperativ eindeutig erklärten Willen des Patienten“ gehe es in der späteren „Notsituation“ um die Alternative Leben oder Tod, es stehe „Gewissensentscheidung gegen Gewissensentscheidung, die dem Arzt in gleicher Weise wie dem Patienten zuzubilligen ist“.<sup>70</sup>

Ich halte das Urteil des OLG, das unter Juristen auf Kritik<sup>71</sup> gestoßen ist, für sachlich richtig, weil es einer „unangemes-

56 BGHSt 32, 367, 377

57 BGHSt 32, 367, 379

58 BGHSt 32, 367, 379

59 BGHSt 32, 367, 380, 381

60 BGHSt 32, 380, 381

61 Heberer, *Humanitas im Krankenhaus, Anspruch und Wirklichkeit*, FS Weissauer, 1986, 37, 39

62 Heberer, a.a.O., S. 45

63 MedR 2003, 174 ff

64 MedR 2003, 174, 178

65 OLG München, MedR 2003, 174, 176

66 OLG München, MedR 2003, 174, 176

67 OLG München, MedR 2003, 174, 176

68 Händel, NJW 1972, 328

69 OLG München, MedR 2003, 174, 178

70 OLG München, MedR 2003, 174, 178

71 Bender, MedR 2003, 179 f; Dirksen, GesR 2004, 124 ff; Hillenkamp, FS Küper, 2007, 123 ff



senen Kriminalisierung des handelnden Arztes durch Anerkennung der ärztlichen Gewissensentscheidung<sup>72</sup> entgegenwirkt. Wenn dieser nach gewissenhafter Prüfung in derartigen Notfällen schließlich doch Fremdblut transfundiert, ist dies m.E. eine Entscheidung, die in der Menschenwürde des Arztes<sup>73</sup> ihre Grundlage hat. Er muss in einer fast tragisch zu nennenden Pflichtenkollision nach Recht und Gewissen urteilen und gibt deshalb „Anlass, sich Gedanken zu machen“, ob nicht das Recht auf Selbstbestimmung des Patienten „Grenzen haben müsste“,<sup>74</sup> die durch die Rechte und Pflichten anderer, hier: die Rechts- und Berufspflichten der Ärzte gezogen werden. Denn ausdrücklich und mit besonderem Nachdruck verpflichtet die Bestimmung des § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 BÄO den Arzt auf sein „Gewissen“, die „Gebote der Menschlichkeit“ und die „ärztliche Ethik“, die es ihm verbieten, Grundsätze, Vorschriften oder Anweisungen zu beachten, die mit seiner Aufgabe nicht vereinbar sind und deren Befolgung er nicht verantworten kann.<sup>75</sup>

### 3. Beispiel

Weniger spektakulär, aber von erheblicher praktischer Bedeutung ist die rechtliche Anerkennung der Gewissensentscheidung im Rahmen der ärztlichen Schweigepflicht.<sup>76</sup>

a) Konkret ging es einmal um die Frage, ob den Angehörigen bzw. Erben des verstorbenen Patienten ein Recht auf Einsicht in dessen Krankenunterlagen zusteht. Da die Schweigepflicht des Arztes über den Tod des Patienten hinaus (§ 203 Abs. 4 StGB) und auch im Verhältnis zu nahen Angehörigen gilt, „kann und muss“ der Arzt ihnen die Einsichtnahme verweigern, soweit sich ihm „bei gewissenhafter Prüfung“<sup>77</sup> sachliche Gründe für die Wahrung des Arztgeheimnisses aufdrängen.

Insoweit handelt es sich nach Ansicht des BGH um eine „Gewissensentscheidung“, die „ihrer Natur nach nicht justitiabel, d.h. einer gerichtlichen Nachprüfung“<sup>78</sup> entzogen ist, so dass „der Arzt gewissermaßen selbst die letzte Instanz“<sup>79</sup> bildet. Dabei muss er sich aber bewusst

sein, dass er die Einsicht nur wegen „mindestens vertretbarer Bedenken verweigern darf“ und deshalb jedenfalls die Pflicht hat darzulegen, „unter welchem allgemeinen Gesichtspunkt er sich durch die Schweigepflicht an der Offenlegung der Unterlagen gehindert sieht“.<sup>80</sup>

b) In dem anderen Fall stellte sich die Frage, ob der Arzt ausnahmsweise die Verkehrsbehörde benachrichtigen darf, wenn sein Patient wegen einer Erkrankung fahruntauglich ist, dies aber nicht einsieht und trotz eindringlicher Warnung und Mahnung weiterhin Auto fährt. Der BGH<sup>81</sup> bejahte diese Frage mit der Begründung: „Bei dem Umfang des heutigen Verkehrs überwiegt das Interesse, fahruntaugliche Personen aus dem Verkehr auszuschalten“, das „Interesse des Einzelnen und der Allgemeinheit an der Geheimhaltung durch den Arzt. Will ein Arzt in einer solchen Lage nach einem sorgfältigen Abwägen des Für und Wider aus seinem Gewissen heraus dazu beitragen, größeres Unheil“ zu vermeiden, „so darf ihm das nicht verwehrt werden“. Ihm wird also ein Offenbarungsrecht zuerkannt, aber keine Offenbarungspflicht auferlegt.

### 4. Beispiel

Nicht nur im Zivil- und Strafrecht und damit im Arzt-Patienten-Verhältnis findet die Berufung auf das ärztliche Gewissen Anerkennung, sondern auch in anderen Rechtsbereichen, zum Beispiel dem Arbeits- und Verwaltungsrecht.

Das BAG hatte über die Klage eines in der pharmazeutischen Forschung in leitender Position tätigen Arztes zu entscheiden, der es aus Gewissensgründen abgelehnt hatte, an der Erforschung und Entwicklung eines Medikaments zu militärischen Zwecken mitzuarbeiten, und dem daraufhin gekündigt worden war. Vor Gericht machte er geltend, „sein Gewissen und sein aus tiefempfundener Überzeugung, in der Natur der ärztlichen Berufung begründeter, spezifisch humanitärer Auftrag verbiete es ihm“, an der Realisierung des Projekts mitzuwirken.<sup>82</sup>

Anders als die Vorinstanzen erkannte das BAG die rechtliche Relevanz der Gewissensentscheidung an und hielt die Kündigung für unwirksam. Denn in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht gelte ein subjektiver Gewissensbegriff, so dass die „auf Tatsachen gestützte innere Gewissensentscheidung“ gerichtlich nicht überprüfbar sei, möge sie auf religiösen oder ethischen Vorstellungen, gefühlsmäßigen Erwägungen, weltanschaulichen Grundsätzen oder politischen Überzeugungen beruhen.<sup>83</sup> Ihre Bewertung als „irrig“, „falsch“ oder „richtig“, „beachtlich“ oder „unbeachtlich“ wäre als verfassungswidrig einzustufen.<sup>84</sup> Daher müsse das Direktionsrecht des Arbeitgebers „durch die berechtigte Berufung“ des Arztes auf einen – nicht vorhersehbaren – „Gewissensnotstand“ nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) begrenzt werden.<sup>85</sup> Voraussetzung sei allerdings „eine nach außen tretende“, rational begründbare und somit nachvollziehbare „absolute Verbindlichkeit persönlicher Selbstbestimmung“.<sup>86</sup>

### 5. Beispiel

Das letzte Fallbeispiel betrifft einen niedergelassenen Facharzt für Psychiatrie,

72 Jäger, FS Küper, 2007, 224

73 Händel, NJW 1972, 327, 328

74 Händel, NJW 1972, 327, 328

75 zum Ganzen siehe ausführlich Ulsenheimer, Der Arzt im Konflikt zwischen Heilaufrag und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, FS Eser 2005, S. 1225 ff

76 BGH, MedR 1984, 24 ff

77 BGH MedR 1984, 24, 25

78 BGH MedR 1984, 24, 26

79 BGH, a.a.O., S. 26

80 BGH, a.a.O., S. 26

81 NJW 1968, 2288, 2290; auch Bockelmann überlässt es im Bereich des Verkehrsrechts der sittlichen Entscheidung des Arztes, in der Sache also seinem Gewissen, ob dieser fahruntaugliche Patienten der Verwaltungsbehörde im Interesse der Sicherheit des Straßenverkehrs meldet oder aber die „Schweigepflicht höher wertet als die moralische Pflicht zum helfenden Einschreiten zu Lasten seines Patienten“.

82 BAG MedR 1990, 288, 289

83 BAG, MedR 1990, 288, 289

84 BAG aaO, S. 290

85 BAG aaO, S. 290; zu diesem Urteil siehe auch H.-J. Rieger, DMW 1990, 954

86 Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, S. 8 Rdnr. 11

der von der Ärztekammer Nordrhein zum ärztlichen Notfalldienst herangezogen worden war. Formalrechtlich ging es um den Umfang der autonomen Satzungsgewalt dieses Organs der beruflichen Selbstverwaltung, sachlich um die Frage, ob die Ärztekammer von ihren Pflichtmitgliedern im Wege des Zwangs die Teilnahme an dieser Notversorgung der Patienten verlangen könne. Der Psychiater berief sich in allen Instanzen auf seinen Gewissenskonflikt, der darin bestehe, dass er diese ihm auferlegte Pflicht zur Hilfeleistung nicht erfüllen könne, da er „lange Zeit nach der Staatsprüfung auf einem Gebiet tätig werden müsse, auf dem ihm sonst jede Behandlung und damit jeder Erwerb von Erfahrungen standesrechtlich verboten“ sei.<sup>87</sup> Er müsse deshalb ständig befürchten, „am Krankenbett zu versagen, falsche Diagnosen zu stellen und ärztliche Fehldispositionen mit vielleicht verhängnisvollen Folgen zu treffen“.

Das Bundesverwaltungsgericht hielt diese Argumentation für durchschlagend.<sup>88</sup> „Der Beruf des Arztes“ sei „in einem hervorragenden Maß ein Beruf, in dem die Gewissensentscheidung des einzelnen Berufsangehörigen im Zentrum der Arbeit steht. In den entscheidenden Augenblicken seiner Tätigkeit“ befinde „sich der Arzt in einer unvertretbaren Einsamkeit, in der er – gestützt auf sein fachliches Können – allein auf sein Gewissen gestellt ist“.<sup>89</sup> Da „gerade beim Notfalldienst die erste ärztliche Hilfe nicht selten in einer Situation geleistet werden muss, in der Leben oder Tod von ihr abhängt“, müsse die Ärztekammer im Rahmen ihrer Organisationsbefugnis „diese Lage des Arztes respektieren“ und dürfe daher „ein Mitglied nicht dazu zwingen, eine Tätigkeit auszuüben, die es ohne begründete Gewissensbedenken nicht übernehmen kann“.<sup>90</sup> „Die Freiheit der Gewissensentscheidung“ – so das BVerwG – „bildet als ein Kernstück der ärztlichen Ethik eine immanente und wesenseigene Beschränkung jeder berufsständischen Rechtssetzungsgewalt“,<sup>91</sup> so dass der Psychiater mit Recht die Heranziehung zur Notfallversorgung verweigern durfte.

## VI.

Ich könnte weitere instruktive Gerichtsurteile zum Verhältnis „Ethik, Gewissen und Recht“ zitieren, doch genügt das ausgebreitete Fallmaterial, um daraus die Grundhaltung der Rechtsprechung abzuleiten.

**1.** Die Spruchpraxis der Gerichte zeigt, dass die Antwort des Arztes auf die Verrechtlichung seines Berufs keineswegs nur die Flucht in die Defensivmedizin, das Bestreben nach Absicherung und die Wahl des risikofreien, jedenfalls weniger risikobehafteten Verhaltens sein muss. Vielmehr findet auch die im ärztlichen Gewissen begründete, am Wohl des Patienten ausgerichtete, selbstverantwortliche Entscheidung des Arztes rechtliche Anerkennung.

**2.** Die Urteile machen deutlich, dass das Gewissen „kein abstrakter Begriff“,<sup>92</sup> keine leere Worthülse ist, sondern mit Leben gefüllt und dadurch wirksam werden kann als die „ernste, an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung“, die der Arzt in einem „Konfliktsfall“<sup>93</sup> „als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“.<sup>94</sup>

**3.** Die Freiheit des Gewissens, die das Grundgesetz als „unverletzlich“ garantiert und das Berufsrecht als Richtschnur ärztlicher Tätigkeit in Bezug nimmt, kann sich nur entfalten, wenn dem Arzt ein Entscheidungsspielraum,<sup>95</sup> ein Freiraum<sup>96</sup> für eigenverantwortliches Handeln, d.h. „pflichtgemäßes Beurteilen und Ermessen“<sup>97</sup> im Widerstreit divergierender Interessen offensteht.

**4.** Dieser ärztliche Freiraum ist allerdings rechtsstaatlich beschränkt,<sup>98</sup> „nicht jeder rechtlichen Verantwortlichkeit entzogen“,<sup>99</sup> bedeutet nicht „ärztliche Eigenmacht“,<sup>100</sup> da dadurch Willkür und Missbrauchsmöglichkeiten auf Kosten bzw. zu Lasten der Patienten eröffnet würden.<sup>101</sup> Ein „rechtsfreies“ ärztliches Ermessen, wonach der Arzt nur seinem eigenen Gewissen im Sinne einer Art „Privatmoral“<sup>102</sup> verpflichtet ist, erkennt

die Rechtsprechung nicht an. Es gibt auch kein „spezifisch ärztliches Gewissen“ oder eine „eigene ärztliche Ethik, quasi als ein Reservat“, in dem der Arzt sich über die Rechte anderer hinwegsetzen darf.<sup>103</sup> Denn das Gewissen des Arztes „steht nicht über der verfassungsmäßigen Ordnung“.<sup>104</sup>

**5.** Recht und Gewissen des Arztes sind keine Gegensätze, sondern ergänzen und bedingen sich in der Weise, dass das eine ohne das andere unvollkommen bleibt.<sup>105</sup> Das Gewissen als „eine dem Menschen innewohnende Instanz“<sup>106</sup> betrifft in erster Linie „die Gesinnung“, die „innere Einstellung und Haltung“ sowie „das Selbstverständnis der Ärzte“,<sup>107</sup> d.h. Bereiche, die „nicht zuletzt im hippokratischen Eid angelegt“,<sup>108</sup> dem Recht aber weitgehend verschlossen sind.<sup>109</sup> Die berufliche Pflicht, dem Gewissen und den Geboten der Ethik zu folgen, bedeutet zugleich, dass das Gewissen an der verpflichtenden Standesethik ausgerichtet, durch sie inhaltlich geprägt sein muss. „Soweit der Arzt nach seinem Gewissen handeln darf und soll, befindet er sich nicht außerhalb der Rechtsordnung, sondern im Einklang mit dem Recht“, das über die „Voraussetzungen und

87 BVerwG, NJW 1968, 218, 219

88 Ähnlich das VG Neustadt, NJW 1970, 534

89 BVerwG, a.a.O., S. 219

90 BVerwG, a.a.O., S. 219

91 BVerwG, a.a.O., S. 219

92 Hepp, Zentralblatt für Gynäkologie, 2006, 106

93 Laufs, Recht und Gewissen des Arztes, Heidelberger Jahrbücher 1980, 1 ff, 12

94 VeriGE 12, 45, 55

95 Kuhlendahl, FS Bockelmann, 1979, 470

96 Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, a.a.O., S. 21 Rdnr. 33

97 Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, a.a.O., S. 21 Rdnr. 33, 49

98 Laufs, a.a.O., S. 21, Rdnr. 33

99 Eser, Der Arzt im Spannungsfeld von Recht und Ethik, in: Marquardt, Ethische Probleme des ärztlichen Alltags, 1988, S. 98

100 Kuhlendahl, a.a.O., S. 470

101 Eser, a.a.O., S. 98, 99

102 Eser, a.a.O., S. 96

103 Schreiber, FS Dünnebier, 1982, S. 645 unter Bezugnahme auf Wachsmuth

104 Hüfen, NJW 2001, 849, 853

105 Katzenmeier, a.a.O., S. 67, 69

106 Herzog, in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 4, Rdnr. 124

107 Taupitz, MedR 1999, 95, 99

108 Jäger, FS Küper, 2010, 209, 222

109 Taupitz, MedR 1999, 99



Reichweite“ des Gewissensentscheids befindet.<sup>110</sup>

6. „Gerade in der modernen naturwissenschaftlich-technisierten Medizin erweisen sich berufliche Ethik und ärztliches Gewissen als unverzichtbar“ und „bessere Garanten für Humanität und Sorgfalt“ als rechtliche Regelungen und ihre Durchsetzung vor Gericht.<sup>111</sup> Dies gilt auch gegenüber wirtschaftlichem Druck und übermäßigem Gewinnstreben. Denn – so das OLG Jena sehr deutlich: „Die ärztlichen Pflichten hängen nicht von den jeweiligen Gebührenregelungen ab, sondern ergeben sich aus dem ärztlichen Selbstverständnis und den Schutzinteressen des Patienten“.<sup>112</sup>

## VII.

Ich komme zum Schluss:

Sowohl die Verrechtlichung der Medizin als auch ihre Kommerzialisierung bedrohen im ärztlichen Alltag Ethos und Gewissen.<sup>113</sup> Aber trotz aller juristisch und ökonomisch „motivierter Zwänge“,<sup>114</sup> denen Ärzte heute ausgesetzt sind, hat die Freiheit des Gewissens in der Rechtsprechung ihre fundamentale Bedeutung behalten. Das Gewissen des Arztes wird in der Justizpraxis keineswegs „durch juristische Direktiven“ abgelöst, vielmehr die ethisch fundierte, eigenverantwortliche Gewissensentscheidung rechtlich

anerkannt. Darauf zu bauen, erfordert natürlich den Mut, für seine Überzeugung einzustehen und das Risiko gerichtlicher Überprüfung oder arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen hinzunehmen, ein zweifellos oft mühsamer, lang dauernder, mit erheblichen Belastungen und Unwägbarkeiten gepflasterter Weg, den ich als vorsichtiger Jurist deshalb nicht ohne Einschränkung und Vorbehalt empfehlen kann.

Dennoch möchte ich Sie dazu ermuntern und darin bestärken, nicht immer nur und in erster Linie auf die „vom Recht wirklich oder vermeintlich drohenden Gefahren zu starren“,<sup>115</sup> nicht vorrangig wirtschaftliche Interessen zu verfolgen und in die „defensive Medizin“ zu flüchten, sondern das Gewissen als Grundpfeiler ärztlichen Wirkens und als treibende Kraft Ihres Tuns zu aktivieren, die Stimme des Gewissens bei Ihren Entscheidungen zu hören und dadurch der Eigenverantwortung wieder einen größeren Stellenwert beizumessen, d.h. das Verantwortungsbewusstsein zu stärken und Verantwortungsbereitschaft zu zeigen, kurz: „mehr Gewissen wagen“. Die Medizin kommt ohne ethische Erwägungen nicht aus,<sup>116</sup> da diese die Voraussetzung für Vertrauen und Menschlichkeit im Verhältnis Arzt-Patient und Grundlage für die notwendige Neubestimmung von Ärzten, Juristen, Ökonomen

und Patienten zum Abbau der forensisch- und ökonomisch-medizinischen Spannungen sind.<sup>117</sup> „Eine Vertiefung der ethischen Grundlegung medizinischen Handelns“ ist deshalb „heute mehr denn je geboten“.<sup>118</sup>

110 Laufs, Recht und Gewissen des Arztes, S. 15

111 Katzenmeier, a.a.O., S. 69

112 VersR 2008, 403

113 Laufs, Recht und Gewissen des Arztes, S. 7

114 Kuhlendahl, a.a.O., S. 470

115 Schreiber, zitiert nach Anschütz, Ärztliches Handeln, 1987, S. 144

116 Katzenmeier, a.a.O., S. 68 unter Bezugnahme auf Schreiber, FS Dünnebieber, S. 633, 643

117 Ulsenheimer, Unfallchirurgie und Recht – Ärztliches Handeln im Spannungsfeld zwischen Rechtsprechung und Hippokratischem Eid, DGU-Mitteilungen 1993, 19 ff, 26

118 Katzenmeier, a.a.O., S. 73

### Korrespondenz- adresse



**Prof. Dr. iur.  
Dr. rer. pol.  
Klaus Ulsenheimer**

Maximiliansplatz 12  
80333 München, Deutschland

Tel.: 089 242081-0

Fax: 089 242081-19

E-Mail: Ulsenheimer@uls-frie.de