

Dr. Tim Neelmeier

»Managerhaftung in der Medizin und Qualitätswettbewerb durch Patientenaufklärung«

Der vorliegende Beitrag wurde beim Deutschen Studienpreis 2015 mit einem 1. Preis in der Sektion Geisteswissenschaften ausgezeichnet. Er beruht auf der 2014 an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg eingereichten Dissertation »Organisationsverschulden patientenferner Entscheider und einrichtungsbezogene Aufklärung« von Dr. Tim Neelmeier.

Managerhaftung in der Medizin und Qualitätswettbewerb durch Patientenaufklärung

Dr. Tim Neelmeier

Die Berufung auf „Sparzwänge“ ist im deutschen Gesundheitswesen immer öfter zu hören. Tatsächlich aber steigen die Gesundheitsausgaben weiter an¹, und renditestarke Klinikkonzerne expandieren. Auch die Zahl der Operationen nimmt nicht ab, sondern zu. Hintergrund ist ein Vergütungssystem, das die Leiter von Kliniken und ambulanten Versorgungseinrichtungen dazu verleitet, ihre Ärzte zu möglichst vielen Behandlungen bei möglichst geringen Personal- und Sachkosten anzuhalten. Gleichzeitig muss sich die Rechtsprechung zunehmend mit Schadensfällen befassen, die nicht lediglich auf ein Individualversagen der behandelnden Ärzte zurückzuführen sind, sondern zumindest mitverursacht wurden durch eine kostengünstige, aber risikoe erhöhende Organisation der Patientenversorgung in der betreffenden Einrichtung. Beispielsweise wurden in den vergangenen Jahren Fälle bekannt, in denen es bei Narkosen und Sedierungen an Personal und Gerätschaften fehlte, um die Patienten ordnungsgemäß zu überwachen. Diese entwickelten in der Folge unbemerkt Atmungsprobleme und erlitten teilweise schwerste hypoxische Hirnschäden bis hin zum Tod.

Da die organisatorischen Rahmenbedingungen der Personal- und Sachausstattung weniger von den unmittelbar behandelnden Ärzten als vielmehr von den jeweiligen Einrichtungsleitungen maßgeblich bestimmt werden, stellt sich die Frage, ob diese Führungsebene gegenwärtig von der generalpräventiven Wirkung des Arzthaftungs- und Arztstrafrechts erreicht wird. Dabei sind im Folgenden mit dem Ausdruck der **„patientenfernen Entscheider“** ärztliche und nicht ärztliche Personen in der Verwaltung von Krankenhäusern, aber auch andere (insb. niedergelassene) Ärzte gemeint, soweit nicht die Durchführung der Behandlung selbst, sondern organisatorische Vorfragen im Raum stehen. Bereits vorab sei betont, dass damit nicht etwa jegliche Eigenverantwortung der patientennahen Behandler in Abrede gestellt werden soll, selbst wenn diese Verantwortlichkeit mitunter nur in Bezug auf das Tätigwerden als solches unter Bedingungen zu sehen ist, die von vorneherein und erkanntermaßen nach Abhilfe verlangten, weil sie den Patienten insgesamt stärker gefährdeten als ihm Nutzen versprachen (juristisch als „Übernahmeverschulden“ bezeichnet). Aufgrund der in der Einrichtungshierarchie höchst unterschiedlich verteilten Möglichkeiten zur Abhilfe erscheint es unter Präventionsgesichtspunkten indes notwendig, eine möglichst

¹ Für ausführliche Nachweise zu allen im Wettbewerbsbeitrag enthaltenen Zitaten, Zahlen sowie sachlichen Bezugnahmen siehe *Neelmeier, Organisationsverschulden patientenferner Entscheider und einrichtungsbezogene Aufklärung*, Baden-Baden 2014.

gleichmäßige Erfassung von Verursachungsbeiträgen in Gegenwart defizitärer Behandlungsinfrastruktur zu diskutieren.

I. Neue Anreizstrukturen in der ökonomisierten Medizin

Zunächst bedarf es einer näheren Betrachtung der veränderten Handlungsanreize, denen die leitenden Entscheidungsträger in Gesundheitseinrichtungen heute unterliegen. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen wurden seit den 1990er Jahren radikal umgestaltet. Bis dahin waren Krankenhäuser durch ein im Wesentlichen am Gesamtbedarf der Gesundheitseinrichtung orientiertes Umlageverfahren (z.B. tagesgleiche Pflegesätze) finanziert worden. Wer die Kosten für Behandlungssicherheit weitergeben konnte, verspürte insoweit keinen Anreiz zu sparen. Gleichzeitig ruhte dadurch allerdings das wirtschaftliche Augenmerk in allererster Linie auf der Bettenauslastung, was kaum Anreiz zur Schaffung effizienter Abläufe bot.

1. Dem wollte der Gesetzgeber abhelfen mit dem Übergang zu sogenannten „diagnosis related groups (DRG)“, die sich nach der in Deutschland gewählten Ausgestaltung als pauschale Vergütung pro Behandlungsfall darstellen und gewissermaßen die Einführung eines Preises für die jeweiligen medizinischen Leistungen bedeuteten. Schrittweise wurde die frühere kostenorientierte Umlagefinanzierung durch eine **preisorientierte, d.h. pauschalierte Behandlungsvergütung** ersetzt. Dadurch entstand ein Gesundheitsmarkt nach ökonomischen Mechanismen.

a) Mit Verabschiedung des Gesetzes zur Einführung eines pauschalierenden Entgeltsystems für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen (PsychEntgG) wurde 2012 auch in diesem letzten stationären Bereich die Umstellung von tagesgleichen Pflegesätzen auf Pauschalen eingeläutet. Die vertragsärztliche Versorgung – also durch niedergelassene Ärzte mit Kassenzulassung – ist seit 2009 an das sog. Regelleistungsvolumen (RLV) gebunden, d.h. eine Art patientenbezogener Standardvergütung, bei der die über das RLV hinausgehenden Leistungen nur zu einem abgestaffelten Preis honoriert werden. Beide Abrechnungssysteme funktionieren grundsätzlich in zwei Schritten: Im Anschluss an eine relative Bemessung der Kosten wird ein gedeckeltes Gesamtbudget verteilt. Für die sogenannten Leistungserbringer – gemeint sind damit in der Terminologie des Fünften Sozialgesetzbuches sowohl abrechnende Ärzte als auch Kliniken und andere Einrichtungen – resultiert daraus der statistisch messbare ökonomische Anreiz zu größtmöglicher Arbeitsverdichtung in einem Wettlauf um Fälle, die isoliert betrachtet immer weniger einbringen. Leistungsausweitungen unter Missachtung von Indikation oder Sicherheitsstandard schädi-

gen in diesem System nicht nur die Gesundheit der betreffenden Patienten, sondern auch die Marktchancen aller redlichen Mitbewerber durch Verkürzung ihres Vergütungsanteils am Gesamtbudget.

Ein besonders eindrucksvolles Beispiel für das Anpassungsverhalten der Marktakteure liefern die Statistiken im Krankenhaussektor zur Entwicklung von Fallzahlen und Verweildauern bei gleichzeitiger schrittweiser Einführung individueller Behandlungskostenbegrenzung in den vergangenen Jahren. Während die Verweildauer über die letzten zwei Jahrzehnte drastisch abgenommen hat, sind die Fallzahlen im gleichen Zeitraum ebenso deutlich gestiegen. Das stetige Anwachsen der Globalbudgets für die deutsche Gesundheitsversorgung lässt darauf schließen, dass die Limitierung der Kosten pro Patient überkompensiert wird durch eine rapide Mengenausweitung.

b) Durch die engagierte (rechts)wissenschaftliche Debatte um Rationierung und Priorisierung medizinischer Leistungen entsteht bisweilen der Eindruck, als ob das preisorientierte Vergütungssystem im Gesundheitswesen tendenziell zu einer Einschränkung des Behandlungsangebotes führe oder dies unmittelbar bevorstehe. Studien etwa zur Implantation künstlicher Hüft- und Kniegelenke legen jedoch den genau gegenteiligen Verdacht nahe. Die mutige Feststellung des seinerzeitigen Präsidenten der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie (DGCH) *Grading*, es würden „unnötige Eingriffe vorgenommen, weil sie Kliniken oder auch Praxen Geld bringen“, und sein damit verbundener Appell an Klinikleitungen und Praxisinhaber zur Rückbesinnung auf die Ethik haben das Problem benannt, aber noch nicht lösen können. Zu eindeutig ist die ökonomische Ratio, die in der Erlösmaximierung durch Behandlung möglichst vieler Fälle mit möglichst hohem Schweregrad nach DRG (und entsprechend hohen Behandlungsrisiken) bei gleichzeitiger Kostenminimierung durch weitestmögliche, gerade noch zulässige Unterschreitung der durchschnittlichen Sicherheitsstandards besteht.

c) Der Systemwechsel von der Umlagefinanzierung zu preisorientierten Pauschalen betrifft alle Leistungserbringer. Ein besonders kompromissloses Anpassungsverhalten ist jedoch bei privaten Trägern zu beobachten. Zahlreiche Länder und Kommunen haben sich in den letzten Jahren zum Zwecke der Haushaltskonsolidierung und in der Hoffnung auf Effizienzgewinne durch private Geschäftsführungen über Warnungen etwa der Bundesärztekammer hinweggesetzt und sich für großflächige Privatisierungen ihrer Krankenhäuser entschieden. Es ist nur konsequent, dass die neuen Inhaber Kosten und Erlöse betriebswirtschaftlich getrennt voneinander betrachten und in massiven Stellenstreichungen trotz bereits gesteigertem Konzerngewinn keinen Widerspruch sehen. Der als Begründung kommunizierte „enorme Kostendruck im Gesundheitswesen“ gibt die Aktionärsperspektive und das – für sich genommen legitime – Streben nach Gewinnmaximierung wieder. Unter den privat getragenen Kliniken arbeiten 96% zumin-

dest kostendeckend. Beim Marktführer Helios steigt die EBIT-Marge (Gewinn vor Zinsen und Steuern im Verhältnis zum Umsatz) seit Jahren und übertraf beispielsweise mit 10,3% in 2011 sogar Großkonzerne wie Daimler. Fresenius, die seit 2009 im DAX notierte Muttergesellschaft von Helios, scheiterte 2012 nur vorübergehend im Kampf um die Übernahme zahlreicher Häuser der Rhön-Klinikum AG, die wiederum bis dahin von sich reden machte durch Ausschüttung von Rekorddividenden und gleichzeitige Stellenstreichungen.

2. Die Etablierung preisorientierter Vergütungssysteme setzt nicht nur starke Anreize zu Erlössteigerungen und Kostensenkungen *innerhalb* von Gesundheitseinrichtungen. Gesetzgeber und Kostenträger (d.h. Krankenkassen) erhoffen sich Rationalisierungseffekte auch für den Gesundheitsmarkt insgesamt durch den Abbau von „Überkapazitäten“ im Wege eines Konkurrenzkampfes zwischen den Einrichtungen, den ein Ministerialdirigent im Bundesgesundheitsministerium einmal in bemerkenswerter Offenheit als politisch gewollten **„Verdrängungswettbewerb unter den Leistungserbringern“** bezeichnete. Der unter diesem Blickwinkel zu verzeichnende Erfolg der politischen Agenda lässt sich aus der Krankenhausstatistik des Statistischen Bundesamtes ablesen. Gab es 1991 noch 2411 Kliniken in Deutschland, waren es 2010 nur noch 2064, was immerhin einen Rückgang um gut 14% bedeutet. Da hierbei auch Fusionen eine gewisse Rolle spielen, wird der Kapazitätsabbau im Krankenhaussektor noch deutlicher durch einen Blick auf den Bettenabbau im gleichen Zeitraum um fast ein Viertel.

a) Ein führender Fachpolitiker der Unionsfraktion im Bundestag hielt im Jahr 2013 von den verbliebenen Kliniken noch immer 20% für überflüssig. Auch die Kostenträger fordern seit Jahren den Abbau von sog. Überkapazitäten durch einen „politisch gewollten Konsolidierungs- und Konzentrationsprozess“ und warten ausdrücklich auf den Marktaustritt eines Viertels der deutschen Krankenhäuser. *Wolfram*, Sprecher der Geschäftsführung der Asklepios Kliniken Hamburg und Chirurg, spricht pointiert von einer „Flurbereinigung“. Politiker wollten sich nicht durch Schließungen von Kliniken unbeliebt machen. „Deshalb wird versucht, das Überangebot an Krankenhäusern durch massiven wirtschaftlichen Druck zu beseitigen.“ Man könne jedoch nicht die Ärzte „für ein System verantwortlich machen, das geeignet ist, Fehlreize zu setzen“.

b) Untersuchungen zur wirtschaftlichen Entwicklung des Krankenhaussektors belegen, dass es der Politik auch weiterhin gelingen dürfte, ihr Ziel eines scharfen Verdrängungswettbewerbs zu realisieren. Für das Jahr 2011 wird die Zahl der defizitär wirtschaftenden Kliniken auf der Grundlage von als repräsentativ bezeichneten Umfragen seitens der Interessenvertretung der kaufmännischen Krankenhausleitungen (VKD) mit 43% angegeben, während das Deutsche Krankenhausinstitut (DKI) auf 30,6% (Vorjahr: 21%) kommt.

Unabhängige Quellen wie das Rheinisch-Westfälische Institut für Wirtschaftsforschung (RWI) sehen existenzielle ökonomische Schwierigkeiten mit erhöhter Insolvenzgefahr nach Angaben aus dem Jahr 2012 bei 15% (Vorjahr: 10%) der Häuser. Im vertragsärztlichen Bereich wurde der Wettbewerbsdruck beispielsweise durch Einführung des Medizinischen Versorgungszentrums (§ 95 SGB V) erhöht, um die Synergieeffekte größerer Einheiten zu nutzen.

c) Festzuhalten ist, dass heutzutage praktisch alle Gesundheitseinrichtungen unter einem hohen wirtschaftlichen Druck stehen, der gleichermaßen einer kapitalanlageorientierten Gewinnoptimierungsstrategie oder einem ökonomischen Existenzkampf am Markt geschuldet sein kann. In beiden Konstellationen besteht für Einrichtungsleitungen – also patientenferne Entscheider wie etwa Krankenhausgeschäftsführer oder Leiter ambulanter Operationseinheiten – erheblicher Anreiz zu Vorgaben an die behandelnden Ärzte in Richtung einer möglichst maximalen Mengenausweitung im Behandlungsangebot bei möglichst minimalen (Personal-)Kosten.

II. Präventionsverlust des Rechts

Wie kann das Recht den Gefahren, die aus diesem geänderten Anreizsystem erwachsen, wirksam begegnen? Der vom Gesetzgeber gezielt geschaffene konkurrenzorientierte Gesundheitsmarkt kann nur funktionieren, wenn die Patienten, aber auch qualitätsorientierte Ärzte und Gesundheitseinrichtungen vor der Gefahr einer adversen Marktselektion im Verdrängungswettbewerb geschützt sind. Anders herum ausgedrückt: Wenn Qualität keinen Wettbewerbsvorteil bringt, sondern nur das Verhältnis von Kosten und Erlösen über den wirtschaftlichen Erfolg einer Einrichtung entscheidet, steigt die Gefahr infrastrukturbedingter Behandlungsfehler, und es droht letztlich ein Marktversagen.

Notwendig ist ein Rechtsrahmen, der die in doppelter Hinsicht asymmetrische Struktur des Gesundheitssektors berücksichtigt. So besteht zunächst ein asymmetrisches ökonomisches Verhältnis, weil Patienten grundsätzlich keinen Preisdruck empfinden. Darüber hinaus nimmt die vorherrschende **Informationsasymmetrie** zwischen Leistungserbringern und Patienten auch der Behandlungssicherheit als wichtigstem Qualitätsmerkmal ihre Fähigkeit zur Nachfragesteuerung. Im Ergebnis hängt das Funktionieren des Gesundheitsmarktes plakativ formuliert an der Frage: Warum sollen patientenferne Entscheider in die für Patienten weitgehend unsichtbare Personalausstattung im OP investieren, wenn sich mit der Gestaltung des Foyers eine viel größere Außenwirkung erzielen lässt?

Die Beantwortung dieser Frage ist existenziell. Der Präsident des Bundeskartellamtes *Mundt* warnte bereits in Bezug auf den deutschen Gesundheitsmarkt, eine Mindestqualität sei unabdingbar und genau das sei „die Aufgabe des Staates, Leitplanken im Sinne von Qualitätsstandards festzuschreiben“. Nimmt man dieses Postulat ernst, bedarf es sowohl einer verbesserten Marktaufsicht als auch der Marktsteuerung durch einen Umbau der Patientenaufklärungspflichten.

III. Marktaufsicht durch Managerhaftung – Grenzen des Zivilrechts

1. Die Aufgabe der **präventiven Marktaufsicht** wird durch den vom Gesetzgeber hiermit betrauten Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) gegenwärtig nur unzureichend erfüllt. Zwar kommt den Entscheidungen dieses Selbstverwaltungsgremiums von Krankenkassen, Kassenärztlichen Vereinigungen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft eine hohe rechtliche Verbindlichkeit zu, jedoch gelingt es den dort vertretenen Interessengruppen selten, sich auf hinreichend präzise Vorgaben zur Qualitätssicherung zu verständigen, insbesondere hinsichtlich der Personalausstattung. Beispielsweise blieb der G-BA untätig bei der Qualitätssicherung ambulanter Operationen, obwohl er damit seit 2008 gem. § 137 SGB V beauftragt ist.

2. In der Konsequenz bleibt es einstweilen Aufgabe der Justiz, durch eine nachträgliche Aufarbeitung von Schadensfällen Organisationsfehler zu ahnden und auf diesem Weg generalpräventive Vorgaben zu machen (**reaktive Marktaufsicht**).

Das **zivile Haftungsrecht** allein kann dieser Aufgabe indes nicht gerecht werden. Aufgrund der „Spielregeln“ eines Arzthaftpflichtprozesses liegt der Fokus dort ausschließlich auf den behandelnden Ärzten und dem jeweiligen Einrichtungsträger als juristischer Person, wohingegen die persönliche Organisationsverantwortung etwa eines Krankenhausgeschäftsführers unbeachtet bleibt. Dies liegt im Wesentlichen an Folgendem:

a) Um keine unnötigen Kostenrisiken für ihre Mandanten einzugehen, belassen es Patientenanwälte dabei, solvente Einrichtungsträger gemeinsam mit den unmittelbar handelnden Ärzten zu verklagen. Die Haftung Letzterer (aus der sich dann grundsätzlich auch eine akzessorische Haftung des Trägers für seine Beschäftigten ergibt) lässt sich nämlich weitaus einfacher beweisen als die persönliche Haftung eines optional mitverklagten Geschäftsführers. Ein „Aufbrechen der Abwehrfront“ auf Beklagtenseite, verbunden mit der Aufdeckung struktureller Mängel durch die beklagten Ärzte, ist in der Praxis nicht zu erwarten.

ten. Dies könnte nämlich zum Prozessverlust aller Beklagten führen (eine „Kronzeugenregelung“ für die behandelnden Ärzte gibt es im Zivilrecht nicht), und es passt vor allem nicht zur Strategie der Betriebspflichtversicherungen, die in der Regel den Träger und die mitversicherten angestellten Ärzte einheitlich vertreten.

b) Doch nicht erst im Schadensfall, sondern bereits weit im Vorfeld beeinflusst das verbreitete Vorhandensein von Haftpflichtversicherungsschutz das Handeln patientenferner Entscheider. Wenn etwa die Leitungsebene einer Klinik über Maßnahmen zu entscheiden hat, welche die Rentabilität ihrer Einrichtung steigern, der Behandlungssicherheit jedoch abträglich sind, dann ist es nicht völlig fernliegend, dass die Geschäftsführung bei der Gewichtung entsprechender Warnungen der behandelnden Ärzte im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung die Gewissheit berücksichtigt, im Gegensatz zu diesen von etwaigen Haftungsprozessen persönlich nicht betroffen zu sein. Dies zum einen, weil ein Klinikgeschäftsführer aus den bereits dargelegten Gründen in der Praxis nicht selbst Beteiligter eines Arzthaftungsprozesses zu werden droht; zum anderen mit Blick auf die Eintrittspflicht der Haftpflichtversicherung, die den Träger vor unmittelbaren wirtschaftlichen Verlusten bewahrt.

c) Dieser Erkenntnis folgt die Frage, ob zumindest die involvierten **Haftpflichtversicherungsunternehmen** fähig und willens sind, im Zuge der Regulierung von gehäuft auftretenden Schadensfällen eine personal- und sachausstattungsbedingte, mithin strukturell erhöhte Gefährdungslage in einer Einrichtung zu erkennen und angemessene Präventionsanstrengungen bei konkreten Versicherten einzufordern (im Gegensatz zu Prämienanhebungen „auf breiter Front“).

Dem entgegen steht – trotz bisweilen lobenswerter Ansätze – ein grundlegender ökonomischer Interessengegensatz. Während sich das wirtschaftliche Interesse der Versicherer darauf konzentriert, nicht mehr Schadensfälle abdecken zu müssen, als sie ihrer Prämienkalkulation zugrunde gelegt haben, sind die Versicherten in erster Linie an möglichst rentablen und damit auch (personal)kostenreduzierten Betriebsabläufen interessiert. Das bringt ein gefährliches Auseinanderfallen von individueller und kollektiver Rationalität mit sich. Die Gesamtheit der Versicherten ist selbstverständlich an möglichst günstigen Prämien und damit genau wie die Versicherer an optimalen Schadensvermeidungsstrategien interessiert. Der einzelne Versicherungsnehmer wird es hingegen (jedenfalls in der ökonomischen Theorie) nicht sonderlich attraktiv finden, durch ein im Verhältnis zur Konkurrenz besonders striktes Risk-Management mit hohen Investitionen in die Behandlungssicherheit nicht nur eine geringere Rentabilität seiner Einrichtung in Kauf zu nehmen, sondern darüber hinaus auf dem Umweg einheitlicher Versicherungsprämien auch

noch die vergleichsweise ebenso rentable wie schadensgeneigte Arbeitsweise seiner Wettbewerber zu subventionieren.

Abhilfe kann nur gelingen, wenn den Versicherungsunternehmen der Umstieg gelingt auf individuell adjustierte Versicherungsprämien nach Risikoanalysen der jeweiligen Einrichtungen bei Vertragsabschluss verbunden mit intensiver Nachsorge. An Vorbildern, wie sie etwa in Form von Schadensfreiheitsrabatten aus dem Bereich der KFZ-Haftpflicht bekannt sind, mangelt es nicht. Doch die in Deutschland tätigen Haftpflichtversicherer zeigen sich bislang nicht willens oder in der Lage, die Rolle eines ständigen externen „Risikokontrolleurs“ hinsichtlich der Betriebsorganisation ihrer Kunden einzunehmen.

d) Bei einer in erster Linie dem Rechtsgüterschutz verpflichteten Betrachtung kann es nicht beruhigen, dass der geschädigte Patient auch ohne persönliche Inanspruchnahme patientenferner Entscheider im zivilrechtlichen Ergebnis eine Zahlung gleicher Höhe gegenüber den behandelnden Ärzten erstreiten (und regelmäßig gegenüber deren Versicherung auch vollstrecken) kann. Wirksamer Rechtsgüterschutz setzt einen individuell empfundenen Präventionsdruck auf die maßgeblichen Entscheider in schadensgeneigten Gesundheitseinrichtungen aus, um diese zu einer effektiven Schadensprävention auch unter Inkaufnahme reduzierter Gewinnerwartungen zu motivieren. Anderenfalls lässt sich vereinfacht die betriebswirtschaftliche Ratio formulieren, dass die Inkaufnahme gelegentlicher, von der Haftpflichtversicherung getragener Schadensfälle mitunter lohnender erscheinen kann als eine an medizinischen Sicherheitserfordernissen orientierte Anpassung und ggf. Reduzierung des Leistungsangebots der jeweiligen Einrichtung.

IV. Managerhaftung im Strafrecht

Angesichts der für das Zivilrecht aufgezeigten Präventionslücke kommt der reaktiven Marktaufsicht durch das **Strafrecht** entscheidende Bedeutung zu. Sie kann auf der Grundlage der geltenden (insbesondere fahrlässigen) Körperverletzungs- und Tötungsdelikte erfolgen, ohne dass der Gesetzgeber hierfür erst ein – seit vielen Jahren allgemein diskutiertes – Unternehmensstrafrecht schaffen müsste. Wenn die Strafverfolgungsbehörden gleichwohl bislang ohne hinreichende Beachtung der Fahrlässigkeitsdogmatik, die Nebentäter verschiedener Organisationsstufen zwanglos zulässt, das strafrechtliche Augenmerk nur auf die unmittelbar handelnden Ärzte richten, damit ihrer Verfolgung ein spontan-oberflächliches Bedürfnis nach Verantwortungszuweisung befriedigt ist, offenbart dies nicht nur evident Gerechtigkeitsmängel, sondern ist insbesondere auch generalpräventiv den bedrohten Rechtsgütern der Patienten

nicht dienlich, weil eine Verbesserung der schadensanfälligen Organisation dadurch nicht wahrscheinlicher wird.

1. Insbesondere die folgenden Verdachtsfallgruppen können Anlass zu einer näheren Überprüfung des Behandlungsgeschehens auf Organisationsdefizite geben. Verbindendes Element der meisten dieser Fallgruppen ist das dahinterstehende betriebswirtschaftliche Bestreben, Personalkosten einzusparen, da diese mit Abstand den größten Anteil an den Gesamtkosten von Gesundheitseinrichtungen ausmachen.

- sehr lange Arbeitszeiten der behandelnden Ärzte
- Behandlungen ohne hinreichende medizinische Indikation
- fachübergreifende Bereitschaftsdienste, d.h. Notfallbehandlungen außerhalb der regulären Dienstzeiten durch fachfremde Ärzte
- fachärztliche Rufbereitschaftssysteme, d.h. Rufbereitschaft des betreffenden Facharztes außerhalb der regulären Dienstzeiten von zu Hause aus
- Delegation ärztlicher Aufgaben auf nicht ärztliches Personal, d.h. Übertragung ärztlicher Aufgaben (therapeutischer Entscheidungen auf der Basis von Diagnosen) auf im Vergleich zu Ärzten geringer entlohntes Pflegepersonal, beispielsweise Führung von Narkosen ohne Anästhesist
- Übertragung von Fachpflegeaufgaben auf unqualifiziertes Personal, beispielsweise postoperative Patientenüberwachung durch unzureichend geschulte Praxisangestellte oder sogar medizinische Laien, z.B. Eltern der Patienten
- sehr hohe Taktfrequenzen bei der Behandlung, etwa zu enge Operationspläne
- nosokomiale Infektionen („Krankenhauskeime“)
- fehlerhafte Erstversorgung mangels personeller/apparativer Notfallvorsorge
- verzögerter Notruf

2. Für die Einhaltung des Facharztstandards ist der unmittelbare Behandler nicht allein verantwortlich. Ungeachtet der jeweiligen Organisationsstufe kann sich grundsätzlich jeder als **Nebentäter** einer fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung strafbar machen, der die Schädigung pflichtwidrig mit herbeigeführt hat. Auf einen persönlichen Kontakt mit dem geschädigten Patienten kommt es nicht an. Da die Fahrlässigkeitsdogmatik nicht zwischen Tätern, Anstiftern und Gehilfen unterscheidet, lässt sich (juristisch ungenau, aber anschaulich) auch von der Konstellation eines „Täters hinter dem Täter“ sprechen. Ist bei einer praxisambulanten Operation der Praxisinhaber selbst an dem konkreten Eingriff beteiligt, kann er sich sogar einer vorsätzlichen Körperverletzung schuldig machen, wenn er infrastrukturbedingte Verstöße beispielsweise bei der Narkoseführung und/oder Patientenüberwachung erkennt und gleichzeitig

weiß, dass der Patient hierin nicht gesondert eingewilligt hat (siehe dazu noch unter V.1.). Bei räumlicher Abwesenheit tatbeteiligter patientenferner Entscheider ist, abgesehen von einer Nebentäterschaft im Fahrlässigkeitsbereich, unter bestimmten Voraussetzungen insbesondere auch Beihilfe oder gar Mittäterschaft denkbar, etwa zwischen operierendem Praxisinhaber und abwesendem Mitinhaber, wenn Absprachen zwischen diesen über riskante Standardunterschreitungen bei der Praxisausstattung zwecks Steigerung des gemeinsamen Praxisgewinns ohne Aufklärung der Patienten nachgewiesen werden können.

3. Bei der Bestimmung pflichtgemäßen Verhaltens patientenferner Entscheider bedarf es einer Differenzierung zwischen haftungsbegründenden Schwächelagen bei der Infrastruktur *individueller* Gesundheitseinrichtungen einerseits und von Patienten hinzunehmenden *allgemeinen* Minderausstattungen etwa von Krankenhäusern der Allgemeinversorgung gegenüber Universitätskliniken andererseits. Die insoweit notwendige Abwägung von Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, Art und Höhe des zu erwartenden Schadens sowie Aufrechterhaltung des sozialen Verkehrs (hier in Gestalt einer möglichst flächendeckenden und finanzierbaren Patientenversorgung) enthält viele subjektiv-wertungsabhängige Größen. In strafrechtsdogmatischer Hinsicht geht es bei dieser Abwägung um das sogenannte **erlaubte Risiko**.

a) Selbstverständlich darf nicht verkannt werden, dass auch der Entscheidungsspielraum patientenferner Entscheider begrenzt ist durch systemimmanente Zwänge des Gesundheitswesens. Sind die personellen und sachlichen Behandlungsbedingungen jedoch so ungünstig, dass die möglichen Nachteile für den Patienten unvertretbar hoch sind, so ist dieser an eine andere Einrichtung zu überweisen, ein Aufnahme-stopp zu verhängen und das Leistungsangebot zurückzunehmen. Konsequenz dieses Postulats von „Nichtleistung statt Schlechtleistung“, das mit dem Gedanken des Übernahmeverschuldens korrespondiert, könnte neben einer (letztlich hinzunehmenden) Gewinneinbuße der Klinik- oder Praxisbetreiber freilich auch die Ausdünnung des medizinischen Angebots sein, und zwar sowohl hinsichtlich der geographischen Versorgungsdichte als auch hinsichtlich des Leistungsumfanges. Dies führt zu der weiter reichenden Frage, inwieweit die damit einhergehende Verschlechterung der Betreuungssituation in der Breite für die Rechtsgüter Leib und Leben einer „Verrechnung“ mit einzelnen „Betriebsunfällen“ aufgrund kostensparender Arbeitsstrukturen zugänglich ist.

b) Jeder im Rahmen der Behandlungsfehlerdogmatik unternommene Versuch einer Beantwortung dieser Frage steht unter dem äußerst heiklen Vorzeichen, dass damit letztlich von dritter Seite, nämlich der Justiz, entschieden werden soll, welches Risiko für den individuellen Patienten „erlaubt“ und welche Gefährdung seiner Rechtsgüter Leib und Leben „unvertretbar hoch“ ist. Zusätzlich erschwert wird die ange-

sprochene „Verrechnung“ dadurch, dass es einerseits Aufgabe der Justiz ist, „Betriebsunfälle“ aufgrund kostensparender Arbeitsstrukturen aufzuarbeiten, während andererseits die Beurteilung der Betreuungssituation für die Rechtsgüter Leib und Leben in erster Linie dem Gesetzgeber zusteht, und dies vor allem auch unter haushälterischen Aspekten. Die „Verrechnung“ muss also nicht nur regelmäßig ohne valide statistische Zahlengrundlage auskommen, sondern mit Justiz und Gesetzgeber sind auch zwei unterschiedliche Staatsgewalten für die beiden „Rechnungsposten“ zuständig.

Richtigerweise darf der individuelle Patient nicht stärker als unvermeidbar durch nachträgliche Erwägungen der Justiz unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos bevormundet werden, wenn und soweit ihm stattdessen im Vorwege durch eine einrichtungsbezogene Patientenaufklärung (dazu unter V.) über die im konkreten Behandlungsbereich vorhandene Infrastruktur eine selbstbestimmte Entscheidung ermöglicht werden kann, ob er sich dem Behandlungsrisiko in der betreffenden Einrichtung auszusetzen bereit ist.

4. Die bisherige Rechtsprechung versucht, den aufgezeigten Abwägungsschwierigkeiten auf zweierlei Weise aus dem Weg zu gehen, und generiert hierdurch neue Probleme.

a) Zunächst statuiert sie Infrastrukturanforderungen in Abhängigkeit von der jeweiligen Einrichtungsgröße, unterwirft jedoch die behandelnden Ärzte persönlich (vom Hausarzt bis zum Universitätsmediziner) einem einheitlichen Facharztstandard im Hinblick auf die verlangten Fachkenntnisse und Fortbildungspflichten. Sachgerechter wäre die Unterscheidung zwischen einem universellen Mindeststandard bei der Behandlungssicherheit und versorgungsstufengebundenen Behandlungsmöglichkeiten („nicht jede Operation muss in jedem Krankenhaus vorgenommen werden“), über die einrichtungsbezogen aufzuklären ist.

b) Im Übrigen überantworten die Gerichte die zu treffenden Abwägungen in großem Umfang den ärztlichen Sachverständigen, die von diesem **medizinisch-ökonomischen Begutachtungsmaßstab** überfordert werden. So verlangt die Rechtsprechung von den Sachverständigen neben medizinisch-fachlichen Einschätzungen auch Aussagen zur Finanzierbarkeit von Behandlungsinfrastruktur in Einrichtungen der jeweiligen Größenordnung, ohne den Gutachtern nachvollziehbare Bewertungskriterien an die Hand zu geben.

Diese, aus der Rechtsprechung der 70er und 80er Jahre des letzten Jahrhunderts stammende **Privilegierung von Mangel** (infolge Ressourcenknappheit) **ggü. Mängeln** (durch Schlechtleistung) war damals als

Antwort auf Probleme der Teilhabe am (technischen) *Fortschritt* der Medizin gedacht und passt nicht mehr auf die heutige Herausforderung eines Wettbewerbsdrucks, der Anbieter zum *Rückschritt* gegenüber dem bereits erreichten Standard reizt. Die Ertragslage von Einrichtungen auch gleicher Versorgungsstufe divergiert mittlerweile – wie eingangs erläutert – so erheblich, dass sich haftungsrechtliche Einschränkungen des Behandlungsstandards nicht mehr länger mit einem lediglich pauschalen Verweis auf (vermeintliche) Finanzierbarkeitsgrenzen begründen lassen.

5. Krankenhausgeschäftsführer und vor allem auch operierende Praxisbetreiber, gegen die wegen unzureichend organisierter Patientenüberwachung durch die Anästhesie ermittelt wird, berufen sich in Gegenwart einer defizitären personellen oder apparativen Ausstattung ihrer Einrichtung üblicherweise auf den sogenannten **Vertrauensgrundsatz**, demzufolge sie sich auf die Aufgabenerfüllung und das überlegene Fachwissen der behandelnden Ärzte bzw. des (mit)behandelnden Anästhesisten hätten verlassen dürfen. Regelmäßig fehlt es jedoch an mindestens einer der zwei wichtigsten Voraussetzungen dieses Grundsatzes. Er basiert nämlich nicht etwa auf Wissensasymmetrie, sondern dem Prinzip der Arbeitsteilung. Folgerichtig kann er auch bei gleichberechtigt arbeitsteilig nebeneinander tätigen Ärzten der gleichen Fachrichtung gelten. Entscheidend ist allein die klare Definition, Abgrenzung und Zuordnung von Aufgabenbereichen. Dies ist eine Kernaufgabe jedes Einrichtungsleiters, auch im Fall einer zusätzlich ausgeübten „Doppelfunktion“ als Operateur. Kommt er dieser Aufgabe nicht nach, kann er auch nicht auf die „arbeitsteilige“ Bewältigung hieraus resultierender Risiken durch die behandelnden Ärzte/den Anästhesisten vertrauen.

Wichtiger aber noch ist die zweite Voraussetzung des Vertrauensgrundsatzes. Ist die arbeitsteilige Behandlung präzise organisiert, besteht zwar keine minutiöse wechselseitige Überwachungspflicht. Der Praxisbetreiber und alle anderen beteiligten Ärzte bleiben aber „sekundär verkehrssicherungspflichtig“. Kein Arzt darf nämlich sehenden Auges eine Gefährdung seines Patienten hinnehmen, wenn ein anderer Arzt seiner Ansicht nach etwas falsch gemacht hat oder er jedenfalls den dringenden Verdacht haben muss, es könne ein Fehler vorgekommen sein. Die Anforderungen an die Geltung des Vertrauensschutzes sind umso höher, je größer das Risiko eines Behandlungsfehlers und die daraus resultierende Gefährdung des Patienten sind.

6. Eine Strafbarkeit patientenferner Entscheider setzt schließlich den Nachweis voraus, dass der Patient bei standardgerechtem Vorgehen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überlebt hätte bzw. körperlich nicht zu Schaden gekommen wäre. Angesichts der Komplexität des menschlichen Organismus ist dies ein starker und im Arztstrafrecht höchst praxisrelevanter „Filter“. Gleichwohl dürfen an die Prü-

fung, ob die Verursachungsbeiträge verschiedener Beteiligten in der Hierarchiekette aufeinander aufbauen, keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Auch grob fahrlässiges Verhalten des behandelnden Arztes sperrt grundsätzlich nicht schon für sich genommen eine Strafbarkeit des bzw. der Organisationsverantwortlichen.

V. Marktsteuerung durch Patientenaufklärung über Einrichtungsausstattung

Eine Steuerung des Gesundheitsmarktes in Richtung des vielfach geforderten Qualitätswettbewerbs setzt im Kern voraus, dass Investitionen in Behandlungssicherheit erlöswirksam werden, also die Auswahlentscheidung der Patienten beeinflussen. Umgekehrt wird ein solcher Wettbewerb so lange verhindert, wie Patienten weiterhin zwar formularartige Vorträge über seltenste Komplikationen zu hören bekommen, die auch unter optimaler medizinischer Versorgung unvermeidbar bleiben, jedoch keine Informationen darüber, wie gut die konkrete Einrichtung solche Komplikationen zu bewältigen vermag. Sinnvoll und praktikabel wäre etwa eine Pflichtmitteilung über den aktuellen behandlungsbezogenen Personalschlüssel in der konkreten Einrichtung. In der Geburtshilfe böte sich beispielsweise die jeweils erreichbare Entscheidungs-Entbindungs-Zeit als aussagekräftiger Parameter an.

Das Patientenrechtegesetz erwähnt die Pflicht zur **einrichtungsbezogenen Patientenaufklärung** zwar nicht ausdrücklich, sie ist jedoch ohne Weiteres vom weiten Wortlaut der Generalklausel des § 630e Abs. 1 BGB umfasst. Der Sache nach entspricht sie der ständigen, aber nicht selten übersehenen Rechtsprechung des BGH in Strafsachen. Der VI. Zivilsenat des BGH hatte bislang deutlich seltener Gelegenheit zur Stellungnahme, bejaht die Pflicht aber ebenfalls. Zwar kann (und muss) nicht vorsorglich über die bloße Möglichkeit etwaiger Behandlungsfehler aufgeklärt werden, da dies dem Patienten keinen zusätzlichen Entscheidungsspielraum eröffnen würde. Anders verhält sich dies aber im Fall von Standardunterschreitungen, die der Behandlungsseite zum Zeitpunkt der Aufklärung bereits bekannt sind.

Es ist zu unterscheiden zwischen den beiden Fallgruppen **absoluter und relativer Mangelausstattung** in Abhängigkeit davon, ob die Behandlungsinfrastruktur der jeweiligen Einrichtung den medizinischen Standard unterschreitet oder lediglich im Hinblick auf erreichbare andere Einrichtungen zurückfällt.

1. Im **Strafrecht** verlangt der BGH über die normale Risikoaufklärung hinaus eine weiter gehende Aufklärung über jede wissentliche Abweichung vom Facharztstandard und die hiermit verbundene Risikoerhöhung gegenüber anderen Einrichtungen. Neben Außenseitermethoden und (vom Patienten als solche

nicht erkannten) indikationslosen Behandlungen betrifft dies insbesondere eine standardwidrige Infrastruktur. Rechtspraktisch führt das Unterbleiben der weiter gehenden Aufklärung dazu, dass eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Körperverletzung keine gesonderten Feststellungen zum voluntativen Vorsetzelement (Stichwort: billigendes Inkaufnehmen einer Schädigung) voraussetzt. Notwendig, aber auch hinreichend ist vielmehr das Wissen um die Standardwidrigkeit der Behandlung einerseits und das Fehlen einer hierauf bezogenen Einwilligung des Patienten (nach entsprechender Aufklärung) andererseits.

2. Im **Zivilrecht** ist der Grundsatz zu beachten, wonach die Beweislast für einen Behandlungsfehler beim Anspruchsteller, also dem Patienten liegt, was durch eine pauschale Haftung der Behandlungsseite für unzureichende Aufklärung über die behaupteten Standardverstöße unterlaufen werden würde. Eine Ausnahme muss aber zunächst für die Vereinbarung von Substandardbehandlungen (§ 630a Abs. 2 BGB) gemacht werden, die zu ihrer Wirksamkeit eine vorherige Risikoaufklärung erfordern. Eine zweite Ausnahme gilt für einseitige Standardunterschreitungen, die der Arzt von vorneherein kennt, aber verschweigt.

Kann eine Standardwidrigkeit im Zivilprozess nicht festgestellt werden, dann ist auf entsprechende Rüge des Klägers unter analoger Beachtung des **Signifikanzvorbehaltes** in § 630e Abs. 1 S. 3 BGB zu klären, ob die für den konkreten Patienten gegebenenfalls erreichbare bessere Ausstattung einer anderen Einrichtung „zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen [hätte] führen können“ und folglich eine Aufklärungspflicht über die relative Mangelausstattung der behandelnden Einrichtung bestand. Entsprechende Pflichtverletzungen treffen neben den behandelnden Ärzten auch den Krankenhausträger im Rahmen seiner Gesamtverantwortung für die Aufklärungsorganisation der Einrichtung.

3. Trotz einrichtungsbezogener Aufklärung können Patienten in die Unterschreitung medizinischer Behandlungsstandards nur bis zur Grenze der **Sittenwidrigkeit** (§ 138 BGB, § 228 StGB) wirksam einwilligen, nicht also in eine konkrete, das heißt ex ante nicht kalkulierbare und beherrschbare Gefahr des Todes oder schwerer Körperverletzungen. Eine nachvollziehbare Motivation des Patienten für eine solche Einwilligung ist denkbar etwa bei Selbstzahlerleistungen (z.B. Schönheitsoperationen), vor dem Hintergrund einer gewünschten wohnortnahen geburtshilflichen Versorgung oder auch im Zusammenhang mit Ungeduld, wenn beispielsweise ein lange geplanter Operationstermin an sich wegen Personalmangels kurzfristig abgesetzt werden müsste, der Patient aber das Warten leid ist.

4. Im Fall von Aufklärungsfehlern wird herkömmlich geprüft, ob der Patient dem Eingriff nicht auch bei hypothetisch korrekter Aufklärung zugestimmt hätte (sog. **hypothetische Einwilligung**). Damit soll die Ärzteschaft – angesichts weitreichender Aufklärungspflichten über die unvermeidbaren Risiken standardgerechter Behandlung – vor haftungsrechtlicher Überforderung im Rahmen ihres verfassungsrechtlichen Sozialauftrags geschützt werden. Im Bereich bewusst standardwidrig geplanter Eingriffe kommt die Medizin einem solchen Sozialauftrag allerdings nicht ohne Weiteres nach, sodass derjenige, der eine standardwidrige Behandlung vorbereitet, grundsätzlich auch das Folgenrisiko einer von ihm unzureichend durchgeführten Aufklärung hierüber zu tragen hat.

VI. Fazit und Ausblick

Die Markttransformation des Gesundheitswesens, im Wesentlichen induziert durch die Einführung preisorientierter Vergütungssysteme, hat die Anreizstrukturen nachhaltig verändert. Der politisch gewollte „Verdrängungswettbewerb unter den Leistungserbringern“ dürfte zu einer weiteren Marktkonzentration führen, dabei allerdings mit der Gefahr eines Qualitätsunterbietungswettbewerbs einhergehen. Auch die Justiz ist gefordert, dieser Gefahr mittels einer konsequenten Marktaufsicht und Marktsteuerung entgegenzuwirken. Konkret bedeutet dies, dass sich die strafrechtliche Aufarbeitung von infrastrukturbedingten Behandlungsfehlern nicht länger auf die behandelnden Ärzte verengen darf, sondern auch die strukturverantwortlichen patientenfernen Entscheider einbeziehen muss. Die strafrechtliche Pflicht zur Aufklärung des Patienten über vorab bekannte Standardunterschreitungen bei der Behandlungsinfrastruktur (im Zivilrecht auch hinsichtlich relativer Mangelausstattungen) ist ein wichtiges Instrument zur Selbststeuerung des Gesundheitsmarktes. Durch eine nachfragegesteuerte Umlenkung der Patientenströme können Investitionen in Behandlungssicherheit erlöswirksam werden und auf diese Weise qualitätsbewusste Ärzte und Einrichtungen bevorzugen.