

Michael Memmer, Helga Willinger

Führt das geltende Medizinrecht zu einer Defensivmedizin?

Does Current Medical Law Lead to Defensive Medicine

Zusammenfassung

Die Medizin wird in zunehmendem Maße von rechtlichen Regelungen durchdrungen. Diese Verrechtlichung macht auch nicht vor dem Arzt-Patient-Verhältnis Halt. Die Folge dieser Entwicklung sind Befürchtungen, dass das Medizinrecht zu einer Defensivmedizin führen könnte. Der vorliegende Beitrag erörtert mögliche Probleme und zeigt Lösungsansätze auf. Dabei hat sich z. B. in den letzten Jahrzehnten besonders die außergerichtliche Streitbeilegung, bei der das Arzt-Patient-Verhältnis weniger stark beeinträchtigt wird als durch einen Prozess, als wirksames Mittel erwiesen. Die Analyse macht deutlich, dass das Medizinrecht versucht, defensivmedizinischen Tendenzen entgegenzuwirken.

Schlüsselwörter: Verrechtlichung, Arzt-Patient-Verhältnis, Behandlungsfehler, ärztliche Aufklärung, Lösungsansätze gegen Defensivmedizin

Abstract

Medicine is increasingly characterized by legal regulations, from which not even the doctor-patient relationship is immune. One consequence of this development is fear that medical law will lead to 'defensive medicine'. This paper discusses possible problems that this may cause and illustrates possible approaches to solving them. In recent decades, for example, out-of-court settlements have proven to be an effective method since the doctor-patient relationship is less affected than by a long draw-out legal process. The analysis shows that medical law tries to counteract trends toward defensive medicine.

Keywords: legalization, doctor-patient-relationship, malpractice, informed consent, legal strategies against defensive medicine

Univ.-Prof. Dr. Michael Memmer
Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Wien
Schenkenstraße 8-10, A-1010 Wien
michael.memmer@univie.ac.at

Dr. Helga Willinger
Wiener Pflege-, Patientinnen- und
Patientenanwaltschaft
Schönbrunner Straße 108, A-1050 Wien
helga.willinger@wien.gv.at

Die berufliche Tätigkeit des Arztes betrifft fundamentale Rechtsgüter des Menschen: Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Selbstbestimmung. Personen in Gesundheitsberufen tragen deshalb ein hohes Maß an Verantwortung, da schon kleine Unachtsamkeiten diese Rechtsgüter beeinträchtigen und gefährden können. Die prinzipielle Notwendigkeit einer staatlich-rechtlichen Regelung der ärztlichen Tätigkeit wird heute deshalb nicht bestritten.¹ Allerdings wirft die stetige Zunahme an rechtlichen Regelungen schon seit Jahrzehnten die Frage auf, ob die Verrechtlichung der Medizin bzw. der Arzt-Patient-Beziehung in eine Defensivmedizin führt. So fand z. B. 1997 in Salzburg ein Symposium statt, bei dem zahlreiche Wissenschaftler – damals insbesondere in Hinblick auf die Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärungspflicht – ihrer Besorgnis Ausdruck gaben, eine solche Rechtsprechung könnte der Wegbereiter zu einer Defensivmedizin sein und so zu „amerikanischen Verhältnissen“ im Arzthaftungsrecht führen.² Letztere Befürchtung ist schon seit längerer Zeit ausgeräumt, weil mannigfache Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen in den USA und in Österreich diesem Phänomen entgegenstehen.³ Dennoch bleibt die Besorgnis, dass der Arzt in zunehmendem Maße in seinem Patienten nicht mehr „nur“ den Kranken sieht, sondern einen potentiellen Kläger, gegen den man sich absichern muss.

Verrechtlichung der Medizin

Der Grund für die wachsende Regelungsdichte⁴ liegt zum einen in der Entwicklung der medizinischen Wissenschaft und der Medizintechnik. In den 1980er Jahren führte ein Aufsehen erregender Prozess nach einer postmortalen Entnahme von Knochensplittern zur Drohung der Ärzte, angesichts der unklaren Rechtslage künftig keine Organtransplantationen mehr durchzuführen; in der Folge wurde die Widerspruchslösung im damaligen § 62a KAG verankert. Die Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin erforderten eine Regelung mannigfacher Fragen, die letztlich im Fortpflan-

zungsmedizingesetz (FMedG) positiviert wurde. Die Gentechnik bedurfte einer gesetzlichen Klarstellung. Bestehende Berufsrechte mussten den modernen Verhältnissen angepasst werden; neue Berufsbilder, so z. B. der Kardiotechniker, erforderten eine gesetzliche Grundlage. Sensible Materien verlangten nach einer Regelung, wie z. B. die Lebendorganspende, die letztlich 2012 zum Organtransplantationsgesetz (OTPG) führte, oder die rechtliche Durchdringung der Schönheitschirurgie qua Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG). Diese Beispiele ließen sich beliebig fortführen.

Mit der Zunahme von Gestaltungsmöglichkeiten wächst auch das Schutzbedürfnis des Patienten, der einer immer unüberschaubareren Medizin gegenübersteht, und jenes des Arztes, der angesichts der vielfältigen Handlungsmöglichkeiten einer normativen Anleitung bedarf. Parallel hierzu führt auch die Aufgabenteilung zur Notwendigkeit, eine mögliche „Schnittproblematik“ im Rahmen arbeitsteiliger Abläufe zu klären.

Seit den 1990er Jahren traten zunehmend die Patientenrechte in den Vordergrund der Diskussion. Signifikant hierfür ist die Aufnahme des Patientenrechtskatalogs in § 5a KAG (heute: KAKuG) im Jahr 1993 und die Patientencharta, die ab 1999 zwischen dem Bund und den einzelnen Bundesländern abgeschlossen wurde. Der Patientenrechtskatalog und die Patientencharta bieten eine Auflistung von Patientenrechten. In beiden Fällen wurden aber keine neuen Patientenrechte geschaffen, sondern nur bereits bestehende Rechte der Patienten, die in unterschiedlichen Gesetzen geregelt waren, kompiliert. Durch die Patientencharta, eine Art 15a-B-VG-Vereinbarung, sind nur die Vertragspartner gebunden. Die Patienten können hieraus keine unmittelbaren Rechte ableiten noch ergeben sich aus der Patientencharta Pflichten für den Arzt. Sie ist eine übersichtliche Zusammenstellung der wichtigsten Patientenrechte und signalisiert den politischen Willen, die bestehenden Patientenrechte zu sichern und weiter auszubauen.

Letztlich wurden aber nicht nur die Rahmenbedingungen medizinischen Handelns durch das Recht geregelt und die Patientenrechte „kodifiziert“, sondern auch das Arzt-Patient-Verhältnis immer mehr vom Recht durchdrungen. Gerade in dieser Beziehung, die sich vorrangig als Vertrauensverhältnis darstellt, werden die Funktionen des Rechts sichtbar. Um Spannungen und Unsicherheiten im Arzt-Patient-Verhältnis abzubauen, sind rechtliche Rahmenbedingungen und Regelungsmechanismen unverzichtbar, falls es zum Krisenfall kommt. Rechtsnormen machen den Arzt für sein fehlerhaftes Handeln verantwortlich, so wie die Rechtsordnung jeden Bürger für ein fehlerhaftes Verhalten zur Verantwortung zieht. Im Sinne dieser Schutz- und Missbrauchsabwehrfunktion lässt bereits das Wissen um diese Konsequenz ein rechtskonformes Verhalten entstehen: Der Arzt weiß, dass von ihm eine sachgerechte Behandlung, eine entsprechende Aufklärung etc. erwartet wird, so wie der Patient weiß, dass er bestimmte ärztliche Leistungen (die nicht von den Sozialversicherungsträgern übernommen werden) remunerieren muss.

Recht hat weiters die Aufgabe, die Freiheit der ihm unterworfenen Individuen zu gewährleisten und diese dort, wo es notwendig ist, sozialverträglich zu begrenzen. Diese friedens- und ordnungsstiftende Funktion bewirkt nicht nur eine Reglementierung des therapeutischen Handlungsspielraums, sondern entlastet auch den Arzt, indem sie bestimmte medizinische Methoden für rechtmäßig erklärt. Schließlich lässt die rechtliche Ausformung der Arzt-Patient-Beziehung diese erst zu einem Vertrauensverhältnis werden. Der Patient kann erwarten, in einer bestimmten Situation eine bestimmte Behandlung und Aufklärung zu erfahren, weil das ärztliche Handeln stets den gleichen Grundsätzen verpflichtet ist. Außerdem weiß er um die rechtliche Nachprüfbarkeit der Leistungen des Arztes. Da Vertrauen nur dort entstehen kann, wo es durch Verantwortung abgesichert ist, stabilisiert das Wissen um eine mögliche rechtliche

Durchsetzbarkeit des eigenen Anspruchs das Vertrauensverhältnis. Es entsteht jene „akzeptierte Abhängigkeit“, die für das Vertrauen zwischen Arzt und Patient wichtig ist.⁵

Verrechtlichung ist deshalb keineswegs von vornherein und per se eine negative Erscheinung, sondern „Ausdruck des Siegeszuges des modernen Rechtsstaates, der Herrschaft des Rechts über Machtausübung, Willkür und Rücksichtslosigkeit im zwischenmenschlichen und sozialen Umgang“.⁶

Verrechtlichung und Defensivmedizin

Die steigende Klagebereitschaft der Patienten wird von Seiten der Ärzte negativ erlebt. Die Zahl der gerichtlichen Entscheidungen mit medizinischen Inhalten hat sich in den letzten Jahrzehnten deutlich erhöht; dies darf nicht unterschätzt, aber auch nicht überbewertet werden. Die Gründe hierfür liegen nur zum Teil in der Juridisierung des Arzt-Patient-Verhältnisses. Die Klagebereitschaft steht in einem direkten Zusammenhang mit der Mündigkeit und der Informiertheit des heutigen Patienten. In den 1970er Jahren trat ein markanter Wandel im Arzt-Patient-Verhältnis ein: Die Patientenautonomie löste den Paternalismus ab. Der Patient, der selbstbestimmt handelt, akzeptiert nicht mehr ungefragt die Autorität des Arztes. Diese Emanzipation des Patienten in den 1970er Jahren war allerdings kein Sonderfall, sondern Teil einer allgemeinen gesellschaftlichen Bewegung. Die „Strahlkraft natürlicher Autoritäten“ verblasste, die „Anerkennung von Autorität“ schwand. Auf das Arzt-Patient-Verhältnis bezogen bedeutete dies eine vermehrt rechtliche Deutung dieser besonderen Beziehung.⁷

Hinzu kommen heute die zahlreichen Informationen medizinischen Inhalts, die sich Patienten insbesondere via Internet besorgen. Qualitätsgesicherte Information für Patienten bietet Orientierungs- und Strukturierungshilfe bei auftretenden Fragen in gesundheitlichen bzw. gesundheitsrechtlichen Angelegenheiten. Richtige und verständliche Informationen über Gesundheit, Krank-

heit und Behandlung stellen die Grundlage für Gesundheitskompetenz dar. Durch diese wird es möglich, das selbständige Handeln der Patienten, die Entscheidungsfindung und auch den Behandlungserfolg zu fördern. Undifferenzierte Recherchen im Internet führen hingegen häufig zu einer Verunsicherung auf Seiten des Patienten und zum Glauben, es wäre etwas „schief gelaufen“, wenn das Ergebnis nicht den Wünschen entspricht. Die Folge der Patientenmündigkeit und des breiten Informationsangebots führen zu einer höheren Klagebereitschaft. Verstärkt wird diese Tendenz durch die Versicherungsbranche; wer rechtsschutzversichert ist, tendiert eher zu einer Klage, als ein Patient ohne Rechtsschutzversicherung, der das Prozesskostenrisiko in sein Kalkül einbezieht.

Die Gefahr, in einen Prozess gezogen zu werden, erzeugt ein defensivmedizinisches Denken. Beispielhaft hierfür steht ein Kommentar zum umstrittenen „Sie-gehen-jetzt-in-die-Risikoambulanz“-Erkenntnis (sog. Kind als Schaden-Urteil)⁸ eines Arztes in der österreichischen Tageszeitung „Der Standard“: „Ich werde ab sofort jedesmal, wenn ich im Ultraschall einen kleinen Fleck auf der Leber sehe, unter Hinweis auf einen möglichen Leberkrebs meine Patienten grundsätzlich zur MRT und zusätzlich zum PET-Scan schicken“.⁹

Eine solche Entwicklung ist bedauerlich. Sie betrifft aber nicht singulär das Arzt-Patient-Verhältnis, sondern auch andere Lebenssachverhalte. Die Organmitglieder einer Gesellschaft (Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat) müssen laufend Entscheidungen treffen, ohne im Vorhinein zu wissen, ob die beschlossene Maßnahme wirklich die erhofften Vorteile bringt. Eine mögliche gerichtliche Nachprüfung, bei der die ex ante-Sicht mit der ex post-Sicht in einer unzulässigen, psychologisch aber nur schwer vermeidbaren Weise vermengt wird (sogenannter „Rückschaufehler“), kann zur Folge haben, dass Organmitglieder aus Furcht vor einer Haftung nur noch möglichst defensiv agieren und die mit unternehmerischen Wagnissen verbundenen Chancen nicht mehr

wahrnehmen.¹⁰ Dieses Phänomen der defensiven Haltung zeigt sich nicht nur in Bezug auf berufliche Tätigkeiten, sondern sogar im alltäglichen Leben, etwa bei der Baumhaftung: Um sich nicht dem Vorwurf, als Eigentümer konkrete Baumpflegemaßnahmen unterlassen zu haben, auszusetzen, kommt es zu einer Art Überreaktion, indem auch gesunde Äste beschnitten bzw. gesichert werden.¹¹

Aus Angst vor einem möglichen Behandlungsfehler werden bestimmte Behandlungen unterlassen oder zahlreiche (teilweise überflüssige) diagnostische und/oder therapeutische Maßnahmen ergriffen. Ein solcher Behandlungsfehler liegt in der Regel vor, wenn die Behandlung nicht dem medizinischen Standard entspricht. Dieser ist maßgeblich für die Beurteilung, welches Verhalten vom Arzt in der konkreten Behandlungssituation erwartet werden kann. Dieser anerkannte und gesicherte Stand der medizinischen Wissenschaft wird von den Ärzten selbst festgelegt. Der Richter muss folglich im konkreten Prozess mittels medizinischer Gutachter den medizinischen Standard eruieren. Bei der Prüfung dieses Standards ist jedoch auch die Therapiefreiheit zu berücksichtigen. So wird die Anwendung einer herkömmlichen bewährten Methode nicht schon wegen der Verfügbarkeit einer moderneren Methode zum Behandlungsfehler.¹² Auch wenn die Therapie dem Stand der Medizin entsprechen muss, wird nicht stets das jeweils neueste Therapiekonzept geschuldet. „Hier ist sowohl beim medizinischen Sachverständigen, der die Grundlagen für die Beurteilung des Behandlungsgeschehens liefert, als auch beim Richter, dem die rechtliche Bewertung obliegt, Augenmaß gefordert“.¹³ Der Sachverständige muss erstens klären, ob die Behandlung durch den Arzt den Regeln der medizinischen Wissenschaft entsprochen hat. Zweitens ist nachzuweisen, dass der derzeitige Gesundheitszustand des betroffenen Patienten von jenem abweicht, den er hätte, hätte der Arzt die Behandlung lege artis vorgenommen. Diese Feststellung wird auch dem sachverständigen Gutachter nicht immer möglich sein, da der hypo-

thetische Gesundheitszustand des Betroffenen (bei richtiger Behandlung) nachgewiesen werden muss. Manche Vorgänge im menschlichen Körper lassen sich jedoch nicht immer mit Sicherheit nachvollziehen. Kann der Patient nicht den erforderlichen Beweis für einen Behandlungsfehler erbringen, geht dies zu seinen Lasten.

Verrechtlichung und „Übermaßaufklärung“

In den letzten Jahrzehnten ist die Zahl der Arzthaftungsprozesse deutlich angestiegen, zugleich trat aber der Vorwurf eines Behandlungsfehlers immer mehr in den Hintergrund; die Klagen stützten sich zu einem hohen Prozentsatz auf die Behauptung, vom Arzt nicht oder nur unzureichend über die Risiken und möglichen Folgen der Behandlung aufgeklärt worden zu sein. Während es beim Behandlungsfehler um Mängel der ärztlichen Kompetenz geht, steht bei der Aufklärungspflicht das Spannungsverhältnis zwischen der fachlichen Kompetenz des Arztes und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Vordergrund.

Der Wandel des Arzt-Patient-Verhältnisses in den 1970er Jahren war von einem Paradigmenwechsel begleitet – an die Stelle der paternalistisch geprägten Medizin trat der Gedanke, dass jeder medizinische Eingriff vom informed consent des einsichts- und urteilsfähigen Patienten getragen sein muss. Dieses Modell ist heute unbestritten. Da aber kein Gesetzgeber alle möglichen Einzelheiten regeln kann, muss die Rechtsprechung klären und eingrenzen, wer wann in welchem Umfang den Patienten aufzuklären hat. Deshalb kann und wird die Diskussion gerade wegen der unscharfen Rahmenbedingungen nicht enden. Der Grund für die hohe Zahl an Aufklärungserkenntnissen liegt somit im Umstand, dass es sich bei der Aufklärung um eine von den Gerichten zu klärende Rechtsfrage handelt, wogegen die Relevanz bei Behandlungsfehlern auf der von Gutachtern zu klärenden Tatsachenebene liegt.¹⁴

Zudem bevorzugt in einem Aufklärungsverfahren die Beweislast den klagenden Patienten. Macht

der Patient im Arzthaftungsprozess einen Behandlungsfehler geltend, muss er als derjenige, der für sich ein Recht in Anspruch nimmt, die rechtsbegründenden Tatsachen beweisen. Der Patient hat also unter Beweis zu stellen, dass das Verhalten des Arztes einen Behandlungsfehler darstellt und dieses Fehlverhalten kausal für den erlittenen Nachteil war. Im Aufklärungsprozess muss hingegen der Arzt den Nachweis erbringen, dass er den Patienten ordnungsgemäß aufgeklärt hat. Diese Beweislastverteilung ergibt sich aus dem Umstand, dass jede mit einem Eingriff in die körperliche Integrität einhergehende Heilbehandlung, in die der Patient nicht rechtswirksam eingewilligt hat, eigenmächtig und daher rechtswidrig ist. Der Arzt muss folglich beweisen, dass er die „Berechtigung“ zum medizinischen Eingriff hatte, d. h. dass der Patient seine Einwilligung, die eine Aufklärung voraussetzt, gegeben hat. Diese Lösung bevorzugt den Patienten; sie eröffnet ihm aber Chancengleichheit, da er andernfalls beweisen müsste, dass er vom Arzt über dieses Risiko nicht aufgeklärt wurde. Ein Negativbeweis wäre aber faktisch kaum erbringbar.¹⁵

Diese Beweislastverteilung führte zum Eindruck einer „patientenfreundlichen“ Judikatur. Dies bedeutet aber nicht, dass die klagenden Parteien mehrheitlich durchdringen – klagsstattgebende und klagsabweisende Entscheidungen „halten sich in etwa die Waage, vielleicht mit leichter Tendenz zu Gunsten der klagenden Parteien“.¹⁶ Dabei zeigt die höchstgerichtliche Judikatur in den letzten Jahren keine Brüche, die langjährige Rechtsprechung wird konsequent fortgesetzt. Die Printmedien vermitteln aber nicht immer diesen Eindruck. Großes Echo fand z. B. jenes bereits erwähnte Erkenntnis, das unter dem Leitsatz „Sie gehen mir jetzt in die Risikoambulanz“¹⁷ bekannt geworden ist. Dieses Erkenntnis wurde sogar als „der Aufreger des Jahres 2006 schlechthin“ bezeichnet, in dem der OGH „den Bogen bei weitem überspannt“ hätte.¹⁸ Ein Facharzt für Gynäkologie hatte die werdende Mutter nach der Ultraschalluntersuchung in die Risikoambulanz geschickt, ohne

ihr den Grund hierfür zu nennen und auf die Möglichkeit einer chromosomalen Fehlentwicklung hinzuweisen. Die Frau kam dieser Aufforderung zunächst nicht nach, worauf ihr der Gynäkologe bei den beiden nächsten Arztbesuchen Vorwürfe machte – laut wiedergegebenem Sachverhalt ohne die Frau auf die Bedeutung der angeordneten Untersuchung hinzuweisen. Spätestens jetzt, nachdem der Arzt erkannt hatte, dass die werdende Mutter aus welchen Gründen auch immer dieser Aufforderung nicht nachgekommen war, hätte er der Patientin die Gründe für diese Untersuchung klarmachen müssen. Gerade diese späteren Unterlassungen sind in der öffentlichen Diskussion nicht berücksichtigt worden. Der OGH betonte, dass ein Arzt im Bewusstsein der erforderlichen Maßnahmen „den Patienten auf diese Notwendigkeit und die Risiken der Unterlassung hinzuweisen [hat]. Dabei hat die Belehrung umso ausführlicher und eindringlicher zu sein, je klarer für den Arzt die schädlichen Folgen des Unterbleibens sind“. Im konkreten Fall wies der OGH den Fall an das Erstgericht zurück, das nun auch darüber zu entscheiden hatte, ob der Mutter ebenfalls ein Fehlverhalten vorzuwerfen war. Dieser zweite Rechtsgang endete mit einem Vergleich zwischen den Prozessparteien,¹⁹ der nahelegt, dass es auf beiden Seiten zu Fehlern gekommen war. Dieser Fall war ein Musterbeispiel, wie mit einzelnen Erkenntnissen „Politik gemacht [wird], sie werden vergrößert und damit unrichtig kolportiert und sie werden missverstanden, weil sie nicht in die Judikaturlinien eingebettet, sondern isoliert betrachtet werden“.²⁰

In der Zwischenzeit ist ein zweites Erkenntnis zu einem ähnlich gelagerten Fall ergangen, das den negativen Eindruck in der Öffentlichkeit hätte zurecht rücken können.²¹ Der Hinweis, dass „Blutungen, Krämpfe und Folgen für das Kind“ bei Nichtbefolgung der Krankenhauseinweisung drohen, wurde in diesem Fall vom OGH als ausreichend angesehen, damit die Patientin die begründete Notwendigkeit des Aufsuchens einer Krankenanstalt erkennt. Vom Arzt zu verlangen,

überdies auf eine lebensbedrohende Situation ausdrücklich hinzuweisen, „hieße daher, den konkret anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab zu überspannen“. Einer Überspannung der Aufklärungspflichten wurde – wie schon in vielen früheren Erkenntnissen²² – ausdrücklich eine Absage erteilt. Auch dieses Erkenntnis ist in den Printmedien besprochen worden,²³ hat aber, da es offenkundig zu wenig spektakulär war, kaum Resonanz in der Öffentlichkeit gefunden.

Hat der Arzt tatsächlich nicht über jenes Risiko aufgeklärt, das sich später verwirklicht hat, kann er sich von der Haftung befreien, indem er nachweist, dass der Patient dem Eingriff auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung zugestimmt hätte. In diesem Fall war ja die Unterlassung der Aufklärung nicht kausal für den Schaden des Patienten. Nach M. Neumayr ist die Tendenz erkennbar, dass die Gerichte zunehmend klagenden Patienten „keinen Glauben dahingehend schenken, dass sie bei rechtmäßiger Aufklärung den Eingriff abgelehnt hätten. Auf diese Weise wird die Problematik auf der Tatsachenebene gelöst“.²⁴

Die Dominanz der Aufklärungserkenntnisse löst vielfach Unbehagen aus, das sich in einer defensivmedizinisch bedingten Übermaßaufklärung äußern kann. Ärzte klären dann lieber zuviel als zu wenig auf und überfordern den Patienten mit Informationen, die einen informed consent nicht erleichtern, sondern erschweren.²⁵ Im Extremfall kann die Übermaßaufklärung sogar das Gegenteil des gewünschten Erfolges bewirken: Der Arzt, der sich gegen einen Vorwurf wegen mangelhafter Aufklärung absichern will, löst möglicherweise gerade durch die Totalaufklärung eine Haftung aus.²⁶

Maßnahmen gegen defensivmedizinische Ansätze

Defensivmedizin infolge einer Verrechtlichung ist ein von allen Seiten ungewolltes Ergebnis. Die Rechtsordnung hat bewusst Maßnahmen gesetzt, die dieser Entwicklung entgegensteuern sollen. Mit der Ärztegesetz-Novelle BGBl 61/2010 wurde

eine obligatorische Berufshaftpflichtversicherung vorgeschrieben (§ 52d ÄrzteG). Eine freiberufliche ärztliche Tätigkeit darf erst nach Abschluss und Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer aufgenommen werden. Die Berufshaftpflichtversicherung soll den finanziellen Druck aus dem Arzt-Patient-Verhältnis nehmen: „Das nützt zum einen dem Patienten, der im Ernstfall auf einen Deckungsfonds greifen kann. Das nützt aber auch und umso mehr dem einzelnen Arzt, der vor ruinösen und existenzbedrohenden Ansprüchen bis zu einem gewissen Grad geschützt wird. Das trägt letztlich auch zur Entspannung gestörter Patienten-Arzt-Beziehungen bei, weil die Abwicklung von Schäden über die gesetzliche Haftpflichtversicherung de-eskalierend wirkt“.²⁷ Wie wichtig diese Maßnahme war, zeigt eine 2015 publizierte Umfrage,²⁸ wonach das Herstellen einer vertrauensvollen Beziehung im niedergelassenen Bereich eine wesentlich wichtigere Rolle als im Krankenhaus spielt. Dennoch findet sich gerade bei niedergelassenen Ärzten ein stärkeres Absicherungsbedürfnis als bei angestellten Ärzten; dies hängt mit ihrer Haftung aus dem Behandlungsvertrag zusammen, während angestellte Ärzte den „Schutz“ durch den jeweiligen Krankenanstaltenträger genießen.²⁹

Ein überzeugender Beweis für den Versuch, der Defensivmedizin entgegenzuwirken, ist die außergerichtliche Streitbeilegung, die sich in letzten Jahrzehnten etabliert hat und auch durch entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen gefördert wurde. Die Rechtsentwicklung zeigt gerade in den letzten beiden Jahrzehnten eine verstärkte Tendenz, Konflikte im Verhältnis Arzt-Patient möglichst gerichtsfern zu lösen und über allfällige Ansprüche aus möglichen Behandlungsfehlern eine außergerichtliche Entscheidung zu erzielen.³⁰ Eine Möglichkeit besteht in einer Fallprüfung durch die gemäß § 11e KAKuG eingerichteten Patientenvertretungen. Zu ihren Hauptaufgaben zählen die Beratung und die Information der Patienten über ihre Rechte sowie deren Unter-

stützung bei der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen in Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen und der Schadensregulierung. Der Vorteil einer außergerichtlichen Klärung liegt in der Vermeidung eines lang dauernden Prozesses mit ungewissem Ausgang für beide Seiten. Oft stellt sich ein vermuteter Behandlungsfehler im Zuge der Prüfung durch die Patientenvertretungen als ein Problem im zwischenmenschlichen Bereich heraus. Es sind vielfach Informations- und Kommunikationsdefizite und keine Behandlungsfehler, die sich ereignet haben. Hier kommt es bereits durch die Aufklärung des Sachverhalts seitens der Patientenanwaltschaft zu einer Streitbeilegung; ein nachfolgender Prozess wird vermieden. Stellt die Patientenvertretung nach Einholung der Krankengeschichte und einer Stellungnahme des behandelnden Arztes fest, dass u. U. die Beschwerde „berechtigt“ sein könnte, wird eine Direktverhandlung mit dem Spitalsträger oder dessen Haftpflichtversicherung oder der Versicherung des behandelnden Arztes in die Wege geleitet; in den meisten Fällen kommt es dann in Absprache mit den Versicherungen zur Einholung eines Gutachtens. Wird vom Gutachter ein Behandlungsfehler attestiert, wird eine Entschädigung des Patienten durch die Versicherung angestrebt. Ziel eines solchen Vergleichs ist die vollständige Schadensabgeltung; es ist eine einverständliche Neufestlegung strittiger oder zweifelhafter Rechte. Durch ihn wird die Unsicherheit, ob oder inwieweit ein Schaden verursacht wurde, beseitigt. Wurde im Gutachten aber ein Behandlungsfehler ausgeschlossen, erhält der Patient wichtige Informationen über die medizinische und rechtliche Beurteilung des Sachverhalts durch die Patientenvertretung bzw. im Hinblick auf ein gerichtliches Verfahren; in den meisten Fällen unterbleibt dann eine Klage.

Wie sehr die Institution der Patientenanwaltschaften heute von allen Beteiligten akzeptiert ist, zeigt die Tatsache, dass bereits auch Ärzte bzw. Krankenanstalten nach einem möglichen Fehler, der zu einem Personenschaden geführt hat, an die jeweilige Patientenanwaltschaft herantreten, um

ihr Tätigwerden ersuchen und so eine in einen Prozess mündende Eskalation vermeiden wollen.

Ferner kommt ein Verfahren vor den Schlichtungsstellen der Ärztekammern in Betracht. Eine außergerichtliche Streitbeilegung ist freilich nur in beiderseitigem Einvernehmen möglich, es besteht kein rechtlicher Zwang zur Teilnahme an einem solchen Schlichtungsversuch. Sind die Parteien hierzu bereit, kann durch das fortgesetzte Gespräch eine weitreichende Beschädigung des Arzt-Patient-Verhältnisses vermieden werden. Dass die Mitwirkung des Arztes vom Gesetzgeber sogar gewünscht wird, zeigen § 58a Abs. 2 ÄrzteG und § 48 Abs. 4 ZÄG: Ein Arzt, der an einem Schlichtungsverfahren teilnimmt, begeht keine Obliegenheitsverletzung in Bezug auf den Haftpflichtversicherer, wenn er aktiv an der objektiven Sachverhaltsfeststellung mitwirkt, mit der Schlichtungsstelle kooperiert und seine persönliche Stellungnahme zum Streitfall abgibt. Er verliert hierdurch nicht den Leistungsanspruch aus der Haftpflichtversicherung. Verwehrt ist ihm lediglich – gemäß den üblichen Versicherungsvertragsbedingungen – die Abgabe eines Schuldanerkenntnisses.

Als ergänzende Form der Konfliktlösung ist die Befassung der Patienten-Entschädigungsfonds zu nennen. Da § 27a KAKuG einen sehr weiten Spielraum offen lässt, unterscheiden sich die ausführenden Landesregelungen in verschiedenen Punkten. Gemeinsam ist allen Regelungen, dass eine finanzielle Unterstützung nur dann zugesprochen wird, wenn u. a. der Streit nicht bei Gericht anhängig ist und eine erfolgreiche Durchsetzung der Schadenersatzansprüche nur mit einem aufwändigen und lange dauernden Beweisverfahren möglich oder nicht mit Sicherheit zu erwarten ist. Die Fondslösung soll nicht das geltende Schadenersatzrecht ersetzen, sondern im Graubereich von nicht eindeutig gegebener Haftung und schwerwiegenden Komplikationen ergänzen und somit ein Prozessgeschehen vermeiden.

Eine Verunsicherung im Gefolge einer Verrechtlichung lässt sich jedoch am besten durch

die Kenntnis der wesentlichen rechtlichen Grundsätze des Medizinrechts vermeiden. Die verstärkte Vermittlung von Rechtskenntnissen in der Ausbildung der Gesundheitsberufe ist ein Gebot unserer Zeit: Ärzte, die mit einem juristischen Grundwissen ausgestattet sind, können mit ihren juristischen Berufsrisiken weitaus sachlicher und professioneller umgehen, als dies heute noch bisweilen geschieht.³¹ In den Standeszeitungen gibt es immer wieder Beiträge zu Rechtsfragen, aber diese gehen oft auf spezielle Probleme ein oder besprechen „aufsehenerregende“ Urteile. Wichtig wäre aber ein rechtliches Basiswissen, die Vermittlung der großen Judikaturlinien und der richtige Umgang mit diesen Erkenntnissen; nur so lässt sich ein falscher Eindruck, der zur Verunsicherung der Ärzte führt, verhindern. Diese Forderung ist nicht neu. Bereits 1893 – in einer Zeit, in der die rechtliche Durchdringung der Medizin noch relativ gering war – war in der Wiener Medizinischen Wochenschrift zu lesen: „Der junge in die Praxis tretende Arzt hat absolut keine Kenntniss der ihm vom Staate auferlegten Verpflichtungen; an der Universität lernt er sie nicht kennen, nicht selten erst durch unangenehme Erfahrungen in der Praxis. Für den Arzt aber ist die Kenntniss der Sanitätsgesetze dringend nothwendig, weil er oft genug zu ihrer Durchführung direkt oder indirekt herangezogen wird.“³²

Resümee

Unbestrittenermaßen nimmt die rechtliche Durchdringung der Medizin stetig zu. Die Rechtslage ist einem ständigen Wandel unterworfen, sie muss sich notwendigerweise an soziale, technische und berufsspezifische Gegebenheiten anpassen. Andernfalls verliert sie an Effektivität, hinkt Entwicklungen hinterher und ist nicht mehr geeignet, regulierend einzugreifen. Daher ist eine Verrechtlichung nicht von vornherein und per se eine negative Erscheinung. Das Recht muss einen Ausgleich zwischen den Parteien schaffen. Die Festlegung der Voraussetzungen, unter denen der Eingriff in

ein fremdes Rechtsgut zulässig ist, kann nicht Sache der Ärzteschaft oder des einzelnen Arztes sein. Wie jeder andere Lebensbereich hat sich in einem Rechtsstaat auch die Medizin einer Außenkontrolle durch nichtärztliche Instanzen zu unterwerfen.³³

Das Kernanliegen der gerichtlichen Entscheidungen, nämlich die informierte Zustimmung des Patienten zur Behandlung, wird in der medizinischen Praxis zunehmend gelebt; das Ziel der Rechtsprechung ist damit erreicht. Im Rahmen der schon erwähnten Umfrage wurde als Hauptgrund für die Aufklärung von den befragten Ärzten „die rechtliche Verpflichtung“ angegeben, gefolgt vom Wunsch, den Patienten in den Behandlungsprozess einzubinden, und vom Herstellen einer Vertrauensbeziehung zum Patienten. Nur 8,8% der befragten Ärzte ging es um die Verwirklichung des Patientenrechts auf Selbstbestimmung; dennoch hat die mögliche Haftung zur Stärkung der Selbstbestimmung durch die Patienten beigetragen.³⁴ Erstaunlicherweise gaben nur 6,6% der Befragten an, aufzuklären, um sich rechtlich abzusichern.³⁵ Dies spricht eigentlich gegen eine defensivmedizinisch begründete „Übermaßaufklärung“.

In der Regel wird auch nicht die zunehmende Normendichte negativ erlebt, sondern die Rechtsprechung in Bezug auf die ärztliche Aufklärungspflicht. Ausgelöst wurde diese Rechtsprechung durch ein Erkenntnis im Jahr 1982, wonach die ärztliche Aufklärung eine Rechtsfrage ist, die der Nachbeurteilung durch die Gerichte unterliegt; verstärkt wurde die Klagebereitschaft der Patienten durch die Beweislastverteilung zugunsten der Patienten. Bisweilen wird diese Entwicklung pointiert zusammengefasst, dass sich der „mündige“ zum „findigen“ Patienten entwickelt.³⁶ Dies mag in manchem Einzelfall richtig sein, heißt aber noch lange nicht, dass der klagende Patient Recht bekommt. Heute haben sich die Judikaturlinien im Großen und Ganzen gefestigt; mehr kann das Recht nicht anbieten, weil es bei der Entscheidung, wie intensiv aufzuklären ist, immer auf die „Umstände des Einzelfalls“ ankommt.

Die rechtliche Analyse zeigt, dass das geltende Medizinrecht keinen Anlass zu einem defensivmedizinischen Verhalten gibt. Besonders die Möglichkeiten einer außergerichtlichen Streitbeilegung und die obligatorische Haftpflichtversicherung des niedergelassenen Arztes können den finanziellen Druck aus dem Arzt-Patient-Verhältnis nehmen und wieder dessen Charakter als Vertrauensverhältnis stärken.

Referenzen

- 1 Katzenmeier Ch., *Verrechtlichung der Medizin*, in: Katzenmeier Ch., Bergdolt K. (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg (2009), S. 45-59 (47)
- 2 siehe Kossak W., *Arzthaftung zwischen Politik und Rechtsprechung*, RZ (1999): 258-262
- 3 Aigner G., *Risiko und Recht der Gesundheitsberufe*, RdM (2004): 35-40 (35); Kletecka A., *Referat über Haftung im Gesundheitswesen*, in: Kröll Th., *Haftung im Wirtschaftsrecht. Symposiumsbericht*, ÖZW (2011); 56-57 (56); Neumayr M., *Zur Rolle der Gerichte bei der Entwicklung des Medizinrechts*, RdM (2014): 51-57 (52)
- 4 Zu den Gründen der Verrechtlichung der Medizin z. B. Memmer M., *Das Arzt-Patienten-Verhältnis: Vertrauensbeziehung und Rechtsverhältnis*, Imago Hominis (1997); 4(2): 109-114 (110)
- 5 z. B. ebd., S. 113 f.; Katzenmeier Ch., siehe Ref. 1, S. 47 f.
- 6 Katzenmeier Ch., siehe Ref. 1, S. 47
- 7 Mazal W., *Zum Verhältnis Arzt-Patient aus juristischer Sicht*, in: Kampits P. (Hrsg.), *Medizin – Ethik – Recht*, Zentrum für Ethik und Medizin Krems (1994), S. 107-113 (110)
- 8 OGH 7.3.2006, 5 Ob 165/05h
- 9 *Gynäkologen diskutieren umstrittenes OGH-Urteil*, Der Standard, 29. Jänner 2007, <http://derstandard.at/2515384/Gynaekologen-diskutieren-umstrittenes-OGH-Urteil> (letzter Zugriff am 19.7.2017)
- 10 Karollus M., *Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG)*, ÖBA (2016); 252-264 (252)
- 11 Kerschner F., *Grenzen der Baumhaftung*, Sachverständige (2015); 12-17 (12)
- 12 Müller G., *Ärztliche Kompetenz und Patientenautonomie*, in: Katzenmeier Ch., Bergdolt K. (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, Springer-Verlag, Berlin/Hei-

- delberg (2009), S. 75-86 (77 f.)
- 13 ebd., S. 78
- 14 Neumayr M., siehe Ref. 3, S. 52
- 15 Neumayr M., siehe Ref. 3, S. 54
- 16 Kathrein G., *Verbindlichkeit von Aufklärungsrichtlinien*, in: Kröll W., Schaupp W. (Hrsg.), *System – Verantwortung – Gewissen in der Medizin*, Manz-Verlag, Wien (2012), S. 120-129 (121)
- 17 OGH 7.3.2006, 5 Ob 165/05h
- 18 Leitner M., *Arzthaftung – Lockert der OGH die Aufklärungspflicht?* <https://www.infoueraerzte.at/index.php/2011/04/arzthaftung> (letzter Zugriff am 19.7.2017)
- 19 *Gynäkologen diskutieren umstrittenes OGH-Urteil*, siehe Ref. 9
- 20 Kathrein G., siehe Ref. 16, S. 123
- 21 OGH 4.8.2009, 9 Ob 64/08i
- 22 z.B. OGH 12.7.1990, 7 Ob 593/90; 18.10.1991, 8 Ob 620/91; 7.9.1993, 10 Ob 503/93; 12.3.1996, 10 Ob 1530/96; 25.10.1996, 1 Ob 2318/96f; 22.12.1997, 8 Ob 261/97h; 14.4.1998, 10 Ob 137/98i; 16.11.1999, 10 Ob 286/99b; 17.1.2001, 6 Ob 318/00h; 18.4.2002, 6 Ob 63/02m; 7.4.2003, 2 Ob 313/01w; 13.2.2004, 7 Ob 15/04p; 27.9.2006, 9 Ob 76/06a; 28.3.2007, 7 Ob 50/07i; 10.6.2008, 4 Ob 87/08k; 27.1.2009, 5 Ob 290/08w; 23.2.2010, 4 Ob 203/09w; 25.1.2012, 7 Ob 228/11x; 30.4.2012, 9 Ob 41/11m; 12.2.2013, 4 Ob 241/12p; 29.1.2015, 6 Ob 214/14k; 30.6.2015, 10 Ob 40/15b; zuletzt 29.11.2016, 9 Ob 55/16b; 20.12.2016, 4 Ob 256/16z; 29.3.2017, 1 Ob 38/17w
- 23 z. B. Kommenda B., *Arzthaftung: OGH begrenzt Aufklärungspflicht*, Die Presse, 26. Oktober 2017, http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/517462/Arzthaftung_OGH-begrenzt-Aufklaerungspflicht (letzter Zugriff am 19.7.2017)
- 24 Neumayr M., siehe Ref. 3, S. 52 [Univ.-Prof. Dr. M. Neumayr ist Hofrat des Obersten Gerichtshofs]
- 25 z. B. Willinger H., *Ethische und rechtliche Aspekte der ärztlichen Aufklärungspflicht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt/Main (1996), S. 205 ff.; Wallner J., *Health Care zwischen Ethik und Recht*, facultas, Wien (2007), S. 105
- 26 siehe z. B. Schmoller K., *Strafrechtliche Folgen einer unterlassenen oder übermäßigen ärztlichen Aufklärung*, in: Mayer-Maly Th., Prat E. H. (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, Springer-Verlag, Wien (1998), S. 75-116
- 27 Kathrein G., siehe Ref. 16, S. 123
- 28 Panosch R., *Der Arzt im Spannungsfeld von personalisierter Aufklärung und Absicherungsmedizin*, RdM (2015); 164-168
- 29 ebd., S. 167
- 30 siehe z. B. Willinger H., *Die Wiener Patientenanwalt-*
schaft – ein erfolgreiches Modell alternativer Konfliktlö-
sung, Die Krankenversicherung (2005); 138-141; Jahn B., *Außergerichtliche Konfliktlösung im Gesundheitswesen*, Manz-Verlag, Wien (2009); Memmer M., *Modelle einer Entschädigung nach Behandlungsfehlern*, Imago Hominis (2011); 18(1): 29-38
- 31 Aigner G., siehe Ref. 3, S. 39; vgl. auch Kathrein G., siehe Ref. 16, S. 123
- 32 N. N., *Die Aufgaben der Aerztekammern*, WMW (1893); 43/3: Sp. 130-132 (131)
- 33 Schreiber H.-L., *Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen (1984), S. 29, 34 f.; Katzenmeier Ch., siehe Ref. 1, S. 47
- 34 Kathrein G., siehe Ref. 16, S. 124
- 35 Panosch B., siehe Ref. 28, S. 167
- 36 vgl. z. B. Heidinger A., *Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes*, in: Harrer F., Graf A.-H. (Hrsg.), *Ärztliche Verantwortung und Aufklärung*, Orac, Wien (1999), S. 17-53 (18)