

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Juristische Fakultät
Zentrum für Medizinrecht
Georg-August-Universität
37073 Göttingen

per E-Mail am 05. Juli 2008

Anfrage von:

Günter Biebl
Familienhospiz-Initiative - Zugspitzstr. 38a - 86163 Augsburg

.Fiktive Situation: Der Patient erhält keine ausreichende Schmerztherapie und die Palliativversorgung insgesamt entspricht nicht dem medizinischen Kenntnistand. Der Patient leidet an massivsten Schmerzen, kommt immer wieder in bedrängten Atemnotsituationen usw.

Dies wäre bei Anwendung der Maßnahmen der Palliativmedizin bei bis zu 95 % der Patienten zu beheben. Mit der Eröffnung der ersten Palliativstation im April 1983 in Köln kann man davon ausgehen, daß dieses Wissen inzwischen gefestigt und etabliert ist.

Selbst im Hospiz habe ich es erlebt, daß Beleg-Ärzte diese Patienten betreuen, welche die stärksten Schmerzmittel, welche zur Erlangung dieser Ergebnisse zwingend benötigt werden, überhaupt nicht verordnen können. Heute muß dazu lediglich ein einseitiger Antrag zusammen mit einer begl. Approbationsurkunde in die Bundesopiumstelle gesandt werden. Umgehend erhält der Arzt dann seine BTM-Rezepte und könnte diese verordnen.

Ich denke, es ist teilweise ein Vorwand, hier auf die Kostenträger zu verweisen, weil die Verordnung von Betäubungsmitteln tatsächlich nur einen geringen Verwaltungsmehraufwand erfordert.

Andererseits möchte ich dieses Argument aber auch ernstnehmen, weil den Ärzten nicht zuzumuten ist, im Rahmen der Kopf-Pauschalen (ca. 50.- € im Quartal/Patient) aufwendigste Palliativversorgungen zu übernehmen.

Nach derzeitigem Stand erhält der Arzt (auch im Monitor-Beitrag im April so dargestellt) diese intensive Betreuung also nicht vergütet.

Nun möchte ich davon ausgehen, daß der oben geschilderte Zustand der nicht behandelten Schmerzen und Atemnot den Straftatbestand der Körperverletzung durch Unterlassen erfüllt. Dieses Leiden könnte adäquat gelindert werden.

Der Arzt sagt, ich bekomme nichts für diese Leistung, also trage ich auch keine Verantwortung.

Der Gesetzgeber und die Kostenträger werden auf die bestehenden Gesetze verweisen.

Erfüllt dieses Verhalten einen Straftatbestand? Mithaftung/Mitverantwortung?

Antwort:

Die von Ihnen aufgeworfene Fragestellung erfordert es zunächst, zwischen dem privatrechtlichen Haftungsrecht (bzgl. schadensersatzrechtlicher Haftung) und dem Strafrecht (bzgl. Strafbarkeit) zu differenzieren. Beide fordern vom behandelnden Arzt, eine „standardgemäße“ Behandlung zu erbringen (i.d.R.: „Facharztstandard“). Dieser medizinische Standard setzt sich dabei aus drei Elementen zusammen, namentlich der wissenschaftlichen Erkenntnis, der praktischen Erfahrung und der Akzeptanz in der Profession. Keine Bedeutung kommt dabei der Kostenübernahme durch die Kostenträger zu, die vielmehr ihrerseits – der „reinen Lehre“ nach – das medizinisch Notwendige erstatten müssen.

Im **zivilrechtlichen Haftungsrecht** schließt der Arzt mit dem Patienten einen Behandlungsvertrag ab. Dieser Arztvertrag verpflichtet den Arzt sowohl zu einer umfassenden Untersuchung und Behandlung als auch zum Verordnen der erforderlichen Medikamente. Vertragsgegenstand ist als Minimalvoraussetzung die standardgemäße Behandlung. Hierfür schuldet der Patient dem Arzt die vereinbarte Vergütung, welche bei Kassenpatienten von der Krankenkasse übernommen wird. Soweit der Arzt aufgrund fehlender fachbezogener Handlungsmöglichkeiten (*in Ihrem geschilderten Sachverhalt die fehlende Verordnungscompetenz bzgl. der erforderlichen Schmerzmittel*) keine standardgemäße Leistung erbringen kann, löst dies ein Behandlungsverbot und die Pflicht zur Überweisung an einen kompetenten Arzt aus. Unterlässt der Arzt ein solches Vorgehen, stellt dies einen Behandlungsfehler und damit eine Verletzung seiner Pflicht aus dem Arztvertrag dar.

Um eine zivilrechtliche Haftung zu begründen, bedarf es zusätzlich eines „Vertretenmüssens“ seitens des Arztes. Ein solches liegt vor, wenn der Arzt vorsätzlich oder fahrlässig die Pflichtverletzung begeht. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 II BGB). Zur verkehrserforderlichen Sorgfalt gehört dabei auch, sich bei den angewandten Behandlungsmethoden über den aktuellen Fortschritt des Standards zu informieren und sich diesbezüglich fortzubilden. Geschieht dies nicht, so begründet dies eine Haftung des Arztes aus §§ 280 I, 611; §§ 823 I, II BGB.

Ein von Ihnen angesprochenes „Mitverschulden“ eines Kostenträgers, das den Arzt von seiner Verantwortung befreit, ist im Haftungsrecht nicht vorgesehen. Ein Mitverschulden, welches den Haftungsmaßstab nach § 254 BGB zu reduzieren vermag, kommt nur in der Konstellation zum Tragen, bei der der Geschädigte (hier der Patient) selbst den Schaden mit zu verantworten hat.

Zwar sieht das Haftungsrecht eine Gesamtschuldnerschaft nach § 421 I BGB vor, diese befreit den Arzt aber nicht aus seiner haftungsrechtlichen Verantwortung, sondern der Patient kann weiterhin den vollen Schaden beim Arzt liquidieren. Dieser kann bei Vorliegen einer Gesamtschuldnerschaft von den anderen Verantwortlichen anteilig Ausgleich verlangen, § 426 BGB. Damit sich der Arzt auf eine Gesamtschuldnerschaft mit dem Kostenträger nach § 840, 421 I berufen kann, müsste der Kostenträger selbst auch verantwortlich für die Entstehung des konkreten Schadens sein. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass der Kostenträger/Gesetzgeber kein Behandlungsverbot ausspricht, welches den Schaden mit verursacht, sondern lediglich die Kostentragung regelt. Diese Kostentragung ist hier lediglich Motiv des Arztes zur Nichtbehandlung und stellt selbst keinen Verursachungsbeitrag dar. Eine Gesamtschuldnerschaft von Arzt und Kostenträger besteht damit nicht.

Abschließend: Die Aussicht auf fehlende oder unzureichende Kostenerstattung befreit den Arzt nicht von seiner Pflicht zur Einhaltung der gebotenen Sorgfalt gegenüber dem Patienten!

Im **Strafrecht** ist eine unzureichende Medikation, welche die Schmerzen trotz entsprechender Möglichkeit nicht reduziert, wie von Ihnen richtig erkannt als tatbestandsmäßigen Körperverletzung durch Unterlassen zu werten (§§ 223 I, 13 StGB). Eine Rechtfertigung kommt nur in Betracht bei einer Einwilligung des Patienten und einer Behandlung *lege artis*. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall. Darüber hinaus muss der Arzt auch schuldhaft gehandelt haben. Hierbei ist zu fragen, ob ihm das Verhalten persönlich vorzuwerfen ist. Dies ist gegeben, wenn der Arzt die Fähigkeit besitzt, zwischen Unrecht und Recht zu unterscheiden. Eine fehlende Kostentragung entfaltet dabei für den Arzt keine Legitimationswirkung für sein Nicht-handeln. Vielmehr bleibt er selbst in der Verantwortung. Dies dürfte dem behandelnden Arzt in der Regel auch bekannt und bewusst sein. Ein haftungsreduzierendes Mitverschulden ist im Strafrecht nicht anerkannt, vielmehr ist jeder nach seiner Schuld zu bestrafen.

Prof. Dr. Gunnar Duttge

Juristische Fakultät

Zentrum für Medizinrecht

Georg-August-Universität

37073 Göttingen