

Christian Katzenmeier

## Medizin und Recht

Zum Verhältnis zweier wesensverschiedener Disziplinen  
Von der Konfrontation über Kommunikation zur Kooperation\*

Die rechtlichen Fragen ärztlicher Berufsausübung und juristischen Implikationen der modernen Medizin sind allgegenwärtig. Täglich ist darüber in Fachzeitschriften und in Tageszeitungen zu lesen, sind Meldungen und Berichte in Reportagen wie in Nachrichtensendungen zu vernehmen. Unverkennbar sind medizinrechtliche Themen in den modernen, hoch entwickelten Gesellschaften von immer größerer Bedeutung. Die wissenschaftliche Durchdringung der vielfältigen Fragestellungen ist eine der großen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts. Fragen etwa der Humangenetik, der Reproduktionsmedizin, der Krankenversicherung, der Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitssystem, der Sicherung von Patientenrechten, der Arzthaftung, des Arzneimittelrechts, des Lebensschutzes oder der Sterbehilfe besitzen hohe gesellschaftliche Aktualität und politische Brisanz. *Johannes Neyses* hat die Zeichen der Zeit erkannt und maßgeblich dazu beigetragen, dass die Universität zu Köln als eine der ersten Hochschulen der Republik ein eigenes Institut für Medizinrecht gründete und so das Profil einer praxisrelevanten, zukunftsorientierten Wissenschaftseinrichtung schärfte. Der folgende Beitrag ist ihm in Dankbarkeit gewidmet.

### I. Medizin und Recht

#### 1. Verrechtlichung der Medizin

- a. Über Jahrhunderte hinweg war ärztliches Handeln in der Hauptsache ein deontologischer, professions- und moral-philosophischer Topos. Die Dignität der Heilbehandlung wurde als überzeitlich angesehen. Auf der Arzt-Patient-Beziehung<sup>1</sup> lag ein Tabu. Die Betonung der Einzigartigkeit, der Unvergleichbarkeit, der Intimität, der Unabdingbarkeit eines geschützten Vertrauensverhältnisses innerhalb dieser Beziehung verhinderte jeden objektivierenden Zugriff. Ärztliches Verhalten wurde nach den Regeln der

\* Schriftliche Fassung des am 17. Januar 2007 anlässlich des Jahresempfangs der Universität zu Köln gehaltenen Festvortrages.

<sup>1</sup> Zu dem besonderen Charakter dieser Beziehung vgl. C. Katzenmeier: Arzthaftung, 2002, S. 5 ff. m.w.N. aus dem medizinischen und medizinsoziologischen Schrifttum.

Standesethik bestimmt. Rechtliche Festlegungen erschienen in den naturwüchsigen, überschaubaren sozialen Verhältnissen entbehrlich. Blindes Vertrauen entthob den Fachmann der ausdrücklichen Legitimierung seiner Entscheidung. Nicht dass der Arzt zu irgendeiner Zeit unverantwortlich hätte handeln können, wohl aber nahm man ihm seine intuitive Entscheidung ab, ohne dass er sie explizit hätte begründen müssen. Dem auf die Antike zurückgehenden Selbstverständnis der Ärzteschaft entsprach es, dass der Berufsstand sich dem geleisteten Eid und dem Standesethos, nicht aber direkt staatlichen Regeln verpflichtet fühlte.<sup>2</sup>

- b. Inzwischen hat der moderne Interventionsstaat auch die Medizin erfasst. „Verrechtlichung“ ist ein viel beredetes Phänomen, kritisches Schlagwort seit Mitte der siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts.<sup>3</sup> Es bezeichnet jenen Vorgang, durch den Sozialbereiche und Sozialkontakte, insbesondere soziale Konfliktlagen, für die gerichtsförmig durchsetzbare Regeln bislang nicht vorhanden waren, juristischer Normung unterworfen und damit in staatlich kontrollier- und steuerbare Bahnen gelenkt werden („Kolonialisierung der Lebenswelt“)<sup>4</sup>. Die Verrechtlichung ärztlichen Handelns begann mit der Sozialgesetzgebung Bismarcks, endgültig aber am 31. Mai 1894. An diesem Tage qualifizierte das Reichsgericht erstmals den ärztlichen Heileingriff als tatbestandmäßige Körperverletzung, der nur durch die Einwilligung des ordnungsgemäß aufgeklärten Patienten gerechtfertigt sein kann.<sup>5</sup> Seither unterfällt jedes ärztliche Handeln der Beurteilung durch die Gerichte. Die Wurzeln dieser Entwicklung reichen zurück bis in die Zeiten der naturwissenschaftlichen Grundlegung der Medizin im 19. Jahrhundert und bis zur Begründung der Selbstverfügung des Menschen in vernunftbestimmter Autonomie durch die Aufklärung, wodurch aus dem ärztlichen Heilauftrag schließlich der juristisch nachprüfbare Behandlungsvertrag wurde.<sup>6</sup> Heute durchdringt das Recht die Medizin in einer Intensität, die historisch kein Vorbild besitzt.<sup>7</sup> Trotz Etikettierung des Arztberufes als eines „freien Berufes“ ist die rechtliche Einbindung ebenso weitreichend wie komplex. Darin liegt zunächst kein Widerspruch, denn „Freiberuflichkeit“ bedeutet

<sup>2</sup> Zu ärztlicher Moral von der Antike bis heute K. Bergdolt: *Das Gewissen der Medizin*, 2004.

<sup>3</sup> Th. Raiser: *Das lebende Recht, Rechtssoziologie in Deutschland*, 3. Aufl. 1999, S. 300 ff.

<sup>4</sup> J. Habermas: *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, Bd. 2, S. 522.

<sup>5</sup> RGSt 25, 375; zu Reaktionen, der weiteren Entwicklung und aktuellem Meinungsstand im Strafrecht vgl. C. Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, S. 112 ff.

<sup>6</sup> E. Buchborn: *Zur Verrechtlichung der Medizin – vom ärztlichen Heilauftrag zum zivilrechtlichen Behandlungsvertrag*, MedR 1984, 126 ff.

<sup>7</sup> A. Laufs: *Der Arzt im Recht – historische Perspektiven und Zukunftsfragen: eine Skizze*, in: *Festschrift für Hermann Lange*, 1992, S. 163 ff.

nicht Bindungslosigkeit.<sup>8</sup> Gerade das Anknüpfen an die Tradition des „freien Berufes“ hat aber zu einer Hypertrophie der Regelungsebenen geführt, indem zu dem allgemeinen Recht noch besondere berufsrechtliche Regeln hinzutreten.<sup>9</sup> Der Alltag in Arztpraxis und Krankenhaus erscheint juristisch durchnormiert, reguliert und bemessen.<sup>10</sup> Regelungen der Ausbildung, der Weiterbildung, der Organisation der Versorgungsbereiche, der Verordnung, der Vergütung und vielem anderem mehr wirken neben zivil- und strafrechtlichen Haftungsvorschriften nachhaltig auf die Berufsausübung ein. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung sorgen längst nicht mehr nur für die allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen, die den Raum lediglich eingrenzen, innerhalb dessen der Arzt tätig ist. Sie sind dazu übergegangen, auch diesen Raum selbst mit einem zunehmend dichter werdenden Geflecht von Rechtsnormen zu durchsetzen, deren Regelungsanspruch sich mittlerweile oft schon auf fachliche Details erstreckt.<sup>11</sup> Der Staat kontrolliert nicht nur die ärztliche Tätigkeit, er schreibt der Medizin nachdrücklich ihre Entwicklung selbst vor.

- c. Bevor die Gefahren einer zu strengen Reglementierung des Arztberufes benannt werden, sei daran erinnert, dass Verrechtlichung keineswegs von vornherein und per se eine negative Erscheinung ist, sondern zunächst einmal Ausdruck des Siegeszuges des modernen Rechtsstaates, der Herrschaft des Rechts über Machtausübung, Willkür und Rücksichtslosigkeit im zwischenmenschlichen und sozialen Umgang.<sup>12</sup> Neben Verwissenschaftlichung, Spezialisierung und Technisierung ist Verrechtlichung einer der bedeutendsten Aspekte des „abendländischen Rationalisierungsprozesses“ (Max Weber)<sup>13</sup>,

<sup>8</sup> A. Laufs in: A. Laufs/W. Uhlenbruck: *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl. 2002, § 3, Rdnr. 23; R. Hess/H. D. Schirmer, in: Helmut Narr, *Ärztliches Berufsrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. 1994, Rdnr. 39.

<sup>9</sup> H.-G. Koch, *Medizinrecht: Ersatz oder Pendant medizinischer Ethik?*, EthikMed 1994, 2, 4 f.; zur geschichtlichen Entwicklung, den Funktionen und der Stellung ärztlichen Standesrechts im Rechtssystem vgl. J. Taupitz: *Die Standesordnungen der freien Berufe*, 1991.

<sup>10</sup> A. Laufs: *Arztrecht*, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 24.

<sup>11</sup> W. Wieland: *Strukturwandel der Medizin und ärztliche Ethik*, 1986, S. 74.

<sup>12</sup> P.-C. Müller-Graff: *Verrechtlichung und Deregulierung*, in: M. Vollkommer, 1945-1995: *Zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft in den letzten fünfzig Jahren*, 1995, S. 18; M. Bock: *Verrechtlichung ohne Maß - Die Bedeutung der Verrechtlichung für Person und Gemeinschaft*, 1988, S. 12.

<sup>13</sup> M. Weber: *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 1924; dazu im vorliegenden Kontext E. Buchborn: *Zur Verrechtlichung der Medizin – vom ärztlichen Heilauftrag zum zivilrechtlichen Behandlungsvertrag*, MedR 1984, 126: „An diesem Rationalisierungsprozess hat auch die Medizin wesentlichen Anteil, stellt sie doch keine isolierte Subkultur der Gesellschaft dar, vielmehr ihr Spiegelbild und manchmal auch ihr Zerrbild.“

sie ist ein zentrales Element des „Aufbruchs des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit“, auf den wir uns seit Kant als Fortschritt be-rufen.<sup>14</sup>

Die prinzipielle Notwendigkeit einer staatlich-rechtlichen Regelung der ärztlichen Tätigkeit wird heute nicht mehr ernsthaft bestritten. Dies, obwohl die Leistungen des Arztes bisweilen schwer mit traditionellen juristischen Kategorien zu erfassen sind und gesetzliche Regelungen nur begrenzt dazu beitragen können, Spannungen und Unsicherheiten im Arzt-Patient-Verhältnis abzubauen. Auch im Bewusstsein ihrer Unvollkommenheit sind rechtliche Regelungsmechanismen als Hilfsmittel für den Krisenfall unverzichtbar. Die berufliche Tätigkeit des Arztes betrifft fundamentale Rechtsgüter des Menschen: Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Selbstbestimmung. Die Voraussetzungen festzulegen, unter denen ein Eingriff in diese Rechtsgüter 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.<sup>15</sup>

Heteronom auferlegte und notfalls sanktionierbare Rechtsnormen erfüllen zugunsten des Patienten eine Schutz- und Missbrauchsabwehrfunktion, indem sie den Arzt für sein fehlerhaftes Handeln verantwortlich machen (repressive Wirkung des Rechts). Zudem geht schon von der rechtlichen Regelung als solcher ein Bewertungs- und Bestimmungseffekt aus (präventive Wirkung). Als „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“,<sup>16</sup> hat Recht die schwierige Aufgabe, die Freiheit der Individuen zu gewährleisten und zugleich sozialverträglich zu begrenzen. In der Erfüllung dieser Aufgabe liegt seine friedens- und ordnungsstiftende Funktion. Besonders zu betonen ist, dass rechtliche Regelungen des Arzt-Patient-Verhältnisses nicht nur Reglementierungen des therapeutischen Handlungsspielraums bedeuten, sondern – indem sie bestimmte Diagnose- und Behandlungsmethoden legalisieren – den Arzt auch

entlasten und gerade Freiräume schaffen können.<sup>17</sup> Vermutlich gehört dies zur „Dialektik des Rechts“, dass es faktische Möglichkeiten einschränken, zugleich aber freisetzen kann.<sup>18</sup> In diesem Sinne ist auch die klarstellende Richtlinienfunktion des Rechts zu verstehen, wonach Normen im Interesse der Allgemeinheit wie des einzelnen Arztes für Berechenbarkeit und Erwartungssicherheit sorgen.

Schließlich kann Recht – für die Beziehung zwischen Arzt und Patient besonders bedeutsam – Vertrauen erleichtern.<sup>19</sup> Nur wenn der Hilfesuchende davon ausgehen darf, dass ärztliches Handeln stets den gleichen Grundsätzen verpflichtet ist, die Leistungen des Arztes rechtlich nachprüfbar sind und sich so die Interessen des Patienten absichern lassen, kann jene „akzeptierte Abhängigkeit“ entstehen, die für das Vertrauen zwischen Arzt und Patient so wichtig ist. Vertrauen ist letzten Endes allein durch Verantwortung legitimierbar, und so kann die Vertrauensbeziehung dadurch sogar stabilisiert werden, dass im Falle ihres konflikthaftern Versagens das Rechtsverhältnis mit seinen rational kontrollierten Forderungs- und Abwehrmöglichkeiten als Alternative und Korrektiv zur Verfügung steht.<sup>20</sup>

d. Dieses grundsätzliche Bekenntnis zu einer rechtlichen Kontrolle der Medizin löst nun aber noch keine Probleme, vielmehr bereitet gerade ein beständig steigender Regelungsbedarf Schwierigkeiten. Die Bedeutung des Rechts nimmt weiter zu in Zeiten, in denen die Religion die Funktion einer umfassenden verbindenden Kraft in unserer Gesellschaft verloren hat, traditionelle Wertvorstellungen nicht mehr geteilt und Autoritäten kaum mehr anerkannt werden.<sup>21</sup> Eine pluralistische, auf immer weniger Konsense gestützte Gesellschaft neigt deutlich mehr dazu, gesellschaftliche Verhältnisse rechtlich verbindlichen Regeln zu unterwerfen, nicht zuletzt um dem Arzt wenigstens in grundlegenden Fragen Orientierungshilfen zu geben, derer er

<sup>17</sup> J. Taupitz: Die Zukunft der ärztlichen Selbstverwaltung, MedR 1998, 1 ff., berichtet demgemäß von einem Hoffen und zugleich Bangen, das das Verhältnis zwischen Medizin und Recht ganz allgemein beherrscht: Einerseits wird das Recht als Bedrohung und unangemessener Eingriff in ureigene ärztliche Aufgaben empfunden, andererseits erwartet die Medizin aber auch Schutz und Fürsorge im Recht und vom Recht.“

<sup>18</sup> Vgl. J. Habermas: Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, 1981, S. 530 ff., 539: ambivalente Beurteilung der „Kolonialisierung der Lebenswelt durch das Recht“, weil dieser Vorgang zugleich Freiheit entzieht und Freiheit verbürgt, Mittel der Gesellschaftsteuerung zum Vorteil aller ist, aber um den Preis der Unterwerfung unter die systemimmanenten Zwänge und der Zerstörung gewachsener und noch gesunder Sozialstrukturen.

<sup>20</sup> E. Buchborn: Zur Verrechtlichung der Medizin – vom ärztlichen Heilauftrag zum zivilrechtlichen Behandlungsvertrag, MedR 1984, 129.

<sup>21</sup> H.-P. Mansel: Eigen- und Fremdverantwortung im Haftungsrecht – Zu den außerjuristischen Triebkräften der Haftungsverschärfung, in: Festschrift für Dieter Henrich, 2000, S. 425, 433 ff.

<sup>14</sup> Allg. zu den Funktionen des Rechts (soziale Integration, Verhaltenssteuerung, Konfliktbereinigung, Legitimation sozialer Herrschaft, Freiheitssicherung, Gestaltung der Lebensbedingungen, Erziehung) Th. Raiser: Das lebende Recht, Rechtssoziologie in Deutschland, 3. Aufl. 1999, S. 210 ff.; K. F. Röhl: Rechtssoziologie, 1987, S. 217 ff.

<sup>15</sup> H.-L. Schreiber: Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin, 1984, S. 29, 34 f.; H.-G. Koch: Medizinrecht: Ersatz oder Pendant medizinischer Ethik?, EthikMed 1994, 2, 5 f.; E. Steindorff: Freie Berufe - Stiefkinder der Rechtsordnung?, 1980, S. 10 ff., 16, 19; A. Laufs: Arztrecht, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 21.

<sup>16</sup> Definition des Rechts nach Kant, Die Metaphysik der Sitten (1797), Teil I, AB 33.

angesichts des Schwindens allgemein anerkannter Verhaltensstandards zunehmend bedarf.<sup>22</sup> Zusätzliche rechtliche Bindungen gehen einher mit den erweiterten Handlungsmöglichkeiten und Gefahren der naturwissenschaftlich-technischen Medizin. Immer wieder sieht sich der Gesetzgeber veranlasst, in eine Art Wettlauf mit dem technischen Fortschritt zu treten, ohne doch Schritt halten zu können. „Je größer ein Fortschritt technisch, umso unheimlicher wird er in menschlicher Hinsicht, vor allem hinken Moral, Ethik und Recht stets hintendrein.“<sup>23</sup>

Schließlich tragen Veränderungen der normativ-kulturellen Rahmenbedingungen des fraglichen Handelns zur Verrechtlichung bei. So resultieren etwa die Ausweitungen ärztlicher Aufklärungspflichten aus einer kulturspezifischen Sublimierung und Expansion des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.<sup>24</sup> Selbstbestimmung und Eigenverantwortung werden in unserer Zeit allseits betont, aber doch nicht stets wahrgenommen. Die viel beklagte Gesetzesinflation hat ihre Wurzel nicht nur (und noch nicht einmal in erster Linie) in einer Kompetenzüberschreitung des Staates, sondern weit mehr darin, dass die Bürger unaufhörlich nach dem alles regelnden und alles gebenden Staat rufen.<sup>25</sup> Auch auf Seiten der Ärzte werden oftmals hohe Erwartungen an das Recht gerichtet: Es müsse – so der Wunsch – doch für jeden Fall eine eindeutige, vorher erkennbare Entscheidung bereithalten, die leicht abrufbar sei.<sup>26</sup>

Infolge des fortgesetzten und sich noch beschleunigenden wissenschaftlichen, technischen und kulturellen Wandels sowie der weiter zunehmenden Neigung der Rechtsgenossen, ihre Verhältnisse unter juristischen Gesichtspunkten wahrzunehmen und zu strukturieren, erlangt das Recht in der Begegnung von Arzt und Patient allmählich eine Bedeutung, bei der es nicht mehr Frieden stiftet, Freiheit sichert und Vertrauen als konstitutives Element stabilisiert, sondern vielmehr negative Rückwirkungen zu befürchten sind. Nachdrücklich ist heute vor allzu weit

<sup>22</sup> H.-L. Schreiber: Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin, 1984, S. 29, 38.

<sup>23</sup> K. H. Bauer: Organtransplantation: Rechtsfragen aus der Sicht des Chirurgen. In: Langenbecks Archiv für Chirurgie 1968, 23; s. auch A. Laufs: Medizin und Recht. In: D. Rössler/H. D. Wäller: Medizin zwischen Geisteswissenschaft und Naturwissenschaft, 1989, S. 105, 129; „Die Krise des Arztums und die Krise des Rechts besitzen eine gemeinsame Wurzel, sie liegt in der ‚technischen Realisation‘ (Forsthoff). Die sich um ihrer selbst willen produzierenden technischen Prozesse wecken immer neue Bedürfnisse und schaffen immer neue Probleme.“

<sup>24</sup> C. Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, S. 322 ff., Kritik an der ausufernden Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärungspflicht auf S. 350 ff.

<sup>25</sup> A. Kaufmann: *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1997, S. 224.

<sup>26</sup> H.-L. Schreiber: Notwendigkeit und Grenzen rechtl. Kontrolle der Medizin, 1984, S. 29, 31.

gehenden Reglementierungen der ärztlichen Tätigkeit zu warnen, soll ein Auseinandertreten von Recht und ärztlichem Ethos vermieden, der Verlust der Vertrauensbasis verhindert und einer Entwicklung zur Defensivmedizin begegnet werden.

Eine übermäßige Juridifizierung kann die verpflichtende Kraft jener außerrechtlichen Maßgaben schwächen oder gar aufheben, die für das Selbstverständnis des Arztes bislang essentiell waren.<sup>27</sup> Sie bringt die Gefahr mit sich, dass nur noch das, was im Verhältnis zwischen Arzt und Patient objektiviert wie auch garantiert werden kann, Gegenstand der primären Intention des Handelns wird und dadurch auf längere Sicht die Beziehung zu einer reinen Geschäftsbeziehung herabsinkt, innerhalb derer der Arzt selbst nach Art eines Geschäftsmannes als Person hinter den von ihm angebotenen Leistungen zurücktritt.<sup>28</sup> Nachlässigkeiten im ständigen Überdenken der eigenen Handlungsschemata können auftreten, scheint die persönliche Verantwortung zunehmend durch die des Gesetzgebers oder rechtsanwendenden Juristen abgelöst. In einer von Paragraphen beherrschten Welt trifft der Arzt Entscheidungen eher nach den Buchstaben des Gesetzes denn nach seinem persönlichen Gewissen, zumal es in bestimmten Fällen bequem sein kann, sich auf den ethischen Minimalkonsens des formalen Rechts zurückzuziehen.<sup>29</sup> Auf diese Weise wird ärztliches Ethos durch den vorausgeworfenen Schatten juristischer Konfliktbewältigung deformiert.<sup>30</sup>

## 2. Unterschiede ärztlichen und juristischen Denkens

Juristen müssen erkennen, dass Recht schaden kann, wenn es überdosiert wird, darin ist die rechtliche Medikation der ärztlichen gleich.<sup>31</sup> Doch nicht immer bringen die Experten des Rechts Verständnis für die Interessen der Ärzteschaft und die Besonderheiten ihrer Berufsausübung auf. Deren Handeln steht mehr und mehr im Zentrum eines Netzwerkes aus sprunghaft

<sup>27</sup> Zur Bedeutung autonomer Sittlichkeit sowie ärztlicher Standesethik (Gruppenmoral) als dem Recht komplementäre Ordnungskraft L. Honnefelder: Die ethische Entscheidung im ärztlichen Handeln. In: L. Honnefelder/G. Rager: *Ärztliches Urteilen und Handeln*, 1994, S. 135, 143 f.; H.-L. Schreiber: *Recht und Ethik – Am Beispiel des Arztrechts*, in: *Festschrift für Hanns Dünnebiel*, 1982, S. 633, 642 f.; C. Katzenmeier: *Arzthaftung*, 2002, S. 67 ff. m.w.N.

<sup>28</sup> W. Wieland: *Strukturwandel der Medizin und ärztliche Ethik*, 1986, S. 77 ff.

<sup>29</sup> H. Honsell: *Handbuch des Arztrechts*, 1994, S. 1; E. Buchborn: *Zur Verrechtlichung der Medizin – vom ärztlichen Heilauftrag zum zivilrechtlichen Behandlungsvertrag*, *MedR* 1984, 129.

<sup>30</sup> G. Ellscheid: *Die Verrechtlichung sozialer Beziehungen als Problem der praktischen Philosophie*. In: *Neue Hefte der Philosophie* 17: *Recht und Moral*, 1979, S. 37, 46.

<sup>31</sup> A. Laufs: *Arztrecht*, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 23 f.; s. auch W. Uhlenbruck, in: A. Laufs/W. Uhlenbruck: *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl. 2002, § 39, Rdnr. 7.

ansteigenden technisch-wissenschaftlichen Möglichkeiten, ethisch-moralischen Herausforderungen und ökonomischen Zwängen.<sup>32</sup> Der einzelne Arzt sieht sich z.T. paradoxen externen Rollenforderungen ausgesetzt, wenn er nämlich zugleich die medizinische Rolle des Heilers, die soziale Rolle des Gesundheitswächters, die psychologische Rolle des Beraters und die ökonomische Rolle des Vertragspartners zu erfüllen hat, und schon damit in die Widersprüche zwischen wissenschaftlich objektiver Fallorientierung und humaner, einfühlsamer Orientierung an der Einzelperson, sowie zwischen technologischer Spezialisierung, Fragmentierung des Kranken und patientenzentrierter Fürsorge gerät. Die Auflösung und Bewältigung dieses schwierigen Sachverhalts muss letzten Endes dem Arzt überlassen bleiben. Rechtsregeln können seine gewissenhafte Entscheidung im Einzelfall nicht ersetzen. Diese sollten sich auf die Ausübung einer Art „Grenzkontrolle“ beschränken<sup>33</sup> und dabei die grundlegenden Unterschiede zwischen ärztlichem und juristischem Denken gewärtigen.

Mediziner sehen den hilfsbedürftigen, schwachen, nicht immer sein Selbstbestimmungsrecht wahrnehmenden Kranken vor sich, dessen Wohl ihnen oberstes Gebot ist (*salus aegroti suprema lex*). In der Welt des Leidens und des Sterbens müssen sie Risiken eingehen, wollen sie Erfolge verzeichnen und den Menschen effektive Hilfe leisten.<sup>34</sup> Juristen dagegen gehen vom freien und selbstverantwortlich entscheidenden Menschen aus, dessen Wille unbedingt zu respektieren ist (*voluntas aegroti suprema lex*). In ihrer Welt der Ordnung, der Kontrolle, der Verantwortlichkeit und des Haftbarmachens tendieren sie deutlich zu einer Risikominimierung, um einen möglichst weitgehenden Rechtsgüterschutz sicherzustellen.<sup>35</sup>

Mediziner widmen sich meist engagiert und nicht ohne Emotionen der Zukunftsgestaltung, demgegenüber verfahren Juristen kühl, logisch und distanziert bei ihrer Aufgabe der Vergangenheitsbewältigung. Während Ärzte in regelwidrigen Behandlungsverläufen oftmals das Ergebnis von Individualität, Geschichtlichkeit, Multifaktorialität und Vieldimensionalität der biologischen,

<sup>32</sup> V. Diehl: Innere Medizin und Recht. In: B. Madea/U. J. Winter/M. Schwonzen/D. Radermacher: Innere Medizin und Recht, 1996, S. 3; s. auch K. O. Bergmann/H. F. Kienzle: Krankenhaushaftung, 2. Aufl. 2003, Einleitung.

<sup>33</sup> H.-L. Schreiber: Notwendigkeit und Grenzen rechtl. Kontrolle der Medizin, 1984, S. 29, 38.

<sup>34</sup> H.-G. Gadamer: Über die Verborgenheit der Gesundheit, in: Aufsätze und Vorträge, 2000, S. 73: „Medizin ist (...) auf Ausweitung und Risiko angelegt. (...) Damit ist in Diagnostik und Therapie außerordentlich viel erreicht worden, vieles führt aber jedenfalls zunächst zum Misserfolg.“

<sup>35</sup> H.-L. Schreiber: Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin, 1984, S. 29 u. 33; A. Laufs: Medizin und Recht. In: D. Rössler/H. D. Waller: Medizin zwischen Geisteswissenschaft und Naturwissenschaft, 1989, S. 105 f.

psychischen, personalen und sozialen Erfahrungswelt erkennen, konzentrieren sich Juristen bei einem Behandlungsmisserfolg ganz auf die Frage nach einem Fehlverhalten, welches für den Patientenschaden ursächlich und dem Arzt zuzurechnen sein könnte. Mit anderen Worten: Der Arzt fragt, wie er bestimmte biologische und psychische Zusammenhänge möglichst wirklichkeitsnah erkennen kann, der Jurist hingegen fragt, welchen Rechtsnormen ein bestimmtes Verhalten zuzuordnen ist. Wenn der Arzt seinsorientierter Empiriker ist, ist der Jurist normorientierter Dogmatiker.<sup>36</sup>

Die Ausgangspunkte, Methoden und Denkweisen sind damit grundverschieden. Sie führten in der Vergangenheit zu scharfen Auseinandersetzungen zwischen Medizin und Recht. Die Konfrontation ging schließlich so weit, dass von einem „Kalten Krieg“ zwischen Ärzten und Juristen die Rede war,<sup>37</sup> von einem Spannungsfeld, auf dem es aus prinzipiellen Gründen „keinen Waffenstillstand“ geben könne.<sup>38</sup>

## II. Aktuelle Themenkreise

### 1. Arzthaftung

Der „Kalte Krieg“ zwischen Medizinern und Juristen begann mit der Rechtsprechung, die den ärztlichen Heileingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung qualifiziert.<sup>39</sup> Von Beginn an wurde diese Judikatur als völlig wirklichkeitsfremd gegeißelt, sie diskriminiere den Arzt, stelle ihn einem Messerstecher gleich.<sup>40</sup> Trotz dieser Kritik hält der Bundesgerichtshof bis heute an dieser Rechtsauffassung fest.<sup>41</sup> Und das höchste deutsche Zivilgericht über-

<sup>36</sup> H.J. Bochnik/H.J. Gärtner/W. Richtberg: Richter und psychiatrischer Sachverständiger. Grundlagen und praktische Erfahrungen, MedR 1988, 73, 74.

<sup>37</sup> H. Kuhlendahl: Ärztlicher Entscheidungsspielraum: Handlungszwänge. In: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 465, 469; D. Giesen: Arzthaftungsrecht im Umbruch, JZ 1982, S. 391, 401; V. Diehl/A. Diehl: Die Aufklärung und Begleitung des Krebspatienten, VersR 1982, 716; A. P. F. Ehlers: Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 1987, S. 2.

<sup>38</sup> H.-L. Schreiber: Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin, 1984, S. 29, 30; auch R. Bodenbun: Zur Reform des Arzthaftungsrechts – Kunstfehlerbegriff, Haftungsmodelle, ärztliche Gutachter- und Schlichtungsstellen, ZVersWiss 1981, 155 f.; G. Schewe, in: B. Madea/U. J. Winter/M. Schwonzen/D. Radermacher: Innere Medizin und Recht, 1996, S. 9, 12: Der Höhepunkt der Auseinandersetzung dürfte mit der Diskussion auf dem 52. Deutschen Juristentag 1978 in Wiesbaden erreicht worden sein. Damals „knisterte noch die Spannung zwischen beiden Lagern, und es gab viel Misstrauen, und auch viel Polemik.“

<sup>39</sup> S. unter I. 1. a.

<sup>40</sup> Vgl. die Nachweise bei C. Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 114 ff.

<sup>41</sup> Vgl. etwa BGHZ 29, 46; 29, 176, 179; 106, 391, 397 f.; BGH NJW 2006, 2108.

zieht die Ärzteschaft in einem breiten Strom der Erkenntnisse mit einem immer strenger werdenden Pflichtenprogramm, erlegt der Behandlungsseite überdies zunehmend Beweislasten im Prozess auf. Rechtsprechung und Literatur zur hoch ausdifferenzierten und komplizierten Arzthaftung füllen inzwischen ganze Bibliotheken.

Zu der strengen Judikatur tritt ein – nicht selten übersteigertes – Anspruchsdenken auf Patientenseite: Die Erwartung, der Arzt schulde die Gesundheit als vertragliche Leistung, gepaart mit der ungehemmten Bereitschaft zur Klage, wenn der Heilungserfolg ausbleibt.<sup>42</sup> So nimmt die Zahl der Arzthaftungstreitigkeiten beständig zu.<sup>43</sup> Dabei lassen sich die beschriebenen negativen Rückwirkungen eines übermäßigen Einsatzes des Rechts deutlich beobachten: Wo an die Stelle vertrauensvoll zusammenwirkender Partner nur mehr die Träger rechtlich definierter und gegeneinander abgegrenzter Rollen treten, entsteht leicht ein antagonistisches Verhältnis. Der Arzt, der im Patienten bereits den Gegner im Rechtsverfahren fürchten muss, wird sich juristisch so weit wie möglich gegen den Vorwurf eines Behandlungsfehlers oder der Aufklärungspflichtverletzung absichern.<sup>44</sup> Er wird bei seiner Tätigkeit neben den Risiken, die der Patient mitbringt und die diesem bei diagnostischen oder therapeutischen Eingriffen drohen, auch die eigenen forensischen Gefahren bedenken und als indizierende wie kontraindizierende Faktoren mit ins Kalkül ziehen. So droht aus der verrechtlichten eine defensive Medizin zu werden, die entweder zu wenig tut, weil sie nichts mehr wagt, oder zuviel unternimmt, etwa an diagnostischen Maßnahmen, um sich für alle Fälle zu feien.<sup>45</sup> Absicherung durch Formulare, Überdiagnostik, fehlende Bereitschaft, die Chancen des Patienten auch unter Risiko wahrzunehmen, mangelndes Engagement und Verantwortungsscheu sind Zeichen einer Haltung, bei welcher der Arzt zugunsten seiner eigenen Sicherheit sein Gewissen und das Wohl des

<sup>42</sup> Zu den Erwartungen einer „emanzipierten“ Patientenschaft vgl. C. Katzenmeier: Arzthaftung, 2002, S. 25 ff.; O. Höffe: Ein sicheres Kennzeichen schlechter Sitten. Philosophische Überlegungen über die Begehrlichkeit am Beispiel der Medizin, in: F.A.Z. v. 22.2.1997, Nr. 45, Bilder und Zeiten.

<sup>43</sup> Offizielle Statistiken fehlen weiterhin; einige Zahlenangaben bei P. Weidinger: Aus der Praxis eines Haftpflichtversicherers. In: F. Wenzel: Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 2007, Kap. 5, Rn. 136 ff. Die Bundesärztekammer stellte am 14.3.2007 erstmals eine bundeseinheitliche Statistik der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen mit Angaben zum Fehlervorkommen im Jahr 2006 zur Verfügung, Zahlen abrufbar unter [http://www.baek.de/downloads/Gutachterkommissionen\\_Statistik\\_2006.pdf](http://www.baek.de/downloads/Gutachterkommissionen_Statistik_2006.pdf).

<sup>44</sup> G. Ellscheid: Die Verrechtlichung sozialer Beziehungen als Problem der praktischen Philosophie. In: Neue Hefte der Philosophie 17: Recht und Moral, 1979, S. 37, 45.

<sup>45</sup> A. Laufs: Arztrecht, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 26; K. Ulsenheimer: Ausgreifende Arzthaftungsjudikatur und Defensivmedizin, 1997, S. 9.

Patienten zurückstellt und sich an den Empfehlungen seines Rechtsbeistandes orientiert.<sup>46</sup> Vor einer Dramatisierung der Situation sollte man sich hüten, andererseits die Warnung ernst nehmen, dass ein Wandel zur Defensivmedizin sich langsam und fast unmerklich vollzieht, zum Schaden der Gesamtheit und zum Schaden des einzelnen Kranken, der die Auswirkungen des ärztlichen Sicherheitsbedürfnisses zu spüren bekommt.

## 2. Beginn und Ende menschlichen Lebens

Auf anderen Feldern der Medizin ist keine „Überdosierung“ des Rechts zu beklagen, sondern der Ruf nach dem Gesetzgeber zu vernehmen. Doch die Gesetzgebung erweist sich bisweilen als ausgesprochen schwierig. Besonders deutlich wird dies bei den aktuellen Bestrebungen zur Regelung von Grundsatzfragen zu Beginn und Ende menschlichen Lebens. Neben der rasanten Entwicklung in der Medizin machen sich hier unterschiedliche Lebensauffassungen, differierende Wertmaßstäbe, sowie Schwankungen des Rechtsbewusstseins geltend. Die durchaus anspruchsvoll geführte rechtspolitische Diskussion befindet sich in vollem Gange.<sup>47</sup> Die Konflikte führen zu der Frage nach unserem Menschenbild. Eine tiefe Kluft besteht zwischen den Verfechtern eines christlichen oder kantischen Menschenbildes auf der einen, eines scientistisch-sozialdarwinistischen auf der anderen Seite.<sup>48</sup> Die Hauptfrage heißt: Darf die Medizin, was sie kann?

### a. Beginn menschlichen Lebens

Wo liegen im Einzelnen die Grenzen der prädiktiven Gendiagnostik, der Gentherapie? Wo liegen die Grenzen der Verfahren artifizieller Reproduktion? In-vitro-Fertilisation mit homologem oder heterologem Embryonentransfer, Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik, Stammzell- und Embryonenforschung, Kryokonservierung, das Klonen, die Erzeugung von

<sup>46</sup> J. Hammerstein: Defensives Denken in der Medizin. Irrweg oder Notwendigkeit?, 1991, Vorwort; W. Wieland: Strukturwandel der Medizin und ärztliche Ethik, 1986, S. 86 ff.; G. Hennies: Rechtliche/medizinisch-ethische Probleme der „Rechtfertigungsmedizin“, ArztR 1999, 94 ff.

<sup>47</sup> Vgl. dazu A. Laufs: Auf dem Weg zu einem Fortpflanzungsmedizingesetz? Grundfragen der artifiziellen Reproduktion aus medizinrechtlicher Sicht, 2003; R. Damm: Beratungsrecht und Beratungshandeln in der Medizin – Rechtsentwicklung, Norm- und Standardbildung, MedR 2006, 1 ff.; F. Jungfleisch: Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts?, 2005; s. auch den Bericht von F. Stollmann: 1. Medizinrechtliche Arbeitstagung in Wiesbaden, NZS 2006, 585 ff.; A. Spickhoff: Die Entwicklung des Arztrechts, NJW 2006, 1630, 1637 ff.; 2007, 1628, 1636 ff. m.w.N.

<sup>48</sup> A. Laufs, a.a.O., S. 16.

Chimären und Hybridwesen liefern reichlich Diskussionsstoff.<sup>49</sup> Einige der genannten Verfahren werden hierzulande praktiziert. Im Internet etwa findet man eine große Zahl von Instituten, die die In-vitro-Fertilisation anbieten, ohne dass die verfassungs-, zivil-, berufs- und strafrechtlichen Fragen befriedigende Antworten erfahren hätten.<sup>50</sup> Weitere biowissenschaftliche und medizin-technische Durchbrüche stehen unmittelbar bevor. Die Fortpflanzungsmedizin öffnet der Gentechnologie die Tore. Die Ektogenese erscheint am Horizont: die extrakorporale Aufzucht in vitro erzeugter Embryonen in künstlichem Uterus.

Angesichts der durch die neuen Technologien aufgeworfenen Lebensfragen hat die Rechtsordnung klare Aussagen über die Grenzen des Erlaubten zu treffen. Das Bestreben der Medizin, Not zu wenden und Unheil zu bannen, schiebt diese immer weiter hinaus. Die gute Absicht des Wissenschaftlers und verlockender Erkenntnisgewinn machen es der Kritik schwer, Einhalt zu gebieten oder auch nur ein Interim verhaltener Selbstprüfung zu verlangen. Doch tragen Humangenetik und Reproduktionsmedizin einen durchaus ambivalenten Charakter.<sup>51</sup> Preisgaben des Embryonenschutzes bedrohen die Unverfügbarkeit menschlichen Lebens und den Respekt vor dem behinderten Leben. „Ausgangspunkt aller Bewertung“ – so die Enquete-Kommission „Chancen und Risiken der Gentechnologie“ des Deutschen Bundestages – „muss sein, dass die Menschlichkeit des Menschen im Kern auf natürlichem Werden beruht, nicht auf technischem Herstellen und nicht auf einem sozialen Akt der Anerkennung. Die Würde des Menschen gründet wesentlich in der Geburtlichkeit und der Naturwüchsigkeit seines Ursprungs, die er mit allen anderen Menschen teilt.“

#### b. Ende menschlichen Lebens

Wenden wir den Blick vom Beginn auf das Ende menschlichen Lebens. Zu den bewegendsten und schwierigsten ärztlichen, juristischen, ethischen und moralischen Problemen unserer Zeit gehören – angesichts der immer perfekteren technischen Mittel zur Aufrechterhaltung der Vitalfunktionen des Menschen – die Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Behandlungsabbruch erlaubt ist, wo die Grenzen der Behandlungspflicht enden, ob aktive „Sterbehilfe“ zulässig sein soll, wie sich straflose Beihilfe

<sup>49</sup> Die juristischen Beiträge und Abhandlungen zu den einzelnen Techniken und Verfahren sind inzwischen kaum mehr zu übersehen; Problemaufriss bei A. Laufs, a.a.O., S. 21 ff.

<sup>50</sup> A. Laufs, a.a.O., S. 30 ff.

<sup>51</sup> A. Laufs, a.a.O., S. 9 ff.

zur Selbsttötung und strafbare Tötung auf Verlangen oder unterlassene Hilfeleistung abgrenzen lassen.<sup>52</sup>

Immer wieder und immer häufiger steht der vor Ort tätige Arzt im Grenzbereich zwischen Leben und Tod in dem Entscheidungsdilemma, ob er sich dem Todeswunsch beugen darf oder behandeln muss; ob es erlaubt ist, einen Patienten, dessen Zustand irreversibel zum Tode führt, ohne Fortführung künstlicher lebenserhaltender Maßnahmen „in Frieden“ sterben zu lassen, oder die Pflicht besteht, bis zuletzt alles Erdenkliche zur Erhaltung eines erlöschenden Lebens zu tun. In solchen Konfliktsituationen verlangt der Arzt klare, eindeutige Antworten, die das Recht – trotz einer ganzen Reihe höchstrichterlicher Grundsatzentscheidungen – jedoch nicht gibt, angesichts der Komplexität und der Besonderheit jedes einzelnen Falles in allgemeiner Form vielleicht auch nicht geben kann. Wie schwierig es ist, Zweifelsfragen und Wertungswidersprüche zu klären oder auch nur Entscheidungskriterien zu vermitteln, zeigt die aktuelle Kontroverse. Die auf dem 66. Deutschen Juristentag im September 2006 in Stuttgart<sup>53</sup> wie kurz zuvor vom Nationalen Ethikrat<sup>54</sup> mehrheitlich gefasste Empfehlung zur Strafflosigkeit bestimmter Behandlungsbegrenzungen erfährt zum Teil massive Kritik: So lehnt der Präsident der Bundesärztekammer *Jörg-Dietrich Hoppe* den ärztlich assistierten Suizid kategorisch ab, da er Standesrecht wie auch dem ethischen Selbstverständnis der Ärzteschaft widerspricht.<sup>55</sup> Die Kirchen warnen vor einer Überbetonung des Rechts auf Selbstbestimmung in Fragen zum Suizid. Palliativmedizin und Hospizversorgung weisen eine Alternative auf.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Vgl. nur aus jüngerer Zeit K. Kutzer: Patientenautonomie am Lebensende, 2006; W. Höfling/A. Schäfer: Leben und Sterben in Richterhand?, 2006; H.-L. Schreiber: Das ungelöste Problem der Sterbehilfe, NSStZ 2006, 473 ff.; G. Duttge: Einseitige (objektive) Begrenzung ärztlicher Lebenserhaltung?, NSStZ 2006, 479 ff.; H. Otto: Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbegleitung, NJW 2006, 2217 ff.; R. Ingelfinger: Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbegleitung, JZ 2006, 821 ff.; V. Lipp: Betreuung und Zwangsbehandlung, JZ 2006, 661 ff.; H. Holzhauser: Patientenautonomie, Patientenverfügung und Sterbehilfe, FamRZ 2006, 518 ff.; H. Dreier: Grenzen des Tötungsverbot, JZ 2007, 317, 320 ff.; sowie die Beiträge in FPR, Heft 3/2007.

<sup>53</sup> Beschlüsse des 66. DJT, Abteilung C (Strafrecht) „Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbegleitung“ abrufbar unter <http://www.djt.de/index.php>.

<sup>54</sup> Stellungnahme „Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende“ vom Juli 2006 abrufbar unter <http://www.ethikrat.org/stellungnahmen/stellungnahmen.html>.

<sup>55</sup> Statement Jörg-Dietrich Hoppe zu „Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung“ vom 27.3.2007 abrufbar unter <http://www.bundesaeztekammer.de/page.asp?his=0.6.5048.5054>.

<sup>56</sup> W. Höfling, Recht und Ethik der Palliativmedizin, 2007; W. Uhlenbruck, Rechtsfragen der Palliativmedizin, in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 949 ff.

### 3. Reform des Gesundheitssystem

Ein dritter und letzter Punkt sei angesprochen: Das Dauerthema „Reform unseres Gesundheitswesens“. Wir alle vernehmen die Nachricht, dass in den vergangenen Jahrzehnten die Ausgaben für das Gesundheitswesen beträchtlich gestiegen sind. Aktuell belaufen sie sich auf über 240 Mrd. Euro per annum,<sup>57</sup> Tendenz weiter steigend. Der Nationale Ethikrat debattierte auf seiner letzten Jahrestagung die Frage „Gesundheit für alle – wie lange noch?“<sup>58</sup> Es zeigt sich ein immer deutlicherer „Überhang des theoretisch Machbaren über das praktisch Finanzierbare in der modernen Medizin“,<sup>59</sup> eine „Kluft zwischen Verheißung und Erfüllung“ öffnet sich im Gesundheitswesen.<sup>60</sup> Weite Bevölkerungskreise befürchten den Einzug einer Zweiklassenmedizin. Die zentrale Frage hier lautet: Wie gehen wir um mit den knappen Mitteln, wie stellen wir eine gerechte Verteilung sicher?<sup>61</sup>

Ärzte sind zunehmend gefordert, die sozialen Konsequenzen ihrer Ressourcenverwendungsentscheidung zu verantworten und den Mitteleinsatz auf das medizinisch Notwendige zu begrenzen.<sup>62</sup> Der bestehende Zielkonflikt zwischen humanitärer Ausrichtung, medizinischer Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit des Versorgungssystems verschärft sich weiter.<sup>63</sup> Effizienzsteigernde Rationalisierungen werden alleine nicht ausreichen, um dem Kostenanstieg im Gesundheitswesen wirksam zu begegnen. Letzten Endes sind Rationierungen unumgänglich,<sup>64</sup> wobei diese ethisch stets bedenklich bleiben, da sie immer einen Verzicht auf

<sup>57</sup> Ausgabenentwicklung abrufbar unter der Seite der Bundeszentrale für politische Bildung [http://www.bpb.de/wissen/6G93DG,0,Entwicklung\\_der\\_Ausgaben\\_im\\_Gesundheitswesen.html](http://www.bpb.de/wissen/6G93DG,0,Entwicklung_der_Ausgaben_im_Gesundheitswesen.html).

<sup>58</sup> Wortprotokoll der Jahrestagung vom 26.10.2006 abrufbar unter [http://www.ethikrat.org/veranstaltungen/pdf/Wortprotokoll\\_Jahrestagung\\_2006-10-26.pdf](http://www.ethikrat.org/veranstaltungen/pdf/Wortprotokoll_Jahrestagung_2006-10-26.pdf).

<sup>59</sup> W. Krämer: Muss Medizin rationiert werden?, MedR 1996, 1; s. auch M. Arnold, Rationierung und zukünftige Reallokationen im Gesundheitssystem, 2005.

<sup>60</sup> Rainer Flöhl, zit. nach Walter Krämer: Muss Medizin rationiert werden?, MedR 1996, 1; C. Fuchs: Kostendämpfung und ärztlicher Standard – Verantwortlichkeit und Prinzipien der Ressourcenverteilung, MedR 1993, 323, 326.

<sup>61</sup> Dazu die Beiträge in Herbert Rebscher (Hrsg.), Festschrift für Günter Neubauer, 2006; A. Brink/J. Eurich et al. (Hrsg.), Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, 2006.

<sup>62</sup> P. Oberender: Rationieren auch in der Medizin?, in: Festschrift für Wolfgang Gitter, 1995, S. 701; P. Oberender/J. Zerth: Gesundheitsökonomie: Nutzen, Gerechtigkeit und Rationierung: ein (un-) lösbares Dilemma?, in: Festschrift für Günter Neubauer, 2006, S. 67.

<sup>63</sup> W. Weissauer: Recht und Risiko in der Medizin, in: Festschrift für Wolfgang Spann, 1986, S. 511, 516.

<sup>64</sup> Vgl. B. Baron von Maydell: Rationierung in unterschiedlichen Gesundheitssystemen, ArztR 2005, 88 ff.; V. Neumann: Prioritätensetzung und Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2005, 617 ff.; W. Krämer: Wir kurieren uns zu Tode. Die Zukunft der modernen Medizin, 1997, S. 17 ff.; ders., Muss Medizin rationiert werden?, MedR 1996, 1 ff.; P. Oberender: Rationieren auch in der Medizin?, in: Festschrift für Wolfgang Gitter, 1995, S. 701 ff.; abw. W. H. Heiss: Die Nachfrage nach Gesundheitsleistungen aus ärztlicher Sicht, ZVersWiss 2004, 603 ff.

effektive Leistungen bedeuten.<sup>65</sup> Das Deutsche Ärzteblatt eröffnet das Jahr 2007 mit dem Titel „Rationierung. Der Druck nimmt zu.“<sup>66</sup>

Gesundheitsökonomische Überlegungen leisten wichtige Hilfe bei dem Bestreben, die vorhandenen Ressourcen optimiert, d.h. mit maximalem Nutzen für die Gesundheit aller, zu verwenden. Ökonomische Analysen zeigen freilich immer nur Wege auf, wie mit verfügbaren Mitteln mehr oder wie das gleiche mit weniger Mitteln zu erreichen ist, niemals sind ihre Ergebnisse selbst Entscheidungen hinsichtlich des geschuldeten Aufwandes bei Diagnose oder Therapie. Aus ethischer Sicht ist das simplifizierende Vorteil-Nachteil-Kalkül nur bedingt verwertbar. Ökonomische Evaluierungen können keine Entscheidungspriorität haben, da mit der Forderung nach Gesundheit die Effektivität einer Heilmaßnahme das maßgebende Kriterium sein und bleiben muss.<sup>67</sup>

Letztlich wird es dem Staat nicht erspart bleiben, Regeln für den Umgang mit der Knappheit aufzustellen. Nicht die interaktionelle Ebene zwischen Arzt und Patient ist dabei Ort der Entscheidung über unumgängliche Rationierungsmaßnahmen, sondern der gesundheitspolitische Diskurs, der die Rahmenbedingungen für eine effiziente Mittelverteilung aufgrund der vorfindlichen wissenschaftlichen Gesamtanalyse festlegen muss.<sup>68</sup> Sparen auf einer höheren Allokationsebene<sup>69</sup> ist notwendig, da dem Arzt sonst die Rolle eines „Funktionärs austeilender Gerechtigkeit“ droht, die den besonderen Charakter seines Dienstes grundlegend veränderte, zu deutlich mehr Rechtsstreitigkeiten führte, und zu weiteren Reglementierungen des klinischen Alltags von außen.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> Vgl. M. Rosenberger: Die beste Medizin für alle – um jeden Preis?, DÄBl. 2006, A-764 ff.; Beiträge von Schultheiss, Maack, Siegrist, Bahro/Kämpf/Strnad u. Eibach in EthikMed 2001, Heft 1-2; A. Bossmann: Rationierung medizinischer Leistungen, MedR 1996, 456 ff.; C. Fuchs: Kostendämpfung und ärztlicher Standard – Verantwortlichkeit und Prinzipien der Ressourcenverteilung, MedR 1993, 323, 324.

<sup>66</sup> N. Jachertz / S. Rieser: Rationierung im Gesundheitswesen. Grenzen für den Fortschritt, DÄBl. 104 (2007), A-21 ff.

<sup>67</sup> R. Giesen: Rationierung im bestehenden Gesundheitssystem, ZVersWiss 2004, 557 ff.; M. Honecker: Die Begrenzung von Gesundheitsleistungen als ethisches Problem, ZVersWiss 2004, 623 ff.; D. Hart: Rechtliche Grenzen der „Ökonomisierung“, MedR 1996, 60, 61 f.; E. Steffen: Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruchsbegrenzungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten. In: Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, S. 487, 497 f. Weiterführend die allg. Kritik an der utilitaristischen Theorie von J. L. Mackie: Ethik. Die Erfindung des moralisch Richtigen und Falschen, 2000, S. 157 ff.

<sup>68</sup> Richter: EthikMed 1997, 3, 11 ff.

<sup>69</sup> Grundlegend zur Unterscheidung versch. Allokationsebenen H. Tristram Engelhardt: The Foundation of Bioethics, 1986, S. 344 f. (2. Aufl. 1996); dazu etwa F.-J. Illhardt/H. Piechowiak: Mittelverteilung, In: W. Kahlke/S. Reiter-Theil: Ethik in der Medizin, 1995, S. 126 ff.

<sup>70</sup> A. Laufs: Standards, Kostendruck und Haftpflichtrecht. In: E. Nagel/C. Fuchs: Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, 1993, S. 291; ders., Immer weniger Freiheit ärztlichen Handelns, NJW 1999, 2717, 2718.

In Deutschland war eine Diskussion über objektive und allgemeine Verfahren der Rationierung und der Priorisierung medizinischer Leistungen lange Zeit tabu, doch nun wird sie eröffnet. Transparente und bestimmte Zuordnungsregeln müssen herausgearbeitet werden und an die Stelle der bislang kasuistischen, intransparenten und häufig impliziten Vorenthaltung medizinischer Leistungen treten. Die Verfahren sind jeweils auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Rechtsordnung, insbesondere mit den Grundrechten zu prüfen. Eine schwierige, heikle, aber unumgängliche Aufgabe.<sup>71</sup>

### III. Ausblick

Die Ausführungen skizzieren das schwierige Verhältnis von Medizin und Recht, benennen Bereiche defizitärer Normierung ebenso wie solche übermäßiger Juridifizierung. Es war die Rede vom „Kalten Krieg“ zwischen Ärzten und Juristen, von einem „Spannungsfeld, auf dem es keinen Waffenstillstand geben könne“.<sup>72</sup> Doch gibt es eine Perspektive, die hoffnungsfroh stimmt. In den letzten Jahren sind verstärkt Bemühungen zu verzeichnen, die darauf abzielen, die interdisziplinären Verständnisschwierigkeiten zwischen Medizin und Recht<sup>73</sup> zu überwinden. Deutlich geworden ist die Notwendigkeit einer Konsensbildung, soll am Ende nicht der Patient, um dessen Wohl es Juristen wie Medizinern geht, Schaden leiden.<sup>74</sup> Die Hoffnungen richten sich heute darauf, von der Konfrontation über Kommunikation zu einer Kooperation von Ärzten und Juristen zu gelangen.<sup>75</sup> Als wichtiges, ja dringliches Anliegen

wird die Entwicklung eines „integrativen Medizinrechts“ formuliert, das gekennzeichnet ist durch eine inter- und transdisziplinäre Zusammenarbeit sowohl mit der Medizin – hier mit den klinischen Fächern und der Rechtsmedizin ebenso wie mit normativen Fragen der Heilkunde zugewandten Disziplinen wie Medizinethik, Medizingeschichte, Sozialmedizin, medizinische Psychologie und Soziologie – als auch mit den herkömmlichen juristischen Fachdisziplinen. *Johannes Neyses* hat es als Kanzler der Universität zu Köln ermöglicht, dass seine Hochschule sich den gesellschaftlichen Herausforderungen stellt, Antworten auf die vielfältigen, drängenden Fragen erarbeitet und damit Verantwortung für das Gemeinwesen übernimmt.

<sup>71</sup> Vgl. dazu W. Uhlenbruck: Rechtliche Grenzen einer Rationierung in der Medizin, *MedR* 1995, 427, 429 ff.; J. Isensee: Verwaltung des Mangels im Gesundheitswesen – verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingenzierung. In: *Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze*, 2005, 417 ff., auch in *ZVersWiss* 2005, 651 ff.; K. Vosteen: Rationierung im Gesundheitswesen und Patientenschutz, 2001.

<sup>72</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 37.

<sup>73</sup> H. Honsell: Die Aufklärungspflicht des Arztes in Deutschland, Österreich und der Schweiz, *SVZ* 1995, 329; die Rede ist ferner von „inkompatiblen Denksystemen“ und „systemimmanenten Gegensätzen“, vgl. H.-L. Schreiber: Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin, 1984, S. 29, 32.

<sup>74</sup> A. Laufs: *Arztrecht*, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 28; Th. Mayer-Maly, In: Th. Mayer-Maly/E. Prat: *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, 1998, Vorwort.

<sup>75</sup> Vgl. den Untertitel und das Vorwort von B. Madea zu dem Tagungsband des Kölner Symposiums „Innere Medizin und Recht“ vom 30.6. bis 1.7.1995 von B. Madea/U. J. Winter/M. Schwonzen/D. Radermacher. Bereits der Altrector der Universität zu Köln Peter Hanau, verließ in seinem Beitrag „Arzt und Patient – Partner oder Gegner“ in der Festschrift für Gottfried Baumgärtel, 1990, S. 121 ff., der Hoffnung Ausdruck, dass ein echtes partnerschaftliches Verständnis der Arzt-Patient-Beziehung auch zwischen Ärzten und Juristen Spannungen abbaut und schließlich zu einer Partnerschaft führt.