Zeitschrift für Gesundheitspolitik
ZGP
Ausgabe 04/2014

Schwerpunktthema

Entkriminalisierung des Arztberufs

Strafrechtliche Haftungsproblematik in der Medizin

LIG LINZER INSTITUT FÜR GESUNDHEITSSYSTEM-FORSCHUNG

Schwerpunktthema:

Entkriminalisierung des Arztberufs

ZGP

Zeitschrift für Gesundheitspolitik
ZGP

Schwerpunktthema

Entkriminalisierung des Arztberufs

Strafrechtliche Haftungsproblematik in der Medizin

Ausgabe 4/2014

LIG LINZER INSTITUT FÜR GESUNDHEITSSYSTEM-FORSCHUNG

Impressum:

Die in der ZGP veröffentlichten Beiträge sind nicht unbedingt mit der Auffassung des LIG oder seines Trägers ident.

LIG – Linzer Institut für Gesundheitssystem-Forschung
Obmann: Präs. Dr. Peter Niedermoser
Geschäftsführer: Hon.-Prof. Dr. Felix Wallner

ZGP – Zeitschrift für Gesundheitspolitik
Medieninhaber, Herausgeber und Redaktion: Linzer Institut für Gesundheitssystem-Forschung, Dinghoferstraße 4, 4010 Linz
www.lig-gesundheit.at

Coverfoto: www.fotolia.com (Gina Sanders)
Redaktion: Thomas Bergmair
Verleger: Verlagshaus der Ärzte GmbH, 1010 Wien
Druck: Ferdinand Berger & Söhne GmbH, 3580 Horn

Liebe Leserin, lieber Leser,

Als Menschen haben wir die unangenehme Eigenschaft gemein, nicht perfekt zu sein und gelegentlich Fehler zu machen. Nur aus Fehlern können wir lernen, dieser Grundsatz gilt auch im beruflichen Umfeld. Fehler zu machen ist selten angenehm, bei den meisten Berufsgruppen ist aber nicht sofort ein Menschenleben in Gefahr, wenn einmal ein Fehler unterläuft. Dies gilt nicht für Ärzte. Wenn ein Arzt einen Fehler macht, steht schnell die Gesundheit oder gar das Leben eines Patienten auf dem Spiel … Wenn ein Arzt einen Fehler begeht, ist er oftmals für die entstandenen Schäden haftbar, was dazu führt, dass er sogar strafrechtlich belangt werden kann. Natürlich ist es wichtig, Anreize zur Fehlervermeidung zu schaffen, allerdings sollten diese Ansätze im 21. Jahrhundert nicht mehr auf Furcht und Einschüchterung basieren – schon gar nicht im Sinne eines konstruktiven Umgangs mit Schwachpunkten, und noch weniger im Sinne einer optimalen Versorgung der Patienten.

Um auf diese Problematik aufmerksam zu machen und in gewohnter Manier kritisch zu hinterfragen und Lösungsansätze zu liefern, beschäftigt sich die vorliegende Ausgabe der Zeitschrift für Gesundheitspolitik mit dem Schwerpunktthema „Entkriminalisierung des Arztberufs".

Wir haben wieder Expertinnen und Experten eingeladen, die Situation aus unterschiedlichen Blickwinkeln zu betrachten. Es werden die Problematiken und Gefahren aufgezeigt und Alternativen zur strafrechtlichen Sanktionierung vorgestellt. Wir durchleuchten die mythenumwobene Defensivmedizin und erläutern die Wirkungsweise eines sinnvollen Qualitätsmanagements in Bezug auf die Arzthaftung. Darüber hinaus haben wir wieder die Stellungnahmen unterschiedlicher Vertreter aus Gremien eingeholt.

Wir freuen uns, Ihnen mit der aktuellen Ausgabe wieder einen weitläufigen Überblick über die Thematik geben zu können, und wünschen viele anregende Momente beim Lesen

Hon.-Prof. Dr. Felix Wallner
Geschäftsführer LIG

Dr. Peter Niedermoser
Obmann LIG

Inhaltsverzeichnis

Mögliche Alternativen gegen die (verstärkte) Kriminalisierung ärztlicher Kunstfehler 9
Univ.-Prof. Dr. Alois Birklbauer

Medizinische Heilbehandlung und Strafrecht – Entwicklungen 29
Dr. Karl Krückl, MA PLL.M

Die Schlichtungsstellen und ihr Beitrag zur Entkriminalisierung in der Medizin 53
Dr.in Belinda Jahn

Patientensicherheit – eine Verantwortung der Organisation Gibt es Alternativen zum Strafrecht, um die Patientensicherheit zu erhöhen? 71
Dir.in Dr.in Brigitte Ettl
Mag. Rita M. Offenberger, MSc

Defensive Medizin 91
Thomas Bergmair

Auf den StandPunkt gebracht 109
Mit Beiträgen von Dr. Gerald Bachinger, Dr. Reiner Brettenthaler, Dr. Maria Leitner und Dr. Artur Wechselberger

Univ.-Prof. Dr. Alois Birklbauer

Institutsvorstand am Institut für Strafrechtswissenschaften
Leiter der Abteilung für Praxis der Strafrechtswissenschaften
und Medizinstrafrecht
Johannes-Kepler-Universität Linz

Mögliche Alternativen gegen die (verstärkte) Kriminalisierung ärztlicher Kunstfehler

1. Einleitung **10**

2. Ärztliche Kunstfehler unter „besonders gefährlichen Verhältnissen“ **11**

3. Wiedereinführung und Erweiterung des Medizinalpersonenprivilegs bei der Körperverletzung **14**

4. Erweiterung diversioneller Verfahrenserledigung **21**

5. Zusammenfassung und Ausblick **25**

6. Literaturverzeichnis **27**

Das Vorhandensein von Strafnormen ist das Ergebnis eines gesellschaftlichen Konsenses. Das Strafrecht ist daher im selben Maße relativ und von aktuellen gesellschaftlichen Strömungen abhängig wie die Rechtsordnung insgesamt. Ihre Weiterentwicklung lebt davon, dass das Vorhandensein und die Ausgestaltung von Normen stets auf ihre Notwendigkeit und Angemessenheit hin zu hinterfragen ist. Vor diesem Hintergrund sollen auch die folgenden Überlegungen über mögliche Alternativen gegen die verstärkte Kriminalisierung ärztlicher Kunstfehler stehen, die im Bereich des materiellen Strafrechts eine bessere Fassbarkeit grober Fahrlässigkeit ebenso zum Inhalt haben wie die Wiedereinführung einer Privilegierung für das medizinische Personal im Bereich fahrlässiger Körperverletzungen. Für das Strafprozess- und Sanktionenrecht soll die Ausweitung diversioneller Verfahrenserledigung auf Tötungsdelikte allgemein thematisiert werden, die auch im medizinischen Bereich eine sachgerechte Erledigung von Kunstfehlern, die zum Tod eines Patienten geführt haben, ermöglichen könnte. Die folgenden Überlegungen sind als Anregungen für einen Diskussionsprozess gedacht, der im Zuge der geplanten umfassenden Novellierung des StGB im Jahre 2015 sicherlich stattfinden wird.

1. Einleitung

In einem Beitrag im Anschluss an den Gmundner Medizinrechtskongress 2009 habe ich mich mit der Frage beschäftigt, ob die Befassung von Strafgerichten mit ärztlichen Behandlungsfehlern noch zeitgemäß ist.[1] Dabei habe ich unter rechtspolitischen Gesichtspunkten verschiedene Vorschläge in Richtung einer Zurückdrängung des Strafrechts gemacht, die trotz reger strafrechtlicher Reformtätigkeit in den vergangenen Jahren bislang nicht umgesetzt wurden. Für das Jahr 2015 ist anlässlich der 40-jährigen Geltung des StGB eine umfassende Strafrechtsreform geplant.[2] Dies soll den Anlass bilden, im folgenden Beitrag über manche längst fällige Reformen im Bereich des Medizinstrafrechts weiter nachzudenken – unter dem Fokus, Alternativen gegen die verstärkte Kriminalisierung ärztlicher Kunstfehler zu finden. Dabei wird sich der erste Teil (2.) mit der Tendenz der Strafverfolgungsbehörden beschäftigen, ärztliche Kunstfehler, die zur Verletzung oder Tötung führen, insbes. wenn sie im Krankenhaus bzw. im Zuge von Operationen passiert sind, als „unter besonders gefährlichen Verhältnissen" (§ 81 Abs. 1 Z 1 StGB) begangen einzustufen. Der zweite Teil (3.) wird dem mittlerweile gestrichenen Medizinalpersonenprivileg bei nicht schweren Körperverletzungen bis zu 14 Tagen „nachtrauern" und einer adaptierten Wiedereinführung das Wort reden, weil dadurch der Grundgedanke des Strafgesetzgebers des Jahres 1975, dass das erhöhte Risiko der medizinischen Berufe sich in einer reduzierten Anwendbarkeit des Strafrechts abbilden sollte, unterstrichen werden kann. Der letzte Teil (4.) wird sich schließlich der Frage widmen, ob nicht bestimmte ärztliche Kunstfehler – selbst wenn sie zum Tod führen – einer diversionellen Verfahrenserledigung zugänglich sein sollten, weil damit nicht nur eine entsozialisierende Stigmatisierung der behandelnden Mediziner vermieden, sondern auch verbesserte Möglichkeiten eines Fehlermanagements sowie eine verstärkte Berücksichtigung von Opferinteressen geschaffen werden könnten. Zusammenfassende Schlussfolgerungen (5.) stehen als gleichsamer Ausblick am Ende des Beitrags.

1 Birklbauer, RdM 2009, 251.

2 Siehe dazu den vor wenigen Wochen veröffentlichten Bericht der Arbeitsgruppe StGB 2015; abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00104/imfname_366604.pdf.

2. Ärztliche Kunstfehler unter „besonders gefährlichen Verhältnissen“

2.1. Blickpunkt der besonderen Gefährlichkeit

Nach § 81 Abs. 1 Z 1 StGB ist eine fahrlässige Tötung mit dem dreifachen Strafsatz (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren) bedroht, wenn sie „unter besonders gefährlichen Verhältnissen“ begangen wird. Dieses Qualifikationskriterium existiert in gleicher Weise für die fahrlässige Körperverletzung (vgl. § 88 Abs. 3 und 4 zweiter Fall StGB; jedoch mit geringeren Strafsätzen). Angesichts dieser erheblichen Sanktionsverschärfung stellt sich die Frage, wie die besondere Gefährlichkeit einer Verhaltensweise gefasst werden kann, um eine sachgerechte Leitlinie für den Einzelfall zu bilden. Allgemein werden unter besonders gefährlichen Verhältnissen Umstände verstanden, *„welche aus der Sicht ex ante nach allgemeiner Erfahrung die außergewöhnlich hohe Wahrscheinlichkeit eines Unfalls mit tödlichem Ausgang oder schweren Folgen (§ 84) begründen“*[3]. Legt das Wort *„Unfall“* einen Bezug zum Straßenverkehr nahe, so zeigt dies zwar den Hauptanwendungsfall dieser Qualifikation, stellt aber keineswegs eine Begrenzung dafür her. Gemeint ist lediglich, dass es sich um eine nicht gewollte Gefahreneskalation handelt und den Bezugspunkt nicht der eingetretene Erfolg, sondern die Sorgfaltswidrigkeit der Handlung bildet.

Einigkeit herrscht weiters darin, dass diese besonders gefährlichen Verhältnisse sowohl durch einen besonders gefahrträchtigen Einzelumstand begründet werden können als auch im Wege einer wertenden Gesamtschau aus einer Häufung mehrerer – für sich genommen nicht besonders gefährlicher – Faktoren (Mosaiktheorie)[4]. Gerade hier tendiert die Praxis zu einer extensiven Handhabung der Qualifikation des § 81 Abs. 1 Z 1 StGB. Dies lässt sich vor allem auch für ärztliche Kunstfehler im Krankenhausalltag feststellen, wo – zumindest im Bereich der Anklage – auf Grund der allgemein als sehr gefährlich eingestuften Krankenhaussituation allzu rasch auf eine besondere Gefährlichkeit der Situation abgestellt wird[5]. Eine sachgerechte Lösung kann nur darin bestehen, dass bei beruflichem Han-

3 *Kienapfel/Schroll*, BT I3 § 81 Rz 10.
4 Siehe dazu mit Nachweisen etwa *Kienapfel/Schroll*, BT I3 § 81 Rz 18.
5 Siehe in diese Richtung Schwaighofer, Salzburger Nachrichten vom 7.4.2014.

deln, das stets besonders gefahrengeneigt ist (wie z.B. eine Herzoperation), nicht schon aus diesem Umstand allein auf eine Gefährlichkeitsqualifikation geschlossen werden kann, sondern im Sinne einer „bereichsspezifischen Interpretation" die für Eingriffe dieser Art übliche hohe Normalgefahr durch das sorgfaltswidrige Verhalten in erheblicher Weise gesteigert worden sein muss[6]. Insofern ist bei einem medizinischen Eingriff etwa eine erhebliche Anzahl von Sorgfaltswidrigkeiten im Rahmen der Handlung oder eine extrem sorgfaltswidrige Einzelhandlung erforderlich, um diese Qualifikationsnorm begründen zu können.

Die erwähnte teils exzessive Annahme besonders gefährlicher Verhältnisse im medizinischen Bereich könnte auch eine rein praktische Ursache haben, nämlich dadurch eine Zuständigkeit des Landesgerichts (durch den Einzelrichter) zu erreichen, weil die für die einfache Form der fahrlässigen Tötung (§ 80 StGB) oder auch der fahrlässigen schweren Körperverletzung (§ 88 Abs. 4 erster Fall StGB) zuständigen Bezirksgerichte als mit der komplexen Beurteilung von ärztlichen Kunstfehlern überfordert angesehen werden. Ein Indiz dafür könnte auch sein, dass die Richter regelmäßig bloß wegen des Grunddelikts verurteilen, was mangels Bindungswirkung des Gerichts an die Subsumtion in der Anklage (vgl. §§ 262, 267 StPO) rechtlich unbedenklich ist.

2.2. Vorschlag der Einführung „grober Fahrlässigkeit"

Das erwähnte Arbeitspapier der Expertengruppe zum StGB 2015 sieht hinsichtlich der qualifizierten fahrlässigen Tötung unter anderem vor, die Qualifikation der besonders gefährlichen Verhältnisse in § 81 Abs. 1 Z 1 StGB darauf zu beschränken, dass der Erfolg (Tod oder Körperverletzung) *„grob fahrlässig"* herbeigeführt wurde, wobei die grobe Fahrlässigkeit im Bereich des Allgemeinen Teils in § 6 Abs. 3 StGB geregelt werden soll. Demnach handelt grob fahrlässig, *„wer ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt, sodass der Eintritt eines dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhalts als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war"*[7]. In den Erwägungen zu diesem Vorschlag wird ausgeführt, dass dadurch die Judikatur der Zivilgerichte zur Auslegung der Frage, was unter grober und was unter leichter Fahrlässigkeit zu verstehen ist, herangezogen werden und *„insbesondere grobes medizinisches Fehlverhalten … in Zukunft strafrechtlich besser erfasst werden"* kann.[8] Ob das gleichsam den „Stein der Weisen" bedeutet und

6 *Kienapfel/Schroll*, BT I3 § 81 Rz 26; *Bertel/Schwaighofer*, BT I12 § 81 Rz 6 ff.
7 Expertenbericht Arbeitsgruppe StGB 2015 Seite 17.
8 Expertenbericht Arbeitsgruppe StGB 2015 Seite 19.

damit tatsächlich sachgerechtere Ergebnisse im Bereich ärztlicher Kunstfehler erzielt werden können, bleibt abzuwarten. Insbesondere erscheint fraglich, ob die Judikatur der Zivilgerichte zur groben Fahrlässigkeit tatsächlich so einfach auf den Bereich des Strafrechts übertragen werden kann, zumal von keiner Bindungswirkung an die Zivilgerichte auszugehen ist. Der Bezug zur „ungewöhnlichen und auffallenden Sorgfaltswidrigkeit" hebt jedoch hervor, dass eine an sich gefährliche Situation für eine Qualifikation nach § 81 Abs. 1 Z 1 StGB nicht ausreichen kann, sondern zusätzliche sorgfaltswidrige Verhaltensweisen der handelnden Personen hinzukommen müssen. Wenn die Erwägungen ausführen, dass dadurch *„grob medizinisches Fehlverhalten … besser erfasst werden"* kann, legen sie offen, dass gerade für den medizinischen Bereich an eine restriktive Interpretation dieser Qualifikation gedacht ist. Ob die Praxis dies auch so sehen wird, bleibt abzuwarten. Wenn die im Expertenentwurf vorgeschlagene Änderung Gesetz wird, wäre jedenfalls ein erster Schritt in diese Richtung getan. Würde zusätzlich für sämtliche Fälle von fahrlässiger Tötung (§ 80 StGB) eine Ex-Lege-Zuständigkeit des Landesgerichts eingeführt, wie sie unabhängig von der Strafdrohung für komplexe Umweltdelikte (vgl. z.B. §§ 181, 181b Abs. 3, 181c StGB) oder Wirtschaftsdelikte (z.B. §§ 153a, 159 StGB) bereits jetzt existiert (siehe § 30 Abs. 1 Z 3a bis 8b StPO), könnten auch die erwähnten Bestrebungen mancher Staatsanwaltschaften, eine Zuständigkeitsverschiebung durch übertriebene Vorwürfe zu erreichen, hintangehalten werden.

3. Wiedereinführung und Erweiterung des Medizinalpersonenprivilegs bei der Körperverletzung

Grundvoraussetzung jeder Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist, dass sie die Folge einer nicht lege artis vorgenommenen medizinischen Behandlung oder Betreuung ist.[9] Fehlt es bereits am fahrlässigen Verhalten, weil dieses lege artis erfolgte und damit noch im Rahmen der Sozialadäquanz liegt, scheidet eine strafrechtliche Verantwortung von vornherein aus. Schon in der Frage, ob es sich überhaupt um einen „Kunstfehler" handelt, liegt damit ein beträchtlicher Beurteilungsspielraum, der durch die Strafverfolgungsbehörden auszufüllen ist. Bei sachgerechter Handhabung dieses Spielraums dürf(t)en also nur solche Fälle für die weitere Beurteilung übrig bleiben, in denen der Fehler evident ist.

3.1. Strafausschließungsgrund des § 88 Abs. 2 Z 2 aF StGB

Ein Ausstieg aus der Strafbarkeit von Behandlungsfehlern könnte durch einen Strafausschließungsgrund bewirkt werden. Weil medizinische Behandlungen eine besonders hohe Gefahr für Körperverletzungen oder Gesundheitsschädigungen in sich bergen und Strafrecht entsprechend dem Ultima-Ratio-Grundsatz nur jene Fälle verfolgen und ahnden darf, für die mit anderen (rechtlichen) Mitteln nicht das Auslangen gefunden werden kann, hat bereits der Gesetzgeber des StGB 1975 durch das sogenannte „Medizinalpersonenprivileg"[10] in § 88 Abs. 2 Z 2 aF StGB versucht, bei relativ leichten Verletzungen sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Demnach war eine Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung von nicht mehr als 14-tägiger Dauer, die im Rahmen der medizinischen Berufsausübung[11] zuge-

9 Schick in AIDP (2008) nimmt eine typologische Zweiteilung der Behandlungsfehler vor in Individualbehandlungsfehler und solche, bei denen Organisationsmängel mitspielen (9 ff.).

10 Siehe zu dieser Bezeichnung z.B. *Kienapfel/Schroll,* BT I3 § 88 Rz 31 und 45. Zu den einzelnen Versionen des Gesetzes, die nach und nach sämtliche Gesundheitsberufe in den Anwendungsbereich dieser Norn einbezogen, siehe Birklbauer, RdM 2009, 253.

11 Durch dieses weite Erfordernis fallen nicht nur allfällige Folgen von Behandlungsfehlern in den Anwendungsbereich dieser Privilegierungsnorm, sondern auch Folgen von Betreuungsfehlern; siehe dazu *Burgstaller*, in: WK2 (2006) § 88 Rz 36.

fügt wurde, nicht zu bestrafen, wenn den Täter kein schweres Verschulden traf[12]. Bei fehlendem schwerem Verschulden herrschte somit Straffreiheit im unteren Erfolgsbereich bis zu 14 Tagen. Bei schwerem Verschulden i.S. von § 81 StGB war dagegen diese Privilegierung generell ausgeschlossen, weil § 88 Abs. 2 StGB nur auf die Fälle des § 88 Abs. 1 StGB anwendbar war, nicht dagegen bei § 88 Abs. 3 StGB, der die Qualifikationsfälle des § 81 StGB erfasst. Der Anwendungsbereich von § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB war somit nicht besonders breit.

Mit BGBl I 2010/111 wurde diese Privilegierung für das medizinische Personal im Rahmen des Budgetbegleitgesetzes 2011 insofern beseitigt, als die 14-Tage-Grenze auf alle Normunterworfenen ausgedehnt wurde, um – insbes. bei Opfern von Verkehrsunfällen – den zivilrechtlichen Schadensausgleich als alleinige Reaktion vorzusehen. Das Strafrecht will sich seither um diese Opfer nicht mehr kümmern. Begründet wurde dies mit Ultima-Ratio-Überlegungen[13]. Dies ist zwar insofern als durchaus positiv anzusehen, als in diesen unteren Bereichen die zivilrechtliche Wiedergutmachung ausreicht, um Rechtsfrieden herzustellen und eine zusätzliche strafrechtliche Reaktion somit nicht mehr erforderlich ist. Erfolgt eine derartige Änderung aber im Rahmen eines Budgetbegleitgesetzes, wird evident, dass eine solche Überlegung primär nicht von einem durchdachten kriminalpolitischen Konzept getragen ist, sondern von ökonomischen Gesichtspunkten. Insofern überrascht es nicht, dass das medizinische Personal seither nicht mehr gesondert privilegiert ist, sondern der Gesetzgeber einfach – wie bei Budgetbegleitgesetzen üblich – keine weiteren kriminalpolitischen Überlegungen angestellt hat, um den hinter dem Medizinalpersonenprivileg stehenden Gedanken des StGB 1975 fortzusetzen und parallel zur Ausweitung des § 88 Abs. 2 Z 1 StGB auf Körperverletzungen bis zu 14 Tagen auch den Anwendungsbereich des § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB zu verschieben, um das an sich stimmige Verhältnis innerhalb von § 88 Abs. 2 StGB aufrecht zu erhalten. Dass der Aufschrei gegen die Streichung des Medizinalpersonenprivilegs damals nicht besonders lautstark war, erklärt sich daraus, dass für diese Personengruppe keine Verschlechterung eingetreten ist, sondern lediglich eine Besserstellung beseitigt wurde. Dass damit auch ein wesentlicher Gedanke des StGB 1975, nämlich der sorgsame Umgang mit dem Strafrecht im Bereich ärztlicher Kunstfehler, beseitigt wurde, wurde vielen erst allmählich bewusst. Mittelbar wurde dadurch aber auch die bereits unter 2. erwähnte Tendenz begünstigt, bei medizinischen Kunstfehlern im Bereich der Subsumtion unter § 81 Abs. 1 Z 1 StGB strengere Maßstäbe anzulegen.[14]

12 Zur besonderen Gefahrengeneigtheit der Tätigkeit von Angehörigen der gesetzlich geregelten Gesundheitsberufe als Grund für diese Regelung siehe den Bericht des Justizausschusses zum StGB 1975, Nr 959 BlgNR XIII. GP Seite 18; *Burgstaller/Schütz*, in: WK2 (2012) § 88 Rz 36.

13 Vgl. Nr. 981 BlgNR XXIV. GP Seite 88 f.

14 Siehe in diese Richtung auch *Birklbauer*, RdM 2014, 261.

3.2. Revitalisierung des Medizinalpersonenprivilegs

Vor diesem Hintergrund ist zu überlegen, ob nicht eine Revitalisierung dieses Gedankens aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus angebracht wäre. Schon im erwähnten Beitrag aus dem Jahre 2009 habe ich – vor dem Hintergrund des damals noch geltenden § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB und des Vergleichs mit der Rechtslage von Deutschland und der Schweiz – vorgeschlagen, diesen Strafausschließungsgrund wesentlich auszuweiten auf sämtliche fahrlässigen (leichten und schweren) Körperverletzungen, auch weil ein Zurückdrängen der Strafbarkeit die systeminterne Fehleranalyse und -aufarbeitung möglicherweise fördern würde in dem Sinne: Wenn keine Strafbarkeit droht, steigt die Bereitschaft aller Beteiligten, allfällige Fehler konsequent zu suchen und zu beheben.[15] Das Korrektiv des fehlenden schweren Verschuldens wurde dabei als hinreichend angesehen, um den Anwendungsbereich nicht uferlos und unsachlich werden zu lassen, zumal bei einem Wegfall der 14-Tages-Grenze die Schwere der eingetretenen Verletzung bzw. Gesundheitsschädigung im Unterschied zur damals geltenden Rechtslage ohnehin Bedeutung im Rahmen der Bewertung der Schuldschwere erlangen würde. Die nun geänderten Voraussetzungen werfen die Frage auf, ob diese Forderung aufrechterhalten bzw. modifiziert werden soll. Dazu braucht es zunächst einen Blick auf die Frage, ob nicht mit dem prozessualen Instrument der Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit (§ 191 StPO), womit ein ähnliches Ziel verfolgt wird, das Auslangen gefunden werden kann.

3.2.1. Einstellung wegen Geringfügigkeit (§ 191 StPO) als ausreichende Alternative?

Die Möglichkeit der Einstellung eines Strafverfahrens wegen Geringfügigkeit (§ 191 StPO) ist seit 2008 geltendes Recht und hat den materiellrechtlichen Strafaufhebungsgrund des § 42 a.F. StGB abgelöst[16]. Nach § 191 Abs. 1 StPO hat die Staatsanwaltschaft[17] unter anderem von der Verfolgung einer Straftat, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht ist, abzusehen und das Ermittlungsverfahren einzustellen, wenn in Abwägung der Schuld, der Folgen der Tat und des Verhaltens des Beschuldigten nach der Tat, insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Schadensgutmachung, sowie weiterer Umstände, die auf die Strafbe-

15 *Birklbauer*, RdM 2009, 252 ff.

16 § 42 a.F. StGB wurde im Rahmen der Strafprozessreformbegleitgesetze durch BGBl I 93/2007 mit 31.12.2007 außer Kraft gesetzt.

17 § 191 Abs. 2 StPO ermöglicht ein solches Vorgehen dem für das Hauptverfahren zuständigen Gericht nach Erhebung der Anklage unter denselben Voraussetzungen als gleichsames Korrektiv.

messung Einfluss hätten, der Störwert der Tat als gering anzusehen wäre (Z 1) und es aus spezial- und generalpräventiven Gründen nicht einer Bestrafung oder eines diversionellen Vorgehens bedarf (Z 2). Auf Grund der Strafdrohung fallen somit sämtliche fahrlässigen leichten und schweren Körperverletzungen (§ 88 StGB) in den abstrakten Anwendungsbereich für ein solches prozessuales Vorgehen, womit auf den ersten Blick eine Revitalisierung des materiellrechtlichen Strafausschließungsgrundes für das medizinische Personal, wie er in § 88 Abs. 2 Z 2 aF StGB vorgesehen war, verzichtbar erscheint.

Ein Vorgehen nach § 191 StPO ist aber im Unterschied zum ehemals in § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB normierten Medizinalpersonenprivileg von spezial- und generalpräventiven Erfordernissen abhängig. Als Voraussetzung für eine Verfahrenseinstellung dürfen eine Bestrafung (und damit verbunden die Erhebung der Anklage als Voraussetzung) sowie ein diversionelles Vorgehen (§§ 198 ff. StPO) nicht geboten erscheinen, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten (Spezialprävention) oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegen zu wirken (Generalprävention). Diese Erforderlichkeitsklausel ermöglicht den Strafverfolgungsbehörden einen breiten Beurteilungsspielraum, vor allem in Bezug auf die generalpräventive Erforderlichkeit eines strengen Vorgehens, um strafbaren Handlungen durch andere ganz allgemein entgegenzuwirken. Die empirisch nicht nachweisbare generalpräventive Wirkung[18] ermuntert die Rechtsanwender immer wieder zu einem exemplarisch harten Vorgehen bei Straftaten, die im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen, um die Gültigkeit einer Strafnorm zu unterstreichen und zu betonen, dass z.B. besonders angesehene und einflussreiche Mitglieder unserer Gesellschaft diesbezüglich gerade nicht privilegiert sind[19]. Auch wenn ärztliche Behandlungsfehler in der Öffentlichkeit breitgetreten werden, könnten sich die Strafverfolgungsbehörden dazu ermutigt sehen, dem Eindruck, dass es sich Angehörige einer bestimmten Gruppe gleichsam „immer richten können", entgegensteuern zu müssen und Anklage zu erheben. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass gerade das Bekanntwerden der Tat in der Öffentlichkeit unter dem Gesichtspunkt der positiven Generalprävention gegen eine generalpräventive Erforderlichkeit für ein strenges Vorgehen sprechen kann[20] und insofern eigentlich eine gegenteilige Berücksichtigung angebracht wäre. Die unterschiedlichen Voraussetzungen zwischen § 191

18 Siehe mit Nw. zum Meinungsstand z.B. *Birklbauer*, in: SbgK (2008) § 46 Rz 65 f.

19 In der unterschiedlich bewerteten Bedeutung der Generalprävention kann ein wesentliches Argument für die in Österreich regional stark differierende Sanktionspraxis gesehen werden; siehe dazu zusammenfassend unter Berücksichtigung der empirischen Forschungsergebnisse *Hirtenlehner/Birklbauer*, JRP 2006, 287 ff.

20 Siehe in diese Richtung *Schroll*, in: WK-StPO (2009) § 191 Rz 68.

StPO und § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB sprechen also dafür, an einer Revitalisierung des materiellrechtlichen Strafausschließungsgrundes festzuhalten.

3.2.2. Anderer Blickpunkt eines materiellrechtlichen Strafausschließungsgrundes

Generell eröffnet das Fehlen von Präventionserfordernissen für die Anwendbarkeit des Strafausschließungsgrundes des § 88 Abs. 2 StGB einen anderen Blick. Es geht hier nämlich nicht um präventive Erfordernisse im Einzelfall, über die eine sachgerechte Lösung erreicht werden soll, sondern der Gesetzgeber lässt durch einen Strafausschließungsgrund generell erkennen, dass er auf Grund des Ultima-Ratio-Gedankens bestimmte Verhaltensweisen nicht bestrafen will. Insofern wird eine kriminalpolitische Richtung für einen bestimmten Bereich vorgegeben. Die schwere Schuld ist in solchen Fällen ein ausreichendes Ausschlusskriterium, um das Absehen von der Strafbarkeit im Einzelfall zu begrenzen. Von der gesellschaftlichen Wertung her macht es folglich einen großen Unterschied, ob der Staat im Einzelfall einen Verfolgungsverzicht ermöglicht, wie er es z.B. bei § 191 StPO tut, oder ob er bei einer Norm für bestimmte Fälle oder auch bestimmte Angehörige einer Berufsgruppe generell eine fehlende Strafbarkeit statuiert und sich wertbezogen festlegt. Der Anerkennung eines berufsbedingten Risikos kann also nur im Wege eines materiellrechtlichen Strafausschließungsgrundes unterstrichen werden, nicht mit einer generellen Verfahrenseinstellungsmöglichkeit, die auch solche Fälle erfassen kann. Der materiellrechtliche Strafausschließungsgrund hat somit einen anderen Blickpunkt und trotz der umfassenden Regelung der Verfahrenseinstellung nach § 191 StPO eine eigenständige Berechtigung.

3.2.3. Begrenzung auf nicht schwere Körperverletzungen

In diesem Zusammenhang stellt sich freilich die Frage, wie weit ein solcher materiellrechtlicher Strafausschließungsgrund gehen soll. Abgesehen von der an sich schweren Körperverletzung wird im Strafrecht die zeitliche Grenze zwischen schwer und nicht schwer bei 24 Tagen, die eine Verletzung bzw. Gesundheitsschädigung dauern muss, gezogen (vgl. § 84 Abs. 1 StGB). An das Überschreiten dieser Grenze ist eine höhere Strafdrohung geknüpft. Um angesichts der mittlerweile fehlenden Anerkennung des berufsbedingten medizinischen Risikos den Bogen nicht zu überspannen, erscheint es als ausreichend, die materiellrechtliche Strafausschließung an der Grenze zwischen schwerer und nicht schwerer Körperverletzung festzumachen. Hierfür soll es ein klares Bekenntnis des Gesetzgebers in Fortsetzung der bis Ende 2010 geltenden Privilegierungsvorschrift des § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB in dem Sinne geben, dass für jegliche nicht schwere Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung, die im Rahmen einer medizinischen

Tätigkeit zugefügt wird, keine Strafbarkeit bestehen soll, sofern kein schweres Verschulden vorliegt. Durch die erneute Anerkennung des mit medizinischen Berufen verbundenen Risikos soll mittelbar auch eine sachgerechte Begrenzung der besonders gefährlichen Verhältnisse (vgl. § 81 Abs. 1 Z 1 StGB) erreicht werden, wie sie bereits unter Pkt. 2 skizziert wurde.

3.2.4. Schweres Verschulden als ausreichendes Korrektiv

Wenn das schwere Verschulden die Grenze für die Anwendbarkeit dieses Strafausschließungsgrundes bildet, soll zum Abschluss des Kapitels dieser rechtliche Terminus noch näher ausgeleuchtet werden. Das schwere Verschulden wird bisweilen mit dem zivilrechtlichen Begriff der groben Fahrlässigkeit gleichgesetzt[21], wobei jedoch auch mit dieser Gleichsetzung keine Erklärung des Begriffsinhalts verbunden ist und insgesamt eine große Unbestimmtheit herrscht. Der konkret eingetretene Erfolg wäre jedenfalls beim skizzierten Strafausschließungsgrund des § 88 Abs. 2 StGB nicht in die Beurteilung des Fahrlässigkeitsvorwurfs einzubeziehen, weil bereits durch das Abstellen auf die Grenze zwischen schwerer und nicht schwerer Körperverletzung als Voraussetzung für diese Privilegierungsnorm der Erfolg ausreichend berücksichtigt ist. Ansonsten sind für das Ausmaß des Fahrlässigkeitsvorwurfs alle unrechts- und schuldrelevanten konkreten Tatumstände gegeneinander abzuwägen.[22] Der objektive Sorgfaltsverstoß, der dem Tatverdächtigen angelastet wird, darf als solcher nicht auffallend und ungewöhnlich sein. Vor allem der Wahrscheinlichkeitsgrad, mit dem das zu beurteilende Verhalten einen Personenschaden befürchten ließ, sowie die Schwere des durch das Verhalten abstrakt drohenden Erfolges sind ebenso maßgeblich wie die soziale Üblichkeit des riskanten Verhaltens[23], die mitunter durch ein Abstellen auf andere Angehörige dieser Berufsgruppe in dem Sinne beurteilt wird, ob sie in dieser Situation ebenso wie der konkret Tatverdächtige gehandelt hätten. Eine im Hinblick auf objektiv vorhandene Alternativen und das subjektive Können des behandelnden Arztes überdurchschnittlich riskante Behandlung ist also ein Indiz für ein schweres Verschulden.

Auch an die Schuldkomponente selbst sind strengere Anforderungen zu stellen, um von „schwerem Verschulden" ausgehen zu können. Ein solches fehlt etwa, wenn im konkreten Fall Umstände vorliegen, die das Ausmaß der persönlichen Vorwerfbarkeit nicht bloß unerheblich herabsetzen, wie z.B. tief greifende fami-

21 *Fabrizy*, StGB[11] (2013) § 88 Rz 3; vgl schon oben unter Pkt 2.2.

22 *Burgstaller/Schütz*, in: WK[2] (2012) § 88 Rz 20; *Kienapfel/Schroll*, BT I[3] § 88 Rz 36; *Bertel/Schwaighofer*, BT I[12] § 88 Rz 4.

23 *Burgstaller/Schütz*, in: WK[2] (2012) § 88 Rz 22 f.; *Kienapfel/Schroll*, BT I[3] § 88 Rz 36 ff.; *Bertel/Schwaighofer*, BT I[12] § 88 Rz 5.

liäre Probleme oder auch eine außergewöhnliche Arbeitsüberlastung des Tatverdächtigen.[24] Freilich ist für das zuletzt genannte Kriterium maßgeblich, ob es dem behandelnden Arzt zumutbar war, sich gegen eine angeordnete Arbeitsüberlastung entsprechend zu wehren, wobei als Vergleichsmaßstab der mit den rechtlich geschützten Werten verbundene Dritte heranzuziehen ist. Je mehr Arbeitsüberlastungen ihre Ursache in allgemein akzeptierten Arbeitszeiten haben, umso eher muss das individuelle Verschulden eines Arztes, der nicht die nötige Energie aufbringt, gegen daraus resultierende Überlastungen anzukämpfen, als nicht schwer angesehen werden, würde doch seine Reputation darunter leiden, wenn er die von seinen Kollegen akzeptierte Überlastung als für ihn unzumutbar erachtet.

Im Unterschied dazu verlangt die (prozessuale) Möglichkeit der Verfahrenseinstellung nach § 191 StPO eine Abwägung von Schuld, Tatfolgen und Nachtatverhalten zur Feststellung des geringen Störwerts der Tat. Selbst wenn dieses Erfordernis an das fehlende schwere Verschulden bei § 88 Abs. 2 erinnert, sind beide dennoch nicht deckungsgleich. Da bei § 191 StPO der eingetretene Erfolg im Rahmen der Verschuldensbewertung stets in Relation zum Unwert des gesetzten Verhaltens zu bringen ist, hat er keine von vornherein eigenständige ausschließende Wirkung, wie dies bei § 88 Abs. 2 der Fall wäre. Stellt sich das Unrecht der Tat als gering dar, so indiziert dies unabhängig vom konkret eingetretenen Erfolg eine entsprechend geringe Schuld.[25] Insofern sind jedenfalls auch schwere Körperverletzungen, sofern dadurch keine Dauerfolgen eingetreten sind, einer Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit grundsätzlich zugänglich[26], während sie für den hier vorgeschlagenen neuen § 88 Abs. 2 Z 2 StGB ausscheiden würden. Andererseits ist der Anwendungsbereich des § 191 StPO gegenüber § 88 Abs. 2 StGB insoweit enger, als für § 191 StPO nicht das Fehlen einer schweren Schuld ausreicht, sondern das Vorliegen eines geringen Störwerts der Tat gefordert wird, das mit dem Vorliegen von geringer Schuld gleichgesetzt wird[27], und zwischen geringer und schwerer Schuld ein weiter Bereich von normaler Schuld liegt. Insofern erscheint es gerechtfertigt, einen materiellrechtlichen Strafausschließungsgrund und einen prozessualen Verfahrenseinstellungsgrund wegen Geringfügigkeit unabhängig voneinander vorzusehen: den einen, um ein berufsbedingt bestehendes höheres Risiko entsprechend zu berücksichtigen, den andern, um im Einzelfall sachgerechte Lösungen zu erzielen.

24 *Burgstaller/Schütz*, in: WK² (2012) § 88 Rz 24 f.; *Kienapfel/Schroll*, BT I³ § 88 Rz 40.
25 Siehe dazu umfassend *Schroll*, in: WK-StPO (2009) § 191 Rz 35 ff., insbes. 48 ff.; in diese Richtung tendieren auch *Bertel/Schwaighofer*, BT I¹² § 88 Rz 10.
26 *Kienapfel/Schroll*, BT I³ § 88 Rz 62.
27 *Schroll*, in: WK-StPO (2009) § 191 Rz 35.

4. Erweiterung diversioneller Verfahrenserledigung

„Diversion" bedeutet „Umleitung", also die Lösung eines strafrechtlich relevanten Sachverhalts ohne Hauptverhandlung und Gerichtsurteil. Sie ist seit dem Jahre 2000 flächendeckend im österreichischen Erwachsenenstrafrecht vorgesehen (§§ 198 ff. StPO). Im Regelfall stellt die Staatsanwaltschaft[28] das Verfahren endgültig nach Durchführung „begleitender Maßnahmen" ein, und zwar (alternativ) entweder nach einem Tatausgleich, nach Zahlung einer Geldbuße oder nach Erbringung von gemeinnützigen Leistungen. Weiters ist es zulässig, das Verfahren vorläufig für eine Probezeit einzustellen, ohne dass eine zusätzliche „Leistung" des Verdächtigen gefordert ist. Seine Leistung besteht darin, dass er während der Probezeit (ein bis zwei Jahre) keine Straftat begeht (Bewährung).

Mit Einführung der Diversionsbestimmungen wollte man – ähnlich wie beim materiellrechtlichen Strafausschließungsgrund nach § 88 Abs. 2 StGB oder der Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit (§ 191 StPO) – den geänderten gesellschaftlichen Verhältnissen dahingehend Rechnung tragen, dass es nicht mehr als Aufgabe des Strafrechts angesehen wird, bei jedem, wenn auch nur kleinen Verstoß gegen die Rechtsordnung mit einem ausgedehnten Strafverfahren zu reagieren (Strafrecht als Ultima Ratio). Durch die (mehr oder minder freiwillig) übernommenen sanktionsersetzenden Begleitmaßnahmen (Geldbuße, gemeinnützige Leistungen, Tatausgleich oder Probezeit) kommt es zu einer Verantwortungsübernahme seitens des Verdächtigen, die ein Präventionsbedürfnis für ein intensiveres Vorgehen entfallen lässt. Darüber hinaus wird durch die Einbindung des Opfers und die bei jeder sanktionsersetzen Begleitmaßnahme zulässige Kombination mit einer Schadensgutmachung der Rechtsfrieden in hinreichender Weise hergestellt. Aufgrund der sanktionsersetzenden Begleitmaßnahmen kommt es bei dieser Verfahrenserledigung im Ergebnis auch zu einer größeren „Belastung" des Beschuldigten als bei § 191 StPO oder § 88 Abs. 2 StGB, wodurch diese Möglichkeit letztlich eine Art „Anschlussstück" an die erstgenannten Möglichkeiten bildet. Da grundsätzlich keine Deliktsbereiche von vornherein von einer diversionellen Verfahrenserledigung ausgenommen sind, kommt diese Möglichkeit auch für den Bereich ärztlicher Behandlungsfehler in Betracht.

28 Nach Erhebung der Anklage kommt diese Möglichkeit – gleichsam als Korrektiv – dem Gericht zu; vgl. § 199 StPO.

4.1. Todesfolge als unsachliches Ausschlusskriterium

Freilich kann es Begrenzung als Folge der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen geben. Ist eine Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit nach § 191 StPO bei sämtlichen strafbaren Handlungen mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zulässig und in weiterer Folge ein diversionelles Vorgehen nach §§ 198 ff. StPO für sämtliche strafbaren Handlungen, die nicht in die Zuständigkeit eines Schöffen- oder Geschworenengerichts fallen (§ 198 Abs. 2 Z 1 StPO[29]), womit letztlich strafbare Handlungen mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe diversionstauglich wären, hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, diese alternative Verfahrenserledigung bei Todesfolge – unabhängig von Strafdrohung oder Zuständigkeit – generell auszuschließen (§ 198 Abs. 2 Z 3 StPO). Obwohl das Grunddelikt der fahrlässigen Tötung (§ 80 StGB), also speziell im medizinischen Bereich Behandlungsfehler ohne grobe Fahrlässigkeit, in die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts fällt, besteht somit für die Staatsanwaltschaft keine Alternative zur Anklage mit der Folge, dass der Vorwurf in einer öffentlichen Hauptverhandlung erledigt werden muss.[30] Damit scheidet ein weiter Bereich medizinischer Behandlungsfehler von vornherein aus dem Diversionsbereich aus.

Dass der Gesetzgeber diese Position letztlich nicht als in Stein gemeißelt ansieht, offenbart ein Blick auf § 7 Abs. 2 Z 2 JGG.[31] Nach dieser Bestimmung kann bei nicht schwerer Schuld auch beim Tod eines Menschen diversionell vorgegangen werden, wenn ein Angehöriger eines jugendlichen Beschuldigten fahrlässig getötet worden ist[32] und eine Bestrafung im Hinblick auf die durch den Tod des Angehörigen beim Beschuldigten verursachte schwere psychische Belastung nicht geboten erscheint. Es wird also ein spezifisches Schuldkriterium, nämlich die persönliche Betroffenheit des Beschuldigten durch die Tat, besonders hervorgehoben, das ohnehin im Rahmen der Schuldbewertung zu berücksichtigen ist (vgl. § 34 Abs. 1 Z 19 StGB).

29 Für Jugendstrafsachen ist die Zuständigkeit des Schöffen- oder Geschworenengerichts kein Ausschlussgrund für ein diversionelles Vorgehen; vgl. § 7 Abs. 2 JGG. Im Erwachsenenstrafrecht hat der Gesetzgeber mit BGBl I 2013/195 „leichte Fälle von Amtsmissbrauch" (§ 302 Abs. 1 StGB) vom Diversionsverbot bei schöffengerichtlicher Zuständigkeit ausgenommen; vgl. § 198 Abs. 3 StPO.

30 Die öffentliche Hauptverhandlung kann ab 1.1.2015 dem Angeklagten erspart werden, wenn die Staatsanwaltschaft ein Mandatsverfahren nach § 491 StPO beantragt. In solchen Fällen ergeht das Urteil in Form einer Strafverfügung, deren Inhalt von Staatsanwaltschaft, Beschuldigtem und Opfer beeinsprucht werden kann. Ein zulässiger Einspruch bewirkt dann die Durchführung einer (öffentlichen) Hauptverhandlung.

31 I.d.F. BGBl I 93/2007.

32 Dies gilt an sich auch für eine fahrlässige Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen nach §§ 80, 81 StGB; siehe dazu *Schroll*, in: WK-StPO (2011) § 198 Rz 45.

Insofern ist diese Ausnahme auf der einen Seite nicht besonders weitgehend. Sie kann jedoch auf der anderen Seite als Versuch des Gesetzgebers gedeutet werden, den generellen Ausschluss der Diversion bei Todesfolge unabhängig vom im Raum stehenden Schuldvorwurf zu lockern, da er sich als nicht mehr zeitgemäß darstellt.

Unabhängig davon wurde ohnehin schon mehrfach die Forderung erhoben, auch bei Todesfolge ein diversionelles Vorgehen zu ermöglichen, weil das Erfordernis der fehlenden Schuldschwere ein ausreichendes Korrektiv enthält, um dem Vorwurf des „Freikaufens von Verantwortung" entgegentreten zu können.[33] Durch diese Möglichkeit eines diversionellen Vorgehens könnte speziell bei medizinischen Behandlungs- und Betreuungsfehlern mit Todesfolge eine organisationsinterne Aufarbeitung solcher Fälle erleichtert sein, weil eine solche Aufarbeitung für sich schon zu einem geringeren Schuldvorwurf führen könnte, die letztlich in eine diversionelle Verfahrenserledigung mündet.

Für diese Forderung nach Erweiterung der Diversionsmöglichkeiten auf die Fälle von Todesfolge kann auch ein Vergleich mit der Diversionsregelung des deutschen Strafrechts angeführt werden. Nach § 153 dStPO kann die Staatsanwaltschaft bei einem Vergehen[34], wozu auch eine fahrlässige Tötung (§ 222 dStGB) gehört, mit Zustimmung des Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht.[35] Kommt ein Vorgehen nach § 153 dStPO wegen öffentlichen Interesses an der Verfolgung nicht in Betracht, so hat die Staatsanwaltschaft nach § 153a dStPO noch die Möglichkeit, mit Zustimmung des Gerichts vorläufig von der Anklageerhebung unter Erteilung von Auflagen und Weisungen abzusehen, wenn dadurch das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung beseitigt werden kann und die Schwere der Schuld dem nicht entgegensteht. Als Auflagen oder Weisungen kommen beispielsweise Schadensgutmachung, Geldzahlungen zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse sowie sonstige gemeinnützige Leistungen in Betracht. Diese Auflagen bzw. Weisungen sind binnen einer Frist von höchstens sechs Monaten zu erbringen. Werden sie erfüllt, wird das Verfahren endgültig eingestellt mit der Konsequenz, dass es als Vergehen nicht mehr verfolgt werden kann. Ein Vorgehen nach § 153a dStPO kommt in Deutsch-

33 Siehe etwa die Nw. bei *Birklbauer*, JSt 2004, 109 ff.; *ders.*, RdM 2009, 255 f.

34 Vergehen sind nach § 12 Abs. 2 dStGB rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe unter einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht sind. Da die fahrlässige Tötung kein Mindeststrafmaß vorsieht, handelt es sich um ein Vergehen.

35 Ein öffentliches Interesse kann trotz geringer Schuld etwa aus spezial- und generalpräventiven Gründen gegeben sein, wegen des Interesses der Allgemeinheit an der konkreten Straftat oder wegen der Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben; siehe dazu *Meyer-Goßner*, StPO[56] § 153 Rz 7.

land bei fahrlässiger Tötung auch immer wieder vor.[36] Nachdem das deutsche Straf- und Strafverfahrensrecht vergleichbaren Prinzipien wie das österreichische Strafrecht folgt, lässt sich daraus folgern, dass das Normgeltungsbewusstsein keineswegs darunter leiden würde, wenn die Diversionsregelung auch auf Fälle von fahrlässiger Todesfolge ausgedehnt würde.

4.2. Fehlende schwere Schuld als ausreichendes Korrektiv

Eine diversionelle Verfahrenserledigung ist nur zulässig, wenn die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer (vgl. § 32 StGB) anzusehen ist (§ 198 Abs. 2 Z 2 StPO). Insofern ist ein ausreichendes Korrektiv vorhanden, weil der eingetretene Erfolg in Relation zum Handlungs- und Gesinnungsunwert des gesetzten Verhalten stehen muss. Die Todesfolge bedeutet im Rahmen der Schuldbewertung nicht unbedingt, dass eine schwere Schuld vorhanden ist. Bei entsprechend geringem Handlungs- oder Gesinnungsunwert ist durchaus von fehlender schwerer Schuld auszugehen. Eine Relation zu den anderen alternativen Erledigungen von ärztlichen Kunstfehlern würde bei einer Ausweitung der diversionellen Verfahrenserledigung auf Fälle mit (fahrlässiger) Todesfolge insofern bestehen, als im unteren Bereich bis zur schweren Körperverletzung bei fehlendem schweren Verschulden ein materiellrechtlicher Strafausschließungsgrund vorhanden wäre (§ 88 Abs. 2 Z 2 StGB in der hier vorgeschlagenen Fassung). Dadurch käme zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber letztlich die besondere Gefährlichkeit medizinischer Tätigkeit bis zu einem bestimmten Maß an Sorgfaltswidrigkeit und Schuld (kein schweres Verschulden) sowie bis zu einem bestimmten Grad an Erfolgsschwere (keine schwere Körperverletzung im Sinne von § 84 Abs. 1 StGB) durch einen Verzicht auf Strafe anerkennen würde. Für eine größeres Maß an Erfolgsschwere (letztlich sogar bei fahrlässiger Todesfolge) würde „bei geringem Störwert der Tat" sowie fehlender präventiver Erforderlichkeit die Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit (§ 191 StPO) greifen. Erreicht der Fahrlässigkeitsvorwurf ein höheres Maß (zwar keine schwere Schuld, aber doch erhebliche Schuld, die deutlich über einer „geringen Schuld" bzw. einem „geringen Störwert der Tat" liegt), kommt eine Verfahrenseinstellung nur nach Erbringung sanktionsersetzender Begleitmaßnahmen (Diversion im Sinne von §§ 198 ff. StPO) in Betracht. Ein solch abgestuftes Reaktionssystem würde es auf der einen Seite ermöglichen, möglichst zeitnah eine interne Fehleranalyse durchzuführen, was mittelbar der Patientensicherheit dient. Auf der anderen Seite würde durch die ersparte Verurteilung eine Stigmatisierung der Person, welcher der Fehler unterlaufen ist, vermieden, wenngleich

36 Siehe dazu etwa *Meyer-Goßner*, StPO[56] § 153a Rz 8.

eine Verantwortungsübernahme bei erheblichem Fahrlässigkeitsvorwurf wohl stattgefunden haben muss. Durch die Ausrichtung der verfahrensbeendigenden Erledigung dahingehend, dass in derem Zuge auch eine Opferentschädigung zu suchen ist, wird schließlich auch den Patientenrechten weitgehend entsprochen.

5. Zusammenfassung und Ausblick

Sowohl die fahrlässige Körperverletzung als auch die fahrlässige Tötung ist durch besonders gefährliche Verhältnisse im Sinne von § 81 Abs. 1 Z 1 StGB qualifiziert. Dieses unbestimmte Kriterium wird in der Praxis, wenn es sich um ärztliche Behandlungsfehler handelt, oft in dem Sinne extensiv ausgelegt, dass schon aus der gefährlichen Situation allein, welche eine Operation oder auch der Krankenhausalltag mit sich bringt, auf diese Verhältnisse geschlossen wird. Die Expertengruppe zum StGB 2015 schlägt zur besseren Handhabbarkeit dieses Kriteriums die Verknüpfung mit der aus dem Zivilrechtsbereich bekannten „groben Fahrlässigkeit" vor. Dadurch könnte zumindest gewährleistet werden, dass ohne spezifische zusätzliche fahrlässige Verhaltensweisen keine Annahme der Qualifikation des § 81 Abs. 1 Z 1 StGB möglich wäre. Ein Weg in Richtung sachgerechte Anwendung der Fahrlässigkeitshaftung auf den Medizinbereich könnte dadurch eingeschlagen werden.

Mit Streichung des Medizinalpersonenprivilegs durch das Budgetbegleitgesetz 2011 hat der Gesetzgeber auch die im materiellen Strafrecht normierte Anerkennung der mit medizinischen Berufen typischerweise verknüpften Gefährlichkeit beseitigt. Die seit 2008 normierte generelle prozessuale Möglichkeit, Strafverfahren wegen Geringfügigkeit einzustellen (§ 191 StPO), hat einen anderen Blickpunkt und kann daher kein Ersatz für eine Anerkennung der berufsbedingten Gefährlichkeit im materiellen Strafrecht sein. Insofern ist an der Wiedereinführung eines materiellrechtlichen Strafausschließungsgrundes, wie er in § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB vorgesehen war, festzuhalten. In diesem Zusammenhang sollte die Neufassung sämtliche Körperverletzungen und Gesundheitsschädigungen, die unter dem Schweregrad des § 84 Abs. 1 StGB liegen, erfassen. Die fehlende schwere Schuld als Ausschlusskriterium ist zum einen ausreichendes Korrektiv für sachgerechte Entscheidungen, zum andern bleibt auch hinreichender Anwendungsbereich für die prozessuale Einstellungsmöglichkeit wegen Geringfügigkeit

(§ 191 StPO), die bei höherem Erfolgsunwert zum Zug kommt und für Einzelfallgerechtigkeit sorgen kann.

Unter Sachlichkeitsgesichtspunkten ist es letztlich nicht einzusehen, dass das Gesetz eine diversionelle Verfahrenserledigung (§§ 198 ff. StPO) bei Todesfolge – unabhängig von der Schwere des Verschuldens oder der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts – von vornherein ausschließt (vgl. § 198 Abs. 2 Z 3 StPO). Die Verschuldensschwere ist letztlich im Kombination mit der präventiven Erforderlichkeit ein ausreichendes Kriterium, die diversionelle Verfahrenserledigung sachgerecht zu begrenzen, zumal ja durch die Tataufklärung und die Verantwortungsübernahme seitens des Beschuldigten eine in jeder Hinsicht spürbare Reaktion auf die Straftat erfolgt. Gerade für den Bereich medizinischer Behandlungsfehler würden sich damit auch neue Möglichkeiten für eine rasche interne Fehleranalyse eröffnen. Durch die Verpflichtung, im Rahmen diversioneller Verfahrenserledigung Opferinteressen zu befriedigen, wäre eine solche Möglichkeit durchaus auch im Sinne von Patienteninteressen gelegen. Bleibt zu hoffen, dass sich die Reform des StGB im Jahre 2015 nicht nur auf ausgewählte Bereiche des materiellen Strafrechts beschränkt, sondern im Sinne einer weiten Sichtweise auch strafrechtliche Reaktionen miteinbezieht und vor diesem Hintergrund auch die Möglichkeit diversioneller Verfahrenserledigung erweitert.

6. Literaturverzeichnis

Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I (§§ 75 bis 168b StGB). 12. Auflage (2012; abgekürzt: BT I[12]).

Birklbauer, Ist die Befassung von Strafgerichten mit ärztlichen Behandlungsfehlern noch zeitgemäß? Rechtspolitische Betrachtungen, RdM 2009, 251–259.

Birklbauer, Reform der Diversion? Vorgesehene und diskutierte Änderungen, JSt 2004, 109–115.

Birklbauer, Strafrechtliche Privilegien für Ärzte als Wunsch an die StGB-Reform 2015? RdM 2014, 261.

Birklbauer, in: Triffterer/Hinterhofer/Rosbaud (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum StGB (SbgK) § 46 (18. Lfg.; 2008).

Burgstaller, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum StGB. 2. Auflage (WK[2]), §§ 88, 89 (41. Lfg.; Austauschheft 2006).

Burgstaller/Schütz, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum StGB. 2. Auflage (WK[2]), §§ 88, 89 (41. Lfg.; Austauschheft 2012).

Fabrizy, StGB und ausgewählte Nebengesetze. Kurzkommentar. 11. Auflage (2013; abgekürzt: StGB[11]).

Hirtenlehner/Birklbauer, Lokale Gerichtskulturen – Die vernachlässigte Perspektive zur Erklärung regionaler Strafdisparitäten, JRP 2006, 287–298.

Kienapfel/Schroll, Strafrecht Besonderer Teil I. Delikte gegen Personenwerte. 3. Auflage (2012; abgekürzt: BT I[3]).

Meyer-Goßner, Strafprozessordnung. 56. Auflage (2013; abgekürzt: StPO[56]).

Schick, Einleitungsstatement, in: *Landesgruppe Österreich der Internationalen Strafrechtsgesellschaft AIDP (Hrsg.),* Aufklärungspflicht und Arzthaftung bei der Heilbehandlung und anderen medizinischen Eingriffen. Rechtliche Probleme des Berufsalltags der Ärzte. Symposium am 28. September 2007 in Wien (2008) 9 ff.

Schroll, in: Fuchs/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zur StPO (WK-StPO), §§ 191, 192 (77. Lfg.; 2009) und §§ 198–203 (162. Lfg.; 2011).

Schwaighofer, Durch Risikoberuf benachteiligt, Salzburger Nachrichten 7.4.2014.

Dr. Karl Krückl, MA PLL.M (Medical Law)

Rechtsanwalt, Anwaltspartnerschaft Dr. Karl Krückl, Dr. Kurt Lichtl, Dr. Christoph Huber, Mag. Christian Eilmsteiner, Linz

Medizinische Heilbehandlung und Strafrecht – Entwicklungen

1. Einleitung **30**

2. Materielles und formelles Strafrecht im Überblick **30**

3. Qualitätssicherung durch Strafrecht – aktuelle Reformüberlegungen in der Literatur **37**

4. Urteil ohne Verhandlung – das neue Mandatsverfahren **39**

5. StGB 2015 **41**

6. Zum Abschluss: ein umgangenes Thema **43**

7. Zusammenfassung **50**

Der vorliegende Beitrag behandelt Fragen an der nicht immer friktionsfreien Schnittstelle von Strafrecht und Medizin. Nicht nur die Medizin, sondern auch das Strafrecht (wie Recht generell) ist dynamisch und unterliegt einem ständigen Veränderungsprozess durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft.

1. Einleitung

Ärzte und facheinschlägig tätige Juristen müssen sich, erstere hoffentlich selten, mit strafrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzen. Doch auch die Rechtspolitik ist aktuell, da auch für das Medizinrecht/Medizinstrafrecht gilt: Das einzig Gleichbleibende ist der Wandel. Jede Rechtsnorm bedarf der ständigen Überprüfung auf ihre noch gegebene Zweckmäßigkeit. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden ein kurzer Abriss über einschlägige strafrechtliche und strafprozessuale Vorschriften und über aktuelle Entwicklungen gegeben werden.

2. Materielles und formelles Strafrecht im Überblick

Eine klassische Unterscheidung teilt Recht in materielles und formelles Recht. Heruntergebrochen auf das Strafrecht fasst man unter dem Begriff des materiellen Strafrechts die allgemeinen Merkmale verbotenen Verhaltens (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld, Straflosigkeitsgründe), die einzelnen Tatbestände (etwa: fahrlässige Körperverletzung) und die Sanktionen (Strafen, vorbeugende Maßnahmen, Rechtsfolgen) zusammen; das formelle Strafrecht regelt die Rechtsdurchsetzung, sohin vorrangig den Strafprozess.[37]

Fahrlässige Tötung (§ 80 StGB), fahrlässige Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen (§ 81 StGB) und fahrlässige Körperverletzung (§ 88 StGB[38]) sind klassische Anklagevorwürfe, denen sich Ärzte in Strafverfahren ausgesetzt sehen können.[39] Die Qualifikation des § 81 Abs. 1 Z 1 StGB, die besonders gefährlichen

37 Vgl. Markel, WK-StPO § 1 RN 1.

38 Fahrlässige (leichte) Körperverletzung, § 88 Abs. 1 StGB; fahrlässige (leichte) Körperverletzung, begangen unter besonders gefährlichen Verhältnissen, § 88 Abs. 3 StGB; fahrlässige schwere Körperverletzung, § 88 Abs. 4 1. Fall StGB; fahrlässige schwere Körperverletzung, begangen unter besonders gefährlichen Verhältnissen, § 88 Abs. 4 2. Fall StGB.

39 Vgl. *Burgstaller* in WK § 80 RN 52 ff.; allgemeiner Überblick dazu und weitere potentiell relevante Delikte bei *Krückl*, Spitalsarzt unter Verdacht – ein Beitrag zur effektiven Selbst- und Fremdverteidigung, in: *Krückl* (Hrsg.), Vielschichtiges Medizinrecht, 140 ff. (etwa: Urkunden- und Beweismitteldelikte in Zusammenhang mit der Dokumentation, unrichtige Krankheits- und Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, Vermögensdelikte ...).

Verhältnisse, erfordert in objektiver und subjektiver Hinsicht die außergewöhnlich hohe Wahrscheinlichkeit des Todes des Patienten, deutlich höher als beim Grundtatbestand.[40] Kriterium ist nicht die an sich immer gegebene besondere Gefahrengeneigtheit der diesbezüglichen ärztlichen Tätigkeit, da ansonsten ärztliches Fehlverhalten immer vor dem Hintergrund der Qualifikation zu prüfen wäre, sondern der Grad des Abweichens der ärztlichen Handlung von der „normalen" Sorgfaltswidrigkeit, etwa durch einen besonders gefahrenträchtigen Einzelumstand oder durch eine Vielzahl mehrerer, an sich nicht besonders gefährlicher Umstände (Mosaiktheorie).[41] Zu denken ist etwa auch an eine Kombination aus (geringfügiger) Alkoholisierung, Übermüdung und gesundheitlicher Beeinträchtigung eines Operateurs. Im Rechtsinformationssystem des Bundes findet sich lediglich eine Entscheidung zu den Voraussetzungen des § 81 Abs. 1 Z 1 StGB[42]. *Burgstaller*[43] erwähnt bei der Erörterung von Fallgruppen, allerdings in Zusammenhang mit § 81 Abs. 1 Z 2 StGB, außerhalb des Straßenverkehrs Ärzte oder medizinnahe Berufsgruppen nicht einmal.[44]

Gelegentlich nimmt die Staatsanwaltschaft die Qualifikationen der besonders gefährlichen Verhältnisse (§ 81 Abs. 1 Z 1 StGB) im Zusammenhang mit dem Verdacht der fahrlässigen Tötung oder der fahrlässigen schweren Körperverletzung bei möglichem Vorliegen besonders gefährlicher Verhältnisse an (§ 88 Abs. 4 2. Fall StGB), um die Anklage vor dem Einzelrichter des Landesgerichtes anstelle eines Bezirksgerichtes zu verhandeln.[45] Die (möglicherweise) dahinterstehende Motivation ist, einem bestimmten Richter des Bezirksgerichtes (als erste Instanz) „auszuweichen" und/oder im Falle einer Berufung die Sache ein Oberlandesgericht[46] entscheiden zu lassen. Da ein Strafantrag, der beim Einzelrichter eingebracht wird, nicht wie eine Anklageschrift vor dem Schöffen- oder Geschworenengericht wegen Anrufung eines für die angeklagte Straftat sachlich nicht zuständigen Gerichts (§ 212 Z 5 StPO) mittels Einspruch bekämpft werden kann, ist man in diesem Fall auf ein nicht erzwingbares, eben amtswegiges Vorgehen

40 *Burgstaller* in WK § 81 RN 10 mN.

41 Siehe die Nachweise bei *Krückl*, Spitalsarzt unter Verdacht – ein Beitrag zur effektiven Selbst- und Fremdverteidigung in: *Krückl* (Hrsg.), Vielschichtiges Medizinrecht, 140 FN 8 und jüngst OLG Graz 10 Bs 99/13d.

42 OLG Graz 10 Bs 99/13d; vgl. die wenigen in der KRSlg veröffentlichten Entscheidungen OLG Wien 2 Bs 468/92 KRSlg 827; OLG Graz 11 Bs 269/03 KRSlg 831; OLG Linz 9 Bs 226/02 KRSlg 835.

43 *Burgstaller* in WK § 81 RN 71.

44 Die KRSlg kann über den Zeitraum von 30 Jahren 37 Entscheidungen wiedergeben (KRSlg 801 bis KRSlg 838), *Krückl*, Spitalsarzt unter Verdacht – ein Beitrag zur effektiven Selbst- und Fremdverteidigung in: *Krückl* (Hrsg.), Vielschichtiges Medizinrecht, 141 FN 11.

45 *Krückl*, Spitalsarzt unter Verdacht – ein Beitrag zur effektiven Selbst- und Fremdverteidigung in: *Krückl* (Hrsg), Vielschichtiges Medizinrecht, 141.

46 Anstelle eines Landesgerichtes, §§ 31 Abs. 6, 33 Abs. 1 StPO.

des Einzelrichters des Landesgerichtes angewiesen (§ 485 Abs. 1 Z 1 iVm § 450 StPO).[47] [48]

Die Strafdrohung reicht von Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder Geldstrafe bis 180 Tagessätzen bei (einfacher) fahrlässiger Körperverletzung bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bei durch das Vorliegen besonders gefährlicher Verhältnisse qualifizierter fahrlässiger Tötung.

Der Vollzug von Freiheitsstrafen von nicht mehr als zwei Jahren Dauer kann unter Setzung einer Probezeit zwischen einem Jahr und drei Jahren bedingt nachgesehen werden (§ 43 StGB), der Vollzug einer Geldstrafe zur höchstens der Hälfte (§ 43a Abs. 1 StGB). Eine unbedingte Geldstrafe kann mit einer bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe kombiniert werden (§ 43a Abs. 2 StGB), eine dreijährige Freiheitsstrafe kann zu zwei Drittel bedingt nachgesehen werden (§ 43a Abs. 4 StGB).

Allen diesen Strafen ist gemein, dass sie in das Strafregister aufgenommen werden (§ 2 Z 1 Strafregistergesetz). Sie unterliegen zwar der Tilgung nach dem Tilgungsgesetz (§ 3 Tilgungsgesetz) und der ab Eintragung beschränkten Auskunft (nämlich nur an Gerichte und bestimmte Behörden), wenn die verhängte Freiheitsstrafe drei Monate (§ 6 Abs. 2 Z 1 leg cit) bzw. die Geldstrafe 180 Tagessätze (§ 6 Abs. 2 leg cit) nicht übersteigt.[49]

Neben den Strafen sind die möglichen außerstrafrechtlichen Folgen[50] einer Verurteilung im Auge zu behalten. Dazu zählen nicht nur Auswirkungen auf Lenkerberechtigung und Jagdschein. Hat ein Arzt mit einer §-2-Kasse einen Einzelvertrag, so erlischt das Vertragsverhältnis mit dem Träger der Krankenversicherung ohne Kündigung im hier nicht relevanten Bereich einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer oder mehrerer mit Vorsatztaten zu einer mehr als einjährigen Freiheitsstrafe (§ 343 Abs. 2 Z 4 lit a ASVG), wegen einer mit Bereicherungsvorsatz begangenen gerichtlich strafbaren Handlung (§ 343 Abs. 2 Z 4 lit b ASVG) oder, hier relevant, wegen einer im Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufes wegen groben Verschuldens erfolgten rechtskräftigen Verurteilung

47 *Birklbauer/Mayerhofer*, WK-StPO Vor §§ 210–215 RN 28.

48 Vgl. mutatis mutandis *Birklbauer*, Ist die Befassung von Strafgerichten mit ärztlichen Behandlungsfehlern noch zeitgemäß? Rechtspolitische Betrachtungen, RdM 2009, 251 ff., 255: „..und um zu betonen, dass z.B. besonders angesehene und einflussreiche Mitglieder unserer Gesellschaft diesbezüglich nicht privilegiert sind, werden mitunter auch bei ärztlichen Behandlungsfehlern überdurchschnittlich strenge Sanktionen verhängt".

49 Zwei Tagessätze entsprechen einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe, § 19 Abs. 3 StGB.

50 Siehe dazu *Birklbauer/Jesionek/Rauch*, Nebenfolgen einer gerichtlichen Verurteilung. Rechtslage zum 1. Oktober 2011, RZ 2012, 4 ff.

(§ 343 Abs. 2 Z 5 ASVG).[51] Grobes Verschulden liegt vor, wenn dem Arzt außergewöhnliche Fahrlässigkeit[52] vorgeworfen wurde. § 81 Abs. 1 Z 1 StGB kann dies indizieren, da die besonders gefährlichen Umstände auch ein Schuldelement enthalten.[53]

Eine Abhilfe bietet die diversionelle Erledigung eines Strafverfahrens. Der Begriff der Diversion ist kriminologisch/strafrechtsdogmatisch kein einheitlicher.[54] Diversionelle Erledigung beinhaltet aber zwingend den Entfall einer förmlicher Verurteilung wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung, genauer das Unterbleiben der urteilsmäßigen Erledigung eines Strafverfahrens durch dessen Einstellung.[55] Im Rahmen dieser Arbeit bedeutet Diversion Rücktritt von der (Straf-)Verfolgung im Sinne des 11. Hauptstücks der StPO.[56]

Diversionsvoraussetzung ist, dass die Tat nicht den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat (§ 198 Abs. 2 Z 3 StPO). Damit scheiden im Bereich des Medizinstrafrechts Fälle der fahrlässigen Tötung (§ 80 StGB) und der fahrlässigen Tötung unter

51 *Krückl*, Spitalsarzt unter Verdacht – ein Beitrag zur effektiven Selbst- und Fremdverteidigung in: *Krückl* (Hrsg.), Vielschichtiges Medizinrecht, 166 f. mN. Nur am Rande: Für eine Vertragsgruppenpraxis besteht dann akuter Handlungsbedarf: Sie kann das Erlöschen des Einzelvertrages nur verhindern, wenn sie innerhalb von vier Wochen ab Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung den betroffenen persönlich haftenden Gesellschafter aus der Vertrags-Gruppenpraxis ausschließt (§ 343 Abs. 2 ASVG); gesellschaftsrechtlich muss hier vorgesorgt werden, *Krückl*, Spitalsarzt unter Verdacht – ein Beitrag zur effektiven Selbst- und Fremdverteidigung in: *Krückl* (Hrsg), Vielschichtiges Medizinrecht, 166 FN 175).

52 An das Vorliegen des groben Verschuldens werden strenge Anforderungen gestellt. Eine Fehlbehandlung in einer Ausnahmesituation rechtfertigt die Annahme groben Verschuldens trotz des damit verbundenen Todes des Patienten nicht, Landesberufungskommission für das Land Tirol 4674/33/95 vom 8.11.94, zit. nach *Poperl*, Sozialversicherungshandbuch II, Zu §§ 342 ff RN 6.

53 *Burgstaller* in WK § 81 RN 25.

54 Vgl. *Burgstaller*, Über die Bedeutung der neuen Diversionsregelungen für das österreichische Strafrecht, in *Miklau/Schroll*, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten. Analysen zur Strafprozessnovelle 1999, 12.

55 Diversionelle Erledigung ist aber auch kein Freispruch, sondern eine Verfahrenserledigung sui generis.

56 Die „Strafprozessnovelle 1999", BGBl I Nr. 55/1999 (grundlegend dazu Miklau/Schroll, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten. Analysen zur Strafprozessnovelle 1999), im Wesentlichen in Kraft getreten mit 1.1.2000, leitete die bereits aus dem Jugendstrafrecht („Jugendgerichtsgesetz 1988 – JGG", BGBl Nr. 599/1988, siehe zur Entwicklung in Österreich vgl. etwa Schroll/Eisenriegler/Achleitner, Das Linzer Konfliktregelungsmodell, RZ 1986, 98 ff.; Miklau/Schroll, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten. Analysen zur Strafprozessnovelle 1999) seit 1.1.1989 ausdrücklich gesetzlich vorgesehene Diversion in das Erwachsenenstrafrecht über. Im Zuge der mit 1.1.2008 in Kraft getretenen Strafprozessreform („Strafprozessreformgesetz", BGBl I Nr. 19/2004) erfuhr sie eine legistische Überholung.

besonders gefährlichen Verhältnissen (§ 81 StGB, insb. Z 1) als diversionsfähige Delikte aus.[57] [58]

Die unterste Ebene einer diversionellen Erledigung eines Strafverfahrens bildet seine Einstellung wegen Geringfügigkeit. Einstellungsvoraussetzungen sind eine Strafdrohung von nicht mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe (und/oder Geldstrafe) und ein geringer Störwert der Tat. Eine Bestrafung oder eine interventionelle Diversion im Sinne des 11. Hauptstücks der StPO dürfen weder spezialpräventiv (i.e. täterbezogen) noch generalpräventiv (i.e. bezogen auf die Allgemeinheit) geboten sein.

Der geringe Störwert seinerseits wird durch die geringe Schuld, das Nachtatverhalten des Beschuldigten sowie sonstige Strafzumessungstatsachen im Sinne des § 32 StGB determiniert. Die geringe Schuld ihrerseits zergliedert sich in das durch den Beschuldigten verursachte deliktstypische Handlungsunrecht und die täterspezifische Schuld.[59] Der Oberste Gerichtshof hat grundlegend erkannt, dass bei Delikten mit geringeren Strafobergrenzen der Gesetzgeber damit an sich schon einen geringeren sozialen Störwert des Verhaltens zum Ausdruck bringt.[60] Die Schwelle für die Beurteilung der Schwere eines Verschuldens sei abhängig von der Höhe der Strafdrohung. Es käme beim Vergehen der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs. 1 StGB eine diversionelle Erledigung aufgrund Erreichens des in Rede stehenden Schuldgrades[61] überhaupt nur in besonderen Ausnahmefällen nicht in Betracht. *Schroll*[62] leitet für fahrlässige Körperverletzungen im Straßenverkehr aus dem Bestehen von privaten Haftpflichtversicherungen und dem aktuellen Ausbaugrad des österreichischen Sozialsystems, die Verletzungsfolgen umfassend abfedern, einen geringen sozialen Störwert ab. Dies muss angesichts der versicherungsrechtlich analogen Situation im Bereich der ärztlichen Heilbehandlung für dort begangene Fahrlässigkeitsdelikte ebenso gelten, da sowohl im niedergelassenen als auch im intramuralen Bereich das Risiko einer

57 Der Gesetzgeber schließt beim Tod eines Menschen als Tatfolge eine diversionelle Erledigung nicht gänzlich aus: Hat eine Jugendstraftat den Tod eines Angehörigen zur Folge, muss bei Vorliegen der übrigen Diversionsvoraussetzungen der Staatsanwalt von der Verfolgung zurücktreten, wenn eine Bestrafung im Hinblick auf die durch den Tod des Angehörigen beim Beschuldigten verursachte schwere psychische Belastung nicht als geboten erscheint (§ 7 (2) Z 2 JGG).

58 Der Tod eines krebskranken Patienten, der durch einen nicht schwerwiegenden Kunstfehler zusätzlich zu seinem Leidenszustand eine nicht lebensverkürzende Gesundheitsschädigung erlitten hat, hindert eine diversionelle Erledigung nicht, *Schroll*, WK-StPO § 198 RN 44.

59 *Schroll*, WK-StPO § 191 RN 37.

60 OGH 30.05.2007 15 Os 42/07a JBl 2008, 129 mit zust. Anm. *Burgstaller*; die Entscheidung erging zu § 90a Abs. 2 Z 2 StPO (außer Kraft 31.12.2007); vgl. zum Ganzen *Schroll*, WK-StPO § 191 RN 43.

61 § 90a StPO aF nicht schwere Schuld, analog § 198 Abs. 2 Z 2 StPO.

62 *Schroll*, WK-StPO § 191 RN 43 mN.

zivilrechtlichen Inanspruchnahme durch Patienten mit einer Haftpflichtversicherung abzusichern ist (§ 52d ÄrzteG, § 5c KaKUG[63]). Das Vorliegen der geringen täterspezifischen Schuld ist unter Anwendung der Kriterien des § 32 StGB im Sinne einer bloß geringen Abweichung vom Maßstab des rechtstreuen Arztes einzelfallbezogen zu bestimmen.[64] An die Schadensgutmachung – gefordert wird ex lege keine vollständige – sind keine hohen Forderungen zu stellen: Es genügt die Meldung an die Haftpflichtversicherung[65] bzw. die Einlassung auf ein Verfahren vor der Schiedsstelle für Behandlungszwischenfälle.[66] Auch auf ein allfälliges Disziplinarverfahren gemäß §§ 140 ff ÄrzteG ist als störwertmindernd Bedacht zu nehmen.[67] [68]

Liegen die Voraussetzungen für eine Einstellung wegen Geringfügigkeit nicht vor, muss (sozusagen auf der nächsthöheren Stufe) die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung einer Straftat zurücktreten, wenn die Straftat in die Zuständigkeit des Bezirksgerichts oder des Einzelrichters des Landesgerichts fällt (§ 198 Abs. 2 Z 2 StPO). Damit sind, von Ausnahmen abgesehen (§ 31 Abs. 2 Z 2 StPO[69]), alle Straftatbestände erfasst, die mit einer fünf Jahre nicht übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht sind (§ 31 Abs. 3 Z 1 i.V.m. Abs. 4 StPO).

Die Schuld des Beschuldigten darf nicht als schwer im Sinne des § 32 StGB anzusehen sein (§ 198 Abs. 2 Z 2 StPO). Dabei gilt das zur Einstellung wegen Geringfügigkeit Ausgeführte analog: Das Nachtatverhalten des Beschuldigten sowie sonstige Strafzumessungstatsachen im Sinne des § 32 StGB sind ebenso zu berücksichtigen wie general- und spezialpräventive Aspekte. Die nicht schwere Schuld ihrerseits zergliedert sich in das durch den Beschuldigten verursachte deliktstypische Handlungs- und Erfolgsunrecht und die täterspezifische Schuld.[70]

63 Ausgenommen sind Krankenanstalten in unmittelbarer oder mittelbarer Trägerschaft durch eine juristische Person öffentlichen Rechts, § 5c leg cit.

64 Vgl. *Krückl*, Spitalsarzt unter Verdacht – ein Beitrag zur effektiven Selbst- und Fremdverteidigung in: *Krückl* (Hrsg.), Vielschichtiges Medizinrecht, 170, 172.

65 Vgl. *Schroll*, WK-StPO § 191 RN 53.

66 Rechtsgrundlage für ihre Errichtung ist § 58a ÄrzteG; die Schiedsstellen sind bundesländerweise unterschiedlich organisiert; zu Oberösterreich vgl. www.aekooe.or.at/cms/index.php?id=1051 [20.10.2014].

67 Vgl. *Schroll*, WK-StPO § 191 RN 67.

68 Detaillierter *Krückl*, Spitalsarzt unter Verdacht – ein Beitrag zur effektiven Selbst- und Fremdverteidigung in: *Krückl* (Hrsg.), Vielschichtiges Medizinrecht, 169 f mN.

69 Verbrechen der Tötung auf Verlangen (§ 77 StGB), der Mitwirkung am Selbstmord (§ 78 StGB) und der Tötung eines Kindes bei der Geburt (§ 79 StGB).

70 Vgl. *Schroll*, WK-StPO § 198 RN 9 ff.

Die diversionelle Erledigung eines Strafverfahrens setzt im Ergebnis das „freiwillige“[71] Einverständnis des Beschuldigten voraus (§§ 200 Abs. 5, 201 Abs. 1, 203 Abs. 2, 204 Abs. 4, 205 Abs. 2 StPO), nicht aber ein „Geständnis“. Es reicht die „Übernahme von Verantwortung“,[72] wobei das Einverständnis des Beschuldigten zur diversionellen Erledigung die Bereitschaft zur Übernahme von Verantwortung indiziert.[73] Ergibt sich die Notwendigkeit zur Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Untermauerung des Schuldvorwurfes, muss die Verantwortungsübernahme erst nach Vorliegen des Gutachtens gegeben sein.[74]

Zusätzlich erforderlich sind alternativ, je nach Vorschlag der Staatsanwaltschaft[75], die Zahlung eines Geldbetrages (§ 200 StPO), die Erbringung gemeinnütziger Leistungen (§ 201 StPO), der Ablauf einer gesetzten Probezeit, allenfalls in Verbindung mit Bewährungshilfe und der Erfüllung spezieller Pflichten (§ 203 StPO) oder der erfolgreiche außergerichtliche Tatausgleich (§ 204 StPO). In praxi wird die Zahlung einer einkommensabhängigen Geldbuße vorgeschlagen, die der Höhe nach nicht mehr als eine Geldstrafe von 180 Tagessätzen ausmachen darf.

Diversionelle Erledigungen eines Strafverfahrens scheinen nicht im Strafregister auf, der Verdächtige bleibt unbescholten.

71 Kritik zu dieser Scheinfreiwilligkeit schon bei *Krückl*, Anmerkungen zum Entwurf eines Jugendgerichtsgesetzes 1983, ÖJZ 1984, 225; die Drucksituation im Ergebnis nicht leugnend *Schroll*, WK-StPO § 198 RN 9.

72 Vgl. *Schroll*, WK-StPO § 198 RN 4 und RN 36.

73 *Schroll*, WK-StPO § 198 RN 36 mN.

74 *Schroll*, WK-StPO § 198 RN 36.

75 Oder im Stadium der Hauptverhandlung Beschlüsse des Bezirks- oder Landesgerichtes, § 209 Abs. 2 StPO.

3. Qualitätssicherung durch Strafrecht – aktuelle Reformüberlegungen in der Literatur

Ein möglicher Behandlungsfehler kann zwei Reaktionen auslösen. Die Strafverfolgungsbehörden untersuchen, ob ein ärztliches Verhalten objektiv sorgfaltswidrig, subjektiv zurechenbar, rechtswidrig und schuldhaft Leib und Leben bzw. die Gesundheit eines Patienten beeinträchtigt hat. Dabei wird naturgegeben eine retrospektive Betrachtungsweise angewendet. Andererseits muss eine lernende Organisation aus Fehlern Schlussfolgerungen für die Zukunft ziehen.[76] *Birklbauer*[77] verweist auf potentielle Konflikte zwischen Strafprozess und gewünschten Lernprozessen (Analysen, strukturellen Änderungen in der Einrichtungen, Änderungen von Abläufen etc.). Aus dem Recht des Beschuldigten, sich zu verteidigen und damit eine Verurteilung zu vermeiden, resultiere ein „defensiv(er) Umgang mit Fehlern", der „für längere Zeit ein(en) Lerneffekt innerhalb der Organisation verhinder(n)" könne.

Eine Möglichkeit, diese Zielkonflikte aufzulösen, liegt nach *Birklbauer*[78] in einer Ausweitung der Anwendbarkeit diversionellen Vorgehens einschließlich der Zulässigkeit einer diversionellen Erledigung bei fahrlässigen Tötungsdelikten. Die organisationsinterne Aufarbeitung könne zu einem geringeren Schuldvorwurf führen, womit das Diversionshindernis der schweren Schuld (§ 198 Abs. 2 Z 2 StPO) entfiele. *Birklbauers* Ableitung ist stringent, weist aber aus der Sicht der Strafverteidigung einen fundamentalen Konstruktionsfehler auf. Sie erfordert als Vorleistung ein konstruktives Mitwirken des Beschuldigten und wohl Offenlegungen („Geständnisse"), ohne dass der Beschuldigte sicher sein kann, dass das Strafverfahren am Ende diversionell erledigt wird. Mancher Strafverteidiger wird dann wohl aus Vorsichtsgründen dem Beschuldigten zu einem defensiven Vorgehen raten, das dann der „lernenden Organisation" das Lernen erschwert. Es liegt im Ergebnis derselbe Konstruktionsfehler vor, mit dem die (österreichische)

76 Diese Verpflichtung ist durch das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG, BGBl I Nr. 151/2005 abgesichert.

77 *Birklbauer*, Ist die Befassung von Strafgerichten mit ärztlichen Behandlungsfehlern noch zeitgemäß? Rechtspolitische Betrachtungen, RdM 2009, 251 ff., 252.

78 *Birklbauer*, Ist die Befassung von Strafgerichten mit ärztlichen Behandlungsfehlern noch zeitgemäß? Rechtspolitische Betrachtungen, RdM 2009, 251 ff., 255 ff.

Kronzeugenregelung (§ 209a StPO[79]) behaftet ist: Ein Verfolgungsrücktritt nach Zusammenarbeit des Kronzeugen mit der Staatsanwaltschaft ist durch den Kronzeugen nicht erzwingbar.[80]

Birklbauer[81] dachte daher auch eine Erweiterung des „Medizinalpersonenprivilegs" des § 88 Abs. 2 Z 2 StGB i.d.F. BGBl 60/1974 an. Nach dem „Medizinalpersonenprivileg" war eine fahrlässige Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung nicht strafbar, wenn die Tat keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit von mehr als vierzehntägiger Dauer nach sich zog und von einem Arzt in Ausübung der Heilkunde zugefügt wurde.[82] [83] Der Tatbestand der (nicht qualifizierten[84]) fahrlässigen Körperverletzung wurde durch den Strafausschließungsgrund[85] des § 88 Abs. 2 Z 2 StGB[86] entschärft. Begingen generell Angehörige eines gesetzlich geregelten Gesundheitsberufes eine Tathandlung, die eine Körperverletzung oder eine Gesundheitsschädigung zur Folge haben, resultiert daraus aber keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit von mehr als vierzehntägiger Dauer, so blieben sie straflos (§ 88 Abs. 2 Z 3 StGB a.F.); Zusatzvoraussetzung war das Fehlen eines schweren Verschuldens.

Mit 1.1.2011 entfiel dieser Strafausschließungsgrund (Art. 40 Z 8 i.V.m. Art. 41 Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl 111/2010) und wurde mit § 88 Abs. 2 Z 3 StGB i.d.g.F. ein Straflosigkeitsgrund geschaffen, der dann greift, wenn neben dem fehlenden schweren Verschulden ganz allgemein aus der Tat (scl der fahrlässigen

79 Geschaffen mit dem „Strafrechtlichen Kompetenzpaket – sKp", BGBl I Nr. 108/2010. Die Bestimmung tritt mit Ablauf des 31.12.2016 wieder außer Kraft, § 514 Abs. 12 StPO. Siehe auch jüngst die mediale Äußerung von Kert, derstandard.at/2000006693806/Experten-fordern-Reform-der-Kronzeugen-Regelung [1.11.2014].

80 *Schroll*, WK-StPO § 209a RN 3 („**Opportunitätsinstrument** [Hervorhebung im Original] der öffentlichen Anklägerin").

81 *Birklbauer*, Ist die Befassung von Strafgerichten mit ärztlichen Behandlungsfehlern noch zeitgemäß? Rechtspolitische Betrachtungen, RdM 2009, 251 ff., 252 ff.

82 § 88 Abs. 2 Z 3 StGB in der Stammfassung enthielt den korrespondierenden Straflosigkeitsgrund für Täter „im Krankenpflegefachdienst, in medizinisch-technischen Diensten oder im Sanitätshilfsdienst".

83 Nachweise zur Geschichte dieser Bestimmungen bei *Birklbauer*, Ist die Befassung von Strafgerichten mit ärztlichen Behandlungsfehlern noch zeitgemäß? Rechtspolitische Betrachtungen, RdM 2009, 251 ff., 253 FN 7 und *Burgstaller/Schütz* in WK § 88 RN 35 ff.

84 § 88 Abs. 3 und Abs. 4 StGB.

85 Die dogmatische Natur war strittig, vgl. *Burgstaller* in WK § 88 RN 43 ff. und *Burgstaller/Schütz* in WK § 88 RN 43 ff.

86 § 88 Abs. 2 Z 2 StGB wurde durch das „Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz und die Konkursordnung zur Bekämpfung des Sozialbetrugs geändert werden (Sozialbetrugsgesetz-SozBeG)", BGBl I Nr. 152/2004 im Sinne einer dynamischen Verweisung („Angehöriger eines gesetzlich geregelten Gesundheitsberufes") neu gefasst, vgl. EB 698 Beil NR XXII. GP, 7.

Körperverletzung) „keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit einer anderen Person von mehr als vierzehntägiger Dauer erfolgt".

Birklbauers[87] Vorschläge jenseits des „alten Medizinalpersonenprivilegs" halten die Straflosigkeit aller fahrlässigen Körperverletzungen, sohin auch der schweren, für sachlich gerechtfertigt. Voraussetzung sei nach *Birklbauer* die Begehung der fahrlässigen Körperverletzung im Zuge einer Heilbehandlung und das Fehlen eines schweren Verschuldens. Eine solche Regelung de lege ferenda fördere „die systemimmanente Fehleranalyse und -aufarbeitung … in dem Sinne, dass die Bereitschaft, allfällige Fehler konsequent zu suchen und zu beheben, steige, wenn keine Strafbarkeit drohe". Für gesetzgeberische Aktivitäten in diese Richtung gibt es derzeit keine Anzeichen, obwohl gerade bei fahrlässig begangenen Handlungen die Verhinderung künftigen unerwünschten Verhaltens Vorrang vor einer (strafrechtlichen) Sanktionierung bereits Geschehenens genießen sollte.

4. Urteil ohne Verhandlung – das neue Mandatsverfahren

Mit 1.1.2015 kommt es zur Wiederkehr des strafrechtlichen Mandatsverfahrens.[88] Gemäß § 491 StPO kann damit das Gericht im Verfahren vor dem Bezirksgericht und vor dem Landesgericht als Einzelrichter auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Strafe durch schriftliche Strafverfügung ohne vorausgehende Hauptverhandlung festsetzen.[89] Mit einer Strafverfügung darf grundsätzlich nur eine Geldstrafe verhängt werden. Ist der Angeklagte durch einen Verteidiger vertreten, kann vom Mandatsverfahren Gebrauch gemacht werden, wenn die Strafe nicht mehr als ein Jahr Freiheitsstrafe, zur Gänze gemäß § 43 Abs. 1 StGB bedingt nachgesehen, beträgt (§ 491 Abs. 2 StPO).

Der Einzugsbereich des kommenden Mandatsverfahrens deckt den Großteil möglicher Strafverfahren gegen Ärzte wegen fahrlässiger, auch schwerer Körperver-

87 *Birklbauer*, Ist die Befassung von Strafgerichten mit ärztlichen Behandlungsfehlern noch zeitgemäß? Rechtspolitische Betrachtungen, RdM 2009, 251 ff., 254.

88 Strafprozessänderungsgesetz 2014, BGBl I Nr. 71/2014; vgl. *Krückl*, Zur Wiederkehr des strafrechtlichen Mandatsverfahrens. AnwBl 2014, 517 ff.

89 Zu den sonstigen Voraussetzungen siehe § 491 Abs. 1 Z 1 bis 3 und Abs. 2 StPO; vgl. 181 Beil NR XXV. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00181/fname_353785.pdf [20.10.2014], 18 f.

letzungen und wohl auch mancher fahrlässiger Tötungen im Zuge von Heilbehandlungen ab.

Die möglichen Vorteile einer verurteilenden Verfahrenserledigung ohne eine der Öffentlichkeit zugängliche mündliche Hauptverhandlung liegen auf der Hand, aber ebenso ihre Nachteile. Neben den ersparten Kosten bildet der Entfall einer durch die mögliche Medienberichterstattung sehr stigmatisierenden Hauptverhandlung den großen Vorteil des Mandatsverfahrens.[90] Dies wurde bereits durch Mayer[91] hinsichtlich der 1873 in Kraft (und mit 31.12.1999 außer Kraft[92]) getretenen Vorläuferbestimmung zu § 491 StPO so gesehen. Und auch die Nachteile wurden schon zum „Mandatsverfahren alte Fassung" umfassend beschrieben: Es kollidiert mit den tragenden strafprozessualen Grundsätzen der Unmittelbarkeit, Mündlichkeit und Öffentlichkeit.[93]

Problematisch ist die dem Opfer eingeräumte Möglichkeit, gegen eine Strafverfügung Einspruch zu erheben (§ 491 Abs. 6 StPO). Ist dieser fristgerecht erfolgt, muss das Gericht eine Hauptverhandlung anberaumen (§ 491 Abs. 8 StPO). Im Ministerialentwurf war m.E. zu Recht noch keine Einspruchsmöglichkeit für das Opfer vorgesehen.[94] Die Einräumung einer Einspruchsmöglichkeit für das Opfer wird mit der „Berücksichtigung von Opferinteressen" begründet.[95] Eine Hauptverhandlung ist nach den Erläuternden Bemerkungen „... jedenfalls dann ... durchzuführen ..., wenn es zielführend erscheint, dem Angeklagten auch mit aller Förmlichkeit, ... , seine Tat vor Augen zu führen. Hier ist nochmals darauf zu verweisen, dass die Rechte und Interessen des Opfers keinen Schaden nehmen dürfen; dieser Anspruch kann effektiv im Wege des Einspruchs auch durchgesetzt werden."[96] Mit der Einspruchsmöglichkeit ist dem Opfer aber auch ein Instrument in

90 *Krückl,* Zur Wiederkehr des strafrechtlichen Mandatsverfahrens. AnwBl 2014, 517 ff., 521; siehe auch ders, Zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Justiz „Reform des strafprozessualen Vorverfahrens": Bedenken gegen das Gesamtkonzept aus anwaltlicher Sicht. AnwBl 2000, 66 ff., 68.

91 *Mayer*, Commentar zu der Oesterreichischen Strafprozeß-Ordnung [sic] vom 23. Mai 1873. Dritter Theil [sic], 658; Erläuterungen 18: „Vermeidung des öffentlichen Auftritts für den Angeklagten im Rahmen der Hauptverhandlung".

92 Strafprozeßnovelle [sic] 1999, BGBl I Nr. 55/1999 (Art. I Z 15); vgl. Krückl, Zur Wiederkehr des strafrechtlichen Mandatsverfahrens. AnwBl 2014, 517 ff., 520.

93 Nachweise bei *Krückl*, Zur Wiederkehr des strafrechtlichen Mandatsverfahrens. AnwBl 2014, 517 ff., 520 FN 37.

94 § 491 Abs. 5 i.d.F. ME, www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c94848545a7d4500145d5ee1e9e0685.de.html [1.11.2014].

95 EB RV 181 Beil NR. XXV. GP, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00181/index.shtml [1.11.2014], 18 f.

96 EB RV 181 Beil NR. XXV. GP, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00181/index.shtml [1.11.2014], 19.

die Hand gegeben, auf unsachliche Weise, mit der Drohung des medialen Prangers, vermeintlich berechtigte zivilrechtliche Ansprüche durchzusetzen.

5. StGB 2015

38 Jahre nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs 1975 setzte die damalige Bundesministerin für Justiz Univ.-Prof Dr. Beatrix *Karl* eine Arbeitsgruppe mit der Aufgabenstellung ein, „einen Bericht darüber zu verfassen, welche Änderungen im StGB für erforderlich erachtet werden, um die seit dem Inkrafttreten des StGB 1975 eingetretenen Veränderungen der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, insbesondere der Werte und Haltungen, aber auch des technischen Fortschrittes im gerichtlichen Strafrecht so abzubilden, dass es auf gesellschaftliche Akzeptanz und Verständnis stößt und auf diese Weise in vollem Umfang die erforderliche Präventionswirkung entfalten kann".[97]

Aus medizinstrafrechtlicher Sicht betrachtenswert ist der Vorschlag der Arbeitsgruppe, den bisher strafrechtlich einheitlichen Begriff der Fahrlässigkeit auszudifferenzieren in die (unausgesprochen) leichte Fahrlässigkeit und die „grobe Fahrlässigkeit"[98] (§ 6 Abs. 3 StGB i.d.F. der Empfehlung der Arbeitsgruppe). Grob fahrlässig handelt demnach, „wer ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt, sodass der Eintritt eines dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhaltes als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war". Damit knüpft man bewusst an den zivilrechtlichen Begriff der groben Fahrlässigkeit an.[99]

Konsequenterweise sollen die „fahrlässige Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen" (§ 81 Abs. 1 Z 1 StGB) durch eine „grob fahrlässige Tötung" (§ 81 Abs. 1 StGB i.d.F. der Empfehlung der Arbeitsgruppe) ersetzt werden und die bisherige fahrlässige Körperverletzung, begangen unter besonders gefährlichen Verhältnissen (§ 88 Abs. 3 StGB), sowie die fahrlässige schwere Körperverletzung, begangen unter besonders gefährlichen Verhältnissen (§ 88 Abs. 4 2. Fall StGB), durch ihr jeweils grob fahrlässig begangenes Pendant.[100] Unangenehm fällt

97 StGB 2015 Bericht der Arbeitsgruppe, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00104/imfname_366604.pdf [19.10.2015], 3. Zur Zusammensetzung der Arbeitsgruppe, siehe dort 4.
98 StGB 2015 Bericht der Arbeitsgruppe, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00104/imfname_366604.pdf [19.10.2015], 16 ff.
99 www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00104/imfname_366604.pdf [19.10.2015], 18.
100 www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00104/imfname_366604.pdf [19.10.2015], 16 ff.

in diesem Zusammenhang der Bemerkung in den „Erwägungen" zum Gesetzesvorschlag ein insoliert stehender Satz auf: „Insbesondere grobes medizinisches Fehlverhalten kann in Zukunft strafrechtlich besser erfasst werden"[101]. Und ob die neue Unterscheidung die Einordnung eines konkreten Verhaltens als leicht oder grob fahrlässig erleichtert, ist fraglich, alleine schon vor dem Hintergrund der Kritik *Reischauers*[102] an der zivilrechtlichen Rechtsprechung zur selben Abgrenzungsproblematik. *Reischauer*[103] verweist auf die Herzoperation, wo „der **kleinste Aufmerksamkeitsfehler**[104], der jedem Chirurgen einmal unterlaufen kann, mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tod führen" könne, das Versehen aber ein leichtes sei.[105]

Nicht angegangen wurde durch die Arbeitsgruppe die Frage einer möglichen Entkriminalisierung der assistierten Selbsttötung (§ 78 StGB, Mitwirkung am Selbstmord).[106]

101 www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00104/imfname_366604.pdf [19.10.2015], 18.

102 *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³. 2. Band/Teil 2b, § 1324 RN 3 ff.

103 *Reischauer* in *Rummel* Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³. 2. Band/Teil 2b, § 1324 RN 3.

104 Hervorhebung im Original.

105 Problematisch kann auch die Bindungswirkung der Zivilgerichte hinsichtlich der festgestellten groben Fahrlässigkeit werden, vgl. dazu etwa *Rechberger*, Kommentar zur Zivilprozessordnung4, § 411 RN 12. Damit sind Zivilgerichte, auch Landes- als Arbeits- und Sozialgerichte bei Beurteilung von Ansprüchen nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz oder bei Bekämpfung von Entlassungen oder Kündigungen gebunden.

106 Siehe StGB 2015 Bericht der Arbeitsgruppe, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00104/imfname_366604.pdf [19.10.2015], 14. Der Bericht geht nahtlos von Überlegungen zu § 76 StGB, Totschlag zu § 79 StGB, Tötung eines Kindes bei der Geburt, über. Vgl. zur Problematik der Kriminalisierung etwa *Moos* in WK-StGB § 78 RN 1 ff. *Birklbauer*, Strafrechtliche Haftung der Gesundheitsberufe, in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht, 303 ff., 327 ff. RN 85 ff. (bes. 331 f RN 95).

6. Zum Abschluss: Ein umgangenes Thema

Die medizinisch nicht indizierte Zirkumzision ist ein offenes rechtliches Problem an den Schnittstellen Medizin, Strafrecht, Ethik und Religion. Der Entwurf eines „Bundesgesetzes, mit dem das Gesetz betreffend die Anerkennung der Anhänger des Islam als Religionsgesellschaft geändert wird“[107] schreibt in § 11 Abs. 4 fest: „Islamische Religionsgesellschaften und ihre Mitglieder sind berechtigt, Kinder und Jugendliche durch alle traditionellen Bräuche zu führen und entsprechend den religiösen Geboten zu erziehen.“[108] Die Erläuterungen werden deutlicher: „Abs. 4 kann seine Wirkung nur insofern entfalten als er nicht mit staatlichen Regelungen in Widerspruch steht. Er umfasst auch die männliche Beschneidung. Diese ist im Islam in der Glaubensquelle, dem Koran, nicht expressis verbis erwähnt. Nach heutiger Lehre ergibt sie sich aus Sure 3,95 „(...) so folgt der Glaubensweise Abrahams (...)“ und für die Sunna wird sie aus einem Hadith als Verpflichtung für jeden muslimischen Vater abgeleitet seine männlichen Nachkommen beschneiden zu lassen“[109].

Vor zwei Jahren gewann (vorübergehend) die Diskussion über die medizinisch nicht indizierte Zirkumzision Bedeutung. Die Staatsanwaltschaft Köln erhob gegen einen Arzt die Anklage, er habe eine andere Person mittels eines gefährlichen Werkzeugs körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt[110], indem er unter örtlicher Betäubung die Beschneidung eines Vierjährigen mittels eines Skalpells auf Wunsch von dessen Eltern durchführte. Eine medizinische Indikation für diese Operation lag nicht vor. Zwei Tage später wurde das Kind von der Mutter in die Kindernotaufnahme der Universitätsklinik Köln gebracht, um Nachblutungen zu behandeln, die Blutungen wurden dort gestillt. Gegen den vom Amtsgericht

107 69/ME XXV. GP – Ministerialentwurf – Gesetzestext, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00069/fname_367084.pdf [21.10.2014].

108 § 11 Abs. 4 ist wortgleich dem § 9 Abs. 4 Gesetz betreffend die Regelung der äußeren Rechtsverhältnisse der Israeliten, RGBl Nr. 57/1890 i.d.F. BGBl I Nr. 48/2012. In den korrespondierenden Erläuternden Bemerkungen kommt das Thema der männlichen Beschneidung überhaupt nicht vor, EB RV 1689 Beil NR. XXIV. GP, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_01689/index.shtml [1.11.2014]. Die Erläuternden Bemerkungen meinen lapidar: „Abs. 4 orientiert sich an den erzieherischen Bedürfnissen der Israelitischen Religionsgesellschaft.“, EB RV 1689 Beil NR. XXIV. GP, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_01689/index.shtml [1.11.2014], 4.

109 69/ME XXV. GP - Ministerialentwurf - Materialien_zum_Entwurf_Nov_IslamG_2014, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00069/fname_367085.pdf [21.10.2014], 5.

110 §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Alternative 2 [d]StGB.

Köln[111] gefällten Freispruch legte die Staatsanwaltschaft Köln Berufung ein. Im Berufungsverfahren gegen den geständigen Angeklagten stellte das Landgericht Köln unter anderem ergänzend fest, dass der Angeklagte die Beschneidung aus religiösen Gründen auf Wunsch der Eltern durchgeführt habe. Das gerichtliche Sachverständigengutachten stellte fest, der Angeklagte habe fachlich einwandfrei gearbeitet, es liege kein Behandlungsfehler vor, es gebe aus sachverständiger Sicht jedenfalls in Mitteleuropa keine Notwendigkeit, Beschneidungen vorbeugend zur Gesundheitsvorsorge vorzunehmen. In der Folge sprach das Landgericht Köln[112] den Arzt frei[113].

Begründet[114] wurde der Freispruch über einen Verbotsirrtum. Die Beschneidung wäre nicht sozialädaquat gewesen, die Eltern und der Beschneider wären nicht entschuldigt, auch das Recht der Eltern auf religiöse Kindererziehung rechtfertige nicht, ihm komme kein Vorrang zu, bei Erteilung der Einwilligung in die Beschneidung sei ein Widerspruch zum Kindeswohl festzustellen. Bei der Abstimmung der betroffenen Grundrechte – Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung – Religionsfreiheit – sei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Der Körper des Kindes werde durch die Beschneidung dauerhaft und irreparabel verändert. Diese Veränderung laufe dem Interesse des Kindes, später selbst über seine Religionszugehörigkeit entscheiden zu können, zuwider. Es liege allerdings ein (entschuldigender und damit zum Freispruch führender) Verbotsirrtum des Angeklagten vor. Dieser Verbotsirrtum des Angeklagten, eines frommen Muslims und fachkundigen Arztes, sei unvermeidbar gewesen, da ungeklärte Rechtsfragen vorgelegen seien, die in der Literatur nicht einheitlich beantwortet worden wären.

In Österreich werden selbst Heilbehandlungen als Körperverletzungen angesehen, die eines Rechtfertigungsgrundes bedürfen.[115] Die Notwendigkeit des Vor-

111 AG Köln Urteil vom 21.09.2011 528 Ds 30/11, www.justiz.nrw.de/nrwe/ag_koeln/j2011/528_Ds_30_11_Urteil_20110921.html [1.11.2014].

112 LG Köln Urteil vom 7. Mai 2012 Az. 151 Ns 169/1, openjur.de/u/433915.html [1.11.2014].

113 Die Tatbestandsmäßigkeit des Skalpells als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2, Alternative 2 [d]StGB wurde unter Verweis auf BGH Urteil vom 22. Februar 1978 Az. 2 StR 372/77 NJW 1978, 1206; und BGH Urteil vom 23. Dezember 1986 Az. 1 StR 598/86 NStZ 1987, 174 verneint.

114 Ausführlich bei *Krückl*, Gesundheitspolitik – Medizinrecht – Politische Bildung – Aspekte, 33 ff., 34 ff.

115 Für den Kernbereich der ärztlichen Heilbehandlungen inzwischen str. bzw. möglicherweise bereits die Mindermeinung: Birklbauer, Strafrechtliche Haftung der Gesundheitsberufe, in Resch/Wallner (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 303 ff., 316 RN 43; Burgstaller/Fabrizy in WK § 83 RN 29 ff. Jedenfalls anders aber die zivilrechtliche Betrachtungsweise, siehe Jesser-Huß, Zivilrechtliche Fragen des Arzt-Patienten-Verhältnisses, in Resch/Wallner (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 97 ff., 104 RN 22 („… ein invasiver Eingriff stets ein Eingriff in das absolut geschützte Rechtsgut der Gesundheit bzw. körperlichen Unversehrtheit …").

liegens eines Rechtfertigungsgrundes gilt umso mehr für die medizinisch nicht indizierte Zirkumzision, die somit jedenfalls keine Heilbehandlung darstellt.

Gemäß § 90 Abs. 1 StGB ist eine Körperverletzung nicht rechtswidrig, wenn der Verletzte in sie einwilligt und die Verletzung als solche nicht gegen die guten Sitten verstößt.

Mit dem „Strafrechtsänderungsgesetz 2001"[116] erhielt § 90 StGB einen Absatz 3 angefügt (Art. I Z 10 leg cit): „In eine Verstümmelung oder sonstige Verletzung der Genitalien, die geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen, kann nicht eingewilligt werden." Die Begründung in den Erläuternden Bemerkungen[117] lautete wenig überraschend: „Die gewünschte ausdrückliche Klarstellung, dass weithin unter dem Begriff „weibliche Genitalverstümmelung" zusammengefasste (Verletzungs-) Praktiken massiv strafbar sind, soll durch die strikte Unbeachtlicherklärung jeglicher Einwilligung der betroffenen Person (welches Motiv auch immer dahinter stehen mag) erzielt werden; dies deshalb, weil zwar kein Zweifel daran besteht, dass es sich dabei um schwere und schwerste Verletzungen handelt, aber offenbar mitunter vermeint wird, dass die Freiwilligkeit der Prozedur gegebenenfalls strafbefreiend wirken könnte. Um diesem – falschen – Eindruck vorzubeugen bzw. entgegenzuwirken wird eine entsprechende Änderung des § 90 StGB, der die Einwilligung in eine Körperverletzung regelt, vorgeschlagen." Und weiter: „Diese als (klarstellende) Ausnahmebestimmung zur Einwilligungsfähigkeit von Körperverletzungen gedachte Regelung wurde unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens geschlechtsneutral formuliert." Die Zirkumzision findet bereits im nächsten Satz der Erläuternden Bemerkungen Beachtung, denn sie führen aus: „An der Rechtslage bezüglich der weit verbreiteten männlichen Beschneidung ändert sich durch die neu vorgeschlagene Bestimmung nichts. Allfälligen Bedenken, dass auf Grund dieser Bestimmung die männliche Beschneidung nunmehr jedenfalls gerichtlich strafbar wäre, ist schon entgegenzuhalten, dass es sich in diesem Fall nur um eine leichte Körperverletzung handelt, die auch nicht geeignet ist, das sexuelle Empfinden zu beeinträchtigen."[118]

116 BGBl I Nr. 130/2001.

117 EB 754 Blg NR. XXI. GP.

118 Demgegenüber sind nach den EB 754 Blg NR. XXI. GP die in vielen Ländern verbreiteten Formen der weiblichen Genitalverstümmelung „…meist als schwere Körperverletzung im Sinne des § 84 StGB zu werten oder unter den Tatbestand der Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen gemäß § 85 StGB zu subsumieren, wobei hier im Regelfall insbesondere die Tatbestandsmerkmale des Verlustes der Fortpflanzungsfähigkeit (§ 85 Z 1 StGB) und/oder der erheblichen Verstümmelung oder auffallenden Verunstaltung (§ 85 Z 2 StGB) erfüllt sein werden. Nicht selten wird sogar § 87 StGB („Absichtliche schwere Körperverletzung") mit der – im vorliegenden Zusammenhang – qualifizierten Strafdrohung des Abs. 2 (ein bis zehn Jahre Freiheitsstrafe) vorliegen, weil es dem Täter oder der Täterin gerade auf den Erfolg (i.S. der schweren Dauerfolgen) ankommen wird."

Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage eines „Bundesgesetzes über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen – ÄsthOpG" nehmen gleichfalls zur Frage der Zirkumzision Stellung: „Die Beschneidung von männlichen Säuglingen ist jedenfalls als operativer Eingriff zu sehen, der unter den Arztvorbehalt fällt (§ 2 Abs. 2 Z 4 Ärztegesetz 1998). Allerdings handelt es sich hierbei – im Gegensatz zu anderen operativen ärztlichen Tätigkeiten –, zusätzlich um einen religiösen Ritus. Da bei Beschneidungen an männlichen Personen (Circumcisionen) die Vorhaut teilweise oder vollständig abgetrennt wird, stellt dieser Vorgang einen Eingriff in die körperliche Substanz der betreffenden Person dar. Deshalb ist die Circumcision im Sinne des § 1 Abs. 2 Z 2 Ärztegesetz als „Operation" anzusehen und somit die Ausführung dieses operativen Eingriffs Ärzten vorbehalten. Obwohl die männliche Beschneidung zweifellos eine Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches darstellt, verstößt die Beschneidung an männlichen Säuglingen israelitischer und muslimischer Konfession nicht gegen die guten Sitten, sofern diese nicht gegen den Willen der Eltern durchgeführt wird. Dies deshalb, da es sich um in Österreich anerkannte Religionsgesellschaften handelt, die auf Grund der religiösen Motivation als nicht rechtswidrig anzusehen sein wird, sofern die Einwilligung des Verletzten gemäß § 90 StGB vorliegt. Bei der männlichen Beschneidung handelt es sich jedenfalls nicht um eine ästhetische Operation gemäß § 3 Abs. 1 Z 1" (scl ÄSthOpG).[119]

Die Erläuternden Bemerkungen zum Ministerialentwurf eines „Bundesgesetzes, mit dem das Gesetz betreffend die Anerkennung der Anhänger des Islam als Religionsgesellschaft geändert wird", beschäftigen sich nicht mehr mit der Frage, ob mit der Zirkumzision eine Operation vorliegt, und meinen lapidar: „eine weibliche Genitalverstümmelung, [werde] von einigen fälschlich als Beschneidung bezeichnet".[120] Damit differenzieren die Materialen m.E. unzulässigerweise zwischen Genitalverstümmelungen und Beschneidungen.[121]

Angesichts des Urteils des LG Köln nahm Fuchs im „Rechtspanorama" der Presse[122] Stellung. Die Zirkumzision wird von *Fuchs* unter den Tatbestand der

119 EB 1807 Blg NR. XXIV GP 11.

120 69/ME XXV. GP – Ministerialentwurf – Materialien_zum_Entwurf_Nov_IslamG_2014, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00069/fname_367085.pdf [21.10.2014], 5. Zum Israelitengesetz siehe oben FN 71.

121 Zur politischen Sensibilität des Themas, die sich nach dem Urteil des LG Köln auch in diplomatischen und interreligiösen Handlungen gezeigt hat, siehe Krückl, Gesundheitspolitik – Medizinrecht – Politische Bildung – Aspekte, 40 ff. Die völlige Diskussionsverweigerung zum Thema bei der Neufassung des Israelitengesetzes hat wohl auch darin seine Ursache; vgl. FN 71.

122 *Fuchs*, Beschneidung: Religionsfreiheit erlaubt nicht alles, diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1271704/Beschneidung_Religionsfreiheit-erlaubt-nicht-alles?_vl_backlink=/home/recht/rechtallgemein/index.do [1.11.2014].

vorsätzlichen (einfachen) Körperverletzung (§ 83 StGB) subsumiert. Einen ausdrücklichen Erlaubnistatbestand gebe es nicht, es liege auch keine medizinisch indizierte Heilbehandlung vor. Einwilligen in Eingriffe in die körperliche Integrität könne man, wenn überhaupt, immer nur in Bezug auf den eigenen Körper. Die Regelung gegen die Genitalverstümmelungen gebe keine Rechtfertigung der Beschneidung männlicher Säuglinge. Auch Art. 14 StGG[123] sei kein Erlaubnistatbestand, da niemand seine Religion so ausüben dürfe, dass er in die körperliche Unversehrtheit einer anderen Person eingreife. Das gelte auch für die Eltern, die die körperliche Unversehrtheit ihrer Kinder zu respektieren hätten. Überhaupt finde jede Grundrechtsausübung ihre Grenze an den Verboten des Strafgesetzes, zumal auch keine Interessenkollision vorliege, da man selbstverständlich seinen Glauben leben könne, ohne andere Menschen zu verletzen. Als Ausweg schlägt *Fuchs* bei der Beschneidung männlicher Säuglinge und Knaben auf Wunsch der Eltern einen Rückgriff auf Gewohnheitsrecht, eingeschränkt „für den engen Bereich des Judentums und des Islam, in dem sich die Beschneidung auf eine jahrhunderte- und jahrtausendealte Tradition und Übung stützt"[124], vor. *Fuchs* fordert auch die Vornahme des Eingriffs unter „einwandfreien medizinischen Bedingungen" und meint abschließend: „Keinesfalls ergibt sich dadurch ein Freibrief für andere Glaubensausübungen. Einen Säugling zu tätowieren wäre beispielsweise eine strafbare Körperverletzung, auch wenn sie religiös motiviert ist."[125]

M.E. ist die Argumentation von *Fuchs* nicht tragfähig. Religionen können nach der österreichischen Rechtsordnung (mit Wirkung für den Staat) neu gegründet werden. Das Bundesgesetz über die Rechtspersönlichkeit von religiösen Bekenntnisgemeinschaften[126] sieht die bescheidmäßige Anerkennung durch das Bundesmi-

123 Art. 14 des Staatsgrundgesetzes vom 21. December [sic!] 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe [sic!] vertretenen Königreiche und Länder ist seit dem 21.12.1887 unverändert in Geltung und lautet in den relevanten Teilen: „Die volle Glaubens- und Gewissensfreiheit ist Jedermann gewährleistet. … Niemand kann zu einer kirchlichen Handlung oder zur Theilnahme [sic!] an einer kirchlichen Feierlichkeit gezwungen werden, in sofern er nicht der nach dem Gesetze hiezu berechtigten Gewalt eines Anderen untersteht."

124 *Fuchs*, Beschneidung: Religionsfreiheit erlaubt nicht alles, diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1271704/Beschneidung_Religionsfreiheit-erlaubt-nicht-alles?_vl_backlink=/home/recht/rechtallgemein/index.do [1.11.2014].

125 *Fuchs*, Beschneidung: Religionsfreiheit erlaubt nicht alles, diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1271704/Beschneidung_Religionsfreiheit-erlaubt-nicht-alles?_vl_backlink=/home/recht/rechtallgemein/index.do [1.11.2014]. Ähnlich bereits Pichler, Religionsfreiheit – Elternrechte – Kinderrechte, ÖJZ 1997, 450 ff, 453 („…eine – auch in Europa (Spanien seit 711) – seit Jahrtausenden praktizierte Religionsübung zweier seit mehr als hundert (IsraelitenG 1890) bzw. achtzig Jahren (Anerkennung des Islam 1912; …) in Österreich gesetzlich anerkannter Religionsgesellschaften…".

126 Bundesgesetz über die Rechtspersönlichkeit von religiösen Bekenntnisgemeinschaften, BGBl I Nr. 19/1998 i.d.F. BGBl I Nr. 78/2011.

nisterium für Unterricht, Kunst und Kultur[127] vor (§ 2 Abs. 1 leg cit), wenn unter anderem kein Versagungstatbestand (§ 5 Abs. 1 leg cit) vorliegt. Zu versagen ist die Anerkennung, wenn „dies im Hinblick auf die Lehre oder deren Anwendung zum Schutz der in einer demokratischen Gesellschaft gegebenen Interessen der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist; dies ist insbesondere bei Aufforderung zu einem mit Strafe bedrohtem gesetzwidrigen Verhalten, bei einer Behinderung der psychischen Entwicklung von Heranwachsenden, bei Verletzung der psychischen Integrität und bei Anwendung psychotherapeutischer Methoden, insbesondere zum Zwecke der Glaubensvermittlung, gegeben" (§ 5 Abs. 1 Z 1 leg cit)".

Religionen haben keinen rational fassbaren Inhalt, es ist daher dem Staat verwehrt zu werten bzw. zu bewerten.[128] Wenn vorsätzliche (leichte) Körperverletzungen von Eltern an ihren Kindern „aus religiösen Gründen" gerechtfertigt wären, gelte dies wegen der Neutralität des Staates den unterschiedlichen Religionen gegenüber und wegen des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes (Art. 7 B-VG)[129] auch für Neugründungen. Das oben referierte Tätowierungsbeispiel von *Fuchs* wäre ein Beispiel für das Gegenteil dessen, was *Fuchs* vertritt, würde man die „Religionsfreiheit" so weit interpretieren. Die Existenzdauer eines Kultes kommt als Differenzierungskriterium in der österreichischen Rechtsordnung nicht vor.

Die deutsche „Problemlösung" lag in der Einfügung eines § 1631d in das „Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)", wonach die Personensorge auch das Recht umfasst, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und vergleichbar befähigt sind.

Und das Bundesministerium für Justiz hat „im Hinblick auf die im Zuge eines Urteils eines deutschen Landgerichts zur Frage der strafrechtlichen Relevanz der Vornahme einer Beschneidung eines minderjährigen Knaben mit der religiös motivierten Einwilligung sorgeberechtigter Eltern entstandenen Unsicherheiten" am

127 Nunmehr Bundesministerium für Bildung und Frauen, Bundesministeriengesetz-Novelle 2014, BGBl I Nr. 11/2014.

128 *Kalb,* Medizinrecht und Religion, in *Resch/Wallner* (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 985 ff., 995 RN 38.

129 Siehe auch *Walter/Mayer/Kusco-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht RN 1445 ff.

31. Juli 2012 einen Erlass herausgegeben[130], indem es gleich eingangs darauf verweist, bislang seien „– soweit überblickbar – keine österreichischen Strafverfahren, geschweige denn Urteile im Zusammenhang mit der rituellen Beschneidung von Knaben bekannt." Der Erlass regelt auch vorsorglich, wie vorzugehen wäre, sollte es zu einer Anzeige wegen Körperverletzung kommen: „Es handelt sich im Sinne des § 8 Abs. 1 StAG um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, weshalb über Verfahren, denen die hier behandelte Fragestellung zu Grunde liegt, gemäß §§ 8 Abs. 1, 8a Abs. 2 StAG zu berichten wäre." Gem. § 8 Abs. 1 StAG[131] haben die Staatsanwaltschaften u.a. über Strafverfahren, an denen wegen der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat ein besonderes öffentliches Interesse besteht oder in denen noch nicht hinreichend geklärte Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu beurteilen sind, der jeweils übergeordneten Oberstaatsanwaltschaft zu berichten und in diesen Berichten zum beabsichtigten weiteren Vorgehen Stellung zu nehmen. Soweit nicht bloß Strafsachen mit räumlich begrenzter Bedeutung betroffen sind, haben die Oberstaatsanwaltschaften ihrerseits diese Berichte mit einer Stellungnahme, ob gegen das beabsichtigte Vorgehen oder die Art der zur Genehmigung vorgelegten Erledigung ein Einwand besteht, dem Bundesminister für Justiz vorzulegen (§ 8a Abs. 2 StAG), der sodann der berichtenden Oberstaatsanwaltschaft die erforderlichen Anordnungen zu erteilen hat. Die Staatsanwaltschaften sind den Oberstaatsanwaltschaften und diese dem Bundesminister für Justiz weisungsgebunden (§ 2 Abs. 1 StAG).[132] Einer Weisung an die Staatsanwaltschaft zur Verfahrenseinstellung (§ 190 StPO[133]) ist damit Tür und Tor geöffnet.[134]

130 Bundesministerium für Justiz, Erlass vom 31. Juli 2012 zur Frage der strafrechtlichen Relevanz der Vornahme einer Beschneidung an Knaben aus religiösen Motiven, BMJ-S120.001/0003-IV/2012, www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erlaesse/ERL_07_000_20120731_001_120001S_3_IV_12/ERL_07_000_20120731_001_120001S_3_IV_12.html [1.11.2014].

131 Staatsanwaltschaftsgesetz – StAG, BGBl Nr. 164/1986 i.d.g.F.

132 Vgl. dazu Schroll, WK-StPO Vor §§ 19–24 RN 26 ff.; Fabrizy, StPO und wichtige Nebengesetze § 19 Rz 3 f.

133 Strafprozeßordnung [sic!] 1975 i.d.g.F., BGBl Nr. 631/1975.

134 Zur Problematik der Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaften, insb. gegenüber dem Bundesministerium für Justiz, siehe einführend nur Schroll in WK-StPO Vor §§ 19–24 RN 26 ff. und den durch Bundesminister Univ.-Prof. Dr. *Wolfgang Brandstetter* eingerichteten Weisenrat, www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c94848542ec4981014371c569bf0c60.de.html?highlight=true (1.11.2014].

7. Zusammenfassung

Die strafrechtlichen Entwicklungen an der Schnittstelle zur Medizin verlaufen nicht geradlinig. Die historische Privilegierung der Ärzte im Bereich der fahrlässigen (leichten) Körperverletzung wurde zugunsten einer allgemeinen Erklärung der Straflosigkeit fahrlässiger Körperverletzungen mit Folgen von nicht mehr als vierzehn Tagen eingeebnet.

Diversionelle Erledigungen sollen einen konstruktiven Umgang mit Fehlern in medizinischen Einrichtungen erleichtern und Vorstrafen verhindern. Nach Meinung mancher gehörte die Diversion (medizinstrafrechtsbezogen) ausgebaut, um Ärzte zum konstruktiven Umgang zu ermuntern, ohne den Angeklagten aber dann die Gewissheit zu bieten, dass das Verfahren auch wirklich ohne Verurteilung eingestellt wird. Die fehlende verpflichtende Verfahrenseinstellung durch die Anklagebehörde entzieht dem Konzept m.E. den möglichen/gewünschten Erfolg.

Fahrlässigkeitstaten von Ärzten werden vorschnell als qualifiziert gewertet („besonders gefährliche Verhältnisse" i.d.g.F., „grob fahrlässig" im Entwurf zu einer Reform des Strafgesetzbuchs) und dies auch noch mit der herausragenden Stellung der Ärzte in der Gesellschaft begründet. Das ist nicht sachgerecht und widerspricht der strafrechtlichen Dogmatik.

Das kommende Mandatsverfahren mit verurteilenden strafrechtlichen Urteilen ohne stigmatisierende Hauptverhandlung nimmt Ärzte etwas aus dem medialen Schussfeld, ermöglicht aber dem Opfer, über den Umweg einer Drohung mit einem Einspruch gegen die Strafverfügung und damit der Erzwingung einer auch medienöffentlichen Hauptverhandlung unsachlichen Druck aufzubauen und gegebenenfalls fragliche Schadenersatzansprüche durchzusetzen.

Eingeknickt ist bzw. einknicken wird der Gesetzgeber bei der Frage des (eben nicht erteilten) Verbots der nicht medizinisch indizierten Zirkumzision an Minderjährigen.

Und an der Aufrechterhaltung der Strafbarkeit der assistierten Selbsttötung (§ 78 StGB) wird als kleinster gemeinsamer politischer Nenner nicht gerüttelt werden.

Literaturverzeichnis

Birklbauer, Ist die Befassung von Strafgerichten mit ärztlichen Behandlungsfehlern noch zeitgemäß? Rechtspolitische Betrachtungen, RdM 2009, 251 ff.

Birklbauer, Strafrechtliche Haftung der Gesundheitsberufe, in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2011), 303 ff.

Birklbauer/Jesionek/Rauch, Nebenfolgen einer gerichtlichen Verurteilung. Rechtslage zum 1. Oktober 2011, RZ 2012, 4 ff.

Birklbauer/Mayerhofer, WK-StPO Vor §§ 210–215 (2009).

Burgstaller, Anmerkung zu OGH 30. 05. 2007 15 Os 42/07a, JBl 2008, 129.

Burgstaller, Über die Bedeutung der neuen Diversionsregelungen für das österreichische Strafrecht, in *Miklau/Schroll*, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten. Analysen zur Strafprozessnovelle 1999 (1999), 12 ff.

Burgstaller in WK § 80 (2001).

Burgstaller in WK § 81 (2002).

Burgstaller/Fabrizy in WK § 83 (2002).

Burgstaller/Schütz in WK-StGB § 88 (2012).

Fabrizy, Die österreichische Strafprozessordnung mit dem neuen Vorverfahren und wichtigen Nebengesetzen. 11. Auflage (2011).

Fuchs, Beschneidung: Religionsfreiheit erlaubt nicht alles, diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1271704/Beschneidung_Religionsfreiheit-erlaubt-nicht-alles?_vl_backlink=/home/recht/rechtallgemein/index.do [1.11.2014].

Fuchs/Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2008).

Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2. Auflage (2006).

Jesser-Huß, Zivilrechtliche Fragen des Arzt-Patienten-Verhältnisses, in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2011), 97 ff.

Kalb, Medizinrecht und Religion, in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2011), 985 ff.

Krückl, Anmerkungen zum Entwurf eines Jugendgerichtsgesetzes 1983, ÖJZ 1984, 225 ff.

Krückl, Gesundheitspolitik – Medizinrecht – Politische Bildung – Aspekte (2014).

Krückl, Spitalsarzt unter Verdacht – ein Beitrag zur effektiven Selbst- und Fremdverteidigung, in: *Krückl* (Hrsg.), Vielschichtiges Medizinrecht (2011).

Krückl (Hrsg.), Vielschichtiges Medizinrecht (2011).

Krückl, Zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Justiz „Reform des strafprozessualen Vorverfahrens": Bedenken gegen das Gesamtkonzept aus anwaltlicher Sicht, AnwBl 2000, 66 ff.

Krückl, Zur Wiederkehr des strafrechtlichen Mandatsverfahrens, AnwBl 2014, 517 ff.

Markel, WK-StPO § 1 RN 1 (2009).

Mayer, Commentar zu der Oesterreichischen Strafprozeß-Ordnung [sic] vom 23. Mai 1873. Dritter Theil [sic], (1884).

Miklau/Schroll, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten. Analysen zur Strafprozessnovelle 1999 (1999).

Moos in WK § 78 (2002).

Pichler, Religionsfreiheit – Elternrechte – Kinderrechte, ÖJZ 1997, 450 ff.

Poperl, Sozialversicherungshandbuch II.

Rechberger, Kommentar zur Zivilprozessordnung. 4. Auflage (2014).

Reischauer in *Rummel,* ABGB. 2. Band/Teil 2b. 3. Auflage § 1324 (2004).

Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht (2011).

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Auflage (2004).

Schroll, WK-StPO Vor §§ 19–24 (2014).

Schroll, WK-StPO § 191 (2009).

Schroll, WK-StPO § 198 (2011).

Schroll, WK-StPO § 209a (2011).

Schroll/Eisenriegler/Achleitner, Das Linzer Konfliktregelungsmodell, RZ 1986, 98 ff.

StGB 2015 Bericht der Arbeitsgruppe, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00104/imfname_366604.pdf [19.10.2015].

Walter/Mayer/Kusco-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht (2007).

Dr.in Belinda Jahn

Juristin mit den Schwerpunkten Medizinrecht und Mediation

Die Schlichtungsstellen und ihr Beitrag zur Entkriminalisierung in der Medizin

1. Einleitung **54**

2. Konsequenzen des Strafrechts bei Behandlungszwischenfällen **54**

3. Konsequenzen des Schadenersatzrechts bei Behandlungszwischenfällen **55**

4. Überblick über Schlichtungseinrichtungen im Kontext medizinischer/pflegerischer Behandlung **57**

5. Schlussresümee **68**

Literaturverzeichnis **69**

Ich werde in meinem Beitrag zunächst den rechtlichen Rahmen abstecken, in welchem die verschiedenen Schlichtungseinrichtungen im Gesundheitsbereich tätig werden, und auch darauf eingehen, inwiefern die Antworten des Haftungs- und des Strafrechts im Bereich von Behandlungszwischenfällen nicht immer befriedigend sind. Weiters werde ich einen Überblick geben über die verschiedenen Einrichtungen, die österreichweit mit der Schlichtung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit medizinischer/pflegerischer Behandlung befasst sind. Es wird beschrieben, wie diese Stellen miteinander interagieren und welchen Beitrag sie zur Befriedung der zahlreichen Konfliktfelder leisten. Für eine noch ausführlichere Besprechung des Themas – auch in seiner historischen Dimension – verweise ich auf die andernorts erschienene umfassende Aufarbeitung des Themas[135].

135 *Jahn*, Außergerichtliche Konfliktlösung im Gesundheitswesen (2009).

1. Einleitung

Alternative Verfahren zur Streitbeilegung haben im Laufe der Zeit in immer zahlreicheren Lebens- und Rechtsbereichen ihren Platz gefunden. Insbesondere für Streitigkeiten des VerbraucherInnenrechts wurden verschiedene Schlichtungs- bzw. Ombudseinrichtungen geschaffen, die sich in unbürokratischer Art und Weise der jeweiligen Konflikte annehmen sollen.

Die Gründe für diese Entwicklung sind vielschichtig. Auf den Gang zu Gericht wird insbesondere dort gerne verzichtet, wo die Streitparteien möglicherweise auch zukünftig wieder miteinander konfrontiert sein werden bzw. wenn sehr sensible Lebensbereiche betroffen sind. Beides trifft in besonderer Weise auf den Gesundheitsbereich zu, sodass es nicht verwundert, dass in diesem Kontext eine große Vielfalt von außergerichtlichen Schlichtungseinrichtungen vorhanden ist.

2. Konsequenzen des Strafrechts bei Behandlungszwischenfällen

Wenn von „Kriminalisierung" bzw. „Entkriminalisierung" gesprochen wird, denken JuristInnen sofort an die strafrechtlichen Bestimmungen, unter die ein Verhalten subsumiert werden kann. Im Falle einer medizinischen/pflegerischen Behandlung ist zunächst an Delikte der Körperverletzung bzw. der Tötung durch fehlerhafte Behandlung zu denken. Auch wenn die Behandlung lege artis durchgeführt wurde, kann sie strafrechtliche Folgen haben, etwa wenn sie ohne gültige Einwilligung des Patienten bzw. der Patientin durchgeführt wurde. Andere Aspekte, wie etwa die Verletzung des Berufsgeheimnisses, können ebenso strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Dieses Regelwerk blieb durch die Schaffung von Schlichtungseinrichtungen unberührt, wenn auch verschiedentlich eine „Entschärfung" der strafrechtlichen Regeln gefordert wurde[136]. Die Bühne, auf der Schlichtungsstellen tätig werden,

136 *Barta*, Punktation für einen Gesetzesentwurf betreffend die Haftung für Behandlungsschäden, JRP 1996, 1 (6); Wallner, Eingeladener Kommentar zum Artikel „Arzthaftungsrecht oder alternative Patientenentschädigungssysteme" von o. Univ.-Prof. Fr. Johannes W. Pichler aus MittÖGCh 45/1995, 107–116, MittÖGCh 46/1996, 14 (16).

ist im Wesentlichen diejenige des Zivilrechts. Allerdings kann eine befriedigende Schlichtung auch dazu führen, dass die Strafverfolgungsbehörden mit der Angelegenheit gar nicht erst befasst werden. Es erscheint in diesem Lichte also doch legitim, davon zu sprechen, dass Schlichtungsstellen einen Beitrag zur „Entkriminalisierung" bei Behandlungszwischenfällen bzw. Konflikten im Gesundheitsbereich leisten.

3. Konsequenzen des Schadenersatzrechts bei Behandlungszwischenfällen

Hat jemand im Zuge einer medizinischen Heilbehandlung einen Schaden erlitten, geht es in weiterer Folge oft um die Frage, ob für diesen Ersatz zu leisten ist. Haftungsrechtlich müssen dafür ganz allgemein die Zurechnungsgründe der §§ 1295 ff. ABGB gegeben sein. Kurz zusammengefasst muss ein Nachteil ursächlich durch eine medizinische Behandlung oder ihre Unterlassung entstanden sein. Rechtswidrige Eingriffe sind im Ergebnis solche, die fehlerhaft[137] vorgenommen wurden, oder solche, für die es an einer gültigen Einwilligung der zu behandelnden Person fehlte[138]. Das Verschulden liegt dann vor, wenn man das rechtswidrige Verhalten hätte vermeiden sollen und können.

Soweit das Grundgerüst, dem aber noch eine praktisch sehr bedeutsame Frage hinzuzufügen ist: Wie ist zu entscheiden, wenn der Sachverhalt nicht in allen diesen Einzelfragen zweifelsfrei geklärt werden kann? Gerade die Frage der Kausalität kann in vielen Fällen nicht eindeutig beantwortet werden. Dort, wo viele Einflussfaktoren ein Ergebnis bewirken, ist die Ursächlichkeit eines einzelnen Faktors mitunter schwer zu bewerten. Nicht immer ist eine Unterscheidung in Schwarz und Weiß möglich. In einer solchen Konstellation bestimmt es letztlich die Verteilung der Beweislast, zu wessen Nachteil die Unaufklärbarkeit geht. Sie ermöglicht in einer unklaren Lage eine – zumindest rechtlich – klare Entscheidung. Grundsätzlich trifft die Beweislast die geschädigte Person (Abweichendes gilt im

137 Vgl. zum Begriff des Behandlungsfehlers *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts², Band 1: Arzt und Recht (1999) 106 (107).

138 *Stellamor/Steiner*, Handbuch 12, 106.

Falle fehlender oder mangelhafter Dokumentation), allerdings hat die Rechtsprechung im Laufe der Zeit zahlreiche Beweiserleichterungen geschaffen[139].

Es zeigt sich in der Praxis, dass der Justiz für die faire Verteilung von Beweislast und anderen inhaltlich bzw. prozessual relevanten Faktoren nur ein äußerst schmaler Grat zur Verfügung steht. PatientInnen fühlen sich oft machtlos ausgeliefert und prozessual chancenlos. Zwar stehen durchaus einige Beweiserleichterungen auf Seiten der PatientInnen, allerdings stellt ein Prozess für die meisten DurchschnittsbürgerInnen eine große nervliche und finanzielle Herausforderung dar. Medizinisches und pflegerisches Personal arbeitet hingegen unter dem Damoklesschwert der Haftung, die in unseren Tagen deutlich öfter zum Thema gemacht wird als dies in früheren Zeiten der Fall war. Allfällige Haftungsurteile treffen die behandelnden Personen zwar meist nicht persönlich, da in der Regel Deckung über eine Haftpflichtversicherung besteht und im Falle einer Behandlung im Krankenhaus in der Regel der Träger der Krankenanstalt geklagt wird, nicht die behandelnden ÄrztInnen selbst, allerdings wirken sich Prozesse auch auf dieser Seite sehr belastend aus. Dementsprechend groß war und ist das Bedürfnis nach anderen Formen der Regelung von Konflikten im Kontext medizinischer bzw. pflegerischer Behandlung.

139 OGH 1 Ob 504/58, JBl 1960, 188; OGH 3 Ob 560/84, KRSlg 712; OGH 3 Ob 560/84, KRSlg 696; OGH 2 Ob 538/92, JBl 1993, 316 = ecolex 1993, 661; OGH 4 Ob 23/98f, RdM 1999, 1; OGH 6 Ob 3/98d, SZ 62/125; OGH 9 Ob 3/05i, RdM 2006/31; *Bydlinski F.*, Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JBl 1992, 341 (350); *Holzer,* Die Haftung des Arztes im Zivilrecht, in *Holzer/Posch/Schick* (Hrsg.), Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 1 (20 f.); *Juen,* Arzthaftungsrecht2 (2005) 217 f.; *Reischauer in Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB II2 (1992) § 1298 Rz 26.

4. Überblick über Schlichtungseinrichtungen im Kontext medizinisch/pflegerischer Behandlung

4.1. PatientInnenvertretungen

4.1.1. Entwicklung

Im Jahre 1993 wurde in § 11e des damaligen Bundeskrankenanstaltengesetzes eine Grundsatzbestimmung zur Schaffung von PatientInnenvertretungen aufgenommen, dennoch dauerte es noch bis in das Jahr 2000, bis wirklich alle Bundesländer eine solche Einrichtung geschaffen hatten. Es wird hier vereinfachend die Bezeichnung „PatientInnenvertretungen" verwendet, tatsächlich tragen diese Stellen in den Bundesländern sehr unterschiedliche Namen (von „Patientenanwaltschaft" bis „PatientInnen- und Pflegeombudsschaft"). Obwohl neben der Bezeichnung auch Zuständigkeit und Aufgabenbereich dieser Stellen nicht immer deckungsgleich sind, so lassen sich doch einige Kernbereiche herausarbeiten.

4.1.2. Aufgaben

Mangels expliziter Eingrenzung kann zunächst alles, wodurch sich PatientInnen beschwert fühlen, an PatientInnenvertretungen herangetragen werden. Das umfasst nicht nur vermutete Behandlungsfehler, sondern auch Organisationsmängel (z.B. überlange Wartezeiten), Fragen von Gebühren bzw. Verrechnung oder das Empfinden, nicht ernst genommen zu werden. In der Regel beschaffen die PatientInnenvertretungen die Krankengeschichte sowie eine Stellungnahme von Seiten des Beschwerdegegners/der Beschwerdegegnerin. Nach Prüfung der Angelegenheit in medizinischer und rechtlicher Hinsicht werden mit den PatientInnen das Zwischenergebnis und das weitere Vorgehen besprochen. Wurden Hinweise auf ein schadenskausales Fehlverhalten gefunden, können Verhandlungen mit der Haftpflichtversicherung aufgenommen werden oder wird die Schlichtungsstelle der Ärztekammer damit befasst. Ist kein Fehlverhalten zu vermuten oder ist ein solches nicht zweifelsfrei zu klären, kommt allenfalls noch die Befassung des PatientInnen-Entschädigungsfonds in Betracht (siehe unten 4.3.). Möglicherweise sind aber auch dafür die Voraussetzungen nicht gegeben und es erfolgt eine abschließende Besprechung darüber mit den PatientInnen.

Auch wenn am Ende dieser Beschwerdebearbeitung keine finanzielle Entschädigung steht, gelingt es im Idealfall, den PatientInnen das Gefühl zu vermitteln, dass man ihr Anliegen ernst nimmt. Ein besonderer Vorzug der PatientInnenvertretungen ist es gerade, auch die emotionale Seite einer Beschwerde sowie die Probleme auf menschlich-kommunikativer Ebene aufnehmen zu können, was im Rahmen eines Gerichtsverfahrens nicht der Fall ist. Gerade diese Faktoren bewirken aber oft die weitere Eskalation eines Konflikts. PatientInnen befinden sich schon definitionsgemäß in einer verwundbaren Situation. Der Umgang mit Menschen in dieser Lage verlangt viel von LeistungserbringerInnen im Gesundheitswesen und ist von besonderer Bedeutung. Daher ist es wichtig, diesen Aspekt des täglichen Lebens in Krankenhäusern und Ordinationen auch in der Beschwerdebearbeitung zu berücksichtigen. So mancher Konflikt, dessen emotionale Seite gewürdigt und behandelt wird, kommt in weiterer Folge nicht vor die Gerichte.

Ein weiteres Aufgabengebiet, das allen PatientInnenvertretungen gemeinsam ist, ist die Erteilung von Auskünften. Damit ist keine Beratung in medizinischer Hinsicht gemeint, sondern es geht vielmehr um Aufklärung über Rechte und Pflichten, die aus dem Behandlungs- bzw. Betreuungsverhältnis erwachsen. Die als verbesserungswürdig wahrgenommenen Umstände werden von den PatientInnenvertretungen benannt und an die zuständigen Stellen rückgemeldet. Auf diese Weise leisten sie einen wichtigen Beitrag zur Qualitätssicherung und zur Schließung von Sicherheitslücken.

Das Wissen, das PatientInnenvertretungen im Rahmen ihrer Tätigkeit sammeln, wird auch im Rahmen der Gesetzgebung berücksichtigt, weshalb in einigen Bundesländern vorgesehen ist, dass sie bei Erlassung patientInnenrelevanter Gesetze oder Verordnungen im Rahmen des allgemeinen Begutachtungsverfahrens zu einer Stellungnahme berechtigt sind[140]. Auch durch ihre Mitwirkung in der Bundesgesundheitskommission bzw. den Gesundheitsplattformen auf Länderebene nehmen sie aktiv teil am Prozess der Planung und Gestaltung der medizinischen Versorgung in Österreich.

140 § 92 Abs. 4 Nö KAG; § 22 Abs. 4 lit f SKAG; § 2 Abs. 1 lit f und Abs. 3 Tir PVG; § 4 Bgld. GPG.

4.1.3. Der Beitrag der PatientInnenvertretung zur Konfliktregelung im Gesundheitsbereich

Seit dem Jahr 1990, in dem Oberösterreich als erstes Bundesland eine „Patientenanwaltschaft" geschaffen hatte[141], wurde ein weiter Weg zurückgelegt. Die PatientInnenvertretungen haben ihre Tauglichkeit als Unterstützung für Patientinnen eindrucksvoll unter Beweis gestellt. Ihre Tätigkeit kommt im Ergebnis nicht nur denen zugute, die Leistungen im Gesundheitsbereich in Anspruch nehmen, sondern auch denen, die sie erbringen. Einerseits werden Anliegen, die andernfalls vor Gericht behandelt worden wären, im gegenseitigen Interesse auf außergerichtlichem Weg gelöst. Andererseits werden auch Beschwerden aufgenommen, die vor Gericht offen bleiben müssten, weil es um den menschlich-kommunikativen Anteil am Behandlungsverhältnis geht. Es ist von besonderer Wichtigkeit, diese Themen aufzunehmen, denn blieben sie unbeachtet, würden sie das Klima zwischen BehandlerInnen und Behandelten weiter belasten und das so wichtige Vertrauensverhältnis stören, wenn nicht gar zerstören. Die PatientInnenvertretungen fungieren hier gewissermaßen als Ventil, indem sie den beiderseits bestehenden Druck abfangen und in konstruktive Bahnen lenken. Auf diese Weise leisten auch sie einen Beitrag zur „Entkriminalisierung", jedenfalls zur Deeskalation vieler Konflikte.

Dass die dabei gewonnenen Erkenntnisse ins Gesetzgebung und Systementscheidungen mit einfließen können, ist eine sinnvolle und konsequente Ergänzung ihres Aufgabenfeldes. Nicht selten melden sich die PatientInnenvertretungen zu aktuellen und kontroversiellen Themen zu Wort.

141 LGBl 1990/37 Gesetz mit dem das oö Krankenanstaltengesetz 1976 geändert wird.

4.2. Die Schlichtungsstellen der Ärztekammern

4.2.1. Entwicklung

Etwa ab 1975 wurden in Deutschland erste außergerichtliche Gutachtenskommissionen bei den Landesärztekammern geschaffen, etwas später setzte diese Entwicklung auch in Österreich ein. In einem Großteil der Bundesländer wurden Mitte bis Ende der achtziger Jahre – zeitlich damit vor den PatientInnenvertretungen – sogenannte „Schlichtungsstellen" oder „Schiedsstellen" eingerichtet.

Die Bezeichnung als „Schiedsstelle" ist rechtlich etwas problematisch, da so eine begriffliche Nähe zu den Schiedsgerichten nach §§ 577 ff. ZPO hergestellt wird. Von diesen sind sie aber ganz klar zu unterscheiden. Um ein Schiedsgericht in Anspruch nehmen zu können, müssen sich die Parteien zuvor in einem schriftlichen Schiedsvertrag darauf geeinigt haben. Die formalen und inhaltlichen Erfordernisse des Schiedsvertrages sind gesetzlich geregelt, ebenso das Verfahren und die Wirkungen des Schiedsspruches. Dieser ist bindend und nach Ablauf der Leistungsfrist auch vollstreckbar. In seinen Wirkungen ist er also einem rechtskräftigen gerichtlichen Urteil gleichgestellt. All das steht im krassen Gegensatz zu den Schlichtungsstellen im Gesundheitsbereich. Es ist kein Schiedsvertrag nötig, um sich an diese zu wenden – es braucht lediglich ad hoc die Bereitschaft der Streitparteien. Es finden sich keinerlei gesetzliche Anforderungen an die Zusammensetzung der Kommission oder den Ablauf des Verfahrens. Die Kommission gibt lediglich Empfehlungen ab, die Basis für einen Vergleich durch die Streitparteien sein können. Kommt durch Vereinbarung ein Vergleich zustande, müsste bei Nichteinhaltung wiederum geklagt werden.

Bereits 1979 wurde bei der Ärztekammer in Salzburg eine sogenannte „Interventionsstelle" errichtet. Diese stellte allerdings noch nicht jenes Leistungsangebot zur Verfügung, das einige Jahre später in anderen Bundesländern geschaffen wurde. 1986 wurden in Wien und Tirol Schlichtungsstellen eingerichtet, ein Jahr später folgte die Steiermark. Die Grundsätze, die sich in diesem Prozess entwickelt haben, wirkten vorbildgebend für die übrigen Bundesländer. 1989 wurde bei der niederösterreichischen Ärztekammer ein entsprechendes Gremium eingesetzt, 1991 folgten Kärnten und Oberösterreich. Als letztes Bundesland verwirklichte das Burgenland im Jahr 2002 seine Schlichtungsstelle. Die Entwicklung verlief in den einzelnen Bundesländern durchaus unterschiedlich und ist im Gesamtzusammenhang mit anderen zur außergerichtlichen Konfliktregelung berufenen Einrichtungen zu sehen. Wie bereits erwähnt, wurde in den meisten Bundesländern die PatientInnenvertretung zeitlich nach den Schlichtungsstellen eingerichtet. Wenn auch der weitere Entwicklungsprozess bei den Schlichtungsstellen nicht so dy-

namisch verlief wie bei den PatientInnenvertretungen, so haben sie im Rahmen ihrer langjährigen Tätigkeit doch einen beachtlichen Erfahrungssschatz angesammelt und konnten sich länderweise in unterschiedlichem Ausmaß, zusammenfassend aber sehr gut etablieren.

4.2.2. Trägerschaft und Rechtsgrundlagen der Schlichtungsstellen

Die meisten Schlichtungsgremien sind bei der jeweiligen Landesärztekammer eingerichtet. Die Kammern können auf eine lange Tradition der Schlichtung und Vermittlung zurückblicken. Bereits Ende des 19. Jahrhunderts war der Kammervorstand dazu berufen, bei „Irrungen und Streitigkeiten" vermittelnd einzugreifen[142]. Ursprünglich bezog sich dies nur auf Konflikte zwischen Kammerangehörigen. Eine weitere Aufgabe der Kammern ist die Wahrnehmung der „beruflichen, sozialen und wirtschaftlichen Belange der Ärzte…" sowie die „Wahrung des Berufsansehens und der Berufspflichten der Ärzte"[143]. Angesichts des großen Medieninteresses, das Kunstfehlerprozesse auslösen, liegt es klar auf der Hand, dass die außergerichtliche Schlichtung zwischen PatientInnen und ÄrztInnen zumindest ebenso im Interesse der Berufsstandes liegt wie die Vermittlung zwischen ÄrztInnen untereinander. Es ist also durchaus nachvollziehbar, dass ausgerechnet die ärztliche Standesvertretung als erstes eine institutionalisierte Streitschlichtung für PatientInnen angeboten hat. Eine ausdrückliche Verpflichtung zur Schaffung solcher Stellen wurde den Zahnärztekammern mit Schaffung von § 41 ZÄG[144] und § 53 ZÄKG[145] auferlegt.

Basis für die Errichtung der Schlichtungsstellen waren oft Beschlüsse der Landes-Ärztekammern. In manchen Fällen ergeben sich aus diesen auch die Geschäftsordnung und die nähere Regelung des Verfahrens. In anderen Bundesländern bilden Vereinbarungen die rechtliche Basis, etwa zwischen Land, Arbeiterkammer und Ärztekammer oder zwischen letzterer und dem Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs. Der zuletzt genannten Vereinbarung gemäß legen die Haftpflichtversicherungen die Empfehlungen der Kommission ihren Entscheidungen zugrunde und übernehmen die Sitzungskosten des bzw. der Vorsitzenden und von Sachverständigen, wenn solche herangezogen werden. Vereinzelt können auch andere Träger die Funktion einer Schlichtungsstelle über-

142 § 12 Ärztekammergesetz RGBl 6/1892.

143 Vgl. *Leischner*, Streitbeilegung in medizinischen Haftungsfällen (2007) 156.

144 Bundesgesetz über die Ausübung des zahnärztlichen Berufs und des Dentistenberufs (Zahnärztegesetz) BGBl I 126/2005.

145 Bundesgesetz über die Standesvertretung der Angehörigen des zahnärztlichen Berufs und des Dentistenberufs (Zahnärztekammergesetz) BGBl I 154/2005.

nehmen. In Vorarlberg etwa hat die Landesregierung eine Schiedskommission zu bestellen und mit Vertrag eine gemeinnützige Einrichtung mit den Aufgaben ihrer Geschäftsstelle zu betrauen[146].

Kritische Äußerungen wurden vereinzelt zur Unparteilichkeit oder zumindest zum Anschein der Unparteilichkeit der Schlichtungsstellen laut, insbesondere wenn diese bei Ärztekammern eingerichtet sind[147]. Tatsächlich ist diese Art der Trägerschaft auf den ersten Blick nicht dazu angetan, Bedenken hinsichtlich der Unabhängigkeit zu entschärfen. Das Interesse des Standesansehens und die Interessen der PatientInnen gehen in manchen Punkten wohl auseinander. Daher ist hier besondere Vorsicht geboten, will man das Angebot an die PatientInnen, ihr Anliegen objektiv zu prüfen, nicht von vornherein diskreditieren[148]. Das Interesse, Prozesse gegen Standesangehörige „abzufangen", ist dann ein legitimes Anliegen und deckt sich mit PatientInneninteressen, wenn die Angelegenheit objektiv beurteilt wird und auch Behandlungsfehler als solche benannt werden. Das unberechtigterweise Abwiegeln von Beschwerden würde auf lange Sicht weder den in Schutz genommenen ÄrztInnen noch den PatientInnen einen guten Dienst erweisen. Dieser Erkenntnis gemäß scheinen die Schlichtungsgremien in der Regel auch zu handeln. Als Mitarbeiterin der NÖ Patienten- und Pflegeanwaltschaft habe ich zahlreiche PatientInnen zur Schiedsstelle der NÖ Ärztekammer begleitet und habe diese Einrichtung als vertrauenswürdig und die Schlichtungsaussprachen als konstruktiv erlebt.

Weitere Voraussetzung, um von den Konfliktparteien akzeptiert zu werden, ist Transparenz. Ein wichtiger Schritt dazu wäre es, in allen Bundesländern schriftliche Geschäftsordnungen zu veröffentlichen, anhand derer sich Betroffene im Vorfeld über Arbeits- und Funktionsweise der Schlichtungsstelle informieren können. Dies ist zwar in den meisten, aber noch nicht in allen Bundesländern der Fall.

Zur Transparenz würde auch die Erstellung von jährlichen Tätigkeitsberichten beitragen[149]. Derzeit werden Auswertungen der Tätigkeit bestenfalls anlässlich runder Geburtstage von Schlichtungsstellen in Publikationen der Ärztekammern

146 § 7 Vorarlberger Landesgesetz über die Einrichtung zur Wahrung der Rechte und Interessen von Patienten und Klienten, LGBl 1999/26.

147 *Zimmer*, Außergerichtliche Konfliktbereinigung im Verhältnis Arzt – Patient, in *Meggeneder/Hengl*, Der informierte Patient – Anspruch und Wirklichkeit (2002) 57 (65); *Kalbhenn* Außergerichtliche Streitbereinigung (ADR) im Gesundheitswesen, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 95 (97).

148 *Krejci*, Recht ohne Gerichte – Einige Grundsatzfragen zur außergerichtlichen Streitbeilegung, in *Doralt/Novotny* (Hrsg), Kontinuität und Wandel – Festschrift für Walther Kastner (1992) 251 (274).

149 *Zimmer,* Erfahrungen mit Schlichtungsstellen in Österreich, in Mayr (Hrsg), Öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten (1999) 113 (125).

erwähnt. An eine transparente und öffentlich zugängliche Dokumentation wären aber höhere Anforderungen zu stellen. Im Zuge des Begutachtungsverfahrens zum ZÄKG wurde vorgeschlagen, eine Pflicht zur Erstellung eines Tätigkeitsberichts zu verankern[150]. Der Vorschlag wurde bedauerlicherweise nicht aufgegriffen.

4.2.3. Verfahren vor den Schlichtungsstellen

Obwohl die Verfahrensordnungen und Geschäftsordnungen der einzelnen Stellen durchaus unterschiedlich gefasst sind, so können doch einige gemeinsame Grundprinzipien zusammengefasst werden. Die Verfahren werden in der Regel von den PatientInnen eingeleitet, die sich geschädigt fühlen bzw. von den PatientInnenvertretungen in ihrem Auftrag. Die Initiative könnte aber auch von den involvierten ÄrztInnen bzw. Rechtsträgern bei Krankenhäusern ausgehen. Die Beteiligung erfolgt immer freiwillig, niemand ist zur Teilnahme verpflichtet.

Vorab wird geprüft, ob die Verjährungsfrist eventuell bereits verstrichen ist und ob ein Gerichtsverfahren in derselben Sache anhängig ist. Beide Fälle würden ein Hindernis für die weitere Behandlung durch die Schlichtungsstelle bedeuten. In Vorarlberg ist eine Art zweistufiges Verfahren vorgesehen, es muss vor der Schlichtungsstelle schon die PatientInnenvertretung befasst worden sein[151]. AntragstellerInnen haben vorab meist zu erklären, dass sie für die Dauer der Schlichtung kein zivilgerichtliches Verfahren einleiten werden.

Nach Einbringung des Schlichtungsantrages werden in einem zweiten Schritt die Stellungnahme der zweiten Konfliktpartei sowie Unterlagen und allenfalls Gutachten eingeholt. Danach kommt es meist zu einer mündlichen Aussprache zwischen allen Beteiligten vor der Schlichtungskommission. Neben den unmittelbaren Streitparteien werden verschiedentlich noch VertreterInnen der Haftpflichtversicherung, anwaltliche Vertretung oder die PatientInnenvertretungen hinzugezogen.

Nachdem sich die Kommission anhand der beigebrachten Unterlagen sowie der persönlichen Stellungnahmen ein Bild machen konnte, gibt sie einen Streitbereinigungsvorschlag ab. Dieser ist für beide Parteien unverbindlich, kann aber Grundlage einer Einigung sein. Wie detailliert dieser Vorschlag ausfällt, ist unterschiedlich. Für den Fall, dass man die Erbringung einer Leistung empfiehlt, kann dies von der bloßen Feststellung, dass Schadenersatz dem Grunde nach zusteht, bis zu einem konkreten Vorschlag bezüglich der Höhe des Schmerzengeldes oder weiterer Schadenskomponenten, wie Verdienstentgang oder Verunstaltungsentschä-

150 Stellungnahme der ARGE Patientenanwälte 12/SN-316/ME 22. GP.
151 § 8 Abs. 2 Vlbg. PKG.

digung, gehen. Dort, wo es eine entsprechende Vereinbarung mit dem Verband der Versicherungsunternehmen gibt, legen die Haftpflichtversicherungen den Spruch der Schlichtungsstelle jedenfalls ihrer Entscheidung zugrunde. Abseits davon wirkt die Empfehlung völlig unverbindlich, wenn auch ihr faktisches Gewicht bewirkt, dass sie oft als Basis einer Vereinbarung herangezogen wird.

Ist die Empfehlung aus Sicht der PatientInnen nicht sachgerecht, bleibt nur noch der Weg zu Gericht, allenfalls auch zum PatientInnen-Entschädigungsfonds (siehe 4.3.). Lediglich bei den zahnärztlichen Schlichtungsstellen ist ein „zweigliedriger Instanzenzug" vorgesehen[152]. Das Verfahren ist für die PatientInnen kostenlos, nur das Honorar einer allfälligen eigenen Vertretung ist von diesen zu tragen.

Das relativ einfache und rasche Verfahren vor den Schlichtungsstellen wurde bewusst als Gegenmodell zu den oft langwierigen Gerichtsverfahren entwickelt. Diesen unbestrittenen Vorzügen stehen aber auch Bedenken entgegen, ob die Schlichtungsstellen in ihrem einfachen Verfahrensablauf auch komplexeren Sachverhalten gerecht werden können. Schwierige Beweisfragen, die eine aufwändigere Beweisaufnahme (z.B. die Einvernahme von ZeugInnen) erforderlich machen würden, sind mit den Mitteln einer Schlichtungsstelle nur schwer zu bewerkstelligen. Somit mag es eine Gruppe an Fällen geben, in denen sich ein zu unbürokratisches Vorgehen mitunter auch als Nachteil erweisen kann. Es ist nicht einfach festzulegen, wie viel an Beweiserhebung den Schlichtungsstellen auferlegt werden kann, ohne sie zu den schwerfälligen Entscheidungsgremien zu machen, zu denen sie eigentlich eine Alternative darstellen wollen. Für die Beurteilung, welche Fälle sich für die Behandlung durch die Schlichtungsstelle eigenen, bedarf es wohl kompetenter Beratung. Als problematisch kann sich auch erweisen, dass die Schlichtungsstellen die Beweiserleichterungen, die vor Gericht anerkannt werden, kaum oder in geringerem Ausmaß anwenden. Auch in Hinblick darauf gilt es sorgfältig abzuwägen, auf welchem Weg eine Angelegenheit am besten aufzuarbeiten ist.

4.2.4. Der Beitrag der Schlichtungsstellen zur Konfliktregelung im Gesundheitsbereich

Die Schlichtungstätigkeit durch die Ärztekammern stellt in gewisser Weise eine Pionierleistung dar. Immerhin haben sich diese Einrichtungen um die außergerichtliche Konfliktbehandlung zwischen ÄrztInnen und PatientInnen verdient gemacht, als noch keine anderen diesbezüglichen Möglichkeiten in institutionalisierter Form

152 § 7 Abs. 1 Patientenschlichtungsordnung des Bundesausschusses der österreichischen Zahnärztekammer vom 27.2.2008.

zur Verfügung standen. Insbesondere im Vergleich zu Schlichtungsgremien in anderen Lebens- und Rechtsbereichen, die bisweilen ein Schattendasein fristen und kaum in Anspruch genommen werden, fällt die Bewertung der ärztlichen Schlichtungsstellen positiv aus. Ohne dass den PatientInnen Kosten entstehen, können diese ihr Anliegen prüfen lassen und im günstigsten Fall lässt sich auf diesem Weg ein Vergleich herstellen, der den Konflikt bereinigt.

Auch wenn der Spruch der Schlichtungskommission nicht bindend ist, wurde zutreffend bemerkt, dass der faktische Einfluss der Schlichtungsstellen nicht zu unterschätzen ist. Es ist daher mit besonderer Sorgfalt darauf zu achten, dass keine Parallelrechtsprechung entsteht, die sich von der Übung der Gerichte entfernt[153]. Es sind – wie oben ausgeführt – nicht alle Fälle für die Bearbeitung durch die Schlichtungsstellen geeignet. Dies ist zum Teil schon bei der Vorprüfung erkennbar, zum Teil stellt sich das erst im Laufe des Verfahrens heraus. Der Weg zu Gericht muss in jedem Fall offen bleiben. Die legitimen Ziele einer außergerichtlichen Schlichtung finden dort ihre Grenze, wo der Weg zu Gericht durch sie erschwert würde. Die staatliche Rechtsprechung ist auch insofern unverzichtbar, als ihre Auslegung des geltenden Rechts und die Entscheidungen im Einzelfall einen Beitrag zur Rechtsfortbildung leisten. Sie können richtungsweisend sein für die künftige Rechtsanwendung – auch durch die Schlichtungsstellen. Eine durchgängige Beratung und Betreuung der PatientInnen durch die PatientInnenvertretungen ist eine sinnvolle Ergänzung des Schlichtungsverfahrens.

153 *Krejci* in *Doralt/Novotny* (Hrsg), Kontinuität und Wandel 262 und 274 f.;

4.3. Die PatientInnen-Entschädigungsfonds

4.3.1. Entwicklung

In den 1990er-Jahren wurden in Österreich verschiedene alternative Entschädigungsmodelle für geschädigte PatientInnen diskutiert[154]. Dabei wurde durchaus auch erwogen, die Haftung bei Medizinschäden aus dem allgemeinen Haftungsrecht herauszulösen und diese in einem ganz eigenen – verschuldensunabhängigen – System zu regeln.

Anstatt eines haftungsersetzenden Modells hat sich schließlich das die Haftung ergänzende Modell des Entschädigungsfonds durchgesetzt. Nach einem Pilotprojekt in Wien im Jahr 1997[155] dauerte es noch bis einige Jahre, bis mit der KAG-Novelle 2001[156] die Voraussetzungen für ein österreichweites Fonds-Modell geschaffen wurden. Darin wird geregelt, dass die Träger der Krankenanstalten einen zusätzlichen Kostenbeitrag einzuheben haben, der zur Entschädigung nach Schäden gedacht ist, die durch die Behandlung in Fondskrankenanstalten entstanden sind und bei denen „eine Haftung nicht eindeutig gegeben ist", so die ursprüngliche Formulierung. Die eingehobenen Beiträge sind den PatientInnen-Entschädigungsfonds zur Verfügung zu stellen. Diese Fonds sind zum Teil als selbständige öffentlich-rechtliche Fonds organisiert, in Vorarlberg und Wien hingegen werden die Beiträge direkt an die jeweilige PatientInnenvertretung überwiesen, die für Verwaltung und Zuerkennung zuständig ist. Bundesländerweise unterschiedlich zusammengesetzte Entschädigungskommissionen treffen die Entscheidung, ob und in welcher Höhe eine Entschädigung geleistet wird.

4.3.2. Entschädigungstatbestand

In nahezu allen Bundesländern ist vorgesehen, dass auf einer ersten Stufe eine Art Vorprüfung zu geschehen hat, ob nicht doch „eindeutig" ein Behandlungsfehler oder Aufklärungsmangel vorliegt, der eine Entschädigung durch die Haftpflichtversicherung nach sich ziehen würde. Zum Teil wird eine Vorprüfung durch die PatientInnenvertretungen verlangt, die entweder selbst einen Einigungsversuch unternimmt oder einen Fall vorab bei einer ärztlichen Schlichtungsstelle eingebracht hat. Ist im Rahmen dieser Schritte keine Lösung möglich gewesen, weil

154 *Barta,* Grazer Thesen für eine neue Medizinhaftung, VR 1-2/1997, 14; *Pichler,* Arzthaftungsrecht oder alternative Entschädigungssysteme? MittÖGCh 45/1995, 107; *derselbe,* Patientenrecht auf Entschädigung, die Begründbarkeit einer Sonderentschädigungsordnung, Fonds oder Versicherung? in ÖJK (Hrsg.), Patientenrechte in Österreich (2001) 35.

155 Dem sogenannten „Wiener Härtefall-Fonds".

156 § 27a Abs. 5 und 6 KAG, BGBl I 2001/5;

nach Haftungskriterien keine Entschädigungspflicht durch die Versicherung nachweisbar war, kann noch der Entschädigungsfonds befasst werden.

Gemäß § 27a KAKuG können auf diesem Weg Fälle entschädigt werden, in denen eine Haftung nicht eindeutig gegeben ist. Davon umfasst sind jedenfalls Konstellationen, in denen zwar Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten vorhanden sind, aber nicht alle Haftungsvoraussetzungen eindeutig auf der Hand liegen. Überwiegend mit einbezogen wurde bereits von Anfang an auch die große Gruppe jener Fälle, in denen sich Komplikationen verwirklicht haben, für die niemanden ein Verschulden trifft und über deren mögliches Auftreten im Vorfeld auch aufgeklärt wurde. Diese Konstellationen werden meist aber nicht pauschal erfasst, vielmehr müssen zusätzliche Voraussetzungen gegeben sein, wie die besondere Schwere des eingetretenen Schadens. Dieses Vorgehen wurde durch eine Erweiterung des § 27a Abs. 6 KAKuG[157] ausdrücklich legitimiert, der nunmehr vorsieht, dass auch dann eine Entschädigung erfolgen soll, wenn zwar keine Haftung gegeben ist, aber wenn es sich um seltene und schwerwiegende Komplikationen handelt, die zu einer erheblichen Schädigung geführt haben.

4.3.3. Der Beitrag der PatientInnen-Entschädigungsfonds zur Konfliktregelung im Gesundheitsbereich

Die Schaffung der PatientInnen-Entschädigungsfonds trägt der Tatsache Rechnung, dass die Tatbestandselemente der Verschuldenshaftung bei Medizinschäden oft schwer beweisbar sind. Im Fonds-Verfahren kann auch bei Vorliegen der einen oder anderen Unsicherheit eine Entschädigung geleistet werden, die vor Gericht verwehrt bliebe. Es ist der Versuch, auf pragmatische Weise eine Lösung für ein Dilemma zu finden, aus dem wohl kein idealer Ausweg existiert. Viele PatientInnen, die durch Behandlungsschäden körperlich und in weiterer Folge oft auch finanziell schwer beeinträchtigt wurden, erfahren auf diesem Wege wichtige Hilfe.

Sehr bedauerlich ist hingegen, dass die Bundesgesetzgebung ihre Grundsatzkompetenz nur in dem geringstmöglichen Ausmaß ausgeübt hat. Da weder aus dem Gesetzestext noch aus den Materialien Erhellendes zu wichtigen Grundsatzfragen zu gewinnen war, gingen die Länder bei der Umsetzung ihre eigenen Wege. Dies hat zu großen Unterschieden in der weiteren Ausgestaltung geführt, was zu berechtigter Kritik geführt hat[158].

157 BGBl I 124/2009.

158 *Kossak*, Der Entschädigungsfonds gem. § 27a Abs. 5 und 6 Krankenanstaltengesetz, RdM 2002, 110 (115); *Kopetzki,* Patientenrechte in Österreich. Entwicklungen und Fehlentwicklungen, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg.), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 13 (27); *Leischner*, Streitbeilegung in medizinischen Haftungsfällen (2007) 180; Bericht des Rechnungshofes vom 28.05.2008 Entschädigungsfonds NÖ, Stmk., Wien 4.2.

5. Schlussresümee

Die Möglichkeiten der Medizin sind beeindruckend und lassen immer mehr Menschen auf Heilung oder Linderung ihrer Beschwerden hoffen. Es sind Menschen am Werk, die versuchen, ihre Kenntnisse bestmöglich einzusetzen. Dennoch sind es Menschen, die auch Fehler machen können und die es mit Prozessen und Abläufen zu tun haben, die Fehler mitunter begünstigen. Selbst wenn alles richtig gemacht wird, bergen Eingriffe und Therapien Gefahren. Es können sich trotz größter Sorgfalt Komplikationen verwirklichen, die zum Teil gravierende Auswirkungen haben. In diesem Geflecht für fairen Ausgleich zu sorgen, ist keine leichte Übung und auf dem ordentlichen Rechtsweg nicht immer möglich.

Es ist als große Errungenschaft einzustufen, dass PatientInnen heute gleich mehrere außergerichtliche Behelfe für ihre Anliegen zur Verfügung stehen. Es ist hervorzuheben, dass die Schlichtungsstellen der Ärztekammern hier die ersten waren, die Hilfe suchenden PatientInnen eine Alternative zum kosten- und zeitintensiven Gerichtsprozess angeboten haben. Eibe wichtige weitere Etappe war die Schaffung der PatientInnenvertretungen, die erstmals ein umfassendes Angebot für PatientInnen schufen, nicht nur was Beschwerdemanagement betrifft, sondern auch die Beratung ganz allgemein rund um Rechte und Pflichten aus dem Behandlungsverhältnis. Die PatientInnenvertretungen erfüllen noch eine ganze Reihe weiterer Aufgaben, die oben kurz umrissen wurden, und stellen eine gesetzliche Interessenvertretung für die große Gruppe der PatientInnen dar. Der letzte Meilenstein war die Errichtung der PatientInnen-Entschädigungsfonds.

Wenn es gelingt, alle diese Anlaufstellen zu einem sinnvollen Ganzen zu verbinden, dann können die positiven Aspekte dieser Vielfalt am besten genützt werden. In verschiedenen Bundesländern ist dies bereits geübte Praxis. In Niederösterreich etwa fungiert die PatientInnenvertretung als zentrale Anlaufstelle, von der aus der Weg zur ärztlichen Schlichtungsstelle und zum Entschädigungsfonds beschritten werden kann. Die durchgängige Begleitung stellt sicher, dass die PatientInnen über zur Verfügung stehende Möglichkeiten informiert werden. Dadurch können die verschiedenen außergerichtlichen Schienen sinnvoll ineinander greifen und zu einem schlüssigen Gesamtsystem werden. Wird ein Konflikt mit diesen Mitteln zufriedenstellend gelöst, erübrigt sich der weitere Gang zu den Gerichten weitgehend zum Nutzen allen Betroffenen.

Literaturverzeichnis

Barta, Grazer Thesen für eine neue Medizinhaftung, VR 1-2/1997, 14.

Bydlinski F., Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JBl 1992, 341.

Holzer, Die Haftung des Arztes im Zivilrecht, in *Holzer/Posch/Schick* (Hrsg.), Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 1.

Juen, Arzthaftungsrecht² (2005).

Jahn, Außergerichtliche Konfliktlösung im Gesundheitswesen (2009).

Kalbhenn Außergerichtliche Streitbereinigung (ADR) im Gesundheitswesen, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg.), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 95.

Kossak, Der Entschädigungsfonds gem. § 27a Abs. 5 und 6 Krankenanstaltengesetz, RdM 2002, 110.

Kopetzki, Patientenrechte in Österreich. Entwicklungen und Fehlentwicklungen, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg.), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 13.

Krejci, Recht ohne Gerichte – Einige Grundsatzfragen zur außergerichtlichen Streitbeilegung, in *Doralt/Novotny* (Hrsg.), Kontinuität und Wandel – Festschrift für Walther Kastner (1992) 251.

Leischner, Streitbeilegung in medizinischen Haftungsfällen (2007).

Pichler, Arzthaftungsrecht oder alternative Entschädigungssysteme? MittÖGCh 45/1995, 107.

Pichler, Patientenrecht auf Entschädigung, die Begründbarkeit einer Sonderentschädigungsordnung, Fonds oder Versicherung? in ÖJK (Hrsg.), Patientenrechte in Österreich (2001) 35.

Reischauer in *Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB II2 (1992) § 1298.

Stellamor/Steiner, Handbuch des österreichischen Arztrechts2, Band 1: Arzt und Recht (1999).

Wallner, Eingeladener Kommentar zum Artikel „Arzthaftungsrecht oder alternative Patientenentschädigungssysteme" von *o. Univ.-Prof. Fr. Johannes W. Pichler* aus MittÖGCh 45/1995, 107–116, MittÖGCh 46/1996, 14.

Zimmer, Außergerichtliche Konfliktbereinigung im Verhältnis Arzt – Patient, in *Meggeneder/Hengl,* Der informierte Patient – Anspruch und Wirklichkeit (2002) 57.

Zimmer, Erfahrungen mit Schlichtungsstellen in Österreich, in *Mayr* (Hrsg.), Öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten (1999) 113.

Dir.in Dr.in Brigitte Ettl

Ärztliche Direktorin des Krankenhaus Hietzing mit Neurologischem Zentrum Rosenhügel
Leiterin des Karl-Landsteiner-Institutes für Klin. Risikomanagement
Referentin der Österreichischen Ärztekammer für Leitlinien, Patientensicherheit u. GIN
Präsidentin der Österreichischen Plattform Patientensicherheit (ANetPaS)

Mag. Rita M. Offenberger, MSc

Juristin der Österreichischen Ärztekammer
Mitglied Vorstand Österreichische Plattform Patientensicherheit
Ausgebildete Risikomanagerin für das Krankenhaus
Absolventin des Masterlehrgangs Patientsafety and quality in health care systems

Patientensicherheit – eine Verantwortung der Organisation

Gibt es Alternativen zum Strafrecht, um die Patientensicherheit zu erhöhen?

1. Einleitung 73
2. Strategieentwicklung 76
3. EU-Ebene 77
4. Österreich 78
5. Instrumente des Risikomanagements als Sicherheitsbarrieren 85
6. Fazit 89
7. Quellenverzeichnis 90

Einrichtungen im Gesundheitssystem, einem der komplexesten Systeme der Welt, werden den Hochrisiko-Organisationen zugeordnet. Das Ziel der Qualitätssicherung in diesem System ist vor allem die Patientensicherheit. Die in den frühen 1990er Jahren veröffentlichte Harvard Medical Practice Study zeigte auf, dass 4 % der Patientinnen und Patienten während eines stationären Aufenthaltes im Krankenhaus einen Schaden erlitten, wovon 14 % zum Tod der Patientinnen und Patienten führten. Das Institute of Medicine (IOM) entwickelte eine Strategie zur Reduktion von medizinischen Fehlern, die von WHO, EU weiterentwickelt und implementiert werden. Der vorliegende Beitrag behandelt die Umsetzung dieser Strategien in Österreich unter Berücksichtigung unterschiedlichster Faktoren und erörtert die Funktionsweise von Instrumenten des Risikomanagements, die als Sicherheitsbarrieren fungieren.

1. Einleitung

Patienten-sicherheit	ist das Produkt aller Maßnahmen in Klinik und Praxis, die darauf gerichtet sind, Patientinnen und Patienten vor vermeidbaren Schäden im Zusammenhang mit der Heilbehandlung zu bewahren.
Unerwünschte Ereignisse	sind Vorkommnisse bzw. Ereignisse, die möglicherweise, aber nicht zwangsweise zu einem konsekutiven Schaden für die Patientinnen oder Patienten führen.
Vermeidbare unerwünschte Ereignisse	Als vermeidbar sind unerwünschte Ereignisse dann einzustufen, wenn sie durch Einhaltung der zum Zeitpunkt des Auftretens geltenden Sorgfaltspflichten zu verhindern gewesen wären.
Fehler	liegt dann vor, wenn ein richtiges Vorhaben nicht wie geplant durchgeführt wird oder dem Geschehen ein falscher Plan zugrunde liegt.
Risiko	ist ein Ereignis, dessen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadensausmaß sich abschätzen lassen.
Schaden	ist ein Ereignis, das bei Einhaltung der notwendigen Sorgfaltspflicht nicht eingetreten wäre.
Near miss	ist ein Beinahe-Fehler, wobei das Abweichverhalten rechtzeitig erkannt wird und so ein tatsächlicher Fehler vermieden wird. Als Beinahe-Fehler gilt jedes Vorkommnis, das unerwünschte Folgen hätte haben können, es im konkreten Fall jedoch nicht hatte und abgesehen vom Ergebnis (outcome) von einem richtigen unerwünschten Ereignissen nicht zu unterscheiden ist.

Tabelle 1: Wichtige Begriffe

Das Gesundheitssystem gilt als eines der komplexesten Systeme der Welt. Gesundheitseinrichtungen werden den Hochrisiko-Organisationen zugeordnet. Andere komplexe Systeme im Hochrisiko-Bereich wie die Luftfahrt, Kernindustrie oder Finanzwirtschaft beschäftigten sich seit vielen Jahren intensiv mit ihren sicherheitsrelevanten Themen.

Patientensicherheit wiederum ist ein Ziel der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen. Publikationen zu medizinischen Fehlern und insbesondere vermeidbaren Risiken wurden vereinzelt zwischen 1950 bis 1960 veröffentlicht. Einschneidend war die in den frühen 1990er Jahren veröffentlichte Harvard Medical Practice Study. Sie zeigte auf, dass 4 % der Patientinnen und Patienten während eines stationären Aufenthaltes im Krankenhaus einen Schaden erlitten; 70 % der so-

genannten „unerwünschten Ereignisse" führten zu einer nur kurz andauernden Beeinträchtigung, aber 14 % führten zum Tod der Patientinnen und Patienten. Im Gesundheitswesen kamen somit mehr Menschen zu Tode als durch Verkehrsunfälle, durch Brustkrebs oder durch AIDS.[159]

Das Institute of Medicine (IOM) veröffentlichte 1999 den Bericht „To Err is Human: Building a Safer Health System". Publiziert wurde, dass in Krankenhäusern der USA jährlich rund 44.000 bis 98.000 Menschen an vermeidbaren unerwünschten Ereignissen sterben. Das führte in Amerika zu einer intensiven medialen Diskussion über ein Gesundheitssystem, das für die Patientinnen und Patienten grundsätzlich unter der Prämisse „First, do no harm" (Hippokrates) steht. Die unmittelbare Folge dieser Veröffentlichung war eine weltweite Diskussion zum Thema Patientensicherheit. Die Debatte um die Validität der Zahlen oder die Vergleichbarkeit der Gesundheitssysteme wurde schließlich durch die Erkenntnis beendet, dass der internationale Vergleich der Daten für alle vergleichbaren nationalen Gesundheitssysteme ähnliche Ergebnisse brachte:[160]

159 Brennan TA, Leape LL, Laird N et al., Incidence of adverse events and negligence in hospitalised patients: results of the Harvard Medical Practice Study. New England Journal of Medicine, 1991, 324 (6):370 ff.

160 WHO, World alliance for patient safety, Forward Programme 2005, 2

Study	Study focus (date of admissions)	Number of hospital admissions	Number of adverse events	Adverse event rate (%)
USA (New York State) (Harvard Medical Practice Study) (1,2)	Acute care hospitals (1984)	30.195	1,133	3,8
USA (Utah-Colorado Study (UTCOS)) (10)	Acute care hospitals (1992)	14.565	475	3,2
USA (UTCOS) (10)	Acute care hospitals (1992)	14.565	787	5,4
Australia (Quality in Australian Health Care Study (QAHCS)) (3)	Acute care hospitals (1992)	14.179	2.353	16,6
Australia (QAHCS) (10)	Acute care hospitals (1992)	14.179	1.499	10,6
UK (4)	Acute care hospitals (1999-2000)	1.014	119	11,7
Denmark (12)	Acute care hospitals (1998)	1.097	176	9,0
New Zealand (6,7)	Acute care (1998)	6.579	849	12,9
Canada (8)	Acute and community hospitals (2001)	3.720	279	7,5

Tabelle 2: Mortalitätsraten nach WHO, World alliance for patient safety 2005

Zu den Mortalitätsraten fasste *Schrappe*[161] in einem systematischen Review über 241 internationale Studien zusammen und konnte so nachweisen, dass die Mortalitätsrate in allen Ländern gleich sei und 0,1 % aller Krankenhauspatientinnen und -patienten ausmacht.

161 *Schrappe*, Agenda Patientensicherheit 2008, veröffentlicht unter www.aps-ev.de/fileadmin/fuerRedakteur/Pdfs/Agenda_patientensicherheit/agenda_2008.pdf

2. Strategieentwicklung

Das IOM entwickelte eine Strategie, die sich speziell mit medizinischen Fehlern und ihren Ursachen beschäftigt, um eine Reduktion von medizinischen Fehlern zu erreichen.[162]

In der Folge veröffentlichte die WHO 2002 eine Resolution[163], in der sie ihre Mitgliedsstaaten aufrief, Aktionen für Patientensicherheit und Arbeitsprogramme, wie zum Beispiel Fehlermeldesysteme, zu entwickeln und umzusetzen.

In der von der WHO ins Leben gerufenen „World Allianz for Patient Safety" wurden Handlungsfelder definiert, welche zu bearbeiten sind, mit dem langfristigen Ziel, unerwünschte Ereignisse zu reduzieren. Demnach sollen die folgenden Bereiche berücksichtigt werden:

- Global patient safety challenge:
  - 1st Clean Care is Safer Care
  - 2nd Safe Surgery Saves Lives
- Patients for Patient Safety: Patient and consumer involvement
- Taxonomy: International Classification on Patient Safety-IPSET
- Research for Patient Safety: Reporting and learning to improve PS
- Reporting and Learning: Research in the field of patient safety
- Solutions for Patient Safety: 9 Solutions to reduce the risks of health care and improve its safe

162 https://www.iom.edu/~/media/Files/Report Files/1999/To-Err-is-Human/To Err is Human 1999 report brief.pdf Institute of Medicine (IOM) (1999) To Err is Human: Building a Safer Health System

163 Resolution WHO 55 2002/REC/1. Quality of Care: Patient Safety, Fifty-fifth World Health Assembly, Geneva 2002

3. EU-Ebene

Auf Ebene der EU wurde 2005 die erste Deklaration mit dem Titel „Patient Safety – Make it happen" veröffentlicht[164] und in der Folge 2006 das European Network for Patient Safety (EUNetPaS) gegründet. Die Mitgliedsstaaten wurden aufgerufen, folgende Inhalte zu bearbeiten und zu koordinieren:

- Sicherheitskultur,
- Medikationssicherheit,
- Melde- und Lernsysteme,
- Aus-/Fortbildung in Patientensicherheit,
- Etablierung von nationalen Plattformen zur Patientensicherheit.

Die Empfehlung zur Etablierung von nationalen Plattformen zur Patientensicherheit wurde mit der Gründung von nationalen Netzwerken in

- der Schweiz: Stiftung für Patientensicherheit 2003, seit 2012 Patientensicherheit Schweiz[165],
- Deutschland: Aktionsbündnis Patientensicherheit 2005[166],
- Österreich: Plattform Patientensicherheit 2008[167]

umgesetzt. Diese Plattformen verstehen sich als unabhängige nationale Netzwerke, in denen alle relevanten Experten und Expertinnen der Gesundheitssysteme vertreten sind. Das gemeinsame Ziel ist es, die Gesundheitssysteme für Patienten und Patientinnen sicherer und auch transparenter zu machen. Empfehlungen und Best-practice-Beispiele werden in Arbeitsgruppen multidisziplinär erarbeitet. Die Ergebnisse sind für die Öffentlichkeit größtenteils kostenlos verfügbar. Seit 2013 wird das Expertenwissen der Plattformen Deutschlands, Österreichs und der Schweiz zunehmend vernetzt, und gemeinsame Initiativen sind in Planung.

164 www.eunetpas.eu
165 www.patientensicherheit.ch
166 www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de
167 www.plattformpatientensicherheit.at

4. Österreich

Im Rahmen der Gesundheitsreform wurde 2013 in Österreich die nationale Patientensicherheitsstrategie vom Bundesministerium für Gesundheit herausgegeben, die internationale Empfehlungen sowie international erprobte Instrumente und Maßnahmen berücksichtigt. Sie soll dazu beitragen, *dass Sicherheitsaspekte in allen Strukturen und Prozessen des Gesundheitswesens verankert werden. (…) Die gesundheitliche Versorgung soll unabhängig davon, wo und in welcher Einrichtung sie erbracht wird, sicher, effektiv und leicht zugänglich sein. Bei der Umsetzung aller Maßnahmen ist es wichtig, dass die Patientinnen und Patienten informiert und aktiv in den Versorgungsprozess eingebunden sind. (…) Die Strategie soll dafür sorgen, dass unerwünschte Ereignisse minimiert werden und die Qualität verbessert wird. Unerwünschte Ereignisse können jedoch niemals ganz vermieden werden. (…)*[168]

In fünf Interventionsfeldern sind jeweils Ziele und Umsetzungsmaßnahmen zur Patientensicherheit definiert.

Zusammenfassend gibt es damit sowohl international als auch auf der nationalen österreichischen Ebene einen klaren Auftrag, sicherheitsrelevante Aspekte im Gesundheitswesen zu beachten und vor allem zu bearbeiten.

4.1. Gesetzlicher Rahmen für Qualitätssicherung und Patientensicherheit

Die erste gesetzliche Regelung zur strukturierten Qualitätsverbesserung wurde in Österreich im Rahmen des Gesundheitsqualitätsgesetzes[169] getroffen. Es normiert, dass zur flächendeckenden Sicherung und Verbesserung der Qualität im österreichischen Gesundheitswesen systematische Qualitätsarbeit zu implementieren und zu intensivieren ist. Die Erhebungen in den österreichischen Akutspitälern zeigen, dass 2012 57 % der Befragten über eine eigene Risikomanagement-Abteilung oder einen Risikomanager verfügen.[170]

168 http://www.bmg.gv.at/cms/home/attachments/1/4/5/CH1331/CMS1366277814203/20130502_patientensicherheitsstrategie.pdf

169 Bundesgesetz zur Qualität von Gesundheitsleistungen (Gesundheitsqualitätsgesetz – GQG) BGBl. I Nr. 179/2004 in der Fassung BGBl. I Nr. 81/2013

170 GÖG, BMG, Ergebnisbericht Qualitätssysteme in Akutkrankenhäusern 2012, veröffentlicht unter www.goeg.at/de/BerichtDetail/Qualitaetssysteme-in-Akutkrankenanstalten-2013.html

Die Pflicht zur Qualitätssicherung ist für Krankenanstalten im Organisationsrecht im Kranken- und Kuranstaltengesetz[171] geregelt. Für den Betrieb von Ordinationen und Gruppenpraxen niedergelassener Ärztinnen und Ärzte sieht das ärztliche Berufsrecht die Pflicht der Entsprechung der fachspezifischen Qualitätsstandards vor[172]. Für die regelmäßige Qualitätsevaluierung und Qualitätskontrolle von Ordinationen und Gruppenpraxen regelt die Qualitätssicherungsverordnung 2012[173] insbesondere auch jene fachspezifischen Kriterien, die verpflichtend zu beachten sind. Darüber hinaus zielt eine Reihe von Rechtsvorschriften in Materiengesetzen wie dem Medizinproduktegesetz, der Medizinproduktebetreiberverordnung etc. auf die Qualitätssicherung hin.

Die Anforderungen an die Qualitätssicherung beziehen sich dabei auf das aktuelle Wissen und die Erfahrung, um Gesundheitseinrichtungen so zu führen bzw. zu betreiben, dass Schaden von Patientinnen und Patienten wie auch von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern ferngehalten wird.

Risikomanagement ist ein Bereich der Qualitätssicherung und des Qualitätsmanagements, der nach aktueller österreichischer Gesetzeslage nicht ausdrücklich und regelmäßig für die Struktur, die Organisation oder die Führung von Gesundheitseinrichtungen, sei es intramural, sei es im niedergelassenen Bereich, gefordert wird. Die Qualitätssicherungsverordnung 2012 umfasst zwar bereits das Risikomanagement als ein Instrument zur Untersuchung der Ursachen von Fehlern und unerwünschten Ereignissen; sie greift jedoch nur für Ordinationen und Gruppenpraxen.

Allerdings sind im Bereich des ArbeitnehmerInnenschutzes Prozesse des Risikomanagements bereits seit 1994 vorgesehen[174]. Konkret ist in § 4 ASchG die Entdeckung von Gefahren, ihre Analyse, die Implementierung von Maßnahmen zur Gefahrenvermeidung, deren Evaluierung und erforderlichenfalls ihre Überarbeitung, kurz der ganze PDCA-Zyklus[175], abgebildet.

Trotz Ähnlichkeit der Methoden ist der Ansatz des Mitarbeiterschutzes ein wesentlich anderer. Hier wird die Organisation, konkret der Arbeitgeber, mit dem Ziel der Mitarbeitersicherheit in die Pflicht genommen. Im Bereich der Patien-

171 Vgl. § 5b Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG), BGBl. 1/1957 in der Fassung BGBl. I 32/2014

172 Vgl. § 56 Abs. 1 ÄrzteG 1998

173 Kundgemacht unter www.aerztekammer.at

174 Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz – ASchG) BGBl. 450/1994 in der geltenden Fassung BGBl. I 71/2013

175 PDCA-Zyklus ist ein kontinuierlicher Verbesserungsprozess, der die Phasen des Planens, Tuns, Überprüfens und Umsetzens umfasst.

tensicherheit fordert das Gesundheitssystem die Vermeidung von Schäden an Patientinnen und Patienten durch Gesundheitseinrichtungen mittels eines funktionierenden Risiko- und Fehlermanagements ein.

Das Gelingen der Implementierung eines klinischen Risiko- und Fehlermanagements hängt von der Kultur der Organisation ab.

4.2. Organisationskultur

Vor dem Hintergrund rechtlicher Sanktionen zeigt sich, dass in Gesundheitseinrichtungen die Fehlerkommunikation gering ist, weil durch den Steuerungseffekt von Strafandrohungen das Vertrauen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in die Unterstützung auch bei nur vermeintlichen kritischen Ereignissen fehlt. Dies führt zu einer hohen Ausprägung negativer Emotionen, zu einer geringen Fehlerorientierung und geringer Flexibilität. Daher werden Verbesserungen durch die Implementierung von Instrumenten des Risikomanagements und die Möglichkeit, aus Fehlern zu lernen, hintangehalten.

Der systemische Rahmen zur Verbesserung der Patientensicherheit erfordert eine Sicherheitskultur, die durch folgende Kriterien gekennzeichnet ist: Die Akzeptanz der Chance, aus Fehlern zu lerenne, die Anerkennung fehlerbezogener emotionaler Belastungen, eine ausgeprägte Kommunikation des Sicherheitsaspektes und hohes Vertrauen sowie ausgeprägte Gerechtigkeit.

Aus der bisher gelebten destruktiven Fehlerkultur führt eine Verbesserungskultur, in der Lernen aus Fehlern die zentrale Strategie im Qualitäts- und Risikomanagement ist, zu jenem konstruktiven systemischen Ansatz, den eine Organisation benötigt, um eine aktive interdisziplinäre Patientensicherheitsstrategie zu verfolgen.[176]

Die Sicherheitskultur, die dafür den Rahmen bildet, kann den offenen Umgang mit unerwünschten Ereignissen und Fehlern sowie die Compliance der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nur dann gewährleisten, wenn die bewusste Missachtung beträchtlicher und nicht gerechtfertigter Risiken nicht toleriert wird. Letzteres ist eine Weiterentwicklung der Organisationskultur im Sinne der „Gerechtigkeit" und wird als just culture[177] bezeichnet.

176 *Löber*, Fehler und Fehlerkultur im Krankenhaus, Gabler Verlag, 2011

177 Zur just culture nach einem Konzept von David Marx vgl. insbesondere *Wachter*, Fokus Patientensicherheit. Fehler vermeiden, Risiken managen, ABW Wissenschaftsverlag, Risikomanagement, 2010 und *Decker*, Just Culture – Balancing Safety and Accountability, Ashgate, 2007.

4.3. Die Umsetzung

Voraussetzung für die systematische Qualitätsarbeit ist eine Strategie, die von der Führung der Gesundheitseinrichtung gestützt wird und die Compliance[178] der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter hat. Bei der Entstehung von Fehlern spielen Managemententscheidungen und die Organisation von Prozessen eine große Rolle. *Reason* prägte diese Verantwortung durch die Feststellung, dass nicht die Menschen, jedoch die Bedingungen, untern denen sie arbeiten, verändert werden können.[179]

Zur Bearbeitung stehen für Risiken proaktiv die klinische Risikoanalyse und für unerwünschte Ereignisse reaktiv Fehleranalysen zur Verfügung. Bei diesen Analysen sind insbesonders die sogenannten fehlerbegünstigenden Faktoren zu berücksichtigen und Sicherheitsbarrieren für deren Eintrittswahrscheinlichkeit vorzusehen. Ihre Einbettung in eine Gesundheitseinrichtung, die über eine Sicherheitskultur verfügt, wird durch die nachstehende Abbildung[180] dargestellt:

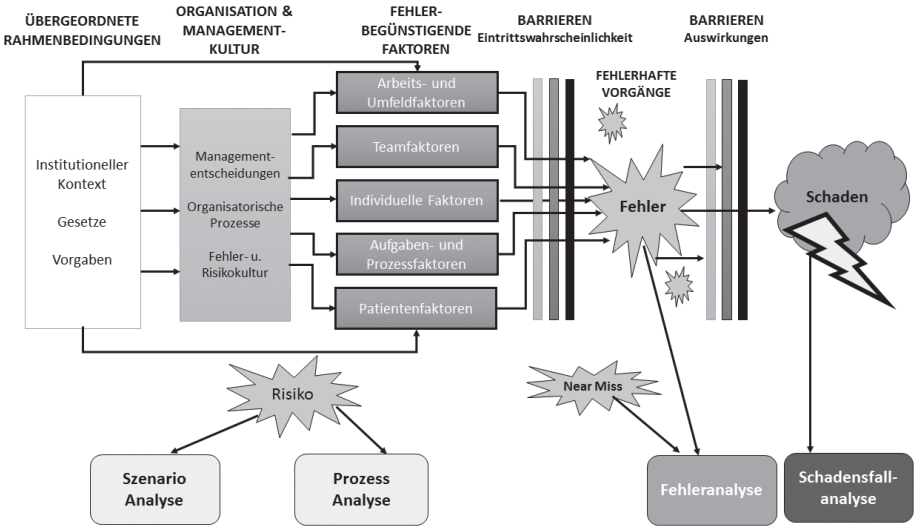

Abbildung 1: Unfallentstehungsmodell nach Reason, modifiziert von Zottl

178 Unter Compliance ist hier eine „Regeltreue" der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gegenüber den Prozessen und Maßnahmen des klinischen Risikomanagements zu verstehen.

179 We cannot change the human condition, but we can change the conditions under which humans work (James Reason).

180 © *Zottl* (Stabstelle Risikomanagement, Krankenhaus Hietzing mit neurologischem Zentrum Rosenhügel), adaptiert nach dem Unfall-Entstehungsmodell nach *Reason*, Menschliches Versagen: Psychologische Risikofaktoren und moderne Technologien, Heidelberg, Spektrum Akademischer Verlag 1994, 256

4.4. Patientenfaktoren

Bei den Patientenfaktoren spielen die Kommunikation und Sprachbarrieren eine große Rolle, ebenso soziale Faktoren und der Zustand der Patientinnen und Patienten. Immerhin sind Patientinnen und Patienten das letzte Sicherheitsnetz, bevor es zu einem Schaden kommt.

Patientenempowerment entspricht einem Ziel der Nationalen Patientensicherheitsstrategie[181]. Dem Thema hat sich die Plattform Patientensicherheit bereits im Jahr 2012 gewidmet und ein Patientenhandbuch als Leitfaden für einen sicheren Krankenhausaufenthalt erarbeitet[182].

4.5. Aufgaben und Prozessfaktoren

Für die Unterstützung von Aufgaben- und Prozessfaktoren sind die sog. Bundles[183] geeignete Maßnahmen. Sie bestehen aus evidenzbasierten Aktionen, die für eine klar definierte Patientengruppe und für klar definierte Abteilungen formuliert, trainiert und umgesetzt werden müssen. Sie sind dort besonders sinnvoll, wo eine hohe Schadensfrequenz und hohe Schadenskosten vorliegen, z.B. Infektionen bei zentralen Venenzugängen (central line bundle).

Bundles schaffen Bewusstsein, zeichnen sich durch einen methodischen Zugang (Evidenz) aus und stellen ein besseres Prozessdesign dar.

Ein anderes Beispiel für ein Instrument zur positiven Beeinflussung der Prozessfaktoren, durch eine klare Aufgaben und Prozessgestaltung ist ein Perioperatives Patienten- und OP-Management, das sich wie folgt darstellen lässt[184]:

181 Maßnahme 4, Patientensicherheitsstrategie

182 Ihr Patientenhandbuch – Leitfaden für einen sicheren Krankenhausaufenthalt; veröffentlicht unter www.plattform-patientensicherheit.at

183 Vgl. www.ihi.org, wo Bundles als Maßnahmen zur Förderung der Qualität und der Compliance beschrieben sind;

184 © Weingessl, Augenabteilung Krankenhaus Hietzing mit neurologischem Zentrum Rosenhügel

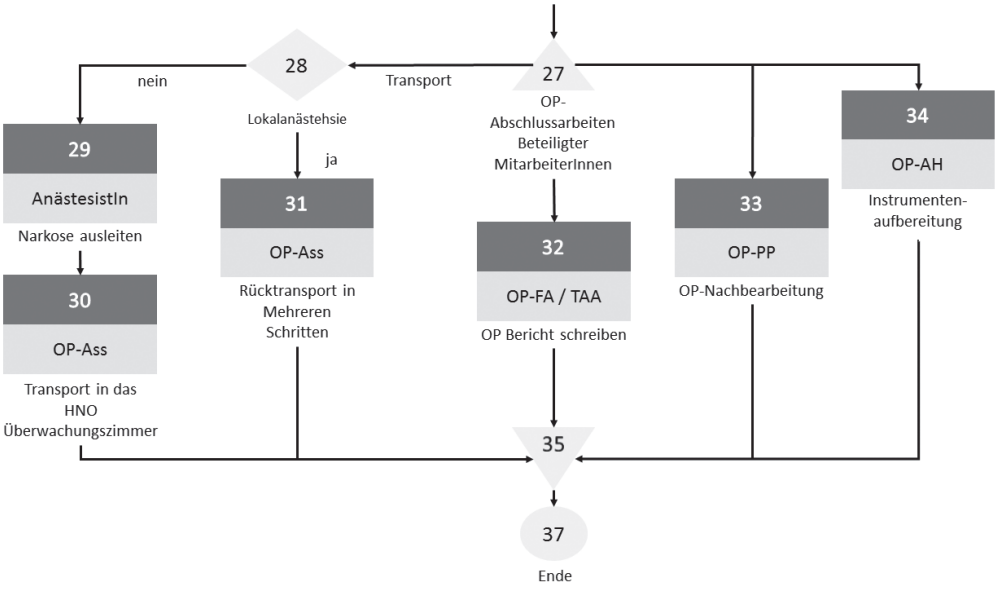

Abbildung 2: Perioperatives Patienten- und OP-Management nach Weingessl

4.6. Individuelle Faktoren und Teamfaktoren als fehlerbegünstigende Faktoren

Analysen von Fehlerursachen zeigen in sämtlichen Hochrisikobereichen, dass es die sogenannten Human factors sind, die ca. 80 % der Fehler verursachen. Daher müssen insbesondere die sogenannten non technical skills laufend geschult und trainiert werden. Darunter fallen die Fähigkeiten im kognitiven und interpersonellen Bereich, die den Umgang mit physischen und psychischen Leistungsgrenzen bestimmen. Entsprechende Schulungen stärken das Situationsbewusstsein, die Kompetenz zur Entscheidungsfindung, die Kommunikation und Teamarbeit sowie die Führungskompetenz.

Während das Berufsrecht beispielsweise der Ärztinnen und Ärzte eine regelmäßige qualitätsgesicherte Fortbildung[185] vorsieht, die insbesondere auf die Stärkung der Behandlungsqualität abzielt, fehlt eine parallele Verpflichtung im gesetzlichen

185 Vgl. § 49 Abs. 1 Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (Ärztegesetz 1998 – ÄrzteG 1998), BGBl. I 169/1998 in der Fassung BGBl. I 50/2014

Organisationsrecht insbesondere der Krankenanstalten: Das regelmäßige Training von Teams im Sinne des Crew Ressource Managements kann nur der Rechtsträger von Krankenanstalten im Rahmen seiner Organisationsverantwortung wahrnehmen. Am Beispiel der Luftfahrt, die entsprechende regelmäßige Trainings verpflichtend durchführt, zeigt sich, dass hierdurch sowohl eine offene Kommunikation als auch die Compliance gestärkt werden. In diesem Hochrisikobereich ist es zudem gelungen, die Fehler in den letzten 30 Jahren deutlich zu senken.

4.7. Arbeits- und Umweltfaktoren

Im Zusammenhang mit der technischen Ausstattung von Gesundheitseinrichtungen sind die Beschaffenheit, Verfügbarkeit und die Instandhaltung der Medizinprodukte zu beachten. Die Verantwortung des Betreibers der Gesundheitseinrichtung ist im Medizinproduktegesetz[186] sowie in den Begleitvorschriften geregelt. Unter diese Faktoren fällt auch die Gestaltung der Arbeitsplätze, die insbesondere im Rahmen der Medikamentensicherheit – etwa bei der Medikamentenvorbereitung –, aber auch im Zusammenhang mit den einschlägigen Hygienevorschriften von Relevanz ist. Darüber hinaus sind der Personalstand, die Qualifikation des Personals, die Arbeitsbelastung und insbesondere auch die Unterstützung durch die Vorgesetzten als Einflussfaktoren für die Fehlerbegünstigung zu berücksichtigen.

186 Bundesgesetz betreffend Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz – MPG), BGBl. Nr. 657/1996 in der Fassung BGBl. I 32/2014

5. Instrumente des Risikomanagements als Sicherheitsbarrieren

Im Folgenden werden exemplarisch evidenzbasierte Instrumente des Risikomanagements dargestellt, deren Wirksamkeit durch Studien belegt ist.

Darunter fallen insbesondere die WHO-OP-Sicherheits-Checkliste[187] und Critical incidents reporting and learning systems (= CIRS).

5.1. WHO-OP-Sicherheits-Checkliste

Eine internationale Studie, die sich auf Beobachtungen von Oktober 2007 bis März 2009 stützt, konnte nachweisen, dass durch die Anwendung von Checklisten OP-Komplikationen in jenen Krankenanstalten, die OP-Checklisten anwendeten, gegenüber jenen, die dies nicht taten, um mehr als ein Drittel sowie die Mortalität um rund 50 % gesenkt werden konnte.[188]

Die Wirkung von Checklisten bei regelmäßiger Anwendung verbunden mit laufenden Teamtrainings ist vielfach nachgewiesen.[189]

Die Plattform Patientensicherheit hat die WHO-Checkliste adaptiert und veröffentlicht. Sie ist einrichtungsspezifisch zu bearbeiten und sollte in Kombination mit Teamtrainings implementiert werden.

187 Veröffentlicht unter www.plattform-patientensicherheit.at

188 *Haynes* et al, A surgical safety checklist to reduce morbidity and mortality in a global population, New England journal of Medicine, 2009, 360: 491 ff.

189 Vgl. *Gawande*, The Checklist Manifesto, Metropolitan Books, 2009 sowie *Pronovost, Vohr,* Safe patients, smart hospitals: how one doctor's checklist can help us change health care form the inside out, Verlag Hudson Street Press, 2010

OP-Sicherheits-Checkliste

modifiziert nach der World Health Organization

Plattform Patientensicherheit

1 Sign In

▸ vor Einleitung des Anästhesieverfahrens

- ◯ Identität des Patienten
- ◯ Operationsart und Stelle

- ◯ Markierung der OP-Stelle (wenn erforderlich)
- ◯ Operationseinwilligung
- ◯ Antibiotika – Prophylaxe (nötig und erhalten)
- ◯ Risiko des Blutverlustes
- ◯ Schwierigkeiten zu erwarten
- ◯ Besonderes Equipment erforderlich
- ◯ Besondere Hygienemaßnahmen erforderlich

- ◯ Nötiges Equipment überprüft und einsatzbereit

- ◯ Anästhesieeinwilligung
- ◯ Schwieriger Atemweg / Aspirationsrisiko
- ◯ Allergien
- ◯ Allgemeiner Anästhesiecheck
- ◯ Monitoring angelegt und funktionsfähig (EKG, Pulsoximetrie, Blutdruck)

- ◯ Offene Fragen

2 Team Time Out

▸ vor Beginn des Eingriffs

Der Checklisten-Koordinator stellt sich selbst und die Team-Mitglieder namentlich und mit ihrer Funktion vor. Kennen sich alle Anwesenden und ist kein neues Teammitglied anwesend, genügt es, diese Tatsache festzustellen.

Bevor der Eingriff begonnen wird, werden folgende Punkte – für alle Anwesenden hörbar – vom Checklisten-Koordinator abgefragt und vom dafür Zuständigen beantwortet:

- ◯ Patientenidentität
- ◯ Art der Operation, Operationsstelle und Operationsseite
- ◯ Sind kritische Situationen zu erwarten? (Frage an alle)
- ◯ Blutkonserven bestellt / vorhanden
- ◯ Offene Fragen

Patientenetikett

3 Sign Out

▸ vor Eingriffsende

Der Checklisten-Koordinator führt folgende Abfragen durch:

- ◯ Welcher Eingriff wurde durchgeführt?
- ◯ Tücher und Instrumente komplett?
- ◯ Gewebeproben korrekt beschriftet?
- ◯ Probleme mit verwendeten Instrumenten oder Geräten?
- ◯ Informationen für die postoperative Betreuung des Patienten (Schmerztherapie, Verband, Drainagen, Verbote)
- ◯ gibt es noch Fragen / Unklarheiten?

Ergänzungen und Anpassungen an lokale Gegebenheiten sind erwünscht und notwendig.

Aus Gründen der leichteren, besseren Verständlichkeit wird auf eine geschlechterspezifische Differenzierung verzichtet. Die grammatikalisch gebräuchliche männliche Form schließt auch die weiblichen Personen mit ein.

Österreichische Version entwickelt von der
Plattform Patientensicherheit ANetPAS
www.plattform-patientensicherheit.at

Based on the WHO Surgical Safety Checklist,
URL http://www.who.int/patientsafety/safesurgery/en
© World Health Organization 2009.
All rights reserved.

Abbildung 3: OP-Sicherheits-Checkliste – Plattform Patientensicherheit

5.2. CIRS

Fehlerberichts- und Lernsysteme sind Instrumente zum Erkennen eigener Risiken, zur Vermeidung unerwünschter Ereignisse und zum Lernen von Risiken, Fehlern und vorbeugenden Maßnahmen anderer. Sie können anonyme oder offene Berichte vorsehen. Nach den entsprechenden Prozessen und dem Grad der strukturellen und organisatorischen Einbindung in die Gesundheitseinrichtungen ist zwischen lokalen, einrichtungsübergreifenden und nationalen Fehlerberichts- und Lernsystemen zu unterscheiden.

Für die Sinnhaftigkeit eines CIRS sind mehrere Voraussetzungen dringend zu berücksichtigen: Die Implementierung von CIRS ist nur dann effektiv, wenn es in ein gelebtes Risikomanagement eingebettet ist. Ein Briefkasten allein als Sammelstelle für Berichte über Risiken oder unerwünschte Ereignisse wird keine Veränderung bewirken. Für die Bearbeitung von Berichten aus dem CIRS ist der Grad der Sicherheitskultur in der betroffenen Gesundheitseinrichtung zu berücksichtigen. Wo das Vertrauen in eine um Sicherheit bemühte Organisation noch von Befürchtungen vor Strafe verdrängt wird, ist ein anonymes System, in dem die Identität der berichtenden Person unbekannt ist, der bessere Anfang. In Gesundheitseinrichtungen, die einen offenen Umgang mit unerwünschten Ereignissen und Fehlern bereits leben, ist ein offenes CIRS effektiver, weil dort unter Einbeziehung der berichtenden Person an den Ursachen und Auswirkungen von Risiken gearbeitet und Maßnahmen implementiert werden können. Und zuletzt ist das Feedback über Berichte in CIRS wichtig, – die Erfahrung, dass ein Bericht wahrgenommen und Veränderungen zu mehr Sicherheit auslöst, ist die beste Empfehlung dafür, dass ein Risikomanagement bei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern angenommen wird.

Fehlerberichts- und Lernsysteme sind in Österreich weder für die Struktur noch für die Organisation von Gesundheitseinrichtungen noch im Berufsrecht der Gesundheitsberufe gesetzlich verankert.[190] Dort, wo Organisationsverschulden haftungsauslösend wirkt, wird die gewissenhafte Umsetzung und regelmäßige Einbettung eines Fehlerberichts- und Lernsystems in ein Risikomanagement grundsätzlich eine positive Bewertung der Sorgfalt der Verantwortlichen stützen. Andererseits können natürlich Berichte über Risiken oder unerwünschte Ereignisse, die unbearbeitet oder unberücksichtigt bleiben, die Haftung der Organisation etwa nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz[191] verschärfen.

190 Die Nationale Patientensicherheitsstrategie sieht eine Implementierung von CIRS vor. Vgl. Nationale Patientensicherheitsstrategie, Maßnahme 4.2.

191 Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG), BGBl. I 151/2005 in der Fassung BGBl. I 112/2007

Im Durchschnitt gehen circa 300 bis 400 Fehler voraus, bis ein Schaden entsteht. Einem schweren Schaden gehen etwa 30 bis 40 geringere Fehler voraus. Wenn diese Fehler aber gemeldet werden, kann daran gearbeitet werden, den Schaden zu verhindern. Die Fehlerpyramide symbolisiert die Verteilung der kritischen Ereignisse und erhellt, dass der Fokus auf Beinahe-Fehler zu richten ist. Dort liegt mengenmäßig das größte Lernpotential.

Abbildung 4: Fehlerpyramide

5.3. CIRSmedical.at

Die Österreichische Ärztekammer hat im Jahre 2009 ein bundesweites Fehlerberichts- und Lernsystem für alle im österreichischen Gesundheitswesen Tätigen eingerichtet.

CIRSmedical.at ist ein anonymes, freiwilliges, überregionales, offenes Reporting- & Learningsystem, das online ohne Zugangsbeschränkung unter www.cirsmedical.at zum Berichten über eigene Erfahrungen und zum Lernen aus den Erfahrungen Anderer wie auch aus Empfehlungen von Expertinnen und Experten einlädt.

CIRSmedical.at wird unter anderem von der freiwilligen Interessensvertretung der Pflegeberufe, dem ÖGKV, der Plattform Patientensicherheit, der Patientenanwaltschaft Kärnten, dem Wiener Krankenanstaltenverbund sowie auch dem Bundesministerium für Gesundheit unterstützt. Es wird von der Österreichischen Gesell-

schaft für Qualitätssicherung und Qualitätsmanagement in der Medizin betrieben. Die begleitende Qualitätssicherung in der Pilotierungsphase sowie die Freigabe der zur Veröffentlichung geeigneten Berichte erfolgt über das Bundesinstitut für Qualität im Gesundheitswesen, das auch im März 2011 den ersten Evaluierungsbericht erstellte.[192]

6. Fazit

Die Faktoren, die zur Patientensicherheit beitragen, sind bekannt. Sie sind durch Studien belegt. Instrumente für die Vermeidung von unerwünschten Ereignissen sind evidenzbasiert und bewährt. Die Erfahrung zeigt, dass es anderer Maßnahmen als jener der Gesetzgebung bedarf, um Organisationen im Gesundheitswesen darauf vorzubereiten, mit klinischem Risikomanagement und Fehlermanagement an der Verbesserung der Patientensicherheit zu arbeiten. Die Sicherheitskultur, die dafür notwendig ist, bedarf jedoch möglicherweise noch rechtlicher Rahmenbedingungen, die allerdings in einer Rücknahme des Strafrechts und in Anreizen und Teamtrainings zur Compliance bestehen müssten. Nur dann kann im Sinne der Verantwortung des Einzelnen die sogenannte Just Culture entstehen, in der die Verlässlichkeit der Gesundheitseinrichtungen zum Wohle der Patientinnen und Patienten sowie der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter wachsen kann.

192 GÖG, Österreichweites Fehlerberichts- und Lernsystem, Evaluationsbericht veröffentlicht unter http://www.goeg.at/de/BerichtDetail/Oesterreichweites-Fehlermelde-und-Lernsystem-CIRSmedical_at-2011.html

Quellenverzeichnis:

BMG, GÖG (2012); Ergebnisbericht Qualitätssysteme in Akutkrankenhäusern 2012, veröffentlicht unter *www.goeg.at/de/BerichtDetail/Qualitaetssysteme-in-Akutkrankenanstalten-2013.html*

Brennan T.A., Leape L.L., Laird N. et al. (1991); Incidence of adverse events and negligence in hospitalised patients: results of the Harvard Medical Practice Study. New England Journal of Medicine, 324 (6):370 ff.

Decker (2007); Just Culture – Balancing Safety and Accountability, Ashgate

Gawande (2009); The Checklist Manifesto, Metropolitan Books

GÖG (2011); Österreichweites Fehlerberichts- und Lernsystem, Evaluationsbericht veröffentlicht unter http://www.goeg.at/de/BerichtDetail/Oesterreichweites-Fehlermelde-und-Lernsystem-CIRSmedical_at-2011.html

Haynes et al. (2009); A surgical safety checklist to reduce morbidity and mortality in a global population, New England journal of Medicine, 360: 491 ff.

Institute of Medicine (IOM) (1999) To Err is Human: Building a Safer Health System

Löber (2011); Fehler und Fehlerkultur im Krankenhaus, Gabler Verlag

Pronovost, Vohr (2010); Safe patients, smart hospitals: how one doctor's checklist can help us change health care form the inside out, Verlag Hudson Street Press

Schrappe (2008); Agenda Patientensicherheit 2008, veröffentlicht unter www.aps-ev.de/fileadmin/fuerRedakteur/Pdfs/Agenda_patientensicherheit/agenda_2008.pdf

Wachter (2010); Fokus Patientensicherheit. Fehler vermeiden, Risiken managen, ABW Wissenschaftsverlag, Risikomanagement

WHO (2002); Resolution WHO 55 2002/REC/1. Quality of Care: Patient Safety, Fifty-fifth World Health Assembly, Geneva

WHO (2005); World alliance for patient safety, Forward Programme 2005, 2

Weingessl, (Augenabteilung Krankenhaus Hietzing mit neurologischem Zentrum Rosenhügel), *Darstellung des perioperativen Patienten und OP Managements*

Zottl, (Stabstelle Risikomanagement, Krankenhaus Hietzing mit neurologischem Zentrum Rosenhügel) adaptiert nach dem Unfall-Entstehungsmodell nach *Reason*, (1994); Menschliches Versagen: Psychologische Risikofaktoren und moderne Technologien, Heidelberg, Spektrum Akademischer Verlag, 256, *Darstellung des Unfallentstehungsmodells*

Thomas Bergmair

Linzer Institut für Gesundheitssystem-Forschung

Defensive Medizin

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsneutrale Formulierung verzichtet. Die Verwendung der männlichen Form bezieht sich auf alle Geschlechter.

1. Einleitung 92

2. Defensive Medizin 93

3. Theoretische Ansätze 96

4. USA 99

5. Inzidenz 101

6. Kosten 104

7. Fazit 106

8. Literaturverzeichnis 107

Defensive Medizin stellt jene medizinische Handlungsweise dar, deren Motivation nicht ausschließlich das Wohl des Patienten ist, sondern bei der auch der behandelnde Arzt seinen eigenen Nutzen berücksichtigt. Aus Angst vor Haftungsansprüchen wird dem Patienten ein Mehr an Behandlung zuteil, was sich entgegen der weit verbreiteten Meinung nicht zwingend positiv auf die Gesundheit auswirken muss. Der vorliegende Artikel beschreibt zu diesem Thema sowohl theoretische ökonomische Ansätze als auch die Inzidenz und Evaluierung von Kosten für das Gesundheitswesen. Aufgrund der Studienlage beziehen sich die Daten größtenteils auf Arbeiten aus den USA, wo regelrechte Krisen der Haftpflichtversicherungsprämien den wissenschaftlichen Diskurs zu dem Thema ankurbelten. Nichtsdestotrotz sind die Ergebnisse auch für das österreichische Gesundheitssystem von Belang und sollten in der zukünftigen Gestaltung der Gesetzgebung zur Arzthaftung berücksichtigt werden.

1. Einleitung

Berufe im Gesundheitswesen sind unweigerlich mit der Gesundheit und damit mit dem Leben von Patienten verknüpft. In Österreich verpflichtet sich der Mediziner durch den Abschluss eines Behandlungsvertrages, der zwischen Patient und Arzt oder Patient und Spital entsteht, zu einer Behandlung lege artis. Diese Behandlung umfasst Heilbemühungen nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft.[193] Der Patient vertraut seine Gesundheit und somit sein Leben dem behandelnden Arzt, einem Menschen, an. Menschen haben allerdings die unangenehme Angewohnheit, nicht perfekt zu sein. Menschen begehen Fehler, so auch Ärzte. Zwar werden bestimmte Vorgänge entwickelt, um das Auftreten solcher Fehler möglichst unwahrscheinlich zu machen, aber nichtsdestotrotz können auch im medizinischen Umfeld Fehler passieren. Im Gegensatz zu den meisten anderen Berufsgruppen sind Berufe im medizinischen Bereich mit der Bürde behaftet, dass bei Fehlern schnell die Gesundheit oder gar das Leben eines Patienten betroffen sein kann. Wann immer ein solcher Umstand eintritt, ist das ein trauriger Einzelfall, selbstverständlich sollte dieser Patient dafür entschädigt werden. Aus dieser Tatsache heraus entwickelte sich im Laufe der Zeit in unseren Rechtsstaaten ein Sanktionsmechanismus, ärztliche Haftung genannt. Wenn Fehler gemacht werden, Patienten zu Schaden kommen und dafür entschädigt werden, gibt es jemanden, der dafür die Verantwortung zu tragen hat – schließlich geht es dabei um Geld. An dieser Stelle kommen gerne Ärzte ins Spiel, schließlich wurde mit ihnen der Behandlungsvertrag abgeschlossen. (Wenn die Behandlung in einem Spital zu Haftungsfragen führt, liegt die Verantwortung laut Behandlungsvertrag zwar beim Spitalsträger, es besteht aber zunehmend die Tendenz, trotzdem den Arzt beziehungsweise seine Versicherung zu belangen – weshalb die ÖÄK mittlerweile auch für angestellte Ärzte den nicht verpflichtenden Abschluss einer Haftpflichtversicherung empfiehlt.)

Hinzu kommt, dass die Emanzipation der Patienten gegenüber Ärzten zunimmt. Patienten fordern (zu Recht), besser in den medizinischen Prozess eingebunden zu werden. Ausführliche Patientenaufklärung ist unumgänglich geworden, oftmals haben Patienten bereits das gesamte Internet nach ihren Symptomen, Ursachen und etwaigen Behandlungsformen abgegrast, bevor sie – angereichert mit zweifelhaftem Schein- oder Halbwissen – vor dem Arzt stehen. Genau diese Entwicklungen sind es, die ein verstärktes Misstrauen wecken. Zusätzlich werden Behandlungsmöglichkeiten immer komplexer und somit auch anfälliger für Feh-

193 Vgl. z.B. http://www.medizinrecht-stickler.at/02_Medizinrecht/02-03_Zivilrecht/Behandlungsvertrag.htm

ler. Es kommt verstärkt zu Schuldzuweisungen, die im extremsten Fall zivil- und auch strafrechtliche Folgen haben können. Auch wenn diese Folgen zumindest im zivilrechtlichen Fall zumeist von Haftpflichtversicherungen abgefedert werden, treffen Sie in letzter Hinsicht trotzdem wieder die Prämien zahlenden Ärzte. Denn sowohl ein Anstieg der globalen Schadenswahrscheinlichkeit als auch ein Anstieg der globalen Schadenssumme führen in der Theorie unweigerlich zu einem Anstieg der Versicherungsprämien. Derartige Prozeduren führten in den USA bereits zu regelrechten Krisen –mit explosionsartigen Anstiegen von Versicherungsprämien. Zusätzlich zu den zivilrechtlichen Haftungsansprüchen drohen auch strafrechtliche Konsequenzen. In diesen, oftmals schon in der Prozessführung sehr kostspieligen und belastenden Fällen (auch im Fall eines Prozessgewinns), haftet die reguläre Berufshaftpflichtversicherung in der Regel nicht.[194] Zusätzlich zu einem potentiellen monetären Schaden durch Prozesskosten und etwaigen Strafen droht zumeist auch eine enorme Rufschädigung, die zuweilen sogar die ärztliche Existenz bedrohen kann.

2. Defensive Medizin

Als Konsequenz aus diesen Haftungsbedrohungen hat sich in den letzten Jahrzehnten der Begriff der defensiven Medizin entwickelt. Insbesondere im angelsächsischen Raum differenziert man dabei zwischen zwei Unterscheidungsformen – positiver und negativer defensiver Medizin.[195]

Bei „positiver defensiver Medizin" handelt es sich vorwiegend um zusätzlich durchgeführte Behandlungen, bei denen nicht das Patientenwohl die alleinige Motivation darstellt. Beispielsweise geht es dabei um zusätzlich angeordnete diagnostische Tests, die nicht notwendige Anwendung bildgebender Verfahren, übertriebene Zuweisungen zu Fachärzten oder gar unnötige Verschreibung von Medikamenten. Ziel dieser Maßnahmen ist nicht allein die Verbesserung der Gesundheit des Patienten, sondern zumindest zusätzlich die Absicherung des Arztes gegen Haftungsansprüche. Unter dem Begriff „negative defensive Medizin" werden all jene Maßnahmen verstanden, die der Vermeidung oder Verringerung eines Risikos dienen. Dies geschieht beispielsweise durch die Ablehnung bestimmter Patienten oder Behandlungsformen.[196]

194 http://www.aekwien.at/index.php/aerztlichetaetigkeit/berufs-und-standesrecht/haftung
195 U.S. Congress (1994)
196 U.S. Congress (1994)

Ein Überangebot an medizinischer Behandlung tritt nicht nur aus defensivmedizinischen Motiven auf. Beispielsweise können auch Abrechnungsregelungen die Anwendung von Gesundheitsversorgung, die über ein theoretisch optimales Niveau hinausgeht, fördern.[197]

Defensive Medizin kann sehr wohl medizinisch gerechtfertigt und richtig sein, aber aus falscher Motivation angewandt werden. Aus diesem Grund könnten Reformen des Haftungsrechtes, die die Anwendung defensiver Medizin reduzieren sollen, auch jene Praktiken einschränken, die dem Patienten eigentlich nutzen[198]. Ob beispielsweise der Nutzen einer früheren Erkennung von Brustkrebs den Schmerz und die Risiken, die mit negativen Biopsien einhergehen, aufwiegen, ist auch eine Wertfrage. Aus diesem Grund ist eine Bewertung von defensiver Medizin besonders schwierig[199]. Als positive Aspekte, die sich durch defensive Medizin für den Patienten ergeben könnten, werden oft sorgfältigere Untersuchungen, größere Bestrebungen, die Zufriedenheit zu erhöhen, detailliertere Aufklärung oder präzisere Aufzeichnungen genannt.[200]

Man könnte ganz allgemein meinen, es habe für den Patienten, abgesehen vom größeren Zeitaufwand, durchaus Vorteile, wenn auch sehr geringe Krankheitsrisiken durch übertriebene Absicherungsmedizin ausgeschlossen werden können. Wie später gezeigt wird, ist dies aber nicht der Fall. Eine Behandlung, beispielsweise das Erheben eines Laborwertes durch eine Blutabnahme oder die Durchführung einer Röntgenaufnahme, ist neben dem finanziellen Ressourcenverbrauch auch immer mit einem gewissen, zweifelsohne sehr kleinen Risiko verbunden. Sei es ein Risiko, das im Zuge der Untersuchung entsteht, oder sei es die Gefahr, einer Fehldiagnose oder Ähnlichem zum Opfer zu fallen.

Zudem befinden wir uns in einem Gesundheitssystem mit begrenzten Ressourcen, wo es im Sinne einer größtmöglichen Effizienz gilt, unnötige Ausgaben zu vermeiden, um im Idealfall je eingesetztem Mittel (Geld, Arbeitszeit, Ressourcen) den Output (Gesundheit) zu maximieren.

In der ökonomischen Theorie liegt Ineffizienz vor, wenn die Grenzkosten der zusätzlichen Behandlung über ihrem Grenznutzen liegen.[201] Die Handlungsoptionen gemäß dieser Definitionen sind allerdings in der Praxis der individuellen medizinischen Entscheidungen nicht ohne weiteres umsetzbar, da die dafür notwendige Information oftmals nicht vollständig vorhanden ist. Aus diesem Grund wird in der

197 Gawande (2009), zitiert nach Hermer and Brody (2010)
198 U.S. Congress, OTA (1994)
199 U.S. Congress, OTA (1994)
200 Summerton (1995)
201 Feess (2012)

Theorie von Erwartungswerten gesprochen, die dann entsprechend der Risikoaffinität der beteiligten Akteure abgewogen werden.

Unter Ökonomen gibt es daher eine formell präzisere Definition für defensive Medizin. Ausgehend vom Konzept einer optimalen Versorgung, die das Wohlbefinden des Patienten unter Berücksichtigung seiner Ressourcen optimiert, wird davon ausgegangen, dass all jene Behandlungen als überflüssig oder defensivmedizinisch einzustufen sind, deren erwartete Kosten den erwarteten Nutzen übersteigen.[202]

Gesundheitspolitisch relevant ist defensive Medizin vorwiegend aus zwei Gründen. Zum einen als Kostenfaktor, denn vermeidbare Behandlungen bieten ein Sparpotential, zum anderen natürlich hinsichtlich Versorgungsqualität – gilt es doch abzuwägen, welche Behandlungen der Gesundheit des Patienten nicht mehr förderlich sind.

Das Congressional Budget Office spricht von unterschiedlichen potentiellen Auswirkungen von Reformen im Haftungsrecht. Durch die damit verbundene Verringerung von positiver und negativer defensiver Medizin würde es zu einem Anstieg in der Anwendung komplizierter und risikoreicher Behandlungspraktiken kommen.[203] Dasselbe Argument bringen auch Hermer und Brody vor, die im Sinne der Patientenversorgung für eine Auflockerung der Arzthaftung plädieren. Auch sie argumentieren, dass besonders fortschrittliche, neue, aggressive Behandlungsmethoden oftmals unter Berücksichtigung von Haftungsproblematiken nicht zur Anwendung kommen[204]. Eine Lockerung der Haftungsregelungen könnte außerdem den Dokumentationszwang auflockern, so dass bestimmte Prozeduren schneller durchgeführt werden könnten. Geringeres Haftungsrisiko könnte außerdem ältere Ärzte dazu bewegen, später in Pension zu gehen und angehende Mediziner verstärkt in heute mit höherem Haftungsrisiko behaftete Fachgebiete locken. Diese Attraktivierung des Arztberufs würde das Arbeitsangebot erhöhen, so dass Marktmechanismen zu einer Anpassung bei Preisen und Nachfrage führen könnten.

Aufgrund dieser vielschichtigen Wirkungsweisen sind die tatsächlichen Auswirkungen auf das Gesundheitssystem nicht eindeutig prognostizierbar. Auch mögliche negative Konsequenzen, wie erhöhte Fahrlässigkeit und die daraus resultierenden Folgen, sind nicht auszuschließen.[205] Sinn des Haftungssystems ist die Vermeidung von fahrlässigem Verhalten, um dadurch die Versorgungsqualität zu

202 Sloan, Shadle (2009)
203 U.S. Congress (2006)
204 Hermer, Brody (2010)
205 U.S. Congress (2006)

gewährleisten[206]. Ähnliche Effekte sollten sich aber auch durch andere Alternativen als Angst und Schrecken vor Haftungsansprüchen erreichen lassen.

Der folgende Abschnitt erörtert theoretische Überlegungen zu defensiver Medizin.

3. Theoretische Ansätze

Die Entscheidungsfindung in der Medizin ist stets mit Kompromissen verbunden. Einer davon ist der Kompromiss zwischen Unsicherheit in der Diagnose und dem Risiko der Informationsbeschaffung.[207] Bereits in den 70er Jahren modellierten Pauker und Kassirer den Weg der therapeutischen Entscheidungsfindung. Ist die Wahrscheinlichkeit für eine Krankheit höher als eine Behandlungsschwelle, so sollte eine Behandlung erfolgen. Wenn die Wahrscheinlichkeit der Erkrankung unter dieser Schwelle liegt, sollte keine Behandlung erfolgen. Dieses Modell lässt sich grundsätzlich in vielen medizinischen Bereichen anwenden, denn oftmals herrscht zumindest eine gewisse Unsicherheit im Diagnoseverfahren.[208]

In weiterer Folge wurde dieser theoretische Rahmen dazu benutzt, Überlegungen zur Absicherungsdiagnostik als Form der defensiven Medizin und ihrer Auswirkungen auf die Patienten anzustellen. DeKay und Asch entwickelten ein Erwartungsnutzen-Modell das aufzeigt, dass Haftungs-Ängste der Ärzte dazu führen, den Rahmen an Krankheitswahrscheinlichkeiten, in dem diagnostische Tests angewandt werden, zu vergrößern. Sobald Ärzte zusätzlich zu den Interessen des Patienten ihre eigenen Interessen in die Entscheidung einer Behandlungsstrategie mit einbeziehen und sie für Behandlungsfehler verantwortlich gemacht werden können, besteht ein Anreiz, defensivmedizinisch zu agieren. Wenn diagnostische Testverfahren zusätzlich einen rechtlichen Schutz gegen potentielle Haftungsansprüche im Fall von Behandlungsfehlern bieten, kommt die defensive Absicherungsdiagnostik noch stärker zur Anwendung. Es wird nachgewiesen, dass bereits die bloße Existenz eines Haftungsrisikos zur Anwendung defensiver Absicherungsdiagnostik verleitet, unabhängig von einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Haftungsrisikos. [209]

206 U.S. Congress (1994)
207 Pauker, Pauker (1998)
208 Pauker, Kassirer (1975)
209 DeKay, Asch (1998)

DeKay und Asch zeigen in ihrem Modell auch auf, dass defensive Absicherungsdiagnostik den Patienten – entgegen der weit verbreiteten Meinung – durchaus auch schaden kann. Aufgrund der Miteinbeziehung externer Effekte bei der Wahl der Behandlungsstrategie werden auch Patienten behandelt, für die eine Anwendung des Diagnoseverfahrens nicht den optimalen Behandlungsweg darstellen würde. Es gilt aber der Grundsatz: Wenn die Durchführung diagnostischer Tests nicht die optimale Behandlungsstrategie darstellt, bevor der Arzt seine eigenen Interessen berücksichtigt, kann sie auch später nicht die optimale Behandlungsstrategie für ihn sein. Dieses Ergebnis widerspricht zahlreichen Argumenten, dass Patienten von zusätzlicher Absicherungsdiagnostik nur profitieren würden. Natürlich werden aufgrund derartiger Praktiken manche Patienten profitieren, andererseits werden aber auch andere Patienten darunter leiden, beispielsweise aufgrund von fehlerhaften Ergebnissen im diagnostischen Verfahren.[210]

DeKay und Asch kommen zu dem Schluss, dass defensive Absicherungsdiagnostik den Nutzen aller Patienten schmälert, deren Behandlungsstrategie durch die defensive Praktik beeinflusst wird. Diese Tatsache sei Ärzten kaum bewusst. Als Lösungsvorschläge unterstützen die Autoren aufgrund ihrer Ergebnisse Reformvorschläge zur Arzthaftung. Sie weisen aber gleichzeitig darauf hin, dass ihrem Modell zufolge defensive Praktiken so lange bestehen, solange ein Haftungsrisiko bleibt – wie klein auch immer dieses Risiko sein mag. Aufklärung könnte das Problem lindern. Der Glaube, defensive Absicherungsdiagnostik würde dem Patientenwohl dienen, stammt von der korrekten aber kurzsichtigen Ansicht, dass bei einigen der zusätzlich getesteten Patienten korrekterweise eine Erkrankung diagnostiziert werden könnte und ihnen dadurch geholfen würde. Tatsächlich wird durch einen derartigen Eingriff aber der Nutzen aller betroffenen Patienten auf Kosten des Nutzens des Arztes und der Versicherung geschmälert.[211]

Pauker und Pauker folgern aus diesen Erkenntnissen auch, dass in Umständen, unter denen Ärzten weniger Zeit pro Patient bleibt, defensive Medizin zusätzlich gefördert wird, da der Arzt den Patienten weniger gut einschätzen kann[212].

Kao and Vaithianathan verwenden ein Modell, in dem Ärzte unvollkommene Agenten für versicherte Patienten sind, die eigentlich im Sinne der Patienten handeln sollten, tatsächlich aber auch ihr eigenes Wohl im Hinterkopf haben. In einer solchen Umgebung entspricht den Autoren zufolge ein optimales Haftungsrechtskonzept den verschuldensunabhängigen Haftungssystemen in Skandinavien und Neuseeland. Dort wird eine präventive Medizin subventioniert – was ein besseres

210 DeKay, Asch (1998)
211 DeKay, Asch (1998)
212 Pauker, Pauker (1998)

Instrument zur Optimierung der Versorgung darstellt als ein Regime der Kunstfehlerhaftung.

Feess modelliert ebenfalls den Einfluss von Schadenshaftung auf die Behandlungstherapie, allerdings als negative defensive Medizin, in Form von Vermeidung einer risikobehafteten Behandlungsalternative. In seinem Modell entscheiden sich Ärzte zwischen zwei Behandlungsmethoden, einer konservativen aber risikofreien Methode, die keine komplette Heilung bringt, und einer aggressiveren Behandlungsmethode, die zwar komplette Heilung ermöglicht, aber auch fehlschlagen kann. Ein hoher Grad an direkter Verantwortung für Schäden birgt große Anreize zur Anwendung der konservativen Behandlungsmethode. In einer perfekten Welt würden aggressive, riskante Behandlungsmethoden nur in Krankenhäusern mit entsprechender Versorgungsstufe angeboten werden, da dort das Risiko eines Fehlschlages so gering wie möglich gehalten werden kann. In einer derartigen perfekten Welt hätten Patienten auch im Schadensfall Verständnis, dass sich ein Risiko zu ihren Ungunsten ausgewirkt hat, und ein negativer Behandlungserfolg wäre nicht automatisch als Versagen des Arztes zu werten.[213]

Black sieht in negativer defensiver Medizin gar einen Vorteil, der die Qualität der Versorgung erhöhen kann. Er argumentiert, dass durch die Strategie der Risikovermeidung bestimmte komplizierte Behandlungen von wenigen Spezialisten durchgeführt werden und somit Spezialisierungseffekte eintreten.[214].

All diese Modelle verdeutlichen die Anreize, die von einer Haftungsproblematik ausgehen. Zwar sollte bei der Wahl des Behandlungsweges nur auf die Bedürfnisse des Patienten eingegangen werden, die Bedrohung durch Haftungen führt aber unweigerlich in eine defensive Medizin. Zwar wird in den hier zitierten Artikeln vorwiegend von Schadenersatzforderungen und Geldstrafen als Form der Entschädigung ausgegangen, aber auch strafrechtliche Konsequenzen könnten ähnliche oder sogar noch dramatischere Anreize nach sich ziehen. Darüber hinaus weisen Kessler und McClellan darauf hin, dass tatsächliche Verurteilungen gar nicht notwendig sind, um defensive Medizin zu fördern. Allein das Auftreten eines Schadensfalles und die Möglichkeit einer Haftung sind mit großem Aufwand verbunden und nehmen viel Zeit in Anspruch. Auch die Reputation wird in Mitleidenschaft gezogen[215]. Relativiert wird diese Ansicht jedoch in einem Bericht des US-Kongresses. Ärzte, die in der Vergangenheit bereits verurteilt wurden, sehen demzufolge wesentlich seltener eine Gefahr durch Reputationsschäden und Nachfrageeinbußen als jene Ärzte, die noch nicht verurteilt wurden. Sehr wohl

213 Feess (2012)
214 Black (1990)
215 Kessler McClellan (2002)

bestätigt aber der US-Kongress die Gefahr durch psychologische Konsequenzen, wie Verlust des Selbstvertrauens, Depression und andere Probleme, im Zuge von Kunstfehler-Prozessen[216].

Eine Messung von defensiver Medizin – und vor allem von ihren tatsächlichen Auswirkungen – ist äußerst schwierig. Die zwei Möglichkeiten beschränken sich auf direkte Befragungen und auf den Rückschluss von Unterschieden in Haftungsrisiken auf Unterschiede in den Behandlungsstrategien.[217]

In diesem Abschnitt wurde aufgezeigt, dass ein Auftreten von sowohl positiver als auch negativer defensiver Medizin durchaus rationalen Überlegungen entspringt und sich in ökonomischen Modellen darstellen lässt. Die Aussage der Modelle ist klar: Haftung fördert defensive Medizin, und zwar sowohl negative als auch positive defensive Medizin. Der nächste Abschnitt soll die spezielle Situation in den USA darlegen, da eine Vielzahl der vorhandenen wissenschaftlichen Papiere sich mit der dortigen Situation auseinandersetzen. In weiterer Folge wird die Inzidenz defensiver Medizin untersucht und es werden die dadurch entstehenden Kosten beziffert.

4. USA

Der vorliegende Artikel untersucht die wissenschaftliche Sachlage zu defensiver Medizin. Diese Thematik wurde im Zuge von Reformvorhaben im Haftungsgesetz vor allem in den USA heiß diskutiert. Natürlich besteht ein großer kultureller Unterschied im Vorgehen bei Haftungsansprüchen und in weiterer Folge vor allem in der Ausübung juristischer Möglichkeiten zwischen den USA und Österreich. Dennoch ist eine Darstellung der Sachlage gerade aufgrund dieser ausgeprägten „juristischen Angriffslust" interessant, nicht zuletzt, weil auch hierzulande regelmäßig vor einer bevorstehenden Amerikanisierung des Rechtssystems gewarnt wird.

Die USA durchlebte in den vergangenen Jahrzehnten eine regelrechte Krise der Arzthaftung. Insbesondere die Anstiege bei den Haftpflichtversicherungsprämien und Zunahmen von Anklagen und Schuldsprüchen ließen die Rufe nach einer bun-

216 U.S. Congress (1994)
217 Manner (2014)

desweiten Reform des Schadenersatzrechtes zunehmend lauter werden. Sowohl der hohe Anstieg der Gesundheitsausgaben als auch der Ärztemangel in einzelnen Bundesstaaten wurden als Folgen der Krise der Arzthaftung angesehen. Sogar einen Anstieg der Arbeitslosigkeit befürchteten einzelne als Konsequenz einer weiteren Erhöhung der Versicherungsprämien für Haftpflichtversicherungen.[218]

Durch Prämienunterschiede induzierte Anreizwirkungen können die Größe und Zusammensetzung der Ärzteschaft beeinflussen. Eine Erhöhung der Haftpflichtversicherungsprämien kann sich über die Krankenversicherungsprämien auch auf die Bevölkerung auswirken – und damit auf den Versicherungsschutz der Bevölkerung. Über Arbeitgeberanteile an der Krankenversicherung würde sich eine solche Erhöhung schlussendlich sogar auf die Beschäftigung auswirken – besonders auf Berufstätige, die am unteren Ende des Einkommensspektrums angesiedelt sind.[219]

Der tatsächliche Schaden, der Ärzten durch die Verteidigung gegen Haftungsvorwürfe entsteht, wird vom US-Kongress aufgrund einer Erhebung mit 2,7 bis 5 Tagen und finanziellem Aufwand von $ 2.400,- bis $ 5.600,- je Schadensfall beziffert. Schadenersatzansprüche in Millionenhöhe seien die absolute Ausnahme und würden zumeist entweder von mehreren Parteien getragen oder in weiteren Instanzen gemindert.[220] Tendenziell neigen Ärzte unabhängig von ihren Fachgebieten dazu, die Risiken einer Klage deutlich zu überschätzen.[221]

Tatsächlich zeigen auch Baicker und Chandra, dass Anzahl und Summe der Schadenszahlungen kaum Einfluss auf die Prämienhöhe der Haftpflichtversicherungen haben. Auch einen Zusammenhang zwischen Versicherungsprämien und der Anzahl an Ärzten können sie entgegen bestehender Befürchtungen nicht nachweisen. Vielmehr scheint die Ärzteschaft auf die Anzahl der Schadenszahlungen angebotsseitig zu reagieren. Darin sehen die Autoren einen Nachweis dafür, dass, unabhängig von der Schadenshöhe, Rechtsstreitigkeiten stets mit hohen Kosten verbunden sind. Nicht nur im monetären, sondern auch im Sinne zeitlicher und psychischer Belastung.[222]

Nachdem in diesem Abschnitt die Situation in den USA, woher der Großteil der vorliegenden wissenschaftlichen Papiere stammt, näher dargestellt wurde, wird im folgenden Abschnitt die Inzidenz von defensiver Medizin näher untersucht.

218 Baicker, Chandra (2005)
219 Baicker, Chandra (2005)
220 U.S. Congress (1994)
221 U.S. Congress (1994)
222 Baicker, Chandra (2005)

5. Inzidenz

Stellvertretend für zahlreiche ähnliche Untersuchungen mit ähnlichen Ergebnissen wird hier eine Studie aus dem Jahr 2005 vorgestellt. Eine Befragung unter mehr als 800 Ärzten aus 6 besonders risikobehafteten Fachrichtungen in Pennsylvania zeigt eine enorme Verbreitung defensiver Praktiken auf. 93 Prozent gaben an, defensive Medizin zu praktizieren. Als besonders beliebt erwies sich „Absicherungsverhalten". Negative defensive Medizin wurde von immerhin 42 Prozent der Teilnehmer eingestanden. Besonders jene Ärzte, die nur geringes Vertrauen in ihre Haftpflichtversicherung haben, und jene, die die Haftpflichtversicherungsprämie als besondere Belastung empfinden, tendieren dazu, noch stärker in die defensive Medizin auszuweichen. [223]

Eine Studie aus Großbritannien zeigt auch dort eine große Verbreitung defensiver Praktiken auf (78 Prozent), die Inzidenz liege aber weit hinter den USA oder Japan. Überflüssige Tests waren mit 60 Prozent der Antworten die häufigste defensivmedizinische Praktik, unnötige Zuweisungen werden von 55 Prozent angegeben. Negative defensivmedizinische Handlungen waren mit 21 beziehungsweise 9 Prozent weniger stark vertreten. Eine Regression unter Berücksichtigung von Alter, Geschlecht, Fachrichtung und Dienstrang zeigt auf, dass ältere Ärzte mit größerer Erfahrung und Expertise seltener Gebrauch von defensivmedizinischen Praktiken machen, obwohl unter ihnen ein größerer Anteil bereits mit Haftungsfällen konfrontiert war. Trotz intensiver Bemühungen des National Health Service in Großbritannien, eine verschuldungsfreie medizinische Kultur zu schaffen, geben 86 Prozent der Ärzte an, Bedenken zu Haftungsproblemen zu haben. Im Gegensatz zu anderen Studien finden die Autoren keine fachrichtungsspezifischen Unterschiede.[224]

In einer weiteren Erhebung unter 500 Allgemeinmedizinern in Großbritannien wurde eine hohe Korrelation zwischen defensiven Praktiken und der Angst vor Haftungsfällen nachgewiesen. Besonders hoch war diese Korrelation für die negative defensive Medizin, also die Ablehnung von Behandlungen. Hinsichtlich des Verständnisses des Haftungsrechts wurde kein signifikanter Zusammenhang zur defensiven Medizin festgestellt. Unter den defensiven Praktiken waren besonders verbreitet: diagnostische Tests, Zuweisungsraten, Nachuntersuchungen, bessere Erklärung und genauere Aufzeichnungen. Diese Praktiken wurden sig-

223 Studdert et al. (2005)
224 Ortashi et al. (2013)

nifikant häufiger angewandt, wenn der Arzt angab, in Sorge vor Haftungsklagen zu sein.[225]

Derartige Erhebungsmethoden aus Befragungen sind immer wieder Grund für Kritik. In anderen Studien wiederum ist es nicht möglich, Motivationen für Verhaltensunterschiede zu differenzieren.[226]

Studdert et al. kritisieren allgemein, dass Daten die auf eigenen Einschätzungen der Ärzte beruhen, stets mit Vorsicht zu behandeln sind, da es dabei oftmals zu einer „sozial erwünschten" Antwortverzerrung kommt[227]. Auch Sloan und Shadle geben zu bedenken, dass Fragestellungen nach der Rolle des Haftungsrechtes bei medizinischen Entscheidungen wenig relevante Daten für die Quantifizierung der mit defensiver Medizin verbundenen Kosten liefern. Da diese nicht auf einer Gegenüberstellung von erwartetem Grenznutzen und erwarteten Grenzkosten einer Behandlung basieren, ist die Aussagekraft solcher persönlicher Einschätzungen begrenzt. Dennoch erkennen sie die verzerrende Wirkung einer optimalen Behandlung durch die bloße Existenz einer Gefährdung durch Haftungsrechte an.[228]

Ein im renommierten Journal of Health Economics publizierter Artikel von Sloan und Shadle untersucht die Inzidenz von defensiver Medizin nicht auf Basis von Befragungen, sondern anhand der zweiten genannten Möglichkeit: des Rückschlusses von Risiko- auf Handlungsunterschiede. Sie erforschen die Auswirkungen von Reformen im Haftungsrecht, basierend auf Daten aus einem Zeitraum von 15 Jahren, und finden kaum signifikante Auswirkungen direkter oder indirekter Reformen auf medizinische Entscheidungen. Auch die Gesundheit der Patienten leidet ihrer Erkenntnis nach nicht.[229] Defensive Medizin wird also entweder gar nicht praktiziert, was in Anbetracht der weiteren Studienlage unwahrscheinlich scheint, oder durch die Gesetzesreformen kaum beeinflusst, so dass sie in der Datenerhebung nicht erfasst werden kann.

Nur eine einzelne Spezifikation zeigt sehr wohl leichte Inzidenz in Richtung Kostensenkungspotential auf, allerdings auf Kosten der Überlebensrate von Patienten. Die Autoren betrachteten dieses Ergebnis zum Veröffentlichungszeitpunkt zwar als Einzelfall im wissenschaftlichen Diskurs, und sie schlossen aus, dass Haftungsrechtsreformen tatsächlich eine Verschlechterung der medizinischen Versorgungsqualität nach sich ziehen würden, neuere Ergebnisse relativieren diese Ansicht allerdings. Sie kommen zu dem Schluss, dass – wenn überhaupt – vor

225 Summerton (1995)
226 Studdert et al. (2010)
227 Studdert et al. (2010)
228 Sloan, Shadle (2009)
229 Sloan, Shadle (2009)

allem indirekte Reformen einen Effekt auf die Gesundheitsausgaben haben könnten.[230]

Eine jüngere Studie von Zabinski und Black gelangt schließlich zu einer ähnlichen Erkenntnis. Die Autoren befassen sich mit den Auswirkungen einer Reduktion des Haftungsrisikos auf die Patientensicherheit. Entgegen zahlreicher anderer Ergebnisse, die hauptsächlich Mortalität als Indikator für Patientensicherheit heranziehen, analysieren sie Patientensicherheitsindikatoren (PSIs). In einer Difference-in-Difference-Analyse kommen sie zu dem Schluss, dass die Patientensicherheit nach der Auflockerung des Haftungsrechtes im Laufe einiger Jahre abnimmt. Dieses Ergebnis zeigt auf, dass eine bloße Aufhebung der Haftung allein nicht ausreicht, Kosten bei gleichbleibender Qualität einzusparen. Es ist notwendig, die Versorgungsqualität weiterhin hoch zu halten oder sogar zu erhöhen. Schadenshaftung sei ein Anreiz, um Versorgungsqualität auf einem hohen Standard zu gewährleisten. Allerdings sei dies nicht der einzige Ansatz, und schon gar nicht der beste.[231]

Speziell mit der Verbreitung von negativer defensiver Medizin beschäftigt sich Feess. Er fasst die Ergebnisse der wenigen verbreiteten Studien zu diesem Aspekt der defensiven Medizin zusammen. Die Anwendung derartiger Praktiken liege laut Selbsteinschätzung in Fragebögen zwischen 30 und 60 Prozent – je nachdem, welche Ausprägung negativer defensiver Medizin in welcher Fachrichtung abgefragt wurde.[232]

Praktiken, die einst aus Absicherungsgründen durchgeführt wurden, könnten aufgrund steter Wiederholung mittlerweile als medizinischer Standard angesehen werden. Der defensivmedizinische Hintergrund hinter manchen Behandlungsstrategien kann bereits in Vergessenheit geraten sein.[233] Aufgrund dieser Einschätzung könnten defensivmedizinische Praktiken noch stärker verbreitet sein, als es in derartigen Studien angegeben wird. Solche unbewusste defensive Medizin ist aber wahrscheinlich auch schwieriger zu beseitigen.

Im folgenden Abschnitt wird die Einschätzung der Kosten der Defensivmedizin dargestellt.

230 Sloan, Shadle (2009)
231 Zabinski, Black (2014)
232 Feess (2012)
233 U.S. Congress (1994)

6. Kosten

Wenn schon die Inzidenz defensiver Medizin nur schwierig und uneindeutig nachweisbar ist, gestaltet sich die Bewertung der Kosten als noch komplizierteres Unterfangen. Erstmalig untersuchen Kessler und McClellan die zu erwartenden Einsparungen durch eine Reform des Haftungsrechts im US-Gesundheitswesen. Sie erwarten eine Ausgabenreduktion zwischen 5 und 9 Prozent der Gesundheitsausgaben – ohne Einbußen bei der Lebenserwartung oder zusätzliche medizinische Komplikationen. Sie kommen zu dem Schluss, dass derartige Reformen defensivmedizinische Praktiken einschränken können, sie weisen aber darauf hin, dass sich diese Effekte erst nach einigen Jahren voll entfalten würden.[234]

Auch die Prognose von Backer und Chandra bewegt sich in einem ähnlichen Rahmen. Ein 10-prozentiger Anstieg der Fälle erhöht die Gesundheitsausgaben allgemein um 1,3 Prozent. Bildgebende Verfahren wären von einem solchen Anstieg mit einer Steigerung von fast 3 Prozent sogar noch stärker betroffen. Analog zu den Ergebnissen von Kessler und McClellan ergäbe sich für den 60-prozentigen Anstieg der durchschnittlichen Versicherungsprämien zwischen 2000 und 2003 ein Anteil der Defensivmedizin von über 5 Prozent. Die Autoren stellen diese Ergebnisse einem Anstieg der Gesundheitsausgaben um 30 Prozent gegenüber und schließen daraus, dass es sich bei der Defensivmedizin nicht um die treibende Kraft dieses Anstieges handelt.[235]

Thomas et al. quantifizieren die durch defensive Medizin entstandenen Kosten für das Gesundheitssystem und kommen zu dem Schluss, dass eine 10-prozentige Reduktion der Versicherungsprämien die Gesundheitsausgaben für die Allgemeinheit um weniger als 1 Prozent verringern würden. Sie meinen daher, dass der Effekt einer potentiellen Reform des Haftungsrechtes oftmals überschätzt würde. Ihre eigene Untersuchung stützen die Autoren auf eine besondere Forschungsstrategie, die von der Signalwirkung von Entwicklungen auf dem Haftpflichtversicherungs-Markt auf die Kosten im Gesundheitssystem schließt. Ärzte würden ihr eigenes Haftungsrisiko aufgrund der Versicherungsprämien einschätzen. Ausgehend von dieser Modellierung kommen sie zu dem Schluss, dass defensivmedizinische Praktiken zwar sehr wohl weit verbreitet existieren würden, ihr Einfluss auf die Gesundheitsausgaben sich allerdings in Grenzen halten würde. Aufgrund des Studiendesigns sei es allerdings nicht möglich, fachrichtungsunspezifische und national einheitlich angewandte defensivmedizinische Praktiken aufzuzeigen.

234 Kessler, McClellan (1996)
235 Baicker, Chandra (2005)

Diese Praktiken würden sich allerdings den Autoren zufolge auch durch die Einführung einer Haftungsreform nicht beeinflussen lassen. Dennoch betonen die Autoren, dass auch das geringe Einsparungspotential keineswegs vernachlässigt werden sollte, womit sie sich den Erkenntnissen von Hermer und Brody anschließen.[236] [237]

Auch Studdert et al. kommen zu einem ähnlichen Ergebnis. Sie unterstreichen, dass die Gesetzgebung in Fragen der Arzthaftung zwar dringend einer Reform bedarf, um defensive Medizin einzuschränken und kosteneffiziente Gesundheitsversorgung zu ermöglichen. Sie betonen allerdings explizit, dass eine solche Einschränkung nur in geringem Ausmaß kostensenkende Wirkung zeigen würde.[238]

Lieber zeigt auf, dass nach Haftungsreformen in einem Bundesstaat sowohl die Ärztedichte als auch die Rate an Behandlungsfehlern in benachbarten Bundesstaaten fällt. Er kommt also zu dem Schluss, dass besonders jene Ärzte, die einem größeren Haftungsrisiko ausgesetzt sind (sei dies aufgrund der Fachrichtung oder aufgrund der Arbeitsweise), verstärkt auf eine Veränderung in der Gesetzgebung reagieren, und er interpretiert dieses Ergebnis als adverse Selektion.[239]

Thomas et al. bringen die äußerst diversifizierte Studienlage auf den Punkt. Sie argumentieren, dass unterschiedliche Ergebnisse von keinen potentiellen Effekten bis hin zu dramatischen Einsparungspotentialen eine große Bandbreite an Auswirkungen von Haftungsreformen und somit von defensiver Medizin abdecken. Sie kommen zu dem Schluss, dass vor allem Studien aus der jüngeren Vergangenheit durchwegs zumindest von moderatem Sparpotential durch derartige Reformen und eine damit verbundene Reduktion defensiver Medizin ausgehen.[240]

236 Thomas et al. (2010)
237 Hermer, Brody (2010)
238 Studdert et al. (2010)
239 Liebert (2014)
240 Thomas et al. (2010)

7. Fazit

Bei „positiver defensiver Medizin" handelt es sich vorwiegend um zusätzlich durchgeführte Behandlungen, bei denen nicht das Patientenwohl die alleinige Motivation darstellt. Unter „negativer defensiver Medizin" werden all jene Maßnahmen verstanden, die der Vermeidung oder Verringerung eines Risikos dienen. Die Messung von defensiver Medizin und von ihren Auswirkungen erweist sich als äußerst schwierig und erfolgt zumeist durch direkte Befragungen oder durch Rückschluss von Unterschieden in Haftungsrisiken auf Unterschiede in den Behandlungsstrategien.

Ein Auftreten von sowohl positiver als auch negativer defensiver Medizin lässt sich in ökonomischen Modellen darstellen, die allesamt eine klare Aussage treffen: Haftung fördert defensive Medizin. Im Zuge einer Reduktion der defensiven Medizin muss jedoch sehr wohl beachtet werden, Anreize zur Erhaltung hoher Qualität zu schaffen. Ansonsten droht eine Beeinträchtigung der Patientensicherheit.

In Befragungen berichten Ärzte in den USA von einer enormen Verbreitung defensiver Praktiken. Über 90 Prozent der Ärzte geben an, defensive Medizin zu praktizieren. Die häufigste Ausprägungsform positiver defensiver Medizin ist übertriebene Diagnostik. Die Anwendung negativer defensiver Praktiken liegt zwischen 30 und 60 Prozent. Daten aus Großbritannien zeigen auch dort eine große Verbreitung defensiver Praktiken auf (78 Prozent).

Von einer Reform des Haftungsrechtes versprechen sich zahlreiche Autoren eine Reduktion der defensiven Medizin und somit ein Einsparpotential bei den Gesundheitsausgaben. Vor allem ältere Prognosen für die Effekte von Reformen im Haftungsrecht waren sehr unterschiedlich und reichten von keinen potentiellen Effekten bis hin zu enormem Einsparungspotential. Aktuellere Ergebnisse zeigen vorwiegend ein moderates Potential zwischen 1 und 10 Prozent der Gesundheitsausgaben auf. Die tatsächlichen Effekte würden sich aber erst nach einigen Jahren voll entfalten. Zahlreiche Autoren werden nicht müde zu betonen, dass auch geringe Sparpotentiale sehr wohl ausgenutzt werden müssen.

Hinsichtlich der Einsparpläne im österreichischen Gesundheitssystem, die vor allem durch Limitationen von Leistungen auf der Angebotsseite versuchen, weitere Kostenanstiege im Zaum zu halten (Kostendämpfungspfad), sind tatsächliche Einsparpotentiale besonders hervorzuheben, wenn sie auch nur von geringem Ausmaß sind. Eine geringe Kostenreduktion wäre einem abgeschwächten Kostenanstieg stets vorzuziehen.

8. Literaturverzeichnis

Baicker, K.; Chandra, A.; (2005): Defensive Medicine and Disappearing Doctors?; Regulation, Vol. 28, No. 3; pp. 24–31, Fall 2005

Black, B.; (1990): Medical litigation and the quality of care; The Lancet, Vol. 335, Ausgabe 8680, 35–37

DeKay, M.; Asch, D.; (1998): Is the defensive use of diagnostic tests good for patients, or bad?; Med Decisi Making. 1998; Jan–Mar; 18(1): 19–28

Feess, E.; (2012): Malpractice liability, technology choice and negative defensive medicine; Eur J Health Econ (2012); 13: 157–167

Gawande, A.;(2010): The cost conundrum; New Yorker; zitiert nach Hermer, Brody (2010)

Hermer, L.; Brody, H. (2010): Defensive Medicine, Cost Containment, and Reform; J Gen Intern Med 25(5): 470–473

Kao, T.; Vaithianathan, R. (2010): Optimality of no-fault medical liability systems; No 480, PIE/CIS Discussion Paper; Center for Intergenerational Studies; Institute of Economic Research; Hitotsubashi University

Kessler, D.; McClellan, M.; (1996): Do doctors practice defensive medicine? ; Quarterly Journal of Economics, 1996, v111 (2, May), 353–390

Lieber, E. (2014): Medical Malpractice Reform, the Supply of Physicians and Adverse Selection; Journal of Law and Economics, Vol. 57, 2014

Ortashi, O.; Virdee, J.; Hassan, R.; Mutrynowski, T.; Abu-Zidan, F.; (2013): The practice of defensive medicine among hospital doctors in the United Kingdom; BMC Med Ethics, 2013, 29; 14: 42

Pauker, S.; Kassirer, J.; (1975): Therapeutic decision making: a cost-benefit analysis; N Engl J Med 1975; 293: 229–234

Pauker, S.; Pauker, S.; (1998): Expected-utility Perspectives on Defensive Testing. Torts, Tradeoffs, and Thresholds-Is Defensive Medicine Defensible?; Med Decis Making. 1998 Jan–Mar; 18(1): 29–31

Sloan, F.; Shadle, J.; (2009): Is there empirical evidence for „Defensive Medicine"? A reassessment; Journal of Health Economics 28 (2009); 481–491

Studdert, D.; Mello, M.; Sage, W.; DesRoches, C.; Peugh, J.; Zapert, K.; Brennan, T.; (2005): Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment; JAMA, 2005 – Vol 293, No. 21; p 2609–2617

Studdert, D.; Mello, M.; Brennan, T.; (2010): Defensive Medicine and Tort Reform; A Wide View; J Gen Intern Med 25 (5): 380–381

Summerton, N; (1995): Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners; BMJ. Jan 7, 1995; 310 (6971): 27–29

Thomas, J.; Ziller, E.; Thayer, D; (2010) Low Costs Of Defensive Medicine, Small Savings From Tort Reform; Health Affairs 29, No. 9 (2010): 1578–1584

U.S. Congress, Office of Technology Assessment; (1994): Defensive Medicine and Medical Malpractice;Washington, DC: U.S. Government Printing Office, July 1994

U.S. Congress, US Congressional Budget Office; (2006): Medical malpractice tort limits and health care spending; Washington DC; US Government printing office

Zabinski, Z.; Black, B.; (2014): The Deterrent Effect of Tort Law: Evidence from Medical Malpractice Reform; Northwestern Law & Econ Research Paper No. 13-09.

Auf den StandPunkt gebracht

Die Rubrik „Auf den StandPunkt gebracht“ beinhaltet Positionen und ExpertInnenwissen aus der Standesvertretung der Ärzte und Ärztinnen in Österreich und aus weiteren Interessensgruppen zum jeweiligen Schwerpunktthema der Ausgabe.

Dr. Gerald Bachinger
Leiter der NÖ Patienten- und Pflegeanwaltschaft

„Gerade bei der Patientensicherheit müssen wir weg von der strafrechtlichen Schiene, da geht es nicht um „shame and blame", sondern um eine möglichst rasche Anhebung der Qualitätslatte auf breiter Front, damit es zu keiner Gefährdung von Patienten mehr kommt."

In den letzten Jahren hat sich die typische Patient-Arzt-Beziehung zu einer Beziehung auf gleicher Augenhöhe gewandelt. Beide sind Experten in ihrem jeweiligen Bereich. Der Arzt im fachlich-medizinischen Bereich und der Patient als Experte, was seine Werteordnung, Lebensqualität und seine individuellen Zugänge zum Thema Krankheit und Gesundheit betrifft. Viele Patienten (vor allem die jüngere Generation) wollen nicht mehr (wohlwollend) bevormundet werden und verlangen umfassende und verständliche sowie begreifbare Information, um selbstverantwortliche Entscheidungen treffen zu können. Wenn dies auch derzeit noch nicht der flächendeckende Zustand ist, so ist dies jedenfalls ein unumkehrbarer Trend, der immer stärker wahrzunehmen ist. Ein solches partnerschaftliches Modell hat natürlich Auswirkungen, wenn einmal Fehler/Schadenfälle vorgefallen sind. Die Patienten erwarten volle Transparenz und proaktives Vorgehen seitens der Ärzte. Das Argument, die Patienten sollen nicht verunsichert werden, führt heutzutage nur zu Irritationen und zusätzlichen Konflikten. Auf Ärzteseite bemerke ich in den letzten Jahren durchaus große Bereitschaft, eine offene Fehlerkultur zu leben und nicht durch Verschweigen und „Unter-den-Teppich-Kehren" zusätzliche Verletzungen der Angehörigen oder der Patienten hervorzurufen. Auch die Haltung, dass guten Ärzten Fehler nicht passieren können/dürfen, wird zunehmend abgelehnt. Seitens der Patienten/Angehörigen stelle ich ebenso fest, dass ein transparentes Vorgehen meist nicht als Vertrauensverlust, sondern als Vertrauensgewinn registriert wird.

Es ist heute keine Seltenheit mehr, dass ein Abteilungsleiter bei der Patientenanwaltschaft anruft, von einem Behandlungsfehler berichtet und um Beratung ersucht, wie im Interesse des betroffenen Patienten am besten vorzugehen ist.

Patienten haben meist großes Verständnis, dass etwa Krankenanstalten hochkomplexe Einrichtungen sind und dort immer wieder Fehler und Schadensfälle vorkommen können. Das Verständnis endet aber dann, wenn der Eindruck besteht, dass Patienten belogen werden oder nicht die volle Wahrheit vermittelt wird oder Fehler/Schadensfälle vertuscht werden sollen.

Eigentlich selbstverständlich sollte es sein, dass in solchen Fällen eine Entschuldigung erfolgt, dies ist ein empathisches, kommunikatives Grundbedürfnis der Patienten/Angehörigen, aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen zulässig und erwünscht und keinesfalls eine Obliegenheitsverletzung; siehe den Ratgeber „Wenn etwas schief geht" der Plattform Patientensicherheit.

Es gibt immer wieder seltene Einzelfälle, dass Angehörige oder Patienten „Rache" nehmen wollen und daher nach strafrechtlichen Konsequenzen rufen. Das ist aber oft die Konsequenz eines zuvor erlebten schlechten kommunikativen Umganges und der einzige Ausweg, den Patienten sehen, wenn man sie alleine lässt.

Festzuhalten ist, dass eine strafrechtliche Aufarbeitung weder dem betroffenen Patienten noch dem Gesundheitssystem nutzt. Falls es selten genug zu einer strafrechtlichen Verurteilung kommt, sind die Patienten/Angehörigen meist enttäuscht, weil die strafrechtlichen Konsequenzen keinesfalls ihren Vorstellungen entsprechen. Selbst bei massiven Behandlungsfehlern kommt es bei unbescholtenen Staatsbürgern zu bedingten Geldstrafen oder bedingten Haftstrafen.

Ziel einer strafrechtlichen Aufarbeitung ist nicht und kann es auch nicht sein, dass aus Fehlern gelernt wird bzw. qualitätssichernde Aspekte wahrgenommen werden. Solche Ansätze können nur im außergerichtlichen Verfahren etwa bei den Patientenanwaltschaften begonnen werden.

Eine strafrechtliche Befassung führt auch zu einer absoluten Verhärtung der Fronten, und Lösungen, die für beide Seiten akzeptabel sind, können nicht mehr gefunden werden. Ich spreche mich daher auch dediziert gegen eine überbordende Anzeigepflicht (Mythen, wie absolute Anzeigepflicht bei „Mors in Tabula", sind kontraproduktiv) aus, da beim strafrechtlichen Weg eigene Gesetze wirken und ein Zurückführen auf eine außergerichtliche, einvernehmliche Streitbeilegung nicht mehr möglich ist.

Dazu kommt, dass wir aus vielen Studien aus dem Bereich Patientensicherheit wissen, dass ein medizinischer Behandlungsfehler sehr selten aus einem einzelnen medizinischen Fehlverhalten resultiert. In den meisten Fällen handelt es sich um ein Bündel von Kausalitäten von verschiedenen Personen/Berufsgruppen und um ein starkes negatives Wirken von defizitären strukturellen Rahmenbedingungen. Dieser Gemengelage können Strafprozesse, die vor allem auf ein individuelles Verschulden ausgerichtet sind (Ausnahme: Verbandsverantwortlichkeitsgesetz), nicht gerecht werden.

Ich denke, dass wir in puncto „defensiver Medizin" von den oft zitierten „amerikanischen Verhältnissen" nach wie vor sehr weit entfernt sind. Der österreichische Weg ist der gesundheitspolitisch gewünschte Weg der alternativen und außergerichtlichen Streitbeilegung. Es ist zwar ein Faktum, dass die gefühlte Bedrohung vieler Ärzte durch das Strafrecht als sehr hoch eingeschätzt wird. Beschreibungen wie: mit einem Fuß im Kriminal oder die „haftungsrechtliche Keule", sind immer wieder von Ärzten zu hören. Es darf daher nicht unterschätzt werden, dass solche professionellen Einschätzungen einen durchaus starken Einfluss auf die konkrete Art und Weise der Berufsausübung haben. Es ist aber umgekehrt genauso ein Faktum, dass strafrechtliche Verfahren und strafrechtliche Verurteilungen äußerst selten erfolgen, dann aber die Medien rauf und runter gespielt werden und dadurch der Eindruck entsteht, dass dies täglich passiere. Die gefühlte individuelle Bedrohung durch das Strafrecht ist also weit höher als die reale Gefahr, in die „strafrechtlichen Mühlen" zu gelangen. In dieser Hinsicht ist also objektive Information erforderlich, dann würden die Zahlen, Daten und Fakten für sich sprechen und übertriebene und abzulehnende Defensivmedizin nicht in Betracht kommen.

Eine wirksame Alternative zur strafrechtlichen Verfolgung sind die außergerichtlichen Angebote durch die Patientenanwaltschaften. Dort werden die durch medizinische Behandlungsfehler geschädigten Patienten in ihren Bedürfnissen wahrgenommen und auch die Patienten und Angehörigen, die den Verdacht haben, dass ein solcher Behandlungsfehler gegeben sei, professionell betreut. Viele Patienten wollen auch gar keine Rache, sondern vermeiden, dass das, was ihnen passiert ist auch weiteren Patienten passiert. Seitens der Patientenanwaltschaften werden daher Initiativen zur Hebung der Patientensicherheit unterstützt sowie alle Maßnahmen des Risk-Managements gefördert.

Ich kann mir durchaus vorstellen, dass noch weitere rechtliche Maßnahmen, wie etwa neue „strafrechtliche Privilegien", für die Gesundheitsberufe geschaffen werden, um der als sehr hoch gefühlten Bedrohung durch das Strafrecht zu begegnen. So könnte die strafrechtliche Latte erst bei grober Fahrlässigkeit beginnen und etwa erst dann, wenn schwere körperliche Dauerschäden oder Todesfolge aus medizinischen Behandlungsfehlern resultieren. Gerade im Bereich der Gesundheitsberufe und deren Einbettung in das Gesundheitssystem wirken die sonst seit Jahren erprobten und bewährten Ziele der strafrechtlichen General- und Spezialprävention nicht.

Dr. Reiner Brettenthaler
ehem. Präsident der Österreichischen Ärztekammer

„Nach meiner subjektiven Einschätzung sollten straf- und zivilrechtliche Konsequenzen überwiegend nur im Falle grober Fahrlässigkeit gezogen werden. Alles andere führt zu der – sehr teuren! – Sicherheitsmedizin. Ich weiß aber, dass dieser Wunsch politisch nicht durchsetzbar ist."

Die hier gemachten Angaben beruhen auf einer durch langjährige Erfahrung und aufgrund einiger, aber nicht vollständiger Unterlagen getroffenen, subjektiven Einschätzung. Genaue Zahlen sind mir nicht verfügbar – ich kann auch nicht beurteilen, ob solche überhaupt vorliegen.

Die in Österreich behandelten Patientinnen und Patienten scheinen Umfragen zufolge heute nicht unzufriedener mit der eigentlichen Behandlung durch Ärztinnen und Ärzte zu sein als früher – sie sind allerdings kritischer als noch vor einiger Zeit. Ob die Zunahme der Inanspruchnahme von Interventionsstellen tatsächlich „Unzufriedenheit" mit der medizinischen Behandlung bedeutet, ist schwer zu beurteilen. Diverse Umfragen lassen keinen gültigen Schluss zu. Für die Zunahme der Beanspruchung von Interventionsstellen sind verschiedene Gründe anzunehmen:

- Die kritische Haltung gegenüber allen Autoritäten, wie sie Ärztinnen und Ärzte noch immer vielfach darstellen, nimmt zu.
- Die Informationen aus verschiedenen Quellen, z.B. Internet, führen vermehrt zu der Annahme ärztlichen Fehlverhaltens und/oder ärztlicher Kunstfehler.
- Medien sind nicht „schuld", aber vermeintliches oder tatsächliches Fehlverhalten führt sehr oft zu einer überbordenden, manchmal auch sehr einseitigen Berichterstattung.

Die verschiedenen Schiedsstellen in den einzelnen Bundesländern werden – wie erwähnt – mit steigender Frequenz in Anspruch genommen. Ein Großteil

der Beschwerden liegt im Bereich der Kommunikation bzw. fehlenden oder vermeintlich fehlenden Aufklärung.

Ärztinnen und Ärzte unterliegen den strafrechtlichen und zivilrechtlichen Bestimmungen. Je nach Schwere eines i.a. gerichtlich festgestellten Fehlverhaltens können außerdem Disziplinarstrafen, die von der Verwarnung bis zum Berufsverbot gehen können, ausgesprochen werden.

Konsequenzen aus der zunehmend kritischen Haltung und aus den straf- und disziplinarrechtlichen Gegebenheiten sind ein steigendes Bedürfnis der Ärzteschaft nach rechtlicher Absicherung, u.a. durch die sog. „Sicherheitsmedizin", d.h. Anordnung und Durchführung medizinischer Maßnahmen, die weniger medizinisch, sondern mehr sicherheitstechnisch indiziert sind.

Nach meiner subjektiven Einschätzung sollten straf- und zivilrechtliche Konsequenzen überwiegend nur im Falle grober Fahrlässigkeit gezogen werden. Alles andere führt zu der oben erwähnten – sehr teuren! – Sicherheitsmedizin. Ich weiß aber, dass dieser Wunsch politisch nicht durchsetzbar ist. Versuche in dieser Richtung habe ich in meiner Zeit als ÖÄK-Präsident unternommen, bin aber damit nicht durchgedrungen.

Dr. Maria Leitner
Ärztekammer für OÖ, Abteilungsleitung Ärzterecht und Schiedsstellen; Schiedsstelle für Behandlungszwischenfälle

„In der Schiedsstelle für Behandlungszwischenfälle ist man stets um außergerichtliche Konfliktlösung bemüht. Als Institution der ÄK dient dies zwar natürlich auch dem Wohl der Ärztinnen und Ärzte, genauso geht es aber darum, Patienten möglichst rasch und unbürokratisch zu helfen, wenn diese durch die Behandlung eines Arztes zu Schaden gekommen sind. Dabei ist es wichtig, dass Arzt und Patient in einem gemeinsamen Gespräch die nicht korrekt abgelaufene Behandlung aufarbeiten können. Nur ein offener Umgang mit Fehlern lässt uns daraus lernen, um sie in Zukunft zu vermeiden."

Die Schiedsstelle für Behandlungszwischenfälle der Ärztekammer für OÖ hat sich in den mittlerweile mehr als 20 Jahren ihres Bestehens als unbürokratische Institution zur außergerichtlichen Konfliktlösung bestens etabliert und wird seither von den Patienten und deren Vertretern gerne in Anspruch genommen. Das Verfahren ist für die Patienten kostenlos, die Kosten übernehmen die Ärztekammer und die Haftpflichtversicherungen.

Geleitet wird sie von einer dreiköpfigen Kommission, der ein pensionierter Richter, nämlich der ehemalige Präsident des Oberlandesgerichtes, vorsitzt. Dieser garantiert zum einen Unabhängigkeit und Objektivität und nimmt zum anderen durch seine jahrzehntelange Berufserfahrung als Richter perfekt eine ausgleichende Rolle ein. Flankiert wird er von einem pensionierten ärztlichen Sachverständigen und einem im Medizinrecht versierten Juristen.

Die Kommission lädt alle Beteiligten zu einem gemeinsamen und offenen Vergleichsgespräch: sowohl die Patienten mit ihren Vertretern und Vertrauenspersonen als auch die Ärzte mit ihren Vertretern und ihren Versicherungen. Zumeist gelingt es dabei sofort, eine Konfliktlösung herbeizuführen: Wenn ein Behandlungs- oder Aufklärungsmangel festgestellt wird, kann so-

gleich an Ort und Stelle mit der Haftpflichtversicherung eine außergerichtliche Zahlung vereinbart werden. Bei medizinisch diffizilen Fragen kann ein externer Sachverständiger einvernehmlich bestellt und mit einem Gutachten beauftragt werden.

Oftmals liegen aber keine Behandlungsfehler vor, sondern Kommunikationsdefizite, die es auszuräumen gilt, oder Komplikationen, wobei hier die Schiedsstelle den Weg zum Patientenentschädigungsfonds ebnet.

Von den Gerichten wird uns bestätigt, dass durch die Tätigkeit der Schiedsstelle Arzthaftungsprozesse zurückgegangen sind.

Kaum ein Patient will einen Arzt strafrechtlich belangen: Patienten, die durch einen Arzt zu Schaden gekommen sind, wollen vielmehr einen Ersatz für diesen Schaden und zumeist eine Aufklärung darüber, was eigentlich passiert ist. Das kann ihnen die Schiedsstelle rasch und unbürokratisch bieten – und damit aufwändige, jahrelange Gerichtsverfahren vermeiden.

Die Inanspruchnahme der Schiedsstelle für Behandlungszwischenfälle ist in OÖ höher als in anderen Bundesländern, was wir auf eine besonders große Akzeptanz aller Beteiligten zurückführen.

In den ersten Jahren seit ihrem Bestehen sind naturgemäß die Beschwerdefälle ständig angestiegen – mittlerweile hat sich die Schiedsstelle überall etabliert, Patientenvertretung, Arbeiterkammer und Rechtsanwälte nehmen sie gleichermaßen in Anspruch. Zwar ist die Zahl der jährlichen Beschwerdefälle sehr volatil, ein langfristiger Trend der letzten 15 Jahre bewegt sich aber recht konstant um einen Bereich von etwa 200 Fällen pro Jahr.

Dr. Arthur Wechselberger
Präsident der Österreichischen Ärztekammer

„Es darf nicht sein, dass das Strafrecht, welches die Sanktionierung untragbarer Verletzungen individueller und gemeinschaftlicher Werte zum Ziel hat, als Menetekel über der verantwortungsvollen ärztlichen Tätigkeit droht, Ärzte verunsichert und die Arzt-Patienten-Beziehung belastet."

Es drohen „amerikanische Verhältnisse", hört man oft im Kollegenkreis. Gemeint ist dabei eine zunehmende Klagebereitschaft auf Patientenseite, um für einen nicht eingetretenen Heilerfolg Schadenersatz geltend zu machen. Steigende Prämien der Haftpflichtversicherungen sind eine offenkundige Reaktion des Versicherungsmarktes auf diese Tendenz. Schleichend der kontinuierlich steigende Dokumentationsaufwand. Nicht selten übersteigt die Dokumentation zur Beweissicherung schon den Aufwand zur Diagnose- und Therapiesicherung. Ein Übermaß an Untersuchungen und Verzögerungen im Behandlungsauflauf treffen als Ausfluss einer Defensivmedizin Patienten wie Kostenträger.

Gleichzeitig kann man allerdings seit Jahren den noch viel gefährlicheren Trend zur strafrechtlichen Verfolgung von Ärzten beobachten. Seien es Versuche mancher Patienten, im Wege eines Strafverfahrens ihr Kostenrisiko im Zivilprozess zu minimieren, oder sei es ein gar nicht so selten vernehmbarer öffentlicher Tenor, der Ärzten grundsätzlich Fahrlässigkeit unterstellt, wenn Patienten im Rahmen einer Krankenbehandlung Schaden erleiden oder gar zu Tode kommen. – In den meisten Fällen trifft der Vorwurf eines fahrlässigen Verschuldens dabei ausschließlich die Ärzte, selten das Behandlungsteam und kaum jemals das Krankenhaus.

Wenn sich auch „Gott sei Dank" viele strafrechtliche Vorwürfe im Nachhinein nicht bestätigen, so führen sie doch zu einer großen Belastung der betroffenen Ärzte, aber auch zu tiefer Verunsicherung bei alle anderen, die tagtäglich ihrem risikobehafteten Arztberuf nachgehen müssen. Eine nicht selten bemerkbare, wenn auch unter der Beteuerung der Unschuldsvermutung subtile Vorverurteilung oder eine berufliche Suspendierung bringen die Betroffenen

in existentielle Nöte. Sie werfen auch Schatten auf Krankenhäuser und verunsichern Patienten. Oft über Jahre, in denen den Prozessverlauf begleitende Medienberichte Vermutungen und Gerüchte warmhalten.

Leider bestehen sogar Tendenzen die strafrechtliche Haftung für Ärzte zu verschärfen. So haben in letzter Zeit Staatsanwaltschaften versucht, in ihren Strafanträgen von vornherein sogenannte „besonders gefährliche Verhältnisse" zu unterstellen. Damit soll die ärztliche Tätigkeit und die dieser inne wohnende Gefahrengeneigtheit per se schon eine strafverschärfende Qualifikation bewirken.

Damit ist es für den Gesetzgeber höchste Zeit, gegen diese Entwicklung aufzutreten. Es darf nicht sein, dass das Strafrecht, welches die Sanktionierung untragbarer Verletzungen individueller und gemeinschaftlicher Werte zum Ziel hat, als Menetekel über der verantwortungsvollen ärztlichen Tätigkeit schwebt, Ärzte verunsichert und die Arzt-Patienten-Beziehung belastet. Zu den wesentlichen Grundlagen erfolgreicher und für alle zufriedenstellender ärztlicher Arbeit gehört Freiheit. Freiheit, nicht nur in der situations- und patientenbezogenen Wahl der Diagnostik und Therapie, sondern besonders auch Freiheit von Angst vor voreiligen Schuldzuweisungen und unbegründeter Strafandrohung.

Wann ist es Zeit für eine Bank, die Sie ein Leben lang begleitet?

Wenn Sie einen Partner suchen, dem Sie jederzeit vertrauen können. Nehmen Sie sich Zeit für ein Gespräch mit uns: LGT Bank Österreich Wien Tel. 01 227 59-0 und Salzburg Tel. 0662 2340-0.

LGT. Partner für Generationen. In Wien, Salzburg und an mehr als 20 weiteren Standorten weltweit. **www.lgt.at**

LGT Private Banking

Die Zeitschrift für Gesundheitspolitik (ZGP) des Linzer Instituts für Gesundheitssystem-Forschung (LIG) versteht sich als Medium zur Veröffentlichung neuer Denkanstöße und Perspektiven zu aktuellen Problemen des österreichischen Gesundheitssystems. Sie will damit einen Beitrag zur innovativen Weiterentwicklung des österreichischen Gesundheitssystems leisten. Themenbereiche sind etwa intra- und extramurale Versorgung, Nahtstellenmanagement, Finanzierung, Organisation und Akteure des Gesundheitssystems. Die ZGP richtet sich an Personen aus Politik, Sozialversicherung, Kammern, Wissenschaft und an alle, die am Gesundheitssystem interessiert sind.

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Gerne lassen wir Ihnen unverbindlich und kostenlos ein Exemplar zukommen.

Bestelladresse:

Linzer Institut für Gesundheitssystem-Forschung (LIG)
Dinghoferstraße 4, 4010 Linz
Tel.: ++43/732/77 83 71-320
Fax: ++43/732/78 36 60-320
E-mail: bergmair@aekooe.at

Bestellformular: http://www.lig-gesundheit.at/abonnieren

LIG LINZER INSTITUT FÜR GESUNDHEITSSYSTEM-FORSCHUNG

aekooe Ärztekammer für Oberösterreich