

Zum Spannungsverhältnis zwischen Finanzierbarkeit des
deutschen Gesundheitswesens und ärztlichem
Behandlungsstandard

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Jennifer Bretzke

Rechtsanwältin aus: Köln

Referent: Professor Dr. Ingo Mittenzwei
Korreferent: Prof. Dr. Barbara Grunewald
Tag der mündlichen Prüfung: 15.07.2003

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juli 2003 von der juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Bis August 2003 veröffentlichte Literatur wurde, soweit möglich, eingearbeitet.

Bedanken möchte ich mich an dieser Stelle zunächst bei Herrn Prof. Dr. Mittenzwei für die fachliche Betreuung der Arbeit und das große Interesse an der vorliegenden Thematik sowie bei Frau Prof. Dr. Grunewald für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Darüber hinaus gilt mein besonderer Dank Herrn Rainer Rosenberger, der mir als Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Köln, Senat für Arzthaftung, bei der Themenwahl geholfen und die vorliegende Arbeit durch wertvolle Beiträge gefördert hat.

Schließlich bedanke ich mich bei meinen Eltern, die nicht nur mein Studium, sondern auch meinen gesamten Lebensweg stets liebevoll und großzügig unterstützt haben.

Köln, im August 2003

Jennifer Bretzke

Einleitung	1
1. Teil: Die Finanzierung des Gesundheitswesens in Deutschland	5
1. Kapitel: Das deutsche Gesundheitssystem	5
A. Begriffsbestimmung	5
B. Entwicklung	5
C. Das Krankenversicherungssystem	6
I. Die gesetzliche Krankenversicherung (GKV)	7
II. Die private Krankenversicherung (PKV)	9
D. Die medizinische Versorgung	12
I. Ambulante Krankenbehandlung	12
II. Stationäre Krankenbehandlung	13
III. Öffentlicher Gesundheitsdienst	14
2. Kapitel: Die Finanzierbarkeitsproblematik	14
A. Ressourcenknappheit	14
B. Das Kostenproblem im deutschen Gesundheitssystem	16
I. Die Kostenentwicklung	16
II. Ursachen des Kostenanstiegs	17
1. Medizinischer Fortschritt	18
2. Defensivmedizin	19
3. Demographische Entwicklung	20
4. Verschwendung vorhandener Ressourcen	22
5. Erhöhung der Ärztedichte	23
6. Anspruchsdenken der Bevölkerung	24
7. Mangelnde Verzahnung von ambulanter und stationärer Medizin	26
8. Arbeitslosigkeit	27
9. Fremdleistungen der GKV	28
10. Zunahme von Singlehaushalten	28

IV. Bewertung der einzelnen Ursachen des Kostenanstiegs	29
V. Kostendämpfungsversuche des Gesetzgebers.....	30
1. Das Gesundheitsreformgesetz (GRG).....	30
2. Das Gesundheitsstrukturgesetz (GSG)	31
3. 1 und 2 Krankenversicherungsneuordnungsgesetz (KV-NOG).....	32
4. Gesundheitsreform 2000 (GR-2000)	32
C. Folgen der Kostenentwicklung: Rationalisierung und Rationierung in der Medizin	34
I. Rationalisierung medizinischer Leistungen.....	34
II. Rationierung medizinischer Leistungen.....	35
1. Beispiele für Rationierung im deutschen Gesundheitssystem	35
2. Grenzen von Rationierung.....	36
D. Verantwortungsebenen.....	38
E. Entscheidungsträger.....	40
Ambulante Behandlungsverhältnisse.....	40
II. Organisationsstrukturen im Krankenhaus	41
1. Weisungsgebundene Ärzte.....	41
2. Leitende Fachärzte.....	43
Krankenhausleitung.....	43
4. Krankenhausträger.....	44
5. Staatliche Planung	46
F. Kriterien der Verteilung medizinischer Ressourcen auf der Ebene	
der Mikroallokation.....	46
I. Lebensalter.....	47
II. Sozialer Wert.....	48
III. Zahlungsfähigkeit	48
IV. Wartezeit und medizinische Indikation.....	49
G. Zwischenergebnis.....	51

2. Teil: Ärztlicher Behandlungsstandard	52
1. Kapitel: Grundlagen der zivilrechtlichen Arzthaftung	53
A. Tatbestände der Arzthaftung.....	55
I. Vertragliche Haftung.....	55
II. Deliktische Haftung.....	56
B. Fahrlässigkeit in der Arzthaftung	57
2. Kapitel: Standard der erforderlichen Sorgfalt	58
A. Begriff	59
I. Geschichte des Standards als Instrument des Haftungsrechts.....	59
II. Begriff und Bedeutung des ärztlichen Behandlungsstandards.....	60
1. Basis-Standard	61
2. Dynamischer Standard	62
B. Standardbildung	63
I. In medizinischer Hinsicht	64
II. In rechtlicher Hinsicht	65
C. Haftungsrechtliche Bedeutung.....	67
D. Grenzbereiche des ärztlichen Standards - Therapiefreiheit und Ermessen	71
I. Behandlungsalternativen im Rahmen des Behandlungsstandards.....	72
II. Anwendung neuer Behandlungsmethoden.....	74
1. Standardbehandlung - Heilversuch - Klinisches Experiment	74
2. Standard und medizinischer Fortschritt.....	76
III. Außenseitermethoden.....	78
E. Institutioneller Standard	79
F. Verletzung des ärztlichen Behandlungsstandards	81
I. Diagnosefehler.....	82
II. Therapiefehler	83
III. Nachsorgefehler.....	84
IV. Organisationsverschulden.....	84

3. Teil: Konflikt zwischen ärztlichem Standard und Finanzierbarkeit des Gesundheitswesens	85
1. Kapitel: Spannungsverhältnis im Zivilrecht	87
A. Entwicklung der Rechtsprechung	87
I. Primäre Versorgungspflichten.....	88
1. Apparativer Standard.....	88
a. Gerät ist noch nicht vorhanden.....	89
b. Gerät ist vorhanden, jedoch nur begrenzt einsatzfähig.....	92
c. Gerät ist vorhanden und voll einsatzfähig	94
d. Vorhandenes Gerät gehört noch nicht zum vorausgesetzten Standard	96
2. Personeller Standard	96
a. Personalmangel.....	97
aa. Direkter Personalmangel.....	97
bb. Indirekter Personalmangel (Sicherheitsstandard)	100
b. Qualifikationsmängel.....	102
aa. „Anfängeroperation“.....	102
bb. Standard der Notfallversorgung.....	104
3. Standard der Medikamentenvorhaltung.....	105
4. Hygienischer Standard.....	107
II. Zusammenfassung.....	109
III. Stellungnahmen der Literatur und eigene Bewertung	109
IV. Sekundäre Versorgungspflichten	114
(bei Nichtgewährleistung des Behandlungsstandards)	
1. Verweisungspflicht zur Vermeidung von Übernahmeverschulden.....	114
a. Rechtsprechung	115
b. Stellungnahme	116
2. Qualitätsaufklärung.....	117
a. Rechtsprechung	117
b. Literatur	119
c. Stellungnahme.....	121
B. Zwischenergebnis	123

2. Kapitel: Spannungsverhältnis im Sozialrecht	126
A. Ärztlicher und sozialrechtlicher Standardbegriff	126
I. Medizinischer Fortschritt.....	127
II. Arzneimittel.....	129
B. Behandlungsstandard und sozialrechtliches Wirtschaftlichkeitsgebot	131
I. Das Wirtschaftlichkeitsgebot	132
II. Einfluss des Wirtschaftlichkeitsgebots auf den ärztlichen Behandlungsstandard.....	135
1. Zivilrechtliche Grundsätze	135
2. Bewertung	138
C. Behandlungsstandard und Budgetierung	141
I. Budgetierungen im Gesundheitswesen.....	141
II. Einfluss von Budgetierungen auf den ärztlichen Behandlungsstandard.....	143
1. Wird der Behandlungsstandard wegen Budgetierungsmaßnahmen gesenkt ?	143
2. Darf der Arzt eine Behandlung aus Kostengründen unterlassen?.....	145
a. Die Behandlung in der Praxis.....	146
aa. Allgemeine Behandlungspflichten.....	146
bb. Nichtbehandlung aus finanziellen Gründen.....	148
b. Die Behandlung im Krankenhaus.....	150
aa. Allgemeine Behandlungspflichten.....	150
bb. Nichtbehandlung aus finanziellen Gründen.....	150
D. Besonderheiten in der privaten Krankenversicherung	152
I. Rechtsprechung.....	154
II. Stellungnahme	157
3. Kapitel: Exkurs: Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin.....	158
4. Kapitel: Lösungsansätze und Zusammenfassung	161
A. Lösungsansätze	161
I. Qualitätssicherung und risk-management.....	163
II. Evidenz-basierte Medizin (EBM).....	165

III. Leitlinien.....	167
1. Begriff.....	167
2. Kostengesichtspunkte.....	168
3. Haftungsrechtliche Verbindlichkeit	169
4. Kritik.....	172
5. Vergleich mit anderen Handlungsregeln.....	174
6. Leitlinien in der GKV	175
7. Stellungnahme	176
IV. Möglichkeiten der Zivilgerichte	178
V. Engere Zusammenarbeit von Medizinern und Juristen.....	179
VI. Ökonomische Analyse	180
VII. Erhöhte Kostenbeteiligung der Versicherten.....	182
VIII. Managed Care	184
IX. Alternative, verschuldensunabhängige Entschädigungssysteme	185
1. Grundlagen.....	185
2. Kritik.....	186
B. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung.....	188

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz, Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
AMR	Arzneimittelrichtlinien
Anm.	Anmerkung
Ann. Int. Med.	Annual Internal Medicine
ArztR	Arztrecht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuK	Arzt und Krankenhaus
AuW	Arzt und Wirtschaft
BÄK	Bundesärztekammer
BÄÖ	Bundesärzteordnung
Bd.	Band
BDC	Informationen des Verbandes der Deutschen Chirurgie e.V., Beilage zur Zeitschrift „Der Chirurg“
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache

BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
DAusR	Der Arzt und sein Recht
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DM	Deutsche Mark
EBM	Evidenz-basierte Medizin
e.V.	eingetragener Verein
f.,ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fußnote
Fortschr. Med.	Fortschrittliche Medizin
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GKV-NOG	Gesetz zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GR-2000	Gesundheitsreform 2000
GRG	Gesundheitsreformgesetz
GSG	Gesundheitsstrukturgesetz
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HVM	Honorarverteilungsmaßstab
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel

i.e.S.	im engeren Sinne
i.E.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insbes.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
KHG NW	Krankenhausgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
krit.	kritisch
KV	Kassenärztliche Vereinigung
m.Anm.	mit Anmerkung
m.E.	meines Erachtens
MB/KK	Musterbedingungen für die Krankheitskostenversicherung
MBO	Musterberufsordnung für deutsche Ärzte
MedR	Medizinrecht
Mio.	Million
Mrd.	Milliarde
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
PKV	Private Krankenversicherung
Rdnr.	Randnummer
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar

Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Satz oder Seite
SGB V	Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
st.	ständig
StBA	Statistisches Bundesamt
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
s.u.	siehe unten
u.a.	und andere, unter anderem
u.U.	unter Umständen
v.	von, vom
Verf.	Verfasser/in
VersM	Versicherungsmedizin
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
ZfSH	Zeitschrift für Sozialhilfe
Ziff.	Ziffer
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend

Literaturverzeichnis

- Abicht, Hartmut
 Risk-Management als Instrument der Schadensvermeidung
 in: Krankenhaus im Brennpunkt Risiken-Haftung-Management
 Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.
 Berlin, Heidelberg, New York 1997
 S. 129-134
- Adrian, Anna-Maria
 Wirtschaftlichkeitsprüfung
 Diesen Fluchtweg gibt es
 Arzt & Wirtschaft 1999, S. 25
- Arnold, Michael
 Solidarität 2000
 2. völlig überarbeitete Auflage
 Stuttgart 1995
- ders.
 Die Gesundheitsversorgung zwischen Utopie und zunehmendem Kostendruck
 Berliner Medizinethische Schriften,
 Heft 16, 1997
- ders.
 Managed Care - Ursachen, Prinzipien, Formen und Effekte
 Stuttgart 1997
- Audet/Greefield/Field,
 Anne-Marie, Sheldon, Marilyn
 Medical Practice Guidelines: Current Activities and Future Directions
 Ann. Int. Med. 113, 1990, S. 709-714
- AWMF
 Erarbeitung von Leitlinien für Diagnostik und Therapie
 Internet: <http://www.uni-duesseldorf.de/www/AWMF>
- Bach, Peter
 Moser, Hans
 Private Krankenversicherung, MB/KK- und MB/KT-Kommentar

- Wilmes, Jan
3. Auflage
München, 2002
- Baumann, Horst
Arzthaftung und Versicherung
- Ist eine Patientenversicherung
in der Bundesrepublik Deutschland
empfehlenswert?
JZ 1983, S. 167-175
- Baumberger, Jürg
Managed Care -
Übernahme der Medizin durch die
Betriebswirtschaft?
in: Krankenhaus im Brennpunkt
Risiken-Haftung-Management
Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im
Medizinrecht e.V.
Berlin, Heidelberg, New York 1997
S. 135-146
- Bergemann, Karl-Otto
Die Arzthaftung
Ein Leitfaden für Ärzte und Juristen
Berlin; Heidelberg 1999
- Beske, Fritz
Hallauer, Johannes F.
Kern, Axel, Olaf
Rationierung im Gesundheitswesen?
Zur Weiterentwicklung der gesetz-
lichen Krankenversicherung:
Leistungskatalog, Selbstverwaltung,
Fremdleistungen
Institut für Gesundheits-System-
Forschung Kiel
Schriftenreihe Band 58, 1996
- Beske, Fritz
Kern, Axel Olaf
Symposium
Leitlinien und Standards in der Medizin
- auf dem Weg in die Einheitsbehand-
lung? -
Institut für Gesundheits-System-
Forschung Kiel
Schriftenreihe Band 68, 1998
- Beske, Fritz
Fremdleistungen
Entlastung statt Rationierung

- Bruns, Wolfgang
Richtlinien - Leitlinien - Standards
Arztrecht 1998, S. 187
- ders.
Rechtliche Aspekte des Risk-
Managements
Arztrecht 1999, S. 121-126
- ders.
Arzthaftung in Deutschland
- Thesen zur zukünftigen Entwicklung-
Arztrecht 2000, S. 184-187
- Buchborn, Eberhard
Ärztlicher Standard:
Begriff - Entwicklung - Anwendung
MedR 1993, S. 328-333
- Bundesausschuss der Ärzte
und Krankenkassen
Neufassung der Richtlinien über die Ein-
führung neuer Untersuchungs- und
Behandlungsmethoden und über die
Überprüfung erbrachter vertragsärztlicher
Leistungen
DÄBl. 2000, A-865-868
- Bundesärztekammer/
Kassenärztliche Bundesvereinigung
Beschlüsse der Vorstände, Juni 1997,
Beurteilungskriterien für Leitlinien in der
medizinischen Versorgung
DÄBl. 1997, A-2154-2155
- dies. in Zusammenarbeit mit der Deutschen
Krankenhausgesellschaft und den Spitzen-
verbänden der Gesetzlichen Krankenver-
sicherungen
Das Leitlinien-Clearingverfahren
- Ziel und Arbeitsplan -
DÄBl. 1999, A-2105-2106
- Carstensen, Gert
Vom Heilversuch zum medizinischen
Standard
DÄBl. 86, 1989, B-1736-1738

- Clade, Harald
Das Dilemma der Prioritätensetzung
DÄBl. 1997, S. A-80-82
- ders.
Gesundheitsreform/Fremdleistungen
„Auf Waigels Matte“
DÄBl. 1997, S. A-405
- ders.
Überlebensstrategie für das Krankenhaus
„Abschied von alten Denkkategorien“
DÄBl. 1998, S. A-270-271
- Conradi, Ulrich
Verknappung medizinischer Ressourcen
und Arzthaftung
Hamburg 2000
- Damm, Reinhard
Medizintechnik und Arzthaftungsrecht
Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht
bei medizintechnischen Behandlungsalternativen
NJW 1989, S. 737-744
- Daumann/Oberender
Peter
Positivliste - Es gibt positivere Reize Frank,
als Listen
Arzt und Wirtschaft 1999, S. 77-78
- Deutsch, Erwin
Ressourcenbeschränkung und Haftungsmaßstab im Medizinrecht
VersR 1998, S. 261-265
- ders.
Ärztliche Leitlinien-
Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen
Gleichzeitig ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff
MedR 1998, S. 8-16
- ders.
Haftungserhebliche Standards
JZ 1997, S. 1030-1033

- ders. Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler
NJW 1993, S. 1506-1510
- ders. Allgemeines Haftungsrecht
2. Auflage
Köln, Berlin, Bonn, München 1996
- ders. Medizinrecht
- Arztrecht, Arzneimittelrecht und
Medizinproduktrecht
4., neu bearbeitete Auflage
Berlin; Heidelberg 1999
- Deutsche Krankenhausgesellschaft Grundsätze für die Organisation der
Krankenhausführung
Das Krankenhaus 1992, S. 238-242
- Deutsche Sektion der Arbeitsgemeinschaft für Osteosynthesefragen
Votum der DAO zum Begriff „Medizinischer Standard“
Arztrecht 1997
- Dierks, Christian Finanzierungsgrenzen der Haftungs-
vorsorge
in: Die Entwicklung der Arzthaftung,
Berlin, Heidelberg, New York;
Barcelona; Budapest; Hong Kong;
London; Mailand; Paris; Santa Clara;
Singapur; Tokio 1997
S. 139-147
- Dietze, Eckard Wirtschaftlichkeitsprüfung
Nicht nach Durchschnittswerten
Arzt & Wirtschaft 1999, S. 17
- Dinslage, Karl Patientenversicherung - Alternative zur
Arzthaftpflicht -

VersR 1981, S. 310-313

Eberhard, Dietrich

Zivilrecht und Sozialrecht in der
Beziehung von Kassenarzt und
Kassenpatient
AcP, Band 171, S. 289 ff.

Ehlers, Alexander P.F.

Kostendämpfung und ärztlicher Standard -
Theorie und Praxis der Finanzierung der
Ausgaben im Gesundheitswesen und
Wirtschaftlichkeitsprüfungen
MedR 1993, S. 334-337

Engelhardt, H. Tristram

Zielkonflikte in nationalen Gesundheits-
systemen, in: Sass (Herausgeber), Ethik
und öffentliches Gesundheitswesen
1988, S. 35

Erlenkämper, Arnold
Fichte, Wolfgang

Sozialrecht
5., vollständig überarbeitete Auflage
Köln, Berlin, Bonn, München 2002

Erman

Bürgerliches Gesetzbuch
Band I
10. neubearbeitete Auflage
Münster, Köln, 2000

Feldmann, Hans Uwe

Das Programm der IGEL
Rheinisches Ärzteblatt 1997, S. 10-11

von Ferber, Christian

Gesundheitsverantwortung und
Gesundheitsfinanzierung,
in Sass (Herausgeber), Ethik und
öffentliches Gesundheitswesen, 1998,
S. 113-134

Frahm, Wolfgang
Nixdorf, Wolfgang

Arzthaftungsrecht
Leitfaden für die Praxis
Schriftenreihe der Zeitschrift

- Versicherungsrecht (VersR)
Heft 1, 2. Auflage
Karlsruhe 2001
- Francke, Robert
Hart, Dieter
- Ärztliche Verantwortung und
Patienteninformation
Stuttgart 1987
- Franzki, Harald
- Von der Verantwortung des Richters
für die Medizin -
Entwicklungen und Fehlentwicklungen
der Rechtsprechung zur Arzthaftung
MedR 1994, S. 171-179
- ders.
- Heilauftrag und Wirtschaftlichkeitsgebot
unter Berücksichtigung haftungsrechtlicher
Fragen
Arzt und Krankenhaus 1994, S. 61-68
- Fritsche, Jonitz, Neumayer, Kunz,
Lutz, Günther, Heinz-H., Regina
- Evidenzbasierte Medizin
Umsetzbarkeit und Umsetzung in die
deutsche Praxis
DÄBl. 2000; 97: A-766-767
- Fuchs, Christoph
- Kostendämpfung und ärztlicher Standard
- Verantwortlichkeit und Prinzipien
der Ressourcenverteilung
MedR 1993, S. 323 ff.
- Geiß, Karlmann
Greiner, Hans-Peter
- Arzthaftpflichtrecht
4. überarbeitete Auflage
München 2001
- Gemeinschaftskommentar
- zum Sozialgesetzbuch
Gesetzliche Krankenversicherung
(SGB V), 5 Bände, Loseblattwerk
Stand: Oktober 2002

- Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Arztstrafrechts, der statistischen Vergleichsprüfung im Wirtschaftlichkeitsprüfwesen und ihrer Wechselbeziehungen
Berlin; Heidelberg; New York; London; Paris; Tokio 1989
- Gounalakis, Georgios
Anfängernarkose und -operation
Behandlungsfehler oder Aufklärungs-
pflichtverletzung?
NJW 1991, S. 2945
- Grafe, S.
Richtlinien - Leitlinien - Standards
ArztR 1998, S. 181-183
- Groß, Werner
Ärztlicher Standard
- Sorgfaltspflichten, Befundsicherung,
Dokumentation und Beweislast -
Münsteraner Reihe; Heft 38
Karlsruhe 1997
- Häussler, Bertram
Kostenverlagerung vom Krankenhaus
in die Praxis
DÄBl. 1998, S. A-75-78
- Hallauer, Johannes F.
Einführung in das Symposium
Leitlinien und Standards in der Medizin
- auf dem Weg in die Einheitsbehandlung? -
Schriftenreihe /Institut für Gesundheits-
System-Forschung, Kiel
Beske/Kern (Herausgeber)
Würzburg 1999
- Hart, Dieter
„Organisationsaufklärung“
MedR 1999, S. 47-50
- ders.
Evidenz-basierte Medizin und Gesund-
heitsrecht
MedR 2000, S. 1-5

- ders. Grundlagen des Arzthaftungsrechts:
Leistungs- und Haftungsschuldner
Jura 2000, S. 14-19
- ders. Grundlagen des Arzthaftungsrechts:
Pflichtengefüge
Jura 2000, S. 64-70
- ders. Rechtliche Grenzen der „Ökonomisierung“
Arzneimittel-, sozial- und haftungs-
rechtliche Aspekte der Pharmaökonomie
MedR 1996, S. 60-71
- Hennies, G. Rechtlich/medizinisch-ethische Probleme
der „Rechtfertigungsmedizin“
ArztR 1999, S. 94-98
- ders. Patientenrechte
ArztR 2000, S. 116-119
- Hepting, Reinhard Die gesetzliche Krankenversicherung
nach dem Gesundheitsreformgesetz
Jura 1990, S. 561-567
- Hölzer, Helge Qualitätssicherung
- Anspruch, Wirklichkeit, Auswirkungen
und Probleme -
in: Krankenhaus im Brennpunkt
Risiken-Haftung-Management
Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im
Medizinrecht e.V.
Berlin, Heidelberg, New York 1997
S. 95-113
- Höffe, Otfried Medizin in Zeiten knapper Ressourcen
DÄBl. 1998, S. A-202-204
- Hoffmann, H. Leitlinien in der Medizin
- Nutzen oder Risiko?

- Arzt und Krankenhaus 1999
S. 219-221
- Hugger, Werner
Handlungsspielräume und
Entscheidungsfähigkeit des politisch-
administrativen Systems der
Bundesrepublik Deutschland
Speyer 1979
- Jacob, Klaus Herbert
Wirtschaftlichkeitsprüfung
in: WIBERA (Herausgeber),
Wirtschaftliches Krankenhaus
3. Auflage
Köln 1989
- Jacoby, Itzhak
The Consensus Development Programm
of the National Instituts of Health
Int. J. Tech. Ass. Health Care 1985
S. 420-432
- Jäger, Horst
Einführung in die Sozialversicherung
8. überarbeitete Auflage
Berlin 1982
- Janischowski, Axel
Budgetierung und medizinische
Notwendigkeit
in: Medizinische Notwendigkeit und
Ethik:
Gesundheitschancen in Zeiten der
Ressourcenknappheit,
Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im
Medizinrecht e.V. (Herausgeber)
Berlin, Heidelberg, New York 1999
S. 91-117
- Jensen, Alfred
Kostendämpfung im Bereich der
gesetzlichen Krankenversicherung
ZfSH 1986, S. 537-549
- Jentsch, Peter
Berliner Perspektiven
A&W 2000, S. 58

- Jörg, Michael
Das neue Kassenarztrecht
München 1993
- Junghanns, K.
Qualitätssicherung, -Risk-Management
ArztR 1999, S. 88-89
- Katzenmeier, Christian
Ersetzung der Arzthaftung durch
Versicherungsschutz?
in: Die Entwicklung der Arzthaftung
Berlin, Heidelberg, New York;
Barcelona; Budapest; Hong Kong;
London; Mailand; Paris; Santa Clara;
Singapur; Tokio 1997
S. 59-72
- Kern, Bernd-Rüdiger
Schwachstellenanalyse der
Rechtsprechung
in: Die Entwicklung der Arzthaftung,
Berlin, Heidelberg, New York;
Barcelona; Budapest; Hong Kong;
London; Mailand; Paris; Santa Clara;
Singapur; Tokio 1997
S. 313-320
- Kern, Axel Olaf
Steve
Ergebnisse der Diskussion zu dem Langhein,
Symposium Leitlinien und Standards in
der Medizin - auf dem Weg in die
Einheitsbehandlung? -
Beske/Kern (Herausgeber)
Würzburg 1999
S. 42-47
- Kersting, Wolfgang
Gerechtigkeit und Medizin
Berlin 1995
- Knödler, Ulrich
Das Insulinproblem. Eine Studie zum Zu-
sammenbruch der Arzneimittelversorgung
der Bevölkerung im 2. Weltkrieg

in: Ärztekammer Berlin (Herausgeber)
 Der Wert des Menschen - Medizin in
 Deutschland 1918 - 1945
 Berlin 1989, S. 250-260

Knott-Thiemann, Verena

Die Einlösung des Behandlungsanspruchs
 in der privaten Krankenversicherung
 in: Medizinische Notwendigkeit und
 Ethik:
 Gesundheitschancen in Zeiten der
 Ressourcenknappheit,
 Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im
 Medizinrecht e.V. (Herausgeber)
 Berlin, Heidelberg, New York 1999
 S. 35-55

Korzilius, Heike

Verzahnung ambulant/stationär
 „Ärztliche Kooperation ist gefordert“
 DÄBl. 1997, S. A-1324

Krämer, Walter

Die Krankheit des Gesundheitswesens
 München 1998

ders.

Wir kurieren uns zu Tode.
 Die Zukunft der modernen Medizin
 München 1993

ders.

Medizin muß rationiert werden
 MedR 1996, S. 1-5

Kramer, Hans-Jürgen

Ärztlicher Standard unter den Gesichtspunkten
 Ressourcenverteilung, Wirtschaftlichkeitsgebot und Haftung
 MedR 1993, S. 345-346

Krieger, Gerd

Die Behandlungsverweigerung bei
 Kassenpatienten, insbesondere wegen
 unzureichender Honorierung
 MedR 1999, S. 519-523

Krölls, Albert

Grundgesetz und ärztliche Nieder-

lassungsfreiheit
GewArch 1993, S. 217-227

Kruse/Hänlein
Jürgen, Andreas

Gesetzliche Krankenversicherung
Lehr- und Praxiskommentar
(LPK-SGB V)

Künschner, Alfred

Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht
und Patientenauswahl
(Knappe medizinische Ressourcen als
Rechtsproblem)
Stuttgart 1992

Kullmann, Hans Josef

Übereinstimmungen und Unterschiede
im medizinischen, haftungsrechtlichen
und sozialversicherungsrechtlichen Begriff des
medizinischen Standards
VersR 1997, S. 529-532

Larenz, Karl

Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band,
Allgemeiner Teil
14. Auflage
München 1987

Laufs, Adolf

Arztrecht im Wandel
Die Entwicklung des Arztrechts 1976/77
NJW 1977, S. 1081-1085

ders.

Arzt und Recht -
Fortschritte und Aufgaben
NJW 1998, S. 1750-1761

Laufs/Laufs
Adolf, Rainer

Aids und Arztrecht
NJW 1987, S. 2257-2265

Laufs/Uhlenbruck
Adolf, Wilhelm

Handbuch des Arztrechts
3., neubearbeitete Auflage
München 2002

Lauterbach, Karl W.

Bedeutung und Methodik von Leitlinien

- in der Medizin
in: Symposium Leitlinien und
Standards in der Medizin - auf dem Weg in
die Einheitsbehandlung? -
S. 18 - 22
Würzburg 1999
- Luig, Klaus
Der Arztvertrag
in: Gitter/Huhn/Lammel et al.
(Herausgeber) Vertragsschuld-
verhältnisse Bd. 3
Vahlen, München 1974
S. 223-234
- Makiol, Hans-Joachim
Einheitlichkeit des klinischen Standards?
in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte
im Medizinrecht e.V. (Hrsg.)
Krankenhaus im Brennpunkt
Berlin; Heidelberg; New York; Barcelona;
Budapest; Hongkong; London; Mailand;
Paris, Santa Clara; Singapur; Tokio 1997
S. 77-81
- Marburger, Horst
Die Organisation der gesetzlichen
Krankenversicherung nach Inkraft-
treten des Fünften Buches
Sozialgesetzbuch
ZfSH/SGB 1989
S. 291-299
- Marlow, Sven
Voraussetzungen und Fallgruppen
der Kostenerstattung für Maßnahmen
künstlicher Befruchtung in der
privaten Krankenversicherung
VersR 2002, S. 144-151
- Moeck, Magnus
Der Einfluß des Gesundheits -
strukturgesetzes auf die
Krankenversicherung
Sinzheim 1995
- Müller-Graff, Peter-Christian
Berufshaftung und Organisationshaftung

bei der ärztlichen Anfängeroperation
JuS 1985, S. 352-360

von Münch/Kunig
Ingo; Philip

Grundgesetz-Kommentar,
Band I
(Präambel bis Art. 20)
4. Auflage
München 1992

Münchener Kommentar

Bürgerliches Gesetzbuch
Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Band 2
§§ 241-432
4. Auflage
München 2001

ders

Bürgerliches Gesetzbuch
Schuldrecht, Besonderer Teil II, Band 4
§§ 607-704
3. Auflage
München 1997

ders.

Bürgerliches Gesetzbuch
Schuldrecht, Besonderer Teil III, Band 5
§§ 705-853
3. Auflage
München 1997

Nagel, Eckhard
Fuchs, Christoph

Rationalisierung und Rationierung
im deutschen Gesundheitswesen
Stuttgart, New York 1998

Narr, Helmut

Ärztliches Berufsrecht
Loseblattsammlung, Köln

Neugebauer, Gabriele

Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der
gesetzlichen Krankenversicherung
Normierung - Inhalt - Konkretisierung
Berlin 1996

- Nolte, Hartmut
Auswirkungen von Leitlinien auf den
Krankenhausalltag
in: Symposium Leitlinien und
Standards in der Medizin - auf dem Weg in
die Einheitsbehandlung? -
S. 30 - 36
Würzburg 1999
- Nübling, R.
Schmidt, J.
Qualitätssicherung im Gesundheitswesen
VersMed 1999, S. 149-151
- Ollenschläger, Günter
Oesingmann, Ulrich
Verbindlichkeit und Qualität von
Leitlinien - Die „Leitlinie für Leitlinien“
der Bundesärztekammer und der
Kassenärztlichen Bundesvereinigung -
in: Symposium Leitlinien und
Standards in der Medizin - auf dem Weg in
die Einheitsbehandlung? -
S. 23-29
Würzburg 1999
- Oldiges, Franz-Josef
Die ärztliche Behandlung im
Spannungsfeld zwischen kassenärzt-
licher Verantwortung und zivilrecht-
licher Haftung
in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte
im Medizinrecht e.V. (Hrsg.)
Die ärztliche Behandlung im
Spannungsfeld zwischen kassenärzt-
licher Verantwortung und zivilrecht-
licher Haftung
Berlin; Heidelberg; New York; London;
Paris; Tokio; Hongkong; Barcelona;
Budapest; 1992
S. 49-65
- Palandt
Bürgerliches Gesetzbuch
62. neubearbeitete Auflage
München 2003
- Peters, Hans
Geschichtliche Entwicklung

und Grundfragen der Verfassung
Berlin 1969

Peters/Mengert
Horst; Georg

Handbuch der Krankenversicherung
Teil II, Sozialgesetzbuch V,
Kommentar, 2 Bände, Loseblattwerk,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz

Pflüger, Frank

Patientenaufklärung über Behandlungs-
qualität und Versorgungsstrukturen
- Erweiterte Haftungsrisiken für Arzt
und Krankenhaus?
MedR 2000, S. 6-9

Pichler, Johannes

Arzthaftungsdynamik versus alternative,
verschuldensunabhängige
Entschädigungssysteme
in: Die Entwicklung der Arzthaftung
S. 173-267

Plagemann, Hermann

Budgetierung und Wirtschaftlichkeits-
prüfung
DAusR 2001, S. 88-91

Ratajczack, Thomas

Der Behandlungsanspruch des Patienten
aus juristischer Sicht
in: Medizinische Notwendigkeit und
Ethik:
Gesundheitschancen in Zeiten der
Ressourcenknappheit,
Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im
Medizinrecht e.V. (Herausgeber)
Berlin, Heidelberg, New York 1999
S. 5-21

Rathgeber, Klaus-Dieter

Das Märchen von der Kostenexplosion
Arzt und Wirtschaft 1999
S. 48-49

ders.

Gesundheitsreform 2000

- ders. Straffexpedition
A&W 2000, S. 70
Arzneimittelbudget- Ablösungsgesetz
- Tücken im Detail -
A&W 2000, S. 70
- Ratzel/Lippert
Rudolph, Hans-Dieter Kommentar zur Musterberufsordnung
der deutschen Ärzte (MBO)
2. Auflage
Berlin, Heidelberg 1995
- RGRK Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit besonderer Berücksichtigung der
Rechtsprechung des Reichsgerichts und
des Bundesgerichtshofs, Band II, 5. Teil
(§§ 812-831)
12. Auflage
Berlin, New York, 1989
- Richter, Lutz
Sonnenberg, Wilhelm Die kassenärztlichen Rechtsverhältnisse
Leipzig 1926
- Rieger, Hans-Jürgen Honorarbegrenzungsmaßnahmen und
Sorgfaltsmaßstab
MedR 1996, S. 147
- Rieser, Sabine Bewältigung des demographischen
Wandels - mehr Wettbewerb und mehr
Prävention als Rezept
DÄBl. 2001, A-220-222
- Rüfner, Wolfgang Das Gesetz zur Sicherung und
Strukturverbesserung der gesetzlichen
Krankenversicherung
(Gesundheitsstrukturgesetz)
NJW 1993, S. 753-757
- ders. Einführung in das Sozialrecht
2. Auflage
München 1991

- Rumler-Detzel, Pia
Budgetierung - Rationalisierung - Rationierung
- Einflüsse auf die medizinische Leistungsfähigkeit oder Senkung des medizinischen Standards? -
VersR 1998, S. 546-551
- Sachverständigenrat für die
Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen
Jahresgutachten 1988
- Sachweh, Dietmar
Ausnahmeregelungen für Risikopatienten
in der GKV
Arztrecht 1995, S. 39-41
- Sandbiller, Eva
Bericht zur Tagung an der deutschen
Richterakademie vom 5.6 - 9.6.2001
in Trier, „Interdependenzen zwischen
Arzthaftungs- und Krankenversicherungs-
recht
- Saternus/Kernbach-Wighton
Klaus-Steffen; Gerhard
Ärztliche Aufklärung und Behaltens-
leistung bei älteren und alten Patienten
in: Festschrift für Erwin Deutsch zum
70. Geburtstag, S. 723-735
Köln, Berlin, Bonn, München 1999
- Schäfer/Ott
Hans-Bernd, Claus
Lehrbuch der ökonomischen Analyse
des Zivilrechts
3. überarbeitete und erweiterte Auflage
Berlin, Heidelberg 2000
- Schanz, Benno
Gesundheitsökonomie
Zwischen Wirklichkeit und Politik
Arzt & Wirtschaft 1999
S. 112-113

München 1994

Schulin/Igl
Bertram, Gerhard

Sozialrecht
7. Auflage
Düsseldorf 2001

Schulte-Sasse, Hermann

Erwartungen an Leitlinien aus Sicht der
Kostenträger
in: Symposium Leitlinien und Standards
in der Medizin - auf dem Weg in die
Einheitsbehandlung? -
S. 37-41
Würzburg 1999

Selbmann, H.K.

Kriterien für die Beurteilung von Kon-
sensuskonferenzen in der Medizin
Fortschr. Med. 110, 1992, S. 377-378

Sethe/Krumpaszky, Rolf, Hans Georg

Arzthaftung und Qualitätsmanagement
in der Medizin
- Pilotauswertung von Behandlungsfehler-
vorwürfen -
VersR 1998, S. 420-430

Soergel

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432),
Stand: Juli 1990
Stuttgart, Berlin, Köln

Sommer, Anne

Der ärztliche Behandlungsfehler (I)
VersMed 2000, S. 1-3

Spielberg, Petra

Ärzte zwischen Anspruch und
Wirklichkeit
DÄBl. 1998, S. A-266

Statistisches Bundesamt

Statistisches Jahrbuch 2000 für die

- Statistisches Bundesamt
Bundesrepublik Deutschland
Wiesbaden 2000
Statistisches Jahrbuch 2001 für die
Bundesrepublik Deutschland
Wiesbaden 2001
- Statistisches Bundesamt
www.gbe-bund.de
- Staudinger
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
§§ 255-314
14. Bearbeitung
Berlin 2001
- Steffen, Erich
Kostendämpfung und ärztlicher Standard
- Anforderungen des Haftungsrechts
MedR 1993, S. 338
- ders.
Einfluß verminderter Ressourcen und von
Finanzierungsgrenzen aus dem Gesund-
heitsstrukturgesetz auf die Arzthaftung
MedR 1995, S. 190-191
- ders.
Die Arzthaftung im Spannungsfeld
zu den Anspruchsbegrenzungen des
Sozialrechts für den Kassenpatienten
in: Festschrift für Karlmann Geiß,
S. 487-502
Köln, Berlin, München 2000
- Steffen/Dressler
Erich, Wolf-Dieter
Arzthaftungsrecht
Neue Entwicklungslinien der
BGH-Rechtsprechung
9. neubearbeitete Auflage
Köln 2002
- Stegers, Christoph M.
Anmerkungen zu den Anforderungen

an den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab
im Sozialversicherungsrecht, Zivilrecht
und Berufsrecht
in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte
im Medizinrecht e.V. (Hrsg.)
Die ärztliche Behandlung im
Spannungsfeld zwischen kassenärzt-
licher Verantwortung und zivilrecht-
licher Haftung
Berlin; Heidelberg; New York; London;
Paris; Tokio; Hongkong; Barcelona;
Budapest 1992
S. 81-88

Stockhausen, Martin

Ärztliche Berufsfreiheit und Kosten-
dämpfung. Möglichkeiten und
Grenzen der Beschränkung der
(kassen)ärztlichen Berufsfreiheit zum
Zweck der Kostendämpfung im
Gesundheitswesen
Hamburg 1989

Taupitz, Jochen

Gesundheitsversorgung bei Ressourcen-
knappheit - Rechtliche Aspekte
in: Rationalisierung und Rationierung
im deutschen Gesundheitswesen
Symposium, Akademie der Wissenschaften
und der Literatur, am 6. Mai 1998 in Mainz /
Internationale Gesellschaft für
Gesundheitsökonomie e.V.
Hrsg. von Christoph Fuchs und Eckhard
Nagel
Stuttgart; New York 1998
S. 86-108

Thiemeyer, Theo

Wieviel ist uns die Gesundheit wert?
Soziale Sicherheit 1987, S. 140-148

Uhlenbruck, Wilhelm

Rechtliche Grenzen einer Rationierung
in der Medizin
MedR 1995, S. 427-437

- Ulsenheimer, Klaus
Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur
und Defensivmedizin -
ein Verhältnis von Ursache und Wirkung
Berliner Medizinethische Schriften,
Heft 17, 1997
- ders.
Qualitätssicherung und risk-management
im Spannungsverhältnis zwischen
Kostendruck und medizinischem Standard
MedR 1995, S. 438-442
- Vogel, Hans Rüdiger
Alle sparen ... nur die Krankassen nicht
Der Arzt und sein Recht 1996, S 1
- Voß, Barbara
Kostendruck und Ressourcenknappheit im
Arzthaftungsrecht
Berlin, Heidelberg 1999
- Wältermann, Frank
Tagungsberichte
28. Richterwoche des
Bundessozialgerichts
VersR 1997, S. 43-45
- Wannagat, Georg
Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts
Band I
Tübingen 1965
- Weber/Vogt-Weber
Ralph; Beate
Computerprognose -
Ärztliche Entscheidung zwischen Statistik
und Intuition
(Juristische Aspekte von Prognose und
Behandlungspflicht)
MedR 1999, S. 204-209
- Webering, Jan
Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit
einer Beschränkung der vertragsärztlichen
Niederlassungsfreiheit als Instrument zur
Kostendämpfung im Gesundheitswesen

Köln 1998

- Weinhold, Ernst-Eberhard
Honorierung und Krisenmanagement
DÄBl. 1997, S. A-79-80
- ders.
Medizinischer Fortschritt und knappe
Ressourcen
Das Dilemma der Prioritätensetzung
DÄBl. 1997, A-80
- Weißauer, Walther
Die Medizin im Spannungsverhältnis
zwischen Recht und Ökonomie
Der Chirurg 1997, S. 149-154
- Werner, B.
Leitlinien und Kostenmanagement
im Gesundheitssystem
Arzt und Krankenhaus 1999
S. 217-219
- Wigge, Peter
Evidenz-basierte Richtlinien und
Leitlinien; Qualitätssicherungs-
oder Steuerungsinstrumente in der GKV?
MedR 2000, S. 574-585
- Zinganell, Klaus
Kostendämpfung und ärztlicher Standard
- wirtschaftliche Zwänge in der Klinik
MedR 1993, S. 342-344
- Zuck, Rüdiger
Der Standard der besonderen
Therapieeinrichtungen im deutschen
Gesundheitswesen
NJW 1991, S. 2933-2943

Einleitung

Während in den vergangenen Jahrzehnten Kosten-Nutzen-Erwägungen im Bereich der Medizin als unethisch und unärztlich zurückgewiesen wurden, zwingt der wirtschaftliche Aufwand, den vor allem die moderne Hochleistungsmedizin fordert, zu einem Umdenken¹. In der heutigen Zeit ist nicht mehr alles medizinisch Machbare und Wünschenswerte auch für jedermann bezahlbar. Die Medizin wird von der Ökonomie begleitet, welche die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit bei der Breitenversorgung mitbestimmt. Die Wirtschaftlichkeit droht zu einer ethischen Grundnorm ärztlichen Handelns zu werden².

Der für den Arzt und damit ebenso für den mit der Haftungsfrage befassten Juristen maßgebliche Standard ist auch abhängig von den verfügbaren Ressourcen und davon, wie viel und mit welchen Präferenzen die Gesellschaft für ihre medizinische Versorgung auszugeben bereit ist³. Allgemeine Grenzen der Finanzierbarkeit werden, wo sie die ärztliche Behandlungsaufgabe beschränken, auch an den zivilrechtlichen Haftungsmaßstab weitergegeben. Deshalb wird sich der Arzt in Zukunft fragen müssen, ob er alles, was er in medizinischer Hinsicht tun kann, auch tun muss; mit anderen Worten, ob er die haftpflichtrechtlich geschuldete Sorgfalt mit ihrem im Einzelfall hohen Aufwand anwenden muss oder aber die optimale Behandlung wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten einzuschränken hat⁴.

Diese Frage greift die vorliegende Arbeit auf. Es gilt zu untersuchen, ob und gegebenenfalls inwieweit die Begrenzung wirtschaftlicher Ressourcen im Gesundheitswesen auch zu einer Begrenzung des ärztlichen Heilauftrages und zu einer Herabsetzung des medizinischen Standards als Haftungsmaßstab im Arztrecht führen kann und darf.

¹ Vgl. Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438.

² Vgl. Weißbauer, Der Chirurg BDC, 36, 1997, S. 149, (150).

³ Steffen, MedR 1995, S. 190.

⁴ Vgl. Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438.

Um in die Problematik einzuleiten, erfolgt im ersten Teil zunächst eine kurze Darstellung über das deutsche Gesundheitssystem.

Anschließend soll das Problem der Ressourcenknappheit erklärt werden, wobei auf die Kostenentwicklung im Gesundheitswesen einzugehen sein wird. Dass die gesundheitliche Versorgung der Deutschen immer teurer wird, ist eine offenkundige Tatsache. Um den Einfluss der Finanzierbarkeitsproblematik auf den ärztlichen Standard überprüfen und eventuelle Lösungsmöglichkeiten erörtern zu können, werden ausführlich die primären Ursachen der Kostensteigerung untersucht. Im Anschluss daran werden die Folgen der Ressourcenknappheit für die Ärzte dargestellt. Es wird untersucht, ob und wenn ja in welchem Umfang bereits Rationierungen in unserem Gesundheitssystem stattfinden. In diesem Zusammenhang werden die Aufgabenfelder und Verteilungskompetenzen der Entscheidungsträger aufgezeigt und mögliche Haftungsrisiken in Verbindung mit finanziellen Engpässen aufgedeckt.

Der zweite Teil der Abhandlung befasst sich mit dem ärztlichen Behandlungsstandard. Es soll gezeigt werden, welcher Sorgfaltsmaßstab im Arzthaftungsrecht anzuwenden ist. Insbesondere wird das Verhältnis von Medizin und Recht untersucht. Es soll schon vorbereitend erörtert werden, an welchen Stellen sich Konfliktfelder mit der Finanzierbarkeit des Gesundheitswesens ergeben könnten. Hier sei vor allem die Problematik Standard - medizinischer Fortschritt genannt.

Der dritte Teil der vorliegenden Abhandlung stellt den Schwerpunkt dieser Arbeit dar. Er beschäftigt sich mit den Auswirkungen der Mittelknappheit im Gesundheitswesen auf den ärztlichen Standard. Das Spannungsverhältnis zwischen Medizin, Recht und Ökonomie wird unter Darstellung von Beispielen aus der Rechtsprechung offengelegt, wobei zwischen apparativem, personellem, hygienischem und medikamentösem Standard differenziert wird. Auch wird auf die Aufklärungsproblematik und die Situation des Übernahmeverschuldens einzugehen sein. Sämtliche Entscheidungen betreffen den Klinikbe-

reich, da hier die Knappheitssituation aufgrund der Vielzahl von Patienten und des intensiven Bedarfs an medizinischem Personal und technischen Geräten am deutlichsten wird. Im Einzelnen wird jedoch auch auf Besonderheiten in ambulanten Behandlungsverhältnissen hinzuweisen sein.

Da das Haftungsrecht nicht zwischen Kassen- und Privatpatienten unterscheidet⁵, wird im Rahmen dieser Untersuchung auch nur dort zwischen beiden Versicherungssystemen differenziert, wo sich Unterschiede ergeben, die sich möglicherweise indirekt auf das Haftungsrecht niederschlagen. Hier sei insbesondere das dem Sozialgesetzbuch zugrunde liegende Wirtschaftlichkeitsgebot genannt. Auf diese, - vor allem die in freier Praxis tätigen Ärzte betreffende -, Problematik soll kurz eingegangen werden. Unter Erläuterung des sozialrechtlichen Standardbegriffs werden mögliche Differenzen zum haftungsrechtlichen Standardbegriff untersucht.

In diesem Zusammenhang soll die hochaktuelle Frage überprüft werden, ob Arzt, bzw. Krankenhaus berechtigt sind wegen Budgetierung im Gesundheitswesen den Standard herabzusetzen oder gar Patienten abzulehnen. Hier wird der Behandlungsanspruch des Patienten untersucht und die zivilrechtlichen Möglichkeiten der Berücksichtigung von Kostenerwägungen aufgezeigt.

Es werden dann noch knapp die Besonderheiten in der privaten Krankenversicherung im Zusammenhang mit Ressourcenknappheit erörtert.

In einem weiteren Kapitel wird das immer größer werdende Problem der Defensivmedizin untersucht.

⁵ Vgl. z.B. Deutsch, VersR 1998, S. 261, (264); siehe auch den 2 Teil der Arbeit.

Am Ende der Bearbeitung werden vorhandene Lösungsmöglichkeiten zur Entschärfung des Spannungsverhältnisses zwischen Finanzierbarkeit des Gesundheitswesens und ärztlichem Behandlungsstandard kritisch bewertet und es wird versucht, neue Wege zur Verbesserung des Verhältnisses Medizin-Recht-Ökonomie aufzufinden. Zusammenfassend werden dann die Ergebnisse der Untersuchung anhand einer kurzen Darstellung aufgeführt.

1. Teil : Die Finanzierung des Gesundheitswesens in Deutschland

1. Kapitel: Das deutsche Gesundheitssystem

Die Ausgangssituation im Spannungsverhältnis zwischen Recht, Medizin und Ökonomie ist eindeutig: Leben und Gesundheit sind Verfassungsgüter von höchstem Rang⁶. Der Staat ist mit all seinen Möglichkeiten zu ihrem Schutz und zu ihrer Förderung verpflichtet⁷.

A. Begriffsbestimmung

Die Begriffsbestimmung des deutschen Gesundheitswesens ist uneinheitlich. Weder gibt es verbindliche, noch allgemein anerkannte Definitionen. Grundsätzlich kann das Gesundheitswesen jedoch als Gesamtheit der Einrichtungen und Personen, welche die Gesundheit der Bevölkerung fördern, erhalten und wiederherstellen sollen, verstanden werden⁸.

B. Entwicklung

Erste Ansätze eines öffentlichen Gesundheitswesens zeigten sich in den Medizinalordnungen und Medizinaledikten des Mittelalters. Sie regelten die Berufsausübung der Ärzte, Apotheker und Hebammen und dienten vor allem der Seuchenbekämpfung⁹. Der preußische Staat regelte sein Gesundheitswesen durch das Medizinaledikt von 1725. Mit dem Ober-Collegium medicum¹⁰ und dem Collegium sanitatis¹¹ wurden zentrale Gesundheitsbehörden geschaffen.

⁶ Hierzu siehe 2. Kap. C. 2.

⁷ Oberender, Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, S. 13.

⁸ Vgl. Beske/Hallauer, Das Gesundheitswesen in Deutschland, S. 45.

⁹ Vgl. hierzu Jäger, Sozialversicherungsrecht, S. 47 ff.

¹⁰ Erteilte die staatliche Approbation zur Ausübung der Heilkunde.

¹¹ Aufgabenbereiche Seuchenbekämpfung und Sanitätspolizei.

Im 18. Jahrhundert bildeten sich die Begriffe „Staatsarzneikunde“ und „medizinische Polizey“¹².

Den Grundstein für das deutsche Gesundheitssystem legte Fürst Otto von Bismarck am 17.11.1881 mit der von ihm verfassten kaiserlichen Botschaft über die künftige sozialpolitische Gesetzgebung¹³. Durch diese so genannte „Magna Charta“ der Sozialversicherung entstand erstmals in der Welt eine umfassende Sozialgesetzgebung, welche die gesundheitliche Absicherung Hilfsbedürftiger und sozial Schwacher gewährleistete¹⁴. Neben den Unfall-, und den Alters- und Invalidenversicherungen übernahmen die Krankenversicherungen den bedeutsamsten Teil dieser gesundheitlichen Versorgung. Von einer Arbeiterversicherung für nur wenige Tausend Beschäftigte¹⁵ entwickelte sich die gesetzliche Krankenversicherung zu einer echten Volksversicherung, mit zurzeit ca. 51 Mio. Mitgliedern¹⁶.

C. Das Krankenversicherungssystem

Als zwei gänzlich unterschiedliche Krankenversicherungssysteme stehen heute die gesetzliche Krankenversicherung und die private Krankenversicherung gleichwertig nebeneinander.

Einzigste Gemeinsamkeit beider Versicherungssysteme ist die Absicherung des Versicherten gegen durch Krankheit verursachte finanzielle Belastungen. Ansonsten unterscheiden sie sich grundlegend.

¹² Vgl. Beske/Hallauer, Das Gesundheitswesen in Deutschland, S. 47.

¹³ Vgl. Wannagat, Lehrbuch des SozialversR., II. Abschn., § 7; Jäger, Sozialversicherungsrecht, S. 50.

¹⁴ Vgl. StBA, Statistisches Jahrbuch 2000, S. 450; siehe auch Jäger, Sozialversicherungsrecht, S. 50; Blei/Kreikebohm, Sozialrecht, Rdnr. 295.

¹⁵ Angestellte waren nur bis zu einem Jahresarbeitsverdienst von 2000 RM jährlich versichert.

¹⁶ StBA, Statistisches Jahrbuch 2001, S. 468.

I. Die gesetzliche Krankenversicherung (GKV)

Träger der gesetzlichen Krankenversicherungen sind die Krankenkassen (§§ 12, 21 Abs. 2 SGB I). Die gesetzlichen Krankenkassen sind öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften (§ 4 Abs. 1 SGB V). Nach dem Prinzip der Gliederung in Kassenarten ist die GKV in Ortskrankenkassen, Betriebskrankenkassen, Innungskrankenkassen, Seekrankenkassen, landwirtschaftliche Krankenkassen, die Bundesknappschaft und die Ersatzkassen aufgeteilt (§ 4 Abs. 2 SGB V). Seit dem 01.01.1997 können fast alle Versicherten die Mitgliedschaft in einer Krankenkasse frei wählen¹⁷. Damit wurde eine Gleichbehandlung von Angestellten und Arbeitern in der Krankenversicherung erreicht¹⁸.

Die GKV ist eine Zwangsversicherung¹⁹. Dies ist eine der wesentlichsten Unterschiede zur privaten Krankenversicherung. Hinsichtlich des versicherten Personenkreises ist zu unterscheiden zwischen Versicherten kraft Gesetzes (Pflichtversicherte)²⁰, Versicherungsberechtigten (freiwillig Versicherte)²¹ sowie versicherten Familienangehörigen (Familierversicherte)²².

§ 1 S. 1 SGB V normiert für die gesetzliche Krankenversicherung, dass diese als Solidargemeinschaft die Aufgabe hat, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder den Gesundheitszustand zu verbessern. Gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 SGB V umfasst die Krankenbehandlung die ärztliche Behandlung, die Versorgung mit Arznei-, Verbands-, Heil- und Hilfsmitteln und auch die Krankenhausbehandlung. Zur Erbringung ihrer gesetzlichen Aufgaben schließen die Krankenkassen nach den Vorschriften des Vierten Kapitels des SGB V (§§ 69 bis 140 SGB V) Verträge mit den jeweiligen Leis-

¹⁷ Ausgeschlossen von der Wahlfreiheit blieben die Versicherten der drei Sondersysteme Seekrankenkasse, Bundesknappschaft und landwirtschaftliche Krankenkassen.

¹⁸ Vgl. Beske/Hallauer, Das Gesundheitswesen in Deutschland, S. 82.

¹⁹ Hepting, Jura 1990, S. 563.

²⁰ Vgl. § 5 SGB V und zu den Möglichkeiten der Versicherungsfreiheit §§ 6 - 8 SGB V.

²¹ Vgl. § 9 SGB V.

²² Vgl. § 10 SGB V.

tungserbringern. Zu diesen zählen insbesondere Ärzte, Zahnärzte (§§ 72 bis 106 SGB V) sowie Krankenhäuser, Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen (§§ 107 bis 114 SGB V).

Im Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung gilt grundsätzlich der so genannte Sach- oder Naturalleistungsgrundsatz, welcher in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V ausdrücklich festgeschrieben wird²³. Hiernach haben die Versicherten nach Eintritt eines Versicherungsfalles einen Anspruch auf die in § 11 SGB V aufgeführten Leistungen, ohne dass sie sich diese selbst beschaffen müssten²⁴. Vielmehr sind die Leistungen durch die Krankenkassen in ausreichendem und wirtschaftlichem (§ 12 SGB V) Umfang bereitzustellen²⁵. Gemäß § 13 Abs. 2 SGB V²⁶ können freiwillig Versicherte und ihre nach § 10 SGB V versicherten Familienangehörigen für die Dauer der freiwilligen Versicherung jedoch auch statt dessen Abrechnung per Kostenerstattung wählen²⁷. Der Anspruch auf Erstattung besteht dann höchstens in Höhe der Vergütung, die die Krankenkasse bei Erbringung als Sachleistung zu tragen hätte, § 13 Abs. 2 S. 4 SGB V. Der gesetzlich Krankenversicherte kann jedoch in diesem Fall durch Selbstzahlung etwaiger Mehrkosten wie ein Privatversicherter die bestmögliche Behandlung in Anspruch nehmen²⁸.

Die Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung erfolgt überwiegend durch Beiträge ihrer Mitglieder, im Übrigen durch sonstige Einnahmen²⁹ (§ 220 Abs. 1 S. 1 SGB V). Die Beiträge werden von den einzelnen Krankenkassen

²³ Vgl. Gitter/Schmitt, SozialR., § 9, Rdnr. 11; Schulin, Handbuch d. SozialversR.; Bd. 1; § 6; Rdnr. 106 ff.; Kruse in LPK-SGB V, § 2, Rdnr. 4.

²⁴ § 11 SGB V hat nur deklaratorische Bedeutung; die Ansprüche des Versicherten ergeben sich vielmehr aus §§ 20 - 52 SGB V.

²⁵ Zum Wirtschaftlichkeitsgebot vgl. Teil 3, 2. Kap.

²⁶ In der seit dem 01.01.1999 gültigen Fassung durch das Gesetz zur Stärkung der Solidarität in der GKV (GKV-SolG) vom 19.12.1998, BGBl I, S. 3853.

²⁷ Ferner gilt das Kostenerstattungsprinzip gemäß § 13 III SGB V, wenn die Krankenkasse eine unaufschiebbare Leistung nicht rechtzeitig erbringen kann oder diese zu Unrecht ablehnt, sowie in den Fällen der §§ 14, 17, 18, 37 Abs. 4, 38 Abs. 4, 64 SGB V.

²⁸ LPK, Einl. Rn. 16 u. 26.

²⁹ z.B. Zahlungseingänge aus Erstattungs- u. Ersatzansprüchen, Miet- und Kapitalerträgen, Zinsen und Gebühren; vgl. Gitter/Schmitt, SozialR., § 11 II, Rdnr. 10. Die „sonstigen Einnahmen“ spielen jedoch im Gesamtbudget keine nennenswerte Rolle; vgl. Rüfner, SozialR., § 25 I.

autonom durch Satzung (§ 194 Abs. 1 Nr. 4 SGB V) nach dem Prinzip der Ausgabendeckung festgesetzt und erhoben, § 220 Abs. 1 S. 2 SGB V³⁰. In der Regel werden die Beiträge der versicherungspflichtigen Arbeitnehmer nach dem Arbeitsentgelt berechnet und zu je 50 % vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer

getragen (§ 249 Abs. 1 SGB V)³¹. Sie werden zusammen mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag vom Arbeitgeber abgeführt³². Im Übrigen tragen Versicherungspflichtige aus der Rente der gesetzlichen Rentenversicherung, aus den Versorgungsbezügen, aus dem Arbeitseinkommen und aus den beitragspflichtigen Einnahmen der Studenten und Praktikanten (§ 236 Abs.1 SGB V) ihre Beiträge allein (§ 250 Abs. 1 SGB V)³³. Wie bereits erwähnt richtet sich die Beitragshöhe nach dem Einkommen des jeweiligen Versicherten und nicht nach einem bestimmten Risiko³⁴. Die Beiträge werden nach den beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder bemessen (§§ 223 Abs. 2 S. 1, 226 ff. SGB V) und nach einem Beitragssatz, der in Hundertsteln dieser Einnahmen festgesetzt wird, erhoben (§§ 241 ff. SGB V)³⁵. Der durchschnittliche allgemeine Beitragssatz eines Arbeitnehmers lag 1999 bei ca. 13,5 % seines Bruttoverdienstes³⁶.

II. Die private Krankenversicherung (PKV)

Die private Krankenversicherung ist als Zweig der Personenversicherung eine Individualversicherung. Ebenso wie die GKV bietet sie die kollektive Abdeckung von Risiken, die im Zusammenhang mit Erkrankung, Krankheitsvorsor-

³⁰ Vgl. Erenkämper/Fichte, SozialR., Abschn. 5.5.; Vay in Krauskopf/Schröder-Prinzen, SGB V, § 220, Rdnr. 1.

³¹ Es wird darüber diskutiert, den Arbeitgeberanteil an die Sozialversicherung um 10 % zu Lasten des Arbeitnehmers zu verschieben.

³² Vgl. Rüfner, SozialR., § 25 I.

³³ Das gleiche gilt für freiwillige Mitglieder, Rentenantragsteller und Schwangere, deren Mitgliedschaft nach § 192 Abs. 2 SGB V erhalten bleibt.

³⁴ Vgl. Jäger, Sozialversicherungsrecht., 44; Stockhausen, Ärztliche Berufsfreiheit, S. 13.

³⁵ Gitter/Schmitt, SozialR., § 11 II 1, Rdnr. 11.

³⁶ Vgl. die gesundheitsspezifische Internetseite des Statistischen Bundesamts: www.gbe-bund.de.

ge und Schwangerschaft auftreten³⁷. Die PKV bietet dort Versicherungsschutz, wo keine Versicherungspflicht in der GKV besteht oder von einer Versicherungsberechtigung in der GKV kein Gebrauch gemacht wird³⁸.

Organisiert sind die privaten Krankenversicherungen fast ausschließlich als privatrechtliche Gesellschaften des Versicherungswesens³⁹.

Die privaten Krankenversicherungen sind rein wirtschaftlich orientiert und finanzieren ihre Leistungen ausschließlich aus den Versicherungsbeiträgen ihrer Mitglieder. Die Beiträge richten sich hierbei individuell nach dem Alter und dem gewünschten Versicherungsschutz des Einzelnen (Individualisierungsprinzip)⁴⁰. Die Beitragshöhe bemisst sich nach der Höhe des übernommenen Risikos. Die private Krankenversicherung ist folglich keine Solidargemeinschaft wie die GKV⁴¹. Gleichwohl sind die „berechtigten Belange der Versichertengemeinschaft“ anerkannt. Bei der Beitragsbemessung wird jedoch keine Rücksicht auf soziale Aspekte und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Versicherungsnehmers genommen. Die Beiträge unterliegen vielmehr dem Äquivalenzprinzip, d.h. der Beitrag des einzelnen Versicherungsnehmers wird unabhängig von seinem Einkommen nach dem Wert seines Versicherungsschutzes bemessen⁴². Der Entscheidung des Versicherers über die Annahme ist daher grundsätzlich eine Risikoprüfung vorgeschaltet⁴³.

³⁷ Schulin, Hdb. d. SVersR., § 14, Rdnr. 1.

³⁸ Schulin, Hdb. d. SVersR., § 14, Rdnr. 2.

³⁹ Vgl. Merkens/v. Birgelen, PKV, Abschn. 1. 1. 7. Dem Verband der PKV, welcher die Vertretung und Förderung der Interessen der PKV und ihrer Mitgliedsunternehmen wahrnimmt, gehörten am 01.01.1997 insgesamt 52 Mitgliedsunternehmen an, davon 25 Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, 27 Aktiengesellschaften und eine öffentlich-rechtliche Anstalt. Die im Verband vertretenen Versicherungen repräsentieren über 99 % des Gesamtmarktes der PKV, vgl. Beske/Hallauer, Das Gesundheitswesen in Deutschland, S. 112.

⁴⁰ Schulin/Düe, JuS 1984, S. 920

⁴¹ Schulin, Hdb. d. SVersR., § 14, Rdnr. 46.

⁴² Vgl. Beske/Hallauer, Das Gesundheitswesen in Deutschland, S. 114.

⁴³ Vgl. Schulin, Hdb. d. SVersR., § 14, Rdnr. 95.

Nach dem Kostenerstattungsprinzip werden die im Versicherungsfall entstandenen Kosten (z.B. für ärztliche Behandlung) zunächst vom Versicherten verauslagt und dann von der PKV erstattet⁴⁴.

Das Versicherungsverhältnis in der PKV wird durch Vertragsschluss begründet; eine Entstehung kraft Gesetzes wie in der GKV gibt es nicht⁴⁵.

Der PKV ausschließlich zugewiesen sind Personen, die entweder überhaupt nicht von der Versicherungspflicht der GKV erfasst werden (§ 5 SGB V) oder die kraft Gesetzes von der Versicherungspflicht befreit sind (§§ 6, 7 SGB V), sowie diejenigen, die auch ein Recht zum freiwilligen Beitritt in die GKV haben (§ 9 SGB V)⁴⁶.

Neben der privaten Vollversicherung kommt auch für sämtliche Personen, die in der GKV versichert sind der Abschluss einer privaten Zusatzversicherung in Betracht. Diese dient entweder dazu, den gesetzlichen Versicherungsschutz zu verbessern (z.B. Wahlleistungen im Krankenhaus) oder Leistungslücken der GKV bewusst zu schließen (z.B. ambulante Zusatzversicherungen)⁴⁷.

Gesetzliche Grundlage der privaten Krankenversicherung ist das VVG (§§ 1, 49), welches zuletzt 1994 geändert wurde. Bei den MBKK 76, welche ebenfalls 1994 geändert wurden, handelt es sich um unverbindliche Empfehlungen des Verbandes der Krankenversicherer, die überwiegend der Kontrolle der §§ 305 ff. BGB⁴⁸ durch die ordentlichen Gerichte unterliegen. Detailregelungen ergeben sich aus den allgemeinen Versicherungs- und Tarifbedingungen der einzelnen Versicherer. Zwischen den ärztlichen Gebührenordnungen (GOÄ

⁴⁴ Jäger, Sozialversicherungsrecht, S. 44.

⁴⁵ Schulin, Hdb. d. SVersR., § 14, Rdnr. 89.

⁴⁶ Zur erstgenannten Gruppe zählen vor allem Selbständige, Freiberufler und Gewerbetreibende, die gerade nicht in einem abhängigen, sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehen. Versicherungsfreiheit besteht hauptsächlich für Beamte.

⁴⁷ Schulin, Hdb. d. SVersR., § 14, Rdnr. 59.

⁴⁸ ehemals AGBG.

und GOZ) und der Erstattung der privaten Krankenversicherung besteht in der Regel keine Koppelung⁴⁹.

D. Die medizinische Versorgung

Begründet aus der historischen Entwicklung, ist das Gesundheitswesen in drei voneinander abgegrenzte Teilbereiche gegliedert: Die ambulante Versorgung, die stationäre Versorgung und den öffentlichen Gesundheitsdienst⁵⁰. Gesamtziel aller Versorgungseinrichtungen ist die kontinuierliche und durchgängig koordinierte ärztliche und pflegerische Betreuung Kranker bis zur bestmöglichen Wiederherstellung ihrer Gesundheit, sowie gegebenenfalls bis zu ihrer beruflichen und sozialen Wiedereingliederung. Hinzu kommt die beratende Hilfe zur Erhaltung der Gesundheit auf dem Wege der Gesundheitsvorsorge und Krankheitsfrüherkennung⁵¹.

I. Ambulante Krankenbehandlung

Bei der ambulanten Krankenbehandlung liegt die Dauer des Kontaktes mit gesundheitlichen Versorgungseinrichtungen in der Regel unterhalb eines Tages (ohne Übernachtung). Dabei beschränkt sich die ambulante Versorgung meist auf die bloße Behandlung und umfasst grundsätzlich nicht das Element der Pflege⁵². Gegenstand der ambulanten Versorgung sind zumeist weniger schwerwiegende und nicht lebensbedrohliche Erkrankungen. Maßgebliche Abgrenzungskriterien zur stationären Versorgung sind die Selbständigkeit der Leistung, ihre Zuordnung nach den medizinischen Erkenntnissen und Behandlungsmöglichkeiten sowie insbesondere personelle und apparative Notwendigkeiten in Diagnose und Therapie⁵³. Die ambulante Versorgung⁵⁴ wird vorrangig

⁴⁹ Rumler-Detzel, VersR 1998, S. 546, (550).

⁵⁰ Vgl. Genzel in Laufs/Uhlenbruck, HdB. des Arztrechts, § 83 I, Rdnr. 1.

⁵¹ Vgl. Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozess, S. 5.

⁵² Vgl. Hugger, Handlungsspielräume, S. 29.

⁵³ Vgl. Genzel in Laufs/Uhlenbruck, HdB. des Arztrechts, § 83 I, Rdnr. 43.

⁵⁴ Sowohl die allgemeinärztliche als auch die fachärztliche Versorgung.

durch in freier Praxis tätige niedergelassene Ärzte sichergestellt⁵⁵, sowie nachrangig durch Ärzte in ambulanten Abteilungen der Krankenhäuser⁵⁶.

II. Stationäre Krankenbehandlung

Die stationäre Krankenbehandlung umfasst in erster Linie die dauerhafte Versorgung im Krankenhaus⁵⁷. Nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 KHG sind Krankenhäuser „Einrichtungen, in denen durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten, Leiden, Körperschäden festgestellt, geheilt oder gelindert werden sollen oder Geburtshilfe geleistet wird und in denen die zu versorgenden Personen untergebracht und verpflegt werden können“⁵⁸.

Ein weiterer Teil des stationären medizinischen Versorgungssystems sind die Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen. Ihre Aufgabe ist die Vorbeugung und Verhütung drohender Krankheiten (Vorsorge) und die Behandlung sowie Nachbehandlung bereits eingetretener Krankheiten (Rehabilitation)⁵⁹.

Die stationäre Krankenbehandlung hat sich aus ihrer ursprünglichen Ergänzungsfunktion zur ambulanten Versorgung⁶⁰ zu einem abgegrenzten eigenständigen Versorgungsbereich mit hohem medizinischem Leistungspotential, aber auch stark expandierenden Kosten, entwickelt⁶¹. Von 1960 bis 1987 stieg die Zahl der Patienten von 7,35 Mio. auf 12,87 Mio. 1996 wurden in den 2269

⁵⁵ Vgl. Genzel in Laufs/Uhlenbruck, HdB. des Arztrechts, § 83 IV, Rdnr. 44.

⁵⁶ Vgl. Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozess, S. 7.

⁵⁷ Zumindest die Unterbringung für eine Nacht, in der Regel erstreckt sich die stationäre Versorgung jedoch über einen längeren Zeitraum, vgl. Hugger, Handlungsspielräume, S. 29.

⁵⁸ Ausgehend von dieser Definition hat § 107 Abs. 1 SGB V für den Bereich der GKV eine Konkretisierung und Ergänzung des Krankenhausbegriffs durch organisatorische und funktionelle Kriterien vorgenommen.

⁵⁹ Die neue Begriffsbestimmung in § 107 Abs. 2 SGB V grenzt diese stationären Einrichtungen gegenüber den Krankenhäusern ab. Eine Unterscheidung ist geboten, da für beide Einrichtungen verschieden ausgestaltete Planungs- und Finanzierungsgrundsätze (§ 11 SGB V) gelten.

⁶⁰ Nach dem Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.06.1883 konnte den Versicherten anstelle ärztlicher Behandlung und des Krankengeldes freie Kur und Verpflegung in einem Krankenhaus gewährt werden. Diese Leistung stand im pflichtgemäßen Ermessen der Krankenkasse.

⁶¹ Zur Kostenproblematik siehe 2 Kap. und Teil 3.

Kliniken der Bundesrepublik Deutschland insgesamt rund 174,3 Mio. Pflergetage bei ca. 15,2 Mio. Krankenhausfällen erbracht⁶². Dazu kommen Behandlungsleistungen in 1404 Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen⁶³.

III. Öffentlicher Gesundheitsdienst

Aufgaben des öffentlichen Gesundheitsdienstes sind alle übrigen Maßnahmen der Gesundheitsfürsorge, insbesondere die der Gesundheitsaufsicht, der Hygieneüberwachung und die der speziellen Fürsorge. Zur einheitlichen Durchführung des öffentlichen Gesundheitsdienstes wurden durch das Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens vom 03.07.1934⁶⁴ in den Stadt- und Landkreisen staatliche Gesundheitsämter als Sonderbehörden unter Leitung eines staatlichen Amtsarztes⁶⁵ eingerichtet. Nach 1945 wurden die Gesundheitsämter in einigen Ländern auf die Stadt- und Landkreise übertragen⁶⁶. Das Bundesgesundheitsamt wurde mittlerweile aufgelöst und existiert nun als Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte weiter.

2. Kapitel: Die Finanzierbarkeitsproblematik

A. Ressourcenknappheit

Nahezu alle Gesundheitssysteme weltweit kennzeichnet das Problem der Knappheit medizinischer Ressourcen. In Deutschland konzentriert sich die Ressourcendebatte angesichts der immensen Ausgaben im Gesundheitswesen in erster Linie auf Finanzmittel⁶⁷. Teilweise wird in diesem Zusammenhang vor Fehleinschätzungen gewarnt, mit dem Hinweis, uns bliebe auch mit einer aus-

⁶² StBA, Statistisches Jahrbuch 2000, S. 432 f.

⁶³ Vgl. DKG, Zahlen, Daten, Fakten, 1998, S. 38, 39.

⁶⁴ RGBl. 1934 I, 531.

⁶⁵ Amtsärzte werden in der Regel nach Bestehen einer amtsärztlichen Prüfung als Beamte auf Lebenszeit ernannt.

⁶⁶ Vgl. Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozess, S. 8 f.

⁶⁷ Vgl. z.B. die Referate zum „V. Einbecker Workshop 1993“, abgedruckt in Heft 9 der MedR 1993 (223 ff.).

reichenden Bereitstellung von Geld die Ressourcendebatte nicht erspart⁶⁸. Diese Auffassung ist nur zum Teil richtig. In der Tat mangelt es in unserem Gesundheitssystem neben den Finanzmitteln an weiteren Ressourcen, die genauso schwer, zum Teil sogar schwieriger zu beschaffen sind. Genannt sei hier ein Beispiel aus der Transplantationsmedizin, der Organmangel. Organe sind von Natur aus knapp und nicht käuflich⁶⁹. Hierzu zählen aber auch der Mangel an Pflegekräften und sozialen Diensten in poststationären Versorgungseinrichtungen. Ebenfalls unzureichend sind die Möglichkeiten, unheilbar Kranke auf Palliativstationen zu begleiten. Fast überall fehlt es an den Ressourcen menschliche Zuwendung, Zeit und soziale Kompetenz.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass mit Ausnahme von Organen im Grunde jeder der genannten Mängel zumindest indirekt auf der Knappheit finanzieller Mittel beruht. So verursacht die Kostenknappheit einen Mangel an Pflegekräften und gut ausgebildeten Ärzten, deren Anstellung im Krankenhaus naturgemäß mit Kosten verbunden ist; darum entsteht wiederum ein Mangel an Zeit und Kompetenz, sowie an räumlichen apparativen, medikamentösen und hygienischen Ausstattungsmöglichkeiten.

Das Problem des Spannungsverhältnisses zwischen Finanzierung des deutschen Gesundheitswesens und ärztlichem Standard stellt sich in erster Linie aufgrund der ständig steigenden Kosten in unserem Gesundheitssystem. Rechtlich relevante Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Organmangel ergeben sich in erster Linie im strafrechtlichen Bereich und sollen vorliegend nicht vertieft werden⁷⁰.

⁶⁸ Vgl. Fuchs, Allokation der Mittel im Gesundheitswesen, S. 1.

⁶⁹ Vgl. Fuchs, MedR 1993, S. 326.

⁷⁰ Vgl. hierzu die ausführliche Bearbeitung von Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl. Knappe medizinische Ressourcen als Rechtsproblem.

B. Das Kostenproblem im deutschen Gesundheitssystem

Die Zahl der Ausgaben im deutschen Gesundheitssystem steigt jährlich an⁷¹. So kostete die Gesundheitsversorgung der 82 Millionen Einwohner Deutschlands im Jahre 1998 ca. 281 Mrd. Euro (ca. 550 Mrd. DM)⁷².

In welchem Ausmaß die Kosten der gesundheitlichen Versorgung im Einzelnen gestiegen sind, soll anhand des folgenden Überblicks über die globale Kostensituation und -entwicklung im Gesundheitswesen dargestellt werden.

I. Die Kostenentwicklung

Zwischen 1970 und 1985 sind die Gesamtausgaben für das Gesundheitswesen nominal um fast das 3 ½fache, von 35,6 Mrd. Euro (69,7 Mrd. DM) auf 123,7 Mrd. Euro (242 Mrd. DM), gestiegen⁷³. Der Anteil der Ausgaben für die medizinische Versorgung am Bruttosozialprodukt stieg im gleichen Zeitraum von 5,2 auf 8,7 %⁷⁴. 1993 betragen die Ausgaben für das Gesundheitswesen bereits 225,1 Mrd. Euro (440,3 Mrd. DM)⁷⁵; der Anteil der medizinischen Kosten am Bruttosozialprodukt lag bei 9,3 %⁷⁶. Die Quote in Deutschland stieg von 1980 bis 1994 um 1,1 Prozentpunkte⁷⁷.

⁷¹ Statistisches Jahrbuch 2001, S. 460.

⁷² Nach neuer Berechnungsmethode 211 Mrd. Euro (413 Mrd. DM), wobei die Einkommensleistungen in dieser Summe nicht mehr enthalten sind. Dazu gehören z.B. Zahlungen von Kranken-, Verletzten- und Übergangsgeldern, vorzeitige Renten und Entgeltfortzahlungen, Statistisches Jahrbuch 2001, S. 460. Aus Gründen der Übersichtlichkeit soll hier noch der ursprünglichen Berechnungsmethode gefolgt werden. Zur Berechnungsmethode vgl. Statistisches Jahrbuch 2001, S. 432. Neuere Zahlen liegen im Übrigen noch nicht vor. Die aktuellsten Daten bezüglich der Gesundheitsausgaben in Deutschland finden sich auf der Internetseite des StBA: www.gbe-bund.de.

⁷³ Vgl. STBA, Statistisches Jahrbuch 2000, S. 442.

⁷⁴ BPI, Basisdaten 1987/88, S. 28 Tab. 0-21.

⁷⁵ Allerdings inkl. der neuen Bundesländer; vgl. STBA, Statistisches Jahrbuch 1996, S. 449.

⁷⁶ Vgl. die Berechnung bei Rathgeber, A&W 1999, S. 48, (49).

⁷⁷ Nur Japan und Schweden liegen darunter. Die USA (4,6 %), Kanada (2,4 %) und die Schweiz (2,3 %) liegen an der Spitze, vgl. Rathgeber, A&W 1999, S. 48, (49).

Aufgrund der immensen Zunahme der Kosten der Gesundheitsversorgung (um ca. 700 % seit 1970) fällt in jüngster Zeit häufig das Schlagwort der „Kostenexplosion“. Gemessen am Bruttosozialprodukt der BRD ist jedoch, wie eben dargestellt, kein erheblicher Anstieg der Ausgaben zu verzeichnen. Auch angesichts des generell hohen Wirtschaftswachstums in Deutschland ist fraglich, ob man den Ausgabenanstieg im Gesundheitswesen bereits als „Kostenexplosion“ bezeichnen kann⁷⁸. Dies ist nach den oben angeestellten Erörterungen abzulehnen. Es sollte vielmehr von einer Effizienz- und Leistungsexplosion gesprochen werden⁷⁹.

Vor allem die Leistungsausgaben der GKV verzeichnen einen enormen Anstieg. Wurden 1970 „nur“ 12,6 Mrd. Euro (24,7 Mrd. DM) ausgegeben, so waren es 1999 bereits 130 Mrd. Euro (256 Mrd. DM)⁸⁰. Der durchschnittliche Beitragssatz der GKV stieg von 8,2 % (1970) auf 13,5 % (1999) des Grundlohns eines Pflichtmitglieds⁸¹.

Einen erheblichen Anteil an der Ausgabensteigerung hatte der Anstieg der Kosten für die stationäre Versorgung. Ihr Anteil an den Gesamtausgaben im deutschen Gesundheitswesen betrug 1998 ca. 51 Mrd. Euro (100 Mrd. DM)⁸².

II. Ursachen des Kostenanstiegs

Die technische Entwicklung im Medizinbereich, die damit einhergehende Defensivmedizin, die demographischen Verschiebungen in der Altersstruktur, sowie das erhöhte Anspruchsdenken der Bevölkerung hinsichtlich der Versicherungsleistungen haben ebenso wie eine erhöhte Ärztedichte und die unwirt-

⁷⁸ Kritisch zu Recht Krämer, MedR 1996, S. 2; Höffe, DÄBl. 1998, S. A-202; vgl. auch Stockhausen, Ärztliche Berufsfreiheit, S. 38, 177; Rathgeber, A&W 2/99, S. 48 f.

⁷⁹ So auch Krämer, MedR 1996, S. 2 und Höffe, DÄBl. 1998, S. A-202.

⁸⁰ STBA, Statistisches Jahrbuch 2001, S. 460 f..

⁸¹ Vgl. BABl. 1997, S. 125 (Tab. 268).

⁸² STBA, Statistisches Jahrbuch 2001, S. 453.

schaftliche Verwendung vorhandener Ressourcen zu der eben dargelegten Steigerung der Ausgaben im Gesundheitswesen geführt. Weitere Gründe für den Kostenanstieg sind die mangelnde Verzahnung von ambulanter und stationärer Medizin, die Massenarbeitslosigkeit, sowie die Belastung durch Fremdleistungen. Hinzu kommt die Zunahme von Singlehaushalten. Im Folgenden werden die einzelnen Ursachen untersucht und es wird dargestellt, welchen Einfluss sie auf den Kostenanstieg haben.

1. Medizinischer Fortschritt

Der große Kostentreiber des modernen Gesundheitswesens ist der medizinische Fortschritt⁸³. In den letzten Jahrzehnten hat die Medizin ein immenses Arsenal neuer und verbesserter Behandlungsformen geschaffen, die in aller Regel kostenintensiver sind, als herkömmliche Methoden⁸⁴.

Der heute wohl kostenträchtigste Bereich der modernen Medizin ist die Anästhesiologie. Mit der Differenzierung ihrer Verfahren und intensivmedizinischer Methoden ermöglicht sie selbst bei Patienten mit schlechtem Allgemeinzustand oder extrem hohem Alter noch lebenserhaltende Operationen⁸⁵.

Der medizinische Fortschritt bewirkt selbst in den Fällen, in denen die Behandlung der einzelnen Erkrankung mit einer neuen oder verbesserten Methode günstiger ist (z.B. Nierentransplantation statt lebenslanger Dialyse) finanzielle Mehrbelastungen, da eine effektive lebensverlängernde Therapie zwangsläufig zum Auftreten altersbedingter Erkrankungen führt, die dann mit erneutem Kostenaufwand zu behandeln sind⁸⁶. Statistisch gesehen bewirkt der medizinische Fortschritt, bezogen auf den Gesundheitszustand der Gesamtbevölkerung, eine

⁸³ Vgl. Krämer, MedR. 1996, S. 1, (3); Weißbauer, Der Chirurg BDC, 36, 1997, S. 151.

⁸⁴ Z.B. Kernspintomographie, Positronen-Emissions-Tomographie, Linksherzkatheter-Messplätze im Rahmen der Diagnostik; ACE-Hemmer, Interferone etc. im Rahmen der Therapie; vgl. den Überblick bei Krämer, MedR 1996, S. 1 ff.

⁸⁵ Vgl. Weißbauer, Der Chirurg BDC, 36, 1997, S. 151.

⁸⁶ Vgl. Kramer, MedR 1993, S. 345.

Verschlechterung⁸⁷. Dies führt dann zwangsläufig zu begründeten Mengen- und Leistungsausweitungen und damit zu Kostensteigerungen im Gesundheitswesen⁸⁸. Nach der Auffassung von Krämer ist die moderne Medizin in eine „Fortschrittsfalle“⁸⁹ geraten: Auch wenn die Menschen individuell gesünder werden, nimmt der Gesundheitszustand aller Überlebenden, die Kollektivgesundheit, in der Regel ab. Dies liegt nicht etwa daran, dass die Medizin untätig ist; vielmehr ist die durchschnittliche Gesundheit der modernen Bundesbürger deshalb so schlecht, weil die Medizin heute so viele Kranke am Leben erhält, die früher längst gestorben wären⁹⁰. Zum Beispiel verzeichnet man in Deutschland mit die höchsten Raten an Nierenkranken in der ganzen Welt, rund 400 pro eine Million Einwohner. Ursache hierfür ist der medizinische Fortschritt. Hätten wir in Deutschland nicht die weltweit vorbildlichen Möglichkeiten der Dialyse für alle, die sie brauchen, dann gäbe es heute in der Bundesrepublik sehr viele Nierenkranke weniger. So zählt man in England nur ca. 100 Nierenkranke pro eine Million Einwohner, aber nicht, weil diese Krankheit dort seltener aufträte, sondern weil in England kaum ein Nierenkranker über sechzig Jahre alt wird⁹¹. Dies ist das „Paradox des medizinischen Fortschritts“⁹².

2. Defensivmedizin

Ein in diesem Zusammenhang nicht zu vernachlässigender Aspekt der Kostensteigerung ist das an anderer Stelle noch zu vertiefende Problem der Defensivmedizin⁹³. Hierunter versteht man, dass der Arzt bei Diagnose und Therapie nicht nur die patientenimmanenten Risiken erwägt, sondern bei der Entschei-

⁸⁷ Vgl. Krämer, MedR. 1996, S. 1, (3).

⁸⁸ Vgl. Fuchs, MedR 1993, S. 323.

⁸⁹ Krämer, Die Krankheit des Gesundheitswesens - Die Fortschrittsfalle der modernen Medizin; ders. MedR. 1996, S. 1, (3).

⁹⁰ Vgl. Krämer, Die Krankheit des Gesundheitswesens - Die Fortschrittsfalle der modernen Medizin, S. 22 f.

⁹¹ Vgl. Krämer, Wir kurieren uns zu Tode, S. 29.

⁹² Vgl. Krämer, Die Krankheit des Gesundheitswesens - Die Fortschrittsfalle der modernen Medizin.

⁹³ Hierzu siehe Teil 3, 3. Kap. Siehe auch Bogs: Defensives Denken und Handeln in der Medizin als Folge des Einflusses des Rechts; Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin.

dung für oder wider einer Behandlung zum eigenen Schutz sein eigenes Haftungsrisiko in die Entscheidung mit einfließen lässt⁹⁴.

Aufgrund des medizinischen Fortschritts etablieren sich die ärztlichen Standards, welche bis ins Haftungs- und Sozialrecht niederschlagen⁹⁵. So wird gerade bei jüngeren oder weniger erfahrenen Ärzten aus Angst vor Haftungsfällen Überdiagnostik oder Übertherapie betrieben, die den Ressourcenverbrauch zwangsläufig ebenfalls erhöht⁹⁶. Jede Verschärfung der Haftung fördert die defensive Medizin. Sie kostet jedes Jahr mehrere Mio. Euro⁹⁷, weil der Arzt aus Sorge vor haftungsrechtlichen Sanktionen seiner Behandlung Untersuchungen und Prophylaxen vorschaltet, die er aus medizinischer Sicht überhaupt nicht für notwendig hielte⁹⁸.

3. Demographische Entwicklung

Die Bevölkerung hat sich im 20. Jahrhundert explosionsartig vermehrt: Alleine in Deutschland von ca. 30 Mio. Einwohnern um 1900 bis auf ca. 82 Mio. Einwohner um das Jahr 2000⁹⁹. In der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts sind die Geburtenzahlen in fast allen Industrieländern zwar drastisch zurückgegangen, dennoch ist die absolute Bevölkerungszahl wegen der ständig steigenden Lebenserwartung konstant geblieben¹⁰⁰. Die durchschnittliche Lebenserwartung bei Männern ist seit der Jahrhundertwende von 45 Jahren auf über 74 Jahre und bei Frauen von 48 auf über 80 Jahre angestiegen¹⁰¹.

⁹⁴ Man kann auch mit Franzki formulieren: Defensivmedizin liegt vor, wenn der Arzt „weniger seinem Gewissen und dem Wohl des Patienten als vielmehr dem Ratschlag seines Rechtsanwaltes verpflichtet“ ist, ders. in: Defensives Denken in der Medizin, S. 19. Ausführlich zur Defensivmedizin, siehe die Arbeit von Bogs: Defensives Denken und Handeln in der Medizin als Folge des Einflusses des Rechts.

⁹⁵ Hierzu ausführlich Teil 2.

⁹⁶ Vgl. Fuchs, Allokation der Mittel im Gesundheitswesen, S. 2.

⁹⁷ Konkrete Zahlen dazu liegen nicht vor.

⁹⁸ Vgl. Weißbauer, Der Chirurg BDC 1997, 36, S. 153; Hennies, Arztrecht 1999, S. 94, (96); Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, S. 3 ff.

⁹⁹ STBA, Statistisches Jahrbuch 2001, S. 44, 45.

¹⁰⁰ STBA, Statistisches Jahrbuch 2000, S.44 und S. 55.

¹⁰¹ Vgl. StBA, Statistisches Jahrbuch 2000, S. 427.

1960 waren von den 73,15 Mio. Deutschen¹⁰² 22,11 Mio. Menschen unter 21 und 12,73 Mio. über 60 Jahre alt. In Prozentzahlen ausgedrückt waren 30,2 % unter 21 und 17,4 % über 60 Jahre alt¹⁰³. 1994 lebten in Deutschland 81,54 Mio. Menschen¹⁰⁴. Jedoch waren hiervon nur 18,41 Mio. Einwohner unter 21 Jahre alt (22,6 %) und bereits 16,87 Mio. Menschen über 60 (20,7 %). Damit hat der Anteil der älteren Bevölkerung von über 60 Jahren zwischen 1960 und 1994 um 18,9 % zugenommen, während der Anteil der unter 21jährigen um 16,5 % abgenommen hat¹⁰⁵. Von den 82,16 Mio. Deutschen im Jahre 1999 sind 18,88 Mio. Menschen über 60 Jahre alt¹⁰⁶. Hauptursache dieser Entwicklung ist der medizinische Fortschritt¹⁰⁷.

Durch die Verschiebung des Bevölkerungsschwerpunktes von der Jugend auf das Alter ergibt sich bei den Industrienationen eine „Überalterungsproblematik“, die zwangsläufig zu einer erheblichen Behandlungs- und Kostensteigerung im medizinischen Bereich führt¹⁰⁸. Wie Modellberechnungen belegen, wird der Alterseffekt bei der Ausgabenentwicklung im Gesundheitswesen durch jede Steigerung der Lebenserwartung über 72 Jahre hinaus verstärkt¹⁰⁹.

Verschärft wird die erhöhte Kostenbelastung noch aufgrund der Tatsache, dass ältere Menschen nicht nur weniger einzahlen als jüngere, sondern auch weitaus höhere Kosten verursachen¹¹⁰. So nimmt der Bedarf an medizinischer Betreuung ab dem 40. Lebensjahr kontinuierlich zu, insbesondere die Neigung zu chronischen und damit behandlungsintensiven Leiden steigt mit dem Alter¹¹¹.

¹⁰² BRD (55.433.000 Millionen) und ehemalige DDR (17.241.000 Millionen) zusammen, vgl. STBA, Statistisches Jahrbuch 1996, S. 47.

¹⁰³ STBA, Statistisches Jahrbuch 2000, S. 58.

¹⁰⁴ STBA, Statistisches Jahrbuch 2000, S. 48.

¹⁰⁵ Ebenda.

¹⁰⁶ Statistisches Jahrbuch 2001, S. 58.

¹⁰⁷ Vgl. die voranstehenden Ausführungen hierzu.

¹⁰⁸ Rieser, DÄBl. 2001, S. 220 ff.

¹⁰⁹ ebenda.

¹¹⁰ Vgl. Arnold, Die medizinische Versorgung zwischen Utopie und zunehmendem Kostendruck, S. 13.

¹¹¹ Im hohen Alter sind häufig mehrere Organsysteme funktionell und auf Dauer eingeschränkt, sogenannte „chronifizierte Polymorbidität“, vgl. Beske/Hallauer/Kern, Rationierung im Gesundheitswesen?, S. 25.

Ca 70 % der Arzneimittel im Bereich der GKV werden von Versicherten im Alter von über 50 Jahren beansprucht. Die über 60jährigen Versicherten beanspruchen mehr als 50 % aller Krankenhausausgaben der Kassen. Ein 80jähriger zum Beispiel verbraucht im Jahr Gesundheitsleistungen im Wert von rund 3500 Euro, mithin sechsmal so viel wie ein Jugendlicher¹¹². Die Behandlungskosten der Rentner erhöhen sich zudem laufend aufgrund des stetigen Herabsinkens der medizinischen Eingriffsschwelle. Hier ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit ein hohes Alter zu erreichen und das Ausschöpfen sämtlicher in Frage kommender Behandlungsmöglichkeiten auch im fortgeschrittenen Alter das Ergebnis einer „medizinisch und auch sozial gewollten Entwicklung“ ist¹¹³.

Wie die dargestellten Erörterungen zeigen, ist die demographische Entwicklung eine der Hauptursachen der Ausgabensteigerungen im Gesundheitswesen. Gleichzeitig wird der demographische Wandel, ebenso wie der medizinisch-technische Fortschritt, eine grundlegende Neuorientierung in der Gesundheitspolitik erzwingen, wenn die Beiträge zur Krankenversicherung nicht schon bald auf 20 oder gar 30 % des Bruttolohns steigen sollen¹¹⁴.

4. Verschwendung vorhandener Ressourcen

In der Diskussion über die Kostenentwicklung im Gesundheitswesen wird vielfach die Auffassung vertreten, die Ressourcen seien noch nicht tatsächlich knapp, sondern nur unwirtschaftlich eingesetzt¹¹⁵. Diese Auffassung ist grundsätzlich richtig: So zeichnet sich das deutsche Gesundheitswesen durch ein nahezu unübersehbares Nebeneinander von markt- und planwirtschaftlichen Steuerungselementen aus. Zahlreiche Steuerungsdefizite führen dazu, dass die vorhandenen Ressourcen nur unbefriedigend genutzt werden und damit die

¹¹² Amerikanische Studien belegen, dass zwei Drittel der gesamten Gesundheitskosten in einem Menschenleben in den letzten sechs Monaten vor dem Lebensende verursacht werden. Vgl. hierzu Ehlers, MedR. 1993, S. 334, (335).

¹¹³ Zutreffend Sachverständigenrat, Jahresgutachten 1988, S. 21.

¹¹⁴ So die Prognose einiger Fachleute, vgl. DÄBl. 2001, A-220.

¹¹⁵ Vgl. stellvertretend: BT-Drucks. 12/3608, S. 66.

Kosten für das notwendige Maß an medizinischer Versorgung zu hoch ausfallen¹¹⁶.

Durch Unwirtschaftlichkeit verschwendete Ressourcen finden sich z.B. im Arzneimittelbereich¹¹⁷: Dies ergibt sich vor allem aus Neuentwicklungen und zum Teil auch aus nicht ausgenutzten Sparpotentialen innerhalb der Verordnungspraxis der Ärzte¹¹⁸. Tatsächlich drängt sich nach einem Blick in diverse medizinische Fachzeitschriften der Eindruck auf, dass die Deutschen nicht an einer Unter-, sondern an einer Überversorgung leiden¹¹⁹.

Allein die stationäre Versorgung verzeichnet jährliche Zuwachsraten von über 30 %. Die Ausgaben in diesem Bereich haben sich seit 1980 von 13 Mrd. Euro (25,5 Mrd. DM) auf 43,5 Mrd. Euro (85,1 Mrd. DM) mehr als verdreifacht¹²⁰.

Unwirtschaftlichkeiten müssen in Zukunft weitestgehend vermieden werden. Unabhängig davon muss jedoch beachtet werden, dass wohl kein System ohne Wirtschaftlichkeitsreserven arbeitet. Die Vorstellung, sämtliche Rationalisierungsreserven im Gesundheitswesen ausschöpfen zu können ist wirklichkeitsfremd¹²¹. Darüber hinaus würden die Reserven auch bei voller Ausschöpfung nicht ausreichen, den stetigen Kostenanstieg zu kompensieren¹²².

5. Erhöhung der Ärztedichte

Die Zahl der niedergelassenen Ärzte hat sich in Deutschland seit 1977,

¹¹⁶ Vgl. Daumann, A&W 4/99, S. 108.

¹¹⁷ Vgl. Ehlers, MedR. 1993, S. 334, (335).

¹¹⁸ Dies ist unter anderem eine Form der Defensivmedizin, siehe Teil 3, Kap 3.

¹¹⁹ Z.B. Clade, DÄBl. 94, A-81, Werner, Arzt und Krankenhaus 1999, S. 217.

¹²⁰ StBA, Statistisches Jahrbuch 2001, S. 460 f.

¹²¹ Deutlich: Beske/Hallauer/Kern, Rationierung im Gesundheitswesen?, S. 22.

¹²² Siehe Kramer, MedR 1993, S. 345.

dem Geburtsjahr des Begriffs „Ärztenschwemme“, von 36.000 auf heute ca. 120.000 nahezu verdreifacht¹²³. Insbesondere die Zahl der Vertragsärzte und -zahnärzte nimmt ständig zu, während die Bevölkerungszahl stagniert und mittelfristig rückläufig ist¹²⁴. Dies hat zur Folge, dass die durchschnittliche Patientenzahl je Praxis zurückgeht. Die in der Vergangenheit für die Ärzte bestehende Regulationsmöglichkeit über eine Ausweitung des Leistungsumfangs wurde durch die neuen Abrechnungsregelungen begrenzt¹²⁵. Umso mehr Vertragsärzte praktizieren, desto mehr Kosten entstehen für die ambulante ärztliche Versorgung; dies führt damit unmittelbar auch zu einer Verschärfung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenkassen¹²⁶. Die durch das GSG eingeführte verbindliche Bedarfsplanung für die vertragsärztliche Versorgung in Verbindung mit einer Begrenzung des Zugangs zur vertragsärztlichen Tätigkeit erscheint daher erforderlich¹²⁷. Diese ist auch verfassungsgemäß im Sinne von Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG¹²⁸.

6. Anspruchsdenken der Bevölkerung

Das Gesundheitsbewusstsein der Bevölkerung und das Verständnis von Krankheit hat sich im Laufe der Jahre erheblich verändert und auch entschieden zur Kostenentwicklung im Gesundheitswesen beigetragen¹²⁹. Im Sinne der gesetzlichen Krankenversicherungen ist Krankheit ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf und zugleich Arbeitsun-

¹²³ Vgl. STBA, Statistisches Jahrbuch 2000, S. 426.

¹²⁴ Ebenda.

¹²⁵ Vgl. Beske/Hallauer, Das Gesundheitswesen in Deutschland, S. 131.

¹²⁶ Vgl. die Darstellungen des Gesetzgebers in BT-Drucks. 12/3608, S. 98 ff. Kritisch: Webering, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Beschränkung der vertragsärztlichen Niederlassungsfreiheit als Instrument zur Kostendämpfung im Gesundheitswesen, S. 52 ff.

¹²⁷ Vgl. Beske/Hallauer, Das Gesundheitswesen in Deutschland, S. 131. Dagegen: Webering, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Beschränkung der vertragsärztlichen Niederlassungsfreiheit als Instrument zur Kostendämpfung im Gesundheitswesen, S. 54 ff.

¹²⁸ BVerfG MedR 2001, S. 639.

¹²⁹ Vgl. von Ferber, Ethik und öffentliches Gesundheitswesen, S. 113, (117); Janischowski, Medizinische Notwendigkeit und Ethik S. 92; Krämer, die Krankheit des Gesundheitswesens. Das erhöhte Anspruchsdenken in der Gesellschaft ist ebenfalls Ursache für die stetige Zunahme von Haftungsfällen, siehe Bergmann, Die Arzthaftung, S. 3.

fähigkeit zur Folge hat¹³⁰. Doch gerade die Ausfüllung des Begriffs der Behandlungsbedürftigkeit ist keineswegs konstant¹³¹. Immer mehr Formen von Unwohlsein, Gebrechlichkeit und Unzufriedenheit begründen die Morbidität und drängen zur Krankheit¹³². Galt der winterliche Husten vor einigen Generationen noch als normale Reaktion des Körpers, so ist eine leichte Erkältung heute schon für viele ein Grund zum Arzt zu gehen und das Bett zu hüten¹³³. Die Ansprüche, die der moderne Mensch an seine medizinische Versorgung stellt, werden folglich immer höher¹³⁴. Als Konsequenz des medizinischen Fortschritts versprechen sich die meisten Patienten eine Behandlung nach dem letzten Stand der Technik. Angesichts der Ausweitung vor allem der Gesundheitsvorsorge in Form von Drogenberatung, Kariesvorsorge, Rückenschulen, Stressbewältigung und Sexualpädagogik spricht man inzwischen schon von einem „Wildwuchs“¹³⁵.

Ein weiterer Grund für das erhöhte Anspruchsdenken der Bevölkerung als Ursache des Kostenanstiegs ist die Tatsache, dass der Patient in der GKV nicht über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der ärztlichen Behandlung befinden kann und schließlich aufgrund des Sachleistungsprinzips die Kosten der ärztlichen Leistungen weder unmittelbar erfährt

¹³⁰ Vgl. BSGE 13, S. 134, (136) m.w.N. aus der Rechtsprechung des RVA; BSGE 19, S. 179, (181); BSGE 26, S. 288, (289); BSGE 66, S. 248, (249).

¹³¹ Nach der Rspr. des BSG (BSGE 35, S. 10, (12)) besteht Behandlungsbedürftigkeit, wenn der regelwidrige Zustand ohne ärztliche Hilfe nicht mit Aussicht auf Erfolg geheilt, mindestens aber gebessert oder vor Verschlimmerung bewahrt werden kann oder wenn ärztliche Hilfe erforderlich ist, um Schmerzen oder sonstige Beschwerden zu lindern.

¹³² Laufs, in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 2, Rdnr. 13.

¹³³ Selbst an einem gegebenen Ort und zu gegebener Zeit gibt es in der subjektiven Einschätzung der Menschen noch große Unterschiede hinsichtlich des Krankheitsbegriffs. So ist Husten nach einer Untersuchung des Soziologen E. K. Koos für 77 % der Oberschicht ein Grund für einen Arztbesuch, in der Unterschicht dagegen nur für 23 %. Bei chronischer Müdigkeit ist das Verhältnis 80 : 19 und bei Schmerzen im Brustbereich 80 : 31.

¹³⁴ Vgl. Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, S. 11.

¹³⁵ Vgl. Uhlenbruck, MedR. 1995, S. 432; kritisch auch Kienzle, in Med. Notwendigkeit und Ethik, S. 130. Mit Durchsetzung der dritten Stufe der Gesundheitsreform wurde zwar durch die erhöhten Zuzahlungen bei Medikamenten davon Abschied genommen, dass alles medizinisch Notwendige durch den Kassenbeitrag zu finanzieren ist. Dennoch wird das Gesundheitssystem durch das erhöhte Anspruchsdenken vieler Patienten finanziell immer noch enorm belastet.

noch als individuell beeinflussbare Größe zu spüren bekommt. Folglich ist von ihm kein kostenbewusstes und kritisches Verbraucherverhalten zu erwarten, von dem preisregulierende Einflüsse auf Qualität und Kosten des Leistungsangebotes ausgehen können. Vielmehr besteht für gesetzlich krankenversicherte Menschen oft ein Anreiz aufgrund der bezahlten Prämie, die ja eine Pauschale ist, die Summe der nachgefragten Gesundheitsleistungen zu maximieren (Moral-Hazard-Phänomen)¹³⁶.

7. Mangelnde Verzahnung von ambulanter und stationärer Medizin

Die mangelhafte sektorübergreifende Zusammenarbeit von niedergelassenen und Klinikärzten erschwert die gemeinsame Nutzung von Ressourcen¹³⁷. Folglich führt die unzureichende Verzahnung von ambulanter und stationärer Medizin zu einer Kostensteigerung im Gesundheitswesen¹³⁸. Dies macht sich vor allem beim Übergang der Patienten von der ambulanten in die stationäre Versorgung bemerkbar. Unnötige Krankenhauseinweisungen und Doppeluntersuchungen sind hier keine Seltenheit¹³⁹. Durch die Trennung von stationärer und ambulanter medizinischer Behandlung kommt es vielfach zu einer unwirtschaftlichen Nutzung medizinisch-technischer Apparaturen und Kommunikationsdefiziten zwischen den niedergelassenen Ärzten und dem Krankenhaus¹⁴⁰.

Zur Bewältigung der finanziellen Situation des Gesundheitswesens haben Politiker und Krankenkassen in den letzten Jahren zwar zahlreiche Maßnahmen initiiert, um eine Verschiebung kostenintensiver stationärer Behandlungsformen in den günstigeren ambulanten Bereich zu erreichen. Hierzu gehören vor allem die Verkürzung der Verweildauer im Krankenhaus und die Förderung des am-

¹³⁶ Vgl. Sachweh, *Arztrecht* 2/1995, S. 39.

¹³⁷ Z.B. die gemeinsame Nutzung von Großgeräten und Operationsräumen.

¹³⁸ Vgl. Häussler/Stapf-Finé, *DÄBl.* 1998, A-75 ff.; Korzilius, *DÄBl.* 1997, A-1324, Höffe, *DÄBl.* 1995, A-202. (203); Schanz, *A&W* 5/99, S. 112; Clade, *DÄBl.* 1998, A-270 ff; Genzel in Laufs/Uhlenbruck, *HdB. des Arztrechts*, § 83 I, Rdnr. 1.

¹³⁹ Vgl. Korzilius, *DÄBl.* 1997, A-1324.

¹⁴⁰ Vgl. Genzel in Laufs/Uhlenbruck, *HdB. des Arztrechts*, § 83 I, Rdnr. 1.

bulanten Operierens, der ambulanten onkologischen Behandlungen und der ambulanten Dialysen¹⁴¹.

Der verstärkte Übergang zur ambulanten Medizin ist jedoch noch nicht zufrieden stellend erfolgt¹⁴². Nach den Worten des 2. Vorsitzenden der KBV, Dr. med. Eckhard Weisner, habe es für die Krankenhäuser aufgrund ihres festgelegten sektoralen Budgets keinen Anreiz gegeben, die Zahl ambulanter Operationen zu steigern. Stattdessen habe eine Verlagerung in den ambulanten Bereich stattgefunden, ohne dass die niedergelassenen Ärzte dafür angemessen honoriert würden¹⁴³. Beispielsweise betrage die Fallpauschale für eine Nasenscheidewandkorrektur im Krankenhaus 1570 Euro, wohingegen der niedergelassene Arzt für die gleiche Leistung nur 312 Euro erhalte¹⁴⁴.

8. Arbeitslosigkeit

Die zunehmende Arbeitslosigkeit ist ein weiterer Grund für den Kostenanstieg im Gesundheitswesen¹⁴⁵. In Deutschland sind momentan über 4 Mio. Menschen offiziell ohne Arbeit¹⁴⁶. Dies entspricht einem Bevölkerungsanteil von über 10 %. Aufgrund der Tatsache, dass die Beitragssätze der GKV nicht am Sozialprodukt (Volkseinkommen) insgesamt, sondern nur an der Lohnquote orientiert werden¹⁴⁷, kommt es durch die Massenarbeitslosigkeit zu Einnahmeverlusten der Krankenkassen in Milliardenhöhe¹⁴⁸. Dies hat wiederum zur Folge, dass diejenigen, die Arbeit haben, diesen Einnahmeverlust (der GKV) mit ihren Beiträgen kompensieren müssen¹⁴⁹.

¹⁴¹ Vgl. Häussler/Stapf-Finé, DÄBl. 1998, A-75.

¹⁴² Vgl. Höffe, DÄBl. 1995, A-202. (203); Schanz, A&W 5/99, S. 112; Clade, DÄBl. 1998, A-270 ff.

¹⁴³ DÄBl. 1997, A-1324.

¹⁴⁴ Ebenda.

¹⁴⁵ Vgl. Stegers, Medizinische Notwendigkeit und Ethik, S. 68; Schanz, A&W 5/99, S. 112 f; Schriefers, Arzt und Krankenhaus 5/99, S. 143.

¹⁴⁶ Siehe die jeweils aktuellen Zahlen unter www.gbe-bund.de.

¹⁴⁷ Dies ist ein wichtiges Element des Solidarprinzips, vgl. Sachweh, *Arztrecht* 2/1995, S. 39.

¹⁴⁸ Vgl. Stegers, *Medizinische Notwendigkeit und Ethik*, S. 68.

¹⁴⁹ Vgl. Schanz, A&W 5/99, S. 112 f.

9. Fremdleistungen der GKV

Einen weiteren Kostenfaktor stellt die Belastung der GKV mit versicherungsfremden Leistungen dar¹⁵⁰. Fremdleistungen generell umfassen alle Bereiche, in denen die GKV keine kostendeckenden Einnahmen hat. Hierzu gehören die der GKV aufgebürdeten Ausgabensteigerungen und Einnahmeausfälle zugunsten anderer Sozialversicherungszweige, sowie die beitragsfreie Mitversicherung von Familienangehörigen und der Solidartransfer von aktiv Versicherten zur Krankenversicherung von Rentnern. Insgesamt handelt es sich um ein Gesamtvolumen von ca. 56 Mrd. Euro (110 Mrd. DM)¹⁵¹. Fremdleistungen im engeren Sinne sind solche Leistungen, die der Bundesgesetzgeber den Krankenkassen in den letzten zwanzig Jahren aus gesellschafts-, sozial- und/oder familienpolitischen Gründen übertragen hat¹⁵². Ihre Größenordnung liegt bei ca. 2 Mrd. Euro (ca. 4 Mrd. DM)¹⁵³.

10. Zunahme von Singlehaushalten

Ein weiterer Kostenaspekt ist auch die ständig wachsende Zahl von Singles¹⁵⁴. Während in Mehrpersonenhaushalten zumindest bei einfach gelagerten Krankheiten nicht unbedingt ärztliche Hilfe in Anspruch genommen werden muss, da auch ein Familienmitglied unterstützende Pflege leisten kann (z.B. Verband anlegen/wechseln bei kleineren Verletzungen, Maßnahmen bei Erkältungskrankheiten, etc.), bedürfen Alleinstehende bereits bei geringfügiger Morbidität externer Hilfe¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Vgl. Clade, DÄBl. 94, A-405; Beske, DÄBl. 94, A-349; Beske/Thiede/Hallauer, Schriftenreihe des Instituts für Gesundheitssystemforschung, Kiel, Bd. 57; Kienzle, Med. Notwendigkeit und Ethik, S. 130.

¹⁵¹ Vgl. Beske/Thiede/Hallauer, Schriftenreihe des Instituts für Gesundheitssystemforschung, Kiel, Bd. 57.

¹⁵² Z.B. Leistungen zur Empfängnisverhütung, Sterilisationen, Haushaltshilfen bei Krankheit, Sterbegeld.

¹⁵³ Vgl. Clade, DÄBl. 94, A-405.

¹⁵⁴ Vgl. Prof. Dr. Eberhard Wille, Mitglied des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, wiedergegeben von Jentsch in: *Arzt & Wirtschaft* 2000, S. 58.

¹⁵⁵ Ebenda.

IV. Bewertung der einzelnen Ursachen des Kostenanstiegs

Aus den oben genannten Gründen ergibt sich, dass die gesundheitliche Versorgung der Deutschen immer teurer wird. Unser Gesundheitswesen steuert verstärkt in eine Rationierung und Budgetierung hinein¹⁵⁶.

Gerade die intensivsten Kostenfaktoren, wie der medizinische Fortschritt und die Überalterungsproblematik sind am wenigsten durch Kostendämpfungsmaßnahmen beeinflussbar. Allerdings sollten diese Faktoren auch nicht beeinflusst werden, da die Verbesserung medizinischer Möglichkeiten und die Steigerung des Durchschnittsalters - im Gegensatz zu der ebenfalls nur sehr schwer entgegenzuwirkenden Arbeitslosigkeit - selbstredend eine wünschenswerte Entwicklung darstellt. Die gesteigerten Kosten wegen einer Zunahme von Singlehaushalten können durch Sparmaßnahmen ebenfalls nicht gesenkt werden, da diese Tatsache ein gesellschaftliches Phänomen der modernen Zeit darstellt.

Demgegenüber kann den zum größten Teil unnötigen und unerwünschten Kostenauslösern wie Defensivmedizin, dem erhöhten Anspruchsdenken der Bevölkerung, der Verschwendung vorhandener Ressourcen und der Befrachtung mit Fremdleistungen durchaus entgegengewirkt werden. Gleiches gilt für die mangelnde Verzahnung von ambulanter und stationärer Medizin. Hier könnten überflüssige Kosten eingespart werden¹⁵⁷. Auch die Erhöhung der Ärztedichte kann mit geeigneten Methoden beeinflusst werden, so dass auch hier Einsparungspotential vorhanden ist¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Hierzu sogleich.

¹⁵⁷ Vgl. die Ausführungen bei den jeweiligen Kostenfaktoren.

¹⁵⁸ Vgl. die Vorschläge von Webering, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Beschränkung der vertragsärztlichen Niederlassungsfreiheit als Instrument zur Kostendämpfung im Gesundheitswesen, S. 54 ff.

V. Kostendämpfungsversuche des Gesetzgebers

Seit Ende der siebziger Jahre versucht man, dem Kostenanstieg im deutschen Gesundheitswesen entgegenzuwirken¹⁵⁹. 1977 wurden z.B. das Krankenversicherungskostendämpfungsgesetz¹⁶⁰ sowie das Kostendämpfungsergänzungsgesetz¹⁶¹ erlassen. 1983 und 1984 verabschiedete der Gesetzgeber die Haushaltsbegleitungsgesetze¹⁶².

Die Maßnahmen der Kostendämpfungsgesetze aus dieser Zeit waren allesamt jedoch nur kurzfristig in der Lage, die Ausgabentrends abzubremsen und Beitragsstabilität zu gewährleisten. All diese Gesetze haben den Weg zur „Therapie“ der Krise im Gesundheitswesen vornehmlich in Maßnahmen gegen angebliche Unwirtschaftlichkeit gesehen, da die meisten Gesundheitspolitiker der Ansicht waren, die Finanzkrise der GKV beruhe nur auf der unwirtschaftlichen Verwendung begrenzter Ressourcen¹⁶³. Im Folgenden werden daher nur die „größeren“ Reformen, wie das GRG und das GSG, sowie die GR 2000 überblicksweise dargestellt, die eine längerfristige Kostensenkung erstrebten.

1. Das Gesundheitsreformgesetz (GRG)

Angesichts der davonlaufenden Kostenentwicklung im Gesundheitswesen wurde am 01.01.1989 das GRG verabschiedet¹⁶⁴. Dem Gesetzgeber ging es vor allem darum, die Solidarität neu zu bestimmen und die Eigenverantwortung der Versicherten zu stärken. Außerdem sollte die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung erhöht werden. Weitere Ziele waren eine grundlegende Mo-

¹⁵⁹ Ausführlich zu den Kostendämpfungsgesetzen vor dem GRG vgl. Jensen, ZfSH 1986, S. 537 f.

¹⁶⁰ BGBl. I S. 1069.

¹⁶¹ BGBl. I S. 1205.

¹⁶² BGBl. I S. 1857 und BGBl. I S. 1532.

¹⁶³ Vgl. Ehlers, MedR 1993, S. 334.

¹⁶⁴ BGBl. 1988 I, S. 2477.

demisierung der Strukturen, sowie eine neue Kodifizierung des Rechts der Krankenversicherung¹⁶⁵.

Zu einer wirklichen Struktur- oder Organisationsreform kam es jedoch - entgegen der Bezeichnung des Gesetzes - nicht. Dem Gesetzgeber fehlte die Kraft, dies zugleich mit dem SGB V durchzusetzen¹⁶⁶. Das GRG hatte vor allem hinsichtlich der Finanzentwicklung der Krankenkassen nicht die erhofften Wirkungen. Der Ausgabenüberhang wurde erneut zur Regel¹⁶⁷. Bereits zwei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes war wieder eine rückläufige Entwicklung zu verzeichnen¹⁶⁸.

2. Das Gesundheitsstrukturgesetz (GSG)

Um der weiterhin ungebremsen Kostensteigerung entgegenzuwirken, trat zum 01.01.1993 das „Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz)“ in Kraft¹⁶⁹. Es brachte wesentliche Änderungen des SGB V und sah weitere Korrekturen in anderen Gesetzen und Verordnungen vor¹⁷⁰. Erklärtes Ziel dieses Gesetzes sollte die Sicherung der Bezahlbarkeit des Gesundheitswesens sein. Das GSG hat folgende Schwerpunkte gesetzt:

- In Krankenhausbereich wurden das Selbstkostenerstattungssystem und der allgemeine tagesgleiche Pflegesatz durch Sonderentgelte und Fallpauschalen abgelöst.
- Bestehende Strukturprobleme zwischen den verschiedenen Kassenarten wurden durch die Organisationsreform beseitigt und unterschiedliche Kassenwahlrechte von Arbeitern und Angestellten ab 1996/97 angeglichen. Der Wettbe-

¹⁶⁵ Vgl. BR-Drucks. 200/88.

¹⁶⁶ Vgl. Schneider, MedR 1993, S. 83.

¹⁶⁷ Vgl. zum vorgesehenen System der Ausgabenbegrenzung: BT-Drucks. 12/1901, S. 11 ff. und S. 50.

¹⁶⁸ Während in den Jahren 1990 und 1991 kurzfristig Gewinne erzielt wurden, betrug der Ausgabenüberhang 1992 9 Mrd. DM. Vgl. DOK 1990, S. 26 f.; Zahlen zur wirtschaftlichen Entwicklung der BRD, Ausg. 1994, Nr. 94.

¹⁶⁹ BGBl. 1992 I, S. 2266.

¹⁷⁰ z.B. SGB IV, Zulassungsverordnung für Kassenärzte und Kassenzahnärzte, Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bundespflegegesetzverordnung.

werb zwischen den Krankenkassen wurde intensiviert, unterschiedliche Positionen durch einen Risikostrukturausgleich aufgefangen. Die Organisation der Selbstverwaltung wurde effizienter gestaltet.

-Verbesserte Wirtschaftlichkeitsprüfungen und verschärfte Bedingungen für die Neuzulassung von Ärzten zur vertragsärztlichen Tätigkeit sollten die Kosten im ambulanten Bereich begrenzen¹⁷¹.

Das GSG wendet sich gegen Unwirtschaftlichkeiten und Verschwendung, gegen Überkapazitäten und fehlgesteuerte Entwicklungen der Vergangenheit. Die mit 5 Mrd. Euro (10 Mrd. DM) angegebenen Einsparungen wirkten sich jedoch nur bis 1994 aus. Bereits 1995 gab es wieder ein Defizit in der GKV von 7 Mrd. DM. Beitragssatzsteigerungen waren die Folge.

3. 1 und 2 Krankenversicherungsneuordnungsgesetz (NOG)

Mit den am 01.07.1997 in Kraft getretenen Krankenversicherungsneuordnungsgesetzen sollte die Leistungsfähigkeit und Finanzierbarkeit des Gesundheitswesens vor dem Hintergrund demographischer, medizinischer und wirtschaftspolitischer Entwicklungen gesichert werden¹⁷². Insbesondere wurde die Ablösung staatlicher Reglementierung durch Verlagerung von Verantwortung und Kompetenzen auf die Ebene der Selbstverwaltung angestrebt. Trotz dieser Ansätze fehlte den Spargesetzen die Ausrichtung an zukunftsträglichen Modellen, so dass sie langfristig keine Verbesserung der Kostensituation mit sich brachten.

4. Gesundheitsreform 2000

Der Gesetzesentwurf der rot-grünen Regierungskoalition¹⁷³ bezüglich einer grundlegenden Reform des Gesundheitswesens scheiterte zunächst an zum Teil

¹⁷¹ Vgl. den Überblick bei Rübner, NJW 1993, S. 753 ff.

¹⁷² BGBl. 1997 I, S. 1518 und BGBl. 1997 I, S. 1520.

¹⁷³ Vgl. BT-Drucks. 14/1245.

massiven Protesten der Interessenverbände und letztlich an der fehlenden Zustimmung des Bundesrats. Die Gesundheitsreform 2000 reduzierte sich auf ein zustimmungsfreies Rumpfgesetz. Dieses „Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000“ vom 22.12.1999¹⁷⁴ trat am 01.01.2000 in Kraft. Es enthält im Wesentlichen nur noch Regelungen über Prävention und Selbsthilfe; Verbesserung ambulanter und stationärer Vorsorgemaßnahmen; die Bildung eines Instituts für die Arzneimittelverordnung in der GKV und einer Kommission von Sachverständigen zur Schaffung einer „Positivliste“ für Arzneimittel. Daneben können die Krankenkassen zukünftig auch ohne Einbeziehung der kassenärztlichen Vereinigungen integrierte Versorgungsverträge mit Ärzten und anderen Leistungserbringern abschließen. Die Vergütungsverträge im ambulanten und stationären Bereich sollen die Beitragsstabilität dadurch gewährleisten, dass sie nicht höhere Steigerungsraten vorsehen als die jährlich vom Bundesgesundheitsministerium festgesetzten Zahlen. Als weiterer Punkt wird die Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Versorgung der Versicherten durch Schaffung einer Arbeitsgemeinschaft auf Bundesebene und weitere strukturelle Maßnahmen verfeinert und konkretisiert¹⁷⁵. In der stationären Versorgung wird ein pauschaliertes Entgeltsystem eingeführt. Das umstrittene Globalbudget ist nicht realisiert worden. Dennoch bleiben die sektoralen Budgets¹⁷⁶ erhalten.

Wie sich in den letzten Jahren gezeigt hat, konnte auch das „Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000“ keine wesentlichen Verbesserungen der Kostenproblematik hervorbringen. Vielmehr steht uns derzeit wieder eine neue Gesundheitsreform bevor, die zum Teil erhebliche Änderungen am bestehenden System der gesetzlichen Krankenversicherung vorsieht. So wird zum Beispiel der Zahnersatz aus dem Leistungskatalog der GKV gestrichen. Hierfür soll eine Zusatzversicherung abgeschlossen werden. Zudem soll eine so genannte „Praxisgebühr“ eingeführt werden. Auch die Zu-

¹⁷⁴ BGBl. 1999 I, S. 2626.

¹⁷⁵ Hierzu siehe Teil 3, 4. Kap.

¹⁷⁶ Honorierung, Arznei- und Heilmittel, Krankenhausleistungen.

zahlungen im Arzneimittelbereich werden erhöht. Ob die derzeitigen Reformversuche geeignet sind, die Kosten im Gesundheitswesen zu senken, bleibt abzuwarten.

C. Folgen der Kostenentwicklung : Rationalisierung und Rationierung in der Medizin

Da der Gesetzgeber bisher nicht in der Lage war, den steigenden Kosten des Gesundheitssystems Herr zu werden, stellt sich die Frage nach den Folgen dieser Entwicklung. Fest steht, dass es in der heutigen Zeit nicht möglich ist, jedem Patienten die maximale gesundheitliche Versorgung zu gewährleisten. Angesichts des immer größer werdenden Überhangs des theoretisch Machbaren durch den medizinischen Fortschritt über das praktisch Finanzierbare ergibt sich die Situation, dass die Ressourcen in der derzeitigen Höhe, - auch bei ihrer effizientesten Verwendung -, nicht mehr für alle ausreichen¹⁷⁷.

I. Rationalisierung medizinischer Leistungen

Die Zauberformel der Politik zur Schließung der Lücke zwischen dem, was medizinisch sinnvoll machbar wäre und dem, was die Gesellschaft für ihre Gesundheit zahlen kann und will, heißt Rationalisierung¹⁷⁸. Diese hat das Ziel, ein Maximum an Leistung mit einem Minimum an finanziellem Aufwand zu erbringen¹⁷⁹. Mit Rationalisierung bezeichnet man dementsprechend den Einsatz von Maßnahmen, durch die eine höhere Produktivität und Wirtschaftlichkeit erreicht werden soll¹⁸⁰. Solange die Rationalisierungsreserven ausreichen, bleibt

¹⁷⁷ Vgl. Krämer, MedR 1997, S. 1, (2).

¹⁷⁸ Hierzu siehe die Darstellung der Spargesetze.

¹⁷⁹ Vgl. Beske/Hallauer/Kern, Rationierung im Gesundheitswesen?, S. 24; Uhlenbruck, MedR 1995, S. 429.

¹⁸⁰ Vgl. Beske/Hallauer/Kern, Institut für Gesundheits-System-Forschung Kiel, Rationierung im Gesundheitswesen?, S. 21.

der Anspruch eines Jeden auf die ausreichende und zweckmäßige Versorgung grundsätzlich unberührt¹⁸¹.

II. Rationierung medizinischer Leistungen

Sind die Rationalisierungsreserven jedoch ausgeschöpft, müssen die medizinischen Leistungen rationiert werden. Dabei ist unter Rationierung das geplante Vorenthalten an sich erwünschter Güter zu verstehen¹⁸². Immer dann also, wenn bei Gütern die Nachfrage das Angebot übersteigt und die Verteilung von Ressourcen reglementiert werden muss, liegt Rationierung vor¹⁸³.

1. Beispiele für Rationierung im deutschen Gesundheitssystem

Schon heute ist in manchen Bereichen unseres Gesundheitssystems aus der Rationalisierung eine Rationierung geworden¹⁸⁴. Allein der Medizinische Fortschritt führt zur Rationierung insofern, als nicht jede neue medizinische Erkenntnis in kürzester Zeit flächendeckend angeboten werden kann.¹⁸⁵ Besonders im stationären Bereich kommt es verstärkt zu finanziellen Engpässen mit der Folge, dass das einzelne Krankenhaus nicht selten eine verdeckte Rationierung vornimmt¹⁸⁶.

-Konkret bedeutet dies, dass:

¹⁸¹ Vgl. Weißauer, Der Chirurg BDC, 1997, 36, S. 152. Angeblich sind im Gesundheitswesen Rationalisierungsreserven in Höhe von 12,7 Mrd. Euro (25 Mrd. DM) vorhanden, vgl. die Darstellung bei Beske/Hallauer/Kern, Rationierung im Gesundheitswesen?, S. 21.

¹⁸² Vgl. Fuchs, MedR 1993, S. 323, (324); Krämer, MedR 1997, S. 1; Beske, DÄBl. 94, S. A-349; Uhlenbruck, MedR 1995, S. 427, (429).

¹⁸³ Beske/Hallauer/Kern, Institut für Gesundheits-Systemforschung Kiel, Rationierung im Gesundheitswesen?, S. 15.

¹⁸⁴ Vgl. Krämer, MedR 1996, S. 1ff.; Fuchs, MedR 1993, S. 324; Uhlenbruck, MedR 1995, S. 429; Beske/Hallauer/Kern, Rationierung im Gesundheitswesen?, S. 14.

¹⁸⁵ Beske/Hallauer/Kern, Institut für Gesundheits-Systemforschung Kiel, Rationierung im Gesundheitswesen?, S. 15.

¹⁸⁶ Vgl. Arnold, Die Gesundheitsversorgung zwischen Utopie und zunehmendem Kostendruck, S. 19.

- Patienten unter Umständen ihre Operationen verschieben müssen, weil das Budget für das entsprechende Jahr bereits erreicht ist,
- in vielen Fällen Personal eingespart und überlastete Ärzte und überlastetes Pflegepersonal ihren Zeitaufwand für den einzelnen Patienten reduzieren müssen,
- Intensivstationen nur suboptimal bestückt sind mit statistischem Risiko für die Patienten,
- bei Verbrauchsmaterialien häufig gespart wird, mit der Folge, dass Einmaltartikel wiederverwendet werden,
- teilweise nicht das beste Medikament eingesetzt wird, sondern das zweitbeste und billigere, gegebenenfalls verbunden mit vermeidbaren Risiken,
- nicht selten Patienten vorzeitig entlassen werden, weil noch gefährdetere Patienten aufgenommen werden müssen¹⁸⁷.

Wenn daher tatsächlich im Gesundheitswesen rationiert werden muss, stellt sich die Frage, wie eine solche Rationierung im Rahmen der geltenden Gesetze stattfinden kann.

2. Grenzen von Rationierung

Rechtlich sind einer Rationierung medizinischer Leistungen zum Teil enge Grenzen gesetzt. Diese ergeben sich zunächst aus dem Grundgesetz¹⁸⁸ und des Weiteren aus den zivilrechtlichen Haftungsvorschriften, nach welchen Arzt und

¹⁸⁷ Vgl. für die genannten Beispiele die Darstellung bei Fuchs, MedR 1993, S. 323, (324).
Siehe auch Deutsch, VersR 1998, S. 262.

¹⁸⁸ Hierzu sogleich.

Krankenhaus den guten ärztlichen Behandlungsstandard einhalten müssen, wollen sie sich nicht einen Fahrlässigkeitsvorwurf entgegenhalten lassen¹⁸⁹.

So gewährt Art. 2 Abs. 2 GG das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Das Recht auf Gesundheit wird nach allgemeiner Meinung von dem Grundrecht auf Leben erfasst¹⁹⁰. Weiterhin ist Art. 1 Abs. 1 GG (Achtung der Menschenwürde) in diesem Zusammenhang zu beachten. Der Schutzbereich der Grundrechte umfasst auch die kurative Seite von Leben und Gesundheit, mit der Folge, dass dem kranken Patienten ein Recht auf Behandlung zusteht¹⁹¹. Teilweise wird sogar von einem „Recht auf Heilung“ gesprochen¹⁹². Dieser Begriff führt jedoch zu weit, da dem jeweiligen Patienten nur der Zugang zu der jeweils verfügbaren Behandlungsmethode gewährt werden kann; eine tatsächliche Heilung kann denknötwendig von keinem Arzt in jedem Einzelfall erwartet werden.

Schwierigkeiten ergeben sich dadurch, dass die öffentliche Gewalt einerseits zum Schutz vor gefährlichen Behandlungsmethoden verpflichtet ist und andererseits ungehinderten Zugang zu Behandlungsmethoden gewährleistet, welcher nur nach Maßgabe des Gesetzesvorbehalts des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG zu beschränken ist¹⁹³. Weiterhin muss Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch das Recht umfassen, die medizinischen Versorgungseinrichtungen zu benutzen, sowie eine Pflicht des Staates, entsprechende Einrichtungen zu schaffen¹⁹⁴. Dann jedoch ergibt sich das Problem, wie in Zeiten knapper Ressourcen bei Konkurrenz von Leistungsansprüchen eine gerechte Verteilung medizinischer Mittel vorzunehmen ist. Es bedarf daher einer vorbereitenden Erörterung der verschiedenen Verantwortungsebenen.

¹⁸⁹ Hierzu ausführlich im 2. und 3. Teil.

¹⁹⁰ von Münch/Kunig, Art. 2, Rdnr. 62.

¹⁹¹ Ebenda.

¹⁹² So z.B. Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 99; Uhlenbruck, MedR 1995, S. 427, (429).

¹⁹³ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 77.

¹⁹⁴ Zutreffend Uhlenbruck, MedR 1995, S. 427, (429).

D. Verantwortungsebenen

Im Anschluss an Engelhardt hat sich die Differenzierung in vier Allokationsstufen hinsichtlich der Zuteilung von Ressourcen eingebürgert¹⁹⁵:

1) Makroallokation obere Ebene: Gesundheitsausgaben insgesamt (Gesetzliche Rahmenbedingungen, Anteil der Gesundheitsausgaben am Brutto sozialprodukt, Festlegung des Budgets);

2) Makroallokation untere Ebene: Verhandlungsebene der Selbstverwaltung; Aufteilung des Gesamtgesundheitsbudgets auf verschiedene Bereiche (z.B. Prävention, Gesundheitserziehung, kurative Medizin, Rehabilitation und Palliativmaßnahmen);

3) Mikroallokation obere Ebene: Festlegung der Prinzipien, nach denen Ressourcen der Gesundheitsversorgung an bestimmte Einzelpersonen zugeteilt werden (z.B. nach Zufall, Altersgruppen, medizinischen Indikationen, sozialen Gesichtspunkten);

4) Mikroallokation untere Ebene: Vor-Ort-Entscheidung über die Zuteilung von Ressourcen an den konkreten Einzelpatienten (z.B. Diagnose- und Therapieentscheidungen am Krankenbett).

Diese Ebenen stehen notwendigerweise in wechselseitiger Abhängigkeit zueinander. Beschränkt man die dem Gesundheitswesen zugeteilten Mittel, so müssen diese auf der Ebene der Mikroallokation selektiv vergeben werden. Wenn andererseits auf der unteren Ebene der Mikroallokation besondere Fälle das öffentliche Interesse erregen, mit der Folge, dass für deren Behandlung Mittel

¹⁹⁵ Engelhardt, Zielkonflikte in nationalen Gesundheitssystemen, in Sass, Ethik und öffentliches Gesundheitswesen, S. 35, (41). Eine etwas andere Einteilung findet sich in: Beske/Hallauer/Kern, Rationierung im Gesundheitswesen?, 34 ff. Hier werden nur drei Ebenen unterschieden: Makro- Meso- und Mikroebene, wobei die Mesoebene die Verbände der Leistungserbringer und die der Kostenträger umfasst. Ansonsten ist die Aufteilung ähnlich.

gewährt werden, werden die Mikroallokationen sowohl auf unterer als auch auf oberer Ebene abgeändert¹⁹⁶.

Die ethische Problematik bezüglich der gerechten Verteilung der Mittel beginnt bei der Frage, von welcher Ebene die primäre Verantwortung ausgehen soll. In Großbritannien beispielsweise geht die Dominanz von Ebene 3 aus. Dort wurde z.B. entschieden, dass bei dialysepflichtigen Nierenkranken, die das 55. Lebensjahr überschritten haben, keine Behandlung mit der künstlichen Niere eingeleitet wird¹⁹⁷.

In Deutschland dagegen herrscht eine Prädominanz von der unteren Ebene der Mikroallokation¹⁹⁸. So entscheidet nach wie vor der behandelnde Arzt am Krankenbett, welche Maßnahmen im Einzelfall getroffen werden¹⁹⁹. Er ist der Ressourcenverteiler in Therapie, Diagnostik und Forschung, bestimmt durch komplexe Verhaltensmuster, in welche moralische Intuitionen, die Auslegung des medizinischen Ethos, psychologische Faktoren sowie die jeweiligen medizinischen und ökonomischen Standards und Kompetenzen eingehen²⁰⁰.

Die für die Frage nach der gerechten Verteilung knapper Mittel und damit die für die vorliegende Arbeit relevante Ebene ist folglich die untere Mikroallokation. Um festzustellen, ob und gegebenenfalls inwieweit der ärztliche Haftungsmaßstab durch Rationierungsmaßnahmen beeinflusst wird, muss zunächst geklärt werden, welche Entscheidungsbefugnisse dem jeweiligen Leistungserbringer zustehen.

¹⁹⁶ Taupitz in: Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, S. 96 ff.

¹⁹⁷ Vgl. die Nachweise bei Fuchs, Allokation der Mittel im Gesundheitswesen, S. 6.

¹⁹⁸ Vgl. Fuchs, MedR 1993, S. 323, (324); Schöne-Seifert, Verantwortungsprobleme in der medizinischen Mikroallokation, in Sass, Ethik und öffentliches Gesundheitswesen, S. 139.

¹⁹⁹ Vgl. Uhlenbruck, MedR 1995, S. 427, (429): Nach Auffassung der Ärzteschaft müßte jedoch die Politik die Verantwortung für die Kriterien einer Rationierung übernehmen. Die Ärzte fühlen sich aufgrund einer hier bestehenden Rechtsunsicherheit mit der Entscheidung der gerechten Verteilung im Hinblick auf ethische Fragen überfordert.

²⁰⁰ Vgl. Schöne-Seifert, Verantwortungsprobleme in der medizinischen Mikroallokation, in Sass, Ethik und öffentliches Gesundheitswesen, S. 140.

E. Entscheidungsträger

Entscheidungen über Art und Umfang von Behandlungsmaßnahmen werden nicht nur durch den einzelnen Arzt getroffen, sondern vielmehr durch den Gesetzgeber, die Krankenhausadministration und die Gesundheitsverwaltung vorstrukturiert. Folglich trifft die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Haftungsfall nicht nur den behandelnden Arzt. Dessen Entscheidungen sind abhängig von den bereitgestellten Behandlungsmöglichkeiten, so dass in stationären Behandlungsverhältnissen z.B. ebenso die Haftung des Krankenhausträgers als juristische Person in Betracht kommt²⁰¹.

I. Ambulante Behandlungsverhältnisse

In der ambulanten Krankenversorgung ist es Aufgabe des einzelnen Arztes, Art und Umfang der Behandlung zu bestimmen²⁰². Der behandelnde Arzt entscheidet aufgrund seiner medizinischen Erkenntnisse und seines ärztlichen Gewissens über die Behandlungsmethode. Trotz der ärztlichen Therapiefreiheit darf sich der Arzt jedoch nicht ohne weiteres über Erfahrungen und gesicherte Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft hinwegsetzen²⁰³. Für ein schuldhaftes Unterschreiten des medizinischen Standards hat der Arzt haftungsrechtlich einzustehen²⁰⁴.

Innerhalb der Grenzen von Finanzierbarkeit und Wirtschaftlichkeit hat der Patient grundsätzlich einen Anspruch auf optimale Behandlungsbedingungen und nach neuesten Methoden arbeitende Ärzte sowie auf die Anwendung modernster medizinischer Apparaturen²⁰⁵. Mangelt es dem jeweiligen Arzt an einem dieser Kriterien, so hat er den Patienten unter Umständen an einen besser ausgerüsteten bzw. besser spezialisierten Facharzt zu überweisen²⁰⁶.

²⁰¹ Zur haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit siehe ausführlich Teil 2.

²⁰² Vgl. Uhlenbruck in Laufs/Uhlenbruck, HdB. des Arztrechts, § 44 III.; Rdnr. 6.

²⁰³ Vgl. Franzki, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arztes, S. 9.

²⁰⁴ Hierzu ausführlich Teil 2.

²⁰⁵ Vgl. Uhlenbruck in Laufs/Uhlenbruck, HdB. des Arztrechts, § 44 III.; Rdnr. 6.

²⁰⁶ Hierzu ausführlich Teil 3.

II. Organisationsstrukturen im Krankenhaus

Zentrale Aufgabe des Krankenhauses ist es, dem Patienten entsprechend Art und Schwere seiner Erkrankung unter rationellem Einsatz der personellen und sachlichen Mittel eine medizinisch wirkungsvolle Behandlung und Versorgung zu gewährleisten²⁰⁷. Die notwendige angemessene ärztliche Versorgung der Patienten im Krankenhaus erfordert die enge Zusammenarbeit aller an der Versorgung beteiligten Personen. Die Leitungsstruktur des Krankenhauses stellt sich als rangmäßig gestaffelte Instanzgliederung dar. So geht die Existenz der Krankenhäuser auf die Initiative der Krankenhausträger zurück, wobei diese einige ihrer Aufgaben auf die Krankenhausleitung übertragen, welche wiederum einen Teil ihrer Leitungsaufgaben auf den seinerseits hierarchisch geordneten ärztlichen Dienst überträgt²⁰⁸. Die funktionelle Einordnung des ärztlichen Dienstes in den Gesamtbetrieb Krankenhaus setzt organisatorische Maßnahmen auf allen Stufen ärztlicher Verantwortung, insbesondere hinsichtlich des Arbeitsablaufs im jeweiligen ärztlichen Fachbereich, der Ordnung und Koordinierung übergreifender ärztlicher Funktionen sowie der Gewährleistung enger und partnerschaftlicher Zusammenarbeit mit Krankenpflege, Krankenhausverwaltung und Krankenhausträger voraus²⁰⁹.

1. Weisungsgebundene Ärzte

Der *Assistenzarzt* ist als Angestellter nach BAT im Krankenhaus in der Regel zum Zwecke der Weiterbildung tätig²¹⁰. Hat der Assistenzarzt eine Station zu leiten und zu beaufsichtigen, so hat er die Funktion eines *Stationsarztes*. Die Assistenz- und Stationsärzte unterliegen dem Weisungsrecht des leitenden Arztes²¹¹.

²⁰⁷ Vgl. Genzel in Laufs/Uhlenbruck, HdB des Arztrechts, § 89 I 1., Rdnr. 1.

²⁰⁸ Vgl. Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, S. 37.

²⁰⁹ Vgl. Genzel/Siess, MedR 1999, S. 1, (5).

²¹⁰ Vgl. Laufs in Laufs/Uhlenbruck, HdB des Arztrechts, § 12 II 3, Rdnr. 3;

²¹¹ ebenso die Ärzte im Praktikum.

Der *Oberarzt* fungiert als ständiger Vertreter des Chefarztes und ist in der Regel Gebietsarzt. Zu seinen Hauptaufgaben zählt die Beratung und Überwachung der auf seinem Feld tätigen Ärzte. Des Weiteren führt er regelmäßige Visiten auf den Stationen durch und wirkt bei der Entscheidung über die Behandlung der Patienten mit. Auch der Oberarzt ist dem Weisungsrecht des leitenden Arztes unterworfen²¹².

Die weisungsgebundenen Ärzte sind durch die allgemeinen Rechtsvorschriften und die ihnen von § 1 Abs. 2 BÄO garantierte Berufs- und Gewissensfreiheit geschützt. Sie dürfen keine Weisungen befolgen, die gegen gesetzliche (z.B. haftungsrechtliche) Vorschriften verstoßen²¹³. Vielmehr trifft die dem leitenden Arzt nachgeordneten Ärzte die Pflicht, sich ein eigenes Urteil über die Krankheit des Patienten und über Wirksamkeit und Gefährlichkeit der vom leitenden Arzt angeordneten Maßnahmen zu bilden und Bedenken vorzutragen²¹⁴.

Trotz der somit gegebenen rechtlichen Möglichkeiten der Mitsprache sind die tatsächlichen Entscheidungsbefugnisse der weisungsgebundenen Ärzte vergleichsweise gering. Aufgrund der im Krankenhaus herrschenden strikten Hierarchie üben die wenigsten Ärzte Kritik an den Behandlungsentscheidungen ihrer vorgesetzten Ärzte.²¹⁵ Folglich ist auch der Einfluss der weisungsabhängigen Ärzte auf wirtschaftliche Entscheidungen und Ressourcenverteilung im Krankenhaus kaum der Rede wert.

²¹² Vgl. Laufs in Laufs/Uhlenbruck, HdB des Arztrechts, § 12 II 2, Rdnr. 10; Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, S. 45.

²¹³ Ebenda.

²¹⁴ Vgl. Laufs in Laufs/Uhlenbruck, HdB des Arztrechts, § 12 II 3, Rdnr. 11.

²¹⁵ Untersuchungen zufolge befürchten viele Ärzte - z.T. zu recht - bei entsprechender Kritikübung an ihren Chefarzten gegenüber übergeordneten Stellen ihren Arbeitsplatz zu verlieren, vgl. Francke/Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, S. 198.

2. Leitende Fachärzte

Dem leitenden Arzt (Chefarzt), eines Krankenhauses oder einer Krankenhausabteilung kommt im „Medizinbetrieb“ Krankenhaus eine zentrale Rolle zu. Das medizinische Leistungsgeschehen fällt in seinen Verantwortungsbereich, vor allem weil er die erforderlichen Fachkenntnisse besitzt²¹⁶.

Im Rahmen seiner medizinisch-fachlichen Aufgaben handelt der leitende Arzt eigenverantwortlich und ist an Weisungen des Krankenhausträgers nicht gebunden²¹⁷. Er selbst hat hingegen das ihm nachgeordnete Personal entsprechend zu überwachen und anzuweisen²¹⁸. Den Chefarzt treffen somit auch Organisationspflichten, deren Umfang je nach Krankenhaus variiert und deren Verletzung haftungsrechtliche Folgen haben kann²¹⁹.

Der leitende Arzt hat dafür zu sorgen, dass die Patienten unter Beachtung der diagnostischen und therapeutischen Erfordernisse eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Behandlung erhalten²²⁰. Durch seine nach bestem Wissen und Gewissen getroffenen Entscheidungen bestimmt der leitende Arzt somit Art und Umfang der medizinischen Leistungen, nimmt Einfluss auf das Leistungsangebot und damit auch auf den Ressourcenverbrauch²²¹.

3. Krankenhausleitung

Im Rahmen der oben genannten Grundsatzentscheidungen des Krankenhausträgers obliegt die eigentliche Durchführung der Krankenhausarbeit der Kran-

²¹⁶ Vgl. Genzel/Siess, MedR 1999, S. 1, (4).

²¹⁷ An dieser Stelle bricht die Weisungshierarchie im Krankenhaus nach oben hin ab. Letzte Entscheidungsinstanz kann folglich immer nur hierarchisch höchstrangige Arzt sein, vgl. Laufs in: Laufs/Uhlenbruck, HdB. des Arztrechts, § 12 II, Rdnr. 8.

²¹⁸ Vgl. Brenner, Arzt und Recht, S. 255.

²¹⁹ Auf die unterschiedlichen Anforderungen hinsichtlich der Einhaltung des institutionellen Standards wird im zweiten und dritten Teil der Arbeit noch ausführlich eingegangen.

²²⁰ Vgl. Andreas, Arztrecht 1997, S. 207; Brenner, Arzt und Recht, S. 257.

²²¹ Vgl. Genzel/Siess, MedR 1999, S. 7.

kenhausleitung²²². Die Krankenhausleitung²²³ besteht aus der Leitung des Wirtschafts- und Verwaltungsbereichs, einem leitenden Abteilungsarzt und der leitenden Pflegekraft²²⁴, folglich den Leitern der „drei Säulen“ des Krankenhausbetriebes²²⁵. Aufgabe der Krankenhausleitung ist die kollegiale Führung des Krankenhausbetriebes, das heißt die Planung, Organisation, Durchführung und Kontrolle der Betriebsabläufe, die Finanzverwaltung, das Rechnungswesen und die Personalverwaltung - innerhalb des durch die allgemeinen Richtlinien und Beschlüsse des Krankenhausträgers vorgegebenen Rahmens²²⁶. Dabei sind die Grundsätze der Leistungsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten²²⁷.

4. Krankenhausträger

Dem Krankenhausträger obliegen primär die Organisationspflichten für die Art der Leistungserbringung, insbesondere die Gewährleistung des fachärztlichen, fachgerechten pflegerischen und angemessenen medizinisch-technischen Standards durch Bereitstellung der personellen und sachlichen Mittel. Dass die jeweilige Behandlung dem Facharztstandard genügt, hat hingegen der Behandler zu gewährleisten.

Der Träger handelt dabei auch in Erfüllung des gesetzlichen Gestaltungsauftrags zur „Eigenwirtschaftlichkeit“ (§ 1 Abs. 1 KHG) und „Eigenverantwortlichkeit“ (§ 2 Nr. 1 KHG, § 107 Abs. 1 SGB V) der Einrichtung Krankenhaus²²⁸.

Bei Verletzung der Organisationspflichten haftet der Krankenhausträger sowohl vertraglich als auch deliktisch; in letzterem Fall wegen eigenen Verschul-

²²² Vgl. Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, S. 39.

²²³ Wird z.T. auch als Krankenhausedirektorium bezeichnet.

²²⁴ meist als „ärztlicher Direktor“ bezeichnet.

²²⁵ Vgl. Genzel/Siess, MedR 1999, S. 1, (6).

²²⁶ Deutsche Krankenhausgesellschaft, KH 1992, S. 238.

²²⁷ Vgl. Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, S. 39.

²²⁸ Vgl. Genzel/Siess, MedR 1999, S. 1, (4).

dens und ohne Entlastungsmöglichkeit, gemäß § 823 Abs. 1 BGB²²⁹.

Aufgabe des Krankenhausträgers ist es, aufgrund seiner Organisationsverantwortung, Aufgaben und Kompetenzen von Ärzten, Pflegenden und anderen gesundheitlichen Fachberufen zu bestimmen²³⁰. Er trägt grundsätzlich die Letztverantwortung für die Bereitstellung der personellen und sächlichen Mittel. Folglich bestimmt der Krankenhausträger, im Rahmen billigen Ermessens, die Bemessung des internen Budgets, das „Ob“ von Diagnostik und Therapie²³¹.

Der Krankenhausträger darf jedoch keine Weisungen erteilen, die sich auf den engeren Bereich des ärztlichen Handelns beziehen. Daher bricht an dieser Stelle die Weisungshierarchie im Krankenhaus nach oben hin ab. Letzte Entscheidungsinstanz kann also immer nur der hierarchisch höchstrangige Arzt sein.

Die meisten Krankenhäuser in Deutschland werden von öffentlichen Trägern betrieben (z.B. von Gebietskörperschaften oder Sozialversicherungsträgern). Verhältnismäßig geringer ist der Anteil von Privatkrankenhäusern, welche entweder gewerbsmäßig (d.h. mit Gewinnerzielungsabsicht²³²) oder nichtgewerbsmäßig betrieben werden²³³. Der Anteil an gewerbsmäßig betriebenen Krankenhäusern verzeichnet in letzter Zeit jedoch einen nicht unerheblichen Anstieg²³⁴.

Die den Krankenhausträger vertretenden Organe sind je nach Trägerschaft z.B. der Gemeinderat, der Kreistag, der Gemeindekirchenrat, der Vorstand, der Verwaltungsrat o.ä.²³⁵.

²²⁹ Hierzu ausführlich in Teil 2.

²³⁰ Vgl. Genzel/Siess, MedR 1999, S. 1, (5).

²³¹ Vgl. Andreas, Arztrecht 1997, S. 207, (208).

²³² In diesem Fall bedürfen sie gemäß § 30 GewO einer Konzession.

²³³ Vgl. Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, S. 22.

²³⁴ Vgl. die Darstellungen in der aktuellen Tagespresse.

²³⁵ Vgl. Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, S. 22.

5. Staatliche Planung

Gemäß § 6 KHG sind die Länder zuständig für die Krankenhausplanung. Sie stellen Krankenhauspläne und Investitionsprogramme auf²³⁶. Zentrale Aufgabe der regionalen Krankenhausplanung ist die auf einen überschaubaren Zukunftsbedarf ausgerichtete Sicherstellung der Krankenhausversorgung durch eine gleichmäßige regionale Aufteilung sich ergänzender leistungsfähiger Krankenhäuser. Die einzelnen Krankenhäuser sollen dabei so strukturiert sein, dass sie ärztlich-pflegerisch voll effizient sind, gleichzeitig aber auch dem Gebot der Wirtschaftlichkeit entsprechen²³⁷. Darüber hinaus tragen staatliche Körperschaften und ihre Organe²³⁸ unmittelbar als Krankenhausträger Verantwortung für die Organisation und Ausstattung der Krankenhäuser. Außerdem können staatliche Aufsichtsrechte bei Verstößen gegen berufsrechtliche Pflichten und bei Behandlungsfehlern zur Einleitung von Untersuchungen und berufsgerichtlichen Verfahren ausgeübt werden²³⁹.

F. Kriterien der Verteilung medizinischer Ressourcen auf der Ebene der Mikroallokation

Nachdem festgestellt wurde, dass das moderne Gesundheitswesen auf eine Rationierung knapper Gesundheitsgüter zusteuert und die verantwortlichen Entscheidungsträger für die Mittelverteilung kurz aufgeführt wurden, stellt sich nun die Frage, nach welchen Kriterien die Zuteilung rationierter medizinischer Leistungen zu erfolgen hat. Denkbar wären folgende Prinzipien als Grundstrukturen der Patientenauswahl²⁴⁰:

²³⁶ Einzelheiten dieser staatlichen Krankenhausplanung werden in den Krankenhausgesetzen der Länder geregelt.

²³⁷ Vgl. Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, S. 25.

²³⁸ Neben kommunalen und anderen Trägern.

²³⁹ Vgl. Francke/Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, S. 193 ff.

²⁴⁰ Die folgende Übersicht ist nur beispielhaft. Die dort aufgeführten Kriterien werden international vor allem für die ethisch besonders problematische Situation des Organmangels genannt. Vgl. für eine ausführliche Darstellung: Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 89 ff.

I. Lebensalter

Ein besonders krasses Beispiel der Patientenauswahl ist das Kriterium des Lebensalters²⁴¹. Der meist geringe Grenznutzen bei der Behandlung älterer Patienten hat in zentralgesteuerten Versorgungssystemen wie z.B. in Großbritannien²⁴² dazu geführt, für aufwendige Verfahren wie Hämodialysen oder Transplantationen feste Altersgrenzen einzuführen. Hier wurde z.B. entschieden, dass bei dialysepflichtigen Nierenkranken grundsätzlich keine Behandlung mit der künstlichen Niere bei über 55jährigen eingeleitet wird²⁴³. Noch vor ca. 20 Jahren wurden auch in Deutschland Nierentransplantationen an über sechzigjährigen Personen nicht vorgenommen. Aber auch in der heutigen Zeit wird in Ethikkommissionen diskutiert, ob teure, versuchsweise chemotherapeutische Behandlungen an älteren Patienten überhaupt noch vorgenommen werden sollen²⁴⁴. Der verfassungsrechtliche Anspruch auf Gesundheit und Krankheitsbeseitigung garantiert jedem Bürger die verfügbare medizinische Standardversorgung. Grenzte man ältere Menschen von einem gewissen Alter an von bestimmten kostenintensiven medizinischen Leistungen aus, so ergäbe sich nicht nur eine ethische Konfliktsituation für den behandelnden Arzt, sondern auch die rechtlich nicht haltbare Differenzierung der Qualität menschlichen Lebens. Auch die Erfahrungen der Vergangenheit sollten Anlass sein, das Alter eines Menschen grundsätzlich als Kriterium der Patientenauswahl auszuschließen²⁴⁵.

Eine ganz andere Frage ist jedoch die, ob bei bestimmten Patienten, die sehr alt und sehr krank sind, auf eine aufwendige Akutbehandlung im Einzelfall verzichtet werden kann oder muss. Dies gilt vor allem dann, wenn der Patient die Behandlung nicht mehr wünscht. Das Alter eines Patienten könnte folglich höchstens in prognostische Erwägungen mit einfließen²⁴⁶. Hier ist jedoch in je-

²⁴¹ Vgl. Deutsch, VersR 1998, S. 262.

²⁴² und auch in den Niederlanden.

²⁴³ Vgl. die Nachweise bei Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 89 ff.

²⁴⁴ Vgl. Deutsch, VersR 1998, S. 262.

²⁴⁵ Vgl. Uhlenbruck, MedR 1995, S. 433.

²⁴⁶ Vgl. Fuchs, MedR. 1993, S. 323, (326).

dem Fall eine Einzelabwägung erforderlich, so dass festzuhalten bleibt, dass das Lebensalter als grundlegendes Kriterium nicht geeignet ist, eine gerechte Auswahl kranker Patienten zu ermöglichen²⁴⁷.

II. Sozialer Wert

Kriterien sozialer Wertigkeit haben in der Vergangenheit eine nicht unerhebliche Rolle bei der Patientenauswahl gespielt. So gab es Ende des zweiten Weltkriegs z.B. nicht mehr genug Insulin, mit der Folge, dass nur noch jene Patienten versorgt wurden, die im Arbeitsprozess Verwendung finden konnten; die älteren nicht mehr arbeitsfähigen Patienten wurden dem Mangel geopfert²⁴⁸. Eine ähnliche Situation ergab sich zu der Zeit, als noch nicht genügend Dialysegeräte für alle Nierenkranken vorhanden waren. Nicht selten wurde der seriöse Familienvater dem arbeitslosen Junggesellen vorgezogen²⁴⁹.

Heute ist man sich in unserer Gesellschaft wohl einig, begrenzte medizinische Mittel nicht aufgrund des sozialen Status eines Menschen zu verteilen²⁵⁰. Z.B. dürfte in Deutschland niemand vorrangig ein neues Herz bekommen, nur weil er ein bedeutender Politiker oder ein bekannter Künstler ist. Folglich kann der gesellschaftliche Nutzen eines Menschen als Auswahlkriterium nicht zu einer gerechten Verteilung knapper medizinischer Ressourcen führen.

III. Zahlungsfähigkeit

Fraglich ist, ob die Zahlungsfähigkeit eines Patienten für dessen Zugang zu einer medizinischen Behandlung eine Rolle spielen kann. In Deutschland besteht ein historisch entwickelter und verfassungs- und sozialrechtlich weitgehend abgesicherter Konsens, dass medizinische Versorgung zumindest in Kernberei-

²⁴⁷ Vgl. Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 94; Ulsenheimer, MedR 1995, S. 441.

²⁴⁸ Vgl. Knödler, in Pross, Wert des Menschen, S. 259.

²⁴⁹ Vgl. Krämer, MedR 1996, S. 4.

²⁵⁰ Vgl. Ulsenheimer, MedR 1995, 441; Laufs, Fuchs, MedR 1993, S. 326.

chen nach dem Bedarfsprinzip jedem unabhängig von seiner Zahlungsfähigkeit zukommen soll²⁵¹. In Einzelfällen wird die Zahlungsfähigkeit jedoch in der Praxis relevant, wie z.B. bei prozeduralen Hindernissen für nicht zahlungskräftige bzw. nicht versicherte Patienten beim Zugang zu besonders aufwendigen Behandlungsmaßnahmen oder bei der Notwendigkeit einer Behandlung im Ausland.

Trotz der horizontalen Versorgungsgerechtigkeit, welche mit dem von der Politik in der Zeit nach dem letzten Krieg bewirkten Ausbau des medizinischen Versorgungssystems erreicht wurde, ist der in den fünfziger Jahren gängige Slogan: „Wenn Du arm bist, musst Du früher sterben“ nicht vollständig entkräftet worden. Teilweise trifft die Aussage heute noch unverändert zu, was mit dem hohen Stellenwert nichtmedizinischer Bestimmungsfaktoren von Gesundheit und Krankheit zusammenhängt²⁵².

IV. Wartezeit und medizinische Indikation

Ist eine Patientenauswahl unvermeidlich, dann dürfte wohl am ehesten noch das Zufallsprinzip das für den Arzt am zuträglichsten und für den Patienten am nachvollziehbarsten erscheinende Kriterium sein²⁵³. In Frage käme hier das Losverfahren und das Kriterium der Wartezeit²⁵⁴. Angesichts der zwingenden Regelungen unserer Rechtsordnung kann die Verteilung knapper medizinischer Ressourcen nur nach dem zeitlichen Prioritätsprinzip erfolgen²⁵⁵. Dieses Zuteilungskriterium ist in der medizinischen Praxis weit verbreitet, da es an der Zufälligkeit der zeitlichen Reihenfolge der Patientenaufnahme orientiert ist²⁵⁶. Es erweckt den Anschein, dass überhaupt keine Auswahl vorgenommen werden

²⁵¹ Vgl. Thiemeyer, Soziale Sicherheit, S. 141 f. Inwieweit dieses ethische Gebot faktisch eingehalten wird, vermag die Verfasserin nicht zu beurteilen.

²⁵² Vgl. Arnold, Die medizinische Versorgung zwischen Utopie und zunehmendem Kostendruck, S. 10.

²⁵³ Vgl. Fuchs, MedR 1993, S. 326.

²⁵⁴ Vgl. Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 90.

²⁵⁵ Vgl. Uhlenbruck, MedR 1995, S. 433; Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 89 ff.; Fuchs, MedR. 1993, S. 323, (325).

²⁵⁶ „First come first served“.

müsste und erlaubt, zumindest theoretisch, den Anspruch aufrechtzuerhalten, dass jeder Patient die ihm angemessene Behandlung erhält²⁵⁷. Der Arzt wird die Verteilungsgerechtigkeit, d.h. die Zukunfts- und Chancengleichheit für jeden Patienten und damit dessen Autonomie und Würde am ehesten wahren, wenn er dem Zufall des Prioritätsprinzips folgt.

Die Auswahl der Patienten nach dem Prioritätsprinzip erfolgt praktisch zumeist in Form von Wartelisten²⁵⁸. Diese garantieren wohl immer noch die größte Verteilungsgerechtigkeit, da jeder Kranke idealtypisch in gleicher Weise benachteiligt wird²⁵⁹.

Gefahr der Warteliste ist jedoch, dass der „wartende“ Patient unter Umständen während der Wartezeit stirbt, oder zumindest einen gesundheitlichen Schaden erleidet, so dass in diesen Fällen der verfassungsrechtliche Anspruch auf Wiederherstellung der Gesundheit nicht mehr gewährleistet ist²⁶⁰. Außerdem können im Einzelfall die Schwere der Erkrankung und die Dringlichkeit einer ärztlichen Behandlung im Hinblick auf die Hilfeleistungspflicht des Arztes nach § 323 c StGB eine vorrangige ärztliche Versorgung einzelner Patienten gebieten²⁶¹, so dass das Prioritätsprinzip eingeschränkt werden muss²⁶². Hier beginnt das ethische Dilemma des Arztes, der eine Güterabwägung zu treffen hat und entscheiden muss, wann eine solche Ausnahmesituation vorliegt²⁶³. Soll der Arzt einem Patienten, dem der Tod ohne Behandlung unmittelbar bevorsteht, eine nicht unbegrenzt verfügbare therapeutische Maßnahme eher zu- oder kommen lassen als einem Patienten, dem keine unmittelbare Lebensgefahr oder nur ein Gesundheitsrisiko droht²⁶⁴? Grundsätzlich kann hier die Dringlich-

²⁵⁷ Vgl. Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 90.

²⁵⁸ Vgl. Deutsch, VersR 1998, S. 262. Vor allem in der Transplantationschirurgie sind Wartelisten erforderlich.

²⁵⁹ Vgl. Uhlenbruck, MedR 1995, S. 434; Fuchs, MedR. 1993, S. 323, (326).

²⁶⁰ Vgl. Deutsch, VersR 1998, S. 262.

²⁶¹ Vgl. Uhlenbruck, MedR 1995, S. 434.

²⁶² Vgl. zu dem vor allem strafrechtlich relevanten Problem der Triageentscheidung: Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 6 ff., S. 338 ff.

²⁶³ Vgl. Fuchs, MedR 1993, S. 326.

²⁶⁴ Vgl. Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 94.

keit einer Behandlung nicht das einzige für den Arzt relevante Auswahlkriterium sein²⁶⁵. Vielmehr müssen auch andere Kriterien wie Erfolgsaussicht und Überlebensdauer in die Zuteilungsentscheidung mit einfließen²⁶⁶. Andernfalls müsste der sicher infauste Patient immer einem vergleichsweise weniger gefährdeten Patienten vorgezogen werden, auch wenn letzterer eine deutlich bessere Langzeit-Lebenserwartung hätte²⁶⁷. Gleichmaßen kann eine Heilbehandlung nicht indiziert sein, wenn keinerlei Erfolgsaussicht besteht²⁶⁸.

G. Zwischenergebnis

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Wartezeit wohl noch das gerechteste Auswahlkriterium darstellt. Allerdings müssen der Warteliste in Einzelfällen Dringlichkeit und Erfolgsaussicht der Behandlung vorgehen²⁶⁹.

Für den Arzt hat dieses Ergebnis weitgreifende Folgen; er muss in jedem Fall eine Einzelabwägung vornehmen hinsichtlich der Frage, wann er welchem Patienten eine knappe Ressource, wie z.B. eine neue Apparatur, vorhalten kann und wann nicht. Er hat die schwierige Aufgabe, die theoretischen Kriterien der Dringlichkeit und Erfolgsaussicht auf den konkreten Behandlungsfall anzuwenden und muss sich stets vor Augen halten, dass seine Entscheidung für den einzelnen Patienten unter Umständen eine Entscheidung über Leben und Tod bedeutet.

²⁶⁵ Vgl. Uhlenbruck, MedR 1995, S. 434; Fuchs, MedR. 1993, S. 323, (326); Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 94.

²⁶⁶ Vgl. Uhlenbruck, MedR 1995, S. 434; Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 91 ff.

²⁶⁷ Vgl. Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 94.

²⁶⁸ Vgl. Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 93.

²⁶⁹ Insbesondere in der Transplantationschirurgie zeigt sich die Schwierigkeit der gerechten Verteilung. Nach dem Transplantationsgesetz müssen Organe nach Dringlichkeit und Erfolgschance vergeben werden. Momentan wird darüber diskutiert, Raucher, Alkoholiker und Aidspatienten von Organtransplantationen auszuschließen. Nach Aussage von Prof. Axel Haverich von der Deutschen Stiftung Organtransplantationen der Bundesärztekammer Köln ist dies mit dem Gesetz vereinbar. „Bei Menschen, die viel rauchen und trinken und das trotz Erkrankung nicht aufgeben, sind Spenderorgane sehr gefährdet. Aidspatienten haben ein geschwächtes Immunsystem: Eine Transplantation bedeutet eine noch stärkere Belastung.“

2. Teil: Ärztlicher Behandlungsstandard

Weitgreifende Folgen hat die aus der Ressourcenknappheit folgende Verteilungsproblematik auch in Bezug auf die Arzthaftung: Für den Arzt können sich dann haftungsrechtliche Probleme ergeben, wenn er aus finanziellen Gründen nicht das leisten kann, was in medizinischer Hinsicht möglich wäre. Um den Einfluss von Mittelknappheit im Gesundheitswesen auf den Haftungsmaßstab des Arztes feststellen zu können, bedarf es zunächst einer Erörterung der ärztlichen Sorgfaltspflichten.

Haftungsrechtlicher Ansatz für die Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht ist zum einen der ärztliche Standard. Aus ihm leiten sich die Anforderungen an die gemäß § 276 BGB dem Patienten gegenüber zu beobachtenden Verhaltens- und Sorgfaltspflichten der Behandlungsseite ab, deren Verletzung den vertraglichen oder deliktischen Haftungstatbestand²⁷⁰ eröffnen und je nach Schweregrad beweislastmäßige Nachteile für den Arzt oder Krankenträger hinsichtlich der Schadenskausalität nach sich ziehen kann²⁷¹. Der Standard bildet somit das wesentliche „Instrument“ der rechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes²⁷². Zum anderen kann die Haftung aus der Rechtswidrigkeit der Behandlung mangels wirksamer Einwilligung folgen.

Bevor auf den Standardbegriff im einzelnen eingegangen wird, soll aus Verständnisgründen zunächst dessen Stellung im System des Arzthaftungsrechts dargestellt werden. In Form eines Überblicks soll daher kurz erläutert werden, welche Tatbestände der Arzthaftung es gibt und welche rechtlichen Sorgfaltspflichten an den Arzt gestellt werden.

²⁷⁰ Vertragliche und deliktische Sorgfaltspflicht sind grundsätzlich identisch, vgl. BGH VersR 1988, S. 1273.

²⁷¹ Vgl. Groß, Ärztlicher Standard, S. 1.

²⁷² Vgl. Schreiber, VersMed 1995, S. 3.

1. Kap.: Grundlagen der zivilrechtlichen Arzthaftung

Die Arzthaftung ist ein Unterfall der Berufshaftung, welche das Einstehenmüssen eines Freiberuflers oder einer Person in vergleichbarer Position für den Standard seines Berufskreises bedeutet²⁷³. Besonderheit der Arzthaftung ist jedoch die Tatsache, dass das Verletzungsobjekt ein Mensch ist und der ärztlichen Tätigkeit insoweit eine Schadensneigung innewohnt. Die Vermeidung von Fehlern ist daher die zentrale Aufgabe eines jeden Mediziners und Ansatzpunkt der Arzthaftung. Ärztliche Fehler unterteilen sich in die Verletzung der Pflicht zur sorgfältigen Behandlung (Haftung für Behandlungsfehler) und in die Verletzung der Pflicht zur Aufklärung des Patienten (Haftung aus ärztlicher Eigenmacht)²⁷⁴. Sachgerechte Behandlung und selbstbestimmte Entscheidung sind somit die zwei Seiten des Patientenschutzes in der Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient²⁷⁵.

Eine spezialgesetzliche Regelung für die Arzthaftung gibt es nicht. Arzt und Krankenhausträger haften für die Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit, unabhängig davon ob ein Behandlungsfehler oder eine Aufklärungspflichtverletzung vorliegt, sowohl aus unerlaubter Handlung, als auch regelmäßig aus Vertrag²⁷⁶. Ist der Patient bewusstlos, geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig, ohne dass der gesetzliche Vertreter für ihn einen Behandlungsvertrag abschließt, sind neben den deliktsrechtlichen Vorschriften die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag anwendbar (§§ 677 ff. BGB). Rechtswidrigkeit, Verschulden und Schaden sind im Bereich der vertraglichen und im Bereich der deliktischen Haftung weitgehend deckungsgleich²⁷⁷. Auch die Kausa-

²⁷³ Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99 Rdnr. 1.

²⁷⁴ Diese dogmatische Konzeption der Arzthaftung ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten, wenn auch die Rechtsprechung der Sache nach das traditionelle Rechtswidrigkeitskonzept der Körperverletzungsdoktrin aufgegeben hat, (da sie in das Zentrum der Haftung bei Aufklärungspflichtverletzungen ihre Funktion als Gegengewicht zur medizinischen Autorität stellt), vgl. Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 321; BGH NJW 1980, S. 1333, BGH NJW 1981, S. 633; BGH NJW S. 1984, BGH NJW S. 1807; Hart, JURA 2000, S. 70.

²⁷⁵ Die meisten Schadensersatzprozesse gegen Ärzte resultieren aus Behandlungsfehlern.

²⁷⁶ Vertragliche und deliktische Haftung werden dann miteinander kumuliert.

²⁷⁷ Vgl. Deutsch, Medizinrecht, Rdnr. 177.

litätsanforderungen und der Umfang des ersatzfähigen Schadens des Patienten entsprechen sich in beiden Haftungsordnungen²⁷⁸. Schließlich ist es für den Haftungsgrund unerheblich, ob es sich bei dem Geschädigten um einen Kassen- oder um einen Privatpatienten handelt²⁷⁹.

Für den Patienten können daher Ansprüche aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung bestehen. Praktisch bedeutsam ist dies vor allem im Hinblick auf die unterschiedlichen Verjährungsfristen²⁸⁰, die verschiedene Haftung für Hilfspersonen²⁸¹, sowie hinsichtlich des Ersatzes des Unterhaltsschadens²⁸². In der praktischen Rechtsanwendung ist die Zweispurigkeit der beiden Haftungsordnungen von geringem Gewicht, da die Kernfragen der Haftung von der Rechtsprechung in beiden Bereichen nahezu identisch gelöst werden²⁸³. Zum systematischen Verständnis sollen daher im Folgenden nur die Grundzüge der vertraglichen und der deliktischen Haftung in aller Kürze dargestellt werden.

²⁷⁸ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Einleitung, Rdnr. 1

²⁷⁹ Deutsch, VersR 1998, S. 264. Niedergelassener Kassenarzt und Kassenpatient sind verbunden durch einen privatärztlichen Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient (§ 76 Abs. 4 SGB V). Der Vertrag folgt in der Haftungsausgestaltung grundsätzlich dem Modell des Arztvertrages mit dem Privatpatienten. Folglich wird der Haftungsprozess aufgrund der privatrechtlichen Natur des Behandlungsverhältnisses im Zivilrechtsweg geführt. Anspruchsgläubiger ist der Kassenpatient, sofern nicht im Hinblick auf die Behandlungsschäden ein gesetzlicher Anspruchsübergang gemäß § 116 SGB X erfolgt, siehe Geiß/Greiner, Arzthaftungsrecht, A, Rdnr. 9.

²⁸⁰ Die Haftung aus Delikt folgt der Verjährungsfrist von 3 Jahren, gemäß § 852 Abs. 1 BGB; die Haftung aus Behandlungsvertrag der Frist von 30 Jahren, gemäß § 199 Abs. 2 BGB (n.F.). (Für Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers und der Gesundheit beruhen, gilt insoweit auch nach der Schuldrechtsreform noch die 30jährige Verjährungsfrist.)

²⁸¹ Die Vertragshaftung rechnet das Fremdverschulden von Dritten nach § 278 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit dem Vertragsschuldner zu, wohingegen die deliktische Haftung Eigenverschulden des Anspruchsgegners voraussetzt, so dass ihm beim Verrichtungsgelhilfen gegenüber der Verschuldensvermutung der Entlastungsbeweis des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB offen steht.

²⁸² Im Falle des Todes des Verpflichteten gewährt nur das Deliktsrecht gemäß § 844 Abs. 2 BGB Ersatz für den Unterhaltsverlust. (Siehe zu dem Ganzen Palandt-Thomas, vor § 823 Anm. 2), Rdnr. 4.; § 844, Rdnr. 1)

²⁸³ Stellvertretend BGH NJW 1991, S. 2960; BGH NJW 1990, S. 2929; BGH NJW 1989, S. 767.

A. Tatbestände der Arzthaftung

I. Vertragliche Haftung

Sowohl der Arzt- als auch der Krankenhausvertrag werden nach einhelliger Meinung unter die dienstvertraglichen Regelungen der §§ 611 ff. BGB subsumiert²⁸⁴. Eine Qualifizierung als Werkvertrag ist abzulehnen, da der Arzt keinen Heilerfolg schulden kann²⁸⁵. Der Erfolg einer medizinischen Maßnahme am lebenden Organismus ist nicht zu garantieren²⁸⁶. Die vertragliche Haftungsverantwortung trifft denjenigen, der die Behandlungsaufgabe vertraglich übernommen hat. Dies ist im Falle ambulanter Behandlung in der Praxis grundsätzlich der niedergelassene Arzt und beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag in erster Linie der Krankenhausträger²⁸⁷. Schließt der Patient neben dem Krankenhausaufnahmevertrag einen privaten Zusatzvertrag über die ärztlichen Leistungen des Chefarztes ab (Arztzusatzvertrag) oder wird der Patient im Rahmen eines so genannten gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrages in das Krankenhaus aufgenommen, bestehen vertragliche Ansprüche auch zwischen Patient und selbstliquidierendem Chefarzt²⁸⁸. Ein typischer Fall dieser Art ist die Haftungskonstellation im Belegkrankenhaus. Hier steht der Patient in vertraglichen Beziehungen zu dem Belegarzt wegen der ärztlichen Leistungen, während das Krankenhaus als so genanntes Belegkrankenhaus grundsätzlich nicht für Fehler des Belegarztes haftet²⁸⁹. Das Belegkrankenhaus schuldet in der Regel nicht die ärztliche Leistung, sondern nur die „Hotelleistung“ und die Gestellung und

²⁸⁴ Stellvertretend Laufs/Uhlenbruck, *Arztrecht*, Rdnr. 100; Palandt-Putzo, vor § 611, Rdnr. 18; Hart, *Jura* 2000, S. 14 (15); Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, S. 4; Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rdnr. 7, m.w.N. aus der Rechtsprechung.

²⁸⁵ Das schließt nicht aus, dass der Behandlungsvertrag auch werkvertragliche Elemente beinhalten kann, etwa wenn ein Zahnarzt oder ein Orthopäde eine Zahn- oder Beinprothese anfertigen, vgl. Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, S. 4, m.w.N.

²⁸⁶ OLG Köln, *VersR* 1988, S. 1049.

²⁸⁷ Vgl. Hart, *Jura* 2000, S. 14, (15).

²⁸⁸ Vgl. hierzu Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, S. 11 f.

²⁸⁹ Vgl. Hart, *Jura* 2000, S. 14, (17); Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, S. 11 f..

Überwachung des Pflegepersonals²⁹⁰.

Im Rahmen des Behandlungsvertrages haften Arzt und Krankenhausträger nach den Grundsätzen der Pflichtverletzung (§ 280 BGB)²⁹¹. Voraussetzung ist die schuldhaft schlechte- bzw. in Einzelfällen auch Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht, die der Arzt oder der Krankenhausträger zu vertreten hat, im Sinne der §§ 276, 278 BGB. Vertragliche Hauptpflichten (welche unmittelbar den Integritätsschutz bezwecken) sind die ärztliche Behandlung in Diagnose, Therapie und therapeutischer Beratung nach dem anerkannten und gesicherten Stand der medizinischen Wissenschaft im Zeitpunkt der Behandlung, die Aufklärung des Patienten und die Sicherstellung seiner Einwilligung in die Behandlung, sowie die sachgerechte Organisation des Behandlungsablaufs²⁹². Daneben begründet der Behandlungsvertrag eine Reihe vertraglicher Nebenpflichten, wie z.B. die Pflicht zur ärztlichen Dokumentation; die Pflicht zur Gewährung von Einsicht in die Krankenunterlagen; die auf Anforderung bestehende Pflicht zur Auskunft über Befund, Prognose und äußeren Behandlungsverlauf, sowie die Pflicht zur Berücksichtigung finanzieller Belange des Patienten²⁹³. Gegebenenfalls kommt auch schon im Zeitpunkt der Vertragsanbahnung ein Anspruch aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 und 3 BGB i.V.m. § 280 BGB in Betracht.

II. Deliktische Haftung

Neben der vertraglichen Haftung steht die deliktische Haftung eines jeden an der Behandlungsaufgabe Beteiligten nach den Regeln der unerlaubten Handlung gemäß §§ 823 ff. BGB²⁹⁴. Anknüpfungspunkt der deliktischen Haftung im

²⁹⁰ Ebenda. Unter Umständen sind jedoch auch außerhalb des Belegartzfachbereichs wirkende Ärzte hinzu zu ziehen (z.B. Anästhesisten, Radiologen).

²⁹¹ Deutsch, Medizinrecht, Rdnr. 175.

²⁹² Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 4;

²⁹³ Die Nebenpflichten dienen nicht unmittelbar dem Integritätsschutz, was von Bedeutung für Richtung und Umfang ihres Schutzbereichs ist, vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 7, m.w.N. aus der Rechtsprechung.

²⁹⁴ Vgl. Palandt-Thomas, § 823, Rdnr. 66; Sommer, VersMed 2000, S. 1; Hart, Jura 2000, S. 14.

Arzthaftungsrecht ist die mit der Übernahme der Behandlung durch den Arzt verbundene Garantstellung oder die Beteiligung an einer Behandlungsaufgabe durch den Arzt oder nichtärztliches Pflegepersonal²⁹⁵. Der nichtbeamtete Arzt und das Pflegepersonal haften zunächst gemäß § 823 Abs. 1 BGB für eigenes Verschulden persönlich wegen Verletzung der Rechtsgüter Gesundheit oder Leben des Patienten²⁹⁶. Daneben kommt eine Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 222, 223 ff. StGB in Betracht, sowie für beamtete Ärzte gemäß § 839 Abs. 1 BGB²⁹⁷. Außerdem haften sowohl Arzt, als auch Krankenhausträger gemäß § 831 BGB bei Fehlern von Verrichtungsgehilfen²⁹⁸. Die in der Rechtsform der juristischen Person betriebenen Krankenhausträger haften zusätzlich für ihre verfassungsmäßigen Vertreter deliktisch nach den Grundsätzen der Organhaftung unmittelbar und ohne Entlastungsmöglichkeit nach §§ 823, 31, 89 BGB²⁹⁹.

B. Fahrlässigkeit in der Arzthaftung

Sowohl vertragliche, als auch deliktische Haftung setzen Verschulden voraus. Im Medizinbetrieb kommt in der Regel nur Fahrlässigkeit in Betracht; die vorsätzliche Körper- oder Gesundheitsverletzung eines Patienten durch den Arzt ist vergleichsweise selten³⁰⁰ und für das vorliegende Thema auch irrelevant.

Gemäß § 276 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht lässt, d.h. wer die Gefahr der rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung nicht erkannt und nicht vermieden hat, obwohl er sie bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen bzw. vermeiden können und müssen³⁰¹.

²⁹⁵ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 19.

²⁹⁶ Hart, Jura 2000, S. 14, (18 f.).

²⁹⁷ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 20.

²⁹⁸ Sommer, VersMed 2000, S. 1; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 21 f.

²⁹⁹ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 20 f.

³⁰⁰ Vgl. Deutsch, Medizinrecht, Rdnr. 179, der einige Beispiele hierzu nennt.

³⁰¹ Palandt-Heinrichs, § 276 Rdnr. 12.

2. Kap.: Standard der erforderlichen Sorgfalt

Der Sorgfaltsmaßstab des zivilen Arzthaftungsrechts orientiert sich an der Aufgabe, Qualitätsmängel gegenüber dem anerkannten und gesicherten Stand der ärztlichen Wissenschaft im Zeitpunkt der Behandlung haftungsrechtlich zu sanktionieren und finanziell auszugleichen³⁰². Der Arzt muss Schadenslasten somit nur aus einem Unterschreiten des zu fordernden Qualitätsstandards abnehmen³⁰³. Der ärztliche Standard bestimmt damit den Maßstab der gegenüber dem Patienten gemäß § 276 BGB sowohl vertraglich als auch deliktisch geschuldeten Sorgfalt³⁰⁴. Der Standardbegriff und seine Bedeutung im Recht ist abhängig von dem der Medizin: Die rechtliche Entscheidung über die Einhaltung der ärztlichen Sorgfaltspflichten kann ohne medizinisch-sachverständige Beratung nicht getroffen werden³⁰⁵. Das rechtlich Erforderliche wird durch das medizinisch Erforderliche festgelegt. Das Haftungsrecht greift folglich auf den medizinischen Standardbegriff zurück³⁰⁶.

Um zu verstehen, welche Anforderungen an den ärztlichen Haftungsmaßstab zu stellen sind und wann der erforderliche Behandlungsstandard unterschritten ist (mit anderen Worten, wann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen ist), bedarf es zunächst einer generellen Erörterung des Standardbegriffs.

³⁰² Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 133.

³⁰³ Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 130.

³⁰⁴ Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 3; Deutsch, VersR 1997, S. 1030, 1033; Buchborn, MedR 1993, S. 328 ff.

³⁰⁵ Vgl. Kullmann, VersR 1997, S. 530.

³⁰⁶ Vgl. Steffen, MedR 1995, S. 190. Siehe auch sogleich unter B.

A. Begriff

I. Geschichte des Standards als Instrument des Haftungsrechts

Der Terminus „Standard“ ist aus dem Französischen in die englische Sprache und somit in das englische Recht übernommen worden³⁰⁷. Auch die amerikanische Rechtsprechung hat für das Delikt Fahrlässigkeit stets die Verletzung des „standard of care“ verlangt³⁰⁸. Die älteste und ursprünglichste Bedeutung nach dem English Oxford Dictionary besagt, dass es sich bei dem Begriff „Standard“ um ein deutlich sichtbares Zeichen (z.B. eine Flagge) handelt, das den Sammelpunkt für die Armee oder die Flotte angibt, von dem aus diese in Aktion treten oder auf den sie sich gegebenenfalls zurückziehen kann³⁰⁹.

Im deutschen Haftungsrecht hat sich in den letzten Jahren der Übergang vom früher gebräuchlichen Begriff des Stands zum Standard vollzogen³¹⁰. Dabei wird mit „Standard“ ein normativer, komparativer und teleologischer Begriff verwendet, der in deutlichem Gegensatz zum eher unbeweglichen Stand der Technik oder der Wissenschaft steht³¹¹. Der Standard enthält eine normative Komponente, da er sich den gegebenen Möglichkeiten anpasst. Was von Technik und Lehre zum Zeitpunkt des Handelns vorgegeben ist, bildet den Standard³¹². Gleichsam ist der Standard auch komparativ, da er sich aus dem Vergleich zu dem Verhalten einer Normalperson im besonderen Verkehrskreis

³⁰⁷ Vgl. Deutsch, VersR. 1998, S. 262.

³⁰⁸ In den USA wird der Standard sowohl bei der Qualitätskontrolle, als auch bei der Haftung verwendet, vgl. Farrow, Health Law, S. 117, 143.

³⁰⁹ Insgesamt kennt das English Oxford Dictionary über 20 Bedeutungen für den Begriff „Standard“; siehe auch Samuel Johnson, A Dictionary of the English Language (1799), Stichwort: standard. „An ensign in war, particularly the ensign of the horse... That which is undoubted authority“. Gleichfalls Barnhart, The Barnhart Dictionary of Etymologie (1988), S.1059: „A flag or banner raised on a pole to indicate the rallying point of an army.“

³¹⁰ Deutsch, JZ 1997, S. 1030, (1031).

³¹¹ Vgl. Laufs/Uhlenbruck-Laufs, § 99, Rdnr. 3; Deutsch, JZ 1997, S. 1030, (1031).

³¹² Deutsch, JZ 1997, S. 1030, (1031).

ergibt³¹³. Er ist teleologisch, da die Abwägung, die der Standardbildung zugrunde liegt, der Vermeidung eines schlechten Erfolges bzw. der Erreichung eines positiven Ergebnisses dient³¹⁴.

II. Begriff und Bedeutung des ärztlichen Behandlungsstandards

Die Definition des English Oxford Dictionary zum Begriff Standard³¹⁵ gilt sinngemäß auch für den ärztlichen Standard: In ihm sammeln sich Erfahrungen und Empfehlungen für diagnostisches und therapeutisches Handeln, von denen aus der Arzt in Aktion treten oder auf die er sich gegebenenfalls zurückziehen kann³¹⁶. Seine Funktion liegt darin, dem Arzt im Einzelfall als Wegweiser dafür zu dienen, unter der Vielzahl möglicher diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen diejenigen zu wählen, die die Erreichung des medizinischen Behandlungszieles und gegebenenfalls die Effizienz der Behandlung optimieren³¹⁷.

Der ärztliche Standard hat den früher gebräuchlichen Begriff „Regeln der ärztlichen Kunst“ seit ca. zwanzig Jahren abgelöst³¹⁸. Gleichzeitig wurde der Begriff verbessert, insoweit er sich nicht mehr auf das, - im Zweifel eher schlechte -, Minimum bezieht, sondern vielmehr einen Normalzustand von eher höherer Qualität bezeichnet³¹⁹.

Eine eindeutige Definition des Behandlungsstandards erweist sich als schwierig,

³¹³ So ist der Standard geprägt vom Verhalten des besonnenen Autofahrers, des den Stand der Technik anwendenden Ingenieurs oder des wissenschaftlich versierten Mediziners, vgl. Deutsch, JZ 1997, S. 1030, (1031). Siehe auch Soergel-Wolf, § 276, Rdnr. 83 f.; Schreiber, VersMed 1995, S. 3 f.

³¹⁴ Dies zeigt sich z.B. im Arzneimittelwesen: Wenn das Arzneimittelgesetz Wirksamkeit und Sicherheit des Medikaments verlangt, so bezieht sich die Wirksamkeit auf die positive Teleologie, nämlich die Erreichung des Heilerfolgs; die Sicherheit hingegen bringt die negative Teleologie zum Ausdruck, als dass sie sich auf Nebenwirkungen bezieht, die nur im Rahmen der medizinischen Vertretbarkeit zugelassen sind, vgl. die Ausführungen bei Deutsch, JZ 1997, S. 1030, (1031).

³¹⁵ S.o.

³¹⁶ Vgl. Buchborn, MedR 1993, S. 328.

³¹⁷ Vgl. Buchborn, MedR 1993, S. 330.

³¹⁸ Vgl. Ulsenheimer, zit. bei Hoffmann, Arzt und Krankenhaus 1999, S. 220; Carstensen, DÄBl. 1989, B-1736, (1738).

³¹⁹ Vgl. Deutsch, JZ 1997, S. 1030, (1031).

da der medizinische Standardbegriff in unterschiedlichen Bedeutungsgehalten gebraucht wird³²⁰. Häufig und nach zutreffender Ansicht wird der ärztliche Standard jedoch folgendermaßen charakterisiert: „Standard in der Medizin repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat“³²¹. Wissenschaftliche Erkenntnis, ärztliche Erfahrung und professionelle Anerkennung sind somit die bestimmenden Elemente des medizinischen Standardbegriffs. Deren Kombination macht den Standard zur zu befolgenden Norm (Aspekt der Bindung)³²². Der Standard ist damit eine Aussage über die gute Prävention vor und die gute Diagnose und Therapie von Erkrankungen³²³. Er muss sich stets an der jeweils zu behandelnden Krankheit orientieren.

1. Basis-Standard

Der Standard setzt sich aus zwei Teilen zusammen³²⁴: Der eine Teil, von Carstensen anschaulich als „Basis-Standard“³²⁵ bezeichnet, umfasst gesicherte Bereiche, die als abgeschlossen gelten können³²⁶. Er manifestiert sich in eindeutigen Regeln, die jeder Arzt befolgen muss. Der Basis-Standard entspricht damit den so genannten „Regeln der ärztlichen Kunst“³²⁷. Er ist als das Mindestmaß dessen anzusehen, was ein Arzt oder eine Klinik leisten muss und ein Patient erwarten darf und kann³²⁸. Konkrete Standards für bestimmte Erkrankungen

³²⁰ Vgl. Hart, MedR 1998, S. 8.

³²¹ Carstensen, DÄBl. 1989, B-1737, ähnlich: Groß, Ärztlicher Standard, S. 1.

³²² Hart, MedR 1998, S. 08, (9).

³²³ Ebenda.

³²⁴ Sowohl in der medizinischen, als auch in der juristischen Literatur wird diese Aufspaltung meist nur konkludent vorgenommen, wobei es jedoch gerade angesichts des teilweise unüberschaubaren medizinischen Fortschritts wichtig erscheint, einen klaren Kernbereich ärztlicher Verhaltensregeln als unantastbar hervorzuheben.

³²⁵ Carstensen, DÄBl. 1998, B-1737, (1738). Siehe auch Buchborn, MedR 1993, S. 328, (329), der insoweit von „impliziten“ Standards spricht.

³²⁶ Vgl. Schreiber, VersMed 1995, S. 3, (4); Kullmann, VersR 1997, S. 529. (Beide Autoren unterteilen den Standardbegriff jedoch nicht ausdrücklich.)

³²⁷ Vgl. Kullmann, VersR 1997, S. 529. Hierzu gehören *salus aegroti suprema lex*, Sorgfaltspflicht und Verhaltensnormen, wie z.B. im Hippokratischen Eid; Buchborn, MedR 1993, S. 328, (329).

³²⁸ So auch Makiol, Einheitlichkeit des klinischen Standards?, S. 77, (81).

müssen immer und überall gewährleistet werden. So ist beispielsweise sicherzustellen, dass bei einer Operation kein stumpfes Messer verwendet wird, dass bei einer Fremdbluttransfusion keine Erreger vorhanden sind³²⁹, oder dass der Patient keine unsterile Infusionsflüssigkeit erhält³³⁰. Er beinhaltet somit jene Diagnose- und Therapieverfahren, die als „allgemein anerkannt“ gelten, d.h. die zumindest von der überwiegenden Zahl der Ärzte eine Billigung erfahren haben³³¹. Je sicherer die Basis der ärztlichen Erkenntnis ist, desto verbindlicher ist ein Standard für ärztliches Handeln³³². Kann der Basisstandard im konkreten Fall nicht gewährt werden, muss der Patient entweder an einen anderen Arzt, bzw. ein anderes Krankenhaus überwiesen werden oder er wird auf eine Warteliste gesetzt³³³.

2. Dynamischer Standard

Der andere Teil des Begriffs lässt sich als flexiblen, „dynamischen“ Standard bezeichnen³³⁴, „der nur solange Bestand hat, bis das Bessere das Gute überholt hat“³³⁵. Dieser variable Anteil des ärztlichen Standards passt sich den fortschreitenden medizinischen Erkenntnissen und Erfahrungen an. Neue technische Entwicklungen wachsen somit wie von selbst in den ärztlichen Standard hinein³³⁶. Je größer der Fortschritt, umso höher ist auch der „dynamische“ Standard³³⁷. Eine neue Diagnose- oder Therapiemöglichkeit wird in diesem Sinne schon dann zum Standard, wenn sie zumindest *teilweise* in der medizinischen Wissenschaft Anerkennung gefunden hat, auch wenn sie unter Umstän-

³²⁹ BGH NJW 1992, S. 743.

³³⁰ BGH NJW 1982, S. 699.

³³¹ Vgl. Schmidt, in Peter, HdB. der KV Teil II - SGB V - § 2, Rdnr. 10.

³³² Vgl. Franzki, MedR 1994, S. 171, (173).

³³³ Zur Patientenauswahl siehe 1. Teil, 2. Kap. F.

³³⁴ Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 3.

³³⁵ Carstensen, DÄBl. 1998, B-1737, (1738); siehe auch Buchborn, MedR 1993, S. 328, (329), der diesen Teil des Standards als „expliziten“ Standard bezeichnet.

³³⁶ Vgl. Deutsch, der den Standard daher anschaulich als „Prototyp des beweglichen Systems der Haftung“ versteht, JZ 1997, S. 1030, (1032), ders. VersR 1998, S. 263, Groß, Ärztlicher Standard, S. 1; Carstensen, DÄBl. 1989, B-1737 f.; Buchborn, MedR 1993, S. 328. Zu der (schwierigen) Frage wie neue Methoden zu Standardmethoden werden, siehe D II.

³³⁷ Vgl. Groß, Ärztlicher Standard, S. 1.

den über die momentan *allgemein* anerkannten Regeln hinausgeht³³⁸. Nicht ausreichend für die Begründung eines neuen Behandlungsstandards sind hingegen nur vereinzelte Expertenmeinungen. Dasselbe gilt für medizinische Heilversuche und wissenschaftliche Experimente³³⁹. Wesentliches Moment der Abgrenzung ist hier das dem Standard innehabende Element der professionellen Akzeptanz. Der Standard wird folglich erst durch den Aspekt der Bindung zur zu befolgenden Norm. Hier ist jedoch zu beachten, dass es auch Standards für das medizinische Versuchshandeln gibt. Der Standardbegriff ist daher sowohl für die „sorgfältige“ Behandlung, als auch für das „sorgfältige“ ärztliche Versuchshandeln von Bedeutung.

Im Zusammenhang mit dem dynamischen Teil des ärztlichen Standards darf nicht übersehen werden, dass der Standard umgekehrt auch ein statisches, rückwärtsgewandtes Element enthält, da dessen Bildung durch eine an der Vergangenheit bisheriger Praxis orientierte Erwartung geschieht. Um einer Erstarrung des Standards vorzubeugen, gehört es daher zu den Berufspflichten des Arztes, den Standard ständig zu prüfen und weiterzuentwickeln³⁴⁰.

B. Standardbildung

Als nächstes stellt sich die Frage, wie und durch wen der ärztliche Standard festgesetzt wird. Zunächst ist es die Medizin selbst, die sich ihr Richtmaß vorgibt. Da der Standard jedoch den Sorgfaltsmaßstab im Arzthaftungsrecht bestimmt, muss insoweit auch geklärt werden, welchen Einfluss das Recht auf die Standardbildung ausübt³⁴¹.

³³⁸ Vgl. Kullmann, VersR 1997, S. 529.

³³⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, VersR 1990, S. 385; Kullmann, VersR 1997, S. 529. Hierzu siehe D II. Der Heilversuch ist entweder eine innovative Variante einer Standardbehandlung oder die erstmalige Anwendung einer neuen Behandlung bis zur systematisch-wissenschaftlichen Überprüfung ihrer Wirksamkeit, vgl. Hart, MedR 1998, S. 8, (9).

³⁴⁰ Carstensen, DÄBl. 1989, B-1736, (1738).

³⁴¹ Die Frage, inwieweit die Standardbildung durch ökonomische Einflüsse tangiert wird, soll im dritten Teil der Arbeit besprochen werden..

I. In medizinischer Hinsicht

Zunächst muss zwischen dem Basisstandard und dem dynamischen Teil des ärztlichen Standards unterschieden werden³⁴². Der Basisstandard ist unabhängig von medizinischen Fortschritten und Entwicklungen. Er bildet die Voraussetzung guten ärztlichen Handelns und ist Grundlage des dynamischen Teils des ärztlichen Standards. Der dynamische Teil des Standards besteht aus normaufstellenden Empfehlungen. Diese werden auf der Grundlage von Konvention und Consensus vor allem in dafür einberufenen Expertengremien von wissenschaftlichen Fachgesellschaften, Berufsverbänden oder Ärztekammern erarbeitet³⁴³. Die Consensusbildung erfolgt dabei fast ausschließlich³⁴⁴ durch die Abhaltung von so genannten Consensuskonferenzen, wie sie zuerst als Consensus Development Conferences in den USA begründet³⁴⁵, inzwischen vielfach modifiziert³⁴⁶ und auch in Europa eingeführt wurden. Voraussetzung für einen rationalen Consensus ist vor allem, dass die erhobenen Gültigkeitsansprüche für Behauptungen, Empfehlungen, Leitlinien oder Orientierungshilfen ausschließlich auf argumentativem Diskurs der Experten gegründet und dass alle sachfremden Motive, wie z.B. wirtschaftliche Interessen, ausgeschlossen sind³⁴⁷.

Trotz dieser Vorgaben gibt es keine Garantie für eine optimale und rationale Consensusfindung, da die vorgenannten Bedingungen nicht immer erfüllt sind. Somit beweist ein Consensus als solcher noch keine Richtigkeit. Ein Consensus, der zu einem Standard führt, bedarf daher der individuellen Interpretation des Arztes gemeinsam mit seinem Patienten anhand der konkreten Situation³⁴⁸. Daneben wirken auch Versicherungsträger, staatliche Instanzen und Kranken-

³⁴² Zur Begrifflichkeit siehe Teil. 2, 2. Kap. A II.

³⁴³ Buchborn, MedR 1993, S. 328, (329).

³⁴⁴ Zu anderen Möglichkeiten der Consensusfindung siehe Buchborn, MedR 1993, S. 328, (330).

³⁴⁵ Siehe Jacoby, The consensus development program of the National Institute of Health: current practices and historical perspectives, Int. J. Tech. Ass. Health Care 2 (1985), S. 420.

³⁴⁶ Vgl. Audet/Greefield/Field, Medical Practice Guidelines: Current Activities and Future Directions, Ann. Int. Med. 113 (1990), S. 709.

³⁴⁷ Vgl. Buchborn, MedR 1993, S. 328, (331).

³⁴⁸ Vgl. Buchborn, MedR 1993, S. 328, (331).

hausträger an der Formulierung von Behandlungsstandards mittelbar mit, da sie für die institutionellen und finanziellen Rahmenbedingungen für Diagnose und Therapie, insbesondere die vorhandene Behandlungskapazität, Verantwortung tragen³⁴⁹.

Veröffentlicht werden neue Behandlungsmethoden, die zum Standard ärztlichen Handelns geworden sind, meist in Fachzeitschriften und Lehrbüchern. Daneben gelangen sie durch Vorträge und Ärztekongresse an die Öffentlichkeit. Ein Mittel der Standardbildung und zugleich der Qualitätssicherung sind die von den wissenschaftlichen Fachgesellschaften zahlreich in Gebrauch gekommenen ärztlichen Leitlinien³⁵⁰, welche im Internet veröffentlicht sind und auf die im dritten Teil der Bearbeitung noch näher eingegangen wird. Hierbei handelt es sich um „systematisch entwickelte Entscheidungshilfen über die angemessene ärztliche Vorgehensweise bei speziellen gesundheitlichen Problemen“³⁵¹.

Insgesamt zeigt sich, dass die Festsetzung neuer Standards nicht durch einen einheitlichen Vorgang erfolgen kann, sondern im Grunde von allen am Gesundheitssystem Beteiligten mitbeeinflusst wird.

II. In rechtlicher Hinsicht

Angesichts des „offenen“ Tatbestandes der „erforderlichen Sorgfalt“ haben in letzter Linie die Gerichte im Streitfall über den Standard zu befinden. Somit sind die Standards auch juristische, richterliche Urteilsmaßstäbe für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten³⁵². Die Rechtsprechung ist jedoch nur in einer Art „Grenzkontrolle“ dafür zuständig, was zum Schutz von Leben und Gesundheit an medizinisch Möglichem eingehalten werden muss³⁵³: Das gilt z.B.

³⁴⁹ Vgl. Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 213.

³⁵⁰ Laufs, NJW 2000, S. 1762.

³⁵¹ So die Definition der Vorstände von BÄK und KBV, DÄBl. 1997, A-2154.

³⁵² Vgl. Schreiber, VersMed 1995, S. 3; Carstensen, DÄBl. 1989, B-1736, (1738).

³⁵³ Vgl. Carstensen, DÄBl. 1998, B-1737, (1738); hierzu siehe auch Teil 3, 1. Kap.

für die Organisation im Krankenhaus³⁵⁴, für die Arbeitszeiteinteilung³⁵⁵, für die Überwachung³⁵⁶ oder für Regeln der Zusammenarbeit im Team³⁵⁷. Auch in den Fällen, in denen Standards für Bereiche formuliert werden sollen, bei denen es um die Verteilung knapper Ressourcen geht, ist die alleinige Entscheidungskompetenz der medizinischen Professionen überschritten³⁵⁸.

In den eigentlichen medizinischen Kernbereichen der Diagnose, der Indikation und der Therapie hingegen, sind die Gerichte auf die Beurteilung eines medizinischen Sachverständigen angewiesen³⁵⁹. Hier legt die Medizin selbst die Standards fest³⁶⁰. Der Richter hat jedoch die Beurteilung des Sachverständigen eigenverantwortlich darauf zu überprüfen, ob sie in sich schlüssig ist und keine Anforderungen unberücksichtigt lässt, die ihm aus anderen Quellen bekannt sind. Zweifeln muss der Richter unter Umständen durch gezielte Fragen an den Sachverständigen oder durch Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens nachgehen³⁶¹. Der Richter prüft daher auch, ob das, was der Mediziner (Gutachter) im Einzelfall als Standard angibt, auch wirklich dem entspricht.

Die Judikatur hat die ärztlichen Standards folglich primär nicht zu korrigieren, sondern nur darauf zu kontrollieren, dass der Patient die von ihm zu beanspruchende medizinische Qualität auch erhalten hat³⁶². Zu ihrer Aufgabe gehört es nicht, den Standard weiterzuentwickeln³⁶³. Andernfalls käme es zu einem

³⁵⁴ BGH VersR 1992, S. 745 (Anfängeroperation ohne Facharztassistenz).

³⁵⁵ BGH VersR 1986, S. 295 (Einteilung eines Arztes zur Operation nach ermüdendem Nachtdienst).

³⁵⁶ BGH VersR 1984, S. 356 (unzureichende Überwachung einer Subclaviarverweilkanüle bei einem Säugling).

³⁵⁷ BGH NJW 1991, S. 1539 (Tod einer Patientin nach unterlassener Cortisol-Medikation der Anästhesistin - Grundsatz der horizontalen Arbeitsteilung).

³⁵⁸ Zutreffend Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 214.

³⁵⁹ Vgl. BGH VersR 1995, S. 659, (660); Groß, Ärztlicher Standard, S. 2 ff. Nur in Einzelfällen betreffen juristische Korrekturen die medizinische Abwägung von Heilungschancen und Behandlungsgefahren, siehe Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, S. 55, mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

³⁶⁰ Dies folgt aus der Natur der Sache; zu Fragen aus der Operationstechnik oder zur Überlegenheit des einen oder anderen Verfahrens beispielsweise kann das Recht nichts sagen; vgl. Schreiber, VersMed 1995, S. 3.

³⁶¹ Groß, Ärztlicher Standard, S. 2; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 385 ff., m.w.N.

³⁶² Vgl. Steffen, MedR 1995, S. 190.

³⁶³ Kern, Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 315.

„nicht zu rechtfertigenden Auseinanderklaffen medizinischer und juristischer Sorgfaltsmaßstäbe“³⁶⁴. Mit dieser Kombination von rechtlichen und medizinischen Elementen schlägt der Begriff des Behandlungsstandards „die Brücke vom ärztlichen Berufsstandard zur rechtlichen Verbindlichkeit“³⁶⁵. Die rechtliche Bewertung der Qualität von Behandlungen ist deshalb eine externe medizinische Qualitätskontrolle in einem rechtlichen Rahmen³⁶⁶.

C. Haftungsrechtliche Bedeutung

Nachdem nun klar ist, dass der ärztliche Standard den Haftungsmaßstab bestimmt, wird im Folgenden dargestellt, welche Anforderungen die Rechtsprechung konkret an den Mediziner stellt.

Zur Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten hat der Arzt diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die von einem besonnenen und gewissenhaften Facharzt eines bestimmten medizinischen Teilgebiets in der konkreten Situation vorausgesetzt und erwartet werden³⁶⁷. Maßgeblich ist der Kenntnisstand der medizinischen Wissenschaft zum Zeitpunkt der jeweiligen Behandlung³⁶⁸. Der Richter hat somit eine ex ante Betrachtung vorzunehmen, falls das Verhalten des Arztes im Prozess in späterer Zeit beurteilt wird. Dem Arzt kann keine Verhaltensweise zur Last gelegt werden, die nur unter heutigem Aspekt veraltet erscheint. Folglich wird der Standard zeitbezogen und auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Arzt ausgerichtet³⁶⁹.

³⁶⁴ BGH NJW 1995, S. 776, (777); siehe auch Groß, *Ärztlicher Standard*, S. 2.

³⁶⁵ Vgl. Müller-Graff, *JuS* 1985, S. 365, anders Voß, *Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht*, S. 45, die eine striktere Trennung der Begriffe „Standard“ und „Sorgfaltsmaßstab“ vornimmt.

³⁶⁶ Vgl. Hart, *MedR* 1998, S. 8, (9).

³⁶⁷ stellvertretend: BGH *VersR* 1995, S. 659, (660); BGH *VersR* 1996, S. 630; Broglie, *Der Arzt und sein Recht* 1997, S. 3 (4); Groß, *Ärztlicher Standard*, S. 1; Ulsenheimer, *MedR* 1995, S. 438.

³⁶⁸ Diese Aussage entspricht weitgehend der Bewertung in der sonstigen Dienstleistungshaftung und jener in der Produzentenhaftung, vgl. Mü/Ko-Mertens, § 823 Rdnr. 29 f. („Technikhaftung“); Mü/Ko-Mertens, § 823 Rdnr. 282 („Produzentenhaftung“).

³⁶⁹ BGHZ 114, S. 284, (291 f.); Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rdnr. 73; Deutsch, *Medizinrecht*, Rdnr. 199; Groß, *Ärztlicher Standard*, S. 2; Hart, *JURA* 2000, S. 64.

Wie schon die Formulierung „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ verdeutlicht, gilt im Zivilrecht ein objektiver Fahrlässigkeitsbegriff³⁷⁰. Grund dieser Aussage ist der Gedanke, dass im Rechtsverkehr jeder darauf vertrauen darf, dass der andere die für die Erfüllung seiner Pflichten erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt³⁷¹. Danach kommt es nicht auf das individuelle Leistungsvermögen des Schädigers an, sondern vielmehr darauf, was in der konkreten Situation von einem durchschnittlichen Anforderungen entsprechenden Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises erwartet werden konnte³⁷². Objektive Fahrlässigkeit bedeutet andererseits jedoch nicht, dass bei Maß und Umfang der zu verlangenden Sorgfalt generell eine einheitliche Meßlatte angelegt werden muss. So sind im Einzelfall Differenzierungen jedenfalls im Hinblick auf Gruppenfahrlässigkeit und die Verkehrserwartung angezeigt³⁷³. Hiermit wird den typischen Verschiedenheiten hinsichtlich der Fähigkeit, Gefahren zu erkennen und zu vermeiden, Rechnung getragen³⁷⁴. Was die erforderliche Sorgfalt ausmacht, richtet sich somit nach der Eigenart des betreffenden Verkehrskreises, hier also der Ärzteschaft. Innerhalb dieser Gruppe ist dann weiter nach Fachkreisen zu differenzieren, z.B. nach Chirurgie, Anästhesiologie, Gynäkologie, etc³⁷⁵. Problematisch ist, ob auch innerhalb eines Fachkreises unterschieden werden kann, wie es teilweise in Rechtsprechung und Literatur vorgenommen wird³⁷⁶. Richtig ist zwar, dass ein Facharzt unter Umständen anderen Ansprüchen zu genügen hat als ein Allgemeinmediziner³⁷⁷ und dass vom Direktor einer Universitätsklinik gegebenenfalls mehr fachliche Kompetenz zu erwarten ist, als vom Chefarzt eines kleineren Krankenhauses³⁷⁸. Jedoch dürfen fachliche Qualitätsunterschiede nicht mit unterschiedlichen Stan-

³⁷⁰ Vgl. BGH ArztR 2001, S. 304; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 399 ff.; Lorenz, Schuldrecht AT, § 20 III; Palandt-Heinrichs, § 276 Rdnr. 15; Mü/Ko-Grundmann, § 276 Rdnr. 55; Staudinger-Löwisch, § 276 Rdnr. 16.

³⁷¹ Palandt-Heinrichs, § 276, Rdnr. 15.

³⁷² Deutsch, Medizinrecht, Rdnr. 180.

³⁷³ Vgl. MüKo-Grundmann, § 276, Rdnr. 57 ff.; Groß, Ärztlicher Standard, S. 5.

³⁷⁴ Mü/Ko-Hanau, § 276 Rdnr. 57 ff.; RGRK-Steffen, § 823 Rdnr. 412.

³⁷⁵ Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 11.

³⁷⁶ So z.B. BGH VersR 1991, S. 469, (470); RGRK-Nüssgens, § 823 Anh. II Rdnr. 182; Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 11; Groß, Ärztlicher Standard, S. 5.

³⁷⁷ Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 11.

³⁷⁸ BGH VersR 1991, S. 469, (470).

dards gleichgesetzt werden³⁷⁹. Vielfach wird dies vor allem im Hinblick auf die unterschiedliche Ausstattung einzelner Krankenhäuser angenommen, die „Differenzierungen des Sorgfaltsmaßstabs“ zulassen müsse³⁸⁰. Der gute ärztliche Behandlungsstandard orientiert sich an der Behandlung der konkreten Erkrankung. Er legt die Anforderungen an die Qualität ärztlicher Handlungen nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft, nach der ärztlichen Erfahrung und professionellen Akzeptanz fest³⁸¹. Es können sich zwar Unterschiede im Hinblick auf die Methodenvielfalt ergeben, - was im Folgenden noch näher auszuführen ist -, der gute ärztliche Behandlungsstandard muss jedoch von jedem Arzt und in jedem Krankenhaus gewährleistet sein. Inwieweit in zulässiger Weise auf ökonomisch bedingte Qualitätsunterschiede Rücksicht genommen werden kann, soll ausführlich erst im dritten Teil der Arbeit untersucht werden.

In jedem Fall bemisst sich der Standard in der ambulanten wie in der stationären Krankenversorgung nach dem objektiven Facharztstandard³⁸². Subjektiv-individuelle Fähigkeiten und Kenntnisse werden in die Beurteilung nicht mit einbezogen³⁸³. So darf sich der übermüdete Arzt nicht darauf berufen, er habe nicht mehr so aufmerksam sein können; der in Ausbildung befindliche Arzt nicht darauf, er habe noch keine hinreichende Erfahrung; der alte Arzt nicht darauf, er könne sich neue Behandlungsmethoden nicht mehr aneignen.

Um den objektiven Facharztstandard im Sinne von Facharztqualität³⁸⁴ jederzeit gewährleisten zu können, ist der Arzt vielmehr verpflichtet, sich bis an die Grenze des Zumutbaren über die Erkenntnisse und Erfahrungen der medizini-

³⁷⁹ So aber BGH VersR 1988, S. 179, (181); BGH VersR 1994, S. 480, (482); BGH VersR 1991, S. 469, (470); Conradi, Verknappung medizinischer Ressourcen und Arzthaftung, S. 83; Groß, Ärztlicher Standard, S. 5.

³⁸⁰ In Grenzen könne der zu fordernde Standard situationsorientiert je nach personellen und sachlichen Möglichkeiten verschieden sein, vgl. BGH VersR 1988, S. 179, (181); BGH VersR 1994, S. 480, (482); BGH VersR 1991, S. 469, (470); Groß, Ärztlicher Standard, S. 5.

³⁸¹ Vgl. zur Begrifflichkeit die Ausführungen in diesem Kapitel unter A II.

³⁸² BGH NJW 1996, S. 779, BGH VersR 1994, S. 1303, (1304); BGH NJW 1987, S. 1479, Geiß/Greiner, Arzthaftungsrecht, B I 1, Rdnr. 2; Groß, Ärztlicher Standard, S. 5.

³⁸³ Vgl. BGHZ 8, S. 138, (140) = VersR 1953, S. 67; Geiß/Greiner, Arzthaftungsrecht, B I 1, Rdnr. 2.

³⁸⁴ Vgl. Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438.

schen Wissenschaft unterrichtet zu halten³⁸⁵: Dazu gehört auch das regelmäßige Lesen einschlägiger Fachliteratur als Informationsquelle über bestimmte Behandlungsmethoden und eingesetzte Heilmittel³⁸⁶. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass derzeit weltweit ca. 20.000 medizinische Zeitschriften herausgegeben werden, die jährlich über zwei Mio. Artikel publizieren³⁸⁷. Die Rechtsprechung verlangt daher zu recht nicht die Kenntnis sämtlicher medizinischer Veröffentlichungen, sondern nur das Lesen ausgewählter Fachzeitschriften auf dem entsprechenden Gebiet³⁸⁸. Im Gegensatz zum Allgemeinmediziner wird man von einem Facharzt bei der Anwendung neuer, noch nicht wissenschaftlich erprobter Methoden auch die Lektüre ausländischer methodenspezifischer Literatur verlangen³⁸⁹.

Weiterhin muss sich der Arzt zum Ausschluss von Risiken für seine Patienten auch beim Einsatz neuer technischer Geräte mit deren Funktionsweise vertraut machen³⁹⁰.

Erforderlich an ärztlicher Leistung ist somit das, was als gute medizinische Qualität in dem von dem Arzt ausgeübten Fach bezeichnet werden kann³⁹¹. Der Arzt darf den Standard guter ärztlicher Behandlung nicht unterschreiten; der „eingerissene Schlendrian“ wird nicht berücksichtigt³⁹². Von Seiten der Rechtsprechung wird insoweit immer wieder betont, dass der *erforderliche* Behandlungsstandard nicht mit dem *üblichen* Behandlungsstandard gleichgesetzt werden darf³⁹³. Überschreitet der Arzt seine fachliche Kompetenz, so ist

³⁸⁵ Vgl. BGH, VersR 1977, S. 546, 547, Geiß/Greiner, Arzthaftungsrecht, B I 2 a) (1), Rdnr. 11; Sommer, VersM 2000, S. 1, (2), Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 10.

³⁸⁶ Vgl. BGH, VersR 1982, S. 147, (149).

³⁸⁷ Vgl. Werner, Arzt und Krankenhaus 1999, S. 217, der in diesem Zusammenhang von einer „Lawine des Wissens“ spricht.

³⁸⁸ Vgl. BGH, VersR 1991, S. 469, (470); Geiß/Greiner, Arzthaftungsrecht, B I 2 a) (1), Rdnr. 11, 12.

³⁸⁹ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, B I.2.a)(1); Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, S. 73.

³⁹⁰ OLG Saarbrücken, VersR 1991, S. 1289.

³⁹¹ Vgl. Kullmann, VersR 1997, S. 530.

³⁹² Vgl. Deutsch, VersR 1998, S. 261, (264).

³⁹³ Stellvertretend BGHZ 8, S. 138.

hierin ein Übernahmeverschulden zu sehen³⁹⁴. Wie verhält es sich jedoch im umgekehrten Fall, wenn ein Arzt über besondere Fähigkeiten und Erkenntnisse verfügt, ihm also mehr als die Einhaltung des Standards zugemutet werden kann? In diesem Falle hat der Arzt zugunsten seines Patienten von seinen Spezialkenntnissen auch Gebrauch zu machen³⁹⁵. Die Haftung für den Einsatz besonderer persönlicher Fähigkeiten bildet eine Ausnahme, welche die Regel der Haftung für den Standard bekräftigt³⁹⁶. Zu beachten ist hier allerdings, dass sich auch dieser höhere Maßstab am Stand der gesicherten medizinischen Erkenntnisse orientieren muss³⁹⁷.

Dieselben Grundsätze wie für etwaige Spezialkenntnisse gelten auch dann, wenn der Arzt oder ein Krankenhaus über eine bessere apparative Ausstattung verfügt, als dies üblicherweise gefordert werden kann³⁹⁸.

D. Grenzbereiche des ärztlichen Standards - Therapiefreiheit und Ermessen

Es liegt in der Natur der Sache, dass ärztliches Verhalten nicht generell und ausnahmslos an optimalen Standards gemessen werden kann. Die Menschen leiden an den verschiedensten Krankheiten; sie befinden sich in den unterschiedlichsten Situationen und haben auch unterschiedliche Bedürfnisse. Somit kommt es bei der Beurteilung sorgfaltsgemäßen Verhaltens des Arztes auf die konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls an³⁹⁹. Im Folgenden wird untersucht,

³⁹⁴ Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 12. Hierzu ausführlich im 3. Teil.

³⁹⁵ BGH NJW 1997, S. 3090; BGH NJW 1987, S. 1479; BGH, VersR 1987, S. 686; BGH, VersR 1987, S. 757, (777); Geiß/Greiner, Arzthaftungsrecht, B I 1, Rdnr. 4; Sommer, VersM 2000, S. 1, (2); a.A. Koziol, der die Anrechnung von Spezialkenntnissen für einen völligen Widerspruch zur Standardisierung der erforderlichen Sorgfalt hält, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, S. 209, Fn. 113.

³⁹⁶ Deutsch, JZ 1997, S. 1033.

³⁹⁷ BGH, VersR 1987, S. 686; OLG Oldenburg, VersR 1989, S. 403 (Rückläufer); Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, S. 52; Sommer, VersM 2000, S. 1, (2).

³⁹⁸ Vgl. BGH, VersR 1989, S. 851, (852); Damm, NJW 1989, S. 737, (740); Kullmann, VersR 1997, S. 529, (531); Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, S. 52; Sommer, VersM 2000, S. 1, (2).

³⁹⁹ Vgl. Schreiber, VersMed 1995, S. 4; Hart, MedR 1998, S. 8, (10).

ob - und wenn ja in welchem Maße - der Standard durch die Therapiefreiheit des Arztes beeinflusst werden kann und wie sich neue, bzw. alternative Behandlungsmethoden auf den Sorgfaltsmaßstab auswirken. Diese Überlegungen sollen insbesondere im

Hinblick auf das im 3. Teil zu diskutierende Spannungsverhältnisses zwischen Finanzierbarkeit des Gesundheitswesens und Behandlungsstandard angestellt werden.

I. Behandlungsalternativen im Rahmen des Behandlungsstandards

Fest steht, dass sich ärztliches Vorgehen prinzipiell nicht auf einen abgeschlossenen Regelkodex stützen kann. Daher bestehen bei der Behandlung des Patienten aufgrund der verschiedenen Gegebenheiten des Einzelfalles gewisse Beurteilungs- und Handlungsspielräume des Arztes (Grundsatz der Therapiefreiheit)⁴⁰⁰. Standardbehandlung gewährleistet Methodenvielfalt. Die meisten Erkrankungen können standardgerecht auf unterschiedliche Weise behandelt werden. Andernfalls käme es unter Umständen zur Überdiagnose, zur auf eingefahrene Methoden fixierten, statisch orientierten Therapie, die die notwendige Entwicklung der Medizin hindern würde. Die verfassungsrechtlich geschützte und gesetzlich normierte⁴⁰¹ Therapiefreiheit beinhaltet drei Elemente⁴⁰²: Der Arzt hat im Einvernehmen mit seinem Patienten darüber zu entscheiden, ob überhaupt eine Behandlung stattfinden solle. Weiterhin darf er niemals zu einer seinem Gewissen widersprechenden Methode oder zu einer bestimmten Arzneimitteltherapie gezwungen werden. Und drittens bleibt es stets Aufgabe des Arztes, die ihm geeignet erscheinende diagnostische oder therapeutische Maßnahme auszuwählen⁴⁰³. Die Therapiefreiheit erlaubt es dem Arzt mithin „unab-

⁴⁰⁰ BGH VersR 1988, S. 495, VersR 1989, S. 253. Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 13; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 157, m.w.N. aus der Rechtsprechung. Teilweise wird auch von Methodenfreiheit gesprochen, vgl. z.B. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, B I 2. b), Rdnr. 34 f. Beide Begriffe meinen grundsätzlich dasselbe, wobei „Methodenfreiheit“ vom Wortlaut her etwas weiter gefaßt ist.

⁴⁰¹ Die Therapiefreiheit wird geschützt durch die grundgesetzliche Berufsausübungsfreiheit des Art 12 GG. Sie besteht kraft Gesetzes (§ 1 Abs. 2 BÄO).

⁴⁰² Zuck, NJW 1991, S. 2933 ff.

⁴⁰³ Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 157 ff.

hängig von der Fessel normierender Vorschriften, nach pflichtgemäßem und gewissenhaftem Ermessen im Einzelfall diejenigen therapeutischen Maßnahmen zu wählen, die nach seiner Überzeugung unter den gegebenen Umständen die besten Wirkungen für seinen Patienten erwarten lassen“.⁴⁰⁴

Die Therapiefreiheit ist jedoch nach zutreffender Auffassung nicht absolut. Ihre Grenzen ergeben sich nach Ansicht der Rechtsprechung und des überwiegenden Teiles der juristischen Literatur aus den objektiven Sorgfaltsanforderungen. Der Arzt ist insoweit an die Vorgaben der medizinischen Wissenschaft und ärztlichen Praxis gebunden⁴⁰⁵. Dies bedeutet jedoch nicht, dass jeweils die neueste und sicherste Behandlungsmethode geschuldet wird. So kann der Arzt im Einzelfall eine Therapie wählen, die zu höheren Belastungen bzw. Schadensrisiken führt, wenn bessere Heilungs- und Erfolgchancen oder die besonderen Sachzwänge der konkreten Behandlung dies rechtfertigen⁴⁰⁶. Er muss den Patienten jedoch dann gegebenenfalls über die risikoärmere Methode aufklären⁴⁰⁷. Die getroffene Methodenwahl stellt nach Ansicht der Rechtsprechung erst dann einen Behandlungsfehler dar, wenn die Überlegenheit eines anderen Verfahrens allgemein anerkannt ist. Grenze ist mithin die medizinische Kontraindikation aus den Gegebenheiten der konkreten Behandlungslage bzw. bei Anwendung technischer Apparate die Ablösung durch bessere und modernere Geräte in verbreiteter Praxisanwendung⁴⁰⁸. Umso Erfolg versprechender und sicherer die Basis der ärztlichen Erkenntnis ist, desto stärker ist der Standard für ärztliches Handeln⁴⁰⁹. Dem Grundsatz freier Therapiewahl korrespondiert somit der Grundsatz weitestmöglicher Methodensicherheit im Anwendungsbereich, insbesondere im konkreten Behandlungsfall⁴¹⁰.

⁴⁰⁴ Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 13.

⁴⁰⁵ Deutsch, VersR 1998, S. 262.

⁴⁰⁶ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, B I 2. b), Rdnr. 35.

⁴⁰⁷ Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 64, Rdnr. 6.

⁴⁰⁸ BGH NJW 1988, S. 763, (764); BGH VersR 1992, S. 238, (239); OLG Bamberg, NJWE-VHR 1997, S. 206.

⁴⁰⁹ Vgl. Hart, MedR 1998, S. 8, (10); Franzki, MedR 1994, S. 171, (173).

⁴¹⁰ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, B I 2. b), Rdnr. 36.

Unglücklich erscheint insoweit die vor allem bei Medizinerinnen weit verbreitete, im Vergleich zur eben dargestellten Argumentation umgekehrte Ansicht, nach welcher der ärztliche Standard unter Umständen durch die Therapiefreiheit und das ärztliche Ermessen eingeschränkt werden müsse⁴¹¹. Nach dieser Auffassung besteht die Gefahr, die aus den Standards folgenden Regeln könnten zu eindeutige Verhaltensmuster vorgeben und daher komplexen Entscheidungssituationen nicht gerecht werden⁴¹². „Wo es divergierende, vertretbare, verschiedene Methoden gibt, da kann es keine Bindung an den Standard geben“⁴¹³. Abweichungen vom Standard seien jedenfalls immer dann zulässig, wenn es die Krankheitslage des einzelnen Patienten erfordere. Diese Auffassung verkennt, dass der ärztliche Standard selbst ja gerade nicht an maximalen Behandlungsbedingungen gemessen wird, sondern je nach Situation in Grenzen divergieren kann. Daher muss der Standard keinesfalls eingeschränkt werden. Standards sind normative Aussagen der Medizin über gute Behandlungen im Allgemeinen. Sie bedürfen der Anwendung im Einzelfall. Für die Einzelfallbehandlung gibt es jedoch ebenfalls Standards. Dasselbe gilt für medizinisches Versuchshandeln. Sind diese Standards eingehalten, dann ist sicher, dass das Recht die Behandlung als rechtmäßig akzeptieren wird.

II. Anwendung neuer Behandlungsmethoden

1. Standardbehandlung - Heilversuch - Klinisches Experiment

Der dynamische Teil des ärztlichen Standards verlangt eine stetige Anpassung an die Fortschritte der medizinischen Wissenschaft. Um einer Erstarrung der Medizin auf einem Status quo vorzubeugen und um die Behandlungsmethoden auf hohem Niveau zu erhalten, muss es daher Raum geben für die Anwendung

⁴¹¹ So z.B. Buchborn, MedR 1993, S. 328, (330); Hoffmann, Arzt und Krankenhaus 1999, S. 220.

⁴¹² Vgl. Buchborn, MedR 1993, S. 328, (330) m.w.N.; Hoffmann, Arzt und Krankenhaus 1999, S. 220.

⁴¹³ Vgl. Schreiber, VersMed 1995, S. 3, (4), der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass haftungsauslösende Fehler weniger bei riskanten Neulandbehandlungen, sondern weitaus häufiger bei Routineverfahren vorkommen.

neuer diagnostischer und therapeutischer Möglichkeiten⁴¹⁴. Sind moderne Verfahren durch ihre Anerkennung in der medizinischen Wissenschaft bereits Teil des Behandlungsstandards geworden, steht ihrer Anwendung nichts im Wege. Um herauszufinden, ob ein neues Behandlungsverfahren eine Verbesserung gegenüber herkömmlichen Methoden darstellt, muss es aber auch medizinisches Versuchshandeln geben. Der Arzt kann eine neue Behandlungsmethode somit unter Umständen auch dann anwenden, wenn sie sich noch in der Phase der Erprobung befindet. Er muss den Patienten dann aber in jedem Fall über die konkrete Methode aufklären.

Bei der Anwendung neuer Behandlungsmethoden, die von der Standardbehandlung abweichen, lässt sich zwischen klinischem Experiment und Heilversuch unterscheiden. Das klinische Experiment gehört zum Bereich der Forschung. Es dient dem Erkenntnisgewinn über neue Methoden im Allgemeinen⁴¹⁵. Ist das klinische Experiment vernünftig begründet und nach dem aktuellen Wissensstand abgesichert, dann darf es als Heilversuch am Menschen angewandt werden⁴¹⁶. Den Heilversuch kennzeichnet folglich der individuelle Behandlungsbezug. Er umfasst entweder die innovative Variante einer Standardbehandlung oder die erstmalige Anwendung einer neuen Behandlung bis zur systematisch-wissenschaftlichen Überprüfung ihrer Wirksamkeit. Sowohl medizinisch, als auch rechtlich beginnt der Heilversuch dort, wo der ärztliche Behandlungsstandard verlassen wird⁴¹⁷. Zu Recht weist Hart in diesem Zusammenhang jedoch darauf hin, dass es auch Standards für medizinisches Versuchshandeln gibt⁴¹⁸: „Der Standardbegriff ist daher nicht nur von Bedeutung für die sorgfältige Standardbehandlung, sondern auch für das sorgfältige ärztliche Versuchshandeln“. Der Versuch einer neuen, klinisch noch nicht erprobten Behandlungsmethode kann nur dann vertretbar sein, wenn die Erfolgsaussicht der bisherigen Standardmethode im konkreten Fall deutlich geringer ist und die

⁴¹⁴ Vgl. Carstensen, DÄBl. 86, 1989, B-1736.

⁴¹⁵ Hart, MedR 1998, S. 8, (9).

⁴¹⁶ Carstensen, DÄBl. 86, 1989, B-1736.

⁴¹⁷ Hart, MedR 1998, S. 8, (9).

⁴¹⁸ Hart, MedR 1998, S. 8, (14).

Heilungschancen das in Kauf genommene Fehlschlagrisiko übersteigen⁴¹⁹. In diesem Fall ist allerdings eine umfassende Aufklärung des Patienten erforderlich, die sowohl den Versuchscharakter, als auch den Chancen- und Risikovergleich darstellen muss⁴²⁰. Der bisherige Behandlungsstandard sollte somit nicht daran hindern, ein neues auch mit Risiken behaftetes Verfahren anzuwenden, wenn die Vorteile im Hinblick auf den Erfolg der Maßnahme so groß sind, dass die Risiken zumutbar erscheinen und auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten beachtet wird⁴²¹.

2. Standard und medizinischer Fortschritt

Es stellt sich die Frage, wann ein herkömmliches Behandlungsverfahren als überholt anzusehen ist und ab welchem Zeitpunkt eine neue Methode anzuwenden ist. Wie der Jurist Laufs festgestellt hat, macht „die Hochleistungsmedizin (...) aus schicksalhaften Gefahren beherrschbare Risiken mit der unentrinnbaren Konsequenz immer strengerer Anforderungen an die fachlichen Standards“⁴²². Dies heißt jedoch nicht, dass der Arzt stets die jeweils neueste Behandlungsmethode anzuwenden hat, unabhängig davon, ob es sich z.B. um eine bestimmte Operationstechnik, eine medikamentöse Behandlung oder den Einsatz medizinisch-technischer Geräte handelt⁴²³. Dies ergibt sich schon aus dem Grundsatz der Therapiefreiheit. Demgemäß wird die Anwendung eines herkömmlichen, bewährten Verfahrens nicht schon allein wegen der Verfügbarkeit einer moderneren Methode zum Behandlungsfehler⁴²⁴. Es ist Aufgabe der Medizin zu prüfen, ob die alte Methode noch standardgemäß ist oder ob die neue

⁴¹⁹ OLG Düsseldorf, VersR 1991, S. 1176; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, B I 2. b), Rdnr. 36.

⁴²⁰ Vgl. Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, S. 77.

⁴²¹ Schreiber, VersMed 1995, S. 3, (4).

⁴²² Laufs in: Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 1; siehe auch Weißbauer, Der Chirurg BDC, S. 149, (152).

⁴²³ Vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 37. Zum letzteren Beispiel vgl. OLG Frankfurt, VersR 1991, S. 185 (Kein Behandlungsfehler bei Verwendung eines älteren, aber technisch gleichwertigen Chirurgiegeräts anstelle eines moderneren, bereits erprobten Geräts.)

⁴²⁴ BGH, VersR 1988, S. 179; Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, S. 51; OLG Frankfurt, VersR 1991, S. 185.

schon Standard ist. Je nachdem wird die alte Behandlungsweise noch sorgfaltsgemäß oder schon fehlerhaft sein⁴²⁵. Ein bestimmtes Verfahren entspricht nach Aussage der Rechtsprechung jedenfalls dann nicht mehr dem einzuhaltenden Qualitätsstandard, wenn es neue Therapiemöglichkeiten gibt, die risikoärmer sind, den Patienten weniger belasten und/oder bessere Heilungschancen versprechen, sowie in der medizinischen Wissenschaft im wesentlichen unumstritten sind. In diesem Fall gilt die ursprüngliche Behandlungsmethode als überholt und ist nicht mehr die Methode der Wahl⁴²⁶. Befinden wir uns jedoch nach Aussage der Medizin noch in einer Übergangsphase, so hat im Interesse des Patienten eine Nutzen/Risikoabwägung zwischen beiden Behandlungsmöglichkeiten stattzufinden⁴²⁷. Die Verpflichtung zur sachgerechten Behandlung ist die zentrale Pflicht des Arztes, so dass der Patient nach der risikoärmsten Methode behandelt werden soll (Risikominimierungsgebot)⁴²⁸. Die gleichen Grundsätze gelten dementsprechend auch für die apparative Ausstattung, die für solche neuen Behandlungsmethoden erforderlich ist. Hier stellt sich die Frage, wie lange eine solche Übergangsphase dauern kann. Einen konkreten Zeitpunkt zu bestimmen, von dem an neue Erkenntnisse in der Praxis zu beachten sind, ist äußerst schwierig. Hier lässt sich nach der Rechtsprechung höchstens ein grober Zeitrahmen ermitteln⁴²⁹. Die Aussage eines medizinischen Sachverständigen, nach welcher mit dem Bekanntwerden neuer Erkenntnisse in der Praxis erst nach Ablauf von zwei Jahre gerechnet werden dürfe, hat der Bundesgerichtshof jedenfalls nicht gebilligt⁴³⁰. Auch einem niedergelassenen praktischen Arzt könne keine längere Karenzzeit bis zur Aufnahme der wissenschaftlichen Diskussion durch die Praxis zugestanden werden⁴³¹.

⁴²⁵ Vgl. Hart, JURA 2000, S. 65.

⁴²⁶ BGH, VersR 1992, S. 238, (239); BGH, VersR 1988, S. 179, (180).

⁴²⁷ Vgl. Groß, Ärztlicher Standard, S. 6 f.

⁴²⁸ Vgl. Hart, JURA 2000, S. 65, der darauf hinweist, daß die Rechtsprechung in solchen Fällen selten einen Behandlungsfehler annimmt sondern vielmehr eine umfassende Aufklärung des Patienten über die mit den Behandlungsalternativen verbundenen Belastungen verlangt.

⁴²⁹ Die Problematik, wann im Einzelfall ein neues Verfahren angewandt werden muß und welche Rechtsfolgen sich im Falle der Anwendung einer veralteten Methode ergeben wird ausführlich im dritten Teil der Bearbeitung erörtert.

⁴³⁰ Siehe die Nachweise bei Pelz, Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 44.

⁴³¹ OLG Düsseldorf, VersR 1987, S. 414, (415).

Auf der anderen Seite hat das OLG Koblenz - vom BGH gebilligt - ausgeführt, „es liege in der Natur der Sache und sei nicht zu vermeiden, dass die im Normalfall von einem Arzt zu erwartenden Erfahrungen und Kenntnisse in aller Regel einige Jahre hinter dem Erfahrungsschatz führender Kliniken nachhinken“⁴³². Grundsätzlich lässt sich sagen: Je durchschlagender und je überlegener eine Neuerung ist, desto eher wird sie auch in der Praxis übernommen werden müssen⁴³³.

III. Außenseitermethoden

In der Regel ist der Arzt nicht zur Anwendung schulmedizinischer Maßnahmen verpflichtet. Vielmehr kann je nach Lage des medizinischen Sachverhalts auch die Anwendung einer Außenseitermethode⁴³⁴ vertretbar sein und nicht schon für sich einen Behandlungsfehler begründen⁴³⁵. Auch hier gilt die Aussage, dass der Arzt nicht stets auf den jeweils sichersten therapeutischen Weg festgelegt ist. Voraussetzung ist allerdings, dass der Arzt die unkonventionelle Methode beherrscht und den Patienten über das Für und Wider aufklärt; dies gilt umso mehr, je zweifelhafter die Indikation ist⁴³⁶. Erkennt der Arzt, dass die alternative Therapie keinen Heilerfolg erzielt, hat er zur erprobten Therapie zurückzukehren oder den Patienten einer solchen Behandlung durch einen anderen Arzt zuzuführen⁴³⁷. Keinesfalls darf der Arzt einer aussichtslosen Methode folgen, da dies den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründen würde, mit der Folge einer Strafbarkeit des Mediziners wegen Körperverletzung⁴³⁸.

⁴³² OLG Koblenz, AHRS 1220/19.

⁴³³ Vgl. Schreiber, DMW 1984, S. 1458, (1459). Zu den Unterschieden in der erforderlichen Ausstattung verschiedener Krankenhäuser, siehe Teil 2, 2. Kap. E.

⁴³⁴ Teilweise wird auch von „alternativer Medizin“ oder „unkonventionellen Heilmethoden“ gesprochen. Vgl. hierzu allgemein: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, Rdnr. 20, m.w.N.

⁴³⁵ BGH VersR 1985, S. 969; BGH VersR 1991, S. 469; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, B I 2. b), Rdnr. 37; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 171; Frahm/Nixdorf, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 69.

⁴³⁶ BGH VersR 1980, S. 1145, OLG Düsseldorf, VersR 1991, S. 1176; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 176.

⁴³⁷ BGH NJW 1960, S. 2253; Franzki, MedR 1994, S. 171, (173).

⁴³⁸ Der Einwilligung in einen gegen die guten Sitten verstoßenden Eingriff fehlt die rechtfertigende Kraft (§ 227 StGB).

E. Institutioneller Standard

Die Verschiedenheit der medizinischen Versorgungseinrichtungen in unserem Gesundheitssystem bringt es mit sich, dass nicht in jedem Krankenhaus und in jeder Arztpraxis dieselben diagnostischen und therapeutischen Behandlungsmöglichkeiten vorhanden sind. Dies betrifft vor allem den stationären Bereich. So sind verschiedene Kliniken sowohl personell, als auch apparativ unterschiedlich ausgestattet. Das gilt nicht nur für Kliniken innerhalb einer Versorgungsstufe, sondern auch für Kliniken unterschiedlicher Versorgungsstufen. Ein Krankenhaus der Minimalversorgungsstufe wird in der Regel nicht die apparative Ausstattung einer modernen Universitätsklinik haben. Aber auch innerhalb von Universitätskliniken gibt es zum Teil erhebliche Unterschiede. Die Vorstellung, dass alle Krankenhäuser - unabhängig von der jeweiligen Versorgungsstufe - einheitlich ausgestattet sind, über die gleichen modernsten Geräte verfügen, gleich qualifiziertes ärztliches, pflegerisches und verwaltendes Personal eingestellt haben, ist unrealistisch und nicht umsetzbar. Aus praktischen und vor allem aus finanziellen Gründen ist die Anforderung, alle Kliniken mit den fortschrittlichsten Apparaturen auszustatten und der Anwendung modernster Behandlungskonzepte zu verpflichten, nicht erfüllbar.

Ein Allgemeinkrankenhaus beispielsweise, hat Kranke in der Regel unabhängig von der Art ihrer Erkrankung aufzunehmen. Eine fachärztliche Versorgung muss zumindest in den Bereichen innere Medizin und Chirurgie grundsätzlich gewährleistet sein. Fachkrankenhäuser hingegen sind entweder auf die Behandlung bestimmter Krankheitsarten oder Patientengruppen oder auf die Vornahme bestimmter Behandlungsverfahren ausgerichtet⁴³⁹.

Bis 1990 gab es auch Akutkrankenhäuser, welche akute Fälle unabhängig von der Art der Erkrankung und dem Kostenträger behandelten und Sonderkran-

⁴³⁹ Vgl. Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozess, S. 19 f.

kenhäuser mit ausschließlich psychiatrischen oder psychiatrischen und neurologischen Betten. 1990 wurde die Unterscheidung in Akut- und Sonderkrankenhäuser aufgegeben und seitdem wird zwischen Allgemeinen Krankenhäusern und solchen mit ausschließlich psychiatrischen und neurologischen Betten unterschieden⁴⁴⁰. Unabhängig von dieser Unterteilung kann zwischen Anstalts- und Belegkrankenhäusern unterschieden werden. In Anstaltskrankenhäusern werden die ärztlichen Leistungen von den im Krankenhaus hauptamtlich beschäftigten Ärzten erbracht. In Belegkrankenhäusern hingegen erbringen niedergelassene Ärzte die ärztlichen Leistungen. Neben den reinen Anstalts- und Belegkrankenhäusern gibt es Mischformen, so haben z.B. viele Anstaltskrankenhäuser auch Belegbetten⁴⁴¹.

Das Krankenhauswesen untergliedert sich in Grund-, Regel-, Zentral- und Maximalversorgung⁴⁴². Krankenhäuser der Grund- und Regelversorgung führen zumeist die Abteilungen Chirurgie, Innere Medizin, Gynäkologie und Geburtshilfe, wobei Krankenhäuser der Regelversorgung im Allgemeinen noch über eine Abteilung für Kinderheilkunde verfügen. Ihre Aufgabe ist die Absicherung einer flächendeckenden Versorgung. Krankenhäuser der Zentralversorgung sind im Allgemeinen in mittleren und größeren Städten lokalisiert und halten neben der allgemeinen auch eine spezielle Versorgung vor. Krankenhäuser der Maximalversorgung sind zumeist Universitätskliniken aber auch größere Stadtkrankenhäuser. Sie führen alle Krankenhausdisziplinen mit hauptamtlicher Leitung und weisen ein breites Spektrum an Spezialisierungen auf. Hieraus resultiert eine weiträumige Bedeutung, welche oft auch über die Landesgrenzen hinausreicht.⁴⁴³

⁴⁴⁰Die Bezeichnung Sonderkrankenhaus umfasst zwar Krankenhäuser mit ausschließlich psychiatrischen und neurologischen Betten, ist jedoch mit dem Begriff nicht identisch. Ein Teil der früheren Sonderkrankenhäuser wird den Allgemeinen Krankenhäusern zugeordnet, vgl. Beske, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 136 f.

⁴⁴¹Unabhängig von dem definiertem Begriff „Anstaltskrankenhaus“ wird üblicherweise nur noch vom Krankenhaus gesprochen. Vgl. zu dem Ganzen: Beske, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 136 ff.

⁴⁴²Die Differenzierungen zwischen den einzelnen Versorgungsstufen sind bundesweit uneinheitlich, ähneln sich jedoch im Groben, vgl. Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 86, Rdnr. 34, (Fn. 37).

⁴⁴³Vgl. zu dem Ganzen: Beske, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 146.

Je nach Art und Versorgungsstufe eines Krankenhauses variieren auch die Ansprüche, die der Patient an seine medizinische Betreuung stellt und in rechtlicher Hinsicht stellen darf⁴⁴⁴. Ob sich hierdurch auch Unterschiede im Hinblick auf den ärztlichen Standard ergeben, wird im dritten Teil der Arbeit ausführlich untersucht. In jedem Fall ist nach der jeweiligen Erkrankung zu unterscheiden. So darf beispielsweise eine unkomplizierte Blinddarmentzündung in einem Kreiskrankenhaus nicht anders behandelt werden als in einer Universitätsklinik. Im Bereich der Diagnostik muss es für bestimmte Symptome und im Bereich der Therapie für bestimmte Erkrankungen einheitliche Standards geben.

F. Verletzung des ärztlichen Behandlungsstandards

Nachdem festgestellt wurde, wie sich der ärztliche Standard entwickelt und welche Anforderungen an den Arzt zu stellen sind, ist kurz darzustellen, wann es im einzelnen zu einer Haftung des nicht standardgemäß handelnden Arztes kommt. Wie bereits eingangs erwähnt, begründet die Verletzung des ärztlichen Standards die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, sofern die nicht standardgemäße Behandlung kausal zu einer Verletzung der Gesundheit des Patienten führt.

Grundtatbestand der zivilen Arzthaftung und auch für die vorliegende Arbeit relevant ist der fahrlässige Behandlungsfehler - d.h. jedes ärztliche Handeln oder Unterlassen das nach dem Standard der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung die gebotene Sorgfalt vermissen lässt und darum unsachgemäß erscheint⁴⁴⁵. Aufgrund der diesbezüglich kaum mehr zu überblickenden Fülle der Judikatur und um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, werden im Folgenden nur in aller Kürze die Grundfälle des Behandlungsfehlers erläutert, wobei erst im dritten Teil der Bearbeitung eine ausführlichere Darstellung der für dieses Thema einschlägigen Behandlungsfehlertypen erfolgt.

⁴⁴⁴ Siehe auch 2. Kap., C.

⁴⁴⁵ Vgl. Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 5.

Auf die zweite Erscheinungsform der Arzthaftung, - die Haftung aus ärztlicher Eigenmacht -, soll hier im Einzelnen noch nicht eingegangen werden. Erörtert wird sie jedoch später im Rahmen des Spannungsverhältnisses zwischen Behandlungsstandard und Finanzierung des Gesundheitswesens in Form der Qualitätsaufklärung als sekundäre Behandlungspflicht⁴⁴⁶.

Der Behandlungsfehler kann sowohl in der Vornahme einer sachwidrigen, als auch in dem Unterlassen einer sachlich gebotenen Heilmaßnahme liegen⁴⁴⁷. „Der Schutzbereich der Norm, der den Zurechnungszusammenhang im Hinblick auf den Schaden angrenzt, ist für Handlungen und Unterlassungen gleich.“⁴⁴⁸ Behandlungsfehlerhaft ist eine dem ärztlichen Standard nicht entsprechende Diagnose, Therapie oder Nachsorge⁴⁴⁹. Daneben kommen noch Verstöße gegen Organisationspflichten in Betracht⁴⁵⁰.

I. Diagnosefehler

In diagnostischer Hinsicht hat der Arzt die notwendigen Befunde zu erheben und diese fachgerecht zu beurteilen. Er hat alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen zu nutzen, soweit die Umstände dies verlangen und der Eingriff im Dienste der Erkenntnis nicht neue und überwiegende Gefahren von einem gewissen Grad heraufbeschwört⁴⁵¹. Da die Symptome einer Krankheit jedoch aufgrund der Verschiedenheit des menschlichen Organismus trotz Einsatzes moderner medizinischer Geräte nicht immer eindeutig geklärt werden können, werden Diagnoseirrtümer nach Ansicht der Rechtsprechung grundsätzlich nur dann als Behandlungsfehler angesehen, wenn krasse Fehldiagnosen vorliegen, elementare Kontrollbefunde nicht erhoben werden, eine Überprü-

⁴⁴⁶ Vgl. Teil 3, 1 Kap. B IV 2.

⁴⁴⁷ Vgl. Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 14.

⁴⁴⁸ Deutsch, Anm. zu BGH NJW 1989, S. 767.

⁴⁴⁹ Vgl. z.B. die zahlreichen Beispiele aus der Rechtsprechung bei Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 35 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 102, Rdnr. 3.

⁴⁵¹ Vgl. Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 100, Rdnr. 6.

fung der Arbeitsdiagnose im weiteren Behandlungsverlauf unterbleibt oder die falsche Diagnose zur falschen Therapie führt⁴⁵².

Für die Problematik der Ressourcenknappheit ist folgendes von Bedeutung: Je deutlicher sich eine Krankheit abzeichnet, desto eher kann der Arzt auf weitere zum Teil äußerst kostspielige Diagnostik verzichten. Im umgekehrten Fall besteht im Rahmen diagnostischer Entscheidungen häufig die Gefahr, dass Ärzte dem medizinischen Fortschritt oder Gebührenanreizen erliegen und damit eine kostspielige „Überdiagnostik“ betreiben⁴⁵³. Hierauf wird im dritten Teil der Arbeit zurückzukommen sein.

II. Therapiefehler

Der Arzt hat die Pflicht, die ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um einen erkennbar drohenden gesundheitlichen Schaden von seinem Patienten abzuwenden⁴⁵⁴. Ein Verstoß gegen diese Pflicht liegt vor, wenn der Arzt Gebotenes unterlässt und es an therapeutischen Maßnahmen und Fürsorge fehlen lässt⁴⁵⁵. In concreto beruhen Therapiefehler, d.h. Behandlungsfehler im engeren Sinne⁴⁵⁶, entweder auf einer fehlenden Indikation⁴⁵⁷, der Wahl der falschen Behandlung, einer fehlerhaften Behandlung oder der fehlerhaften Durchführung einer indizierten Behandlung (Verlaufsbeobachtung und Evaluation)⁴⁵⁸.

Für das vorliegende Thema sind relevant die Nichtbehandlung (aus Kostengründen), die Wahl der falschen Behandlung (kostengünstigere Behandlung),

⁴⁵² Der Auffassung der Rechtsprechung ist insoweit zuzustimmen, da diagnostische Irrtümer aus den genannten Gründen oft nicht die Folge vorwerfbarer ärztlichen Versehens sind; kritisch Hart, JURA 2000, S. 64.

⁴⁵³ Hierzu siehe Teil I.

⁴⁵⁴ Vgl. Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 100, Rdnr. 16.

⁴⁵⁵ Ebenda.

⁴⁵⁶ So genannte „Realtypen“ des Behandlungsfehlers.

⁴⁵⁷ Unter Indikation versteht man die Auswahl der medizinisch für die diagnostizierte Erkrankung gebotenen standardgemäßen Therapie.

⁴⁵⁸ Vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 35 ff, m.w.N.

sowie die fehlerhafte Behandlung (überholte Methoden, über-altete Geräte). Bei letzterer Alternative stellt sich das Problem des Übernahmeverschuldens.

III. Nachsorgefehler

Nachsorgefehler beziehen sich auf die Unterlassung von Kontrollen einer durchgeführten Behandlung, von Kontrollen der weiteren Entwicklung des Krankheitsbildes, von notwendigen Nachbehandlungen und von Aufforderungen zur Durchführung derartiger Kontrollen⁴⁵⁹. Auch hier können sich Komplikationen in Verbindung mit finanzieller Mittelknappheit ergeben, da gerade schwerwiegenden Erkrankungen eine umfassende Nachsorge erfordern, was häufig zu einem erheblichen Aufwand an finanziellen, personellen und apparativen Ressourcen führt (z.B. Krebsnachsorge).

IV. Organisationsverschulden

Verstöße gegen die Pflicht sachgerechter Organisation und Koordinierung der Behandlungsabläufe zur Gewährleistung der generellen organisatorischen Voraussetzungen des geforderten Standards gewinnen zunehmend an Gewicht⁴⁶⁰. Je größer die Zahl der an Diagnose und Therapie beteiligten Ärzte, Techniker und Hilfskräfte, je komplizierter und gefährlicher das arbeitsteilige medizinische Geschehen ist, desto mehr Umsicht und Einsatz erfordern die Planung, die Koordination und die Kontrolle der klinischen Abläufe⁴⁶¹. Für die Einhaltung der Standards guter Organisation sind der Krankenhausträger bzw. der Praxisleiter (je nach Organisationsform von Kapitalgesellschaft bis zur BGB-Gesellschaft) verantwortlich⁴⁶². Organisationspflichten umfassen räumliche Mittel (z.B. Hygiene, Ausstattung); sächliche Mittel (z.B. Medizinprodukte und deren Instandhaltung) und personelle Mittel (z.B. Organisation des Nacht-

⁴⁵⁹ Hart, JURA 2000, S. 64.

⁴⁶⁰ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 43.

⁴⁶¹ Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Arztrecht, § 102, Rdnr. 1.

⁴⁶² Hart, JURA 2000, S. 64, (68).

dienstes, der Vertretung, der Kooperation auf horizontaler und vertikaler Ebene, Überwachung und Anleitung von Ärzten in der Ausbildung, Organisation der Grund- und Behandlungspflege), die als organisatorische Voraussetzungen guter Behandlung zu gewährleisten sind⁴⁶³.

Gerade im organisatorischen Bereich kann es zu Spannungen im Hinblick auf Ressourcenknappheit kommen. Insbesondere können finanzielle Mängel Organisationsfehler durch Personalmangel/mängel hervorrufen⁴⁶⁴.

3. Teil: Konflikt zwischen ärztlichem Standard und Finanzierbarkeit des Gesundheitswesens

Nachdem im ersten Teil der vorliegenden Arbeit erörtert wurde, dass die Kostensteigerungen im Gesundheitswesen bereits zu einer Rationierung ärztlicher Leistungen führen, schließt sich die Frage an, ob und inwieweit ökonomische Zwänge den ärztlichen Standard beeinflussen können, mit anderen Worten, ob die zunehmende Verknappung der Ressourcen im Gesundheitswesen zu einer Begrenzung des ärztlichen Heilauftrags und zur Beschränkung der zivilrechtlichen Arzthaftung führen kann und darf.

Sowohl im Rahmen der ambulanten, als auch bei der stationären Behandlung wird die Einhaltung des Standards für die Ärzteschaft zunehmend schwieriger. Vor allem aufgrund des medizinischen Fortschritts, der ja wie bereits erörtert mit hohem finanziellen Aufwand verbunden ist, besteht die Gefahr, dass unter der Forderung gleichbleibender Kosten im Gesundheitswesen eine dem ärztlichen Standard entsprechende medizinische Versorgung nicht mehr in allen Fällen gewährleistet wird⁴⁶⁵. Die Ressourcenknappheit bringt es mit sich, dass hoher Aufwand an der einen, häufig zu Engpässen an anderer Stelle führt⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 41, m.w.N.

⁴⁶⁴ Hierzu siehe den 3. Teil der Abhandlung.

⁴⁶⁵ Vgl. Kramer, MedR 1993, S. 345.

⁴⁶⁶ Vgl. Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Arztrecht, Rdnr. 24.

Der dritte Teil der Arbeit beschäftigt sich daher mit den rechtlichen Anforderungen an die ärztliche Tätigkeit, unter gleichzeitiger Beachtung des zunehmenden Kostendrucks im Gesundheitswesen. Die im ersten Teil der Abhandlung dargestellte Finanzierbarkeitsproblematik im Gesundheitswesen legt die Überlegung nahe, dass eine medizinisch mögliche, aber unbezahlbare Maximaldiagnostik und -therapie jedenfalls nicht zum Haftungsmaßstab erhoben werden darf. Vor allem von Seiten der Ärzteschaft wird verstärkt vorgebracht, auch die Gerichte hätten die Tatsache zu berücksichtigen, dass zur Wahrung von Leben und Gesundheit als den höchsten Rechtsgütern Grenzen der wirtschaftlichen Rationalität gesetzt seien⁴⁶⁷. Die sich zwingend anschließende Frage ist jedoch, in welchem Umfang derartige Grenzen gesetzt werden können und welche Möglichkeiten das zivile Haftungsrecht für die Berücksichtigung von Wirtschaftlichkeitserwägungen bietet.

Wie oben erwähnt ist Grundtatbestand der Arzthaftung der Behandlungsfehler, d.h. vorwerfbares ärztliches Tun oder Unterlassen unter Verletzung der den Umständen nach gebotenen Sorgfalt, das zu einer Schädigung des Patienten führt. Wesentliches Merkmal der Fahrlässigkeit ist die Erkennbarkeit (Vorhersehbarkeit) und Vermeidbarkeit des Fehlers und der Schädigung⁴⁶⁸. Dies könnte zu der Annahme führen, der Maßstab des Arzthaftungsrechts fordere stets Maximaldiagnostik und -therapie. Denn bei Zugrundelegung dieses Maßstabes wären grundsätzlich alle Behandlungsmisserfolge durch sub-optimale Diagnostik und Therapie vorhersehbar und vermeidbar. Solche an optimaler Schadensvermeidung ausgerichteten Fahrlässigkeitsmaßstäbe würden sich bei näherer Betrachtung jedoch lähmend auf jegliches Handeln auswirken.⁴⁶⁹ Es ist daher zu prüfen, welche Möglichkeiten das geltende Recht bietet, um Wirtschaftlichkeitserwägungen im Rahmen der Arzthaftung zu berücksichtigen.

⁴⁶⁷ So z.B. Weißauer, Der Chirurg BDC, S. 149, (152 f.)

⁴⁶⁸ BGH NJW 1963, S. 1609; MüKo-Grundmann, § 276, Rdnr. 68, 77; Soergel-Wolf, § 276, Rdnr. 99 f.

⁴⁶⁹ Soergel-Wolf, § 276, Rdnr. 90. Die Problematik der Zumutbarkeit stellt sich vor allem im Zusammenhang mit Budgetierungsmaßnahmen im Gesundheitswesen, vgl. 2 Kap. C.

1. Kap.: Spannungsverhältnis im Zivilrecht

Während der Arzt früher einzig und allein bemüht war, seinen Heilungsauftrag zu erfüllen, „koste es was es wolle“, muss er sich heutzutage fragen, welche Maßnahmen ihm im einzelnen zur Verfügung stehen und vor allem, ob diese Maßnahmen in Anbetracht des medizinisch-technischen Fortschritts überhaupt noch standardgemäß sind.

A. Entwicklung der Rechtsprechung

Die durch den Mangel an finanziellen Mitteln bedingten Rationierungen medizinischer Leistungen lassen auch das Arzthaftungsrecht nicht unberührt. Wie im ersten Teil der Abhandlung erläutert, können Kürzungen bei der personellen, apparativen oder auch der medikamentösen Ausstattung in Kliniken und Praxen dazu führen, dass sich die medizinische Versorgung der Bevölkerung verschlechtert und die Therapiefreiheit des Arztes beschränkt wird. Das Haftungsrecht kann darauf entweder durch Anpassung des Behandlungsstandards an den ökonomischen Druck reagieren und die Sorgfaltsanforderungen zu Lasten der Patienten reduzieren oder es kann eine Schutzfunktion gegenüber allzu rigiden Einschnitten in die Ausstattung von Gesundheitseinrichtungen wahrnehmen⁴⁷⁰.

Die Rechtsprechung hat sich mit dieser Problematik schon mehrfach auseinandergesetzt. Bereits im Jahre 1954 sah der Bundesgerichtshof den Kostenaspekt „jedenfalls dann“ als unerheblich an, wenn der finanzielle Aufwand „nicht außer allem Verhältnis“ zur drohenden Gefahr stehe und diese nicht nur eine ganz abstrakte, d.h. ganz entfernte sei⁴⁷¹. In einem späteren Urteil aus dem Jahre 1975 erkannte der BGH die prinzipielle Notwendigkeit an, wirtschaftliche Überlegungen in ärztliches Denken durch eine Risikoabwägung einfließen

⁴⁷⁰ Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 215; Ulsenheimer, MedR 1995, S. 439.

⁴⁷¹ Vgl. BGH VersR 1954, S. 290, (291).

zu lassen⁴⁷². Die Entscheidung behandelte die Frage, ob vor jeder Narkose eine Röntgenuntersuchung zur Feststellung so genannter Halsrippen durchzuführen ist, um die bei einem Prozent, möglicherweise sogar weit darunter liegende Wahrscheinlichkeit von Narkoselähmungen zu erkennen. Nach Auffassung des BGH ist für die Beantwortung dieser Frage eine Abwägung aller relevanten Faktoren erforderlich, zu denen vor allem die statistische Häufigkeit der gefährdenden Anomalie, das Gewicht des möglicherweise eintretenden Schadens, aber auch der wirtschaftliche und allgemeine Aufwand für die erforderlichen Feststellungen gehörten.

In den letzten Jahren haben sich die Haftungsfälle im Zusammenhang mit der Kostenproblematik im Gesundheitswesen vermehrt⁴⁷³. Die Gerichte mussten sich in verschiedenen Bereichen ärztlicher Tätigkeiten mit der Frage befassen, ob der gute ärztliche Behandlungsstandard im konkreten Fall noch eingehalten worden war. Innerhalb der darzustellenden Entscheidungen kann im Rahmen der primären Versorgungspflichten zwischen apparativem, personellem, medikamentösem und hygienischem Standard unterschieden werden. Darüber hinaus hatte sich die Rechtsprechung mit Haftungsfällen auseinander zusetzen, welche die so genannten sekundären Versorgungspflichten betrafen, das heißt die Versorgung bei Nichtgewährleistung des Standards.

I. Primäre Versorgungspflichten

1. Apparativer Standard

Die stationäre Krankenbehandlung ist bestimmt durch einen hohen Einsatz an medizinischen Apparaturen, deren Erwerb und Unterhaltung äußerst kostenträchtig ist. Angesichts des medizinischen Fortschritts werden immer moderne-

⁴⁷² BGH, VersR 1975, S. 43 ff. (sog. „Halsrippenurteil“); vgl. auch OLG Celle VersR 1985, S. 1047, (1048); Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 27, Anm. 3; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Arztrecht, § 99, Rdnr. 24 ff.

⁴⁷³ Genaue Zahlen gibt es nicht. Vgl. aber die Ausführungen bei Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin und bei Dierks, die Entwicklung der Arzthaftung, S. 139 ff.

re und verbesserte Diagnose- und Therapiemethoden entwickelt, die den ärztlichen Standard aufgrund dessen variabler (dynamischer) Struktur ständig weiterentwickeln. Hier zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen Finanzierbarkeit des Gesundheitswesens und ärztlichem Behandlungsstandard besonders deutlich. Nicht jedes Krankenhaus, nicht jede Arztpraxis kann aus Kostengründen, im Hinblick auf die erforderliche Anschaffungszeit oder aufgrund eines gegebenenfalls noch unzureichenden Angebotes auf dem Markt die gleichen medizinischen Geräte zur Behandlung vorweisen und ist in der Lage, ein neu auf den Markt gebrachtes medizinisches Gerät sofort zu erwerben und einzusetzen. Die Rechtsprechung hatte demgemäß in den vergangenen Jahren eine Vielzahl von Fällen zu entscheiden, bei denen es um die Frage nach der erforderlichen⁴⁷⁴ apparativen Ausstattung eines Medizinbetriebes ging. Es lassen sich im Wesentlichen folgende Fallgruppen unterscheiden: Ein verbessertes medizinisches Gerät ist in der fraglichen Klinik/Praxis:

1. (noch) gar nicht vorhanden,
2. zwar vorhanden, jedoch nur begrenzt einsetzbar,
3. vorhanden und voll einsatzfähig,
4. vorhanden und einsatzbereit, obwohl es nicht zum vorausgesetzten Ausstattungsstandard gehört.

a) Gerät ist noch nicht vorhanden

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1984 hatte der BGH darüber zu urteilen, ob die Nichtanwendung eines neuartigen, besonders schonenden Verfahrens einen Behandlungsfehler darstellt, wenn das betreffende Gerät in dem jeweiligen Krankenhaus (noch) gar nicht vorhanden ist⁴⁷⁵.

In einer Universitätsklinik verstarb eine Patientin nach Durchführung einer Pneumoencephalographie (PEG), weil das Röntgengerät wegen eines

⁴⁷⁴ und nicht der üblichen.

⁴⁷⁵ BGH, VersR 1984, S. 470.

Defekts versagte. Eine weitaus risikoärmere Diagnosemethode wäre zum Zeitpunkt der Behandlung der Einsatz eines Computertomographens (CT) gewesen. Ein derartiges Gerät war in einigen Universitätskliniken Deutschlands bereits in der Erprobung gewesen, in der beklagten Klinik jedoch nicht vorhanden.

Übereinstimmend mit dem Berufungsgericht hat der Bundesgerichtshof einen Behandlungsfehler wegen Durchführung der PEG verneint. Der beklagte Arzt habe die PEG mit der erforderlichen Sorgfalt durchgeführt und sei für den technischen Defekt nicht verantwortlich gewesen. Auch die Tatsache, dass in einigen Unikliniken der Bundesrepublik eine Untersuchung mittels CT möglich gewesen wäre, sei irrelevant. Der Beklagte „hatte (..) in Wahrheit nicht die Wahl zwischen beiden Methoden“, zumal in der fraglichen Klinik kein CT vorhanden war und sich das Verfahren noch in der Erprobung befand. „Die geringe Anzahl der bereitstehenden Geräte zwang zu einer Auswahl der Patienten (..)“. Der Fall der Patientin sei nicht so dringlich gewesen, dass für sie die „reale Möglichkeit“ bestand, in eine der mit Tomographen ausgerüstete Klinik aufgenommen zu werden. Der Bundesgerichtshof hat auch keine Aufklärungspflichtverletzung darin gesehen, dass der Beklagte die Patientin nicht auf die alternative Untersuchungsmöglichkeit mittels CTG hingewiesen hat. „Solange eine bewährte und mit vergleichsweise geringem Risiko behaftete Untersuchungsmethode zur Verfügung steht, braucht der Arzt den Patienten nicht von sich aus über andere, neuartige Verfahren zu unterrichten, die erst nach einem längeren Zeitraum auch für seinen Fall zusätzlich oder alternativ in Betracht kommen könnten.“

In einer grundlegenden Entscheidung vom 22.09.1987 bestätigte der BGH seine Auffassung, dass der ärztliche Standard bei erst sporadischer Verfügbarkeit einer neuen technischen Ausstattung nicht schon nach den modernsten technischen Möglichkeiten ausgerichtet werden kann⁴⁷⁶. Hier ging es insbesondere

⁴⁷⁶ BGH, VersR 1988, S. 179.

um das kostenbedingte Problem der Anschaffungszeit eines fortschrittlichen medizinischen Geräts. In diesem Zusammenhang äußerte sich der BGH zu der Frage, ob es in verschiedenen Krankenhäusern auch unterschiedliche Ausstattungsstandards geben kann.

Anfang 1980 wurde bei einer Patientin eine Sterilisation mittels Tubenkoagulation durchgeführt. In der beklagten Klinik arbeitete man hierbei noch ausschließlich mit monopolem Hochfrequenzstrom, obwohl zu dieser Zeit nach Empfehlungen der medizinischen Literatur in einigen Kliniken bereits Koagulatoren mit schonenderem bipolem Hochfrequenzstrom verwendet wurden. Der beklagte Krankenträger hatte die Anschaffung eines derartigen Geräts bereits in die Wege geleitet. Indessen erlitt die Klägerin eine Darmverletzung, welche der Sterilisation mittels monopolem Hochfrequenzstrom als typische Nebenwirkung folgte.

Der Bundesgerichtshof sah in der Koagulation nach der alten Methode keinen Behandlungsfehler. Die Ärzte der beklagten Frauenklinik hätten solange mittels monopolem Hochfrequenzstrom koagulieren dürfen, „bis das neue Gerät da war“. Zwar schulde der Arzt seinem Patienten die Anwendung einer Therapie, die dem jeweiligen Stand der Medizin entspreche. Dies bedeute jedoch nicht, „dass jeweils das neueste Therapiekonzept verfolgt werden muss, wozu dann auch eine stets auf den neuesten Stand gebrachte apparative Ausstattung gehören müsste“. Vielmehr sei es den Kliniken schon aus Kostengründen nicht möglich, jede technische Neuerung, die den Behandlungsstandard verbessern könnte, auch sofort anzuschaffen. Folglich müsse es den Kliniken für „eine gewisse Übergangszeit“ gestattet sein, nach älteren, bis dahin bewährten Methoden zu behandeln.

Auch brauche ungefragt nicht über neue Verfahren aufgeklärt zu werden, sofern sie sich erst in der Erprobung befänden und erst in einigen Großkliniken

zur Verfügung ständen⁴⁷⁷. Hierzu merkt der BGH an, dass es aufgrund des raschen medizinischen Fortschritts zwangsläufig zu Qualitätsunterschieden in der Behandlung komme, je nachdem ob sich der Patient „etwa in eine größere Universitätsklinik oder eine personell und apparativ besonders gut ausgestattete Spezialklinik oder aber in ein Krankenhaus der Allgemeinversorgung“ begeben. In Grenzen sei deshalb der zu fordernde medizinische Standard je nach den personellen und sachlichen Möglichkeiten verschieden. „Er kann in einem mittleren oder kleineren Krankenhaus gewahrt sein, wenn jedenfalls die Grundausstattung modernen medizinischen Anforderungen entspricht.“ Erst eine deutliche Unterausstattung führe zur Haftung, wenn es deswegen zu vermeidbaren Schädigungen des Patienten komme. Es sei allgemein bekannt, dass es häufig personell und apparativ besser ausgestattete Kliniken gebe, dass der medizinische Fortschritt sich zunächst in der Hand von Spezialisten und anfangs nur in wenigen Kliniken entwickle und durchsetze, bevor gesicherte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen die neuen Therapiemöglichkeiten zum medizinischen Standard werden lassen würde, der dann freilich jedem Patienten zu gewähren sei. Folglich könne nicht jederzeit jedem Patienten eine Behandlung nach den neuesten Erkenntnissen, mit den modernsten Apparaten und durch ausgesuchte Spezialisten geboten werden. „Solche möglicherweise überzogenen Erwartungshaltungen können im medizinischen Alltag nicht befriedigt werden.“

b) Gerät ist vorhanden, jedoch nur begrenzt einsatzfähig

In einer Entscheidung des OLG Köln vom 19.08.1998⁴⁷⁸ ging es um die Frage, ob in einem Krankenhaus der Maximalversorgung die jeweils neueste und risikoärmste Behandlungsmethode angewendet werden muss, wenn das entscheidende Gerät zwar vorhanden, jedoch nur begrenzt verfügbar ist:

⁴⁷⁷ BGH, VersR 1988, S. (179),180.

⁴⁷⁸ OLG Köln, VersR 1999, S. 847 f.

Die Tumorregion einer an Brustkrebs leidenden Patientin wurde mittels Telekobaltgeräten kleinvolumig bestrahlt. Die Dosis der Bestrahlung wurde direkt am Bestrahlungsgerät eingestellt und nicht computertomographisch vorgeplant, wie es in der fraglichen Klinik teilweise auch durchgeführt wird. Die Klägerin erlitt kurze Zeit nach der Strahlentherapie mehrere Rippenbrüche; des Weiteren bildete sich im bestrahlten Bereich eine Dermatitis aus. Im Zusammenhang mit einer Hautverpflanzung wegen der Strahlenschädigung wurde bei der Klägerin ein invasives Karzinom in der rechten Brust festgestellt, woraufhin die Brust amputiert wurde. Die Klägerin verklagte Träger und Ärzte des Krankenhauses und behauptete unter anderem, die Strahlentherapie sei nicht indiziert gewesen und unter Verstoß gegen anerkannte Behandlungsgrundsätze durchgeführt worden, zumal sie nicht computertomographisch vorgeplant gewesen sei. Die Klägerin rügt zudem, nicht hinreichend über die Risiken der Strahlentherapie aufgeklärt worden zu sein.

Nach Auffassung des OLG Köln stellte das Unterlassen einer computergestützten Bestrahlungsplanung keinen Behandlungsfehler dar. Die Strahlentherapie habe nicht gegen den derzeitigen ärztlichen Standard verstoßen. Die aufgetretenen Überdosierungen im Bereich der später gebrochenen Rippen wären laut Aussage des Sachverständigen bei Einsatz des Bestrahlungsplanungssystems zwar eher vermeidbar gewesen; auch bei einer günstigeren, gleichmäßigeren Dosisverteilung wären die Rippenbrüche jedoch auch nicht auszuschließen gewesen. In der fraglichen Klinik bestand nur eine eingeschränkte Nutzungsmöglichkeit des Computertomographens. Die CT-gestützte Bestrahlungsplanung sei vorrangig Patienten mit besonders schwerwiegenden Krebserkrankungen, wie z.B. im Falle von Gehirntumoren, vorbehalten gewesen; bei Brustkrebspatientinnen käme sie nur in „Extremfällen“ in Betracht. Nach Auffassung des Gerichts waren die Kapazitätsengpässe den Beklagten nicht anzulasten. Die apparative Ausstattung und das sich hieraus ergebende Kapazitätsangebot in einem Krankenhaus würden - auch - von finanziellen Ausstattungsmöglichkeiten bestimmt. „Ein Patientenanspruch auf die denkbar beste appa-

tive Ausstattung kann auch in einer Universitätsklinik nicht bejaht werden.“ Reicht die apparative Ausstattung einer Universitätsklinik folglich nicht aus, allen Patienten die nach den neuesten medizinischen Erkenntnissen optimale Behandlung zuteil werden zu lassen, muß der Patient nach Auffassung des Gerichts die sich hieraus ergebenden Nachteile entschädigungslos hinnehmen, wenn die Behandlung im übrigen gutem ärztlichem Qualitätsstandard entspricht. Auch eine Hinweispflicht auf in anderen Kliniken oder Privatpraxen bestehende Möglichkeiten zur Durchführung einer CT-gestützten Bestrahlungsplanung lehnte das Gericht ab.

c) Gerät ist vorhanden und voll einsatzfähig

Etwas anderes gilt nach der Rechtsprechung jedoch dann, wenn der Arzt bereits über eine bessere und modernere Ausstattung verfügt und diese zu dem fraglichen Zeitpunkt auch einsatzbereit ist. In diesem Fall ist er verpflichtet das jeweilige Gerät einzusetzen, falls dadurch die Heilungschancen des Patienten verbessert und unerwünschte Nebenwirkungen erkannt und abgewendet werden können⁴⁷⁹. Mit dieser Problematik befasste sich der BGH unter anderem in einer Entscheidung aus dem Jahre 1991⁴⁸⁰:

Der an morbus Hodgkin leidende Kläger erhielt von Ende 1982 bis Anfang 1983 Bestrahlungen nach der sogenannten additiven Mehrfeldtechnik. Einige Jahre später erlitt er strahlenbedingte Komplikationen und verklagte Ärzte und Träger der ihn behandelnden Uniklinik, mit der Behauptung, die Bestrahlungen seien z.T. falsch dosiert gewesen und überdies sei im Jahre 1982 schon die sog. Großfeldtechnik die Methode der Wahl gewesen. Die für diese Technik erforderlichen Apparate waren in der beklagten Klinik vorhanden.

⁴⁷⁹ Vgl. BGH, VersR 1989, S. 851, (852), und BGH, NJW 1988, S. 2949, (2950); BGH, NJW 1992, S. 754.

⁴⁸⁰ BGH, NJW 1992, S. 754.

Der Bundesgerichtshofs übte Kritik an der Auffassung des Berufungsgerichts, welches - nach sachverständiger Beratung - zwar feststellte, dass es sich bei Anwendung der Mehrfeldtechnik im Jahre 1982 nicht mehr um die Methode der Wahl handelte, jedoch hierin noch keinen Behandlungsfehler gesehen hatte⁴⁸¹. Der BGH merkte hierzu an, zwar sei die Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des Arztes und dieser brauche auch nicht das jeweils neueste Therapiekonzept zu verfolgen. „Eine bestimmte Behandlungsmethode genüge aber von dem Zeitpunkt ab nicht mehr dem einzuhaltenden Qualitätsstandard, „wenn es neue Methoden gibt, die risikoärmer oder für den Patienten weniger belastend sind und/oder bessere Heilungschancen versprechen und in der medizinischen Wissenschaft im wesentlichen unumstritten sind.“⁴⁸² Der BGH bezieht sich auf die Aussage des Sachverständigen der Vorinstanz, wonach die Mehrfeldtechnik bereits im Jahre 1973 wegen der Möglichkeit des Auftretens von Bestrahlungslücken eine gegenüber der Großfeldtechnik überholte Methode gewesen sei. „Unter diesen Umständen spricht viel dafür, dass die Anwendung der Mehrfeldtechnik jedenfalls dem für eine Universitätsklinik in Bezug auf die Apparateausstattung vorzuhaltenden höheren Standard im Jahre 1982 nicht entsprochen hat, insbesondere wenn hier die für die Anwendung der Großfeldtechnik erforderlichen Apparate vorhanden waren.“⁴⁸³

Der BGH teilt die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe über das Risiko seiner Folgeerkrankungen (hier: Perikarditis) auch nicht besonders aufgeklärt werden müssen. Der Arzt sei grundsätzlich nur verpflichtet, den Patienten „im großen und ganzen“ über Chancen und Risiken der Behandlung aufzuklären. Dies sei hinreichend geschehen.

⁴⁸¹ Die Vorinstanz bewertete beide Verfahren (Mehrfeld-/Großfeldtechnik) bei einwandfreiem Vorgehen insoweit als gleichwertig.

⁴⁸² BGH, NJW 1992, S. 754, (755), unter Verweis auf BGH, VersR 1988, S. 179.

⁴⁸³ Die Frage, ob letztendlich ein Behandlungsfehler vorlag, konnte vorliegend offen bleiben, da der Kläger nicht beweisen konnte, dass die Komplikationen durch die infolge der Anwendung der Mehrfeldtechnik aufgetretenen Bestrahlungslücken entstanden war. Zumindest handelte es sich nach Auffassung des BGH hierbei nicht um einen groben Behandlungsfehler, so daß auch eine Beweislastumkehr nicht in Betracht kam.

d) Vorhandenes Gerät gehört noch nicht zum vorausgesetzten Standard

Als weitere Fallgruppe im Zusammenhang mit dem apparativen Standard bleibt zu klären wie es sich verhält, wenn der Arzt über hochmoderne medizinische Geräte verfügt: Stehen dem Arzt bestimmte neuartige Apparaturen zur Verfügung, so hat er sie nach Ansicht der Rechtsprechung -entsprechend der Pflicht zur Einbringung besonderer Spezialkenntnisse⁴⁸⁴, - in der Regel auch dann zu verwenden, wenn die betreffenden medizinischen Geräte noch nicht zum vorausgesetzten (Ausstattungs-) Standard gehören⁴⁸⁵.

2. Personeller Standard

Eine weitere Folge von Kostensteigerungen und Sparmaßnahmen im Gesundheitswesen sind Mängel in der personellen Ausstattung⁴⁸⁶. Aufgrund hoher Personalkosten kommt es im stationären Bereich zu Defiziten sowohl in quantitativer, als auch in qualitativer Hinsicht, wobei der Aspekt des Personalmanagements das Problem von qualitativen Mängeln häufig nach sich zieht⁴⁸⁷. So verursacht ein Mangel an nicht ausreichend ausgebildeten Fachärzten Engpässe bei der Patientenversorgung durch unvorhergesehene Ausfälle von Personal z.B. aufgrund von Krankheit oder Schwangerschaft. Dadurch kommt es wiederum nicht selten zum Einsatz noch relativ unerfahrener Assistenzärzte⁴⁸⁸. Außerdem führt die finanzielle Knappheit zu Personalmängeln im Pflegebereich⁴⁸⁹. Im Folgenden wird aus Gründen der Ursächlichkeit zunächst auf das Problem des Personalmanagements eingegangen. Hierzu ist in den letzten Jahren eine Reihe von Entscheidungen ergangen.

⁴⁸⁴ Siehe Teil 2, 2 Kap. C.

⁴⁸⁵ BGH NJW 1988, S. 2949 (CTG -Geburt); BGH NJW 1989, S. 2331 (Radium); Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 38.

⁴⁸⁶ Ulsenheimer, MedR 1995, S. 440. Der Ärzterverband Marburger Bund beklagt einen „bedrohlichen Ärztemangel“ in Deutschlands Krankenhäusern. Verantwortlich seien die oftmals unzumutbaren Arbeitsbedingungen, die durch überlange Arbeitszeiten und schlechte Bezahlung gekennzeichnet seien; vgl. die Darstellung im Internet unter www.aerzteblatt.de (vom 12.09.2001).

⁴⁸⁷ Vgl. Zinganell, MedR 1993, S. 342.

⁴⁸⁸ Vgl. Gounalakis, NJW 1991, S. 2945.

⁴⁸⁹ Vgl. Zinganell, MedR 1993, S. 342.

a. Personalmangel

aa. direkter Personalmangel

In einem Urteil des OLG Oldenburg vom 27.07.1993⁴⁹⁰ ging es um die Frage, ob eine Nierenarteriendilatation die Bereitschaft eines gefäßchirurgischen Teams erforderte. In dem fraglichen Krankenhaus gab es ein solches Team nicht, da die Komplikationsrate in den letzten Jahren zurückgegangen war. Folglich wurde operiert, ohne dass ein gefäßchirurgisches Team in Operationsbereitschaft zur Verfügung stand. Mitte 1990 wurde bei dem Kläger wegen einer Nierenarterienstenose eine Ballondilatation durchgeführt. Wegen eines Zwischenfalls, der einen gefäßchirurgischen Eingriff erforderte, musste er in eine andere Klinik gebracht werden, in welcher er nach ca. 45 minütiger Fahrt insgesamt anderthalb Stunden nach Eintritt der Komplikation operiert wurde. Kurz darauf ist der Verfall der Niere eingetreten. Der seitdem erwerbsunfähige Kläger verlangte Schadensersatz, mit der Begründung, die Notfalloperation hätte innerhalb weniger Minuten erfolgen müssen, um eine Schädigung der Niere zu vermeiden. Die Ballondilatation hätte in dem beklagten Krankenhaus folglich erst gar nicht stattfinden dürfen, da ein solcher Notfall Eingriff dort nicht möglich gewesen wäre.

Das Oberlandesgericht wies die Klage mit der Begründung ab, es entspreche dem ärztlichen Standard, dass derartige Eingriffe im Regelfall ohne gefäßchirurgische Operationsbereitschaft vorgenommen würden. Die Komplikationsrate sei in den letzten Jahren zurückgegangen und zudem bestünden bei einer gefäßchirurgischen Intervention in einem Abstand von ein bis zwei Stunden nach dem Eintritt der Komplikation gute Chancen, dass sich etwaige Nierenschäden zurückbildeten. Es sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass der rechtliche

⁴⁹⁰ VersR 1995, S. 49.

Sorgfaltsmaßstab die allgemeinen Grenzen im System der Krankenversorgung einschließlich der Grenzen der Finanzierbarkeit und Wirtschaftlichkeit nicht völlig außer acht lassen dürfe. Aus diesem Grund könne nicht verlangt werden, dass für jede mögliche Komplikation ein Notfallteam in Bereitschaft stehe.

Der Beklagte hafte auch nicht aus den Gesichtspunkten der Aufklärungspflichtverletzung, da der Kläger nach ausreichender Aufklärung wirksam seine Einwilligung für die Ballondilatation erteilt habe.

In einem Urteil des OLG Köln ging es um die Frage, ob die angespannte Operationskapazität in einer Klinik eine längere Wartezeit auf einen Operationstermin rechtfertigen kann⁴⁹¹:

Am 13.06.1986 wurde bei der Klägerin in der beklagten Klinik eine Mitralklappenstenose (Herzklappenschädigung) festgestellt und ein Operationstermin auf den 15.09.1986 anberaumt. Wegen akuter Herzbeschwerden kam die Klägerin bereits am 25.07.1986 in die beklagte Klinik und wurde dort nach medikamentöser Behandlung 5 Tage später wieder entlassen. Am 05.08.1986 erlitt sie einen Hirninfarkt und wurde in ein anderes Krankenhaus eingewiesen, wonach sie am 11.09.1986 in die beklagte Klinik verlegt und dort termingerecht am Herzen operiert wurde (Mitralklappenersatz). Die Klägerin erlitt als Folge des Hirninfarkts eine Hemiparese links. Sie behauptete, dieser Körperschaden hätte bei rechtzeitiger Operation vermieden werden können. Eine unzureichende Operationskapazität sei kein zureichender Grund gewesen, die Operation erst am 15.09.1986 durchzuführen.

Die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg. Nach Auffassung des Gerichts war die Entscheidung, die Herzoperation erst am 15.09.1986 durchzuführen,

⁴⁹¹ OLG Köln, VersR 1993, S. 52, (m. Nichtannahmebeschluss des BGH).

nicht zu beanstanden. Eine sofortige Operation wäre zwar „vernünftig“ gewesen, sie war jedoch nach Angaben des Sachverständigen „nicht erforderlich“, da keine akute Lebensgefahr bestand. Dass die behandelnden Ärzte bei dieser Sachlage mit Rücksicht auf die eingeschränkte Operationskapazität den Operationstermin drei Monate hinausgeschoben hätten, gereiche ihnen nicht zum Vorwurf. Auch nach Ansicht des OLG Köln können allgemeine Grenzen im System der Krankenversorgung selbst dann nicht völlig vernachlässigt werden, wenn es sich um Grenzen der Finanzierbarkeit und der Wirtschaftlichkeit handelt. Deshalb sei es nicht zu beanstanden, wenn die Kapazität für herzchirurgische Eingriffe unter Einsatz der Herz-Lungen-Maschine in der Bundesrepublik Deutschland so bemessen sei, dass zwar dringliche und Noteingriffe sofort oder kurzfristig durchgeführt werden könnten, solche, die bei Zuständen ohne akute Bedrohung planmäßig erfolgen könnten, aber hinausgeschoben würden. Bei dieser Sachlage wären die Beklagten auch nicht gehalten, die Klägerin in eine andere Klinik zu verweisen. Nach Aussage des Sachverständigen waren die Kapazitäten der in Frage kommenden Herzzentren in Deutschland nicht anders gelagert als die der Beklagten, so dass auch andernorts ein früherer Operationstermin nicht zu erlangen gewesen wäre.

Zu einem ähnlichen Ergebnis ist der BGH in einer Entscheidung vom 07.07.1987 gekommen, in welcher er dargelegt hat, dass sich jüngere Mütter entschädigungslos damit abfinden müssten, wenn die Institutskapazitäten in der Bundesrepublik Deutschland für die Amniozentese zur Früherkennung von Mongolismus nur zur rechtzeitigen Untersuchung von Müttern ab dem 38. Lebensjahr reichen⁴⁹².

Ebenso dürfe bei der überraschend im Belegkrankenhaus notwendig werden den Entbindung einer Zwillingsschwangerschaft nicht ein personell wie im Perinatalzentrum besetztes Team erwartet werden⁴⁹³.

⁴⁹² BGH, VersR 1988, S. 155.

⁴⁹³ BGH, NJW 1994, S. 1596.

Im Gegensatz zu diesen Entscheidungen, in denen der Standard trotz personeller Engpässe gewahrt blieb, führt die personelle ärztliche Unterversorgung, die den erreichbaren medizinischen Standard einer sorgfältigen und optimalen Behandlung des Patienten gefährdet, zur Haftung des Krankenhausträgers, dessen organisatorische Aufgabe es ist, die Sicherstellung des „Facharztstandards“ zu gewährleisten⁴⁹⁴. Es liegt dann ein haftungsbegründendes Organisationsverschulden vor, wenn der zu fordernde Standard nicht durch klare Anweisungen an die Ärzte, wie sie sich bei einem durch personelle Unterversorgung bedingten Engpass zu verhalten haben, gewährleistet wird⁴⁹⁵. Folglich muss auch im Hinblick auf die personelle Versorgung der Basisstandard gewahrt bleiben. Improvisationen und vermehrter Einsatz stellen nach Ansicht der Rechtsprechung keine Lösung dar, wenn ein Zwischenfall eintritt, der auf die Personalknappheit zurückzuführen ist⁴⁹⁶.

bb. Indirekter Personalmangel (Sicherheitsstandard)

Zu beachten gilt es in diesem Zusammenhang, dass personelle Engpässe nicht nur die konkrete ärztliche Behandlung als solche betreffen, sondern auch den generellen Aufenthalt des Patienten im Krankenhaus beeinflussen können. So stellt es ebenso einen Organisationsmangel dar, wenn die Sicherheit des Patienten im Krankenhaus nicht gewährleistet ist. Dies verdeutlicht eine Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahre 1993⁴⁹⁷:

Mitte 1990 verließ die damals sechsjährige, stationär aufgenommene Klägerin mit einem Nachbarsjungen unbemerkt die beklagte Kinderklinik. Die im zweiten Stock gelegene Station konnte durch mehrere unverschlossene Türen verlassen werden. Der Gebäudehaupteingang war zudem nicht mit einer von einem Portier besetzten Schleuse versehen. Beim Spielen im Gebüsch entzündete der Junge ein Feuer, woraufhin die Klei-

⁴⁹⁴ BGHZ 95, S. 63 ff.

⁴⁹⁵ BGH, VersR 1985, S. 1043.

⁴⁹⁶ BGH, VersR 1983, S. 244.

⁴⁹⁷ OLG Köln, VersR 1994, S. 1425.

derung der Klägerin entflamte. Sie erlitt Verbrennungen dritten Grades, die etwa 60 bis 65 % der gesamten Körperoberfläche einnahmen und etliche Nachfolgeoperationen nach sich zogen. Die Klägerin warf den Beklagten vor, sie hätten ihre ihr gegenüber bestehenden Aufsichts- und Obhutspflichten verletzt.

In Übereinstimmung mit der Vorinstanz nahm das Oberlandesgericht einen Organisationsmangel der Beklagten an. Der Krankenhausträger habe geeignete Vorkehrungen zu treffen, dass aufgenommene Patienten durch andere Kranke oder Besucher nicht zu Schaden kommen⁴⁹⁸. „In jedem Fall ist (..) ein Mindeststandard erforderlich, der gewährleistet, dass jedenfalls nach dem normalen Lauf der Dinge ein aufsichtsbedürftiges Kind den Obhutsbereich nicht unbemerkt verlassen kann.“ An solchen schadensverhütenden Maßnahmen habe es gefehlt, weil die Klägerin durch keine geeigneten Vorkehrungen daran gehindert gewesen wäre, die Klinik zu verlassen. Dass Sicherungsmaßnahmen Kosten verursachen, müsse im Interesse der Gefahrenabwehr für den Patienten hingenommen werden. Die von den Beklagten angegebene Größenordnung von mehreren 100.000 DM jährlich erscheine „für den Fall einer nahezu optimalen Sicherungsmaßnahme, nämlich einer personell besetzten Schleuse, im Verhältnis zu den Gefahren nicht unangemessen unzumutbar (...)“ Dem Einwand der Beklagten, ihre Klinik entspreche insoweit dem gewöhnlichen Standard vergleichbarer Kliniken hält der Senat entgegen, dass es gerade nicht auf die übliche Sorgfalt ankomme⁴⁹⁹.

b. Qualifikationsmängel

Auch innerhalb der stationären Versorgung kommt es zwangsläufig zu Qualitätsunterschieden, je nachdem ob sich der Patient in eine Universitätsklinik, in ein Spezialkrankenhaus oder in ein Krankenhaus der Allgemeinversorgung be-

⁴⁹⁸ Unter Bezugnahme auf BGH NJW 1976, S. 1145 und BGH VersR 1954, S. 290.

⁴⁹⁹ Unter Bezugnahme auf BGH NJW 1965, S. 1075.

gibt⁵⁰⁰. Im Bereich der niedergelassenen Ärzte lassen sich solche Abstufungen zwischen Allgemeinmedizinem und Gebietsärzten vornehmen. Jedoch scheidet hier die im Krankenhausbereich übliche vertikale Arbeitsteilung nach Versorgungsstufen aufgrund der geltenden Fortbildungspflicht und deren unverzügliche Umsetzung in die Praxis aus⁵⁰¹.

aa. „Anfängeroperation“

Ungeachtet der genannten Unterschiede muss nach Ansicht der Rechtsprechung jedoch immer der Behandlungsstandard eines Facharztes gewährleistet sein⁵⁰². Aufgrund von Personalstellenmangels kommt es häufig zu einem Mangel an qualifiziertem Personal⁵⁰³. So kann ein organisatorisches Fehlverhalten von Entscheidungsträgern⁵⁰⁴ vorliegen, wenn einem in der Facharztausbildung stehenden Arzt Leistungen chirurgischer oder anästhesiologischer Art oder auch Behandlungen im Bereich der Geburtshilfe zur eigenverantwortlichen Durchführung übertragen werden, sofern seine Kenntnisse und Erfahrungen im Hinblick auf die Schwierigkeit der konkreten Leistung nicht dem Facharztstandard entsprechen und dieses Defizit auch nicht mittels begleitender Unterstützung oder Überwachung eines Facharztes ausgeglichen wird⁵⁰⁵. Zwar muss dem Assistenzarzt Gelegenheit gegeben werden, zum Erwerb seiner formellen Qualifikation als Facharzt erforderliche Eingriffe selbst vorzunehmen. Die Sicherheit und das Wohl des Patienten sind nach ständiger Rechtsprechung jedoch immer vorrangig zu behandeln: „Die Sicherheit des Patienten (geht) allen anderen Gesichtspunkten vor; der gebotene Sicherheitsstandard (darf) nicht etwaigen personellen Engpässen geopfert werden“⁵⁰⁶. Folglich muss der Ein-

⁵⁰⁰ Groß, Ärztlicher Standard, S. 4.

⁵⁰¹ Vgl. OLG Düsseldorf, VersR 1987, S. 414.

⁵⁰² BGH, NJW 1984, S. 655, m.Anm. Deutsch = JZ 1984, S. 327, m.Anm. Giesen = JuS 1985, m.Anm. Müller-Graff; BGH MedR 1985, S. 85, (86); BGH NJW 1987, S. 1479, m.Anm. Deutsch.

⁵⁰³ Schewe, DAusR 1996, S. 13.

⁵⁰⁴ Diese sind der Krankenhausträger und/oder der für die Aufgabenübertragung verantwortliche leitende Arzt, bzw. der eigenverantwortlich arbeitende niedergelassene Arzt, vgl. Teil 1 Kap. 2 E; siehe auch RGRK-Nüssgens, § 823 Anh. II Rdnr. 211.

⁵⁰⁵ BGH VersR 1994, S. 1303; BGH VersR 1988, S. 723; BGH VersR 1998, S. 634..

⁵⁰⁶ BGH, VersR 1983, S. 244; vgl. auch BGHZ 88, S. 248, (255).

griff eines „Anfängers“ von einem Facharzt überwacht werden, sofern Zweifel an seinem erforderlichen Ausbildungsstand bestehen⁵⁰⁷.

Neben der Haftung der Entscheidungsträger kommt auch eine Eigenhaftung des auszubildenden Arztes wegen Übernahme der eigenverantwortlichen Durchführung eines Eingriffs in Betracht. Auch der in Weiterbildung befindliche Assistenzarzt ist bei Eingriffsübernahme dafür verantwortlich, dass der Facharztstandard gewährleistet ist. Wenngleich er darauf vertrauen darf, dass seine Unterstützung organisatorisch gesichert ist, haftet der Berufsanfänger, wenn sich für ihn erkennbare Anhaltspunkte ergeben, die das Vertrauen hierauf nicht rechtfertigen⁵⁰⁸. Um einer Haftung zu entgehen hat er in diesen Fällen durch entsprechende Information der Verantwortlichen dafür zu sorgen, dass seine Unterstützung gewährleistet ist; notfalls hat er den Eingriff ohne fachärztliche Überwachung abzulehnen⁵⁰⁹. Beherrscht der in Weiterbildung zum Facharzt stehende Arzt hingegen die konkrete Behandlung theoretisch und praktisch so, wie dies von einem Facharzt des betreffenden Gebietes zu erwarten ist, so darf er mit der eigenverantwortlichen, selbständigen Vornahme des Eingriffes betraut werden. Insoweit kommt es nicht auf die formelle Facharztanerkennung an⁵¹⁰. Diese ist jedoch unbedingt erforderlich für den Arzt, der die gegebenenfalls erforderliche Aufsicht über den in Weiterbildung befindlichen Arzt zu führen hat, da nur er die vom Patienten zu beanspruchende Behandlungsqualität zu

⁵⁰⁷ BGH, VersR 1994, S. 1303, (1304). Bei chirurgischen Eingriffen hat der überwachende Facharzt stets eingriffsbereit zu sein, vgl. BGH, VersR 1992, S. 745. Auf dem Gebiet der Anästhesie reicht es dagegen in der Regel aus, wenn zwischen dem in Ausbildung stehenden Arzt und dem überwachenden, erfahrenen Facharzt lediglich Blick- oder Rufkontakt besteht, vgl. BGH, VersR 1993, S. 1231, (1233). Im Bereich der Geburtshilfe wird meist sogar nur Rufbereitschaft verlangt, sofern gewährleistet ist, daß der Facharzt im Fall von Schwierigkeiten rechtzeitig eingreifen kann, vgl. BGH VersR 1994, S. 1303, (1304).

⁵⁰⁸ Der dabei anzulegende Maßstab für die von ihm zu fordernde Sorgfalt kann insoweit nicht der medizinische Wissens- und Erfahrungsstand eines fertigen, in der Praxis geübten Facharztes sein. Es kommt vielmehr darauf an, ob der „Anfänger“ nach den bei ihm vorauszusetzenden Kenntnissen und Erfahrungen eine Gefährdung des Patienten hätte voraussehen müssen, vgl. Groß, Ärztlicher Standard, S. 9.

⁵⁰⁹ BGHZ 88, S. 248, (254 ff.); vgl. auch BGH VersR 1988, S. 723 und BGH VersR 1994, S. 1303, (1304).

⁵¹⁰ Dies entspricht der ständigen Rspr., vgl. BGH VersR 1992, S. 745; siehe auch Groß, Ärztlicher Standard, S. 10, der auf den irritierenden Leitsatz dieser Entscheidung hinweist; OLG Düsseldorf, NJW 1994, S. 1598, (1599)

gewährleisten vermag und nur er die erforderliche Autorität gegenüber dem Berufsanfänger besitzt⁵¹¹.

bb. Standard der Notfallversorgung

Auch in Notfällen ist der Sorgfaltsmaßstab nicht generell niedriger anzusetzen⁵¹². Jedoch ist in der akuten Notsituation zu berücksichtigen, dass es in aller Regel um Eilentscheidungen und dringliche Maßnahmen unter erschwerten Verhältnissen geht. Geringeren Anforderungen in der Akutsituation korrespondiert allerdings die Pflicht zu rechtzeitigen Notfallvorkehrungen in den ruhigeren Vorbereitungsphasen, wenn die konkrete Notlage vorhersehbar war oder die Notfallbeherrschung speziell zum Standard gehört⁵¹³. Dienstplan und Vertretungsregelungen müssen auch für den Dienst zu schlechten Zeiten (Sonntags-, Feiertags-, Notdienst) den Facharztstandard gewährleisten⁵¹⁴.

Gleiches gilt auch beim Einsatz übermüdeten und überlasteter Ärzte. Der Krankenhausträger muss organisatorisch gewährleisten, dass er mit dem vorhandenen ärztlichen Personal seine Aufgaben erfüllen kann⁵¹⁵. Er hat nicht nur für ausreichend erfahrene und geübte Operateure zu sorgen, sondern auch für Ärzte, die im Einzelfall mit der erforderlichen Sorgfalt und Konzentration operieren können⁵¹⁶. Als Folge wirtschaftlicher Entscheidungen nichtärztlicher Entscheidungsträger kommt es jedoch häufig auch zu Überforderungen hinreichend qualifizierten Personals. Bei Personalstellenmangel und Mangel an qualifiziertem Personal im ärztlichen, sowie im pflegerischen Bereich sind Fehlleistungen durch Konzentrationsmangel und Übermüdung dann nahezu

⁵¹¹ BGH VersR 1992, S. 745.

⁵¹² BGH VersR 1998, S. 242; siehe auch die Beispiele bei Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rdnr. 27.

⁵¹³ Stellvertretend: BGH NJW 1985, S. 1392, BGH VersR 1998, S. 242; OLG Stuttgart NJW-RR 1997, S. 1114; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rdnr. 27, mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung.

⁵¹⁴ OLG Düsseldorf, VersR 1986, S. 659, (660).

⁵¹⁵ BGH VersR 1986, S. 295.

⁵¹⁶ OLG Köln VersR 1992, S. 452; OLG Düsseldorf, VersR 1987, S. 489. Siehe auch Ulsenheimer, MedR 1995, S. 440.

vorprogrammiert. Aus diesem Grund dürfen zu Operationen keine Ärzte herangezogen werden, die durch einen vorhergehenden Nachtdienst übermüdet und deshalb nicht mehr voll einsatzfähig sind. Anderenfalls kommt ein Organisations- und Überwachungsverschulden des Krankenhausträgers oder des betroffenen Chefarztes, sowie ein Übernahmeverschulden des behandelnden Arztes in Betracht⁵¹⁷. Bei einem Operationsfehler nach anstrengendem Nachtdienst beispielsweise, wäre der Operateur laut BGH zu fragen, ob er übermüdet war. Verneint er, so liegt „normale Fahrlässigkeit“ vor, bejaht er, so würde man ihm „Übernahmeverschulden“ vorwerfen.

Bei Überlastung bestehen zwar Hinweispflichten an die jeweils übergeordnete Stelle und erweiterte Aufklärungspflichten gegenüber dem Patienten; ob diese jedoch dann zur Haftungsbefreiung führen, ist umstritten und jedenfalls bei Übernahmeverschulden kaum anzunehmen. Überdies sind Remonstrationspflichten für untere Chargen oft ebenso utopisch, wie es die Forderung wäre, Patienten müssten in eigener Initiative auf angemessener Aufklärung über Behandlungsrisiken insistieren. Letzteres wird von der Rechtsprechung einhellig abgelehnt. Auf der anderen Seite ist ein persönliches Haftungsrisiko übergeordneter Entscheidungsträger jedenfalls oberhalb der Ebene der Krankenhausverwaltung kaum auszumachen; auch nicht, wo der Krankenhausverwaltung - von oben ohne weiteres einsehbar - eine Verwaltung des Mangels diktiert wird⁵¹⁸.

3. Standard der Medikamentenvorhaltung

Die Wahl der Behandlungsmethode ist grundsätzlich Sache des Arztes. Der Patient wird in der Regel seinen ärztlichen Entscheidungen vertrauen und keine eingehende sachliche Unterrichtung über spezielle medizinische Fragen erwarten. Bei einer medikamentösen Behandlung ist der Patient jedoch in die Nut-

⁵¹⁷ Vgl. BGH NJW 1986, S. 776.

⁵¹⁸ Vgl. zur Problematik des Übernahmeverschuldens und der Qualitätsaufklärung im Folgenden unter B IV 2.

zen/Risiko-Abwägung mit einzubeziehen. Er unterliegt nicht ärztlicher Vernunft⁵¹⁹.

Darüber hinaus ergeben sich jedoch ähnliche Probleme wie im Bereich des apparativen und personellen Standards: Wann hat der Arzt ein besseres, gegebenenfalls jedoch auch teureres Medikament zu verabreichen, um einen guten Behandlungsstandard zu gewährleisten? Über folgenden Fall hatte der BGH in diesem Zusammenhang zu entscheiden:

Der Kläger wurde Ende 1982 wegen eines komplizierten Bruchs des linken Handgelenks operiert. Infolge eines Anfang 1982 erlittenen Herzinfarkts nahm er regelmäßig gerinnungshemmende Medikamente ein. Zur Normalisierung der Blutgerinnung während der Operation wurde ihm ein Prothrombin-komplex-Präparat („PPSB“) verabreicht, welches jedoch mit dem hohen Risiko einer Hepatitisinfektion behaftet war. Tatsächlich erlitt der Kläger im Anschluss an die Operation eine chronische Hepatitis, die eine Erwerbsunfähigkeit zur Folge hatte. Der Kläger verlangte Schadensersatz und die Zahlung von Schmerzensgeld, mit dem Argument, der Arzt hätte ein schon damals bekanntes, risikoärmeres Präparat anwenden müssen („PPSB-Hepatitis-sicher“).

Der BGH zieht die Möglichkeit eines Behandlungsfehlers wegen Nichtbeschaffung und Nichtverwendung des Präparats „PPSB-Hepatitis-sicher“ grundsätzlich in Betracht. Wäre das Mittel im beklagten Krankenhaus vorrätig gewesen, so der BGH, dann hätte nur dieses Präparat genommen werden dürfen. Nach Aussage des Sachverständigen war das sicherere PPSB-Präparat aus „möglicherweise versorgungstechnischen Gründen nicht universell eingesetzt worden“ und hätte daher nicht ausreichend zur Verfügung gestanden. Die Kenntnis des Medikaments sei jedoch nicht allgemein verbreitet gewesen und es sei vornehmlich in Spezialzentren zur Anwendung gebracht worden. Nach Auffassung des BGH könne dies darauf hindeuten, dass ein kleineres Krankenhaus wie

⁵¹⁹ Vgl. OLG Hamm, NJW 1996, S. 791.

das des Erstbeklagten das Mittel nicht vorrätig haben müsste. Aufgrund der „sehr pauschalen Angaben des Sachverständigen“ wurde diese Frage vom Gericht letztlich offengelassen. Das Berufungsgericht habe zu klären, ob die Ärzte sich um die Beschaffung hätten bemühen müssen oder ob angesichts der hohen Risiken des normalen PPSB-Präparats wenigstens eine Zusammenarbeit mit anderen Kliniken hätte organisiert werden müssen, die das bessere PPSB-Präparat vorrätig gehabt hätten.

4. Hygienischer Standard

Hygienische Defizite sind nicht selten die Ursache von Behandlungsfehlern und gesundheitlichen Schäden von Patienten. So kommt es immer wieder zu Mängeln bezüglich der Erregersicherheit von Fremdbluttransfusionen⁵²⁰, zur Verwendung unsteriler Infusionsflüssigkeit⁵²¹ oder auch zu Keimübertragungen durch andere Patienten oder Beschäftigte im Krankenhausbetrieb⁵²². Grundsätzlich ist die Rechtsprechung der Ansicht, dass finanzielle Schwierigkeiten eines medizinischen Betriebs die Missachtung ärztlicher Sorgfaltsstandards nicht rechtfertigen können. Vielmehr werden Pflegebedingungen geschuldet, die den jeweiligen Stand der Hygiene in jeder Hinsicht befriedigen können⁵²³. Dennoch verschließt die Rechtsprechung nicht die Augen vor der Wirklichkeit. Ein Krankenhaus muss nicht den neuesten baulich-hygienischen Anforderungen entsprechen, soweit derartige Mängel anderweitig kompensiert werden können⁵²⁴. Ein Beispiel hierzu zeigt die folgende Entscheidung des OLG Saarbrücken vom 13.06.1990⁵²⁵:

Dem Kläger wurde 1982 in der orthopädischen Abteilung des beklagten Krankenhauses eine Hüftgelenksalloarthroplastik mit selbsthaftender Keramikendprothese eingesetzt. Im Anschluss an die Operation trat beim

⁵²⁰ BGH NJW 1992, S. 743; BGH NJW 1991, S. 1948.

⁵²¹ BGH NJW 1982, S. 699.

⁵²² BGH NJW 1991, S. 1541.

⁵²³ Vgl. die Ausführungen zu den vorher zitierten Urteilen.

⁵²⁴ Hierzu sogleich.

⁵²⁵ OLG Saarbrücken, VersR 1992, S. 52.

Kläger im Bereich der Operationswunde eine Entzündung durch Staphylococcus aureus auf. Aufgrund dessen wurden mehrere operative Wundrevisionen durchgeführt. Anfang 1983 traten erneut Schwellungen und Schmerzen auf, woraufhin sich der Kläger in ein anderes Krankenhaus begab. Dort wurde unter Entfernung der künstlichen Gelenkteile, die sich gelockert hatten, eine neue Hüftgelenksprothese eingesetzt. Der infolge der im Zusammenhang mit der ersten Operation aufgetretenen Komplikationen erwerbsunfähig gewordene Kläger trug vor, die Wundinfektion beruhe (auch) auf den damals unzureichenden hygienischen Verhältnissen in dem beklagten Krankenhaus.

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts lag ein für die Infektion des Klägers ursächlich gewordener Behandlungsfehler nicht vor. Voraussetzung für eine Haftung wäre gewesen, „dass im Jahr 1982 die hygienischen Verhältnisse im (beklagten) Krankenhaus insgesamt derart unter der Norm gelegen hätten, dass für das Auftreten einer Infektion anlässlich eines Eingriffs wie desjenigen vom 16.7.1982 eine deutlich über die unvermeidbare Infektionsquote hinausgehende Wahrscheinlichkeit bestanden hätte.“ Zwar sei dem Sachverständigengutachten zu entnehmen, dass die „baulich-hygienischen Verhältnisse“ zur Zeit der Operation nicht mehr den durch die Richtlinien des Bundesgesundheitsamts geforderten aseptischen Anforderungen der Knochenchirurgie entsprachen und daher ein erhöhtes Infektionsrisiko begründeten. Die baulichen Verhältnisse eines Krankenhauses deckten jedoch nur einen Teilaspekt des Hygieneproblems ab, so dass „im Hinblick auf die Infektionsgefahr gute betrieblich-organisatorische Maßnahmen bauliche Mängel kompensieren können.“ In dem fraglichen Krankenhaus seien die baulich-hygienischen Mängel „- möglicherweise gerade im Bewusstsein des altersbedingten baulichen Hygienedefizits -“ durch gute betrieblich-organisatorische Maßnahmen in einem Maß ausgeglichen worden, dass die dort im Jahr 1982 zu gewärtigende Infektionsgefahr „nicht über den Normbereich hinausging“.

II. Zusammenfassung

Rückblickend betrachtet ist festzustellen, dass die Rechtsprechung ein Unterschreiten des Standards guter ärztlicher Behandlung auch bei wirtschaftlich bedingter Mittelknappheit grundsätzlich nicht anerkennt. Wie der ehemals Vorsitzende Richter am BGH, Dr. Erich Steffen, eindringlich erläutert hat, muss der zivilrechtliche Standard „das Vertrauen rechtfertigen, das die Medizin als Institution in Anspruch nimmt.“⁵²⁶ Dennoch können die allgemeinen Grenzen der Finanzierbarkeit und der Wirtschaftlichkeit nach Ansicht der Judikatur nicht völlig Außeracht gelassen werden. So verbiete es die mangelnde Verfügbarkeit an personellem, apparativem, medikamentösem und räumlichen Potential, den Maßstab für die ärztliche Behandlung einheitlich ganz oben anzusetzen. Es müsse medizinisch wie rechtlich situationsorientiert unterschiedliche Standards geben. Folglich könne der Standard für die personellen, räumlichen und apparativen Behandlungsbedingungen in Grenzen für ein kleineres Landkrankenhaus niedriger anzusetzen sein als für die Universitätsklinik oder ein Spezialkrankenhaus.

III. Stellungnahmen der Literatur und eigene Bewertung

Auch die Literatur erkennt finanzielle Grenzen im Bereich ärztlichen Handelns grundsätzlich an und geht insoweit mit der Rechtsprechung konform⁵²⁷. Ärztlicher Auftrag und zivilrechtlicher Haftungsmaßstab hingen insoweit ab von den verfügbaren Ressourcen und davon, wie viel die Gesellschaft für ihre medizinische Versorgung auszugeben bereit sei⁵²⁸. Auch in der kurativen Medizin könne ein Kosten-Nutzen-Denken nicht länger als Tabu erscheinen⁵²⁹. Eine haf-

⁵²⁶ Steffen/Dressler, *Arzthaftungsrecht*, Rdnr. 133.

⁵²⁷ Groß, *Ärztlicher Standard*, S. 4 ff; Ulsenheimer, *MedR* 1995, S. 438, Deutsch, *VersR* 1998, S. 264; Franzki, *AuK* 1994, S. 61, (62); Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rdnr. 6; Steffen/Dressler, *Arzthaftungsrecht*, Rdnr. 135; Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rdnr. 75; Laufs/Uhlenbruck-Laufs, *Arztrecht*, Rdnr. 474, 532; MüKo-Mertens, § 823, Rdnr. 395.

⁵²⁸ Franzki, *AuK* 1994, S. 61, (62).

⁵²⁹ Laufs, *Der ärztliche Heilauftrag aus juristischer Sicht*, S. 46; Ulsenheimer, *MedR* 1995, S. 438, Deutsch, *VersR* 1998, S. 264.

tungsmäßige Entlastung von Ärzteschaft und Krankenhausträger im Schadensersatzprozess wegen unzureichender Mittel wird von der Literatur daher durchweg als positiv gewertet.

Richtigerweise dürfe jedoch eine „unverzichtbare Basisschwelle“, gemessen an den „medizinischen Qualitätsanforderungen der Gegenwart“ und gemessen an der „gesundheitlichen Integrität der Patienten als einem dem Kosten-Nutzen-Vergleich nur begrenzt zugänglichen Gut“ keinesfalls unterschritten werden⁵³⁰. Diese Forderung wird insbesondere im Hinblick auf die von der Rechtsprechung vorgenommene „organisationsbezogene“ rechtliche Differenzierung des medizinischen Standards betont. Zwar entspricht es auch der Ansicht der Literatur, dass nicht jedes Krankenhaus dieselbe Ausstattung gewährleisten muss⁵³¹, - was ja aus finanziellen und organisatorischen Gründen auch gar nicht möglich ist -, jedoch müsse der stets erforderliche Mindeststandard sichergestellt sein⁵³². Würde dieser Mindeststandard unterschritten, läge ein Behandlungsfehler vor. Würde er hingegen z.B. in einem Spezialkrankenhaus oder in einer Universitätsklinik übertroffen, so müsse dieser auch gewährleistet sein⁵³³. Dem ist zuzustimmen. Wenn die Rechtsprechung und mit ihr ein Teil der Literatur⁵³⁴ die These aufstellt, in Grenzen sei „der zu fordernde medizinische Standard je nach personellen und sachlichen Möglichkeiten verschieden“, ist dies insoweit unzureichend und zum Teil auch unzutreffend⁵³⁵. Es muss klargestellt werden, dass es für bestimmte Symptome im Bereich der Diagnose und

⁵³⁰ Steffen, MedR 1993, S. 338, MedR 1995, S. 190; Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438, (439); Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 223 ff.; Taupitz, Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, S. 86, (104).

⁵³¹ Stellvertretend Deutsch, Medizinrecht, Rdnr. 263; Broglie, DAusR 1997, S. 3. (5). Eine gleiche Ausstattung in jedem Krankenhaus ist abgesehen davon auch gar nicht erforderlich, da die Unterteilung in verschiedene Versorgungsstufen gesetzlich vorgegeben und erwünscht ist.

⁵³² Steffen, MedR 1993, S. 338, MedR 1995, S. 190; Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438, (439); Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rdnr. 6; Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 223 ff.; Taupitz, Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, S. 86, (104).

⁵³³ Vgl. Teil 2, 2 Kap. C; siehe auch Hart, MedR 1996, S. 60, (69); Steffen, MedR 1993, S. 338.

⁵³⁴ Groß, Ärztlicher Standard, S. 4; Conradi, Verknappung medizinischer Ressourcen und Arzthaftung, S. 83; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 135.

⁵³⁵ Vgl. auch 2. Teil, 2. Kap., C.

für bestimmte Erkrankungen im Bereich der Therapie einheitliche Standards gibt, die immer und überall zu gewährleisten sind. Dies entspricht dem Verständnis des Begriffes „ärztlicher Standard“, der sich nicht auf die jeweils vorgefundene Ausstattung, sondern auf die konkrete Behandlung einer Krankheit bezieht⁵³⁶. Beispielsweise kann für eine Mandeloperation kein anderer Sorgfaltsmaßstab verlangt werden, je nach dem, in welcher Klinik der Patient operiert wird. Was Standard ist, wird von der Medizin vorgegeben⁵³⁷. So kann es zwar unterschiedliche Behandlungsmöglichkeiten für ein und dieselbe Erkrankung geben, was im Zusammenhang mit der Therapiefreiheit und der Methodenvielfalt auch notwendig ist, jedoch handelt es sich hierbei um rein medizinische Maßstäbe, die immer den Standard guter ärztlicher Behandlung widerspiegeln. Qualitätsunterschiede in einzelnen Krankenhäusern oder Arztpraxen sind daher nicht gleichzusetzen mit unterschiedlichen Standards. Bestimmte Qualitätsunterschiede muss der Patient nur dann hinnehmen, wenn der gute ärztliche Behandlungsstandard nicht unterschritten wird.

Die Literatur setzt weiterhin voraus, dass die Allokation offen gelegt wird, d.h. die Gründe angegeben werden, warum bestimmte Patienten eine Behandlung erhalten und andere nicht⁵³⁸. Franzki⁵³⁹ hat den Richter ausdrücklich ermahnt, sich bewusst zu sein, dass die Mittel, die dem Gesundheitswesen zur Verfügung stehen, nicht beliebig vermehrbar sind. Dies habe zur Folge, dass der Arzt nach einer verantwortungsvollen Abwägung auch Restrisiken in Kauf nehmen müsse - wobei er, - wie zu ergänzen wäre -, diese Restrisiken willkürfrei zu verteilen hat⁵⁴⁰.

Teilweise wird in der Literatur von den Zivilgerichten die Einsicht gefordert, dass Ärzte oder Krankenhausträger nur dort verantwortlich gemacht werden könnten, wo sie selbst Einfluss auf die Mittelverteilung und -verwendung ha-

⁵³⁶ Zum Begriff vgl. 2. Teil, 2. Kap., A II

⁵³⁷ Vgl. die Ausführungen im 2. Teil, 2. Kap., B.

⁵³⁸ Rumler-Detzel, VersR 1998, S. 546, (548).

⁵³⁹ MedR 1994, S. 171, (178).

⁵⁴⁰ Ebenda.

ben⁵⁴¹. Nach dieser Ansicht ist die Berücksichtigung finanzieller Engpässe im Gesundheitssystem seitens der Rechtsprechung jedoch unzureichend. Die Gerichte müssten erst lernen, in den Begriff des medizinischen Standards auch die durch das Budget gesetzten Grenzen einzubeziehen: „Die Rechtsprechung wird einige übertriebene rechtliche Anforderungen an die Ärzte zurückzunehmen haben.“⁵⁴² Ähnlich wird argumentiert, die Rechtsprechung ignoriere „sowohl die im ambulanten Bereich bestehenden Budgetrestriktionen als auch die im stationären Bereich zunehmend auftretenden Probleme, teure aber medizinisch sinnvolle Behandlungsmaßnahmen oder die erforderliche Personalausstattung finanzieren zu können.“⁵⁴³ Dieser Kritik ist nicht zuzustimmen. Wie die dargestellten Entscheidungen zeigen, bemüht sich - vor allem die jüngere - Rechtsprechung um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Kosten- und Modernisierungsdruck einerseits und Gewährleistung der Interessen des Patienten an Behandlungsqualität andererseits. Sie ist darauf bedacht, dass der medizinische Standard eingehalten wird, verlangt jedoch von den Ärzten keine unrealisierbare Maximalbehandlung. Richtigerweise muss auch für das ärztliche Handeln der unsere Rechtsordnung ganz allgemein beherrschende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gelten⁵⁴⁴, der bei begrenzten Ressourcen den Individualrechtsschutz mit dem Gleichheitsprinzip verknüpft.

Die Rechtsprechung nimmt insoweit auf ökonomische Zwänge in den Kliniken Rücksicht, als dass sie bei Routinebehandlungen nicht verlangt, dass das noch nicht mit modernster Technik ausgestattete Krankenhaus seine Patienten zu den besser ausgestatteten Kliniken weiterverweist. Geht es jedoch um kompliziertere Erkrankungen oder um längere Nachbehandlungen, für die es spezialisierte Zentren gibt, verlangt sie von dem zunächst angerufenen, minder qualifizierten Arzt einen Verzicht auf die Aufnahme der Behandlung und eine Weiter-

⁵⁴¹ So z.B. Uhlenbruck, MedR 1995, S. 427, (435); Franzki, AuK 1994, S. 61, (63).

⁵⁴² Ebenda.

⁵⁴³ Bruns, ArztR 2000, S. 183, (184).

⁵⁴⁴ Zum Gebot der Verhältnismäßigkeit ärztlichen Handelns, siehe Laufs, Arztrecht, Rdnr. 491.

verweisung in die Spezialklinik⁵⁴⁵. Dieser Forderung ist angesichts des Selbstbestimmungsrechts des Patienten und der Fürsorgepflicht des Arztes (Art 2 Abs. 2 S. 1 GG) zuzustimmen⁵⁴⁶.

Als kritikwürdig erweisen sich in diesem Zusammenhang jedoch die von der Rechtsprechung zum Teil gewählten Abgrenzungskriterien hinsichtlich des erforderlichen Ausstattungsniveaus. Begriffe wie: „gewisse Übergangszeit“; „deutliche Unterausstattung“⁵⁴⁷; „Grundversorgung“; „Extremfälle“ erscheinen sehr allgemein und sind ausfüllungsbedürftig. Gerade aufgrund der - von Giesen⁵⁴⁸ zu recht angemerkten - Tatsache, dass die medizinische Praxis teilweise unverhältnismäßig lange braucht, um eine modernere Behandlungsmethode als anerkannt und dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechend anzusehen, bzw. eine ältere als überholt zu bezeichnen, wäre hier eine Konkretisierung (auch im Hinblick auf die in zukünftigen Fällen entscheidende Frage: „Behandlungsfehler ja oder nein“), wünschenswert gewesen. So bleibt nach wie vor offen, wie lange eine *gewisse* Übergangszeit dauert, wann eine Unterausstattung *deutlich*, wann eine *Grundversorgung* gewährleistet ist, wie sich der Normalfall vom *Extremfall* abgrenzt. Wie bereits im zweiten Teil *erörtert*, handelt es sich hierbei zugegebenermaßen um schwierig zu definierende Kriterien, die einer Beurteilung im Einzelfall bedürfen. Dennoch hätte man hier ein deutlicheres Wort sprechen können.

Im Hinblick auf die „Anfängeroperation“ ist die früher von der Rechtsprechung vertretene Auffassung, der überwachende Arzt müsse die formale Facharztqualifikation besitzen, vor allem bei der Ärzteschaft auf erhebliche Kritik gestoßen⁵⁴⁹. Teilweise wurde den Gerichten durch diese Anforderung ein eklatantes Außerachtlassen des Grundsatzes vorgeworfen, dass die Ärzteschaft

⁵⁴⁵ Andernfalls würde den Arzt ein Übernahmeverschulden treffen; hierzu sogleich unter IV 1.

⁵⁴⁶ Im Ergebnis ebenso Rumler-Detzel, VersR 1998, S. 548; Steffen, MedR 1993, S. 338.

⁵⁴⁷ Kritisch Damm, NJW 1989, S. 737, (739); vgl. auch Giesen, JZ 1988, S.414, (415).

⁵⁴⁸ Giesen, JZ 1988, S. 414.

⁵⁴⁹ Siehe die Ausführungen bei Kern, Schwachstellenanalyse der Rechtsprechung, S. 316.

selbst die Standards bestimme und weiterentwickle⁵⁵⁰. Die Rechtsprechung hat auf diese Kritik reagiert und lässt es nunmehr ausreichen, dass der beaufichtigende Arzt die Kenntnisse und Erfahrungen hat, um den Facharztstandard zu gewährleisten⁵⁵¹. Dies kann dann z.B. auch ein Assistenzarzt sein, der sich in Weiterbildung zum Facharzt befindet⁵⁵². Die neue Rechtsprechung zur „Anfängeroperation“ ist positiv zu bewerten, weil sie praxisgerecht ist, ohne dass der Patient gefährdet wird. Der Facharztstandard muss ja in jedem Fall gewährleistet sein.

Betrachtet man die dargestellten Entscheidungen rückblickend, so zeigt sich, dass finanziell bedingte Engpässe soweit wie möglich durch organisatorische Maßnahmen zum Schutze der Patienten auszugleichen sind. Dies gilt insbesondere für den hygienischen und für den personellen Standard. Vor allem bei Routineoperationen verlangt die Rechtsprechung zu Recht, dass die Organisation insgesamt der übernommenen Behandlungsaufgabe entspricht.

IV. Sekundäre Versorgungspflichten (bei Nichtgewährleistung des Standards)

1. Verweisungspflicht zur Vermeidung von Übernahmeverschulden

Wie die vorherigen Überlegungen gezeigt haben, verbieten es die Grenzen der verfügbaren ärztlichen, pflegerischen, apparativen und räumlichen Potentiale, den Maßstab für die ärztliche Behandlung einheitlich immer ganz oben anzusetzen. Dies bedeutet indessen nicht, dass der sich in einem kleineren Krankenhaus oder in einer einfachen Praxis befindende Patient eine *unter* dem Standard liegende Behandlung hinzunehmen hat. Vielmehr müssen besonders schwierige oder langwierige Maßnahmen unter Umständen besser ausgestatteten Zentren überlassen werden, je weniger dringlich die Maßnahme und je

⁵⁵⁰ Ebenda.

⁵⁵¹ Vgl. die Ausführungen in diesem Kapitel unter A 2 b aa).

⁵⁵² Vgl. BGH VersR 1994, S. 1303, (1304).

größer das Gefälle zwischen den eigenen Möglichkeiten und jenen des spezialisierten Zentrums ist⁵⁵³. Wird dennoch eine Behandlung „ohne Not“ trotz unzureichender Ausstattung übernommen und versäumt der behandelnde Arzt, bzw. der Krankenhausträger die Weiterverweisung, dann liegt wegen Nichteinhaltung des gebotenen Standards eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vor, die subjektiv als Übernahmeverschulden zuzurechnen ist⁵⁵⁴. Der Aspekt des Übernahmeverschuldens führt zwangsläufig dazu, dass derjenige, der seine Aufgaben nicht nach dem Stand der ärztlichen Wissenschaft erfüllen kann, sein Leistungsangebot zurücknehmen muss⁵⁵⁵. Hier kann der Qualitätsmangel auch nicht durch eine Einwilligung des Patienten beseitigt werden.

a. Rechtsprechung

In dem Folgenden, vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall, ging es um die Frage, ob die in einem Kreiskrankenhaus behandelte Patientin aufgrund mangelhafter apparativer Ausstattung an ein besser ausgestattetes Krankenhaus hätte verwiesen werden müssen⁵⁵⁶:

Bei der an Gebärmutterhalskrebs leidenden Klägerin wurden im Rahmen einer Strahlentherapie Radiumeinlagen appliziert. Einige Zeit später entwickelten sich strahlenbedingte Folgeerkrankungen. Die Klägerin warf den beklagten Ärzten insbesondere vor, während der Radiumtherapie sei die Strahlendosis nicht gemessen und keine Röntgenaufnahmen gemacht worden, so dass eine Kontrolle der Strahlenbelastung nicht möglich gewesen sei. Nach Feststellung des Sachverständigen im Berufungsverfahren bewegte sich die vorhandene technisch-apparative Ausstattung „in der unteren Bandbreite der damals von Wissenschaft und Praxis akzeptierten Norm“.

⁵⁵³ BGH VersR 1992, S. 238; BGH VersR 1989, S. 851; Taupitz, Rationalisierung und Rationalisierung im deutschen Gesundheitswesen, S. 106.

⁵⁵⁴ Vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, S. 39 f., m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁵⁵⁵ Ulsenheimer, MedR 1995, S. 440.

⁵⁵⁶ BGH, NJW 1989, S. 2321.

Der BGH verwies die Sache an die Vorinstanz zurück. Es sei davon auszugehen, dass in dem behandelnden Kreiskrankenhaus keine ausreichenden Bedingungen für eine dem zu erwartenden Standard entsprechende Behandlung der Klägerin vorlagen. Die Klägerin hätte dann „von vorneherein in ein anderes Krankenhaus überwiesen werden müssen, das nach seiner personellen und apparativen Ausstattung diesen Standard aufwies.“ Das Unterlassen dieser Maßnahme sei ein Behandlungsfehler, wenn ein sorgfältiger und gewissenhafter Arzt die Behandlung der Klägerin angesichts nicht ausreichender Therapiemöglichkeiten im Krankenhaus hätte ablehnen müssen. Falls der zu fordernde Standard gleichwohl noch gewahrt gewesen sein sollte, hielt das Gericht insoweit zumindest eine Aufklärung über die „dürftig qualifizierte Ausstattung“ für erforderlich.

b. Stellungnahme

Die Verweisung in ein besser ausgestattetes Krankenhaus hat grundsätzlich positive Auswirkungen auf die konkrete Behandlungssituation des jeweiligen Patienten, da ihm so eine Behandlung gewährleistet wird, die dem guten medizinischen Standard entspricht. Andererseits ergibt sich hierdurch zwangsläufig das Problem der Überbelastung von Universitätskliniken und Spezialkrankenhäusern. Es kommt dort vielfach zu Engpässen vor allem in personeller und in apparativer Hinsicht. Wie die dargestellten Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, kann diesem Problem aus Gründen der Ressourcenknappheit nicht vollständig abgeholfen werden. Es kann also unter Umständen passieren, dass der weiterverwiesene Patient bei Aufschiebbarkeit der Behandlung abgewiesen wird oder zumindest längere Zeit auf einen Operationstermin warten muss. Hier ist insoweit das Prioritätsprinzip zu beachten⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Hierzu siehe Teil 1 Kap. 2 F IV; vgl. aus strafrechtlicher Sicht Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, S. 239.

2. Qualitätsaufklärung

Wird der medizinische Standard unterschritten, so hat dies unzweifelhaft einen Behandlungsfehler des Arztes, bzw. einen Organisationsmangel des Krankenhausträgers zur Folge⁵⁵⁸. Ist der Mangel erkennbar, hat eine Behandlung zu unterbleiben und der Patient ist an eine geeignetere Klinik zu überweisen, will sich der Arzt nicht ein Übernahmeverschulden vorwerfen lassen⁵⁵⁹. Entspricht die Behandlung und die vorhandene Ausstattung hingegen noch dem Standard, dann scheidet ein Behandlungsfehlervorwurf aus, unabhängig davon, ob in anderen Kliniken womöglich bessere Verfahren zur Verfügung stehen. Hier schließt sich jedoch die Frage an, ob der Patient über andernorts üblicherweise bestehende höherwertige und risikoärmere Behandlungen mit günstigeren Heilungschancen aufgeklärt werden muss. Im Gegensatz zum Behandlungsfehler hätte eine auf Aufklärungspflichtverletzung gestützte Anspruchsbegründung für den Patienten den Vorteil, unter Umständen auch jenseits der Unterschreitung medizinischer Standards einen Schadensersatzanspruch zu erlangen.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Qualitätsaufklärung⁵⁶⁰ erforderlich ist, wird in Rechtsprechung und Literatur zum Teil uneinheitlich bewertet.

a. Rechtsprechung

Die Qualitätsaufklärung gehört in die Fallgruppe der Selbstbestimmungsaufklärung über alternative Behandlungsmethoden⁵⁶¹. Die Wahl der Behandlungsme-

⁵⁵⁸ Vgl. stellvertretend Deutsch, Medizinrecht, Rdnr. 174; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 130.

⁵⁵⁹ Siehe die vorherigen Ausführungen unter IV 1.

⁵⁶⁰ Zumeist wird lediglich von einem Fall der Aufklärung über Behandlungsalternativen gesprochen, vgl. Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 64 II 1 und 2., Rdnr. 4 ff. Hart bezeichnet eine vergleichende Unterrichtung des Patienten über die Krankenhausintern vorhandene Ausstattung sowie die extern erreichbaren (höheren) Versorgungsniveaus als „Organisationsaufklärung“, MedR 1999, S. 47 ff. Hier wird mit Pflüger der Begriff der „Qualitätsaufklärung“ verwendet, da es in erster Linie um die Aufklärung über Qualitätsmerkmale des Krankenhauses im Quervergleich mit anderen Einrichtungen geht, vgl. MedR 2000, S. 6 ff.

thode ist in erster Linie Aufgabe des Arztes. Er ist, sofern es mehrere, gleich Erfolg versprechende und übliche Behandlungsmethoden gibt, nicht stets verpflichtet, dem Patienten alle medizinischen Möglichkeiten darzustellen und seine Wahl ihm gegenüber zu begründen.⁵⁶² Außerdem sind die Aufklärungserfordernisse aus zeitlichen Gründen reduziert, wenn der Eingriff lebensnotwendig ist, keine Alternative besteht und unaufschiebbar ist⁵⁶³. Eine Verpflichtung zur Aufklärung über unterschiedliche Behandlungen hat nach gefestigter Rechtsprechung nur dann zu erfolgen, wenn zur Methode der Wahl eine echte Alternative mit einer andersartigen Chancen- und Risikoverteilung besteht⁵⁶⁴. Die Alternativen müssen tatsächlich zur Verfügung stehen bzw. allgemein verfügbar sein und im Behandlungsfall überhaupt in Betracht kommen⁵⁶⁵. Die Aufklärung bei echter Wahlmöglichkeit gilt vor allem bei unterschiedlichen Risiken, bei konservativer oder operativer Behandlung und bei umstrittenen Behandlungsmethoden⁵⁶⁶.

Nach Ansicht der Rechtsprechung besteht dann eine Pflicht zur Qualitätsaufklärung, wenn sich die vorhandene personelle oder sächliche Ausstattung in der unteren Bandbreite des Standards bewegt und die Kenntnis alternativer Methoden für die Entscheidung des Patienten besonderes Gewicht hat. So hat der BGH entschieden, dass eine Krebspatientin, die nach einer Strahlentherapie schwere Folgeschäden erlitten hatte, unabhängig von der - derzeit noch ungeklärten - Frage, ob der zu fordernde Behandlungsstandard in dem fraglichen Kreiskrankenhaus noch gewahrt gewesen sein sollte, über andernorts bestehende bessere Behandlungsmöglichkeiten hätte aufgeklärt werden müssen, da die Patientin in einem größeren Krankenhaus mit moderneren Apparaten und

⁵⁶¹ Zum Begriff siehe die vorherige Fußnote.

⁵⁶² BGH NJW 1982, S. 2121 ff.; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 375 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁵⁶³ Vgl. BGH VersR 1982, S. 771, (772).

⁵⁶⁴ BGH VersR 1980, S. 1145; BGH NJW 1998, S. 766.

⁵⁶⁵ BGH NJW 1982, S. 2121 ff.; BGH NJW 1988, S. 1516.

⁵⁶⁶ BGHZ 106, S. 391; BGH NJW 1982, S. 2121 ff.; BGH NJW 1996, S. 776.

gegebenenfalls erfahreneren Ärzten eine „deutlich bessere Heilungschance“ gehabt hätte⁵⁶⁷.

In anderen Entscheidungen, in denen es über die bessere Ausstattung anderer Kliniken im Falle einer chirurgischen Unfallbehandlung⁵⁶⁸, einer Hirnuntersuchung mittels PEG oder CTG⁵⁶⁹ oder über hygienische Standards im Operationssaal⁵⁷⁰ ging, hat die Rechtsprechung derartige Umstände hingegen nicht erkannt und somit eine Pflicht zur Aufklärung abgelehnt.

In der so genannten Elektrokoagulationsentscheidung⁵⁷¹ verneinte der BGH die Pflicht, den Patienten darüber zu informieren, dass ein Tubenverschluss in einer benachbarten Klinik mit einem modernen Koagulationsgerät und dadurch mit dem geringeren Risiko einer Darmperforation durchgeführt werden konnte. Es handele sich insoweit nicht um eine dringliche Operation, eine Verringerung des Risikos läge nur im Promillebereich und übersteigerten Patientenerwartungen dürfe kein Vorschub geleistet werden. Solange der Patient eine dem jeweils zu fordernden medizinischen Standard genügende Diagnose- oder Therapie geboten erhalte, sei er nicht darüber aufzuklären, dass dieselbe Behandlung an demorts mit besseren personellen und apparativen Mitteln möglich sei. Anders verhielte es sich hingegen, wenn sich das neue Verfahren gegenüber der herkömmlichen Methode schon weitgehend durchgesetzt hätte.

b. Literatur

Insbesondere die Elektrokoagulationsentscheidung des BGH ist zum Teil auf heftige Kritik gestoßen⁵⁷²: Gerade wenn mit einer neuen Methode geringere

⁵⁶⁷ BGH NJW 1989, S. 2321, (2322). Vgl. die Ausführungen zu dieser Entscheidung unter IV 2 a.

⁵⁶⁸ BGH NJW 1988, S. 2302; BGH MedR 1988, S. 314.

⁵⁶⁹ BGH VersR 1984, S. 470; siehe oben unter I 1.

⁵⁷⁰ OLG Köln, VersR 1992, S. 52, (53); siehe oben unter I 4.

⁵⁷¹ BGH VersR 1988, S. 179; siehe oben unter I 1.

⁵⁷² Vgl. Damm, NJW 1989, S. 737 ff.; Giesen, JZ 1988, S. 414 f, nach dem die Ausführungen des BGH von einer „eigentümlichen und kaum verhüllten argumentativen Zerrissenheit“ geprägt sind; siehe auch Hart, JURA 2000, S. 64, (67).

Risiken für den Patienten verbunden seien, es sich nicht um einen dringlichen Eingriff handle und der Einsatz der älteren Methode schon an der Grenze zum Behandlungsfehler stehe, sei die Entscheidung weder mit den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen vereinbar, noch aus der Sicht des Selbstbestimmungsrechts des Patienten akzeptabel⁵⁷³. Es sei nicht einzusehen, warum eine technisch verbesserte Methode (Variante) rechtlich anders zu behandeln sein solle als eine technisch andere Methode (Alternative), die eine vergleichbare Verbesserung bewirke.⁵⁷⁴ Den Patienten interessiere neben der Verbesserung seiner Heilungschancen im Zweifel auch jede noch so geringfügige Verringerung seines Verletzungsrisikos durch die angewandte Methode. Außerdem könnten allgemeine Wirtschaftlichkeitserwägungen und Überlegungen zur Umsetzung des medizinischen Fortschritts, - die zwar unter Umständen den medizinischen Standard beeinflussen -, nicht zu einer Begrenzung der Aufklärungspflichten führen.⁵⁷⁵

Eine Qualitätsaufklärung soll nach einem Großteil der Literatur vielmehr bei jeder noch innerhalb des Standards bleibenden Behandlung erfolgen, sofern andernorts eine qualitativ höherwertige Behandlung mit tendenziell geringeren Belastungen oder günstigeren Heilungsverläufen angeboten werde⁵⁷⁶. Dies gelte nicht nur für strukturelle Qualitätsabweichungen - z.B. zwischen Kreis- und Universitätskrankenhäusern - sondern auch für systembedingte Unterschiede aufgrund von Rationalisierung und Rationierung im Gesundheitswesen: „Sollte das Versicherungssystem einmal nicht mehr verpflichtet oder fähig sein, für Gruppen von Patienten bestimmte Leistungen bereitzustellen, so müsste ihnen wegen ihres verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts und Rechts auf Gesundheit die Möglichkeit eröffnet werden, diese Leistungen

⁵⁷³ Hart, JURA 2000, S. 64, (67).

⁵⁷⁴ Giesen, JZ 1983, S. 414, (415); Damm, NJW 1988, S. 737, (742).

⁵⁷⁵ Damm, NJW 1988, S. 737, (741 ff.).

⁵⁷⁶ Hart, JURA 2000, S. 64, (67); ders. MedR 1996, S. 60, (69); Rumler-Detzel, VersR 1998, S. 546, (549); Taupitz, in: Rationalisierung und Rationierung in deutschen Gesundheitswesen, S. 86, (104 ff.); Giesen, JZ 1983, S. 414 ff.; Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 190 ff.; differenzierend Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 141 u. Rdnr. 84 ff.; a.A. Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 64, Rdnr. 6.

selbst zu finanzieren⁵⁷⁷. Die Qualitätsaufklärung kompensiere den auf Behandlungsfehlerseite zurückgenommenen Patientenschutz. „Wenn es aus finanziellen Gründen zu einer zunehmenden Relativierung des medizinischen Standards und zu einer wachsenden Differenzierung zwischen Maximal-, Normal- und Minimalversorgung auf der Angebotsseite kommt, dann muss dieser Verbreiterung des medizinischen Korridors und der damit einhergehenden Vergrößerung der juristisch relevanten „Standard-Bandbreite“ eine stärkere Betonung des Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsaspekts auf Nachfrageseite folgen“.⁵⁷⁸

c. Stellungnahme

Verständlicherweise wünscht sich jeder Patient eine Behandlung nach der besten Methode. Aufgrund finanzieller Grenzen ist dies nicht an jedem Ort und zu jeder Zeit möglich, so dass es zunächst sinnvoll erscheint, den Patienten über anderswo bestehende verbesserte Diagnose- oder Therapieverfahren zu informieren.

Eine Verpflichtung des Arztes, den Patienten in jedem Fall ungefragt darüber aufzuklären, dass die geplante Behandlung andernorts mit moderneren Apparaten, durch erfahrenere Ärzte oder nach verbesserten Verfahren durchgeführt werden könnte, birgt jedoch Probleme. So ergäbe sich dann für so gut wie jeden Arzt, der in einer kleineren Praxis oder in einem Landkrankenhaus arbeitet eine derartige Aufklärungspflicht, da dieser wohl fast nie in der Lage wäre, den optimalen Standard zu gewährleisten. Die medizinischen Aufklärungspflichten müssen aber erfüllbar bleiben und dürfen nicht dazu führen, dass die sich aus den Grenzen der Finanzierbarkeit und Wirtschaftlichkeit ergebenden Lasten auf Ärzte und Krankenhausträger, als den untersten Gliedern der Allokationskette abgewälzt werden⁵⁷⁹. Hinzukommt, dass sich ein kranker Patient „in gu-

⁵⁷⁷ Rumler-Detzel, VersR 1998, S. 549.

⁵⁷⁸ Taupitz, Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, S. 106; ebenso Hart, MedR 1996, S. 60, (69).

⁵⁷⁹ Vgl. Voß, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 178; Steffen, MedR 1995, S. 190, (191).

ten Händen“ wissen möchte. Eine Qualitätsaufklärung hätte unweigerlich zur Folge, dass der Patient verunsichert würde und das Vertrauen in die Behandlungsseite verliert⁵⁸⁰. Außerdem ist zu beachten, dass sich der Patient in einer seelischen Ausnahmesituation befindet, so dass schon fraglich ist, ob er überhaupt in der Lage ist, die medizinwissenschaftlichen Informationen intellektuell zu verarbeiten⁵⁸¹. Die ärztliche Beratungs- und Hinweispflicht erstreckt sich somit nach zustimmungswürdiger Ansicht nicht auf eine Aufklärung darüber, dass mangels optimaler Ausstattung nicht die modernsten Methoden angewendet werden können oder in anderen Krankenhäusern gegebenenfalls bessere Apparaturen zur Verfügung stehen, wenn und soweit der Standard guter ärztlicher Behandlung gewährleistet ist und eine andere Behandlung in Ansehung der konkreten Umstände des Falles nicht dringend geboten erscheint⁵⁸². Die Entscheidung der Frage, wann im Einzelfall eine Aufklärung zu erfolgen hat, sollte sich nach der Art der Erkrankung richten. Für die Behandlung einer Blinddarmentzündung gibt es keine unterschiedlichen Standards. Der jeweilige Patient wird in einem Landkrankenhaus genauso behandelt, wie in einer Universitätsklinik. Eine weitergehende Hinweispflicht ist daher abzulehnen, wenn eine Standardbehandlung die vielfach erprobt worden ist und sich in der Praxis langjährig bewährt hat, anwendbar ist und auch angewendet wird⁵⁸³. Über bessere Behandlungsbedingungen anderen Orts ist jedoch dann aufzuklären, wenn die eigenen Bedingungen an der Untergrenze liegen oder wenn die Behandlung des Patienten diese besseren Bedingungen medizinisch erfordert⁵⁸⁴. Dies ist insbesondere bei Erkrankungen wie bestimmten Krebsformen der Fall, deren Behandlung spezieller diagnostischer oder therapeutischer Apparate bedarf. Auch im Bereich der Gynäkologie sollte unter Umständen bei bevorstehenden Risikogeburten über bessere Bedingungen vor allem durch speziell

⁵⁸⁰ Ebenso Pflüger, MedR 2000, S. 6, (8), m.w.N.

⁵⁸¹ Vgl. die Ergebnisse der Recall-Studie über die Behaltens- und Begreifquote nach Aufklärungsgesprächen von Saternus/Kernbach-Wighton, in: FS f. Deutsch, S. 723 ff.

⁵⁸² So auch BGH NJW 1988, S. 2302; BGH MedR 1988, S. 314; BGH VersR 1984, S. 470, siehe oben unter I 1; OLG Köln, VersR 1992, S. 52, (53), siehe oben unter I 4; Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 64, Rdnr. 6.

⁵⁸³ Ebenso OLG Köln, S. 8; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 383.

⁵⁸⁴ Steffen, MedR 1993, S. 338.

ausgebildete Ärzteteams in Spezialkliniken aufgeklärt werden. Die Frage, ob und wann aufgeklärt werden soll, kann also nicht pauschal beantwortet werden. Es ist immer auf den Einzelfall, - den jeweiligen Patienten mit seiner individuellen Erkrankung - abzustellen. Insgesamt eröffnet „die Kompensation von rationierungsbedingten Haftungsminderungen beim Behandlungsfehler durch Erweiterung des Aufklärungsumfangs (...)“ daher keinen Königsweg, auf dem die schmerzliche Abwägung zwischen kollektivem und individuellem Wohl elegant umgangen werden kann.⁵⁸⁵

I. Zwischenergebnis: Keine Herabsenkung des ärztlichen Standards

Obwohl in der heutigen Zeit eine immer größere Schwelle zwischen medizinisch machbaren und tatsächlich finanzierbaren Leistungen besteht, führt dies nicht zu einer Herabsenkung des guten ärztlichen Behandlungsstandards. Zumindest hinsichtlich des Basisstandards⁵⁸⁶ dürfen nach zutreffender und fast einhelliger Ansicht sowohl von medizinischer, als auch von juristischer Seite her aus wirtschaftlichen Erwägungen keine Abstriche gemacht werden. Der Basisstandard muss unabhängig von finanziellen Schwankungen absolut gewährleistet sein. Andererseits nimmt die Rechtsprechung auf Qualitätsunterschiede Rücksicht, indem sie an die Ärzteschaft zu Recht keine unerfüllbaren Anforderungen stellt. Eine Maximalbehandlung kann nicht stets und überall gefordert werden. Kann ein Arzt oder Krankenhaus den guten ärztlichen Behandlungsstandard im Einzelfall nicht einhalten, stellt die Judikatur zu Recht erhöhte Anforderungen an die sekundären Versorgungspflichten der Verweisung und der Aufklärung. Der Patient hat dann die Möglichkeit, andernorts eine standardgemäße Behandlung zu erhalten. Er muss also keine mangelhafte Diagnose oder Therapie hinnehmen, nur weil er sich beispielsweise zunächst in ein kleineres Landkrankenhaus begeben hat. Die Pflicht zur Aufklärung und vor allem zur Überweisung ermöglicht es, mit den bestehenden Ressourcen eine optimale Versorgung auch in kleineren, minder ausgestatteten

⁵⁸⁵ Pflüger, MedR 2000, S. 8.

⁵⁸⁶ Zur Begrifflichkeit vgl. Teil 2, 2 Kap. A II 1.

medizinischen Betrieben zu gewährleisten. Der Standard für die Behandlung einer bestimmten Erkrankung ist damit auch dann überall derselbe, wenn im konkreten Fall für Diagnose oder Therapie ein besonders teures Gerät oder ein besonders spezialisiertes Ärzteteam eingesetzt werden muss. Eine Herabsetzung des ärztlichen Standards ist nicht erforderlich, weil es ausreichend ist, dass neue, teure medizinische Apparate und besonders ausgebildete Ärzteteams auf bestimmte Zentren und Arztpraxen beschränkt werden, solange dem einzelnen Patienten die Möglichkeit geboten wird, im indizierten Fall auf derartige Behandlungsmethoden zurückzugreifen.

Als Beispiel sei hier auf die Behandlung mit dem besonders kostenintensiven hochmodernen Positronen-Emissions-Tomographen (PET) hingewiesen⁵⁸⁷. Dieses mehrere Millionen Euro teure Diagnosegerät muss von einem Physiker bedient werden, von einem hierfür spezialisierten Arzt ausgewertet werden und kann bereits aus diesen Gründen nicht überall bereitstehen. Hierfür besteht jedoch auch gar keine Notwendigkeit. Nicht jede Arztpraxis, nicht jedes Krankenhaus kann und muss ein PET-Gerät vor Ort zur Verfügung haben; aber jeder Patient muss gleichwohl die Möglichkeit haben, im indizierten Fall mit Hilfe dieses Apparates diagnostiziert zu werden. Dies kann dadurch gewährleistet werden, dass bundesweit nur in wenigen Spezialzentren PET-Geräte vorhanden sind und der Patient, bei dem die Anwendung von PET angezeigt ist dorthin überwiesen wird. Für die konkrete Erkrankung, bzw. für bestimmte Symptome im Bereich der Diagnostik (in diesem Fall z.B. bei Verdacht spezieller Krebsarten) ist die PET-Behandlung dann Standard, obwohl sie nicht überall bereitgehalten wird.

Im Rahmen der GKV hat man in der Vergangenheit bereits mehrfach versucht, einen optimalen Einsatz kostenintensiver medizinischen Apparaturen zu erreichen. Die jahrelang geforderte gemeinsame Großgeräteplanung für den ambu-

⁵⁸⁷ Hierbei handelt es sich um ein bildgebendes computer-tomographisches Verfahren unter Nutzung der bei Positronenzerfall entstehenden Photonen. PET dient z.B. zur Untersuchung der Stoffwechslvorgänge in einzelnen Hirnabschnitten.

lanten und stationären Versorgungsbereich (§ 85 Abs. 2 a a.F., § 122 a.F. SGB V, § 10 KHG) ist jedoch zum 01.07.1997 wieder beseitigt worden⁵⁸⁸. Die Steuerung der Anschaffung und des Einsatzes von medizinisch-technischen Großgeräten soll zukünftig durch die Selbstverwaltung im ambulanten und stationären Bereich eigenverantwortlich erfolgen. Für den niedergelassenen Bereich kommen zu vereinbarende Vergütungsregelungen (§ 85 SGB V) und für den stationären Bereich das Pflegesatzrecht (§ 17 KHG, §§ 7, 10 BpflV) in Betracht. Die Abstimmung zwischen ambulantem und stationären Bereich ist zukünftig im Rahmen des Krankenhausplanungsrechts nunmehr durch Landesrecht möglich (§ 6 KHG).

In personeller Hinsicht ist die Arbeit speziell ausgebildeter Neonatologenteams⁵⁸⁹ hervorzuheben. Eine Festanstellung solcher Teams in jedem Krankenhaus wäre nicht zu bezahlen. Von daher gibt es in Deutschland nur verhältnismäßig wenige dieser Spezialisten. Jedoch ist das örtlich nächste Team in der Lage, in Notsituationen das jeweilige Krankenhaus aufzusuchen und dort zu operieren. Zwar kann es unter Umständen passieren, dass in der Zeit, in welcher die Spezialisten unterwegs sind, der Patient bereits zu Schaden kommt. Dieses Lebensrisiko muss allerdings in Kauf genommen werden, da es unter den gegebenen Umständen keine andere Möglichkeit zum Einsatz derartiger Ärzteteams gibt.

Die dargestellten Beispiele lassen sich natürlich auch auf andere personelle und apparative Ressourcen übertragen. Eine Herabsetzung des ärztlichen Standards lässt sich weiterhin auch dann nicht feststellen, wenn der Patient im Einzelfall aus Gründen der Ressourcenknappheit nicht sofort behandelt werden kann und deshalb auf eine Warteliste gesetzt wird. Bei der Warteliste handelt es sich um ein zulässiges Kriterium der Patientenauswahl, welches wiederum von Faktoren wie Dringlichkeit und Erfolgsaussicht der Behandlung beeinflusst

⁵⁸⁸ Durch Art. 1 Nr. 28 b und Nr. 44 sowie Art. 8 Nr. 2 2. GKV-NOG sind die entsprechenden Bestimmungen aufgehoben worden.

⁵⁸⁹ Neonatologie bezeichnet die Lehre von der Physiologie und Pathologie der Neugeborenenperiode.

wird⁵⁹⁰. Bezieht man den Standard auf die konkrete Erkrankung, wird er durch eine gewisse Wartezeit nicht beeinflusst, weil der Patient eine standardgemäße Behandlung nach Ablauf der Wartefrist erhalten wird.

2. Kap.: Spannungsverhältnis im Sozialrecht

Das gesamte System der gesetzlichen Krankenversicherung wird dominiert von dem Ressourcenkonflikt zwischen der Gewährleistung einer optimalen medizinischen Behandlung aller Patienten und der Sicherung der Kostengünstigkeit der Patientenversorgung⁵⁹¹. Das Recht der GKV entscheidet über die Finanzierbarkeit ärztlicher Indikationen nach Maßstäben professioneller Anerkennung und ökonomischer Effizienz. Es verweist grundsätzlich alles nicht anerkannte und unwirtschaftliche in den Bereich privater Selbstfinanzierung. Es stellt sich daher zwingend die

Frage, ob der sozialrechtliche Standardbegriff mit dem ärztlichen Standard als Sorgfaltsmaßstab im Arzthaftungsrecht übereinstimmt. Darüber hinaus ist zu klären, ob das im Recht der GKV vorherrschende Wirtschaftlichkeitsgebot den guten ärztlichen Behandlungsstandard beeinflussen kann, weil der Vertragsarzt hierdurch möglicherweise aus Kostengründen zu einer minderwertigen Behandlung gezwungen wird.

A. Ärztlicher und sozialer Standardbegriff

Ausdrücklich wird der Begriff des ärztlichen Standards im SGB V nicht genannt. Jedoch haben die Leistungen dem „allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse“ (§§ 2 Abs. 1 S. 3, 70 Abs. 1, 72 SGB V) und gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 SGB V den „Regeln der ärztlichen Kunst“ zu entsprechen⁵⁹².

⁵⁹⁰ Zur Warteliste vgl. die Ausführungen im 1 Teil, 2.Kap.,F IV.

⁵⁹¹ Hart, MedR 1996, S. 60, (65).

⁵⁹² Auch in der Gesetzesbegründung zu § 2 SGB V wurde ausdrücklich betont, dass die Leistungen der GKV „einem bestimmten Qualitätsstandard“ entsprechen sollen, vgl. BR-Drucks. 200/88, S. 157 = BT-Drucks. 11/2237 S. 157.

I. Medizinischer Fortschritt

Der Begriff „allgemein anerkannt“ legt die Vermutung nahe, dass im Sozialrecht ein höherer Maßstab anzulegen ist, als im Haftungsrecht, da im Zivilrecht eine Behandlungsmethode bereits dann zum Standard gehört, wenn sie erst zum Teil in der medizinischen Wissenschaft anerkannt wurde.⁵⁹³ Der Gesetzgeber wollte jedoch mit Einführung dieses Begriffes im Rahmen des GRG lediglich erreichen, dass die Erstattung von Leistungen ausgeschlossen wird, die „mit wissenschaftlich nicht anerkannten Methoden erbracht werden.“⁵⁹⁴ Von der Leistungspflicht der Krankenkassen sollten sowohl neue Verfahren ausgeschlossen werden, die noch nicht hinreichend erprobt sind, als auch Außenseitermethoden, die sich nicht bewährt haben. Weiterhin sollte durch den Begriff verhindert werden, dass die (reine) medizinische Forschung von den Krankenkassen finanziert wird.⁵⁹⁵ Dass auch neue Behandlungsmethoden zum Leistungsumfang der GKV gehören können, ergibt sich ausdrücklich aus § 2 Abs. 2 S. 2 SGB V, in welchem festgelegt ist, dass Qualität und Wirksamkeit der Leistungen den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen haben. Fraglich ist jedoch, in welchem Umfang sie anerkannt sein müssen.

Gemäß § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V dürfen neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der Vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung zu Lasten der Krankenkassen nur dann erbracht werden, wenn die Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen sie in Form einer gemäß § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 SGB V ergehenden Richtlinie⁵⁹⁶ als zum Leistungsumfang der GKV gehörend

⁵⁹³ Siehe Teil 2, 2. Kap.

⁵⁹⁴ BR-Drucks. 200/88, S. 157 = BT. Drucks. 11/2237, S. 157.

⁵⁹⁵ BR-Drucks. 200/88, S. 157 = BT. Drucks. 11/2237, S. 157.

⁵⁹⁶ Die vom Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen beschlossenen Richtlinien nach § 92 SGB V zur Sicherung einer ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten sind für den Vertragsarzt, den ermächtigten Arzt bzw. die ermächtigte ärztlich geleitete Einrichtung und die Krankenkasse verbindlich (§§ 92 VII, 95 III, IV, 82 SGB V). Sie sind ein Orientierungsmaßstab für die Auslegung des Wirtschaftlichkeitsgebotes.

anerkannt haben⁵⁹⁷. Hat der Bundesausschuss zu einer bestimmten Methode noch keine Richtlinie erlassen, so kann nach Ansicht des BSG trotz § 135 Abs. 1 SGB V unter bestimmten Voraussetzungen dennoch eine Leistungspflicht der Krankenkassen bestehen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn das Anerkennungsverfahren trotz Erfüllung der für eine Überprüfung notwendigen formalen und inhaltlichen Voraussetzungen nicht oder nicht rechtzeitig durchgeführt wurde⁵⁹⁸. Nach Ansicht des BSG ist in diesen Fällen für die Anwendung noch nicht anerkannter Verfahren der „Nachweis der Wirksamkeit in einer statistisch relevanten Zahl von Fällen“ erforderlich. Dabei muss sich der Erfolg aus wissenschaftlich einwandfrei geführten Statistiken über die Zahl der behandelten Fälle und die Wirksamkeit der neuen Methode ablesen lassen⁵⁹⁹. Bei Krankheiten, deren Entstehung und Verlauf noch weitgehend unerforscht sind, bzw. die noch nicht eindeutig behandelbar sind, kann hingegen schon die hinreichende Verbreitung einer Methode ausreichen⁶⁰⁰.

In der Krankenhausversorgung existierte bislang keine dem § 135 SGB V entsprechende Vorschrift. Hier blieb die Anwendung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden einverständlicher Regelung (Prüferbestellung) vorbehalten und war grundsätzlich in die Qualitätssicherung eingebettet (§ 137 SGB V). Mit dem Gesundheitsreformgesetz 2000 wurde jedoch § 137 c SGB V hinsichtlich der Bewertung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden im Krankenhaus neu eingefügt⁶⁰¹. Nach dieser Vorschrift überprüfen die Bundesärztekammern und die Spitzenverbände der Krankenkassen gemeinsam mit

⁵⁹⁷ Am 04.10.1995 hat der Bundesausschuss erstmalig „Richtlinien über die Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden“ (NUB-Richtlinien) beschlossen. Seit Inkrafttreten des 2. GKV-NOG ist auch auf die „medizinische Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit“ abzustellen. Dies gilt auch im Vergleich zu bereits zu Lasten der Krankenkassen erbrachten Methoden. Vgl. hierzu Oldiges, DOK 1997, S. 453 ff. Seit dem 01.10.1999 beschließt der Bundesausschuss „Richtlinien über die Bewertung ärztlicher Untersuchungs- und Behandlungsmethoden“ (BUB-Richtlinien); die BUB-Richtlinien weisen nur in Teilbereichen Änderungen gegenüber den NUB-Richtlinien auf, vgl. DÄBl. 2000, A-865.

⁵⁹⁸ BSG NJW 1999, S. 1805.

⁵⁹⁹ BSGE 76, S. 194, (199); BSG NJW 1999, S. 1805.

⁶⁰⁰ Dasselbe gilt für sogenannte echte Außenseitermethoden, vgl. Voß, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 101, 107.

⁶⁰¹ Vgl. BT-Dr. 14/1245, S. 57 ff.

der Deutschen Krankenhausgesellschaft auf Antrag eines Spitzenverbandes der Krankenkassen oder der Krankenhausgesellschaft Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, die zu Lasten der GKV im Rahmen der Krankenhausbehandlung angewandt werden, bzw. werden sollen. Die vorgesehene Prüfung hat die Frage zum Gegenstand, ob die Methoden für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse und des medizinischen Fortschritts erforderlich sind. Auch hier ist Maßstab der ärztliche Standard, so dass sich im Ergebnis keine Unterschiede zum ambulanten Bereich ergeben⁶⁰².

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass neue Verfahren auch dann zum Leistungsumfang der GKV gehören können, wenn sie noch nicht „allgemein anerkannt“ sind. Somit deckt sich zumindest hinsichtlich neuer Behandlungsmethoden der sozialrechtliche mit dem ärztlichen Standardbegriff als haftungsrechtlichen Sorgfaltsmaßstab⁶⁰³. Neue Behandlungsmethoden, die noch nicht allgemein praktiziert werden, für die aber bereits auf Erprobung beruhende positive Wirksamkeitserfahrungen bestehen, so dass der Kreis der sachverständigen Medizin ihnen die Anerkennung nicht versagen würde, entsprechen unter Berücksichtigung dieses medizinischen Fortschritts dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse⁶⁰⁴.

II. Arzneimittel

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ab wann ein neues Arzneimittel zum Leistungsumfang der GKV gehört. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts dürfen zulassungspflichtige Arzneimittel nicht verordnet wer-

⁶⁰² Im Ergebnis ebenso BSG NJW 1999, S. 1811, (1812); Hart, MedR 1996, S. 60, (68).

⁶⁰³ Vgl. Kullmann, VersR 1997, S. 529, (531); Hart, MedR 1996, S. 60, (66); Schroeder-Printzen, MedR 1993, S. 339.

⁶⁰⁴ Hart, MedR 1996, S. 60, (66).

den, solange sie noch nicht zugelassen sind⁶⁰⁵. Dies gilt auch dann, wenn anerkannte Behandlungsmittel fehlen oder im Einzelfall ungeeignet sind⁶⁰⁶. Auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist es „verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, die Verordnungsfähigkeit eines Arzneimittels im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung zu verneinen, wenn und solange dieses nicht arzneimittelrechtlich zugelassen ist“.⁶⁰⁷ Das Zulassungsverfahren liefere ein verlässliches Kriterium, da die Zulassungsentscheidung nach den §§ 21 ff. AMG auf der Grundlage aufwendiger Zulassungsunterlagen des Antragstellers mit sachangemessener behördlicher Kompetenz ergehe⁶⁰⁸.

Auch hinsichtlich neuer Arzneimittel ergibt sich nach bisheriger Rechtslage kein Wertungswiderspruch zwischen Krankenversicherungsrecht und Haftungsrecht⁶⁰⁹: Zwar hat das OLG Köln entschieden, dass ein Medikament unter Umständen auch dann angewendet werden muss, wenn es in einem bestimmten Indikationsbereich noch nicht zugelassen ist, es sich vielmehr noch in der klinischen Prüfung befindet⁶¹⁰. Es handelte sich jedoch in dem besagten Fall um ein für andere Erkrankungen bereits zugelassenes Medikament, so dass das Arzneimittelgesetz der Anwendung nicht entgegenstand. Das erkennende Gericht ging davon aus, dass die in Frage stehende Arzneimitteltherapie trotz fehlender Zulassung im Bereich der fraglichen Indikation bereits zum Standard geworden sei. Nach Ansicht des Gerichts verbietet das AMG dem Arzt nicht ein Medikament, das gegen bestimmte Erkrankungen „auf dem Markt“ sei, auch gegen eine andere Krankheit einzusetzen, wenn dies medizinisch geboten sei. Dies sei der Fall, wenn das Arzneimittel medizinisch-wissenschaftlich er

⁶⁰⁵ Dies gilt sowohl für den Fall, dass die Zulassung abgelehnt wurde, vgl. BSGE 72, S. 252, (257 ff.), als auch für den Fall, dass um die Zulassung noch gestritten wird, vgl. BSG PharmaR 1996, S. 54 („Edelfosin“).

⁶⁰⁶ BSG PharmaR 1996, S. 54.

⁶⁰⁷ BVerfG MedR 1997, S. 318.

⁶⁰⁸ BVerfG MedR 1997, S. 318, (319).

⁶⁰⁹ Überzeugend Voß, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 142, 143; im Ergebnis ebenso Kullmann, VersR 1997, S. 529, (532); a.A. Hart, MedR 1996, S. 70, der einen Konflikt zwischen Haftungsrecht und Krankenversicherungsrecht annimmt, welcher jedoch zugunsten der haftungsrechtlichen Betrachtungsweise zu lösen sei.

⁶¹⁰ OLG Köln, VersR 1991, S. 186.

probt sei.

Eine Konfliktsituation könnte sich möglicherweise aufgrund der Neufassung der Nr. 4.1. AMR (Arzneimittel-Richtlinie) ergeben, wonach nicht nur die Verordnung nicht zugelassener Arzneimittel, sondern auch die von zugelassenen Arzneimitteln in nicht zugelassenen Indikationen grundsätzlich unzulässig ist⁶¹¹. Eine Ausnahme soll nur im Rahmen eines individuellen Heilversuchs mit Zustimmung der Krankenkassen gelten. Dieser bislang noch nicht in Kraft getretenen Richtlinie wird im Hinblick auf einen Konflikt zum Haftungsrecht Kritik entgegengebracht, weil dann zivilrechtlich eine Verpflichtung zum Einsatz eines Arzneimittels bestehen könnte, das nicht zur Leistungspflicht der GKV zählt⁶¹². Dieser Konflikt ließe sich aus haftungsrechtlicher Sicht nicht auflösen. Das zivilrechtliche Haftungsrecht dürfe sich in der Verfolgung der Schutzperspektive nicht vom Arzneimittelverkehrsrecht abhängig machen⁶¹³. Die Frage, ob tatsächlich ein Konflikt zwischen Zivil- und Sozialrecht entstehen könnte, kann zunächst dahinstehen, da abzuwarten bleibt, ob die Richtlinie in Kraft tritt und wie sich die weitere Rechtsprechung dazu entwickeln wird⁶¹⁴.

B. Behandlungsstandard und Wirtschaftlichkeitsgebot

Im Folgenden wird untersucht, ob der durch die gesetzliche Krankenversicherung zu gewährleistende Standard durch das Wirtschaftlichkeitsgebot beeinträchtigt wird, so dass sich dann ein Konflikt mit den zivilrechtlichen Maßstäben ergeben könnte.

⁶¹¹ Vgl. die Diskussion anlässlich der Tagung der deutschen Richterakademie vom 5.6. - 9.6.2001 in Trier, wiedergegeben von Sandbiller, MedR 2002, S. 19, (22).

⁶¹² So z.B. Herbert Wartensleben auf der Tagung der deutschen Richterakademie vom 5.6. - 9.6.2001 in Trier, wiedergegeben von Sandbiller, MedR 2002, S. 19, (22).

⁶¹³ Ebenda.

⁶¹⁴ Vgl. für eine Darstellung der jeweils aktuellen Fassung der Richtlinien, Peters-Hencke, Handbuch der Krankenversicherung, § 92, Rdnr. 7 ff.

I. Das Wirtschaftlichkeitsgebot

Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist ein grundlegendes Prinzip des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung⁶¹⁵. Es trägt der Tatsache Rechnung, dass die Mittel, die zur Behebung der Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung zur Verfügung stehen, nicht unbegrenzt sind. Insofern sind die Bemühungen um Kostendämpfung und das Gebot der Wirtschaftlichkeit der ärztlichen Behandlungsweise eines der Instrumente zur Aufrechterhaltung von Funktionstüchtigkeit und Leistungsfähigkeit des Systems der sozialen Krankenversicherung⁶¹⁶.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot soll hier nicht in all seinen Verästelungen, sondern nur in Form eines groben Überblicks aufgezeigt werden, um zu klären, ob und inwieweit sich ein Konflikt mit dem ärztlichen Behandlungsstandard ergeben könnte⁶¹⁷.

Gesetzliche Grundlage für das Wirtschaftlichkeitsgebot ist § 12 Abs. 1 SGB V, in dem es heißt:

„Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen.“⁶¹⁸

Die in § 12 Abs. 1 SGB V genannten Kriterien sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die von den Sozialgerichten jedoch voll nachprüfbar sind⁶¹⁹.

⁶¹⁵ Vgl. Jörg, Das neue Kassenartzrecht, Rdnr. 414. Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist gemäß § 72 Abs. 2 SGB V auch Zielvorgabe für die Verträge über die vertragsärztliche Versorgung, welche zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Verbänden der Krankenkassen zu schließen sind.

⁶¹⁶Jörg, Das neue Kassenartzrecht, Rdnr. 413.

⁶¹⁷ Eine ausführliche Darstellung des Wirtschaftlichkeitsgebotes findet sich bei Neugebauer, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung.

⁶¹⁸ Bereits 1955 wurde der Begriff der Wirtschaftlichkeit in die RVO eingefügt (§ 368 e RVO), BGBl. 1955 I, S. 513. Er galt jedoch zunächst nur hinsichtlich der Beziehung zwischen Vertragsärzten (damals: Kassenärzten) und Krankenkassen und stellte als Oberbegriff den Leistungsumfang des § 182 Abs. 2 RVO dar, BSGE 17, S. 79 (84).

⁶¹⁹ GK SGB V-Igl, § 12, Rdnr. 13.

Die Begriffe stehen nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts in einem untrennbaren Zusammenhang⁶²⁰. Der Begriff „wirtschaftlich“ schließt dabei die übrigen Voraussetzungen mit ein⁶²¹. „Was zur Erzielung des Heilerfolgs nicht notwendig oder zweckmäßig ist, ist begrifflich auch unwirtschaftlich.“⁶²² Eine Behandlungsmethode ist demnach unwirtschaftlich, wenn sie „überflüssig“, d.h. mehr als „ausreichend“ oder „notwendig“ ist, bzw. wenn sie zwar grundsätzlich geeignet, im Vergleich zu anderen, gleich erfolgversprechenden Verfahren jedoch aufwendiger, mithin nicht „zweckmäßig“ ist⁶²³.

Eine Behandlungsmethode ist „ausreichend“, wenn der Arzt zu der Überzeugung gelangt, dass weitere Maßnahmen für den diagnostischen oder therapeutischen Erfolg nicht mehr erforderlich sind⁶²⁴. Die Behandlung darf nicht mangelhaft oder ungenügend sein. Unter „zweckmäßig“ versteht man zweckdienlich, zweckentsprechend, zweckgemäß, nicht überflüssig oder sinnlos. Mit dem geringsten Aufwand soll der größtmögliche Erfolg erreicht werden⁶²⁵. Der Arzt handelt beispielsweise in jedem Falle zweckmäßig, wenn er zweifelsfrei anerkannte oder von den Bundesausschüssen in den Richtlinien anerkannte Untersuchungs- und Heilmethoden wählt⁶²⁶. Eine Leistung ist „notwendig“, wenn durch sie ein Ausgleich eines Funktionsausfalles oder einer Funktionsminderung des Körpers im Rahmen eines normalen Lebensbedürfnisses erreicht wird. Notwendigkeit liegt mithin vor, wenn gerade das gewährte Maß an Leistungen zwangsläufig, unentbehrlich oder unvermeidlich ist⁶²⁷. Der Zweck dieses Kriteriums liegt darin, dass die Leistungen der Krankenversicherung finanzierbar und die Beiträge für die Mitglieder erträglich bleiben müssen⁶²⁸.

⁶²⁰ BSGE 17, S. 79 ff.; BSGE 19, S. 123 ff.

⁶²¹ Vgl. Jörg, Das neue Kassenarztrecht, Rdnr. 301.

⁶²² BSGE 17, S. 79, (84).

⁶²³ Ebenda.

⁶²⁴ Vgl. Jörg, Das neue Kassenarztrecht, Rdnr. 301.

⁶²⁵ Peters-Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 12 Rdnr. 31.

⁶²⁶ Zu diesem Zweck haben die Bundesausschüsse insbesondere die Arzneimittel-Richtlinien, die Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien, die Krankenhauspflege-Richtlinien, die Krankentransport-Richtlinien, die zahnärztlichen Behandlungs-Richtlinien und die Zahnersatz-Richtlinien beschlossen.

⁶²⁷ Peters-Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 12, Rdnr. 32.

⁶²⁸ BVerfG MedR 1997, S. 318 ff.; vgl. auch GK-SGB V-Igl, § 12, Rdnr. 24.

Zusammengefasst ist die ärztliche Versorgung ausreichend, zweckmäßig und überschreitet das Maß des Notwendigen nicht, d.h. sie ist wirtschaftlich, wenn der von der Leistung erwartete Erfolg in einem angemessenen Verhältnis zum Aufwand steht⁶²⁹. Nicht die Wirtschaftlichkeit des Erfolgs ist das Kriterium, sondern die Kosten, die aufzuwenden sind, um diesen zu erreichen. Das Wirtschaftlichkeitsgebot darf jedoch nicht als Zwang verstanden werden, nur mit den billigsten Verfahren oder Medikamenten behandeln zu dürfen⁶³⁰. Gemäß § 70 Abs. 1 Satz 1 SGB V hat die vertragsärztliche Versorgung vielmehr dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen⁶³¹.

Am einfachsten gestaltet sich die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit, wenn nur eine Erfolg versprechende Behandlung in Frage kommt. Diese wäre niemals unwirtschaftlich, egal wie viel sie kostet.⁶³² Kommen mehrere, in etwa gleichermaßen nützliche „allgemein anerkannte“ Behandlungsmethoden in Betracht, ist wirtschaftlich dann nur die kostengünstigere Behandlung⁶³³. Im Falle erheblicher Abweichungen im Nutzen ist die erheblich nützlichere Maßnahme jedoch auch dann die wirtschaftliche, wenn sie teurer ist als eine Maßnahme, die z.B. mit weitaus größeren Risiken oder Schmerzen verbunden ist⁶³⁴. Hier haben das medizinisch definierte Behandlungsziel und seine möglichst schnelle, sichere und schonende Erreichung Vorrang vor finanziellen Belangen. Die Kostengünstigkeit (Effizienz) und die Wirksamkeit (Effektivität) sind somit die tragenden Elemente des Wirtschaftlichkeitsgebots⁶³⁵. Jedoch ist auch das Integritätsinteresse des Patienten zu berücksichtigen; eine grundsätzlich notwen-

⁶²⁹ Jörg, Das neue Kassenarztrecht, Rdnr. 301.

⁶³⁰ Vgl. Oldiges, in: Die ärztliche Behandlung im Spannungsfeld zwischen kassenärztlicher Verantwortung und zivilrechtlicher Haftung, S. 55.

⁶³¹ GK SGB V-Igl, § 12, Rdnr. 17; Clemens, in: Schulin, Sozialversicherungsrecht, § 35, Rdnr. 15; siehe auch 2 Kap. A.

⁶³² Oldiges, in: Die ärztliche Behandlung im Spannungsfeld zwischen kassenärztlicher Verantwortung und zivilrechtlicher Haftung, S. 56.

⁶³³ GK SGB V-Igl, § 12, Rdnr. 29.

⁶³⁴ Oldiges in: Die ärztliche Behandlung im Spannungsfeld zwischen kassenärztlicher Verantwortung und zivilrechtlicher Haftung, S. 56; vgl. auch GK SGB V-Igl, § 12, Rdnr. 30. Auch kann es für eine Krankenkasse wirtschaftlich sein, ein teures aber sehr wirksames Medikament zu bezahlen, wenn dafür die Arbeitsunfähigkeit eines Mitgliedes schneller beseitigt oder gar ein Krankenhausaufenthalt vermieden werden kann, vgl. Laufs/Uhlenbruck-Krauskopf, Handbuch des Arztrechts, § 34, Rdnr. 5

⁶³⁵ KassKomm-Hess, § 106, Rdnr. 2; Jörg, Das neue Kassenarztrecht, Rdnr. 301.

dige - weil kostengünstigere - Behandlungsmethode, z.B. eine Operation, kann einen zu starken Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten darstellen, so dass nicht-operative Behandlungsmaßnahmen, die grundsätzlich teurer sind als die Operation, dennoch gewählt werden müssen⁶³⁶.

II. Einfluss des Wirtschaftlichkeitsgebots auf den ärztlichen Behandlungsstandard

Da der zivilrechtlich zu einer dem ärztlichen Standard entsprechenden Behandlung verpflichtete Vertragsarzt (vgl. § 76 Abs. IV SGB V) sozialversicherungsrechtlich nur Leistungen im Rahmen einer ausreichenden, zweckmäßigen und notwendigen, mithin einer wirtschaftlichen Versorgung abrechnen kann, stellt sich die Frage, ob er dem Patienten unter Umständen haftungsrechtlich mehr schuldet, als er gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung liquidieren darf oder ob Honoraranspruch und Leistungspflicht des Arztes einerseits und der Behandlungsanspruch andererseits stets deckungsgleich sind.

1. Zivilrechtliche Grundsätze

Wie oben erwähnt, überlässt die zivilrechtliche Arzthaftung dem Arzt die Wahl der Behandlung, sofern diese dem ärztlichen Standard entspricht. Fraglich ist jedoch, ob der Arzt aus haftungsrechtlicher Sicht auch eine kostengünstigere Behandlungsmethode einer teureren vorziehen darf.

Nach einer der Rechtsprechung des Reichsgerichts angelehnten Auffassung hat der Arzt stets die sicherste und risikoärmste Methode zu wählen („Prinzip des sichersten Weges“)⁶³⁷. Nach der neueren Rechtsprechung und einem großen Teil der Literatur ist es dem Arzt jedoch erlaubt, ein höheres Risiko einzugehen, wenn dieses in den besonderen Sachzwängen des konkreten Falles und

⁶³⁶ Als Grenze gelten hier die Grenzen der Mitwirkungspflichten gemäß den §§ 60 ff. SGB I, die insoweit entsprechend anzuwenden sind, vgl. Schroeder-Printzen, MedR 1993, S. 339.

⁶³⁷ Erman-Schiemann, § 823, Rdnr. 132; MüKo-Mertens, § 823, Rdnr. 367.

einer günstigeren Heilungsprognose eine sachliche Rechtfertigung findet⁶³⁸. Wenn die erforderliche Sorgfalt somit auch von Sachzwängen beeinflusst wird, dann könnte dieser Aspekt auch für die Allokationsbegrenzung im Rahmen der Haftung eine Rolle spielen. Sachzwänge können nämlich auch auf finanzielle Vorgaben zurückgehen⁶³⁹. Konkrete Fälle von Sachzwängen gibt es bereits im Arzneimittelrecht unter dem Gesichtspunkt der Substitution. So können besonders günstige reimportierte oder parallelimportierte Arzneimittel verwendet werden, sofern sie den teureren inländischen Präparaten in Wirksamkeit und Nebenwirkungen gleichstehen⁶⁴⁰.

Die Möglichkeit, bei aufwendigen Verfahren im Bereich der Diagnostik oder Therapie auf kostengünstigere Methoden auszuweichen, steht dem Arzt somit unter bestimmten Voraussetzungen offen⁶⁴¹. Kostengünstigere Verfahren dürfen dann gewählt werden, wenn sie zwar geringfügig belasten, aber ansonsten diagnostisch gleichwertig und gut sind. Folglich muss nicht stets das teuerste und aufwendigste Verfahren angewandt werden, wenn ein preiswerteres zur Verfügung steht, das gleich gute Ergebnisse bringt und keine nennenswerten Risiken enthält⁶⁴². Zu weit geht daher die Forderung, die Alternativmaßnahme müsse gleichwirksam und dürfe nicht gefährlicher sein als das teurere Verfahren⁶⁴³. Diese dem Reichsgericht angelehnte Auffassung ist wirklichkeitsfremd und unter der heutigen finanziellen Situation unseres Gesundheitssystems nicht zu realisieren. Auch hier muss die Maximalbehandlung wirtschaftlichen Vorgaben weichen, sofern der Basisstandard zur Erhaltung der Gesundheit, zur Kon-

⁶³⁸ Überzeugend: BGH VersR 1988, S. 82. (Torsions-Drehkeilfraktur, behandelt mit einer Bündelnagelung statt einer Plattenosteosynthese); Steffen-Dressler, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 171, Schreiber, VersMed 1995, S. 4..

⁶³⁹ Zutreffend Deutsch, VersR 1998, S. 261, (64).

⁶⁴⁰ Darüber hinaus hat der Gesetzgeber zur Kosteneinsparung im Arzneimittelrecht am 15.02.02 das Arzneimittelausgaben-Begrenzungsgesetz (AABG) erlassen, welches am 22.02.02 in Kraft getreten ist. Hiernach steht den Apothekern ein Substitutionsrecht zu (aut-idem), BGBl. 2002, Teil I, S. 684.

⁶⁴¹ Siehe auch die Ausführungen in Teil 2 Kap. 1.

⁶⁴² Schreiber, VersMed 1995, S. 4. Vgl. auch Teil 2 Kap. 1.

⁶⁴³ So aber Ulsenheimer, MedR 1995, S. 441.

trolle der Schmerzen und zur Wiederherstellung des Kranken gewährleistet ist“⁶⁴⁴.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob sich der Arzt bei der Entscheidung über die Verschreibung eines Medikaments nach den Wünschen des Patienten zu richten hat; mit anderen Worten, ob der Patient einen Anspruch auf die Verschreibung eines bestimmten Medikaments hat. Mit dieser Frage hatte sich das OLG Hamm im Jahre 1994 auseinander zusetzen⁶⁴⁵.

In seinem Urteil vom 09.11.1994 hatte das Oberlandesgericht Hamm über die Berufungsklage eines Patienten zu entscheiden, der von seinem behandelnden Orthopäden wegen Kniegelenksbeschwerden mit einem speziellen Medikament behandelt werden wollte. Es handelte sich um ein besonders teures Präparat, so dass der Arzt die Verordnung ablehnte, um eine preiswertere und gleichwertige Behandlung durchzuführen, zumal auch die Krankenkasse das Ausstellen einer „Regressverzichtserklärung“ abgelehnt hatte. Die Berufung des Patienten mit dem Ziel, den Arzt zur Verordnung eines bestimmten Medikaments zu verpflichten, hatte keinen Erfolg.

Nach den Grundsätzen des Behandlungsvertrages ist der Arzt nach Auffassung des Gerichtes nur verpflichtet, mit der medizinisch gebotenen Sorgfalt zu behandeln. Ein Anspruch auf Verordnung eines bestimmten Medikamentes sei dadurch nicht begründet. Im Rahmen der Therapiefreiheit könne der Arzt die Behandlung nach eigenem Ermessen ausrichten. Zwar bestehe aus dem privatrechtlichen Dienstverhältnis zwischen den Parteien für den Arzt die Verpflichtung, im Rahmen des kassenärztlichen Wirtschaftlichkeitsgebots dasjenige Mittel zu verschreiben, das die beste Wirkung verspricht. Dieser Verpflichtung des Arztes stehe jedoch kein entsprechender Leistungsanspruch gegenüber. Nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen bestehe ein Anspruch auf Durchführung

⁶⁴⁴ Deutsch, VersR 1998, S. 261, (264).

⁶⁴⁵ OLG Hamm, DAusR 1996, S. 6.

einer bestimmten Maßnahme. Dies sei jedoch nach den Erklärungen des beklagten Arztes nicht der Fall gewesen. Der Kläger wurde mit Schmerzmitteln behandelt und mit Salben eingerieben. Als Alternative hätten auch Injektionen mit Cortisonmedikamenten, sowie eine operative Behandlung zur Verfügung gestanden, welche der Kläger jedoch ablehnte.

Da es sich bei dem vom Kläger erwünschten Präparat nicht um das für die Behandlung der Knieerkrankung einzig wirksame Medikament handelte, ist der Auffassung des OLG Hamm zuzustimmen. Die Wahl der Behandlungsmethode ist Sache des Arztes. Individuelle Präferenzen des Patienten hat der Arzt nicht zu berücksichtigen, wenn er ein Mittel verschreibt, welches dem medikamentösen Standard entspricht⁶⁴⁶. Zu beachten ist jedoch, dass es im Einzelfall äußerst schwierig sein kann zu beweisen, dass ein Mittel nicht mehr geeignet ist, die konkrete Erkrankung zu heilen, bzw. die eindeutige Überlegenheit eines Medikaments zu beweisen. Denn dann lässt sich grundsätzlich auch nicht nachweisen, dass die Verschreibung des preiswerteren Medikaments die Heilung verhindert oder verzögert hat.

2. Bewertung

Wie die vorhergehenden Ausführungen zeigen, ergibt sich zwischen ärztlichem und sozialrechtlichem Standardbegriff kein Widerspruch⁶⁴⁷. Insbesondere stimmt das sozialrechtliche Gebot, von gleichwertigen Behandlungsmöglichkeiten die preiswertere Variante zu wählen, mit den haftungsrechtlichen Grundsätzen

⁶⁴⁶ So aber Stegers, in: Medizinische Notwendigkeit und Ethik, S. 65, (75).

⁶⁴⁷ So aber Conradi, Verknappung medizinischer Ressourcen und Arzthaftung, S. 113: „Im Bereich der therapeutischen Leistungen liegt ein Konflikt zwischen den haftungsrechtlichen Anforderungen und dem sozialversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot vor, wenn zwei Behandlungsalternativen, die beide das gewünschte Behandlungsergebnis erzielen, die eine aber weniger belastend für den Patienten und/oder schneller aber auch kostenintensiver ist als die andere.“

überein⁶⁴⁸. Wählt der Arzt eine Behandlungsmethode, die dem Wirtschaftlichkeitsgebot entspricht, kann ihn aus diesem Grund keine zivilrechtliche Haftung treffen⁶⁴⁹. Der Arzt gerät in kein Spannungsfeld⁶⁵⁰. Ungeachtet der Tatsache, dass im Einzelfall umfassende Untersuchungen oder Behandlungen angezeigt sein können, ist es weder für den Patienten noch für die Solidargemeinschaft erstrebenswert, in allen Fällen Maximaldiagnostik oder -Therapie anzuwenden⁶⁵¹.

Auch eine Aufklärung über unwirtschaftliche Alternativen ist nicht erforderlich: Wie oben erläutert fordert der BGH zu Recht keine Aufklärung über verschiedene gleich wirksame Behandlungsmethoden⁶⁵². Zudem ist eine Behandlung, die wesentlich besser ist als eine andere, trotz der Kosten auch die wirtschaftlichere. Fragt der Patient allerdings ausdrücklich nach einer unwirtschaftlichen Behandlung, so muss ihn der Arzt darüber aufklären, dass die Behandlung unwirtschaftlich ist, er sie als Vertragsarzt nicht erbringen darf und der Patient auch gegenüber der Krankenkasse keinen Anspruch auf eine unwirtschaftliche Behandlung hat.

Im Ergebnis lässt sich somit feststellen, dass es keine vertragsärztlichen Regeln gibt, die den Vertragsarzt in die Gefahr einer zivilrechtlichen Haftung bringen. Das SGB V bezieht sich hinsichtlich der Qualität und Sorgfaltspflichten ärztlichen Handelns ebenso wie das Haftungsrecht auf die von der Medizin entwi-

⁶⁴⁸ So auch Rieger, MedR 1996, S. 147. Die Prognose von Kramer, MedR 1993, S. 345, hat sich hingegen nicht erfüllt: „Angesichts der wohl auf absehbare Zeit schwierigen Haushaltslage und der ständig wachsenden Kosten für die medizinische Versorgung ist damit zu rechnen, dass nicht mehr sämtliche sich auf hohem und höchstem Niveau entwickelnden Standards Gegenstand der uneingeschränkten kassenärztlichen Leistung sein werden. Damit werden Standards der kassenärztlichen Leistungen zu definieren sein, die vom allgemeinen medizinischen Standard abweichen.“

⁶⁴⁹ Nach Conradi, Verknappung medizinischer Ressourcen und Arzthaftung, S. 113, unter Umständen schon: „Wählt der Arzt die kostenintensivere Therapie, handelt er unwirtschaftlich. Wählt er die kostengünstigere Therapie, widerspricht dies dem Haftungsrecht.“

⁶⁵⁰ Zumindest nicht theoretisch; in tatsächlicher Hinsicht möglicherweise schon, hierzu sogleich.

⁶⁵¹ Oldiges, Die ärztliche Behandlung im Spannungsfeld zwischen kassenärztlicher Verantwortung und zivilrechtlicher Haftung, S. 56, (59).

⁶⁵² Vgl. Teil 2 Kap. 1 B IV 2.

ckelten Leistungsstandards⁶⁵³. Damit deckt sich die Aussage des Sozialrechts, dass eine Leistung „ausreichend und zweckmäßig“ sein muss, mit der haftungsrechtlichen Forderung nach „Indiziertheit“ der Leistung. Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung erlaubt hier keinen Widerspruch⁶⁵⁴. Nach Goetze ergibt sich die Übereinstimmung von Sozialrecht und Haftungsrecht aus einer „harmonisierenden Auslegung sich scheinbar widersprechender Normen“⁶⁵⁵. „Diese dürfte zwischen dem Wirtschaftlichkeitsgebot und den haftungsrechtlichen Normen auch stets möglich sein, da sich der Aufwand, der im Sinne des Haftungsrechts erforderlich ist, auch als wirtschaftlich auffassen lässt.“⁶⁵⁶ Das Wirtschaftlichkeitsgebot erkennt folglich an, dass die ärztlich gebotene Sorgfalt rechtlich erfüllt werden muss und darf. Demnach hätten z.B. die Indikation und Wirksamkeit einer eingeleiteten Maßnahme Vorrang vor dem Wirtschaftlichkeitsaspekt. Die Kostendämpfungsmaßnahmen und Einsparverpflichtungen finden dort ihre Grenzen, wo sie mit einer konkreten Gefahrerhöhung für den Patienten verbunden ist. Schon wegen des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Gesundheit darf es in Deutschland niemals einen Unterschied zwischen den Standards der kassenärztlichen Leistungen und den allgemeinmedizinischen Standards geben⁶⁵⁷.

Obwohl nach diesen Erwägungen scheinbar kein Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaftlichkeitsgebot und zivilrechtlicher Arzthaftung besteht, ergeben sich in der Praxis hingegen zum Teil erhebliche Unterschiede. Wirft man einen Blick in diverse ärztliche Fachzeitschriften, erkennt man eine große Furcht der Mediziner, sich wegen unwirtschaftlicher Behandlung regresspflichtig zu machen⁶⁵⁸. Viele Ärzte sind mit der sich ständig ändernden Gesetzeslage hinsicht-

⁶⁵³ Ebenso Steffen, MedR 1995, S. 190.

⁶⁵⁴ So auch Franzki, AuK 1994, S. 61, (62).

⁶⁵⁵ Goetze, Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot, S. 200 f.

⁶⁵⁶ Ebenda.

⁶⁵⁷ Uhlenbruck, MedR 1995, S. 435.

⁶⁵⁸ Stellvertretend: Weinhold, „Medizinischer Fortschritt und knappe Ressourcen - Das Dilemma der Prioritätensetzung“, DÄBl. 1997, A-80; Dietze, „Wirtschaftlichkeit - Nicht nach Durchschnittswerten“, A&W 1999, S. 17; Adrian, Wirtschaftlichkeitsprüfung - Diesen Fluchtweg gibt es“, A&W 1999, S. 25; Weißbauer, „Die Medizin im Spannungsverhältnis zwischen Recht und Ökonomie“, Der Chirurg 1997, S. 150 ff.

lich Kosteneinsparungen im Gesundheitswesen überfordert und wissen nicht, was und wie viel sie noch verordnen dürfen⁶⁵⁹. Dies führt verstärkt zu einer kostenintensiven Defensivmedizin oder zu einer Behandlung, die nicht mehr dem Standard entspricht⁶⁶⁰. Insofern besteht trotz der dargestellten Übereinstimmung zwischen sozialem Standard und Wirtschaftlichkeitsgebot auf der einen Seite und haftungsrechtlichem Standard auf der anderen Seite sehr wohl ein Spannungsverhältnis zwischen Sozial- und Zivilrecht⁶⁶¹, dessen Lösungsmöglichkeiten am Schluss der Bearbeitung untersucht werden sollen.

C. Behandlungsstandard und Budgetierung

Wie die Ausführungen zu der Kostensituation im Gesundheitswesen gezeigt haben, kommt es mehr und mehr zu Sparmaßnahmen und Rationierungen im deutschen Gesundheitswesen⁶⁶². Hiervon ist auch die Ärzteschaft durch verstärkte Budgetregelungen des Gesetzgebers unmittelbar betroffen. Es stellt sich daher die Frage, ob Budgetierungen ärztliches Handeln dahin beeinflussen können, dass sich bisherige Standards nicht mehr halten lassen und ob sich dadurch Auswirkungen auf die Haftung des Arztes ergeben können.

I. Budgetierungen im Gesundheitswesen

Aufgrund der steigenden Kosten im Gesundheitswesen wurden und werden verschiedene Bereiche ärztlicher Tätigkeit anhand gesetzlicher Vorgaben budgetiert. Unter dem sozialversicherungsrechtlichen Budgetbegriff versteht man die Festlegung einer Ausgabengrenze als Höchstgrenze⁶⁶³. Die Budgetierung

⁶⁵⁹ Ebenda.

⁶⁶⁰ Vgl. Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin; Broglie, DAusR 1997, S. 3, (7); Uhlenbruck, MedR 1995, S. 438, (439); Bogs, Defensives Denken und Handeln in der Medizin als Folge des Einflusses des Rechts.

⁶⁶¹ Kritisch auch Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 99, Rdnr. 25: „Der Weg zu einer Harmonisierung der gesetzlichen Haftpflichtregeln ist ungeklärt. Es besteht die Gefahr, dass eine ärztliche Internalisierung des Wirtschaftlichkeitsgebots zu einer schleichenden ökonomischen Infiltration der medizinischen Standards führt

⁶⁶² Siehe Teil 1, Kap. 2.

⁶⁶³ Vgl. Boecken, MedR 2000, S. 165, (166).

hat zum Ziel, die kostentreibende Mengenausweitung zu begrenzen. Sie stellt damit eine Konkretisierung des sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots dar⁶⁶⁴. Nach der früheren Rechtslage wurden für jede der 23 Kassenärztlichen Vereinigungen in Deutschland Obergrenzen sowohl für die Vergabe von Arznei- und Heilmitteln (§ 84 Abs. 1 SGB V) als auch für die Leistungen der Ärzte festgelegt. Bei Überschreitung dieser Grenzen galt die so genannte Kollektivhaftung aller Ärzte einer Kassenärztlichen Vereinigung. Hiernach wurden die Ärzte in Regress genommen und müssen notfalls Einbußen ihres Einkommens hinnehmen, unabhängig von der Frage, wer sich an das Limit gehalten hat und wer nicht. Diese gesetzlichen Regelungen sind bei der Ärzteschaft verständlicherweise auf erhebliche Kritik gestoßen. Hierauf hat der Gesetzgeber reagiert und ein „Arzneimittelbudget - Ablösungsgesetz“ (ABAG) entworfen, welches mit Wirkung zum 31.12.2001 in Kraft getreten ist⁶⁶⁵. Nach dem ABAG fallen das Arznei- und Heilmittelbudget und damit auch die Kollektivhaftung weg. Nach Ansicht vieler Mediziner stellt der Gesetzesentwurf jedoch nur scheinbar eine Verbesserung dar⁶⁶⁶.

Im stationären Bereich wird für jedes Krankenhaus auf der Basis einer Leistungs- und Kalkulationsaufstellung ein Budget und, daraus abgeleitet, ein tagesgleicher Pflegesatz für den zukünftigen Pflegesatzzeitraum, (in der Regel ein Jahr), zwischen Krankenhausträger und Krankenkassen vereinbart. Der Pflegesatz teilt sich in einen Abteilungspflegesatz und einen Basispflegesatz⁶⁶⁷. Darüber hinaus werden Fallpauschalen und Sonderentgelte abgerechnet. Eine Fallpauschale vergütet sämtliche Krankenhausleistungen für einen Behand-

⁶⁶⁴ Vgl. Rieger, MedR 1996, S. 147.

⁶⁶⁵ Siehe den Gesetzesentwurf im Internet www.bmggesundheit.de. Kritisch: Rathgeber, A&W 2001, S. 16.

⁶⁶⁶ Vgl. A & W 2001, S. 16.

⁶⁶⁷ Mit dem Abteilungspflegesatz werden insbesondere ärztliche Leistungen, Pflege und die Versorgung mit Arzneimitteln abgegolten, mit dem Basispflegesatz Unterkunft und Verpflegung. Ergeben sich im Pflegesatzzeitraum Mehr- oder Mindererlöse, werden diese im folgenden Budget ausgeglichen. Vgl. zu dem ganzen: Beske, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 146 ff.

lungsfall. Mit Sonderentgelten wird ein Teil der Krankenhausleistungen eines Behandlungsfalls vergütet⁶⁶⁸.

II. Einfluss von Budgetierungen auf den ärztlichen Behandlungsstandard

1. Wird der Behandlungsstandard wegen Budgetierungsmaßnahmen gesenkt?

Ist bei der Bestimmung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eine Abwägung zwischen dem Interesse an Wahrung der Handlungsfreiheit einerseits und dem Bedürfnis nach Schutz von Rechtsgütern Dritter andererseits erforderlich, so ist neben der Schutzwürdigkeit der bedrohten Rechtsgüter auch die Zumutbarkeit von Sorgfaltsmaßnahmen zu berücksichtigen⁶⁶⁹. Unter Zumutbarkeit sind auch Maßnahmen zu verstehen, deren Finanzierung beurteilt werden muss. Zumutbar heißt demnach auch finanziell zumutbar⁶⁷⁰. Der Arzt hat daher nicht jedes neue Medikament und nicht jede verbesserte neue Technik anzuwenden, um sorgfaltsgemäß zu handeln⁶⁷¹. Der ärztliche Heilauftrag und der von den Gerichten angewandte Sorgfaltsmaßstab erfordern keinesfalls immer die Ausschöpfung aller medizinischen Behandlungsmöglichkeiten. Das verantwortungsbewusste rechte Maß wird sich in sinnvoller Mittelverwendung niederschlagen. Der Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit ist jedoch äußerst restriktiv zu handhaben⁶⁷². Je höher der Wert des bedrohten Rechtsguts und je höher der mögliche Schaden, desto strengere Anforderungen sind an das Maß der erforderlichen Sorgfalt zu stellen⁶⁷³. Da durch ärztliches Fehlverhalten Leben

⁶⁶⁸ Die Preise setzen sich aus einer bundeseinheitlich festgelegten Punktzahl und einem landeseinheitlich vereinbarten Punktwert zusammen. Können sich Krankenträger und Kostenträger nicht auf eine Pflegesatzvereinbarung einigen, entscheidet eine Schiedsstelle, vgl. Beske, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 149.

⁶⁶⁹ Vgl. Erman-Schiemann, § 823, Rdnr. 80. Siehe auch die Einführung in Teil 3.

⁶⁷⁰ Vgl. BGH VersR 1976, S. 778; Soergel-Wolf, § 276, Rdnr. 90; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II, § 76 III 4. b); kritisch: MüKo-Grundmann, § 276, Rdnr. 61.

⁶⁷¹ Hierzu siehe Teil 3, 1 Kap.

⁶⁷² Vgl. Palandt, § 276, Rdnr. 7.

⁶⁷³ Soergel-Wolf, § 276, Rdnr. 92.

und Gesundheit der Patienten bedroht werden können, ergeben sich demgemäß die denkbar höchsten Anforderungen. „Der Schutz der Gesundheit erzwingt stets einen Normalstandard der Sorgfalt zur Erhaltung der Gesundheit, zur Kontrolle der Schmerzen und zur Wiederherstellung des Kranken.“⁶⁷⁴ Diesen zu unterschreiten wäre verfassungswidrig⁶⁷⁵. Aus diesem Grund kann sich der Arzt oder Krankenhausträger nicht mit dem Argument von der Haftung befreien, er würde für seine Tätigkeit nicht hinreichend bezahlt⁶⁷⁶. Keinesfalls würde es die Rechtsprechung gutheißen, wenn im Krankenhauswesen in der ersten Jahreshälfte „aus dem Vollen geschöpft“ und in der zweiten nur noch nach einem herabgesetzten Standard behandelt würde.⁶⁷⁷ Gleichsam mindert sich für den Vertragsarzt der Sorgfaltsmaßstab nicht etwa deshalb, weil er am Quartalsende unter den Druck der Wirtschaftlichkeitsprüfung gerät⁶⁷⁸.

Der ärztliche Standard lässt sich somit nicht durch Budgetierung und ökonomische Zwänge auf einen aus den Vorgaben des Sozialrechts bestimmten „Mindeststandard“ beschränken⁶⁷⁹. Arzt und Krankenhausträger werden durch die Folgen von Budgetierung, Deckelung oder Fallpauschalen nicht von der Haftung für die erforderliche Sorgfalt befreit⁶⁸⁰. Der Arzt hat vielmehr „die schwierige Aufgabe, die allgemeinen Vorgaben der Sozialgesetzgebung im Einzelfall federnd und für den Patienten verträglich umzusetzen.“⁶⁸¹ Die Budgetierungen ändern nichts daran, dass auch der Sozialversicherte nach wie vor einen Anspruch auf Heilbehandlung nach dem jeweiligen medizinischen Standard hat⁶⁸². Die Umsetzung der Budgetierung ist eine Frage der innerärztlichen Honorarverteilung und darf somit auf die im Einzelfall zu beachtende Sorgfalt und

⁶⁷⁴ Deutsch, VersR 1998, S. 261, (265).

⁶⁷⁵ Ebenda; vgl. auch Franzki, AuK 1994, S. 61, (62).

⁶⁷⁶ So auch Schewe, DAusR 1996, S. 8, (11).

⁶⁷⁷ Franzki, AuK 1994, S. 61, (65).

⁶⁷⁸ Schewe, DAusR 1996, S. 8, (10).

⁶⁷⁹ So auch Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438, (440).

⁶⁸⁰ Rieger, MedR 1996, S. 147.

⁶⁸¹ Deutsch, VersR 1998, S. 261, (265).

⁶⁸² Kullmann, VersR 1997, S. 529, (532); Heinze MedR 1996, S. 252, (255).

die zu erbringenden Leistungen keine Auswirkungen haben⁶⁸³. So ist der Arzt nicht zur Anwendung verminderter Sorgfaltspflichten berechtigt mit der Begründung, dass er zum Nulltarif arbeiten müsse oder ein betriebswirtschaftlich nicht kostendeckendes Honorar erhalte⁶⁸⁴. Vielmehr handelt es sich bei der Möglichkeit eines Regresses im Falle der Budgetüberschreitung um ein im Rahmen der vorliegenden Bearbeitung nicht näher zu erörterndes rechtliches Problem der Ärzte, die sich fragen müssen, ob ihre Inpflichtnahme i.S.d. Art 12, 14 GG zulässig ist und ob sie gegebenenfalls dagegen vorgehen müssten⁶⁸⁵.

Im Ergebnis setzen sich somit die medizinischen Notwendigkeiten zur Erhaltung der grundgesetzlich geschützten Gesundheit gegenüber den sozialgesetzlichen Sparmaßnahmen durch. Richtet sich der Arzt nicht danach, so macht er sich haftbar. Ein Ausschluss der Haftung wegen finanzieller Unzumutbarkeit kommt hier nicht in Betracht⁶⁸⁶.

2. Darf der Arzt eine Behandlung aus Kostengründen unterlassen?

Im Zusammenhang mit der gerade dargestellten Problematik stellt sich hieran anschließend die Frage, ob der Arzt aus Gründen der Ressourcenknappheit eine Behandlung unterlassen darf.

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung hierzu zeigt der folgende in England entschiedene Fall aus dem Jahre 1995⁶⁸⁷. Dort wurde ein sechsjähriges leukämiekrankes Mädchen zunächst mit Chemotherapie, später mit Bestrahlung und Knochenmarkstransplantation behandelt. Als sie einen Rückfall erlitt, kam die Frage auf, ob eine weitere Knochenmarksverpflanzung und Chemotherapie

⁶⁸³ So der Richter am BSG Dr. Klaus Engelmann anlässlich der 28. Richterwoche des Bundessozialgerichts, wiedergegeben von Wältermann, Tagungsberichte, VersR 1997 S. 43, (45), vgl. auch Heinze, MedR 1996, S. 252, (255), Rieger, MedR 1996, S. 147.

⁶⁸⁴ Rieger, MedR 1996, S. 147.

⁶⁸⁵ Vgl. zu dieser Problematik Schmiedl, MedR 2002, S. 116 ff.; Kullmann, VersR 1997, S. 529, (532); Heinze, MedR 1996, S. 252, (255 f.).

⁶⁸⁶ So auch Deutsch, VersR 1998, S. 261, (265).

⁶⁸⁷ Court of Appeal (1995), WLR 898.

vorgenommen werden sollte. Die Erfolgsaussichten der zweiten Behandlung beliefen sich auf ca. 10 - 20 %, wobei die Knochenmarkstransplantation 60.000 Pfund und die Chemotherapie 15.000 Pfund gekostet hätte. Die Gesundheitsbehörde lehnte die Behandlung wegen eingeschränkter Mittel ab. Der Richter in der ersten Instanz verwies den Fall zur neuen Betrachtung an die Behörde zurück. Das Rechtsmittel der Behörde hatte Erfolg: Aufgrund der geringen Erfolgswahrscheinlichkeit war es der Behörde gestattet, ihre beschränkten Mittel zum besten Vorteil der Gesamtheit der Patienten zu verwenden. In dieser Beziehung durfte die Behörde auch die Gesamtkosten in Erwägung ziehen⁶⁸⁸.

Um festzustellen, ob und in welchem Rahmen es in unserem Gesundheitssystem gestattet ist, Patienten aus Kostengründen nicht zu behandeln, muss zwischen der Behandlung durch einen niedergelassenen Arzt und der stationären Behandlung differenziert werden.

a. Die Behandlung in der Praxis

aa. Allgemeine Behandlungspflichten

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Arzt generell zur Übernahme der Behandlung verpflichtet ist oder ob er im Einzelfall dazu berechtigt ist, Patienten abzuweisen. Grundlage für die anzustellenden Überlegungen ist die Tatsache, dass auch im Arztrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit (Privatautonomie) gilt, welcher zugleich die Abschlussfreiheit umfasst⁶⁸⁹. Daraus folgt, dass kein Kontrahierungszwang des Arztes besteht⁶⁹⁰. Der Grundsatz der Abschluss- und Behandlungsfreiheit berechtigt den Arzt vielmehr, frei darüber zu entscheiden, ob er eine Behandlung übernehmen möchte oder nicht⁶⁹¹. Der Arzt kann

⁶⁸⁸ Ebenda.

⁶⁸⁹ Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, § 41, Rdnr. 2.

⁶⁹⁰ Vgl. RGRK-Nüßgens, § 823 Anh II, Rdnr. 17; MüKo-Müller-Glöbe, § 611, Rdnr. 53; Broglie, DAusR 1997, S. 3, (9).

⁶⁹¹ Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, § 41, Rdnr. 2.

somit eine Behandlung - auch ohne Angabe von Gründen - ablehnen⁶⁹². Aus diesem Grund kann auch die teilweise vertretene Ansicht, der Arzt dürfe nicht aus unsachlichen oder willkürlichen Gründen die Behandlung behandlungsbedürftiger Kranker ablehnen⁶⁹³, nicht überzeugen: Es gibt keine allgemeine Berufspflicht des Arztes, zur Übernahme erbetener Behandlungen⁶⁹⁴. Ausnahmen bestehen jedoch bei Notfällen⁶⁹⁵ oder besonderen rechtlichen Verpflichtungen, wie z.B. einer Einteilung in den ärztlichen Notfalldienst⁶⁹⁶. Ebenfalls ist eine bereits begonnene Behandlung in der Regel fortzusetzen⁶⁹⁷. Dies ergibt sich schon aus vertragsrechtlichen Gründen (§§ 611, 627 BGB).

Der Vertragsarzt kann grundsätzlich nicht selbst entscheiden, ob er einen Patienten behandeln wird oder nicht. Er unterwirft sich durch die Zulassung den vertragsärztlichen Einschränkungen und Pflichten (§ 95 Abs. 3 SGB V). Hieraus leitet sich jedoch kein umfassender Kontrahierungszwang ab⁶⁹⁸: Gemäß § 11 Abs. 5 BMV-Ä ist der Vertragsarzt vielmehr berechtigt, die Behandlung „in begründeten Fällen“ abzulehnen. Die im öffentlichen Recht begründete Position des Vertragsarztes verbietet lediglich, Kassenpatienten willkürlich von einer Behandlung auszuschließen. Bei Vorliegen eines triftigen Grundes darf der Vertragsarzt, mit Ausnahme von Notsituationen, die Übernahme der Behandlung somit ablehnen⁶⁹⁹. In einigen Fällen muss er die Behandlung sogar unterlassen, um sich nicht ein Übernahmeverschulden vorwerfen zu lassen. Dies gilt z.B. dann, wenn das erforderliche Spezialwissen oder die notwendigen Geräte oder Medikamente nicht vorhanden sind⁷⁰⁰. Auch in Fällen, in denen das Ver-

⁶⁹² Krieger, MedR 1999; S. 519.

⁶⁹³ Luig, Der Arztvertrag, in: Vertragsschuldverhältnisse, 1974, S. 230; Laufs, NJW 1987, S. 2262.

⁶⁹⁴ So auch Krieger, MedR 1999, S. 519.

⁶⁹⁵ Hier hat der Arzt zumindest eine stabilisierende Erstversorgung vorzunehmen. Dies ergibt sich sowohl aus den berufsrechtlichen Vorschriften, als auch gemäß § 323 c StGB.

⁶⁹⁶ Vgl. Andreas, Arztrecht 1997, S. 207, (208); Krieger, MedR 1999, S. 519, Deutsch, Medizinrecht, Rdnr. 59; Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, § 41, Rdnr. 2.

⁶⁹⁷ Vgl. Krieger, MedR 1999, S. 519, (523).

⁶⁹⁸ Vgl. Krauskopf-Krauskopf, SGB V, § 95, Rdnr. 27, RGRK-Nüssgens, § 823 Anh II Rdnr. 17; Jörg, Das neue Kassenarztrecht, Rdnr. 22; Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, § 41, Rdnr. 5; Krieger, MedR 1999, S. 519.

⁶⁹⁹ Krieger, MedR 1999, S. 519, (520).

⁷⁰⁰ Ebenda.

halten des Patienten erwarten lässt, dass das erforderliche Vertrauensverhältnis nicht zustande kommt, kann die Ablehnung der Behandlung durch den Arzt gerechtfertigt sein⁷⁰¹.

bb. Nichtbehandlung aus finanziellen Gründen

Möglicherweise kann dem Arzt im Einzelfall auch eine Ablehnung der Behandlung aus Gründen der Budgeterschöpfung gestattet sein⁷⁰². Auch in diesem Fall gilt jedoch, dass die ärztliche Leistung nicht verweigert werden darf, wenn der Patient dringender Behandlung bedarf, seine Abweisung also mit ernstzunehmenden Gefahren verbunden und eine rechtzeitige Hilfeleistung an einem anderen Ort nicht gesichert wäre⁷⁰³. Hier hat zumindest eine stabilisierende Erstversorgung zu erfolgen, will sich der Arzt nicht dem Haftungsrisiko bzw. dem strafrechtlichen Vorwurf der unterlassenen Hilfeleistung aussetzen⁷⁰⁴. Anschließend hat der Arzt den Patienten dann zur Weiterbehandlung an einen anderen Arzt zu überweisen⁷⁰⁵. Auch laufende Behandlungen dürfen aus Gründen der Budgeterschöpfung weder eingeschränkt noch abgebrochen werden⁷⁰⁶ und der Patient darf auch keinesfalls auf Selbstzahlung verwiesen werden, da dies dem System der GKV widersprechen würde⁷⁰⁷.

Wie bereits erwähnt kann der Vertragsarzt jedoch gemäß § 11 V BMV-Ä „in begründeten Fällen“ eine Behandlung ablehnen. Die Ablehnung der Behand-

⁷⁰¹ Vgl. weitere Beispiele hierzu bei Narr, *Ärztliches Berufsrecht*, Rdnr. 727.

⁷⁰² Nach einer Patientenbefragung der Uni Bremen im Auftrag der Gmünder Ersatzkasse verweigern niedergelassene Ärzte inzwischen jedem dritten Versicherten ambulante Leistungen, die im GKV-Katalog stehen: Von den 4.024 Versicherten der Kasse, die auswertbare Antworten gaben, bestätigten 1.011 der Patienten (27 %), dass ihnen im vierten Quartal 1999 in der ambulanten Versorgung mindestens eine Leistung verweigert oder auf das Jahr 2000 verschoben worden sei: 15 % verweigerten Ärzte Heil- und Hilfsmittel, 11 % Medikamente mit Alternative, 11 % Medikamente ohne Alternative, 5 % eine ärztliche Untersuchung und 3 % eine ärztliche Behandlung, vgl. hierzu *Arzt & Wirtschaft* 2000, S. 78.

⁷⁰³ Broglie, *DAusR* 1997, S. 3, (9).

⁷⁰⁴ Haftungsrechtlich kommt vor allem ein Anspruch aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 und 3 BGB in Betracht. Daneben bestehen deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 1 und 2 und/oder § 826 BGB.

⁷⁰⁵ Deutsch, *VersR* 1998, S. 261, (265).

⁷⁰⁶ In diesem Fall haftet der Arzt vor allem aus § 627 Abs. 2 S. 2 BGB.

⁷⁰⁷ Vgl. zu den Grundlagen der GKV Teil 1, 1 Kap. C I.

lung neuer Patienten zur Verhinderung einer übermäßigen Ausdehnung seiner vertragsärztlichen Tätigkeit stellt einen solchen „begründeten Fall“ dar: Die Vorschriften des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs (EBM)⁷⁰⁸ und Honorarverteilungsmaßstabs (HVM)⁷⁰⁹ haben verhaltenssteuernde Aufgaben, d.h. durch Punktzahlobergrenzen und Abstufung soll erreicht werden, dass der behandelnde Arzt das Leistungsvolumen reduziert⁷¹⁰. Da er aber verpflichtet ist, medizinisch notwendige Leistungen zu erbringen und im Rahmen einer laufenden Behandlung nicht berechtigt ist, eine medizinisch erforderliche Behandlung abzulehnen, kann er den Leistungsumfang nur dadurch reduzieren, dass er die entsprechende Leistungserbringung bei neuen Patienten ablehnt⁷¹¹. Den Arzt trifft in derartigen Fällen dann auch keine zivilrechtliche Haftung.

Versagt ist es dem Vertragsarzt hingegen die Behandlung mit der Begründung zu verweigern, dass er hierfür kein auskömmliches Honorar erhalte⁷¹². Der Arzt hat keinen Anspruch darauf, dass eine Einzelleistung kostendeckend vergütet wird. Die nichtauskömmliche Honorierung einer Einzelleistung stellt daher keinen wichtigen Grund dar, der den Vertragsarzt berechtigt, die Erbringung einer Einzelleistung zu verweigern⁷¹³. Eine zivilrechtliche Haftung des Arztes kommt jedoch auch hier nur dann in Betracht, wenn sich der abgelehnte Patient in einer Notsituation befunden hat, da andernfalls schon die Möglichkeit eines Schadens ausgeschlossen ist.

⁷⁰⁸ Gemäß § 87 Abs. 2 SGB V bestimmt der EBM den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen und ihr wertmäßiges, in Punkten ausgedrücktes Verhältnis zueinander.

⁷⁰⁹ Der HVM regelt die Verteilung der von den Kassen entrichteten Gesamtvergütung unter die Vertragsärzte, vgl. § 85 Abs. 4 SGB V.

⁷¹⁰ BSG SozR 3-2500 § 87 Nr. 14, S. 80, sub 8. Siehe auch Weinhold, DÄBl. 1997, A-79.

⁷¹¹ BSG SozR 3-2500, § 87, Nr. 14, S. 80, sub 8. So auch Krieger, MedR 1999, S. 519, (521).

⁷¹² BSG SGB 01, S. 307 ff.

⁷¹³ Zutreffend Krieger, MedR 1999, S. 519, (522).

b. Die Behandlung im Krankenhaus

aa. Allgemeine Behandlungspflichten

Für Krankenhäuser besteht grundsätzlich keine Abschlussfreiheit. So sehen einige Krankenhausgesetze der Länder wie z.B. § 2 Abs. 1 KHG NW ausdrücklich einen Kontrahierungszwang des Krankenhausträgers vor. Aus der Einbindung in ein öffentlich-rechtliches Planungs- und Finanzierungssystem folgt für das einzelne Krankenhaus im Rahmen seiner planerischen Aufgabenstellung und Leistungsfähigkeit eine allgemeine Aufnahme- und Behandlungspflicht von Patienten, bei denen stationäre Behandlungsbedürftigkeit besteht⁷¹⁴. Ist ein Krankenhaus aus betrieblichen Gründen nicht in der Lage, seine Aufnahme- und Behandlungspflicht zu erfüllen, z.B. weil es voll belegt ist oder notwendige Geräte ausgefallen sind, so hat es einen Patienten, dessen sofortige Aufnahme geboten und durch ein anderes geeignetes Krankenhaus nicht sichergestellt ist, einstweilen aufzunehmen. Nötigenfalls hat es dann für seine Verlegung Sorge zu tragen. In Unglücks- und Notfällen ist, wenn aus medizinischen Gründen eine umgehende Behandlung des Patienten geboten ist, jedes für die Erstversorgung geeignete Krankenhaus zur Aufnahme und Behandlung verpflichtet.⁷¹⁵ Die allgemeine Rechtspflicht zur Aufnahme und Behandlung löst für die nach der Aufgabengliederung des Krankenhauses zuständigen, fachkompetenten Ärzte die konkrete Behandlungspflicht aus⁷¹⁶.

bb. Nichtbehandlung aus finanziellen Gründen

Aufgrund des Kontrahierungszwangs sind der Verweigerung der Krankenhausaufnahme eines Patienten wegen finanzieller Engpässe Grenzen gesetzt. So besteht sowohl aus humanitären, als auch aus haftungsrechtlichen Gründen auch dann eine Aufnahmepflicht, wenn der Patient mit einem schweren Krank-

⁷¹⁴ BGH NJW 1983, S. 1374.

⁷¹⁵ Laufs/Uhlenbruck-Genzel, Handbuch des Arztrechts, § 84, Rdnr. 29.

⁷¹⁶ Laufs/Uhlenbruck-Genzel, Handbuch des Arztrechts, § 84, Rdnr. 31.

heitsbild eingewiesen wird, dessen hohe Behandlungskosten bereits zu diesem Zeitpunkt erkennbar sind⁷¹⁷. Universitäts- und Spezialkliniken dürfen ihnen zugewiesene Patienten nicht ablehnen und können sie auch nicht weiterverweisen, wenn die Behandlung keinen Aufschub bis ins nächste Geschäftsjahr duldet und Spezialkenntnisse erforderlich sind, die die anderen Krankenhäuser nicht gewährleisten können. In diesen Fällen muss das Krankenhaus alle seine Möglichkeiten ausschöpfen, um die Gefahr zu bannen und dem Patienten zumindest eine stabilisierende Erstversorgung zukommen zu lassen. Ärzten, die in Erfüllung dieser Pflicht das Budget überschreiten, kann insoweit kein Vorwurf gemacht werden⁷¹⁸. Vielmehr würden sie sich einem Haftungsrisiko und gegebenenfalls dem strafrechtlichen Vorwurf der unterlassenen Hilfeleistung aussetzen, wenn sie in akuten Notfällen ihre Hilfe aus wirtschaftlichen Gründen verweigerten⁷¹⁹. Besteht hingegen kein dringendes Behandlungsbedürfnis und unterliegen die Einnahmen einer strikten Budgetierung, wie es in den Jahren 1993 bis 1996 der Fall war, so muss es dem Krankenhaus bei vorzeitiger Budgeterschöpfung gestattet sein, Patienten auf das nächste Budgetjahr zu verweisen. Mit Wiedereinführung der „flexiblen Budgets“ in Verbindung mit der neuartigen Abrechnung nach Fallpauschalen, Sonderentgelten, Abteilungspflegesätzen und Basispflegesätzen ist jedoch eine Ablehnung der Behandlung aus finanziellen Gründen wohl nicht mehr möglich. Das neue Entgeltsystem ermöglicht beispielsweise die Vereinbarung von Zuschlägen (§ 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BPflV) und berücksichtigt somit auch Besonderheiten im Einzelfall. Auch ein Behandlungsabbruch, mit dem Argument, es liege eine Unverhältnismäßigkeit von Aufwand und Kosten vor, ist unzulässig⁷²⁰.

Ulsenheimer⁷²¹ weist in diesem Zusammenhang auf die - zum Teil schon verwirklichte - Gefahr hin, dass besonders kostenintensive Fälle in Zukunft verstärkt an Krankenhäuser der Maximalversorgung abgegeben, bzw. die Patien-

⁷¹⁷ Hoffmann, *Arzt und Krankenhaus* 1993, S. 65.

⁷¹⁸ Uhlenbruck, *MedR* 1995, S. 427, (434).

⁷¹⁹ Franzki, *AuK* 1994, S. 61, (66).

⁷²⁰ Franzki, *AuK* 1994, S. 61, (65).

⁷²¹ Ulsenheimer, *MedR* 1995, S. 441.

ten dorthin verlegt werden. Um die unterschiedlichen Versorgungsstandards der einzelnen Krankenhäuser zu gewährleisten, dürfen jedoch allein therapeutische Gesichtspunkte dafür maßgebend sein, dass der Patient der für ihn notwendigen, aber auch ausreichenden Stufe zugewiesen wird. „Eine nur aus wirtschaftlichen Gründen vorgenommene Verlagerung des „teuren Patienten“ auf die höhere Stufe entzieht diese ihren eigentlichen Aufgaben, und sie muss deshalb auch berechtigt sein, solche Patienten zurückzuweisen.“⁷²²

D. Besonderheiten in der privaten Krankenversicherung

Die Kostensteigerung im Gesundheitswesen hat auch vor der privaten Krankenversicherung nicht Halt gemacht⁷²³. Auch hier spielen Wirtschaftlichkeitsabwägungen eine zunehmend größere Rolle, was zu der Frage führt, ob sich für den privatversicherten Patienten Einschränkungen im Hinblick auf den ihm zu gewährenden ärztlichen Behandlungsstandard ergeben können. Im Gegensatz zur gesetzlichen Krankenversicherung, in welcher das Sachleistungsprinzip vorherrscht, gilt in der privaten Krankenversicherung das Kostenerstattungsprinzip⁷²⁴. Der Arzt hat einen Honoraranspruch gegen den Patienten, welcher wiederum Aufwendungsersatz von seiner Versicherung verlangen kann⁷²⁵. Die Aufwendungen des Versicherungsnehmers entstehen folglich im Rahmen des Behandlungsvertrages mit dem Arzt, die Frage ihrer Erstattbarkeit unterliegt hingegen den Vereinbarungen des Versicherungsvertrages⁷²⁶. Gemäß § 178 b VVG haftet der Versicherer bei der Krankheitskostenversicherung im vereinbarten Umfang für die Aufwendungen für *medizinisch notwendige Heilbehandlungen*⁷²⁷ und wegen Krankheit oder Unfallfolgen und für sonstige vereinbarte Leistungen einschließlich solcher bei Schwangerschaft und Entbindung

⁷²² Franzki, AuK 1994, S. 61, (65).

⁷²³ Vgl. Bach/Moser-Bach, MB/KK, Einl. Rdnr. 13 ff., § 1 Rdnr. 74; Marlow, VersR 2002, S. 144 f.; vgl. auch die anschließend dargestellten Beispiele aus der Rspr.

⁷²⁴ Zur PKV vgl. Teil 1, 1 Kap. C II.

⁷²⁵ Bach/Moser-Bach, MB/KK, § 1, Rdnr. 40 ff.

⁷²⁶ Vgl. Marlow, VersR 2002, S. 144, (146).

⁷²⁷ Von Verf. kursiv geschrieben.

sowie für ambulante Vorsorgeuntersuchungen⁷²⁸. Demgegenüber steht dem Behandler ein größeres Spektrum an Behandlungsmaßnahmen zur Verfügung. Die Orientierung auf ein bestimmtes diagnostisches und therapeutisches Behandlungskonzept unterliegt nicht zwingend dem Maßstab, dass alle Maßnahmen medizinisch notwendig sein müssen⁷²⁹. Ausgestaltung und Durchführung des Behandlungsvertrages sind insoweit von der Privatautonomie, also der individuellen Vereinbarung zwischen Arzt und Patienten geprägt⁷³⁰. Demzufolge könnte man annehmen, dass der dem Privatpatienten gewährte ärztliche Standard von etwaigen Einschränkungen hinsichtlich einer „medizinisch notwendigen“ Heilbehandlung nicht tangiert würde, weil hiervon grundsätzlich zunächst nur die Erstattbarkeit der Leistungen betroffen ist. Andererseits ist der Inhalt des Behandlungsauftrags des Patienten vom Arzt üblicherweise dahin zu verstehen, dass der Patient nur Maßnahmen wünscht, die von seiner Versicherung auch erstattet werden⁷³¹. „Nur eine verschwindende Minderheit von Patienten ist in der Lage, (...) Leistungen auch ohne tarifgemäße Erstattung ihrer privaten Krankenversicherung in Anspruch nehmen zu können oder zu wollen.“⁷³² Es hat sich dementsprechend die Rechtspraxis durchgesetzt, dass der behandelnde Arzt im Hinblick auf die Kosten, die er in Rechnung stellen will, pflichtgemäß darauf zu achten hat, dass er nur solche Maßnahmen ergreift, die vom Begriff der medizinischen Notwendigkeit gedeckt sind⁷³³. Der BGH hat es in das Wissen eines jeden Arztes gestellt, dass die PKV nur die Kosten für notwendige Behandlungen im Rahmen des Versicherungsvertrags erstatten wird⁷³⁴. Dies hat eine vertragliche Beratungspflicht des Arztes hinsichtlich der Kostenerstattung durch den privaten Krankenversicherer zur Folge, die sich nach der Rechtsprechung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242

⁷²⁸ Diese Formulierung findet sich in Abwandlungen an mehreren Stellen der MB/KK wieder, so z.B. in § 1 Abs. 2 S. 1 MBKK 76: „Versicherungsfall ist die medizinisch notwendige Heilbehandlung einer versicherten Person wegen Krankheit oder Unfallfolgen.“

⁷²⁹ Bach/Moser-Bach, MB/KK, § 1, Rdnr. 77.

⁷³⁰ Ebenda.

⁷³¹ Bach/Moser-Bach, MB/KK, § 1, Rdnr. 78.

⁷³² Rumler-Detzel, VersR 1998, S. 546, (550).

⁷³³ BGH VersR 1983, S. 443, (444).

⁷³⁴ Ebenda.

BGB) ergibt⁷³⁵. Es ist daher auch innerhalb des Behandlungsverhältnisses auf den Begriff der medizinischen Notwendigkeit abzustellen, sofern der beratene Patient keine Behandlung wünscht, die über die Erstattungspflicht hinausgeht.

Medizinisch notwendig ist eine Behandlungsmaßnahme, wenn es nach den objektiven medizinischen Befunden und wissenschaftlichen Erkenntnissen zum Zeitpunkt der Behandlung vertretbar war, diese Behandlung als notwendig anzusehen⁷³⁶. Was in diesem Sinne vertretbar ist, beurteilt sich vom Standpunkt des Versicherungsvertrages: Vertretbar im Sinne von § 1 Abs. 2 MBKK 76 ist die medizinische Notwendigkeit einer Heilbehandlung, die in fundierter und nachvollziehbarer Weise das zugrunde liegende Leiden diagnostisch hinreichend erfasst und eine ihm adäquate, geeignete Therapie anwendet⁷³⁷.

Die Frage, ob im Rahmen der Auslegung des Begriffes der medizinisch notwendigen Heilbehandlung auch der Kostenaufwand einer Maßnahme zu berücksichtigen ist, war in den letzten Jahren verstärkt Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten zwischen privaten Krankenversicherungen und Versicherten⁷³⁸. Die Problematik zeigt sich insbesondere bei der Anwendung alternativer Heilmethoden, bei Zahnbehandlungskosten und bei der künstlichen Befruchtung.

I. Rechtsprechung

In einer Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahre 1997 nahm der an einem Prostatakarzinom leidende Kläger neben einer Hormontherapie, die der Schulmedizin entsprach und deren Kosten ihm auch erstattet wurden, eine Begleittherapie in Anspruch⁷³⁹. Diese umfasste unter anderem Maßnahmen wie

⁷³⁵ War die konkrete Behandlungsmaßnahme nicht medizinisch notwendig, hat der Versicherungsnehmer einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Arzt, wenn alternativ geeignete Methoden zur Wahl standen, gerichtet auf Freistellung von den Behandlungskosten; vgl. BGH VersR 1983, S. 443, (444); OLG Köln VersR 1990, S. 612, (613).

⁷³⁶ BGH VersR 1979, S. 221, OLG Köln VersR 1995, S. 1177, (1178); OLG Köln VersR 1998, S. 88; Bach/Moser-Bach, MB/KK, § 1, Rdnr. 40.

⁷³⁷ OLG Köln VersR 1995, S. 1177, (1178); Bach/Moser-Bach, MB/KK, § 1, Rdnr. 46.

⁷³⁸ Vgl. die folgenden Beispiele.

⁷³⁹ OLG Köln VersR 1997, S. 729.

Atemgymnastik, Trampolin hüpfen, Heublumenpackungen, Eigenblutinfusionen etc. Nach Ansicht der Gutachter hätten diese Behandlungen zwar möglicherweise eine Verbesserung des körperlichen und seelischen Wohlbefindens zur Folge, eine spezifische antitumoröse Wirksamkeit beim Prostatakarzinom bestehe aber nicht. Das Gericht hat die Erstattungspflicht für die Begleittherapie daher abgelehnt. Auch vom Standpunkt der Alternativmedizin gebe es keine gesicherten Erkenntnisse, dass die kostenaufwendigen Maßnahmen für die Heilung, Linderung oder Verhinderung der Ausbreitung eines Prostatakarzinoms medizinisch günstiger als die herkömmlichen Methoden oder ihnen wenigstens gleichwertig seien.

Nach Ansicht der Rechtsprechung greife dieser Maßstab jedoch nicht bei unheilbaren Krankheiten, wie z.B. HIV-Infektionen, für die es keine Methode gebe, bei der sicher sei, dass die Verschlimmerung der Krankheit verhindert werden könnte. Hier habe jede Behandlung „zwangsläufig Versuchscharakter“

⁷⁴⁰

Bezüglich der ebenfalls besonders kostenintensiven Fallgruppe der Zahnbehandlungen hatte der Versicherungssenat des OLG Köln über einen Fall zu entscheiden, in welchem sich die PKV weigerte, die Kosten für einen implantatgestützten Zahnersatz zu erstatten⁷⁴¹. Die Kosten beliefen sich damals auf ca. 77.000 DM (39.370 Euro), von denen der Zahnarzt selbst schon 33.000 DM (16.872 Euro) als nicht von der Versicherung erstattungsfähig bezeichnet hatte. Ein so genannter teleskopierender Zahnersatz, der dem Kläger eine ordnungsgemäße Versorgung gesichert hätte, hätte weniger als 10.000 DM (5100 Euro) gekostet. Nach Auffassung des Senats kann der Versicherte nur die Kosten einer adäquaten geeigneten Therapie erstattet verlangen; bei einer medizinisch gleichwertigen, kostenmäßig aber um ein vielfaches auseinanderliegenden Therapie könne nur die kostengünstigere als die in der betreffenden Behandlungssituation notwendige Heilmaßnahme angesehen werden. Die zum

⁷⁴⁰ BGH NJW 1996, S. 3074; OLG Köln VersR 1997, S. 729, (730).

⁷⁴¹ OLG Köln, VersR 1995, S. 1177.

gleichen Behandlungserfolg führende, jedoch von ihrer Anlage her um ein vielfaches teurere Heilbehandlung stelle einen Luxus, jedoch nicht mehr eine notwendige Heilmaßnahme dar.

Ähnlich entschied das OLG Köln im Jahre 1997⁷⁴²: Der erkennende Senat lehnte die Erstattungsfähigkeit einer teuren implantatgestützten Versorgung des Kiefers des Klägers ab, weil eine gleichwertige teleskopgestützte oder geschiebegeführte Alternativversorgung allenfalls die Hälfte gekostet hätte. Dass der Patient die implantatgestützte Lösung aus ästhetischen Gründen als vorzugswürdig ansah, sei „ein subjektiver Komfort, der den Rahmen einer notwendigen Heilbehandlung sprengt“.⁷⁴³

Im Hinblick auf die Kostenerstattung für Maßnahmen künstlicher Befruchtung hat das LG Köln mit Urteil vom 21.02.2001 eine Leistungspflicht des Versicherers bei organisch bedingter Sterilität außerhalb der Ehe abgelehnt⁷⁴⁴. Das Landgericht begründete seine Entscheidung unter anderem auch mit dem Kostenargument⁷⁴⁵: Die Ausweitung der Kostentragungspflicht auf nicht verheiratete Paare sprengt die Grenzen des Versicherungsschutzes und der der Versicherungsgemeinschaft zumutbaren Kosten. Es sei anerkannt, dass bei der ärztlichen Heilbehandlung Kostengesichtspunkte eine Rolle spielten. Das Landgericht beruft sich insoweit auf den BGH⁷⁴⁶, der bei der In-vitro Fertilisation den Versicherungsnehmer nach Treu und Glauben für verpflichtet angesehen hat, bei der Inanspruchnahme der besonders kostenträchtigen Behandlung in angemessener Weise auf den Versicherer und die Versicherungsgemeinschaft Rücksicht zu nehmen. Deshalb seien nicht beliebig viele Versuche zu erstatten. Dieser Kostengesichtspunkt sei nach Auffassung des LG Köln auch bei der

⁷⁴² VersR 1998, S. 88.

⁷⁴³ Ebenda.

⁷⁴⁴ VersR 2001, 1373; das Urteil ist nicht rechtskräftig, über die beim OLG Köln (5 U 60/01) anhängige Berufung war bei Abschluss dieser Arbeit noch nicht entschieden.

⁷⁴⁵ Obwohl es in der Entscheidung in erster Linie nicht um die Frage der „medizinischen Notwendigkeit“, sondern um den Begriff der Krankheit ging; kritisch daher Marlow, VersR 2002, S. 144, (147).

⁷⁴⁶ BGH VersR 1987, S. 278, (280); BGH VersR 1987, S. 1107, (1108).

Frage zu berücksichtigen, wie weit der berechnete Personenkreis ausgedehnt werden dürfe.

II. Stellungnahme

Der Ansicht der Rechtsprechung, dass auch der Kostenaufwand einer Maßnahme im Rahmen der Auslegung des Begriffes der notwendigen Heilbehandlung zu berücksichtigen ist, ist zuzustimmen⁷⁴⁷. Die Gegenansicht, hauptsächlich vertreten von Schmid⁷⁴⁸ und Schüssler⁷⁴⁹, kann insoweit nicht überzeugen. Der gute ärztliche Standard wird durch die Einbeziehung von Kostenerwägungen nicht herabgesetzt, wie es die dargestellten Entscheidungen in der Regel gezeigt haben. Sicherlich kann und muss auch die PKV nicht zu einem uneingeschränkten Leistungsangebot in der Lage sein. Gerade bei den zum Teil rein ästhetischen Abgrenzungsfragen unterworfenen Zahnbehandlungsfällen sind Kostengesichtspunkte bei der Prüfung der Notwendigkeit uneingeschränkt der Entscheidung über die Erstattungsfähigkeit zugrunde zu legen. Sowohl in der gesetzlichen, als auch in der privaten Krankenversicherung besteht die Notwendigkeit zu einer gewissen Kostendämpfung, schon weil die Versichertengemeinschaft neben der Deckung ihrer aktuellen Krankheitskosten auch ein Interesse daran haben muss, einen unangemessenen Anstieg der Prämienhöhe zu verhindern⁷⁵⁰. Als kritikwürdig erweist sich hingegen das dargestellte Urteil des LG Köln zur künstlichen Befruchtung. Es ist nicht ersichtlich, warum nicht verheirateten Paaren derartige Maßnahmen nicht erstattet werden sollten⁷⁵¹. Eine unterschiedliche Lebensform hat bereits mit der Auslegung des vorausgesetzten Krankheitsbegriffes überhaupt nichts zu tun. Außerdem handelt es sich bei der Begrenzung des berechtigten Personenkreises auf Ehepartner nicht um ein zulässiges Kriterium, um die

⁷⁴⁷ Ebenso Bach/Moser-Bach, MB/KK, § 1, Rdnr. 50; Rumler-Detzel, VersR 1998, S. 546, (550); Ratajzak, Medizinische Notwendigkeit und Ethik, S. 5, (18); einschränkend, Knott-Thiemann, Medizinische Notwendigkeit und Ethik, S. 35, (48).

⁷⁴⁸ NJW 1991, S. 2501.

⁷⁴⁹ VersR 1986, S. S. 322, (323).

⁷⁵⁰ Ebenso Rumler-Detzel, VersR 1998, S. 546, (550); Bach/Moser, § 1 MB/KK, Rdnr. 50; ähnlich Ratajzak, der insoweit auf den „Lebensstandard der Gesellschaft“ abstellt, in: Medizinische Notwendigkeit und Ethik, S. 5, (18).

⁷⁵¹ So zu Recht Marlow, VersR 2002, S. 144, (147).

lässiges Kriterium, um die Notwendigkeit einer Maßnahme aus Kostengründen abzulehnen. Der Fall ist auch nicht mit den in Bezug genommenen BGH Entscheidungen vergleichbar, bei denen es lediglich um die Anzahl der Versuche bei Ehepartnern ging.

3. Kapitel: Exkurs: Arzthaftungsjudikatur und Defensivmedizin

In Zeiten knapper werdender Ressourcen wird der Rechtsprechung zur Arzthaftung vermehrt vorgehalten, sie sei ausufernd und treibe so die Kosten im Gesundheitswesen in die Höhe, weil der Arzt mit Blick auf diese Rechtsprechung aus Furcht vor dem Haftungsrisiko seine Zuflucht in Überdiagnose und übermäßigen therapeutischen Maßnahmen suche⁷⁵². Teilweise wird hier sogar von forensischer „Preistreiberei“ gesprochen⁷⁵³. Dass es Defensivmedizin gibt und dass diese auch einen nicht unerheblichen Teil zur Kostensteigerung im Gesundheitswesen beiträgt, wurde bereits dargestellt⁷⁵⁴ und ist wohl insoweit auch unstrittig.

Uneinheitlich wird hingegen die Frage behandelt, inwieweit die Rechtsprechung „schuld“ ist an dieser Situation. Die vorliegenden Aussagen sollen im Folgenden Anlass sein, den wirtschaftlichen Auswirkungen der Haftungsrechtsprechung im medizinischen Bereich ansatzweise nachzugehen⁷⁵⁵.

Tatsache ist, dass die Behandlungsmöglichkeiten aufgrund des medizinischen Fortschritts immer vielfältiger werden⁷⁵⁶. Krankheiten, die früher noch als schicksalhaft hingenommen wurden, sind heute behandelbar. Dies hat jedoch zwangsläufig zur Folge, dass sich auch der ärztliche Standard und damit ver-

⁷⁵² So z.B. Uhlenbruck, MedR 1995, S. 438, (439); Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, S. 21.

⁷⁵³ Vgl. die Ausführungen bei Groß, Ärztlicher Standard, S. 1.

⁷⁵⁴ Siehe Teil 1, 2 Kap. B II 2.

⁷⁵⁵ Vgl. ausführlich zu diesem Thema: Bogs, Defensives Denken und Handeln in der Medizin als Folge des Einflusses des Rechts.

⁷⁵⁶ Siehe Teil 1, 2 Kap. B II 1.

bunden der haftungsrechtliche Sorgfaltsmaßstab ständig erhöht⁷⁵⁷. Die forensischen Anforderungen an die ärztliche Sorgfalt haben in den letzten Jahrzehnten stetig zugenommen. Damit ist auch das Haftungsrisiko der Ärzte angestiegen⁷⁵⁸. Aus diesem Grund flüchten viele Ärzte in eine defensive Medizin⁷⁵⁹. Diese äußert sich z.B durch:

- Vermeidung riskanter Eingriffe,
- übermäßige Ausdehnung diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen,
- zunehmende Prophylaxe,
- Überaufklärung,
- übereilte Krankenhauseinweisungen,
- ein Überangebot an apparativer Ausstattung,
- Konsilarien aus „forensischer Indikation“⁷⁶⁰.

Durch ökonomische Zwänge können Art und Menge diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen aber auch *umgekehrt* beeinflusst werden: Wirtschaftlich gesehen muss der Arzt für einen rentablen Absatz der ihm zur Verfügung gestellten Mittel sorgen, vor allem dann, wenn er seine Praxis apparativ kostspielig ausgestattet hat. So können hohe Investitionskosten aus Rentabilitätsgründen zur unkritischen Ausnutzung der zur Diagnostik und Therapie geeigneten, aber nicht unbedingt indizierten medizinischen Möglichkeiten führen. Für den Arzt besteht somit die Gefahr, den Anlass für eine Indikation weniger in der medizinischen und sozialrechtlichen Notwendigkeit, als vielmehr in der technischen Durchführbarkeit einer Maßnahme zu sehen. Ökonomische Zwänge dienen ihm dann als Rechtfertigung für sein Verhalten⁷⁶¹. Hinzu kommt häu-

⁷⁵⁷ Vgl. Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, S. 10.

⁷⁵⁸ Vgl. Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438, (439).

⁷⁵⁹ Siehe 1. Teil, 2 Kap. B II 2. Vgl. hierzu auch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts vom 25.07.1979, wo von der Gefahr gesprochen wird, dass die „als besonders gefahrgeneigte Tätigkeit des Arztes in eine defensive Rolle gedrängt werden (könnte), die dem Sozialauftrag der Medizin nicht mehr gerecht werden kann.“ = BVerfGE 52, S. 131, (170).

⁷⁶⁰ Vgl. Broglie, DAusR 1997, S. 3, (7); Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438, (439).

⁷⁶¹ Hennies, Arztrecht 1999, S. 94, (96).

fig die Furcht vor juristischen Konsequenzen im Falle einer unzureichenden, weil zu wirtschaftlichen Behandlung⁷⁶².

Diese Vorgehensweisen sind in der Praxis keine Seltenheit⁷⁶³. Insoweit könnte man sagen, dass die Haftungsjudikatur zumindest einen Kausalbeitrag zur Kostenerhöhung im Gesundheitswesen leistet. Es stellt sich jedoch die Frage, ob man in diesem Zusammenhang auch eine Schuldzuweisung vornehmen kann. Vielfach wird hier die Rechtsprechung kritisiert: Sie müsse „einsehen, dass die ausufernde Haftungsjudikatur nicht der Patientensicherheit dient, sondern die Kosten des Gesundheitswesens in beängstigender Weise erhöht.“⁷⁶⁴ Wie bereits herausgearbeitet wurde, hat die richterliche Rechtsfortbildung bei aller gebotenen Strenge der Sorgfaltsanforderungen im ganzen maßvolle Kriterien und vermittelnde Linien gefunden⁷⁶⁵. Eine „ausufernde Haftungsjudikatur“ ist nicht zu verzeichnen. Vielmehr sorgt die Rechtsprechung für die Einhaltung des Standards und erforderlicher Aufklärungspflichten. Außerdem ist zu beachten, dass die Rechtsprechung in medizinischen Fragen Sachverständige hinzuzieht. Nicht das Recht kontrolliert, sondern das Recht hält einen Verfahrensrahmen zur Verfügung, innerhalb dessen eine medizinisch-sachverständige Qualitätskontrolle stattfindet. Diese Aussage verdeutlicht, dass die oft geäußerte Furcht der Mediziner vor der Rechtskontrolle (teilweise) in dem Sinne unbegründet ist, als dass es die sachverständige Medizin selbst ist, die aufgrund der allgemeinen und normativen Aussage, etwas sei Standard, sich selbst, d.h. die in Rede stehende individuelle Behandlung, im rechtlichen Rahmen beurteilt. Folglich lässt sich ein direkter Einfluss der Rechtsprechung auf das Behandlungsgeschehen im Sinne einer Förderung der Defensivmedizin nicht feststellen⁷⁶⁶.

Einen nicht unerheblichen Beitrag zur Defensivmedizin leistet auch das Patientenverhalten. Viele Patienten sehen ihre Krankheit nicht mehr als Schicksal

⁷⁶² Hierzu siehe Teil 1, 2 Kap. B II 2.

⁷⁶³ Vgl. Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, S. 9 f.

⁷⁶⁴ Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438, (439).

⁷⁶⁵ Siehe Teil 3, 1 Kap. B; ähnlich Bogs, Defensives Denken und Handeln in der Medizin als Folge des Einflusses des Rechts, S. 83.

⁷⁶⁶ So auch Bruns, ArztR 2000, S. 186 und Franzki, AuK 1994, S. 61, (64).

sondern als Schaden an, welchen abzuwenden Aufgabe des Arztes sei⁷⁶⁷. Gelingt dies nicht, so werden immer häufiger juristische Maßnahmen gegen die Ärzte eingeleitet⁷⁶⁸. Dies hat auch etwas mit der zunehmenden Anonymität der arbeitsteiligen Hochleistungsmedizin zu tun. Je unpersönlicher ein Arzt-Patienten-Verhältnis ist, desto geringer ist die psychologische Hemmschwelle des Patienten, den Arzt zu verklagen⁷⁶⁹.

4. Kap.: Lösungsansätze und Zusammenfassung

A. Lösungsansätze

Wie die vorherigen Ausführungen gezeigt haben, muss der gute ärztliche Behandlungsstandard aus Gründen der Finanzierbarkeitsproblematik in unserem Gesundheitswesen nicht herabgesenkt werden. Eine umfassende medizinische Versorgung kann auch in Zeiten knapper werdender Ressourcen gewährleistet werden, ohne dass in jedem Krankenhaus oder in jeder Arztpraxis ein Maximum an sachlichen und personellen Mitteln bereitgehalten wird. Lokale Einschränkungen in der erforderlichen Ausstattung können und müssen durch Verweisungs- und Aufklärungspflichten kompensiert werden, sofern eine dem ärztlichen Standard entsprechende Behandlung andernfalls nicht geboten werden kann. Situationsbedingte Qualitätsunterschiede muss der Patient gegebenenfalls hinnehmen, wenn der Standard nicht unterschritten wird. Es ergibt sich daher theoretisch kein erhöhtes Haftungsrisiko für den behandelnden Arzt, der nicht mit den neuesten und besten Methoden arbeitet. Trotzdem zeigt die Zunahme der Haftungsfälle und die Problematik im Bereich der Defensivmedizin, dass es in praktischer Hinsicht ein Spannungsverhältnis zwischen der Begrenzung finanzieller Ressourcen und dem ärztlichem Standard gibt. Als Ursache hierfür kommt vor allem die aufgrund des medizinischen Fortschritts immer

⁷⁶⁷ Dabei versperrt der „Irrglaube an die ärztliche Omnipotenz“ die Einsicht, dass es kaum eine ärztliche Tätigkeit ohne Risiko gibt, vgl. Ulsenheimer, Ausgreifende Arzthaftpflicht-judikatur und Defensivmedizin, S. 11.

⁷⁶⁸ Vgl. die Ausführungen des Vizepräsidenten der BÄK und Präsident der ÄK Nordrhein, Prof. Jörg-Dietrich Hoppe, wiedergegeben in DÄBl. 1998, A-266.

⁷⁶⁹ Zutreffend Franzki, MedR 1994, S. 172.

größer werdende Bandbreite an Behandlungsmethoden in Betracht. Es wird für die Ärzte immer schwieriger abzuwägen, ob und ab wann z.B. ein neues Gerät oder Medikament bereits zum Standard geworden ist. Auch die Rechtsprechung trägt nicht immer dazu bei, diese Unsicherheiten auszuräumen, weil sie teilweise keine konkreten Abgrenzungsmerkmale vorgibt, sondern pauschal von einer „gewissen Übergangszeit“ oder „Grundversorgung“ spricht⁷⁷⁰. Dem Patienten droht unter Umständen eine Behandlung, die nicht mehr dem Standard entspricht. Im Folgenden soll daher versucht werden Lösungen zu finden, welche geeignet sind:

1. die Position des Arztes zu sichern, um kostenintensiven Faktoren wie Defensivmedizin und Verschwendung von Ressourcen vorzubeugen und
2. gleichzeitig dem Patienten eine standardgemäße, dem medizinischen Fortschritt entsprechende Behandlung zu gewährleisten, die jedoch Kostensichtspunkte nicht unberücksichtigt lässt.

Angesichts der kaum mehr zu überblickenden Anzahl an Vorschlägen und Versuchen, die Kosten unseres Gesundheitssystems zu reduzieren, sollen im Rahmen dieser Arbeit nur diejenigen Lösungswege abgehandelt werden, die sich auch auf das Haftungsrecht und den ärztlichen Standard auswirken. Allerdings kann auch hier kein Vollständigkeitsanspruch erhoben werden. Zunächst werden Vorschläge aus dem bestehenden System untersucht, wobei auch eigene Lösungsmöglichkeiten dargestellt werden. Anschließend sollen Methoden geprüft werden, die in unserem Haftungssystem (noch) keinen Niederschlag gefunden haben, jedoch zum Teil bereits in anderen Ländern praktiziert werden.

⁷⁷⁰ Vgl. die Ausführungen zur Rechtsprechung im 3. Teil, 1.Kap.

I. Qualitätssicherung und risk-management

Angesichts der steigenden Kosten im Gesundheitswesen und des dadurch zunehmenden Einflusses wirtschaftlicher Faktoren auf das Arzthaftungsrecht ist eine engere Zusammenarbeit der drei Bereiche Medizin - Recht - Ökonomie erforderlich. Daher müssen Fragen der ärztlichen Qualitätssicherung in der Praxis an Bedeutung gewinnen⁷⁷¹. War der Begriff der Qualitätssicherung über lange Zeit eher ein Betätigungsfeld für Unternehmen und Betriebswirte, begegnet man ihm nun auch in der medizinischen Forschung⁷⁷². Qualitätssicherung bedeutet in diesem Zusammenhang das originär medizinische Bemühen, das medizinische Behandlungsgeschehen zu verbessern, um durch eine Optimierung der am Krankenhaus vorhandenen Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität die Voraussetzungen für eine bestmögliche medizinische Behandlung zu schaffen⁷⁷³. Die Qualitätssicherheit in Gestalt ärztlicher Selbstkontrolle der erbrachten Leistung mit Hilfe eines Ist-Soll-Vergleichs wird bisher grundsätzlich ohne Berücksichtigung der Kosten durchgeführt⁷⁷⁴. Es wird in Zukunft jedoch nicht mehr ausreichen, sich allein auf medizinische Belange zu konzentrieren: „Das ? estreben, die Qualität einer Leistung nicht dem Zufall zu überlassen, sondern zu bewerten und zu messen bedeutet auch im Rahmen der Medizin mehr Behandlungssicherheit, Optimierung der Behandlungsergebnisse aber auch Bestätigung ökonomischer Vertretbarkeit“.⁷⁷⁵ Medizinische Qualitätssicherung bedarf daher der Ergänzung durch Fremdkontrolle, um das Ziel, die Risikomini-

⁷⁷¹ So auch Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438, (441); Abicht, Krankenhaus im Brennpunkt, S. 129, (134); Bergmann, Die Arzthaftung, S. 4; Bruns, ArztR 1999, S. 121 ff., ders. ArztR 2000, S. 186; Junghanns, ArztR 1999, S. 88 f.

⁷⁷² Vgl. Sethe/Krumpaszky, VersR 1998, S. 420. Im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung ist die Qualitätssicherung im neunten Abschnitt des SGB V geregelt (§§ 135 ff.).

⁷⁷³ Bei der *Strukturqualität* handelt es sich primär um die für die Leistungserbringung vorgehaltenen Ressourcen und Strukturen, wobei man zwischen personeller und sachlicher Ausstattung unterscheiden kann; Die *Prozessqualität* umfasst die Organisation und Koordination der Abläufe vor allem diagnostischer, therapeutischer und pflegerischer Aktivitäten; Struktur- und Prozessqualität münden in die *Ergebnisqualität*, welche zum Ziel hat, auf Grundlage eines Standards unter Einhaltung von prozessualen und strukturellen Normen ein möglichst einheitliches Behandlungsziel zu erreichen, vgl. zur Begrifflichkeit den Beitrag von Hölzer, Krankenhaus im Brennpunkt, S. 95 ff.; siehe auch Bruns, ArztR 1999, S. 121.

⁷⁷⁴ Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438, (441).

⁷⁷⁵ Laufs/Uhlenbruck-Genzel, Handbuch des Arztrechts, § 87, Rdnr. 72.

mierung, zu erreichen⁷⁷⁶. Diese Fremdkontrolle, das in Amerika entwickelte risk-management⁷⁷⁷, will durch die Analyse der Ursache eingetretener Schäden und durch das Aufspüren vorhandener Schadensquellen vorbeugend die Entstehung neuer Schäden verhindern⁷⁷⁸. Durch systematische Fehlersuche und Schadensuntersuchungen, die neben den medizinischen auch juristische, technische, bauliche und organisatorische Aspekte untersuchen, also ganzheitlich die Haftung von Arzt und Krankenhaus betrachten, wird ein Schadensverhütungsprogramm entwickelt, mit dessen Hilfe potentielle Risiken gesenkt werden⁷⁷⁹. Eine solche aktive Risikokontrolle z.B. der Aufklärungs- und Dokumentationspraxis des Krankenhauses, der Qualifikation der Ärzte und Pflegekräfte, der Organisationsabläufe und strukturellen Gegebenheiten ist insbesondere vor dem Hintergrund der hohen Anforderungen an den ärztlichen Standard, seiner durch den Kostendruck gefährdeten Erfüllung und des dadurch steigenden Haftungsrisikos, durchaus als positiv zu bewerten.⁷⁸⁰ Die davon ausgehende Warnfunktion für die im Medizinbetrieb Tätigen einerseits und die gezielte Schadensprävention andererseits sind nicht nur geeignet, die Schadenshäufigkeit und damit die Zahl der Haftpflichtstreitigkeiten und Strafverfahren zu senken; sie entlasten dadurch auch den einzelnen Arzt, die Pflegekraft und den Krankenhausträger, vermindern die Kosten der Haftpflichtversicherung, verbessern die Patientenversorgung und stoppen die Flucht in eine kostentreibende Defensivmedizin. Im Gegensatz zur Qualitätssicherung ist das risk-management (noch) keine gesetzliche Pflicht aber wohl „ein Bündel unverzichtbarer Schadensvorsorge- und Kontrollmaßnahmen zur Verringerung der Haft-

⁷⁷⁶ Es gibt bereits Firmen, die diese ganzheitliche, das Krankenhaus von außen her erfassende Risikoanalyse anbieten; gleichsam überlegen einige Versicherungen, ob nicht eine Prämienverminderung für das Krankenhaus nach Durchführung eines risk-managements möglich wird, vgl. Junghanns, *ArztR* 1999, S. 88, (89).

⁷⁷⁷ Hauptgrund für die Entwicklung des risk-management in den USA war die dortige Haftpflichtrechtsprechung, die in weit größerem Umfang hypertrophierte als die deutsche Judikatur; mittlerweile sind jedoch auch in Deutschland sowohl die Höhe der Schadensersatz- und Schmerzensgeldsummen, als auch die Anzahl der geltend gemachten Haftpflichtschäden deutlich angestiegen, vgl. Bruns, *ArztR* 1999, S. 121, (122).

⁷⁷⁸ Vgl. Ulsenheimer, *MedR* 1995, S. 438, (441).

⁷⁷⁹ Abicht, *Krankenhaus im Brennpunkt*, S. 129, (130); Junghanns, *ArztR* 1999, S. 88, (89).

⁷⁸⁰ So auch Bruns, *ArztR* 2000, S. 186: „Im Rahmen eines vorbeugenden Risk-Managements müssen auch die spezifisch juristischen Risiken in den Blick genommen werden, die sich aufgrund des geltenden Rechts- und Haftungssystems aus einer ärztlichen Behandlung ergeben können.“

pflichttrisiken im Krankenhausbereich aufgrund von Behandlungs-, Organisations-, Aufklärungs- und Dokumentationsfehlern.⁷⁸¹ Insgesamt handelt es sich bei den Maßnahmen des Qualitätsmanagements und bei den hieraus ausschnittsweise herausgegriffenen Maßnahmen des risk-managements um einen neuen Ansatz, mit modernen Methoden den ärztlichen Standard zu wahren und Organisationsmängel effektiv zu beherrschen. Zur Risikominimierung der ärztlichen Tätigkeit und zu mit Kostensenkungen einhergehenden Qualitätsverbesserungen sind solche Managementmaßnahmen daher zu empfehlen⁷⁸².

II. Evidenz-basierte Medizin (EBM)

Im Spannungsfeld zwischen Mittelknappheit und Standard stellt sich für die Ärzteschaft vielfach das Problem, einerseits dem medizinischen Standard entsprechend zu behandeln, andererseits aber auch keine Überdiagnostik oder -therapie zu betreiben. Vielfach stehen dem Arzt jedoch die notwendigen Informationen und Handlungsanleitungen nicht spontan zur Verfügung, um eine dem aktuellen Stand des medizinischen Wissens entsprechende und gleichzeitig auch kostengünstige Entscheidung zu treffen. Angesichts des medizinischen Fortschritts und der Mittelknappheit im Gesundheitswesen sind dringend Orientierungs- und Entscheidungshilfen für den Arzt notwendig. Bei der aus dem angloamerikanischen Bereich stammenden und mittlerweile auch in Deutschland praktizierten so genannten evidenz-basierten Medizin handelt es sich um eine Methode zur Beurteilung medizinischen Handelns und medizinischer Verfahren, die versucht, eine Sicherung der Qualität ärztlicher Behandlungen durch die Feststellung der bestmöglichen Evidenz zu erreichen⁷⁸³. Ihre Absicht ist es, in der Medizin nur auf das zu setzen, was sich empirisch bewährt hat. Bewährt hat sich nach diesem Verständnis nur, was unter wissenschaftlich kontrollierten

⁷⁸¹ Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438, (442).

⁷⁸² Abicht, Krankenhaus im Brennpunkt, S. 129, (134); Bergmann, Die Arzthaftung, S. 4; Ulsenheimer, MedR 1995, S. 438 ff.; Bruns, ArztR 1999, S. 121 ff., ders. ArztR 2000, S. 186; Junghanns, ArztR 1999, S. 88 f., weist jedoch zu Recht darauf hin, dass risk-management zunächst selbst erhebliche Kosten verursacht, die dann jedoch durch Prävention wieder eingespart werden können.

⁷⁸³ Clade, DÄBl 2000, A-3316;

Bedingungen zum Ziel geführt hat⁷⁸⁴. Es geht um die Integration von individueller klinischer Erfahrung und der jeweils besten externen Evidenz aus wissenschaftlichen Studien⁷⁸⁵. EBM stellt insoweit sowohl Qualitätskriterien als auch Techniken für die patientenbezogene Anwendung klinischer Forschungsergebnisse zur Verfügung. Es kann zwischen verschiedenen Arten der medizinischen Evidenz unterschieden werden: angefangen bei Meta-Analysen von randomisierten kontrollierten Studien über einzelne randomisierte kontrollierte Studien, gut geplante nicht randomisierte Studien, Expertenwissen aufgrund kasuistischer Beobachtungen bis hin zu klinischer Erfahrung. Die evidenz-basierte Medizin orientiert sich hierbei auch an den Ergebnissen der systematischen Auswertungen (Reviews) publizierter Studien, gesundheitsökonomischer Reviews und systematischer Leitlinien⁷⁸⁶.

Bezüglich einer Umstrukturierung des Gesundheitssystems zu einer kostengünstigeren Versorgung ist EBM durchweg als positiv zu bewerten⁷⁸⁷. Im Hinblick auf das vorliegende Thema ist jedoch zu bedenken, dass EBM mit der Präferenz für wissenschaftliche Evidenz den medizinischen Standardbegriff verändert, der sich aus den Elementen „wissenschaftliche Erkenntnisse (systematisches Wissen)“, „praktische Erfahrung (intuitives Wissen)“ und der Akzeptanz in der Profession zusammensetzt⁷⁸⁸: Bisher ist das Rangverhältnis dieser verschiedenen Elemente offen; wissenschaftliche Evidenz jedoch gilt kraft ihrer Qualität, sie verdrängt andere Evidenzen wie ärztliche Erfahrung und Akzeptanz. Verständlicherweise wird aus diesem Grund kritisiert, EBM schränke die ärztliche Therapiefreiheit ein⁷⁸⁹. Dies ist jedoch nur insoweit richtig, als dass hiermit ein umgangssprachlicher Begriff der Therapiefreiheit gemeint ist. Nach dem verfassungsrechtlichen Begriff der Therapiefreiheit als Berufsausübungsrecht besteht keine Einschränkung: Therapiefreiheit besteht hiernach nur in den

⁷⁸⁴ Vgl. Wigge, MedR 2000, S. 574, (575).

⁷⁸⁵ vgl. Fritsche u.a., DÄBl. 2000, A-766. vgl. Hart, MedR 2000, S. 1.

⁷⁸⁶ Siehe Lauterbach, DÄBl. 1999, A-2128.

⁷⁸⁷ So auch Jonitz, DÄBl 2000, A-3320; Clade, DÄBl 2000, A-3316; Lauterbach, DÄBl. 1999, A-2128.

⁷⁸⁸ Vgl. Teil 2. II.

⁷⁸⁹ Weidinger, DAusR 2001, S. 66, (68).

Grenzen zulässig berufsausübungsbeschränkender rechtlicher Normen. Man kann, wie Hart zurecht bemerkt, sagen, dass „EBM einen Beitrag dazu leistet, die ärztliche Therapiefreiheit auf eine veränderte und (haftungs- und sozial-) rechtlich geforderte Basis zu stellen“.⁷⁹⁰

III. Leitlinien

Wie im Zusammenhang mit EBM erwähnt, führen die zunehmenden Fortschritte in allen Bereichen ärztlichen Handelns und die sich daraus ergebenden Folgen für das Haftungsrecht dazu, dass der Arzt neben den Regeln der ärztlichen Kunst für fast alle Bereiche seines Handelns normaufstellende Empfehlungen benötigt. Eine Möglichkeit der Hilfestellung können die von der Bundesärztekammer verbreiteten so genannten Leitlinien bieten⁷⁹¹.

1. Begriff

Nach der gemeinsamen Definition von KBV und Bundesärztekammer sind „Leitlinien (...) systematisch entwickelte Entscheidungshilfen über die angemessene ärztliche Vorgehensweise bei speziellen gesundheitlichen Problemen“.⁷⁹² „Leitlinien sind wissenschaftlich begründete und praxisorientierte Handlungsempfehlungen.“⁷⁹³

Ausgelöst durch die Qualitätssicherungsdiskussion Anfang der 90-er Jahre forderte der Sachverständigenrat für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen die Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlich-medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) auf, derartige „Leitlinien“ zur Qualitätssicherung für Diagnose und Therapie, zu entwickeln. Die AWMF ist dem Aufruf gefolgt und hat in-

⁷⁹⁰ Vgl. insgesamt zur EBM: Hart, MedR 2000, S. 1 ff.

⁷⁹¹ Vgl. Lauterbach, Standards und Leitlinien, S. 18; Nolte Leitlinien und Standards in der Medizin, S. 30, (33); Hart, MedR 1998, S. 8 ff.

⁷⁹² „Beurteilungskriterien für Leitlinien in der medizinischen Versorgung“, abgedruckt in DÄBl. 1997, A-2154.

⁷⁹³ Ebenda.

zwischen über 1000 Leitlinien erarbeitet, die über das Internet abgerufen werden können⁷⁹⁴.

Im Einzelnen werden Leitlinien vor allem in Expertengremien von Fachgesellschaften und Arbeitsgruppen entwickelt, in denen Übereinstimmung (Konsens) bezüglich der aufgeworfenen Fragestellung erzielt wird (Konsensuskonferenz). Weitere methodische Instrumente zur Erstellung von Leitlinien sind Delphianaalysen, Therapiestudien und Metaanalysen⁷⁹⁵. Zur Sicherung der Qualität von Leitlinien haben Bundesärztekammer und Kassenärztlichen Bundesvereinigung im Jahre 1997 „Beurteilungskriterien für Leitlinien in der medizinischen Versorgung“ festgelegt⁷⁹⁶. Diese „Leitlinie für Leitlinien“ mündete im Mai 1999 in Zusammenarbeit mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft und den Spitzenverbänden der Gesetzlichen Krankenversicherungen in die Konzeption für ein deutschsprachiges Leitlinien-Clearingverfahren⁷⁹⁷. Hierdurch soll insbesondere eine Bewertung, Zertifizierung, Überprüfung und Verbreitung von ärztlichen Leitlinien erfolgen. Das Clearingverfahren zielt dabei auf Transparenz, Praktikabilität, Wissenschaftlichkeit und Wirtschaftlichkeit im Bereich der Leitlinien⁷⁹⁸.

2. Kostengesichtspunkte

In erster Linie beinhalten Leitlinien ärztlich-wissenschaftliche Aspekte⁷⁹⁹. Bei den Kriterien für die Qualität von Leitlinien wird jedoch auch das Kosten-Nutzen-Verhältnis angesprochen. Danach sollen Leitlinien zur Verbesserung der medizinischen Versorgung bei akzeptablen Kosten führen⁸⁰⁰. Diese Forderung zeigt, dass Kostengesichtspunkte zunehmend Eingang in die Qualitätssi-

⁷⁹⁴ ó Groats, A & W 2001, S. 28.

⁷⁹⁵ Bundesärztekammer, Kassenärztliche Bundesvereinigung, DÄBl. 1997, A-2154.

⁷⁹⁶ Hierin wird festgehalten welche Qualitätsanforderungen die ärztlichen Selbstverwaltungskörperschaften an Leitlinien stellen, die sie in ihrem eigenen Verantwortungsbereich nutzen wollen, DÄBl. 1997, A-2154.

⁷⁹⁷ Ziele und Arbeitsplan sind abgedruckt in: DÄBl. 1999, A-2105 f.

⁷⁹⁸ BÄK, KBV, DKG, GKV-Spitzenverbände, DÄBl. 1999, A-2105.

⁷⁹⁹ Vgl. die Darstellung der AWMF im Internet, www.uni-duesseldorf.de/WWW/AWMF.

⁸⁰⁰ BÄK, KBV, DÄBl. 1997, A-2154.

cherungs- und Standarddiskussion finden⁸⁰¹. Kostensenkung soll z.B. dadurch erreicht werden, dass unnötige, kostenintensive Verfahren ausgeschlossen werden⁸⁰². Laut Hart⁸⁰³ könnte auch der Haftungsprozess rationalisiert werden, weil die Feststellung des allgemeinen medizinischen Standards einer konkreten Behandlung erleichtert würde.

Geben Leitlinien somit Anhaltspunkte dafür, was eine gute ärztliche Behandlung, - auch unter dem Gesichtspunkt des Kostendrucks im Gesundheitswesen, - sein kann, stellt sich die Frage nach ihrer rechtlichen Bedeutung.

3. Haftungsrechtliche Verbindlichkeit

Während der Begriff „Leitlinie“ bis vor kurzem in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht aufgetaucht ist, gibt es mittlerweile bereits einige Urteile, bei denen Leitlinien der Entscheidung zugrunde lagen⁸⁰⁴. Die entscheidenden Gerichte haben die jeweiligen Leitlinien dabei zwar nicht als verbindlich angesehen, ihnen jedoch eine gewisse Indizwirkung zukommen lassen. So hat das OLG Hamm ausgeführt: „Ein zu einem Notfallpatienten gerufener Arzt verstößt gegen die Leitlinien der Wiederbelebung und Notfallversorgung, wenn er nicht für eine Wiederaufnahme der Basisreanimation sorgt und sich an ihr nicht bis zum Eintreffen der Notärztin beteiligt, sie vielmehr dadurch verhindert, dass er den Patienten als tot bezeichnet.“⁸⁰⁵ In der Begründung heißt es u.a.: „Mögen die Leitlinien im konkreten Fall auch nicht verbindlich gewesen sein, so zeigen sie doch die überwiegende Überzeugung maßgeblicher ärztlicher Kreise.“⁸⁰⁶

⁸⁰¹ Vgl. Lauterbach, Standards und Leitlinien, S. 18.: „Der (...) Einfluß von Leitlinien auf die Kosten ist von großer Bedeutung“.

⁸⁰² Hoffmann, AuKH 1999, S. 219, (221); Lauterbach, Symposium Leitlinien und Standards in der Medizin, S. 18.

⁸⁰³ MedR 1998, S. 8, (12).

⁸⁰⁴ OLG Düsseldorf, VersR 2000, S. 1019 f.; OLG Hamm, NJW-RR 2000, S. 401 f.

⁸⁰⁵ OLG Hamm, NJW-RR 2000, S. 401 f.

⁸⁰⁶ Ebenda.

In der Literatur ist die Frage der Verbindlichkeit von Leitlinien umstritten. Teilweise wird vertreten, Leitlinien seien für Ärzte gänzlich unverbindlich und hätten weder haftungsbegründende noch haftungsbefreiende Wirkung⁸⁰⁷. Andere sehen eine mittelbare Bindungswirkung über § 276 BGB⁸⁰⁸. Demgegenüber hält eine weitere Ansicht Leitlinien unter Bezug auf die Definition der Zentralstelle der deutschen Ärzteschaft zur Qualitätssicherung in der Medizin⁸⁰⁹ jedenfalls dann für verbindlich, wenn sie dem Standard entsprechen⁸¹⁰. Der letztgenannten Ansicht ist zuzustimmen. Über Leitlinien werden Erfahrungswissen und Strukturvorgaben transportiert. In ihrer qualitätssichernden Funktion dienen Leitlinien der Festlegung oder Präzisierung von ärztlichen Standards⁸¹¹.

Die Abweichung vom ärztlichen Standard ist grundsätzlich ein Behandlungsfehler⁸¹². Die Abweichung von einer Leitlinie ist somit ebenfalls ein Behandlungsfehler, wenn die Leitlinie dem Standard entspricht. Legt die Leitlinie hingegen ausdrücklich nur Optionen für Behandlungsalternativen fest, ohne gleichzeitig einen eindeutigen Standard zu bestimmen, kommt es auf die ärztlichen Gründe für die Wahl der einen oder anderen Methode an. Ist die gewählte Alternative medizinisch plausibel, ist das ärztliche Handeln sorgfaltsgemäß⁸¹³. Dies gilt z.B. dann, wenn sie neuere wissenschaftliche und technische Erkenntnisse enthält oder wenn die Methode im Vergleich zu einer anderen der besseren Gefahrbeherrschung dient⁸¹⁴.

⁸⁰⁷ Z.B. Hallauer, Leitlinien und Standards, S. 16.

⁸⁰⁸ Vgl. Laufs, Zur Freiheit des Arztberufs, in: FS für Deutsch, S. 625-633.

⁸⁰⁹ siehe DÄBl. 1997, A-2154-2155.

⁸¹⁰ Hart, anlässlich der Tagung „Ärztliche Leitlinien: Empirie und Recht professioneller Normsetzung“, wiedergegeben in MedR 1999, S. 241, (242); Hoffmann, Arzt und Krankenhaus 1999, S. 219.

⁸¹¹ Therapieleitlinien können insoweit ärztliche Standards neu entwickeln, vorhandene Standards verbessern oder bestätigen.

⁸¹² Siehe Teil 2 F.

⁸¹³ So auch Hart, MedR 1998, S. 8; ähnlich Voß, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 210. Prof. Dr. Hartel von der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie, München, wies auf der Tagung „Ärztliche Leitlinien: Empirie und Recht professioneller Normsetzung“, im Oktober 1998 darauf hin, dass für den Arzt, der von einer Leitlinie abweicht, im gerichtlichen Verfahren jedenfalls ein „Erklärungszwang“ besteht, wiedergegeben in MedR 1999, S. 241; vgl. auch Hart, MedR 1998, S. 8, (13).

⁸¹⁴ Vgl. generell hinsichtlich besonderer, den Sorgfaltsmaßstab konkretisierender Vorschriften MüKo-Hanau, § 276 Rdnr. 94; Soergel-Wolf, § 276 Rdnr. 85.

Umgekehrt bewirkt die Befolgung einer Leitlinie eine „Haftungsimmunisierung“⁸¹⁵: Wer eine Leitlinie befolgt, handelt prinzipiell sorgfaltsgemäß, außer die Leitlinie ist veraltet und entspricht nicht mehr dem Stand der medizinischen Wissenschaft⁸¹⁶.

Im Falle konkurrierender Leitlinien unterschiedlicher Institutionen zur selben Behandlung muss der Arzt, um sorgfaltsgemäß zu Handeln, die risikoärmere Methode vorziehen. Ist eine eindeutige Bestimmung diesbezüglich nicht möglich, hat der Arzt den Patienten über die verschiedenen Behandlungsalternativen entsprechend aufzuklären⁸¹⁷.

Ihre normative Kraft werden Leitlinien in der Regel wohl über Sachverständigengutachten entfalten. Zwar ist der Sachverständige (noch) nicht verpflichtet, Leitlinien seiner Bewertung zugrunde zulegen, jedoch muss er die einschlägigen Leitlinien kennen und sich mit ihren Aussagen zumindest kritisch auseinandersetzen⁸¹⁸. Dem Gericht kann somit die Aufklärung der „Normtatsache medizinischer Standard“⁸¹⁹ aufgrund vorhandener Leitlinien wesentlich erleichtert werden.

Inwieweit den Parteien im Zusammenhang mit Leitlinien Beweiserleichterungen zugute kommen, ist eine Frage des Einzelfalles⁸²⁰. Das OLG Hamm⁸²¹ hat Beweiserleichterungen für die Ursächlichkeit des Fehlers zugunsten des Klägers abgelehnt, da es sich nach Ansicht des Senats nicht um einen groben Fehler handelte.

⁸¹⁵ Hart, MedR 1998, S. 1, (12).

⁸¹⁶ Vgl. Bruns, ArztR 2000, S. 184, (186).

⁸¹⁷ „Medizinisch bleibt eine „Standardlücke“, rechtlich wird sie für den Patienten autonom sichernd geschlossen“, Hart, MedR 1998, S. 1, (13).

⁸¹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, VersR 2000, S. 1019 f.; OLG Hamm, NJW-RR 2000, S. 401.

⁸¹⁹ Hart, MedR 1998, S. 1, (13).

⁸²⁰ Vgl. die Ausführungen von Dressler anlässlich der Tagung „Ärztliche Leitlinien: Empirie und Recht professioneller Normsetzung“, wiedergegeben in MedR 1999, S. 241, (242).

⁸²¹ NJW-RR 2000, S. 401 f.

4. Kritik

Die teilweise befürchtete Gefahr von Leitlinien zeigt sich zunächst im Zusammenhang mit Fragen der Beweislast: Der sich nicht leitlinienkonform verhaltende Arzt setze sich einem Begründungszwang mit der Gefahr der Beweislastumkehr aus, woraus eine Förderung defensivmedizinischen Verhaltens, mit allen seinen wirtschaftlichen Konsequenzen, entstehen könne⁸²². Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass Leitlinien ja gerade eine qualitätssichernde Funktion zu kommen soll. Hält der Arzt eine andere Behandlungsmethode für angemessener, ist es ihm im Interesse des Patienten zuzumuten, in der Behandlungsdokumentation die medizinischen Gründe dafür darzulegen, warum er von der Leitlinie abgewichen ist⁸²³. Dann dürfte es für ihn jedoch auch keine besonderen Schwierigkeiten bereiten, im Prozess sein Verhalten zu begründen.

In ihrer verbindlichkeitsstiftenden Funktion können Leitlinien die individuelle Therapiefreiheit des Behandlers beschränken⁸²⁴. Hart formuliert diese Situation treffend als „Dilemma von Qualität, Freiheit und Bindung“, welches schwierig zu lösen sei, „da ärztliches Handeln interprofessionell, d.h. in einem gesellschaftlichen und auch rechtlichen Rahmengenüge“ stattfinde⁸²⁵. Insofern wird ärztliches Handeln auch durch Patienteninteressen, soziale und wirtschaftliche, sowie rechtliche Interessen beeinflusst. Eine gewisse Beschränkung der ärztlichen Therapiefreiheit bei der Anwendung von Leitlinien ist jedoch notwendig. Leitlinien wären ohne die Implikation bestimmter Handlungsvorschriften sinnlos. Darüber hinaus kann, bzw. muss im Falle neuer und verbesserter Behandlungsmöglichkeiten auch von bestehenden Leitlinien abgewichen werden⁸²⁶.

⁸²² so auch Bruns, *ArztR* 1998, S. 183, (186).

⁸²³ Für eine Dokumentationspflicht bei Abweichen von einer Leitlinie auch Dressler anlässlich der Tagung „Ärztliche Leitlinien: Empirie und Recht professioneller Normsetzung“, wiedergegeben in *MedR* 1999, S. 241, (242).

⁸²⁴ Vgl. Nolte, *Leitlinien und Standards in der Medizin*, S. 30, (33); Hart, *MedR* 1998, S. 8; Hoffmann, *AuKH* 1999, S. 219; a.A. Schulte-Sasse: „Ärztliche Therapiefreiheit, die sich von dieser Art wissenschaftlicher Verankerung freimachen will, ist nicht mehr ärztliche Therapiefreiheit, sondern ärztliche Narrenfreiheit“, *Leitlinien und Standards in der Medizin*, S. 37, (38).

⁸²⁵ Hart, *MedR* 1998, S. 8.

⁸²⁶ Siehe Kap. 4 IV 3.

Nicht zuzustimmen ist der teilweise geäußerten Kritik, die „Festschreibung von Leitlinien“ sei eine „Hemmnis für den medizinischen Fortschritt“ und trüge die „Gefahr der Entakademisierung der Medizin“ in sich⁸²⁷. Leitlinien werden vielmehr ständig aktualisiert und der Weiterentwicklung somit angepasst⁸²⁸. Sie konkretisieren damit den dynamischen Teil des ärztlichen Standards.

Vielfach übersehen wird, dass die Erstellung evidenz-basierter Leitlinien aufwendig und dadurch ihrerseits kostenintensiv ist⁸²⁹. Diese Investition kann folglich nur dann sinnvoll sein, wenn dadurch bei vielen Patienten überflüssige Maßnahmen verhindert und vermehrt Behandlungserfolge erzielt werden⁸³⁰.

Kritiker von Leitlinien weisen immer wieder darauf hin, durch die ökonomische Verschlechterung drohe die Gefahr, dass finanzielle Aspekte bei der Erstellung von Leitlinien gegenüber medizinischen Kriterien die Oberhand gewinnen könnten⁸³¹. Diese Sorge dürfte zumindest durch das von der Bundesärztekammer und der kassenärztlichen Bundesvereinigung konzipierte Clearing-Verfahren aus dem Weg geräumt sein. Auch die verstärkte Anwendung von EBM trägt dazu bei, die Qualität medizinischer Leitlinien zu gewährleisten⁸³².

Teilweise wird kritisiert, es gäbe zu viele und zum Teil sogar sich widersprechende Leitlinien⁸³³. Angesichts des Clearing-Verfahrens sollte zumindest letzteres (bis auf einzelne Ausnahmen) jedoch vermieden werden können. Die An-

⁸²⁷ So aber z.B. Bruns, *Arztrecht* 1998, S. 183, (185).

⁸²⁸ Nicht übersehen werden darf jedoch, dass Leitlinien faktisch eine gewisse „Behandlungswirkung“ auslösen können, wenn sie nicht regelmäßig auf ihre Validität überprüft werden; hierauf weist Hart, *MedR* 1998, S. 1, (13), zurecht hin.

⁸²⁹ So z.B. Voß, die die Anwendung von Leitlinien uneingeschränkt als kosteneinsparend befürwortet; Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 212.

⁸³⁰ Die Angaben verschiedener Ersteller evidenz-basierter Leitlinien schwanken zwischen 50.000 Euro und 500.000 Euro je Leitlinie, vgl. Fritsche, *DÄBl.* 2000, A-766. Vielfach wird die Erstellung von Leitlinien von der pharmazeutischen Industrie finanziert. Dabei besteht jedoch die Gefahr von Interessenkonflikten, so daß zukünftig andere Institutionen (z.B. Krankenkassen/-versicherungen) die Finanzierung mit übernehmen sollten, vgl. die Ausführungen bei: Beske/Kern, *Leitlinien und Standards in der Medizin*, S. 43 f.

⁸³¹ Z.B. Bruns, *ArztR* 1998, S. 183, (185).

⁸³² Vgl. Kap. 4 A II.

⁸³³ Weidinger, *DAusR* 2001, S. 66, (68).

zahl der Leitlinien ist nach Ansicht der Verfasserin nicht kritikwürdig, wenn man bedenkt, wie viele unterschiedliche Erkrankungen und entsprechende Diagnose- und Therapiemöglichkeiten es gibt.

5. Vergleich mit anderen Handlungsregeln

Als weitere Formen institutionell gesetzter ärztlicher Handlungsregeln stehen neben den Leitlinien die so genannten Richtlinien und Empfehlungen⁸³⁴. Abgrenzen lassen sich die Begriffe grundsätzlich nach ihrem Verbindlichkeitsgrad⁸³⁵:

Richtlinien sind in sozialrechtlicher Hinsicht unbedingt zu befolgen⁸³⁶. Es ist keine Abweichung zulässig⁸³⁷. Richtlinien stellen mithin „untergesetzliche“ Normen dar, die unterhalb von Rechtsverordnungen oder Gesetzen anzusiedeln sind⁸³⁸. Ihre haftungsrechtliche Verbindlichkeit ist umstritten⁸³⁹.

Leitlinien sind, wie eben dargestellt grundsätzlich verbindlich; in begründeten Ausnahmefällen darf oder muss jedoch davon abgewichen werden⁸⁴⁰.

⁸³⁴ Im anglo-amerikanischen Raum ist die in Deutschland getroffene Unterscheidung zwischen Leitlinie und Richtlinie unbekannt, (man spricht insoweit nur von „guidelines“), so dass auch eine Differenzierung hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit nicht vorgenommen wird.

⁸³⁵ Vgl. Hart, MedR 1998, S. 8, (10). Nach Auffassung von Ulsenheimer ist diese Abgrenzung aus haftungsrechtlicher Sicht ein „grundlegendes Missverständnis“: „Die Begriffe ‚Standard‘, ‚Richtlinien‘ und ‚Leitlinien‘ sind kein Aliud und keine Gegensätze, sondern bedeuten für die Rechtsprechung inhaltlich und funktionell dasselbe: Sie konkretisieren ‚Orientierungsmarke‘, ‚Handlungsempfehlungen‘, ‚Richtschnur‘ oder ‚deutliche Anhaltspunkte für das gebotene Verhalten‘, den gesetzlichen Terminus der ‚im Verkehr erforderlichen Sorgfalt‘, Ulsenheimer, zit. bei Hoffmann, Arzt und Krankenhaus 1999, S 219.

⁸³⁶ Ollenschläger/Oesingmann, Leitlinien und Standards in der Medizin, S. 24. Richtlinien werden in der Regel von rechtlich legitimierten Institutionen aufgestellt.

⁸³⁷ Nach Ansicht von Hart sollte der Richtlinienbegriff insbesondere dem Sozialrecht vorbehalten werden, MedR 1998, S. 8, (16).

⁸³⁸ Nolte, Leitlinien und Standards in der Medizin, S. 30.

⁸³⁹ Dies soll hier nicht näher ausgeführt werden. Vgl. zum Streitstand den Tagungsbericht der deutschen Richterakademie vom 5.6. - 9.6.2001 in Trier, wiedergegeben von Sandbiller, MedR 2002, S. 19 f.

MedR 2002, S. 22.

⁸⁴⁰ Sie sind rechtlich jedenfalls dann verbindlich, wenn sie dem Standard entsprechen.

Bei Empfehlungen ist eine Abweichung immer möglich. Sie sind eine Art Ratsschlag für den Arzt⁸⁴¹.

6. Leitlinien in der GKV

Im Rahmen des Gesundheitsreformgesetzes 2000 hat der Gesetzgeber die Qualitätssicherungsinstrumente der GKV neugeordnet und ausgebaut⁸⁴². Dies geschieht unter anderem durch die Schaffung eines Koordinierungsausschusses; dieser soll gemäß § 137 e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB V:

„insbesondere auf der Grundlage *evidenz-basierter Leitlinien* die Kriterien für eine im Hinblick auf das diagnostische und therapeutische Ziel ausgerichtete zweckmäßige und wirtschaftliche Leistungserbringung für mindestens zehn Krankheiten je Jahr beschließen, bei denen Hinweise auf unzureichende, fehlerhafte oder übermäßige Versorgung bestehen und deren Beseitigung die Morbidität und Mortalität der Bevölkerung nachhaltig beeinflussen kann“.

Die Beurteilung der Leitlinien erfolgt somit auf Grundlage der „evidenz-basierten Medizin“⁸⁴³. Die Berücksichtigung von EBM bei der Erstellung von Leitlinien ist positiv zu bewerten. EBM schafft trotz ihrer Risiken⁸⁴⁴ die Basis für gesicherte Qualitätsaussagen und entsprechende Implementationen.

Die Leitlinien sollen nach der Intention des Gesetzgebers auch eine rationale Diagnostik und Therapie sicherstellen. Es sollen auch Kosten-Nutzen-Aspekte berücksichtigt werden und die Leitlinie so „eine große gesundheitsökonomische und medizinische Relevanz“⁸⁴⁵ haben. Damit wird die Qualitätsentschei-

⁸⁴¹ Diese Abstufung entspricht dem nationalen und internationalen Sprachgebrauch in der Qualitätssicherungsdiskussion. Siehe Ollenschläger/Thomeczek, *Ärztliche Leitlinien - Definitionen, Ziele, Implementierung*, S. 177 ff.; Bruns, *ArztR* 1998, S. 183, (184).

⁸⁴² Siehe die Begründung zum Gesetzesentwurf: BT-Dr. 14/1245, S. 57; vgl. auch Teil 1, 2 Kap. B V 4.

⁸⁴³ Dies gilt zunehmend auch für nicht im Rahmen der GKV erstellte Leitlinien, siehe 4. Kap. A II.

⁸⁴⁴ Siehe 4 Kap. A II.

⁸⁴⁵ BT-Dr. 14/1245, S. 57.

derung der Leitlinien von vorneherein an die Möglichkeit ihrer Finanzierbarkeit gekoppelt. Teilweise wird in diesem Zusammenhang gefordert, bei der Leitlinienerstellung sollten die Finanzierbarkeitsüberlegungen in einem separaten Verfahren überprüft werden,

damit erkennbar wird, wann die Absenkung eines erreichbaren Qualitätsniveaus aus wirtschaftlichen Gründen erfolgt⁸⁴⁶. Diese Überlegung ist grundsätzlich zu befürworten.

In rechtlicher Hinsicht ist von Bedeutung, dass die evidenz-basierten Leitlinien gemäß § 137 e Abs. 3 S. 2 SGB V für die Krankenkassen, die zugelassenen Krankenhäuser und die Vertragsärzte unmittelbar verbindlich sind. Damit wählt der Gesetzgeber für die Leitlinien ähnlich wie für die Richtlinien des Bundesausschusses und für die Bundesmantelverträge der Bundesverbände der Krankenkassen und kassenärztlichen Bundesvereinigung eine rechtsnormgleiche Bindung für die Körperschaften und ihre Mitglieder. Wie oben bereits erwähnt lässt sich damit zumindest für evidenz-basierte Leitlinien wohl auch eine haftungsrechtliche Relevanz nicht mehr absprechen. Beschlüsse des Ausschusses werden in Zukunft also bei der Formulierung des ärztlichen Standards berücksichtigt werden müssen⁸⁴⁷.

7. Stellungnahme

Leitlinien können Beiträge zur Qualitätsverbesserung von Behandlungen, zur Verringerung von Über- und Unterversorgung im Gesundheitswesen und zur Gesundheitsökonomie leisten⁸⁴⁸. Insbesondere wenn sie evidenz-basiert sind, können Leitlinien den Haftpflichtprozess rationalisieren, indem sie die Festlegung des allgemeinen medizinischen Standards einer ärztlichen Krankheitsbe-

⁸⁴⁶ Vgl. Wigge, MedR 2000, S. 574, (578): „Die Leitlinien des Koordinierungsausschusses wie des Bundesausschusses leiden (...) unter der fehlenden Trennung zwischen medizinischer Beurteilung und juristisch überprüfbarer Entscheidung bezüglich ihrer Finanzierbarkeit.“

⁸⁴⁷ Ebenso Hänlein, Arztrecht 2001, S. 315 f.

⁸⁴⁸ So auch Hart, MedR 2000, S. 1.

handlung erleichtern⁸⁴⁹. Auch der Sachverständigenrat für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen ist der Meinung, dass eine auf Erfahrung basierte Ausrichtung an Leitlinien einen wesentlichen Beitrag zur Qualitätssicherung leistet⁸⁵⁰.

Dem Standard entsprechende Leitlinien, die von wissenschaftlichen Fachgesellschaften erarbeitet und überarbeitet werden, sind nicht nur juristisch notwendig, sondern auch zweckmäßig, da sie das Notwendige enthalten, das den Arzt davor schützt, unnötige kostenträchtige Wege zu gehen⁸⁵¹. Kostensenkung wird hierbei vor allem durch die Auslöschung obsoleter Verfahren erreicht⁸⁵². Dies ist wichtig aufgrund der hohen Variationsbreite bezüglich des Umgangs mit medizinischen Problemen. Durch eine Verringerung der Variationsbreite mittels Leitlinien könnten die vor allem durch technischen und demographischen Wandel verursachten Kostensteigerungen im Gesundheitswesen finanziert werden, ohne dass auf eine Erhöhung der Beitragssätze zurückgegriffen werden muss. Leitlinien können daher erheblich zur Wirtschaftlichkeit und zur Patientensicherheit beitragen. In einigen Bereichen kann es jedoch auch zu Kostensteigerungen kommen, und zwar dort, wo nicht wirksame aber preiswerte Therapien durch wirksamere, teure Therapien ausgetauscht werden⁸⁵³. Insofern darf die Qualität nicht hinter Wirtschaftlichkeitserwägungen zurückbleiben. Auch muss berücksichtigt werden, dass die Leitlinienerstellung ihrerseits nicht unerhebliche Kosten verursacht. Langfristig gesehen dürfte der kostenreduzierende Aspekt durch Leitlinien jedoch eindeutig überwiegen.

Wichtig ist auch, dass die Herkunft und das Verfahren, durch welches die Leitlinie erstellt wurde, klar erkennbar sind. Ohne eine hinreichende Transparenz sind Leitlinien nicht geeignet, ihren Teil dazu beizutragen, dass das Haftungs-

⁸⁴⁹ Vgl. Hart, MedR 1998, S. 8, (12).

⁸⁵⁰ Vgl. die Stellungnahme im Internet unter www.bmggesundheits.de.

⁸⁵¹ Vgl. Hoffmann, Arzt und Krankenhaus 1999, S. 219, (220).

⁸⁵² Z.B. Krankenhausaufenthalte zu Adipositas therapie, vgl. Lauterbach, Symposium Leitlinien und Standards in der Medizin, S. 18.

⁸⁵³ Dies gilt z.B. für einige Bereiche pflanzlicher Arzneimittel und Homöopathika, vgl. vgl. Lauterbach, Symposium Leitlinien und Standards in der Medizin, S. 18.

recht als Mittel der Qualitätssicherung in Form einer externen Qualitätskontrolle nutzbar gemacht wird⁸⁵⁴.

IV. Möglichkeiten der Zivilgerichte

In Grenzen kann die Rechtsprechung dazu beitragen, den guten medizinischen Behandlungsstandard auch bei finanziellen Engpässen zu sichern. Sie kann jedoch für „sparsamkeitsbedingte Fahrlässigkeit keine Absolution erteilen“⁸⁵⁵. Korrigierend einwirken kann sie meist nur dann, wenn ein Patient einen Schaden erlitten hat und wenn dann ein Arzt oder eine Pflegekraft verurteilt wird. Die Rechtsprechung ist dabei offenbar bemüht, der „Abwanderung der Schuld nach unten“ entgegenzuwirken⁸⁵⁶. Indem sie Grenzen finanzieller Leistungsfähigkeit erkennt und die einzelnen Allokationsebenen im Zusammenhang betrachtet, ist die Rechtsprechung in der Lage, das Verhältnis zwischen Recht, Medizin und Ökonomie zu verbessern. Insbesondere mit der Berücksichtigung von Leitlinien und anderen Mitteln der Qualitätssicherung kann die Judikatur auch den Ärzten die Furcht vor Haftpflichtprozessen nehmen und damit den Kostenfaktor der Defensivmedizin eindämmen.

Um eine Sensibilisierung der Rechtsprechung für ökonomische Aspekte zu erreichen, wäre es möglicherweise von Vorteil, wirtschaftliche Aspekte wieder mehr in die juristische Ausbildung zu integrieren. So gab es bis Mitte der siebziger Jahre an den Universitäten meistens eine einheitliche „Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät“, in welcher Juristen und Ökonomen gemeinsam forschten und lehrten. Recht und Wirtschaft, Staat und Gesellschaft wurden als interdependente Forschungsgegenstände verstanden. In der heutigen Juristenausbildung hingegen wird auf die Bedeutung der wirtschaftlichen Grundlagen für die Existenz und Finanzierung des Sozialstaates nicht oder nur

⁸⁵⁴ So Prof. Dr. Hart während der Tagung „Ärztliche Leitlinien: Empirie und Recht professioneller Normsetzung“ am 8./9. Oktober in Bremen, wiedergegeben in MedR 1999, S. 241, (242).

⁸⁵⁵ Schewe, DAusR 1996, S. 14.

⁸⁵⁶ Ebenda.

in geringem Maße hingewiesen. Auch wenn die Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht, - wie oben aufgezeigt, - grundsätzlich auch auf wirtschaftliche Zwänge Rücksicht nimmt, so wäre ein bereits in der Ausbildung angelegtes basiertes Grundwissen in ökonomischen Dingen sicherlich vor allem angesichts der durch Defensivmedizin entstehenden Kosten durchaus sinnvoll⁸⁵⁷.

V. Engere Zusammenarbeit von Medizinern, Juristen und Ökonomen

Neben einer Sensibilisierung der Judikatur für ökonomische Fragen ist auch die Zusammenarbeit von Juristen, Medizinern und Ökonomen für eine standardgemäße und gleichzeitig wirtschaftliche Behandlung des Patienten unerlässlich. Beispielhaft seien hier vor allem die dem gegenseitigen Verständnis dienenden gemeinsamen Fortbildungsveranstaltungen, Symposien und Arbeitsgemeinschaften, in denen Probleme fachübergreifend diskutiert werden, genannt⁸⁵⁸. Von Nutzen wäre es sicherlich auch, das Arzthaftungsrecht mehr in die medizinische Ausbildung einzubeziehen⁸⁵⁹. Gleiches gilt für die Ökonomie. In der heutigen Zeit ist es für die Ärzteschaft leider notwendig, auch die wirtschaftlichen Hintergründe von Behandlungsmaßnahmen zu kennen. Vor allem im Krankenhauswesen wird es künftig verstärkt Aufgabe der Krankenhausverwaltung und der einzelnen Chefärzte in ihren Abteilungen sein, den Mitarbeitern das nötige Kostenbewusstsein zu vermitteln: „Erst wenn der einzelne Arzt weiß, was seine Therapie und namentlich die von ihm eingesetzten Arznei- und sonstigen Verbrauchsmittel kosten, wird er sich überlegen, ob hiervon nicht sparsamer Gebrauch gemacht oder auf preiswertere Mittel ausgewichen werden kann.“⁸⁶⁰ Dies ist im Arzthaftungsprozess insbesondere im Hinblick auf den medizinischen Sachverständigen von Bedeutung, welcher in Anbetracht der Finanzierungsproblematik im Gesundheitswesen

⁸⁵⁷ Im Ergebnis auch Dierks, Finanzierungsgrenzen der Haftungsvorsorge, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 139, (144).

⁸⁵⁸ Vgl. z.B. das Symposium „Innere Medizin und Recht“, das vom 30.06. bis 01.07.1995 stattgefunden hat.

⁸⁵⁹ Ebenso Bergmann, Die Arzthaftung, S. 4.

⁸⁶⁰ Franzki, AuK 1994, S. 61, (64).

auch wirtschaftliche Aspekte nicht unberücksichtigt lassen sollte.

VI. Ökonomische Analyse

Das Verhältnis Recht und Medizin kennzeichnet eine gewisse Ambivalenz. Auf der einen Seite fürchten die Mediziner die Gefahr einer Verrechtlichung der Medizin im Sinne eines unzulässigen Eindringens der Rechtsordnung in ureigene Bereiche der Medizin, auf der anderen Seite wünschen sie sich vom Recht aber auch Schutz und Fürsorge⁸⁶¹. Dies gilt ganz besonders im Hinblick auf die Ökonomie, die einen immer größer werdenden Einfluss ausübt⁸⁶². Hier verlangt die Medizin zum einen Abwehr einer drohenden Ökonomisierung und zum anderen Rehabilitation, wenn das Eindringen der Ökonomie in den medizinischen Bereich letztlich nicht verhindert werden konnte.

Während sich Recht und Medizin konkret mit den Auswirkungen der Finanznot im Gesundheitssystem auf den einzelnen Patienten konfrontiert sehen, beschränkt sich die Ökonomie auf die abstrakten Folgen von Sparmaßnahmen in Form von Zahlen und Statistiken⁸⁶³. Es stellt sich daher die Frage, ob man sich ökonomische Grundsätze im Rahmen des Arzthaftungsrechts zunutze machen kann, um eine Einsparung von Ressourcen auf der Behandlungsseite zu erreichen.

In den USA gibt es eine Initiative, welche unter der Bezeichnung „ökonomische Analyse des Rechts“ die Forderung aufstellt, dass sämtliche Rechtsnormen den Anreiz zu einem optimalen Einsatz der Ressourcen zu

⁸⁶¹ In diesem Zusammenhang sollte man sich einmal die grundlegend unterschiedliche Arbeits- und Denkweise von Juristen und Medizinern vor Augen halten: „Der Jurist dient dem Recht in seiner Allgemeingültigkeit, der Arzt steht dem unverwechselbaren Individuum in seiner je besonderen Hilfsbedürftigkeit gegenüber, die sich oft nur schwer in normative Tatbestände fassen läßt. Der Arzt entscheidet - vielfach in Zeitnot - ex ante, der Richter ex post. Der Jurist verfährt kühl logisch und distanziert, der Arzt engagiert und nicht ohne Emotion“, Laufs/Uhlenbruck-Laufs, Handbuch des Arztrechts, § 2 Rdnr. 12.

⁸⁶² Vgl. die Ausführungen im 1. Teil.

⁸⁶³ Z.B. erhöhen bestimmte Sparmaßnahmen für die Ökonomie lediglich das „statistische Sterberisiko“, siehe Krämer, MedR 1996, S. 1, (5).

geben hätten. Gesamtgesellschaftlich unökonomisches Verhalten sei durch Strafe und Schadensersatz zu sanktionieren, volkswirtschaftlich ökonomisches Verhalten dagegen zu belohnen⁸⁶⁴. Es wird gegenübergestellt, was der Schaden kostet und was seine Vermeidung kostet. Um einen sparsamen Ressourceneinsatz zu fördern, wird, wenn die Vermeidungskosten niedriger liegen, Fahrlässigkeit bejaht, um so den Schädiger zur Aufbringung der Vermeidungskosten zu veranlassen. Andernfalls wäre jedoch die Aufbringung der Vermeidungskosten Ressourcenverschwendung und soll unterbleiben, entsprechend wird der Fahrlässigkeitsvorwurf nicht erhoben⁸⁶⁵.

Teilweise wird auch in Deutschland in letzter Zeit das Haftungsrecht der ökonomischen Analyse unterworfen⁸⁶⁶. Bereits in rechtsdogmatischer Hinsicht ist die ökonomische Analyse jedoch zweifelhaft⁸⁶⁷. Indem sie davon ausgeht, dass nur die ökonomisch sinnvollen Sicherungsmaßnahmen vorgenommen werden müssen und alles andere besser durch Ausgleich wiedergutmacht werden soll, nimmt sie keine Rücksicht auf die Rechtswidrigkeit⁸⁶⁸. Rechtsprechung in Deutschland bedeutet sehr viel stärker als in den USA Befolgung und Durchsetzung des vom parlamentarischen Gesetzgeber abstrakt vorgegebenen Rechtsbefehls.

In medizinischer Hinsicht ergibt sich folgendes: Wenn die Rechtsnormen ausschließlich das Ziel hätten, die Bürger zu einem ökonomisch effizienten Verhalten zu veranlassen, dann müsste dies zwangsläufig auch das ärztliche Verhalten als Teil des gesellschaftlich relevanten Verhaltens erfassen⁸⁶⁹. In unserem Ge-

⁸⁶⁴ Vgl. hierzu den Überblick bei Taupitz, AcP 196, S. 114 ff. Ausführlich hierzu Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2. Auflage, 1995.

⁸⁶⁵ Vgl. zu dieser so genannten „Learned-Hand-Formel“ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts S. 146 ff.

⁸⁶⁶ Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2. Auflage, 1995.

⁸⁶⁷ So auch Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II, § 76 III 4. h. A.A. MüKo-Grundmann, § 276, Rdnr. 62.

⁸⁶⁸ Kritisch daher Deutsch, VersR 1998, S. 263.

⁸⁶⁹ Vgl. Taupitz, Gesundheitsversorgung bei Ressourcenknappheit - Rechtliche Aspekte -, in Nagel/Fuchs, Rationalisierung und Rationierung, S. 86, (87).

sundheitssystem können Aspekte ökonomischer Effizienz jedoch nur insoweit eine Rolle spielen, als dass die Rechtsnormen ihrerseits ökonomische Vorgaben enthalten oder zumindest einer ökonomisch orientierten Auslegung zugänglich sind. Die Ökonomie entfaltet ihre Wirkung im Recht daher erst kraft autonomer Entscheidung des Rechts⁸⁷⁰. Folglich hat auch die Rechtsordnung dank eigener Kompetenz einen Einfluss darauf, in welchem Ausmaß die Ökonomie auf die Medizin einwirkt.

Ökonomische Analysen können jedoch als empirische Analysen über Wirkungen von Behandlungen oder in Form von Vorschlägen über Anreizsysteme effizienter Leistungsorganisation für rechtliche Entscheidungen auf gesetzlicher oder verwaltender Ebene bedeutungsvoll sein⁸⁷¹. Im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung ist vor allem das im SGB V verankerte Wirtschaftlichkeitsgebot ein „legitimer Ort“, vergleichende ökonomische Analysen von Gesundheitsleistungen anzustellen. Ergibt ein Vergleich mehrerer indizierter Therapien den Vorzug der kostengünstigeren und wird diese angewendet, wird das Haftungsrecht diese Entscheidung wohl immer akzeptieren⁸⁷².

VII. Erhöhte Kostenbeteiligung der Versicherten

Die Gesellschaft steht vor der Frage, welche Medizin sie zu welchen Kosten vorhalten und wie der Beitrag der Versicherten zur Erhaltung ihrer eigenen Gesundheit aussehen kann. Ein Gesundheitssystem ohne finanzielle Selbstbeteiligung der Versicherten ist zukünftig nicht mehr vorstellbar. Dies beweist auch die aktuelle politische Diskussion⁸⁷³. Wie bereits im ersten Teil der Bearbeitung dargestellt, wird beispielsweise der Zahnersatz aus dem Katalog der GKV ge-

⁸⁷⁰ I.E. auch Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II, § 76 III 4. h.: „Vollends inadäquat erscheint das Instrumentarium der „ökonomischen Analyse“ schließlich, soweit es um immaterielle Werte insbesondere im Rahmen des Schutzes von Leib und Leben geht, da diese sich einer auch nur modellhaften, hypothetischen Quantifizierung von vorneherein entziehen.“

⁸⁷¹ Vgl. hierzu den Beitrag von Hart, MedR 1996, S. 60 ff.

⁸⁷² Hart, MedR 1996, S. 60, (65).

⁸⁷³ Vgl. die aktuelle Tagespresse.

strichen. Zudem muss sich der Patient in Zukunft damit abfinden, auch in anderen Bereichen (z.B. Arzneimittel) höhere Eigenleistungen zu zahlen.

In diesem Zusammenhang ist auch das von Michael Arnold entwickelte Modell einer solidarisch finanzierten Grundversorgung und einer risikoäquivalenten Zusatzversicherung zu nennen⁸⁷⁴. In diesem Modell werden die Versorgungsziele neu definiert und Vorstellungen von einer Reform entwickelt, die darauf abzielt, den Umfang der solidarisch zu finanzierenden Gesundheitsleistungen im Sinne einer Grundversorgung festzulegen und marktähnliche Verteilungsregeln für alle übrigen Güter vorzusehen. Es spreche nichts dagegen, jenen Teil der Gesundheitsgüter und -leistungen, die nicht dazu beitragen, Chancengleichheit⁸⁷⁵ zu gewährleisten, nicht genauso entsprechend individueller Präferenzen zu verteilen wie Wohnverhältnisse, Ernährungsmöglichkeiten und Freizeitgewohnheiten⁸⁷⁶.

Wie auch sonstiger Luxus können bestimmte medizinische Leistungen und Güter durchaus Präferenzgüter sein. Damit ist auch keine Gefährdung der Gesundheit des einzelnen verbunden. Die Deutschen geben so viel Geld für Luxusgüter aus, dass es sich durchaus vertreten lässt, über die Grundversorgung hinausgehende Gesundheitsleistungen den allgemeinen marktwirtschaftlichen Regeln zu unterwerfen. Es sei jedoch auf zwei Gefahren hinzuweisen: Zum einen droht bei diesem Modell eine Zweiklassenmedizin; zum anderen hat letztlich doch die Allgemeinheit für bestimmte Leistungen aufzukommen, wenn sich jemand nicht zusätzlich versichert.

Neben der finanziellen Beteiligung ist jedoch unbedingt auch mehr Eigenverantwortung im Gesundheitsverhalten der Bevölkerung von Nöten.

⁸⁷⁴ Arnold, Solidarität 2000; ders., Die medizinische Versorgung zwischen Utopie und zunehmendem Kostendruck.

⁸⁷⁵ im Sinne der Fähigkeit zur autonomen Lebensführung.

⁸⁷⁶ Hierbei ist zu beachten, dass bei normativer Festlegung der Grundversorgung der Gesundheitsbegriff entgegen der WHO-Definition deutlich einzuschränken wäre; vgl. Uhlenbruck, MedR 1995, S. 432.

Zu recht fordert der Philosoph Prof. Dr. Otfried Höffe mehr Besonnenheit und Maß: „Besonnenheit ist eine moralische Grundhaltung, die weit tiefer ansetzt als alle Rationalisierungs- oder Rationierungsvorhaben. Sie bekämpft die Ressourcenknappheit am wahren Ursprung, bei den ausufernden Antriebskräften.“⁸⁷⁷

VIII. Managed Care

In den USA haben so genannte Managed Care Systeme die traditionelle Krankenversicherung in den vergangenen zehn Jahren weitgehend verdrängt. Diese - dort im Wesentlichen in den 80er Jahren von Versicherungsunternehmen entwickelten - Managed Care Systeme versuchen unter Berücksichtigung moderner Managementkonzepte eine rationalere Versorgung in der Medizin zu erreichen. Hauptmethoden von Managed Care sind insbesondere die Überprüfung der Nutzung von Ressourcen durch den Arzt und den Patienten (Utilization Review), der Vergleich der Behandlungsergebnisse von unterschiedlichen Ärzten (Physician Profiling), die Nutzung von Erfolgsanreizen und Strafen für die Erzielung wirtschaftlicher oder qualitativer Vorgaben und die Beschränkung ungezielter Inanspruchnahmen von Fachärzten (Gate Keeping)⁸⁷⁸.

Als Instrument der Optimierung der Versorgung ist der Begriff Managed Care aus Sicht der Patienten in den USA jedoch weitgehend diskreditiert. Dies liegt vor allem daran, dass Managed Care in erster Linie als ein Instrument der Kostensenkung und nicht der Qualitätsoptimierung betrachtet wird⁸⁷⁹. Hauptkritikpunkt ist zu recht die mangelnde Transparenz der verwendeten Methoden und die Risikoselektion: Der Versicherungsschutz wird Hochrisikopatienten und Patienten mit bestehenden chronischen Erkrankungen häufig vorenthalten. Aus diesem Grund kommt es verstärkt zu gerichtlichen Auseinandersetzungen,

⁸⁷⁷ DÄBl. 1998, A-202.

⁸⁷⁸ Vgl. allgemein hierzu: Arnold/Lauterbach/Preuß, Managed Care - Ursachen, Prinzipien, Formen und Effekte.

⁸⁷⁹ Während die Versicherten immer mehr Eigenanteil für immer weniger Leistung bezahlen müssen, treiben die Macher der großen börsenorientierten Health Maintenance Organizations (HMOs) mit gravierenden Einsparungen und Beitragserhöhungen den Kurs ihrer Unternehmen nach oben, vgl. DER SPIEGEL 44/1999, S. 54.

in denen es um die Vorenthaltung notwendiger Leistungen oder Einschränkungen der Qualität der Versorgung geht⁸⁸⁰. Ein Managed Care System ist in Deutschland daher abzulehnen. Zwar ist eine Kostenreduktion im Sinne einer rationaleren Versorgung durchaus als positiv zu bewerten; die Gefahr einer Herabsetzung des guten medizinischen Standards und der Patientenauswahl anhand finanzieller Kriterien ist - wie die Situation in den USA zeigt - jedoch zu groß, als das man eine Umstrukturierung des deutschen Gesundheitssystems durch Managed Care Methoden befürworten könnte.

IX. Alternative, verschuldensunabhängige Entschädigungssysteme

Um das haftungsrechtliche Risiko des Arztes zu senken und dadurch Kostenfaktoren wie Defensivmedizin einzudämmen, könnte man eine versicherungsrechtliche Absicherung des Patienten gegen das medizinische Risiko in Erwägung ziehen.

1. Grundlagen

In einigen Ländern ist die Haftung des Arztes bereits vollständig durch ein Versicherungssystem abgelöst worden (z.B. in Neuseeland). In anderen Ländern wurde die Haftung durch ein Versicherungssystem zumindest ergänzt (vor allem in skandinavischen Staaten)⁸⁸¹.

Auch in Deutschland wurden bereits Überlegungen angestellt, wie eine Versicherung im Medizinbereich, die das Behandlungsrisiko des Patienten deckt, rechtstechnisch auszugestalten wäre⁸⁸²: Die „Patientenversicherung“ soll von den Ärzten und Krankenhausträgern zugunsten ihrer Patienten abzuschließen sein. Versichert ist dabei nicht das Haftungsrisiko des Behandlers, sondern das

⁸⁸⁰ Vgl. Lauterbach, DÄBl. 1999, A-2128.

⁸⁸¹ Vgl. allgemein zu den Vor- und Nachteilen einer Versicherungslösung: Pichler in: Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 173 ff; Deutsch, Medizinrecht, Rdnr. 215 ff.

⁸⁸² Vgl. die ausführlichen Darstellungen bei Katzenmeier, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 59, (65) und Pichler, ebenda, S. 173 ff.

Behandlungsrisiko des Patienten. Dem Patienten soll dann ein Direktanspruch gegen den Versicherer bei Vorliegen eines zu definierenden Behandlungsschadensfalls zustehen⁸⁸³. Die Verschuldenshaftung des Arztes soll mit der Patientenversicherung nicht entfallen, da der Arzt andernfalls in zivilrechtlicher Hinsicht im rechtsfreien Raum arbeiten könnte. Vielmehr sollen auch die Fälle erfasst werden, die zugleich zur Verschuldenshaftung führen würden⁸⁸⁴. Dem Patienten sollen aus der Versicherung alle Ansprüche erwachsen, die er auch bei einem Arzthaftpflichtprozess geltend machen kann, einschließlich eines Schmerzensgeldes⁸⁸⁵. Die Leistungen der Patientenversicherung sollen allerdings nur subsidiär eingreifen; insbesondere Leistungen des Krankenversicherungsträgers sollen angerechnet werden. Da die Verschuldenshaftung des Arztes aus den oben genannten Gründen nicht entfallen kann, werden gleichsam auch Schadensersatzansprüche des Patienten gegen den Arzt aus Verschuldenshaftung angerechnet⁸⁸⁶.

Nach den Befürwortern einer Patientenversicherung liegt deren Vorteil vor allem in der Möglichkeit einer erheblichen Entlastung des Arzt-Patienten-Verhältnisses dadurch, dass Anspruchsgegner des Patienten im Schadensfall regelmäßig die Versicherung wäre⁸⁸⁷. Die Rechtstellung des Patienten würde durch die Vereinfachung bei der Schadensregulierung tendenziell verbessert. Außerdem würden Haftpflichtprozesse weniger werden, wenn der Patient von der Versicherung entschädigt wird⁸⁸⁸.

2. Kritik

Die für die Einführung einer Patientenversicherung angeführten Argumente können im Ergebnis nicht überzeugen. Vielmehr sprechen die entscheidenden Gründe dafür, das Haftpflichtrecht als Grundlage des Schadensausgleichs bei

⁸⁸³ Ebenda.

⁸⁸⁴ Vgl. Dinslage, VersR 1981, S. 310, (311).

⁸⁸⁵ Vgl. Deutsch, Medizinrecht, Rdnr. 215; Dinslage, VersR 1981, S. 310, (312).

⁸⁸⁶ Ebenda.

⁸⁸⁷ Dinslage, VersR 1981, S. 310, (311); Pichler, Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 173 ff.

⁸⁸⁸ Vgl. i.E. Bruns, ArztR 2000, S. 185.

Arztfehlern beizubehalten⁸⁸⁹. Zunächst bestehen schon Zweifel, ob es tatsächlich zu einer Senkung ärztlicher Haftpflichtprozesse kommen würde. Da zivilrechtliche (verschuldensabhängige) Ansprüche des Patienten gegen den Arzt aus der Patientenversicherung anzurechnen sind, ist davon auszugehen, dass der Patient sie auch geltend macht. Macht der Patient selbst diese Ansprüche nicht geltend, so aber der Versicherer, der bei dem Arzt für seine Leistung an den Patienten Rückgriff nehmen wird, wenn er glaubt, dass eine Verschuldenshaftung des Arztes vorliegt. Damit relativiert sich der vermeintliche Vorteil einer Patientenversicherung bezüglich der Senkung des ärztlichen Haftungsrisikos. Aus Sicht des Arztes ist keine Änderung dieses Risikos mit Einführung einer Patientenversicherung verbunden. Aus diesem Grund wird er schon wegen der andererseits zu erwartenden hohen Versicherungsprämien keine Notwendigkeit sehen, eine Patientenversicherung einzugehen⁸⁹⁰.

Entscheidendes Argument gegen die Einführung einer Patientenversicherung ist auch deren Finanzierbarkeit. Eine Patientenversicherung würde ihrerseits immense Kosten verursachen, indem ein eigenes Versicherungswesen aufgebaut und mit hohem Verwaltungsaufwand betrieben werden müsste⁸⁹¹. Die Gegenargumentation, dass „die Patientenversicherung allenfalls nicht gedeckte Spitzen von Heilkosten und Erwerbsschäden zu ersetzen“ und nur bis zu einem Höchstbetrag ein Schmerzensgeld zu zahlen haben wird⁸⁹² demonstriert nur die Unnötigkeit einer Versicherungslösung. Nach alledem ist eine Patientenversicherung nicht geeignet, Haftungsfälle in Zukunft zu verhindern.

⁸⁸⁹ Ebenso Katzenmeier, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 59, (63); Bogs, Defensives Denken und Handeln in der Medizin als Folge des Einflusses des Rechts, S. 105 f.; Deutsch, Medizinrecht, Rdnr. 215.

⁸⁹⁰ Vgl. Bogs, Defensives Denken und Handeln in der Medizin als Folge des Einflusses des Rechts, S. 105.

⁸⁹¹ Vgl. Katzenmeier, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 59, (65); Ehlers, MedR 1993, S. 334, (337).

⁸⁹² Dinslage, VersR 1981, S. 312.

5. Zusammenfassung und Schlußbetrachtung

Wie die Ausführungen der vorliegenden Abhandlung gezeigt haben, gestaltet sich die Finanzierbarkeit des deutschen Gesundheitswesens zunehmend schwieriger. Mittlerweile kostet die Gesundheitsversorgung der Deutschen über 200 Mrd. Euro im Jahr⁸⁹³. Besonders der medizinische Fortschritt trägt dazu bei, dass unsere Medizin zwar immer besser, jedoch auch immer teurer wird. Nicht alles medizinisch Machbare ist heutzutage auch finanzierbar. Das gewünschte Resultat der modernen Hochleistungsmedizin ist der stetige Anstieg des Durchschnittsalters. Die demographische Entwicklung der Bevölkerung führt jedoch wiederum zu erhöhten Ausgaben im Gesundheitssystem - vor allem im Hinblick auf die GKV. Als weitere kostenverursachenden Faktoren zeigten sich das erhöhte Anspruchsdenken in der Bevölkerung, die Verschwendung vorhandener Ressourcen und die Problematik der Defensivmedizin. Neben der Erhöhung der Ärztedichte, der mangelnden Verzahnung von ambulanter und stationärer Medizin und hoher Arbeitslosigkeit trägt auch die Zunahme von Singlehaushalten zur Finanzierbarkeitsproblematik bei. Die Kostendämpfungsversuche des Gesetzgebers in den letzten Jahren konnten keine wesentlichen Verbesserungen bringen.

Als Folge dieser Entwicklung ist aus der gewünschten Rationalisierung bereits in einigen Bereichen unseres Gesundheitssystems eine Rationierung geworden. Es kann nicht mehr jedem Patienten die beste medizinische Maßnahme angeboten werden. Die Gewährung einer knappen Ressource an der einen Stelle führt zu deren Vorenthaltung an anderer Stelle. Der Arzt, welcher in der unteren Ebene der Mikroallokation tätig ist, hat insoweit nur begrenzt Einfluss auf die Mittelverteilung. Ob in freier Praxis tätig oder als leitender Arzt im Krankenhaus ist er zwar der Ressourcenverteiler in Therapie und Diagnostik, jedoch sind seine Entscheidungen abhängig von jenen der anderen Allokationsebenen. Dies gilt insbesondere für die Kriterien der Verteilung knapper medizi-

⁸⁹³ Vgl. die jeweils aktuellen Zahlen im Internet unter www.gbe-bund.de.

nischer Ressourcen. War die gerechte Verteilung früher vor allem ein Problem im Bereich der Organtransplantation, gelten dieselben Grundsätze heute auch für einen Mangel an finanziellen Mitteln, der dazu führt, dass nicht jeder Patient sofort von einem bestimmten Arzt operiert oder mit einem bestimmten medizinisch-technisches Gerät behandelt werden kann. Wie sich gezeigt hat, kommt als einzig gerechtes Auswahlkriterium wohl nur die Wartezeit in Form von Wartelisten in Betracht in Verbindung mit den Kriterien der Dringlichkeit und Erfolgsaussicht einer Behandlung.

Die aus der Finanzierbarkeitsproblematik im Gesundheitswesen folgende Schwierigkeit der gerechten Mittelverteilung hat für den Arzt auch haftungsrechtliche Bedeutung. Sorgfaltsmaßstab im Arzthaftungsrecht ist insoweit der gute medizinische Behandlungsstandard. Dieser repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat. Der Standard bezieht sich damit auf die Behandlung (Vorbeuge, Diagnose und Therapie) konkreter Erkrankungen. Unterteilt werden kann und muss der ärztliche Standardbegriff in den Basisstandard und den dynamischen Standard. Letzterer ist von Bedeutung für den medizinischen Fortschritt, der somit in den Standardbegriff mit einfließt. Die Unterteilung hat ebenfalls Bedeutung für die Therapiefreiheit und das dem Arzt in bestimmten Fällen eingeräumte Ermessen.

Verletzt der Arzt den guten ärztlichen Behandlungsstandard, begründet dies seine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit, sofern die nicht standardgemäße Behandlung kausal zu einer Gesundheitsverletzung führt. Als Behandlungsfehlerhaft sind dabei eine dem Standard nicht entsprechende Diagnose, Therapie und Nachsorge anzusehen. Zusätzlich kommen Verstöße gegen Organisationspflichten in Betracht.

Im dritten Teil der Bearbeitung wurde untersucht, inwieweit das Haftungsrecht auf finanzielle Engpässe im Gesundheitswesen reagieren kann und ob der gute

ärztliche Behandlungsstandard möglicherweise wegen der Kostenproblematik eingeschränkt werden muss. Während sich die Ärzteschaft früher mit der bloßen Frage nach der besten Behandlung auseinandergesetzt hat, muss sie heute wirtschaftliche Erwägungen in die Entscheidung für oder gegen eine Maßnahme mit einbeziehen. Zwangsläufig hat dies auch dazu geführt, dass sich die Rechtsprechung verstärkt mit dieser Problematik auseinandersetzen muss. Im Jahre 1954 beschäftigte sich der BGH zum ersten Mal mit der Frage nach den Kosten einer Behandlung. In seinem „Halsrippenurteil“ erkannte er 1975 dann die prinzipielle Notwendigkeit an, wirtschaftliche Erwägungen in ärztliches Handeln durch eine Risikoabwägung einfließen zu lassen. Eine Betrachtung der jüngeren Rechtsprechung hat gezeigt, dass an den Arzt keine unerfüllbaren Anforderungen gestellt werden. Im Bereich des apparativen Standards schuldet die Behandlungsseite nicht stets eine dem neuesten Stand entsprechende Ausstattung und nicht das jeweils neueste Therapiekonzept. Auch im Bereich des personellen Standards bezieht die Rechtsprechung den Aspekt der Finanzierbarkeit bei der Feststellung ob ein Behandlungsfehler vorliegt mit ein. Gleiches gilt für den medikamentösen und den hygienischen Standard. Trotz einiger Gegenstimmen in der Literatur, wonach die Berücksichtigung finanzieller Engpässe seitens der Arzthaftungsjudikatur unzureichend sei, nimmt die Rechtsprechung nach Ansicht der Verfasserin hinreichend Rücksicht auf ökonomische Zwänge im Rahmen ärztlicher Tätigkeit. Wichtig ist in jedem Fall die Erkenntnis, dass stets der Basisstandard gewahrt werden muss. Die ärztliche Grundversorgung ist in jeder Situation und an jedem Ort zu gewährleisten, wenn der Arzt eine Behandlung übernimmt. Hervorzuheben ist, dass sich der Standard auf die Behandlung bestimmter Erkrankungen beziehen muss, für die es insoweit einheitliche Standards gibt. Qualitätsunterschiede sind nicht mit unterschiedlichen Standards gleichzusetzen, wie es von Rechtsprechung und Literatur zum Teil vorgenommen wird. Kann die Behandlungsseite den guten ärztlichen Behandlungsstandard einmal nicht vorhalten, muss sie den Patienten im Rahmen ihrer sekundären Versorgungspflichten an eine geeignete Praxis oder Klinik überweisen; andernfalls fällt ihr ein Übernahmeverschulden zur Last. Gleichsam bestehen in derartigen Fällen erhöhte Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht.

Dies gilt jedoch nach der hier gefolgten Auffassung dann nicht, wenn der Basisstandard gewährleistet ist und eine modernere, möglicherweise auch bessere Behandlung im Einzelfall nicht dringend geboten erscheint. Der gute ärztliche Behandlungsstandard muss im Ergebnis nicht wegen der Finanzierbarkeitsproblematik im Gesundheitswesen herabgesenkt werden.

Auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung stellt sich die Frage nach dem Bestehen eines Spannungsverhältnisses zwischen Finanzierbarkeit des Gesundheitswesens und ärztlichem Behandlungsstandard. Ein Vergleich des sozialrechtlichen Verständnisses guter ärztlicher Behandlung mit dem medizinischen Standardbegriff hat gezeigt, dass es bereits aufgrund der gesetzlichen Interpretation und aufgrund der Einheit der Rechtsordnung zumindest theoretisch niemals einen Unterschied zwischen den Standards vertragsärztlicher Leistungen und den allgemeinmedizinischen Standards geben kann. Auch das im SGB V verankerte Wirtschaftlichkeitsgebot führt weder im ambulanten, noch im stationären Bereich zu einem Konflikt mit dem ärztlichen Standard und damit dem arzthaftungsrechtlichen Sorgfaltsmaßstab. Das Gebot, von gleichwertigen Behandlungsmöglichkeiten die preiswertere Variante zu wählen, stimmt insoweit mit den haftungsrechtlichen Grundsätzen überein. Auch die zivilrechtlichen Vorgaben verlangen keine Maximaldiagnostik und -therapie.

Wie bereits im ersten Teil der Bearbeitung festgestellt, gibt es nach wie vor Budgetierungen ärztlicher Tätigkeiten. Es stellte sich daher die Frage, ob die Budgetierungen im Gesundheitswesen geeignet sind, den ärztlichen Standard und damit auch den Sorgfaltsmaßstab im Haftungsrecht herabzusenken. Bei der Bestimmung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist unter anderem der Aspekt der Zumutbarkeit von Sorgfaltsmaßnahmen zu berücksichtigen. Dies gilt auch für die finanzielle Zumutbarkeit. Wie sich jedoch gezeigt hat, sind umso strengere Anforderungen an das Maß der erforderlichen Sorgfalt zu stellen, je höher der Wert des bedrohten Rechtsgutes und je höher der mögliche Schaden ist. Arzt und Krankenhausträger können sich daher in keinem Fall mit dem Argument von der Haftung befreien, sie würden für ihre Tätigkeit nicht

hinreichend bezahlt. Gleichsam dürfen weder Arzt noch Krankenhausträger eine Behandlung aus Kostengründen ablehnen, wenn der jeweilige Patient einer dringenden Behandlung bedarf.

Auch innerhalb der privaten Krankenversicherung sind Wirtschaftlichkeitserwägungen im Rahmen der Erstattungspflicht einer ärztlichen Maßnahme anzustellen. Dies folgt aus dem Kriterium der Notwendigkeit einer Heilbehandlung (vgl. z.B. § 178 b VVG). Besonderes Konfliktpotential bietet die Behandlung mit alternativen Heilmethoden, die zahnärztliche Behandlung und Maßnahmen künstlicher Befruchtung. Eine Herabsenkung des guten ärztlichen Standards ist jedoch auch innerhalb der PKV nicht abzusehen.

Ein besonderes, im Rahmen des ersten Teils der Abhandlung schon angerissenes Problem ist die Zunahme von Defensivmedizin. Unstreitig flüchten immer mehr Ärzte aus Angst vor dem Haftungsrisiko in Überdiagnose und -therapie, was zu einem nicht unerheblichen Teil zur Kostensteigerung im Gesundheitswesen beiträgt. Es konnte jedoch vorliegend herausgearbeitet werden, dass nicht die Rechtsprechung - durch ihre angeblich ausufernde Haftungsjudikatur - die Ursache für das Verhalten der Ärzte darstellt. Vielmehr ist der Hauptgrund für Defensivmedizin wohl in den durch den medizinischen Fortschritt bedingten immer vielfältigeren medizinischen Behandlungsmöglichkeiten zu sehen, die naturgemäß auch eine höhere Fehlerquelle darstellen. Hinzukommt das Verhalten der Patienten, die immer mehr die Bereitschaft zeigen, gegen Arzt oder Krankenhausträger zu klagen.

Im letzten Kapitel der Arbeit wurde versucht Lösungen zu finden, die geeignet sind, durch Mittelknappheit bedingte Haftungsfälle und ausgreifende Defensivmedizin zu vermeiden. Wie sich aus den vorherigen Kapiteln ergeben hat, muss der ärztliche Standard aus Kostengründen zwar nicht herabgesenkt werden, jedoch ist die Erfüllung des ärztlichen Heilauftrags für die Behandlungsseite - vor allem wegen des medizinischen Fortschritts - im Laufe der letzten Jahre immer schwieriger geworden. Mit dem Anstieg der medizinischen Möglichkei-

ten steigen auch die Kosten im Gesundheitswesen, was sich gleichzeitig in praktischer Hinsicht auch auf das Haftungsrisiko des Arztes auswirkt.

Eine gute Möglichkeit zur Entschärfung der dargestellten Problematik ist die in der Praxis an Bedeutung gewinnenden Fragen ärztlicher Qualitätssicherung und das damit zusammenhängende risk-Management. Diese können dazu beitragen, das Verhältnis von Recht, Medizin und Ökonomie zu optimieren. Durch Qualitätsverbesserungen im medizinischen Betrieb können Organisationsmängel behoben werden, was einerseits den ärztlichen Standard auf hohem Niveau hält und andererseits geeignet ist, Kostensenkungen zu erreichen. Insbesondere durch ein vorbeugendes risk-Management wird auch das Haftungsrisiko des Arztes bzw. des Krankenhausträgers gesenkt, so dass gleichsam ein positiver Einfluss auf die kostenintensive Defensivmedizin erzielt werden kann.

Empfehlenswert ist auch eine evidenz-basierte Medizin. Durch Feststellung der bestmöglichen Evidenz sichert sie die Qualität ärztlicher Behandlungen und trägt zu einer Umstrukturierung des Gesundheitssystems zu einer kostengünstigeren Versorgung bei.

Einen wesentlichen Beitrag zur Qualitätsverbesserung von Behandlungen und zur Verringerung von Über- und Unterversorgungen im Gesundheitswesen können Leitlinien leisten. Nach der hier gefolgten Ansicht sind Leitlinien haftungsrechtlich verbindlich, wenn sie dem Standard entsprechen. In diesem Fall bewirkt die Befolgung einer Leitlinie für den Arzt eine Haftungsimmunisierung, da der Arzt dann prinzipiell sorgfaltsgemäß handelt. Leitlinien sind somit geeignet, ärztliche Standards zu Präzisierung und Erfahrungswissen und Strukturvorgaben zu transportieren. Dem Standard entsprechende Leitlinien, die von wissenschaftlichen Fachgesellschaften erarbeitet werden sind zweckmäßig, da sie ein bestimmtes Niveau medizinischer Versorgung auf der Grundlage des Angemessenen und Notwendigen festlegen, das den Arzt davor schützt, unnötige kostenträchtige Wege zu gehen. Kostensenkung wird hierbei vor allem durch die Auslöschung überflüssiger Verfahren erreicht. Beachtet werden sollten je-

doch eine hinreichende Transparenz und die Tatsache, dass die Erstellung von Leitlinien zunächst ihrerseits kostenintensiv sein kann.

Eine weitere Möglichkeit, um das Verhältnis zwischen Medizinern und Juristen unter Berücksichtigung finanzieller Engpässe im Gesundheitswesen zu verbessern, ist deren intensive Zusammenarbeit; darüber hinaus sollten ökonomische Themen verstärkt in die jeweilige Ausbildung integriert werden.

Nur eingeschränkt zu empfehlen sind hingegen ökonomische Analysen. Diese können lediglich als empirische Analysen über Wirkungen von Behandlungen oder in Form von Vorschlägen über Anreizsysteme effizienter Leistungsorganisation für rechtliche Entscheidungen auf gesetzlicher oder verwaltender Ebene bedeutungsvoll sein.

Im Hinblick auf die GKV wird es in Zukunft zwangsläufig zu einer Veränderung bestehender Strukturen kommen. Eine erhöhte Kostenbeteiligung der Versicherten oder der vermehrte Abschluss privater Zusatzversicherungen sind absehbar. Darüber hinaus muss sich früher oder später das erhöhte Anspruchsdenken der Bevölkerung ändern. Wie von Höffe zutreffend angemerkt, muss „Sophrosyne“, (Besonnenheit) in Zukunft die „Pleonexie“ (Unersättlichkeit) ersetzen⁸⁹⁴. Eine gute ärztliche Behandlung, die dem Basis-Standard entspricht, muss selbstverständlich jedem Patienten gewährleistet werden. Für bestimmte Maßnahmen die darüber hinausgehen, etwa die Behandlung mit besonders teuren Medikamenten oder Apparaturen, wird der Patient in Zukunft selbst aufkommen müssen, sofern grundsätzlich auch preiswertere Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten. Selbstverständlich sollte jedoch auch in Zukunft zunächst versucht werden, durch Ausschöpfung der bestehenden Ressourcen und deren optimalen Einsatzes, ein hohes Gesundheitsniveau für alle Patienten zu gewährleisten.

⁸⁹⁴ DÄBl. 1998, A-202: „Dem Menschen wohnt eine tendenzielle Unersättlichkeit inne, jene Pleonexia, ein Mehr-und-immer-mehr-Wollen, dass schon nach Platon alles Menschliche - ob Individuum, ob Gruppe oder Institution - mit einer ausufernden Begehrlichkeit ausstattet.“

Als reines Instrument der Kostensenkung ist die Umstrukturierung des deutschen Gesundheitssystems durch Managed Care Methoden, wie es in den USA weitgehend praktiziert wird, abzulehnen. Durch eine zu hohe Konzentration auf Kostengesichtspunkte droht eine Herabsenkung des ärztlichen Standards, was nicht nur zu Gesundheitsschädigungen der Patienten, sondern auch zu einer Vermehrung von Haftungsfällen führen kann.

Ebenfalls als nicht erstrebenswert zeigte sich die Einführung einer „Patientenversicherung“ in Deutschland. Zunächst ist schon zweifelhaft, ob es hierdurch tatsächlich zu einer Senkung ärztlicher Haftpflichtprozesse käme; darüber hinaus würde die Patientenversicherung ihrerseits hohe Kosten verursachen, indem ein eigenes Versicherungssystem aufgebaut werden müsste. Somit sollte die Haftung des Arztes zumindest zum derzeitigen Zeitpunkt nicht durch ein Versicherungssystem abgelöst werden.

Zurückkommend auf das Verhältnis von Recht, Medizin und Ökonomie lässt sich sagen: Die Ökonomie kann verdeutlichen, was der medizinisch mögliche und der medizinisch vertretbare Rechtsgüterschutz den Einzelnen und die Gesellschaft kostet. Sie kann bestimmte „Input-Faktoren“ für die normativen Maßstäbe medizinischer und juristischer Bewertungen liefern und eine „Begründungslast“ kreieren, wenn eine ineffiziente Lösung verwirklicht werden soll⁸⁹⁵. Das Recht und die Medizin haben sich in diesem Sinne der Ökonomie zu bedienen, ihr aber nur soviel Wirkungskraft zuzumessen, wie dies mit den eigenen Maßstäben vereinbar ist.

Solange nicht der die Ausgabenspirale ankurbelnde medizinische Fortschritt den Zwang zur Abstimmung mit den Grenzen der Ressourcen akzeptiert und in seine Handlungsmaxime mit aufgenommen hat und solange nicht für jede diagnostische und therapeutische Betreuung das Bewusstsein von ihrem Ressourcenverbrauch zur Selbstverständlichkeit geworden ist, kann auch das Recht

⁸⁹⁵ Vgl. Taupitz, AcP 196, S. 114, 166 m.w.N.

solche Begrenzungen des Versorgungsauftrags nicht umsetzen. Auch insoweit muss es dem Sachverstand, aber auch den Selbstverständnissen der Medizin von ihrer gesellschaftlichen Verantwortung die Federführung überlassen⁸⁹⁶.

Festzuhalten ist, dass weder die Verknappung der Ressourcen noch das Wirtschaftlichkeitsgebot dazu führen können, den zivilrechtlich unabdingbaren ärztlichen Standard zu unterschreiten. Die Grenzen der verfügbaren ärztlichen, pflegerischen, apparativen, räumlichen Potentiale verbieten es lediglich, den Maßstab für die ärztliche Behandlung einheitlich ganz oben anzusetzen. Qualitätsunterschiede im Rahmen der Gewährleistung des ärztlichen Standards hat der Patient daher hinzunehmen.

Trotz der Finanzierbarkeitsproblematik im deutschen Gesundheitswesen und der daraus folgenden Pflicht, Wirtschaftlichkeitserwägungen in das ärztliche Handeln miteinzubeziehen, darf niemals vergessen werden, dass das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten ein sehr persönliches ist und bleiben sollte. "Die Ausformungen des Arztrechts in Vertrag und Gesetz müssen von dem Grundsatz bestimmt sein, dass das Arztrecht von der Liebe her gestaltetes Recht ist." Es geht um „das rechtliche Versprechen ungemessener Dienste vom ganzen Menschen an den anderen in dessen Sein und Leiden.“⁸⁹⁷

⁸⁹⁶ Steffen, MedR 1995, S. 190, (191).

⁸⁹⁷ Küchenhoff, Staatslexikon I, Rdnr. 601 ff.

Lebenslauf:**Jennifer Bretzke**

Persönliche Daten

Geburtsdatum: 08.08.1975 Nationalität: deutsch
Geburtsort: Köln Familienstand: ledig

Name des
Vaters: Prof.Dr.
Wolf-
Rüdiger
Bretzke

Name der
Mutter: Nina Schün-
geler, geb.
Klooss

Adresse

Ernst-Reiboldstr. 10 Tel.: 0221/3378477
50996 Köln

Schulausbildung

1981 - 1985 Ernst-Moritz Arndt Grundschule, Köln
1985 - 1992 Gymnasium Rodenkirchen, Köln
August 1992 Sprachkurs an der Bell School, Bath, England
1994 Abitur, Note: 2,0

Hochschulausbildung

1994 - 1999 **Universität zu Köln**
Studium der Rechtswissenschaften

Sommersemester 1997 Seminar über aktuelle Fragen des Straf- und Strafprozessrechts, Prof. Dr. Hirsch; Thema: „Schutz sexuell missbrauchter Kinder durch Einsatz von Videotechnologie im Strafverfahren“; Note: „gut“

März 1999 Erstes Juristisches Staatsexamen, Note: „befriedigend“ (6,92 Punkte)

Sommersemester 1999 Seminar zum Bürgerlichen Recht und Zivilprozessrecht, Prof. Dr. Mitzenzwei (gemeinsam mit Vors. Richter am LG Köln, Dr. Karl-Heinz Wohnseifer); Thema: „Die Lehre vom Streitgegenstand nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht. Zur Abgrenzung des Streitgegenstandsbegriffs vom Verfahrensgegenstand des EuGVÜ“; Note: „gut“

Referendariat

September 2000 – Oktober 2002
08.10.2002

Landgericht Aachen
Referendariat
Zweites juristisches Staatsexamen, Note: „befriedigend“ (8,27 Punkte)

Praktische Tätigkeiten

07.07.1997 – 15.08.1997

Kliniken der Stadt Köln, Rechtsabteilung
Verwaltungspraktikum

Februar - April 1997

Sidney D. Bluming, P.C., Law Offices, New York
Praktikum in einer Anwaltskanzlei

Oktober 1994 – September 2000

Junge, Dr. Schüngeler und Partner, Köln
Rechtsanwaltskanzlei
Nebentätigkeit

Oktober 2001 – April 2002

Junge, Dr. Schüngeler und Partner, Köln
Rechtsanwaltskanzlei
Pflichtwahlstation und Rechtsanwaltsstation

Mai 2002 – August 2002

Junge, Dr. Schüngeler und Partner, Köln
Rechtsanwaltskanzlei
Wahlstation

Beruflicher Werdegang

Seit November 2002

Anstellung bei der Kanzlei Junge, Dr. Schüngeler und Partner, Salierring 32, 50677 Köln

??
