Neminem laedere

Aspekte des Haftungsrechts

Festschrift für Gerda Müller

zum 65. Geburtstag
am
26. Juni 2009

Herausgegeben von

Hans-Peter Greiner
Norbert Gross
Kay Nehm
Andreas Spickhoff

Carl Heymanns Verlag

Kostendruck und Standard medizinischer Versorgung – Wirtschaftlichkeitspostulat versus Sorgfaltsgebot?

– Zum Spannungsverhältnis zwischen Sozialrecht und Zivilrecht –

CHRISTIAN KATZENMEIER

I. EINLEITUNG

Angesichts des beständigen Kostenanstiegs im Gesundheitswesen[1] bei zugleich immer knapper werdenden finanziellen Ressourcen gewinnt die Frage zunehmend an Bedeutung, ob Krankenhausträger und Ärzte die hohen Standards medizinischer Versorgung wie gewohnt zu halten vermögen oder ob Maßnahmen der Kostendämpfung zu Begrenzungen des ärztlichen Heilauftrags führen (müssen) – auch mit haftungsrechtlichen Konsequenzen.[2] Als Vorsitzende Richterin des VI. Zivilsenats hatte die Jubilarin »bisher keinen Anlass, zum Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaftlichkeitsgebot und Haftungsregeln und insbesondere zu der Frage Stellung zu nehmen, ob echte Sparzwänge dem ärztlichen Handeln auch einmal Grenzen setzen können.«[3] In einem Festschriftbeitrag aber ging *Gerda Müller* unlängst dieser Frage nach.[4] Sie widmet sich damit – wie schon ihre Vor-

1 Die Ausgaben betragen aktuell über 245 Mrd. € p.a. (10,6 % des BIP), genaue Angaben in: Statistisches Jahrbuch für die BRD, zuletzt 2008, S. 255 ff., abrufbar über www.destatis.de.

2 Vgl. *Katzenmeier* Arzthaftung, 2002, S. 285 ff. m.w.N. Aus jüngerer Zeit hervorzuheben sind die Beiträge auf dem 28. Symposion für Juristen und Ärzte der *Kaiserin-Friedrich Stiftung für das Ärztliche Fortbildungswesen* gemeinsam mit der *DGMR* 2003, ZaeFQ 2004, Heft 3; Empfehlungen in MedR 2003, 711; *Dietrich/Imhoff/Kliemt* (Hrsg.) Standardisierung in der Medizin – Qualitätssicherung oder Rationierung?, 2003; *Kick/Taupitz* (Hrsg.) Gesundheitswesen zwischen Wirtschaftlichkeit und Menschlichkeit, 2005; *Scherer* Stationäre Krankenhausbehandlung im Spannungsverhältnis zwischen Ökonomisierung und Haftungsrecht, Diss. Mannheim 2006; *Arnade* Kostendruck und Standard, Diss., Köln 2009; zum Zahnarzt vgl. *v. Ziegner* Standardbeschränkungen in der zahnärztlichen Behandlung durch das Wirtschaftlichkeitsgebot?, VSSR 2003, 191 ff.; aus ärztlicher Sicht *Lesinski-Schiedat* Sparzwang contra Heilauftrag aus ärztlicher Sicht, MedR 2007, 345 ff.

3 *Müller* Ärztliche Kompetenz und Patientenautonomie, in *Katzenmeier/Bergdolt* Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 2009, S. 75, 82.

4 *Müller* Arzthaftung in Zeiten knapper Kassen, in FS für Hirsch, 2008, S. 413 ff.

gänger im Amte[5] – einem drängenden Problem. Der Deutsche Ärztetag beklagt in seinen jüngst verfassten gesundheitspolitischen Leitsätzen: »Der Zielkonflikt zwischen ärztlicher Sorgfaltspflicht und Wirtschaftlichkeitsdruck belastet das Patient-Arzt-Verhältnis inzwischen in einem unerträglichen Ausmaß.«[6] Rechtspraxis und Rechtswissenschaft sind aufgerufen, Lösungen zu erarbeiten.

II. DAS SPANNUNGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN SOZIALRECHT UND ZIVILRECHT

Infolge der flächendeckenden Budgetierungen und des wachsenden Kostendrucks im Gesundheitswesen gewinnt in der ärztlichen Praxis das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot immer mehr an Bedeutung.[7] Gem. § 12 Abs. 1 SGB V müssen die Leistungen »ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen.« Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers besteht zwischen dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und dem Gebot, dass »Qualität und Wirksamkeit der Leistungen (...) dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen« haben (§ 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V),[8] kein Widerspruch, beides ergänze sich vielmehr.[9] Unverkennbar wird es aber in einem Gesundheitssystem, in dem eine Begrenzung der finanziellen Ressourcen einhergeht mit zunehmend strengeren Leistungsanforderungen, erhöhten Haftungsrisiken und gesteigerten Erwartungen der Patienten an die Medizin, für den Arzt immer schwieriger, den individuellen und gesellschaftlichen Heilauftrag sachgerecht

5 *Steffen* Einfluss verminderter Ressourcen und von Finanzierungsgrenzen aus dem Gesundheitsstrukturgesetz auf die Arzthaftung, MedR 1995, 190 f.; *ders.* Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruchsbegrenzungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten, in FS für Geiß, 2000, S. 487 ff.; *Groß* Ärztlicher Standard – Sorgfaltspflichten, Befundsicherung, Dokumentation und Beweislast, 1997, S. 11.

6 »Ulmer Papier«, Beschluss des 111. Deutschen Ärztetags 2008, Teil A 4. = DÄBl. 2008, A-1189, A-1195.

7 Dazu *Krauskopf* in *Laufs/Uhlenbruck* Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 34 Rn. 1: Das Wirtschaftlichkeitsgebot folgt aus dem Charakter der GKV als Pflichtversicherung und dem zugrundeliegenden Solidaritätsprinzip. Der Zwang für den großen Teil der Bevölkerung zur Teilnahme an der GKV darf unter Beachtung des Verfassungsgrundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Mittel nur soweit gehen, als der Zweck den gesetzgeberischen Eingriff in die Freiheitsrechte rechtfertigt. Zweck der GKV ist es, im Krankheitsfall eine ausreichende Hilfe zu gewähren.

8 Dazu *Enderlein* Der Begriff »allgemein anerkannter Stand der medizinischen Erkenntnisse« im SGB V, VSSR 1992, 123 ff.

9 Amtl. Begr. zu § 12 SGB V, BT-Drs. 11/2237, S. 163 f.

zu erfüllen.[10] Das Wirtschaftlichkeitsgebot kann ihn vor die Frage stellen, ob er die vertraglich wie haftpflichtrechtlich begründete höchstmögliche Sorgfalt und beste Vorkehrungen mit ihrem erhöhten Aufwand anwenden darf und soll.[11] Zwischen dem Sozialversicherungs- und dem Haftungsrecht besteht ein Spannungsverhältnis, angelegt in den Begriffen der im Verkehr »erforderlichen« Sorgfalt in § 276 Abs. 2 BGB, die eine Grenze markiert, welche nicht unterschritten werden darf, und der »ausreichenden« Leistungen in § 12 Abs. 1 SGB V, die eine Obergrenze bilden.[12]

1. *»Ausreichende« Leistungen und unterschiedliche Standards*

Das Merkmal der »ausreichenden« Leistungen garantiert zunächst einen Mindeststandard bei der medizinischen Versorgung. Verlangt wird, dass die Leistungen nach Umfang und Qualität eine hinreichende Chance für den Erfolg bieten.[13] Zugleich enthält das Kriterium eine Begrenzung nach oben: Das Ausreichende darf nicht überschritten werden, ist ein Geringeres ausreichend, darf nicht mehr als das erbracht werden.[14] Wann eine Leistung als ausreichend anzusehen ist, lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern ist vom Einzelfall abhängig.[15] § 12 Abs. 1 SGB V selbst enthält keinen Hinweis für die Bestimmung des rechten Maßes. Als Bezugspunkt wird § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V herangezogen, der sich seinerseits hinsichtlich der Qualität und Wirksamkeit der Leistungen auf den »allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse« bezieht.

Der zivilrechtliche Standard, mittels dessen die Anforderungen an die gem. § 276 Abs. 2 BGB im Verkehr erforderliche Sorgfalt bestimmt werden, schließt gänzlich an den medizinischen Standard an. § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V indes rezipiert mit sei-

10 Die *Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht* in *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch* Die Entwicklung der Arzthaftung, 1997, S. 349, 350 f., erachtet es für dringend geboten, auf die verschärfte Haftungssituation zu reagieren, um die Leistungsfähigkeit und Finanzierbarkeit des deutschen Gesundheitswesens aufrecht zu erhalten.

11 *Steffen* in FS für Geiß, S. 487 ff., 492 ff., 498 ff.; *Ulsenheimer* Qualitätssicherung und riskmanagement im Spannungsverhältnis zwischen Kostendruck und medizinischem Standard, MedR 1995, 438; *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 7), § 99 Rn. 25.

12 *Katzenmeier* (Fn. 2), S. 291; *Goetze* Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot, Diss. Göttingen 1987, S. 187 f.; *Kempter* Medizische Sorgfaltsstandards, Diss. Augsburg 2004, S. 182; *Kifmann/Rosenau* Qualitätsstandards für medizinische Behandlungen, in *Möllers* Standardisierung durch Markt und Recht, 2008, S. 49, 67; *Arnade* (Fn. 2) B. Kap. 4 I.

13 *Höfler* in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Bd. 1, Stand: August 2008, § 12 SGB V Rn. 22; *R. Wagner* in *Krauskopf* Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Bd. 1, Stand: März 2008, § 12 SGB V Rn. 5; *Igl* in *v. Maydell* GK-SGB V, Stand: Oktober 2002, § 12 Rn. 16; *Ulmer* in *Wannagat* Sozialgesetzbuch, Stand: Februar 2008, § 12 SGB V Rn. 14; *Steffen* in FS für Geiß, S. 487, 494.

14 *R. Wagner* in *Krauskopf* (Fn. 13), § 12 SGB V Rn. 5; *Zipperer* in *Orlowski/Rau/Schermer/Wasem/Zipperer* GKV-Kommentar SGB V, Stand: Juni 2008, § 12 Rn. 2c.

15 *Ulmer* in *Wannagat* (Fn. 13), § 12 SGB V Rn. 14; *Igl* in *v. Maydell* (Fn. 13), § 12 Rn. 16.

nem Bezug auf den »allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse« lediglich den so genannten Basisstandard.[16] Wegen des zweiten Halbsatzes, wonach auch der »medizinische Fortschritt zu berücksichtigen« ist, könnte man meinen, der dynamische Teil des medizinischen Standards sei ebenfalls umfasst.[17] Doch findet der medizinische Fortschritt erst dann Beachtung, wenn er allgemein anerkannt ist, wenn aus ihm erwachsende Erkenntnisse und Methoden also ihrerseits zum Basisstandard geworden sind.[18] So kann der medizinische Fortschritt, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt, in den Leistungsumfang der GKV integriert werden.[19]

2. *Konsequenzen*

Wenn das SGB V dem gesetzlich Krankenversicherten eine »ausreichende« Leistung zusagt, dann soll ihm also in jedem Falle eine dem medizinischen Standard entsprechende Behandlung zuteil werden. Unter mehreren dem medizinischen Standard entsprechenden Methoden kann der Arzt frei wählen, ohne haftungsrechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen, auch wenn eine der Methoden als optimal zu bewerten ist.[20] Solange er seinem Patienten eine immerhin dem Basisstandard entsprechende Behandlung zukommen lässt, kann ihm kein Behandlungsfehlervorwurf gemacht werden.[21] Der Arzt befindet sich also jedenfalls derzeit noch nicht in der »Zwickmühle«, wegen der Maßgaben des SGB V entweder dem haftungsrechtlich

16 *Kreße* Ärztliche Behandlungsfehler durch wirtschaftlich motiviertes Unterlassen, MedR 2007, 393, 397.
17 So *Kreße* MedR 2007, 393, 397.
18 *Wollenschläger* in *Wannagat* (Fn. 13), § 2 SGB V Rn. 12; krit. *Katzenmeier* Alternative Therapierichtungen im Recht der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung, NVersZ 2002, 537, 539; s. auch *Hart* Rechtliche Grenzen der »Ökonomisierung«, MedR 1996, 60, 66: Neue Behandlungsmethoden sollen im hiesigen Kontext dann dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen, wenn sie zwar noch nicht allgemein praktiziert werden, für sie aber bereits gewisse, auf Erprobung beruhende positive Wirksamkeitserfahrungen bestehen, so dass der Kreis der sachverständigen Medizin ihnen die Anerkennung nicht versagen könnte.
19 Vgl. *Hart* MedR 1996, 60, 66 f.; ähnlich *Péntek* Die Leistungspflicht der Gesetzlichen Krankenversicherung bei der Anwendung von Außenseitermethoden in der Medizin, Diss. Konstanz 1996, S. 104 f.
20 BGH NJW 1994, 1596, 1597 f.; *Hart* MedR 1996, 60, 69; *Kern* Das Spannungsverhältnis von Haftungsrecht und Kassenarztrecht, MedR 2004, 300, 301.
21 Vgl. auch *Stöhr* Leitlinien, Richtlinien und ärztliche Haftung, in FS für Hirsch, 2008, S. 431, 440: »Solange und soweit der Versorgungsauftrag in der Gesetzlichen Krankenversicherung und dessen Konkretisierung durch Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses trotz der erforderlichen Kostendämpfungsmaßnahmen dem medizinisch Ausreichenden verpflichtet bleibt, wird also das Spannungsverhältnis zwischen dem Sozialrecht und dem Haftungsrecht im Sinne eines Gleichklangs lösbar sein.«

Erforderlichen nicht nachkommen zu können oder aber Gefahr zu laufen, dass seine Behandlungsweise als unwirtschaftlich[22] beanstandet wird.[23]

An diesem Befund vermögen auch die weiteren Teilbegriffe »wirtschaftlich« und »notwendig« nichts zu ändern. Wirtschaftlich im engeren Sinn ist eine Leistung dann, wenn sie die günstigste Kosten-Nutzen-Relation aufweist. Mit dem geringst möglichen Aufwand soll eine ausreichende und zweckmäßige Leistung erbracht werden. Das Kriterium wird nur relevant, wenn alternative Behandlungsmethoden miteinander konkurrieren. Steht nur eine erfolgversprechende Behandlungsmethode zur Verfügung, ist sie auch bei hohem finanziellen Aufwand nicht als unwirtschaftlich anzusehen.[24] Selbst wenn eine Behandlung nach einer Abwägung als unwirtschaftlich ausscheidet, erhält der Versicherte wegen des Zusammenspiels mit den Erfordernissen »ausreichend« und »zweckmäßig« eine dem medizinischen Standard entsprechende Versorgung. Die verlangte Notwendigkeit der Leistung schließlich entspricht einem Übermaßverbot nach Art und Umfang der Leistung und soll eine Überforderung des Systems vermeiden,[25] stellt also wiederum eine Obergrenze dar.[26] Das Maß der Leistung muss unvermeidlich sein, um eine Krankheit zu erkennen oder zu heilen, die Verschlimmerung zu verhindern oder die Krankheitsbeschwerden zu lindern.[27] Wegen des Ineinandergreifens der einzelnen Merkmale ist nicht zu befürchten, dass das Leistungsniveau der Krankenversicherung den medizinischen Standard unterschreitet.

3. *Tatsächliche Spannungen*

Damit ist die These vom Spannungsverhältnis zwischen § 12 Abs. 1 SGB V und § 276 Abs. 2 BGB aber noch nicht widerlegt. Dieses ist derzeit nur weniger rechtlicher Natur[28] als tatsächlicher Art.[29] Der Arzt will seinem Patienten stets die beste

22 Gemeint ist hier die (Un-)Wirtschaftlichkeit im weiteren Sinne, die auf den gesamten § 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V Bezug nimmt. Davon zu unterscheiden ist das Einzelmerkmal »wirtschaftlich«, die sog. Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne, vgl. *Francke* in *Hart* Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitswesen, 2005, S. 187.
23 *Clemens* in *Schulin*, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, 1994, § 35 Rn. 23; *Neumann* Prioritätensetzung und Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2005, 617, 622; *Scherer* (Fn. 2), S. 214; abw. aber *Schimmelpfeng-Schütte* Der Arzt im Spannungsfeld der Inkompatibilität der Rechtssysteme, MedR 2002, 286, 289.
24 *Ulmer* in *Wannagat* (Fn. 13), § 12 SGB V Rn. 16; *R. Wagner* in *Krauskopf* (Fn. 13), § 12 SGB V Rn. 8; *Steffen* in FS für Geiß, S. 487, 496.
25 *Ulmer* in *Wannagat* (Fn. 13), § 12 SGB V Rn. 13; *R. Wagner* in *Krauskopf* (Fn. 13), § 12 SGB V Rn. 9.
26 *V. Ziegner* VSSR 2003, 191, 205.
27 BSG SozR 2200 § 182 b RVO Nr. 33; *Höfler* in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht (Fn. 13), § 12 SGB V Rn. 39; *Ulmer* in *Wannagat* (Fn. 13), § 12 SGB V Rn. 13.
28 Die h.M. geht noch von einem Gleichlauf der Standards im Vertragsarztrechts und im Haftungsrecht aus, vgl. *Steffen* MedR 1995, 190; *Rieger* Honorarbegrenzungsmaßnahmen und Sorgfaltsmaßstab, MedR 1996, 147; *Francke* in *Hart* Klinische Leitlinien und Recht,

medizinische Versorgung zukommen lassen. Der Fortschritt in der Medizin bringt aber fortwährend neue und bessere, zumeist auch teurere Untersuchungs- und Behandlungsmethoden hervor. Nun ist kaum eine Neuerung sofort allgemein anerkannt, vielmehr durchläuft fast jede einen Entwicklungsprozess bis sie Teil des Basisstandards ist. Auf diesem Wege wird auch der Zwischenschritt vollzogen von der Neulandmethode hin zu einer solchen, die teilweise Fürsprecher gefunden und Anerkennung erfahren hat, mithin dem dynamischen Teil des Standards angehört; die Übergänge sind dabei fließend.[30]

a) Die Rolle des Gemeinsamen Bundesausschusses

Ob neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden[31] zum Leistungsumfang der Gesetzlichen Krankenversicherung gehören, ist nicht anhand einer Einzelfallprüfung nach den Kriterien des § 12 Abs. 1 SGB V zu entscheiden.[32] Vielmehr dürfen sie gemäß § 135 Abs. 1 SGB V nur dann zu Lasten der Krankenkassen erbracht werden, wenn der GBA in einer Richtlinie nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 SGB eine Empfehlung über die Anerkennung des diagnostischen und therapeutischen Nutzens der neuen Methode sowie deren medizinischen Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit – auch im Vergleich zu bereits zu Lasten der Krankenkassen erbrachten Methoden – nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse in der jeweiligen Therapierichtung abgegeben hat. § 92 Abs. 1 Satz 1 SGB wiederum sieht allgemein vor, dass der GBA die zur Sicherung der ärztlichen Versorgung erforderlichen Richtlinien über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten beschließt. Es werden also explizit drei der Merkmale des Wirtschaftlichkeitsgebots aufgegriffen. Sämtliche Richtlinien des GBA entfalten den Patienten gegenüber verbindliche Wirkung (§ 91 Abs. 9 SGB V).[33]

2005, S. 123, 126 f.; *Hart* in *ders.* (Fn. 22), S. 63; *Kifmann/Rosenau* in *Möllers* (Fn. 12), S. 49, 66; *Jansen* in *Rieger/Dahm/Steinhilper*, HK-AKM, Stand: Oktober 2008, 750 Rn. 15.

29 In diese Richtung auch *Scherer* (Fn. 2), S. 214.

30 *Brüggemeier* Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006, S. 477; ähnlich für das Verhältnis von Außenseitermethode und Schulmedizin *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, 2000, S. 213.

31 Im vorliegenden Kontext ist eine Methode »neu«, wenn sie bisher noch nicht zur vertragsärztlichen Versorgung gehörte, vgl. BSGE 81, 54, 57 = NJW 1999, 1805; *Hess* in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht (Fn. 13), § 135 SGB V Rn. 4.

32 *Höfler* in Kasseler Komm Sozialversicherungsrecht (Fn. 13), § 12 SGB V Rn. 19.

33 Verfassungsrechtlich wurde und wird diese Normsetzungsbefugnis des GBA ggü. den Versicherten immer wieder angegriffen; zuletzt offen gelassen von BVerfGE 115, 25, 47 = NJW 2006, 891. In früheren Entscheidungen verneinte das BSG eine Verbindlichkeit von Richtlinien für die Versicherten (vgl. etwa BSGE 63, 163, 166 = MedR 1989, 338), seit BSGE 78, 70, 78 f. = MedR 1997, 224 m. Anm. *Wimmer* aber geht es von einer solchen aus; vgl. weiter BSGE 81, 54 = NJW 1999, 1805; aus dem Schrifttum vgl. *Axer* Neue Rechtsinstrumente der Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Versorgung

b) Fehlende oder ablehnende Entscheidung des Gemeinsamen Bundesausschusses

Zählt ein behandelnder Arzt zu den Befürwortern einer neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode, liegt seitens des GBA aber noch keine oder eine ablehnende Entscheidung bezüglich der Kostentragung durch die GKV vor, so steht der Arzt vor der Frage, ob er die Methode bei seinem Patienten anwenden soll oder nicht. Dies bringt ihn in eine psychologisch schwierige Situation. Nach seinem ärztlichen Selbstverständnis müsste er die Methode anwenden. Der Umstand, dass sie (noch) nicht zu Lasten der Krankenkasse erbracht werden kann, schließt nicht per se aus, dass die Methode in die Bandbreite standardgemäßen Verhaltens fällt.[34] Entscheidet sich der Arzt nun unter dem Eindruck sozialrechtlicher Vorgaben gegen die Methode und behandelt seinen Patienten stattdessen mit einer allgemein anerkannten Behandlungsmethode, darf ihm haftungsrechtlich kein Vorwurf gemacht werden. Ein bestimmtes Verhalten ist nämlich erst dann nicht mehr als standardgemäß anzusehen, wenn die neue Methode risikoärmer oder für den Patienten weniger belastend ist und/oder bessere Heilungschancen verspricht und außerdem in der medizinischen Wissenschaft im Wesentlichen unumstritten ist.[35] Auch dann ist noch für eine Übergangsphase die alte Methode zu tolerieren.[36] Bei einer erfolglosen Behandlung oder bei auftretenden Komplikationen und einem hieraus resultierenden Haftpflichtprozess können sich für den Arzt gleichwohl Ungewissheit und Risiken ergeben. Welches Maß an Sorgfalt im Einzelfall seinerzeit erforderlich war, wird nicht durch die Richter, sondern durch den das Gericht beratenden Sachverständigen ermittelt.[37] Als Mediziner kennt dieser die jeweiligen Möglichkeiten seines Fachs und mag sich eher an den Chancen des Patienten auf Heilung orientieren, als dass er auf sozialversicherungsrechtliche Abrechnungsfragen achtet. Womöglich ist er selbst von der fraglichen Methode überzeugt und kommt letztlich zu dem Schluss, dass nur diese als standardgemäß anzusehen war. Das beschriebene Risiko wird noch deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass ärztliche Gutachter

unter Einbeziehung des Koordinierungsausschusses, VSSR 2002, 215, 232 ff; *Hase* Verfassungsrechtliche Bewertung der Normsetzung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss, MedR 2005, 391, 395 f.; *Kingreen* Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, 877 ff.; *Schimmelpfeng-Schütte* Die Entscheidungsbefugnisse des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2006, 567 ff.; monographisch zur Normsetzungsbefugnis des GBA *Seeringer* Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, Diss., Bremen 2005, S. 76 ff.

34 Zutreffend freilich der Hinweis von *Greiner*, eine Behandlung, die nach einer Richtlinie nicht oder nur eingeschränkt abgerechnet werden darf, werde sich nur schwerlich zum Standard ausbilden, vgl. *Geiß/Greiner* Arzthaftpflichtrecht, 5. Aufl. 2006, Rn. B 9 a; zust. *G. Müller* in FS für Hirsch, S. 413, 420 f.; *dies.* in *Katzenmeier/Bergdolt* (Fn. 3), 75, 83.

35 BGHZ 102, 17, 24 = NJW 1988, 763; BGH NJW 1992, 754, 755; OLG Hamm NJW 2000, 3437.

36 *Steffen/Pauge* Arzthaftungsrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 147: Karenzzeit für die Erprobung der Methode und die Anschaffung der Geräte; *Kreße* MedR 2007, 393, 395.

37 *Müller* Arzthaftung und Sachverständigenbeweis, MedR 2001, 487 ff.; *Katzenmeier* (Fn. 2), S. 395 ff.

nicht selten aus dem Bereich der universitären Spitzenmedizin stammen.[38] Der BGH hatte bereits Anlass zu der Klarstellung, dass sich die Anforderungen »nicht unbesehen an den Möglichkeiten von Universitätskliniken und Spezialkrankenhäusern orientieren dürfen« und stets die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Behandlung zugrunde zu legen sind.[39]

4. *Rechtliche Spannungen*

Die Lage spitzt sich dann zu, wenn eine neue Methode ohne eine positive Entscheidung des GBA allgemein Anerkennung gefunden hat, somit zum Basisstandard zählt und keine alternative Methode zur Verfügung steht.[40] Dann muss der Arzt sie anwenden, um sich keinem Behandlungsfehlervorwurf auszusetzen, kann die Leistung aber nicht abrechnen.[41] In derartigen Konstellationen tritt ein Widerstreit arzthaftungs- und sozialrechtlicher Vorgaben offen zu Tage.

Gemäß § 92 Abs. 1 Satz 1 SGB V kommt dem GBA nicht nur bei neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, sondern ganz allgemein für nahezu alle Bereiche der GKV die Aufgabe zu, den Umfang der von den Versicherten beanspruchbaren Leistungen festzulegen. Er wird daher gelegentlich als »kleiner«[42] oder »eigentlicher Gesetzgeber«[43] bezeichnet. Hier sind weitere rechtliche Konflikte denkbar: Folgt der Arzt einer im Zeichen der Finanznot vom GBA erlassenen Richtlinie, die derartige Restriktionen gebietet, dass er bei der Behandlung den medizinischen Fachstandard nicht voll erfüllen kann,[44] so ist es ihm wiederum nahezu unmöglich, sich den Anforderungen beider Rechtsgebiete entsprechend zu verhalten.[45]

38 *Uhlenbruck* MedR 1995, 427, 435.
39 BGH NJW 1994, 1596, 1597; näher *Katzenmeier* (Fn. 2), S. 409 ff. m.w.N.
40 *Hart* Spannungen zwischen dem Haftungs-, Arzneimittel- und Sozialrecht, MedR 2002, 321, 325; *Kreße* MedR 2007, 393, 399.
41 *Francke/Hart* Zum Spannungsverhältnis zwischen dem Sozial- und Haftungsrecht. Verlangt das Haftungsrecht vom Arzt mehr als das Sozialrecht gestattet?, ZaeFQ 2001, 732, 733; a.A. *Steffen* in FS für Geiß, S. 487, 500: »Im Haftungsprozeß kann dem Arzt (...) grundsätzlich kein Vorwurf gemacht werden, wenn er eine mit dem Negativattest der Bundesausschüsse belegte Methode nicht angewendet, ein abqualifiziertes Heilmittel nicht verordnet hat.«
42 *Schmidt-Aßmann* Verfassungsfragen der Gesundheitsreform, NJW 2004, 1689, 1693; *Taupitz* Die Vertretung kollektiver Patienteninteressen, MedR 2003, 7, 11; *Schneider-Danwitz/Glaeske* Viagra – Der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen – ein »kleiner Gesetzgeber« –?, MedR 1999, 164, noch zu den Bundesausschüssen nach altem Recht.
43 *Schimmelpfeng-Schütte* in *Schnapp/Wigge* Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 7 Rn. 30: »Machtzentrum der GKV«.
44 Beispiele benennt *Laum* Spannungen zwischen Arzthaftung und Leistungsgrenzen, DÄBl 2001, A-3176, A-3177; zu dieser Konstellation *Hart* MedR 2002, 321, 322; *DGMR* Medizinischer Standard und Leitlinien – Ökonomisierung der Medizin, MedR 2003, 711; *Laufs* Zur haftungsrechtlichen Relevanz medizinischer Leitlinien (Thesen), in *Berg/Ulsenheimer*

Schließlich ist die Möglichkeit zu bedenken, dass eine von der Solidargemeinschaft getragene Methode bei einem Patienten nicht anwendbar ist – etwa weil eine Unverträglichkeit besteht oder zu erwarten ist, oder weil sie keinen Erfolg zu zeitigen verspricht – und somit nur eine ausgeschlossene Alternative übrig bleibt. Fällt diese in die Bandbreite standardgemäßen Verhaltens, wird man dem Arzt, der sie nicht anwendet, einen Behandlungsfehler vorwerfen müssen.[46]

Dasselbe Schicksal ereilt einen Arzt, der gegen sein Wissen und gegen seinen Willen zum Sparen gezwungen ist, weil der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) in einem Gutachten ein bestimmtes Therapieverfahren ablehnt und dieses somit nicht zum Leistungsumfang der Krankenkasse zählt. Auch hier kann es geschehen, dass dem Arzt die Anwendung von Standardwissen aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht untersagt wird, während es haftungsrechtlich nach wie vor geboten ist.[47]

III. LÖSUNGSANSÄTZE

Wirtschaftlichkeitspostulat und Sorgfaltsgebote werden den Alltag medizinischer Versorgung künftig noch stärker prägen. Rechtsprechung und Literatur haben bislang aber kaum Überlegungen angestellt, die widerstreitenden Anforderungen zu harmonisieren.

1. *Rechtsprechung*

Die Rechtsprechung war mit der Problematik bereits mehrfach befasst, ohne näher darauf einzugehen. Ökonomischen Gesichtspunkten messen die Zivilgerichte bis heute kaum Bedeutung zu, sie differenzieren hinsichtlich der Behandlungspflichten nicht danach, ob die Maßnahmen viel oder wenig Kosten verursachen, sondern nur danach, ob diese medizinisch indiziert sind oder nicht.[48]

Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis- und Krankenhausorganisation, 2006, S. 253, 256; s. auch *Stöhr*, FS für Hirsch, S. 431, 440 f.
45 Aufgrund der vom GBA angewendeten Methodik soll es nicht dazu kommen können, dass die Leistungen der GKV unter das Niveau des medizinischen Basisstandards sinken, *Kreße* MedR 2007, 393, 398; s. aber die Nachweise in der vorigen Fn.
46 *V. Ziegner* VSSR 2003, 191, 208, mit Blick auf die Zahnmedizin und dem Leistungsumfang bei den funktionsanalytischen und funktionstherapeutischen Leistungen.
47 Vgl. *Lesinski-Schiedat* MedR 2007, 345, 346, mit dem Beispiel der vom MDK abgelehnten Versorgung mit einer elektrischen Hörprothese, dem sog. Cochlea-Implantat.
48 BGH NJW 1954, 290 judizierte, auf die Kosten von sichernden Maßnahmen für einen an Verwirrungszuständen leidenden Kranken komme es jedenfalls dann nicht an, wenn dieser Aufwand nicht außer allem Verhältnis zu der befürchteten Gefahr stehe und diese nicht nur ganz entfernt drohe. In BGH VersR 1975, 43 f. (»Halsrippenurteil«) hat das Gericht zwar den Kostenaspekt unmittelbar nach der statistischen Häufigkeit und dem Gewicht

Keine Rolle spielen die Behandlungskosten auch in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG. In seinem »Nikolaus-Beschluss« bewertete es das Gericht als verfassungswidrig, einen gesetzlich Krankenversicherten, für dessen lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht, von der Leistung einer von ihm gewählten, ärztlich angewandten alternativen Behandlungsmethode auszuschließen, wenn eine nicht ganz fernliegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.[49] In solchen Konstellationen lockert das BVerfG ungeachtet wirtschaftlicher Erwägungen die Anforderungen an den Wirksamkeitsnachweis alternativer Behandlungsmethoden für das Bestehen einer Leistungspflicht jenseits einer Anerkennung durch den GBA. Nicht die Behandlungspflicht des Arztes, vielmehr die Erbringbarkeit der Leistung zu Lasten der GKV war Streitgegenstand.[50]

Offen ist, ob dem »Nikolaus-Beschluss« auch haftungsrechtliche Relevanz zukommt, also ob der VI. Zivilsenat des BGH angesichts des Leistungsanspruchs auf sozialversicherungsrechtlicher Seite die Behandlung mit der Außenseitermethode in der jeweiligen Situation auch haftungsrechtlich vom Arzt einfordern wird. Dies erscheint eher unwahrscheinlich, würde damit doch der zivilrechtliche vom medizinischen Standard nicht nur abgekoppelt, sondern ginge er entgegen allen sozialrechtlichen Eingrenzungsbemühungen an dieser Stelle über diesen gar hinaus.

2. *Schrifttum*

Im Schrifttum lassen sich zwei verschiedene Strömungen ausmachen, was die Frage der Berücksichtigung wirtschaftlicher Erwägungen im Arzthaftungsrecht anbelangt.

der Gefahr genannt und ihn damit aufgewertet. OLG Düsseldorf MedR 1984, 69 äußerte sich jedoch wieder im Sinne der erstgenannten Entscheidung und auch BGH NJW 1983, 2081 betonte, dass es für die zivilrechtliche Haftung allein auf die Feststellung ankomme, was ein (Arzt oder) Krankenhausträger dem Patienten schulde und ob er die danach erforderlichen Leistungen bereitgestellt habe; ähnlich OLG Hamm NJW 1993, 2387; anders aber OLG Köln VersR 1993, 52, 53 (rechtskräftig durch Nichtannahmebeschluss des BGH); auch OLG Köln VersR 1999, 847. Im Schrifttum wird bisweilen bemängelt, es sei nicht abzusehen, wie sich die Rechtsprechung künftig im konkreten Einzelfall zu dem Konflikt zwischen Wirtschaftlichkeitsgebot und notwendigem ärztlichem Standard stellen wird; s. etwa *Michalski* VersR 1996, 265, 266; *Bergmann/Kienzle* Krankenhaushaftung, 2. Aufl. 2003, Rn. 130.

49 BVerfGE 115, 25, 49 = NJW 2006, 891 m. Anm. *Kingreen* NJW 2006, 877 = JZ 2006, 463 m. Anm. *Huster* = MedR 2006, 164 m. Bespr. *Francke/Hart* MedR 2006, 131.

50 S. im Anschluss daran BSGE 96, 170 = NJW 2007, 1380 für Arzneimittel; BVerfG NZS 2008, 365 für ausdr. vom GBA ausgeschlossene Methoden.

a) Betonung des Rechtsgüterschutzes

Zum einen wird postuliert, die haftungsrechtlichen Maßstäbe des Rechtsgüterschutzes, welche die höchstrichterliche Rechtsprechung im Interesse der Patienten aufgestellt und konkretisiert habe, dürften nicht aus Gründen der Wirtschaftlichkeit herabgesetzt werden.[51] Das Wirtschaftlichkeitsgebot modifiziere den aus dem medizinischen Standard abgeleiteten ärztlichen Sorgfaltsmaßstab nicht, sondern der aus dem medizinischen Standard abgeleitete Sorgfaltsmaßstab habe Vorrang vor dem Wirtschaftlichkeitsgebot und bilde dessen Grenze.[52] Selbst die Budgetierungen änderten nichts daran, dass auch der Sozialversicherte nach wie vor einen Anspruch auf Heilbehandlung nach dem jeweiligen medizinischen Standard habe.[53] Wenn im Klinikalltag jedenfalls in Teilbereichen sogar allgemein anerkannte medizinische Standards nicht mehr eingehalten und wegen des Arzneimittel- und Heilmittelbudgets gelegentlich notwendige Arzneimittel aus Angst vor einem Regress nicht mehr verordnet würden, dann sei dies ein rechtliches Problem der Ärzte, die sich fragen müssten, ob ihre Inpflichtnahme im Sinne der Art. 12, 14 GG rechtlich zulässig ist, und ob sie gegebenenfalls dagegen vorgehen müssten.[54] Wegen des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Gesundheit und Wiederherstellung der Gesundheit dürfe es in Deutschland niemals einen Unterschied zwischen den Standards der kassenärztlichen Leistungen und den allgemeinmedizinischen Standards geben.[55]

51 *Uhlenbruck* MedR 1995, 427, 434 f.; *Hart* MedR 1996, 60, 71; *Bossmann* MedR 1996, 456, 457 f.; *Kullmann* Übereinstimmungen und Unterschiede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Begriff des medizinischen Standards, VersR 1997, 529, 532.

52 *Jansen* in *Rieger/Dahm/Steinhilper* (Fn. 28), 750 Rn. 15. In Rn. 17 räumt *Jansen* aber ein, dass der medizinische Standard, der den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab festlegt, schon gegenwärtig nicht nur durch das medizinisch Machbare, sondern auch durch ökonomische Erwägungen bestimmt werde und er damit auch durchlässig sei für wirtschaftliche Faktoren mit der Folge einer Grenzverschiebung.

53 *Ulsenheimer* MedR 1995, 438, 440; *Heinze* Die rechtlichen Rahmenbedingungen der ärztlichen Heilbehandlung, MedR 1996, 252, 255; *Schreiber* Individueller Behandlungsanspruch und seine Grenzen unter dem Kostenaspekt, ZaeFQ 2000, 846, 848 ff.; *Isensee* Rationierung von Gesundheitsleistungen – Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung, ZVersWiss 2004, 651, 660; *ders.* Verwaltung des Mangels im Gesundheitswesen – verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung –, in GS für *Heinze*, 2005, 417, 424; *Kreße* MedR 2007, 393, 397.; s. auch MüKoBGB/*G. Wagner*, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 752; Soergel/*Spickhoff* BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh. I Rn. 59.

54 *Kullmann* VersR 1997, 529, 532; *Heinze* MedR 1996, 252, 255; angesprochen auch von *Steffen* MedR 1995, 190, 191.

55 *Uhlenbruck* MedR 1995, 427, 435; *Jansen* in *Rieger/Dahm/Steinhilper* (Fn. 28), 750 Rn. 15; *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 1994, S. 89 ff., leitet aus den Patientengrundrechten des Art. 2 Abs. 2 GG Maßstäbe für die Gestaltung der Strukturen des medizinischen Versorgungssystems ab; krit. *Arnade* (Fn. 2), B. Kap. 4 III. a.

b) Berücksichtigung der Systemgrenzen

Zunehmend reift jedoch die Erkenntnis, dass der rechtliche Sorgfaltsmaßstab die allgemeinen Grenzen im System der Krankenversorgung, selbst wenn es Grenzen der Finanzierbarkeit und Wirtschaftlichkeit sind, nicht völlig vernachlässigen kann.[56] Beachtung und Zustimmung finden die Ausführungen von *Erich Steffen*: »Ärztlicher Auftrag und zivilrechtlicher Haftungsmaßstab werden bestimmt und begrenzt nicht nur durch die Befindlichkeit des Patienten, sondern auch durch die Befindlichkeit der Gesellschaft, in die Arzt und Patient eingebunden sind. Beide hängen auch ab von den verfügbaren Ressourcen und davon, wieviel und mit welchen Präferenzen die Gesellschaft für ihre medizinische Versorgung auszugeben bereit ist. Allgemeine Grenzen der Finanzierbarkeit unter dem Postulat der Beitragsstabilität ebenso wie allgemeine Grenzen der Ressourcen werden, wo sie die ärztliche Behandlungsaufgabe beschränken, auch an den zivilrechtlichen Haftungsmaßstab weitergegeben. Sie eignen sich ebensowenig wie das Krankheitsrisiko zur Abwälzung von dem Patienten auf den Arzt.«[57]

Zu der Frage, wie die Weitergabe erfolgt, schlägt *Werner Groß* vor, zu erwägen, »ob bei der individuellen Verletzung von Sorgfaltspflichten, die nach diesen Standards zu fordern sind, im Rahmen der Verschuldensprüfung nicht – über den Gesichtspunkt der Gruppenfahrlässigkeit hinaus – subjektive Befindlichkeiten des behandelnden Arztes oder des Krankenhausträgers verstärkt in Betracht zu ziehen sind, und zwar unter erweiternder Anerkennung ärztlicher Entscheidungsfreiräume für Diagnostik und Therapie.«[58] Eine Rücksichtnahme gegenüber örtlichen Schwächelagen ist damit nicht gemeint, gegenüber individuellen Defiziten muss das Recht situationsfest sein.[59]

56 So etwa *Laufs* ZaeF 89 (1995), 554 ff.; *Damm* Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung. Auf dem Weg in die persönlichkeitsrechtliche Moderne, JZ 1998, 926, 930; *Steffen*, in FS für Geiß, S. 487, 492 ff., 498 f.; *Dressler* Kausalität und Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, ebd., S. 379, 386 ff.; *Steffen/Pauge* (Fn. 36), Rn. 134; Möllers/*Kifmann/Rosenau* (Fn. 12), S. 49, 70; *Deutsch/Spickhoff* Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 220; MüKoBGB/*G. Wagner*, 4. Aufl. 2004, § 823 Rn. 683; *Dahm* in *Rieger/Dahm/Steinhilper* (Fn. 28), 5090, Rn. 9 u. 16; *G. Müller*, in FS für Hirsch, S. 413, 420.

57 *Steffen* MedR 1995, 190; *ders.*, in FS für Geiß, S. 487, 493; zust. etwa *Franzki* Von der Verantwortung des Richters für die Medizin – Entwicklungen und Fehlentwicklungen der Rechtsprechung zur Arzthaftung, MedR 1994, 171, 178; *Rieger* MedR 1996, 147; *Bergmann/Kienzle* (Fn. 48), Rn. 127; *Taupitz* Rechtliche Möglichkeiten der Beschränkung diagnostischen und therapeutischen Aufwands, insbesondere aus verfassungsrechtlicher und haftungsrechtlicher Sicht, in *Dietrich/Imhoff/Kliemt* (Fn. 2), S. 263, 286; Soergel/*Spickhoff*, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh. I Rn. 59; *Ihle* Ärztliche Leitlinien, Standards und Sozialrecht, Diss. Bremen 2005, S. 68; *G. Müller*, FS für Hirsch, S. 413, 420.

58 *Groß* (Fn. 5), S. 11.

59 *Steffen/Pauge* (Fn. 36), Rn. 133; *Katzenmeier* (Fn. 2), S. 284 f.

IV. FAZIT UND AUSBLICK

Die Spannungen zwischen dem Haftungs- und dem Sozialrecht werden sich weiter verschärfen, wenn einerseits Rationierungen unumgänglich werden,[60] der Leistungsumfang der GKV weiter begrenzt wird und der medizinische Fortschritt nicht mehr bezahlbar ist, andererseits das Haftpflichtrecht sich weiterhin an dem medizinisch Machbaren orientiert und damit tendenziell das Optimale fordert.[61] Dann droht die Gefahr eines Auseinanderdriftens beider Teilrechtsgebiete.[62]

Ist die Finanzierung des jeweiligen medizinischen Standards durch die Krankenkassen nicht mehr gesichert, wird sich die weitere Frage stellen, ob die Rechtsordnung den Arzt jedenfalls deliktsrechtlich verpflichten kann, Maßnahmen zu treffen, die er möglicherweise nicht liquidieren kann.[63] Der Weg zu einer Harmonisierung der gesetzlichen Haftpflichtregeln und der gesetzlichen Wirtschaftlichkeitsgebote erscheint wenig geklärt und wird kontrovers beurteilt.[64]

Die Jubilarin äußert Zweifel, ob Reduzierungen des Standards aus ökonomischen Gründen, wonach bislang gebotene und tatsächlich zu erreichende Behandlungen von der Medizin nicht mehr für erforderlich erklärt werden, einer rechtlichen Überprüfung standhielten. Sie räumt aber ein, dass die Möglichkeiten einer Nachprüfung durch die Gerichte sehr begrenzt sind. Daher sei eine schleichende, von den Richtern gar nicht erkannte Reduzierung des Standards infolge steigenden Kostendrucks im Gesundheitswesen nicht auszuschließen.[65]

Im Schrifttum mehren sich die Stimmen, die die Einheit der Rechtsordnung durch einen Gleichlauf der Standards sicherstellen wollen. Reduzierungen des sozialrechtlichen Leistungsniveaus schlügen sich dann auch im zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstab nieder.[66] Mit unerlässlichen Standardabsenkungen sollen erhöhte, kompensie-

60 111. Dt. Ärztetag 2008, »Ulmer Papier« (Fn. 6) = DÄBl. 2008 A-1189 ff.; *Katzenmeier* (Fn. 2), S. 287 ff. m.w.N.; *Isensee* ZVersWiss 2004, 651 ff.; *ders.*, in GS für Heinze, S. 417 ff.; *Huster et al* Implizite Rationierung als Rechtsproblem, MedR 2007, 703 ff. Zu den rechtlichen Grenzen vgl. *Uhlenbruck* MedR 1995, 427, 429 ff.; *Nettesheim* Rationierung in der Gesundheitsversorgung – verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, VerwArch 2002, 315 ff.

61 Vgl. *Katzenmeier* (Fn. 2), S. 277 ff.

62 *Reiling* Die Grundlagen der Krankenhaushaftung – Eine kritische Bestandsaufnahme, MedR 1995, 443, 444; *Laufs* Entwicklungslinien des Medizinrechts, NJW 1997, 1609, 1612; s. auch *Francke/Hart* Charta der Patientenrechte, 1999, S. 29; *Steffen/Pauge* (Fn. 36), Rn. 134; *Arnade* (Fn. 2), B. Kap. 4 I.; günstigere Prognose von *Voß* Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, Diss. Düsseldorf 1999, S. 151 (krit. *Laufs* MedR 2000, 113).

63 *Groß* Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Haftungs- und Schadensrecht, VersR 1996, 657, 664.

64 *Laufs* Arztrecht, 5. Aufl. 1993, Rn. 491 ff.; *ders.* in *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 7), § 99 Rn. 25 ff.; *Steffen*, FS für Geiß, S. 487 ff.

65 *G. Müller*, FS für Hirsch, S. 413, 422.

66 *Rumler-Detzel* Budgetierung – Rationalisierung – Rationierung, VersR 1998, 546, 549; *Taupitz* Ressourcenknappheit in der Medizin – Hilfestellung durch das Grundgesetz?, in

rende Anforderungen an eine »Organisationsaufklärung« durch den Arzt einhergehen.[67] Die Befürchtung bleibt, dass sich der Interessenkonflikt zwischen medizinischem Standard und knappen Ressourcen in Zukunft dadurch löst, dass der Mangel schon in die Standardbestimmung mit einbezogen wird. Es handelt sich dann um einen überwiegend fremdbestimmten, »medizinisch-wirtschaftlichen Standard«. Das Entstehen, aber auch das Erkennen medizinischer Standards wird durch die »schleichende ökonomische Infiltration«[68] erheblich an Transparenz verlieren.[69]

Ob erweiternde Anerkennung ärztlicher Entscheidungsfreiräume, Relativierung medizinischer Behandlungsstandards oder Modifikation des Haftungsmaßstabs, wichtig ist eine Umorientierung der Rechtsprechung, die gegenwärtig Ärzte zu einem übermäßigen Einsatz der zur Verfügung stehenden diagnostischen Verfahren veranlasst[70] und damit ihrerseits zur Ressourcenverknappung beiträgt.[71] Eine Einschränkung der Haftungsbestimmungen sowie die Berücksichtigung von Kosten-Nutzen-Analysen auch vor Gericht sind wichtige Voraussetzungen dafür, dass die Ärzte künftig sparsamer mit den finanziellen Mitteln umgehen und der Kostenanstieg im Gesundheitswesen gebremst werden kann.[72]

Die Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Haftungsrechts können in der Diskussion nicht länger gänzlich unberücksichtigt bleiben.[73] Die economic analysis zeigt auf, dass es ein bestimmtes Ausmaß an Schäden gibt, die hinzunehmen einen Gewinn an gesamtgesellschaftlicher Wohlfahrt bedeutet, soweit die Kosten zu ihrer

Wolter/Riedel/Taupitz Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 113, 131 f.; *Laum* DÄBl. 2001, A-3176, A-3179; *Kern* MedR 2004, 300, 302 f.; *Laufs* in *Berg/Ulsenheimer* (Fn. 44), S. 253, 256 f.; *Scherer* (Fn. 2), S. 220 ff.; *Ihle* (Fn. 57), S. 69; *Arnade* (Fn. 2), B. Kap. 4 III.; auch seitens der Ärzteschaft wird eine Anpassung des Haftungsrechts gefordert, vgl. »Ulmer Papier« 111. Dt. Ärztetag 2008 (Fn. 6), Teil A 4. = DÄBl. 2008, A-1189, A-1195.

67 *Damm* JZ 1998, 926, 930; *Francke/Hart* (Fn. 62), S. 186 ff.; *Hart* Qualitätssicherung durch Leitlinien, VSSR 2002, 265, 294. Krit. gegenüber einer weiteren Verschärfung ärztlicher Aufklärungspflichten im Zeichen der Sparzwänge *Voß* (Fn. 62), S. 218; *Bruns* Arzthaftung in Deutschland. Thesen zu zukünftigen Entwicklung, ArztR 2000, 184, 185.

68 Zu dieser Gefahr schon *Hart* MedR 1996, 60, 70; *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 7), § 99 Rn. 25.

69 *Kern* MedR 2004, 300, 303.

70 Vgl. zur Gefahr einer Defensivmedizin *Hammerstein* Defensives Denken in der Medizin, 1991, Vorwort, S. 7; *Ulsenheimer* Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin, 1997, S. 9; *Katzenmeier* (Fn. 2), S. 38 f. m.w.N.

71 *Ulsenheimer* MedR 1995, 438, 439; *Harrer* Zivilrechtliche Arzthaftung und Ressourcenverknappung, in *Kopetzki/Zahrl* Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot, 1998, S. 39, 48 ff.

72 *Oberender* Rationieren auch in der Medizin?, in FS für Gitter, 1995, S. 701, 711; *Uhlenbruck* MedR 1995, 427, 435 f.

73 S. auch Dietrich/Imhoff/Kliemt/*Taupitz* (Fn. 2), S. 263, 274 ff.; *ders.* in *Kick/Taupitz* (Fn. 2), S. 21 ff., 31 f.; grds. *ders.* Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, AcP 196 (1996), 114 ff.

Verhinderung höher sind als die der verhüteten Schäden selbst.[74] Andererseits sind diesem Erklärungsmodell im Arzthaftungsrecht enge Grenzen gesteckt. So besteht weitgehend Einvernehmen darüber, dass »die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots (...) nur legitim (ist), wo der Einfluß auf die medizinische Indikation die gesundheitliche Rehabilitation des betroffenen Patienten nicht grundsätzlich in Frage stellt, und solange eine Mindestgrenze für die personellen und sächlichen Behandlungsbedingungen nicht unterschritten wird, die sich an der gesundheitlichen Integrität als einem dem Kosten-Nutzen-Vergleich nur begrenzt zugänglichen Gut, aber auch der aktuell erreichten Qualitätshöhe der Medizin ausrichtet.«[75] Die Grenzen der Sparsamkeit liegen dort, wo sie die Gefahren für den Patienten erhöhte.[76] Darüber hinaus trifft die Medizin dort, wo die bisherigen Leistungen eingeschränkt und der Standard herabgesetzt werden soll, eine Darlegungs- und Rechtfertigungslast, dass sie hierzu trotz Ausschöpfung aller Rationalisierungspotentiale gezwungen ist.[77]

Als Ergebnis ist festzuhalten: Das Arzthaftungsrecht kann auf den wachsenden Kostendruck durch eine Relativierung der Standards und Modifikation bestehender hoher oder höchster Sorgfaltsanforderungen reagieren,[78] es hat aber immer eine Schutzfunktion gegenüber allzu rigiden Einschnitten in der Ausstattung der Gesundheitseinrichtungen wahrzunehmen.[79] Vor dem Hintergrund weiterer wirt-

74 So grundlegend die Formel des amerikanischen Richters *Learned Hand* in United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), der dieses ökonomische Kalkül in die Rechtswissenschaft zur Konkretisierung des Begriffs der Fahrlässigkeit einführte; näher *Posner* A Theory of Negligence, Journal of Legal Studies Bd. 1, 1972, S. 26 ff.; kurz dazu *Schäfer/Ott* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 157 ff.; *Kötz/Wagner* Deliktsrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 59 ff.

75 *Steffen* Kostendämpfung und ärztlicher Standard Anforderungen des Haftungsrechts, MedR 1993, 338; s. auch *ders.* MedR 1995, 190; *ders.*, FS für Geiß, S. 487, 497 f.; zust. *Laufs* ZaeF 89 (1995), 554, 555; *Uhlenbruck* MedR 1995, 427, 435; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 56), Rn. 220 sprechen von einem Normal- oder Mindeststandard.

76 *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 7), § 99 Rn. 27: »Wirtschaftlichkeitsgeboten darf der Arzt allein im Rahmen seines Ermessens und Beurteilens und im Rahmen erlaubter Risiken genügen. Das kann zu schwierigen Abwägungen führen, an denen der Arzt den Kranken im Zweifel teilnehmen lassen soll, damit dieser die Möglichkeit erhält, durch Eintritt in die Kosten ein bestimmtes Heilverfahren für sich zu gewinnen«; *Ulsenheimer* MedR 1995, 438, 441; *Rieger* MedR 1996, 147.

77 *Franzki* MedR 1994, 171, 178; *Rumler-Detzel* VersR 1998, 546, 548 f.

78 Allg. zu judikativen Modifikationen des Standardbegriffs *Steffen* Haftung im Wandel, ZVersWiss 1993, 13, 21 f.: »Es ist auch keineswegs so, dass wir durch neue Standards die Pflichten immer höher schrauben. Im Gegenteil setzen wir, auch hier in durch die Rücksicht auf die Rechtssicherheit gebotenen behutsamen Schritten, durchaus den Standard dort herab, wo uns die Anforderungen früherer Richtergenerationen zu streng erscheinen (...). Jedenfalls setzen wir heute die Standards verstärkt zur Haftungsbegrenzung ein«; s. auch *ders.*, FS für Geiß, S. 487 ff.

79 *Staak/Uhlenbruck* Die Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und Patient. Vom Sonderrecht zum Dienstvertrag, in FS für *Schewe*, 1991, S. 142, 154, zur Aufgabe der Rechtsprechung,

schaftlicher Beschränkungen kann die Sicherstellung des medizinischen Standards nicht mehr allein Aufgabe der Leistungserbringer sein, sondern bedeutet immer mehr eine Herausforderung an die Entscheidungsträger im Gesundheitswesen und in der Gesundheitspolitik.[80]

die Schutzfunktion sicherzustellen und zu aktualisieren; *Ulsenheimer* MedR 1995, 438, 439 ff.; *G. Müller*, FS für Hirsch, S. 413, 422.

80 Aktuell gilt das Interesse der Gesundheitspolitik der Frage, ob an die Stelle der kasuistischen, intransparenten und häufig impliziten Vorenthaltung medizinischer Leistungen (Rationierung) künftig eine Rangordnung treten kann, bei der klar definierte Kriterien und transparente Verfahren zu nachvollziehbaren, akzeptablen Entscheidungen führen (Priorisierung); vgl. dazu die Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer (ZEKO), DÄBl. 2007, A-2750 ff.; Informationen zur Arbeit der DFG-Forschergruppe FOR 655 unter www.priorisierung-in-der-medizin.de.