

## **Wie bestimmt sich eigentlich der „richtige“ Standard?\***

\*Seminararbeit im „Gesundheitsrechtlichen Seminar“ von Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M. (UCLA), Bremen – Die Autoren studieren im 6. FS (SoSe 2008) Jura an der Universität Bremen. (helge.brunkhorst@uni-bremen.de / dmayer@uni-bremen.de)

### **A. Einführung**

Der Begriff des ärztlichen oder auch medizinischen Standards ist in Medizin- und Gesundheitsrecht ebenso allgegenwärtig wie inhaltlich unbestimmt.<sup>1</sup> Diese, mit dem medizinischen Standard einhergehenden Unklarheiten sind zweifelsohne Folge seiner nahezu inflationären Verbreitung. Nicht nur bei der vom Arzt geschuldeten Leistung<sup>2</sup>, sondern auch bei der Erstattungsfähigkeit der Behandlung<sup>3</sup>, bei der Haftung<sup>4</sup>, bei der Auswahl einer Therapie<sup>5</sup>, sowie der Entscheidung, eine Behandlung nicht<sup>6</sup>, oder an einem anderen Ort unter anderen Bedingungen vornehmen zu müssen, wird der Begriff des medizinischen Standards gebraucht.

Dabei findet er sich nicht nur allgemein in den Ausführungen der jeweiligen Autoren wieder, sondern taucht auch regelmäßig in griffigen Faustformeln auf. So soll sich beispielsweise der Arzt im Rahmen des Behandlungsvertrages dem Patienten gegenüber nicht verpflichten ihn zu heilen, sondern lediglich seine Leistung dem medizinischen Standard entsprechend zu erbringen.<sup>7</sup> Demzufolge soll immer dann, wenn die Behandlung des Arztes nicht dem medizinischen Standard entspricht, ein Behandlungsfehler vorliegen.<sup>8</sup> Somit sei sowohl der behandelnde Arzt bei der Wahl der Therapie<sup>9</sup>, wie auch das Krankenhaus bei der Ausstattung mit medizinischen Apparaturen<sup>10</sup> und dem Erstellen des Budgets an den Standard gebunden.

Angesichts des Gleichsetzens von Standardbegriffen unterschiedlicher Funktionalität muss mit Recht die Frage nach der Identität der Begriffe aufgeworfen werden. Insbesondere die Frage, inwieweit sozialrechtliche Entscheidungen Einfluss auf die Bestimmung des (medizinischen) Standards haben können und dürfen, hat in jüngster Zeit durch die Reformierung des Gesundheitssystems an Bedeutung gewonnen.

### **B. Praktische Relevanz des Standards**

Praktische zivilrechtliche Bedeutung kommt dem Begriff des medizinischen Standards beim Arzthaftungsprozess zu. Das Gericht muss ermitteln, ob der Arzt bei der Behandlung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt hat.<sup>11</sup> Dabei ist zu beachten, dass der Sorgfaltsmaßstab im medizinischen Aufgabenbereich nicht durch das Gericht bestimmt wird. Die Justiz soll keine Verhaltensregeln für Ärzte definieren, sondern diese sollen sich lediglich an die in ihrem Fach geltenden Regeln halten. Das Gericht ist daher angehalten mittels

eines Sachverständigen zu ermitteln, wie sich ein gewissenhafter Arzt in der gegebenen Lage verhalten hätte.<sup>12</sup> Es muss das Vorliegen eines Behandlungsfehlers also durch einen Vergleich der vorgenommenen mit der angezeigten Behandlung ermittelt werden.<sup>13</sup> In der Vergangenheit erfolgte die Bewertung durch den Sachverständigen unter der Prämisse, dass die Behandlung dem Stand der Wissenschaft und Technik entsprochen haben muss. Innerhalb der letzten Jahrzehnte hat sich hingegen die Auffassung durchgesetzt, dass der für die Bewertung maßgebliche Sorgfaltsmaßstab dem medizinischen Standard zu entnehmen sei.<sup>14</sup> Der Begriff des „Standards“ sei dem des „Standes“ vorzuziehen, weil dieser eher dem entspricht, was der Gesetzgeber durch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bezeichnet. Während der „Stand“ als Erreichtes für eine statische Grenze steht, kann der Standard als dynamische Komponente den jeweiligen Umständen und Gefahren angepasst werden.<sup>15</sup>

Bei der Konstruktion des medizinischen Standards handelt es sich somit um einen Vermittlungsbegriff zwischen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach § 276 BGB und dem konkret Geschehenen<sup>16</sup>, der, sofern er aufgrund der Vorgaben von Fachgesellschaften ermittelt wird, auch zu einer Objektivierung der im Verkehrs erforderlichen Sorgfalt führt. Wenn der Sachverständige die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht selbst ermittelt, sondern sein Gutachten auf der Grundlage des Standards erstellt, kann er ein ärztlich-institutionelles und nicht nur ein individuelles Urteil abgeben. Ein definierter Standard erleichtert ebenfalls die Beweisführung des Klägers und die Plausibilitätskontrolle durch das Gericht.<sup>17</sup> Die Bezugnahme auf den medizinischen Standard ist aus diesen Gründen wünschenswert aber nicht zwingend. Wenn im konkreten Fall kein Standard ermittelt werden kann, hat der Sachverständige „die Frage nach dem Vorliegen eines Behandlungsfehlers und der Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt anhand der konkreten Behandlungssituation nach den gegebenen Möglichkeiten eines Eingriffs unter möglicher Schonung der körperlichen Integrität des Patienten zu entscheiden“.<sup>18</sup> Durch diesen Vorgang wird dann allerdings zugleich der aktuelle Standard für ebensolche Situationen zu diesem Zeitpunkt definiert.

### **I. Therapiewahl**

Um einer Haftung für infolge seiner Behandlung eingetretene Schäden zu entgehen, ist der Arzt somit angehalten auf sämtlichen Ebenen seines Betätigungsfeldes der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gerecht zu werden. Diese wird bei medizinischen Aufgabenbereichen dem medizinischen Standard entnommen, sodass dieser für Anamnese, Diagnose, Indikati-

<sup>1</sup> Velten, S. 61; Katzenmeier, Arzthaftung, S. 278.

<sup>2</sup> Laufs/Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, § 39 Rn. 9.

<sup>3</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 290.

<sup>4</sup> Deutsch/Spickhoff Rn. 188.

<sup>5</sup> Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 3 Rn. 16.

<sup>6</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 284.

<sup>7</sup> Laufs/Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, § 39 Rn. 9.

<sup>8</sup> König-Ouvrier, HessÄBl 2003, 197; Gerst, DÄBl 1999, S. A-3237/B-2737/C-2545; Palandt/Sprau, § 823, Rn. 139; Velten, S. 17; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 99 Rn. 5.

<sup>9</sup> Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 3 Rn. 16.

<sup>10</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 284.

<sup>11</sup> Steffen/Dressler S. 61.

<sup>12</sup> Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 6 Rn. 30.

<sup>13</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 277.

<sup>14</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 278.

<sup>15</sup> BGH, NJW 1987, 1479, 1480f, m. Anm. Deutsch; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 99 Rn. 3.

<sup>16</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 279.

<sup>17</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 280.

<sup>18</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 279.

on und Therapie maßgeblich ist.<sup>19</sup> Es ist jedoch mitnichten der Fall, dass sich im Spektrum der möglichen Behandlungsmethoden lediglich der Schulmedizin entsprechende Therapien befinden.

## 1. Einordnung medizinischer Behandlungsmethoden

Bei der Therapiewahl stehen theoretisch alle wissenschaftlichen Ideen der Medizin zur Verfügung. So vielseitig, wie die ärztlichen Behandlungsansätze und die medizinische Forschung sind, so variabel können aber auch die Forderungen an die ärztliche Sorgfalt ausfallen. Hierbei lassen sich ärztliche Eingriffe jedoch in einem groben Raster von fünf Kategorien einordnen. Die Kriterien für die Zulässigkeit der Wahl einer bestimmten Therapie variieren je nach Einordnung des Heilverfahrens. Für die Anwendung einiger Verfahren können weiterhin gesetzliche Sonderbestimmungen gelten.

Zu erkennen ist anhand dieser Kategorisierung auch die natürliche Entwicklung von Methoden bis zur Bestimmung als medizinischen Standard.

### a. Standardbehandlung

Ausgangspunkt der Kategorisierungsübersicht soll die medizinische Standardbehandlung, beziehungsweise die Schulmedizin sein. Dabei ist der Standardbegriff hier in erster Linie nicht im juristischen Sinne mit der erforderlichen Sorgfalt gleichzusetzen, sondern zunächst nur technisch als das Normale, die Regel oder Grundform der Behandlung zu sehen. *„Standard in der Medizin repräsentiert den jeweiligen Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis und ärztlicher Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungszieles erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.“*<sup>20</sup> Unter diesen Begriff lassen sich also solche Behandlungen fassen, die sich über einen längeren Zeitraum weitgehend in der medizinischen Praxis etabliert haben. Gerade die Erfahrungen und die Möglichkeit empirischer Studien bezüglich den Vor- und Nachteilen einer Therapie und ein stetiger Vergleich mit etwaigen Alternativen machen den Charakter des Standards aus. Die Schulmedizin unterzieht sich also einem stetigen Prozess natürlicher Auslese. So kann man allgemein auch davon ausgehen, dass die meisten Risiken der Schulmedizin hinlänglich bekannt und in den Grenzen der natürlichen Eigentümlichkeit vorhersehbar sind.

Wann eine altbekannte Methode als veraltet und nicht mehr als Standard gilt und wie lange es dauert, bis sich eine neue Methode als Standard durchgesetzt hat, ist nicht exakt zu bestimmen. *„Der Zeitpunkt, von dem ab eine bestimmte Behandlungsmethode veraltet und überholt ist, so dass ihre Anwendung nicht mehr dem einzuhaltenden Qualitätsstandard genügt und damit zu einem Behandlungsfehler wird, ist jedenfalls dann gekommen, wenn neue Methoden risikoärmer sind und/oder bessere Heilungschancen versprechen, in der medizinischen Wissenschaft im Wesentlichen unumstritten sind und deshalb nur ihre Anwendung von einem sorgfältigen und auf Weiterbildung bedachten Arzt verantwortet werden kann.“*<sup>21</sup>

### b. Alternativmedizin

Unter den Begriffen der Alternativmedizin oder der Außenseitermethoden versteht man Heilbehandlungen, deren Funktionsweise durch unüberprüfbare Grundannahmen erklärt ist. Das alternativmedizinische Spektrum reicht dabei von traditionellen Verfahren aus dem Bereich der Volksmedizin bis zu esoterischen Therapieansätzen.<sup>22</sup> Die Alternativmedizin bietet dem Patienten einen Ausweg von der hoch technisierten Schulmedizin. Die Wirksamkeit gilt dabei zwar nicht als gesichert, muss jedoch für möglich gehalten werden. Beispielsweise werden die Homöopathie und die Akupunktur zur Alternativmedizin gezählt. Einerseits kann die Alternative so als Konkurrenz der gewöhnlichen Medizin gesehen werden. Zum anderen wird unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten in ein Neuland vorgezogen. Vertreter von Außenseitermethoden begeben sich in ein Gebiet, dass der Naturwissenschaft bislang fremd ist. Dies darf jedoch nicht undifferenziert gleich Quacksalberei bedeuten. Auch wenn die Erkenntnis dem Beweis voraus ist, so kann sie doch im Verlauf der Forschung zur anerkannten Schulmedizin erwachsen.

### c. Neue Behandlungsmethoden

In die Kategorie der neuen Behandlungsmethoden fallen die ärztlichen Eingriffe, die auf dem Weg sind, den alten Standard abzulösen. Dabei ist vorausgesetzt, dass die neue Methode das Stadium des Versuchs oder Experiments überwunden hat. Sie muss neben der herkömmlichen Standardmethode weitgehend anerkannt sein und ihr gegenüber Vorteile bieten. Es darf jedoch nicht gefordert werden, dass die Risikoklärung abschließend über einen langen Zeitraum erfolgt ist. Die Abgrenzung zur Standardmethode liegt somit hauptsächlich in der zeitlichen Bewährung und der Erfahrung der Übung. Der Übergang zur gleichwertigen, schulmedizinischen Behandlungsalternative und insofern zum neuen Standard ist dabei fließend und muss sich in der Praxis zeigen. Als Anhaltspunkt dafür können die Verbreitung und die zahlenmäßige Häufung der Anwendung im Vergleich zur herkömmlichen Methode dienen.

Ebenso unpräzise lässt sich die Abgrenzung der neuen Behandlungsmethoden zu den so genannten Neulandmethoden und insbesondere zu den Heilversuchen definieren. Dies geht soweit, dass es zu einer weitgehenden Vermischung der Begrifflichkeiten kommt. Auf diese Differenzierung gänzlich zu verzichten wäre jedoch verfehlt. Bei weit verbreiteten Modernisierungen der bewährten Schulmedizin noch von Versuchsbehandlungen zu sprechen, würde der Glaubwürdigkeit der alltäglichen Berufspraxis von Ärzten und dem Vertrauen in technische Verbesserungen im Weg stehen. Andererseits gilt es, übermäßigen Aktionismus zu bremsen und den Patienten zu schützen. So sind auch an neue Behandlungsmethoden, die im Begriff sind, die herkömmliche Schulmedizin abzulösen, besondere Anforderungen zu stellen, ohne die Hürden zu hoch zu setzen. Solange dieser Grundsatz nicht in Vergessenheit gerät, ist eine Vermengung der sowieso weichen Kategorien im Anforderungsgefälle unbedenklich.

### d. Experimentelle Neulandmethoden

Das Gebiet der experimentellen Medizin setzt sich aus dem Heilversuch und dem klinischen Experiment zusammen. Der

<sup>19</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 188.

<sup>20</sup> Carstensen DÄBl 1989, A 2431, 2432 = DÄBl 1989, B 1736, 1737.

<sup>21</sup> Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht, S.35.

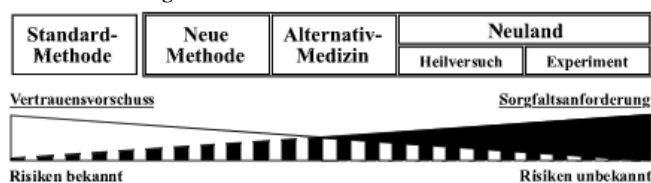
<sup>22</sup> Wikipedia, „Alternativmedizin“.

experimentelle Eingriff unterscheidet sich vom gewöhnlichen nicht durch die Ungewissheit des Ausgangs. Aufgrund der individuellen Konstitution jedes einzelnen Patienten kann von keinem Arzt gefordert werden, die Natur gänzlich zu beherrschen. So ist auch kein sicherer Erfolg bei der Behandlung geschuldet. In diesem Sinne ist jede Standardtherapie ein Versuch mit der Hoffnung auf Heilung. *„Das Experiment überschreitet den Standard. Wer experimentiert, begibt sich auf empirisch-wissenschaftliches Neuland. Die Grenze ist also nicht zwischen sicheren und unsicheren diagnostischen oder therapeutischen Methoden zu ziehen, sondern zwischen anerkannten einerseits und noch in der Entwicklung oder Erprobung befindlichen andererseits.“*<sup>23</sup> *„Das Gegensatzpaar heißt nicht Versuch und Erfolg, sondern Versuchsbehandlung und Standardbehandlung.“*<sup>24</sup>

Zu den neuartigen Heilbehandlungen, beziehungsweise den Heilversuchen zählen solche *„Eingriffe und Behandlungsweisen am Menschen [...], die der Heilbehandlung dienen, also in einem bestimmten einzelnen Behandlungsfall zur Erkennung, Heilung oder Verhütung einer Krankheit oder eines Leidens oder zur Beseitigung eines körperlichen Mangels vorgenommen werden, obwohl ihre Auswirkungen und Folgen auf Grund der bisherigen Erfahrungen noch nicht ausreichend zu übersehen sind.“*<sup>25</sup> Im Vordergrund hat also die therapeutische Absicht in einem konkreten Krankheitsfall zu stehen.<sup>26</sup>

Im Gegensatz zum Heilversuch steht beim klinischen Humanexperiment das wissenschaftliche oder allgemein medizinische Interesse im Vordergrund. Eine Maßnahme wird also primär *„zu Forschungszwecken vorgenommen [...], ohne der Heilbehandlung im einzelnen Falle zu dienen, und [ohne dass] deren Auswirkungen und Folgen auf Grund der bisherigen Erfahrungen [bereits] ausreichend zu übersehen sind.“*<sup>27</sup>

**Bild 1: Behandlungsalternativen**



## 2. Therapiefreiheit

Die abstrakten Formeln der Begrifflichkeit bei der kategorischen Einordnung von Behandlungsmethoden legen die Vermutung nahe, dass ein Arzt lediglich dem Standard entsprechende Methoden anwenden darf. Tatsächlich ist es dem Arzt im Einzelfall nicht nur möglich alternative oder neue Behandlungsmethoden zu verordnen, ihn kann sogar die

Pflicht treffen vom Standard abzuweichen. Dies ist dann der Fall, wenn der Arzt nach gewissenhaftem Bedenken zu dem Schluss kommt, dass die nicht standardgemäße Methode geeigneter als die dem Standard entsprechende ist<sup>28</sup> und sich der Vorteile auch sachlich, z.B. in einer besseren Heilungsprognose, rechtfertigen lässt.<sup>29</sup> Nunmehr ergibt sich das Problem, inwiefern man die Haftung des Arztes vermeidet, der eine richtige, aber nicht dem Standard entsprechende Behandlungsmethode anwendet. Zum einen könnte die Behandlung trotz Abweichung keinen Behandlungsfehler darstellen, zum anderen könnte die Anwendung dieser einen Methode im konkreten Fall ausnahmsweise standardgemäß gewesen sein.

Diese Problemstellung offenbart neben den Unzulänglichkeiten des Standardbegriffs auch dessen eigentliche Funktion bei der Wahl der Therapie. Grundsätzlich ist der Arzt verpflichtet, anhand der jeweiligen Erfolgsaussichten und Gefahren die für den Patienten optimale Therapie zu ermitteln.<sup>30</sup> Bei sachgerechter Anwendung der Formel wird somit nicht grundsätzlich die Anwendung einer bestimmten Therapie gefordert. Lediglich das Wissen um die abstrakte Wirksamkeit einer Methode muss berücksichtigt werden. Dieses führt bei der Wahl der Therapie zu einem Vertrauensvorschuss von dem Standard entsprechenden Therapien gegenüber anderen Methoden.<sup>31</sup> Dies bedeutet praktisch, wenn sowohl eine anerkannte als auch eine unkonventionelle Methode zur Wahl stehen, dass erstere bei der Abwägung in den Genuss eines Vertrauensvorschlusses kommt. Letztere darf somit lediglich dann zur Anwendung kommen, wenn sie ersterer, beispielsweise aufgrund einer günstigeren Heilungsprognose, überlegen ist. Dabei wächst der Vertrauensvorschuss mit der Akzeptanz der Methode, sodass bei etablierten Methoden auch das Abweichen stärker begründet werden muss.<sup>32</sup> Der Standard gebietet hier somit nicht die Anwendung einer bestimmten Methode, sondern das Wissen um die abstrakte Wirksamkeit einer Methode schlägt sich in Form eines Vertrauensvorschlusses nieder, wenn diese und eine weitere Methode für eine Behandlung in Frage kommen. Die Anwendung einer nicht vom Standard umfassten Methode stellt somit keinen Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, sondern lediglich ein sachgerechtes Abweichen vom Standard dar, sofern die Wahl medizinisch geboten war.

Hieraus ergibt sich, dass der allgegenwärtige und griffige Satz, ein Abweichen vom Standard stelle einen Behandlungsfehler dar<sup>33</sup>, in seiner Absolutheit nur Bestand haben kann, wenn man ihn begrifflich darauf reduziert, dass nur von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Rede ist. Dass eine Nichtbeachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt einen Behandlungsfehler darstellt ist ebenso richtig, wie selbstverständlich.

## II. Grenzen der Wahl

Oftmals muss die Justiz jedoch das (Nicht-) Vorliegen eines Behandlungsfehlers auch dann klären, wenn die Ärzte nach einer sachgerechten Abwägung die scheinbar „richtige“ Methode angewendet haben. Dies ist immer dann der Fall, wenn

<sup>23</sup> Laufs, *Arztrecht*, Rn. 674 = ders., in Laufs/Uhlenbruck, § 130 Rn. 4.

<sup>24</sup> Deutsch, *Medizin und Forschung vor Gericht*, S. 42; Deutsch/Spickhoff, 5. Auflage 2003, Rn. 649 ff..

<sup>25</sup> Richtlinien für neuartige Heilbehandlung und für die Vornahme wissenschaftlicher Versuche am Menschen, erlassen vom Reichsministerium des Innern 1931, in: DMW 1931, 509 = <http://www.uni-heidelberg.de/institute/fak5/igm/g47/bauernh.htm> (28.11.2006).

<sup>26</sup> Katzenmeier, NJW 2006, 2738, 2739; Laufs, *Arztrecht*, Rn. 677 = ders., in Laufs/Uhlenbruck, § 130 Rn. 7.

<sup>27</sup> BGHZ 20, 61 = NJW 1956, 629; Richtlinie vom Reichsministerium (aaO); Katzenmeier, NJW 2006, 2738, 2739; Laufs, *Arztrecht*, Rn. 675 ff. = ders., in Laufs/Uhlenbruck, § 130 Rn. 5 ff..

<sup>28</sup> Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 3 Rn. 16.

<sup>29</sup> Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 311.

<sup>30</sup> Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 304.

<sup>31</sup> Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 310.

<sup>32</sup> Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 311.

<sup>33</sup> König-Ouvrier, HessÄBl 2003, 197; Gerst, DÄBl 1999, S. A-3237/B-2737/C-2545; Palandt/Sprau, § 823, Rn. 139; Velten, S. 17.

in einer anderen Einrichtung bessere Behandlungsmethoden zur Verfügung stehen.<sup>34</sup>

In diesen hinlänglich bekannten Fällen<sup>35</sup> wurde gerichtlich festgestellt, dass sowohl die alte, als auch die neue Methode dem Standard entsprochen habe. Die Anwendung der risiko-reicheren Methode würde somit nicht per se einen Behandlungsfehler darstellen. Es würde nur eine Pflicht bestehen, den Patienten auf bessere Behandlungsmöglichkeiten in anderen Einrichtungen hinzuweisen.<sup>36</sup> Nur dann, wenn sie nicht mehr dem medizinischen Standard entsprechen würde, würde die Anwendung der Behandlungsmethode zwingend zu einem Behandlungsfehler führen.<sup>37</sup> Und zwar auch dann, wenn es sich um einen Notfall handelt, in dem eine Überführung des Patienten in ein Krankenhaus mit einer besseren Ausstattung nicht mehr möglich ist. Alle Krankenhäuser müssten daher eine wenigstens dem Mindeststandard entsprechende Ausstattung vorweisen können.<sup>38</sup>

Der medizinische Standard schlägt sich bei der Wahl der Therapie somit in zweierlei Hinsicht nieder. Zum einen begründet er einen Vertrauensvorsprung für etablierte Behandlungsmethoden, zum anderen definiert er eine Basisschwelle der Behandlung, die nicht unterschritten werden darf. Diese selbst orientiert sich sowohl an der apparativen, als auch an der personellen Ausstattung der Einrichtung.

## 1. Apparative Ausstattung

Anders als der Begriff des „Standes der Wissenschaft und Technik“ verlangt der des „medizinischen Standards“ schon dem Wortlaut nach nicht die Anschaffung modernster medizinischer Apparaturen. Es müssen somit lediglich solche Apparate angeschafft werden, die notwendig sind um eine über der Basisschwelle liegende, also noch dem Standard entsprechende Behandlung zu gewährleisten.<sup>39</sup>

Hierbei sind faktisch jedoch je nach Verkehrskreis unterschiedliche Anforderungen an die verschiedenen Einrichtungen zu stellen. Diesbezüglich wurde der Begriff der Versorgungsstufen geprägt, wonach der Patient in einem allgemeinen Krankenhaus eine geringwertigere Ausstattung als in einem Universitätsklinikum erwarten muss.<sup>40</sup> Diese Auffassung wird kritisiert, da sie das Bestehen von verschiedenen Standards nahe legt,<sup>41</sup> obwohl es aber nur einen Standard gebe.

Sofern dies der Fall wäre, würde sich die Frage aufdrängen, ob die apparative Ausstattung einer Spezialklinik über dem vom Standard geforderten und beim allgemeinen Krankenhaus gebotenen Niveau liegen muss und eine dieser besseren Ausstattung entsprechende Behandlung geschuldet wird. Insbesondere in der Konstellation, dass eine Klinik sowohl über ein standardgemäßes, als auch über ein besseres Gerät

verfügt, stellt sich die Frage inwiefern die Behandlung mit dem schlechteren einen Behandlungsfehler darstellen kann.<sup>42</sup> Aber auch die standardgemäße Behandlung könnte einen Behandlungsfehler darstellen, wenn man es unterlassen hat, den Patienten an ein Universitätsklinikum zu überweisen, das eine über dem Standard liegende Ausstattung bietet.<sup>43</sup> In diesen Fällen wird ein Behandlungsfehler zumindest dann anzunehmen sein, wenn die durchgeführte Behandlung dem vereinbarten Qualitätsstandard nicht genüge.<sup>44</sup>

Maßgeblich für die Beantwortung der Fragen ist in erster Linie eine dogmatische Entscheidung. Lediglich wenn man der Auffassung folgt, wonach die faktischen Gegebenheiten nicht nur dem Standard entsprechen sollen, sondern ebenfalls einen lokalen Standard bestimmen, ist ein Krankenhaus verpflichtet, eine der Ausstattung nach mögliche, bessere Behandlung auch tatsächlich zu erbringen. Lehnt man das Bestehen situationsabhängiger Standards hingegen ab, ist das Erbringen der besseren Behandlung nicht notwendig um den Standard zu wahren.<sup>45</sup>

## 2. Personelle Ausstattung

Um eine dem Standard entsprechende Behandlung erbringen zu können, benötigt man neben einer entsprechenden apparativen Ausstattung ebenfalls ausreichend qualifiziertes Personal. Bei der personellen Ausstattung ist anerkannt, dass von Heilpraktikern, Allgemeinmedizinerinnen und Fachärztinnen ein unterschiedliches Maß an Sorgfalt gefordert wird.<sup>46</sup> Ist für eine Behandlung nun erforderlich, dass sie von einem Arzt mit den Fähigkeiten eines Facharztes vorgenommen wird, stellt es einen Behandlungsfehler dar, wenn die erbrachte Leistung hinter der von einem Facharzt zu erwartenden zurückbleibt. Der Arzt muss aber nicht zwingend selbst den Facharztstitel tragen.<sup>47</sup> Dies ist insbesondere bei Krankenhäusern relevant, weil diese generell Behandlungen dem Facharztstandard entsprechend schulden.<sup>48</sup> Daher ist es, um den geschuldeten Standard zu wahren, regelmäßig notwendig, dass Operationen von in der Ausbildung befindlichen Ärzten durch einen Facharzt überwacht werden.<sup>49</sup>

Gefordert wird grundsätzlich nur eine solche Qualität der Leistung, wie sie von einem durchschnittlichen Arzt des jeweils geforderten Ausbildungsgrades erwartet werden kann.<sup>50</sup> Die Behandlung eines Arztes mit dem Durchschnitt entsprechenden Fähigkeiten wird somit nicht allein deswegen fehlerhaft, weil ein Arzt mit über das geforderte hinausgehendem Wissen anders gehandelt hätte.<sup>51</sup> Derjenige, der über

<sup>34</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 284.

<sup>35</sup> Bestrahlung fand ohne CT gestützte Planung statt, obwohl die apparative Ausstattung vorhanden war: OLG Köln, VersR 1999, 847; Bei einer Sterilisation mit monopolarer Hochfrequenzstrom unterblieb ein Hinweis auf bessere Behandlungsmöglichkeiten in anderen Kliniken: BGH NJW 1988, 763.

<sup>36</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 284.

<sup>37</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 220.

<sup>38</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 284.

<sup>39</sup> Katzenmeier, Rn. 284.

<sup>40</sup> Steffen/Dressler, S. 63; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 2 Rn. 9; Damm, NJW 1989, 737, 739.

<sup>41</sup> Bejahend: Steffen/Dressler, S. 63; Nur bei Notfällen: Deutsch/Spickhoff, Rn. 212.

<sup>42</sup> Ablehnend bei Gleichwertigkeit: Steffen/Dressler, S. 65; bezüglich Behandlungsfehler sowie Hinweispflicht ablehnend, sofern die Methode dem „jeweils zu fordernden medizinischen Standard“ genügt: BGH, NJW 1988, 763, 765; Hinweispflicht nur bei Erreichen der Basisschwelle: BGH, NJW 1989, 2321, 2322.

<sup>43</sup> Trotz Operation „lege artis“ wird prinzipiell nicht ausgeschlossen, dass die Operation bei der Möglichkeit einer Verlegung im „nur“ standardgemäßen Krankenhaus nicht hätte durchgeführt werden dürfen: BGH, NJW 1988, 1511, 1511.

<sup>44</sup> KG, Urt. v. 02.10.2003 – 20 U 402/01, in: NJW 2004, 691 f.; Vgl. auch: Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 44, Rn. 3.

<sup>45</sup> Sogar bezüglich persönlicher Sonderfähigkeiten: Deutsch/Spickhoff, Rn. 212.

<sup>46</sup> BGH, NJW 1991, 1535, 1537.

<sup>47</sup> Bei Nichtvorliegen lediglich Umkehr der Darlegungslast: BGH NJW 1992, 1560 (1560).

<sup>48</sup> BGH, NJW 1987, 1479, 1480.

<sup>49</sup> BGH, NJW 1992, 1560, 1561; BGH, NJW 1984, 655 (656).

<sup>50</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, S. 279.

<sup>51</sup> Ein Arzt für Allgemeinmedizin schuldet ein geringeres Maß an Sorgfalt und Können als ein Facharzt: BGH NJW 1997, 3090, 3091

Spezialkenntnisse verfügt, muss es sich aber vorwerfen lassen, wenn er diese nicht nutzt.<sup>52</sup>

Ähnlich wie bei der apparativen Ausstattung braucht auch bei der personellen ein allgemeines Krankenhaus nicht den von einer Spezialklinik erwarteten Standard erfüllen. So muss ein Belegkrankenhaus nicht stets ein solches Entbindungsteam bereithalten, wie man es von einem Perinatalzentrum erwarten kann.<sup>53</sup>

### C. Bedeutung von Leit- und Richtlinien

Für die Bestimmung des für die Haftung maßgeblichen Sorgfaltsmaßstabs muss das Gericht zunächst anhand der in der Profession entwickelten Regeln ermitteln, welches Verhalten zum Zeitpunkt der Behandlung vom Arzt erwartet werden konnte.<sup>54</sup> Diese Vorgaben sollen dann von Gewicht sein, wenn sie dem medizinischen Standard entsprechen.<sup>55</sup> Für diesen findet sich eine Vielzahl von verschiedenen Definitionsversuchen, die jedoch zusammenfassend drei wesentliche Anforderungen an die Verhaltensregeln stellen.<sup>56</sup> Demnach wird der Standard nach den Erkenntnissen der wissenschaftlichen Medizin, der praktischen Erfahrung der Ärzte, sowie anhand der Akzeptanz in der Profession beurteilt.<sup>57</sup>

### I. Medizinische Verhaltensregeln

Der dogmatischen Bedeutung des medizinischen Standards im Arzthaftungsprozess liegt der Gedanke zugrunde, dass die Justiz den Ärzten die Medizin betreffend keine Verhaltensweisen vorschreiben dürfe. Stattdessen sollen die Anforderungen an ärztliches Verhalten lediglich den in der Profession geltenden Regeln entsprechen müssen.<sup>58</sup> Diese können dabei sowohl in Form von ungeschriebenen Regeln vorliegen, als auch eine Ausprägung in schriftlich festgehaltenen Verhaltensregeln erfahren.<sup>59</sup>

#### 1. Institutionen

Grundsätzlich ist es Berufsgenossenschaften, Berufsverbänden, der Bundesärztekammer, Kliniken, Klinikverbänden, Krankenhausträger, Praxen, Praxisverbänden, wissenschaftlichen Instituten und anderen Experten möglich, Vorgaben zu formulieren.<sup>60</sup> Aufgrund unterschiedlicher Prozesse bei der Bildung dieser Verhaltensregeln schwankt deren Qualität und Verlässlichkeit, sodass die Heranziehung im Einzelfall unterschiedliche Wirkungen entfaltet.<sup>61</sup> Beispielhaft für Vorgaben formulierende Institutionen soll hier sowohl die Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. (AWMF), als auch die Bundesärztekammer angeführt werden.

<sup>52</sup> BGH, NJW 1997, 3090, 3091; BGH, NJW 1987, 1479, 1480; Deutsch/Spickhoff, Rn. 189; gegenteilig: Deutsch/Spickhoff, Rn. 212.

<sup>53</sup> BGH, NJW 1994, 1596, 1597.

<sup>54</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 213.

<sup>55</sup> Mengel, S. 94; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 99, Rn. 4.

<sup>56</sup> Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 3 Rn. 16.

<sup>57</sup> Palandt/Sprau, § 823, Rn. 135; Hart, MedR 1998, 8 (9 f.); Carstensen DÄBl 1989, A 2431, 2432 = DÄBl 1989, B 1736, 1737; Taupitz, NJW 1986, 2851 (2858); Francke/Regenbogen, MedR 2002, 174, 175 (m.w.N.).

<sup>58</sup> Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 6 Rn. 30.

<sup>59</sup> Velten, S. 55.

<sup>60</sup> Mengel, S. 71.

<sup>61</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 216.

### a. AWMF

Die AWMF ist ein eingetragener Verein, der sich unter anderem der „[...] *Verbindung der wissenschaftlichen Medizin mit der ärztlichen Praxis*“<sup>62</sup> verschrieben hat. Zu diesem Zweck sollen Leitlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen erstellt werden, die in genormten Verfahren unter Beteiligung der 151 Fachgesellschaften<sup>63</sup> erstellt werden. Diese Verhaltensregeln sollen nach dem Verständnis der AWMF „*das umfangreiche Wissen (wissenschaftliche Evidenz und Praxiserfahrung) zu speziellen Versorgungsproblemen [...] werten, gegensätzliche Standpunkte [...] klären und unter Abwägung von Nutzen und Schaden das derzeitige Vorgehen der Wahl [...] definieren [...]*“, um in der Praxis die Qualität von Behandlungen zu verbessern.<sup>64</sup>

### b. Bundesärztekammer

In Deutschland sind Ärzte aufgrund der zwingenden Mitgliedschaft in den (Landes-) Ärztekammern organisiert. Diese schreiben ihren Mitgliedern im Rahmen der Selbstverwaltung vor, welche Verhaltensweisen bei der Berufsausübung beachtet werden müssen. Neben Regelungen zur Werbung, der Versicherung und den Voraussetzungen für Zusammenschlüsse wird vom Arzt auch eine gewissenhafte Ausübung seines Berufes verlangt.<sup>65</sup> Konkret wird die Bundesärztekammer zur Verbesserung der Qualität ärztlicher Behandlungen durch das Formulieren von Verhaltensregeln tätig.<sup>66</sup>

## 2. Vorgaben

Die von AWMF und (Bundes-) Ärztekammer entwickelten Regeln lassen sich in vier verschiedene Kategorien unterteilen. So können die Vorgaben in Form von Stellungnahmen, Empfehlungen sowie Leit- und Richtlinien vorliegen.<sup>67</sup> Im Folgenden werden die wesentlichen Unterschiede dieser Instrumente aufgezeigt.

### a. Empfehlungen/Stellungnahmen

Formulierungen in Form von Stellungnahmen und Empfehlungen weisen die geringste berufsrechtliche Verbindlichkeit auf. Bei ihnen handelt es sich lediglich um Handlungsvorschläge und Informationen, die vom Arzt bei seiner Entscheidungsfindung mit einbezogen werden können.<sup>68</sup> Empfehlungen bzw. Stellungnahmen kommt überwiegend die Aufgabe zu, auf mögliche (neue) Therapien hinzuweisen, sowie den Arzt zum Beispiel durch Merkblätter bei der Optimierung seiner Behandlungsabläufe zu unterstützen.<sup>69</sup>

### b. Leitlinien

Leitlinien soll, anders als den Empfehlungen, eine gewisse Verbindlichkeit zukommen, die angesichts der mangelnden Transparenz und schwankenden Qualität, schwer zu rechtfertigen ist.

<sup>62</sup> § 2 Nr. 1 S. 1 der Satzung der AWMF (<http://www.uni-duesseldorf.de/AWMF/awmfsatz.htm>).

<sup>63</sup> AWMF, Willkommen.

<sup>64</sup> Mengel, S. 73.

<sup>65</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 11.

<sup>66</sup> Mengel, S. 71.

<sup>67</sup> Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 11, Rn. 4.

<sup>68</sup> Velten, S. 55.

<sup>69</sup> Velten, S. 55.

tigen ist. Um diesem Problem zu begegnen, sollen Leitlinien nach Güte und Transparenz sowohl beim Zustandekommen, als auch bei der Nachvollziehbarkeit der zugrunde liegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse gestaffelt werden.<sup>70</sup> Im Falle der AWMF werden sie als S1-, S2- oder S3-Leitlinien klassifiziert.<sup>71</sup> Wobei eine qualitativ hochwertige S3-Leitlinie nur dann vorliegt, wenn sie vom Vorstand der jeweiligen Institution in einem formalen Konsensverfahren, entsprechend den Maßstäben der evidenzbasierten Medizin, entwickelt wurde.<sup>72</sup>

### c. Richtlinien

Abweichend von den Leitlinien sollen Richtlinien ein solches Maß an Verbindlichkeit aufweisen, dass Verstöße durch Sanktionen bedroht werden können.<sup>73</sup> Grundsätzlich versteht man unter Richtlinien solche, die im Rahmen des GKV-Rechts öffentlich rechtlich begründet und angeordnet werden. Lediglich ausnahmsweise kann auch einer ärztlichen Institution kraft Gesetzes eine Mitwirkungsrolle zu kommen. So wurde beispielsweise der Bundesärztekammer gemäß § 16 I TPG auferlegt, durch das Erstellen einer Richtlinie maßgebliche Punkte der Norm sachgerecht auszugestalten. Auch im Sozial- und Berufsrecht wurde die Bundesärztekammer mit der Mitwirkung an der Normsetzung betraut.<sup>74</sup>

## 3. Verbindlichkeit der Vorgaben

In der Literatur wird oftmals der Eindruck erweckt, dass das Gefüge aus Leit- und Richtlinien, normiertem Recht gleichend, die Anwendung bestimmter Behandlungsmethoden zwingend vorschreiben würde.<sup>75</sup> Eine solche Betrachtungsweise ist aus mehreren Gründen praktisch nur wenig überzeugend.

Es fehlt bereits an der nötigen Regeldichte, so dass die Vorgaben nicht sämtliche ärztlichen Verhaltensweisen abdecken.<sup>76</sup> Dies entspricht im Übrigen auch nicht der Intention. So sollen beispielsweise Leitlinien nur für standardisierbare Normalfälle geschaffen werden.<sup>77</sup> Für die übrigen Fälle müssen somit die allgemeinen ungeschriebenen medizinischen Verhaltensregeln gelten, die nach wie vor anlässlich des Einzelfalls von einem Sachverständigen ermittelt werden müssen.

### a. Lediglich abstrakter Charakter

Selbst die vorhandenen Leitlinien gebieten in der Regel nicht die Anwendung einer bestimmten Methode. Mitunter finden sich ganze Listen von etablierten Methoden, die abstrakt als geeignet empfohlen werden, so zum Beispiel bei Punkt 2.4.1 der Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten der Bundesärztekammer<sup>78</sup>. Hier wird dem Arzt somit nicht eine Standardmethode sondern ein ganzes Spektrum von generell brauchbaren Methoden, quasi ein Handlungskorridor, aufgezeigt.<sup>79</sup>

Aber auch an diesen Handlungskorridor soll der Arzt nicht gebunden sein. In vielen Fällen sehen die Leitlinien explizit die Möglichkeit einer Abweichung vor. Sollte es der konkrete Einzelfall gebieten trifft den behandelnden Arzt sogar die Pflicht von den Vorgaben abzuweichen,<sup>80</sup> sodass das Festhalten an der Leit- oder Richtlinie als fehlerhaft angesehen werden muss und sogar zur Haftung führen kann. In diesen Fällen ist somit regelmäßig zu beurteilen ob die Begründung für das (Nicht-) Abweichen von den Vorgaben medizinisch tragbar ist.<sup>81</sup>

Der Glaube, dass Vorgaben aus Leit- oder Richtlinien zwingend die Anwendung einer bestimmten Methode gebieten, ist somit fehlerhaft. Es wird oftmals dem Arzt überlassen, aus einer Liste etablierter Therapien die konkret richtige auszuwählen. Dabei kann es bei entsprechender Sachlage auch der Leitlinie entsprechen, von ihr abzuweichen. So gibt die AWMF auch selbst an, dass ihre Leitlinien lediglich unverbindliche Entscheidungshilfen seien, die weder haftungsbe gründende noch haftungsbefreiende Wirkung haben.<sup>82</sup>

### b. Abweichen vom Standard

Es ist darüber hinaus auch fraglich, ob die Verbindlichkeit von haftungsrechtlicher Bedeutung ist. Für den Arzt könnte eine Vorgabe aus verschiedensten Gründen bindend sein. So könnte er Leitlinien befolgen müssen, weil er Mitglied der entsprechenden Fachgesellschaft ist.<sup>83</sup> Ebenso könnten Vertragsärzte an die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses gebunden sein.

Bezüglich der Haftung kommt es jedoch lediglich auf die Frage nach der Sorgfalt an. Da der Sorgfaldmaßstab für die Prüfung der Fahrlässigkeit nach § 276 BGB dem „medizinischen Standard“ entnommen werden soll, kann eine Vorgabe bezüglich der Haftung nur insoweit verbindlich sein, wie diese den medizinischen Standard widerspiegelt.<sup>84</sup> Daher wird durch das Befolgen einer Leitlinie lediglich vermutet, dass der Arzt richtig gehandelt hat. Wenn der Arzt nicht abgewichen ist, muss der Kläger nachweisen, dass ein Abweichen geboten gewesen wäre. Wied der Arzt ab, muss dieser darlegen, dass dies geboten war.<sup>85</sup>

### c. Zeitliches Abweichen

Neben der Gefahr, dass eine Vorgabe schlicht falsch ist, dürfte in der Praxis eher das stetige Fortschreiten der Medizin ein Problem darstellen. Einem allzu schnellen Veralten von Richtlinien wird zwar dadurch vorgebeugt, dass nicht der Anspruch besteht, den Stand der Medizin darstellen zu wollen, sondern sie lediglich den Standard darstellen sollen, aber auch dieser schreitet selbstverständlich fort. Da das Erstellen einer Leitlinie in der Regel nur dann erfolgen kann, wenn eine Methode bereits dem Standard entspricht, liegt ein Hinterherhinken bei der Erstellung neuer und der Anpassung überholter Vorgaben in der Natur der Sache. Sollte eine Richtlinie inhaltlich veraltet sein, wird - auch bei einer an-

<sup>70</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 216; Mengel, S. 71.

<sup>71</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 215.

<sup>72</sup> Mengel, S. 75.

<sup>73</sup> Velten, S. 52.

<sup>74</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 215.

<sup>75</sup> Velten, S. 62.

<sup>76</sup> Velten, S. 45.

<sup>77</sup> Velten, S. 53; Mengel, S. 73.

<sup>78</sup> <http://www.bundesaeztekammer.de/downloads/Abstammung.pdf>

<sup>79</sup> Velten, S. 56.

<sup>80</sup> Mengel, S. 72.

<sup>81</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 217.

<sup>82</sup> AWMF, Leitlinien.

<sup>83</sup> Ablehnend: Mengel, S. 93; Ehlers/Brogli, Rn. 994: Aufgrund der Generalklausel über allgemeine berufliche Pflichten (§ 2 II Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte im Lande Bremen) können dem Arzt unterlaufene Behandlungsfehler berufsrechtlich geahndet werden.

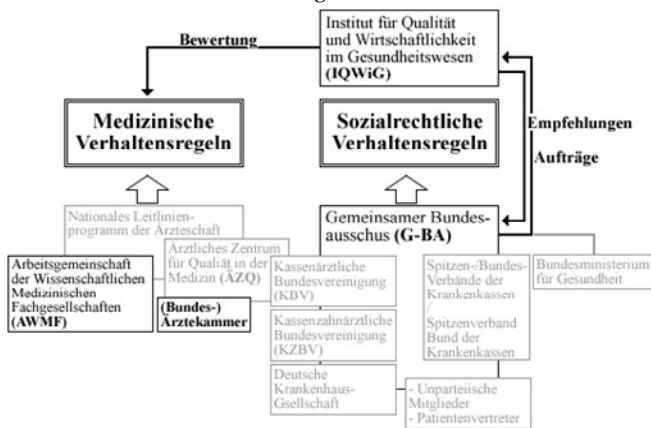
<sup>84</sup> Mengel, S. 94.

<sup>85</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 216.

derweitig bestehenden Verbindlichkeit - deren Befolgen regelmäßig sorgfaltswidrig sein.<sup>86</sup>

Darüber hinaus ist zur Beurteilung eines etwaigen Behandlungsfehlers selbstverständlich der zum Zeitpunkt der Behandlung geltende Standard maßgeblich.<sup>87</sup> Man kann einem Arzt nicht vorwerfen, dass er medizinische Verhaltensweisen missachtet hat, die erst aus heutiger Sicht als richtig anzusehen sind.<sup>88</sup>

**Bild 2: Geschriebene Verhaltensregeln**



## II. Gesetzliche Verhaltensregeln

Auf der Seite der gesetzlichen Verhaltensregeln sind maßgeblich die sozialrechtlichen Regelungen im SGB V zu nennen. Relevanz erlangt hier der so genannte Leistungskatalog. Dieser stellt den Gesamtumfang aller Leistungen, die von der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht werden, dar.<sup>89</sup> Bestimmt wird der Leistungskatalog gesetzlich nur durch einen groben Rahmen. Nach § 27 I 1 SGB V haben Versicherte einen Anspruch auf Krankenbehandlung, die im dritten Kapitel des SGB V unter Leistungen der Krankenversicherung in Grundzügen umrissen wird. Diese Leistungen unterliegen laut § 2 I 1 SGB V dem Wirtschaftlichkeitsgebot. Die Leistungen müssen also nach § 12 I 1 SGB V ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein, und dürfen dabei das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Dies soll vereinbar damit sein, dass dabei Qualität und Wirksamkeit der Leistungen gemäß § 2 I 3 SGB V dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen haben.

### 1. Institutionen

Der durch den Gesetzgeber im SGB V vorgegebene allgemeine gesundheitspolitische Rahmen ist nun weiter auszufüllen. Dies, und für die alltagspraktische Umsetzung der politischen Vorgaben zu sorgen, ist die Aufgabe der Selbstverwaltung von Ärzten, Krankenhäusern und Krankenkassen.<sup>90</sup>

#### a. Gemeinsamer Bundesausschuss

Das wichtigste Gremium der gemeinsamen Selbstverwaltung im Gesundheitswesen ist der Gemeinsame Bundesausschuss

(G-BA).<sup>91</sup> Der G-BA wird gemäß § 91 I 1 SGB V aus den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft, den Bundesverbänden der Krankenkassen, der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See und den Verbände der Ersatzkassen gebildet. Neben diesen Vertretern aus den unterschiedlichen Lagern der Kostenträger und Leistungserbringer setzt sich der G-BA nach § 91 II SGB V noch aus drei unparteiischen Mitgliedern und nicht stimmberechtigten Patientenvertretern zusammen.

Die primäre Aufgabe des G-BA ist, nach § 92 I SGB V den Inhalt der ärztlichen Versorgung über Beschlüsse von Richtlinien zu bestimmen. Gemäß dieser Norm kann er dabei die Erbringung und Verordnung von Leistungen einschließlich Arzneimitteln oder Maßnahmen einschränken oder ausschließen. Diese „Empfehlungen“ nach § 135 I SGB V werden durch den G-BA auf Antrag abgegeben.

#### b. IQWiG

Der Gemeinsame Bundesausschuss hatte nach § 139a I 1 SGB V ein fachlich unabhängiges, rechtsfähiges, wissenschaftliches Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) zu gründen. Durch dieses im Jahre 2004 eröffnete Institut wird der G-BA bei seiner Empfehlungstätigkeit unterstützt.<sup>92</sup> Nach § 139a III SGB V wird es zu Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erbrachten Leistungen tätig. Es übernimmt hier den Part der Wissenschaft in dem sonst eher politisch orientierten System.

Seine Aufgaben liegen in den Bereichen der wissenschaftlichen Recherche, Darstellung und Bewertung, sowie in der Erstellung von Ausarbeitungen, Gutachten, Stellungnahmen und Empfehlungen.<sup>93</sup> Das IQWiG wird dabei hauptsächlich durch Aufträge vom G-BA und dem Bundesministerium für Gesundheit tätig.<sup>94</sup> Aber auch Patientenvertreter haben die Möglichkeit, eine Beauftragung zu beantragen.<sup>95</sup>

### 2. Vorgaben

Bei der Ausformung des Leistungskataloges beauftragt der G-BA also das IQWiG mit einer wissenschaftlichen Prüfung und erhält von diesem eine Empfehlung zurück. Dann beschließt der G-BA eine Richtlinie. Für diese sind sowohl in den allgemeinen Vorschriften, als auch bei den Aufgaben des IQWiG in § 139a III Nr. 2 SGB V die beiden Grundkriterien der zu erbringenden Krankenversicherungsleistung Qualität und Wirtschaftlichkeit. Diese lassen sich wiederum in den drei Kriterien (1) diagnostischer oder therapeutischer Nutzen, (2) medizinische Notwendigkeit und (3) Wirtschaftlichkeit zusammenfassen.<sup>96</sup> Falls eines dieser Kriterien für eine zu bewertende Behandlungsmethode nicht vorliegt, wird diese mit der Richtlinie nicht empfohlen. G-BA und IQWiG haben dabei gemäß § 139a IV SGB V internationale ökonomische Standards und solche der evidenzbasierten Medizin zu berücksichtigen. Eine Negativ-Entscheidung besagt beispielsweise also nicht, dass eine neue Behandlungsmethode nicht

<sup>86</sup> Velten, S. 57.

<sup>87</sup> Velten, S. 56.

<sup>88</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 213.

<sup>89</sup> BMG, „Leistungskatalog“.

<sup>90</sup> BMG, „Gemeinsamer Bundesausschuss“.

<sup>91</sup> BMG, „Selbstverwaltung“.

<sup>92</sup> BMG, „Gemeinsamer Bundesausschuss“.

<sup>93</sup> § 139a III Nr. 1 – 5 SGB V.

<sup>94</sup> § 139b SGB V.

<sup>95</sup> BMG, „Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen“.

<sup>96</sup> Francke/Hart, MedR 2008, 2 (3).

wirksam ist, sondern „nur“ dass diese Wirksamkeit nach dem maßgeblichen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht hinreichend gesichert („evident“) ist.<sup>97</sup>

Der Leistungskatalog wird hiernach direkt durch Richtlinien definiert. Diese können unterschiedlich sowohl als Rechtskonkretisierung oder sogar als Normsetzung aufgefasst werden.<sup>98</sup> Da der G-BA hierbei praktisch die zentrale Macht über die Gesundheitsversorgung hat, scheint es sinnvoll, den Empfehlungen des IQWiG im Innenverhältnis zum G-BA auch einige Verbindlichkeit zukommen zu lassen. „Das IQWiG ist, so gesehen, ein Faktor, der verhindert, dass der G-BA zum Papst des Gesundheitswesens werden kann.“<sup>99</sup>

### 3. Verbindlichkeit

Richtlinien des G-BA regeln nach Auffassung des Bundessozialgericht sowohl die Voraussetzungen, unter denen ein Vertragsarzt seine Tätigkeiten abrechnen darf, als auch den Umfang der Leistungen, die ein Versicherter verlangen kann verbindlich.<sup>100</sup> Allerdings können Ausnahmen von dieser Verbindlichkeit bestehen, wenn durch ein Systemversagen die Anerkennung einer neuen Behandlungsmethode unterblieben ist.<sup>101</sup> Beispielsweise durch schlichte Untätigkeit oder Verzögerung des Verfahrens beim G-BA.

Fraglich ist aber auch, ob diese Verbindlichkeit gegenüber Versicherten und Leistungserbringern so weit geht, dass sie sich einer gerichtlichen Überprüfung entzieht. Wenn Sozialgerichte sich mit der Auslegung des SGB V zu befassen haben, liegt es nicht fern, dass auch sie sich an die „Empfehlungen“ des G-BA halten müssen. Schließlich hat das SGB V gerade dieses fachkundige Gremium mit wissenschaftlicher Unterstützung durch das IQWiG mit der Ausformung des Leistungskatalogs betraut. Die Einschätzungen des G-BA sind daher wohl auch die wichtigsten Kriterien bei der Auslegung von den betreffenden Sozialgesetzen. Es ist aber auch nicht auszuschließen, dass andere Aspekte zur Berücksichtigung bleiben. Diese miteinander zu verknüpfen und ein letztverbindliches Urteil zu fällen sollte Aufgabe der Judikative bleiben. Die Kompetenz der Sozialgerichte wird also durch Richtlinien des G-BA noch nicht verbindlich eingeschränkt.<sup>102</sup>

### III. Einfluss auf den Standard

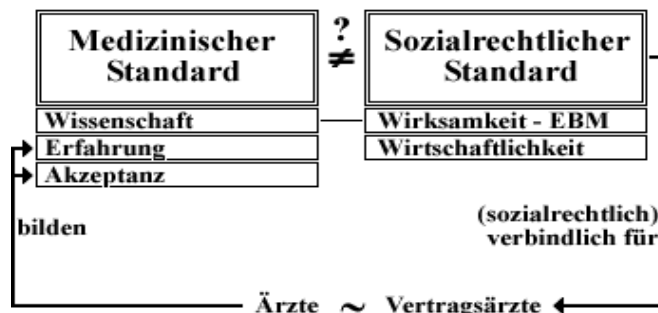
Fraglich ist, ob und inwieweit Leit- und Richtlinien den Standard bestimmen. Über die Natur von Leitlinien herrscht nicht völliger Konsens.<sup>103</sup> Als von Ärzten entwickelte praktische Entscheidungshilfe wird in ihnen größtenteils lediglich der Versuch gesehen den bestehenden Standard zu umschreiben.<sup>104</sup> Darüber hinaus werden auch Auffassungen vertreten, wonach die Leitlinien eine Präzisierung darstellen oder sogar den Standard fortentwickeln, optimieren und innovieren könnten.<sup>105</sup> Letzteres, die Einflussnahme auf den Standard, ist jedoch lediglich mittelbar möglich. Für das zweite und dritte Kriterium des Standards, das er praktischen Erfahrung und

das der Akzeptanz<sup>106</sup>, ist die verbreitete Anwendung einer Methode die notwendige Voraussetzung. Wenn infolge einer unverbindlichen Leitlinie die empfohlenen Methoden vermehrt zur Anwendung kommen, wird der Etablierung dieser Methode und somit der Anerkennung als Standard Vorschub geleistet. Nichtsdestotrotz zielt die Intention hinter der Leitlinie nicht maßgeblich auf die Fortentwicklung der Medizin, sondern überwiegend auf die Darstellung des bestehenden Standards ab.<sup>107</sup> Die Beeinflussung des Standards bleibt ein Reflex.

Richtlinien - vorwiegend die des G-BA - unterscheiden sich in diesem Punkt von den Leitlinien der Fachgesellschaften. Erklärtes politisches Ziel ist die Qualitätssicherung, das heißt Kostenoptimierung.<sup>108</sup> Nachweislich wirksame und insbesondere wirtschaftliche Methoden sollen schnellstmöglich in der Praxis zur Anwendung kommen, um ein ökonomisches arbeitendes Gesundheitssystem und somit die Beitragsstabilität zu wahren. Aufgrund der Verbindlichkeit der Richtlinien und des Umstandes, dass die jeweiligen Methoden von den Krankenkassen bezahlt werden, stellen sie ein wirksames Instrument dar, um quasi per Dekret die flächendeckende Anwendung einer (neuen) Methode herbeizuführen.<sup>109</sup> Hiermit geht sowohl eine wachsende praktische Erfahrung, als auch die Akzeptanz der Methode einher, so dass die per Richtlinie vorgegebene Methode faktisch zur Standardmethode wird.

Während bei der Leitlinie die Einflussnahme auf den Standard lediglich ein begleitender Effekt ist, ist sie bei den Richtlinien des G-BA Teil des Systems.

Bild 3: Faktischer Einfluss



### IV. Ethische Leitlinien

Neben naturwissenschaftlichen Entscheidungen gibt es in der Medizin auch Entschlüsse, die allein oder hauptsächlich aufgrund ethischer Abwägungen zu fassen sind. Die Besonderheit liegt hierbei in der mangelnden Widerlegbarkeit von ethischen Ergebnissen. Unterschiedliche Personen können zu verschiedenen, nicht als falsch zu bezeichnenden Schlüssen kommen. Auch in solchen Entscheidungssituationen können aber standardisierte Vorgehensweisen durch Leitlinien vorgegeben werden. Eine vermeintliche Verbindlichkeit soll diesen ethischen Leitlinien jedoch nur zukommen, wenn sie zugleich eine Gewissensentscheidung gegen sich selbst von vornherein einräumen.<sup>110</sup>

<sup>97</sup> Saalfrank/Wesser, NZS 2008 (Heft 1), 17.

<sup>98</sup> Saalfrank/Wesser, NZS 2008 (Heft 1), 17.

<sup>99</sup> Rixen, MedR 2008, 24 (29).

<sup>100</sup> Saalfrank/Wesser, NZS 2008 (Heft 1), 17.

<sup>101</sup> Saalfrank/Wesser, NZS 2008 (Heft 1), 17.

<sup>102</sup> Saalfrank/Wesser, NZS 2008 (Heft 1), 17.

<sup>103</sup> Hart, MedR 2000, 1 (4).

<sup>104</sup> Velten, S. 53.

<sup>105</sup> Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 5 Rn. 11.

<sup>106</sup> Hart, MedR 1998, 8, (9f.).

<sup>107</sup> Mengel, S. 72.

<sup>108</sup> Bezeichnung als „Qualitätssicherung“ anstelle von „ökonomischer Optimierung“ ist eine Verdunklung aus politisch-kosmetischen Gründen: Deutsch/Spickhoff, Rn. 592.

<sup>109</sup> Verstöße gegen das Wirtschaftlichkeitsverbot können bei Vertragsärzten zu einem Disziplinarverfahren führen: Ehlers/Brogie, Rn. 966.

<sup>110</sup> Zur Bedeutung und Verbindlichkeit von ethischen Leitlinien: Winkler, ZME 2008/2, S. 161 ff.



## D. Berücksichtigung des GKV-Systems beim haftungsrechtlichen Sorgfaltsmaßstab

Im Ausgangspunkt der Fragestellung, wie Vorgaben im Sozialrecht auf das Haftungsrecht einwirken können, ist festzuhalten, dass es sich hierbei um im Grundsatz zu trennende Ordnungen handelt. Auf der einen Seite wird im Haftungsrecht durch medizinische Sachverständige und ordentliche Gerichte ermittelt und bestimmt, welche Anforderungen an eine ärztliche Behandlung zu stellen sind, damit diese pflichtgemäß dem Standard der geschuldeten Behandlungsleistung entspricht und den Sorgfaltsstandard erfüllt. Dem steht andererseits im Sozialrecht ein Leistungsstandard gegenüber, der durch den Gemeinsamen Bundesausschuss auf der Grundlage der Sozialgesetzgebung umschrieben wird und nur ausnahmsweise sozialgerichtlichen Einflüssen unterworfen wird. Durch diese systematische Trennung der Standards kann es zu einer Entwicklung kommen, die den „sozialrechtlichen Versorgungsanspruch des Kassenpatienten [...], der unter dem Postulat der Beitragsstabilität dem Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichtet ist (§§ 12, 70, 72 SGB V)“, immer weiter hinter den Pflichten des zivilen Haftungsrechts zurückfallen lässt.<sup>111</sup>

Diese Entwicklung würde einen Arzt in enorme Bedrängnis führen. Es käme dazu, dass Behandlungen, die den Vorgaben des sozialrechtlichen Leistungsstandards entsprechen, nicht ausreichen, um die Pflichten der Sorgfalt im BGB zu erfüllen. Gleichzeitig würden Behandlungen gemäß dem Sorgfaltsstandard einen Verstoß gegen Normen des SGB V darstellen und nicht erstattet werden. Wenn der Arzt es also nicht schafft, eine private finanzielle Beteiligung des Kassenpatienten zu bewirken, würde er selbst gezwungen sein, auf eine Auslagenerstattung und sein Honorar zu verzichten. Anderenfalls müsste er darüber hinaus das Risiko von Schäden und Sanktionen eingehen.

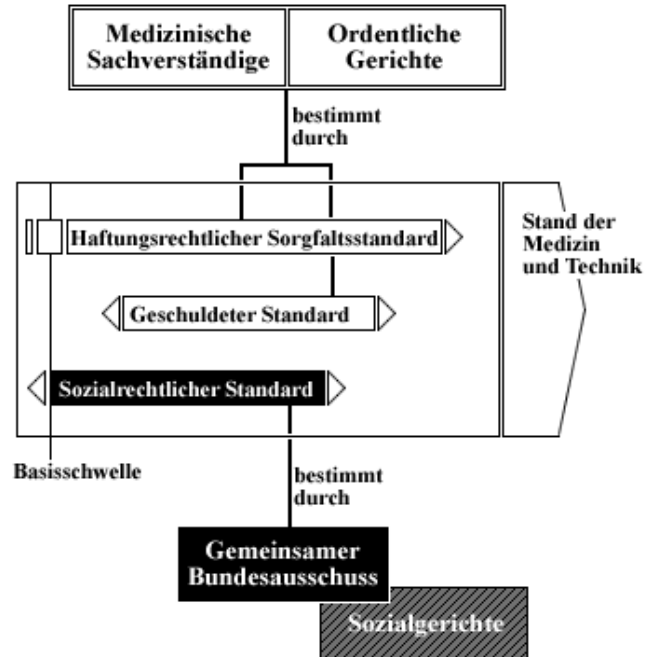
Diese missliche Entwicklung wird jedoch juristisch teilweise akzeptiert.<sup>112</sup> So appelliert dagegen die Ärzteschaft anlässlich des 111. Deutschen Ärztetages an den Gesetzgeber, die Einheit der Rechtsordnung wiederherzustellen, da die Sorgfaltsstandards des Haftungsrechts unter den Budgetbedingungen des Sozialrechts nicht eingehalten werden können.<sup>113</sup> Sicherlich könnte auf gesetzgeberischer Ebene eine Annäherung der beiden konkurrierenden Standards klarstellend bewirkt werden. Aber auch ohne eine bundesgesetzgeberische Tätigkeit kann zumindest von der Seite des Haftungsrechts schon jetzt die Rechtssicherheit für ärztliche Tätigkeiten juristisch herzustellen sein.

Das Haftungsrecht hat die Aufgabe, Qualitätsmängel in der ärztlichen Behandlung zumindest finanziell auszugleichen.<sup>114</sup> Es liegt aber nicht bei dem Arzt, den Patienten von dem Krankheitsrisiko an sich zu befreien. Nur die Schäden, die im Einflussbereich des Arztes durch seine Sorgfalt hätten vermieden werden können, fallen in den Bereich des Sanktionierbaren. Als einen mit dem allgemeinen Krankheitsrisiko vergleichbaren Faktor außerhalb des persönlichen Machtbereiches könnten auch die nationalen Gegebenheiten der Grenzen im Krankenversorgungssystem betrachtet werden. Wenn das Gesundheitssystem generelle Defizite aufweist, sind diese

auch im Haftungsrecht zu berücksichtigen.<sup>115</sup> Auch wenn diese keine technischen Grenzen, sondern solche der der Finanzierbarkeit und Wirtschaftlichkeit sind.<sup>116</sup>

Dabei liegt sogar ein wesentliches Entscheidungsmoment in der Hand der medizinischen Profession. Schließlich ist es Aufgabe eines ärztlichen Sachverständigen im Haftungsprozess, den medizinischen Standard zu ermitteln. So können die Vorgaben des Sozialrechts auch direkt als Vergleichsgröße dienen und den Sorgfaltsstandard umschreiben.<sup>117</sup>

Bild 4: Übersicht



## I. Einklagepflicht der Kostenerstattung

Ein gängiges Argument gegen die Angleichung des Sorgfaltsstandards ist der Hinweis, dass man den Arzt auf die Möglichkeit verweisen müsse, die Behandlungskosten einzuklagen. Er solle also zunächst die Behandlung nach der höchstmöglichen<sup>118</sup> Sorgfalt auch über dem sozialrechtlich Leistungskatalog ohne Rechnungsstellung an den Patienten vornehmen, um nachträglich im Klagewege eine Erstattung zu erlangen. Wenn die Behandlung wirklich erforderlich war, werde der Arzt dabei auch Erfolg haben. Diese Konstellation betrifft aber nur Fälle, in denen der G-BA den Leistungskatalog nicht, oder noch nicht an das gesetzlich Geschuldete angepasst hat. Bei ordnungsgemäßer Umsetzung wird der Klageweg an der Diskrepanz<sup>119</sup> der Standards scheitern.

## II. Überschießende Leistungspflicht ohne Kostenerstattung

Wen man nun im Regelfall zu dem Ergebnis kommt, dass den Arzt, der sich schlicht an den Leistungskatalog der GKV hält,

<sup>111</sup> Steffen/Pauge, Rn. 134.

<sup>112</sup> Vgl.: Katzenmeier, Arzthaftung, S. 292.

<sup>113</sup> „Ulmer Papier“, S. 22, Z. 16 ff..

<sup>114</sup> Steffen/Pauge, Rn. 133 am Anfang; Laufs/Uhlenbruck, § 39, Rn. 4..

<sup>115</sup> Quaas/Zuck, § 13, Rn.130; Deutsch/Spickhoff, 6. Auflage 2008, Rn. 220; Steffen, FS Geiß, S. 487 (493).

<sup>116</sup> Steffen/Pauge, Rn. 134; Unschlüssig: Deutsch/Spickhoff, Rn. 189 („[...] wirtschaftliche Vorgaben [...] bedeutsam, wenn sie auch nicht den Normalstandard herabdrücken dürfen.“).

<sup>117</sup> Vgl. BGH Urt. v. 14.12.1993 - VI ZR 67/93 (Zit. n. Juris) = BGH VersR 1994, 480, 482.

<sup>118</sup> Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, §99, Rn. 25.

<sup>119</sup> Vgl.: Ulsenheimer, Gynäkologie 2005, 78, 80.

keine weitere haftungsrechtliche Verantwortung trifft<sup>120</sup>, bleibt eine besondere Betrachtung von Ausnahmefällen. So könnte vielleicht ein Arzt neben der vorgeschriebenen Leistung nach GKV-Recht auch eine bessere Methode konkret zur Verfügung haben. Wenn also beispielsweise ein seltenes und daher nur für Spezialfälle von der GKV bezahltes Gerät ausnahmsweise nicht ausgelastet ist und bei gleichem Arbeitsaufwand und gleichen Betriebskosten eine vorteilhaftere Alternativbehandlung darstellt, kann der Arzt haftungsrechtlich gehalten sein, diese ohne gesonderte Honorierung anzuwenden. Ein Schutzinteresse des Arztes ist hier nicht erkennbar.

Anders liegt es aber, wenn tatsächlich Mehrkosten anfallen. Sicherlich wird ein Arzt im Einzelfall nicht ruiniert, wenn er auf sein Honorar verzichtet, um einen Kranken in einer Not-situation besser zu stellen. Würden aber vielfach viele Kranke diesen Anspruch stellen, käme die Ärzteschaft, die im Laufe des gesellschaftlichen Wandels auf ihre Arbeit immer mehr als Lebensunterhalt angewiesen ist<sup>121</sup>, in Bedrängnis. Inso-wweit muss sich der behandelnde Arzt auf mangelnde Kosten-erstattung bei Ablehnung einer Therapie berufen dürfen. Dass dies praktisch durch viele Ärzte nur widerwillig erfolgt, spricht für deren Menschlichkeit.<sup>122</sup> So sollen „Rationalisie-rungsmaßnahmen [...] auf einer möglichst hohen hierarchi-schen Ebene getroffen werden“, um den Arzt zumindest parti-ell davon zu entlasten, „Entscheidungen über das Überleben konkreter, identifizierbarer Menschenleben treffen zu müs-sen.“<sup>123</sup> Den so rationalisierten Standard und damit die exter-ne Regulierung der ärztlichen Tätigkeit<sup>124</sup> zu akzeptieren und zu vermitteln, obliegt dann doch den Ärzten.

### III. Ausschöpfung von Behandlungsbudgets

Davon zu unterscheiden bleiben aber Fälle der Ausschöpfung eines Arztpraxisinternen Behandlungsbudgets. Auch wenn die erforderliche Sorgfalt im Einzelfall zu ermitteln ist, so kann das Erreichen der Budget-Höchstgrenze eines einzelnen Arztes zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht eine solche wirtschaftlich erhebliche Gegebenheit sein, wie die allgemei-nen Defizite des Gesundheitssystems. Ein aufgrund allgemei-ner Aspekte zu ermittelter Mindeststandard darf also nicht noch weiter unterschritten werden. Ein Arzt hat dann bei nicht verschiebbaren Angelegenheiten seine Honoraransprü-che anzupassen oder wenn möglich an einen Kollegen zu verweisen.<sup>125</sup> Ein quantitativer Rahmen einer prinzipiell ein-geräumten, aber begrenzten Leistung soll hierdurch jedoch nicht gesprengt werden.

### IV. Gefahren des sozialrechtlichen Leistungskataloges

Unabhängig davon, ob ein der Leistungskatalog der gesetzli-chen Krankenversicherung tatsächlich unmittelbar einen Standard zu setzen vermag, wird doch die Tendenz zu beo-bachten sein, dass Vertragsärzte primär auf Methoden aus diesem Leistungskatalog zurückgreifen werden. So werden die sozialrechtlich vorgegebenen Methoden zumindest mit-

telbar zu der am meisten verbreiteten Alternative gegenüber Behandlungsalternativen die nicht von der gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehen wurden. Die gängige Stan-dardprägung durch Wissenschaft, Verbreitung, Anerkennung und Erfahrung<sup>126</sup> bleibt also erhalten. Die Problematik steckt nun darin, dass damit die Bildung des Standards verfälscht wird. Es kommt zu einer „*schleichenden ökonomischen Infiltration*“<sup>127</sup>. Wenn früher aus Überzeugung Methoden oder Medikamente zum Standard wurden, dann heute primär, weil sie bezahlt werden. Durch das System des Leistungskataloges besteht sicherlich die Chance, dass überprüfbar gute Metho-den schneller etabliert werden und den Patienten zugute kommen. Ein Hinterfragen der Qualität und ein Vergleich mit anderen Innovationen oder Bewährtem wird aber eher ge-bremst werden.

Eine staatliche Regulierung der medizinischen Wissenschaft wurde bereits im Jahre 1830 durch ein Gutachten der Juristi-schen Fakultät der Universität Leipzig kritisch betrachtet: „*Es muss dem Arzte (also noch mehr dem Kranken) die Wahl des Systems der Medicin freibleiben, schon deshalb, weil mit der Verwerfung derselben jede Fortbildung der Wissenschaft für unzulässig erklärt werden würde. [...]*“<sup>128</sup> Eine zentrale Re-gulierung der Behandlungsmethoden, wenn sie auch nur mittelbar durch Finanzierungsentscheidungen erfolgt, kann also eine Gefahr für den gesamten wissenschaftlichen Fort-schritt darstellen.

Auch wenn man die Wissenschaft an sich als unerschütterli-che Institution hypothetisiert, so werden aber unterschiedli-che Szenarien der Entwicklung der Medizin zumindest in ihrer praktischen Anwendung und Verfügbarkeit für die All-gemeinheit erkennbar werden, die im folgenden aufgezeigt werden sollen.

### 1. Förderung von Mehr-Klassen-Medizin

Wenn nun die Entwicklung hin zur Ausrichtung des Haf-tungsrechts an den Vorgaben der GKV geht, bleibt noch die Frage, ob dies für alle Patienten gleich gilt. Kann also der privat Krankenversicherte oder der Selbstzahler von seinem Arzt ein höheres Maß an Sorgfalt in Form eines besseren Standards verlangen?

Die sozialrechtlichen Vorgaben und die Vorschrift der Be-schränkung der Behandlung auf das Nötigste<sup>129</sup> gelten primär nur für Ärzte bei der Behandlung von Patienten mit gesetzli-cher Krankenversicherung. Es ist also möglich, dass ein Arzt eine bessere Behandlungsalternative zwar zur Verfügung hat, sich jedoch allein aufgrund des wirtschaftlichen Aspekts der Bezahlung durch den GKV-Kostenträger für eine nicht ganz so gute Alternative entscheiden muss. Oder wenigstens ent-scheiden darf, weil etwas darüber Hinausgehendes nicht bezahlt wird.

Im Zusammenhang mit Mutterschaftsrichtlinien wurde fest-gestellt, dass diese einen einheitlichen Standard bilden, unab-hängig davon, ob und wie eine Patientin versichert ist. Eine darüber hinausgehende Behandlung sei ohne Anlass nicht geschuldet, kann aber Behandlungsvertraglich vereinbart

<sup>120</sup> Laum, DÄBl 2001, A-3176, A-3179.

<sup>121</sup> Fleischmann, S. 50.

<sup>122</sup> Aktuell zu Lymphdrainagen in Bremen: Hetscher, Weserkurier 30.05.2008.

<sup>123</sup> Oberender, in: FS Gitter 1995, 701, 707.

<sup>124</sup> Kienle, DÄBl 2008 (Heft 25), S. B-1193, B-1195.

<sup>125</sup> Deutsch/Spickhoff, 6. Auflage 2008, Rn. 220 am Ende.

<sup>126</sup> Palandt/Sprau, § 823, Rn. 135; Hart, MedR 1998, 8 (9 f.); Carstensen DÄBl 1989, A 2431, 2432 = DÄBl 1989, B 1736, 1737; Taupitz, NJW 1986, 2851 (2858); Francke/Regenbogen, MedR 2002, 174, 175 (m.w.N.).

<sup>127</sup> Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 99, Rn. 25.

<sup>128</sup> Jütte, DÄBl 2008, S. B-921 f. (Dieser zitiert nach Richard Hachl, Samuel Hahnmann, Bd. 2, Dr. Willmar Schwabe, Leipzig, 1922, S. 234.).

<sup>129</sup> § 12 I 1 SGB V (Wirtschaftlichkeitsgebot).

werden.<sup>130</sup> Praktisch ist aber ein gleicher ärztlicher Standard für jedermann nicht durchgängig gegeben.<sup>131</sup> Zumindest im Bewusstsein der breiten Bevölkerung herrscht eine Erwartungshaltung, als GKV- Patient schlechter und als Privat-Patient besser behandelt zu werden. Insofern könnte man auch ohne eine ausdrückliche, individualvertraglich vereinbarte Besserbehandlung von einem mehrstufigen Standard ausgehen.<sup>132</sup> Also einer Zweiklassenmedizin mit abweichenden Mindeststandards.

Unter Abweichung der Rechtsprechung zu Mutterschaftsrichtlinien wären Ärzte dann gehalten, GKV- Patienten nach dem für sie geltenden Standard, der maßgeblich durch den Leistungskatalog geprägt wird, zu behandeln, falls kein durch erkennbare Neigungen gesetzter Anlass besteht, eine Besserbehandlung gegen private Zuzahlung vorzuschlagen. Hingegen wäre ein von vornherein privat zahlender Patient nach einem allgemein für Privatpatienten erwarteten Standard zu behandeln, auch wenn dieser den sozialrechtlichen Leistungskatalog übersteigt, falls nicht besondere Sparsamkeitswünsche erkennbar werden.

Hierbei müsste dann andersherum aber auch bei privat zahlenden Patienten, die Mitglied in einer privaten Krankenversicherung sind, die von der Auslegung der Versicherungsverträge und Bedingungen umfassten Leistungen eine Berücksichtigung finden. Diese liegen teilweise auch unterhalb des sozialversicherungsrechtlich Geschuldeten.<sup>133</sup>

Selbst wenn man sich gegen eine unaufgeforderte Besserbehandlungspflicht ausspricht, so würde die gleiche Entwicklung hin zur Zwei-Klassen-Medizin wohl auch durch Häufung individualvertraglicher Behandlungsvereinbarungen ergeben.

## 2. Allgemeinen Behandlungssituationsveränderung

Eine Alternative zu der Entwicklung hin zu einer gefestigten und haftungsrechtlich geduldeten Zwei-Klassen-Medizin wäre die einheitliche Entwicklung der Medizinischen Versorgung. Die zunehmend knappen Kassen der Kostenträger in der Sozialversicherung lassen aber nicht darauf hoffen, dass dieser einheitliche medizinische Standard dabei eine steigend positivere Entwicklung erfahren würde. An die Stelle einer angestrebten guten Behandlung rückt eine an der Schwelle der Notwendigkeit. Es könnte dazu kommen, dass Ärzte, die nicht durch herausragende Vergütung von privatärztlichen Leistungen animiert werden, neueste Technik zu verwenden, apparative Neuanschaffungen vermeiden. Dann ist zu hoffen, dass die forschende Industrie trotzdem weiter in neue Entwicklungen investiert.

## 3. Einflussnahme durch Fachfremde

Ganz ähnlich wie die allgemeine Verschlechterung, aber vielleicht in der Gefährlichkeit noch gravierender ist die Tendenz, dass die medizinische Versorgung immer mehr durch medizinische Laien bestimmt wird. So äußert sich beispielsweise der Leiter der Rechtsabteilung beim Gemeinsamen Bundesausschuss zu einem Beschluss des Bundesver-

fassungsgerichts<sup>134</sup>, in dem lebensbedrohlich erkrankten Patienten beim Fehlen einer verfügbaren Standardbehandlung ein Anspruch auf Leistung von zumindest positive Wirkung versprechenden Therapien zugesprochen wird:

*„Die Entscheidung tut zunächst einmal gut. [...] Inszeniert man jedoch die möglichen Konsequenzen dieser Entscheidung auf das GKV-System, wandelt sich die Einschätzung: Der Kampf ums Überleben ist dank moderner Medizin länger und härter geworden. Eine Debatte, ihn aufzugeben, weil das Geld nicht reicht, verbietet sich: Leben ist das höchste Gut - koste es, was es wolle. Die Entscheidung den Tod zu akzeptieren und nicht noch den letzten Strohalm versuchen zu ergreifen, ist eine zutiefst persönliche und damit eigenverantwortliche. Aber können wir, die Patienten, diese Frage tatsächlich eigenverantwortlich beantworten? Sind wir nicht alle süchtig nach dem Leben? Schutz des Patienten vor sich selbst in verweifelter Situation, aber vor allem seine Befähigung zu einer souveränen Entscheidung hätten deshalb vom Beschluss des Bundesverfassungsgerichts stärker thematisiert werden müssen.“<sup>135</sup>*

Solche Spekulationen sind – nach nicht ganz unselbstkritischer Einschätzung – für Juristen unangebracht. Die entscheidenden Positionen im Lager der Kostenträger des Gesundheitssystems sind jedoch verstärkt auch durch andere Professionsfremde der Medizin besetzt.<sup>136</sup> Dies führt zu dem planwidrigen Zustand, dass der medizinische Standard, der eigentlich von Medizinern durch die in der Profession geltenden Regeln bestimmt werden sollte, maßgeblich durch fachfremde Gremien in der Form eines Top-Down-Modells definiert wird.<sup>137</sup> Deshalb wird der Einfluss des GKV- Systems auf den Sorgfaltsstandard und somit auf die gesamte Medizin nur zu genießen sein, wenn man sich stets auf die Medizin als Ausgangspunkt besinnt.

## 4. Trennung von Falschbehandlung und Pflichtverletzung

Eine Alternative zu der Anpassung des Sorgfaltsstandards wäre auf juristischer Ebene noch die Trennung von der bisher sehr eng gesehenen Bindung von Sorgfaltspflichtverletzungen an eine falsche Behandlung. Der „medizinische Standard“ als Bindeglied zwischen den Professionen würde als solches in seiner bisherigen Form aufgelöst werden. Dann könnte der Standard als das höchstmögliche<sup>138</sup> Geschuldete aufrechterhalten werden, ohne den wirtschaftlichen Einflüssen der GKV ausgesetzt zu werden. Dabei würde die haftungsrechtliche Berücksichtigung ebendieser Einflüsse lediglich quasi entschuldigend wirken. Dies setzt zwar nahezu eine Schizophrenie in der Person des Arztes voraus. Ein Arzt wäre aufgrund sozialrechtlicher Vorgaben unter Umständen gezwungen, etwas Falsches zu tun, auch wenn er dafür nicht belangt werden würde. Er wäre angehalten, zunächst die beste Behandlung zu finden, bevor er hiervon aufgrund von Wirtschaftlichkeitserwägungen Abstriche macht. Dies hätte aber den Vorteil, dass eine klare Trennung zwischen der einerseits anzustrebenden Höchstleistung in der medizinischen Profession und auf der anderen Seite den politischen,

<sup>130</sup> KG, Urt. v. 02.10.2003 – 20 U 402/01, in: NJW 2004, 691 f..

<sup>131</sup> Deutsch/Spickhoff, 6. Auflage 2008, Rn. 220.

<sup>132</sup> Vgl. auch: Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 44, Rn. 3.

<sup>133</sup> Zur Entwicklung der Notwendigkeit von Behandlungen in der PKV: Spickhoff, NJW 2008 (Heft 23), 1636, 1637.

<sup>134</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, zit. n. Juris = NJW 2006, 891.

<sup>135</sup> Roters, NZS 2007, 176 (179).

<sup>136</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 215; Hart, Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht, S. 34 f..

<sup>137</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 215.

<sup>138</sup> Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, §99 Rn. 25.

juristischen und sozialen Verteilungsinteressen gewahrt bleiben würde. Also genau die Trennung, für die der „medizinische Standard“ entwickelt wurde.<sup>139</sup>

## 5. Anpassung des Sozialstandards

Letztlich wäre natürlich in der Theorie auch eine umgekehrte Anpassung des Standards der Sozialversicherung an die wünschenswerten Sorgfaltspflichten. Also ein Heraufsetzen, statt Einschränkungen der Erwartungen. Schon im allgemeinen Teil des SGB V ist festgeschrieben, dass Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen haben.<sup>140</sup> Die bereits oben angesprochene Problematik der zirkelschlüssigen Anerkennung hier unbeachtet, wäre dies für jeden Kranken, sowie für die Entwicklung der medizinischen Versorgung sicherlich angenehm. Eine Besserstellung der Gesellschaft kann durch Verbesserung der Gesundheitsleistungen für den Einzelnen jedoch nur gelingen, wenn die Einzelleistungen die Gesamtressourcen nicht erschöpfen, sondern auch sozial tragbar bleiben. Ob dies wiederum mit der finanziellen Leistungsbereitschaft des Einzelnen zu vereinbaren wäre, ist zu bezweifeln und somit auch eine Gefahr. Im Übrigen soll nach § 71 I 1 SGB V eine Beitragserhöhung grundsätzlich ausgeschlossen werden.

## E. Schlusswort

Die Antwort auf die Frage, ob die Bestimmung des „medizinischen Standards“ derjenigen nach dem „richtigen“ Standard entspricht, wird durch die Definition der jeweiligen Begriffe vorweg genommen. Die im Allgemeinen, aber auch im juristischen Sprachgebrauch äußerst vielseitige und teilweise widersprüchliche Verwendung des „medizinischen Standards“ oder einfach des „Standards“ macht eine allgemeingültige Definition aber erschwert.

Es geht es um die Frage, wie eine ordentliche ärztliche Behandlung auszusehen hat. Diese geht mit einer Reihe ideologischer Grundsatzentscheidungen einher. So ist es angesichts der wirtschaftlichen und demographischen Entwicklung schwerlich möglich, das bestehende Niveau des Gesundheitssystems zu halten. Letztlich muss man entscheiden, ob man sich diese wirtschaftlichen Grenzen eingestehen will, oder nicht.

## Literaturverzeichnis

- AWMF: „Willkommen auf der WWW-Leitseite der AWMF“, <http://awmf.org> (25.06.2008), (Zit.: AWMF, Willkommen)
- AWMF: „Wissenschaftlich begründete Leitlinien für Diagnostik und Therapie“, <http://leitlinien.net> (20.06.08), (Zit.: AWMF, Leitlinien)
- Bundesministerium für Gesundheit: Das Glossar zur Gesundheitsreform, <http://www.die-gesundheitsreform.de/glossar/> (27.06.2008) (Zit.: BMG, „Begriff“)
- Carstensen, Gert: „Vom Heilversuch zum medizinischen Standard“, in: DÄBl 1989, S. A 2431
- Damm, Reinhard: „Medizintechnik und Arzthaftungsrecht - Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht bei medizintechnischen Behandlungsalternativen“, in: NJW 1989, 737
- Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas: Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 5. Auflage, Berlin 2003
- Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas: Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Auflage, Berlin/Heidelberg 2008
- Deutsch, Erwin: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.02.1987 – VI ZR 68/86 (NJW 1987, 1479 f.), in: NJW 1987, S. 1480 f.

- Deutsch, Erwin: Arztrecht und Arzneimittelrecht, 2. Auflage, Berlin 1991
- Deutsch, Erwin: Medizin und Forschung vor Gericht, Heidelberg/Karlsruhe 1978
- Ehlers, Alexander P.F. (Hrsg.) / Broglie, Maximilian G. (Hrsg.): Arzthaftungsrecht, Bearbeitet von Hans-Helmut Günter, Rudolf Günter, Rainer Heidermann, Giso von Hirschfeld, Vincent Stampehl, Karin Gräfin von Strachwitz-Helmstatt, Simone Gräfin von Hardenberg, 4. Auflage, München 2008
- Fleischmann, Eugen: Die freien Berufe im Rechtsstaat, Berlin 1970
- Francke, Robert / Hart, Dieter: „Bewertungskriterien und -methoden nach dem SGB V“, in: MedR 2008, S. 2 ff.
- Francke, Robert / Regenbogen, Daniela: „Die ärztliche Betreuung der schwangeren Frau nach den Vorgaben der Mutterschafts-Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen“, in: MedR 2002, S. 174 ff.
- Gerst, Thomas: „Ärztliche Behandlungsfehler - Wandel im Verhältnis von Arzt und Patient“, in: DÄBl 1999, S. A-3237 / B-2737 / C-2545
- Groß, Werner: „Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Haftungs- und Schadensrecht“, in: VersR 1996, S. 657 ff.
- Hart, Dieter (Hrsg.): Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht - Recht und Empirie professioneller Normbildung, 1. Auflage, Baden-Baden 2005, (Zit.: Hart, Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht)
- Hart, Dieter: „Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen – Gleichzeitig ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff“, in: MedR 1998, 8 ff.
- Hart, Dieter: „Evidenz-basierte Medizin und Gesundheitsrecht - Überlegungen zu rechtlichen Konsequenzen der Verwissenschaftlichung der Medizin“, in: MedR 2000, S. 1 ff.
- Hetscher, Iris: „Heftiger Streit um die Kosten für Lymphdrainagen – Reicht das Budget, oder reicht es nicht? Der Bremer Gynäkologenverband liegt mit den Krankenkassen im Clinch“, in: Weserkurier vom 30.05.2008, S. 30.
- Jütte, Robert: „Ärztliche Versorgung: Nutzen für den Patienten im Vordergrund“, in: Deutsches Ärzteblatt 2008; 105(20): S. A-1065 = S. B-921 ff.
- Katzenmeier, Christian: „Aufklärung über neue medizinische Behandlungsmethoden – „Robodoc““, in: NJW 2006, 2738 (Urteilsanmerkung zu BGH NJW 2006, 2477)
- Katzenmeier, Christian: Arzthaftung, Tübingen 2002, (Zit.: Katzenmeier, Arzthaftung)
- Kienle, Gunver Sophia: „Evidenzbasierte Medizin und ärztliche Therapiefreiheit – Vom Durchschnitt zum Individuum“, in: DÄBl 2008 (Heft 25), S. B-1193 ff.
- König-Ouvrier, Ingelore: „Grober Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht - Neuere Gerichtsentscheidungen zur Arzthaftung“, in: Hessisches Ärzteblatt 2003, S. 197 ff.
- Laufs, Adolf / Uhlenbruck, Wilhelm: Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002
- Laufs, Adolf: Arztrecht, 5. Auflage 1993
- Laum, Heinz-Dieter: „Spannungen zwischen Arzthaftung und Leistungsgrenzen“, in: DÄBl 2001, S. A-3176 ff.
- Mengel, Constanze: Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien, 1. Auflage, Baden-Baden 2004
- Oberender, Peter O.: „Rationieren auch in der Medizin?“, in: Festschrift für Wolfgang Gitter - zum 65. Geburtstag am 30. Mai 1995 (hrsg. von Meinhard Heinze), Wiesbaden 1995, S. 701 ff.
- Palandt: Palandt - Bürgerliches Gesetzbuch (Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 7), bearbeitet von: Peter Bassenge, Gerd Bruder Müller, Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, Christian Grüneberg, Andreas Heldrich, Helmut Heinrichs, Hartwig Sprau, Hans Putzo, Walter Weidenkaff, 65. Auflage, München 2006 (Zit.: Palandt/Bearbeiter)
- Quaas, Michael / Zuck, Rüdiger: Medizinrecht, München 2005 (NJW-Schriften 72)
- Rixen, Stephan: „Verhältnis von IQWiG und G-BA: Vertrauen oder Kontrolle? – Insbesondere zur Bindungswirkung der Empfehlungen des IQWiG“, in: MedR 2008, S. 24 ff.
- Roters, Dominik: „Die Bewertung medizinischer Methoden nach der Verfahrensordnung des G-BA“, in: NZS 2007, S. 176 ff.
- Saalfrank, Valentin / Wesser, Sabine: „Die Pflicht der Gesetzlichen Krankenversicherung zur Leistung neuer Behandlungsmethoden – Zugleich eine Anmerkung zum LIT-Teil des Bundessozialgerichts vom 7. 11. 2006 - B 1 KR 24/05 R“, in: NZS 2008 (Heft 1), S. 17 ff.
- Spickhoff, Andreas: „Die Entwicklung des Arztrechts 2007/2008“, in: NJW 2008 (Heft 23), S. 1636 ff.
- Steffen, Erich / Dressler, Dieter: Arzthaftungsrecht, 9. Auflage, Köln 2002
- Steffen, Erich / Pauge, Burkhard: Arzthaftungsrecht – Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 10., neu bearbeitete Auflage, Köln 2006 (RWS-Skript 137)
- Steffen, Erich: „Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruchsbegrenzungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten“, in: Festschrift für Karlmann Geiß - zum 65. Geburtstag (hrsg. von Hans Erich Brandner), Köln 2000, S. 487 ff.
- Taupitz, Jochen: „Rechtliche Bindungen des Arztes: Erscheinungsweisen, Funktionen, Sanktionen“, in: NJW 1986, 2851 ff.
- Ulmer Papier: Gesundheitspolitische Leitsätze der Ärzteschaft – Vorlage für den 111. Deutschen Ärztetag in Ulm (<http://www.aerzteblatt.de/v4/plus/down.asp?typ=PDF&id=2275>) (18.06.2008)
- Ulsenheimer, K.: „Grenzen der Finanzierbarkeit ärztlicher Leistungen“, in: Der Gynäkologe 2005, S. 78 ff.
- Velten, Wolfram: Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozeß – Ein Beitrag zu Umfang und Grenzen der Darlegungslast von Arzthaftungsklägern bezüglich der Standards medizinischer Heilbehandlung, 1. Auflage, Baden-Baden 2001 (Zugl. Diss. Univ. Bremen 2000)
- Wikipedia: „Alternativmedizin“, in: Wikipedia Enzyklopedie, Bearbeitungsstand: 11.11.06, <http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Alternativmedizin&oldid=23674818> (27.11.2006)
- Winkler, Eva C.: „Zur Ethik von ethischen Leitlinien: Sind sie die richtige Antwort auf moralisch schwierige Entscheidungssituationen im Krankenhaus und warum sollten Ärzte sie befolgen?“, in: Zeitschrift für medizinische Ethik 2008 (Heft 2), S.161 ff.

<sup>139</sup> Groß, VersR 1996, 657 (663).

<sup>140</sup> § 2 I 3 SGB V.