

Medizinmanagement und Gesundheitsökonomie

Walter A. Wohlgemuth  
Michael H. Freitag (Hrsg.)

# **Priorisierung in der Medizin**

**Interdisziplinäre  
Forschungsansätze**



Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft

Die Behauptung des BVerfG, dass die öffentliche Gewalt aus Art. 2 Abs. 2 GG und dadurch, dass sie überhaupt ein Versorgungssystem mit Pflichtmitgliedschaft geschaffen hat, zu einer medizinischen Vollversorgung dergestalt verpflichtet ist, dass selbst fragwürdige Behandlungsmethoden mit ungewisser Wirkung zu gewährleisten sind, ist - auch für den Fall der lebensbedrohlichen Krankheit - in der Sache nicht begründbar und in ihren Konsequenzen verheerend. Nähme man die Postulate des Verfassungsgerichts ernst, wäre der Gesetzgeber gut beraten, die Gesetzliche Krankenversicherung möglichst schnell abzuwickeln, um sich der Konsequenz einer kaum mehr eingrenzbaeren Leistungsverpflichtung zu entziehen. Das dürfte auch das Bundessozialgericht so sehen, das entgegen der Rechtsprechung der unteren Instanzen und wohl auch entgegen der Entscheidung des BVerfG alles tut, um den Anwendungsbereich des Nikolaus-Beschlusses so klein wie möglich zu halten.<sup>15</sup> Die Möglichkeit einer rationalen und zukunftsfähigen Gestaltung der öffentlichen Gesundheitsversorgung wird daher nicht unwesentlich davon abhängen, ob es gelingt, einen Halt auf der schiefen Ebene zu finden, auf die diese Entscheidung die verfassungsrechtliche Diskussion gesetzt hat.

### III. FOLGEN DES „NIKOLAUS-BESCHLUSSES“ FÜR DAS ARZTHAFTUNGSRECHT? (KATZENMEIER/SCHMITZ-LUHN)

Über die intensiv geführte Diskussion<sup>16</sup> zur Tragweite des „Nikolaus-Beschlusses“ für die gesundheitsökonomische Praxis und insbesondere das Leistungs- und Leistungserbringungsrecht der Gesetzlichen Krankenversicherung hinaus sind auch Fernwirkungen der Entscheidung für die bürgerlich-rechtliche Beurteilung der Erbringung ärztlicher Leistungen nicht ausgeschlossen, soweit der Beschluss für den Umfang der geschuldeten Behandlungsleistung und darüber für die zu erwartende Qualität ärztlicher Tätigkeit Niederschlag findet.

#### 1. UNMITTELBARE FOLGEN DER ENTSCHEIDUNG IM BEREICH DES ZIVILRECHTS

##### a) Ausgangspunkt: Standard

Der Arzt hat bei seiner Tätigkeit „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ gem. § 276 Abs. 2 BGB zu beachten. Dies gilt sowohl für die Leistung, die der Arzt vertragsrechtlich schuldet,<sup>17</sup> wie auch für seine Haftung im Rahmen der §§ 823 ff. BGB für von ihm zu vertretende Schäden aufgrund mangelnder Leistungsqualität.<sup>18</sup> Dabei stellt sich die erforderliche Sorgfalt als das Maß dessen dar, was in der ärztlichen Behandlung an Erwägungen und Maßstäben konkret vom Arzt

<sup>15</sup> Siehe zur Entwicklung der Rechtsprechung in der Sozialgerichtsbarkeit: [www.rub.de/ifs](http://www.rub.de/ifs) - Stichwort: Forschung/Projekte H → Nikolaus-Beschluss.

<sup>16</sup> Vgl. nur *Francke/Hart*, MedR 2006, 131; *Huster*, JZ 2006, 466; *Wesem*, G+G Beil. 2006 Wiss., Nr. 4, 15; *Dettling*, GasR 2006, 97; *Hauck*, NJW 2007, 1320; *Padé*, NSZ 2007, 352.

<sup>17</sup> Zwischen Arzt und Patient besteht ein zivilrechtlicher Behandlungsvertrag, in dessen Rahmen somit auch § 276 Abs. 2 BGB zu beachten ist, vgl. u.a. *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Hdb. d. Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 99 Rdnr. 3. Die Beachtung der zivilrechtlich geforderten Sorgfalt steht Privat- wie Kassenpatienten gleichermaßen zu, vgl. § 76 Abs. 4 SGB V.

<sup>18</sup> *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Hdb. d. Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 99 Rdnr. 3; *Dressler*, FS-Geiß, 2000, 380 f.; vgl. zur „Zusage des-Standards“ als Inhaltsmaßstab der behandlungsvertraglichen Verpflichtung: *Uhlenbruck/Laufs*, a.a.O., § 39 Rdnr. 9.

zu erwarten ist.<sup>19</sup> Der Arzt muss demnach diejenigen Maßnahmen ergreifen, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht vorausgesetzt und erwartet werden.<sup>20</sup> Dabei knüpft das Zivilrecht an Qualitätsmaßstäbe bei Diagnose und Therapie an und so an das am Behandlungsauftrag zu messende Urteil der Medizin über das, was Standard für die Behandlung ist.<sup>21</sup> Dieses Maß an Behandlungsqualität richtet sich nach den Maßstäben der Medizin selbst. Das Zivilrecht muss zur Beurteilung der zivilrechtlichen Sorgfalt auf den medizinischen Fachstandard rekurrieren. Dabei wird der Stand der medizinwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung zugrunde gelegt, der zur Erreichung des Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.<sup>22</sup> Die Kombination von naturwissenschaftlicher Erkenntnis, ärztlicher Erfahrung und professioneller Akzeptanz bildet den jeweiligen medizinischen Fachstandard.<sup>23</sup> Bleibt die Qualität der ärztlichen Tätigkeit dahinter zurück, ist das Unterschreiten der erforderlichen Qualität zumindest finanziell auszugleichen.<sup>24</sup> Aufgrund der Anknüpfung des zivilrechtlichen am medizinischen Standard laufen diese Standards gleich.<sup>25</sup>

Auf Seiten des Sozialrechts wird in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V auf den medizinischen Standard Bezug genommen. Nach dieser Vorschrift müssen Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen. Der Begriff eines „sozialrechtlichen“ oder „sozialversicherungsrechtlichen Standards“ scheint indes nicht abschließend geklärt.<sup>26</sup> Hier wird oft getrennt nach dem „sozialrechtlichen Standard“ und dem „Standard der Versorgung“: Der sozialrechtliche Standard knüpft über § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V an den medizinischen Standard an. Dies betreffe aber nur die Beurteilung der Standardgemäßheit einer Leistung als Ausdruck der von § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V geforderten grundsätzlichen Qualitätsanforderung. Hiervon zu unterscheiden sei der Standard der Versorgung, in den auch das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 SGB V einfließe.<sup>27</sup>

<sup>19</sup> Vgl. *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, 4. Aufl. 2001, Rdnr. B 2.

<sup>20</sup> BGHZ 144, 296 (305); *BGH*, *VersR* 1999, 716.

<sup>21</sup> *Steffen/Paue*, *Arzthaftungsrecht*, 10. Aufl. 2006, Rdnr. 133.

<sup>22</sup> *Carstensen*, *DÄBl.* 1989, B-1736, 1737; vgl. auch *Buchhorn*, *MedR* 1993, 328 ff.; *Steffen*, *MedR* 1995, 190.

<sup>23</sup> *Hart*, *MedR* 1998, 8 (9 f.); *Kern*, *MedR* 2004, 300 (301).

<sup>24</sup> Vgl. *Steffen/Paue*, *Arzthaftungsrecht*, 10. Aufl. 2006, Rdnr. 128 ff., 133.

<sup>25</sup> Etwa *BGH*, *NJW* 1987, 1479 (1480) m. Anm. *Deutsch*; *NJW* 1995, 776; r+s 2001, 321 (322 f.).

<sup>26</sup> Vgl. auch *Ihle*, *Ärztliche Leitlinien, Standards und Sozialrecht*, 2007, S. 35 ff. (48) und 65.

<sup>27</sup> *Francke*, in: *Hart*, *Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht*, 2005, S. 185 f.; *Kern*, *GesR* 2002, 5 (9). Nach *Francke* soll auch nicht ausgeschlossen sein, dass der Standard der Versorgung im Falle der Unwirtschaftlichkeit einer dem medizinischen Standard entsprechenden Maßnahme hinter dem sozialrechtlichen Standard zurückbleibt, wanngleich dem letzteren zumindest in systematischer Hinsicht Vorrang zukommen soll, vgl. *Francke*, in: *Hart*, *Klinische Leitlinien und Recht*, 2005, 126 f.; *Ihle*, *Ärztliche Leitlinien, Standards und Sozialrecht*, 2007, S. 65. Demgegenüber versteht *Kullmann*, *VersR* 1997, 529 (532) das Erfordernis des § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V als Mindestanforderung an die Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung; der Vorschrift kommt demnach die Aufgabe zu, die Erbringung des medizinischen Standards leistungsrechtlich zu sichern. Diese Mindestanforderung werde aber nicht durch das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 SGB V beeinträchtigt: Erst bei der konkreten Ausformung der ärztlichen Tätigkeit sei innerhalb des Rahmens des medizinischen Standards das Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten, also z.B. bei der Wahl zwischen verschiedenen, dem Standard entsprechenden Behandlungsmethoden ein Nutzen-Kosten-Vergleich vorzunehmen, vgl. auch *Heinze*, *MedR* 1996, 252 (255); *Bossmann*, *MedR* 1996, 456. *Hart*, *MedR* 2002, 321, stellt heraus, dass die unterschiedlichen Zwecke von Zivil- und Sozialrecht unterschiedliche Standardbegriffe für die Beurteilung von Behandlungen/Leistungen bedingen; immerhin hätten diese aber einen gemeinsamen Ausgangs- und Anknüpfungspunkt im Stand der medizinischen Erkenntnisse. Damit scheint auch er der Ansicht zu sein, dass der Standard der Versorgung vom medizinischen und zivilrechtlichen Standard abweichen kann - diesbezüglich sieht er Harmonisierungsbedarf. Keine Trennung zwischen Standard des § 2 Abs. 1 S. 3 und den Vorschriften der §§ 135 ff. SGB V und damit einen umfassenden Gleichlauf des „ärztlichen Standards“ in Sozial- und Zivilrecht legt *Kern*, *GesR* 2002, 5 (9) zugrunde.

Versteht man entsprechend die Bindung des sozialrechtlichen Leistungsrechts an den Stand der medizinischen Erkenntnisse in Form einer vom Wirtschaftlichkeitsgebot getrennten, grundsätzlichen Qualitätsanforderung als „sozialrechtlichen Standard“ gem. § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V, der erst über das Wirtschaftlichkeitsgebot durch Konkretisierung zu einem rechtlich-wirtschaftlichen „Versorgungsstandard“ einfließt, rezipiert auch dieser „einfache“ sozialrechtliche Standard unmittelbar den medizinischen. So also der sozialrechtliche Standard nicht vom Versorgungsstandard unterschritten wird,<sup>28</sup> ist bislang von einem Gleichlauf der Standards in der Medizin, im Zivil- und im Sozialrecht auszugehen.<sup>29</sup>

## b) Auswirkungen des „Nikolaus-Beschlusses“ auf das Gefüge

### aa) Einwirkungsweise

Die Entscheidung des BVerfG schreibt eine verfassungskonforme Auslegung des § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V dahingehend vor, dass der gesetzlich Krankenversicherte ausnahmsweise auch mit Methoden zu behandeln ist, die weder dem „allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse“ entsprechen noch ohne Weiteres unter den Begriff des medizinischen Fortschritts zu fassen sind und somit über den in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V statuierten sozialrechtlichen Standard hinausgehen. Es klingt sogar die Herleitung eines verfassungsrechtlich garantierten „Existenzminimums“ der Gesundheitsversorgung an, indem „die Vorsorge in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung unter den genannten Voraussetzungen“ zum „Kernbereich der (...) von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geforderten Mindestversorgung“ gezählt wird.<sup>30</sup> Ein solches „Existenzminimum“ würde in den vom BVerfG aufgestellten Ausnahmefällen – unabhängig vom sozialrechtlichen Standard des § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V und über diesen hinaus – eine Versorgung mit alternativen Behandlungsmethoden schon grundrechtlich erfordern.

Für das Zivilrecht entfaltet dies zunächst keine direkte Bedeutung, da Grundrechte Rechtssubjekte im zivilrechtlichen Verkehr nicht unmittelbar binden, Art. 20 Abs. 3 GG. Sie finden ihren bürgerlich-rechtlichen Einfluss lediglich bei der verfassungskonformen Auslegung und Wertung zivilrechtlicher Normen durch die öffentliche Gewalt, namentlich die Gerichte. So die Versorgung in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung unter den vom BVerfG aufgestellten Voraussetzungen Teil eines verfassungsrechtlich garantierten Existenzminimums ist, könnte der Schutz einer solchen Verfassungsgarantie innerhalb des Zivilrechtsverkehrs im Rahmen der Anwendung der zivilrechtlichen Vorschrift des § 276 Abs. 2 BGB Bedeutung erlangen. Dies ist dahingehend vorstellbar, dass das zivilrechtlich geforderte Maß der erforderlichen Sorgfalt nunmehr in den vom BVerfG genannten Fällen über den bisher gleichlaufenden medizinischen Standard hinaus auch die Anwendung alternativer Behandlungsmethoden, insb. Außenseitermethoden, umfasst. Der zivilrechtliche Standard koppelte sich in dieser Hinsicht vom medizinischen Standard ab. Der Arzt müsste mehr erbringen als alles das, was nach den Maßstäben seiner Profession von ihm gefordert wird.

<sup>28</sup> Vgl. hierzu etwa *Francke*, in: *Hart*, *Klinische Leitlinien und Recht*, 2005, 126 f.

<sup>29</sup> *Steffen*, in: *FS-Geiß*, 2000, S. 493; *Kreße*, *MedR* 2007, 393 (397); *Kullmann*, *VersR* 1997, 529; *Francke*, in: *Hart*, *Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht*, 2005, S. 182 ff. (185); *Kern*, *GesR* 2002, 5 (9).

<sup>30</sup> BVerfGE 115, 25 ff. (Abs.-Nr. 66) mit Verweis auf: *Wiedemann*, in: *Umbach/Clemens*, *Grundgesetz*, Bd. I, 2002, Art. 2 Rdnr. 376; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz*, Bd. I, Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 94; *Schmidt-Abmann*, *NJW* 2004, 1689 (1691), bei denen jeweils ein verfassungsrechtliches Existenzminimum thematisiert wird.

### bb) Abkopplung des zivilrechtlichen vom medizinischen Standard?

Die Entscheidung des BVerfG legt nicht den Eindruck nahe, dass eine Ausweitung der Standards ärztlicher Leistungen herbeigeführt werden soll, sondern dass vielmehr über den in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V als Grundsatz statuierten sozialrechtlichen Standard hinaus in bestimmten Fällen eine Leistungspflicht der GKV besteht. Doch selbst im Falle einer verfassungsrechtlich veranlassten mittelbaren Erweiterung auch der zivilrechtlichen Sorgfaltspflichten nach den soeben dargestellten Grundsätzen ist eine Fernwirkung auf das Zivilrecht fraglich.

Die zivilrechtlich erforderliche Sorgfalt entspricht der berechtigten Erwartung eines bestimmten Verhaltens in der konkreten Situation. Dabei ist nicht ausschließlich nach der bloßen Verkehrsüblichkeit zu urteilen,<sup>31</sup> sondern unter Betrachtung der konkreten Situation abstrakt-rollenspezifisch.<sup>32</sup> Es wird also auf den Maßstab besonderer Verkehrskreise und Gruppen von im Verkehr auftretender Personen abgestellt, so dass sich u.a. die bestehenden Fachstandards, etwa in Form des o.g. für den Bereich der ärztlichen Tätigkeit relevanten medizinischen Standards, herausgebildet haben.<sup>33</sup>

Dem behandelnden Arzt obliegt damit die Erfüllung des Behandlungsvertrages gemäß den dem Vertrag zugrundeliegenden, insb. dem Gruppenstandard des jeweils besonderen Verkehrskreises entsprechenden berechtigten Erwartungen,<sup>34</sup> vorliegend also dem für ihn geltenden Facharztstandard. Ein durchschnittlicher Patient, der sich an einen Schulmediziner wendet, wird keine Erwartung dahingehend haben, dass der ausgewählte Arzt mit Mitteln der Alternativmedizin vorgeht, sondern er rechnet mit der Anwendung schulmedizinischer Methoden.<sup>35</sup> Dass ein grundrechtlich gewährleistetestes medizinisches Existenzminimum auf die berechtigten Erwartungen in der rechtlichen Beziehung zwischen Arzt und Patient Einfluss nehmen kann, dürfte schwer vorstellbar sein. Ein Existenzminimum wäre auch ohnedies gewahrt: So der Patient sich über das „Territorium der Schulmedizin“ hinausbewegen will, ist es an ihm, entsprechende Hilfe bei Spezialisten alternativmedizinischer Methoden zu suchen.

Der schulmedizinisch-ärztlichen Leistungserbringung sind außerdem tatsächliche Grenzen gesetzt. Der betreffende Arzt wird angesichts seines schulmedizinischen Hintergrundes gar nicht in der Lage sein, sämtliche jenseits der Schulmedizin liegende Außenseitermethoden zur Behandlung lediglich symptomatisch therapierbarer Erkrankungen, die eine bloß „nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf“ versprechen, zu erwägen und hierzu zu kennen und zu beobachten. Dies ist aber mindestens erforderlich, um ihm die Erbringung solcher Therapien unter Haftungssanktionen

<sup>31</sup> *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rdnr. 377 ff.; MünchKommBGB/*Grundmann*, 4. Aufl. 2003, Rdnr. 60 zu § 276.

<sup>32</sup> *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 2006, S. 59.

<sup>33</sup> Zur erforderlichen Sorgfalt verschiedener Verkehrskreise, insb. Berufsgruppen, vgl. *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, S. 129 ff. (132 f.).

<sup>34</sup> Vgl. *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, S. 306 ff. (310).

<sup>35</sup> So der Patient aus Sicht der Schulmedizin „austherapiert“ ist, mag er sich auch außerhalb des Gebietes anerkannter Methoden „an jeden Grashalm klammern“. Auch das dürfte jedoch nichts an der vernünftigen Erwartung eines Patienten ändern, bei einem Schulmediziner mit schulmedizinischen Methoden behandelt zu werden.

aufzubürden.<sup>36</sup> Sobald freilich eine Therapieform aus Sicht der Schulmedizin zumindest ernsthaft wissenschaftlich diskutiert wird, ist der Standardbezug ausreichend, um vom Arzt haftungsrechtlich die Erwägung dieser alternativen Therapie zu erwarten – auch nach der bisherigen Rechtslage hat die Rechtsprechung dies bereits gefordert.<sup>37</sup>

Auch eine ärztliche Aufklärung des Patienten über die Verfügbarkeit von Außenseitermethoden verspricht wenig Nutzen: Angesichts der klassisch-schulmedizinischen Ausbildung eines Arztes einerseits sowie andererseits der Tatsache, dass Außenseitermethoden von Schulmedizin und Standard abweichen, ist schon zweifelhaft, dass der Arzt die Methoden mit größerer fachlicher Befähigung suchen und beurteilen kann als der Patient selbst. Die bisherige zivilgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass der Patient vom Arzt bei der Auswahl der Behandlungsmethode über die Existenz von (zumindest noch) nicht medizinisch etablierten, also nicht dem medizinischen Standard entsprechenden neuartigen Verfahren, Außenseiter- und Neulandmethoden grundsätzlich nicht aufzuklären ist.<sup>38</sup> Etwas anderes gilt (erst) dann, wenn eine neue Therapie mit einigen Heilungserfolgen ernsthaft wissenschaftlich diskutiert wird<sup>39</sup> oder sich durchgesetzt hat<sup>40</sup> oder der Patient wegen der Eigenart seiner Erkrankung von auf die neuartige Methode spezialisierten Fachärzten oder Kliniken besser behandelt werden kann.<sup>41</sup>

Für die Bestimmung des außerrechtlich-wissenschaftlich gebildeten medizinischen Standards ist auch die Finanzierbarkeit einer Leistung der wissenschaftlichen Erkenntnis untergeordnet. Die Herstellung finanzieller Verfügbarkeit einer Außenseitermethode für Kassenpatienten unter den vom BVerfG aufgestellten Voraussetzungen vermag an der medizinisch-wissenschaftlichen Beurteilung der Behandlungsmethode nichts zu ändern. Der Leistungserbringer darf haftungsrechtlich nicht verpflichtet werden, eine in seiner eigenen Fachwelt nicht anerkannte Methode von sich aus zur Anwendung zu bringen – und dem Patienten damit womöglich mehr zu schaden als zu nutzen.

Auch der sozialrechtliche Standard wird durch den „Nikolaus-Beschluss“ nicht verändert: Das BVerfG stellt ausdrücklich klar, dass sich seine neue Rechtsprechung auf Fälle beschränkt, in denen eine dem medizinischen Standard entsprechende Behandlungsmethode nicht zur Verfügung steht. Damit wird auch der soeben dargestellte sozialrechtliche Standard nicht berührt; es wird vielmehr die Leistungspflicht der Gesetzlichen Krankenversicherung für bestimmte Fälle erweitert. Am Grundsatz, dass sich Qualität und Wirksamkeit der medizinischen Leistungen

<sup>36</sup> So muss der Arzt zumindest fähig sein, die Leistung zu erbringen, vgl. schon *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, S. 127 f. Darüber hinaus dürften Ärzte oder andere Leistungserbringer, die sich auf die Erbringung alternativer Behandlungsmethoden spezialisiert haben, auch einer anderen für die Beurteilung der Sorgfalt zu betrachtenden Gruppe angehören als Schulmediziner.

<sup>37</sup> Vgl. etwa *OLG Nürnberg*, VersR 2003, 1444.

<sup>38</sup> Vgl. *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Hdb. d. Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 64 Rdnr. 7; *Steffen*, FS-*Geiß*, 2000, S. 487 ff. (497); *Steffen/Pauge*, Arthaftungsrecht, 10. Aufl. 2006, Rdnr. 386 ff. (388a); *Geiß*, Arzthaftpflichtrecht, 2. Aufl. 1993, S. 183.

<sup>39</sup> *OLG Nürnberg*, VersR 2003, 1444.

<sup>40</sup> *BGH*, NJW 1988, 763. Dies gilt auch, wenn sich die Behandlungsmethode bereits als medizinischer Standard durchgesetzt hat, für die aber noch keine entsprechende arzneimittelrechtliche Zulassung besteht, vgl. *OLG Köln*, NJW-RR 1991, 800 (Aciclovir).

<sup>41</sup> *BGH*, NJW 1984, 1810; auch VersR 1988, 179.

im Rahmen von § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V am anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnis zu messen haben, ändert dies nichts. Das Sozialrecht rezipiert auch weiterhin den medizinischen Standard als Basis für die Bestimmung der Leistungspflicht der Gesetzlichen Krankenversicherung; der eingangs dargestellte Gleichlauf der Standards der Medizin, des Zivilrechts und des Sozialrechts wird von der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nicht berührt.

## 2. DER VERTRAGSARZT ZWISCHEN SOZIAL- UND ZIVILRECHT

Die Vorgabe der verfassungskonformen Auslegung der sozialrechtlichen Vorschriften durch das BVerfG bindet gem. Art. 20 Abs. 3 GG die öffentliche Gewalt. Das BVerfG stellt andererseits in seinem Beschluss heraus, die gesetzgeberische Entscheidung, den Vertragsärzten im Rahmen der kassenärztlichen Verträge zwischen Krankenkasse und Vertragsarzt die nähere Konkretisierung der durch unbestimmte Gesetzesbegriffe festgelegten Leistungsverpflichtung im Einzelfall zuzuweisen, sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>42</sup>

Die Rolle des Vertragsarztes ist also eine doppelte: Einerseits ist er sozialrechtlich im Rahmen seines kassenärztlichen Vertrages zur Ausformung des gesetzlichen Leistungsrechts berufen, im Rahmen derer er auch grundrechtlichen Vorgaben zu folgen hat. Andererseits ist er zivilrechtlich dem Patienten gegenüber zur sorgfaltsgemäßen Erbringung seiner Leistung aus dem Behandlungsvertrag und aus Deliktsrecht verpflichtet.

Diese Einbindung des Arztes in das sozialrechtliche Sachleistungserbringungssystem der GKV vermag zwar aus den soeben erörterten Gründen keinen Einfluss auf die hiervon unabhängig zu betrachtende, rein zivilrechtlich beurteilte Qualität der behandlungsvertraglichen Leistung zu nehmen. Denn die rechtlichen Verpflichtungen des Vertragsarztes sind nach den Vorgaben der jeweiligen Gerichtsbarkeit zu betrachten. Die vertragsärztliche „Doppelrolle“ lässt jedoch gerade deshalb rechtliche Konflikte befürchten, die den Arzt einerseits sozialrechtlich zu Wirtschaftlichkeit anhalten und Prüfung der Zweckmäßigkeit, Notwendigkeit und Angemessenheit der medizinischen Maßnahme berufen sowie unter den vom BVerfG genannten Umständen auch zur Anwendung von Außenseitermethoden berechtigen, andererseits aber zivilrechtlich zur ärztlichen Tätigkeit unter Beachtung der schulmedizinischen Standards, also innerhalb des durch Standard und Beschränkung vorgegebenen Handlungskorridors, verpflichten.<sup>43</sup> Hier muss sich das Recht um einen Gleichlauf bemühen.

## 3. ZIVILRECHTLICHES FAZIT UND AUSBLICK

Der „Nikolaus-Beschluss“ des BVerfG erfordert kein Umdenken in der zivilrechtlichen Rezeption des medizinischen Standards als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB. Denn auch vor dem Hintergrund einer verfassungsrechtlichen Garantie auf ein medizinisches Existenzminimum lässt sich der zivilrechtliche Sorgfaltsmaßstab nicht sinnvoll auf alternative Behandlungsmethoden ausdehnen. Die Vorgabe der verfassungskonformen Auslegung sozialrechtlicher Regeln wirkt daher ausschließlich auf das sozialrechtliche Leistungs-

<sup>42</sup> BVerfGE 115, 25, 37 (Abs.-Nr. 58).

<sup>43</sup> Näher Katzenmeier, in: FS-G Müller, 2009, i. Ersch. Bei übermäßiger sozialrechtlicher Leistungsbeschränkung droht auch die Aushöhlung der ärztlichen Therapiefreiheit, vgl. ders., NVersZ 2002, 537 (538).

recht und stellt so die faktisch-finanzielle Verfügbarkeit von Außenseitermethoden in den engen Grenzen der im Beschluss aufgestellten Vorgaben her. Auch dies berührt nicht den zivilrechtlichen Prüfungsmaßstab der geschuldeten Qualität ärztlicher Tätigkeit, da die rein finanzielle Verfügbarkeit der Außenseitermethode keinen Einfluss auf die wissenschaftliche Beurteilung dieser Therapieform haben kann.

Die Zukunft wird zeigen, welche praktische Bedeutung der „Nikolaus-Beschluss“ des BVerfG für das Leistungsrecht der Gesetzlichen Krankenversicherung entfalten wird.<sup>44</sup> Denkbar ist, dass die entwickelten Grundsätze auch auf andere Situationen übertragen werden, die nicht dem aufgestellten Voraussetzungenkatalog des BVerfG entsprechen. So ist z.B. die Übertragung der Grundsätze von lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankungen auf „extrem seltene“ Erkrankungen denkbar.<sup>45</sup> Seitens des Zivilrechts ist der Arzt nach den entwickelten Grundsätzen auch in solchen Situationen aber allenfalls dann zur Leistung oder zum Hinweis auf die Existenz neuer Behandlungsmethoden über den medizinischen Standard hinaus verpflichtet, wenn diese zumindest bereits ernsthaft in der Schulmedizin diskutiert werden.

## IV. STRAFRECHTLICHE AUSWIRKUNGEN DES „NIKOLAUS-BESCHLUSSES“ (DANNECKER/STRENG)

### 1. PROBLEMAUFRISS

Zentrale Aussage des „Nikolaus-Beschlusses“ des BVerfG ist, dass die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) gesetzlich Krankenversicherten, für deren lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht, jede von diesen Patienten gewählte, ärztlich angewandte Behandlungsmethode zu finanzieren hat, sofern eine nicht ganz fern liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbar positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht. Diese Kernaussage ist in der verfassungs- und sozialrechtlichen Literatur<sup>46</sup> viel diskutiert, während die strafrechtlichen Konsequenzen bislang nicht erörtert worden sind.

Es stellt sich für das Strafrecht nun die Frage, ob die seit Erlass des „Nikolaus-Beschlusses“ für die Finanzierung geltenden Maßstäbe auf den medizinstrafrechtlichen Sorgfaltsmaßstab übertragbar sind. Zwar bezieht sich der „Nikolaus-Beschluss“ nur auf die Finanzierungsfrage und nicht auf den medizinstrafrechtlichen Haftungsmaßstab. Auch ist das Medizinstrafrecht im Grundsatz gegenüber dem Sozialversicherungsrecht autonom, da beide Rechtsgebiete unterschiedliche Gesetzeszwecke verfolgen und verschiedene Interessen schützen. Unter

<sup>44</sup> Die Entscheidung, so sie auch in Zukunft ausschließlich auf die dem Beschluss zugrundeliegende Situation Anwendung findet, stellt einen engen Kriterienkatalog auf: Die vorgegebene verfassungskonforme Auslegung des SGB V ist danach nur für den Fall des kumulativen Vorliegens der genannten Voraussetzungen vorgesehen. Dies dürfte in der Praxis eher selten der Fall sein, während es durchaus vorstellbar ist, dass gerade in Fällen lebensbedrohlicher Erkrankungen die Kosten der (dann durch die GKV zu finanzierenden) Außenseiterbehandlungen sehr hoch sein können.

<sup>45</sup> Padé, NZS 2007, 352 (355).

<sup>46</sup> Dettling, GesR 2006, 97 ff.; Huster, JZ 2006, 467 f.; Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, im Druck, S. 380 ff.; ders., NVwZ 2006, 771 ff.; Schmidt-De Caluwe, SGB 2006, 619 ff.

## LITERATUR

- Axer, P. (2000): Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bossmann, A. (1996): Rationierung medizinischer Leistungen. In: MedR, S. 456-458.
- Brüggemeier, G. (2006): Haftungsrecht. Berlin und Heidelberg: Springer.
- Buchborn, E. (1993): Der Ärztliche Standard. In: MedR, S. 328-333.
- Butzer, H./Kaltenborn, M. (2001): Die demokratische Legitimation des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen. In: MedR, S. 333-342.
- Carstensen, G. (1989): Vom Heilversuch. In: DÄBL, B-1736.
- Dettling, H. U. (2006): Grundrechte, neue Behandlungsmethoden und Grenzen der Rationierung in der GKV. In: GesR, S. 97-106.
- Deutsch, E. (1995): Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt (2. Auflage). Köln, Berlin, Bonn und München: Heymanns.
- Deutsch, E. (1996): Allgemeines Haftungsrecht (2. Auflage). Köln, Berlin, Bonn und München: Heymanns.
- Di Fabio, U. (2008). In: Maunz, T./Dürig, G. (Hg.): Grundgesetz (51. Auflage). München: Beck.
- Felix, D. (1998): Einheit der Rechtsordnung. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Francke, R. (2005): Leitlinien und Gesundheitsrecht - Krankenversorgung nach dem SGB V. In: Hart, D. (Hg.): Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht. Baden-Baden: Nomos, S. 171-266.
- Francke, R. (2005a): Leitlinien und Sozialrecht. In: Hart, D. (Hg.): Klinische Leitlinien und Recht. Baden-Baden: Nomos, S. 123-146.
- Francke, R./Hart, D. (2006): Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung für Heilversuche. In: MedR, S. 131-138.
- Geiß, K./Greiner, H.-P. (2001): Arzthaftpflichtrecht (4. Auflage). München: Beck.
- Grundmann, S. (2007). In: Rebmann, K./Rixecker, R./Säcker, F. J. (Hg.): Münchener Kommentar zum BGB. München: Beck.
- Hänlein, A. (2001): Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht. Berlin: Springer.
- Hart, D. (1998): Ärztliche Leitlinien - Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen. In: MedR, S. 8-16.
- Hart, D. (2002): Spannungen zwischen dem Haftungs-, Arzneimittel- und Sozialrecht. In: MedR, S. 321-326.
- Hase, F. (2005): Verfassungsrechtliche Bewertung der Normsetzung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss. In: MedR, S. 391-397.
- Hauck, E. (2007): Gestaltung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung durch das Grundgesetz? - Auswirkungen des Beschlusses des BVerfG vom 6.12.2005. In: NJW, S. 1320-1325.
- Heinig, H. M. (2006): Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit im Erscheinen.
- Heinig, H. M. (2006): Hüter der Wohltaten? In: NVwZ, S. 771-774.
- Heinze, M. (1996): Die rechtlichen Rahmenbedingungen der ärztlichen Heilbehandlung. In: MedR, S. 252-257.
- Huster, S. (2004): Zur Bedeutung des Sozialhilferechts für die Bestimmung einer medizinischen Mindestsicherung. In: Mazou, N./Werner, M./Wiesing, U. (Hg.): Krankheitsbegriff und Mittelverteilung. Baden-Baden: Nomos, S. 157-170.
- Huster, S. (2005): Grundversorgung und soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen. In: Rauprich, O./Marckmann, G./Vollmann, J. (Hg.): Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin. Paderborn: Mentis, S. 187-211.
- Huster, S. (2006): Grundversorgung und soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen. In: Schöne-Seifert, B./Buyx, A./Ach, J. (Hg.): Gerecht behandelt? Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen. Paderborn: Mentis, S. 121-145.
- Huster, S. (2006a): Verfassungsunmittelbarer Leistungsanspruch gegen die gesetzliche Krankenversicherung? In: JZ, S. 466-468.
- Ihle, J. (2007): Ärztliche Leitlinien, Standards und Sozialrecht. Baden-Baden: Nomos.
- Isensee, J. (2005): Verwaltung des Mangels im Gesundheitswesen - verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingenzierung. In: Söllner, A. et al.: Gedächtnisschrift für M. Heinze. München: Beck, S. 417-436.
- Katzenmeier, C. (2002): Alternative Therapierichtungen im Recht der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung. In: NVersZ 2002, S. 537-544.
- Katzenmeier, C. (2009): Kostendruck und Standard medizinischer Versorgung - Wirtschaftlichkeitspostulat versus Sorgfaltsgebot? In: Festschrift für G. Müller, Köln: Heymanns.
- Kern, B.-R. (2002): Haftungsrechtliche Aspekte bei Abweichung von medizinischen Qualitätsstandards und qualitätssichernden Vorgaben in der gesetzlichen Krankenversicherung. In: GesR, S. 5-9.
- Kern, B.-R. (2004): Das Spannungsverhältnis von Haftungsrecht und Kassenarztrecht. In: MedR, S. 300-303.
- Kopetsch, T. (2001): Zur Rationierung medizinischer Leistungen im Rahmen der Gesetzlichen Krankenversicherung. Baden-Baden: Nomos.
- Kopetsch, T. (2005): Grundsätzliche Überlegungen zur Gestaltung des deutschen Gesundheitssystems. In: SF, S. 62-69.
- Kreiß, B. (2007): Ärztliche Behandlungsfehler durch wirtschaftlich motiviertes Unterlassen. In: MedR, S. 393-400.
- Kullmann, H. J. (1997): Übereinstimmungen und Unterschiede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Begriff des medizinischen Standards. In: VersR, S. 529-532.
- Neumann, V. (1998): Der Anspruch auf Krankenbehandlung - ein Rahmenrecht. In: SGB, 609-614.
- Neumann, V. (1998a): Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot. In: NZS 1998, S. 401-411.
- Neumann, V. (2007): Prioritätensetzung und Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung. In: NZS, S. 617-623.
- Padé, C. (2007): Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung bei Lebensgefahr und tödlich verlaufenden Krankheiten - Umsetzung des „Nikolaus“-Beschlusses des BVerfG durch die Rechtsprechung des BSG. In: NZS, S. 352-358.
- Rixen, S. (2005): Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Rolfs, C. (2004): Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden. In: Wulffen, M. v./Krasney, O. E. (Hg.): Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht. Köln, Berlin, Bonn, S. 475-496.
- Schimmelpfeng-Schütte, R. (1999): Richtlinienggebung durch den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen und demokratische Legitimation. In: NZS, S. 530-537.
- Schmidt-Aßmann, E. (2001): Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen. Berlin, New York: de Gruyter.
- Schmidt-Aßmann, E. (2004): Verfassungsfragen der Gesundheitsreform. In: NJW, S. 1689-1695.
- Schmidt-De Caluwe, R. (2006): Gesetzliche Krankenversicherung - Leistungsanspruch bei schwerwiegenden, schulmedizinisch nicht therapierbaren Erkrankungen. In: SGB, S. 619-625.
- Schnapp, F. E. (2004): Untergesetzliche Rechtsquellen im Vertragsarztrecht - am Beispiel der Richtlinien. In: Wulffen, M. v./Krasney, O. E. (Hg.): Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht. Köln, Berlin, Bonn und München: Heymanns, S. 497-515.
- Schultheiss, C. (2004): Im Räderwerk impliziter Rationierung - Auswirkungen der Kostendämpfung im deutschen Gesundheitswesen (Teil I: Rationierung in verschiedenen Leistungsbereichen). In: Psychoneuro, S. 568-574.
- Siebert, A. (1983): Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit. Berlin und Heidelberg: Springer.
- Steffen, E. (1995): Einfluß vermindelter Ressourcen und von Finanzierungsgrenzen aus dem Gesundheitsstrukturgesetz auf die Arzthaftung. In: MedR, S. 190-191.
- Steffen, E. (2000): Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruchsbegrenzungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten. In: Brandner, H. E./Hagen, H./Stürner, R. (Hg.): Festschrift für K. Geiß. Köln, Berlin, Bonn und München: Heymanns, S. 487-502.
- Steffen, E./Pauge, B. (2006): Arzthaftungsrecht (10. Auflage). Köln: RWS.
- Uhlenbruck, W./Laufs, A. (2002). In: Laufs, A./Uhlenbruck, W. (Hg.): Handbuch des Arztrechts (3. Auflage). München: Beck.
- Ulsenheimer, K. (2002). In: Laufs, A./Uhlenbruck, W. (Hg.): Handbuch des Arztrechts (3. Auflage). München: Beck.
- Ulsenheimer, K. (2008): Arztstrafrecht in der Praxis (4. Auflage). Heidelberg: C.F. Müller.
- Wiedemann, R. (2002). In: Umbach, D. C./Clemens, T. (Hg.): Grundgesetz. Heidelberg: C.F. Müller.