versitätsinstitute für Pathologie nichts mehr zu tun, sondern ist bereits *Ergebnis* eines schon 1996 erfolgreich abgeschlossenen, ebenso großartigen wie groß angelegten, interdisziplinären Züricher Forschungsprogramms zur Diagnostik, Therapie und Prognostik des Prostatakarzinoms gewesen. Die *methodische Evaluation* am Untersuchungsgut mehrerer, miteinander kooperierender Pathologischer Institute der Schweiz liegt dabei noch deutlich *vor* der definitiven Veröffentlichung als internationaler Empfehlung, also inzwischen *zeitlich lange zurück*. Die eigentliche Evaluations- und Forschungsarbeit wurde mithin inzwischen schon vor nahezu einem Jahrzehnt in Zürich geleistet. Eine erneute Evaluation zur Vorbereitung eines Antrags auf „Anerkennung des diagnostischen Nutzens" durch den Bundesausschuss käme heute einem provinziellen Schildbürgerstreich gleich und ist keiner modernen Forschungseinrichtung des Bundes und der Länder mehr zumutbar! Die nota bene seit mehr als 30 Jahren *fehlende Fortschreibung des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs* durch die Bewertungsausschüsse *nach dem Stand des wissenschaftlichen Fortschritts*, hier exemplifiziert am wissenschaftlichen Fortschritt in der pathohistologischen Diagnostik des Prostatakarzinoms, blockiert gleichwohl noch immer die *Refinanzierung von diagnostischen Dienstleistungspflichten* der Leistungserbringer in der Krankenversorgung durch *Kostenerstattung aus der GKV*.

Die Blockade der Refinanzierung von diagnostischen Dienstleistungsverpflichtungen durch *Unterlassung von Empfehlungen* nach § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V und die *unterlassene Fortschreibung des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs durch den Bewertungsausschuss* der Ärzte und Krankenkassen erzwingen für den diagnostischen Dienstleistungsauftrag in der universitären Krankenversorgung bundesweit seit Jahren die personelle *und* sächliche Finanzierung von Krankenversorgungsaufgaben aus dem Budget der Fakultäten für Forschung und Lehre. Die Bundesausschüsse und die Bewertungsausschüsse der Ärzte und Krankenkassen haben als „kleiner Gesetzgeber" durch eine „rudimentäre" Aufgabendefinition des Gesetzgebers selbst, durch eine unzulängliche personell-organisatorische Legitimation und Kompetenz der Ausschüsse für ihre Entscheidungsfindung, durch die gesetzliche Verlagerung der Entscheidungskompetenz in ein Vor- und Antragsverfahren vor Entscheidungsträgern mit geringer demokratischer Legitimation, aber dominierenden ökonomischen Eigeninteressen, vor allem aber durch *Unterlassung von Entscheidungen* ein Instrument in die Hand bekommen, die Umsetzung des medizinischen Fortschritts in der GKV zugunsten ihrer heterogenen ökonomischen Eigeninteressen auszubremsen und den Trägern von Forschung und Lehre zur Quersubventionierung aus dem Budget der Medizinischen Fakultäten anzudienen.

Philip Schelling

DOI: 10.1007/s00350-004-1229-z

Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen

I. Einleitung

Rationierungen und Budgetierungen werden als notwendige Reaktion des Gesetzgebers darauf verstanden, dass immer kostenintensivere medizinische Leistungen nicht unbegrenzt von der Versichertengemeinschaft bezahlt werden können. Einsparungen im Gesundheitswesen werden für den Patienten insofern konkret spürbar, als bestimmte Verfahren wegen Unwirtschaftlichkeit oder mangels Notwendigkeit[1] entweder ganz oder zumindest teilweise aus dem Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung zunehmend herausfallen[2], so dass die Kosten für gewisse Kuren oder bestimmte Behandlungen oftmals nicht oder nur abzüglich eines Eigenanteils seitens des Patienten übernommen werden[3]. Und selbst in der privaten Krankenversicherung mehren sich die Fälle, in denen die Kostenerstattung mangels „medizinischer Notwendigkeit"[4] abgelehnt oder zumindest gekürzt wird[5].

Dass mit den Leistungskürzungen auf Seiten der Versicherer zunehmend wirtschaftliche Beratungspflichten des Arztes ins Blickfeld geraten, zeigen in jüngerer Zeit ergangene Urteile[6], die sich mit der Frage befassen, ob die ärztliche Seite den Patienten darauf hinweisen muss, dass sich die konkret ins Auge gefasste medizinische Maßnahme außerhalb des Leistungsumfangs der Krankenversicherung bewegt und deshalb von ihm mit eigenen Mitteln finanziert werden muss *(wirtschaftliche Aufklärungspflicht im engeren Sinne)*.

Von der Rechtsprechung bislang noch nicht entschieden ist die Frage, ob der Patient erfahren muss, dass es zur beabsichtigten Behandlung bessere Alternativen gibt, die aber vom Leistungsumfang seiner gesetzlichen Krankenversiche-

Rechtsanwalt *Dr. iur. Philip Schelling*,
Ulsenheimer-Friederich Rechtsanwälte,
Maximiliansplatz 12, D-80333 München

1) Die Systemgrenzen der gesetzlichen Krankenversicherung ergeben sich aus § 12 I SGB V: Danach müssen die Leistungen ausreichend und wirtschaftlich sein und dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiben, wobei freilich stets der Facharztstandard gewährleistet sein muss, § 70 I SGB V; vgl. auch *Ulsenheimer*, in: FS f. Kohlmann, 2003, S. 319 ff.
2) Vgl. *Francke/Hart*, Gutachten zur Charta der Patientenrechte, 1999, S. 186; ebenso *Hart*, MedR 1999, 47, 49.
3) Als Beispiele seien hier die stationär-operative Korrektur einer Narbe oder das „Immuno-Augmentative-Verfahren" als alternative Krebstherapie angeführt, vgl. LG Bremen, NJW 1991, 2353; OLG Hamm, NJW 1995, S. 790, 791; vgl. auch BGH, VersR 2000, 999 – stationäre Aufnahme eines an einer chronischen, nicht therapierbaren Psychose leidenden Patienten.
4) Vgl. § 1 II der Musterbedingungen des Verbandes der privaten Krankenversicherung e.V. (MB/KK), der den Versicherungsfall als die *medizinisch notwendige* Krankenbehandlung einer versicherten Person wegen Krankheit oder Unfallfolgen definiert; vgl. auch § 178b I VVG.
5) Z.B. bei einer stationär durchgeführten Arthrosetherapie (vgl. BGH, NJW 1983, 2630), einer wissenschaftlich noch nicht anerkannten Ozonbehandlung (vgl. OLG Frankfurt a.M., VersR 1988, 733; und LG Düsseldorf, MedR 1986, 208) oder der „Oxydationstherapie" eines Heilpraktikers (vgl. AG Göppingen, NJW-RR 1996, 346); gem. § 4 VI MB/KK leistet die Versicherung im vertraglichen Umfang für Untersuchungs- und Arzneimittel, die von der Schulmedizin überwiegend anerkannt sind.
6) Vgl. BGH, VersR 2000, 999, 1002; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 906; zuletzt AG Pforzheim, MedR 2003, 234 f. (s. unten, Fn. 9). Bemerkenswert ist, dass Patienten in der Schweiz bereits

rung nicht erfasst sind, und wie sich der Patient gegebenenfalls solcher Leistungen versichern kann[7] *(wirtschaftliche Aufklärungspflicht im weiteren Sinne)*.

Wenn auch beiden Varianten der Bezug zur Kostenseite gemeinsam ist, so unterscheiden sie sich doch bereits in der Ausgangslage wesentlich[8]: Während *erstere* die Kosten der konkret beabsichtigten Behandlung betrifft, die auf den Patienten zukommen können, geht es bei *zweiterer* um die Behandlungsalternative, die sich dem Patienten tatsächlich (noch) verschließt oder deren Realisation in finanzieller Hinsicht problematisch erscheint.

II. Wirtschaftliche Aufklärungspflicht im engeren Sinne

Dass wirtschaftliche Aspekte zunehmend in den ärztlichen Behandlungsvertrag hineinspielen, zeigt das jüngst ergangene Urteil des AG Pforzheim[9], dem folgender Sachverhalt zu Grunde lag:

Eine Patientin begab sich wegen ihrer unklaren rheumatischen Beschwerden in ein Rheumazentrum, wo ihr zur Ursachenforschung eine stationäre Therapie angeraten wurde. Die gesetzlich krankenversicherte Patientin, die zum Zweck der Unterbringung in einem 2-Bett-Zimmer eine private Zusatzversicherung unterhielt, unterschrieb eine Wahlleistungsvereinbarung, in der sie erklärte, selbst für die anfallenden Behandlungskosten einzustehen, falls die private Krankenversicherung die Kostenerstattung verweigern sollte.

Die private Krankenversicherung lehnte nach Behandlungsende die Erstattung der Kosten für die Unterbringung in dem 2-Bett-Zimmer mit dem Argument ab, dass eine stationäre Behandlung medizinisch nicht notwendig war.

Die Betreiberin des Rheumazentrums klagte gegen die Patientin auf Zahlung der Unterbringungskosten.

Das AG Pforzheim wies die Klage mit der Begründung ab, dass dem Zahlungsanspruch ein Schadensersatzanspruch der Patientin wegen Verletzung des Behandlungsvertrages entgegenstehe. Denn das Krankenhaus sei nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die Patientin darauf hinzuweisen, dass die Krankenversicherung die Kosten eine stationären Behandlung möglicherweise mangels Notwendigkeit nicht erstatten wird. Die von der Patientin unterzeichnete Kostenübernahmeregelung hielt das Gericht für eine überraschende und damit unzulässige Klausel i.S. des § 305c I BGB (§ 3 AGBG a.F.).

Auch andere, bereits vor der Entscheidung des AG Pforzheim ergangene Urteile lassen erkennen, dass wirtschaftliche Aufklärungspflichten an Bedeutung gewinnen. So bejahte der BGH schon in einem Urteil vom 1. 2. 1983 die Pflicht des Arztes, den Patienten auf mögliche Probleme bei der Kostenübernahme durch den privaten Krankenversicherer hinzuweisen, wenn eine einfache Arthrose stationär statt ambulant behandelt wird[10]. An diese Entscheidung anschließend stellte der BGH in einem anderen Urteil fest, dass ein Patient über die anstehende Umstufung vom stationären Behandlungs- zum Pflegefall und die damit verbundene private Kostentragungslast informiert werden muss[11].

Begründet wird eine entsprechende Aufklärungspflicht damit, dass der Arzt in Fragen der Behandlungskosten meist Fachmann ist, da ihm aufgrund des täglichen Umgangs mit der Abrechnung regelmäßig klar ist, welche Leistungen die Krankenversicherungen unproblematisch übernehmen und wo sich Abrechnungsschwierigkeiten ergeben können[12].

Während dies nach Auffassung des BGH[13] und des LG Düsseldorf[14] auch bei privat versicherten Patienten galt, ordnet der BGH in einer jüngeren Entscheidung[15] die Frage der Kostenerstattung durch eine private Krankenversicherung dem Verantwortungsbereich des Patienten zu[16].

Dieser Tendenz in der Rechtsprechung folgend soll auch hier die Frage nach dem Bestehen einer wirtschaftlichen Aufklärungspflicht zunächst getrennt für gesetzlich und privat versicherte Patienten diskutiert werden:

1. *Aufklärungspflicht gegenüber gesetzlich versicherten Patienten*

(1) Informationsvorsprung des Arztes

Behandelt der Arzt einen Kassenpatienten, ist er regelmäßig darüber im Bilde, welche Heilbehandlungskosten ihm von der Kassenärztlichen Vereinigung unproblematisch erstattet werden und welche nicht, da er die Abrechnungen mit der Krankenkasse selbst täglich vornimmt[17].

Der Patient als medizinischer Laie hingegen kann die Frage der medizinischen Notwendigkeit und damit die Übernahmefähigkeit der Behandlungskosten i.d.R. nicht beurteilen[18]. Er wirkt bei der Abrechnung der vertragsärztlichen Leistungen nicht mit, da er zwar einen Anspruch auf Sach- oder Dienstleistung, aber grundsätzlich nicht auf Kostenerstattung hat[19].

Wegen des bestehenden Leistungsgeflechts zwischen Vertragsarzt, Kassenärztlicher Vereinigung, Krankenkasse und Kassenpatient[20] stellt die Kostenübernahme zugunsten des Kassenpatienten noch immer die Regel dar[21], so dass der gesetzlich versicherte Patient – von der Praxisgebühr und Zuzahlungen bei Heilmitteln und stationärer Versorgung[22] einmal abgesehen – nicht zur Zahlung einer Vergütung an den Arzt verpflichtet ist. Die Ausnahmen, bei denen der Patient die Behandlungskosten voll oder teilweise selbst zahlen muss (z.B. bei „IGeL-Leistungen"), sind meist nur der ärztlichen Seite bekannt. Beim Patienten kann hier kaum als bekannt vorausgesetzt werden, wann und in welcher Höhe er Selbstkostenanteile tragen muss

---

seit den achtziger Jahren über wirtschaftliche Aspekte der Behandlung aufgeklärt werden müssen, vgl. *Kuhn*, MedR 1999, 248, 250 m.H.a. die Schweizer Rechtsprechung.

7) Vgl. *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, 9. Aufl. 2002, Rdnr. 328b.

8) Vgl. *Bergmann*, Arzthaftung, 1999, S. 133, 141; auch *Steffen/Dressler* (Fn. 7), Rdnr. 328b, differenzieren hier deutlich.

9) AG Pforzheim, MedR 2003, 234 f.

10) Vgl. BGH, NJW 1983, 2630 f.

11) Vgl. BGH, VersR 2000, 999, 1002; nach BGH, NJW 1988, 759, 760 f., verstößt der Krankenhausaufnahmevertrag ohne die entsprechende Aufklärung auch gegen die guten Sitten und ist daher sogar nichtig (§ 138 I BGB).

12) Vgl. BGH, NJW 1983, 2630, 2631; NJW 1988, 759, 760 f.; LG Saarbrücken, NJW 1984, 2632; LG Düsseldorf, MedR 1986, 208.

13) BGH, NJW 1983, 2630.

14) LG Düsseldorf, MedR 1986, 208.

15) Vgl. BGH, NJW 1996, 781; ebenso OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 906; schon LG Saarbrücken, NJW 1984, 2632, 2633.

16) In dieselbe Richtung geht auch eine Entscheidung des OLG Köln (NJW 1987, 2304), wonach bei einem Patienten das Bewusstsein vorausgesetzt wird, dass die Beihilfefähigkeit zahnprothetischer Leistungen begrenzt und ein Eigenanteil zu leisten ist.

17) Vgl. § 30 IV S. 6 SGB V; *Michalski*, VersR 1997, 137, 144; *Baden*, NJW 1988, 746, 747 f.; *Bergmann* (Fn. 8), S. 150; so ist der Zahnarzt z.B. im Stande, bei aufwändigem Zahnersatz den Umfang des Eigenanteils genau zu bestimmen, da § 30 SGB V u.a. den Versorgungsanspruch des Patienten und die Höhe des Eigenanteils bei zahnprothetischen Leistungen festlegt; vgl. auch *Schinnenburg*, MedR 2000, 185, 187.

18) Vgl. *Schmid*, NJW 1981, 2504.

19) Vgl. § 2 II 1 SGB V. Nur ausnahmsweise wird von der Krankenkasse Kostenerstattung geschuldet, wenn der Patient von seinem (seit 1. 1. 2004 ausgeweiteten) Recht auf Wahl des Kostenerstattungsverfahrens Gebrauch macht, vgl. § 13 I SGB V.

20) S. hierzu auch *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 40, Rdnr. 31.

21) Vgl. *Schinnenburg*, MedR 2000, 185, 187; *Michalski*, VersR 1997, 137, 144; *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, 1998, S. 327 f.

22) Vgl. § 61 SGB V.

und damit ausnahmsweise zum Honorarschuldner des Arztes wird[23].

(2) Schutzbedürftigkeit

Durch seine Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenkasse fühlt sich der Patient davor geschützt, für die Kosten einer medizinischen Betreuung selbst aufkommen zu müssen. Ihm fehlt es daher regelmäßig bereits am Bewusstsein einer etwaig bestehenden eigenen Kostentragungspflicht[24]. Deshalb wird der Patient im Regelfall nur solche ärztlichen Maßnahmen wünschen, die ihm von seiner Krankenversicherung erstattet werden. Unterbleibt hier ein entsprechender Hinweis, ist der Arzt also zumindest mitverantwortlich für die enttäuschte Erwartung des Patienten, die Krankenversicherung werde für die Behandlungskosten aufkommen. Dies gilt nach der Rechtsprechung übrigens auch und gerade dann, wenn die Behandlungsseite vom Patienten vor Behandlungsbeginn eine vorformulierte Erklärung unterzeichnen lässt, in der der Patient pauschal zusagt, die Behandlungskosten selbst zu tragen, sofern sie nicht von dritter Seite übernommen werden sollten[25]. Denn allein das Bewusstsein des Patienten, dass er für nicht übernommene Kosten generell selbst aufkommen muss, ändert nichts am Informationsbedürfnis hinsichtlich der für ihn eigentlich relevanten Frage, ob die *konkret* geplante Behandlung vom Leistungsumfang der Krankenversicherung erfasst ist oder nicht, im Gegenteil. Gerade wegen eines solch allgemeinen Hinweises auf das Bestehen einer Eigenfinanzierungspflicht erwartet der Patient hier von ärztlicher Seite eine Information darüber, wann genau dieser Fall eintritt.

Die Grenze der Schutzbedürftigkeit dürfte freilich dann erreicht sein, wenn der Patient die Durchführung einer Behandlungsmaßnahme wünscht, die offensichtlich und auch für den Patienten erkennbar nicht notwendig ist, etwa bei „Schönheitsoperationen", medizinisch-kosmetischen Therapien oder Eignungsuntersuchungen.

2. Aufklärungspflicht gegenüber privat versicherten Patienten

Fraglich ist, ob die zuvor gemachten Ausführungen unmittelbar auf die privatärztliche Versorgung übertragen werden können.

(1) Kein Informationsvorsprung des Arztes

Zu beachten ist, dass der Arzt im Falle der Privatbehandlung seine Leistungen nicht gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung oder der Krankenkasse abrechnet, sondern seine Ansprüche dem Patienten als seinem Vertragspartner und Kostenschuldner direkt in Rechnung stellt. Die Frage einer Erstattung der Kosten durch die Krankenversicherung berührt ausschließlich das Vertragsverhältnis zwischen Patient und Versicherung, nicht hingegen die Beziehung zwischen Arzt und Patient. Die ärztliche Seite fordert vom Privatpatienten als „Selbstzahler" also stets die ganze Vergütung, unabhängig davon, ob diese von einer Krankenversicherung in vollem Umfang, teilweise oder überhaupt nicht erstattet wird[26].

Folglich stellt sich hier der Kompetenz- und Verantwortungsbereich des Arztes anders dar als bei der Behandlung eines Kassenpatienten, da er über die Einzelheiten der versicherungsvertraglichen Absicherung seines Patienten in der Regel nicht informiert ist. Denn die vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten in der privaten Krankenversicherung sind so mannigfaltig[27], dass es der ärztlichen Seite kaum zugemutet werden kann, sich die Versicherungsbedingungen aushändigen zu lassen und zu prüfen, ob alle kostenauslösenden medizinischen Maßnahmen vom vereinbarten Umfang der Kostenerstattung abgedeckt werden[28]. Noch weniger kann erwartet werden, dass der Arzt bei Zweifeln Kostenzusagen einholt. Darum muss sich der Patient, der den alleinigen Zugang zu den notwendigen Unterlagen und Informationen hat, vielmehr selbst kümmern[29]. Andernfalls würde die therapeutische Aufgabe des Arztes völlig in den Hintergrund treten und der Arzt gewissermaßen als „Sachwalter fremder Vermögensinteressen"[30] in ein Versicherungsverhältnis miteinbezogen, an dem er selbst nicht beteiligt ist[31].

a) Ausnahme bei Kenntnis des Arztes:

Eine entsprechende Aufklärungspflicht wird aber dann angenommen, wenn der Arzt *positiv weiß*, dass die private Krankenversicherung oder Beihilfe die Erstattung der Behandlungskosten verweigern wird oder zumindest Probleme bereiten wird. Von einer solch positiven Kenntnis ist nach der Rechtsprechung auszugehen, wenn die Krankenversicherung des Patienten dem (Zahn-)Arzt gegenüber schon vor Beginn der Behandlung Zweifel an der medizinischen Notwendigkeit der Heilbehandlung geäußert hat[32]. Auch die Tatsache, dass der Arzt mit bestimmten Behandlungstypen und Versicherungen wiederholt zu tun hat[33] oder den Patienten üblicherweise formularmäßig darauf hinweist, dass die Krankenversicherung die Kosten des beabsichtigten Verfahrens nicht übernimmt[34], kann für die vorhandene Kenntnis des Arztes sprechen.

---

23) Vgl. AG Köln, NJW 1980, 2756 – bei zahnprothetischen Leistungen; OLG Köln, VersR 1987, 792 f.; a.A. *Kern/Laufs*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 189, die für den Fall einer zahnärztlichen Behandlung bezweifeln, dass der Versicherte nicht weiß oder wissen kann, dass hier ein Selbstkostenanteil anfällt.

24) Vgl. *Voß*, Kostendruck im Arzthaftungsrecht, 1999, S. 162; *Glatz* (Fn. 21), S. 328.

25) Eine solche Vertragsbedingung stellt danach eine überraschende Klausel dar und wird mithin nicht Vertragsbestandteil; vgl. LG Bremen, NJW 1991, 2353 – Kosten für Schönheitsoperation; OLG Köln, VersR 1987, 792, 793 – Kosten für Refertilisierungsoperation.

26) Vgl. *Glatz* (Fn. 21), S. 330.

27) Der Versicherungsschutz des privat Versicherten ergibt sich aus dem Versicherungsschein, späteren schriftlichen Vereinbarungen, den Allgemeinen Versicherungsbedingungen, den Musterbedingungen der Privatversicherer (MB/KK), dem Versicherungstarif und den gesetzlichen Vorschriften, s. § 1 III MB/KK. Insbesondere die Eigenleistungen des Patienten können von Krankenversicherung zu Krankenversicherung stark variieren; vgl. *Füllgraf*, NJW 1984, 2619 f.; *Voß* (Fn. 24), S. 162.

28) Vgl. OLG Hamburg, NJW 1987, 2937; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 119; *v. Ziegner*, MDR 2001, 1088; *Bach*, VersR 1979, 792; eine Besonderheit gilt freilich bei den gesetzlich Versicherten, die das Verfahren der Kostenerstattung (§ 13 SGB V) wählen. Zwar ist der Kassenpatient hier ausnahmsweise wie der Privatpatient „Selbstzahler", da der Arzt unmittelbar vom Patienten liquidiert. Zu beachten ist aber, dass der Anspruch auf Kostenerstattung nach § 13 II 6 SGB V auf die Höhe der Vergütung beschränkt ist, die die Krankenkasse bei Erbringung als Sachleistung zu tragen hätte. Übersteigen also die Kosten der beabsichtigten Behandlung die Erstattungsgrenze der Krankenkasse, ist der Patient auf diesen Umstand hinzuweisen, da die Frage der Kostenerstattung letztlich wie im Falle des Kassenpatienten in den Verantwortungsbereich des Arztes fällt.

29) Vgl. LG Nürnberg-Fürth, NJW 1992, 2369; *Bach*, VersR 1979, 792 f.; *Baden*, NJW 1988, 746, 748; *Andreas*, Anästhesiologie und Intensivmedizin 1983, 337, 339; *Fehse*, MedR 1986, 115, 116.

30) Vgl. *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 20), § 65, Rdnr. 17; *Füllgraf*, NJW 1984, 2619, 2620; *Fehse*, MedR 1986, 115, 116; *Andreas*, Anästhesiologie und Intensivmedizin 1983, 337, 340.

31) Vgl. *Fehse*, MedR 1986, 115, 116; Entsprechendes gilt hinsichtlich der Beihilfefähigkeit der vorgesehenen Leistung, da vom Arzt auch die genaue Kenntnis des komplexen Beihilferechts nicht erwartet werden kann, vgl. *Baden*, NJW 1988, 746, 748; *Voß* (Fn. 24), S. 162.

32) Vgl. KG, Urt. v. 21. 9. 1999, LS abgedruckt in ArztR 2000, 206.

33) Vgl. *Bergmann* (Fn. 8), S. 151.

34) Vgl. LG Düsseldorf, MedR 1986, 208, bei alternativem Verfahren der Ozon-Sauerstoff-Eigenbluttransfusion.

Bei Abschluss einer vom Gebührenrahmen des § 5 GOÄ abweichenden Honorarvereinbarung muss der Arzt den Patienten gem. § 2 II GOÄ darauf hinweisen, dass die Erstattung der zu zahlenden Vergütung möglicherweise nicht im vollen Umfang gewährleistet ist. Hintergrund hierfür ist, dass der durchschnittliche Patient über keine Kenntnisse und Erfahrungen im ärztlichen Gebührenrecht verfügt, während der Arzt für gewöhnlich weiß, ab welchen Steigerungssätzen der Gebührenordnung die Grenze überschritten wird, ab der die meisten Krankenversicherungen die Mehrbeträge nicht mehr problemlos übernehmen[35]. In diesen Fällen ist dem Arzt bewusst, dass der Patient die Mehrkosten im Zweifel aus der eigenen Tasche zahlen muss[36].

Auch im Falle der Vereinbarung von sog. wahlärztlichen Leistungen ist gesetzlich die Pflicht normiert, den Patienten über eine entstehende Kostentragungspflicht zu informieren (vgl. § 22 II 1 Halbs. 2 BPflV[37]), um den Patienten in einer vielfach existentiellen Ausnahmesituation vor vermögensmäßiger Ausnutzung zu schützen[38].

b) Ausnahme bei Zweifeln des Arztes:

Eine Aufklärungspflicht kann aber auch dann bestehen, wenn der Arzt Zweifel hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit oder Beihilfefähigkeit der Leistung hat oder haben muss.

Im Fall der stationären Behandlung von Rheumabeschwerden sah das AG Pforzheim solche Zweifel als gegeben an. Es stützte sich hierbei auf das Sachverständigengutachten, demzufolge ein stationärer Aufenthalt wegen der Erforderlichkeit einer umfangreichen Anamnese und technischer Untersuchungsverfahren zwar sinnvoll, jedoch nicht zwangsläufig notwendig war, da die Ausschlussuntersuchungen auch durch mehrere ambulante Arztbesuche bei einem Rheumatologen erhoben werden konnten[39].

Andere Fälle, in denen die Rechtsprechung dem Arzt Zweifel an der Kostendeckung durch die private Krankenversicherung unterstellt, sind die sechswöchige stationäre Behandlung einer einfachen Arthrose[40], die Durchführung einer „Ozon-Sauerstoff-Eigenblut-Transfusion"[41] oder eine stationär durchgeführte Abmagerungskur[42]. Auch wenn der Patient in der internistisch-kardiologischen Abteilung eines Krankenhauses verbleibt, obwohl keine körperliche Erkrankung diagnostiziert werden konnte, soll nach einem Urteil des OLG Hamm der Arzt den Patienten auf die für diesen u.U. schwerwiegenden finanziellen Folgen hinweisen müssen[43].

(2) Schutzbedürftigkeit

Das AG Pforzheim hat in seiner Entscheidung betont, dass der Privatpatient ebenso wenig wie der Kassenpatient damit rechnet, hinsichtlich der Kosten der Behandlung selbst belastet zu werden[44]. Denn die eigene Zahlungspflicht gegenüber dem Arzt hat aus seiner Sicht lediglich zur Folge, dass er im Verhältnis zu seiner Versicherung oder dem Beihilfeträger die Behandlungskosten vorübergehend kreditiert[45].

Die Feststellungen des AG Pforzheim zeigen des weiteren, dass auch bei der Behandlung eines Privatpatienten eine *pauschale* Vertragsklausel, die eine Eintrittspflicht des Patienten hinsichtlich der nicht erstattungsfähigen Kosten vorsieht, unzulässig ist und nicht von der Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung befreit[46]. Ein Aufklärungsbedürfnis besteht im übrigen selbst dann, wenn die nicht versicherte Leistung vom Patienten ausdrücklich gewünscht wird, da auch dieser Umstand nichts daran ändert, dass der Patient im Gegensatz zum behandelnden Arzt die Frage der Notwendigkeit und damit der Erstattungsfähigkeit der Behandlung nicht beurteilen kann[47].

3. *Höhe der Behandlungskosten*

Geht man vom Normalfall der Erstattungsfähigkeit der Behandlungskosten aus, besteht kein Bedürfnis nach Aufklärung über die Höhe der Behandlungskosten[48]. Erst wenn feststeht oder zumindest die Gefahr besteht, dass der Patient die anfallenden Behandlungskosten selbst zu tragen hat, ist er auch über deren voraussichtliche Höhe und eine kostengünstigere Behandlungsalternative aufzuklären. Denn oft nur mit der Kenntnis der entstehenden Behandlungskosten kann der Patient von der Versicherung die Deckungsfrage prüfen lassen und zumindest grob einschätzen, welche finanziellen Belastungen auf ihn zukommen werden.

So sollte der Patient z.B. vor Beginn der Behandlung den Preis der angebotenen Impfseren erfahren, wenn diese nicht oder nur teilweise im Leistungsumfang der Versicherung enthalten sind[49]. Und im Sonderfall der Wahlleistungsvereinbarungen ist zu beachten, dass der BGH unter Bezugnahme auf den Wortlaut des § 22 II 1 BPflV[50] nicht nur eine Pflicht des Krankenhausträgers zur Information über die „Entgeltlichkeit", sondern auch über die „Entgelte" der Wahlleistungen annimmt[51].

Besitzt der Arzt jedoch keine genauen Informationen über die entstehenden Kosten, müssen auch nur ungefähre Angaben über deren voraussichtliche Höhe genügen. Die Aufklärungspflicht darf jedenfalls nicht so weit gehen, dass vom Arzt ein umfassender Preisvergleich zwischen allen in Betracht kommenden Behandlungsarten oder die Ermittlung des günstigsten Pflegesatzes eines Krankenhauses für die stationäre Behandlung verlangt wird[52].

---

35) So *Baden*, NJW 1988, 746, 747.
36) Vgl. OLG Hamburg, NJW 1987, 2937.
37) § 22 II 1 Halbs. 2 BPflV lautet: „Wahlleistungen sind vor der Erbringung schriftlich zu vereinbaren; der Patient ist vor Abschluss der Vereinbarung über die Entgelte der Wahlleistungen im Einzelnen zu unterrichten".
38) Vgl. *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 20), § 86, Rdnr. 156; *Wagner*, in: Düsseldorfer Kommentar z. BPflV, 1995, § 22, Erl. 3.3.
39) Vgl. AG Pforzheim, MedR 2003, 234, 235.
40) Vgl. BGH, NJW 1983, 2630 f. (s. schon Fn. 10).
41) Vgl. LG Düsseldorf, MedR 1986, 208.
42) Vgl. LG Köln, VersR 1983, 960 f.
43) Vgl. OLG Hamm, r+s 1999, 62.
44) Vgl. AG Pforzheim, MedR 2003, 235 m.H.a. OLG Köln, VersR 1987, 792 ff.; *Voß* (Fn. 24), S. 162.
45) Vgl. *Voß* (wie Fn. 44); *Bach*, in: *Bach/Moser*, Komm. zur PKV, 2. Aufl. 1993, § 1, Rdnr. 39; *Glatz* (Fn. 21), S. 332.
46) Vgl. AG Pforzheim, MedR 2003, 234, 235.
47) Vgl. BGH, NJW 1983, 2630, 2631; das OLG Hamm (Fn. 43) hingegen verneint einen Schadensersatzanspruch des Patienten letztlich wegen dessen anzurechnenden Mitverschuldens. Denn der Versicherungsnehmer sei für die Einhaltung der Obliegenheiten nach den Musterbedingungen der privaten Krankenkassen selbst verantwortlich; dem Patienten hätte hier klar sein müssen, dass ein stationärer Aufenthalt in einer internistischen Abteilung ohne tatsächliches Vorliegen einer Erkrankung vom Krankenversicherer nicht ohne weiteres hingenommen werden könne.
48) Vgl. *Schinnenburg*, MedR 2000, 185, 187.
49) Vgl. *Rieger*, DMW 1999, 1468, 1469.
50) Gem. § 22 II 2 BPflV ist der Patient vor Abschluss der Vereinbarung über die Entgelte der Wahlleistungen und deren Inhalt *im einzelnen* zu unterrichten.
51) Vgl. BGH, NJW 1996, 781; eine solche Informationspflicht dürfte in der Praxis jedoch zu Problemen bei der Umsetzung führen, da die genaue Höhe der entstehenden Kosten vor Behandlungsbeginn oftmals noch nicht bezifferbar ist; vor diesem Hintergrund sind die Feststellungen des AG und LG Kiel im Urt. v. 25. 8. 2000 bzw. 15. 2. 2001 (abgedr. in ArztR 2001, 292 ff.) zu verstehen, wonach sich der Patient aufgrund der Belehrung durch die ärztliche Seite zwar bewusst machen können soll, dass er sich mit der Wahlleistungsvereinbarung unter Umständen ganz erhebliche Verbindlichkeiten auflädt. Zur Erreichung diese Zwecks sei es aber ausreichend, wenn er auf die Tatsache hingewiesen werde, dass die Abrechung nach GOÄ erfolgt und wie das System der Abrechnung nach der GOÄ im Wesentlichen funktioniert; s. hierzu auch *Biermann/Ulsenheimer/Weissauer*, MedR 2000, 107, 108 f.
52) So *Fehse*, MedR 1986, 115, 116.

4. Konflikt mit Therapiefreiheit?

Gegen die Statuierung einer Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung wird z.T. ins Feld geführt, dass die ärztliche Methoden- und Therapiefreiheit nicht durch die Grenzen des Leistungsumfangs der Krankenversicherung beschnitten werden darf[53]. Es sei zu besorgen, dass sich die über die wirtschaftliche Aufklärungspflicht eingebrachten Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte immer mehr zu einer generellen ärztlichen Pflicht zur möglichst kostengünstigen Behandlung verdichten könnten[54].

Diese Befürchtung ist nicht ganz von der Hand zu weisen, kann doch eine Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung vom Arzt leicht als Maßgabe verstanden werden, die verursachten Kosten statt des zu erwartenden Heilerfolgs zum Maßstab seiner Behandlungsentscheidung zu machen und auf teure und fortschrittliche Behandlungsmethoden zu verzichten[55].

Andererseits ist zu beachten, dass der Arzt auch nach der Aufklärung über die fehlende Kostendeckung seitens der Krankenversicherung keineswegs gehalten ist, nur Therapieformen innerhalb des abgesteckten Leistungsumfangs der Krankenversicherung auszuwählen. Bevorzugt der Arzt ein modernes Verfahren, für dessen Kosten die Krankenversicherung nicht oder nur zum Teil aufkommt, so liegt es an ihm, den Patienten von den therapeutischen Vorteilen oder der Notwendigkeit dieses Verfahrens trotz der finanziellen Belastungen infolge der vollständigen Kostentragungspflicht oder des zu zahlenden Eigenanteils zu überzeugen[56]. Auch die Postulation einer wirtschaftlichen Aufklärungspflicht schränkt also den Grundsatz nicht ein, dass der Arzt die Möglichkeit haben muss, in erster Linie nach medizinischen Gesichtspunkten über die Behandlung zu entscheiden.

5. Abgrenzung zur Selbstbestimmungsaufklärung

Auch wenn festgestellt wurde, dass gegenüber dem Patienten eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht bestehen kann, muss Folgendes betont werden: Hinweis- und Beratungspflichten im Kostenbereich haben mit der Selbstbestimmungsaufklärung im üblichen Sinne nichts zu tun. Dies ist entscheidend für die Rechtsfolgen bei unterbliebenen Hinweisen im Kostenbereich.

Die Selbstbestimmungsaufklärung ist erforderlich, um eine wirksame Einwilligung des Patienten in einen Heileingriff zu ermöglichen. Der Patient soll hier in die Lage versetzt werden, zu erkennen, worin er einwilligt. Weiß er dies nicht, so ist seine Einwilligung unwirksam und der Eingriff rechtswidrig[57]. Schutzgut ist hier das Selbstbestimmungsrecht des Patienten.

Ganz anders die dogmatische Herleitung der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht: Hier handelt es sich um eine Nebenpflicht aus dem Vertrags- und Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, die mit der Selbstbestimmungsaufklärung nichts zu tun hat[58], sondern vielmehr die Vermögensinteressen des Patienten schützen soll.

Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, dass es kaum vorstellbar ist, dass das Fehlen der Aufklärung über die wirtschaftlichen Folgen der Behandlung eine dem Arzt erteilte Einwilligung zum Heileingriff unwirksam macht[59]. Irrt der Patient über die Kosten der Behandlung oder über die von ihm zu tragenden Selbstkostenanteile, ist dies hinsichtlich der Wirksamkeit seiner Einwilligung in die Behandlung unbeachtlich, da ihm – eine entsprechende Verlaufs- und Risiko-Aufklärung vorausgesetzt – die Vor- und Nachteile der ärztlichen Maßnahme bewusst waren[60]. Die Information über den wirtschaftlichen Hintergrund der Behandlung hat schließlich nicht den Schutz der körperbezogenen Autonomie des Patienten im Blick, sondern allein die Selbstbestimmung des Patienten über seine finanziellen Belastungen[61].

Die wirtschaftliche Aufklärung im engeren Sinne stellt mithin eine eigenständige vertragliche Nebenpflicht dar, auf die die Grundsätze der Selbstbestimmungsaufklärung nicht anzuwenden sind, was vor allem prozessual bedeutsam ist. Denn beweisrechtlich folgt daraus, dass für die Durchführung der wirtschaftlichen Aufklärung nicht der Arzt, sondern der Patient beweisbelastet ist[62].

Das Urteil des AG Pforzheim zeigt freilich, dass die wirtschaftliche Aufklärungspflicht mit der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung zusammentreffen kann, wenn dort festgestellt wird, dass *„die Aufklärung über die Möglichkeit einer ambulanten Behandlung schon deshalb erforderlich war, um dem Patienten eine eigene Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob er sich einem in seine körperlichen und seelischen Belange in der Regel viel tiefer einschneidenden Krankenhausaufenthalt unterziehen oder eine ambulante Behandlung wählen will, die für ihn mit ganz anderen Belastungen verbunden ist"*[63].

Diese Feststellungen verdienen Zustimmung. Denn in Anlehnung an die Rechtsprechung, wonach eine konservative Methode eine aufklärungspflichtige Alternative zur Operation und die Möglichkeit des zeitlichen Therapieaufschubs eine Alternative zur sofortigen Intervention darstellt[64], handelt es sich auch bei der ambulanten Behandlung als insgesamt weniger belastende Therapieform um eine echte Behandlungsalternative zur stationären Versorgung, auf die hinzuweisen ist.

Allerdings ist dies nicht so zu verstehen, dass sich aus der Erfüllung dieser Selbstbestimmungsaufklärung eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht „ableitet"[65] und deswegen eine Unterscheidung der beiden Aufklärungstatbestände unterbleiben kann. Eine solche Auffassung verstellte den Blick auf die thematisch und dogmatisch eigenständige Bedeutung der ärztlichen Hinweis- und Beratungspflichten im Kostenbereich[66]. Eine Wechselwirkung zwischen medizini-

53) Vgl. *Bergmann* (Fn. 8), S. 152.
54) So *Füllgraf*, NJW 1984, 2618, 2619.
55) Bedenken in diese Richtung äußern z.B. auch *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 268; *Füllgraf*, NJW 1984, 2619; *Fehse*, MedR 1986, 115, 117.
56) Zur Frage, wann der Arzt sogar zum Hinweis auf eine außerhalb des gesetzlichen Leistungsumfangs liegende Behandlungsalternative verpflichtet ist, s. anschließend sub III.
57) Da die Selbstbestimmungsaufklärung nicht auf Vermögensschutz, sondern auf die Bewahrung der grundgesetzlich geschützten Rechtsgüter der körperlichen Integrität und Selbstbestimmung gerichtet ist, ist hier eine Unterscheidung zwischen Privat- und Kassenpatient hinfällig, vgl. *Baden*, NJW 1988, 746, 747; *Michalski*, VersR 1997, 137, 145.
58) Vgl. LG Saarbrücken, NJW 1984, 2632, 2634; Nüßgens (1989), in: RGRK/BGB, 12. Aufl., § 823 Anh. II, Rdnr. 54; *Michalski*, VersR 1997, 137, 139 f.; *Francke/Hart* (Fn. 2), S. 189; a.A. *Füllgraf* (NJW 1984, 2619 f.), *Fehse* (MedR 1986, 115, 116) und *Michalski* (VersR 1997, 137, 144), die die wirtschaftliche Aufklärung und Selbstbestimmungsaufklärung vermengen.
59) Vgl. *Baden*, NJW 1988, 746, 747 f.; *Bergmann* (Fn. 8), S. 134; *Glatz* (Fn. 21), S. 326.
60) Vgl. *Glatz* (Fn. 21), S. 284.
61) Vgl. *Francke/Hart* (Fn. 2), S. 189; *Kern/Laufs* (Fn. 23), S. 188; *Baden*, NJW 1988, 746, 747 f.; *Kim*, Aufklärungspflicht im Arztrecht, 1989, S. 72.
62) Vgl. *v. Ziegner*, MDR 2001, 1088, 1091; *Frahm/Nixdorf*, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 166.
63) AG Pforzheim, MedR 2003, 234; vgl. auch BGH, NJW 1983, 2630; *Baden*, NJW 1988, 746, 748; *Michalski*, VersR 1997, 135, 145.
64) Vgl. *Schelling/Erlinger*, MedR 2003, 331, 332 f.
65) So OLG Köln, NJW 1987, 2304; auch das AG Pforzheim (MedR 2003, 234) grenzt Selbstbestimmungs- und wirtschaftliche Aufklärung nicht voneinander ab.
66) Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, dass die Kritik an der gängigen Terminologie „wirtschaftliche Aufklärungspflicht" nicht ganz unberechtigt ist, da dieser Begriff eine Verknüpfung mit der Selbstbestimmungsaufklärung assoziiert, welche es nicht gibt, vgl. *Baden*, NJW 1988, 746, 748; *Francke/Hart* (Fn. 2), S. 189.

schem Rat und wirtschaftlicher Auswirkung gibt es hier gerade nicht[67].

6. Ergebnis

Der Arzt hat den Patienten über die wirtschaftlichen Folgen der vorgeschlagenen Behandlung aufzuklären, wenn und soweit er diese besser beurteilen kann als der Patient. Wie dargelegt, gibt es gute Gründe dafür, der Linie der neueren Rechtsprechung zu folgen, die danach differenziert, ob der zu behandelnde Patient gesetzlich oder privat krankenversichert ist.

Gesetzlich versicherte Patienten sind von ärztlicher Seite regelmäßig auf Probleme bei der Kostenerstattung durch die Krankenversicherung und gegebenenfalls günstigere Behandlungsformen hinzuweisen. Für privat versicherte Patienten gilt dies nur dann, wenn der Arzt weiß oder ahnt, dass die angestrebte Behandlung nicht vom Versicherungsschutz des Patienten erfasst ist.

Unterlässt der Arzt den erforderlichen Hinweis, kann er die angefallenen Kosten später vom Patienten nicht verlangen. So wird insgesamt verhindert, dass sich der Patient genötigt fühlt, gegen die Krankenversicherung einen vielleicht sogar aussichtslosen Streit um die medizinische Notwendigkeit der vom Arzt vorgeschlagenen und initiierten Behandlung zu führen.

Freilich darf nicht übersehen werden, dass die Frage der „Notwendigkeit" und Versicherungsfähigkeit einer Behandlung, bedingt durch den rasanten medizinischen Fortschritt, einem ständigen Wechsel unterworfen ist und ärztlicherseits oftmals nur schwer beurteilt werden kann[68]. Nicht zuletzt im Hinblick auf die ernst zu nehmenden Forderungen nach der praktischen Erfüllbarkeit ärztlicher Aufklärungspflichten spricht deswegen viel dafür, das Merkmal der *Kenntnis* von oder der *Zweifel* an der fehlenden „Notwendigkeit" eher restriktiv auszulegen.

III. Wirtschaftliche Aufklärung im weiteren Sinne

Unter dieser Überschrift ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls wie der Patient haftungsrechtlich gegen den Umstand geschützt wird, dass bei ihm ein besseres Verfahren oder optimale Behandlungsbedingungen nicht zur Anwendung kommen, weil sich der Arzt nur auf die vom Leistungskatalog der Krankenversicherung erfasste Behandlung beschränkt. Ausgangspunkt auch dieser Problematik ist die Beschränkung und Rationierung ärztlicher Leistungen, welche notwendige Folge zunehmender Einsparungen im Gesundheitswesen sind.

Selbst wenn die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle zeigen, dass sich diese gesundheitspolitische Entwicklung auch auf den Leistungsumfang der privaten Krankenversicherung auswirken kann[69], sind davon erfahrungsgemäß primär Kassenpatienten betroffen, die immer noch 90 % aller Patienten ausmachen[70]. Gerade in den sich immer weiter ausdehnenden Selbstbehalten, Festbetragsregelungen und Negativlisten[71], welche das Ergebnis sozialpolitischer Einschnitte in das Leistungssystem der gesetzlichen Krankenkassen sind, wird deutlich, dass der Versorgungsanspruch und die Behandlungsqualität des gesetzlich versicherten Patienten meist erheblich geringer sind als beim Privatpatienten. Gerade bei der Behandlung von Kassenpatienten kommt es leider zunehmend vor, dass der Konflikt zwischen dem medizinisch Möglichen und dem gesamtgesellschaftlich Bezahlbaren zugunsten zweiterem und damit zu Lasten der Patientenseite gelöst wird.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob eine Gleichbehandlung zwischen Privat- und Kassenpatienten zumindest damit erreicht werden kann, dass der gesetzlich Versicherte durch eine entsprechende Aufklärung in die Lage versetzt wird, durch Kostenübernahme oder durch den Abschluss einer privaten (Zusatz-) Versicherung an optimalen Behandlungsbedingungen teilzuhaben und dafür zu sorgen, dass die fortschrittliche Behandlungsmethode auch bei ihm angewandt wird[72]. Hier spielt der Kostenbereich also insofern eine Rolle, als erst die finanzielle Beteiligung des Patienten an den Behandlungskosten oder eine Neuordnung der versicherungsrechtlichen Voraussetzungen die tatsächliche Möglichkeit der Behandlungsalternative eröffnet, indem der Kassenpatient z.B. einen Eigenanteil leistet, als Selbstzahler die Behandlungskosten voll übernimmt oder eine Zusatz- oder private Krankenversicherung abschließt.

1. Rechtsprechung

Ob der Arzt den Patienten über die Möglichkeit der Finanzierung einer nicht vom Versicherungsschutz der Krankenversicherung gedeckten Behandlungsalternative aufzuklären hat, musste von der obersten Rechtsprechung bislang noch nicht entschieden werden[73]. Allerdings deuten *Steffen/Dressler*[74] an, dass der BGH dazu neigt, eine entsprechende Aufklärungspflicht des Arztes abzulehnen und allenfalls ein Aufklärungsrecht anzunehmen, mit dem er dann aber verständnisvoll umzugehen hat.

2. Literatur

Die Frage, ob der Arzt eine Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung im weiteren Sinne hat, ist in der Literatur umstritten.

Einige gewichtige Stimmen[75] befürworten dies mit folgender Begründung: Soweit die gesetzliche Krankenversicherung den Leistungsanspruch der Versicherten begrenzt, in der Medizin aber effektivere Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, müsse der Patient wissen, dass und wie er sich solcher Leistungen versichern kann. Jede Leistungsbeschränkung habe danach auf der Kehrseite potentiell die private Finanzierung dieser Leistungen zur Folge[76]. Jeder Patient solle selbst entscheiden können, wie viel ihm seine Gesundheit und sein Wohlbefinden wert sind, wenn ihm die Solidargemeinschaft der Versicherten nicht zur bestmöglichen Behandlung verhelfen kann[77].

Der Patient müsse durch die entsprechende Aufklärung in die Lage versetzt werden, durch Eintritt in die Kosten dafür zu sorgen, dass ein bestimmtes Heilverfahren auch bei ihm angewendet wird. Gegen das damit verbundene finanzielle Risiko könne er sich durch eine private (Zusatz-) Versicherung absichern[78].

Diejenigen, die gegen eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht Bedenken anmelden, weisen darauf hin, dass eine entsprechende Information das Vertrauen des Patienten in die Medizin erschüttern könnte. Außerdem könnte der Arzt versucht sein, auch ohne Notwendigkeit im eigenen

67) So aber *Füllgraf*, NJW 1984, 2619 f.
68) Vgl. *Fehse*, MedR 1986, 115, 117; dies gilt, wie oben (vgl. sub II. 2. (1)) aufgezeigt, vor allem bei der Behandlung von Privatpatienten.
69) Vgl. oben, sub II.
70) Vgl. *Makiol*, in: AG Rechtsanwälte im Medizinrecht (Hrsg.), Die Budgetierung des Gesundheitswesens, 1997, S. 108; *Voß* (Fn. 24), S. 3.
71) S. §§ 34, 35 und 53 SGB V.
72) Vgl. *Voß* (Fn. 24), S. 164
73) Vgl. *Steffen/Dressler* (Fn. 7), Rdnr. 328; *Sandbiller*, MedR 2002, 19.
74) Vgl. *Steffen/Dressler* (Fn. 7), Rdnr. 328b (seit 7. Aufl. 1997 [Rdnr. 385]).
75) Vgl. z.B. *Hart*, MedR 1999, 47, 49; *Rumler=Detzel*, VersR 1998, 546, 547; *Laufs* (Fn. 30), § 65, Rdnr. 17.
76) Vgl. *Hart*, MedR 1999, 47, 50; *Francke/Hart* (Fn. 2), S. 187.
77) Vgl. *Voß* (Fn. 24), S. 160.
78) Vgl. *Voß* (Fn. 24), S. 164; *Laufs* (Fn. 30), § 65, Rdnr. 17.

wirtschaftlichen Interesse für eine privatfinanzierte Behandlungsalternative zu werben[79].

3. Bewertung

Problematisch erscheinen vor allem die rechtliche Grundlage und die praktische Umsetzbarkeit einer Aufklärungspflicht im weiteren Sinne.

(1) Rechtliche Grundlage

Francke/Hart[80] leiten eine Aufklärungspflicht aus § 73 V 3 SGB V her, der eine Pflicht zum Hinweis auf die Zuzahlungspflicht bei teuren Arzneimitteln postuliert. Das Haftungsrecht solle der sozialrechtlichen Wertung dieser Vorschrift folgen, zumal diese mit dem Rechtsgedanken der Selbstbestimmungsaufklärung übereinstimme.

Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass § 73 V 3 SGB V zum einen dem Wortlaut nach nur den Bereich der Arzneimittelverordnung erfasst und zum anderen den Fall der wirtschaftlichen Aufklärung im engeren Sinne betrifft. Gleiches gilt für § 22 II 1 Halbs. 2 BPflV[81], da zwar auch die Wahlarztvereinbarung die Tätigkeit eines Chefarztes und damit einen potentiell höheren Behandlungsstandard ermöglicht. Die Informationspflicht hinsichtlich der Kosten und des Leistungsinhalts ist jedoch eine Schutzvorschrift für den Patienten ausschließlich in Bezug auf die finanziellen Konsequenzen[82]. Mit diesen gesetzlich angeordneten Informationspflichten des Arztes kann eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht i.w.S. also nicht begründet werden[83].

Überzeugender ist der Ansatz, eine Parallele zur Aufklärung über Behandlungsalternativen zu ziehen. Über die Wahl eines Heilverfahrens, das vom System der gesetzlichen Krankenversicherung nicht oder nicht vollständig umfasst ist, kann der Patient sein Recht auf selbstverantwortlichen Schutz seiner Integritätsinteressen wahrnehmen, so dass hier ein deutlicher Bezug zur Selbstbestimmungsaufklärung vorhanden ist[84].

Der Patient sollte grundsätzlich entscheiden können, ob er sich über den Arzt aus dem beschränkten Katalog des sozialrechtlich Zugelassenen bedient oder aber auf eigene Rechnung eine Behandlung oder ein Medikament wählt, das von der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung nicht erfasst ist[85]. So spricht z.B. viel dafür, dass der Zahnarzt den Patienten auf die Möglichkeit hinweisen muss, auf eigene Kosten eine zahnprothetische Versorgung zu wählen, die über den für gesetzlich Versicherte vorgesehenen Standard hinausgeht[86]. Denn nur dann kann der mündige Patient aus dem ganzen Repertoire moderner Medizin auswählen und ist nicht auf den Katalog der gesetzlichen Krankenversicherung beschränkt[87].

Es ist zwar nicht Aufgabe des Haftungsrechts, die Ausweitung von Selbstbeteiligungen in der gesetzlichen Krankenversicherung anzutreiben. Darum geht es aber auch nicht, sondern um das Aufzeigen von Behandlungsalternativen, die aus Sicht des Patienten auch dann Alternativen sein können, wenn deren Kosten von der Krankenversicherung nicht erstattet werden und aus eigener Tasche bezahlt werden müssen[88].

Was den Hinweis auf die Möglichkeit des Abschlusses einer privaten Zusatzversicherung oder gar des Wechsels zu einer privaten Krankenversicherung betrifft, ist allerdings der Meinung *Pflügers*[89] zuzustimmen, wonach selbst dann, wenn der Patient im Bedarfszeitpunkt über selbst zu zahlende Therapieangebote informiert werden würde, es für den Abschluss einer privaten (Zusatz-) Versicherung meist zu spät ist. Diese wird die Übernahme der Kosten für „alte Leiden" ablehnen, wenn die Behandlungsbedürftigkeit bereits vor dem Wechsel von der gesetzlichen zur privaten Krankenversicherung und damit vor Versicherungsbeginn lag[90]. Etwas anderes mag für den Fall gelten, dass die Behandlungsbedürftigkeit im Aufklärungszeitpunkt noch nicht akut ist.

(2) Aufklärungsumfang und praktische Umsetzbarkeit

Die Bedenken der Kritiker, wonach die Forderung nach einer wirtschaftlichen Aufklärungspflicht im weiteren Sinne nicht ohne Blick auf die Folgen für den Praxisalltag diskutiert werden kann, sind ernst zu nehmen. *Voß*[91] wirft in diesem Zusammenhang mit berechtigter Skepsis die Frage auf, ob die Ärzte in Zukunft tatsächlich verpflichtet sein sollen, nahezu jeden Kassenpatienten darauf hinzuweisen, er könne (womöglich) besser, aussichtsreicher oder gefahrloser behandelt werden, wenn er dafür zahlt oder eine entsprechende Zusatzversicherung abschließt.

In der Tat erscheint eine Aufklärung um jeden Preis praktisch kaum durchführbar und führte zu einer erheblichen Verunsicherung aller Beteiligten[92]. Um der Gefahr einer exorbitanten Ausdehnung der Aufklärungspflicht, welche auf ärztlicher Seite zu einer neuen Dimension zeitlicher Belastung führte[93], entgegenzuwirken, muss die Aufklärungspflicht auf die Fälle beschränkt werden, in denen der Patient ein schützenswertes Interesse an einer entsprechenden Information durch den Arzt hat.

4. Eigener Lösungsvorschlag

Der Anspruch des Patienten, sich um bessere Behandlungsbedingungen zu bemühen, ist mit dem Interesse der Ärzteschaft, einem Überhandnehmen der Aufklärungspflichten zulasten des Praxisalltags entgegenzuwirken, in Einklang zu bringen.

Anstatt eine eigenständige wirtschaftliche Aufklärungspflicht zu postulieren, sollte die Hinweispflicht bezüglich des wirtschaftlichen Hintergrundes verschiedener Behandlungsalternativen nur dann gefordert werden, wenn der Arzt bereits aus medizinischen Gründen zur Selbstbestimmungsaufklärung verpflichtet ist.

Hier geht es mithin um die Selbstbestimmungsaufklärung in der Form der Aufklärung über Behandlungsalternativen, die als 2. Stufe die wirtschaftliche Aufklärung im engeren Sinne beinhaltet. Dies bedeutet: Die Verpflichtung des Arztes, über echte Behandlungsalternativen, d.h. Verfahren und Methoden mit *deutlich* geringeren Risiken oder Belastungen oder besseren Erfolgsaussichten[94] zu informieren, muss auch dann bestehen, wenn diese vom Leistungsumfang der Krankenversicherung nicht (vollständig) erfasst sind, damit der Patient die Möglichkeit der Eigenfinanzierung der Behandlung ins Auge fassen oder sich nach Möglichkeit privat (zusatz-)versichern kann. So wird der hier bestehenden Wechselwirkung zwischen medizinischem Rat und wirtschaftlicher Auswirkung Rechnung getragen.

---

79) Vgl. *Steffen/Dressler* (Fn. 8), Rdnr. 328b.
80) *Francke/Hart* (Fn. 2), S. 187; *Hart*, MedR 1999, 47, 50.
81) Vgl. oben, Fn. 37.
82) Vgl. *Wagner* (Fn. 38), § 22, Erl. 3.3.
83) Vgl. *Pflüger*, MedR 2000, 6, 8.
84) Vgl. *Bergmann* (Fn. 8), S. 132; auch *Francke/Hart* (Fn. 2), S. 132.
85) Vgl. *Makiol* (Fn. 70), S. 107.
86) S. § 30 III SGB V.
87) Vgl. *Schinnenburg*, MedR 2000, 185, 187.
88) Vgl. *Francke/Hart* (Fn. 2), S. 187; *Hart*, MedR 1999, 47, 50.
89) *Pflüger*, MedR 2000, 6, 9.
90) S. § 2 I 1 i.V. mit § 3 II u. III MB/KK; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 906.
91) Vgl. *Voß* (Fn. 24), S. 160.
92) Vgl. *Voß* (Fn. 24), S. 160.
93) Vgl. *Makiol* (Fn. 70), S. 108.
94) Vgl. BGH, NJW 1982, 2121, 2122; NJW 1983, 2630; VersR 1992, 314, 315 f., VersR 1988, 179, 180 f.; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, Rdnr. 82, unter Bzgn. auf OLG Karlsruhe, MedR 2003, 229, 230.

Der Arzt sollte also von einer Aufklärung über bessere Behandlungsalternativen nicht deshalb absehen dürfen, weil diese aufgrund fehlenden Versicherungsschutzes für den Patienten aktuell ohnehin nicht „verfügbar" sind.

Eine Aufklärung über ein neues, aber nicht erstattungsfähiges Verfahren muss dann nicht erfolgen, wenn es gegenüber dem versicherten Verfahren lediglich geringe therapeutische Vorteile bietet. Deswegen muss der Arzt z.B. nicht darauf hinweisen, dass die Krankenkasse nur die vorgeschlagene ambulante Form der Abmagerungskur übernimmt, es aber die Möglichkeit einer – dann selbst zu bezahlenden oder privat zu versichernden – stationären Behandlung gibt. Geht man davon aus, dass die stationäre Therapie einen – im Vergleich mit der ambulanten Behandlungsform – tieferen Einschnitt in die körperlichen und seelischen Belange und die Lebensführung des Patienten darstellt[95] und auch kein (deutlich) besseres Qualitätsprofil aufweist, entfällt das Aufklärungsbedürfnis in medizinischer und deshalb auch in wirtschaftlicher Hinsicht[96].

5. Ergebnis

Über den wirtschaftlichen Hintergrund verschiedener Behandlungsalternativen ist nur in ganz engen Grenzen aufzuklären. Auf die Möglichkeit und Finanzierbarkeit einer (noch) nicht übernahmefähigen, jedoch deutlich risikoärmeren oder erfolgversprechenderen Heilmethode muss der Arzt hinweisen.

95) So jedenfalls *Bergmann* (Fn. 8), S. 139.
96) Vgl. *Bergmann* (Fn. 8), S. 139.

Manfred Eissler

DOI: 10.1007/s00350-004-1226-2

Auswertung der Ergebnisse der Gutachterkommission für Fragen ärztlicher Haftpflicht bei der Landesärztekammer Baden-Württemberg für das Jahr 2002

Vor der Gutachterkommission für Fragen ärztlicher Haftpflicht in Baden-Württemberg wurden im Jahr 2002 insgesamt 737 Verfahren abgeschlossen. Gegen 887 Ärzte wurde der Vorwurf eines Behandlungsfehlers erhoben. Die Auswertung der Statistik zeigt, dass absolut und relativ (bezogen auf die Zahl der berufstätigen Ärzte im jeweiligen Bereich) Krankenhausärzte deutlich häufiger als Niedergelassene Ärzte und Belegärzte von einem Fehlervorwurf betroffen sind. Die Fehlerrate bei Krankenhausärzten ist aber niedriger als in den anderen Tätigkeitsbereichen. Die Analyse der Daten bezüglich der einzelnen Fachgebiete zeigt, dass Fehlervorwürfe vor allem die operativen Fächer betreffen. Sie zeigt aber auch, dass die Fehlerraten bei den operativen Fächern eher niedrig sind. Die Fachgebiete Radiologie, Neurologie, Allgemeinmedizin und Innere Medizin weisen eine deutlich höhere Fehlerrate aus. Das heißt, diese Fächer sind zwar seltener von einem Fehlervorwurf betroffen, wenn aber ein solcher erhoben wird, wird er auch eher bejaht.

Einleitung

Seit der Veröffentlichung der Reports „To err is human" 1999 (1) in den USA hat auch in der BRD vermehrt eine öffentliche und fachöffentliche Diskussion von medizinischen Behandlungsfehlern eingesetzt. Insbesondere im Zusammenhang mit der Diskussion über die Qualität des Gesundheitswesens hat die Fehleranalyse und Fehlervermeidung erheblich an Bedeutung gewonnen. So hat das Thema in die Gesundheitsberichterstattung des Bundes Eingang gefunden (2), und das Gutachten des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen 2003 mit dem Titel „Finanzierung, Nutzerorientierung und Qualität" (3) beschäftigt sich ausführlich mit Fehlern in der Medizin.

Vielfach wird darauf hingewiesen, dass in Deutschland zu wenig Forschung bezüglich Fehlererkennung und Fehlervermeidung im Gesundheitssystem durchgeführt werde (2), (3), (4). Explizit wird gefordert, die Ergebnisse der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen vermehrt zur Fehleranalyse zu nutzen (4).

Gutachterkommissionen

Die Tätigkeit der Gutachterkommission verfolgt das Ziel, „durch objektive Begutachtung ärztlichen Handelns dem durch einen möglichen Behandlungsfehler in seiner Gesundheit Geschädigten die Durchsetzung begründeter Ansprüche und dem Arzt die Zurückweisung unbegründeter Vorwürfe zu erleichtern" (Statut der Gutachterkommission Baden-Württemberg, 5). Durch die Verfahren vor der Gutachterkommission sollen auch allen Beteiligten gerichtliche Auseinandersetzungen möglichst erspart werden, die zumeist mit erheblichem Zeitaufwand, einem Kostenrisiko und dem schwer kalkulierbaren Risiko bezüglich des Ausgangs verbunden sind.

Auswertung

Bei den vier Gutachterkommissionen der Bezirksärztekammern in Baden-Württemberg sind im Jahr 2002 insgesamt 737 Verfahren abgeschlossen worden. Ausgelöst wurden die Verfahren in 678 Fällen von den Patienten, ein Mal hat ein Arzt die Gutachterkommission angerufen und 57 mal andere Personen, in der Regel Angehörige von Patienten.

Da bei einem Verfahren mehrere Ärzte involviert sein können, zum Beispiel mehrere Ärzte, die an einer Behandlung in einem Krankenhaus beteiligt waren, und es für den Patienten nicht immer erkennbar ist, welcher Arzt möglicherweise einen Fehler begangen hat oder wer die Verantwortung trägt, gibt es Verfahren, bei denen mehr als ein Arzt involviert ist. Entsprechend ist bei der Auswertung zu unterscheiden zwischen der Zahl der Verfahren (gleich Zahl der Patienten) und der Zahl der involvierten Ärzte.

Dr. med. Manfred Eissler,
Facharzt für Allgemeinmedizin und Diplom-Physiker,
Lehrbeauftragter für Allgemeinmedizin an der Universität Tübingen,
Tübingerstraße 66, D-72762 Reutlingen