

Adverse Selektion medizinischer Leistungserbringer – Marktversagen infolge Informationsasymmetrie und Verantwortungsgefälle

Tim Neelmeier, Hamburg/Prof. Dr. med. Uwe Schulte-Sasse, Heilbronn

Behandlungssicherheit ist das entscheidende medizinische Qualitätsmerkmal bei der Arztwahl. Sie lässt sich jedoch gegenwärtig von Patienten nur schwer antizipieren. Diese Informationsasymmetrie zwischen Anbietern und Nachfragern medizinischer Leistungen führt wirtschaftstheoretisch zur wettbewerblichen Verdrängung von Leistungserbringern mit hohen Sicherheitsstandards. Zur praktischen Anschauung dient beispielhaft die Geburtshilfe. Gesetzgeber und Rechtsprechung könnten das Marktversagen verhindern durch Präzisierung statt Bürokratisierung von Informationspflichten im geplanten Patientenrechtegesetz¹ sowie Anpassung der rechtlichen an die wirtschaftlichen Verantwortungsstrukturen in Gesundheitseinrichtungen.

I. Einleitung

„Qualität hat ihren Preis“, wie der Volksmund sagt. Wenn aber Kunden die Qualität des konkreten Vertragsgegenstandes nicht beurteilen können, werden sie nur bereit sein, den für marktdurchschnittliche Qualität angemessenen Preis zu zahlen. Anbieter mit hoher Qualität werden so vom Markt verdrängt, während umgekehrt Billiganbieter ermutigt werden, möglichst unterdurchschnittliche Qualität anzubieten und so ihren Profit zu maximieren. Es entsteht eine sich wechselseitig bedingende Spirale sinkender Qualität und sinkender Preise, bis der Markt gänzlich zusammenbricht. Für die branchenübergreifende Beschreibung dieser aus Informationsasymmetrie erwachsenden Gefahr erhielt Akerlof 2001 den Wirtschaftsnobelpreis.² Seine Überlegungen bauen auf dem sog. „prisoner's dilemma model“³ auf, also auf der Annahme divergierender kollektiver und individueller Rationalität. Während die Gemeinschaft aller Marktanbieter ein Interesse an stabiler Qualität hat, besteht für den Einzelnen ein großer kurzfristiger Profitanreiz zu abweichendem Verhalten. Der ideale Ausweg wäre eine vollständige und kostenlose Verbraucherinformation, weil auf diesem Wege die zuvor externalisierten Negativeffekte des Qualitätsverfalls („costs of dishonesty“)⁴ in die individuelle Anbieterkalkulation internalisiert würden. Behelfsweise müssen Marktteilnehmer auf die beiden Strategien des „screening and signaling“ zurückgreifen (z.B. Qualitätsgarantien der Anbieter, Versicherungsausschlussklauseln, Markenpflege),⁵ die jedoch größtenteils auf medizinische Leistungserbringer nicht passen. Die verbreitete Zertifizierung von Gesundheitseinrichtungen erfolgt regelmäßig gegen Bezahlung durch selbige Einrichtung, sodass sie mangels Unabhängigkeit des Ratingunternehmens mehr ein Marketinginstrument als wirksames „signaling“ darstellt.⁶ Erfahrungswissen kommt bei der Arztwahl ebenfalls nur eine eingeschränkte Bedeutung zu. Beispielsweise für eine Appendektomie (Blinddarmentfernung) entscheidet man sich nur einmal im Leben. Erfolgt sie nicht lege artis, muss der Patient dies zunächst bemerken, bevor er danach allenfalls die Arztwahl Dritter beeinflussen kann.

▷ Tim Neelmeier, LL. B. (Bucerius) ist Rechtsanwalt in Hamburg und externer Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht u.a. von Prof. Dr. Hans Kudlich an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Prof. Dr. med. Uwe Schulte-Sasse ist em. Direktor der Klinik für Anaesthesie und Operative Intensivmedizin, Heilbronn. Unter www.medizinrecht-schulte-sasse.de/bibliothek sind einige der zitierten Fundstellen abrufbar.

- 1 Vgl. Deutsches Ärzteblatt 2011, A 2515 (unter www.aerzteblatt.de mit Links zum „Grundlagenpapier“ von BMG/BMJ sowie dem weitergehenden „Eckpunktepapier“ oppositionsgeführter Bundesländer; alle Internetquellen in diesem Aufsatz zuletzt abgerufen am 21.12.2011).
- 2 Grundlegend Akerlof, Quarterly Journal of Economics (QJE) 1970, 488-500 („The Market for ‚Lemons‘: Quality Uncertainty and the Market Mechanism“).
- 3 Zurückgehend auf Flood, Dresher und Tucker, vgl. ausführlich *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2009 Edition), Prisoner's Dilemma, <http://plato.stanford.edu/entries/prisoner-dilemma/#Bib>.
- 4 Akerlof, QJE 1970, 488, 495.
- 5 Akerlof, QJE 1970, 488 (499 f.); Spence, QJE 1973, 355-374; Rothschild/Stiglitz, QJE 1976, 629-649; der Nobelpreis 2001 ging an Akerlof, Spence und Stiglitz gemeinsam.
- 6 Zur umgekehrten Problematik von mit Unabhängigkeit und Machtgefälle ausgestatteten Ratingagenturen Akerlof, QJE 1976, 503: „Rather than return the economy to competitive equilibrium [...] I see these institutions as playing an important role on their own [...]“

Adverse Selektion medizinischer Leistungserbringer

1. Gezielte Einführung eines „Verdrängungswettbewerbs“

Von der Gefahr eines „lemon market“ nach *Akerlof* bleiben medizinische Leistungserbringer so lange verschont, wie sie keiner Preisbildung unterlagen, sondern durch ein im Wesentlichen am Gesamtbedarf der Gesundheitseinrichtung orientierten Umlageverfahren (z.B. tagesgleiche Pflegesätze) finanziert wurden. Wer die Kosten für Behandlungssicherheit weitergeben kann, verspürt insoweit keinen Anreiz zu sparen. Vor allem mit der Entwicklung sog. „diagnosis related groups (DRG)“⁷ wurde jedoch ein Preis für medizinische Leistungen eingeführt, der sich nach der in Deutschland gewählten Ausgestaltung als pauschale Vergütung pro Behandlungsfall darstellt. Die damit verbundene Entstehung eines Gesundheitsmarktes lässt sich beispielhaft ablesen an dem Anpassungsverhalten des Krankenhaussektors in Reaktion auf die schrittweise Einführung individueller Behandlungskostenbegrenzung. Während die Verweildauer über die letzten zwei Jahrzehnte drastisch abgenommen hat, sind die Fallzahlen im gleichen Zeitraum ebenso deutlich gestiegen.⁸ Die damit einhergehende Arbeitsverdichtung für Ärzteschaft und Pflege erweist sich paradoxerweise als Kostentreiber im Gesundheitssektor. Das DRG-Bemessungsprinzip der relativen Kosten bei anschließender Verteilung eines jährlich gedeckelten Gesamtbudgets verführt die medizinischen Leistungserbringer nämlich zu einem Wettlauf um möglichst viele Fälle, die isoliert betrachtet aber immer weniger einbringen. Die theoretische Debatte um Rationierung und Priorisierung medizinischer Leistungen⁹ steht in einem merkwürdigen Kontrast zur ökonomischen Wirklichkeit des DRG-Systems, in der Studien den Verdacht nahelegen, dass Patienten kostspielige Eingriffe wie die Implantation künstlicher Hüft- und Kniegelenke geradezu aufgenötigt bekommen.¹⁰ Die mutige Feststellung des seinerzeitigen Präsidenten der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie (DGCH) *Grading*, es würden „unnötige Eingriffe vorgenommen, weil sie Kliniken oder auch Praxen Geld bringen“, hat bislang ebenso wenig sichtbare Veränderungen bewirkt wie sein ehrenwerter Appell an Klinikleitungen und Praxisinhaber zur Rückbesinnung auf die Ethik.¹¹

Fielen *Brechts* berühmte Beobachtungen in der Dreigroschenoper zum Rangverhältnis von Materialismus und Moral noch recht pauschal aus, gelang später sogar ein mathematisches Modell individuell rationalen Verhaltens, demzufolge jeder Marktteilnehmer sein eigenes Verhalten primär an der Antizipation der Entscheidungen seiner Wettbewerber ausrichtet (sog. *Nash* equilibrium).¹² Ethische Appelle treffen daher sinnbildlich auf Gefangene des (Gesundheits-)Systems, die sich in einem politisch gewollten „Verdrängungswettbewerb unter den Leistungserbringern“¹³ zu behaupten versuchen. Seit Einführung der vorerst letzten¹⁴ DRG-Ausbaustufe 2004 steigt für Krankenhausleitungen und niedergelassene Ärzte der Kosten- bzw. Gewinnruck weiter, wobei die Unterscheidung der beiden Begriffe in einem zunehmend privatisierten Gesundheitsmarkt eher rhetorische Bedeutung hat.¹⁵ Die individuelle ökonomische Ratio besteht in der Erlösmaximierung durch Behandlung möglichst vieler Fälle mit möglichst hohem Schweregrad nach DRG (und entsprechend hohen Behandlungsrisiken)¹⁶ bei gleichzeitiger Kostenminimierung durch weitestmögliche, gerade noch zulässige Unterschreitung der durchschnittlichen Sicherheitsstandards, deren Einhaltung infolge der Informationsasymmetrie keine Fallzahl- bzw. Umsatzsteigerung bringen würde. Aber wer bestimmt die Standards? Die Marktteilnehmer selbst sind dazu nach

Akerlof nicht in der Lage, wohl aber der Staat.¹⁷ Dieser könnte etwa durch die Vorgabe von fallbezogenen Personalschlüsseln für gleiche Wettbewerbsbedingungen sorgen und so eine Unterbietungskonkurrenz bei der medizinischen Sicherheit verhindern. Doch die Politik blickt in erster Linie gebannt auf die weiter steigenden Gesamtkosten im DRG-System. Daher zielen die Qualitätssicherungsmaßnahmen des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) und erst recht die Compliance-Bemühungen der Medizinischen Dienste der Krankenkassenversicherung (MDK) bislang zu einseitig auf Kostendämpfung und zu wenig auf präzise Sicherheitsstandards. Somit bleibt es in weiten Teilen der Rechtsprechung überlassen, die Mindestqualität medizinischer Leistungserbringung sowie die Aufklärungspflichten und damit diejenigen Wettbewerbsregeln festzulegen, die zur Verhinderung eines „lemon market“ existenziell sind.

2. Justitia als Wettbewerbshüterin

Inwieweit sich die Gerichte bereits über ihre zusätzliche Verantwortung als (faktische) Wettbewerbshüter bewusst geworden sind, die ihnen durch die marktwirtschaftliche Transformation des Gesundheitssektors in den letzten Jahren erwachsen ist, lässt sich nicht recht erkennen. Die Leistungserbringer warten jedenfalls noch auf eine verlässliche Orientierung, welche Kostenstellen in welchem Umfang im betriebswirtschaftlichen Optimierungswettbewerb stehen und welche nicht. Der BGH hat zwar begonnen für Klarheit zu sorgen, indem er die Vorgaben des G-BA (im Gegensatz zu den Leitlinien von ärztlichen Fachgremien oder Verbänden) „unbesehen“ mit dem zur Beurteilung eines Behandlungsfehlers gebotenen medizinischen Standard gleichsetzen will.¹⁸ Allerdings konnten sich die im G-BA nach § 91 SGB V vertretenen Interessengruppen ausgerechnet in besonders haftungsrelevanten Fragen wie etwa der Personalausstat-

7 Erstmals, jedoch als Konzeption einer Prozesskostensteuerung *Fetter/Thompson*, *Medical Care* 1969, 450–462.

8 BARMER GEK Report Krankenhaus 2011, S. 18, www.barmergek.de; lediglich die Krankenhausverweilzeiten unter der Diagnose von psychischen Störungen (der einzigen nicht dem DRG-System unterliegenden Indikationsgruppe) wuchsen deutlich, im Vergleich zu 1990 um 57 % (S. 27).

9 Einführender Überblick bei *Fuchs/Nagel/Raspe*, *Deutsches Ärzteblatt* 2009, A 554.

10 BARMER GEK Report Krankenhaus 2010, S. 10, www.barmergek.de; „Hinweise darauf, dass die Indikation zur Erstimplantation [...] großzügiger gestellt wird.“

11 FOCUS Online (18.4.2010) www.focus.de/gesundheits/news/gesundheitsystem-chirurgen-praesident-kritisiert-gewinnstreben-von-aerzten-und-kliniken_aid_499773.html.

12 *Nash Jr.*, *Non-cooperative Games*, Dissertation, Princeton University 1950 (www.princeton.edu), ausgezeichnet mit dem Wirtschaftsnobelpreis 1994.

13 HNO-Mitteilungen 2000, 158 mit wörtlichem Zitat des Ministerialdirigenten *Dr. Orlowski* aus dem BMG vom 16.6.2000: „Ausdrückliches Ziel der in Kraft getretenen Integrations-Versorgung nach § 140 Gesundheitsreformgesetz ist der Verdrängungswettbewerb unter den Leistungserbringern.“

14 Das BMG beabsichtigt bereits die Ausweitung auf psychische Störungen mit dem im Nov. 2011 vorgelegten Entwurf des Psych-EntG, vgl. www.dgppn.de, Presse-Information Nr. 52 vom 7.12.2011.

15 *Leidner*, *Deutsches Ärzteblatt* 2009, A 1456; zur „Rekorddividende“ 2011 einer privaten Krankenhausgesellschaft *Flinthrop*, *Deutsches Ärzteblatt* 2011, A 983.

16 *Flinthrop*, *Deutsches Ärzteblatt* 2011, A 2057.

17 *Akerlof*, *QJE* 1970, 488: „[...] in these markets social and private returns differ, and therefore, in some cases, governmental intervention may increase the welfare of all parties.“

18 BGH, *Beschl. v. 28.3.2008 – VI ZR 57/07*, *juris Rz. 4 = GesR* 2008, 361.

Adverse Selektion medizinischer Leistungserbringer

tung bislang nicht zu hinreichend konkreten Beschlüssen durchringen. Insoweit überantwortet der BGH die Bestimmung des geschuldeten Facharztstandards weiterhin als Tatsachenfrage den Instanzgerichten und damit letztlich den lediglich einer juristischen Plausibilitätskontrolle¹⁹ unterliegenden medizinischen Sachverständigen. In der Konsequenz muss die Frage nach der einzuhaltenden medizinischen Mindestqualität in jedem Verfahren neu gestellt werden, was die Gefahr sich widersprechender Antworten in sich birgt.

Als ob in einer Situation derartiger Rechtsunsicherheit die ökonomische Gefahr eines Qualitätsverdrängungswettbewerbes wie auch der persönliche Einfluss ärztlicher Gutachter noch nicht groß genug wären, verlangt der BGH außerdem noch von den Sachverständigen eine (eigentlich der Politik vorbehalten!) Entscheidung über die geografische Versorgungsdichte und den Leistungsumfang des medizinischen Angebots in Deutschland: „Die Anforderungen des medizinischen Sachverständigen dürfen sich nicht unbesehen an den Möglichkeiten von Universitätskliniken und Spezialkrankenhäusern orientieren, sondern müssen sich auch an den für diesen Patienten in dieser Situation faktisch erreichbaren Gegebenheiten ausrichten, sofern auch mit ihnen ein zwar nicht optimaler, aber noch ausreichender [?] medizinischer Standard erreicht werden kann.“²⁰ Von den ärztlichen Sachverständigen wird auf diese Weise nicht weniger als die Lösung der rechtswissenschaftlich „bislang nicht einmal im Ansatz geklärte[n] Frage“²¹ verlangt, in welchem Umfang Medizinschadensfälle infolge „suboptimaler“ Versorgungsstrukturen um den Erhalt Letzterer willen hinzunehmen sind.

- 19 BGH, Urt. v. 16.1.2001 – VI ZR 408/99, NJW 2001, 1787.
 20 BGH, Urt. v. 14.12.1993 – VI ZR 67/93, NJW 1994, 1596, Leitsatz Nr. 2.
 21 Kudlich/Schulte-Sasse, NStZ 2011, 241 (246).
 22 Debong, ArztR 2011, 284 zur arbeitsrechtlich exakten Abgrenzung von Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft.
 23 Nach BGH, Urt. v. 16.4.1996 – VI ZR 190/95, NJW 1996, 2429 sowie Urt. v. 16.5.2000 – VI ZR 321/98, NJW 2000, 2737 (2738 f.) = BGHZ 144, 296, darf die Überwachung eines CTG keinem nichtärztlichen Personal überlassen werden.
 24 Daher generell ablehnend gegenüber Rufbereitschaften in der Geburtshilfe Pelz in Berg/Ulsenheimer (Hrsg.), Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis- und Krankenhausorganisation 2006, 73 (85).
 25 OLG Stuttgart, Urt. v. 13.4.1999 – 14 U 17/98, juris Rz. 121.
 26 Empfehlungen für die strukturellen Voraussetzungen der perinatalen Versorgung in Deutschland (Stand: August 2010), S. 9 (5.1), www.dggg.de. Sofern die DGGG die zusätzliche Größe einer „Notfallzeit“ einführen will, die sich aus der Addition von E-E-Zeit und einer „Wegzeit 1–5 Min.“ ergeben soll, beruht dies indes auf einem Irrtum. Begriffsnotwendig werden nämlich alle bei einer Notsectio anfallenden Wege zwischen Indikationsstellung und Entwicklung des Kindes und damit bereits innerhalb der E-E-Zeit zurückgelegt.
 27 Zum Meinungsstand OLG Stuttgart, Urt. v. 13.4.1999 – 14 U 17/98, juris Rz. 94–97, 121.
 28 OLG Hamm, Urt. v. 16.1.2002 – 3 U 156/00, juris Rz. 19 = GesR 2002, 101; OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.11.1999 – 8 U 126/98, juris Rz. 33; OLG Braunschweig, Urt. v. 18.12.1997 – 1 U 30/97, juris Rz. 20.
 29 OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.10.2004 – 7 U 122/03, GesR 2005, 115 = NJW-RR 2005, 107; LG Gera, Urt. v. 6.5.2009 – 2 O 15/05, juris Rz. 20; LG Dortmund, Urt. v. 15.11.2007 – 4 O 21/04, juris Rz. 38.
 30 LG Münster, Urt. v. 14.10.2004 – 11 O 1054/01, juris Rz. 24.
 31 LG Ravensburg, Urt. v. 21.11.1996 – 3 O 1140/94, juris Rz. 35.
 32 OLG Koblenz, Urt. v. 5.2.2009 – 5 U 854/08, GesR 2009, 198 = juris Rz. 16 f. unter Berufung auf einen Sachverständigen, der die „im fachlichen Standard als Grenze angesetzt[e]“ E-E-Zeit „von unter 20 Minuten“ für „übertrieben“ hält und erst „eine E-E-Zeit von über 30 Minuten, 40 oder 50 Minuten“ als unvertretbar ansieht.

a) Verwirrung um Organisationsanforderungen in der Geburtshilfe

Im Fokus dieses Problembereiches stehen insbesondere die Bereiche Geburtshilfe und Anästhesie aufgrund ihrer sehr kurzen Einsatzzeiten. Die hier üblicherweise auf Hypoxie beruhenden Patientenschäden gehören überdies zu den schwersten überhaupt. Auch bei zunächst normal verlaufenden Geburten können unvermutet Komplikationen auftreten (z.B. Nabelschnur-Strangulation des Kindes), die eine minutenschnelle Notsectio erfordern. Den hierfür erforderlichen Vorhalt von Fachärzten der Gynäkologie, Anästhesie sowie – zur Erstversorgung des hypoxischen Kindes – der Pädiatrie in durchgehendem Bereitschaftsdienst im Haus können sich zumindest kleinere Einrichtungen nicht leisten und weichen auf aushäusige Rufbereitschaften aus.²² Rufbereitschaften führen zu zwei Problemen. Erstens muss überhaupt noch jemand vor Ort sein, der die Indikation zur Notsectio erkennen kann.²³ Zweitens erfordert eine Notsectio wesentlich mehr Zeit, wenn die beteiligten Ärzte erst aus der Rufbereitschaft herbeigeht werden müssen.²⁴ Will sich daher ein Träger informieren, inwieweit Rufbereitschaftsdienste in geburtshilflichen Abteilungen überhaupt zulässig sind, so sieht er sich einer Kakophonie von Gerichtsentscheidungen gegenüber, die auf beunruhigend widersprüchlichen Aussagen ärztlicher Gutachter über den angebliehen medizinischen Standard beruhen. Wie erklären sich diese Widersprüche? Dem OLG Stuttgart zufolge „stellen sich [bei Indikation einer Notsectio] in der Regel nach 10 Minuten bleibende Schäden in den Hirnstrukturen ein. [...] Im Kampf gegen eine bleibende Schädigung des Kindes kommt es deshalb auf jede Minute Zeitgewinn an.“²⁵ Auch die Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG) stellt in ihrer Leitlinie 3.5.1 fest, dass sich absolut eilige Notfälle wie etwa eine Nabelschnurkomplikation nur bei einer sog. Entscheidungs-Entbindungs-Zeit (E-E-Zeit) von maximal 10 Minuten „mit angemessener Sicherheit behandeln“ lassen.²⁶ Die gutachterliche Uneinigkeit entzündet sich im Wesentlichen erst an der zynisch anmutenden Fragestellung, in welchem Umfang geburtshilflichen Kliniken nach betriebswirtschaftlicher Kostenrechnung zugemutet werden kann, der geschilderten medizinischen Realität Rechnung zu tragen.²⁷ Es drängt sich der Eindruck auf, dass hier eine schwierige Grundsatzentscheidung über die Rationierung medizinischer Sicherheit „wie eine heiße Kartoffel“ von der Politik über den G-BA und die Gerichte an einzelne Sachverständige weitergegeben wird. Wie unwohl sich die Gerichte fühlen mit dem auch auf persönliche Interessenkonflikte der befragten Gynäkologen zurückzuführenden Dissens zeigt ihre argumentative Zuflucht zu einer Fülle von Einzelfallumständen in den Urteilsbegründungen. Teilweise wird bereits die Zulässigkeit von Rufbereitschaften an sich verneint.²⁸ Überwiegend wird bei einer Notsectio die Einhaltung einer E-E-Zeit verlangt, die oft bei maximal 20 Minuten angesetzt wird,²⁹ aber auch schon bei 23 Minuten³⁰ oder 20–30 Minuten³¹ gesehen wurde. Das OLG Koblenz kommt sogar zu dem kühnen Schluss, dass allein die Häufigkeit der Verstöße gegen die 20-Minuten-Vorgabe bereits die Geltung selbiger aufhebe.³² Zu Ende gedacht bedeutet dieses Urteil letztlich die Übertragung des Qualitätsunterbietungswettbewerbs vom „lemon market“ nach Akerlof auf das Gebiet der Haftungsrechtsprechung.

b) Sybillinische Zurückhaltung des BGH

Trotz dieser allgemeinen Verwirrung beließ es der BGH bislang bei knappen Ausführungen in zwei Urteilen, in denen er die Tatsachenfeststellungen für unvollständig

Adverse Selektion medizinischer Leistungserbringer

hielt. Aus medizinischer Sicht ist diese Zurückhaltung auch deshalb bedauerlich, weil die beiden verfahrensgemäßen Komplikationen (Nabelschnurumschlingung bzw. Fußlage des Kindes) als „Klassiker“ unter den geburtshilflichen Notfällen auch Anlass zu grundsätzlichen Ausführungen hätten geben können. In der Entscheidung von 1994 ging es um die fachliche Überforderung zweier Assistenzärzte mit der Erstversorgung eines schwerst sauerstoffmangelgeschädigten Neugeborenen, während der Oberarzt der Geburtshilflich-Gynäkologischen Abteilung zu Hause in Rufbereitschaft stand. Der BGH verwies den Fall zur Prüfung der Frage zurück, ob der im Kreißsaal diensttuende Arzt auf die „Erprobtheit dieser Organisation“ deshalb nicht hätte vertrauen dürfen, weil er „auf Grund konkreter Anhaltspunkte wissen [musste], dass der Oberarzt im Fall von Komplikationen, mit denen nach Lage der Dinge gerechnet werden musste, nicht rechtzeitig zur Stelle sein werde“.³³ Die Fragestellung erscheint zirkelschlüssig, weil genau genommen erst der Eintritt des Notfalls den konkreten (!) Anhaltspunkt (und Beweis) liefern konnte, dass der allein zur Intubation befähigte Oberarzt zu spät kommen würde. Wenn aber die bei jeder Normalgeburt bestehende Möglichkeit einer unvermittelt auftretenden Nabelschnurkomplikation als Anhaltspunkt für die Unzulänglichkeit des Rufbereitschaftssystems ausreicht, dann hätte es keiner weiteren Feststellungen bedurft, sondern der rechtlichen Würdigung durch den BGH. Die zweite Entscheidung von 1998 erstreckt sich auf den eigentlichen Geburtsvorgang, der wiederum nachts von einer überforderten Assistenzärztin begleitet wurde. Der BGH irritiert mit dem Satz: „Die Mutter des Klägers war unerwartet in der Klinik erschienen, sodass sich diese hierauf nicht einstellen musste.“³⁴ Es folgt keine Auseinandersetzung mit der Frage, warum die Mutter nicht an eine andere Klinik verwiesen wurde.³⁵ Eine Aussage in der Sache zur „bloßen Rufbereitschaft“ überlässt der BGH dem Tatgericht, das Feststellungen nachzuholen habe, ob „bei einer geburtshilflichen Abteilung dieser Größe das vom Sachverständigen für erforderlich erachtete ‚unverzügliche Erscheinen‘ nicht mehr gewährleistet war“.³⁶

c) Unklare Rechtslage verleitet zur Erprobung risikofähiger Betriebsmodelle

Die vom BGH „unbesehen“³⁷ für maßgeblich erachteten Vorgaben des G-BA bringen ebenfalls kaum Klarheit. Zwar werden dort geburtshilfliche Einrichtungen in ein vierstufiges System eingeordnet mit einem ausdrücklichen Verbot von Rufbereitschaften in den beiden oberen Versorgungsstufen.³⁸ Doch bereits in der dritten Versorgungsstufe werden die Vorgaben ungenau und erschöpfen sich in der niedrigsten Stufe schließlich darin, dass hier nur noch Geburtsfälle „ohne zu erwartende Komplikationen“ aufgenommen werden dürfen mit der Konsequenz, dass „unvorhersehbare Notfälle“ auf den „Neugeborenenentransport“ angewiesen sind.³⁹ E-E-Zeiten nennt der G-BA gar nicht. Dieser lockere Umgang mit den kleinen Geburtskliniken der untersten Versorgungsstufe steht im Widerspruch zu ihrer besonderen Schadensgeneigtheit,⁴⁰ die unter Gynäkologen bereits zu der mehr oder weniger offen geäußerten Auffassung geführt hat, „dass geburtshilfliche Abteilungen kleinerer Krankenhäuser eigentlich geschlossen werden sollten, weil das Risiko, dass plötzlich auftretende Komplikationen nicht beherrscht werden können, viel zu groß sei“.⁴¹ Entsprechende (kommunal-)politische Entscheidungen in Reaktion auf schwere Geburtsschadensfälle sind zwar bisweilen zu beobachten,⁴² konfrontieren aber die örtlichen Entscheidungsträger regelmäßig mit ausgesprochen bissig

und unsachlich geführten Standortkämpfen.⁴³ Die Rechtsprechung sieht bislang noch keinen Organisationsmangel in den beschränkten Möglichkeiten einer „kleinen geburtshilflichen Belegabteilung“ an sich.⁴⁴ Angesichts der im Einzelnen aber unklaren haftungsrechtlichen Lage verleitet der Wettbewerbsdruck zur Erprobung verschiedener personalreduzierter Betriebsmodelle. Die von Pelz in der Gerichtspraxis beobachtete erhebliche Risikofähigkeit⁴⁵ solcher Belegabteilungen trifft übrigens eher selten den Träger aufgrund der eigenständigen Haftung von Belegärzten und Beleghebammen.⁴⁶ Auch abseits des Belegsystems wird das zivil- und vor allem strafrechtliche Haftungsrisiko in erster Linie von den patientennahen Behandlern getragen, jedoch bislang nicht von den Akteuren auf wirtschaftlicher Leitungsebene eines Krankenhauses persönlich.⁴⁷ Es kann daher kaum überraschen, dass Personaleinsparungsrunden immer wieder von kaufmännischen Leitungen forciert werden, deren einziges persönliches Risiko der eigene Jobverlust ist, wenn sie tatenlos zusehen, wie die Konkurrenz im Nachbarklinikum „erfolgreich“ Personal abbaut.

- 33 BGH, Urt. v. 12.7.1994 – VI ZR 299/93, NJW 1994, 3008 (3009).
 34 BGH, Urt. v. 3.2.1998 – VI ZR 356/96, NJW 1998, 2736 (2737).
 35 Leider geht der BGH auch nicht auf OLG Braunschweig, Urt. v. 18.12.1997 – 1 U 30/97, juris Rz. 20 ein, wonach „an der Notversorgung beteiligte Krankenhäuser“ nicht mit Rufbereitschaften planen dürfen.
 36 BGH, a.a.O.
 37 Vgl. Fn. 18.
 38 Anlage 1 zur Vereinbarung über Maßnahmen zur Qualitätssicherung der Versorgung von Früh- und Neugeborenen (Stand: 20.8.2009), Seiten 2 (1.A.6.) und 5 (2.A.6.), www.g-ba.de/informationen/richtlinien/41.
 39 A.a.O., S. 9 (4.).
 40 Pelz in Berg/Ulsenheimer (Hrsg.), Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis- und Krankenhausorganisation 2006, S. 73 (84): „Als erheblich risikofähig haben sich in der Vergangenheit die geburtshilflichen Abteilungen von Krankenhäusern erwiesen und in diesem Bereich insbesondere die Belegabteilung.“
 41 Francke, jurisPR-MedizinR 6/2011 Anm. 2 (unter B.).
 42 So die Schließung der Geburtshilfe im Eschenbacher Krankenhaus (vgl. Lokalpresse vom 26.1.2005, Keine Babys mehr im Krankenhaus, www.oberpfalznetz.de/onetz/669359-127,1,0.html) durch den Landrat wenige Monate nach einem Schadensfall, für den das OLG Nürnberg mit Urt. v. 25.3.2011 – 5 U 1786/10, BeckRS 2011, 10586 ein grobes Organisationsversagen des Trägers (mit-)verantwortlich machte.
 43 Aktuell etwa SÜDWEST PRESSE Online (8.12.2011) mit der wohl kaum empirisch fundierten Schlagzeile „Stirbt Geburtshilfe, stirbt Krankenhaus“ (www.swp.de).
 44 OLG Hamm, Hinweisbeschl. v. 17.1.2011 – 3 U 112/10, juris Rz. 7. Abzuwarten bleibt in ähnlichem Zusammenhang, ob die Aufhebung des Beschlusses des G-BA zur Erhöhung der Mindestmengen für die Versorgung Frühgeborener durch das LSG Berlin-Brandenburg, Urteile v. 21.12.2011, führendes Az. L 7 KA 64/10 KL (gleichzeitige Pressemitteilung, www.lsg.berlin.brandenburg.de) vor dem BSG Bestand haben wird. Der G-BA dringt dabei auch auf Klärung der grundsätzlichen Frage, welches Evidenzgewicht er bei seinen Entscheidungen zukünftig vorweisen muss, vgl. Hess in www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/klinikmanagement/article/684229/mindestmengen-fruehchen-gekippt.html.
 45 Vgl. Fn. 40.
 46 BGH, Urt. v. 14.2.1995 – VI ZR 272/93, NJW 1995, 1611 = BGHZ 129, 6, Leitsatz Nr. 2.
 47 Dazu kritisch Kudlich/Schulte-Sasse, NStZ 2011, 241 mit Zustimmung Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 222 Rz. 10. Ferner Schulte-Sasse, ArztR 2010, 200; ders., Deutsches Ärzteblatt 2009, A 2061; ders., Anästhesiologie & Intensivmedizin 2009, 552; für Arztpraxisinhaber neuerdings AG Limburg a.d.Lahn, Urt. v. 25.3.2011 – 3 Js 7075/08-52 Ls, ArztR 2011, 232 (= BeckRS 2011, 21303) m. Anm. Neelmeier, ArztR 2011, 256.

Adverse Selektion medizinischer Leistungserbringer

3. Ärztliche Sachverständige im Spannungsfeld eines medizinisch-ökonomischen Begutachtungsmaßstabes

Das Grundproblem bei der Bestimmung der E-E-Zeit ist die vom BGH den medizinischen Sachverständigen verordnete Vermischung medizinisch-fachlicher Fragen mit mikro- und makroökonomischen Rationierungsproblemen. Während sich medizinisch-fachliche Aussagen nämlich in einer wissenschaftlichen Debatte verorten lassen und einer Überprüfung zugänglich sind, korreliert die Beurteilung der Frage, ob mit „den für diesen Patienten in dieser Situation faktisch erreichbaren Gegebenheiten“ „ein zwar nicht optimaler, aber noch ausreichender medizinischer Standard erreicht werden kann“,⁴⁸ stark mit der persönlichen Erlebenswelt des jeweiligen Gutachters. Schließlich steht indirekt auch die eigene ärztliche Arbeitsweise auf dem Prüfstand. Die hieraus nicht selten resultierende Befangenheit verstärkt sich noch durch die Notwendigkeit zur Beauftragung von Gutachtern mit herausgehobener Verantwortung (etwa Chefärzte), damit Fragen der Personalorganisation aus eigener Anschauung beurteilt werden können. Der Ärztemangel wiederum ist in kleinen Krankenhäusern abseits der Ballungszentren deutlich spürbarer als in Großeinrichtungen.⁴⁹ Die Kriterienliste ließe sich weiter fortsetzen und der Grundsatz des fairen Verfahrens würde bei genauer Betrachtung ein so umfangreiches Mitspracherecht der Parteien bei der Gutachterbestellung verlangen, dass diese der jury selection im US-amerikanischen Recht nahekäme. Noch gibt es vor deutschen Gerichten kein solches Mitspracherecht, und große Medizinrechtskanzleien sind daher längst dazu übergegangen, einen Pool genehmer Privatgutachter vorzuhalten. Mit Blick auf die nicht selten ungleiche Ressourcenverteilung zwischen den Parteien in Arztprozessen erscheint das ebenso bedenklich wie die damit einhergehende Tendenz einseitiger Begutachtung, die von einem Gericht bereits jüngst als „Sachverständigenunwesen“ gebrandmarkt wurde.⁵⁰ Inhaltlich müsste der BGH den medizinischen Sachverständigen Kriterien an die Hand geben, um intersubjektiv nachvollziehbare Aussagen zur Ermittlung des „nicht optimalen, aber noch ausreichenden medizinischen Standards“ zu ermöglichen. Schließlich ist nicht einzusehen, wieso sich in Gegenwart von „Rekorddividenden“ privater Krankenhausbetreiber⁵¹ die für einen Patienten „faktisch erreichbaren Gegebenheiten“ in suboptimaler Behandlungssicherheit erschöpfen sollen. Will der BGH unverändert an seiner Rechtsprechung festhalten, so müsste er konsequenterweise den Sachverständigen Einblick in die Betriebsbuchhaltung und die Personalkostenplanung des jeweiligen Krankenhauses gewähren. Überspitzt ließe sich sogar die Forderung formulieren, dass bei der Begutachtung von Behandlungsfehlern neben Ärzten auch etwa die Anhörung von Unternehmensberatungen zuzu-

lassen wäre hinsichtlich der Frage, ob bereits alle patientenfernen Rationalisierungsreserven ausgeschöpft worden sind, um eine Absenkung der Patientensicherheit zu rechtfertigen.

a) Reduzierung der Kostenquote als unternehmerischer Selbstzweck

Diese Überlegungen zeigen, dass der BGH sein medizinisch-ökonomisches Konzept gutachterlicher Feststellung von Behandlungsfehlern in einer Zeit entworfen hat, die geprägt war von der Vorstellung chronisch defizitär arbeitender Krankenhäuser, welche die vom Staat zur Verfügung gestellten knappen Ressourcen selbstlos an die Patienten durchleiten. Doch dieser gedankliche Ausgangspunkt des BGH wirkt wie ein Anachronismus im heutigen Gesundheitsmarkt, auf dem die Leistungserbringer das grundsätzlich legitime Ziel maximaler Rentabilität verfolgen und hierbei selbstverständlich eine getrennte Betrachtung von Umsatzerlösen und Kosten vornehmen. Der Anreiz zur Reduzierung von Patientensicherheit folgt nicht mehr notwendig aus Ressourcenknappheit, sondern er liegt in der Reduzierung der Kostenquote als Selbstzweck betriebswirtschaftlich rationaler Unternehmensführung. Der Staat hat sich nicht in der Lage gesehen, die kostspieligen Ineffizienzen im Gesundheitswesen der Nachkriegsjahrzehnte selbst zu beheben. Vor dem Hintergrund dieser Einschätzung ist die Politik bis heute beschäftigt mit der schrittweisen Einführung marktwirtschaftlicher Mechanismen im Gesundheitssektor. Vielleicht war es naiv von der Politik, auf segensreiche Wirkungen eines „Verdrängungswettbewerbs[s] unter den Leistungserbringern“⁵² zu hoffen und dabei die Rechtsprechung mit der konkreten Ausgestaltung der Wettbewerbsbedingungen weitgehend allein zu lassen. Um des Schutzes medizinischer Qualitätsanbieter willen (der natürlich auch den Patienten zugutekommt) muss die Justiz jedoch die ihr aufgedrängte Rolle annehmen und für klare Behandlungsstandards sorgen, auf deren Einhaltung auch durch die Mitbewerber für jeden Anbieter Verlass ist.

b) Anachronistische haftungsrechtliche Privilegierung von Mangel gegenüber Mängeln

Davon ist das Arzthaftungsrecht gegenwärtig weit entfernt, weil das bisherige medizinisch-ökonomische Behandlungsfehlerkonzept der Markttransformation des Gesundheitswesens noch nicht Rechnung trägt. So lassen sich die ohnehin nicht ganz widerspruchsfreien⁵³ Antworten des BGH auf Probleme der Teilhabe am (technischen) Fortschritt der Medizin in den 70er- und 80er-Jahren des letzten Jahrhunderts nicht übertragen auf die heutige Herausforderung eines Wettbewerbsdrucks, der Anbieter zum Rückschritt gegenüber dem bereits erreichten Standard reizt. Ist beispielsweise ein medizintechnisches Gerät vorhanden, aber defekt, muss das Krankenhaus nach dem BGH „für eine Reparatur oder die Anschaffung eines Ersatzgerätes sorgen“.⁵⁴ Ist medizinisches Personal vorhanden, arbeitet aber defizitär, muss der Träger hierfür ebenfalls einstehen, da „es sich im Allgemeinen nicht auswirken [kann], ob steuerbare räumliche oder personelle Engpässe die vom Standard her gebotene Behandlung erschwert haben“.⁵⁵ Fehlt hingegen ein Medizingerät und kommt es daher zu einem so typischen Patientenschaden, dass gerade um der Verhinderung solcher Verletzungen willen bereits ein wissenschaftlicher Konsens über einen neuen Gerätetypus besteht, der sogar in der Nachbarklinik schon im Einsatz ist, so begnügt sich der BGH zur Entlastung des Trägers mit dem Vortrag, die Anschaffung des neuen Geräts sei „bereits in die Wege geleitet“.⁵⁶ Fehlt in einer geburtshilfli-

48 Vgl. Fn. 20.

49 *Aerzteblatt.de* (5.12.2011), Krankenhaus Barometer 2011: Kliniken kompensieren Ärztemangel mit Honorarärzten, www.aerzteblatt.de/nachrichten/48286/.

50 AG Limburg a.d.Lahn, Urt. v. 25.3.2011 – 3 Js 7075/08-52 Ls, *ArztR* 2011, 232 (= *BeckRS* 2011, 21303), *juris Rz.* 212 mit Anm. *Neelmeier*, *ArztR* 2011, 256 (264).

51 Vgl. Fn. 15.

52 Vgl. Fn. 13.

53 Ausführlich *Damm*, *NJW* 1989, 737.

54 BGH, Urt. v. 10.5.1983 – VI ZR 270/81, *NJW* 1983, 2080 (2081).

55 BGH, Urt. v. 16.5.2000 – VI ZR 321/98, *NJW* 2000, 2737 (2740) = *BGHZ* 144, 296.

56 BGH, Urt. v. 22.9.1987 – VI ZR 238/86, *NJW* 1988, 763 (764) = *BGHZ* 102, 17.

Adverse Selektion medizinischer Leistungserbringer

chen Abteilung ärztliches Fachpersonal und kommt es daher zu einem Geburtsschaden, so ist bei Einhaltung der vom jeweiligen Sachverständigen für „nicht optimal, aber ausreichend“⁵⁷ erachteten E-E-Zeit die Klage eines schwerbehinderten Kindes aussichtslos. Im ökonomischen Ergebnis provoziert diese Haftungsrechtsprechung das unternehmerische Kalkül, lieber mit einem gestandenen (Beleg-)Facharzt in 365 Nächten häuslicher Rufbereitschaft zusammenzuarbeiten, dabei die E-E-Zeitvorgaben auszureizen⁵⁸ und das asphyktische Kind dem „Neugeborenentransport“⁵⁹ zu übergeben, als beispielsweise einen zusätzlichen Facharzt in Weiterbildung einzustellen, der zwar die Notsectio vielleicht gerade noch bewältigt und so für das Überleben des Kindes sorgt, dann aber während der anspruchsvollen Erstversorgung nicht auch noch pädiatrischen Facharztstandard leisten kann und zum Haftungsfall für den Krankenträger wird.⁶⁰ Ein medizinisch-ökonomisches Behandlungsfehlerkonzept, in dem der Parteivortrag, keinen (anwesenden) Arzt zu haben, erfolversprechender sein kann als der Hinweis auf die Überlastung einer personell überobligationsmäßig besetzten Abteilung, befördert adverse Selektion im „Verdrängungswettbewerb unter den Leistungserbringern“.⁶¹

4. Wettbewerblicher Nutzen einer Aufklärungspflicht über die konkrete Fähigkeit zur Notsectio

Das eigentliche Problem des „lemon market“, die Informationsasymmetrie, ließe sich aber am wirksamsten durch eine Änderung der Aufklärungspflichten bekämpfen. Es ist erstaunlich, dass der BGH vom einzelnen Assistenzarzt gegebenenfalls eine Patientenaufklärung verlangt, inwieweit sein Ausbildungsstand für die anstehende Behandlung ausreicht,⁶² selbige aber der Klinik erlässt hinsichtlich des Zustandes ihrer personellen und apparativen Infrastruktur.⁶³ Gerade der geburtshilfliche Markt ist wegen des sich über Monate ankündigenden Ereignisses geprägt von einem scharfen Marketingwettbewerb um die werdenden Mütter, in dem „Aromalampen, Feng-Shui-Räume und Fotoservice schon fast zum Standardrepertoire“⁶⁴ gehören. Wenn jede Einrichtung einer Informationspflicht über die medizinisch-fachlich gebotene E-E-Zeit von maximal 10 Minuten und der dort tatsächlich zu erwartenden E-E-Zeit unterliegen würde, bekämen Bemühungen um eine bessere Notsectiobereitschaft Wettbewerbsbedeutung, weil die höheren Personalkosten sich betriebswirtschaftlich durch steigende Umsätze rechtfertigen würden. Überdies würde eine bedenkliche Patientenbevormundung beendet. Zum Vergleich: Es lässt sich heute keine Zigarette mehr rauchen, ohne von Warnhinweisen über die Gesundheitsgefahren „erschlagen“ zu werden. US-Tabakkonzerne mussten schon vor Jahren milliardenschwere Strafzahlungen für die Nichtaufklärung ihrer Kunden leisten.⁶⁵ Die Gefahr des Todes oder schwerster Behinderungen Neugeborener infolge unzureichender Notsectiobereitschaft ist in Fachkreisen seit Jahrzehnten genauso bekannt wie die Gefahren des Tabakkonsums heute in der breiten Bevölkerung. So weist die DGGG in bemerkenswerter Deutlichkeit in ihren Leitlinien darauf hin, dass sich in den beiden unteren Versorgungsstufen die für die Geburtshilfe typischen absolut eiligen Notfälle „nicht mit angemessener Sicherheit behandeln“ lassen.⁶⁶

a) „Selbst-Schuld-Rechtsprechung“ des BGH passt nicht auf das Risikogefälle zwischen Geburtskliniken

Die Rechtsprechung hat sich bislang nur in Extremfällen zu einer Aufklärungspflicht über die Notsectiofähigkeit entschließen können.⁶⁷ So gelagert war etwa der Fall des OLG Hamm, in dem ein Geburtshelfer anlässlich einer Informationsveranstaltung in den Räumen seiner Arztpraxis (bei der auch ein Operationsraum gezeigt wurde) gegenüber den Eltern fälschlicherweise den Eindruck erweckte, er könne bei einer Geburt in seiner Praxis auch eine Notsectio vornehmen, obwohl in Notfällen ein Narkosearzt erst binnen einer Stunde und in der Nacht überhaupt nicht in der Praxis eintreffen konnte.⁶⁸ Der BGH schweigt bislang zu dieser Thematik. Im Bereich der Medizintechnik hält er es in einem Leitsatz für keinen aufklärungsbedürftigen Umstand, „dass dieselbe Behandlung andernorts mit besseren personellen und apparativen Mitteln und deshalb mit einem etwas geringeren Komplikationsrisiko möglich ist“.⁶⁹ Allerdings liegt dem die Annahme zugrunde, dass „der rasche Fortschritt in der medizinischen Technik [...] zwangsläufig zu Qualitätsunterschieden in der Behandlung von Patienten [führt], je nach dem, ob sie sich etwa in eine größere Universitätsklinik oder [...] Spezialklinik oder aber in ein Krankenhaus der Allgemeinversorgung begeben.“⁷⁰ Die noch von der Vorinstanz bejahte Aufklärungspflicht lehnte der BGH dann mit dem trockenen Hinweis ab, dass „das Vertrauen des Patienten in eine sorgfältige und gute ärztliche Behandlung nicht enttäuscht [wird], wenn ihm diejenige Behandlungsqualität geboten wird, die jeweils von dem Krankenhaus und dessen Ärzten nach dem Stand der medizinischen Kenntnisse und Erfahrung erwartet werden muss“.⁷¹ Man könnte diese Haltung pointiert als „Selbst-Schuld-Rechtsprechung“ bezeichnen und daraus die an Patienten gerichtete Warnung ableiten, dass das Betreten von „Krankenhäusern der Allge-

57 Vgl. Fn. 20.

58 Oder durch häufige Überschreitung der Zeitvorgaben sogar zur Aufweichung derselben beizutragen, vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 5.2.2009 – 5 U 854/08, juris Rz. 16 f.

59 Wobei die vom G-BA herausgestellte „Trennung von Mutter und Kind“ das geringste Problem sein dürfte, vgl. Anlage 1 zur Vereinbarung über Maßnahmen zur Qualitätssicherung der Versorgung von Früh- und Neugeborenen (Stand: 20.8.2009), S. 9 (4.), www.g-ba.de/informationen/richtlinien/41.

60 Zu einer ähnlichen Konstellation vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1994 – VI ZR 299/93, NJW 1994, 3008.

61 Vgl. Fn. 15.

62 BGH, Urt. v. 27.9.1983 – VI ZR 230/81, NJW 1984, 655 (657) = BGHZ 88, 248.

63 BGH, Urt. v. 22.9.1987 – VI ZR 238/86, NJW 1988, 763 = BGHZ 102, 17, Leitsatz.

64 *Hamburger Abendblatt* (29.9.2011), Für Geburtskliniken gehört Klappern zum Handwerk, www.abendblatt.de/hamburg/article2042881.

65 *DER SPIEGEL* (30.6.1997), Abschied vom Marlboro-Mann, www.spiegel.de/spiegel/print/d-8736229.html.

66 Empfehlungen für die strukturellen Voraussetzungen der perinatalen Versorgung in Deutschland (Stand: August 2010), Seiten 3 (2.1.1) und 5 (3.1.1), www.dggg.de.

67 Nicht einmal erörtert wurden Aufklärungspflichten von OLG Hamm, Hinweisbeschl. v. 17.1.2011 – 3 U 112/10, juris, mit diesbezüglich kritischer Anm. Francke, jurisPR-MedizinR 6/2011 Anm. 2.

68 OLG Hamm, Urt. v. 30.5.2005 – 3 U 297/04, juris = GesR 2005, 462.

69 BGH, Urt. v. 22.9.1987 – VI ZR 238/86, NJW 1988, 763 = BGHZ 102, 17.

70 BGH, Urt. v. 22.9.1987 – VI ZR 238/86, NJW 1988, 763 (765) = BGHZ 102, 17.

71 BGH, a.a.O.

Adverse Selektion medizinischer Leistungserbringer

meinversorgung“ halt auf eigene Gefahr erfolgt.⁷² Es fällt auf, wie locker der BGH die Gefährdung von Patienten durch strukturelle Versorgungsdefizite einer Einrichtung nimmt, während er umgekehrt geradezu penible Aufklärung verlangt über solche Behandlungsrisiken, die auch unter optimaler medizinischer Versorgung unvermeidbar bleiben.⁷³ Jedenfalls aus Sicht der in ihrer Selbstbestimmung berührten Patienten dürfte die Aufklärung über das Risikoprofil einer Behandlung, wie sie in der konkreten Einrichtung tatsächlich geboten werden kann, von sehr viel größerem praktischem Interesse sein als der formularartige Vortrag eines universellen „Beipackzettels“.

Jede Schwangere hat heutzutage wohl eine zumindest diffuse Ahnung davon, dass eine Hausgeburt erhöhte Risiken mit sich bringt. Will sie diese ihrem Kind trotzdem zumuten, so ist dies ihre eigenverantwortliche Entscheidung, der allenfalls zu begegnen ist mit einem Hinweis auf den Widerspruch zwischen der Schutzpflicht des Staates gegenüber ungeborenem Leben⁷⁴ und seiner Gleichgültigkeit, wenn dieses Leben bereits bei der Geburt schwersten Gefahren ausgesetzt wird. Wenn sich Schwangere hingegen gerade zum Schutz ihres Kindes für eine Geburtsklinik entscheiden, so ist ihnen das signifikante Risikogefälle zwischen den Kliniken (anders als es der BGH in Bezug auf die medizintechnische Ausstattung von Krankenhäusern unterstellt⁷⁵) nicht bewusst und gerade diese Informationsasymmetrie schafft die Gefahr eines Qualitätsverdrängungswettbewerbs im „lemon market“ nach *Akerlof*. Als Beweis hierfür dürften die Richter des 22. Senats am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in München dienen. Selbst sie sind der irrigen Ansicht: „Das Problem der unerwarteten Komplikationen stellt sich bei jeder Art von Geburt außerhalb von Geburtskliniken (Hausgeburten, Geburten in der Arztpraxis, Geburten in der Hebammenpraxis, ambulante Entbindungen im ärztlich geleiteten Geburtshaus und ambulante Entbindungen im von Hebammen geleiteten Geburtshaus) in gleicher Weise.“⁷⁶ Tatsächlich stellt sich das Problem der unerwarteten Komplikationen aber gerade auch im Unterschied zwischen verschiedenen Geburtskliniken, wie nicht zuletzt das beschriebene System der Versorgungsstufen zeigt.

b) Möglichkeit eines Konzentrationsprozesses unter Geburtskliniken rechtfertigt nicht Bevormundung der Patientinnen

Die bereits erwähnte Grundsatzentscheidung des BGH zur (Nicht-)Aufklärung von Patienten über die konkrete Verfügbarkeit medizintechnischen Fortschritts lässt angesichts ihrer „kaum verhüllten argumentativen Zerrissen-

heit“⁷⁷ vermuten, dass der BGH zwischen den Zeilen hauptsächlich von Sorge um die „ökonomische[n] Grenzen medizinischer Versorgungsstandards“ getrieben wurde.⁷⁸ Das *LG Rottweil* fand den Mut, diese Sorge auszuformulieren im Fall eines schweren Geburtsschadens aufgrund der 22-minütigen E-E-Zeit in einem Kreis-Krankenhaus mit Rufbereitschaft. Einen Behandlungsfehler wegen Verfehlung des „Ziel[es] einer E-E-Zeit von maximal 20 Minuten“ lehnte es ab.⁷⁹ Eine andere Sichtweise würde zur „Überlastung der Universitätskliniken bzw. vergleichbarer Kliniken führen. In vielen Fällen stünde für die schwangere Frau zudem keine Klinik mehr in zumutbarer Nähe zur Verfügung. Das Ergebnis wäre somit eine Verschlechterung des allgemeinen Standards anstelle einer Verbesserung.“⁸⁰ Es ist bedauerlich, dass das Gericht sich nicht mit der Idee von Aufklärungspflichten auseinandersetzt, zumal diese weniger eingriffintensiv sind als die Feststellung eines Behandlungsfehlers. Ob das Gericht glaubt, besser als die Schwangeren selbst zu wissen, welche Kliniknähe für sie „zumutbar“ ist? Die Abwägung solcher und ähnlicher Argumente muss den Schwangeren überlassen bleiben. Denn wer wollte zukünftigen Eltern eine „wohnortnahe Geburt“ aufdrängen, wenn diese lieber antenatal einen weiteren Weg auf sich nehmen möchten anstatt das Risiko einzugehen, dass ihr Kind einen Geburtsschaden erleidet und dann letztlich im „Neugeborenenentransport“⁸¹ diesen Weg zurücklegen muss.

Die heutige Gesellschaft ist jeder Bevormundung überdrüssig. Heutige Patientinnen wollen selbst Vorteile und Risiken wohnortnaher Geburtsversorgung gegeneinander abwägen und dann gut informiert entscheiden. Wird ihnen das ermöglicht, dann werden medizinische Leistungserbringer für Personalinvestitionen und geringere E-E-Zeiten mit steigenden Fallzahlen belohnt. Die Folge ist nicht Überlastung dieser Anbieter, sondern nach den üblichen Marktgesetzen der Ausbau ihrer Kapazitäten. Sollte die Mehrheit der Schwangeren bestmöglicher Risikoprävention den Vorzug geben vor wohnortnaher Versorgung, so würde der daraus resultierende Konzentrationsprozess in der geburtshilflichen Kliniklandschaft „nebenbei“ auch Einsparungen der Kostenträger ermöglichen. Nach dem altbekannten Gesetz der „economies of scale“ sinken die fallbezogenen Behandlungskosten in größeren Einrichtungen durch bessere Auslastung der Infrastruktur und ermöglichen insbesondere im DRG-System einen wesentlich wirtschaftlicheren Betrieb. Die Politik hat den „Verdrängungswettbewerb unter den Leistungserbringern“⁸² mit Blick auf solche Rationalisierungsgewinne in Gang gesetzt. Dagegen beabsichtigte die Politik sicherlich kein starres Einrichtungswesen, das sich seinen Bestandsschutz mit der Absenkung medizinischer Sicherheitsstandards erkaufte. Auf dem modernen Gesundheitsmarkt geht es nicht mehr (nur) um die gerechte staatliche Verteilung medizinischer Leistungen auf die Patienten, sondern in viel größerem Maße um die leistungsgerechte (d.h. qualitätsabhängige) Verteilung der Patienten auf die medizinischen Leistungserbringer. Dieser Marktmechanismus benötigt aufgeklärte Patienten. Oder der Markt versagt.

II. Fazit

„Behandlungsfehlern bereits vorzubeugen hat höchste Priorität“ in der gegenwärtigen Planung eines Patientenrechtgesetzes der Bundesregierung, welches „Transparenzvorgaben insbesondere für den Qualitätsbericht der

72 Für eine umfassende Urteilskritik aus medizintechnischer Sicht s. *Damm*, NJW 1989, 737 m.w.N.

73 *Damm*, NJW 1989, 737 (742 m.w.N. in Fn. 55) weist zutreffend darauf hin, dass „nicht die Komplikationsdichte, sondern die Risikotypizität und Risikoschwere“ den BGH klassischerweise zu Aufklärungspflichten veranlasst.

74 BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, NJW 1993, 1751 = BVerfGE 88, 203.

75 Vgl. Fn. 70.

76 BayVGH, Urt. v. 8.11.2001 – 22 B 01.1790, juris Rz. 26.

77 *Giesen*, JZ 1988, 414 (415).

78 So *Damm*, NJW 1989, 737 (742) mit guten, sehr detaillierten Belegen und Argumenten.

79 *LG Rottweil*, Urt. v. 31.1.2006 – 2 O 393/04, S. 11 (unveröffentlicht, Vergleich nach Berufung).

80 *LG Rottweil*, a.a.O.

81 Vgl. Fn. 59 zu diesem Termin des G-BA.

82 Vgl. Fn. 13.

Patientenmobilität in Europa

Krankenhäuser“ enthalten soll.⁸³ Wichtig wäre aber die Verankerung einer einzelfallbezogenen Patientenaufklärung über das Risikoprofil der konkreten Einrichtung für die anstehende Behandlung. Es gibt schon viele bürokratische „Statistikwüsten“. Im Gegensatz dazu erfordert

ein Wettbewerb um medizinische Qualität Informationen, die bei jedem Patienten in verständlicher Form tatsächlich ankommen.

83 Vgl. Fn. 1 zum „Grundlagenpapier“ von BMG/BMJ, dort unter II.