

## Ärzte unterschiedlicher Sorgfaltswaltung, fehlerhafte Gerichte und der Fahrlässigkeitsstandard\*

Korreferat zum Beitrag von Anja Olbrich:  
„Der Einfluss von Haftungsunsicherheit  
auf den Sorgfaltssstandard“

Von Dominique Demougin\*\*

Im Zuge exponentiell steigender Kosten der medizinischen Versorgung und des gleichzeitigen Anstiegs des Durchschnittsalters der Bevölkerung werden in vielen Ländern der so genannten Ersten Welt Alternativmodelle zur Finanzierung des Gesundheitssystems erprobt. Das Hauptziel ist die Verbesserung der Anreize für alle Beteiligten: Patienten, Ärzte und Krankenversicherungen. Die Implementierung solcher Modelle stellt eine große Herausforderung mit erheblichen Schwierigkeiten dar, insbesondere hinsichtlich der Ausgestaltung der Maßnahmen. Es bestehen dabei ein dreiseitiges Anreizproblem sowie vielfältige Informationsasymmetrien: Ärzte sind besser informiert als ihre Patienten; für versicherte Patienten besteht kein Anreiz, die Krankheitskosten zu senken. Sie sind vor allem an der bestmöglichen Behandlung interessiert. Folglich besteht ein gravierender Unterschied insbesondere zwischen einer *Ex-ante*- und einer *Ex-post*-Betrachtung, d. h. zwischen den Behandlungen, denen Versicherte zustimmen würden, bevor und nachdem sie krank geworden sind. Außerdem können die Versicherer – wegen der vielfältigen Krankheiten, der nicht vorhersehbaren Entwicklung des medizinischen Fortschritts und der daraus resultierenden Kosten – nur unvollständige Verträge mit ihren Kunden abschließen. Außerdem können sie nur schwer das Verhalten der Ärzte kontrollieren. Die Debatte zu diesen Themen ist emotional stark geladen. Einerseits nehmen die Patienten Einschränkungen ihrer medizinischen Versorgung aus finanziellen Gründen nur ungern hin, andererseits lassen Ärzte ihre Diagnosen nur ungern in Frage stellen. Und nicht zuletzt existiert im Gesundheitswesen aus grundsätzlich ethischen Gründen ein erheblicher Widerstand gegen Anreizsysteme.

Trotzdem gibt es deutliche Hinweise, dass der Gesundheitsbereich alles andere als frei von opportunistischem Verhalten ist. Dies belegen Berichte über Missbrauch und Zweckentfremdung der öffentlichen Mittel im Gesundheitswesen sowie zahlreiche empirische Erhebungen, die eine beträchtliche ärztlich induzierte Nachfrage nahe legen. In ihrem Beitrag untersucht Anja Olbrich die Auswirkungen von Vergütungssystemen mit Anreizcharakter, wenn ein Teil der Ärzte ausschließlich den Zweck verfolgt, den eigenen Gewinn zu maximieren. Obwohl ein solches Verhalten sicherlich nur bei einer Minderheit der Ärzte anzutreffen ist, würde ein Modell, in dem einzelne Ärzte gelegentlich eigennützig handeln – obwohl der mathematische Nachweis nur schwer zu führen wäre –, ähnliche Ergebnisse liefern. Olbrichs Analyse setzt voraus, dass die Ärzte nicht nur über die Ressourcenallokation im Gesundheitswesen, sondern auch über die Versorgungsqualität entscheiden. Letz-

\* Wir danken Deborah Bowen für die Übersetzung dieses Korreferats.

\*\* Institut für Organisationstheorie, Humboldt-Universität zu Berlin, E-Mail: [demougin@wiwi.hu-berlin.de](mailto:demougin@wiwi.hu-berlin.de)

teres beeinflusst das Auftreten medizinischer Komplikationen beim Patienten. Setzt man voraus, dass beide Variablen – Ressourcenfehlallokation und die Qualität der medizinischen Versorgung – die Kosten beeinflussen, folgt, dass Anreize zur Vermeidung von Ressourcenschwund die ärztliche Sorgfaltspflicht korrumpern können und dadurch indirekt auch einen negativen Einfluss auf die Gesundheit der Patienten sowie zukünftige Ausgaben im Gesundheitsbereich zur Folge haben.

Um die Einhaltung der Sorgfaltspflicht durch die Ärzte zu kontrollieren, steht der Gesellschaft ein weiteres Instrument zur Verfügung: die zivilrechtliche Verurteilung des Arztes zum Schadensersatz bei ärztlichen Kunstfehlern. Aus der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Literatur ist es wohl bekannt, dass die Verschuldenshaftung als gesellschaftlicher Mechanismus verstanden werden kann, der alle Parteien zur verbesserten Berücksichtigung externer zusätzlicher Kosten zwingt (vgl. z. B. Shavell 1987). Im gegenwärtigen Kontext sollte man sich das Beispiel einer unzureichenden medizinischen Behandlung durch den Arzt und die daraus resultierenden Gesundheitsprobleme für den Patienten vor Augen führen. Hielte man sich streng an die Regeln guter medizinischer Praxis und müssten die Ärzte sämtliche daraus resultierenden Kosten tragen (inklusive zusätzlicher medizinischer Kosten und Schmerzensgeld), könnte die Gesellschaft ohne Frage sogar auch einen nachlässigen Arzt dazu bringen, die Folgen seiner Entscheidungen vollständig zu berücksichtigen. Wie Olbrich zeigt, wäre das optimale Instrument in diesem Falle der Vorwurf der Fahrlässigkeit (im Gegensatz zur verschuldensunabhängigen Haftung<sup>1</sup>), die zusätzlich mit einer Geldstrafe einhergehen müsste. Es ist allerdings wichtig anzumerken, dass eine angemessene Geldstrafe auf der einen Seite und der Anreiz einer Beitragsrückerstattung zur Einsparung von Kosten auf der anderen Seite miteinander Hand in Hand gehen müssen. Diese wesentliche Erkenntnis hat auch Gültigkeit über das Gesundheitswesen hinaus und ist in der Literatur bislang nicht hinreichend gewürdigt worden. Im Kern beinhaltet diese Erkenntnis, dass die Anpassung von Anreizmechanismen ein systemisches Problem darstellt. Sobald ein Teil der Gesamtstruktur reformiert wird, z. B. Kostenerstattungssysteme im Gesundheitswesen, sind zwangsläufig auch die Auswirkungen auf andere Teile des Systems zu betrachten. Dies betrifft insbesondere westliche Länder, in denen Gerichte nicht nach dem „Fallrecht“ des angelsächsischen Common Law<sup>2</sup> urteilen können, sondern nach existierenden Gesetzen.

Der zweite Teil von Olbrichs Abhandlung behandelt das Problem, dass bei Kunstfehlerprozessen die tatsächliche Behandlung durch den Arzt von den Gerichten oft nicht zutreffend festgestellt wird. Unter diesen Umständen unterliegen Gerichte oft einem von zwei möglichen Irrtümern: Entweder betrachten sie einen sorgfältigen Arzt fälschlicherweise als fahrlässig (in der Literatur als „Fehler erster Art“ bekannt), oder sie erkennen bei einem fahrlässig handelnden Arzt ungerechtfertigterweise geringe oder keine Schuld („Fehler zweiter Art“). Angesichts eines Umfeldes, in dem einzelne Ärzte eigennützig und andere pflichtbewusst handeln, zeigt Olbrich, dass es keine Kombination aus Kosteneinsparungsmodell und Regressregelungen gibt, die in der Lage wäre, alle Parteien zur verantwortungsvollen Einsparung von Kosten anzuregen. Wir befinden uns somit höchstens in einer Second-best-Situation. Ein weiteres Problem entsteht an dieser Stelle durch Ärzte, die als

**1** Die Haftung auf Schadensersatz aus Verschulden im engeren Sinne unter dem Aspekt der Verletzung medizinischer Sorgfaltspflichten ist eher selten, weil Ärzte den Erfolg einer Therapie in der Regel nicht garantieren können. Es gibt allerdings einige Ausnahmen. Beispielsweise bestehen seit 2002 in Frankreich scharfe Haftungsrichtlinien im Zusammenhang mit Nosocomialinfektionen.

**2** Kennzeichnend dafür ist, dass die Gerichte auf früheren Entscheidungen höherer Gerichte aufbauen.

perfekte Sachwalter ihrer Patienten handeln (oft als „Defensivmedizin“ bezeichnet), um die Wahrscheinlichkeit eines Fehlers erster Art von vornherein auszuschließen.

Im letzten Teil ihrer Abhandlung untersucht Olbrich die Möglichkeit einer Optimierung der Haftungsregeln selbst. Sie diskutiert insbesondere die Option der Senkung des wohlfahrtsoptimalen Sorgfaltssstandards, d. h. des Niveaus der medizinischen Versorgung, das von einem Arzt berechtigerweise erwartet werden kann, damit ihm kein Verfahren wegen Verletzung seiner Sorgfaltspflicht droht. Intuitiv würde dies die Wahrscheinlichkeit eines Fehlers erster und zweiter Art beeinflussen und damit indirekt das Ausmaß von Defensivmedizin, die von gewissenhaften Ärzten praktiziert wird. Aus theoretischer Perspektive ist dies eine nahe liegende Schlussfolgerung, und Olbrichs Ergebnisse sind ohne Frage interessant.<sup>3</sup> Ich glaube allerdings nicht, dass diese Vorschläge ohne weiteres umsetzbar sind. Meiner Ansicht nach wäre es problematisch, eine Lockerung der Haftungsrichtlinien einzusetzen. Um fahrlässiges ärztliches Handeln festzustellen, müsste ein Gericht sich auf Gutachten verlassen, in denen die tatsächlich erbrachte ärztliche Leistung mit einer entsprechenden Leistung unter „normalen“ Umständen verglichen wird. Wie aber soll die Gesellschaft, repräsentiert durch das Gericht, einem Gutachter verdeutlichen, dass dieser den für seine Begutachtung maßgeblichen Standard um 10 % oder 20 % reduzieren soll? Ungeachtet dieser Kritik weisen Olbrichs Ergebnisse m. E. allerdings auf eine interessante Alternative hin.

Es gibt andere denkbare Maßnahmen, wodurch die Haftungsregeln im Kontext der Nichtbeachtung der medizinischen Sorgfalt angepasst werden könnten. Eine Möglichkeit wäre eine Lockerung des Beweisrechts. Insbesondere nach den allgemeinen Beweislastregeln obliegt es dem Kläger, das Gericht davon zu überzeugen, dass der Beklagte nicht der ihm obliegenden, an professionellen Maßstäben zu messenden Sorgfaltspflicht nachgekommen ist. Es ist allgemein bekannt, dass in Ländern des bürgerlichen Rechts, etwa in Deutschland und Frankreich, der Anspruch an den Nachweis der individuellen Schuld viel höher liegt als in Ländern mit „Richterrecht“ (wie in den USA oder in Großbritannien). Nach den Grundsätzen des dem römischen Recht entlehnten kontinentaleuropäischen Bürgerlichen Gesetzbuchs heißt es oft, ein Verschulden sei nur dann anzunehmen, wenn *kein vernünftiger Zweifel* mehr besteht, während nach angelsächsischem Recht ein *überzeugender Beweis* ausreichend ist, der am Grad der Wahrscheinlichkeit eines Irrtums gemessen wird.<sup>4</sup> Insgesamt wäre es vorstellbar, die Haftungsbestimmungen entweder durch eine Lockerung oder Verschärfung der Beweisstandards im Falle ärztlicher Fahrlässigkeit anzupassen.<sup>5</sup>

Eine weitere mögliche Alternative bestünde darin, die Beweislast umzukehren. Mit anderen Worten: umzukehren, welche Partei dem Gericht gegenüber beweispflichtig ist<sup>6</sup> bzw. wel-

**3** Auf den ersten Blick mag dieser Vorschlag abwegig erscheinen. Eine Senkung der medizinischen Sorgfaltssstandards würde auch eine Senkung der medizinischen Versorgung zur Folge haben. Man muss sich allerdings vor Augen halten, dass aus diesem Argument folgt, dass uneigennützige Ärzte eine medizinische Dienstleistung im Übermaß erbringen. Trotzdem hätte es eine negative Auswirkung auf die von eigennützigen Ärzten erbrachten Leistungen. Diese zwei Effekte müssten sich im Idealfall gegenseitig aufheben.

**4** Es gibt Ausnahmen, z. B. in Quebec, wo der Standard dem *Common Law* entlehnt wurde: „Ein Beweis ist als erbracht zu erachten, wenn durch ihn das Vorhandensein eines Tatbestands wahrscheinlicher erscheint als ohne ihn und sofern das Gesetz nicht überzeugendere Beweise voraussetzt.“ [„Evidence is sufficient if it renders the existence of a fact more probable than its non-existence, unless the law requires more convincing proof.“] Civil Code of Quebec, Book VII, § 2804.

**5** Hinsichtlich einer Diskussion über die Auswirkung der Anreize auf Änderungen im Beweisstandard vgl. Demougin und Fluet (2004).

**6** Es ist wichtig anzumerken, dass bei Zivilklagen die Beweismittel im Allgemeinen bei den streitenden Parteien verbleiben und gewöhnlich nicht vom Gericht direkt in Augenschein genommen werden können.

che Partei nachweispflichtig ist, d. h. ihren Anspruch nachzuweisen hat. Beispielsweise muss in einem üblichen Fall ärztlicher Fahrlässigkeit der Kläger dem Gericht die Stichhaltigkeit seines Anspruchs überzeugend nachweisen. Es wäre jedoch auch möglich, die Beweislast umzukehren, indem vom Beschuldigten verlangt wird, dem Gericht nachzuweisen, dass er seiner ärztlichen Sorgfaltspflicht angemessen nachgekommen ist. Rechtsanwälten ist hinlänglich bekannt, dass bei einem hohen Anspruch an die zu erbringenden Beweise ausschlaggebend ist, wer die Beweislast trägt. Letztlich wird dann der Abschreckungseffekt davon abhängen, wer die Beweislast trägt, im Gegensatz zum Prinzip der relativen Überzeugungskraft der Beweismittel. In medizinischen Prozessen ist dieses Konzept bereits angewandt worden. Die französische Rechtsprechung führte beispielsweise in den 80er Jahren die Vermutung der Fahrlässigkeit in Fällen von Nosokomialinfektionen ein. In diesem Fall erfolgt eine Beweislastumkehr (des Nachweises einer gewissenhaften Behandlung) zu Lasten des behandelnden Arztes; dies steht im Gegensatz zu der traditionellen Beweislast, die der Kläger trägt und derzufolge er dem behandelnden Arzt dessen Versäumnisse nachweisen muss.

In beiden Fällen – egal, ob die Standards der Beweislastverteilung oder die Darlegungspflichten geändert werden – werden die Anreize in der Arzt-Patienten-Beziehung geändert. Sie werden sich auch indirekt auf die Wahrscheinlichkeiten von Fehlern der ersten und zweiten Art auswirken und somit auf das Ausmaß praktizierter Defensivmedizin. In jedem Fall wirft eine Haupterkenntnis von Olrichs Abhandlung, nämlich, dass eine Interaktion zwischen medizinischer Verschuldungshaftung und dem Anreizsystem unter prospektiver Vergütung besteht, interessante Fragen für die Forschung und Rechtspolitik auf. Ob die vorstehenden Argumente zu Änderungen der Rechtsprechung führen sollten, würde eine empirische Analyse voraussetzen und den Rahmen dieses Korreferats sprengen.

### Literaturverzeichnis

- Demougin, Dominique und Claude Fluet (2004): Preponderance of Evidence. *European Economic Review* (im Erscheinen).
- Shavell, Steven (1987): *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, MA, Harvard University Press.