

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 60

Rationierung als Körperverletzung

**Der Behandlungsstandard in
der gesetzlichen Krankenversicherung und die Begrenzung
des Heilauftrags niedergelassener Ärztinnen und Ärzte
aus Sicht des Straf-, Sozial- und Zivilrechts**

Von

Felix Zahm



Duncker & Humblot · Berlin

FELIX ZAHM

Rationierung als Körperverletzung

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 60

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,

Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Rationierung als Körperverletzung

Der Behandlungsstandard in
der gesetzlichen Krankenversicherung und die Begrenzung
des Heilauftrags niedergelassener Ärztinnen und Ärzte
aus Sicht des Straf-, Sozial- und Zivilrechts

Von

Felix Zahm



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung
des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT

Die Juristische Fakultät
der Technischen Universität Dresden
hat diese Arbeit im Jahr 2019
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: CPI buch.bücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-18066-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58066-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Großeltern
Hildegard und Werner Ullrich*

Vorwort

Mein besonderer Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Doktor Detlev Sternberg-Lieben, Dresden. Er hat mich – beginnend mit der Themenwahl bis hin zum Abschluss dieser Arbeit – immer hilfreich unterstützt und betreut. Vor allem die zahlreichen Literaturhinweise und der von ihm eröffnete akademische Freiraum während meiner Mitarbeitertätigkeit haben entscheidend dazu beigetragen, dass die Arbeit in Umfang und Inhalt fertiggestellt werden konnte.

Weiterhin danke ich Herrn Jörg Ewald, Hamburg, der mich in unzähligen Gesprächen mit den Tiefen des Gesundheitssystems vertraut gemacht hat und der meine vielen Nachfragen aus ökonomischer Perspektive juristisch verständlich beantworten konnte. Ohne ihn wäre die sozialrechtliche Weichenstellung nicht möglich gewesen.

Ich danke herzlich Frau Constanze Zahm, Dresden, die mich in zahlreichen Gesprächen den Kurs halten ließ und die unermüdlich an den Abschluss der Arbeit glaubte. Die letzten Monate, Wochen, Tage und Stunden der Arbeit wären ohne sie nicht denkbar gewesen.

Auch bin ich Markus Oswald (Berlin), Julian Kinzel (Dresden), Kerstin Weber (Leipzig) und Antje Sümenicht (Wiesbaden) zu Dank verpflichtet, die schnell, aber gründlich die Texte gelesen und korrigiert haben.

Schließlich danke ich meinen Eltern für ihre Unterstützung durch das Studium und die Promotion.

Felix Robert Zahm

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	21
§ 2 Rationierung und GKV-Standard	28
I. Bedeutung der Begriffe Gesundheit und Krankheit	30
1. Bedeutung des Begriffs Gesundheit	30
2. Bedeutung des Begriffes „Krankheit“	33
a) Krankheit im medizinischen Sinne	35
b) Krankheit im Sinne der GKV	37
c) Strafrechtlicher Krankheitsbegriff	46
3. Zusammenfassung	47
II. Kriterien der Güterverteilung im GKV-System	48
1. Medizinischer Standard	50
a) Geschriebener Standard	54
aa) Standard der Bundesärztekammer (BÄK)	54
bb) Standard der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF)	56
cc) Kostensensible Leitlinien	58
b) Ungeschriebener Standard	58
c) Behandlungen außerhalb des Standards (Alternativtherapien)	59
d) Fazit	60
2. Notwendigkeit von Gütern	62
a) Geeignetheit (zweckmäßige Leistung)	63
b) Untergrenze (ausreichende Leistung)	66
c) Obergrenze (notwendige Leistung)	67
d) Wirtschaftlichkeit i. e. S.	69
e) Fazit	70
3. Nutzen von Gesundheitsgütern	71
a) Nutzen	72
b) Zusatznutzen	74
c) Kosten-Nutzen-Vergleich und Kosten-Nutzen-Bewertung	75
d) Sonderproblem statistischer Ausreißer	79
e) Fazit	80
4. Zusammenfassung	80
III. GKV-konforme Einschränkungen der Güterverteilung	81
1. Stationäre und ambulante Güter	82
2. Dienstleistungen	84

a) Einschränkungen durch Vorbehalt der G-BA Zulassung	87
b) Einschränkungen durch den Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM)	92
aa) Einzelleistungen und Kalkulationszeiten	93
bb) Pauschalen und nicht gesondert abrechenbare Leistungen (Leistungskomplexe)	97
cc) Behandlungs- und Abrechnungshäufigkeit	99
c) Einschränkungen durch Budgets (RLV)	101
d) Regress	104
aa) „Arbeitszeit“	106
bb) „Mengenbremse“	107
cc) Ausnahme: Praxisbesonderheiten	109
e) Fazit	109
3. Sachleistungen	111
a) Einschränkungen durch arzneimittelrechtliche Zulassung	113
aa) Kriterien der Zulassung	113
bb) Anwendungen außerhalb der arzneimittelrechtlichen Zulassung	116
b) Einschränkungen durch gesetzliche legitimierte G-BA Ausschlüsse	118
aa) Zuzahlungen	119
bb) OTC-, Bagatell- und „Lifestyle-Arzneimittel“ (§ 34 SGB V)	122
cc) Unwirtschaftliche Arzneimittel	125
dd) Therapiehinweise des G-BA und Empfehlungen der KVen	126
c) Einschränkungen durch Leitsubstanzquoten und Medikationskatalog	131
d) Einschränkungen durch Budgets (RGV) und Praxisbesonderheiten	137
aa) Verteilung des Ausgabenvolumens auf den einzelnen Patienten (Richtgröße, RGV)	138
bb) Differenzierungen innerhalb des RGV	139
cc) Regress	141
dd) Praxisbesonderheiten	141
e) Sprechstundenbedarf	143
f) Organallokation	144
4. Schranken-Schranken	145
a) Schwerwiegende Erkrankung	146
b) Begründeter Einzelfall (G-BA-Ausschluss, nach Therapiehinweisen und in sonstigen Fällen)	150
c) Kostenerstattung nach § 13 Abs. 3, 3a SGB V (Systemversagen, Genehmigungsvorbehalt und -fiktion)	152
d) Private Leistungserbringung im GKV-System	156

e) Pflicht zur kostenlosen Abgabe von Sachmitteln durch den Vertragsarzt	159
5. Zusammenfassung	161
IV. Formen der Rationierung	163
1. Rationalisierung und Rationierung im Gesundheitssystem	164
2. Explizite (konkretisierte) und implizite (abstrakte) Rationierung	168
3. Priorisierung und Posteriorisierung	170
4. Harte und weiche Rationierung	173
V. Zwischenergebnisse	174
§ 3 Gesundheitsschaden und Rationierung	176
I. Ärztliche Behandlung als Misshandlung oder Gesundheitsschädigung	176
1. Der Unterschied zwischen körperlicher Misshandlung und Gesundheitsschädigung als Handlung	179
a) Interpretation der körperlichen Misshandlung als Handlung	180
b) Gesundheitsschädigung als ärztliche Tathandlung	185
c) Rationierung als Handlung	185
2. Unterschiede im Erfolg der Körperverletzung	186
a) Erfolg der körperlichen Misshandlung	186
b) Erfolg der Gesundheitsschädigung	191
c) Unterschiede und Gemeinsamkeiten	193
d) Körperverletzung und ärztliche Behandlung	196
aa) Substanzschäden	196
bb) Funktionsstörungen	196
cc) Empfindungsstörungen/Schmerzen	197
II. Bagatellschäden (Erheblichkeitsschwelle)	198
1. Maßstab der Erheblichkeit	199
a) Erhebliche Substanzschäden	200
b) Erhebliche Funktionsstörungen	201
c) Erhebliche Empfindungsstörungen/Schmerzen	201
2. Bagatelfälle und Rationierung	203
III. Bestimmung des Gesundheitsschadens bei Rationierung (Differenzschaden)	205
1. Bewertung des erfolgreichen Heileingriffs (Gesamtsaldierung oder Einzelbetrachtung)	207
2. Nutzenorientierte Betrachtung von Gesundheitsdifferenzschäden	211
a) Ermittlung von Gesundheitsdifferenzschäden	212
b) Differenz nach Nutzenbewertung als Erfolg	214
IV. Besonderheiten der §§ 224 und 226 StGB (Abstrakt-generelle Integrität des Arztberufes)	215
V. Zwischenergebnisse	219

§ 4 Der Arzt als Garant	221
I. Abgrenzung zwischen rationierendem Tun und rationierendem Unterlassen	222
1. Strafrechtlich nicht relevantes Unterlassen	224
2. Schwerpunkttheorie	227
3. Umdeutung eines Tuns in ein Unterlassen	229
4. Behandlungsübernahme als Ansatz (Gesamtbetrachtung)	231
5. Abgrenzung anhand naturalistischer Einzelbetrachtung	232
a) Abbruch eigener oder fremder Rettungsbemühungen	235
aa) Unterlassen ohne eigenes Tun, Unterlassen nach suboptimalen Rettungsversuch	235
bb) Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes	236
cc) Abbruch vielversprechender eigener oder fremder Rettungsbemühungen	238
b) Indikationsspezifischer Ansatz	240
c) Doppelrelevantes Verhalten	243
6. Zusammenfassung	245
II. Der Vertragsarzt als Hoheitsträger	247
1. Amtsträger	248
2. Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes (§ 299 StGB)	249
3. Vertreter oder Erfüllungsgehilfe der Krankenkassen	251
4. Staatlich gebundener Beruf oder Beliebter	255
5. Zusammenfassung	257
III. Ärztliche Behandlungspflicht – Pflicht zur Begründung einer Garantiestellung	257
1. Selbstverständnis und berufsrechtlicher Ansatz	257
2. Zivilrechtlicher Ansatz	259
a) Abschlussfreiheit	259
b) Zeitpunkt der zivilrechtlichen Übernahmeverantwortlichkeit	261
c) Faktisches Monopol bei Notfallbehandlung	263
d) Zusammenfassung	265
3. Vertragsärztlicher Ansatz	265
a) Kurzüberblick Vertragsarzt	266
b) Wirtschaftlichkeit und Rentabilität	268
c) Der Anspruch des GKV-Patienten auf Behandlungsübernahme durch Vertragsärzte	269
d) Übernahmepflicht des Vertragsarztes gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung (KV-Übernahmepflicht)	273
e) Differenzierung nach Ablehnungsgründen	274
aa) Fehlendes Vertrauensverhältnis	276
bb) Ablehnung wegen mangelnder Leistungskraft/-zeit	276
(1) Besonderheiten bei Strukturverträgen	278
(2) Verhinderung durch arbeitnehmerähnliche Gründe	279

(3) Fazit	279
cc) Ausnahme medizinische Notfälle	280
dd) Ablehnung wegen fehlenden fachlichen oder apparativen oder personellen Fähigkeiten	281
ee) Ablehnung wegen Unwirtschaftlichkeit oder fehlender Rentabilität	283
f) Zeitpunkt der Übernahme im GKV-System	286
g) Zusammenfassung (Ablehnungsrecht des Vertragsarztes)	287
4. Strafrechtlicher Ansatz	288
a) Strafrechtliches Ablehnungsrecht	289
aa) Vertragszivilrecht und Arztstrafrecht (Gemeinsamkeiten und Unterschiede)	290
bb) GKV und Arztstrafrecht (Sprechzeit und Bereitschafts- dienst)	292
cc) Zeitpunkt der Begründung strafrechtlicher Garantenstellung	294
b) Garantenstellung aus pflichtwidriger oder willkürlicher Ableh- nung (Ingerenz)	295
c) Garantenstellung in medizinischen Notfällen	297
aa) Begriff des Notfalls	297
(1) GKV-spezifischer Notfallbegriff	298
(2) Unglücksfall i. S. d. § 323c StGB	300
(3) Fazit: medizinischer Notfall	300
bb) Notfall in- und außerhalb der Sprechzeit	300
cc) Notfall im Bereitschafts-, Krankenhaus- und Notarztdienst	302
5. Zwischenergebnisse	304
§ 5 Einschränkungen der Behandlung	306
I. Einschränkungen der Behandlung	306
1. Rechtsgrundlage der ärztlichen Garantenstellung	307
2. Einheit der Rechtsordnung	311
a) Normcharakter der rechtfertigenden Norm	316
b) Vergleichbarkeit der Regelungszwecke	318
aa) Zweck des Körperverletzungsverbots (Pflicht zur Ideal- behandlung)	318
bb) Zweck des Wirtschaftlichkeitsgebots (Optimum vor Ideal)	319
cc) Vergleich der Normzwecke	325
3. Verortung im objektiven Tatbestand	329
a) Trennung zwischen Garantenstellung und Garantenpflichten .	331
b) Physische und normative Möglichkeit der Gebotserfüllung .	334
c) Zumutbarkeit	337
d) Entsprachensklausel	341
e) Objektive Zurechnung (erlaubtes Risiko)	342
f) Notstand (§ 34 StGB)	349
g) Rechtfertigende oder entschuldigende Pflichtenkollision . . .	355

h) Einwilligung	357
i) Entschuldigungsgrund	357
j) Zusammenfassung	358
4. Die einzelnen Rationierungsinstrumente und der Ausschluss der objektiven Zurechnung	360
a) Einschränkungen der Behandlungsmöglichkeiten als erlaubtes Risiko (G-BA Zulassung)	360
aa) Pflicht zur nicht vergüteten Behandlung	362
bb) Pflicht zur privaten Leistungserbringung	363
(1) Behandlungsalternativen außerhalb des medizinischen Standards	364
(2) Behandlungsalternativen innerhalb des medizinischen, aber außerhalb des GKV-Standards	366
cc) Pflicht zur Überweisung	373
dd) Pflicht zur Beantragung einer Ausnahmegenehmigung	375
ee) Besonderheiten bei austherapierten, schwerwiegend Erkrankten	377
ff) Fazit	381
b) Einschränkungen der Behandlungszeit als erlaubtes Risiko (EBM)	382
aa) Kalkulationszeiten	384
bb) Pauschalen und nicht gesondert abrechenbare Leistungen (Leistungskomplexe)	388
cc) Abrechnungs- und Behandlungshäufigkeit	390
dd) Regelleistungsvolumen (RLV)	391
ee) Systemversagen	392
ff) Behandlungsabbruch	393
gg) Zusammenfassung	394
c) Einschränkungen der Sachmittelverordnung als erlaubtes Risiko (Arzneimittelzulassung)	395
d) Einschränkungen der Sachmittelverordnung als erlaubtes Risiko (Zuzahlungen, OTC- und Bagatellarzneimittel)	399
e) Einschränkungen der Sachmittelverordnung als erlaubtes Risiko (G-BA Ausschlüsse unwirtschaftlicher Arzneimittel und Therapiehinweise)	401
f) Einschränkungen der Sachmittelverordnung als erlaubtes Risiko (Leitsubstanzquoten und Medikationskataloge)	405
g) Einschränkungen bei Überschreitung des RGV	406
II. Zwischenergebnisse	408
§ 6 Aufklärung und Einwilligung	412
I. Aufklärung und Rationierung	413
1. Grundsätzliche Anforderungen an Aufklärung und Aufklärungsumfang	416

2. Aufklärung und GKV-System	422
a) Aufklärung im Rahmen der Versicherten- und Grundpauschale	423
b) Aufklärung als eigene Gesprächsziffer	423
c) Aufklärung im Rahmen von Einzelleistungen und Leistungs- komplexen	424
d) Fazit	427
II. Umfang der Aufklärung	427
1. Gegenstand der Aufklärung	428
2. Wirtschaftliche Aufklärung	430
3. Diagnoseaufklärung	432
a) Gegenstand der Diagnoseaufklärung	433
b) Umfang der Diagnoseaufklärung	434
c) Strafrechtliche Pflicht zur Diagnoseaufklärung	435
4. Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung	437
5. Eingriffs-, Risiko- oder Selbstbestimmungsaufklärung	440
a) Aufklärungsumfang bei typischer Behandlung (Durchschnitts- eingriff)	441
b) Aufklärungsumfang bei modifizierenden Umständen (spezifisch körperlich, spezifisch sozial)	443
aa) Spezifisch körperliche Modifikationen	444
bb) Spezifisch psychische/soziale Modifikationen	445
6. Behandlungsalternativen	447
a) Zivilrechtliche Grundsätze	447
b) Vertragsärztliche Grundsätze	448
c) Begrenzung des strafrechtlichen Aufklärungsumfanges	450
III. Eingeschränkter Aufklärungsumfang im Arztstrafrecht	452
1. Hypothetische Einwilligung	453
a) Hypothetische Einwilligung als besonderer ärztlicher Rechtferti- gungsgrund	455
b) Hypothetische Einwilligung bei Rationierung	459
2. Alternativen zur hypothetischen Einwilligung	459
IV. Zwischenergebnisse	462
§ 7 Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	465
Literaturverzeichnis	468
Sachwortregister	515

Abkürzungsverzeichnis

A	Arzt (auch A ₁ für Arzt 1 und A ₂ für Arzt 2)
a.A.	andere Auffassung
Abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Ärzte-ZV	Zulassungsverordnung für Ärzte (zuletzt geändert am 07.07.2017)
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (zuletzt geändert am 03.04.2013)
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz (zuletzt geändert am 18.07.2017)
AM-RL	Arzneimittelrichtlinie
AMV	Arzneimittelvereinbarung
AMVV	Arzneimittelverschreibungsverordnung (zuletzt geändert am 18.07.2017)
Art.	Artikel
AWMF	Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V.
BÄK	Bundesärztekammer
BAG	Bundesarbeitsgericht
BfArM	Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (zuletzt geändert am 20.07.2017)
BGH	Bundesgerichtshof
BGH(St)	Bundesgerichtshof in Strafsachen
BGHSt (GS)	Bundesgerichtshof in Strafsachen (Großer Senat)
BGH(Z)	Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMV-Ä	Bundesmantelvertrag Ärzte
BSG	Bundessozialgericht
bspw.	beispielsweise
BtM	Betäubungsmittel
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
DRG	Diagnosis Related Groups (deutsch: diagnosebezogene Fallgruppen)

EbM	Evidenzbasierte Medizin
EBM	Einheitlicher Bewertungsmaßstab
EKG	Elektrokardiogramm
etc.	et cetera (deutsch: und so weiter)
f.	folgende/r
ff.	fortfolgende/r
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (zuletzt geändert am 13.07.2017)
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GOP	Gebührenordnungsposition
GP	Grundpauschale
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HS.	Halbsatz
HVM	Honorarverteilungsmaßstab
ICD-10-GM	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems – 10. Revision 2014 German Modification
i. e. S.	im engeren Sinn
IGeL	Individuelle Gesundheitsleistungen
IGES	Institut für Gesundheits- und Sozialfragen
Inkl.	inklusive
Insbes.	insbesondere
IQWiG	Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen
i. S. d.	im Sinne des/der
i. w. S.	im weiteren Sinn
K _n	Kosten (tiefgestellt: Nummer)
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KSLL	Kostensensible Leitlinien
KV	Kassenärztliche Vereinigung
KVS	Kassenärztliche Vereinigung Sachsen
LG(St)	Landgericht Strafsenat
LG(Z)	Landgericht Zivilsenat
MBO-Ä	(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (zuletzt geändert 2015)
mglw.	möglichlicherweise
mI _n	medizinische Intervention (tiefgestellt: Nummer)
MPG	Medizinproduktegesetz (zuletzt geändert am 18.07.2017)

MVV-RL	Richtlinien zu Methoden der vertragsärztlichen Versorgung mit weiteren Nachweisen
m. w. N.	Nutzen (tiefgestellt: Nummer)
N _n	Nummer
Nr.	Nummer
NUB	neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden
OLG(St)	Oberlandesgericht Strafsenat
OLG(Z)	Oberlandesgericht Zivilsenat
OP	Operation (medizinisch)
OPS	Operationen- und Prozedurenschlüssel
OTC	Over the counter (OTC-Arzneimittel, deutsch: freiverkäufliche Arzneimittel)
PEI	Paul-Ehrlich-Institut
PEPP	pauschalierendes Entgeltsystem Psychiatrie und Psychosomatik
P _{GKV}	gesetzlich krankenversicherter Patient
PKV	Private Krankenversicherung
QALY	Quality-adjusted life year (deutsch: Qualitätskorrigiertes Lebensjahr)
RGV	Richtgrößenvolumen
RKI	Robert Koch-Institut
RLV	Regelleistungsvolumen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz
SAPV	Spezialisierte Ambulante Palliativversorgung
SGB I	Sozialgesetzbuch Erstes Buch – Allgemeiner Teil (zuletzt geändert am 14.08.2017)
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (zuletzt geändert am 17.08.2017)
sog.	so genannte/r
StaBS	Standardbewertungssystem
StGB	Strafgesetzbuch (zuletzt geändert am 30.10.2017)
syn.	synonym
TPG	Transplantationsgesetz (zuletzt geändert am 18.07.2017)
u. a.	unter anderem/anderen
u. U.	unter Umständen
Var.	Variante
VP	Versichertenpauschale
WHO	World Health Organization (deutsch: Weltgesundheitsorganisation)
Zust.	zustimmend

Im Übrigen wird auf Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechts- sprache, 8. Aufl., 2015 verwiesen.

Die in dieser Arbeit verwendeten männlichen Personenbezeichnungen (Arzt, Pa- tient etc.) beziehen sich auf Personen aller Geschlechter und werden lediglich wegen des besseren Leseflusses benutzt.

§ 1 Einleitung

Betrachtet man die Leistungseinschränkungen im Gesundheitssystem aus Sicht des Patienten, so stößt dieser schon bei der Terminvergabe auf Schwierigkeiten.¹ Hat der Patient einen Vertragsarzt gefunden, der bereit ist, ihn als Patienten aufzunehmen, so muss er häufig Wartezeiten von mehreren Wochen, wenn nicht sogar Monaten in Kauf nehmen. Nimmt der Patient dann diesen Termin wahr, dauert dieser nur wenige Minuten. Er verlässt die Arztpraxis mit einem Rezept. In der Apotheke zahlt er dann ein zusätzliches Entgelt.² Möglicherweise verträgt er dieses Arzneimittel schlechter als frühere Medikamente. Insgesamt hat er den Eindruck, dass sich die Gesundheitsversorgung für ihn verschlechtert hat.

Der Vertragsarzt hat den öffentlichen Auftrag, möglichst viele Patienten gut zu versorgen. Dabei stößt er neben seinen natürlichen auch an die Grenzen seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Die einzelne medizinische Behandlung unterliegt zahlreichen Beschränkungen. Unter Umständen sind Behandlungen, die der Vertragsarzt für sinnvoll erachtet, aus dem Leistungskatalog ausgeschlossen. Zwar könnte er dem Patienten bestimmte Leistungen auch privat anbieten, allerdings ist er sich bewusst, dass sich viele Patienten eine solche private Behandlung nicht leisten können. Neben medizinischen Abwägungen hat er mit Blick auf sein vom GKV-System vorgegebenes Bud-

¹ Mittlerweile hat der Gesetzgeber auf dieses Problem reagiert und die Kassenärztlichen Vereinigungen für die zeitnahe Versorgung durch Fachärzte der gesetzlich Versicherten beauftragt sog. Terminservicestellen zur Verfügung zu stellen (§ 75 Abs. 1a SGB V). Dabei sollen GKV-Patienten innerhalb von maximal vier Wochen einen Behandlungstermin bei einem Facharzt erhalten. BT-Drs. 18/4095, S. 86 f. (Wartezeit ist auch abhängig vom Einzelfall; Behandlung innerhalb von 4 Wochen in der Regel medizinisch begründet); § 2 Abs. 1 S. 3 Anlage 28 BMV-Ä (Wartefrist von 4 Wochen beginnt mit Bekanntwerden des Vermittlungswunsches). Ein längeres Zuwarten ist dann hinzunehmen, wenn es sich um eine Bagatellerkrankung handelt, wenn sich der Gesundheitszustand des Patienten „ohne Behandlung [nicht] verschlechtert oder eine längere Verzögerung [nicht] zu einer Beeinträchtigung des angestrebten Behandlungserfolges führt“, wobei diese Kriterien durch den überweisenden Arzt beurteilt werden (§ 4 Abs. 4 Anlage 28 BMV-Ä).

² Von diesem Grundsatz geht auch das BVerfG aus: BVerfGE 115 25 (Nikolaus-Beschluss; 43 f.): „Damit geht der Gesetzgeber davon aus, dass den Versicherten regelmäßig erhebliche finanzielle Mittel für eine zusätzliche selbstständige Vorsorge im Krankheitsfall und insbesondere für die Beschaffung von notwendigen Leistungen der Krankenbehandlung außerhalb des Leistungssystems der gesetzlichen Krankenversicherung nicht zur Verfügung steht.“

get zunehmend auch wirtschaftliche Überlegungen mit einzubeziehen. Um keinen – teilweise empfindlichen – Regress zu riskieren, überlässt er Fragen des Leistungsumfanges der Praxissoftware. Somit wird der Arzt in die Rolle eines Praxismanagers gedrängt und darf letztlich weniger leisten, als er für angemessen hält.

Hieraus wird deutlich: Das Thema Rationierung verunsichert Ärzte, wie Patienten. Die Erwartung einer Idealbehandlung wird in Frage gestellt, so dass der Arzt als „Anwalt des Patienten“ dieser Rolle nicht mehr gerecht werden kann. Allein durch einen Fokus auf berufsethische oder berufsrechtliche Vorgaben für Ärzte³ wird den Anforderungen an den Vertragsarzt nicht angemessen Rechnung getragen. Denn der Vertragsarzt wird gleichzeitig vom GKV-System als Zentralgestalt der Wirtschaftlichkeit vereinnahmt.⁴

Gleichzeitig ergeben sich zwei überschneidende Interessen innerhalb der Person des Versicherten – der Wunsch nach hohen Standards und das Interesse an möglichst geringen Beiträgen zur gesetzlichen Krankenversicherung.⁵

³ § 1 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä: „Ärztinnen und Ärzte dienen der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung.“ § 1 Abs. 2 MBO-Ä: „Aufgabe der Ärztinnen und Ärzte ist es, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen, Leiden zu lindern [...].“; Im Hippokratischen Eid heißt es: „Die Verordnungen werde ich treffen zum Nutzen der Kranken nach meinem Vermögen und Urteil, mich davon fernhalten, Verordnungen zu treffen zu verderblichem Schaden und Unrecht.“

⁴ BVerfGE 103, 172 (191: „[...], weil der Vertragsarzt zugleich Sachwalter der Kassenfinanzen insgesamt ist. Befugnis und Verpflichtung zu wirtschaftlicher Verwaltung der Mittel der gesetzlichen Krankenversicherung sind den Vertragsärzten überantwortet. Sie entscheiden über die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit einer Heilbehandlung.“); BGH(St) NJW 2016, S. 3255: Im sozialrechtlichen Sinn hat der Vertragsarzt „nicht notwendige“ und damit unwirtschaftliche Leistungen zu unterlassen. Im vorliegenden Fall ging es nicht um den Vorrang wirtschaftlicher Interessen der GKV zugunsten der Patientengesundheit, sondern um die Erschaffung und Aufrechterhaltung eines systemwidrigen Verdienstsystems (§§ 263, 266 StGB). Den Leistungen lag somit keine medizinische Indikation zu Grunde. Die Leistung war daher nicht notwendig und schon aus diesem Grund unwirtschaftlich. Darstellung der vertragsärztlichen Schlüsselstellung bei: *Heberlein*, NZS 2008, S. 292; *Katzenmeier*, in: FS *Gerda Müller*, S. 237 (S. 251f.: Balance zwischen Haftung und Sparinteressen, Herausforderung für Entscheidungsträger im Gesundheitswesen); *Steffen*, in: FS *Geiß*, S. 487 (S. 493: Rahmenvorgaben des GKV-Systems müssen an Haftungsmaßstab weitergegeben werden, keine Rechtfertigung verfehlter Haushaltspolitik vor Ort); *Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht*³, § 9 Rn. 34f. (erweitert um den Zweck der Funktionsfähigkeit der Leistungserbringer; politische Fehlentwicklung durch Verschieben des Interessenausgleichs (insbes. durch Budgetierung) auf die Ärzteschaft, die gleichzeitig der Gesundheit und der Stabilität verpflichtet sind).

⁵ *Ebsen*, in: FS *Krasney*, S. 81 (S. 99: Versicherte und Leistungserbringer bilden in dieser Form des GKV-Systems ein „natürliches Bündnis“; S. 100: Zielkonflikt);

Auch wenn die wissenschaftliche Diskussion um die Rationierung im Gesundheitssystem abebbt, wird sich die Frage angesichts des demographischen Wandels künftig erneut mit umso größerer Kraft stellen. Diese Arbeit greift daher die Rationierungsdebatte aus sozial-, zivil-, berufs- und strafrechtlicher Perspektive erneut auf. Mit der Frage nach der Strafbarkeit des Arztes bei der Wahl einer Behandlungsalternative wird zugleich nach der schärfsten Form der Verantwortung gegenüber dem Patienten gefragt.

Ziel der Arbeit ist es, dem Vertragsarzt und der wissenschaftlichen Debatte eine Systematik an die Hand zu geben, anhand derer eine Orientierung am aktuellen GKV-System ermöglicht wird. Mit den Erkenntnissen der Arbeit soll der Vertragsarzt einschätzen können, wann er rechtskonform-wirtschaftlich und wann er sich wegen einer Körperverletzung strafbar macht.

Um sich der Beantwortung der Frage nach der Strafbarkeit adäquat nähern zu können, widmet sich der erste Teil der Arbeit der begrifflichen Einordnung von Rationierung. Nach dem aktuellen Stand der Forschung ist unklar, worauf sich Rationierung im Gesundheitssystem bezieht. Mit der Eingrenzung auf das Gesundheitssystem ist klar, dass nicht alle sozialen Bezugspunkte zur Gesundheit des Einzelnen gemeint sein können (Ernährung, Arbeit etc.).⁶ Der Gegenstand kann daher zunächst auf den Begriff der Krankenbehandlung beschränkt werden, dabei werden die Begriffe „Krankheit“ und „Gesundheit“ aus Sicht der praktischen Medizin, des GKV-Systems und des Strafrechts untersucht, woraus erste Eingrenzungen vorgenommen werden.

Von besonderem Interesse ist dabei innerhalb der Krankenbehandlung die Frage, wie Behandlungsalternativen ins Verhältnis zueinander gesetzt werden können. Häufig werden dabei die Begriffe des „medizinischen Standards“, der „GKV-Notwendigkeit“ (§ 12 SGB V) oder nach neuem Verständnis der Begriff des „medizinischen Nutzens“ verwendet. Unverzichtbar ist ein solcher Maßstab, weil Rationierung voraussetzt, dass eine medizinische Intervention mit einer anderen oder einem bloßen Nichtbehandeln ins Verhältnis gesetzt werden müssen. Diesen Fragen widmet sich daher § 2 dieser Arbeit.

Heyers, MedR 2016, S. 857f.; Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht³, § 9 Rn. 29 (allgemein in den Wirtschaftswissenschaften wird Wirtschaftlichkeit nach dem Rationalitätsprinzip bestimmt: Zielerreichung mit möglichst geringen Mitteln, bei bestmöglicher Zielerreichung).

⁶ BSGE 99 111 (116f.: „Die Auslegung der leistungsrechtlichen Vorschriften im 3. Kap des SGB V muss sich am Gegenstand der GKV als einer Versicherung gegen Krankheit orientieren. [...] Zu den Aufgaben der KV gehört es dagegen nicht, die für eine erfolgreiche Krankenbehandlung notwendigen gesellschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen zu schaffen und diesbezügliche Defizite durch eine Erweiterung des gesetzlichen Leistungsspektrums auszugleichen. Für derartige Risiken haben die KKn nicht einzustehen.“).