

# Lasernadelakupunktur und Intravasale Laserblutbestrahlung aus juristischer Sicht

## A. Einleitung

Ärztliche Tätigkeit unterfällt, wie jede andere Berufstätigkeit auch, dem Haftungsrecht. Der Arzt ist also sowohl straf- wie auch zivilrechtlich für sein Handeln am Patienten verantwortlich. Gerade bei der Anwendung neuer Behandlungsmethoden wie der Lasernadelakupunktur und der Intravasalen Laserblutbestrahlung ist aus Sicht des ärztlichen Haftungsrechts deshalb zu fragen, welche Gesichtspunkte beachtet werden müssen, um eine Haftung des behandelnden Arztes weitestgehend zu vermeiden. Aus Zeitgründen möchte ich mich hierbei auf die zivilrechtliche Haftung des Arztes und dabei auf diejenigen Punkte beschränken, die für die neuen Behandlungsformen kennzeichnend sind. Grundsätzlich muss bei der Haftungsfrage des Arztes zwischen der vertraglichen Haftung sowie der deliktischen – gesetzlichen - Haftung<sup>1</sup> unterschieden werden. Kennzeichnender Unterschied zwischen beiden denkbaren Anspruchsarten ist die Frage, ob der Patient mit dem behandelnden Arzt in einer vertraglichen Beziehung stand oder nicht. Andernfalls kommt nur die deliktische Haftung des Arztes in Betracht.

### I. Haftung nach Vertragsrecht für Pflichtverletzung (§ 280 I BGB)

Die Haftung aus dem Vertragsrecht setzt neben dem Bestehen einer Vertragsbeziehung voraus, dass eine Pflichtverletzung des Arztes vorliegt. Diese kann in einem Behandlungs- oder in einem Aufklärungsfehler liegen.

#### 1. Behandlungsfehler beim Einsatz medizinischer Geräte

Die erste Möglichkeit zur Begründung einer Pflichtverletzung ist der ärztliche Behandlungsfehler bei Verwendung medizinischer Geräte, wie es sowohl bei der Lasernadelakupunktur als auch der Intravasalen Laserblutbestrahlung zwangsläufig der Fall. Hierbei ist zwischen dem technischen Versagen eines medizinischen Gerätes und der fehlerhaften Bedienung zu unterscheiden

#### a) technische Funktionsfähigkeit - „voll beherrschbares Risiko“

Die erste Variante des Behandlungsfehlers liegt vor, wenn ein technisches Gerät nicht ordnungsgemäß funktioniert, der Behandlungsfehler also gleichsam aufgrund einer

Art „Produktfehler“ des medizinischen Gerätes passiert. Insoweit hat die Rechtsprechung den Grundsatz des voll beherrschbaren Risikos entwickelt und entschieden, dass der behandelnde Arzt – und zwar auch der niedergelassene Arzt – auch die Pflicht hat, ordnungsgemäß funktionierendes und gewartetes medizinisches Gerät einzusetzen. Resultiert ein Behandlungsfehler auf einem technischen Defekt des Gerätes, so liegt die Beweislast, dass der defekte Zustand des Gerätes nicht vom Arzt oder einem seiner Erfüllungsgehilfen verursacht wurde, beim Arzt.<sup>2</sup>

Die Rechtsprechung nimmt insoweit also eine Beweislastumkehr vor und der behandelnde Arzt ist nur dann **nicht** schadensersatzpflichtig, wenn er beweisen kann, dass der technische Defekt nicht von ihm oder einem seiner Gehilfen verschuldet wurde. Da die Lasernadelakupunktur und auch die intravasale Laserblutbestrahlung – wie wir während dieser Veranstaltung demonstriert bekommen haben – mittels technischer Geräte erfolgt, dürften die insoweit von der Rechtsprechung entwickelten Haftungsgrundsätze anzuwenden sein.

#### b) Fehler beim Einsatz eines funktionstüchtigen Gerätes (Bedienungsfehler)

Die zweite wichtige Konstellation möglicher Haftung ergibt sich sodann aus Fehlern bei der Bedienung eines ordnungsgemäß produzierten und gewarteten Gerätes, welches technisch einwandfrei funktioniert.

(1)

Bei der Art und Weise der durchzuführenden Behandlung gilt nach der Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmaßstab. Die Qualität der ärztlichen Behandlung muss dem nach dem Kenntnisstand der Medizin im Behandlungszeitpunkt am Behandlungsort im jeweiligen Fachkreis des behandelnden Arztes geforderten Standard entsprechen.<sup>3</sup> Die Laserstrahlen müssen deshalb an der richtigen Stelle des menschlichen Körpers angesetzt, die Venüle muss bei der Laserblutbestrahlung an die

---

<sup>1</sup> vgl. hierzu grundlegend Bodenburg, Der ärztliche Kunstfehler als Funktionsbegriff zivilrechtlicher Dogmatik (1983), S. 5 ff.

---

<sup>2</sup> BGH NJW 1978, S. 584; s. auch Nachweise bei Müller, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, NJW 1997, S. 3049 ff (3050)

<sup>3</sup> vgl. BGHZ 113, 297; zuletzt deutlich BGH NJW 2003, S. 2311. Mit anderen Worten kommt es nicht auf die persönliche (subjektive) Situation des behandelnden Arztes an, wenngleich Spezialkenntnisse - soweit vorhanden - dennoch eingesetzt werden müssen; BGH NJW 1997, S. 3090.

richtige Vene gelegt werden, die Überwachung des Patienten während der Behandlung muss gewährleistet sein.

(2)

Bei der Anwendung von komplizierten medizinischen Geräten und damit insbesondere auch bei Geräten, die mit Laserstrahlen arbeiten, kommt der Gesichtspunkt hinzu, dass auch eine Fehlbedienung des Gerätes zu Schäden führen kann. Ein persönliches Eingreifen des Arztes ist nach der Rechtsprechung dabei grundsätzlich aber nur zu fordern, wo die betreffende Tätigkeit gerade dem Arzt eigene Kenntnisse und Kunstfertigkeiten auferlegt.<sup>4</sup>

Nach der Rechtsprechung ist der Arzt deshalb verpflichtet, sich mit der Funktionsweise insbesondere von Geräten, deren Einsatz für den Patienten „vitale Bedeutung“ haben, wenigstens insoweit vertraut zu machen, wie dies einem naturwissenschaftlich und technisch aufgeschlossenen Menschen möglich und zumutbar ist.<sup>5</sup> Damit stellt sich natürlich die Frage, ob die Behandlung eines Patienten mittels Lasernadelakupunktur oder der intravasalen Laserblutbestrahlung für den Patienten diese angesprochene „vitale Bedeutung“ hat. Die angesprochene Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1978, die den Begriff der „vitalen Bedeutung“ formulierte, bezog sich auf ein Narkosegerät, welches ein Anästhesist bei einer Hüftgelenkoperation eingesetzt hatte und bei dem durch das Verwechseln der Schläuche eine schwere Hirnschädigung des Patienten eingetreten war. Scheint diese Entscheidung auch noch nachvollziehbar, so stellt sich sicherlich die Frage, ob der weitere Fortschritt gerade der Medizintechnik vom Arzt immer weitere spezialisierte Kenntnisse der eingesetzten Geräte erfordert. Insoweit lässt sich aber erkennen, dass die immer weitergehende Technisierung der Medizin auch die Rechtsprechung nicht völlig unbeeindruckt gelassen hat.

Nach einer neueren Entscheidung des OLG Saarbrücken aus dem Jahr 1999 bringt die zunehmende Technisierung der modernen Medizin es vielmehr mit sich, dass der behandelnde Arzt **nicht** mehr alle technischen Einzelheiten der ihm verfügbaren Geräte zu erfassen und gegenwärtig zu haben vermag.<sup>6</sup> In dieser Entscheidung ging es um Verbrennungen durch ein Hochfrequenzchirurgiegerät, weil die am linken Arm des Patienten angebrachte Elektrode nicht richtig saß.

Ob dieser Gedanke auch bei der Lasernadelakupunktur oder der intravasalen Laserblutbestrahlung Platz greifen wird, ist derzeit schwer zu beurteilen, weil hierzu naturgemäß aufgrund der Neuartigkeit der Behandlungsmethode eine wissenschaftliche Diskussion noch nicht stattfinden konnte und Rechtsprechung dazu bislang fehlt. Es ist aber davon auszugehen, dass sich die Anforderungen an die Kenntnisse und Fertigkeiten des behandelnden Arztes so verdichten lassen, dass von ihm gefordert wird, die Funktionsweite des eingesetzten Lasergerätes und seine Anwendungsparameter zu kennen und beim Patienten auch technisch richtig einzusetzen.

### **c) Zwischenergebnis**

Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, dass Lasernadelakupunktur und intravasale Laserblutbestrahlung dann Haftungsrisiken für den behandelnden Arzt bedeuten, wenn die Geräte fehlerhaft sind, fehlerhaft gewartet und fehlerhaft unterhalten werden. Insoweit gilt eine Beweislastumkehr. Fehler bei der Bedienung führen ebenfalls zur Haftung, wenn die Bedienung fahrlässig falsch erfolgt. Grundsätzlich muss man voraussetzen, dass der Arzt mit der Bedienung des Gerätes hinreichend vertraut ist. Erkennt man zudem, dass die eingesetzte Behandlungsmethode für den Patienten von vitaler Bedeutung ist, was sicherlich bei den meisten Anwendungen der Laserakupunktur nicht der Fall sein dürfte, ist es Sache des Arztes darzulegen, dass kein Bedienungsfehler Ursache der eingetretenen Schädigung des Patienten war.

### **2. Aufklärungspflicht beim Einsatz neuartiger Behandlungsmethoden**

Ein weiterer Ansatzpunkt für eine Haftung des Arztes bei Anwendung neuer oder alternativer ärztlicher Behandlungsmethoden ist die mangelhafte oder unterlassene Aufklärung des Patienten.

Der Arzt ist generell zur Aufklärung des Patienten verpflichtet. Eine nicht ausreichende Aufklärung des Patienten stellt eine Pflichtverletzung dar, die den Arzt zum Schadensersatz verpflichten kann. Die Aufklärung soll nach der Rechtsprechung dem Patienten eine zutreffende Vorstellung davon verschaffen, worauf er sich einlässt, wenn er der vorgesehenen medizinischen Behandlung zustimmt. Die ärztliche Aufklärung soll den Patienten vornehmlich in die Lage versetzen, sein Selbstbestimmungsrecht sinnvoll wahrzunehmen und über die Inkaufnahme der mit dem ärztlichen Eingriff verbundenen Risiken frei zu entscheiden.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> BGH NJW 1975, S. 2245 (2246)

<sup>5</sup> BGH NJW 1978, S. 584; OLG Saarbrücken VersR 1991, S. 1289.

<sup>6</sup> OLG Saarbrücken NJW-RR 1999, S. 749 ff.

---

<sup>7</sup> vgl. OLG Nürnberg NJW-RR 04, S. 1543.

### **a) Grundzüge der Aufklärung vor dem ärztlichen Heileingriff**

Im Grundsatz gilt deshalb, dass Aufklärungsdefizite, unabhängig davon, ob sich ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat oder nicht, den Eingriff insgesamt wegen der fehlenden Einwilligung des Patienten rechtswidrig machen und deswegen bei Vorliegen eines Verschuldens des Arztes im Grundsatz zu dessen Haftung für alle Schadensfolgen aus der Behandlung führen.<sup>8</sup>

(1)

Kern der Aufklärung ist zunächst die Behandlungsaufklärung. Diese verlangt, dass in erster Linie über den Eingriff überhaupt aufzuklären ist. Zur Behandlung gehört deshalb immer die Erläuterung der Art der konkreten Behandlung, insbesondere über die Tragweite des Eingriffs (Verlaufsaufklärung). Des Weiteren ist der Patient unter Berücksichtigung des Gewichts der medizinischen Indikation sowie der Schwere der möglichen Schadensfolgen und der Komplikationsdichte über die mit der fehlerfreien medizinischen Behandlung möglicherweise verbundenen Schädigungsrisiken aufzuklären, seien es mögliche Eingriffskomplikationen während der Operation, oder seien es sonstige schädliche Nebenfolgen aus dem Eingriff (Risikoaufklärung)<sup>9</sup>. Diese Verpflichtung zur Aufklärung kann im Einzelfall sehr weit gehen, wozu sich im Laufe der Jahre eine umfangreiche Kasuistik herausgebildet hat, welche den Umfang der Aufklärung jeweilig differenziert und verfeinert, aber im Ergebnis konstant zu Gunsten des Patienten erweitert hat, obwohl der BGH immer wieder betont, dass an die Aufklärung keine unbilligen oder übertriebenen Anforderungen im Einzelfall gestellt werden sollen.<sup>10</sup>

(2)

Die Wahl der Behandlungsmethode ist dennoch primär Sache des Arztes, so dass dieser in aller Regel davon ausgehen darf, dass der Patient der ärztlichen Entscheidung vertraut und deshalb keine eingehende fachliche Unterrichtung über spezielle medizinische Fragen erwartet. Er muss deshalb dem Patienten im Allgemeinen auch nicht erläutern, welche Behandlungsmethoden theoretisch in Betracht kommen und welche Gesichtspunkte für und gegen die eine oder andere Methode sprechen, solange er eine Therapie anwendet, die dem medizinischen Standard

genügt.<sup>11</sup>

Dabei spielt sicherlich auch der Gedanke eine Rolle, ob die Behandlung medizinisch indiziert und unter Absetzung der Änderung der bisherigen Therapie erfolgt oder nur zusätzlich und unter Beibehaltung der bisherigen Therapie und Medikation. Damit ist natürlich die Frage der Therapiewahl und der daraus ableitbare Haftungsrisiko angesprochen. An dieser Stelle mag der Hinweis genügen, dass der Arzt bei seinem therapeutischen Vorschlag einen Behandlungsspielraum in Anspruch nehmen kann, wenn er genaue Kenntnisse über die von ihm gewählte Methode und die weitere fachliche Übersicht besitzt.<sup>12</sup>

Stehen jedoch mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte Behandlungsmethoden zur Verfügung, die unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen aufweisen, besteht also eine echte Wahlmöglichkeit für den Patienten, muss diesem durch entsprechende vollständige ärztliche Belehrung die Entscheidung darüber überlassen bleiben, auf welchem Weg die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will.<sup>13</sup> Sollte sich eines Tages die Überlegenheit der Laserakupunktur zwingend als Methode der Wahl erweisen, ist der Arzt verpflichtet, den Patienten auch darauf hinzuweisen. Die Rechtsprechung verlangt in dem Zusammenhang vom Arzt generell den Einsatz der modernsten und wirksamsten medizinischen Geräte.<sup>14</sup>

### **b) Besonderheiten bei neuartigen Behandlungsmethoden**

(1)

Insbesondere dann, wenn der behandelnde Arzt mit seiner Behandlung medizinisches "Neuland" betritt, wie z.B. auch bei der Lasernadelakupunktur und der intravasalen Laserblutbestrahlung, hat er den Patienten auch darüber aufzuklären und darauf hinzuweisen, dass unbekannte Risiken derzeit nicht auszuschließen sind. Auch in Fällen der Abweichung von üblichen Verfahren der „Schulmedizin“ muss der Patient entsprechend aufgeklärt werden. Dies gilt insbesondere für die Anwendung einer neuen, noch nicht allgemein eingeführten Methode, einer Außenseitermethode oder bei Anwendung eines erst in der Erprobung stehenden Heilversuchs.<sup>15</sup>

<sup>8</sup> so u.a. BGH NJW 1989, S. 1533 ff.

<sup>9</sup> Urteil des OLG Zweibrücken vom 04.04.2000 (Az: 5 U 20/99); OLG Zweibrücken 2001, S. 79 ff.

<sup>10</sup> vgl. hierzu grundlegend Bodenburg NJW 1981, S. 601 ff. Dort finden sich auch grundlegende Ausführungen dazu, wie man das Problem der „ausufernden Aufklärung“ durch Anlehnung an die so genannte Lehre vom Beurteilungsspielraum praktisch angehen könnte (S. 604); BGH NJW 1981, 2002, VersR 1985, 361

<sup>11</sup> OLG Zweibrücken 2001, aaO.; BGH NJW 1982, 2121; VersR 1998, 766;

<sup>12</sup> Laufs/Uhlenbruck, Arztrecht, § 3 Rn. 17.; OLG Karlsruhe, MedR 2003, 229;

<sup>13</sup> OLG Frankfurt NJW-RR 2005, S. 173 ff.

<sup>14</sup> BGHZ 102, 17 (21); BGH NJW 1989, S. 2321 (3222).

<sup>15</sup> OLG Zweibrücken 2001, aaO. sowie BGH, Urteil vom 13.06.2006, Az. VI ZR 323/04: Aufklärung des Patienten, wenn bei einer Hüftgelenksoperation ein

Eine Aufklärungspflicht besteht umso mehr, wenn ein im Experimentierstadium befindliches, wissenschaftlich noch nicht anerkanntes Verfahren mit zweifelhaften Heilungsaussichten angewandt werden soll. Um den Patienten das Risiko, auf das er sich mit der Therapie einlässt, zutreffend vor Augen zu führen, muss er sowohl über den Umstand einer eventuell mangelnden wissenschaftlichen Anerkennung als auch auf die erhöhte Gefahr des Misserfolges und die mögliche Komplikation mit hinreichender Deutlichkeit und Offenheit informiert werden.

(2)

Ganz allgemein gilt der Grundsatz, dass die Aufklärung besonders umfassend sein muss, wenn der behandelnde Arzt sich auf Neuland mit ungeklärten Risiken begibt. Grund hierfür ist, dass der Patient in diesem Bereich eine echte Alternative zur klassischen Behandlung nach den Regeln der Schulmedizin hat und durch die Aufklärung in die Lage versetzt werden muss, selbst eigenverantwortlich zu entscheiden, ob er sich auf das neue Verfahren einlassen will.<sup>16</sup>

Der schulmedizinisch ausgebildete Arzt ist zudem verpflichtet, den Patienten darüber aufzuklären, wenn die von ihm vorgeschlagene und zur Behandlung angewendete Außenseitermethode von der Schulmedizin eindeutig abgelehnt wird. Die Nichtaufklärung und das Hinwegsetzen des Arztes über Diagnosemethoden der Schulmedizin stellt sogar einen groben Behandlungsfehler dar.<sup>17</sup> Dies führt in einem möglichen Prozess mit dem Patienten zu erheblichen Beweiserleichterungen auf Seiten des Patienten und ist für den in Anspruch genommenen Arzt besonders gefährlich.<sup>18</sup>

Entscheidend für den Umfang der Risikoaufklärung ist der Stand der ärztlichen Wissenschaft zum Zeitpunkt der Therapieentscheidung.

(3)

Die Aufklärung im Bereich der Lasernadelakupunktur und der Intravasalen Laserblutbestrahlung sollte deshalb mindestens den Hinweis enthalten, dass bei dieser Behandlungsmethode bisher keine nachteiligen Nebenwirkungen bekannt sind. Dennoch sollte und muss der Arzt bei der Aufklärung auch darauf

hinweisen, dass es sich hier um eine neuere Methode handelt und Langzeitstudien noch nicht oder nur begrenzt vorliegen. Softlaser haben nach den jetzigen Erkenntnissen wohl vernachlässigbare thermische Wirkungen und dadurch auch keine Nebenwirkungen. Dennoch ist es denkbar, dass sie das Regelsystem der Zelle in einer Weise beeinflussen, die bis heute noch nicht endgültig geklärt ist.

Auf den Umstand also, dass sich die Forschung erst am Anfang befindet, sollte die Aufklärung unbedingt hinweisen. Ansonsten könnte man beim Auftreten eventueller schädlicher Nebenwirkungen in der Langzeitanwendung und -entwicklung der Auffassung sein, dass ein Aufklärungsmangel vorliegt. Auf der anderen Seite ist aber auch Vorsicht vor einer „Überaufklärung“ geboten, denn durch die zu umfangreiche Aufklärung läuft der behandelnde Arzt Gefahr, dass der Patient seine „Einwilligungsfähigkeit“ verliert und deshalb nicht mehr wirksam einwilligen kann.<sup>19</sup>

Zusammengefasst hängt das Maß der erforderlichen Aufklärung eng mit der medizinischen Entwicklung im Bereich der Lasernadelakupunktur und der intravasalen Laserblutbestrahlung zusammen: Soweit diese als anerkannte Methode der „Schulmedizin“ anerkannt ist, sinkt der Bedarf an Aufklärung. Inwieweit es sich bei der Behandlungsmethode bereits um eine „anerkannte“ Behandlungsmethode handelt, ist keine juristische, sondern eine medizinische Frage.

Solange die Entwicklung der Lasertherapie sich noch nicht in diesem Stadium befindet, ist indes ein hohes Maß an Aufklärung geboten und auch zu empfehlen. Dabei ist es nützlich, insbesondere auf den neuartigen Charakter der Behandlungsmethode und ihre Chancen hinzuweisen.

### c) Wirtschaftliche Aufklärung

Die ärztliche Aufklärungspflicht erstreckt sich schließlich auch auf wirtschaftliche und kostenmäßige Gesichtspunkte. So muss der Arzt den Patienten darauf hinweisen, dass die gesetzlichen Krankenkassen die gewünschte oder von ihm vorgesehene Behandlung möglicherweise nicht bezahlen wird,<sup>20</sup> was insbesondere bei neueren Behandlungsmethoden wie der Laserblutbestrahlung und der Lasernadelakupunktur zu klären ist.

Die entscheidende gesetzliche Vorschrift ist insoweit in § 135 SGB V zu finden. Danach dürfen neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden

---

computergesteuertes Fräsverfahren („Robodoc“) eingesetzt wird, das den Nerv des Patienten geschädigt hatte.

<sup>16</sup> OLG Oldenburg, VersR 1997, S. 491; BGH NJW 1982, 2121; BGH VersR 1996, 233

<sup>17</sup> OLG Koblenz, NJW 1996, S. 1600 ff.

<sup>18</sup> Zu den Beweiserleichterungen im Einzelnen vgl. Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 110 Rn. 1 ff.

<sup>19</sup> Hierzu Bodenburger NJW 1981, S. 601 (604).

<sup>20</sup> So das OLG Düsseldorf MedR 1986, S. 208 für die Anwendung von alternativer Medizin (Ozon-Sauerstoff-Eigenbluttransfusion).

in der vertragsärztlichen und vertragszahnärztlichen Versorgung zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen nur erbracht werden, wenn der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) auf Antrag bestimmter öffentlicher Träger Empfehlungen abgegeben hat über

- die Anerkennung des diagnostischen und therapeutischen Nutzens der neuen Methode sowie deren medizinische Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit - auch im Vergleich zu bereits zu Lasten der Krankenkassen erbrachte Methoden - nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse in der jeweiligen Therapierichtung,
- die notwendige Qualifikation der Ärzte, die apparativen Anforderungen sowie Anforderungen an Maßnahmen der Qualitätssicherung, um eine sachgerechte Anwendung der neuen Methode zu sichern, und
- die erforderlichen Aufzeichnungen über die ärztliche Behandlung.

Der GBA soll somit darüber wachen, dass die Leistungspflicht der GKV nicht auf unwirksame oder unwirtschaftliche Untersuchungs- und Behandlungsmethoden ausgedehnt wird. Ausschlaggebend ist deshalb nicht, wann eine bestimmte Behandlungsmethode erstmals erbracht oder in der Versorgung mit ärztlichen Leistungen erstmals angewendet worden ist, sondern ob die fraglichen Methode schon bisher zur vertragsärztlichen Versorgung gehört hat. Es steht jedenfalls in diesem Zusammenhang fest, dass ohne (positive) Empfehlung des Bundesausschusses neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden nicht auf Kosten der Krankenkassen erbracht werden dürfen.

Die Rechtsprechung ist in der Interpretation der Anforderungen des § 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V zum Wohle der Patienten großzügiger. Das Bundessozialgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass ein Kostenerstattungsanspruch des Versicherten, ausnahmsweise dann in Betracht kommt, wenn die fehlende Anerkennung der neuen Methode auf einen Mangel des gesetzlichen Leistungssystems beruht. Danach steht es dem GBA nicht frei, ob und wann er sich mit einem Antrag auf Anerkennung einer neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode befassen muss, sondern ob eine Lücke im gesetzlichen Leistungssystem zu schließen ist.

Soweit eine Behandlungsmethode zweckmäßig und wirtschaftlich ist, darf sie dem Versicherten nicht vorenthalten werden. Als inhaltliches Kriterium hat deshalb das BSG gefordert, dass der Erfolg der neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode „in einer für die sichere Beurteilung ausreichenden Zahl von

Behandlungsfällen aufgrund wissenschaftlich einwandfrei geführter Statistiken belegt werden kann“.<sup>21</sup> Wir wissen, dass erst kürzlich der GBA entschieden hat, dass die Akupunktur für Rücken- und Kniebehandlungen in den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen aufzunehmen ist, so dass die Kostenübernahme für diese Behandlungen zukünftig von den gesetzlichen Krankenkassen kostenmäßig übernommen werden muss.

Weitere Behandlungen auf dem Gebiet der Akupunktur werden derzeit von den gesetzlichen Krankenkassen nicht übernommen. Die Auseinandersetzung mit der gesetzlichen Krankenkasse kann für den Patienten deshalb erhebliche finanzielle Risiken mit sich bringen, solange keine weitere formale Empfehlung bzw. Anerkennung durch den GBA erfolgt ist. Damit sich der behandelnde Arzt hier in keine Haftungsgefahr wegen eines Aufklärungsmangels begibt, wird empfohlen, auf jeden Fall darauf hinzuweisen, ob im Behandlungszeitpunkt eine Erstattung durch die gesetzliche Krankenkasse erfolgt oder nicht.

#### **d) Art und Weise der Aufklärung**

Es bleibt die Frage, wie die Aufklärung im Einzelfall konkret durchzuführen ist.

##### **(1)**

Das rechtzeitige mündliche Aufklärungsgespräch sollte die Regel bilden, wobei schriftliche Hinweise und Abbildungen die Unterredung vorbereiten und unterstützen sollten. Ohne hierzu zu sehr ins Detail zu gehen ist jedoch schon aus Beweisgründen eine schriftliche Dokumentation unabdingbar notwendig.<sup>22</sup> Nach dem Vorbild der US-amerikanischen Praxis sollte zunächst eine schriftliche Basisinformation erfolgen, die mit einem anschließenden persönlichen Aufklärungsgespräch verbunden und mit der Unterschrift des Patienten abgeschlossen wird.<sup>23</sup> Die Hinzuziehung eines Zeugen (Arzthelferin) kann nur empfohlen werden. Rechtzeitig ist das Aufklärungsgespräch solange dem Patienten eine angemessene Überlegungszeit bis zum Behandlungsbeginn verbleibt.<sup>24</sup> Für gewöhnliche ambulante Einriffe kann eine Aufklärung noch am Tag des Eingriffs rechtzeitig

---

<sup>21</sup> So grundlegend BSG MDR 1996, S. 397 ff. sowie BVerfG vom 06.12.2005, NJW 2006, S. 891 ff.: Aus dem Sozialstaatsprinzip folgt, dass die Krankenkassen verpflichtet sind, die Kosten zu übernehmen, wenn bei einer lebensbedrohlich oder regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankung eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.

<sup>22</sup> vgl. hierzu BGH NJW 1985, S. 1399.

<sup>23</sup> So die Empfehlung bei Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rn. 14 m.w.N.

<sup>24</sup> BGH NJW 1995, S. 2410.

sein<sup>25</sup> für die Laserakupunktur dürfte eine Aufklärung am Vortrag der Behandlung als rechtzeitig angenommen werden.<sup>26</sup>

## II. Deliktische Haftung

Für die Haftung des nicht in Vertragsbeziehungen zum Patienten stehenden Arztes steht die gesetzliche Haftung des Deliktsrechts zur Verfügung. Insoweit liegt möglichen Patientenansprüchen nur eine andere rechtliche Struktur – ausgehend von der ärztlichen Tätigkeit als Körperverletzung - zugrunde,<sup>27</sup> jedoch spielen dabei dieselben tatsächlichen Fragen eine Rolle wie bei der Inanspruchnahme aus einer vertraglichen Pflichtverletzung. Ein Behandlungsfehler führt insoweit zur Haftung, weil der Arzt mindestens fahrlässig gehandelt hat.<sup>28</sup> Ein Aufklärungsfehler kann dazu führen, dass die stets erforderliche Einwilligung nicht vorliegt und der ärztliche Heileingriff deshalb weiterhin rechtswidrig eine Körperverletzung bleibt.<sup>29</sup>

Die Unterscheidung und Abgrenzung zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung hat durch die Änderungen im Rahmen der Schuldrechtsreform des BGB ab 01.01.2002 an Bedeutung verloren, weil Schmerzensgeld nunmehr auch aus vertraglichen Ansprüchen verlangt werden kann und die Verjährungsregeln angeglichen wurden.

## III. Zusammenfassung

Durch die Lasernadelakupunktur und durch die intravasale Laserblutbestrahlung ergeben sich neue Chancen für die medizinische Behandlung des Patienten. Langzeiterkrankungen können durch die Anwendung der Lasertechnik erfolgreich behandelt werden. Es ergeben sich für den Arzt aber auch neue Haftungsrisiken, wobei diese sicherlich im Bereich der ärztlichen Aufklärung am deutlichsten zutage treten. Der Arzt, der sich für eine Laserbehandlung mittels der jetzt möglichen Therapiemethoden entscheidet, sollte deshalb Sorge dafür tragen, eine umfassende ärztliche Aufklärung rechtzeitig durchzuführen und zu dokumentieren.

Daneben ist die Kenntnis der Funktionsweise des Lasergerätes und seine richtige Bedienung sowie seine Anwendung am Patienten für den Arzt absolut verpflichtend, will er sein Haftungsrisiko ausschließen oder zumindest minimieren.

---

<sup>25</sup> BGH NJW 1994, S. 3009.

<sup>26</sup> Zu weit: BGH NJW 1992, S. 2351 (Aufklärung in der Sprechstunde, in der der spätere operative Eingriff verabredet wird).

<sup>27</sup> vgl. hierzu umfassend Bodenburg, Der ärztliche Kunstfehler als Funktionsbegriff zivilrechtlicher Dogmatik (1983), S. 5 ff.

<sup>28</sup> vgl. hierzu ausführlich Bodenburg, aaO (S. 115 ff.).

<sup>29</sup> Palandt/Heinrichs, § 823 Rn. 151 ff.