

JENS PRÜTTING

Rechtsgebietsübergreifende
Normenkollisionen

Jus Privatum



Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 240



Jens Prütting

Rechtsgebietsübergreifende Normenkollisionen

Ein Lösungsansatz am Beispiel der Schnittstelle
von Zivil- und Sozialversicherungsrecht
im Gesundheitswesen

Mohr Siebeck

Jens Prütting ist geschäftsführender Direktor des Instituts für Medizinrecht und geschäftsführender Direktor des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen der Bucerius Law School Hamburg.

ISBN 978-3-16-159106-8 / eISBN 978-3-16-159107-5

DOI 10.1628/978-3-16-159107-5

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 als Habilitationsschrift an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg angenommen. Allem voran gilt größter Dank meinem akademischen Lehrer Marc-Philippe Weller, der mir mit Rat und Tat stets zur Seite stand und dessen unbezahlbare Freundschaft mich über die Jahre begleitet hat. Herzlich möchte ich mich auch bei den weiteren Gutachtern Markus Stoffels und Peter Axer bedanken, welche die große Mühe auf sich genommen haben, in einem kurzen Zeitraum mein Werk zu durchdringen und zu bewerten. Die hierbei erteilten konstruktiven Hinweise haben Eingang in die abschließende Schriftfassung gefunden. Und Stefan Geibel möchte ich herzlich für die Unterstützung im Rahmen der abschließenden Habilitationsprüfung danken. Zudem gilt mein Dank der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, die das Werk mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss unterstützt hat.

Darüber hinaus muss deutlich betont werden, dass die Zeit der Erstellung der Habilitationsschrift mit Blick auf die sonstigen zahlreichen Aufgaben und Dienstpflichten nicht ansatzweise so gut verlaufen wäre, wäre ich nicht von zahlreichen Personen unterstützt worden. Daher gilt mein besonderer Dank Paul Schirmmacher, Christian Bochmann, Sebastian Höppner, Daniel Jarzembowski, Marie-Theres Merrem, Denis Kaspras, Wiebke Winter, Tom Wolk, Kilian Friedrich, Alexander Heß, Yannick Klix, Mats Leverenz, Teresa Karl, Niklas Wolf, Lukas Tiling, Lena Walter, Klara Lübbers und dem Team des Lehrstuhls Weller.

Zudem waren die letzten Jahre an der Bucerius Law School Hamburg von Freundschaftlichkeit und Kollegialität im Kreis der dortigen Kolleginnen und Kollegen sowie des gesamten Hochschulpersonals und der Studierenden gekennzeichnet. Ich danke dieser Hochschule und all ihren Mitgliedern für die wunderbare Atmosphäre und freundschaftlichen Verbindungen.

Und schließlich standen sehr gute Freunde und eine liebende Familie zu jeder Zeit hinter mir, was durch nichts zu ersetzen ist. Mein ganz besonderer Dank gilt daher meinen Eltern, Dorothea und Hanns, meiner Schwester Christine und meiner Frau Behnush, die diesen beruflichen Werdegang und das vorliegende Werk möglich gemacht haben.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
§ 1 <i>Einleitung, Definitionen und zentrale Thesen</i>	1
I. Themeneinführung und Problemaufriss	1
II. Zivil- und Sozialversicherungsrecht	4
III. Die Begriffe der Kollision und der Teilrechtsordnung	14
IV. Zentrale Thesen und Leitgedanken zur Gesetzesauslegung im Fall rechtsgebietsübergreifender Normenkollisionen	22
V. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes	25
VI. Gang der Darstellung	27
§ 2 <i>Soziologie der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis</i>	29
I. Vorbemerkungen	29
II. Die Perspektive der Sozialwissenschaften – Konfliktlage zwischen Rechtswissenschaft und Sozialforschung	37
III. Eingeführte Differenzierungen und Konsequenzen	39
§ 3 <i>Methodischer Unterbau</i>	57
I. Normenkonkurrenz, Normenkollision – dogmatische Grundsatzüberlegungen	59
II. Wert und Unzulänglichkeiten des klassischen Methodenkanons sowie anerkannter Kollisionsrechtsregeln	91
§ 4 <i>Rechtstheorie vs. Rechtssoziologie – Überlegungen zwischen Theorie und Praxis</i>	131
§ 5 <i>Normenkollisionen zwischen Vorschriften des Zivil- und Sozialversicherungsrechts in ausgewählten Problemkomplexen</i>	135
I. Vorbemerkungen	135
II. Das Prinzip der Eigenverantwortung	136

III. Wirtschaftliche Aufklärung und sozialversicherungsrechtliche Zuzahlungsverpflichtungen	173
IV. Sozialversicherungsrechtliche Qualitätsvorgaben und zivilrechtlicher Haftungsmaßstab	194
V. Kostendruck und Standard	224
§ 6 <i>Verfahrensrechtliche Absicherung</i>	263
I. Ansätze für eine Forcierung der Berücksichtigung durch die Judikative	263
II. Detailerwägungen zur judikativen Begründungspflicht	270
§ 7 <i>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i>	289
Literatur- und Quellenverzeichnis	301
Sachregister	331

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
<i>§ 1 Einleitung, Definitionen und zentrale Thesen</i>	<i>1</i>
I. Themeneinführung und Problemaufriss	1
II. Zivil- und Sozialversicherungsrecht	4
1. Das Prinzip der Eigenverantwortung	5
2. Wirtschaftliche Aufklärung und gesetzliche Zuzahlungs- verpflichtungen	7
3. Sozialversicherungsrechtliche Qualitätsvorgaben und zivilrechtlicher Haftungsmaßstab	9
4. Kostendruck und Standard	11
III. Die Begriffe der Kollision und der Teilrechtsordnung	14
1. Kollision	14
2. Teilrechtsgebiet/Teilrechtsordnung	15
a) Gewachsene Strukturen und gelebte Einteilungen – Das äußere System und die benannten Lebensbereiche als Anhaltspunkt	17
b) Extrapolationsfähige Zweckverfolgung – Das innere System der Rechtsordnung als taugliches Abgrenzungsmoment?	20
IV. Zentrale Thesen und Leitgedanken zur Gesetzesauslegung im Fall rechtsgebietsübergreifender Normenkollisionen	22
V. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes	25
VI. Gang der Darstellung	27
<i>§ 2 Soziologie der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis</i>	<i>29</i>
I. Vorbemerkungen	29
1. Warum Rechtssoziologie?	29
2. Das deduktiv verfasste, induktiv lernende System	32
II. Die Perspektive der Sozialwissenschaften – Konfliktlage zwischen Rechtswissenschaft und Sozialforschung	37
III. Eingeführte Differenzierungen und Konsequenzen	39
1. Grundunterscheidung nach hergebrachten Rechtsgebiets- einteilungen	39

2. Zivil- vs. Sozialrecht	40
3. Eingeführte Gerichtsbarkeiten	46
4. Leitbilder hinter den gewachsenen Strukturen	49
a) Markt vs. Staat	49
b) Der historische Blick auf das öffentliche Gesundheitssystem in Deutschland	50
c) Die Spannungslage im Medizinrecht <i>de lege lata</i>	53
 § 3 <i>Methodischer Unterbau</i>	 57
I. Normenkonkurrenz, Normenkollision – dogmatische Grundsatzüberlegungen	59
1. Beschreibung des dogmatischen Ansatzes	59
2. Systemdenken als zentrale Grundlage	60
a) Der Systembegriff	60
aa) Vorbemerkung – Relevanter Blickwinkel	60
bb) Einheit und Ordnung – Abstrakte Grundsätze des allgemeinen Systembegriffs	63
cc) Systemdenken im Recht	63
(1) Bausteine des Rechtssystems	64
(2) Bausteine wissenschaftlicher Systeme	66
(3) Grundsätzliche Kategorisierung von Auslegungs- vorschlägen und denkbare Abweichungsmuster	67
b) Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	71
aa) Der Normwiderspruch	72
bb) Wertungswidersprüche	73
(1) Der Wertungswiderspruch – Eine Gegenstands- betrachtung	74
(2) Keine Forderung der Rechtsordnung zum Gleichlauf der Teilrechtsordnungen	77
(a) Die Einheit der Rechtsordnung als ungeschriebenes Prinzip	78
(b) Der allgemeine Gleichheitssatz	83
(c) Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips	88
(d) EU-Recht	89
(3) Differenzierungsmöglichkeit/Differenzierungs- notwendigkeit – Eine Frage der Normanwendung und Normentwicklung	90
II. Wert und Unzulänglichkeiten des klassischen Methodenkanons sowie anerkannter Kollisionsrechtsregeln	91
1. Die Aufgabe der Auslegung	91
2. Interpretation des Rechts und judikative Rechtserzeugung	93

3. Die zentralen Ansätze hergebrachter Methodik der Auslegung und Anwendung	96
a) Gesetzgeberische Linien, ihre Grenzen und ihre Lücken – die subjektive Teleologie als demokratischer Maßstab und die objektive Teleologie als geronnene Vernunft	97
aa) Subjektive vs. objektive Theorie	97
(1) Der verfassungsrechtlich verbürgte Vorranganspruch subjektiver Teleologie	97
(2) Ermittlung des gesetzgeberischen Willens als Problem	99
(a) Der Gesetzgeber	99
(b) Der Weg zum Willen des Gesetzgebers	101
bb) Das Zirkelschlussproblem	106
cc) Teilrechtsgebietsübergreifende Bezüge, Zwischenfazit und Einpassung der Folgerwägungen	107
b) Systematik – Das äußere und innere System	108
aa) <i>Lex superior derogat legi inferiori</i>	109
bb) <i>Lex posterior derogat legi priori</i>	112
cc) <i>Lex specialis derogat legi generali</i>	113
dd) Aussagegehalt des äußeren Systems der Rechtsordnung bei der systematischen Interpretation	114
4. Weitergehende Vorschläge zum Umgang mit rechtsgebietsübergreifenden Normenkollisionen	116
a) Wechselseitige Auffangordnungen	117
b) Formelle und materielle Normrelationen – Konsistenz und Kohärenz als Leitmotive der Auslegung	120
c) Die Delegationstheorie des Bundesarbeitsgerichts als Erkenntnisquelle?	122
d) Die Doppelnormtheorie	123
e) Speziell für die Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht: Die Ordnungsansätze von Deinert	125
f) Ausstrahlungsthese und Optimierungsgebot – Sicherung praktischer Konkordanz im Recht und der Wert sorgfältigen prozeduralen Vorgehens	127
5. Zwischenfazit	129
 <i>§ 4 Rechtstheorie vs. Rechtssoziologie – Überlegungen zwischen Theorie und Praxis</i>	 131

§ 5 Normenkollisionen zwischen Vorschriften des Zivil- und Sozialversicherungsrechts in ausgewählten Problemkomplexen	135
I. Vorbemerkungen	135
II. Das Prinzip der Eigenverantwortung	136
1. Grundsätzliche Erwägungen zur Kollisionslage (Vorprüfung) – Eine intransparente Gemengelage	138
2. Eigenverantwortlichkeitserwägungen im Sozialversicherungs- und Entgeltrecht vs. haftungsrechtliche Ansätze (1. Stufe)	141
a) Zivilrechtliche Anknüpfungspunkte patientenseitiger Pflichten	141
aa) Haftungsrechtliche Zusammenhänge der Entgeltfrage	141
bb) Exkurs: Zivilrechtliche Behandlungspflicht trotz Ablehnung oder Kündigung	145
(1) Vorgaben der Berufsordnungen	146
(2) Die Behandlungspflichten der Leistungserbringer im Recht der zugelassenen Krankenhäuser und im Vertragsarztrecht	150
(3) Behandlungspflichten nach Landeskrankenhausrecht	151
(4) Sonderfall: Medizinische Einrichtungen in öffentlich-rechtlicher Hand	152
(5) Kontrahierungszwang nach allgemeinen Regeln	154
(6) Fortwirkende Garantenstellung und folgende Garantenpflichten	158
cc) Zwischenfazit	159
b) Eigenverantwortung im Sozialrecht	160
aa) Grenzen der kassenseitigen Leistungspflicht	160
(1) Verschuldensprinzip, Sanktionscharakter, sozialrechtliche Erziehung, Solidarprinzip	161
(2) Zwischenergebnis zur Eigenverantwortung der Versicherten	165
bb) Lastentragung	166
3. Die Gegenüberstellung der Metanormebenen (2. Stufe)	167
a) Erwägungen zum Arztrecht – Systemverständnis und Zweckrichtung	167
b) Prinzipien des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung	170
c) Kollisionserwägungen auf Metaebene	171
4. Begleitendes Nebeneinander und wechselseitige Schonung (3. Stufe)	171
5. Wesentliche Ergebnisse der Diskussion um die Eigenverantwortung	172

III. Wirtschaftliche Aufklärung und sozialversicherungsrechtliche Zuzahlungsverpflichtungen	173
1. Problembeschreibung und rechtsgebietsübergreifende Normenkollision (Vorprüfung).	173
2. Sozialversicherungsrechtliche Zuzahlungsverpflichtungen im Kontext des § 630c Abs. 3 S. 1 BGB (1. Stufe)	175
a) Ausgangsnorm und Praxisproblematik	175
b) Wortlautinterpretation	176
c) Systematische Einfassung und teleologische Erwägungen	177
3. Die sozialversicherungsrechtliche Perspektive	184
a) Normstruktur und fehlende gesetzliche Erfassung der Informationsproblematik	184
b) Verhältnis von Krankenkassenträgern zu den Versicherten und den Leistungserbringern	185
c) Teleologie der Zuzahlungsverpflichtungen	188
d) Zwischenfazit	188
4. Systemerwägungen im Sozialversicherungsrecht vs. Mechanismen des zivilrechtlich regulierten Behandlungsvertrages (2. Stufe).	189
a) Teleologie der Metaebenen	189
b) Kollision der Metaebenen	191
5. Ausgestaltung verbindender Schnittstellen (3. Stufe)	192
6. Wesentliche Ergebnisse	194
IV. Sozialversicherungsrechtliche Qualitätsvorgaben und zivilrechtlicher Haftungsmaßstab	194
1. Ein offenkundiges Problem kollidierender Teilrechtsordnungen (Vorprüfung)	194
2. Grundsatzwertungen im arztrechtlichen Standard vs. sozialversicherungsrechtliches Gefüge der Qualitätssicherung (1. Stufe)	196
a) Leitgedanken zu § 630a Abs. 2 BGB und dem zivilrechtlichen Haftungsansatz	196
aa) Der Standardbegriff nach der gesetzlichen Konzeption	196
bb) Judikative Wertausfüllung	199
cc) Vergleich der angeführten Judikatur	201
dd) Stellungnahme	202
b) Erwägungen zum GKV-System und zu den §§ 135 ff. SGB V	203
aa) Regelungsstruktur und die Macht des Gemeinsamen Bundesausschusses	203
bb) Adressatenkreis des Regelungskonzepts	206
cc) Grundgedanken zu den §§ 2, 12, 135 ff. SGB V	207
dd) Sonderproblem: Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses	211

3.	Kollidierende Metaebenen (2. Stufe)	213
a)	Zivilrechtlicher Haftungsmaßstab und sozialversicherungs- rechtliche Qualitätsvorgaben als Einheit?	213
b)	Berücksichtigungsfähigkeit der Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses	215
4.	Erkenntnisse für die konkreten Normenkollisionen – Ausstrahlungsthese (3. Stufe)	216
a)	Sekundäre Darlegungslast der Behandlungsseite	216
b)	Vorgaben des § 630h BGB	217
c)	Beweiserhebung, Beweiswürdigung – Parallele zu Unfallverhütungsvorschriften vs. Leitlinienansatz	220
5.	Wesentliche Ergebnisse	223
V.	Kostendruck und Standard	224
1.	Grundlegender Diskussionsansatz und Kollisionsfeststellung (Vorprüfung)	224
a)	Unerkannte Eileiterschwangerschaft – Befunderhebung und Wirtschaftlichkeit	225
b)	Ausgereiztes Budget	226
c)	Liposuktion – Nicht anerkannte Methode mit Standardpotential	227
d)	Nähere Beschreibung der rechtsgebietsübergreifenden Kollisionslage	229
2.	Sozialversicherungsrechtliche Ökonomisierung des Gesundheitssektors vs. zivilrechtliches Haftungsrecht (1. Stufe)	231
a)	Das sozialversicherungsrechtliche Qualitätsverständnis	231
b)	Der zivilrechtliche Haftungsmaßstab	235
c)	Kollisionserörterung – Verhaltensvorgaben aus zivil- und sozialrechtlicher Sicht	237
aa)	Kostentragung und Schutzkonzept der Aufklärungs- pflichten – Keine eigenmächtige Standardunterschreitung im Zivilrecht	237
bb)	Standardunterschreitung durch Vereinbarung	239
(1)	Rechtsgeschäftliche Vereinbarung gemäß § 630a Abs. 2 2. HS. BGB	241
(a)	Gesetzeswortlaut und subjektive Teleologie	242
(b)	Hergebrachte Judikatur als Näherung der subjektiven Teleologie	244
(c)	Weitere Ansätze	247
(2)	Einwilligung gemäß § 630d Abs. 1 BGB – deliktische Einwilligung	250

cc) Grenzen der Behandlungsverweigerung ohne Modifikationen des Sorgfaltsmaßstabs – Die Parallele zum Kontrahierungszwang	251
dd) Zulässigkeit ökonomischer Motive	253
3. Die Metaebene im Kostenstreit (2. Stufe).	255
a) Haftungsrecht als Freiheitsrecht	255
b) Ergänzungen aus sozialrechtlicher Perspektive	258
4. Lösungsvorschläge aus kollisionsrechtlicher Sicht (3. Stufe) und wesentliche Ergebnisse	259
 § 6 <i>Verfahrensrechtliche Absicherung</i>	 263
I. Ansätze für eine Forcierung der Berücksichtigung durch die Judikative	263
1. Vortragsrecht, Recht auf Rechtsgespräch und Sachverständigenbefragung	263
2. Besorgnis der Befangenenheit	266
3. Rechtsbehelfsverfahren, insbesondere Einlegen von Rechtsmitteln	267
4. Judikative Begründungspflicht	268
II. Detailerwägungen zur judikativen Begründungspflicht	270
1. Revision, Nichtzulassungsbeschwerde und absolute Revisionsgründe	270
a) Revision und Nichtzulassungsbeschwerde	270
b) Erfolg des Rechtsmittels und absolute Revisionsgründe	271
aa) Grundsätze des Rechts auf rechtliches Gehör	272
bb) Die richterliche Begründungspflicht als Brücke in die fachgerichtliche Überprüfung	275
2. Die in der Rechtsprechung anerkannten Maßstäbe zur rügefähigen Unvollständigkeit und Unvollkommenheit von Entscheidungsgründen	277
3. Einpassung des Problems rechtsgebietsübergreifender Normenkollisionen	279
a) Differenzierung nach Parteiverhalten und Umfang richterlicher Begründung	279
b) Analyse	280
aa) Fallvariante (i).	280
(1) Grundsätzliches Gebot der Aufnahme in die Entscheidungsgründe	280
(2) Gehörsverletzung und erwägenswerte Zulassungsgründe	282
bb) Fallvariante (ii)	283

(1) Erfassung der Problemstellung	283
(2) Stellungnahme	284
cc) Fallvariante (iii)	285
dd) Fallvarianten (iv)–(vi)	285
§ 7 <i>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i>	289
Literatur- und Quellenverzeichnis	301
Sachregister	331

§ 1 Einleitung, Definitionen und zentrale Thesen

I. Themeneinführung und Problemaufriss

„Einheit der Rechtsordnung“ – Unter dieser Überschrift schwelt seit vielen Jahren ein Streit in der Rechtswissenschaft über den Umgang mit einander in Widerspruch stehenden Rechtsnormen.¹ Während es Überlegungen gibt, die unter diesem und ähnlichen terminologischen Ansätzen ein allumfassendes einheitliches System der Kollision von Rechtsnormen erwägen,² dürfte es heute mit Blick auf die Vielgestaltigkeit der zu regelnden Materien überwiegende Ansicht sein, dass allein die vier klassischen Auslegungskriterien³ und Geltungserwägungen⁴ der Komplexität rechtlicher Zusammenhänge nicht gerecht werden können.⁵ Gleichwohl ist diese Erkenntnis nicht geeignet, um Systemdenken zu Gunsten eines unüberschaubaren Konvoluts nebeneinanderstehender Einzelfallentscheidungen in den Hintergrund treten zu lassen oder vollständig aufzugeben.⁶ Systemdenken im Recht bietet weit mehr, als die Kritiker entsprechender Ansätze mit ihren diskussionswürdigen Einwänden anerkennen wollen.⁷

¹ Grundlegend *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 53 mit der Aussage: „Es kann nicht dasselbe Verhalten zugleich verboten und geboten oder verboten und erlaubt sein“. Was aus diesem Ansatz jedoch folgen soll, ist in höchstem Maße strittig, vgl. die monographische Behandlung bei *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998.

² So etwa zur Einwilligungstheorie *Obly*, *Volenti non fit iniuria*, 2002, S. 109, 110ff. mwN.

³ Grundlegend von *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 213 ff. S.a. *Bunke*, JZ 2014, 641, 646f.; *Adomeit*, Jahrbuch Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. II, 1972, S. 503 ff.; *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, 2015, S. 31 f.

⁴ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 51. Demgegenüber muss für den Begriff der Rechtsnorm der Geltungsanspruch als wesentliches Charakteristikum vorausgesetzt werden, grundlegend *Alexy*, a. a. O., S. 47; s.a. *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, 2015, S. 23, 24 ff., 31 f.

⁵ Für die Einteilung von Zivil-, Straf- und öffentlichem Recht unter Hinzuziehung rechtssoziologischer Betrachtung treffend *Jestaedt*, Die Dreiteilung der juristischen Welt – Plädoyer für ihre intradisziplinäre Relationierung und Relativierung, in: FS Stürner 2013, S. 917, 929 f.

⁶ Den grundlegenden Wert des Systemdenkens für das Ziel eines gerechten Rechts betont *Stürner*, AcP 214 (2014), 7, 11.

⁷ *Ehrlich*, Die juristische Logik, 1918, S. 136 ff. *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1, 36 f.; *ders.*, Die Verwaltung, Beiheft 10 (2010), S. 179, 194 ff.; *ders.*, Der Staat 52 (2013), S. 157, 184 f.; *Möllers*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVWR, Bd. I, 2012, § 3 Rn. 36 f.; *ders.*, in: FS Battis, 2014, S. 101 ff., 116.

Die stete Möglichkeit, ein bereichsspezifisch genutztes System auf seine Konsistenz⁸, seine Begründbarkeit⁹, seine Bestandteile mit Blick auf Einheit (inkludierendes Element)¹⁰ und Ordnungskriterien (strukturierendes Element)¹¹ sowie seine Belastbarkeit gegenüber Angriffen hin zu analysieren und entsprechend zu argumentieren, bildet im Kontext von Rechtsverständnis zusammen mit einem geordneten, rechtsstaatlichen Maximen genügenden Verfahren eine Gewähr dafür, eigene Belange effektiv verteidigen und verfolgen zu können.¹² Sie ist damit bedeutsamer Teil individueller Freiheit und Voraussetzung des Gelingens eines geordneten und funktionalen Soziallebens.¹³ Eine „Richtigkeitsgewähr“ hinsichtlich des Ergebnisses im Einzelfall¹⁴ – also bei der konkreten Normanwendung in einem spezifischen Streit – wird es ebenso wenig geben können¹⁵ wie die Erfüllung des Desiderats einer perfekten, in sich schlüssigen und allseits gerechten Rechtslage, die abstrakt-generell Gültigkeit beanspruchen würde.¹⁶ Systemdenken im Recht und rund um alle relevanten Aspekte der Rechtsanwendung ist jedoch – neben der nicht erreichbaren Vorstellung der optimal gerechtigkeitsorientierten Entscheidungsinstanz im Einzelfall – der zentrale Hoffnungsträger, wenn es um transparente und alle schutzwürdigen Interessen einbeziehende Ergebnisse der praktischen Rechtsanwendung geht.¹⁷

⁸ Auf Basis der sinnvollen Grundunterscheidung von Rechtssätzen und wissenschaftlichen Sätzen *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 38 ff., 64 ff.

⁹ Hierzu *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 318, 320 ff.; *Klement*, Verantwortung, 2006, S. 39 f., 43 f., 91.

¹⁰ *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 9 f.

¹¹ *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 10 f.

¹² Die Schwierigkeit umfassender Systemwürdigung zeigt sich jüngst besonders deutlich bei dem eingehenden Versuch einer Maßstabsbildung zum Rechtfertigungsprinzip durch *Rehberg*, Das Rechtfertigungsprinzip, 2014, passim.

¹³ Vgl. hierzu *Stürmer*, AcP 214 (2014), 7, 11 mwN.

¹⁴ Vgl. hierzu *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 488; *ders.*, ZfA 2002, 215, 221 ff.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 95, 28, 38 = NJW 1997, 386; 119, 247, 274 = NVwZ 2007, 1359; *Gusy*, JöR 55 (2007), 41, 58; so auch schon *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, S. 346 ff.; in diese Richtung auch *Häberle*, AöR 102 (1977), S. 27, 36 f.; *Schlink*, Der Staat 19 (1980), 73, 105. Eine Besprechung zu der nur auf den ersten Blick gegenteiligen Ansicht von *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 47 ff. bietet *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 31 Fn. 84.

¹⁶ Dieser Zustand ist schon deshalb nicht zu erreichen, weil seine zentrale Prämisse, die Bestimmung des exakten Inhalts des Konzepts „Gerechtigkeit“ nicht geklärt werden kann. An Versuchen fehlt es freilich nicht, vgl. die Übersichten bei *Mieth/Neuhäuser/Pinzani*, in: *Goppel/Mieth/Neuhäuser* (Hrsg.), Handbuch der Gerechtigkeit, 2016, S. 20 ff. und *Hartmann*, a. a. O., S. 60 ff. Einzelne Gerechtigkeitskonzeptionen werden sodann a. a. O., S. 182 ff. vorgestellt.

¹⁷ In diesem Kontext sind auch die Ausführungen von *Rüthers*, JZ 2006, 53, 60 von Bedeutung, der zutreffend einen wirklichkeitsnahen Methodenrealismus anmahnt.

Dass ein gewünschter Optimalzustand nicht zu erreichen ist, kann jedoch kein Argument gegen fortgesetzte Entwicklungsbemühungen in dessen Richtung sein.

Das Grundsatzproblem tritt bei jeder Normanwendung auf, deren materieller Inhalt respektive extrapolationsfähiger Rechtssatz nicht eindeutig ist. Dies ist allerdings weniger Ausnahme denn Regelfall, da Inhalt und Grenzen von Rechtsnormen überwiegend Interpretationsspielraum belassen und auch der Hinweis auf den gesetzgeberischen Willen vielfach nur bedingt weiterzuhelfen vermag.¹⁸ Dies beruht darauf, dass Probleme der in Streit stehenden Vorschrift entweder nicht (oder nicht in dieser Form) bedacht worden sind oder aber sich ein eindeutiger gesetzgeberischer Wille kaum belastbar herleiten lässt,¹⁹ was viele Ursachen haben kann.²⁰ Gleichwohl beanspruchen die Erwägungen zur subjektiven Teleologie vor dem Hintergrund von Art. 20 Abs. 3, 97 GG einen besonderen Stellenwert bei jeder Norminterpretation und verlangen zur Vermeidung unzulässiger Selbstermächtigung²¹ des Normanwenders auch in vorab nicht bedachten Konstellationen eine bestmögliche Nähe zum gesetzgeberischen Willen.²²

Ein Beispiel mag § 2 BGB sein, wenn es um den unvollständigen Rechtssatz²³ der definitorischen Bestimmung der Volljährigkeitsgrenze geht und wie diese in praxi zu verstehen ist. Wobei der juristische Laie selbst an dieser Stelle mit Blick auf die Begrifflichkeit der „Vollendung“²⁴ des 18. Lebensjahres seine Schwierigkeiten haben mag, was sich jedoch in einem fachlichen Diskurs rasch auflösen lassen sollte. Anders sieht es bereits mit Fragen der korrekten Bestimmung der „erforderliche[n] Sorgfalt“²⁵ aus, wie diese in § 276 Abs. 2 BGB aufgenommen und in § 630a Abs. 2 BGB mit dem Begriff des „Standards“²⁶ für Tätigkeiten im Rahmen eines Behandlungsvertrages präzisiert wird. Ein solcher Terminus ist schon im Rahmen der reinen Normlektüre schwer zu fassen. Der Komplexitätsgrad wird gesteigert, wenn andere Vorschriften ihrem Wortlaut und extrapola-

¹⁸ Vgl. statt vieler den deutlichen Ansatz bei *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 120 ff. zu den Verständnisansätzen bei terminologischen Ergänzungen.

¹⁹ Hierzu *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989, S. 255 ff., 300 ff.; *Gusy*, JZ 1991, 213, 217.

²⁰ *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 31 Fn. 84.

²¹ Vgl. *Picker*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 85, 110. Näher hierzu § 3, I. 2. a) cc).

²² Vgl. *Fischer*, ZfA 2002, 215, 223 f. Ausführlich hierzu unter § 3, II. 1.-3.

²³ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, Rn. 129; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, 1894, S. 71 f., 87 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 257 f.

²⁴ Zur Präzierungsnotwendigkeit auch unter Rechtswissenschaftlern und Anwendern selbst mit Blick auf eine solch simpelgestrickte unvollständige Rechtsnorm, vgl. BeckOK/*Bamberger*, BGB, 47. Ed. 2018, § 2 Rn. 5.

²⁵ Vgl. die Literaturübersicht bei MüKo/*Grundmann*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 276 vor Rn. 1.

²⁶ Ausführlich zur Terminologie und dem dahinterstehenden Konzept BeckOK/*Katzenmeier*, BGB, 48. Ed. 2018, § 630a Rn. 146 ff. mwN.

tionsfähigen Inhalt gemäß dafür in Betracht kommen, die genannten Rechtsnormen zu beeinflussen, sei es durch Modifikation, durch Wertausfüllung, im Wege der Ergänzung oder auch Verdrängung.²⁷ Dabei haben sich innerhalb der bisherigen rechtswissenschaftlichen Erörterung und rechtspraktischen Umsetzung noch weithin tragfähige Analyse- und Entscheidungsfindungskriterien aufzeigen lassen, wenn solche Kollisionsnormen aus demselben Teilrechtsgebiet stammen, dem die interpretationsbedürftige Vorschrift angehört.²⁸ So ist § 630a Abs. 2 BGB mit seiner Beschreibung des „nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards“ eine Präzisierung der Erfordernisse des § 276 Abs. 2 BGB, welcher im Anwendungsbereich von § 630a Abs. 2 BGB keinen weitergehenden Erkenntniswert liefert und daher auch mit Blick auf seine systematische Stellung im Allgemeinen Schuldrecht keine Relevanz zeitigt.²⁹ Die Erörterung könnte um die Anwendung des gesamten Methodenkanons ausgeweitet und mit zahlreichen interdisziplinären Erwägungen bestückt werden, was letztlich zum selben Ergebnis führen würde. Die nachfolgende Analyse widmet sich daher auf der abstrakten Systemebene und auch im Hinblick auf einen umgrenzten Bereich auf der konkreten Normanwendungsebene den bis heute weithin ungelösten Problemlagen, die zum Vorschein kommen, wenn Vorschriften verschiedener Teilrechtsgebiete kollidieren,³⁰ deren Gesamtkonzeption nicht aufeinander abgestimmt ist.³¹

II. Zivil- und Sozialversicherungsrecht

Besonders für die vorliegende Untersuchung geeignet und mit Blick auf die bestehenden Unsicherheiten von Relevanz für die Rechtspraxis ist die Schärfung

²⁷ Hierzu *Barczak*, JuS 2015, 969 ff. Instrukтив für den Bereich der IPR-rechtlichen Anpassung MüKo/v. *Hein*, Einleitung zum IPR, 7. Aufl. 2018, Rn. 245 ff.

²⁸ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 141 ff., 145 ff.

²⁹ BT-Drucks. 17/10488, S. 19, wo allerdings von „ergänzen“ mit Blick auf § 276 Abs. 2 BGB die Rede ist, was nach zutreffender Kritik jedoch keinen erhellenden Wert in sich trägt, vgl. *Katzenmeier*, MedR 2012, 576, 579.

³⁰ Zu den Definitionen § 1, III.

³¹ Zum Problem bereits *J. Prütting*, MedR 2018, 291 ff.; *Schäfers*, in: Tagungsband Gesellschaft junger Zivilrechtswissenschaftler, 2018, S. 257 ff. Versuche der Schaffung einer solchen Grundsatzdogmatik finden sich im Aufsichtsrecht für Banken und Kapitalmarkt, vgl. *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, 1989, S. 7 f.; *Brandt*, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute bei der Kapitalanlage, 2001, S. 185 ff.; *Rotenböfer*, in: Baum/Hellgardt/Fleckner/Roth (Hrsg.), Perspektiven des Wirtschaftsrechts, Beiträge für Klaus J. Hopt aus Anlass seiner Emeritierung, 2008, S. 55 ff.; *Podewils/Reisich*, NJW 2009, 119 f.; *Preußel/Schmidt*, BKR 2011, 270; *Assmann/Schneider/Koller*, WpHG, 6. Aufl. 2012, vor § 31 Rn. 3; *Herresthal*, ZIP 2013, 1055 f.; *Forschner*, Wechselwirkungen zwischen Aufsichtsrecht und Zivilrecht, 2013, S. 134, 140 ff.; *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 37; *Fuchs/Fuchs*, WpHG, 2. Aufl. 2016, vor §§ 31 ff. Rn. 79 ff.

und Koordinierung von Rechtsnormen des Zivil- und des Sozialversicherungsrechts im Bereich des Gesundheitswesens. Vier spezifische Problembereiche mögen dies verdeutlichen und damit zugleich in das Thema einführen.

1. Das Prinzip der Eigenverantwortung

§ 1 SGB V betont in S. 3 die Eigenverantwortlichkeit der Versicherten für ihre Gesundheit, die sowohl die Prävention als auch das Verhalten im Krankheitsfall betreffen soll.³² Die Vorschrift wird von Gesetzgeber und Literatur als „Einweisungsnorm“³³ bezeichnet. Sie bildet mithin einen Programm-, weniger einen klaren Rechtssatz, den Versicherte in Umsetzung befolgen müssten oder für welchen der Versicherungsträger oder Dritte Versicherte zur Verantwortung ziehen könnten. So wird auch überwiegend gefolgert, dass die Nichtbeachtung keine sozial(versicherungs)rechtlichen Konsequenzen nach sich zieht,³⁴ wobei Ausnahmen durchaus zur Diskussion stehen.³⁵ Schärfer kommt der Gedanke der Eigenverantwortung in den §§ 27 Abs. 2, 52, 52a SGB V und 60 ff. SGB I zum Tragen, wobei die Rechtspraxis im Hinblick auf die Tragbarkeit der Leistungskürzung und Nachweisbarkeit von Krankheitskausalitäten zurückhaltend ist, wenn es um die Anwendung dieser Vorschriften geht.³⁶ Ungeklärt ist demgegenüber die Frage, wie das sozialversicherungsrechtliche Eigenverantwortungsprinzip im Kontext zivilrechtlichen Haftungsrechts zu lesen und zu bewerten ist. Dabei sind unterschiedliche Konstellationen denkbar. So könnten unverantwortlicher Umgang mit der eigenen Gesundheit und damit Verstöße gegen sozialversicherungsrechtliche Ansätze mit ärztlichem Fehlverhalten zusammentreffen und innerhalb etwaiger Complianceverstöße³⁷ gemäß §§ 630c Abs. 1, 254 BGB gegenüber der Arzthaftung nach den §§ 630a, 280 Abs. 1 BGB oder im Rahmen der haftungsbegründenden objektiven Zurechnung Berücksichtigung finden.³⁸ Rechtlich deutlich komplexer ist allerdings der Fall, wenn

³² Hierzu *Becker/Kingreen*, SGB V, 6. Aufl. 2018, § 1 Rn. 7f.

³³ BT-Drucks. 18/4282; S.a. *BeckOK/Geene/Heberlein*, SGB V, 50. Ed. 2018, § 1 Rn. 2.

³⁴ So schon *Zipperer*, BABl. 4/1989, 4, 5.

³⁵ *BeckOK/Geene/Heberlein*, SGB V, 50. Ed. 2018, § 1 Rn. 14f.

³⁶ *Süß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankensversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014; *Mihm*, NZS 1995, 7; *Rompf*, SGB 1997, 105. Zur Kritik an der verfassungsrechtlichen Tragfähigkeit *Bernzen*, MedR 2008, 549. Für die Privatversicherungswirtschaft zentral BGH, VersR 2016, 720. Die Rechtsprechung zeigt hier die besondere Zurückhaltung bei Annahme etwaiger vorsätzlicher Selbstschädigung.

³⁷ Zum in der Gerichtspraxis schweren Stand des Einwands eines patientenseitigen Complianceverstößes BGHZ 96, 98, 100 = NJW 1986, 775; BGH, VersR 1997, 449, 450; OLG Düsseldorf, VersR 2002, 611, 612; OLG Stuttgart, NJW-RR 2002, 1544; *Spickhoff*, NJW 2003, 1701, 1706f.

³⁸ Dieser Frage wird in der ausführlichen Analyse unter § 5 II. letztlich keine weitere Aufmerksamkeit geschenkt, da Haftungsrecht und Sozialversicherungsrecht insoweit keine Schnittmengen aufweisen, die eine relevante wechselseitig modifizierende Beeinflussung be-

durch patientenseitiges Fehlverhalten die Notwendigkeit einer erweiterten Heilbehandlung hervorgerufen wird, der sozialversicherungsrechtlich jedoch keine Erhöhung der Vergütung gegenübersteht (so insbesondere im Rahmen der Verlängerungsnotwendigkeit von Krankenhausaufenthalten/-behandlungen bei erschöpften DRGs (diagnosis related groups)). Dies verlangt nach Erwägungen, ob solche Mehrkosten der Behandlungsseite dem Patienten in Rechnung gestellt werden dürfen, was allem voran unter dem Blickwinkel der Vertragspflichtverletzung oder mit Blick auf eine selbst zu zahlende Behandlungserweiterung betrachtet werden könnte. Der zuletzt genannte Ansatz könnte aber wiederum mit den besonderen Form- und Aufklärungspflichten für individuelle Gesundheitsleistungen kollidieren. Schließlich stellt sich die Frage, ob Verantwortlichkeitseinschränkungen nach zivilrechtlichen Grundsätzen auch in der sozialversicherungsrechtlichen Ressourcenverteilung Konsequenzen haben können und dürfen oder ob insoweit von einer strikten Trennung der wirtschaftlichen und rechtlichen Teilbereiche ausgegangen werden muss. Im Rahmen steigender Kosten im Gesundheitssektor³⁹ sind diese Fragen von zunehmender Relevanz.

Abstrakt – ungeachtet des speziellen Zusammenhangs von Zivil- und Sozialversicherungsrecht – seien hierzu die treffenden Worte von *Auer* zur Erfassung des Individuums im sozialen Gefüge zitiert:

„Der Mensch muss sich in der modernen Gesellschaft als Individuum definieren, gerade weil es kein singuläres gesellschaftliches Funktionssystem mehr gibt, das ihn als Gesamtperson in die Gesellschaft inkludiert. Es sind die Mosaiksteine der divergierenden Bereichslogiken unterschiedlicher gesellschaftlicher Teilsysteme mit ihren jeweils unterschiedlichen Anschlussbedingungen, die den Menschen als Individuum konditionieren.“⁴⁰

Dieses Individuum tritt denn auch einerseits im haftungsrechtlichen Gefüge dem Behandler als Vertragspartner gegenüber und erscheint andererseits als zur Eigenverantwortung und Gesunderhaltung zu erziehender Part der Solidargemeinschaft im Krankenversicherungssystem,⁴¹ in welches die Behandlungsseite als Leistungserbringer über Gesamtverträge eingebunden und mit dem System des SGB V in ein komplexes Gefüge integriert ist,⁴² welches eigenständige Ideenansätze zur Disziplinierung seiner Teilnehmer kennt, die nicht auf das bürgerlich-rechtliche System abgestimmt sind.

gründen könnten. Das Beispiel dient somit nur dem Grundfall begleitenden Nebeneinanders der Teilrechtsgebiete.

³⁹ Die Gesundheitsausgaben werden für das Jahr 2017 auf 374,2 Milliarden Euro geschätzt, vgl. destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Gesundheitsausgaben/Gesundheitsausgaben.html (Abrufdatum: 16.09.2018).

⁴⁰ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 54.

⁴¹ BSG, NJW 2010, 1993 Rn. 19 ff. mwN.

⁴² Vgl. BVerfGE 11, 30 (Kassenarzt-Urteil) = NJW 1960, 715.

2. Wirtschaftliche Aufklärung und gesetzliche Zuzahlungsverpflichtungen

Als weiterer Kollisionsbereich sei folgende Frage formuliert: Erfasst die vertragliche Pflicht wirtschaftlicher Aufklärung, wie diese heute in § 630c Abs. 3 S. 1 BGB normiert ist, auch die Fälle gesetzlich angeordneter Zuzahlungsverpflichtungen bei gesetzlich versicherten Patienten im Sinne der §§ 43c, 61 SGB V (so etwa im Fall der Abgabe von Heilmitteln, Bädern, Massagen oder Krankengymnastik gemäß § 32 Abs. 2 S. 1 und 2 SGB V)? Hat also die jeweilige Behandlungsseite iSd § 630a BGB vor Verschreibung und Veranlassung der Maßnahme den Patienten darüber aufzuklären, dass dieselbe Kosten bedeutet?

§ 630c Abs. 3 S. 1 BGB geht auf die hergebrachten Rechtsprechungsgrundsätze zur wirtschaftlichen Aufklärung⁴³ zurück und zeitigt bei erfülltem Tatbestand die Rechtsfolge der Schadensersatzverpflichtung der Behandlungsseite gegenüber dem Patienten wegen Nebenpflichtverletzung.⁴⁴ Die Höhe entspricht nach der Rechtsprechung dem Kostenanteil, über welchen der Patient hätte belehrt werden sollen, so dass der Patient diesen Anteil zur Aufrechnung bringen kann und damit letztlich das Honorar nicht entrichten muss.⁴⁵ In der ambulanten Praxis ist bislang keine ständige wirtschaftliche Aufklärungspraxis hinsichtlich Zuzahlungsverpflichtungen ersichtlich.⁴⁶ Die jeweilige Behandlungsseite beruft sich überwiegend darauf, dass Zuzahlungen von Gesetzes wegen geschuldet seien und der Patient – anders als etwa bei IGeL-Leistungen – „sowieso“ zahlen müsse,⁴⁷ wohinter sich das Argument zu verstecken scheint, dass gesetzlich angeordnete Zahlungsverpflichtungen in jenen Bereich fallen sollen, über den der Patient sich selbst informieren möge und der diesen gerade unabhängig von Belehrungspflichten des Leistungserbringers treffen solle. In wenigen Fällen wird von der befragten Behandlungsseite auch ausgeführt, man sei nur Zahlstelle⁴⁸ und müsse den vereinnahmten Zuzahlungsanteil ohnehin weiterleiten, weil sich andernfalls die Krankenkasse das Geld autonom besor-

⁴³ Vgl. BGH, NJW 1983, 2630; 2000, 3429.

⁴⁴ BT-Drucks. 17/10488, S. 22 mVa. BGH, NJW 2000, 3429.

⁴⁵ Vgl. OLG Frankfurt, NJW-RR 2004, 1608; OLG Stuttgart, VersR 2013, 583.

⁴⁶ Soweit ersichtlich, existieren demgegenüber im stationären Sektor in nennenswerter Zahl vorgefertigte Formulare, die auch den Hinweis auf Zuzahlungsverpflichtungen enthalten. Auch hier kann aber keinesfalls von lückenloser Aufklärung des Patienten gesprochen werden.

⁴⁷ Diese Reaktion ergab sich im Rahmen einer telefonischen Erörterung durch den Verfasser bei insgesamt 47 von 54 befragten Physiotherapiepraxen im Zeitraum vom 01. November–14. Dezember 2017.

⁴⁸ Dies hat auch das BSG mit eben der Formulierung „Einzugs- bzw. Inkassostelle“ so gesehen, vgl. BSG, NJW 2010, 1993.

ge.⁴⁹ Die Krankenkassen – befragt wurden Mitarbeiter der AOK⁵⁰ und der KKH Allianz⁵¹ – scheinen das Prinzip wirtschaftlicher Aufklärung bislang nicht in ihre Vorgehenserwägungen einbezogen zu haben und gaben in der Erörterung an, dass sie einerseits den – nunmehr erstmals zur Kenntnis genommenen – § 630c Abs. 3 S. 1 BGB im Bereich sozialversicherungsrechtlich angeordneter Zuzahlungsverpflichtungen nicht für anwendbar hielten und dass es außerdem nicht Sache des Krankenkassenträgers sein könne, die jeweilige Behandlungsseite zu einer wirtschaftlichen Aufklärung anzuhalten oder diese zu überwachen.

Das übliche Herangehen des Rechtspraktikers wird auf Basis der Problembeschreibung nunmehr unvermittelt in den Auslegungs- und Abwägungsprozess führen und ein Ergebnis in die eine oder andere Richtung hervorbringen. Dabei ist dem jeweiligen Rechtspraktiker zumeist nur in engen Grenzen oder ggfls. nicht bewusst, dass schon seine eigene Vorprägung als Zivil- oder Sozialrechtler, als Spieler des Sozialversicherungssystems oder als Entscheidungsinstanz im Zivilrechtsstreit wesentlichen Einfluss auf das zu erwartende Auslegungsergebnis bedeutet.⁵² Zudem leitet die unmittelbare Betrachtung der Normenkollision potentiell in die Irre, da es an einer Betrachtung des Systems und der Funktionalität beider betroffener Teilrechtsordnungen fehlt. Während der Zivilrechtler mit angelernter Sicherheit belastbare Kenntnisse über Ausgleichsmechanismen bei Vertragspflichtverletzungen, Risikozuweisungselemente und ausgleichende Informationsgefälle in die Betrachtung einbringt, liegt es dem Sozialrechtler nahe, Erziehungs- und Finanzierungsgedanken im komplexen System der Sozialversicherung in die Argumentation einzupflegen sowie Art und Reichweite der wechselseitigen Pflichtzuweisungen und strukturellen Beziehungen zwischen Versicherer, Leistungserbringer und Versicherungsnehmer adäquat zu würdigen. Es fehlt ein *Procedere*, das zur Einbeziehung dieser entscheidungsrelevanten Aspekte anhält.

⁴⁹ Diese Antwort boten die übrigen 7 von 54 durch den Verfasser befragten Physiotherapiepraxen im Zeitraum vom 01. November–14. Dezember 2017 an. Natürlich handelt es sich bei der befragten Stichprobe lediglich um einen minimalen Ausschnitt der insgesamt in Deutschland rund 189.000 gemeldeten Physiotherapeuten, vgl. https://www.physio-deutschland.de/fileadmin/data/bund/news/pdfs/Faktenblatt_Physiotherapie_2017 (Abrufdatum: 12.09.2019), jedoch erscheint die Erkenntnis signifikant, dass innerhalb der Stichprobe nicht ein Ansatz geliefert worden ist, dass § 630c Abs. 3 S. 1 BGB beachtlich sein könnte.

⁵⁰ Befragung durch den Verfasser in der Zeit vom 13. Oktober–25. Oktober 2017.

⁵¹ Befragung durch den Verfasser in der Zeit vom 26. September–13. Oktober 2017.

⁵² Ausführlich hierzu unter § 2 III 2, 3.

3. Sozialversicherungsrechtliche Qualitätsvorgaben und zivilrechtlicher Haftungsmaßstab⁵³

Ein bislang in der zivilrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ebenfalls wenig beachteter Schnittstellenbereich findet sich im Kern der Behandlungsfehlerdogmatik, die zusammen mit der Aufklärungsrüge das Zentrum der Arzthaftung bildet. Ein Behandlungsfehler ist danach die nicht durch medizinische oder durch zulässige Patientenwünsche (§ 630a Abs. 2 BGB) induzierte Unterschreitung des Standardniveaus in der jeweiligen Behandlungssituation.⁵⁴ „Standard in der Medizin repräsentiert den jeweiligen Stand der *naturwissenschaftlichen Erkenntnisse* und der *ärztlichen Erfahrung*, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in *der Erprobung bewährt* hat.“⁵⁵ Ungeachtet dieser mit Abgrenzungsschwierigkeiten und Unschärfen besetzten Definition⁵⁶ des erforderlichen Sorgfaltsniveaus sowie der prozeduralen⁵⁷ und materiellrechtlich⁵⁸ zutreffenden Bestimmung im Streitfall existieren auch – neben den schon angerissenen wirtschaftlichen Einflüssen – spezifische Beschreibungs- und Anforderungsmodelle im SGB V, die weder in der Haftungsrechtsprechung der Zivilgerichte noch in der zugehörigen Literatur derzeit ernsthaft rezipiert werden. Wesentlicher Ansatz sind die Bestimmungen der §§ 136 ff. SGB V, durch welche der Gesetzgeber Qualitätssicherungsmechanismen im Sozialversicherungsrecht angelegt und weitreichende Ausformungs- und Durchsetzungselemente statuiert hat.⁵⁹ Die Feinjustierung soll durch den Gemeinsamen Bundesausschuss und ein speziell hierfür gegründetes Institut für Qualitätssicherung und Transparenz im Gesundheitswesen (IQTIG) erfolgen, §§ 136 ff., 137a SGB V. Die im Detail behandelten und noch in der Zukunft

⁵³ Problemaufriss bereits bei *J. Prütting*, RW 2018, 289, 302 f.

⁵⁴ Vgl. BGH, NJW 1987, 2289, 2291; 2001, 1786; 2011, 375.

⁵⁵ *Carstensen*, DÄBl 1989, B-1736, 1737. Diese Definition hat sich bis heute gehalten, vgl. BGHZ 113, 301 = NJW 1991, 1535; BSGE 81, 182 = NJW 1999, 1811, 1812. Eingehend zu Bestimmung, Gegenstand und Hintergrund auch *Taupitz*, in: Möllers (Hrsg.), *Geltung und Faktizität von Standards*, 2009, S. 63, 70 ff. mwN. S. a. *Jansen*, *der Medizinische Standard*, 2019.

⁵⁶ Hierzu *Wagner*, VersR 2012, 789, 791. Mit Konkretisierungsbemühungen *Dumbs*, GesR 2014, 513 ff.; Verwerfung der Definition durch *Köbberling*, *Der Begriff der Wissenschaft in der Medizin*, https://www.awmf.org/fileadmin/user_upload/Die_AWMF/Service/Gesamtarchiv/AWMF-Konferenz/Der_Begriff_der_Wissenschaft_in_der_Medizin.pdf (Abrufdatum 11.09.2019). Das BSG, SGB 2018, 500 Rn. 16 stellt ebenfalls für den sozialrechtlichen Standardbegriff auf die medizinische Wissenschaft ab, wobei diese in den Kontext fachlicher Erfahrung und Akzeptanz gestellt wird, was dem zivilrechtlich anerkannten Terminus in seinen anderen beiden Definitionsmerkmalen nahekommt.

⁵⁷ Hierzu ausführlich *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp* (Hrsg.), *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. XII.

⁵⁸ Vgl. BGHZ 144, 296, 305 f. = NJW 2000, 2737 mwN; hierzu BT-Drucks. 17/10488, S. 19; s. a. BGH, VersR 2009, 1405, 1406; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 277.

⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 17/5178, S. 21, wobei es um die Verknüpfung mit § 137 SGB V geht, während insbesondere die Hygienevorgaben bereits mit dem IfsGÄndG vom 28.07.2011 eingeführt worden sind, vgl. BGBl. I, S. 1622.

zu behandelnden Sachfragen sind vielgestaltig und reichen von abstrakten Ansätzen zu einrichtungsinternen und einrichtungsübergreifenden Qualitätssicherungsmaßnahmen (vgl. § 136 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, S. 3 SGB V), über Vorgaben für Indikatoren zu Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität (vgl. §§ 136 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 136c Abs. 1 S. 1 SGB V) bis hin zu spezifischen Darstellungen relevanter medizinischer Maßnahmen (vgl. §§ 4 und 5 der Kinderherzchirurgie-richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses). Für die Einhaltung dieser sozialrechtlichen Vorgaben kann der Gemeinsame Bundesausschuss gemäß § 137 Abs. 1 S. 2 SGB V „angemessene Durchsetzungsmaßnahmen“ ergreifen. Diese sind nach § 137 Abs. 1 S. 3 SGB V insbesondere „(...) 1. Vergütungsabschläge, 2. der Wegfall des Vergütungsanspruchs für Leistungen, bei denen Mindestanforderungen nach § 136 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 nicht erfüllt sind, 3. die Information Dritter über die Verstöße, 4. die einrichtungsbezogene Veröffentlichung von Informationen zur Nichteinhaltung von Qualitätsanforderungen.“ Es steht die Frage im Raum, ob der Gemeinsame Bundesausschuss sowie das von diesem kontrollierte IQTIG durch ihre Vorgaben zugleich den haftungsrechtlich zentralen Standardbegriff regulieren und ein Verstoß gegen entsprechende Richtlinien⁶⁰ stets zugleich einen Behandlungsfehler in der konkreten Durchführung mit Blick auf das Arzt-Patient-Verhältnis bedeutet.⁶¹ Ebenso wäre es abgestuft möglich, eine unzulässige Standardabweichung hierdurch als rechtlich vermutet oder lediglich indiziert zu erachten. Und mangels gesetzgeberischer Hinweise kann auf den ersten Blick auch vertreten werden, dass eine Einflussnahme auf den zivilrechtlich geformten Haftungs begriff des Behandlungsfehlers nicht erfolgt und die Wirkung gerade auf den Bereich des Sozialversicherungsrechts und die dort genannten Disziplinierungskonsequenzen beschränkt ist.⁶²

Neben dem Ansatz über den haftungsrechtlich relevanten Standardbegriff sind schließlich auch andere Einfallstore wie die eigenständige Herausbildung von Vertrags- und Organisationspflichten sowie die Erwägung der Schutzgesetz Eigenschaft iSd § 823 Abs. 2 BGB anzudenken.

Das Ob und ggfls. Wie eines denkbaren Durchschlags im privatrechtlichen Haftungsrecht ist jedoch letztlich keine Frage der konstruktiven Umsetzbarkeit, sondern vielmehr Gegenstand des korrekten Normverständnisses vor dem Hintergrund von Ausgestaltung und Funktion der Teilrechtsgebiete und der dort jeweils zur Entscheidung berufenen Akteure. So kann das aufgeworfene

⁶⁰ Zum Konstrukt der medizinischen Leitlinie und ihrer rechtlichen Beurteilung in Abgrenzung zum Richtlinienbegriff *Taupitz*, in: Möllers (Hrsg.), *Geltung und Faktizität von Standards*, 2009, S. 63, 84ff. mwN.

⁶¹ So wohl BGH, *GesR* 2008, 361. A. A. etwa OLG Nürnberg, *BeckRS* 2017, 115044. Differenzierend OLG Köln, *BeckRS* 2011, 26595 unter 1.a. mVa. OLG München, *OLGR* 1993, 189f.; KG, *VersR* 1996, 332ff. (der BGH hat die Revision der damaligen Kläger durch Beschluss vom 17.10.1995, VI ZR 368/94 nicht angenommen); KG, *NJW* 2004, 691ff.; OLG Stuttgart, *OLGR* 1999, 406ff. Eine ausführliche Erörterung findet unter § 5 IV. statt.

⁶² So wohl OLG Nürnberg, *BeckRS* 2017, 115044.

Sachregister

- Akzeptanzprinzip 70, 73, 125 f., 173, 238, 296
allgemeine Hilfspflicht 146
Aundeutungstheorie 104
Anwendungsvorrang 26, 65, 90, 109
Auslegung 15 f., 19–23, 26, 35–39, 41, 60 f., 65, 68–72, 74 f., 78 f., 81 f., 87 f., 91–94, 96 ff., 101, 103 ff., 108 f., 112, 113, 115 f., 119 f., 129, 132, 180, 183, 187, 189, 200, 215 f., 223, 239, 263, 280, 289, 297
Auslegungskriterien 1, 22
Ausstrahlungsthese 23, 127, 216, 290

Begründungspflicht 205, 268 ff., 272, 274 f., 279 f.
Bereichslogiken 6, 21, 41, 44, 46, 61, 129, 189, 192, 194, 289, 296
Berufsrecht 149, 157, 247 f., 260, 299
Beweiserhebung 216, 220
Beweiswürdigung 220, 265, 277 f.
Bürgerversicherung 258

Compliance 137, 139 f., 142, 145, 154, 163, 165, 167, 172 f., 295 f.

Delegationstheorie 122, 294
Doppelnormtheorie 123 f., 294

Eigenverantwortung 5 f., 136, 160, 165, 168, 172 f., 191, 258, 295 f.
Einheit der Rechtsordnung 1, 15, 24, 29, 36, 57, 60, 70 f., 77 ff., 82 ff., 88, 91, 109, 115 f., 122, 129, 292
Einheitlichkeitssicherung 35, 69, 268, 271, 282
erste Stufe 23, 213, 223, 289, 297
Erziehungseffekt 173, 188, 258, 296
Folgerichtigkeit 57, 60, 70, 78 f., 88, 121
Fortentwicklung des Rechts 35

GBA 43, 45, 52, 180, 211 f., 224, 232 f., 234, 238
Gemeinsamer Bundesausschuss 9, 11, 51, 178, 203 f., 212, 214, 223, 225, 228
Gesamtvergütung 226 f.
Gesetzesbindung 3, 36, 81, 92 f., 98 f., 99, 102, 106 f., 241, 279
gewissenhafte Berufsausübung 149, 247
Gleichheitssatz 70, 79, 83 f., 87, 92, 153
Gleichstellungsprinzip 126
Grundsatzbedeutung 35, 69, 268, 270, 282, 285
Güterallokation 11, 41

Kollision 1, 14, 24, 26, 30, 54, 69, 76, 113, 120, 123, 135, 189, 191, 196, 223, 280, 283, 290
Kollisionsregeln 15, 67, 110, 113 f., 116, 294
Kombinationstheorie 98
Kompetenzordnung 31, 43, 67, 78
Konkurrenzsystem 42
Kontrahierungszwang 145 f., 149–155, 157 ff., 180, 231, 250–253, 260, 298
Kontraktrecht 41
Kostendruck 11 ff., 15, 45, 54 f., 170, 190, 202, 207, 209, 216, 224 f., 231, 257, 259, 297 f.
Krankenversicherung 13, 19 f., 25, 40, 44, 49 f., 53, 82, 137, 142 f., 161, 166, 170 f., 178, 185, 191, 195, 205, 213, 232 f., 237, 255, 298

Leitlinien 62, 79, 197, 199, 221, 223, 232, 235 f., 264 f., 283, 297
lex posterior 69, 80, 112 f., 293
lex superior 111, 112, 294

- Makroallokationsebene 45
 Marktversagen 49
 Metaebene 129, 169, 171, 190 f., 202, 211, 213, 255 ff.
 Metanormebene 23, 280, 289 f.
 Methodenlehre 3 f., 22, 30 ff., 59, 76, 80, 92, 94, 98 f., 105 f., 112–115, 125 f., 128

 Normenklarheit 19, 68, 103, 108
 Normenwahrheit 19, 103, 108
 Normrelation 120 f.
 Normwiderspruch 71 f., 88, 112, 191
 Notfallbehandlung 248, 252

 Optimierungsgebot 23, 70, 127, 290

 Patientendokumentation 235
 Phasenlehre 40
 Privatautonomie 41, 145 f., 155 f., 180, 248, 252

 Recht auf Äußerung 272
 Recht auf Information 272
 rechtliches Gehör 24, 264, 272 f., 275, 285, 290, 300
 Rechtserzeugung 69, 87, 90, 93–96, 120, 203
 Rechtsfortbildung 38, 69, 72 f., 93 f., 101, 104 f., 268
 Rechtskonkretisierungskonzept 210
 Rechtspraktiker 8, 16, 20, 29, 37, 40, 65, 98 f.
 Rechtssoziologie 1, 17, 29, 30 f., 33, 37 f., 41, 131, 295
 Rechtssystem 36 f., 60 f., 65 f., 67, 95, 108, 113, 120, 291, 294
 Rechtstheorie 1, 3, 20, 30, 31, 36, 37, 38, 41, 58, 60, 61, 64, 65, 92, 97, 98, 115, 131, 295
 Rechtswissenschaftler 16, 40
 rechtswissenschaftssoziologisch 22, 46, 116
 Richtlinien 10 f., 51, 83, 180, 194, 197, 199 ff., 203, 205 f., 208 f., 214–218, 220–223, 225, 232 f., 259, 264, 269, 281, 283, 285, 297 f.
 Rollenverständnis 30

 Sachleistungsprinzip 51, 224
 Schnittstellenaussage 107, 119
 Schnittstellenprobleme 24, 290
 Schonungsprinzip 125
 Schwarmintelligenz 42
 Sekundäre Darlegungslast 216
 Selbstbestimmungsrecht 143, 246, 257
 Selbstermächtigungsproblematik 57, 62, 64, 67, 69, 270, 292
 Selbstverwaltung 205 f., 211
 Selbstzahlerschaft 228, 238, 247, 252, 257 f., 260, 299
 Sittenwidrigkeit 85, 244 ff., 248, 250, 252
 Spezialitätsverhältnis 114
 Standard 3, 9, 11 ff., 15, 45, 54 f., 170, 190, 194 ff., 199, 200 ff., 207, 209, 216, 222, 224 f., 231, 238 ff., 242, 249, 251, 257, 259, 264, 283, 297 f.
 Standardabweichung 10, 201, 242, 244, 246
 Standardunterschreitung 195 f., 229, 237, 239–244, 247 ff., 251
 Statusrecht 41
 Steuerungsfähigkeit 25, 61, 74, 81
 Stufenbau 68, 89, 109 ff., 115
 Substantiierungslast 216, 273
 Systemdenken 1 ff., 14 f., 19, 46, 57–61, 63–66, 69 ff., 74, 76, 78 ff., 83, 89 f., 103, 108 f., 115, 128, 290

 Teilrechtsordnung 14 f., 18, 20, 23, 29, 71, 73, 97, 107, 117, 119, 121, 280, 289 f.

 Vergrößerungsgefahr 58
 Vermögenswertprinzip 125 f.
 Versteinerungsgefahr 62, 208, 292
 Verwerfungskompetenz 98

 Waffengleichheit 41
 Warnfunktion 75
 Wechselseitige Auffangordnungen 117
 Werteordnung 32, 87 f., 97
 Wertungswiderspruch 71, 74, 83 f., 112
 Wertungswiderspruchsfreiheit 57, 70, 79, 89
 Willkürformel 86, 153

- Wirtschaftliche Aufklärung 7, 173, 175,
177, 179, 181, 183, 185, 187, 189, 191,
193, 296
wirtschaftliche Aufklärungspflicht 183,
188
- wissenschaftliche Systeme 66, 91
Zuzahlungsverpflichtung 176 f., 188, 191
Zwei-Klassen-Medizin 257
zweite Stufe 23, 213, 290

