

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](http://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

§ 4 <i>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 Erfassung 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 Befangenheit . . . . .	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.<sup>1</sup> Während es Überlegungen gibt, die unter diesem und ähnlichen terminologischen Ansätzen ein allumfassendes einheitliches System der Kollision von Rechtsnormen erwägen,<sup>2</sup> dürfte es heute mit Blick auf die Vielgestaltigkeit der zu regelnden Materien überwiegende Ansicht sein, dass allein die vier klassischen Auslegungskriterien<sup>3</sup> und Geltungserwägungen<sup>4</sup> der Komplexität rechtlicher Zusammenhänge nicht gerecht werden können.<sup>5</sup> Gleichwohl ist diese Erkenntnis nicht geeignet, um Systemdenken zu Gunsten eines unüberschaubaren Konvoluts nebeneinanderstehender Einzelfallentscheidungen in den Hintergrund treten zu lassen oder vollständig aufzugeben.<sup>6</sup> Systemdenken im Recht bietet weit mehr, als die Kritiker entsprechender Ansätze mit ihren diskussionswürdigen Einwänden anerkennen wollen.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> *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.

<sup>5</sup> 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.

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

<sup>7</sup> *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 Konsistenz<sup>8</sup>, seine Begründbarkeit<sup>9</sup>, seine Bestandteile mit Blick auf Einheit (inkludierendes Element)<sup>10</sup> und Ordnungskriterien (strukturierendes Element)<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> Sie ist damit bedeutsamer Teil individueller Freiheit und Voraussetzung des Gelingens eines geordneten und funktionalen Soziallebens.<sup>13</sup> Eine „Richtigkeitsgewähr“ hinsichtlich des Ergebnisses im Einzelfall<sup>14</sup> – also bei der konkreten Normanwendung in einem spezifischen Streit – wird es ebenso wenig geben können<sup>15</sup> wie die Erfüllung des Desiderats einer perfekten, in sich schlüssigen und allseits gerechten Rechtslage, die abstrakt-generell Gültigkeit beanspruchen würde.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

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

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

<sup>10</sup> *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 9 f.

<sup>11</sup> *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 10 f.

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

<sup>13</sup> Vgl. hierzu *Stürmer*, AcP 214 (2014), 7, 11 mwN.

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

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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,<sup>19</sup> was viele Ursachen haben kann.<sup>20</sup> 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 Selbstermächtigung<sup>21</sup> des Normanwenders auch in vorab nicht bedachten Konstellationen eine bestmögliche Nähe zum gesetzgeberischen Willen.<sup>22</sup>

Ein Beispiel mag § 2 BGB sein, wenn es um den unvollständigen Rechtssatz<sup>23</sup> 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“<sup>24</sup> 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“<sup>25</sup> aus, wie diese in § 276 Abs. 2 BGB aufgenommen und in § 630a Abs. 2 BGB mit dem Begriff des „Standards“<sup>26</sup> 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-

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

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

<sup>20</sup> *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 31 Fn. 84.

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

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

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.

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

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> 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,<sup>30</sup> deren Gesamtkonzeption nicht aufeinander abgestimmt ist.<sup>31</sup>

## 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

<sup>27</sup> 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.

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

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Zu den Definitionen § 1, III.

<sup>31</sup> 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.; *Rotenhöfer*, 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.<sup>32</sup> Die Vorschrift wird von Gesetzgeber und Literatur als „Einweisungsnorm“<sup>33</sup> 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 ziehe,<sup>34</sup> wobei Ausnahmen durchaus zur Diskussion stehen.<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> 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 Complianceverstöße<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> Rechtlich deutlich komplexer ist allerdings der Fall, wenn

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

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

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

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

<sup>36</sup> *Süß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankensicherter 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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 konfliktieren. 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 Gesundheitssektor<sup>39</sup> 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.“<sup>40</sup>

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,<sup>41</sup> in welches die Behandlungsseite als Leistungserbringer über Gesamtverträge eingebunden und mit dem System des SGB V in ein komplexes Gefüge integriert ist,<sup>42</sup> 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.

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

<sup>40</sup> *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 54.

<sup>41</sup> BSG, NJW 2010, 1993 Rn. 19 ff. mwN.

<sup>42</sup> 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 Aufklärung<sup>43</sup> zurück und zeitigt bei erfülltem Tatbestand die Rechtsfolge der Schadensersatzverpflichtung der Behandlungsseite gegenüber dem Patienten wegen Nebenpflichtverletzung.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> In der ambulanten Praxis ist bislang keine ständige wirtschaftliche Aufklärungspraxis hinsichtlich Zuzahlungsverpflichtungen ersichtlich.<sup>46</sup> 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,<sup>47</sup> 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 Zahlstelle<sup>48</sup> und müsse den vereinnahmten Zuzahlungsanteil ohnehin weiterleiten, weil sich andernfalls die Krankenkasse das Geld autonom besor-

---

<sup>43</sup> Vgl. BGH, NJW 1983, 2630; 2000, 3429.

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

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

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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.

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

ge.<sup>49</sup> Die Krankenkassen – befragt wurden Mitarbeiter der AOK<sup>50</sup> und der KKH Allianz<sup>51</sup> – 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.<sup>52</sup> 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.

---

<sup>49</sup> 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](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.

<sup>50</sup> Befragung durch den Verfasser in der Zeit vom 13. Oktober–25. Oktober 2017.

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

<sup>52</sup> Ausführlich hierzu unter § 2 III 2, 3.

### 3. Sozialversicherungsrechtliche Qualitätsvorgaben und zivilrechtlicher Haftungsmaßstab<sup>53</sup>

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.<sup>54</sup> „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.“<sup>55</sup> Ungeachtet dieser mit Abgrenzungsschwierigkeiten und Unschärfen besetzten Definition<sup>56</sup> des erforderlichen Sorgfaltsniveaus sowie der prozeduralen<sup>57</sup> und materiellrechtlich<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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

<sup>53</sup> Problemaufriss bereits bei *J. Prütting*, RW 2018, 289, 302 f.

<sup>54</sup> Vgl. BGH, NJW 1987, 2289, 2291; 2001, 1786; 2011, 375.

<sup>55</sup> *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.

<sup>56</sup> 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](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.

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

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> 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. *BGBI. 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 Richtlinien<sup>60</sup> stets zugleich einen Behandlungsfehler in der konkreten Durchführung mit Blick auf das Arzt-Patient-Verhältnis bedeutet.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup>

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

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> So wohl OLG Nürnberg, *BeckRS* 2017, 115044.

Problemspektrum nicht ohne einen Blick auf den Gemeinsamen Bundesausschuss, dessen demokratische und rechtsstaatliche Legitimation sowie dessen Blickwinkel bezüglich etwaiger mittelbarer Folgen im Zivilrecht gelöst werden. Setzte man demgegenüber ausschließlich bei der singulären Betrachtung der §§ 91, 92, 136 ff. SGB V und der auf dieser Basis erschaffenen Richtlinien als Einflussfaktoren für den zivilrechtlichen Haftungsmaßstab an, so drohte ein vorschnelles, den gewachsenen Strukturen und der Teleologie der Teilrechtsgebiete potentiell zuwiderlaufendes Ergebnis. Ansätze wie die Schutznormlehre des § 823 Abs. 2 BGB in ihrer Funktion als „Transmissionsriemen“<sup>63</sup> nehmen diese Problematik in ihren Tatbestand auf,<sup>64</sup> bieten jedoch keine tragfähigen Lösungs- oder wenigstens Erörterungsmechanismen. Die Vorschrift verfolgt maßgeblich die privatrechtliche Teleologie nachvollziehbarer Güterallokation, muss demgegenüber aber für das Verständnis der Schutznorm auf den jeweiligen Spezialbereich verweisen<sup>65</sup> und bietet kein Recht gebietsübergreifender Normenkollisionen an. Wenn der BGH bezüglich § 823 Abs. 2 BGB feststellt, dass nur die einzelne verletzte Norm und nicht das jeweilige Gesetz, in welchem diese Norm zu finden ist, Individualschutz aufweisen muss,<sup>66</sup> so kann dem unmittelbar zugestimmt werden. Damit geht jedoch keinesfalls die Aussage einher, dass das konstruktive Umfeld des jeweiligen Schutzgesetzes nicht relevant für die Entscheidung pro oder contra Individualschutz mit Schadenser-satzrechtsfolge ist.

#### 4. Kostendruck und Standard

Schließlich ist ganz im Gegensatz zu den bislang geschilderten Problemlagen das Spannungsfeld von zivilrechtlichem Haftungsmaßstab und sozialversicherungsrechtlicher Leistungsbegrenzung spätestens seit den 90er Jahren Gegenstand einer breiten Auseinandersetzung gewesen, die bis heute andauert.<sup>67</sup> Auf

<sup>63</sup> BGHZ 122, 1, 8 = NJW 1993, 1580, 1581 f.

<sup>64</sup> Ausführlich MüKo/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 475 ff. mwN. S. a. Staudinger/Hager, BGB, 2009, § 823 Rn. G 2.

<sup>65</sup> BGHZ 192, 90 Rn. 21 = ZIP 2012, 318; BGHZ 176, 281 Rn. 51 = ZIP 2008, 1222; BGH, NJW 2004, 1949; BGH, NJW-RR 2005, 673; BGH, VersR 2005, 238. S. a. die ausführliche Besprechung bei Schmiedel, Deliktsobligationen im deutschen Kartellrecht, S. 159 ff. zum Kartellrecht.

<sup>66</sup> BGHZ 186, 58 Rn. 27 = NJW 2010, 3651; BGH, ZIP 2012, 318 Rn. 23.

<sup>67</sup> Monographisch erfasst bei Arnade, Kostendruck und Standard, 2010; Vosteen, Rationierung im Gesundheitswesen und Patientenschutz, 2000; Conradi, Verknappung medizinischer Ressourcen und Arzthaftung, 2000; Röfer, Zur Berücksichtigung wirtschaftlicher Überlegungen bei der Festlegung arzthaftungsrechtlicher Sorgfaltsanforderungen, 2000; Voß, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, 1999; Nagel/Fuchs, Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, 1993; Künscher, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992; Goetze, Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot, 1989. S. a. AG Rae MedR, Die ärztliche Behandlung im Spannungsfeld zwischen kassenärztlicher Verantwortung und zivilrechtlicher Haftung, 1992; dies., Die Bud-

den Punkt gebracht, geht es um den Widerstreit von Bezahlbarkeit und Machbarkeit in einem sich fortwährend entwickelnden System ärztlicher Leistungen.<sup>68</sup> Die Krankenkassen haben auf Basis der vereinnahmten Beiträge sowie des seit dem 01. Januar 2009 in Deutschland eingeführten Gesundheitsfonds<sup>69</sup> begrenzte Ressourcen zur Verfügung, mit denen das Versprechen der §§ 1, 2 Abs. 1 S. 3, 12 SGB V einer notwendigen, zweckmäßigen, ausreichenden und wirtschaftlichen medizinischen Versorgung im Wege des Sachleistungsprinzips<sup>70</sup> gegenüber allen Anspruchsberechtigten erfüllt werden muss. Demgegenüber ist der einzelne Leistungserbringer (Vertragsarzt, zugelassenes Krankenhaus etc.) im Rahmen des konkreten Behandlungsverhältnisses gemäß § 630a BGB dem Patienten verpflichtet und schuldet gemäß §§ 630a Abs. 2, 276 Abs. 2 BGB standardgerechtes Vorgehen.<sup>71</sup> Dies führt zu einer scharfen und viel diskutierten Normenkollision<sup>72</sup> der Begrenzungsansätze in § 12 SGB V auf das Ausreichende, Zweckmäßige, Notwendige und Wirtschaftliche, dessen Überschreitung eine Abrechnung zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassenträger verbietet,<sup>73</sup> und dem Umstand, dass der BGH im Rahmen von Haftungsverfahren der Bezahlbarkeit respektive den im Einzelfall zur Verfügung stehenden Ressourcen kaum Bedeutung beimisst,<sup>74</sup> wobei privatrechtlich auf mehrere

---

getierung des Gesundheitswesens – Wo bleibt der medizinische Standard?, 1997; *Steffen*, in: FS Geiß, 2000, S. 487ff.; *Taupitz*, in: Kick/Taupitz (Hrsg.), Gesundheitswesen zwischen Wirtschaftlichkeit und Menschlichkeit, 2005, S. 21ff.; *Schirmer/Fuchs*, Rationierung, ihre kritischen Wirkungen für die ärztliche Berufsausübung, in: Katzenmeier/Bergdolt (Hrsg.), Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 2009, S. 121ff.; *Stöhr*, MedR 2010, 214ff.; *Gaßner/Strömer*, MedR 2012, 159ff.; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, S. 342ff.

<sup>68</sup> Hierzu *Hart*, MedR 2002, 321, 325; *Kempter*, Medizinische Sorgfaltsstandards, 2005, S. 182; *Krefse*, MedR 2007, 393, 399; *Franke/Hart*, ZaeFQ 2001, 732f.

<sup>69</sup> Eingeführt mit dem GKV-WSG, BGBl. I, S. 378.

<sup>70</sup> Zur Übersicht BeckOK/Joussen, SGB V, 50. Ed. 2018, § 2 Rn. 5 ff.

<sup>71</sup> Vgl. MüKo/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2016, § 630a Rn. 96 ff.; BeckOGK/Walter, BGB, 2017, § 630a Rn. 71 ff.; BeckOK/Katzenmeier, BGB, 48. Ed. 2018, § 630a Rn. 145 ff. Zum Standardbegriff *Carstensen*, DÄBl. 1989, B-1736, B-1737; *ders.*, in: AG Rae MedR, Die Budgetierung des Gesundheitswesens, S. 11, 13; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 278; *Arnade*, *Kostendruck und Standard*, 2010, S. 173 Fn. 3 mzn; *Conradi*, *Verknappung medizinischer Ressourcen und Arzthaftung*, 2000, S. 60.

<sup>72</sup> Ohne erkennbares Problembewusstsein die Gesetzesbegründung, wonach kein Widerspruch, sondern ein Ergänzungsverhältnis vorliege, vgl. BT-Drucks. 11/2237, S. 163f.; *Huster*, VSSR 2013, 327ff.; *Enderlein*, VSSR 1992, 123 ff.

<sup>73</sup> Vgl. BGHZ 154, 154, 168 = NJW 2003, 1596, 1599. Prägnant zu den sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben *Arnade*, *Kostendruck und Standard*, 2010, S. 189ff. mwN.

<sup>74</sup> Vgl. BGH, NJW 1954, 290: Auf die Kosten soll es solange nicht ankommen, als der betriebene Aufwand nicht außerhalb jeden Verhältnisses zur abzuwendenden Gefahr steht. BGH, NJW 1975, 43f.: Der Kostenaspekt soll Berücksichtigung finden können und ist in die Gesamtbetrachtung des gebotenen Behandlungsstandards einzubeziehen; aber BGH, NJW 1983, 2080: Abkehr von der Ernstnahme des Kostenaspekts bei der Standardbestimmung. Dagegen OLG Köln VersR 1993, 52f.; 1999, 847. Zur Literatur *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. X Rn. 32 ff.

betroffene Vorschriften abzuheben sein kann (§§ 630a Abs. 2, 630c Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, 630e Abs. 1 S. 3). Dieses Kollisionsfeld ist sowohl de lege lata mit Blick auf die sozial- und haftungsrechtliche Spannungslage mit zahlreichen Lösungsvorschlägen bedacht, als auch de lege ferenda rechtspolitisch weitreichend diskutiert worden.<sup>75</sup> Dabei scheint vor dem Hintergrund zahlreicher Argumentationslinien die Erkenntnis gewonnen worden zu sein, dass Sozialversicherungs- und Haftungsrecht unterschiedliche Teilrechtsgebiete mit anders gelagerten Strukturen und Zwecksetzungen sein dürften, die überwiegend voneinander unabhängig gewachsen sind – wobei *Deinert* mit Recht auch auf bedeutsame historische Verflechtungen hinweist.<sup>76</sup> Es wurde jedoch bislang nur selten angemerkt, dass dies zu der Frage führen muss, ob zur Auflösung etwaiger Konfliktlagen eine dogmatische Grundsatzdurchdringung derartiger Normenkollisionen von Nöten sein könnte.<sup>77</sup> Bedenkt man nunmehr die Kosten der Einrichtung- und Machbarkeitsexplosion im Gesundheitswesen (2016 mit einem Volumen von 356,5 Milliarden Euro und 2017 von 374, 2 Milliarden Euro)<sup>78</sup>, zu dem die Kosten des Haftpflichtwesens hinzutreten (rund 200 Millionen Euro im Jahre 2012<sup>79</sup> als bloßer Zusatzaufwand für Haftpflichtfälle)<sup>80</sup>, stellt sich die Frage, an welchem Punkt sinnvolle Rationalisierungs-<sup>81</sup>, Rationierungs-<sup>82</sup>, Priorisierungs-<sup>83</sup> und sonstige Sparsamkeitsmechanismen ansetzen können, die zugleich für die Patienten tragbar sind. Das Recht muss diese bedeutsame Verschränkung der Wirtschaftssektoren im Blick behalten, um im Rahmen des Gesetzesverständnisses den im Sozialrecht mit § 12 SGB V angelegten Zielen nicht zu widersprechen. Ob es sich hierbei letztlich aber um ein Rechtsproblem oder nicht vielmehr um Rechtspolitik handelt, wird zu erörtern sein.<sup>84</sup>

---

<sup>75</sup> Eine umfassende Darstellung bietet *Arnade*, Kostendruck und Standard, 2010, S. 193 ff. mwN.

<sup>76</sup> Ausführlich *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Zivilrecht, 2007, S. 67 ff.

<sup>77</sup> Treffend erkannt von *Schäfers*, in: Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht, GJZ-Ta- gungsband 2018, S. 257 ff.

<sup>78</sup> Vgl. [destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Gesundheitsausgabe n/Gesundheitsausgaben.html](http://destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Gesundheitsausgabe n/Gesundheitsausgaben.html) (Abrufdatum: 28.08.2019).

<sup>79</sup> *Heidermann*, in: Ehlers/Brogie (Hrsg.), Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 397.

<sup>80</sup> Verlässliche Zahlen der jüngeren Jahre sind kaum zu ermitteln, da die Versicherer diese nicht preisgeben. Ausführlich zur Thematik *Püster*, Entwicklungen der Arzthaftpflichtversi- cherung, 2013, S. 74 ff. (Haftpflichtfälle), S. 81 ff. (Haftpflichtsummen).

<sup>81</sup> Vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 286; *Francke*, in: FS Laufs, 2006, S. 793 ff.

<sup>82</sup> *Zentrale Ethikkommission bei der BÄK*, Priorisierung medizinischer Leistungen im System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), 2007, S. 3f.

<sup>83</sup> Hierzu ausführlich *Schmitz-Luhn*, Priorisierung in der Medizin, 2015, S. 2 ff. mwN.

<sup>84</sup> Näher § 5 V.

### III. Die Begriffe der Kollision und der Teilrechtsordnung

Die vorliegende Untersuchung operiert im Wesentlichen mit den Begriffen der *Kollision* und der *Teilrechtsordnung*.<sup>85</sup> Da diese Termini und ihr Verständnis sowohl Teil der zu erörternden rechtlichen Problemlagen als auch Gegenstand vorgeschlagener Lösungswege sind, bedarf es näherer Ausführungen, die vor die Klammer gezogen werden.

#### 1. Kollision

Der zentrale Begriff der *Kollision* soll an dieser Stelle die schon angerissene Problematik schlagwortartig beschreiben, dass Normen, die in derselben Rechtsordnung zum selben Zeitpunkt mit Geltungsanspruch<sup>86</sup> erkannt werden, ihrem Aussagegehalt nach aufeinander Einfluss haben können.<sup>87</sup> Die Kollision, auch wenn dem Terminus stets ein widerstreitendes Element anzuhafte scheint, bezeichnet dabei aber neben dem Moment der Verdrängung gerade auch das Moment der Kooperation oder des beeinflussenden Nebeneinanders. Kollision im hier erörterten Sinne ist somit jede Form von Berührungspunkt, da der mitklingende widerstreitende Ansatz in jede Prüfung einzufließen hat, in der mehr als eine Rechtsnorm für eine spezifische Fragestellung zur Anwendung kommt, auch wenn die jeweilige Berührung nur im Rahmen mittelbarer Auswirkungen ersichtlich wird.<sup>88</sup> Demgegenüber wäre es verfehlt, stets an Widersprüche zu denken, wenn Normenkollisionen zur Diskussion stehen, da ein Widerspruch erst dann gegeben ist, wenn nach Anwendung des anerkannten Auslegungskanons sich die Kollision zeigt und nicht durch das Spektrum ebenfalls metho-

<sup>85</sup> Diese Definition wurde bereits erwogen bei *J. Prütting*, RW 2018, 289, 291 ff.

<sup>86</sup> Ausführlich *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 24 ff. mwN. Zu den Grundlagen der Systembildung und ihren Elementen unter § 3 I. 2. a).

<sup>87</sup> Der grundlegend andere Ansatz, wonach es bei Normkonkurrenzen darauf ankommen soll, dass wenigstens zwei Normen auf denselben Sachverhalt Anwendung finden können, erfasste die hier zu erörternde Problematik nicht hinreichend, da Untersuchungsgegenstand auch Fallgestaltungen mit der Anwendung solcher Vorschriften sein sollen, die Wechselwirkung entfalten, selbst wenn nur eine Norm konkret zum Zuge kommt. Vgl. zum Ansatz der Erfassung einer Fallgestaltung durch mehrere Normen die Hinweise bei *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, 2007, S. 39 f. Fn. 51.

<sup>88</sup> So etwa zur Schnittstelle von § 630c Abs. 3 S. 1 BGB und der sozialrechtlichen Zuzahlungsproblematik iSd §§ 43c, 61 f. SGB V vor dem Hintergrund der jeweils eine Zuzahlung anordnenden Vorschriften *J. Prütting*, MedR 2018, 291 ff.

disch anerkannter<sup>89</sup> Kollisionsregeln negiert werden kann.<sup>90</sup> Diese Feststellung ist für die weitere Untersuchung von Bedeutung, da die Rechtsordnung gerade mit Blick auf die verschiedenen Teilrechtsgebiete eine kaum überschaubare Vielzahl von Kollisionen und letztlich auch (Wertungs-)Widersprüchen aufweist.<sup>91</sup> Betrachtete man dabei aber neben den tatsächlich intensiv zu erörternden echten Widersprüchen sämtliche Kollisionsfälle als Schwächen der Rechtsordnung, geriete die sinnvolle Aufgabenverteilung im Staat durcheinander, nach welcher das Gros aller Kollisionsfälle nicht nach gesetzgeberischer Feinjustierung, sondern nach in praxi methodisch wie im gewissen Rahmen einzelfallorientierter judikativer Wertentscheidung unter Zuhilfenahme wissenschaftlicher Vorarbeiten zu behandeln wäre. Selbstverständlich widmet sich eine Theorie der rechtsgebietsübergreifenden Normenkollisionen auch jenen Fällen, die widerspruchsfrei, jedoch mit Blick auf Art und Umfang der wechselseitigen Einflussnahme rechtspraktisch relevant sind, wenn diese nicht ohne Zuhilfenahme tragfähiger Kollisionsregeln sogleich ohne Weiteres gelöst werden können. Dementsprechend erlauben die bereits vorgeführten Beispielfelder gezielt einen Blick auf Fragen kooperativer Wechselwirkung (Eigenverantwortlichkeitsdebatte, s. o. II.1.) bei wechselseitiger Beeinflussung (Diskussion um die haftungsrechtliche Standardbestimmung durch Qualitätsvorgaben des Sozialversicherungsrechts sowie das Element der wirtschaftlichen Aufklärung im Licht sozialversicherungsrechtlicher Zuzahlungsverpflichtungen, s. o. II.2. und 3.) bis hin zu denkbaren – ggfls. derzeit nicht vollauf aufzulösenden – Widerspruchsfragen, die auf der Grenze zur Rechtspolitik rangieren (Kostendruck und Standard, s. o. II.4.).

## 2. Teilrechtsgebiet/Teilrechtsordnung

Die Beschreibung der Begrifflichkeiten Teilrechtsgebiet und Teilrechtsordnung bringt weit größere Probleme mit sich, da diese Termini unscharf sind. Mit Blick auf zu erörternde Kollisionslagen kann dies, anders als bei dem unschädlicher Weise sehr weiten Kollisionsbegriff, nicht in beliebiger Form belassen werden. Eine Kollisionserörterung zwischen Teilrechtsgebieten kann nicht ge-

---

<sup>89</sup> Welche Geltungskraft die Auslegungsmethoden besitzen, ist im Ausgangspunkt eine Frage der Systemzuordnung (Teil des Rechtssystems oder etwas von außerhalb als Nutzungsangebot Herangetragen) und auf zweiter Stufe entweder innerhalb des Rechtssystems eine Frage von dessen Einordnung oder innerhalb des wissenschaftlichen Systems eine Frage der Überzeugungskraft. Zum Hintergrund des Systemdenkens und der Merkmalseinstufung *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 31 ff.

<sup>90</sup> Zutreffend *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 16. Ein wesentlich weiterer Widerspruchsbegriff findet sich demgegenüber bei *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 45, wodurch in der Sache nichts gewonnen wird.

<sup>91</sup> Hierzu *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 51 ff.

lingen, wenn die bestehenden Unschärfen es verbieten, sorgfältige grammatische, historische, systematische und teleologische Erwägungen anzustellen, die einem jedenfalls hinreichend umrissenen Teil der Rechtsordnung zuzuordnen sind. Tatsächlich agieren Rechtswissenschaft und Praxis hier im Wesentlichen nach dem Prinzip „I know it, when I see it“.<sup>92</sup> Das Schweigen der Rechtswissenschaftler und Rechtspraktiker im Übrigen ist durchaus nachvollziehbar, ist doch eine klare Abgrenzung vielfach kaum zu bewerkstelligen, da zahlreiche Rechtsmaterien miteinander interagieren oder ineinanderlaufen respektive aufeinander zurückgreifen. Der vorliegend gewählte Untersuchungsbereich kann bereits deshalb als Fall unterschiedlicher Teilrechtsordnungen erkannt werden, da das private Arztrecht Teil des bürgerlichen Rechts und das Sozialversicherungsrecht Teil des Sozial- und damit des öffentlichen Rechts<sup>93</sup> ist.<sup>94</sup> Demgegenüber fällt aber die Aussage darüber schwerer, ob die Modifikationen, Ergänzungen und Durchbrechungen des BGB, die mit der einzelfallbezogenen Anwendbarkeit des Regelungskonvoluts des HGB einhergehen, zu der Erkenntnis führen können, dass es sich beim Handelsrecht um ein eigenständiges Teilrechtsgebiet handelt.<sup>95</sup> Gleichmaßen ist nach jeder Differenzierung innerhalb des BGB die entsprechende Fragestellung von Bedeutung. Dies zeigt sich bei den Differenzierungen nach den Büchern des BGB, im Schuldrecht sodann auch zwischen unterschiedlichen Vertragstypen und spezifischen gesetzlichen Schuldverhältnissen und sogar in Detailabgrenzungen eines vermeintlich geschlossenen und zusammengehörigen Teilbereichs des BGB (so etwa in der unterschiedlichen Struktur von Verschuldens- und Gefährdungshaftungstatbeständen im Bereich des Deliktsrechts<sup>96</sup>). Im öffentlichen Recht bietet sich ebenfalls ein vielgestaltiges und zerklüftetes Bild. So wird mit einiger Berechtigung das Bauplanungs- vom Bauordnungsrecht getrennt,<sup>97</sup> wird nach spezifischen

<sup>92</sup> Dass dies nicht genügen kann, kritisiert *Jestaedt* mit Recht, vgl. *Jestaedt*, Die Dreiteilung der juristischen Welt – Plädoyer für ihre intradisziplinäre Relationierung und Relativierung, in: FS Stürner 2013, S. 917, 923 mVa. Locus Classicus: US Supreme Court of Justice *Potter Stewart*, concurring opinion, in: *Jacobellis v. Ohio* 378 U.S. 184 (1964).

<sup>93</sup> Zur nach wie vor umstrittenen Abgrenzung von Öffentlichem und Privatrecht Schoch/Schneider/Bier/Ehlers, VwGO, 26. EL. 2014, § 40 Rn. 220 ff.; Eyermann/Rennert, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 40 Rn. 41 ff.; *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, 14. Aufl. 1955, 2. hBd. § 34; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968; *Pestalozza*, Formenmissbrauch des Staates, 1973, S. 166; *D. Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 107, 149; *Ipsen*, JuS 1992, 809; *Röhl*, VerwA 1995, 531, 534; *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung, 1996; *Bydlinski*, in: FS Raisch, 1995, S. 7, 14; *Brohm*, NJW 1994, 281; *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994; *Schliesky*, DÖV 1994, 114.

<sup>94</sup> Zur Befassung mit den rechtswissenschaftssoziologischen Unterschieden unter § 2.

<sup>95</sup> So ohne jeden Zweifel und damit allerdings auch ohne Erörterung *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 99 ff.

<sup>96</sup> Hierzu MüKo/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2017, vor § 823 Rn. 17 ff.

<sup>97</sup> Vgl. auszugswise BeckOK/Dirnberger, BauGB, 42. Ed. 2018, § 1 Rn. 3–3.5.

Teilbereichen des allgemeinen und besonderen Gefahrenabwehrrechts<sup>98</sup> differenziert und werden die vielgestaltigen Thematiken unterschiedlicher Lebensbereiche sondergesetzlich erfasst (Gewerbe- und Handwerksrecht, Umweltrecht, hier aber wiederum unter eigenständiger Betrachtung des Wasserhaushaltsrechts etc.). Auch wenn eine detailgenaue Abgrenzung wohl nicht stets auf den ersten Blick gelingen wird, so lassen sich doch Aspekte extrapolieren, die es als Bestimmbarkeitserwägungen ermöglichen, methodisch sinnvoll Kollisionslagen herauszuarbeiten, zu erörtern und einer Lösung zuzuführen. Sobald aber diese Ansätze gegeben sind, ist es dem Rechtspraktiker verwehrt, eventuelle Kollisionslagen außer Acht zu lassen, soll der gesetzgeberische Wille Beachtung finden.<sup>99</sup>

Im Vorgriff auf rechtswissenschaftssoziologische Gedanken<sup>100</sup> sollen an dieser Stelle daher die tragenden Erwägungen des Teilrechtsordnungsverständnisses für die vorgelegte Analyse aufgezeigt werden. Es sei noch an den Anfang gestellt, dass ausschließlich für die Ausgangsfrage der Teilrechtsgebietsunterteilung letztlich ein Übergewicht einer formalen Betrachtung nach dem äußeren System und den benannten Lebensbereichen, die von den gesetzlichen Vorschriften reguliert werden, befürwortet wird. Die Begründung ergibt sich unmittelbar aus der komplexen Erfassung des inneren Systems der Rechtsordnung (soweit jeweils vorhanden<sup>101</sup>) und den damit einhergehenden Unschärfen, die für eine Strukturierung zunächst kaum hilfreich sind.

*a) Gewachsene Strukturen und gelebte Einteilungen – Das äußere System und die benannten Lebensbereiche als Anhaltspunkt*

Die nationale Rechtsordnung ist bei genauer Betrachtung in eine kaum überschaubare Vielzahl kleiner Teilbereiche zersplittert, was der Vielfalt zu regelnder Lebenssachverhalte geschuldet ist.<sup>102</sup> Das Gesetzesrecht ist das Lenkungs- und Machtwerkzeug der in Deutschland bestehenden parlamentarischen Demokratie und damit erster Anlaufpunkt für eine rechtliche Strukturanalyse.<sup>103</sup> Es ist dem Gesetzgeber überlassen, anstehende Problemlagen und gewünschte Veränderungen für alle Rechtsunterworfenen verbindlich zu regeln, solange dies im Rahmen der Verfassung geschieht oder der verfassungsändernde Gesetzgeber Modifikationen herbeiführt. Zugleich finden sich für nahezu jeden Lebensbereich bereits Rechtssätze, sei dies in Form von formellem oder materi-

<sup>98</sup> Hierzu BVerfG, NJW 1977, 772. S.a. BeckOK/Möstl, POR NRW, 10. Ed. 2018, Systematische Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, vor Rn. 1.

<sup>99</sup> Zur methodischen Grundsatz-erörterung des dahinterliegenden Systems unter § 3.

<sup>100</sup> Näher unter § 2.

<sup>101</sup> Hierzu ausführlich mit Herleitung des Systembegriffs § 3 I. 1.

<sup>102</sup> Zur Übersicht *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl. 2014, S. 184 ff.

<sup>103</sup> Auf Gegenstand und Bestimmungsmöglichkeiten subjektiver Teleologie wird unter § 3 II. 3. a) aa) (2) noch vertieft eingegangen.