

# Rechtsgebietsübergreifende Normenkollisionen: Spannungen zwischen Arzthaftungs- und Sozialversicherungsrecht

## – Sozialversicherungsrechtliche Qualitätsvorgaben als Haftungsmaßstab? –

Von Prof. Dr. Jens Prütting\*

A. Einleitung .....	290	a. Der Standardbegriff nach der gesetzlichen Konzeption .....	305
B. Rechtstheoretischer Unterbau .....	291	b. Judikative Wertausfüllung ...	307
I. Die zentralen Topoi .....	291	c. Stellungnahme .....	309
a. Normenkollision .....	292	2. Erwägungen zum GKV-System und zu den §§ 135 ff. SGB V .....	310
b. Teilrechtsgebiet/Teilrechtsordnung .....	292	a. Regelungsstruktur und die Macht des Gemeinsamen Bundesausschusses .....	310
II. Systemdenken – Zwischen Recht und Wissenschaft .....	294	b. Adressatenkreis des Regelungskonzepts .....	312
III. Methoden des Rechtsverständnisses – Teleologie, ineffektive Kollisionsregeln und relevante Verfahrensgebote .....	296	c. Grundgedanken zu den §§ 2, 12, 135 ff. SGB V .....	313
a. Teleologie .....	296	d. Begleiterwägung: Legitimation des GBA .....	317
aa. Subjektive vs. objektive Theorie .....	296	IV. Kollisionserwägungen auf der Metaebene (2. Stufe) .....	318
bb. Das Zirkelschlussproblem .....	298	1. Zivilrechtlicher Haftungsmaßstab und sozialversicherungsrechtliche Qualitätsvorgaben als Einheit? .....	318
cc. Teilrechtsgebietsübergreifende Bezüge .....	298	2. Berücksichtigungsfähigkeit der GBA-Entscheidungen .....	319
b. Bewertung anerkannter Kollisionsrechtsregeln .....	299	V. Erkenntnis für die konkreten Normenkollisionen – Ausstrahlungsthese (3. Stufe) .....	320
c. Verfahren effektiver verurteilt geleiteter Norminterpretation in den Grenzen der Verfassung .....	300	1. Sekundäre Darlegungslast der Behandlungsseite .....	320
C. Arzthaftungsrechtlicher Standardbegriff im Lichte der §§ 135 ff. SGB V ...	302	2. Vorgaben des § 630h BGB .....	321
I. Erste Gedanken zum Problemspektrum .....	302	3. Beweiserhebung, Beweiswürdigung – Parallele zu Unfallverhütungsvorschriften vs. Leitlinienansatz .....	323
II. Feststellung einer Kollisionslage nach dem äußeren System der Rechtsordnung und den eindeutig zu Tage tretenden Gesetzeszwecken .....	304	IV. Prozessuale Erwägungen – Begründungspflicht als zentrales Begleitwerkzeug .....	325
III. Grundbetrachtung der Teilrechtsgebiete und der relevanten Vorschriften (1. Stufe) .....	305	1. Vortragsrecht, Recht auf Rechtsgespräch und Sachverständigenbefragung .....	325
1. Leitgedanken zu § 630a Abs. 2 BGB und dem zivilrechtlichen Haftungsansatz .....	305	2. Besorgnis der Befangenheit .....	327

\* Prof. Dr. Jens Prütting, LL.M.oec. (Köln), ist Juniorprofessor für das Recht der Familienunternehmen, geschäftsführender Direktor des Instituts für Medizinrecht an der Bucerius Law School (Hamburg), geschäftsführender Direktor des notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen und Habilitand am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg (Prof. Dr. Marc-Philipp Weller).

- |  |  |     |
|--|--|-----|
| 3. Rechtsbehelfsverfahren, insbesondere Einlegen von Rechtsmitteln ..... | 4. Judikative Begründungspflicht ..    | 328 |
|  | D. Zusammenfassung in Thesenform ..... | 330 |
|  |  | 327 |

*Die Rechtsordnung ist in eine Vielzahl von Teilgebieten mit unterschiedlichen Bereichslogiken und Teleologien gegliedert. Vorschriften verschiedener Teilrechtsgebiete, die interagieren, sind überwiegend nicht aufeinander abgestimmt und verlangen den Gerichten eine sorgfältige Rechtsprüfung mit Augenmaß für Schnittstellenprobleme ab. Hierfür ein taugliches Procedere zu entwickeln und dasselbe für die Parteien im konkreten Verfahren überprüfbar zu machen, ist Gegenstand der vorliegenden Analyse.*

## A. Einleitung

Die Rechtsordnung ist kein in sich schlüssiges, bruchloses System.<sup>1</sup> Bereits die große Vielfalt unterschiedlicher Normsetzer<sup>2</sup> sowie die zahlreichen Rechtsbereiche, die ihrem äußeren System<sup>3</sup> nach die kaum überschaubare Vielfalt der menschlichen Gesellschaft zu erfassen suchen,<sup>4</sup> zwingen zum Denken in Teilrechtsgebieten. Diese Parzellen folgen wiederum unterschiedlichen Zwecksetzungen, Schwerpunkten und Verfahren.<sup>5</sup> Kollidieren nunmehr Vorschriften unterschiedlicher Teilrechtssysteme, so potenzieren sich die schon aus der einfachen Norminterpretation bekannten Auslegungsschwierigkeiten um ein Vielfaches.<sup>6</sup> Es gilt, eine Rechtsvorschrift nicht nur im Rahmen jenes Teilbereichs zu verstehen, mit dessen Erkenntnishorizont sie erschaffen worden ist. Vielmehr wirken Ideenreichtum und Geltungsbedürfnis einer anderen, nicht hierauf ausgelegten Parzelle des Rechts im Fall gebietsübergreifender Kollisionen unvermittelt auf die jeweilige Rechtsnorm ein, ohne dass der Rechtsordnung im Regelfall selbst entnommen werden könnte, wie mit einem solchen Kollisionsfall umzugehen wäre. Auch die Wissenschaft bietet hierfür bislang kaum Verfahrensweisen an.<sup>7</sup>

1 Vgl. Höpfner, Die Systemkonforme Auslegung, 2008, S. 12 ff., 54; Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 249; Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 2 f., 69 f.; Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 2 f.

2 Zum besonderen Fall der Judikative monographisch Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 2017.

3 Näher Hilbert, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 49 ff. mwN.

4 Hierzu Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 184 ff., 497; Kahl, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2013, § 13 Rn. 1; Häberle, AöR 102 (1977), 27.

5 Ausführlich Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 95 ff., 111 ff.

6 Das Problem verdeutlicht sich allem voran im Rahmen von Canaris' Versuch, das Verhältnis der Auslegungskriterien prägnant und sinnvoll zu ordnen und mit anwendungsorientierten Vorschlägen zu unterlegen, vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 163 ff.

7 Zu Recht kritisiert von Schäfers, Intradisziplinäre Rechtswissenschaft im Überschneidungsbereich von öffentlichem Recht und Privatrecht, 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 Kreditinstitu-

Das Feld des Medizin- und Gesundheitsrechts kennt eine Vielzahl solcher Kollisionsfälle,<sup>8</sup> selbst wenn diese bislang nicht erschöpfend in der Gesetzgebung und Rechtsanwendung diskutiert werden.

Ausgehend vom arzthaftungsrechtlichen Standardbegriff<sup>9</sup> wird nachfolgend erörtert, ob und inwieweit sozialversicherungsrechtliche Qualitätsvorgaben auf Basis der §§ 135 ff. SGB V haftungsrechtlich Einfluss entwickeln können und dürfen. Es wird sich zeigen, dass die sowohl materiellrechtlichen als auch prozeduralen Unterschiede der beiden Teilrechtsordnungen (zivilrechtliches Arztrecht nach BGB und öffentlich-rechtliches Sozialversicherungsrecht nach SGB V) wesentlichen Einfluss auf das kohärente Rechtsverständnis im Bereich solcher Normenkollisionen haben.<sup>10</sup> Dem gilt es mit einem adäquaten methodischen Herangehen zu begegnen, durch welches sichergestellt wird, dass die Regelungsziele und tragenden Prinzipien aller betroffenen Bereiche bestmöglich zur Geltung kommen (Optimierungsgebot) und, soweit erforderlich, wechselseitige Einwirkung transparent und mit belastbarer Begründung erfolgt (Ausstrahlungsthese),<sup>11</sup> wobei gerade Gegenstand und Reichweite denkbarer Ausstrahlung ein zentrales Problem der Rechtsfindung darstellt. Der erwogene methodische Unterbau im Rahmen der Auslegung sowie die unten vorgeschlagene prozedurale Anbindung im Recht der judikativen Entscheidungsbegründung bilden einen Vorschlag des Verfassers für einen rechtsstaatlich gebotenen Umgang mit teilrechtsgebietsübergreifenden Normenkollisionen generell.

## B. Rechtstheoretischer Unterbau

### I. Die zentralen Topoi

Die gesamte Debatte der rechtsgebietsübergreifenden Normenkollision ruht auf den Grundbegriffen der *Kollision* und des/r *Teilrechtsgebiets/Teilrechtsordnung*.

te bei der Kapitalanlage, 2001, S. 185 ff.; *Rothenhöfer*, 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.

8 Vgl. *Prütting*, MedR 2018, 291 ff. Monographisch aufgegriffen von *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, 2007, S. 108 ff., 217 ff.

9 Eingehend zu Bestimmung, Gegenstand und Hintergrund *Taupitz*, in: Möllers (Hrsg.), Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 63, 70 ff. mwN.

10 Hierzu bereits mit rechtswissenschaftssoziologischem Ansatz *Prütting*, MedR 2018, 291, 292 f.

11 Beachtung finden diese Erwägungen bislang allem voran im Finanzsektor, vgl. *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, 1989, 7 f.; *Brandt*, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute bei der Kapitalanlage, 2001, S. 185 ff.

### a. Normenkollision

Der 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>12</sup> anerkannt werden, ihrem Aussagegehalt nach aufeinander Einfluss haben können. Die Kollision bezeichnet dabei im vorliegenden gebrauchten Sinn neben Verdrängung gerade auch das Moment der Kooperation oder des beeinflussenden Nebeneinanders. Kollision soll somit im Folgenden jede Form von Berührungspunkt sein, 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>13</sup> Demgegenüber wäre es verfehlt, nur 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 methodisch anerkannter Kollisionsregeln<sup>14</sup> negiert werden kann.<sup>15</sup> Diese Feststellung ist für die weitere Untersuchung von Bedeutung, da die Rechtsordnung mit Blick auf die verschiedenen Teilrechtsgebiete eine kaum überschaubare Vielzahl von Kollisionen und letztlich auch (Wertungs-)Widersprüchen aufweist.<sup>16</sup> Betrachtete man dabei aber neben den – zu erörternden echten Widersprüchen – sämtliche Kollisionsfälle a priori 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 Rahmen einzelfallorientierter judikativer Wertentscheidung unter Zuhilfenahme wissenschaftlicher Vorarbeiten zu rufen wäre. Eine Theorie der teilrechtsgebietsübergreifenden Normenkollisionen widmet sich auch jenen Fällen, die widerspruchsfrei, jedoch im Hinblick auf Art und Umfang der wechselseitigen Einflussnahme rechtspraktisch relevant sind.

### b. Teilrechtsgebiet/Teilrechtsordnung

Der Topos des *Teilrechtsgebiets (Teilrechtsordnung)* lässt sich nicht trennscharf definieren und doch ist es für die Erarbeitung einer Kollisionsmethodik möglich, eine arbeitstaugliche Eingrenzung und erste Bestimmung zu extrapolieren. Dies ge-

12 Ausführlich *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 24 ff. mwN.

13 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 *Prütting*, MedR 2018, 291 ff.

14 Zum Hintergrund der Geltungskraft von Auslegungsmethoden *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 31 ff.

15 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.

16 Hierzu *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 51 ff.

schiebt über die Betrachtung des äußeren Systems der Rechtsordnung<sup>17</sup> sowie über eine Evidenzprüfung gesetzgeberisch verfolgter Zwecksetzungen. Wenn der parlamentarische Gesetzgeber einen Bereich im Recht regelt, so wird dieser an einer bestimmten Schnittstelle unter einer möglichst sinnvollen Überschrift in einem zugehörigen Kapitel und Gesetzbuch eingefügt (oder ein vollständig neuer Bereich wird geschaffen), so dass die entsprechende Regelung bestenfalls mit allen zugehörigen Aspekten auffindbar und logisch einsortiert erscheint. Diese Kategorisierung des äußeren Systems ist gerade auch mit Blick auf den zu regelnden Lebenssachverhalt (Arzt-Patient-Beziehung, Krankenversicherung, Unfallversicherung, Polizei, Verkehr etc.) geleitet<sup>18</sup> und soll den Zugang zum Recht erleichtern. Das Recht will verstanden werden,<sup>19</sup> was unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet werden kann,<sup>20</sup> da der Gesetzgeber hierdurch der verfassungsrechtlichen Vermutung unterliegt, für den Rechtsunterworfenen erkennbares und befolgbares Recht schaffen zu wollen (vom BVerfG ausdrücklich herausgearbeiteter Grundsatz der Normenklarheit und Normenwahrheit).<sup>21</sup> Der vorliegend gewählte Untersuchungsbe- reich kann bereits deshalb als Fall unterschiedlicher Teilrechtsordnungen erkannt werden, da das private Arztrecht Teil des bürgerlichen Rechts und das Sozialversicherungsrecht Teil des öffentlichen Rechts<sup>22</sup> ist. Auch wenn diese Differenzierung häufig schwieriger ist – etwa zwischen unterschiedlich geregelten Vertragstypen innerhalb des BGB oder mit Blick auf spezifische Teilbereiche des Polizei- und Ordnungsrechts –, so lässt sich hieraus doch ersehen, dass der jeweils legitimierte Gesetzgeber eine Zuordnung vorgenommen und dabei jedenfalls die dort gegliederte Normstruktur und deren Aussagegehalt im Blick hatte. Ergänzend – wenn auch

17 Angelehnt an die Vorarbeiten von *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, 2015, S. 49 ff.

18 Vgl. *Röbl/Röbl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 438 f.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 76; *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 4; *Häberle*, AöR 102 (1977), 27, 44, 53 ff.; *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, 2015, S. 53 f.

19 BVerfGE 108, 1, 20; 112, 304, 315; 114, 196, 236 f.

20 BVerfGE 114, 196, 236 f.; 114, 303, 312 f. hierzu *Drüen* ZG 2009, 60, 68.

21 Daraus folgt nicht die Verfassungswidrigkeit einer jeden intransparenten Regelung. Vielmehr wird man mit Blick auf den zu Staatslenkungszwecken gebotenen weitreichenden Spielraum des Gesetzgebers, der im Demokratieprinzip wurzelt, nur im Rahmen des Gesetzesverständnisses als Vermutungsregel annehmen dürfen, dass unter mehreren gleichermaßen vom Gesetzgeber akzeptierten Zielerreichungsvarianten immer jene den Vorzug genießen sollte, die für den Rechtsunterworfenen weniger einschneidend (Verhältnismäßigkeitsprinzip) und zugleich verständlich sowie befolgsamer sind. Verfassungswidrigkeit ist erst anzunehmen, wenn kein normenklares Gesetzeszweck mehr verfolgt wird, vgl. BVerfGE 108, 1, 12.

22 Zur nach wie vor umstrittenen Abgrenzung von Öffentlichem und Privatrecht Schoch/Schneider/Bier/Eblers VwGO, 26. EL 2014, § 40 Rn. 220 ff.; Eyermaun/Rennert, 13. Aufl. 2010, VwGO § 40 Rn. 41 ff.; *Enneccerus/Nipperdey* BGB AT § 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; *Röbl* VerwA 1995, 531, 534; *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung, 1996; *Bydlinski*, FS Rausch, 1995, S. 7, 14; *Brohm* NJW 1994, 281; *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994; *Schliesky* DÖV 1994, 114.

nur mit größter Zurückhaltung und Vorsicht – sind klare Unterschiede in der Teleologie eines Teilbereichs, dem eine Vorschrift zugeordnet werden kann, gegenüber den erkennbaren Zwecksetzungen eines anderen Teilbereichs der Rechtsordnung heranzuziehen. In diesem Rahmen greift der erste Differenzierungsansatz zwar der problematischen Analyse eines etwaigen inneren Systems der (Teil-)Rechtsordnung(en) vor, was die Gefahr von Zirkelschlüssen birgt, da es letztlich um die Bestimmung exakt dieses Inhalts bei der Auslegung gehen wird. Jedoch bietet der Gesetzgeber überall in der Rechtsordnung mit Regelungen – nebst aller Unsicherheiten – auch klare Zielsetzungen an,<sup>23</sup> die jedenfalls, so sie sich von den erkennbaren Zielsetzungen von Normen anderer Bereiche unterscheiden, als Indiz für das Vorliegen mehrerer Teilrechtsgebiete herangezogen werden können und nach hier vertretener Ansicht sollten.

Diese Differenzierungskriterien, so vage sie zunächst anmuten mögen, bringen mit großer Regelmäßigkeit belastbare Ansätze für eine darauf aufbauende Analyse hervor, wann der Rechtsanwender die Besonderheiten teilrechtsgebietsübergreifender Normenkollisionen im Zweifel beachten sollte. Sie sind daher in jedem Fall der schlichten Feststellung von Judge *Potter Stewart* „I know it, when I see it“<sup>24</sup> in ihrer Überzeugungskraft überlegen.

## II. Systemdenken – Zwischen Recht und Wissenschaft

Sodann ist der zentrale Aspekt des methodischen Unterbaus der *Systemgedanke* im Recht.<sup>25</sup> Dieser kann vorliegend umfangsbedingt nicht im Detail dargelegt werden, so dass lediglich in paraphrasierter Form auf die zentralen Elemente eingegangen wird, auf welchen der kritische Ansatz zu den Auslegungsvorschlägen des Rechts (II.3.) sowie die inhaltliche Analyse (III.) fußen.

Ein System verlangt mindestens ein inkludierendes (Einheit) und ein strukturierendes (Ordnung) Moment.<sup>26</sup> Zudem muss es Systemelemente geben, die mit Hilfe der vorgenannten Einteilungsparameter kategorisiert werden können.<sup>27</sup> Nachfolgend

23 Was die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers ist, vgl. BVerfGE 108, 1, 12.

24 Dass dies nicht genügen kann, kritisiert mit Recht *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).

25 Vgl. *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, 1935; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983; *K. Schmidt*, in: ders. (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994, S. 9 ff.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008; *Bunke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004.

26 Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 11 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo, 2006, 1. Kap. Rn. 1. Eine beachtliche gedankliche Schärfung bietet zudem *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, 2015, S. 4 ff., der um die Verbannung vorgefasster Wertungen in der Systembildung bemüht ist.

27 Vgl. *Weinberger*, Rechtslogik, 2. Aufl. 1989, S. 44, 51.

wird zwischen Rechtssystem und wissenschaftlichen Systemen unterschieden.<sup>28</sup> Das Einheitskriterium und damit die grundsätzliche Zuordnung zum Rechtssystem ist der Geltungsanspruch; die Systemelemente, die Geltungsanspruch erheben, sind Rechtssätze.<sup>29</sup> Demgegenüber werden als wissenschaftliche Sätze all jene abgegrenzt, die nicht diesen normativen Geltungsanspruch erheben.<sup>30</sup> Durch diese basale, den nationalen Verfassungsvorgaben<sup>31</sup> kohärente Aufspaltung wird eine wichtige Erkenntnis hervorgehoben: Je nach Systemzuordnung eines Elements ist ein grundlegend unterschiedlicher Achtungs- und Befolgungsanspruch gegeben. Während Rechtssätze selbst dann normative Geltung beanspruchen, wenn sie wenig Akzeptanz genießen, schwer oder nahezu nicht durchzusetzen sind und ggfls. aus Sicht der Rechtsunterworfenen verworfen gehören, sind wissenschaftliche Sätze nicht gleichermaßen stabil. Sie stehen und fallen mit ihrer Überzeugungskraft.<sup>32</sup> Ausgehend hiervon ist bei jeder Zuordnung auf die richtige Grundkategorisierung zu achten. Jedes Aufschwimmen eines wissenschaftlichen Ansatzes zu einer vermeintlichen Rechtsgeltung durch eine nicht (hinreichend) legitimierte Instanz ruft das Problem der unzulässigen Selbstermächtigung auf den Plan.<sup>33</sup> Zugleich geht damit die Frage der Veränderbarkeit einher, was den Aspekt etwaiger Versteinerungsgefahren in sich trägt.<sup>34</sup> Wissenschaftliche Ansätze können sich überleben, im Rahmen einer abstrakten oder einzelfallbezogenen Auseinandersetzung ausgetauscht oder abgeschafft werden. Inhärente Bestandteile der Rechtsordnung genießen ggfls. Schutz, dessen Art und Umfang präzise mit Blick auf die positive Rechtsordnung bestimmt werden muss, um die Voraussetzungen einer Modifikation oder Abschaffung zu klären.

28 Zu dieser sinnvollen Unterteilung mit Blick auf Geltungsanspruch und Selbstermächtigungsproblematik sowie Versteinerungsgefahr *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 19 ff., 30 ff., 121 ff. mwN.

29 Geltung wird an dieser Stelle unabhängig von tatsächlicher Durchsetzungskraft und Gehorsam sowie Zwangsmaßnahmen verstanden, da es im Rahmen einer juristischen Systemtheorie schon mit Blick auf die rechtsstaatliche Gesetzesbindung jedenfalls den Gerichten niemals erlaubt sein kann, Gesetzenormen – und seien diese in ihrer Umsetzung noch so schwach – zu missachten. Prozessual ist dies durch den Instanzenzug und das strafrechtliche Verbot der Rechtsbeugung abgesichert. Zum Widerstreit der unterschiedlichen Geltungstheorien vgl. *Meyer*, Juristische Geltung als Verbindlichkeit, 2011, S. 19 ff. mwN.

30 So zurecht *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 25 f.

31 An dieser Stelle ist bewusst ein rechtspositivistischer Ansatz gewählt, da überpositivistische Theorien keine sorgfältige Systemtrennung erlauben, was die erhebliche Gefahr des Bruchs mit den in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG niedergelegten Grundsätzen mit sich brächte.

32 Hierzu *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 397 f.; *Engisch*, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963, S. 18 ff.; s.a. *Klement*, Verantwortung, 2006, S. 43 f., 94 f.

33 Vgl. *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein..., 2006, S. 81 ff.; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 1968, S. 175 ff.; *Lepsius*, Die Verwaltung, Beiheft 10 (2010), 179, 201.

34 Hierzu *Möllers*, NJW 2005, 1973, 1978; *Kischel*, AöR 124 (1999), 174, 205; *Schwarze*, DVBl. 1974, 893, 895.

### III. Methoden des Rechtsverständnisses – Teleologie, ineffektive Kollisionsregeln und relevante Verfahrensgebote

Die unterschiedlichen Normsetzer beider interessierenden Teilrechtsgebiete haben kein Kollisionsrecht geschaffen. In Ermangelung einer besseren Möglichkeit ist die Judikatur – bis zur Entscheidung durch den parlamentarischen Gesetzgeber – angehalten, Berührungen von Normen im Wege der Gesetzesinterpretation zu lösen und notfalls maßvoll eine Fortentwicklung des Rechts zu betreiben. In der Methodenwissenschaft wird dabei auf die anerkannten Kriterien von Wortlaut und Grammatik, Systematik, subjektiver und objektiver Teleologie sowie Systemkonformität verwiesen.<sup>35</sup> Daneben haben sich Rechtsregeln und spezifische Ansätze für Normenkollisionen herausgebildet. Mangels umfangbedingter Erörterungsmöglichkeit aller zugehörigen Aspekte sollen nachfolgend ein paar wesentliche Punkte für die konkrete Diskussion herausgegriffen werden. Zum Abschluss der methodischen Grundsatzabwägungen wird prozedural ein Vorgehen für die Erkenntnisgewinnung vorgeschlagen, welches nach hier vertretener Ansicht geeignet ist, belastbare teilrechtsgebietsübergreifende Interpretationsschlüsse hervorzubringen und diese im gerichtlichen Verfahren bereits *de lege lata* effektiv abzusichern.

#### a. Teleologie

Regeln mit normativem Geltungsanspruch sind zweckgebunden.<sup>36</sup> Eine Regularie ohne zugrundeliegende Zielvorstellung hat in einer auf Vernunftschlüssen basierenden Rechtsordnung, die im Diskurs mindestens Begründbarkeit staatlicher Intervention verlangt, keinen Platz. Eben jene Sinnsuche ist das zentrale Ziel des Auslegungsprozederes, wenn es um die Anwendung abstrakter Regeln auf Einzelfallkonstellationen oder um die Erkenntnis bestehender und zu schließender Regelungslücken geht.<sup>37</sup>

#### aa. Subjektive vs. objektive Theorie

An erster Stelle steht der langjährig geführte Streit um den Vorrang der subjektiv- oder der objektiv-teleologischen Auslegung,<sup>38</sup> aus dem die folgenden Erkenntnisse der vorliegenden Analyse zu Grunde gelegt werden:

Der Wille des legitimierten Normgebers, sofern dieser bestimmt werden kann, genießt von Verfassung wegen Vorrang, Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>39</sup> Diese Gesetzesbindung wird auch nicht von der anzuerkennenden richterlichen Unabhängigkeit nach

35 Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 425 ff., 439 ff., 475 ff.

36 Prägnant aufgefächert bei *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 23 f.

37 Vgl. *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 489, 492 f.

38 Zur Übersicht vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 439 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 133 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 19 ff.

39 Besonders deutlich in jüngster Zeit hervorgehoben bei BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018, 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14.

Art. 92, 97 GG berührt.<sup>40</sup> Der gewählte Gesetzgeber ist das einzige Staatsorgan mit unmittelbar demokratischer Legitimation, welches auf Zeit durch das Staatsvolk zur Herrschaft berufen wird. Der erkennbare gesetzgeberische Wille geht somit selbst dann vor, wenn verfolgte Zwecke durch den Rechtspraktiker im Einzelfall als unvernünftig, mangelnd effektiv oder anderweitig untunlich erkannt werden, wobei rechtsrealistisch nicht übersehen werden kann, dass die hohen Schwellen<sup>41</sup> der Bekämpfung verfehlter, den gesetzgeberischen Willen übergewichtiger spruchrichterlicher Praxis die tägliche Einhaltung der hier genannten Grundsätze überwiegend dem richterlichen Ethos überlassen.<sup>42</sup> Die Grenze bildet die Verfassungswidrigkeit der gesetzgeberischen Entscheidung, wobei auch dann nur im Rahmen vorkonstitutioneller Gesetze eine Nichtbeachtungskompetenz besteht, während nachkonstitutionelle Gesetze nach Art. 100 Abs. 1 GG vorzulegen sind.<sup>43</sup> Dem objektiven Ansatz sind ausschließlich all jene Einflussmomente zuzugestehen, die sachlich oder temporal aus diesem Rahmen herausfallen und formal so argumentiert werden, dass die dienende Funktion des objektiven Ansatzes ersichtlich gewahrt wird.<sup>44</sup> Sachlich kann ein Gesetz offen formuliert, nicht abschließend oder ohne klar erkennbare gesetzgeberische Zielrichtung sein, wenngleich es Interpretationsmöglichkeiten gibt, die die entsprechende Regelung sinnvoll erscheinen lässt. Temporal kann sich der einmal gesetzte Zweck aufgrund tatsächlicher Umstände überholen, wobei immer zuvörderst eine im gesetzgeberischen Willen angelegte Anpassung zu prüfen ist. Und formal muss die objektive Auslegung im Dienste der demokratischen und rechtsstaatlichen Gesetzesbindung stehen und daher maßvoll eine Annäherung an die Linien der aus vorgenannten Gründen nicht mehr streng zu haltenden subjektiv-teleologischen Linie suchen.<sup>45</sup> Allem voran an dieser Stelle wird die richterliche Einflussnahmemöglichkeit bis hin zu rechtspolitischer Willkür kontrollierbar begrenzt, indem verfassungsrechtlich das zwingende Gebot transparenter Erläuterung der gefundenen Abweichung und der vorangehenden Überprüfung extrapolationsfähiger subjektiver Teleologie aus der Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG deduziert wird. Damit ist zugleich die Frage der Systemzugehörigkeit beantwortet, da Existenz und Vorrang des subjektiv-teleologischen Ausle-

40 Ausführlich Maunz/Dürig/Hillgruber, GG, 81. El 2017, Art. 97 Rn. 25 ff. mwN.

41 Ein herausstechendes Beispiel bietet das Ringen um die Judikate des 1. Senats des BSG in den Fällen BSG, Urteil vom 17. November 2015 – B 1 KR 15/15 R, BSG, Urteil vom 17. September 2013 – B 1 KR 2/12 R –, BSG, Urteil vom 23. Juni 2015 – B 1 KR 21/14 R –, B 1 KR 62/12 R, BSG, Urteil vom 1. Juli 2014 – B 1 KR 29/13 R – u. a. sowie Urteil vom 25. Oktober 2016 – B 1 KR 22/16; B 1 KR 1/13 R –, BSG, Urteil vom 14. Oktober 2014 – B 1 KR 26/13 R; BSG, Urteil vom 25. Oktober 2016 – B 1 KR 9/16 R. Zum Ganzen die scharfe Kritik von *Hambüchen*, Das Krankenhaus 2017, 978 ff.

42 Zu diesem Ergebnis nach Darstellung von fachgerichtlichen und verfassungsrechtlichen Instrumenten kommt mit Recht Maunz/Dürig/Hillgruber, GG, 81. El 2017, Art. 97 Rn. 51 ff., 54.

43 Vgl. BVerfGE 2, 124, 128 = NJW 1953, 497; BVerfGE 97, 117, 122 f. = NJW 1998, 1699.

44 Prägnant *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, S. 439 ff.

45 Deutlich BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018, 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14.

gungsansatzes<sup>46</sup> eine verfassungsrechtlich zwingende Forderung von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip sind.<sup>47</sup>

### bb. Das Zirkelschlussproblem

Der zweite Themenkreis ist eng mit der Gesetzesbindung und der obigen Debatte zu subjektiver vs. objektiver Teleologie verwoben. Die rechtssoziologische Beobachtung ist ernstzunehmen, dass vielfach der Rechtsanwender tautologisch den Sinn und Zweck des Gesetzes befragt, um seinen Sinngehalt zu ergründen.<sup>48</sup> Derartige Ansätze tragen nur den Erkenntniswert in sich, wie die gesetzliche Regelung vom zur Einzelfallentscheidung berufenen Richter aufgefasst wird.

### cc. Teilrechtsgebietsübergreifende Bezüge

Die Vertreter der objektiv-teleologischen Theorie dürften sich trotz aller Vorranghinweise des Gesetzgeberwillens mit Blick auf die vorliegende Analyse in ihrem geäußerten Problembewusstsein bestätigt sehen, dass eine klare subjektive Teleologie vielfach nicht herauszuarbeiten ist.<sup>49</sup> Gerade vor dem Hintergrund der Parzellierung des Rechts in themenbezogene Teileinheiten unter weithin fehlender gesetzlich vorgesehener Kollisionsdogmatik spricht zunächst einiges dafür, dass es sich tatsächlich bei den intradisziplinären Schnittstellen um Fragen handelt, die der Gesetzgeber entweder nicht bedacht oder aber stillschweigend der Rechtsentwicklung durch rechtspraktische Handhabung überlassen hat, was nicht zuletzt mit Blick auf die Grenzen möglicher Antizipation notwendiger Kollisionsregelungen verständlich erschiene. Dies verschärft nun aber den anfänglich beschriebenen Konflikt massiv, da der objektive – letztlich also der rechtspraktische Entscheiderwille – ein nahezu unkontrollierbares Erscheinungsbild erhält und der Gesetzgeber im Anschluss allenfalls mit kassatorischer Legislation gegensteuern kann. Eben diese Conclusio ist jedoch mit Blick auf die Gesetzesbindung nicht in beschriebener Form zu billigen. Die Ergründung subjektiver Teleologie darf auch in den unregulierten Schnittstellenbereichen nicht als erkannt überholt oder außer Acht gelassen werden. Vielmehr haben kollidierende Vorschriften in jener Teilrechtsordnung, für die und in der sie verfasst sind, eine gesetzgeberisch beigelegte Zweckrichtung. Deren Verfolgung trägt auch eine Schnittstellenaussage in sich, da jegliche Einflussnahme durch eine kollidierende Vorschrift eines anderen Teilbereichs per definitionem hemmend oder

46 An dieser Stelle kann umfangsbedingt nicht eingehend erörtert werden, wie die Extrapolation des gesetzgeberischen Willens gelingen kann. Hierzu sei auf die eingehende Analyse von *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017 mit umfassender Streitdarstellung verwiesen.

47 Klar herausgearbeitet bei *Sauer*, in: Krüper, Grundlagen des Rechts, 3. Aufl. 2017, S. 187f. Mit einer versöhnlichen Haltung *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 143 ff.

48 Eine Übersicht der Untersuchungen bietet *Rebbinder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl. 2014, S. 156 FN 109.

49 Zu den Argumentationsstrukturen der Vertreter objektiver Teleologie *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 138 ff. mwN. hier allerdings allem voran aus der schweizerischen Rechtsprechung.

anderweitig modifizierend wirken kann, was die gesetzgeberisch avisierte Art und Weise der Zweckverfolgung wenigstens in ihrer konkreten Ausgestaltung in Frage stellt; das Prinzipiengefüge des jeweiligen Teilrechtsgebiets droht sich zu verschieben. Subjektive Teleologie hinter einer Norm bildet somit immer auch eine implizite Leitlinie für gebietsübergreifende Normenkollisionen dergestalt, dass die gesetzgeberische Zwecksetzung aller betroffenen Kollisionsnormen darauf zu befragen ist, ob nach den legislatorischen Vorstellungen externe Einflüsse zugelassen werden können und falls ja, innerhalb welcher Grenzen dies denkbar ist. Diese Forderung wird von den in der Rechtsprechung des BVerfGs anerkannten Grundsätzen der Normenklarheit und Normenwahrheit gestützt.<sup>50</sup>

### b. Bewertung anerkannter Kollisionsrechtsregeln

Normenkollisionen werden häufig dadurch vermeintlich aufgelöst, dass der Stufenbau der Rechtsordnung (*lex superior* – Regel), der Vorrang des spezielleren (*lex specialis* – Regel)<sup>51</sup> oder der Vorrang des jüngeren Gesetzes (*lex posterior* – Regel)<sup>52</sup> herangezogen werden. Für die Erörterung der Kollision von formell bundesrechtlichen Rechtsbereichen wie den §§ 630a ff. BGB und 135 ff. SGB V ist der Stufenbau der Rechtsordnung nicht von Bedeutung. Aber auch die anderen Kollisionsrechtsregeln vermögen lediglich dann zu helfen, wenn bereits in der Sache das speziellere oder das jüngere und zugleich seiner Teleologie nach verdrängende<sup>53</sup> Gesetz verifiziert werden konnte. Der alles entscheidende Part der Auslegung wird somit von diesen Regeln nicht erfasst, sondern nur die Ergebnisfolge benannt. Dies gilt gleichermaßen für Ansätze wie die materielle Subsidiarität und die Konsumtion.<sup>54</sup>

Beachtliche Ideen sind von den Vertretern der Theorie wechselseitiger Auffangordnungen formuliert worden.<sup>55</sup> Zentrales Verdienst dieses Ansatzes ist erstens der Hinweis auf die strukturelle und inhaltliche Eigenständigkeit der unterschiedlichen Rechtsgebiete,<sup>56</sup> die es zur Aufrechterhaltung der Steuerungsfähigkeit in einer komplexen Rechtsordnung als Spiegel einer komplexen Gesellschafts- und Sozial-

50 Vgl. BVerfGE 114, 196, 236 f.; 112, 304, 315; 108, 1, 20; 107, 218, 256. Krit. Meyer, Der Staat 2009, 278, 298, 301.

51 Vgl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, 465, 572.

52 Vgl. Ott, Die Methode der Rechtsanwendung, 1979, S. 206. Zur veralteten Grundansicht, das frühere Recht, sei das bessere und müsse zunächst indiziell vorrangig behandelt werden, Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997, S. 211.

53 Emmeneger, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, 2004, S. 91 f. Gleichwohl unbereitbare Anerkennung durch BVerfG NJW 2016, 1295, 1298 Rn. 50.

54 Vgl. aus der insoweit vielfach einschlägigen strafrechtlichen Literatur etwa MüKo/von Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. 2016, vor § 52 Rn. 46 ff., 49 ff. mwN.

55 Grundlegend Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1995, S. 261 ff. und Schmidt-Aßmann, in: dies., S. 8 ff.

56 Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1995, S. 12 f., 25 ff.

struktur braucht.<sup>57</sup> Und zweitens bringt diese Theorie den berechtigten Vortrag, dass die Gedankengänge und Lösungsansätze der unterschiedlich gewachsenen Teilrechtsgebiete einander mit ihrem Ideenreichtum wechselseitig unterstützen und beflügeln können,<sup>58</sup> wie der Gesetzgeber dies etwa in § 62 VwVfG oder in § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V selbst angeordnet hat.

Die Schwäche dieses Kollisionsansatzes ist jedoch, dass derselbe nicht das Kollisionsproblem löst, sondern dass bei erkannter Gemengelage ein Angebot zur Fortentwicklung des Rechts gemacht wird. Anders als der *lex specialis* – Ansatz oder die *lex posterior* – Regel hat die Idee der wechselseitigen Auffangordnungen somit zwar auf dem Weg der Erkenntnis einen hohen Eigenwert, jedoch vermag sie erst dort anzusetzen, wo das Grundsatzproblem, ob eine wechselseitige Wertauffüllung zulässig ist und welchen Restriktionen diese folgen muss, bereits überwiegend eingedämmt werden konnte.

### c. Verfahren effektiver vernunftgeleiteter Norminterpretation in den Grenzen der Verfassung

Mangels durchschlagend überzeugender Kollisionsrechtsregel muss letztlich für die Bestimmung von Inhalt und Umfang wechselseitiger Beeinflussung der in Rede stehenden Vorschriften auf die präzise Gesetzesauslegung aller relevanten Normen und Normbereiche zurückgegriffen werden.<sup>59</sup> Gerade mit Blick auf die Erörterung von subjektivem vs. objektivem Teleologieansatz ist jedoch vor dem Hintergrund einer rechtswissenschaftssoziologischen Erkenntnis Vorsicht geboten, so dass ein prozeduraler Ansatz zu wählen ist, der diese Gefahr bestmöglich zu beherrschen sucht. Es handelt sich um den Umstand, dass das zur Entscheidung berufene Gericht gerade in jenen Bereichen seinen Schwerpunkt legen wird, in denen es rechtswissenschaftlich sozialisiert ist.<sup>60</sup> Der Zivilrichter wird schon im Hinblick auf seinen Kenntnisstand zuvörderst Antworten nach den Maximen der §§ 630a ff. BGB und den Grundlagen des Privatrechts suchen, der Sozialrichter ist sich demgegenüber den Besonderheiten der Struktur des GBA als untergesetzlichem Normgeber und Verantwortlichem für die Ausformung der Vorgaben der §§ 135 ff. SGB V bewusst und bezieht verstärkt die Ziele und Zwecke des SGB V ein. Wenn aber die

57 Vgl. *Damm*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1995, S. 86 ff.

58 Vgl. *Kirchner*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1995, 63 ff. und *Hoffmann-Riem*, in: dies., S. 261 ff.

59 Für die Kollision von Zivil- und Sozialrecht bietet *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, 2007, S. 67 ff., 82 ff. mit dem Akzeptanz-, dem Vermögenswert-, dem Gleichstellungs- und dem damit verbundenen Schonungsprinzip beachtliche materiell-rechtlich ausgerichtete Kollisionserwägungen, die als auslegungsleitende Prinzipien, so *Deinert*, a.a.O., S. 51, unterstützend einbezogen werden können.

60 Deutlich bei *Däubler*, in: Kittner (Hrsg.), Streik und Aussperrung, 1974, S. 411 ff.; *Jost*, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, 1979; *Bürkle*, Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts, 1984.

Vorrangstellung des subjektiv-teleologischen Ansatzes entsprechend der rechtsstaatlichen Bindung der Gerichte an das Gesetz ernst genommen werden soll, so muss im Rahmen der Gesetzesauslegung ein Verfahren gewählt werden, welches den Normanwender zur Berücksichtigung *aller* fallrelevanten gesetzgeberischen Zwecke anhält. Hierfür wird folgendes methodische Vorgehen vorgeschlagen:

aa. Auf der ersten Stufe der Auslegung sind die kollidierenden Vorschriften der gewachsenen Struktur ihrer jeweiligen Teilrechtsordnung zuzuordnen und vor eben jenem Hintergrund mit Blick auf Inhalt und Bedeutung sowie Aussagekraft und Funktionserfüllung zu interpretieren (Erfassung der Norm und ihrer Metanormebene).

bb. Auf der zweiten Stufe müssen die Funktionen und Zwecke der Teilrechtsordnungen selbst als Gesamtgefüge einander gegenübergestellt werden (Interpretation und Kollisionsverständnis der Metanormebene – Abwägung der Prinzipien).

cc. Auf der dritten und letzten Ebene sind die konkret kollidierenden Vorschriften mit Blick auf das Optimierungsgebot in der Anwendung dahingehend aufeinander abzustimmen (Ausstrahlungsthese), dass die Funktionserfüllung beider Systeme aufrechterhalten, mithin der gesetzgeberische Ansatz bestmöglich gewahrt wird (Auflösung der konkreten Normenkollision – Regelkollision).

Dieser Ansatz ist mit dem prozessualen Vehikel der Überprüfbarkeit der Entscheidungsbegründung in der spruchrichterlichen Praxis dergestalt zu verbinden, dass im Falle teilrechtsgebietsübergreifender Normenkollisionen das Gericht seine Erwägungen nach dem obigen Muster in den Entscheidungsgründen wenigstens im Überblick darlegen muss, damit nicht von einem rechtsmittelfähigen Verfahrensfehler im Sinne der Rechtsprechung zur Lückenhaftigkeit und Unverständlichkeit der Entscheidungsgründe<sup>61</sup> auszugehen ist. Demgemäß wird an dieser Stelle vorgeschlagen, den absoluten Revisionsgrund der §§ 547 Nr. 6 ZPO, 138 Nr. 6 VwGO, 119 Nr. 6 FGO, 202 S. 1 SGG iVm 547 Nr. 6 ZPO, 338 Nr. 7 StPO – im Arbeitsgerichtsprozess gilt die Besonderheit des § 72 Abs. 2 Nr. 3 ArbGG<sup>62</sup> – für gegeben zu erachten, wenn im Fall teilrechtsgebietsübergreifender Normenkollisionen das erkennende Gericht in den Gründen nicht aufzeigt, dass es die subjektive Teleologie und deren Optimierungsgedanken hinter jeder der betroffenen Vorschriften und

61 BGHZ 32, 17, 24 = NJW 1960, 866; BGHZ 39, 333, 338 = NJW 1963, 2272; BGH GRUR 1967, 543, 546; 1970, 258, 259; BAG NJW 2014, 2382 Rn. 17; BSGE 76, 233, 234 = BeckRS 1995, 30756157; BSG Urt. v. 29.6.2015 – B 14 AS 33/15 R; BVerwG NJW 2003, 1753.

62 Zur entsprechenden Anwendung des § 72b ArbGG und dem dahingehenden gesetzgeberischen Willen, vgl. BR-Drucks. 663/04, 50; hierfür BeckOK/Klose, ArbGG, 47. Ed. 2018, § 72b Rn. 9; s. zudem BAG 16.6.1998, AP ZPO § 543 Nr. 3. A.A. GMPM-G/Müller-Glöge, ArbGG, 9. Aufl. 2017, § 72b Rn. 23, HWK/Bepler, ArbGG, 8. Aufl. 2018, § 72b Rn. 5. Zur Erfassung als Gehörsverletzung *Bepler RdA* 2005, 65, 72; problematisch diesbezüglich BVerfG NJW 2001, 2161. Alle Ansichten kommen zum Ergebnis der Revisibilität.

Teilbereiche erkannt und somit in die Entscheidung einbezogen hat. Hierdurch werden keine lehrbuchartigen oder monographischen Ausführungen zum Gegenstand ordnungsgemäßer judikativer Entscheidungstechnik erhoben. Vielmehr wird das erkennende Gericht des Einzelfalls schlicht dazu gezwungen, wenigstens in einem Moment vor Urteilerlass aktiv von den gesetzgeberisch avisierten Maßstäben aller relevanten Normbereiche Kenntnis zu nehmen und sich mit der Frage zu befassen, welchen Maßstäben die kollidierenden Metanormbereiche folgen. Gleichermaßen fällt hierdurch in Berufung und Revision respektive ggfls. Nichtzulassungsbeschwerde in rügefähiger Form (und somit parteiseitig nachzuhalten) auf, wenn ein derartiger Ansatz übergangen oder unerkannt geblieben ist.<sup>63</sup>

## C. Arzthaftungsrechtlicher Standardbegriff im Lichte der §§ 135 ff. SGB V

### I. Erste Gedanken zum Problemspektrum

Ein Behandlungsfehler im arzthaftungsrechtlichen Sinn ist die nicht durch medizinische oder durch zulässige Patientenwünsche (§ 630a Abs. 2 BGB) induzierte Unterschreitung des Standardniveaus in der jeweiligen Behandlungssituation.<sup>64</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>65</sup> Ungeachtet dieser mit Abgrenzungsschwierigkeiten und Unschärfen besetzten Definition<sup>66</sup> des erforderlichen Sorgfaltsniveaus sowie der prozeduralen<sup>67</sup> und materiellrechtlich<sup>68</sup> zutreffenden Bestimmung im Streitfall existieren spezifische Beschreibungs- und Anforderungsmodelle im SGB V, deren Einfluss auf § 630a Abs. 2 BGB jedenfalls nicht a priori denklogisch auszuschließen ist. Wesentlicher Ansatz sind die Bestimmungen der §§ 135 ff. SGB V, durch welche der Gesetzgeber Qualitätssicherungsmechanismen im Sozialversicherungsrecht angelegt und weitreichende Ausformungs- und Durchsetzungselemente statuiert hat.<sup>69</sup> Die Feinjustierung soll durch den GBA 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 zu behandelnden Sachfragen

63 Dieser Vorschlag wird unter C.VI. in nähere prozessuale Erwägungen eingestellt.

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

65 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.

66 Hierzu Wagner VersR 2012, 789, 791. Mit Konkretisierungsbemühungen Dumbs GesR 2014, 513 ff.

67 Hierzu ausführlich Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. XII.

68 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.

69 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 28.7.2011 eingeführt worden sind, vgl. BGBl. I 1622.

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 und Mitwirkungspflichten zu/in 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. etwa §§ 4 und 5 der Kinderherzchirurgierichtlinie des GBA). Für die Einhaltung dieser sozialrechtlichen Vorgaben kann der GBA 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 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 nicht erfüllt sind, 3. die Information Dritter über die Verstöße, [und] 4. die einrichtungsbezogene Veröffentlichung von Informationen zur Nichteinhaltung von Qualitätsanforderungen.“ Es steht die Frage im Raum, ob der GBA durch seine Vorgaben zugleich den haftungsrechtlich zentralen Standardbegriff reguliert und ein Verstoß gegen entsprechende Richtlinien einen Behandlungsfehler in der konkreten Durchführung mit Blick auf das Arzt-Patient-Verhältnis bedeutet. Ebenso wäre es abgestuft möglich, eine unzulässige Standardabweichung hierdurch als haftungsrechtlich vermutet oder lediglich indiziert zu erachten, was die Frage auf die dienende zivilprozessuale Ebene und deren Aufklärungs- sowie Darlegungs- und Beweislastmaximen verlagerte.<sup>70</sup> Und mangels gesetzgeberischer Hinweise kann auch vertreten werden, dass eine Einflussnahme auf den zivilrechtlich geformten Haftungs begriff des Behandlungsfehlers nicht erfolgt und die Wirkungen gerade auf den Bereich des Sozialversicherungsrechts und die dort genannten Disziplinierungskonsequenzen beschränkt wäre.<sup>71</sup>

Nebst des Ansatzes über den haftungsrechtlich relevanten Standardbegriff sind schließlich auch andere Einfallstore, wie die eigenständige Herausbildung von Vertrags- und Organisationspflichten sowie die Erwägung der Schutzgesetzzeigenschaft iSd. § 823 Abs. 2 BGB anzudenken.<sup>72</sup> Allerdings liegt ein Gleichlauf von haftungsrechtlicher Standarderwartung und deliktischer Verantwortlichkeit für die Arzthaftung insbesondere wegen des in der Rechtsprechung des BGH anerkannten Grundsatzes der Strukturgleichheit von Vertrag und Delikt<sup>73</sup> nahe. Eine andere Sprache scheint freilich die Gesetzesbegründung des PatRG mit dem Hinweis zu sprechen, dass das durch die §§ 630a ff. BGB nicht regulierte Deliktsrecht eigenständig blei-

70 Zur dienenden Funktion des Prozessrechts vgl. MüKo/Rauscher, ZPO, 5. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 8 ff.

71 In diese Richtung wohl OLG Nürnberg Urte. v. 20.4.2017 – 5 U 458/16 = BeckRS 2017, 115044.

72 In diese Richtung zunächst scheinbar HKAKM/Hart, 42. Akt. 2012, Nr. 3948 Rn. 19 ff., der jedoch letztlich zu dem Ergebnis gelangt, dass Schutznormqualität mangels Individualbezug den §§ 135 ff. SGB V nicht beizumessen sei, Rn. 19.

73 Hierzu BGH NJW 1987, 705, 706.

be<sup>74</sup> und somit ggfls. als Entwicklungstool dienen könne.<sup>75</sup> Allerdings kann dies insbesondere hinsichtlich solcher Umstände in Frage gestellt werden, die generell zwischen Parteien nicht besprochen, sondern zu erwarten sind, so etwa die Einrichtungsstandards, die nach der Gesetzesbegründung gerade auch Teil der Idee des § 630a Abs. 2 BGB sein sollen.<sup>76</sup> Auch im Übrigen ist derzeit ein Auseinanderdriften der Handhabung rechtsgeschäftlicher und sonstiger gesetzlicher Anspruchsgrundlagen im Haftungsprozess gegen die Behandlungsseite weder ersichtlich noch sinnvoll.<sup>77</sup> Die nachfolgende Erörterung beschränkt sich daher auf § 630a Abs. 2 BGB.

## II. Feststellung einer Kollisionslage nach dem äußeren System der Rechtsordnung und den eindeutig zu Tage tretenden Gesetzeszwecken

Bei Betrachtung des äußeren Systems der Rechtsordnung ist die durch den Gesetzgeber der §§ 630a ff. BGB und den Gesetzgeber der §§ 135 ff. SGB V veranlasste Systematisierung und Kategorisierung einerseits im bürgerlichen Schuld- und dort im speziellen Vertragsrecht und andererseits im 9. Abschnitt des vierten Kapitels des für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehenen SGB V mit einer grundlegenden Unterscheidung geprägt worden. Mit dem bürgerlich-rechtlichen Ansatz hat der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen Patient und Behandlungsseite geregelt und damit in § 630a Abs. 2 BGB das Qualitäts- und Sorgfaltsniveau speziell für diesen Bereich gesetzt. Demgegenüber ist der 9. Abschnitt des vierten Kapitels des SGB V nach der ihm gewidmeten Überschrift des äußeren Systems zunächst nur auf das Verhältnis von Leistungserbringern und Krankenkassen bezogen. Dort werden nach dem äußeren Bild speziell die zu fordernden Qualitätsstandards gesetzt, soweit die Regelungen reichen. Wenn es in einem an dieser Stelle hypothetisch aufgemachten Streitfall vor den Zivilgerichten darum ginge, eine haftungsrechtlich relevante Standardunterschreitung festzustellen, so würde sich nach dem äußeren Bild der Rechtsordnung in ihrem gegenwärtigen Bestand jedenfalls für den vertragsrechtlichen Bereich der Maßstab aus dem Verständnis des § 630a Abs. 2 BGB ergeben müssen, welcher in der Folge näher zu interpretieren wäre. Demgegenüber ließe sich eine Behauptung dahingehend nicht halten, dass das äußere Bild der Rechtsordnung eine klare Anordnung für oder wider einer Einbeziehung sozialversicherungsrechtlicher Qualitätsvorgaben nach den §§ 135 ff. SGB V statuierte. Hier können nur an späterer Stelle noch zu analysierende Indizien extrapoliert werden.

74 Vgl. BT-Drucks. 17/10488, S. 27.

75 Vgl. MüKo/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2016, vor § 630a Rn. 32.

76 Vgl. BT-Drucks. 17/10488, S. 20.

77 Für die ganz h.M. s. nur MüKo/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2016, vor § 630a Rn. 25 ff. mwN.

Mit Blick auf eindeutig erkennbare gesetzgeberische Zweckverfolgung kann im Rahmen der Vorprüfung zur Bestimmung der Kollisionsproblematik festgehalten werden, dass, wie auch immer § 630a Abs. 2 BGB letztlich wertungsmäßig auszufüllen sein könnte, diese Vorschrift jedenfalls nach dem Willen des Gesetzgebers über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines bürgerlich-rechtlichen Haftungsanspruchs mit Blick auf eine vorwerfbare Fehlleistung entscheiden und somit die geschuldete Behandlungsqualität im Verhältnis Behandler zu Patient a priori angeben soll, während es in den §§ 135 ff. SGB V um das Verhältnis von Leistungserbringern und geschuldeter Qualität mit Blick auf die letztlich finanzierenden Krankenkassen geht. Ob und inwieweit Aspekte des Patientenschutzes dabei mitschwingen und welcher Gestalt diese sind, ist nicht mehr als eindeutiger Aspekt subjektiver Teleologie zu erachten, da dies – gerade hinsichtlich etwaiger daraus erwachsender oder negierter bürgerlich-rechtlicher Ansprüche – nur auf Basis einer komplexen, spezifisch das innere System der Rechtsordnung analysierenden Erörterung erschlossen werden kann.

### III. Grundbetrachtung der Teilrechtsgebiete und der relevanten Vorschriften (1. Stufe)

#### 1. Leitgedanken zu § 630a Abs. 2 BGB und dem zivilrechtlichen Haftungsansatz

##### a. Der Standardbegriff nach der gesetzlichen Konzeption

Der Gesetzgeber hat in § 630a Abs. 2 BGB ausweislich der Gesetzesbegründung § 276 Abs. 2 BGB ergänzen und die hergebrachte Judikatur des BGH zum Sorgfaltsstandard der medizinischen Behandlung unverändert fortführen wollen.<sup>78</sup> Auch wenn nicht die vom BGH präferierte Explikation des Sorgfaltsstandards in der Begründung genutzt worden ist, gibt es keinen ersichtlichen Ansatz, weshalb hiermit eine Änderung der Anforderungen einhergehen sollte.<sup>79</sup> Der zivilrechtliche Haftungsmaßstab orientiert sich somit an Hand dessen, was der zuständige Verkehrskreis als erforderlich ansieht,<sup>80</sup> wobei das individuelle Behandlungsziel Ausgangspunkt dieser Bewertung ist. Diese Ansätze sind entsprechend der zivilrechtlichen Haftungsstruktur objektiviert, so dass grundsätzlich für Erwägungen individueller Vorwerfbarkeit kein Raum verbleibt.<sup>81</sup> Die Bestimmung durch Verkehrskreise sieht die Gesetzesbegründung sodann im Wesentlichen durch die jeweiligen Fachgesellschaften und deren Leitlinien als vorgezeichnet,<sup>82</sup> wobei auch hier nach den gesetzgeberisch gewählten Verweisen auf die Judikatur davon ausgegangen werden kann, dass keine Veränderung zur Leitlinienakzeptanz und auch zu ggfls.

78 BT-Drucks. 17/10488, S. 19.

79 MüKo/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2016, § 630a Rn. 97. Gegenstimmen sind nicht ersichtlich.

80 Vgl. BGHZ 113, 297, 304 = NJW 1991, 1535.

81 Partiiell anders nur BGHZ 88, 248, 258 = NJW 1984, 655, 657; hinsichtlich der Subjektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs offengelassen von BGH NJW 1988, 2298, 2299 f. Ablehnend wohl BGH MDR 2001, 565 f.

82 BT-Drucks. 17/10488, S. 19.

erheblichen Zweifeln an diesen (Überalterung, Evidenz, Passgenauigkeit mit Blick auf die individuelle Behandlungssituation) vorgenommen worden ist.<sup>83</sup> Es bleibt aber bei der Einzelfallbestimmung an Hand des Facharztstandards unter Berücksichtigung der jeweiligen Situation des Patienten im Zeitpunkt der Behandlung (unter Verbot der *ex post* – Bewertung).<sup>84</sup> Die Beachtung oder auch nur Berücksichtigung von sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben oder Richtlinien des GBA hat der Gesetzgeber weder im BGB noch in der Gesetzesbegründung thematisiert.

Der auf diese Weise genommene Ausgangspunkt entscheidet auf abstrakter Ebene über das Für und Wider eines denkbaren Behandlungsfehlers, wenn der Patient hieraus Ansprüche herleiten will. Dabei ist der Standardbegriff aber nicht rückwärts auf Restitution gerichtet, sondern zukunftsorientiert und soll allem voran vorgeben, was der Arzt bei einer anstehenden Therapie zu leisten hat, um den Patienten sach- und damit vertragsgerecht zu versorgen.<sup>85</sup> An dieser Stelle ist weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch aus der systematischen Stellung im privatrechtlichen Vertragsrecht oder der gesetzgeberisch nachvollziehbar verfolgten Teleologie zu entnehmen, dass es um irgendein anderes Verhältnis als jenes zwischen Behandler und Patient gehen soll. Daher dürften bereichsspezifisch zunächst nur Aspekte für den Standardbegriff relevant sein, die den Ausgleich zwischen Patientenschutz und Gesundheitsfürsorge im Einzelfall auf der einen Seite und Machbarkeit und Zumutbarkeit für den Behandler auf der anderen Seite im Rahmen der Vertragsäquivalenz einbeziehen. Zwei subjektiv teleologische Erwägungen müssen trotz dieser Ausgangsfeststellungen hervorgehoben werden:

i. Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen seiner Hintergrundfeststellungen zur wesentlichen Entstehungsgeschichte des PatRG auch kurz zu den gewachsenen Strukturen des SGB V geäußert und dabei auf Beteiligungsformen der Patientenschaft im Rahmen der GBA-Tätigkeit und mit Blick auf die Schlichtungsstellenarbeit hingewiesen.<sup>86</sup> Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber bei Schaffung der §§ 630a ff. BGB das Zusammenspiel mit den §§ 135 ff. SGB V nicht vollständig unbeachtet gelassen hat, selbst wenn hierauf nicht eingegangen worden ist. Mangels Analyse oder gesonderter Schnittstellenzuschreibung ist es jedoch problematisch, dem gesetzgeberischen Willen beliebig weitere Folgeerwägungen aus dieser Berücksichtigung beizumessen.

83 So wird allem voran verwiesen auf BGH VersR 2010, 214 f. sowie OLG Hamm NJW 2000, 1801 ff.

84 BT-Drucks. 17/10488, S. 19.

85 Vgl. *Bergmann/Middendorf*, in: *Bergmann/Paue/Steinmeyer*, *Gesamtes Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, § 630a Rn. 63 ff.

86 BT-Drucks. 17/10488, S. 10.

ii. Der Gesetzgeber hat verdeutlicht, dass an den hergebrachten Grundsätzen der Rechtsprechung nach Möglichkeit nichts geändert werden sollte.<sup>87</sup> Das PatRG ist zuvörderst – wenn dies etwa im Bereich des § 630c Abs. 2 und 3 BGB wohl nicht ausnahmslos zutreffen kann – als gesetzliche Schaffung von Transparenz bereits vorher geltender judikativ erzeugter Regelungen einzuordnen.<sup>88</sup> Dann dürfte dies aber, solange Gesetzestext oder Begründung dem nicht zuwiderlaufen, für die gesamte bis 2013 geltende Rechtsprechung gelten.

### b. Judikative Wertausfüllung

Als Betrachtung eines unbestimmten Rechtsbegriffs hat die Rechtsprechung sich mit dem medizinischen Standard befasst und in seltenen Fällen auch im Nebensatz dazu Stellung genommen, wie sozialversicherungsrechtliche Richtlinien im Standardbegriff zu behandeln sein könnten. Der BGH formuliert: „Leitlinien von ärztlichen Fachgremien oder Verbänden können (im Gegensatz zu den Richtlinien der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen) nicht unbesehen mit dem zur Beurteilung eines Behandlungsfehlers gebotenen medizinischen Standard gleichgesetzt werden.“<sup>89</sup> Der Senat stellt hier ohne Zweifel fest, dass sozialversicherungsrechtliche Richtlinien ohne Einschränkung den haftungsrechtlichen Standard abbildeten, sofern sie eine bestimmte Qualität beschreiben. Diese ohne Not getroffene Feststellung dürfte sich wohl nur vor dem Hintergrund der dem Senat zum Entscheidungszeitpunkt sicherlich bekannten Grundsätzen des BSG seit der Methadon-Entscheidung<sup>90</sup> und deren Folgejudikate<sup>91</sup> sowie der gesetzlichen Verbindlichkeitserklärung von Richtlinien in § 91 Abs. 6 SGB V erklären lassen.

Die gegenteilige Ansicht scheint das OLG Nürnberg zu vertreten.<sup>92</sup> Der Senat hatte sich unter anderem mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Qualitätsbeurteilungs-Richtlinie Arthroskopie, die eine dezidierte Dokumentation und Speicherung von Aufzeichnungen vorsieht, den Begriff der „wesentlichen“ und damit haftungsrechtlich dokumentationspflichtigen Maßnahme in § 630f Abs. 1 BGB zu definieren geeignet ist. Der Senat hat dies mit Hinweis darauf verneint, dass die Richtlinie zur Qualitätsbeurteilung zwar auch mittelbar den Patientenschutz in sich aufnehme, dass es dort jedoch um eine grundlegend andere Teleologie, nämlich die Teilnahme an Qualitätssicherungsmaßnahmen und die Fortentwicklung der Medizin gehe, während das PatRG zu Gunsten des Patienten gerade keine Verhaltensweisen veranlasse, die für die konkrete Behandlung nicht erforderlich seien und allenfalls

87 In diese Richtung BT-Drucks. 17/10488, S. 9, wobei die Begründung nicht ganz eindeutig in ihrer Zielvorstellung ist.

88 So die erklärte Zielvorstellung der Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drucks. 17/10488, S. 1, 9.

89 BGH GesR 2008, 361 = IBRRS 2008, 4523.

90 BSGE 78, 70 = MedR 1997, 224 mAnm. *Wimmer*.

91 Vgl. BSG, SozR 4-2500, § 13 Nr. 20 Rn. 20; BSG v. 5. 5.2009, B 1 KR 15/08 R, Rn. 11 mwN.

92 OLG Nürnberg, BeckRS 2017, 115044.

dem Patienten zur Information oder für spätere Haftungsprozesse dienen könnten. Freilich greift der Senat mit seinen Erwägungen bereits auf die Ebene der Schnittstellenerwägung zu, jedoch konstatiert er für den Bereich der ersten Auslegungsstufe, dass jedenfalls innerhalb des Begriffs der Wesentlichkeit bei den Erfordernissen der Dokumentation der Gesetzgeber keine Bindung an eine Teleologie außerhalb des konkreten Patientenschutzes vorgenommen habe und es somit einer autonom bereichsspezifischen Auslegung bedürfe, deren Wertausfüllung der Senat letztlich einzig durch den medizinischen Sachverständigen und damit wieder durch die Sichtweise der zuständigen Fachschaft sieht.<sup>93</sup>

Eine weitere Durchsicht der obergerichtlichen Rechtsprechung führt zu der Erkenntnis, dass allem voran den Mutterschafts-Richtlinien Bedeutung bei der Bestimmung des ärztlichen Standards in der Schwangerschaftsbetreuung beigemessen wird. Folgende Feststellung ist von mehreren Gerichten übernommen worden: „Die Mutterschafts-Richtlinien spiegeln den ärztlichen Standard wider. Sie werden regelmäßig aktualisiert und dienen, wie es in der Präambel heißt, „der Sicherung einer nach den Regeln der ärztlichen Kunst und unter Berücksichtigung des allgemeinen Standards der medizinischen Erkenntnisse ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen ärztlichen Betreuung [...]“. Sie dürfen daher nicht unterschritten werden, müssen – ohne Anlass – aber auch nicht überschritten werden.“<sup>94</sup> Auch in diesen Judikaten findet sich keine Auseinandersetzung mit der Frage des Grundes der angenommenen Verbindlichkeit im Haftungsrecht. Zugleich lassen die Oberlandesgerichte jedoch mit dem Hinweis auf „[...] ohne Anlass [...]“ in geschickter Form eine Möglichkeit offen, in der Zukunft im Fall einer unvorhergesehenen Konstellation auch eine Überschreitung der Richtlinienvorgaben haftungsrechtlich fordern zu können.

Eine Sonderstellung nimmt die Entscheidung des Landgerichts München I aus dem Jahre 2009 ein.<sup>95</sup> Gegenstand ist die Frage gewesen, ob der schwangerschaftsbetreuende Gynäkologe die werdende Mutter über die Möglichkeit und Sinnhaftigkeit einer HIV-Testung hätte informieren müssen. Die Mutterschafts-Richtlinie hat zu diesem Zeitpunkt eine solche Testung nur nahegelegt, nicht jedoch zwingend vorgeschrieben. Die Kammer hat gleichwohl – entgegen der Ansicht des Sachverständigen – eine entsprechende Belehrung als fachgynäkologischen Standard erkannt und eine Haftung bejaht. Dabei ist jedoch nicht im Sinne der vorab beschriebenen obergerichtlichen Rechtsprechung auf eine anlassbezogene Besonderheit,

93 OLG Nürnberg, BeckRS 2017, 115044, Rn. 28.

94 Vgl. OLG Köln, BeckRS 2011, 26595 unter 1.a. mVa. OLG München OLGR 1993, 189 f.; KG VersR 1996, 332 ff. (der BGH hat die Revision der damaligen Kläger durch Beschluss vom 17.10.1995, VI ZR 368/94 nicht angenommen); KG NJW 2004, 691 ff.; OLG Stuttgart OLGR 1999, 406 ff.

95 LG München I NJW-RR 2009, 898.

sondern auf generell vorliegende Umstände wie eine hohe Anwendungsdichte in der Praxis und eine grundsätzlich sehr niedrige Belastung der Schwangeren bei bedeutsamer Untersuchung abgehoben worden.<sup>96</sup> Die Kammer hat somit die Bestimmung des Standardbegriffs ein Stück weit dem ärztlichen Fachbereich entzogen. Zudem hat sich die Kammer explizit über die Vorgaben der Mutterschafts-Richtlinie hinaus für einen schärferen Haftungsstandard entschieden. Auch hier hat jedoch keinerlei rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Einflussnahmemöglichkeit von Richtlinien im Bereich der Standardbestimmung stattgefunden.

### c. Stellungnahme

Die reine Betrachtung des § 630a Abs. 2 BGB verdeutlicht, dass es sich um eine wertausfüllungsbedürftige Klausel handelt, die auf eine nicht klar bestimmbare judikative Entstehungsgeschichte zurückblickt, welche vom Gesetzgeber aufgenommen worden ist, ohne dass die Unsicherheiten erörtert worden wären. In dieser Historie finden sich dementsprechend auch keine Schnittstellenaussensetzungen, die sich mit der Maßstabsbildung nach den §§ 135 ff. SGB V ernsthaft befassen würden. Das Judikat des OLG Nürnberg ist demgegenüber nach Inkrafttreten des PatRG ergangen, widerspricht aber der bisherigen Judikatur deutlich.

Allerdings findet sich an anderer Stelle eine indirekte Befassung mit den prägenden Vorgaben des Sozialversicherungsrechts. Die Diskussion um die Spannungslage zwischen dem zivilrechtlichen Haftungsmaßstab nach den §§ 276 Abs. 2, 630a Abs. 2 BGB und der Wirtschaftlichkeitsbindung des § 12 Abs. 1 SGB V.<sup>97</sup> Diese Erwägungen gehören aber partiell in den sozialversicherungsrechtlichen Bereich und partiell auf die Metaebene, so dass ihre Einbeziehung im Anschluss eigenständig mit Kontexteinordnung erfolgt. Für die Ausgangsebene im Rahmen des zivilrechtlichen Ansatzes ist abschließend darauf hinzuweisen, dass eine Wertausfüllung durch das Sozialversicherungsrecht nicht vorgesehen, aber auch nicht ausgeschlossen ist. Von einer geformten judikativen Rechtserzeugung,<sup>98</sup> die das Gesetz im

96 LG München I NJW-RR 2009, 898, 901.

97 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; *Künischer*, 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 Budgetierung des Gesundheitswesens – Wo bleibt der medizinische Standard?, 1997; *Steffen*, in: FS Geiß, 2000, S. 487 ff.; *Taupitz*, in: Kick/Taupitz, Gesundheitswesen zwischen Wirtschaftlichkeit und Menschlichkeit, 2005, S. 21 ff.; *Schirmer/Fuchs*, in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 2009, S. 121 ff.; *Stöhr*, MedR 2010, 214 ff.; *Gaßner/Strömer*, MedR 2012, 159 ff.; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, S. 342 ff.

98 Ausführlich monographisch behandelt bei *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 111 ff.

Rahmen des § 630a Abs. 2 BGB in die eine oder andere Richtung bereits geprägt hätte, kann keine Rede sein.

## 2. Erwägungen zum GKV-System und zu den §§ 135 ff. SGB V

Die in der vorliegenden Untersuchung in den Blick genommenen sozialversicherungsrechtlichen Regelungen sind Ermächtigungs-, Rahmen- und Aufgabenregeln.<sup>99</sup> Eine direkte Anwendung derselben außerhalb ihres unmittelbar ermächtigenden und zuweisenden Charakters kommt schon mangels konkretisierter Verhaltensanweisungen für Leistungserbringer nur in wenigen Fällen in Betracht.<sup>100</sup> Die Rahmenvorgaben zur Einführung von Qualitätsmanagement beinhalten keine Aussage über spezifische Behandlungsvorgänge und können daher im haftungsrechtlichen Arzt-Patient-Verhältnis auch nicht im Bereich des Organisationsverschuldens sinnvoll erfasst werden.<sup>101</sup> Anderes gilt für die konkrete Umsetzung durch den GBA in Form von Beschlüssen (allem voran in Form von Richtlinien im Sinne des § 92 SGB V mit der mittlerweile gesetzlich angeordneten Verbindlichkeit nach § 91 Abs. 6 SGB V). Wenn an dieser Stelle etwa die oben bereits angeführten Mutterschafts-Richtlinien beispielhaft aufgegriffen werden, so finden sich dort Verhaltensanweisungen zu Tests, Therapien und Umgang mit der Schwangeren,<sup>102</sup> gegen die konkret verstoßen werden kann, was die §§ 135 ff. SGB V nicht entsprechend bieten. Für eine nähere Bestimmung des inneren GKV-Systems sind die folgenden prägenden Aspekte von Interesse.

### a. Regelungsstruktur und die Macht des Gemeinsamen Bundesausschusses

Der Gesetzgeber hat mit den §§ 1, 2, 12, 27 ff. SGB V wesentliche Rahmenvorgaben für den Krankenversicherungsschutz der GKV erschaffen. Diese Vorgaben genügen jedoch der praktischen Handhabung nicht und müssen daher konkretisiert werden.<sup>103</sup> Diese systemrelevante Aufgabe ist dem GBA in seiner Zusammensetzung aus den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen,<sup>104</sup> der Deutschen Kranken-

99 Vgl. BeckOK/*Propp*, SGB V, 48. Ed 2017, § 135 Rn. 24 ff.

100 Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers sollen sämtliche Details bundeseinheitlich (BT-Drucks. 14/1245, S. 89) und sektorenübergreifend (BT-Drucks. 16/3100, S. 146) durch GBA-Richtlinien reguliert werden, vgl. zur aktuellen Gesetzeslage BT-Drucks. 18/5372, S. 84.

101 Dies gilt selbst für die Einführung von Risikomanagementsystemen wie CIRS, vgl. *Thüß*, Rechtsfragen des Critical Incident Reportings in der Medizin, 2012, S. 81 ff.

102 Stets in der aktuellen Version einschließlich Anlagen veröffentlicht unter <https://www.g-ba.de/informationen/richtlinien/19> (Abrufdatum: 17.6.2018).

103 Hierzu BT-Drucks. 11/2237, 15.

104 Sie sind Körperschaften des öffentlichen Rechts nach § 77 Abs. 5 SGB V.

hausgesellschaft<sup>105</sup> und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen<sup>106</sup> zugeordnet, § 91 Abs. 1 S. 1 SGB V. Der Leitgedanke ist die Ermächtigung des GBA zur verbindlichen Setzung von Versorgungsstandards in der GKV, was im Wesentlichen bedeutet, dass die unbestimmten Rechtsbegriffe des Stands der medizinischen Erkenntnisse aus § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V, der Aspekt der Wirtschaftlichkeit aus den §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 S. 2, 72 Abs. 2 SGB V und die Vorgaben zu Qualität und Sicherheit nach den §§ 135 ff. SGB V präzisiert werden. Da die fortgesetzte Verfolgung dieser Aufgabe in vielen Bereichen unerlässlich ist, hat der Gesetzgeber in § 91 Abs. 1 S. 2 SGB V eine „Soll-Regelung“ für enumerativ aufgezählte Katalogtatbestände geschaffen, in denen der GBA mithin regelmäßig tätig werden muss. Hinzu treten Sonderermächtigungen, wie sich diese insbesondere im vorliegend interessierenden Bereich der §§ 135 ff. SGB V für Qualitäts- und Sorgfaltsstandards finden. Dabei zeigt eine Durchsicht der zahlreichen Ermächtigungs- und Aufgabenzuweisungsregeln, dass der Gesetzgeber des SGB V nahezu durchweg mit wertausfüllungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffen arbeitet, so dass der GBA in seiner Konkretisierungsfunktion das Machtzentrum des GKV-Leistungsrechts bildet.<sup>107</sup> Die „sanfte“<sup>108</sup> Führung durch den Gesetzgeber wird wegen der unbestreitbar großen Menge zu treffender Detailentscheidungen als geboten erachtet, da andernfalls der parlamentarische Gesetzgeber im Rahmen einer erforderlichen Feinjustierung überfordert wäre.<sup>109</sup> Die außerordentliche Bedeutung des GBA zeigt sich zusätzlich darin, dass der Gesetzgeber dieser Institution sogar die Möglichkeit zur Maßstabbildung nach § 91 Abs. 4 Nr. 1 SGB V übertragen hat. Mit Ausnahme der weichen Rahmenvorgaben, die sich überall im SGB V finden, ist der GBA mithin als überwiegend selbstreferentielles System ausgestaltet, was die Überprüfung seiner Tätigkeit und Entscheidungen erschwert und seine Macht ausweitet, dieser Institution aber zugleich die hoch effektive Möglichkeit einräumt, präzise auf sein oben umrissenes Aufgabenfeld zugeschnittene Lösungen auszuarbeiten. Als Verwaltungskontrolle findet nur eine Rechtsaufsicht (keine Fachaufsicht!) durch das Bundesgesundheitsministerium statt, § 94 SGB V,<sup>110</sup> wobei jüngst eine gewisse Ausweitung der Kontrolle auf die Mitwirkungsrechte in der Verfahrensordnung

105 Dachorganisation der deutschen Krankenhausträger, § 108a S. 2 SGB V. Hier hat der Gesetzgeber, anders als bei den KBVen und dem SpiBuKK keine öffentlich-rechtliche Trägerschaft angeordnet, so dass die Organisation privatrechtlich in Vereinsform stattfindet. Daher sind Regelungszweck und Wirkungen des § 108a SGB V unklar, vgl. Becker/Kingreen/Becker, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 108a Rn. 2 mwN.

106 Organisation der Krankenkassen in einem einheitlichen Verband der Interessenvertretung zur Vermeidung von Handlungsblockaden, vgl. BT-Drucks. 16/3100, S. 161 zum heutigen § 217a SGB V. Die Organisationsform ist gemäß § 217a Abs. 2 SGB V die Körperschaft des öffentlichen Rechts.

107 Allg.M., vgl. nur Becker/Kingreen/Schmidt-De Caluwe, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 91 Rn. 4.

108 Kingreen, NZS 2007, 113, 116.

109 Treffend Becker/Kingreen/Schmidt-De Caluwe, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 92 Rn. 4.

110 H.M., vgl. BSGE 103, 106, 115, Rn. 34 ff. Hierzu Becker/Kingreen/Schmidt-De Caluwe, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 94 Rn. 10 ff. mwN. und Darstellung des Streitstands.

des GBA durch das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz erfolgt ist.<sup>111</sup> Zudem muss beachtet werden, dass dem GBA nach heute überwiegender Ansicht keine formale Begründungspflicht im Rahmen der Normgebung aufgegeben ist.<sup>112</sup>

Die judikative Kontrolle der Richtlinien erfolgt im Fall des unmittelbaren rechtlichen Angriffs über eine Zuständigkeitskonzentration beim LSG Berlin (§ 29 Abs. 4 Nr. 3 SGG). Der prozessuale Angriff wird mangels Normenkontrollverfahren<sup>113</sup> durch Feststellungsbegehren nach § 55 SGG geführt.<sup>114</sup> Als untergesetzliche Normen können Beschlüsse des GBA jedoch im Fall der Rechtswidrigkeit auch andere Gerichte nicht binden, so dass zudem eine Inzidentkontrolle im Rahmen jeglicher judikativer Überprüfung in Betracht kommt. Eine richterliche Kompetenz zur Verwerfung mit Wirkung erga omnes können diese letztgenannten Rechtsschutzansätze nicht haben,<sup>115</sup> während das für den Fall der Feststellungsklage entgegen hergebrachter Grundsätze des nur die Parteien bindenden Prozessrechtsverhältnisses streitig ist.<sup>116</sup> Da sich der Gesetzgeber im SGG jedoch eindeutig gegen das Normenkontrollverfahren nach dem Vorbild des § 47 VwGO entschieden hat, überzeugt eine erweiterte Bindungswirkung entsprechend erkennbarer subjektiver Teleologie nicht. Von zentraler Bedeutung ist aber, dass die sozialgerichtliche Rechtsprechung letztlich nur eine sehr dünne Möglichkeit zu inhaltlicher Überprüfung der Richtlinien anerkennt,<sup>117</sup> so dass auch die gerichtliche Kontrolle – entsprechend der verwaltungsrechtlichen Rechtsaufsicht durch das BMG nach § 94 SGB V – dem Primat der Selbstverwaltung im öffentlich organisierten Gesundheitswesen wenig entgegenzusetzen hat.

## b. Adressatenkreis des Regelungskonzepts

Der Gesetzgeber hat den Adressatenkreis der Beschlüsse des GBA festgelegt. In § 91 Abs. 6 SGB V heißt es: „Die Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses mit Ausnahme der Beschlüsse zu Entscheidungen nach § 136d sind für die Träger

111 Art. 3 i. V. m. Art. 1 Nr. 9 des Gesetzes zur Verbesserung der Handlungsfähigkeit der Selbstverwaltung der Spitzenorganisationen in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie zur Stärkung der über sie geführten Aufsicht (GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz) vom 21.02.2017, BGBl. I S. 265.

112 Vgl. BSG, Urt. v. 12.9.2012 – B 3 KR 10/12 R; Urt. v. 18.12.2012 – B 1 KR 34/12 R; *Steiner*, GesR 2013, 193; *Waldhoff*, GesR 2013, 197; *Axer*, GesR 2013, 211.

113 Vom Gesetzgeber bewusst nicht eingeführt, vgl. BT-Drucks. 16/7716, S. 16.

114 Vgl. BSG, SozR 4-2500, § 92 Nr. 5 Rn. 27; BSG, SozR 4-2500, § 132a Nr. 3 Rn. 14.

115 BSG, SozR 4-2500, § 31 Nr. 9 Rn. 40; SozR 4-1500, § 10 Nr. 3 Rn. 14; HessLSG v. 11.3.2009, L 4 KA 43/08.

116 LSG B-Bgg, ZMGR 2011, 386; ablehnend BSG, SozR 4-2500, § 137 Nr. 1 (3. Senat); unklar jedoch, BSG, SozR 4-2500, § 137 Nr. 2 (1. Senat), der aber die LSG-Entscheidung bestätigt.

117 Vgl. BSG, SozR 4-2500, § 34 Nr. 18 Rn. 25. Eine gute Übersicht bietet *Becker/Kingreen/Schmidt-De Caluwe*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 92 Rn. 7 mwN. Kritisch ist diese sozialgerichtliche Rspr. insbesondere im Licht von BVerfG, SozR 4-2500, § 27 Nr. 5 Rn. 34; NZS 2008, 365 f. S.a. BVerfG NZS 2016, 20, 22 zur Anspruchsausfüllung der Rahmenvorgaben der §§ 27 ff. SGB V im Falle neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden.

nach Absatz 1 Satz 1, deren Mitglieder und Mitgliedskassen sowie für die Versicherten und die Leistungserbringer verbindlich.“ Es fällt auf, dass das GKV-System damit nicht alle Arzt-Patient-Verhältnisse erfasst. Sowohl privat- als auch nicht versicherte Personen wie auch rein privat behandelnde Ärzte und Klinika sind nicht inkludiert. Soweit also seitens der Gerichte eine Verbindlichkeit der Richtlinien außerhalb des GKV-Leistungsrechts angenommen wird, wie der BGH und einige Oberlandesgerichte dies als zutreffend erachten,<sup>118</sup> steht die bislang unbeantwortete Frage im Raum, ob es dann haftungsrechtlich zu einem gespaltenen Maßstab kommen kann, je nachdem ob im Einzugsbereich des § 91 Abs. 6 SGB V agiert wird. Wird ein erster Gedanke gefasst, an dieser Stelle behutsam den gesetzgeberischen Gedanken in Richtung einer Kollisionsaussage weiterzuentwickeln, so erscheint dies als Indiz für eine Wirkungsbeschränkung auf das GKV-Leistungs- und Leistungserbringerrecht.

Zudem ist auch die Feststellung interessant, dass die GKV-Versicherten, die über § 91 Abs. 6 SGB V ebenfalls gebunden sind, sozialversicherungsrechtlich Leistungen außerhalb des GKV-Rechts gegenüber dem jeweiligen Leistungserbringer nicht beanspruchen dürfen.<sup>119</sup> Sie können aber bessere Leistungen wählen und zur Selbstzahlung übergehen.<sup>120</sup> Aus diesen Erwägungen geht allerdings nicht hervor, ob der Gesetzgeber hiermit den Gedanken verfolgt haben könnte, die Informationspflichten des Behandlers, wie sie heute in § 630c Abs. 3 S. 1 BGB normiert sind, oder die Alternativaufklärung im Sinne des § 630e Abs. 1 S. 3 BGB oder den ärztlichen Standardbegriff des § 630a Abs. 2 BGB für GKV-Patienten zu begrenzen und Erweiterungen der Eigenständigkeit der Versicherten zu überlassen, denen es allerdings vielfach an Wissen und Übersicht fehlen wird, um eine solche Divergenz auszugleichen. Mit Blick auf diese Wissenslücke erscheint jedenfalls eine Begrenzung der Informationstatbestände abwegig, da sich de lege lata kein Grund finden lässt, weshalb der Patient nicht wenigstens ggfls. bessere Leistungen zukaufen können sollte.

### c. Grundgedanken zu den §§ 2, 12, 135 ff. SGB V

Die Qualitätsregelungen der §§ 135 ff. SGB V sind sowohl darauf gerichtet, bestehende Strukturen, Prozesse und Ergebnisse zu evaluieren<sup>121</sup> als auch neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden sowie Einrichtungsstandards nur unter be-

118 Vgl. BGH GesR 2008, 361 = IBRRS 2008, 4523; OLG Köln, BeckRS 2011, 26595 unter 1.a. mVa. OLG München OLGR 1993, 189 f.; KG VersR 1996, 332 ff. (der BGH hat die Revision der damaligen Kläger durch Beschluss vom 17.10.1995, VI ZR 368/94 nicht angenommen); KG NJW 2004, 691 ff.; OLG Stuttgart OLGR 1999, 406 ff.

119 Allg.M., vgl. nur BeckOK/Joussen, SGB V, 48. Ed 2018, § 12 Rn. 3.

120 BSG SozR 2200 § 182 Nr. 93; BSG SozR 2200 § 184 Nr. 4.

121 Vgl. *Blumenstock*, Bundesgesundheitsblatt, 2011, S. 154; KassKomm/Roters, SGB V, 98. EL., Vor §§ 135 ff. Rn. 10 ff.

stimmten Bedingungen und mit einem bestimmten Qualitätsniveau zuzulassen.<sup>122</sup> Dabei fällt für die vorliegende Debatte zentral ins Auge, dass die gesetzgeberisch formulierten Ziele folgende Spannungslage aufgreifen:

Erstens soll der Leistungskatalog nur solche diagnostischen, therapeutischen und rehabilitativen Maßnahmen enthalten, die dem ärztlichen Standard entsprechen. Besagter Standard kann dabei aber nicht mit dem haftungsrechtlichen Standardbegriff des § 630a Abs. 2 BGB gleichgesetzt werden. Die Vorgaben der §§ 2 Abs. 1 S. 3, 12, 135 ff. SGB V erfassen ausreichende, notwendige, zweckmäßige und wirtschaftliche Leistungen,<sup>123</sup> während der Standardbegriff nach § 630a Abs. 2 BGB insbesondere die einschränkenden Aspekte nur insoweit kennt, als es um fehlende medizinfachliche Durchsetzung und Überzeugung sowie Erprobungsbewährung geht,<sup>124</sup> nicht jedoch mit Blick auf sozialversicherungsrechtliche Zweckmäßigkeit, die am Katalog der §§ 27 ff. SGB V zu messen ist, nicht mit Blick auf nur ausreichende, statt ggfls. höherwertige Maßnahmen des Facharztstandards und ohne die Einschränkung des Wirtschaftlichkeitsgebots.<sup>125</sup>

Zweitens weist die Qualitätsbestimmung des SGB V ein eher statisches Wesen auf. Der GBA erlässt beispielsweise Qualitätsrichtlinien zu neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden und sieht hierbei Verfahrensweisen vor, die rasch in der medizinischen Fachwelt als veraltet oder jedenfalls verbesserungswürdig erkannt werden könnten.<sup>126</sup> Diesen Fortschritt vermag der GBA im Rahmen der Richtlinienaktualisierung aber weder allein noch mit Unterstützung von IQWiG und IQTiQ zu beherrschen. Da Richtlinien – als untergesetzliche Normen<sup>127</sup> – jedoch im sozialversicherungsrechtlichen Bereich kraft Anordnung in § 91 Abs. 6 SGB V mit bindender Wirkung versehen sind, können diese sich nicht einfach überleben. Sie werden Teil des Rechtssystems entsprechend der Ausführungen im methodischen Unterbau, so dass mit Blick auf eine hieraus hervorgehende zwingende Standardbestimmung eine nicht unerhebliche Versteinerungsgefahr einherginge. Diese Erwägungen lassen sich auf sämtliche Qualitätsansätze der §§ 135 ff. SGB V und den hieraus hervorgehenden Richtlinien übertragen.

122 Vgl. zur erhellenden Historie der Vorschriften KassKomm/Roters, SGB V, 98. EL., Vor §§ 135 ff. Rn. 1 ff.

123 Zur Übersicht *Arnade*, Kostendruck und Standard, 2010, S. 190 f. mwN.

124 Vgl. *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. Der Gesetzgeber nimmt Bezug auf diesen hergebrachten Begriff, vgl. BT-Drucks. 17/10488, S. 19. Zur Kritik *Spickhoff*, VersR 2013, 267, 272; *Rebborn*, GesR 2013, 257, 259.

125 Vgl. hierzu NJW 1983, 2080 und seither st Rspr., vgl. hierzu *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, S. 348 f. mwN. Partiiell anders noch BGH NJW 1954, 290; VersR 1975, 43 f. Mit einer gegenteiligen Linie OLG Köln VersR 1993, 52 f.; 1999, 847.

126 Vgl. hierzu *Behnsen*, NZS 2012, 770.

127 So die st. Rspr. des BSG, vgl. BSGE 78, 70 = MedR 1997, 123; BSG, SozR 4-2500, § 13 Nr. 20 Rn. 20; SozR 4-2500, § 27 Nr. 8 Rn. 15; NJOZ 2009, 3296. Zum Streit *Schimmelpfeng-Schütte*, NZS 2006, 567, 570; *Schmidt-De Caluwe*, SGB 2006, 611 ff.

Drittens beinhaltet das System der Leistungserbringung nach stetig fortzuentwickelnden Qualitätskriterien entsprechend des gesetzgeberischen Willens ein zentrales Schutzmoment für die Kostenträger und damit allem voran für die Kassen und somit schließlich für die Gemeinde der Prämienzahler.<sup>128</sup> Zu diesen Prämienzahlern gehören aber eben nur die GKV-Versicherten, was die oben bereits herausgestellte Frage nach dem erweiterten Adressatenkreis der haftungsrechtlichen Regeln aufwirft. Diese Frage des Schutzmoments in der GKV geht zudem noch weiter und erfasst auch den Schutz der Finanzierbarkeit des solidarischen Systems der GKV insgesamt.<sup>129</sup>

Viertens wird mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und der Beschränkung auf ausreichende, zweckmäßige und notwendige Leistungen – neben Rationalisierung – auch die generelle Möglichkeit der Leistungsrationierung im GKV-System angelegt<sup>130</sup> – und in einigen Vorschriften umgesetzt, vgl. §§ 27a Abs. 3, 28 Abs. 2 S. 6, 33 Abs. 1 S. 4, 5, 34 Abs. 1 S. 1 SGB V – wenn es um die sinnvolle Verteilung knapper Ressourcen geht. Mit diesen Grundsätzen hat der Gesetzgeber gezielt das ökonomische Prinzip in das GKV-System gebracht,<sup>131</sup> welches jedoch an der ein und anderen Stelle wieder aufgeweicht werden kann (vgl. nur die Sonderregelung nach § 2 Abs. 1a SGB V für lebensbedrohliche und regelmäßig tödliche verlaufende Krankheitsbilder, die aus der Nikolaus-Rechtsprechung des BVerfG<sup>132</sup> hervorgegangen ist). Jedoch gerade der Bereich der Qualitätssicherung und Standardsetzung nach den §§ 135 ff. SGB V ist darauf angelegt, Strukturen und Prozesse zu entwickeln und per GBA-Richtlinie festzulegen, die dem Wirtschaftlichkeitsprinzip genügen.<sup>133</sup> Dies geschieht aber auf einer Allokationsebene oberhalb des singulären Arzt-Patient-Verhältnisses und bezieht daher die Ergebnisqualität nur insoweit ein, als es hierzu belastbare Erhebungen in der Praxis gibt. Zudem hat der GBA – wie eingangs bereits angeführt – selbstreferentiell nach § 91 Abs. 4 Nr. 1 SGB V auch die Rechtsmacht, den Kontrollmaßstab festzulegen.

Fünftens ist beachtlich, dass ein gesetzgeberisches Ziel der Ermächtigungen zur Schaffung von Qualitätsrichtlinien auch der Schutz der Patienten ist.<sup>134</sup> Dies tritt bereits im Rahmen der Diskussion um die Wirksamkeit und Sicherheit neuer dia-

128 Herausgehoben bei BSG, SozR 4-2500, § 2 Nr. 4 Rn. 23.

129 Hierzu *Kirchhof*, NZS 2015, 1 f.

130 Das ist in höchstem Maße streitig, vgl. zur Diskussion *Arnade*, Kostendruck und Standard, 2010, S. 37 ff., der insbesondere auf S. 46 ff. Fälle bereits sozialversicherungsrechtlich inkorporierter Rationierungsmaßnahmen aufzeigt; a.A. etwa *Becker/Kingreen/Scholz*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 12 Rn. 6.

131 Vgl. BSG, SozR 2200, § 182 Nr. 72 S. 125; BSG, SozR 2200, § 182 Nr. 76 S. 147; BSG, BeckRS 2015, 68257.

132 BVerfGE 115, 25 = NJW 2006, 891.

133 So deutlich im Rahmen jeglicher Änderungserwägung zur Qualitätssteigerung bei BT-Drucks. 18/5372, S. 83 ff.

134 Vgl. BT-Drucks. 18/5372, S. 35 f., 83 ff.; 17/5178, S. 12 f.

gnostischer und therapeutischer Verfahren zu Tage (§ 135 SGB V), äußert sich aber besonders deutlich auch in den Aufträgen zur Regelung von Hygienestandards nach § 136a Abs. 1 SGB V, zur Festlegung von Mindestanforderungen in der psychiatrischen und psychosomatischen Versorgung, was allem voran die personelle Ausstattung betrifft (§ 136a Abs. 2 SGB V) und im Bereich der Qualitätsanforderungen an Zahnfüllungen und Zahnersatz (§ 136a Abs. 4 SGB V). Weniger deutlich ist dies zunächst in allgemeiner gehaltenen Ansätzen wie den Bestimmungen zur Einrichtung von Qualitätssicherungs- und Risikomanagement sowie Fehlermeldesystemen (§§ 135a, 136b Abs. 3 SGB V). Bei Letzteren kann durchaus aber auch zu konkretisierender Patientenschutz beinhaltet sein, jedoch ist gleichermaßen die allgemeine Einrichtungsebene der ambulanten und stationären Versorgung in einer Weise angesprochen, die keineswegs zwingend die Aussage aufweist, dass andere Methoden und aktuelle Praktiken als generell unsicher oder organisatorisch mangelhaft zu geißeln sein könnten. Es bleibt jedoch die Feststellung, dass der GBA in allen Ermächtigungsbereichen einen immensen Spielraum genießt, da der gesetzgeberische Rahmen fast nur den jeweils zu behandelnden Bereich vorab steuert. Einen Sonderfall scheinen die Sanktionsmöglichkeiten nach § 137 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 und 4 SGB V zu bilden. Die dort avisierte Variante des „Naming and Shaming“ ist bei unbefangener Betrachtung ohne Weiteres dazu geeignet, die Geltendmachung und Durchsetzung von Haftungsansprüchen zu begünstigen oder Patienten vor Gefahrenlagen a priori qua Information zu schützen. Diese Sanktionselemente sind wiederum nach § 137 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB V an die Qualitätsanforderungen der §§ 136 – 136b SGB V gebunden und basieren daher zwingend auf dem sozialversicherungsrechtlichen Standardbegriff mit all seinen Sondererwägungen, der – da der klassische Verbraucher im Zweifel nicht zwischen unterschiedlichen Standards wird unterscheiden können – aus Sicht des Patienten denn auch als bindende Vorgabe im zivilrechtlichen Arzt-Patient-Verhältnis aufgefasst werden würde.

Sechstens und letztens ist die Erkenntnis unumgänglich, dass originäres Ziel der Qualitätsregelungen die möglichst effiziente Steuerung von Gesundheitsleistungen und finanziellen Mitteln im Rahmen verfügbarer Ressourcen ist. Dies hat der Gesetzgeber zunächst dadurch verdeutlicht, dass Leistungen außerhalb der bindenden Qualitätsvorgaben schlicht nicht zu Lasten der Kassen erbracht werden dürfen, vgl. beispielhaft die §§ 135, 136b Abs. 4, 137 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 137c, 138 SGB V. Daneben ist der in § 12 Abs. 1 SGB V festgelegte Grundsatz aber eben auch für das gesamte GKV-System beherrschend und daher gezielt vor die Klammer gezogen.<sup>135</sup> Roters spricht von einer „Grundsatznorm“, die das „Spannungsverhältnis zwischen zwei Grundkräften“ zeige, der „Individualmedizin“ einerseits und

135 Vgl. die Rspr. zur Vorgängernorm des § 182 Abs. 2 RVO, BSGE 64, 255 = NJW 1989, 2349.

den „finanziell-wirtschaftlichen Grenzen“ andererseits.<sup>136</sup> Dementsprechend ist § 12 Abs. 1 SGB V auch im Rahmen jeglicher Anspruchshaltung der Versicherten zu beachten.<sup>137</sup> Und wieder ist es – deduziert aus dem im Gesetz angelegten Rechtskonkretisierungskonzept<sup>138</sup> – der GBA, der die Macht der Ausgestaltung der Versichertenrechte und Kostenträgerbelastung innehat, um besagte Spannungslage bestmöglich auszutarieren.

#### d. Begleiterwägung: Legitimation des GBA

Die bislang in verschiedenen Facetten zum Vorschein getretene Schlüsselstellung des GBA und die ihm zugeordnete Normsetzungsfunktion im Rahmen funktioneller Selbstverwaltung hat zu einem bis heute erbittert geführten Streit um die verfassungsrechtliche Legitimation dieser Institution geführt.<sup>139</sup> Es ist für die vorliegende Erörterung nicht notwendig, Gegenstand und Inhalt der Debatte nachzuhalten. Vielmehr kann unter Verweis auf die ausführliche Erörterung in der Literatur<sup>140</sup> festgehalten werden, dass, ungeachtet der weiteren Entwicklung und des exakten Ergebnisses des Grundsatzstreits, eine Legitimation des GBA sich de lege lata jedenfalls nicht auf Entscheidungen zum bürgerlich-rechtlichen Haftungsmaßstab beziehen kann. Insofern fehlt es bereits mit Blick auf den in § 91 Abs. 6 SGB V erfassten Adressatenkreis eindeutig an einer kompensierenden sachlich-inhaltlichen Legitimation, da der GBA sowohl vor dem Hintergrund seines verfassungsrechtlichen Unterbaus in Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG als auch hinsichtlich der gesetzlichen Ermächtigungen im SGB V vom Gesetzgeber nicht dazu berufen worden ist, diesen Haftungsmaßstab auszufüllen. Auch aus § 76 Abs. 4 SGB V kann sich kein gegen teiliger Ansatz ergeben, da diese Vorschrift allenfalls auf eine Eigenständigkeit des Haftungsrechts und nicht auf eine Kompetenzerweiterung des GBA hinzuweisen geeignet ist. Zudem steht diese Vorschrift auch nicht im systematischen Kontext

136 KassKomm/Roters, SGB V, 98. EL. 2018, § 12 Rn. 2.

137 Vgl. BSG MedR 2004, 577.

138 BSGE 81, 54 = NZS 1998, 331; BSG MedR 1998, 230; 1 RK 30/95 = BeckRS 1997, 30000873; 1 RK 14/96 = BeckRS 1997, 30000849; BSGE 86, 54 = NZS 2001, 259; Schlenker, NZS 1998, 411.

139 Ausführlich aufgearbeitet bei Kluth, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) nach § 91 SGB V, 2015, S. 33 ff.; Zimmermann, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2012, S. 97 ff., 107 ff. mwN.; Kingreen, MedR 2017, 8 ff.; Gassner, NZS 2016, 121 ff.

140 Vgl. zur Diskussion Butzer/Kaltenborn, MedR 2001, 333 ff.; Castendiek, NZS 2001, 71 ff.; Gassner, NZS 2016, 121 ff.; Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht: System und Legitimation, 2001, S. 454 ff.; Hebler, DÖV 2002, 936 f.; Heberlein, VSSR 1999, 123, 149; Kingreen, NJW 2006, 877, 880; ders., MedR 2017, 8 ff.; Koch, SGB 2001, 166 ff.; Neumann, NZS 2010, 593, 598; Ossenbühl, NZS 1997, 497 ff.; Saalfrank/Wesser, NZS 2008, 17, 22 f.; Schimmelpfeng-Schütte, NZS 2006, 567, 569; Schmidt-Aßmann, NJW 2001, 82 ff.; Sodan, NZS 2000, 581 ff.; Taupitz, MedR 2003, 7, 11; Vießmann, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V, 2009, S. 265; Wigge, NZS 2001, 578 f.; Ziermann, Inhaltsbestimmung und Abgrenzung der Normsetzungskompetenzen des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Bewertungsausschüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2007, S. 94 f.; Dierks/Höhn, A&R 2011, 99, 101; Holzner, SGB 2015, 247.

der GBA-Kompetenzregelungen, sondern bestimmt die Grundlagen der vertragsärztlichen und vertragszahnärztlichen Versorgung.

#### IV. Kollisionserwägungen auf der Metaebene (2. Stufe)

Mit den oben gewonnenen Erkenntnissen treten nunmehr auf der zweiten Stufe die betroffenen Systeme einander gegenüber, was eine aggregierte Auswertung der einzelnen Norm- und inneren Systemwertungen der kollidierenden Teilrechtsbereiche auf einer Metaebene bedeutet. An dieser Stelle ist somit zentraler Untersuchungsgegenstand, ob die erkannten Detailprobleme und Unsicherheitslagen an den herausgearbeiteten Berührungspunkten zur Forderung *de lege lata* führen, dass verbindende, trennende oder verdrängende Modifikationen vorzunehmen sind.

##### 1. Zivilrechtlicher Haftungsmaßstab und sozialversicherungsrechtliche Qualitätsvorgaben als Einheit?

Zunächst kann auf Basis der Erkenntnisse der ersten Stufe konstatiert werden, dass weder eine äußere noch eine innere Einheit der Systeme durch den jeweiligen Gesetzgeber geschaffen worden ist. Insofern fehlt es nicht nur an hierfür sprechenden Ansätzen, sondern es haben sich wesentliche Unterschiede gezeigt, die eine Einheitsbetrachtung als abwegig erscheinen lassen.

Erstens ist das System des Sozialversicherungsrechts von den Prinzipien des rationalen Umgangs mit knappen Ressourcen durchzogen, während das zivilrechtliche Haftungsrecht hierfür weithin blind bleibt. Eine gesetzgeberische Haltung im bürgerlichen Recht hierzu ist schwer auszumachen, da der Gesetzgeber sich nicht geäußert hat und die Rechtsprechung zwar extrem zurückhaltend aber nicht eindeutig agiert.<sup>141</sup>

Zweitens sieht die gesetzgeberisch vorgegebene Struktur des Sozialversicherungsrechts den GBA als konkretisierendes Machtzentrum für die durchweg ausformungsbedürftigen Regelungsziele und Rahmenvorgaben vor, während das Haftungsrecht auf ein solches Gremium *de lege lata* weder Bezug nimmt, noch ein solches in der ständigen Rechtsprechung der Zivilgerichte als entsprechendes Machtzentrum anerkannt wird. Umso widersprüchlicher erscheint die nicht begründete Haltung einiger Gerichte mit Blick auf eine angebliche (wohl normativ zu verstehende) Bindungswirkung der GBA-Richtlinien im Haftungsrecht.<sup>142</sup> Es muss zwar beachtet werden, dass mit dem PatRG 2013 der Gesetzgeber die bisherige Judika-

141 Vgl. insbesondere BGH 1983, 2080; 1954, 290 vs. BGH VersR 1975, 43 f., wobei sich nach h.M. die Linie grundsätzlich nicht zu beachtender ökonomischer Erwägungen im Haftungsrecht durchgesetzt hat, vgl. *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, S. 348 f. mwN.

142 BGH IBRRS 2008, 4523; OLG Köln, BeckRS 2011, 26595 unter 1.a. mVa. OLG München OLGR 1993, 189 f.; KG VersR 1996, 332 ff. (der BGH hat die Revision der damaligen Kläger durch Beschluss vom 17.10.1995, VI ZR 368/94 nicht angenommen); KG NJW 2004, 691 ff.; OLG Stuttgart OLGR 1999, 406 ff.

tur mit Blick auf den nicht näher ausgearbeiteten Standardbegriff aufgenommen und akzeptiert hat, jedoch kann hieraus wohl kaum eine bindende Entscheidung über die Handhabung sozialversicherungsrechtlicher Richtlinien entnommen werden, wenn es – wie aufgezeigt – hierzu weder eine klare noch auch nur irgendwie begründete Rechtsprechungslinie gibt. Anders formuliert: Es gab gesetzgeberseitig an dieser Schnittstelle nichts Belastbares fortzuführen.

Drittens brächte der GBA jedenfalls an bisheriger Gesetzeslage für die nähere Ausgestaltung des § 630a Abs. 2 BGB keine verfassungsrechtlich tragfähige Legitimation mit sich. Insofern müsste der BGB-Gesetzgeber tätig werden, bevor über ein anderes Ergebnis zu diskutieren wäre, wobei auch dann freilich verfassungsrechtliche Bedenken mit Blick auf die demokratische Legitimation des GBA blieben.

Viertens erscheint es de lege lata kaum möglich, die Systeme als festen inneren Zusammenhang ineinander zu integrieren. Dies zeigt allem voran der Adressatenkreis. Es bliebe wohl nur eine gesplante Normauslegung des § 630a Abs. 2 BGB je nach Betroffenenstatus im Sinne des § 91 Abs. 6 SGB V. Ein solches Ergebnis erschiene bei gesetzgeberischer Anordnung nicht vollkommen abwegig und müsste ausführlich an Hand der Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG erörtert werden, jedoch scheitert dieser Ansatz bereits in der Auslegung de lege lata daran, dass eine solch wesentliche, systemrelevante Entscheidung vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst getroffen werden müsste.

## 2. Berücksichtigungsfähigkeit der GBA-Entscheidungen

Wenn die Metakollisionserwägungen auch gezeigt haben, dass eine normative Verbindlichkeit der GBA-Richtlinien im Haftungsrecht nicht in Betracht kommt, so geht damit aber nicht die Erkenntnis einher, das Haftungsrecht müsse blind für sozialversicherungsrechtliche Erwägungen sein. Da § 630a Abs. 2 BGB als offener und damit wertausfüllungsbedürftiger Tatbestand ausgestaltet ist, bietet es sich geradezu an, im Rahmen von Behandlungsfehlererwägungen die sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben einzubeziehen, da diese aus einem Expertenkreis hervorgegangen sind, der eigens geschaffen wurde, um ökonomisch tragbare und dabei möglichst hochqualitative Medizin für die Versicherten bereitzustellen, zu überwachen und fortzuentwickeln. In welcher Form und welchem Ausmaß jedoch diese Entscheidungen zu berücksichtigen sind, ist de lege lata originäres Hoheitsgebiet des Haftungsrechts, da der BGB-Gesetzgeber – gerade auch im Rahmen des PartRG, wo er ohne Frage die Chance zu andersartiger Reglementierung bei Kenntnis der Problemlage hatte – die Frage der Wirtschaftlichkeitserwägungen nicht gegenüber der herrschenden Ansicht verändert und somit akzeptiert hat. Ob dies de lege ferenda geändert werden sollte, bleibt einer eigenständigen Analyse vorbehalten.<sup>143</sup>

143 Zur Übersicht des Streitstands *Arnade*, Kostendruck und Standard, 2010, S. 193 ff. mwN.

## V. Erkenntnisse für die konkreten Normenkollisionen – Ausstrahlungsthese (3. Stufe)

Es bleibt auf der dritten Ebene der Auslegung die Frage, wie die generelle Berücksichtigungsfähigkeit an Hand des Optimierungsgedankens gesetzgeberischer Wertentscheidungen<sup>144</sup> sinnvoll eingepasst werden kann. Unterhalb der Schwelle der zwingenden normativen Vorgabe, die für GBA-Richtlinien nach obiger Analyse entgegen bisheriger höchstrichterlicher Ansicht<sup>145</sup> zwingend ausscheidet, kennen das materielle Haftungsrecht in Kombination mit dem Zivilprozessrecht insbesondere Vehikel veränderter Darlegungs- und Beweislast, Modifikationen des Beweismaßes sowie Aspekte der Beweiserhebung. Größtmögliche Nähe zum Willen der legitimierten Normgeber kann mangels Regelung der Problematik nur dadurch erreicht werden, dass nach vergleichbaren Gemengelagen gesucht und ein entsprechender Ansatz darüber initiiert wird (Ausstrahlungsthese im Sinne subjektiver Teleologie).

### 1. Sekundäre Darlegungslast der Behandlungsseite

Im Arzthaftungsprozess ist anerkannt, dass bereits auf der Ebene der Darlegung/Beibringung die Behandlungsseite kraft regelmäßig überlegenen Wissens das streitgegenständliche Behandlungsverhältnis durch dezidierte Beschreibung der wesentlichen Abläufe erhellen muss.<sup>146</sup> An den Patienten werden aus entsprechender Argumentation heraus regelmäßig nur geringe Anforderungen mit Blick auf die Substantiiierungslast gestellt.<sup>147</sup> Bleibt die Behandlungsseite sodann im Rahmen wechselseitiger Vorträge erkennbar hinter den berechtigten Erwartungen an eine integrale und umfassende Sachverhaltsaufklärung zurück, kann das erkennende Gericht ohne Beweisaufnahme den patientenseitigen Vortrag entsprechend § 138 Abs. 3 ZPO als wahr unterstellen.<sup>148</sup>

Die Richtlinien des GBA können jedoch an dieser Stelle nicht sinnvoll angelehnt werden. Zwar ermöglichen diese es dem Patienten, sofern er eine seinem Fall zugehörige Richtlinie zu finden vermag, nähere Experteninformationen einzuholen, um Vorwürfe zu untermauern, und es steht auch der Behandlungsseite offen, bereits im Rahmen des eigenen Vortrags auf Richtlinien des GBA und deren Einhaltung im Einzelfall hinzuweisen, jedoch wird hierdurch keine Sachverhaltsaufarbeitung, sondern bereits Bewertung der dargelegten Vorgänge betrieben. Auch lässt sich die Rechtsfolge des § 138 Abs. 3 ZPO weder in die eine noch in die andere Richtung übertragen, da mit oder ohne Richtlinienbeachtung keine spezifische Tatsache als zugestanden erachtet werden könnte.

144 Hierzu *Hubmann*, Wertung und Abwägung im Recht, 1977, S. 16 ff., 145 ff.

145 BGH IBRRS 2008, 4523.

146 Zum Grundsatz BGH NJW 1978, 1687.

147 Vgl. BGH NJW 2008, 2846, 2849 Rn. 27; 2004, 2825 f.

148 Vgl. BGH NJW 2005, 2614.

## 2. Vorgaben des § 630h BGB

Weiterhin hat der Gesetzgeber auf Basis der in den Jahren vor 2013 erarbeiteten Grundsätze der Judikatur<sup>149</sup> in § 630h BGB zentrale Beweislastregeln für den Behandlungsvertrag kodifiziert. Diese betreffen eine widerlegliche Behandlungsfehlervermutung für den Fall nachweislich kausaler Primärschädigung in einem voll beherrschbaren Risikobereich (§ 630h Abs. 1 BGB), eine widerlegliche Vermutung des Unterbleibens einer wesentlichen medizinischen Maßnahme, die nach § 630f BGB dokumentationspflichtig gewesen wäre und nicht dokumentiert ist (§ 630h Abs. 3 BGB), eine widerlegliche Vermutung haftungsbegründender Kausalität im Fall der Behandlungsübernahme und Schädigung durch einen Behandler, der hinsichtlich des spezifischen Eingriffs keine hinreichende Befähigung und Erfahrung aufweist (§ 630h Abs. 4 BGB) und schließlich eine widerlegliche Vermutung der haftungsbegründenden Kausalität im Fall der Erweislichkeit eines groben Behandlungs- oder einfachen Befunderhebungsfehlers, dem ein grob behandlungsfehlerhaftes Unterlassen folgt (§ 630h Abs. 5 S. 1, 2 BGB).

In diese Systematik und ihre teleologischen Erwägungen lassen sich Richtlinien des GBA allenfalls in zurückhaltendem Maße und kaum im Rahmen eines kohärenten inneren Zusammenhangs einfügen. Die Richtlinien weisen Vorgaben zur gebotenen Qualität aus, deren Unterschreitung nicht ohne Weiteres mit der Vermutung eines standardwidrigen Vorgehens besetzt werden kann. Insofern trägt ein direkter Vergleich mit § 630h Abs. 1 BGB nicht, da die Einhaltung von Qualitätsvorgaben zwar zunächst voll beherrschbar erscheinen mag, jedoch erfolgt die Bestimmung gebotener Patientensicherung im Rahmen voller Beherrschbarkeit auf Basis sachverständiger Begutachtung aller Umstände des Einzelfalls und im Rahmen einer Beurteilung a priori.<sup>150</sup> Richtlinien können jedoch keineswegs gewährleisten, zu exakt jedem Behandlungszeitpunkt den aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik zu spiegeln. Zudem bieten Richtlinien ein Mustervorgehen, welches vielfach nicht als einzig vernunftgeleitete Variante zu erachten ist. Wenn etwa ein Hygienekonzept in einer GBA-Richtlinie zur Bekämpfung nosokomialer Infektionen mit Blick auf § 136a Abs. 1 SGB V festgeschrieben wird, eine medizinische Einrichtung sodann aber ein mindestens ebenso effektives oder ggfls. optimiertes Konzept verfolgt, ist nicht recht ersichtlich, weshalb eine Beweislastumkehr vergleichbar zu § 630h Abs. 1 BGB angezeigt sein könnte. Dies würde im Zweifel sogar zu einem Unterlaufen der aktuellen Rechtslage führen, da insbesondere Hygienefragen zwar generell geeignet sind, unter § 630h Abs. 1 BGB subsumiert zu werden,<sup>151</sup> jedoch ist weithin anerkannt, dass eine Vielzahl von Krankheitserregern gleichermaßen

149 Zur Übersicht MüKo/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2016, § 630h Rn. 7 ff. mwN.

150 Vgl. BGHZ 171, 358 = NJW 2007, 1682.

151 Breite Übersicht bei Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 1519.

durch die Patienten selbst in die medizinische Einrichtung eingebracht werden<sup>152</sup> und somit der Vermutungstatbestand des § 630h Abs. 1 BGB nicht gegeben ist. Sāhe man nunmehr einen Richtlinienverstoß für sich genommen als Ansatz für den Vermutungstatbestand, würde dieses Zufallsrisiko ebenfalls der Behandlungsseite aufgebürdet, wofür kein tragfähiger Grund ersichtlich ist und was zugleich augenscheinlich gegen die gesetzliche Konzeption spräche.

Auf § 630h Abs. 3 BGB ließe sich im Kontext von Richtlinien nur dann rekurren, wenn es in den Richtlinien selbst um Aufzeichnungs- oder Aufbewahrungsaspekte geht, so in dem vom OLG Nürnberg entschiedenen Fall zur Richtlinie Arthroskopie.<sup>153</sup> Allerdings muss insoweit unterstrichen werden, dass das Oberlandesgericht mit seiner zentralen Argumentationslinie vollauf zu unterstützen ist, da diese den gesetzgeberischen Willen des möglicherweise zu modifizierenden Bereichs (bürgerliches Haftungsrecht) konkret aufnimmt und klare Begrenzungslinien zeigt. So dient die ärztliche Dokumentationspflicht des § 630f BGB dem Schutz des Patienten für die konkrete Behandlungsdurchführung.<sup>154</sup> Mehr kann und darf aus Patientensicht auch nicht erwartet werden, da das Behandlungsverhältnis nicht die allgemeine Vorbereitung späterer Haftungsprozesse in sich trägt.<sup>155</sup> Dann aber ist auch die Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB und jeder vergleichbare Ansatz auf den Dokumentationsumfang des § 630f BGB sinnvoll begrenzt und darf haftungsrechtlich nicht aus anderen Erwägungen erweitert werden. Richtlinien des GBA können insoweit also allenfalls als Indiz für ein Dokumentationserfordernis im Rahmen der weiteren Behandlung dienen, wenn dieser Ansatz sich in der Richtlinie erkennen lässt. Mehr als einen Argumentationsstrang mit Blick auf die medizinische Erforderlichkeit dürfen sie jedoch nicht bilden.

Eine beachtliche Nähe können Richtlinien, die sich mit medizinischem Personal und ärztlichen Fähigkeiten befassen, zu § 630h Abs. 4 BGB aufweisen. Allerdings ergibt sich insoweit dieselbe Problematik wie bei dem Vergleichsmaßstab § 630h Abs. 1 BGB. Die Richtlinie berücksichtigt den Einzelfallbezug nicht in gebotener Maße, ist nicht immer aktuell und vielfach auch nicht abschließend. Daher erscheint es ohne Weiteres prozessual möglich, eine entsprechende Richtlinie als argumentative Unterstützung zur Bestimmung des Vermutungstatbestandes des § 630h Abs. 4 BGB heranzuziehen, während eine eigenständige Vermutung allein gestützt auf einen Richtlinienverstoß eine ungerechtfertigte Belastung der Behandlungsseite bedeuten würde.

152 Vgl. BGH VersR 2016, 1380. Zu anderen Fällen von Prädisposition BGH NJW 1995, 1618 (Lageungsschaden).

153 OLG Nürnberg BeckRS 2015, 115044.

154 Vgl. hierzu BGH NJW 1989, 2330 f.; 1993, 2375 f.; 1999, 3408 f.; OLG Koblenz NJW-RR 2004, 410; OLG Naumburg NJW-RR 2012, 1375 f.

155 St. Rspr., vgl. OLG Nürnberg BeckRS 2015, 115044; OLG Koblenz NJW-RR 2004, 410.

Im Rahmen des § 630h Abs. 5 BGB können Richtlinien schließlich interessante Impulse bieten, wenn dort zwischen bloßen Hinweisen, Sollens-Regelungen und dringend erforderlichen Verhaltensweisen des jeweiligen Behandlers differenziert wird. Dies beinhaltet im Fall der Zuwiderhandlung oder Unterlassung argumentative Ansätze für den Patienten, dass eine standardwidrige Leistung ggfls. als grob zu bewerten sein könnte. Gleichmaßen können Richtlinien zur Begründung etwaiger Befunderhebungsmängel herangezogen werden. Dennoch treten auch hier die zu § 630h Abs. 1 und Abs. 4 BGB genannten Vorbehalte in entsprechender Form auf.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass Verstöße gegen GBA-Richtlinien nicht in den Kanon der Beweislastregeln des § 630h BGB integriert werden können, ohne dass eine erhebliche weitere Belastung der Behandlungsseite damit einherginge, für die nach hier vertretener Ansicht de lege lata eine Begründung fehlt.

### 3. Beweiserhebung, Beweiswürdigung – Parallele zu Unfallverhütungsvorschriften vs. Leitlinienansatz

Es bleibt nach den bisherigen Feststellungen nur eine Einbindung in den Bereichen der Beweiserhebung und der Beweiswürdigung. Dabei ist zunächst herauszustellen, dass die vorgenannten Problemlagen mangels medizinischen Fachwissens der Gerichte nur dadurch beherrscht werden können, dass grundsätzlich – bis auf wenige Ausnahmefälle richterlicher Expertise in einem bestimmten medizinischen Bereich<sup>156</sup> – ein Sachverständigengutachten zur streitgegenständlichen Behandlung und denkbaren Behandlungsfehlern eingeholt werden muss.<sup>157</sup> Insofern ist es jedoch naheliegend, dass die durch GBA-Richtlinien verschriftlichte Ansicht von Experten in diese Begutachtung einbezogen wird, sofern es Berührungspunkte gibt. Dieses Konzept und seine Schwierigkeiten sind der juristischen Diskussion auch bestens aus dem Umgang mit ärztlichen Leitlinien der Fachgesellschaften (insbesondere AWMF-Leitlinien<sup>158</sup>) bekannt.<sup>159</sup> Wenn auch auf dem Boden des Sozialversicherungsrechts die Richtlinien des GBA höhere Bindungswirkung entfalten, so können Leit- und Richtlinien im Bereich des Haftungsrechts doch als weithin gleichrangig erkannt werden, da beide Ansätze letztlich die sachverständige Einbeziehung oder parteiseitige Konfrontation mit einer externen Expertenansicht bedeuten.<sup>160</sup> Allerdings ist in Rechtsprechung und Literatur bis heute umstritten, wie

156 BGH IBRRS 2018, 1507; VersR 2015, 712 Rn. 10 mwN. = JZ 2015, 573 mAnm. *Spickhoff*.

157 BGH VersR 2015, 712 Rn. 10 mwN.

158 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, 84 ff. mwN.

159 Ausführlich mit Gegenüberstellung der gängigen Literatur- und Rechtsprechungsansichten *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 545 ff. mwN.

160 Hierzu *Baethge*, Dtsch Ärztebl 2008, 105 (24), 423.

mit Leitlinien verfahren werden sollte.<sup>161</sup> Dabei wird allem voran eine Differenzierung nach dem Grad der wissenschaftlichen Aufarbeitung und Anerkennungsfähigkeit, insbesondere mit Blick auf die Evidenz, vorgeschlagen, was letztlich eine unterschiedliche Behandlung von S1- und S2- Leitlinien einerseits und S3-Leitlinien andererseits bedeutet.<sup>162</sup> Diese Unterscheidung ist jedoch für Richtlinien des GBA nicht erforderlich. Ihrer Durchsetzungskraft und wissenschaftlichen Belastbarkeit entsprechend sind sie allerdings am ehesten den S3-Leitlinien vergleichbar und sollten nach hier vertretener Ansicht auch dementsprechend kategorisiert werden. Daraus ergibt sich, dass eine Situation im Anwendungsbereich einer GBA-Richtlinie vom gerichtlichen Sachverständigen auch mit Blick auf die Vorgaben der Richtlinie bewertet werden sollte, wobei es wesentliche Aufgabe des Gutachters ist, das standardgerechte ärztliche Verhalten des konkreten Streitfalls herauszuarbeiten und dabei zu erörtern, ob und inwieweit die Vorgaben der Richtlinie passend, zutreffend und in der Fachwelt anerkannt sind. Abweichungen von der Richtlinie sind somit begründungspflichtig, da diese bereits eine weitreichende sachverständige Auseinandersetzung beinhalten. Ähnlichkeiten zeigen sich auch im Umgang mit qualifiziertem Parteivortrag in Form einer Privatbegutachtung.<sup>163</sup> Das Gericht erhält zugleich Anhaltspunkte für die anschließende Beweiswürdigung. Ebenso wie Leitlinien können aber auch Richtlinien temporal zur Standardbestimmung ungeeignet sein oder ihrerseits den Standard nicht zutreffend beschreiben.<sup>164</sup> Daher ist eine parallele Kategorisierung die tragfähigste und mit Blick auf Modifikationen des Haftungsrechts durch teilrechtsgebietsübergreifende Einflüsse sanfteste Variante rechtlicher Handhabung, die derzeit möglich erscheint. Ihr ist der Vorzug einzuräumen.

Abschließend kann noch erwogen werden, ob GBA-Richtlinien, die bestimmte, weithin typische Gefahren präventiv vermeiden sollen, nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Unfallverhütungsvorschriften<sup>165</sup> zu behandeln, mithin ein Anscheinsbeweis für die Kausalität zwischen Nichteinhaltung der Vorschrift und Verletzungsfolge streiten könnte. Dieser Ansatz muss jedoch a priori für alle jene Fälle ausscheiden, in denen mangels Zugänglichkeit eines Erfahrungssatzes der Anscheinsbeweis generell nicht trägt, so in allen Bereichen, die mit nicht hinreichend präzise erklärlichen respektive auf bestimmte Ursachen rückführbaren kör-

161 Während die Rechtsprechung ganz überwiegend entweder nur Empfehlungs- oder deklaratorischen Charakter anerkennt, vgl. BGH VersR 2014, 879 Rn. 17; NJW 2011, 3442; GesR 2008, 361; OLG Naumburg GesR 2010, 73, 75; schärfer bei S3 – Leitlinien OLG Jena GuP 2011, 36, finden sich in der Literatur auch schärfere Ansätze, vgl. *Bergmann*, GesR 2006, 337, 342; *Kopp*, GesR 2011, 385 f.; *Hase*, GesR 2012, 601 ff.; *Taupitz*, GesR 2015, 65, 69; *ders.*, ACP 211 (2011), 352, 376, 386.

162 Hierzu BGH GesR 2014, 404 Rn. 17, 26; 2008, 361; OLG Jena GuP 2011, 36.

163 Hierzu BGH NJW 2001, 77 f.; KG VersR 2006, 794.

164 Deutlich BGH VersR 2014, 879 Rn. 17.

165 Vgl. BGH NJW 1978, 2032.

perlichen Reaktionen zusammenhängen.<sup>166</sup> Es verbleiben ausschließlich jene Fälle, in denen auch aus medizinischer Sachverständigensicht davon ausgegangen werden kann, dass ein hinreichend stabiler Erfahrungssatz in Betracht kommt,<sup>167</sup> was letztlich gleichermaßen vorab durch den gerichtlich zu berufenen Gutachter zu klären ist. In der Folge ist es dann aber nicht die GBA-Richtlinie, die den Anscheinsbeweis auslöst, sondern der Erfahrungssatz kann auf Basis der gutachterlichen Ausführungen extrapoliert werden. Die Richtlinie ist in diesem Findungsprozess jedoch ein Argument mit Blick auf die Expertenmeinung der Richtliniengeber, ebenso wie es bei der Leitlinie durch die zuständige Fachgesellschaft der Fall sein kann, so dass sich auch insofern keine unterschiedliche rechtliche Handhabung empfiehlt.

#### IV. Prozessuale Erwägungen – Begründungspflicht als zentrales Begleitwerkzeug

Die bisherigen Erwägungen und gewonnenen Erkenntnisse haben schon vor dem Hintergrund des geforderten Zusatzaufwands, den die Richterschaft hiermit haben wird, wenig rechtspraktische Chancen auf Gehör und Umsetzung, wird ihnen nicht ein das Gericht unmittelbar erkennbares und rügefähiges Kontrollmoment zur Seite gestellt. Insoweit kann an unterschiedliche Ansätze gedacht werden.

##### 1. Vortragsrecht, Recht auf Rechtsgespräch und Sachverständigenbefragung

Sorgfältige Auslegung und Anwendung des Rechts unter Einbeziehung aller relevanten Regelungsbereiche und deren Hintergründe könnten innerprozessual schriftsätzlich und in der mündlichen Verhandlung im Rahmen eines Rechtsgesprächs – sofern entgegen der h.M. ein Anspruch auf ein solches bejaht werden würde<sup>168</sup> – stattfinden. Beides kann jedoch zur Absicherung des aufgezeigten notwendigen Stufenmodells der Auslegung nicht genügen. Zwar können die (rechtskundigen) Parteien und Parteivertreter das Gericht im Rahmen ihrer rechtlichen Würdigung zu jedem Zeitpunkt und in jeder Lage des Verfahrens (§ 264 Nr. 1 ZPO) auf die Problematik und den Umgang mit teilrechtsgebietsübergreifenden Normenkollisionen aufmerksam machen, jedoch zeigt schon die bisherige Praxis der Arzthaftungsverfahren, dass dies keine relevante Wirkung hat, wofür nach Ansicht des Verfassers einerseits der Umstand verantwortlich ist, dass Parteivertreter im Zivilrecht, die sich zu Gunsten ihrer Partei auf Verstöße oder Befolgung von

166 Vgl. BGH NJW 2012, 684; OLG Oldenburg NJW-RR 2000, 241; OLG Jena GesR 2005, 556 f.; OLG Zweibrücken VersR 2002, 317 f.; OLG Köln NJW-RR 2000, 1267.

167 Vgl. BGH GesR 2010, 255; 2005, 403.

168 Vgl. zur h.M. BVerfG WuM 2002, 23; BGH GRUR 2001, 754; eine Literaturübersicht gibt *Schwartz*, *Gewährung und Gewährleistung des rechtlichen Gehörs durch einzelne Vorschriften der Zivilprozessordnung*, 1977, S. 57 ff. A.A. wohl noch BVerwG NJW 1961, 891; NJW 1961, 1549; *Arndt* NJW 1959, 7 und 1258 f.; *ders.* NJW 1962, 27. Zum Ganzen *Prütting*, in: *Effer-Uhe/Hoven/Kempy/Rösinger* (Hrsg.), *Einheit der Prozessrechtswissenschaft?*, 2015, S. 247, 258 ff. mit gesonderter Analyse eines Anspruchs auf Rechtsgespräch mit BGH NJW 2009, 987, 988 einhergehenden Wertungen.

GBA-Richtlinien berufen könnten, zugehörige Richtlinien entweder nicht gesehen haben oder sich mit Blick auf die hergebrachte Rechtsprechung der Zivilgerichte schlicht nicht für diese interessieren, da sich gerade wenige Präzedenzfälle finden (die breite Berücksichtigung der Mutterschafts-Richtlinien<sup>169</sup> ist eher Ausnahme denn Regelfall), in denen die Zivilgerichtsbarkeit ihre Entscheidung in einer Haftungsklage auf eine solche Richtlinienanalyse gestützt hat.<sup>170</sup> Auch ist es mit Blick auf die institutionelle Unterscheidung zwischen Gericht und Partei hinsichtlich des Grundsatzes „da mihi facta, dabo tibi ius“<sup>171</sup> fragwürdig, Parteien in die Verantwortung zutreffender Normauslegung dermaßen weitreichend einzubinden. Demgegenüber hat das Gericht vor dem Hintergrund der Art. 20 Abs. 3, 97 GG gerade die verfassungsrechtliche Pflicht, das Gesetz zu beachten – „iura novit curia“.<sup>172</sup> Allerdings dürfte auch das erkennende Gericht regelmäßig wenig Elan zeigen, sich mit fachfremder Materie – in diesem Fall als Zivilrichter mit den Untiefen des Sozialversicherungsrechts – auseinanderzusetzen und dabei im Zweifel vollständig neu einarbeiten zu müssen.<sup>173</sup> Schließlich besteht auch eine für das Gericht angenehm anmutende Tendenz dazu, gerade Fragen relevanter Richt- und Leitlinien schlicht den Ausführungen des medizinischen Sachverständigen zu überlassen. Mangels medizinischer Expertise sehen regelmäßig weder Gericht noch Parteivertreter sich übermäßig in der Pflicht, in diesem Feld selbstständig bis ins Detail zu prüfen, was ohne Frage auch sehr zeitaufwändig ist. Ein Korrektiv ergibt sich möglicherweise nach erstellter sachverständiger Begutachtung zu im Einzelfall interessierenden Behandlungsstandards, wenn die durch das Gutachten belastete Partei den Gutachter in Person oder hinsichtlich seiner Sachausführungen anzugreifen versucht. Aber auch in diesem Moment liegt die Verantwortung korrigierender Rechtsausführungen im Lager einer Partei und deren Vertreter und es bleibt dem Zufall besonderer juristischer – und ggfls. medizinischer – Sachkunde und erheblichen anwaltlichen Weitblicks überlassen, ob sozialversicherungsrechtliche Richtlinien analysiert und einbezogen werden. Das überzeugt nicht als Sicherung der judikativen Umsetzung des gesetzgeberischen Willens, wenn diese erforderliche Sorgfalt nicht wenigstens mit erheblichen Gehörschancen ausgeführt werden kann. Im Rahmen des allgemei-

169 OLG Köln, BeckRS 2011, 26595 unter 1.a. mVa. OLG München OLG 1993, 189 f.; KG VersR 1996, 332 ff. (der BGH hat die Revision der damaligen Kläger durch Beschluss vom 17.10.1995, VI ZR 368/94 nicht angenommen); KG NJW 2004, 691 ff.; OLG Stuttgart OLG 1999, 406 ff.

170 Gerne wird auch floskelhaft ablehnend verfahren, vgl. OLG Hamm VersR 2004, 516; 2002, 857; NJW 2000, 1801, wobei das OLG sich wohl überwiegend auf BÄK-Richtlinien zu beziehen scheint und nicht klar wird, ob auch GBA-Richtlinien gemeint sein sollten.

171 Vgl. Musielak/Voit/Stadler, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 139 Rn. 6 f.

172 Vgl. MüKo/Prütting, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 293 Rn. 5.

173 Hierzu Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 37 ff.; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 1 ff., 149 ff.; Hubmann, Wertung und Abwägung im Recht, 1977, S. 16 ff., 145 ff.

nen Streitvortrags bleibt dieser Ansatz aber einer von vielen, der das Gericht eher selten überzeugen wird, so dieses bereits eine Meinung zum Fall gefasst hat.

## 2. Besorgnis der Befangenheit

Ein weiteres Kontrollmoment könnte sich erneut seitens der Parteivertreter mit der bereits hieran geäußerten Kritik ergeben, wenn das Gericht oder der bestellte Sachverständige sich Erkenntnissen gezielt verschließen oder nach Hinweis auf einzubeziehende Vorschriften anderer Teilrechtsordnungen deren Erwägung gleichwohl ablehnen respektive übergehen. Als Vehikel könnte in diesen Fällen die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit nach den §§ 42, 406 Abs. 1 S. 1 ZPO erwogen werden. Besagter Ansatz ist jedoch insbesondere deshalb kein verlässliches Mittel, weil die zu übersteigende Messlatte im Bereich fehlerhafter Rechtsanwendung respektive fehlerhafter Berücksichtigung und Abwägung extrem hoch ist.<sup>174</sup> Gegen das Gericht müssen klare Anzeichen der Unsachlichkeit oder Willkür bis hin zur Vermutung der Rechtsbeugung vorliegen,<sup>175</sup> was gerade im Bereich komplexer Auslegungsfragen, die das Gericht regelmäßig nicht mit einer erkennbar willkürlichen, sondern mit einer allgemein ablehnenden Verbalisierung übergehen wird, kaum vorkommen dürfte. Dem Sachverständigen müsste vorgeworfen werden können, dass er mit erkennbarer einseitiger Belastungstendenz agiert, was im Rahmen der Sachargumentation selten auf richterliche Überzeugung stößt.<sup>176</sup> Dass dies im Einzelfall anders laufen mag, ändert nichts an der fehlenden generellen Sicherung gesetzeskonformer Rechtsprechung in diesem Bereich.

## 3. Rechtsbehelfsverfahren, insbesondere Einlegen von Rechtsmitteln

Ein weiteres Element der Kontrolle bieten die verschiedenen Möglichkeiten der richterlichen Entscheidungsüberprüfung, die je nach Prozessart und Rechtsweg unterschiedlich ausgestaltet sind. Zentral sind insofern die Möglichkeiten des Instanzenzuges, wobei mit Blick auf den vorliegend wegen des haftungsrechtlichen Ansatzes interessierenden Zivilprozess die Möglichkeiten von Berufung und Revision (für den Fall der Nichterreichung der Berufungssumme von 600 € ggfls. auch die Gehörsrüge nach § 321a ZPO<sup>177</sup> und die Verfassungsbeschwerde mit der Rüge der

174 Vgl. BAG NJW 1993, 879; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1997, 1084; OLG Brandenburg BeckRS 2012, 2042.

175 Hierzu BayObLG DRiZ 1977, 244 und FamRZ 1979, 737; OLG Hamm FamRZ 1999, 936; VersR 1978, 646; OLG Köln NJW-RR 1986, 419; Gießler NJW 1973, 981, 982.

176 Beispiele bei Musielak/Voit/Huber, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 406 Rn. 9 mwN.

177 Die Gehörsrüge kann allerdings ausschließlich auf eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG gestützt werden, was mit Blick auf Normenkollisionserwägungen wohl einzig dann in Betracht kommt, wenn relevanter Rechtsvortrag hierzu vollständig ignoriert wird. Vgl. zur begrenzten Einsetzbarkeit und fehlenden Analogiefähigkeit des § 321a ZPO BGH NJW 2008, 2126 Rn. 4f.; 2009, 3710 Rn. 17 f.; NJW-RR 2009, 144 und hierzu BT-Drucks. 15/3706, 14.

Willkürentscheidung<sup>178</sup> und der Entziehung des gesetzlichen Richters)<sup>179</sup> einschlägig sind. Auch insofern zeigt sich zunächst, dass der Parteiansatz und seine oben angeführten Schwächen mangels gesondert im System enthaltenen staatlichen Verfolgungsinteresses, wie dieses etwa im strafrechtlichen Bereich durch die Staatsanwaltschaften wahrgenommen wird, im allgemeinen Zivilprozess de lege lata weit hin unumgänglich ist, solange die Gerichte nicht von sich aus zu Schnittstellenüberlegungen im Rahmen von teilrechtsgebietsübergreifenden Normenkollisionen angehalten werden. Allerdings bietet die Einlegung von Rechtsmitteln bei parteiseitig erkannter Normenkollisionslage die Möglichkeit, im Rahmen der Rechtsverletzungsrüge (§§ 513 Abs. 1, 546 ZPO) ein Gericht zielgerichtet mit der Problematik zu befassen. Auch bringt eine bislang nicht erörterte Normenkollision die Möglichkeit mit sich, bei nicht zugelassener Revision hierauf eine erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde auf Erwägungen der Rechtsfortbildung<sup>180</sup> und der Einheitlichkeitssicherung,<sup>181</sup> ggfls. auch auf den Fall der Grundsatzbedeutung<sup>182</sup> zu stützen, was wiederum rechtspraktisch dazu führen könnte, dass insbesondere BGH-Anwälte sich für eine nähere Befassung mit der Thematik interessieren und über diesen Weg entsprechende Erwägungen verstärkt eingebunden werden. Rechtspraktisch führen diese Ideen jedoch bereits mit Blick auf Risiko und Kosteninteressen vielfach nicht zum Ziel, weil die im Einzelfall betroffene Partei sich nach verlorener erster und zweiter Instanz jeweils fragen muss, ob weiterer Zeit- und Mittelaufwand noch lohnend oder wirtschaftlich machbar erscheint. Auch im Falle bestehender Rechtsschutzversicherung braucht es eine nicht vollkommen fernliegende Argumentationslinie, um dem Einwand der Versicherung zu entgehen, dass eine weitere Rechtsverfolgung – spätestens nach Unterliegen in der zweiten Instanz – ggfls. als nicht erforderlich im Sinne des § 125 VVG und damit als nicht versichert zu erachten sein könnte.<sup>183</sup>

#### 4. Judikative Begründungspflicht

Dieser letzte Gedankengang sei unmittelbar für die hier vorgeschlagene richterliche Begründungspflicht aufgenommen. Wenn das Fehlen richterlicher Erwägungen bei

178 Eine Willkürentscheidung setzt aber ein eindeutig gegen die Rechtslage gefasstes Judikat voraus, das als schlechterdings unvertretbar bezeichnet werden muss, vgl. BVerfGE 87, 273, 279 = NJW 1993, 996 f.; BVerfGE 96, 189, 203 = NJW 1997, 2305, 2307.

179 Hierfür muss das jeweilige Gericht erster Instanz allerdings die Zuständigkeitsregelungen der ZPO, in diesem Fall die Berufungseröffnung nach § 511 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 ZPO in einem Maß verkannt haben, dass von einer willkürlichen Entscheidung gesprochen werden muss, vgl. BVerfGE 6, 45, 53 = NJW 1957, 337; BVerfGE 58, 45 = NJW 1982, 507; BVerfG, NJW 2005, 411.

180 BGHZ 151, 221, 225 = NJW 2002, 3029 f.

181 BGHZ 152, 182, 188; 154, 288, 294 f. = NJW 2003, 1943, 1945 (zur materiellen Rechtsanwendung); vgl. daneben die je nach Parteivortrag ebenfalls denkbaren Angriffsmöglichkeiten über verletzte Verfahrensgrundrechte, MüKo/Krüger, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 543 Rn. 19 ff. mwN.

182 Vgl. BGH VersR 1974, 1206 f.

183 Vgl. MüKo/Obarowski, VVG, 2. Aufl. 2017, § 125 Rn. 30 f.

vernünftig begründbarer teilrechtsgebietsübergreifender Normenkollision einen absoluten Revisionsgrund im Sinne des § 547 Nr. 6 ZPO auslöste, so dürfte die Chance der parteiseitigen Geltendmachung im Rahmen des Instanzenzuges und gerade auch mit Blick auf eine Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH erheblich steigen. Die unterlegene Partei hätte hierdurch ein gesichertes Vehikel, um eine Überprüfung der Problematik herbeizuführen. Zugleich zeitigte die judikative Begründungspflicht aber auch ein den Gerichten mittelbar über die §§ 313 Abs. 1 Nr. 6, 547 Nr. 6 ZPO oktroyiertes Eigeninteresse verschärfter Wahrnehmung von Rechtsmaterien, die sich außerhalb des jeweiligen richterlichen Wohlfühlbereichs und der jeweiligen richterlichen Sozialisierung bewegten. Das Problem würde gezielt internalisiert.

Inhaltlich wären an diese Begründungspflicht keine überzogenen Anforderungen zu stellen, da es sicherlich nicht darum gehen kann, dass das zur Entscheidung berufene Gericht monographische Analysen durchführt. Auch ist die Judikative durch die zu befürwortende höchstrichterliche Rechtsprechung geschützt, wonach § 547 Nr. 6 ZPO nicht im Falle unrichtiger oder bruchstückhafter rechtlicher Begründung angenommen werden kann.<sup>184</sup> Was unter diesen Schutz nach hier vertretener Ansicht aber nicht fallen darf, ist das vollständige Fehlen einer Befassung mit einer entscheidungsrelevanten Rechtsmaterie oder das bloße Verfassen nichtssagender Floskeln<sup>185</sup> (entsprechend dem oben gewählten Beispielfeld also das Fehlen von Gegenstand und Reichweite denkbarer Inkorporationserwägungen sozialrechtlicher Richtlinien in den zivilrechtlichen Standardbegriff an Hand der gesetzgeberischen Grundsatzwertungen).

Genau betrachtet, ist bereits viel gewonnen, wenn die Judikative die Schnittstellenproblematik und die gesetzgeberischen Wertentscheidungen des aus richterlicher Sicht vielfach eher fernliegenden Rechtsgebiets zur Kenntnis nimmt und sich hiermit wenigstens einmal vor der Entscheidungsfindung auseinandersetzen muss. Die Konsequenz ist nicht zuletzt, dass auf entsprechende Erwägungen aufgebaut werden kann, diese in der nächsten Instanz überprüfbar werden und zugleich die flankierende wissenschaftliche Debatte beflügeln, deren Erkenntnisse von den Gerichten im Rahmen künftiger Urteile nutzbar gemacht werden können. Teil des Rechtssystems bleibt dabei einzig, was gesetzlich vorgesehen oder zulässig judikativ inkorporiert worden ist. Wenn aber – was ohne weiteres im Gerichtsalltag verständlich erscheint – die zur Einzelfallentscheidung berufenen Richter nicht die Kapazitäten haben, komplexe Rechtsprobleme intensiv aufzuboahren und daher vielfach nur an der Oberfläche des Problems bleiben, ist es – unter steter Beachtung der Selbstermächtigung

184 Vgl. BGH NJW 1981, 1045, 1046. Grundlegend RGZ 8, 260, 262; 169, 65, 75; 170, 328, 332; aufgenommen in BGHZ 39, 333, 337 = NJW 1963, 2272.

185 Vgl. BGHZ 39, 333, 337 = NJW 1963, 2272.

gungsproblematik – geradezu erforderlich, die begleitende Wissenschaft verstärkt zu beachten, ihr aber über die Rechtssatzvorgabe der §§ 313 Abs. 1 Nr. 6, 547 Nr. 6 ZPO auch mittelbar das erforderliche Gehör zu verschaffen.

#### D. Zusammenfassung in Thesenform

1. Teilrechtsgebietsübergreifende Normenkollisionen können an Hand des äußeren Bilds der Rechtsordnung und der klar erfassbaren Teleologie des Gesetzgebers aller betroffenen Teilbereiche erkannt werden. Beispielhaft ergeben sich erkennbare Kategorisierungen aus der Einordnung einer rechtlichen Materie im Rahmen des bürgerlichen Vertragsrechts als Behandlungsvertrag nach den §§ 630a ff. BGB und damit im unmittelbaren Arzt-Patient-Verhältnis, während die Regelungsstruktur der §§ 135 ff. SGB V innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung einem strukturell anderen Ansatz folgt und nach dem äußeren Bild nur die Beziehungen von Krankenkassen und Leistungserbringern hinsichtlich Fragen der Qualität regeln soll. Nähere Erwägungen zum inneren System, wie etwa nicht auf den ersten Blick erkennbare teleologische Zusammenhänge beider Gebiete oder eine gebotene Extension oder Reduktion der Regelungsweite einzelner Vorschriften müssen hierbei nach Möglichkeit unterbleiben, um insbesondere Zirkelschlüsse und voreilige Ablehnung näher zu analysierender Kollisionslagen zu vermeiden (**Feststellung der Kollisionslage**).

2. Für die Erfassung teilrechtsgebietsübergreifender Normenkollisionen werden sich keine generellen, für jeden Anwendungsfall passenden Metanormen zur Problemlösung finden lassen. Daraus folgt, dass inhaltlich auf eine Analyse aller betroffenen Rechtsbereiche und einzelnen Rechtssätze zurückzugreifen und deren Erkenntnisse einander gegenüberzustellen sind, um tragfähige, praxisgerechte und gesetzeskonforme Ergebnisse zu erzielen (**Inexistenz allgemeingültiger Metanormen**).

3. Das zentrale Kontrollelement im Umgang mit teilrechtsgebietsübergreifenden Normenkollisionen ist das Verfahren, in dessen Rahmen die Aufarbeitung der Schnittstellenproblematik erfolgt. Dieses Verfahren ist – nach Vorprüfung des Vorliegens einer rechtsgebietsübergreifenden Normenkollision – sinnvollerweise dreiteilig ausgestaltet (**prozedurale Lösung**):

a. Auf der ersten Stufe sind die kollidierenden Vorschriften der gewachsenen Struktur ihrer jeweiligen Teilrechtsordnung zuzuordnen und vor eben jenem Hintergrund mit Blick auf Inhalt und Bedeutung sowie Aussagekraft und Funktionserfüllung zu interpretieren (**Erfassung der Norm und ihrer Metanormebene**).

b. Auf der zweiten Stufe müssen die Funktionen und Zwecke der Teilrechtsordnungen selbst als Gesamtgefüge einander gegenübergestellt werden (**Interpretation und Kollisionsverständnis der Metanormebene**).

c. Auf der dritten und letzten Ebene sind die konkret kollidierenden Vorschriften mit Blick auf das Optimierungsgebot in der Anwendung dahingehend aufeinander abzustimmen (**Ausstrahlungsthese**), dass die Funktionserfüllung beider Systeme aufrechterhalten, mithin der gesetzgeberische Ansatz bestmöglich gewahrt wird (**Auflösung der konkreten Normenkollision**).

4. Für die Kollision von zivilrechtlichem Haftungsstandard im Sinne des § 630a Abs. 2 BGB für die Arzthaftung und sozialversicherungsrechtlichen Qualitäts- und Sorgfaltsmaßgaben, die auf Basis der §§ 135 ff. SGB V durch den GBA erlassen worden sind, führt die dreistufige Analyse zu folgendem Ergebnis:

a. Auf erster Stufe wird deutlich, dass weder bürgerliches Haftungsrecht noch sozialversicherungsrechtliche Qualitätsvorgaben Kollisionsvorschriften enthalten. Allerdings weist § 630a Abs. 2 BGB eine Offenheit für inter- und intradisziplinäre Einflüsse auf, die über das Instrument sachverständiger Beurteilung (außerjuristische Perspektive) und über die zentralen Elemente juristischer Auslegung (normative Ebene) Eingang finden. Die Rechtsprechung hat beide Elemente im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich vorgegebenen Konkretisierungsfunktion aufgenommen, jedoch auf der normativen Ebene die Heranziehung von GBA-Richtlinien ohne Analyse und Argumentation als rechtlich verbindlich erkannt.

b. Die Folgebetrachtung des Sozialversicherungsrechts sowie die Erörterung der Kollisionslage auf zweiter Stufe führen de lege lata zu der Erkenntnis, dass GBA-Richtlinien nicht geeignet sind, um den zivilrechtlichen Haftungsstandard verbindlich festzulegen. Zentrale Argumente gegen eine solche Verbindlichkeit sind die fehlende Legitimation des GBA, der gespaltene Adressatenkreis zwischen Betroffenen nach § 91 Abs. 6 SGB V und sonstigen Patienten sowie die zutreffende Standardbeschreibung durch Richtlinien, die fehlerhaft sein oder veralten können.

c. Auf dritter Stufe ist sodann eine Parallelität zum bisherigen Umgang mit den Leitlinien der Fachgesellschaften erkennbar, so dass eine gleichförmige normative Einstufung dem subjektiv-teleologischen Leitbild der §§ 630a ff. BGB am besten entspricht. Demgegenüber ist eine Fortentwicklung des § 630h BGB mit erweiterten Vermutungen zu Lasten des Behandlers abzulehnen.

5. Das vorgeschlagene Stufenmodell der Auslegung ist verfahrensrechtlich durch extensive Auslegung des § 547 Nr. 6 ZPO zu flankieren, indem eine richterliche Begründung auch dann als fehlend angesehen wird, wenn die zentralen Linien des Stufenmodells (Erfassung der Kollision, bereichsspezifische Extrapolation der Teleologie, Betrachtung der Metaebene und Begründung des jeweiligen judikativen Umgangs mit dem erkannten Problem) nicht wenigstens überblicksartig in den Entscheidungsgründen aufgezeigt werden (**prozessrechtliche Absicherung**).