

# **Möglichkeiten der Krankenkassen, ihre Versicherten beim Verdacht eines Behandlungsfehlers zu unterstützen**

Rechtsgutachten zu § 66 SGB V

für den Beauftragten der Bundesregierung für  
die Belange der Patientinnen und Patienten  
sowie Bevollmächtigten für Pflege

*Prof. Dr. iur. Christian Katzenmeier  
Geschäftsführender Direktor  
des Instituts für Medizinrecht  
der Universität zu Köln*

*Christoph Jansen, LL.M.  
Wissenschaftlicher Mitarbeiter  
am Institut für Medizinrecht  
der Universität zu Köln*

Köln, November 2016

## Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| A. Einführung.....  | 1  |
| B. Unterstützungsbedarf der Versicherten.....                           | 4  |
| I. Wissens- und Informationsgefälle .....                               | 4  |
| II. Schadensregulierung .....   | 6  |
| III. Kostenrisiken.....   | 12 |
| IV. Verfahrensdauer .....   | 18 |
| V. Psychosoziale Belastungen .....                                      | 24 |
| VI. Ausblick: Justizalternativen .....                                  | 26 |
| C. Unterstützung durch die Krankenkassen .....                          | 28 |
| I. Tatsächlich gewährte Unterstützungsleistungen .....                  | 29 |
| 1. Ausgangspunkt: MDK-Leitfaden 2009.....                               | 29 |
| 2. Gutachten der Verbraucherzentrale NRW .....                          | 30 |
| 3. Ergänzende Ergebnisse einer eigenen Online-Recherche .....           | 33 |
| 4. Beispiel: Behandlungsfehlermanagement der AOK Bayern.....            | 37 |
| II. Unterstützungsmöglichkeiten nach geltendem Recht.....               | 39 |
| 1. Voraussetzungen des § 66 SGB V.....                                  | 39 |
| a) Verfolgung von Schadensersatzansprüchen .....                        | 39 |
| b) Versicherteneigenschaft des zu Unterstützenden .....                 | 40 |
| c) Relevante Fehlerkategorien.....                                      | 42 |
| d) Inanspruchnahme einer GKV-Leistung.....                              | 43 |
| e) Ausschluss von auf die Krankenkassen übergegangenen Ansprüchen ..... | 44 |
| 2. Exkurs: Synergien aus dem Regress nach § 116 SGB X .....             | 46 |
| 3. Anforderungen an das Tätigwerden der Krankenkassen .....             | 52 |
| 4. Rechtsfolge: Abstrakte Verpflichtung der Krankenkassen .....         | 56 |
| a) Kein Entschließungsermessen im Regelfall.....                        | 56 |
| b) Pflichtgemäß auszuübendes Auswahlermessen .....                      | 58 |
| (1) Grund: Unbestimmtheit des Unterstützungsbegriffs.....               | 59 |

---

|  |     |
|--|-----|
| (2) Zur Ausübung des Auswahlermessens.....                                       | 61  |
| (3) Ermessensfehler und gerichtliche Kontrolle .....                             | 66  |
| c) Weitere Sanktions- und Reaktionsmöglichkeiten.....                            | 69  |
| d) Zwischenfazit.....  | 70  |
| 5. Konkretisierung durch Satzungsrecht? .....                                    | 71  |
| 6. Konkrete Bestimmung von Art, Inhalt und Umfang der Unterstützung .....        | 74  |
| a) Ausgangspunkt: Punktuelle Hilfestellung oder umfassende Betreuung?....        | 74  |
| b) Grundlegende Unterstützungsleistungen.....                                    | 77  |
| (1) Unterstützung bei der Sachverhaltsermittlung .....                           | 77  |
| (a) Förderung der Tatsachenzusammenstellung des Versicherten .....               | 77  |
| (b) Übermittlung und Erläuterung vorliegender Informationen .....                | 78  |
| (c) Anforderung von Behandlungsunterlagen bei Leistungserbringern ...            | 78  |
| (d) Einschub: Sozialdatenschutzrecht.....  | 81  |
| (e) Mitwirkungspflichten der Versicherten .....                                  | 81  |
| (2) Begutachtende Unterstützung durch den MDK.....                               | 83  |
| c) Weiterführende Unterstützungsleistungen .....                                 | 88  |
| (1) Psychosoziale Unterstützung.....   | 88  |
| (2) Rechtliche Unterstützung .....   | 92  |
| (a) Abstrakt-generelle (Rechts-)Informationen.....                               | 93  |
| (b) Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen.....                                | 93  |
| (c) Gerichtliche Vertretung .....  | 99  |
| (d) Ergänzung: Unterstützung bei außergerichtlicher Streitbeilegung...           | 104 |
| (3) Finanzielle Unterstützung.....   | 106 |
| (a) Meinungsstand .....  | 107 |
| (b) Stellungnahme .....  | 108 |
| (c) Finanzierung der Rechtsverfolgung im Einzelnen .....                         | 110 |
| (d) Zurverfügungstellung einer privaten Rechtsschutzversicherung .....           | 112 |
| D. Exkurs: Rechtslage und Praxis in der Privaten Krankenversicherung (PKV) ..... | 119 |

---

|  |     |
|--|-----|
| E. Zusammenfassung und Bewertung.....  | 122 |
| I. Übersicht über die Unterstützungsmöglichkeiten .....                        | 123 |
| II. Einschätzung des Unterstützungsbedarfs .....                               | 126 |
| III. Bewertung der bestehenden Möglichkeiten angesichts des Bedarfs .....      | 129 |
| F. Ungenutztes Unterstützungspotential.....                                    | 133 |
| G. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf .....                                     | 137 |
| I. Mögliche Klarstellungen auf Tatbestandsseite .....                          | 138 |
| II. Präzisierung der Rechtsfolgen unter Aufgabe des Auswahlermessens? .....    | 139 |
| 1. Gegen eine gesetzliche Konkretisierung der Unterstützung .....              | 140 |
| 2. Gegen eine entsprechende Satzungsermächtigung .....                         | 142 |
| III. Sozialrechtliche Regelung des Akteneinsichtsrechts der Krankenkassen..... | 143 |
| H. Fazit .....   | 145 |
| Literaturverzeichnis .....   | 147 |

## A. Einführung

Patientenrechte und Arzthaftung gewinnen in der modernen Gesellschaft immer mehr an Bedeutung. Die Gründe für die steigende Zahl der gegen Ärzte und Krankenhausträger erhobenen Schadensersatzansprüche liegen in der Ökonomisierung, Verwissenschaftlichung, Technisierung und Spezialisierung der Medizin, wodurch die Expertenfunktion des Arztes gestärkt, dieser aber sukzessive seiner Partnerrolle beraubt wird, dem Aufkommen und Ausbreiten der Sozialversicherungssysteme, die das persönliche Band zwischen Arzt und Patient abschwächen, den zunehmenden iatrogenen Risiken der invasiven Medizin, den Erwartungen und der Forderungshaltung einer anspruchsvoller werdenden Patientenschaft sowie allgegenwärtigen Verrechtlichungstendenzen<sup>1</sup>.

Diesen Entwicklungen kann sich auch die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) nicht verschließen. Sie trägt ihren Teil zur Durchsetzung der Patientenrechte bei. § 66 SGB V<sup>2</sup> sieht vor, dass die Krankenkassen die Versicherten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen aus Behandlungsfehlern unterstützen sollen. Die Norm trat (als „Kann“-Vorschrift) am 1.1.1989 als Teil des neuen SGB V in Kraft<sup>3</sup>, eine entsprechende Vorgängerregelung in der RVO gab es nicht. Dabei fügt sie sich freilich nur bedingt in die Gesetzessystematik ein<sup>4</sup>, auch wenn es sich zweifelsohne um eine leistungsrechtliche Vorschrift handelt<sup>5</sup>. Geändert wurde die Regelung Anfang des Jahres 2013 durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz, PatRG)<sup>6</sup>. Aus einer „Kann“- ist dabei eine „Soll“-Vorschrift geworden.

---

<sup>1</sup> Vgl. Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 1 f., 10 ff.

<sup>2</sup> Für die Unterstützung Pflegebedürftiger verweist § 115 Abs. 3 S. 7 Halbs. 2 SGB XI auf § 66 SGB V. Für die Private Krankenversicherung vgl. § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG (fakultative Unterstützung, soweit vereinbart); s. dazu D.

<sup>3</sup> Eingeführt durch das Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz, GRG) vom 20.12.1988, BGBl. I S. 2477.

<sup>4</sup> Abschnitt zur Weiterentwicklung der Versorgung durch Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit etwa durch Modellvorhaben, § 63 Abs. 1 und 2 SGB V; s. Roters, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 2; Henle, in: Hänlein/Schuler, SGB V, 5. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 1; Scholz, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Einl. Diese Ziele werden hier allenfalls indirekt gefördert, vgl. Flint, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 6; Koch, in: jurisPK SGB V, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 14; bereits Schneider, MedR 2000, 497, 501; Bogs, in: FS Deutsch, 1999, S. 463, 474.

<sup>5</sup> Vgl. Marburger, KrV 2015, 182, 183.

<sup>6</sup> Gesetz vom 20.2.2013, in Kraft getreten am 26.2.2013, BGBl. I S. 277; zu den Änderungen im Krankenversicherungsrecht s. Wenner, SGB 2013, 162 ff.

§ 66 SGB V führt zu einer rechtsdogmatisch wie rechtspraktisch bedeutsamen Verknüpfung verschiedener Rechtsgebiete. Es handelt sich um eine Regelung auf der Schnittstelle von Sozialversicherungsrecht, Zivilprozessrecht und zivilem Haftungsrecht mit Bezügen zum (privaten) Versicherungsrecht, die vielfältige weiterführende Fragen in diesen Bereichen aufwirft. Dennoch hat die Norm bislang keine größere praktische Bedeutung erlangt<sup>7</sup> und war nur in wenigen Fällen Gegenstand sozialgerichtlicher Entscheidungen<sup>8</sup>. Das könnte sich durch die Neufassung ändern<sup>9</sup>.

Begründet wurde die Einführung der Regelung mit dem pauschalen Hinweis, dass ärztliche Behandlungsfehler (angesichts zunehmender<sup>10</sup> Technisierung, Spezialisierung und Arbeitsteilung) nicht auszuschließen seien<sup>11</sup> und im Interesse der Versicherten eine Unterstützung bei der Rechtsverfolgung erforderlich sei<sup>12</sup>. § 66 SGB V soll vor dem Hintergrund der modernen Medizin Schwierigkeiten bei der Klärung eines Behandlungsfehlerverdachts und der Geltendmachung von Ansprüchen begegnen. Diese sollen durch Einbeziehung der Kompetenz und Ressourcen, Informationen und Erfahrungen der Krankenkasse erleichtert werden<sup>13</sup>. Effektiv durchsetzbare Rechte sichern das Gleichgewicht zwischen Behandelnden und Patienten, die daher bei der Rechtsverfolgung nicht alleine gelassen werden sollen, wobei die Krankenkasse angesichts § 66 SGB V eine Schlüsselrolle einnimmt<sup>14</sup>. Die in vielerlei Hinsicht aufwändige Anspruchsdurchsetzung in der Arzthaftung hält Geschädigte von der Rechtsverfolgung ab, was eine Hilfestellung angebracht erscheinen lässt<sup>15</sup>.

---

<sup>7</sup> So LSG SH, MedR 2016, 84, 85 m. Anm. *Süß* (der diese Annahme des Gerichts aber relativiert wissen möchte), wo dies darauf zurückgeführt wird, dass die Vorschrift nicht zu bestimmten Unterstützungsmaßnahmen zwingt; s. auch *Hahn*, SGB 2015, 144, 150.

<sup>8</sup> Bis 2013 sind als relevante Entscheidungen zu der Vorschrift lediglich BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98 und Urt. v. 20.1.2005 – L 4 KR 25/02 (im Ansatz zudem Urt. v. 7.8.2008 – L 4 KR 166/06) sowie BSG, NZS 2012, 557 zu verzeichnen. Seit 2013 haben sich die Gerichte vermehrt mit der Norm beschäftigt, s. LSG BW, Urt. v. 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11 (noch zu § 66 SGB V a.F.); HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13; LSG SH, MedR 2016, 84 m. Anm. *Süß*; BSG, MedR 2016, 210.

<sup>9</sup> So *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 1, Fn. 1; s. auch *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482.

<sup>10</sup> Im Wortlaut der Begründung (BT-Dr. 11/2237, S. 189) heißt es wertend: „übermäßiger“.

<sup>11</sup> So später dann auch zum PatRG BT-Dr. 17/10488, S. 9.

<sup>12</sup> BT-Dr. 11/2237, S. 189; dort im Übrigen noch als § 74 des Entwurfs.

<sup>13</sup> Vgl. *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 1; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Steinmeyer*, in: *Bergmann/Pauge/Steinmeyer*, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 1; *Finn*, WzS 2015, 99, 100.

<sup>14</sup> Vgl. *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482.

<sup>15</sup> Vgl. *Marburger*, KrV 2015, 182, 183.

Verschiedene Punkte werden dabei in der Arzthaftung als Beschwerden der Rechtsverfolgung wahrgenommen, die einen Unterstützungsbedarf der Versicherten begründen. Im Mittelpunkt des Interesses stehen das Wissens- und Informationsgefälle zwischen Leistungserbringer und Versichertem und die (Prozess-)Kostenrisiken<sup>16</sup> sowie die Verfahrensdauer und die Schadensregulierung durch den Haftpflichtversicherer des Schädigers.

---

<sup>16</sup> So bereits BT-Dr. 14/1245, S. 67.

## B. Unterstützungsbedarf der Versicherten

### I. Wissens- und Informationsgefälle

Auseinandersetzungen in Arzthaftungssachen sind gekennzeichnet durch die Ungleichheit der Parteien<sup>17</sup>. Typischerweise besteht ein erheblicher Informations- und Argumentationsunterschied zwischen Arzt und Patient. Der Arzt hat insofern regelmäßig einen deutlichen Vorsprung. Zum einen weiß im Allgemeinen nur er, was sich in der konkreten Behandlungssituation tatsächlich abgespielt hat, nicht aber der Patient, weil dieser möglicherweise ohne Bewusstsein oder aus sonstigen Gründen nicht in der Lage war, den Ablauf zu beobachten oder festzustellen. Zum anderen kennt nur der Arzt als Fachmann die medizinische Bedeutung des tatsächlichen Ablaufs, der getroffenen Maßnahmen und der Zwischenfälle. Jeder Versuch einer nachträglichen Kontrolle, ob der behandelnde Arzt bestimmte Symptome bei dem Patienten rechtzeitig erkannt hat, ob er bei seinem Eingriff von einer zutreffenden Diagnose ausgegangen ist sowie eine vertretbare Therapiemethode gewählt hat, um dem nach seiner Beurteilung krankhaften Zustand zu begegnen, erfordert abstrakte medizinische Fachkenntnisse, über die der betroffene Patient nicht verfügt.

Die Zivilgerichte bemühen sich seit längerem, diesen speziellen Gegebenheiten der Auseinandersetzung in Arzthaftpflichtprozessen Rechnung zu tragen. Es wurden besondere Grundsätze und Modifizierungen für den Verfahrensgang ausgeprägt, durch die das Informationsgefälle zwischen den Parteien verringert werden soll. Bestätigt und zusätzlich vorangetrieben wurde diese Entwicklung durch das BVerfG, das gerade in Arzthaftpflichtprozessen das verfassungsrechtliche Gebot eines fairen Gerichtsverfahrens, bei dem „Waffengleichheit“ besteht, ausdrücklich angemahnt hat<sup>18</sup>. Größte Bedeutung kommt in diesem Kontext der differenziert-ausgleichenden Handhabung des Beweis- und Beweisführungsrechts durch die Zivilgerichte zu<sup>19</sup>.

Das Kernproblem im Arzthaftpflichtprozess bildet regelmäßig die Beweisführung und häufig die Beweisnot des Patienten. Dieser hat nur begrenzten Einblick in das ärztliche Tun und kann als medizinischer Laie das Behandlungsgeschehen kaum beurteilen. Die Zivilgerichte sehen es daher als ihre Aufgabe an, das Spannungsfeld

---

<sup>17</sup> Vgl. zum Folgenden *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 377 ff.; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rdnr. 368; *Nüßgens*, in: RGRK BGB, II 5, 12. Aufl. 1989, § 823 Anh. II, Rdnrn. 286, 341.

<sup>18</sup> BVerfGE 52, 131 = BVerfG NJW 1979, 1925; dazu *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 378 ff.; zu den konkreten Modifizierungen allgemeiner Prozessrechtsregeln S. 383 ff.

<sup>19</sup> Vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 378 ff. m.w.N.

zwischen dem kaum über Informationen und medizinisches Wissen verfügenden Patienten und dem Arzt, der freilich seinerseits den therapeutischen Erfolg oder glücklichen Verlauf eines Eingriffs nicht schulden kann, durch eine ausgewogene Verhandlungsführung und differenzierte Handhabung des Beweisrechts auszugleichen. Der Beweislastverteilung kommt hier mehr als in anderen Rechtsgebieten eine verfahrenentscheidende Rolle zu<sup>20</sup>.

Die allgemeine Regel, dass der Patient Behandlungsfehler, Schadenskausalität und Arztverschulden beweisen muss, ist von der Rechtsprechung zur Arzthaftung im Laufe der Zeit immer stärker modifiziert und die Rechtsstellung des Patienten durch immer weitergehende Beweiserleichterungen und Beweislastumkehrungen ausgebaut worden. Das PatRG hat diese Rechtsprechung zur Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess in Gesetzesform gegossen (§ 630h BGB)<sup>21</sup>. Das Beweisrecht des Arzthaftpflichtprozesses ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung<sup>22</sup>. Es erscheint jedoch wichtig, sich eingangs zu vergegenwärtigen, dass das Zivilrecht selbst bereits auf diese Weise auf die Rechtsverfolgungsschwierigkeiten des Patienten reagiert, die sich vor Gericht eben vor allem auch als Beweisschwierigkeiten manifestieren<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> So bereits *Uhlenbruck*, NJW 1965, 1057; *D. Franzki*, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, 1982, S. 35; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rdnr. 353; *G. Müller*, NJW 1997, 3049.

<sup>21</sup> *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 821. Zu § 630h BGB s. *Prütting*, in: FS *Rüßmann*, 2013, S. 609 ff.; *Walter*, GesR 2013, 129 ff.; *Schärtl*, NJW 2014, 3601 ff.; *Katzenmeier*, in: *Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung*, S. 27 ff.; *ders.*, in: *HK-AKM*, 56. Aktualisierung 2014, Behandlungsvertrag, Nr. 800, Rdnrn. 49 ff.

<sup>22</sup> Ausf. dazu *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 416 ff.; *ders.*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. XI, Rdnrn. 46 ff.; s. weiter *Laufs/Kern*, in: *dies.*, *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, §§ 107 ff.; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rdnrn. 353 ff.; *D. Franzki*, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, 1982; *Prütting*, in: FS 150 Jahre LG Saarbrücken, 1985, S. 257 ff.; *G. Müller*, NJW 1997, 3049 ff.

<sup>23</sup> Vgl. auch *Finn*, WzS 2015, 99 f., der insofern Parallelen zu § 66 SGB V betont.

## II. Schadensregulierung

Ärzte sind gemäß § 21 der (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä) standesrechtlich verpflichtet, sich hinreichend gegen Haftpflichtansprüche im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit zu versichern. Zwar besteht keine bundeseinheitliche gesetzliche Pflicht zum Abschluss der Haftpflichtversicherung, teilweise sehen jedoch die Heilberufs- und Kammergesetze der Länder diese vor oder enthalten wenigstens eine Ermächtigungsgrundlage zur Normierung der Versicherungspflicht in den Berufsordnungen der Ärztekammern. Nach der (durch das PatRG eingefügten) Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 5 der Bundesärzteordnung (BÄO) kann im Übrigen nunmehr das Ruhen der Approbation angeordnet werden, wenn sich ergibt, dass der Arzt nicht ausreichend gegen die sich aus seiner Berufsausübung ergebenden Haftpflichtgefahren versichert ist (sofern kraft Landesrechts oder kraft Standesrechts eine Pflicht zur Versicherung besteht). Die normativen Grundlagen der Arzthaftpflichtversicherung selbst finden sich sodann in den §§ 100 ff. VVG und in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB, Stand Januar 2015)<sup>24</sup>.

Auf die Regulierung der Ansprüche des Geschädigten gegenüber dem Schädiger kann die Haftpflichtversicherung durch ihr Verhalten in der Praxis erheblichen Einfluss nehmen. Da ein Direktanspruch gemäß § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG (in Verbindung mit § 1 PflVG) gegen die Haftpflichtversicherung *de lege lata* nicht besteht<sup>25</sup>, macht der Geschädigte seine Ansprüche zwar grundsätzlich nur gegenüber dem Schädiger geltend (Trennung von Deckung und Haftung)<sup>26</sup>, der seinerseits im Innenverhältnis einen Freistellungsanspruch gegen den Versicherer hat; der Schädiger hat jedoch regelmäßig im jeweiligen Versicherungsvertrag seiner Haftpflichtversicherung eine Regulierungsvollmacht mit entsprechendem

---

<sup>24</sup> Zur Haftpflichtversicherung des Arztes s. *Ratzel/Greiner*, in: *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, Kap. 14; *Katzenmeier/Brennecke*, in: *Wenzel*, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Aufl. 2013, Kap. 5; monographisch *Püster*, Entwicklungen der Arzthaftpflichtversicherung, 2013; *Anschlag*, Entwicklungen der Betriebshaftpflichtversicherung des Krankenträgers, 2017; zu den Auswirkungen des PatRG *Schirmer*, in: *Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung*, S. 83 ff.; allg. zur Überlagerung des Schadensrechts durch das Versicherungsrecht *Katzenmeier*, *VersR* 2002, 1449 ff.

<sup>25</sup> S. dazu *Ratzel/Greiner*, in: *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, Kap. 14, Rdnr. 36; *Kappler*, in: *MDK Bayern, Der Medizinische Behandlungsfehler*, 2013, S. 103, 110.

<sup>26</sup> Vgl. *Schreier*, *VersR* 2013, 1232, 1234; *Weidinger*, in: *Madea/Dettmeyer*, *Medizinschadensfälle und Patientensicherheit*, 2007, S. 39.

Prozessführungsrecht erteilt<sup>27</sup>. In Ziffer 5.2 der AHB 2015 heißt es, dass der Versicherer bevollmächtigt ist, alle ihm zur Regulierung des Schadens zweckmäßig erscheinenden Erklärungen im Namen des Versicherungsnehmers abzugeben und im Falle eines Rechtsstreits den Prozess im Namen des Versicherungsnehmers auf seine Kosten zu führen. Auf diese Weise wird der Haftpflichtversicherer zwar nicht Partei des Prozesses, bestimmt aber im Innenverhältnis gegenüber dem Versicherungsnehmer die zu verfolgende Prozessstrategie und wählt im Zuge dessen auch den Prozessanwalt aus, dem der Versicherungsnehmer Prozessvollmacht zu erteilen hat<sup>28</sup>. Hierbei steht dem Versicherer ein erhebliches Ermessen zu, hat am Ende schließlich er die wirtschaftliche Last von Schadensfällen vertragsgemäß zu tragen<sup>29</sup>. Im Ergebnis hat sich der Geschädigte somit praktisch im Wesentlichen mit dem Haftpflichtversicherer auseinanderzusetzen<sup>30</sup>.

Der Versicherer, der für den entstandenen Schaden aufzukommen hat, hat ein wirtschaftliches Interesse daran, Zahlungen zu vermeiden oder möglichst gering zu halten. Ein in der Praxis nicht selten festgestelltes zögerliches Regulierungsverhalten der Haftpflichtversicherungsunternehmen (im Allgemeinen wie speziell im Bereich der Arzthaftpflichtversicherung<sup>31</sup>) ist diesbezüglich in den letzten Jahren wiederholt als potentielltes Beschwerneis der Anspruchsdurchsetzung – sowohl vor- und außergerichtlich als auch im gerichtlichen Verfahren – in den Fokus der öffentlichen (rechts-)politischen Debatte geraten<sup>32</sup>. Die zunehmend kritische Medienberichterstattung zu dem Thema zeugt von dem negativen Eindruck, den

---

<sup>27</sup> Näher Katzenmeier/Brennecke, in: Wenzel, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Aufl. 2013, Kap. 5, Rdnrn. 63 ff.; Ratzel/Greiner, in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, Kap. 14, Rdnr. 33.

<sup>28</sup> Katzenmeier/Brennecke, in: Wenzel, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Aufl. 2013, Kap. 5, Rdnr. 76.

<sup>29</sup> Kappler, in: MDK Bayern, Der Medizinische Behandlungsfehler, 2013, S. 103, 110 f.

<sup>30</sup> Nur diese Konstellation ist Gegenstand der folgenden Überlegungen. Daneben ergeben sich Regulierungsprobleme häufig auch im Innenverhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer, wenn letzterer die Gewährung der vereinbarten Versicherungsleistung hinauszögert.

<sup>31</sup> Zur zögerlichen Schadensregulierung in der Arzthaftpflicht bereits Teichner, in: AG RAe im MedR e.V., Arzthaftung – Mängel im Schadensausgleich?, 2009, S. 107 ff.; von Vorurteilen der Patienten gegenüber den Versicherern ist dagegen die Rede bei Weidinger, in: Madea/Dettmeyer, Medizinschadensfälle und Patientensicherheit, 2007, S. 39, 41 f., der das eigene Interesse der Versicherer an einer funktionierenden Schadensregulierung betont.

<sup>32</sup> S. zum Folgenden auch Schreier, VersR 2013, 1232 ff.

Versicherungen auf diesem Gebiet hinterlassen<sup>33</sup>. Die Rede ist von systematischen Verzögerungen in der Schadensregulierung.

In verschiedenen instanz- und obergerichtlichen Entscheidungen wurde dabei gerade in jüngerer Zeit eine Verzögerung des Verfahrens durch den Haftpflichtversicherer im Einzelfall festgestellt – und dann bisweilen durch den Zuspruch eines erhöhten Schmerzensgeldes sanktioniert<sup>34</sup>. In der Literatur werden demgegenüber seit jeher Bedenken geäußert<sup>35</sup>. So wird angemerkt, dass das Regulierungsverhalten des Haftpflichtversicherers grundsätzlich ein in § 253 Abs. 2 BGB genanntes Rechtsgut verletzen müsse, um eine Erhöhung des Schmerzensgeldes rechtfertigen zu können. Die bloße Verzögerung der Regulierung führe aber zu keiner gesonderten Rechtsgutsverletzung, sondern lasse sich vielmehr durch die Regelungen über den Verzug und die Verzinsung ahnden<sup>36</sup>. Eine Erhöhung des Schmerzensgeldes soll daher nur dann in Betracht kommen, wenn der Geschädigte unter dem Regulierungsverhalten zusätzlich leidet, also die Rechtsgutsverletzung weiter verstärkt wird oder länger andauert<sup>37</sup>. Der BGH hat noch keine Stellung bezogen und die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Schmerzensgelderhöhung zuletzt ausdrücklich offen gelassen<sup>38</sup>.

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ<sup>39</sup>) hegte zeitweilig gewisse Zweifel, ob das geltende Recht ausreicht, auf eine etwaige Verschleppungstaktik der Versicherer angemessen zu reagieren. Dies wollte es im Jahr 2013 mit einer Umfrage bei den Landesjustizverwaltungen klären<sup>40</sup>. Erste Ergebnisse wurden am 18.7.2013 veröffentlicht. Demnach haben die Landesjustizverwaltungen ganz überwiegend weder die erhobenen Vorwürfe bestätigt noch Rechtsänderungen für erforderlich

---

<sup>33</sup> S. etwa „Die Nein-Sager“, Bericht der ARD-Sendung „Panorama“ vom 4.9.2012; zudem die Titelgeschichte „Versichert und Verraten“/„Verunsichert“, Der Spiegel 30/2015, S. 10 ff., auch zu der in der Folge geschilderten Entwicklung.

<sup>34</sup> Eine Auflistung von einschlägigen Entscheidungen findet sich bei *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld, 8. Aufl. 2015, Rdnrn. 1013 ff. und *Jaeger*, MedR 2016, 197; s. auch *Schreier*, VersR 2013, 1232, 1234; *Schellenberg*, VersR 2006, 878 ff.

<sup>35</sup> Kritisch ggü. einer solchen „Abschreckungsfunktion“ (und damit „Tripelfunktion“) des Schmerzensgeldes etwa bereits *Honsell*, VersR 1974, 205, 207.

<sup>36</sup> *Schreier*, VersR 2013, 1232, 1234 f.; s. auch *Schellenberg*, VersR 2006, 878, 879 ff., insb. 884

<sup>37</sup> Vgl. *Jaeger*, MedR 2016, 197; *ders./Luckey*, Schmerzensgeld, 8. Aufl. 2015, Rdnr. 1013; s. auch *Schellenberg*, VersR 2006, 878, 881 ff., insb. 884.

<sup>38</sup> S. BGH, NJW 2006, 1271, 1274; in die Richtung der Berücksichtigung von Verfahrensverzögerungen bei der Schmerzensgeldbemessung freilich bereits BGH, VersR 1960, 401; 1964, 1103; 1967, 254; 1970, 134.

<sup>39</sup> Seit Ende 2013 Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV).

<sup>40</sup> Schreiben des BMJ vom 11.2.2013 an die Landesjustizverwaltungen (LJV) zur Schadenregulierung bzw. Leistung durch die Versicherer (verzögerte Leistung).

gehalten; das geltende Recht sei ausreichend, um Verzögerungstaktiken zu unterbinden oder zu sanktionieren. Sie wiesen unter anderem auf das dem Beklagten zustehende Verteidigungsrecht und überzogene Erwartungen der Versicherten hin und merkten an, dass die Grenze zwischen zulässiger Verteidigung und rechtsmissbräuchlicher Verzögerung kaum trennscharf gezogen werden könne.

Obwohl die Landesjustizverwaltungen im Ergebnis keinen Reformbedarf sahen, ließen sich ihrer Stellungnahme auch Vorschläge einzelner Gerichte im Hinblick auf mögliche Rechtsänderungen entnehmen. Diese einzelnen Gerichte hatten durchaus von einem kompromisslosen Kampf auf Seiten der Versicherung auch in Arzthaftungssachen berichtet. Um den Verfahrensverzögerungen vorzubeugen, schlugen die Gerichte beispielsweise vor, eine Beweislastumkehr oder Beweiserleichterungen bei nachweisbarer Regulierungsverzögerung einzuführen oder die Möglichkeit zu schaffen, das persönliche Erscheinen des zuständigen Sachbearbeiters der Versicherung vor Gericht anzuordnen – oder aber auch die bestehende Praxis eines erhöhten Schmerzensgeldes bei verzögerter Leistung gesetzlich zu regeln. Nach einer abschließenden Anhörung der Beteiligten<sup>41</sup> wurden Reformüberlegungen jedoch nicht weiter verfolgt.

Auch andere Interessenvertreter nahmen zu dem Schreiben Stellung: Kritisch äußerte sich insbesondere der Bund der Versicherten (BDV)<sup>42</sup>. Zwar gebe es keinen empirischen Beleg dafür, dass die Versicherer die Auszahlung vertraglich geschuldeter Versicherungsleistungen systematisch verzögerten, eine dahingehende Tendenz lasse sich allerdings eindeutig bei den dem BDV vorliegenden Fällen feststellen. Keine Verzögerungsstrategie und daher auch keinen Reformbedarf sieht hingegen der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV)<sup>43</sup>. Die Schadensregulierung entspreche hohen Qualitätsanforderungen und erfolge – im eigenen Interesse der Versicherer – in aller Regel reibungslos, zügig und ohne Beschwerden, wenn auch im Einzelfall Fehler angesichts des Tätigkeitsvolumens der Versicherer nie gänzlich auszuschließen seien. Speziell im Bereich der Heilwesen-Haftpflichtversicherung seien unvermeidbare Verfahrensverzögerungen insbesondere auf die Komplexität und Aufwendigkeit der Prüfung, die Erforderlichkeit

---

<sup>41</sup> S. dazu die Pressemitteilung des BMJ zur Regulierungspraxis in der Versicherungswirtschaft vom 4.9.2013.

<sup>42</sup> S. Stellungnahme des BDV vom 27.6.2013, abrufbar unter [www.bunddersicherten.de](http://www.bunddersicherten.de), Zugriff am 11.11.2016.

<sup>43</sup> S. Stellungnahme des GDV vom 1.7.2013, abrufbar unter [www.gdv.de](http://www.gdv.de), Zugriff am 11.11.2016.

der Einholung medizinischer Gutachten und die vom Patienten oftmals erst spät erkannten oder gemeldeten Schäden zurückzuführen.

Auch die Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein (DAV) gab 2014 eine Umfrage unter ihren Mitgliedern zu deren Erfahrungen bezüglich des Regulierungsverhaltens von Versicherungen in Auftrag<sup>44</sup>. 70 Prozent der befragten Rechtsanwälte gehen hier davon aus, dass sich das Regulierungsverhalten der Versicherer in den letzten Jahren verschlechtert hat, wobei dies in der Praxis eher allgemein an einer längeren Bearbeitungszeit und schlechteren Erreichbarkeit sowie dem vermehrten Auftreten unberechtigter Leistungsverweigerungen oder -kürzungen als an absichtlicher Verzögerungstaktik festgemacht wird. Die beiden letzten Aspekte dürften sich freilich praktisch nur schwer unterscheiden lassen. Als Hauptgrund für diese Verschlechterung wird dementsprechend auch noch vor dem Personalmangel beim Versicherer und dessen Streben nach Geringhaltung der Schadensaufwendungen die bewusste Verzögerung oder Vereitelung von Ansprüchen genannt.

Festzuhalten bleibt, dass Haftpflichtversicherer selbstverständlich berechtigt sind, sich mit zulässigen Mitteln gegen aus ihrer Sicht unberechtigte Forderungen zu verteidigen, zumal es gerade in Arzthaftungsfällen regelmäßig um komplexe Rechts- und Tatfragen geht, deren Beantwortung keineswegs immer eindeutig ist. Vor Fälligkeit im Sinne von § 106 VVG muss der Versicherer insofern grundsätzlich nicht zahlen<sup>45</sup>. Gemäß § 100 VVG ist der Versicherer im Rahmen seiner Rechtsschutzfunktion umgekehrt sogar ausdrücklich dazu verpflichtet, unbegründete Ansprüche abzuwehren. Durch eine gewissenhafte Prüfung, verbunden mit einer angemessenen Zurückhaltung bei der Schadensregulierung, erfüllt der Versicherer also letzten Endes seine vertragliche Leistungspflicht<sup>46</sup>. Dies ändert freilich nichts daran, dass von dem Versicherer insgesamt ein professionelles und in diesem speziellen Bereich auch ein besonders sensibles Verhalten erwartet werden kann. Ebenso wenig wie die Patienten als Anspruchsteller dürfen die Haftpflichtversicherer die ihnen zustehenden Rechte missbrauchen oder sich missbräuchlich auf nicht bestehende Rechte berufen.

---

<sup>44</sup> Forsa-Umfrage der AG Versicherungsrecht im DAV zum Regulierungsverhalten der Versicherer vom 3.11.2014, abrufbar unter [www.verkehrsanwaelte.de](http://www.verkehrsanwaelte.de), Zugriff am 11.11.2016.

<sup>45</sup> Dazu *Schreier*, *VersR* 2013, 1232, 1233.

<sup>46</sup> *Schreier*, *VersR* 2013, 1232, 1233 f.; s. auch *Kappler*, in: MDK Bayern, *Der Medizinische Behandlungsfehler*, 2013, S. 103, 105.

Im Übrigen kann die durchaus prekäre Lage auf dem Versicherungsmarkt bei der Beurteilung der Regulierungspraxis nicht gänzlich ausgeblendet werden. Hintergrund ist die Krise der Arzthaftpflicht<sup>47</sup>. Die ärztlichen Berufshaftpflichtversicherungen verzeichnen alarmierende Entwicklungen in der Schadensbilanz. Einerseits steigt die Zahl der geltend gemachten Schadensersatzansprüche gegen Ärzte und Krankenhausträger, andererseits erreichen die jeweiligen Schadenssummen des einzelnen Versicherungsfalls bislang ungekannte Höhen. Um dem wachsenden finanziellen Risiko Rechnung zu tragen, steigen die Prämien<sup>48</sup>. Nicht wenige Versicherer haben sich vom Markt der Berufshaftpflicht bereits zurückgezogen<sup>49</sup>. Daher verwundert es nicht, dass die Versicherer stets sorgfältig prüfen, ob sie zur Leistung verpflichtet sind. Ist eine Forderung berechtigt, legitimiert aber natürlich auch dieser wirtschaftliche Hintergrund kein zögerliches Regulierungsverhalten.

Bei aller Kritik am Regulierungsverhalten der Haftpflichtversicherungsunternehmen allgemein ist festzuhalten, dass eindeutige empirische Belege für eine systematisch zögerliche Schadensregulierung bislang nicht vorliegen. Aussagekräftige Daten dürften hier allerdings praktisch auch kaum zu erlangen sein, lässt sich schließlich eine derartige Verschleppungstaktik schwerlich objektiv messen. Die in diesem Zusammenhang einzig verfügbaren Stellungnahmen der Beteiligten und ihrer Interessenvertreter sind zwangsläufig subjektiv geprägt. Auch subjektive Eindrücke können aber Indizien eines Unterstützungsbedarfs auf diesem Gebiet sein, zumal gerade die persönliche Situation der Betroffenen im Wesentlichen von ihrer eigenen Wahrnehmung der Geschehnisse geprägt wird. Dies gilt umso mehr, wenn der Unterstützungsbedarf wie dargelegt zusätzlich durch im Einzelfall tatsächlich festgestellte Negativbeispiele untermauert wird.

---

<sup>47</sup> Dazu im Einzelnen Katzenmeier, MedR 2011, 201 ff.; Püster, Entwicklungen der Arzthaftpflichtversicherung, 2013, S. 71 ff., 99 ff.

<sup>48</sup> Flintrop/Korzilius, DÄBI 2010, A-692.

<sup>49</sup> Pohl, DÄBI 2013, A-18.

### III. Kostenrisiken

Das Arzthaftungsrecht hat sich in den letzten Jahrzehnten zu einer überaus komplexen Rechtsmaterie entwickelt, die dem Patienten als rechtlichem Laien nicht zuletzt wegen ihrer traditionell richterrechtlichen Prägung und trotz aller Bestrebungen zur Förderung der Transparenz der Patientenrechte – ein zentrales Anliegen des PatRG<sup>50</sup> – nicht ohne Weiteres zugänglich ist. Arzthaftungsfälle sind häufig gekennzeichnet durch ihre Komplexität nicht nur in tatsächlicher und medizinisch-fachlicher, sondern gerade auch in rechtlicher Hinsicht. Patienten verfügen insofern meist nicht über die nötigen Kenntnisse und sind zudem emotional stark vorbelastet. Ratsam erscheint daher stets, sowohl vor- und außergerichtlich als auch im gerichtlichen Verfahren, eine durchgängige Begleitung durch einen professionellen Rechtsbeistand – sofern die Vertretung nicht ohnehin für das gerichtliche Verfahren zwingend vorgeschrieben ist.

Im Gegensatz zu Verfahren vor den Amtsgerichten (Parteiprozess mit fakultativer Vertretung durch bevollmächtigte Rechtsanwälte, § 79 ZPO) herrscht bei Verfahren vor den Landgerichten Anwaltszwang (§ 78 Abs. 1 S. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass die Parteien sich hier durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, um einen Prozess führen zu können (Anwaltsprozess). Gerichtliche Verfahren werden in erster Instanz entweder vor dem Amts- oder vor dem Landgericht geführt. Wo das Verfahren stattfindet, hängt von der Höhe des Streitwerts ab (§ 1 ZPO, §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG). Bei einem Streitwert von über 5.000 Euro ist erstinstanzlich das Landgericht zuständig. In Arzthaftungssachen ist (wegen der regelmäßig hohen Streitwerte) meist die Zuständigkeit des Landgerichts gegeben. So stehen für das Jahr 2015 1.614 erstinstanzlich vor den Amtsgerichten erledigten Verfahren<sup>51</sup> – wobei auch hier lediglich in 92 Fällen der Kläger nicht anwaltlich vertreten war<sup>52</sup> – 9.432 Erledigungen vor den Landgerichten gegenüber<sup>53</sup>.

Die anwaltliche Beratung und Vertretung bringt entsprechende Kosten mit sich. Die Vergütung anwaltlicher Tätigkeiten ist, soweit keine spezielle Vergütungsabrede

---

<sup>50</sup> Vgl. BT-Dr. 17/10488, S. 9; dazu *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 822 f.; *ders.*, in: *Karlsruher Forum* 2013: Patientenrechte und Arzthaftung, S. 36 ff.

<sup>51</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2015, S. 18. Erledigungen vor dem LG als Berufungsinstantz gab es dann lediglich 298, s. ebd., S. 68.

<sup>52</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2015, S. 38.

<sup>53</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2015, S. 48. Erledigungen vor dem OLG als Berufungsinstantz gab es zudem 2.063, s. ebd., S. 94.

besteht, grundsätzlich abhängig vom jeweiligen Streitwert (§ 2 Abs. 1 RVG). In den vergangenen Jahren stiegen die geltend gemachten materiellen Schadensersatzleistungen und Schmerzensgelder in Arzthaftungsfällen weiter an. Die Rechtsprechung erachtet Einbußen in zunehmendem Maße für ersatzfähig und spricht den Geschädigten immer höhere Beträge zu<sup>54</sup>. Folge der steigenden Schadens- und Schmerzensgeldbeträge ist der Anstieg der Streitwerte in Arzthaftungsprozessen, in denen diese Posten eingeklagt werden. Mit den Streitwerten steigen die Rechtsverfolgungskosten.

Dies gilt umso mehr, als auch die Gerichtskosten selbst an den Streitwert gekoppelt sind. Nach §§ 3 Abs. 1, 34 Abs. 1 GKG gilt dies namentlich für die Gerichtsgebühren. Hinzu kommt, dass in Arzthaftungsfällen regelmäßig die Hinzuziehung eines medizinischen Sachverständigen erforderlich ist. Die Auslagen hierfür<sup>55</sup> fallen zusätzlich zu den eigentlichen Gerichtsgebühren an und treiben die Gerichtskosten weiter in die Höhe. Zwar hat im Falle einer Verurteilung der Schädiger die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere dem Gegner die notwendigen Kosten der anwaltlichen Vertretung zu erstatten (§ 91 Abs. 1 S. 1 ZPO). Allerdings muss der Geschädigte teils erhebliche Summen vorstrecken (nicht zuletzt den Gerichtskostenvorschuss<sup>56</sup>). Ihm verbleibt zudem stets das Risiko eines Prozessverlusts. Die Erfolgsaussichten lassen sich im Vorfeld eines Arzthaftungsprozesses aufgrund der Komplexität der Materie nur schwer einschätzen<sup>57</sup>. Die Kostenrisiken<sup>58</sup> sind vorab bei der Beantwortung der Frage einzukalkulieren, ob und wie gegen den Schädiger vorgegangen werden soll.

Es besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, von staatlicher Seite Prozesskostenhilfe nach den §§ 114 ff. ZPO (oder im außergerichtlichen Bereich Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz, BerHG) zu beantragen<sup>59</sup>. Die

---

<sup>54</sup> S. dazu im Kontext der Arzthaftpflichtversicherung *Katzenmeier*, in: *Karlsruher Forum* 2013: Patientenrechte und Arzthaftung, S. 9 ff.; *ders.*, *MedR* 2011, 201, 202; *ders.*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. X, Rdnrn. 124 f.

<sup>55</sup> S. Nr. 9005 KV-GKG i.V.m. §§ 8 ff. JVEG.

<sup>56</sup> S. §§ 6, 12 GKG.

<sup>57</sup> So halten sich etwa vor den Amtsgerichten die Prozessfolge von Kläger und Beklagtem – anders als in anderen Sachgebieten, in denen statistisch öfter zu Lasten des Beklagten entschieden wird – ungefähr die Waage (sogar mit leichten Nachteilen für den Kläger); s. Statistisches Bundesamt, *Fachserie 10, Reihe 2.1*, 2015, S. 38.

<sup>58</sup> Ausf. zu den Kostenrisiken im Zivilprozess allg. *Kilian*, *Die Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten*, 2014, S. 19 ff.

<sup>59</sup> Allg. zu dieser Form der staatlichen Finanzierung von Rechtsverfolgungskosten *Kilian*, *Die Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten*, 2014, S. 51 ff. Näher zur Prozesskostenhilfe in Arzthaftungsfällen *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 114,

Bewilligung dieser Sozialleistung hängt jedoch im Wesentlichen von den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Antragstellers ab (sowie von den – hinreichenden – Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung, § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO). Keine Rolle spielt hingegen die Natur des in Frage stehenden Rechtsstreits. Gerade hier liegen aber in Arzthaftungsfällen die Besonderheiten: Die Klärung komplexer rechtlicher, medizinischer und tatsächlicher Fragen, verbunden mit dem in aller Regel hohen Streitwert, führt tendenziell zu einem höheren finanziellen Aufwand und damit einem erhöhten Kostenrisiko, das unabhängig von seiner persönlichen wirtschaftlichen Lage nicht jeder Geschädigte einzugehen bereit ist. Die gesetzliche Grenze der Bedürftigkeit schließt hingegen von vornherein bestimmte Bevölkerungsgruppen von staatlicher Unterstützung aus<sup>60</sup>. Auf den Unterstützungsbedarf des Patienten im Kontext der Arzthaftung ist die Prozesskostenhilfe daher nur bedingt, jedenfalls nicht spezifisch zugeschnitten. Außerdem besteht zumindest insofern ein unverändertes finanzielles Risiko, als die Kosten des gegnerischen Anwalts im Falle eines Unterliegens nicht übernommen werden (§ 123 ZPO). Unter Umständen wird im Übrigen generell eine Kostenbeteiligung eingefordert.

Einige Privatunternehmen haben es sich vor diesem Hintergrund zum Geschäftsmodell gemacht, dem Geschädigten diese Kostenrisiken abzunehmen<sup>61</sup>. Zunächst besteht die Möglichkeit, zur Abfederung des Rechtsverfolgungskostenrisikos auf eine bestehende Rechtsschutzversicherung zurückzugreifen, für die zuvor entsprechende Versicherungsbeiträge entrichtet wurden. Versichert wird hier die Gefahr, in einen Rechtsstreit mit entsprechenden Kosten verwickelt zu werden. Eine Rechtsschutzversicherung übernimmt dann unter Umständen etwa die Gerichtskosten, eigene und (im Falle der Niederlage zu tragende) gegnerische Anwaltskosten sowie die Kosten für Sachverständige.

---

Rdnrn. 22 ff.; *Simmler*, in: *Bergmann/Paue/Steinmeyer*, *Gesamtes Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, Kommentierung der §§ 114 ff. ZPO.

<sup>60</sup> Vgl. *Hommerich/Kilian*, *Rechtsschutzversicherungen und Anwaltschaft*, 2010, S. 80 f., Unterschiede von Prozesskostenhilfe und Rechtsschutzversicherung tabellarisch zusammenfassend.

<sup>61</sup> Ausf. zur gewerblichen Finanzierung von Rechtsverfolgungskosten allg. *Kilian*, *Die Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten*, 2014, S. 31 ff.

Zwar gilt Deutschland allgemein als der weltweit größte Rechtsschutzversicherungsmarkt<sup>62</sup>: „Die Abdeckung der Bevölkerung mit Rechtsschutzversicherungen, die jährlichen Aufwendungen der Bürger für Rechtsschutzversicherungsprämien, die Schadensleistungen der Versicherungswirtschaft haben einen Umfang wie in keiner anderen Rechtsordnung“<sup>63</sup>. Dennoch hat längst nicht jeder Patient eine solche Police (allgemein oder speziell für Arzthaftungsfälle) abgeschlossen. Inwieweit konkrete Arzthaftungsfälle und die mit ihnen verbundenen Kosten von einer solchen abgedeckt werden, ist zudem Frage der individuellen Tarifgestaltung. Der Versicherungsschutz mag im Einzelfall nicht eingreifen oder die Deckungssumme überschritten sein. Häufig greift auch eine Selbstbeteiligung. Rechtsschutzversicherungen bieten keinen Vollrechtsschutz mit für den Versicherer unüberschaubarem Risiko; vielmehr gilt das Prinzip der Spezialität, es werden also weiterhin nur klar umrissene Risiken versichert<sup>64</sup>.

Ein allgemeiner Rechtsrahmen für Rechtsschutzversicherungen ist in den §§ 125 ff. VVG gesteckt, Mustervertragsbedingungen sind den Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 2012, Stand März 2016) zu entnehmen. Tritt der vertraglich vereinbarte Versicherungsfall ein, ist die Rechtsschutzversicherung grundsätzlich verpflichtet zu zahlen. Es besteht ein Rechtsanspruch auf Kostenübernahme, sofern die Rechtsverfolgung im konkreten Fall hinreichende Erfolgsaussichten hat (siehe Ziffer 3.4.1.1 ARB). Für die Prüfung der Erfolgsaussichten gelten die von der Rechtsprechung und Literatur zum Prozesskostenhilfverfahren entwickelten Grundsätze<sup>65</sup>.

Wurde nicht im Vorfeld für einen Versicherungsschutz gesorgt, der Kostenrisiken abstrakt absichert, gibt es seit einigen Jahren aber auch Finanzierungsangebote anlässlich konkreter Rechtsstreitigkeiten<sup>66</sup>. Aufgekommen um die Jahrtausendwende

---

<sup>62</sup> Ausf. empirische Analyse einschließlich statistischer Angaben bei *Hommerich/Kilian*, Rechtsschutzversicherungen und Anwaltschaft, 2010; s. auch *Kilian*, Die Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 2014, S. 32 ff.

<sup>63</sup> *Hommerich/Kilian*, Rechtsschutzversicherungen und Anwaltschaft, 2010, S. 9 sowie ausf. S. 13 ff., insb. die allg. Marktangaben auf S. 26 ff., 54 ff. Zu aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiet der Rechtsschutzversicherung allg. s. auch *Eberhardt*, VersR 2013, 802.

<sup>64</sup> Vgl. *Hommerich/Kilian*, Rechtsschutzversicherungen und Anwaltschaft, 2010, S. 45.

<sup>65</sup> BGH NJW 1988, 266; *Kilian*, in: *ders./Offermann-Burckart/v. Stein*, Praxishandbuch Anwaltsrecht, 2. Aufl. 2010, § 11, Rdnr. 146; *Kilian*, Die Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 2014, S. 35.

<sup>66</sup> Dazu allg. *Kilian*, Die Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 2014, S. 42 ff. Die wesentlichen Unterschiede von Rechtsschutzversicherung und Prozessfinanzierung fasst *Kilian*, in: *ders./Offermann-Burckart/v. Stein*, Praxishandbuch Anwaltsrecht, 2. Aufl. 2010, § 11, Rdnr. 181

ist diese Form der gewerbsmäßigen, spekulativen Finanzierung von Prozesskosten durch Dritte immer noch verhältnismäßig neu in der deutschen Rechtslandschaft. Sie traf anfänglich auf Bedenken, ist mittlerweile aber durchaus etabliert<sup>67</sup>, auch im Bereich der Arzthaftung<sup>68</sup>. Sogenannte Prozessfinanzierer übernehmen alle notwendigen Kosten der Rechtsverfolgung geldwerter Ansprüche, also namentlich Gerichts-, Gutachter- und Anwaltskosten, (und stehen dem Betroffenen im eigenen Interesse mit zusätzlicher rechtlicher und medizinischer Expertise zur Seite) – gegen eine Beteiligung am Erlös bei positivem Ausgang des Verfahrens<sup>69</sup>. Die geforderte Erlösbeteiligung liegt in der Regel bei 20 bis 30 Prozent<sup>70</sup>. Im Unterliegensfalle trägt der Prozessfinanzierer auch die Kosten der Gegenseite<sup>71</sup>. Vor der Finanzierungsentscheidung wird daher der jeweilige Fall zunächst genauestens auf seine Erfolgsaussichten geprüft<sup>72</sup>. Diese sind für die finanzierenden, auf Gewinnerzielung ausgerichteten Unternehmen ausschlaggebendes Kriterium, nur bei überwiegenden Erfolgsaussichten wird eine Finanzierung bewilligt<sup>73</sup>. Zudem wird die Bonität des Gegners vorausgesetzt und die Prozessfinanzierung regelmäßig erst ab einem gewissen Mindeststreitwert, in der Regel mindestens 50.000 Euro<sup>74</sup>, angeboten, der dem Unternehmen einen entsprechenden Erlös verspricht.

Der Mindeststreitwert wird im Rahmen von Arzthaftungsprozessen aus den genannten Gründen häufig überschritten und mit der Haftpflichtversicherung des Arztes steht ein solventer Gegner bereit. Doch sind in Arzthaftungsfällen die Erfolgsaussichten oft schwieriger als in anderen Rechtsgebieten zu beurteilen. Die strengen Anforderungen der Prozessfinanzierer führen allgemein (unabhängig vom

---

tabellarisch zusammen; s. auch *Hommerich/Kilian*, Rechtsschutzversicherungen und Anwaltschaft, 2010, S. 79 f.

<sup>67</sup> *Weinmann*, in: FS 25 Jahre AG RAe im MedR e.V., 2011, S. 309; s. auch *Bruns*, JZ 2000, 232 ff.; *Dethloff*, NJW 2000, 2225 ff.; *Grunewald*, BB 2000, 729 ff.; *dies.*, AnwBl 2001, 540 ff.; *Frechen/Kochheim*, NJW 2004, 1213 ff.

<sup>68</sup> Ausf. zu den Besonderheiten der Prozessfinanzierung in der Arzthaftung *Weinmann*, in: FS 25 Jahre AG RAe im MedR e.V., 2011, S. 309, 310 ff. (zudem S. 313 ff. zu Vor- und Nachteilen aus unterschiedlicher Perspektive sowie S. 317 ff. zu praktischen Erfahrungen eines Prozessfinanzierers auf diesem Gebiet).

<sup>69</sup> *Weinmann*, in: FS 25 Jahre AG RAe im MedR e.V., 2011, S. 309, 310.

<sup>70</sup> So *Weinmann*, in: FS 25 Jahre AG RAe im MedR e.V., 2011, S. 309, 310; s. im Detail auch die Übersicht Prozessfinanzierer des DAV aus dem Jahr 2014, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de), Zugriff am 11.11.2016.

<sup>71</sup> *Weinmann*, in: FS 25 Jahre AG RAe im MedR e.V., 2011, S. 309, 310.

<sup>72</sup> Zum Ablauf einer Finanzierungsanfrage *Weinmann*, in: FS 25 Jahre AG RAe im MedR e.V., 2011, S. 309, 310.

<sup>73</sup> S. *Hommerich/Kilian*, Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, 2010, S. 80.

<sup>74</sup> So *Weinmann*, in: FS 25 Jahre AG RAe im MedR e.V., 2011, S. 309; s. im Detail auch die Übersicht Prozessfinanzierer des DAV aus dem Jahr 2014, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de), Zugriff am 11.11.2016.

einschlägigen Sachgebiet) dazu, dass ein Großteil der Finanzierungsanträge abgelehnt wird<sup>75</sup>. Laut einer Studie des Soldan Instituts aus dem Jahr 2011 haben 75 Prozent der Rechtsanwälte, die im untersuchten Zwei-Jahres-Zeitraum eine Finanzierungsanfrage für ihre Mandanten gestellt haben (was im Übrigen bei 82 Prozent der Befragten überhaupt nicht der Fall war), nie mit dieser Erfolg gehabt<sup>76</sup>. Daraus wird gefolgert, „dass die Gesamtzahl der jährlich tatsächlich vorgenommenen Prozessfinanzierungen in Deutschland im niedrigen vierstelligen Bereich liegen dürfte“<sup>77</sup>. Prozessfinanzierung bleibt folglich ein Nischenangebot<sup>78</sup>. Dies gilt gerade auch für die Arzthaftung.

Letztlich haben sich bislang weder Prozessfinanzierung noch Rechtsschutzversicherung speziell im Kontext der Arzthaftung besonders aufgedrängt, obgleich beide Modelle grundsätzlich geeignet wären, die Kostenrisiken der Patienten aufzufangen und diesen eine Rechtsverfolgung zu ermöglichen. Die Erfolgsaussichten der Bewilligung finanzieller Unterstützung durch Privatunternehmen sind jedoch stark abhängig von den Umständen des Einzelfalles. Eine Rechtsschutzversicherung mag aus Gründen der Vertragsgestaltung im konkreten Arzthaftungsfall nicht eingreifen oder eine Prozessfinanzierung wegen aus Sicht des Unternehmens zu geringer Erfolgsaussichten nicht bewilligt werden. Allzu häufig sind Patienten folglich bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche weiterhin auch finanziell auf sich allein gestellt. Nicht selten dürfte daran die (insbesondere gerichtliche) Geltendmachung von Ansprüchen scheitern. Angesichts der Kosten einer Rechtsschutzversicherung und der Erfolgsbeteiligung des Prozessfinanzierers erscheint es zudem äußerst fragwürdig, unter Verweis auf diese Möglichkeiten einen Unterstützungsbedarf der Versicherten in finanzieller Hinsicht zu verneinen.

---

<sup>75</sup> Vgl. *Kilian*, in: *ders./Offermann-Burckart/v. Stein*, Praxishandbuch Anwaltsrecht, 2. Aufl. 2010, § 11, Rdnr. 182.

<sup>76</sup> Dazu *Kilian*, Die Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 2014, S. 46 ff.

<sup>77</sup> *Kilian*, Die Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 2014, S. 48.

<sup>78</sup> *Weinmann*, in: FS 25 Jahre AG RAe im MedR e.V., 2011, S. 309.

#### IV. Verfahrensdauer

Neben den Kosten der Rechtsverfolgung steht auch die lange Verfahrensdauer immer wieder als Beschwerneis der Anspruchsdurchsetzung in der Kritik. Auch ohne Verzögerungen durch die Gegenseite gehören gerade Arzthaftungssachen zu den langwierigsten Rechtsstreitigkeiten. Belastbare Zahlen zu diesem Thema sind allerdings wiederum nur eingeschränkt verfügbar. Im Jahr 2015 betrug etwa die durchschnittliche Dauer der (wenigen) Verfahren in Arzthaftungssachen, die vor dem Amtsgericht erledigt wurden, 9 Monate (Durchschnitt aller Sachgebiete: 4,8 Monate). Die durchschnittliche Dauer der Verfahren, die mit streitigem Urteil endeten, lag bei 14,2 Monaten (alle: 7,5 Monate). Insbesondere der Anteil der länger als 12 und mehr als 24 Monate anhängigen Verfahren war in diesem Sachgebiet überdurchschnittlich hoch<sup>79</sup>.

Grund für die überdurchschnittlich lange Dauer arzthaftungsrechtlicher Streitigkeiten ist wiederum die hohe Komplexität des Verfahrensgegenstandes<sup>80</sup>. Der zu beurteilende Sachverhalt ist häufig nicht nur in medizinischer Hinsicht diffizil, sondern auch detailreich. Seine sachgerechte Erfassung gestaltet sich für den Rechtsanwender, also sowohl für die zuständigen Richter als auch für die beteiligten Rechtsanwälte, schwierig und zeitintensiv. Der Umfang der zu sichtenden, auszuwertenden und zu begutachtenden Unterlagen in einem Arzthaftungsprozess ist oftmals erheblich. Zusätzlich erschwert wird die richterliche Arbeit durch die das Verfahren überlagernde Emotionalität der Beteiligten, die potentiell eine Verfremdung der medizinischen Tatsachenbasis zur Folge hat. Objektivierung und Präzisierung sind mithin in besonderem Maße gefordert, um den medizinischen Sachverhalt in seinem Facettenreichtum vollständig zu erfassen<sup>81</sup>.

Der Klärungsbedarf in medizinisch-fachlicher Hinsicht erfordert vor Gericht regelmäßig die Erhebung des Sachverständigenbeweises (§§ 402 ff. ZPO)<sup>82</sup>, der als Hauptursache für die lange Verfahrensdauer von Arzthaftungsprozessen gilt (und

<sup>79</sup> S. jeweils Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2015, S. 38.

<sup>80</sup> Ausf. zu Ursachen überlanger Verfahrensdauern und Abhilfemöglichkeiten *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697 (1699 f. speziell zum Einfluss des Verfahrensgegenstands); diese fassen die Ergebnisse einer Untersuchung des OLG Hamm, des OLG Jena, des OLG Nürnberg sowie des KG zu dem Thema „Langdauernde Zivilverfahren“ aus dem Jahr 2013 zusammen.

<sup>81</sup> Vgl. insg. *Schneider/Schmaltz*, NJW 2011, 3270.

<sup>82</sup> Ausf. zur Rolle des medizinischen Sachverständigen im Arzthaftungsprozess *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 395 ff.; *ders.*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. XII. Allg. zum Sachverständigenbeweis *Katzenmeier*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 8. Aufl. 2016, Kommentierung der §§ 402 ff.

dabei auch zu den hohen Kosten beiträgt)<sup>83</sup>. Arzthaftungsprozesse sind in aller Regel nicht ohne sachverständige Beratung zu entscheiden<sup>84</sup>. Der Sachverständige ist Gehilfe des Gerichts und vermittelt diesem sein Fachwissen und daraus gewonnene Schlussfolgerungen; es ist nicht seine Aufgabe, sich zu Rechtsfragen zu äußern<sup>85</sup>.

Bereits bei der Auswahl des Sachverständigen kann es zu Komplikationen kommen, die unmittelbar zu Verfahrensverzögerungen führen<sup>86</sup>. Denn häufig muss das Gericht bei mehreren Sachverständigen anfragen, bevor es eine Zusage erhält. Teilweise verursachen auch Einwendungen einer Partei gegen den vorgeschlagenen Sachverständigen Verfahrenszögerungen. In zahlreichen Fällen ist gar die Abfassung mehrerer Gutachten durch unterschiedliche Sachverständige oder die Einholung von Ergänzungsgutachten notwendig<sup>87</sup>. Die Gutachtenerstellung nimmt häufig insgesamt viel Zeit in Anspruch. Eine Ursache hierfür ist die hohe Arbeitsbelastung der Gutachter, die in der Regel hauptberuflich als hochqualifizierte Fachärzte tätig sind<sup>88</sup>.

Des Weiteren wird von der in § 411 Abs. 1 ZPO normierten Fristsetzungspflicht zur Beschleunigung der Gutachtenerstellung von den Richtern nicht immer Gebrauch gemacht. Und selbst wenn eine Frist gesetzt wird, mangelt es häufig an deren Überwachung. Die Möglichkeit der gerichtlichen Festsetzung von Ordnungsmitteln, § 411 Abs. 2 ZPO, wird im Interesse einer als notwendig empfundenen künftigen Zusammenarbeit mit dem Gutachter eher selten zur Beschleunigung des Verfahrens gewählt<sup>89</sup>. Ein weiterer zeitraubender Faktor ist die mündliche Erläuterung des zuvor schriftlich verfassten Gutachtens, § 411 Abs. 3 S. 1 ZPO. In Arzthaftungssachen ist diese jedoch bedingt durch die Komplexität des Sachverhalts regelmäßig sinnvoll oder sogar geboten<sup>90</sup>. Schließlich ist gerade die mitunter schwierige Verständigung zwischen den die Gutachten erstellenden Medizinern und den den medizinischen Sachverhalt rechtlich beurteilenden Richtern mitverantwortlich für die Dauer von

---

<sup>83</sup> Vgl. allg. *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697, 1700 ff.; *Meller-Hannich*, ZJP 129 (2016), 263 ff. Anregungen zur Verbesserung der Zusammenarbeit von Sachverständigem und Gericht insofern bei *Stamm*, ZJP 124 (2011), 433 ff.; s. auch *Seibel*, NJW 2014, 1628 ff.

<sup>84</sup> So auch BGH NJW 2012, 2808, 2809 = MedR 2014, 570, 572 m. Anm. *Prütting*; *Schneider/Schmaltz*, NJW 2011, 3270.

<sup>85</sup> *Katzenmeier*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 8. Aufl. 2016, Vor §§ 402 ff., Rdnrn. 1 ff.

<sup>86</sup> Dazu *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697, 1701; s. auch *Meller-Hannich*, ZJP 129 (2016), 263, 271.

<sup>87</sup> Vgl. *Schneider/Schmaltz*, NJW 2011, 3270.

<sup>88</sup> *Schneider/Schmaltz*, NJW 2011, 3270.

<sup>89</sup> *Schneider/Schmaltz*, NJW 2011, 3270; *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697, 1701 f.

<sup>90</sup> Vgl. *Meller-Hannich*, ZJP 129 (2016), 263, 284.

Arzthaftungsprozessen. Denn während die Sprache der Mediziner naturwissenschaftlich (bis empirisch) geprägt ist, ist die der Juristen normativ<sup>91</sup>.

Auf die Kritik am Sachverständigenbeweis hat der Gesetzgeber vor Kurzem reagiert und die §§ 402 ff. ZPO punktuell modifiziert<sup>92</sup>. Die betrifft insbesondere § 411 ZPO: § 411 Abs. 1 ZPO, vormals lediglich eine Soll-Vorgabe, wurde in eine Fristsetzungspflicht umgewandelt. Aus der Kann-Vorgabe in § 411 Abs. 2 ZPO, das Fristversäumnis mit einem Ordnungsgeld zu bewehren, wurde ihrerseits eine Soll-Vorschrift (mit erhöhter Obergrenze)<sup>93</sup>. Es bleibt abzuwarten, wie sich diese Änderungen auf die Verfahrensdauer von Arzthaftungsprozessen auswirken.

Das BVerfG<sup>94</sup> leitet in ständiger Rechtsprechung aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) eine Verpflichtung der Zivilgerichte ab, bürgerlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten in angemessener Zeit zu einem Abschluss zu bringen. Die Angemessenheit der Dauer eines Gerichtsverfahrens ist dabei stets nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu bestimmen, allgemeingültige Zeitvorgaben gibt es nicht. Für die Beurteilung einer angemessenen Verfahrensdauer berücksichtigt das BVerfG etwa folgende Kriterien: die Natur des Verfahrens und die Bedeutung der Sache für die Parteien<sup>95</sup>; die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten<sup>96</sup>; die Schwierigkeit der Materie und das den Beteiligten zurechenbare Verhalten (insbesondere durch sie bedingte Verfahrensverzögerungen) sowie außerhalb des gerichtlichen Einflusses liegende Tätigkeiten Dritter, etwa Sachverständiger<sup>97</sup>. Mit zunehmender Dauer des Verfahrens verdichtet sich dabei die mit dem Justizgewährleistungsanspruch verbundene Pflicht des Gerichts, sich nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens und dessen Beendigung zu bemühen<sup>98</sup>.

---

<sup>91</sup> *Schneider/Schmaltz*, NJW 2011, 3270. Zum Erfordernis einer größeren richterlichen Sachkunde für die Würdigung des Sachverständigenbeweises *Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 288 ff.

<sup>92</sup> Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts *et al.* vom 11.10.2016, in Kraft getreten am 15.10.2016, BGBl. I S. 2222; dazu *Lüblinghoff*, NJW 2016, 3329 ff. Zum Gesetzesentwurf vom 9.12.2015, BT-Dr. 18/6985, s. *Lüblinghoff*, ZRP 2016, 45 ff.; *Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263 ff.

<sup>93</sup> Vgl. dazu *Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 283 f.

<sup>94</sup> Etwa BVerfG, NJW-RR 2010, 207; NJW 2008, 503, jeweils m.w.N.

<sup>95</sup> So bereits BVerfGE 46, 17, 29 = NJW 1978, 152, 153.

<sup>96</sup> BVerfG, NJW 1997, 2811, 2812.

<sup>97</sup> BVerfG, NJW 2001, 214, 215; dazu insg. auch *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697.

<sup>98</sup> BVerfG, NJW 1999, 2582, 2583; NJW 2001, 214, 215.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)<sup>99</sup> hat sich – ausgehend von Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) – ebenfalls entsprechend positioniert und in einigen Punkten die deutschen Gerichte gerügt<sup>100</sup>. Die Prüfung, ob ein Gerichtsverfahren in einem angemessenen Zeitraum abgeschlossen wurde, hat sich auch nach Ansicht des EGMR an den Umständen des Einzelfalles zu orientieren. In ständiger Rechtsprechung beurteilt der Gerichtshof eine angemessene Verfahrensdauer vor allem anhand dreier Aspekte: der Komplexität und Schwierigkeit der Sache, des Verhaltens des Beschwerdeführers und des Gerichts sowie der Bedeutung des Rechtsstreits für den Beschwerdeführer<sup>101</sup>. Insbesondere für Arzthaftungsprozesse fordert er aufgrund ihrer Bedeutung für die betroffenen Patienten die Einhaltung einer besonderen Sorgfalt („particular diligence“) durch die Gerichte<sup>102</sup>.

Die Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung des BVerfG und vor allem des EGMR folgte im Jahr 2011 mit Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (ÜVerfSchG)<sup>103</sup>. Zentraler Aspekt dieses Gesetzes war die Einfügung der §§ 198 ff. in das GVG<sup>104</sup>. In § 198 Abs. 1 S. 1 GVG ist nunmehr ein staatshaftungsrechtlicher Ersatzanspruch *sui generis* wegen Verletzung des Anspruchs eines Verfahrensbeteiligten aus Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK auf Entscheidung in angemessener Zeit normiert. Der Ersatzanspruch ist auf eine angemessene Entschädigung gerichtet und wird verschuldensunabhängig gewährt. Gemäß § 198 Abs. 2 S. 1 GVG wird im Falle einer unangemessenen Verfahrensdauer zugunsten des Geschädigten widerlegbar vermutet, dass ein immaterieller Schaden entstanden ist. Erforderlich ist jedoch die Erhebung der Verzögerungsrüge durch den Anspruchsberechtigten, § 198 Abs. 3 GVG<sup>105</sup>. Allerdings wurde in § 198 GVG keine Fristenlösung (bei der ab der Überschreitung

---

<sup>99</sup> Vgl. statt vieler EGMR, NJW 2011, 1055 (m.w.N. sowie m. Anm. *Schneider/Schmaltz*) zur Dauer eines Arzthaftungsprozesses; dazu auch *Schneider/Schmaltz*, NJW 2011, 3270.

<sup>100</sup> S. EGMR, NJW 2006, 2389; 2010, 3355.

<sup>101</sup> EGMR, NJW 2011, 1055, 1056 m. Anm. *Schneider/Schmaltz*; dazu auch *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697.

<sup>102</sup> EGMR, Urt. v. 5.10.2006 – 29510/04 (Marchenko/Russland), Rdnr. 40; s. auch *Schneider/Schmaltz*, NJW 2011, 3270.

<sup>103</sup> Das ÜVerfSchG vom 24.11.2011 ist am 3.12.2011 in Kraft getreten; s. BGBl. I S. 2302.

<sup>104</sup> Dazu monographisch *Pietron*, Die Effektivität des Rechtsschutzes gegen überlange Verfahrensdauer, 2016, S. 118 ff.

<sup>105</sup> Zu den Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs im Einzelnen *Pietron*, Die Effektivität des Rechtsschutzes gegen überlange Verfahrensdauer, 2016, S. 121 ff.; *Zimmermann*, in: MÜKo ZPO, 4. Aufl. 2013, § 198 GVG, Rdnrn. 15 ff.

einer bestimmten Regelzeit ein Anspruch besteht) eingeführt. Vielmehr ist auch hier anhand der Umstände des Einzelfalls (Schwierigkeit und Bedeutung des Verfahrens, Verhalten der Verfahrensbeteiligten und Dritter, § 198 Abs. 1 S. 2 GVG) zu ermitteln, ob eine Verfahrensdauer unangemessen lang ist<sup>106</sup>. Das ÜVerfSchG beinhaltet dabei lediglich repressive Maßnahmen, mit denen die Beteiligten zwar durchaus für die Problematik der überlangen Verfahrensdauer sensibilisiert werden, für eine schnellere Verfahrenserledigung ist aber präventiv bei den Ursachen überlanger Prozesse anzusetzen<sup>107</sup>.

Die Kritik an der Dauer zivilgerichtlicher Verfahren allgemein sowie speziell in Arzthaftungssachen ist allerdings zu relativieren: Lange – nicht überlange – Verfahren sind auch aus rechtlicher Sicht zur Sicherung eines qualitativ hochwertigen Rechtsschutzes in gewissem Maße unvermeidbar. Auch die „Ressource Recht“ ist eine knappe, was in der langen Verfahrensdauer seinen konkreten Ausdruck findet<sup>108</sup>. Die ZPO selbst hält insofern die für eine Verfahrenserledigung in angemessener Zeit notwendigen Instrumente bereit<sup>109</sup>. Die Förmlichkeit des Verfahrens schützt vor Willkür und intendiert größtmögliche Vorhersehbarkeit des Verfahrensablaufs, strikte Gesetzesbindung verbürgt ein hohes Maß an Rechtssicherheit<sup>110</sup>. Zahlreiche Prozessmaximen und Prozessgrundsätze sollen sicherstellen, dass sich im förmlichen Zivilprozess das materielle Recht durchsetzt und letztlich über die prozedurale die materielle Gerechtigkeit zum Zuge kommt<sup>111</sup>. Das gerichtliche Verfahren trägt so auf die ihm eigene Weise zur Legitimation und Akzeptanz der gefundenen Entscheidung bei<sup>112</sup>. Es soll insofern gerade kein „kurzer Prozess gemacht“ werden.

Ganz in diesem Sinne hat der BGH in jüngerer Zeit (in einer Arzthaftungssache) – aufbauend auf eine ältere Rechtsprechungslinie des BVerfG<sup>113</sup> – als Gegenstück

---

<sup>106</sup> Dazu *Zimmermann*, in: MüKo ZPO, 4. Aufl. 2013, § 198 GVG, Rdnrn. 28 ff. Eine derartige Einzelfallbetrachtung befürwortend *Roth*, JZ 2014, 801, 802.

<sup>107</sup> *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697, 1698.

<sup>108</sup> In diese Richtung bereits *Benda*, DRiZ 1979, 357, 362; s. auch *Katzenmeier*, ZJP 115 (2002), 51, 55 m.w.N.

<sup>109</sup> Zu den Beschleunigungsoptionen der ZPO etwa *Schneider/Schmaltz*, NJW 2011, 3270 ff.

<sup>110</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 1, Rdnrn. 5 ff.; *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. X, Rdnr. 111.

<sup>111</sup> *Katzenmeier*, ZJP 115 (2002), 51, 80 ff.; zum Begriff der Verfahrensgerechtigkeit *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2013, S. 216 ff.

<sup>112</sup> Vgl. *Katzenmeier*, ZJP 115 (2002), 51, 80 ff.; ausf. zum Thema Legitimation durch (Gerichts-)Verfahren *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1983, S. 57 ff.

<sup>113</sup> BVerfGE 75, 302, 316 = NJW 1987, 2733, 2375.

zum Verbot unangemessen langer Verfahren ein gerichtliches „Überbeschleunigungsverbot“ betont<sup>114</sup>. Demnach ist es untersagt, ein verspätetes Vorbringen auszuschließen, wenn offenkundig ist, dass dieselbe Verzögerung auch bei rechtzeitigem Vortrag eingetreten wäre<sup>115</sup>. Eine verfassungsrechtlich verbotene Überbeschleunigung ist daher etwa gegeben, wenn das als verspätet zurückgewiesene Verteidigungsvorbringen die Einholung eines – in der Regel schriftlichen – Sachverständigengutachtens zur Folge gehabt hätte, dieses Gutachten aber in der Zeit zwischen dem Ende der Einspruchsbegründungsfrist der §§ 339 Abs. 1, 340 Abs. 3 ZPO und der darauffolgenden mündlichen Verhandlung ohnehin nicht hätte eingeholt werden können<sup>116</sup>. In derartigen Konstellationen ist eine Präklusion nach § 296 ZPO rechtsmissbräuchlich, da sie erkennbar anstatt dem mit ihr verfolgten Zweck, der Abwehr pflichtwidriger Verfahrensverzögerungen durch die Parteien, einer Überbeschleunigung dient. Darin liegt dann zugleich ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Verstoß gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG)<sup>117</sup>.

Festzuhalten bleibt: Der deutsche Zivilprozess ist nach dem Dafürhalten fachkundiger Beobachter eine historische Errungenschaft und ein hohes Kulturgut<sup>118</sup>. Im internationalen Vergleich schneidet die deutsche Ziviljustiz hervorragend ab<sup>119</sup>. Dies gilt es bei aller Kritik an Kosten, Verfahrensdauer und Unsicherheit des Prozessausgangs zu berücksichtigen, auch bei der Frage nach dem Unterstützungsbedarf behandlungsfehlergeschädigter Patienten.

---

<sup>114</sup> BGH, NJW 2012, 2808 = MedR 2014, 570 m. Anm. *Prütting*.

<sup>115</sup> Näher BVerfGE 75, 302, 316 = NJW 1987, 2733, 2375; BGH, NJW 2012, 2808 f. = MedR 2014, 570, 571 f. m. Anm. *Prütting*.

<sup>116</sup> BGH, NJW 2012, 2808 = MedR 2014, 570 m. Anm. *Prütting*.

<sup>117</sup> BVerfGE 75, 302, 316 f. = NJW 1987, 2733, 2375.

<sup>118</sup> *Prütting*, AnwBl 2013, 401; zum Stellenwert des deutschen Zivilprozesses auch *Hirtz*, NJW 2012, 1686.

<sup>119</sup> Vgl. jüngst „Rule of Law Index 2016“, dazu *Göcken*, NJW-aktuell 47/2016, 18.

## V. Psychosoziale Belastungen

Verbürgt der Zivilprozess mit seinen Verfahrensgarantien auch ein hohes Maß an Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, so sind doch gerade Arzthaftungsprozesse für den geschädigten Patienten oftmals belastend. Der „Kampf ums Recht“<sup>120</sup> ist kein einfacher Weg der Anspruchsdurchsetzung, gerichtliche Auseinandersetzungen erfahren Patienten nicht selten als langwierig, komplex und undurchsichtig<sup>121</sup>. Für die Betroffenen ist es in ihrer konkreten Lage und angesichts ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen bisweilen schwer, den Schwebезustand ihres Rechtsstreits richtig einzuschätzen und damit umzugehen. Unabhängig von juristischen Fragen nach der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes kommt es so zu einer ganz erheblichen psychosozialen Belastung<sup>122</sup>.

Die von einer Beeinträchtigung ihrer gesundheitlichen Verfassung gezeichneten Patienten erwarten von den Richtern dabei mitunter weniger den raschen Zuspruch eines bestimmten Geldbetrages als die Erörterung der Ursache für ihr Leiden. Zur Bewältigung ihres Schmerzes ist die Antwort auf die Frage, wie es zu ihrem Leiden kommen konnte und ob es vermeidbar gewesen wäre, oft von wesentlicher Bedeutung. „Sie befinden sich in der Auseinandersetzung mit ihrem Schicksal, das ihnen manchmal Lasten bis zur Erschöpfung aufbürdet, mit denen sie, trotz aller Hilfen des Sozialstaates, jedenfalls seelisch-geistig häufig alleingelassen werden“<sup>123</sup>. Allerdings bietet auch ein Arzthaftungsprozess keine Garantie dafür, dass die Ursache der gesundheitlichen Beeinträchtigungen festgestellt wird. Die Betroffenen müssen mit dieser Unsicherheit umgehen, die mit zunehmender Länge des Verfahrens die Grenze des Erträglichen erreichen, wenn nicht gar überschreiten kann. Gleichzeitig sind die Geschädigten durch den Prozess gehalten, ihre Leidensgeschichte noch einmal (und gegebenenfalls über einen längeren Zeitraum immer wieder) zu durchleben, um das Geschehene vor Gericht zu rekonstruieren. Mag dies einerseits durchaus dabei helfen, das Erlebte zu verarbeiten, so sind damit

---

<sup>120</sup> Titel der berühmten, die ZPO nachhaltig prägenden Schrift von *Rudolf von Ihering* aus dem Jahr 1872; dazu *Katzenmeier*, ZZP 115 (2002), 51, 63 ff.

<sup>121</sup> So verbreitet die Kritik am Zivilprozess, vgl. *Katzenmeier*, ZZP 115 (2002), 51, 61 ff. Vorschläge zu einer „Modernisierung des Zivilprozesses“ unterbreitete *Callies* in seinem Gutachten A zum 70. DJT 2014; dazu krit. *Roth*, JZ 2014, 801; *Hirtz*, NJW 2014, 2529.

<sup>122</sup> Allg. zu psychosozialen Belangen der Parteien in Arzthaftungsprozessen bereits *Rumler-Detzel*, in: FS *Steffen*, 1995, S. 373 ff.

<sup>123</sup> S. zu den Hilfserwartungen der Betroffenen *Rumler-Detzel*, in: FS *Steffen*, 1995, S. 373.

andererseits doch kurzfristig neue Belastungsspitzen verbunden, die es verhindern können, langfristig mit dem Erlebten abzuschließen.

Will man den Zivilprozess mithin wie bereits dargelegt nicht grundlegend in Frage stellen, so scheint es dennoch angebracht, seine psychosozialen „Nebenwirkungen“ zumindest möglichst gering zu halten. Insofern besteht in der Tat ein nicht zu vernachlässigender Unterstützungsbedarf.

## VI. Ausblick: Justizalternativen

Die Kritik am Zivilprozess veranlasst Rechtswissenschaft und Rechtspolitik im Übrigen seit geraumer Zeit zur Suche nach Justizalternativen<sup>124</sup>. In der Praxis spielen Justizalternativen bei der Durchsetzung von Ansprüchen des Patienten gegen den Arzt bereits seit längerem eine bedeutsame Rolle, gerade auch um der Verfahrensdauer und den mit einem Gerichtsverfahren verbundenen sonstigen Belastungen entgegenzuwirken. Bislang kaum diskutiert wurde der Einsatz von Mediation bei Störungen des Arzt-Patient-Verhältnisses<sup>125</sup>, obwohl diese alternative Streitbeilegungsform seit Jahren propagiert wird und das „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ die Streitkultur insofern nachhaltig verändern sollte<sup>126</sup>.

In der Praxis weitaus wichtiger sind die Verfahren der – bei den Ärztekammern angesiedelten, organisatorisch jedoch von diesen getrennten, mit ehrenamtlich tätigen Ärzten und Juristen besetzten – Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, die es sich zur Aufgabe gemacht haben, Arzthaftungsstreitigkeiten durch neutrale und objektive Begutachtung ärztlichen Handelns beizulegen<sup>127</sup>. Im Jahr 2015 haben die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bundesweit 7.215 Sachentscheidungen getroffen (insgesamt 11.245 erledigte bei 11.822 gestellten Anträgen). In 2.132 Fällen lag ein Behandlungs- oder Aufklärungsfehler vor, der in 1.774 Fällen auch ursächlich für einen Gesundheitsschaden war<sup>128</sup>. Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen legen dabei Streitigkeiten zwischen Ärzten und Patienten in vielen Fällen endgültig bei<sup>129</sup>. Die Erfolgsquote ist bemerkenswert. Eine Ursache ist der Grundsatz der Freiwilligkeit der Verfahren – eines der bei allen Stellen gleichermaßen geltenden Prinzipien<sup>130</sup>. Ein Güteverfahren findet nur statt, wenn Arzt und Patient der Durchführung zustimmen. Weiteres Grundprinzip ist die Unverbindlichkeit der

---

<sup>124</sup> Vgl. bereits allg. Katzenmeier, ZZP 115 (2002), 51 ff.; Hess, ZZP 124 (2011), 137 ff.; krit. Hirtz, NJW 2012, 1686 ff.

<sup>125</sup> Dazu bislang Katzenmeier, NJW 2008, 1116; Scheppokat/Neu, VersR 2002, 397, 401; Kilian, VersR 2000, 942; monographisch Hattemer, Mediation bei Störungen im Arzt-Patient-Verhältnis, 2012.

<sup>126</sup> Gesetz vom 21.7.2012, BGBl. I S. 1577; dazu Ahrens, NJW 2012, 2465.

<sup>127</sup> Dazu näher Katzenmeier, AnwBl 2008, 819; Laum, MedR 2011, 230; monographisch Meurer, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, 2008.

<sup>128</sup> S. dazu die Behandlungsfehler-Statistik der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen 2015, abrufbar unter [www.bundesaerztekammer.de](http://www.bundesaerztekammer.de), Zugriff am 11.11.2016.

<sup>129</sup> Angaben bei Meurer, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, 2008, S. 65 ff.

<sup>130</sup> Näher zur Verfahrensweise der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen und ihren Grundprinzipien Meurer, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, 2008, S. 21 ff.

Verfahren. Der Rechtsweg zu den Gerichten wird durch das Verfahren vor einer Gütestelle nicht ausgeschlossen, die Entscheidung der außergerichtlichen Stellen hat rechtlich für die Gerichte keine Bindungswirkung<sup>131</sup>. Schließlich gilt der Grundsatz der Gebührenfreiheit. Das Verfahren ist für die Beteiligten prinzipiell kostenfrei<sup>132</sup>. Die außerverfahrensmäßigen Kosten, insbesondere die Anwaltskosten, sind jedoch von den Parteien zu tragen.

Ob die Anrufung einer Gütestelle ratsam ist, hängt letztlich von den Umständen des Einzelfalles ab. Insgesamt leisten die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen jedenfalls einen wertvollen Beitrag zur Befriedung von Konflikten auf einem schwierigen Gebiet. Nichtsdestotrotz lassen sich die Verfahren noch in mancher Hinsicht optimieren, etwa hinsichtlich der Gewährleistung fundamentaler Verfahrensgarantien, die auch im Rahmen nichtstaatlicher Streitbeilegung Geltung beanspruchen<sup>133</sup>. Als Vorzug der Güteverfahren wird zwar immer wieder ihre geringere Förmlichkeit gepriesen. Es muss aber die Gefahr einer „Entrechtung durch Entrechtlichung“ gebannt werden<sup>134</sup>. Prozedurale Gerechtigkeit trägt wie dargelegt wesentlich zur Legitimität eines Verfahrens und darüber zur Akzeptanz von Entscheidungen bei<sup>135</sup>, auf die auch die außergerichtliche Streitbeilegung in besonderem Maße angewiesen ist. Sie verfügt nämlich nur über begrenzte Möglichkeiten, auf eine Schadensregulierung hinzuwirken, und ist insofern weitgehend vom Willen der Beteiligten abhängig. Insgesamt besteht daher auch im außergerichtlichen Bereich ein potentieller Unterstützungsbedarf<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> Die ärztlichen Gütestellen sind keine Schiedsgerichte i.S.d. §§ 1025 ff. ZPO.

<sup>132</sup> Einzelheiten bei *Meurer*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, 2008, S. 40 ff.

<sup>133</sup> Dazu *Katzenmeier*, AnwBl 2008, 819, 821 ff.; *ders.*, ZZP 115 (2002), 51, 77.

<sup>134</sup> Zu dieser Gefahr (im Kontext der privatisierten Konfliktregelung im Verbraucherschutzbereich) bereits *Hegenbarth*, in: *Blankenburg/Gottwald/Strempele*, Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 257 ff.

<sup>135</sup> Vgl. *Katzenmeier*, ZZP 115 (2002), 51, 80 ff.; ausf. zum Thema Legitimation durch (Gerichts-)Verfahren *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1983, S. 57 ff.; zum Begriff der Verfahrensgerechtigkeit *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2013, S. 216 ff.

<sup>136</sup> Vgl. auch *Laum*, MedR 2011, 230, 231.

### **C. Unterstützung durch die Krankenkassen**

Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen medizinischer Behandlungsfehler ist folglich für den Betroffenen unter Umständen mit einem erheblichen zeitlichen und auch finanziellen Aufwand sowie weiteren daraus resultierenden, nicht zu unterschätzenden persönlichen Belastungen verbunden. Dies kann geschädigte Versicherte von der Verfolgung ihnen zustehender Rechte, insbesondere einer gerichtlichen Auseinandersetzung abhalten, weshalb der Gesetzgeber eine Hilfestellung durch die Krankenkassen nach § 66 SGB V für angebracht hielt – freilich ohne die Auswirkungen der Norm in den jeweiligen Gesetzesbegründungen im Einzelnen näher zu erläutern.

Auf der Grundlage des § 66 SGB V könnten die Krankenkassen ihren Versicherten dabei helfen, der Haftpflichtversicherung des Schädigers auf Augenhöhe zu begegnen. Fraglich ist, ob sie sich auch an den Kosten der Rechtsverfolgung, insbesondere an den Kosten anwaltlicher Vertretung, beteiligen oder gleich selbst den Versicherten in rechtlichen Fragen zur Seite stehen könnten, bis hin zur Übernahme ihrer gerichtlichen Vertretung. Die mit der Verfahrensdauer verbundenen Belastungen ließen sich durch eine psychosoziale Betreuung abmildern.

Bislang wenig geklärt ist, welche Rechte und Pflichten § 66 SGB V den Krankenkassen in diesen Punkten zur Erleichterung der genannten Beschwerden der Rechtsverfolgung überhaupt zuweist, welche Unterstützung also im Einzelnen möglich und geboten – oder umgekehrt auch ausgeschlossen – ist. Hier besteht nach wie vor eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Rechtsprechung und Literatur haben sich nur vereinzelt mit der Regelung beschäftigt, eine intensive Auseinandersetzung mit den einschlägigen rechtlichen Fragen ist bisher nicht erfolgt.

Im Folgenden soll daher der geltende Rechtsrahmen untersucht werden. In einem ersten Schritt soll zunächst ermittelt und dargelegt werden, welche Unterstützungsleistungen die Krankenkassen ihren Versicherten tatsächlich auf der Grundlage des § 66 SGB V gewähren. Die festgestellte Unterstützungspraxis kann Ausgangspunkt der anschließenden, ausführlichen rechtlichen Überprüfung sein.

## I. Tatsächlich gewährte Unterstützungsleistungen

### 1. Ausgangspunkt: MDK-Leitfaden 2009

Hinweise zur Unterstützungspraxis der Krankenkassen auf der Basis des § 66 SGB V liefert zunächst der vom Medizinischer Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen (MDS)<sup>137</sup> herausgegebene Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen und Medizinischem Dienst der Krankenversicherung (MDK) bei Behandlungsfehlern. Dieser wurde freilich zuletzt 2009, also noch vor Inkrafttreten des PatRG, aktualisiert. Der Leitfaden verfolgt das erklärte Ziel, Mitarbeiter der Krankenkassen bezüglich des Aufgreifens von Regressfällen zu sensibilisieren, worunter auch die Unterstützung der Versicherten bei deren Schadensersatzbegehren verstanden wird. Namentlich soll eine effiziente und patientenorientierte Zusammenarbeit zwischen Krankenkassen und MDK sichergestellt werden<sup>138</sup>.

Konkret wird dort zu den tatsächlich gewährten Unterstützungsleistungen ausgeführt: „Die Krankenkassen konnten mit Unterstützung der Medizinischen Dienste ihre Angebote für Versicherte erweitern und bieten vielfältige Unterstützungsleistungen an. Hierzu zählen neben allgemeinen Beratungen beispielsweise

- Unterstützung bei Sachverhaltsdarstellungen;
- Beschaffung der benötigten Kranken- und Behandlungsunterlagen;
- Beauftragung des MDK mit medizinischen Bewertungen oder Sachverständigengutachten;
- Hilfen bei der Anwaltssuche;
- Unterstützung bei der Inanspruchnahme von Gutachterkommissionen/Schlichtungsstellen der Ärztekammern;
- Kontaktvermittlung zu Einrichtungen der Verbraucher- und Patientenberatung und zu Selbsthilfegruppen“<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> S. zu Organisation und Aufgaben des MDS § 282 SGB V.

<sup>138</sup> MDS, Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Aufl. 2009 (abrufbar unter [www.mds-ev.de](http://www.mds-ev.de), Zugriff am 11.11.2016), S. 5.

<sup>139</sup> MDS, Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Aufl. 2009, S. 6; dazu im Einzelnen auch S. 21 ff.

## 2. Gutachten der Verbraucherzentrale NRW

Im Jahr 2014 hat die Verbraucherzentrale NRW Krankenkassen zum Thema „Unterstützung von Patienten mit Behandlungsfehlerverdacht“ befragt und die Ergebnisse in einem Gutachten zusammengefasst<sup>140</sup>. 50 Krankenkassen haben sich dabei zu Fragen nach den Zugangsmöglichkeiten zur Unterstützung bei Behandlungsfehlern, nach der Art der Unterstützungsleistungen, der Rückmeldung an die Versicherten sowie der Organisation der Unterstützung bei den Krankenkassen geäußert.

Aussagekräftige Daten zur Gesamtzahl der jährlichen Unterstützungsfälle konnten dabei nicht gesammelt werden. Alle Krankenkassen gaben gegenüber der Verbraucherzentrale NRW an, dass sie ihre Versicherten bei Behandlungsfehlerverdacht unterstützen. Dabei haben sich interessanterweise die Unterstützungsleistungen aus Sicht der Krankenkassen infolge des PatRG im Wesentlichen nicht verändert.

Zu Art, Inhalt und Umfang der Unterstützungsleistungen hat die Verbraucherzentrale NRW ermittelt, dass über 95 Prozent der Krankenkassen nach eigenen Angaben ihren Versicherten zunächst immer eine allgemeine Aufklärung über ihre Rechte bei Behandlungsfehlern, die weiteren zur Rechtsverfolgung erforderlichen Schritte sowie die Unterstützungsmöglichkeiten der Krankenkasse bieten. Regelmäßig wird auch auf die Möglichkeit der Anrufung einer Schlichtungsstelle hingewiesen (70 Prozent immer, 20 Prozent meistens, 8 Prozent selten).

Darüber hinaus unternehmen die Krankenkassen es in der Regel selbst, den Sachverhalt anhand eigener Akten weiter zu klären (74 Prozent immer, 18 Prozent meistens, 8 Prozent selten). Genauso bedeutsam ist in der Unterstützungspraxis aber die Beschaffung von Behandlungsunterlagen bei Ärzten und Krankenhäusern (sowie die Anforderung von Befunden, Röntgenaufnahmen, Videos etc.). 73 Prozent der Krankenkassen werden immer und über 20 Prozent meistens oder zumindest selten in dieser Richtung tätig.

Höchst praxisrelevant ist schließlich auch die Beauftragung des MDK mit der Erstellung eines Gutachtens. 70 Prozent der Krankenkassen geben an, dass dies

---

<sup>140</sup> Verbraucherzentrale NRW, Unterstützung von Patienten mit Behandlungsfehlerverdacht, Ergebnisse der Befragung von Krankenkassen, 2014, abrufbar unter [www.verbraucherzentrale.nrw](http://www.verbraucherzentrale.nrw), Zugriff am 11.11.2016.

immer geschieht, nach 30 Prozent immerhin meistens. Der Begutachtung durch den MDK wird im Übrigen überwiegend eine medizinisch-juristische Fallberatung vorgeschaltet (42 Prozent immer, 16 Prozent meistens, 14 Prozent selten, 28 Prozent nie)<sup>141</sup>. Rückmeldung von der Krankenkasse erhalten die Versicherten in erster Linie dadurch, dass ihnen vom MDK erstellte Gutachten ausgehändigt werden (bei 92 Prozent der Krankenkassen immer, bei 8 Prozent meistens).

Ergänzend geben 70 Prozent der Krankenkassen ihren Versicherten zur Erläuterung der von ihrer Seite gewonnenen Erkenntnisse immer eine schriftliche Stellungnahme mit auf den Weg (12 Prozent meistens, 12 Prozent selten). Lediglich 29 Prozent gewähren immer telefonische Erläuterungen, aber 40 Prozent meistens und immerhin 27 Prozent selten. Nur 13 Prozent führen immer ein persönliches Gespräch durch, 11 Prozent meistens. 73 Prozent tun dies zumindest selten. Die Verbraucherzentrale NRW führt weiter aus, dass insgesamt 94 Prozent der Krankenkassen immer eine schriftliche und 33 Prozent immer eine mündliche Rückmeldung geben.

98 Prozent der Krankenkassen stellen dabei den Versicherten einen festen Ansprechpartner zur Seite (bei 88 Prozent der Krankenkassen ist im Übrigen die Wahl zwischen gleich- und gegengeschlechtlichen Kontakten möglich), der bei 94 Prozent der Krankenkassen dann auch grundsätzlich nicht mehr wechselt. Über die Qualifikation dieses Ansprechpartners ist damit freilich noch nichts gesagt. Bei 74 Prozent der Krankenkassen sind bestimmte Fachabteilungen für die Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlerverdacht (mit) zuständig (zu etwa gleichen Teilen Forderungsmanagement, Regressabteilung oder der Bereich Ersatzleistungen). Ansprechpartner können aber auch einzelne Personen sein (64 Prozent). 38 Prozent der Krankenkassen haben sogar separate Organisationseinheiten eingerichtet („Behandlungsfehlermanagement“). Die Verbraucherzentrale NRW deutet überdies an, dass vereinzelt den Versicherten auch externe Fachanwälte für Medizinrecht zur Verfügung stehen. Die zuständigen Mitarbeiter werden in aller Regel entsprechend geschult, Verantwortlichkeiten und Ressourcen festgelegt. Es gibt definierte Abläufe, die Unterstützungsmaßnahmen werden erfasst und teilweise (54 Prozent der Krankenkassen) auch evaluiert.

---

<sup>141</sup> S. dazu auch C.II.6.b)(2).

Die zuständigen Stellen sind im Erstkontakt grundsätzlich auf den üblichen Kommunikationswegen (Telefon, Fax, Post, E-Mail) erreichbar (60 Prozent auch durch ein Kontaktformular auf ihrer Website). 68 Prozent der an der Befragung teilnehmenden Krankenkassen geben an, dass Betroffene sich zunächst an die Servicehotline wenden sollen und von dort aus weitergeleitet werden. Im weiteren Verlauf sind auch persönliche Gespräche möglich. 98 Prozent der Krankenkassen werden dabei lediglich auf Anfrage im Einzelfall tätig.

Über die generelle Möglichkeit, Unterstützung seitens der Krankenkasse in Anspruch zu nehmen, informieren die Krankenkassen ihre Versicherten allerdings von sich aus auf unterschiedlichem Wege (nach eigenen Angaben 78 Prozent im Internet<sup>142</sup>, 60 Prozent in ihrem Mitgliedermagazin, 24 Prozent über Broschüren etc. und lediglich 4 Prozent in Anschreiben an die einzelnen Versicherten). Über die Hälfte der Krankenkassen stellt ihren Versicherten dann auch im konkreten Unterstützungsfall schriftliches Informationsmaterial zur Verfügung.

---

<sup>142</sup> S. dazu auch die eigenen Recherchen unter C.I.3.

### 3. Ergänzende Ergebnisse einer eigenen Online-Recherche

Um über diese Studienlage und Beschreibungen in der Literatur hinaus einen umfassenderen Eindruck von der Unterstützungspraxis der Krankenkassen zu gewinnen und so die vorhandenen Erkenntnisse zu überprüfen, gegebenenfalls zu aktualisieren und zu ergänzen, wurde eine systematische, onlinebasierte Recherche bei den 40 größten deutschen Krankenkassen mit jeweils über 200.000 Versicherten durchgeführt, darunter 15 Betriebskrankenkassen, 11 Allgemeine Ortskrankenkassen, 6 Innungskrankenkassen und 6 Ersatzkassen sowie die Knappschaft und die Landwirtschaftliche Krankenkasse.

Das Internet erweist sich in diesem Zusammenhang grundsätzlich als ein geeigneter und praxisnaher Informationsweg. Nach der Befragung der Verbraucherzentrale NRW aus dem Jahr 2014 informieren wie dargelegt knapp 80 Prozent der Krankenkassen auf ihrer Internetseite über ihr Unterstützungsangebot<sup>143</sup>. Dieses Ergebnis kann nach Durchführung eigener Recherchen bestätigt, inzwischen sogar nach oben korrigiert werden. Heute stellen nur noch wenige Krankenkassen keinerlei Online-Informationen zur Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht zur Verfügung. Tatsächlich liegt das Problem weniger beim „Ob“ als beim „Wie“ der Information. Die Studie der Verbraucherzentrale NRW berücksichtigt insofern die Qualität der veröffentlichten Informationen nicht.

Allzu oft sind die Angaben im Internet zu diesem Thema nur sehr oberflächlich und intransparent und beschränken sich auf wenige, allgemein gehaltene Sätze. Gleichzeitig finden sich aber durchaus auch ausführliche und anschauliche Darstellungen, die das Behandlungsfehlermanagement der jeweiligen Krankenkasse umfassend und verständlich abbilden. Vor allem (aber nicht nur) die größten, über entsprechende Ressourcen verfügenden Krankenkassen vermögen hier zu überzeugen. Die Informationspolitik der Krankenkassen ist insofern sehr unterschiedlich und uneinheitlich. Eine aussagekräftige Gesamtübersicht lässt sich vor diesem Hintergrund aus den untersuchten Quellen nicht ableiten. Dennoch sind die Rechercheergebnisse hilfreich, um den bislang von der Unterstützungspraxis gewonnenen Eindruck zu verfestigen und auf weitere Besonderheiten und Auffälligkeiten aufmerksam zu machen.

---

<sup>143</sup> S. dazu C.I.2.

Mitunter weisen die Krankenkassen in den gesichteten Informationsmaterialien auf ihre gesetzliche Verpflichtung zur Unterstützung oder sogar ausdrücklich auf § 66 SGB V hin. In erster Linie wird die Unterstützung jedoch als ein besonderer Service der Krankenkassen dargestellt. Soweit die Krankenkassen ihr Unterstützungsangebot darlegen, stellen sie meist auch allgemeine Informationen zu den Patientenrechten bei Behandlungsfehlern und dem Vorgehen bei Behandlungsfehlerverdacht zur Verfügung. Auch diese allgemeinen Informationen sind jedoch von höchst unterschiedlicher Qualität und Quantität. Für den konkreten Verdachtsfall wird sodann (soweit Angaben vorhanden) vor allem mit folgenden Unterstützungsleistungen geworben:

- Beratungsleistungen unterschiedlicher Form und Ausprägung, sowohl allgemeiner Natur als auch in Bezug auf spezielle medizinische und rechtliche Fragen (schriftlich, telefonisch, persönliches Gespräch);
- Hilfe bei der Sachverhaltsermittlung (einschließlich Erläuterung der Ergebnisse durch die Krankenkasse): Anleitung zur Erstellung eines Gedächtnisprotokolls, Herausgabe eigener Krankenkassenakten, Hilfe bei der Anforderung von Behandlungsunterlagen durch den Versicherten oder Anforderung (und Übermittlung) von Behandlungsunterlagen durch die Krankenkasse selbst (sofern Schweigepflichtentbindungserklärung erteilt);
- Übernahme des Schriftverkehrs mit der Gegenseite (und Dritten) oder zumindest Zurverfügungstellung von Formularen/Musterbriefen/Vordrucken;
- Einholung eines MDK-Gutachtens (einschließlich Übermittlung an den Versicherten und Erläuterung durch die Krankenkasse) sowie Einbindung des MDK in das Verfahren allgemein;
- Aufzeigen von Handlungsoptionen für die (gerichtliche oder außergerichtliche) Rechtsverfolgung, vor allem auch die mögliche Anrufung von Gutachterkommissionen/Schlichtungsstellen;
- Hinweise auf die qualifizierte Rechtsberatung und Vertretung durch Rechtsanwälte (einschließlich Hilfe bei der Anwaltssuche);
- Kontaktvermittlung zu Beratungsalternativen (Patientenvereinigungen/-beratungen oder Selbsthilfegruppen).

Gerade die Unterstützung in rechtlichen Fragen fällt dabei sehr uneinheitlich aus. Dürfte sich diese bei vielen Krankenkassen allein schon aufgrund fehlender Expertise auf die Zurverfügungstellung allgemeiner Informationen zu den Patientenrechten und ihrer Verfolgung beschränken – für alles Weitere wird auf spezialisierte Rechtsanwälte verwiesen –, bieten manche Krankenkassen zumindest eine grundlegende rechtliche (Erst-)Beratung hinsichtlich der Rechtsverfolgungsmöglichkeiten und ihrer Erfolgsaussichten im konkreten Einzelfall an, vereinzelt sogar auf eigene Kosten durch Fachanwälte für Medizinrecht. Die (gerichtliche) Vertretung ihrer Versicherten ist keiner Krankenkasse möglich. Teilweise wird jedoch die Zusammenarbeit mit dem Anwalt des Versicherten sowie die Prüfung des weiteren (gerichtlichen) Schriftverkehrs durch die Krankenkasse in Aussicht gestellt. Die Anrufung von Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen wird im Übrigen teilweise in die Richtung einer Alternative zur Unterstützung durch die Krankenkassen gerückt, jedenfalls aber als eine interessante (weil kostenfreie und zügige) Rechtsverfolgungsmöglichkeit dargestellt.

Darüber hinaus werden von den Krankenkassen grundsätzlich keine bei der Rechtsverfolgung anfallenden (Anwalts-/Prozess-)Kosten übernommen. Teilweise wird dies ausdrücklich damit begründet, dass den Krankenkassen eine finanzielle Unterstützung ihrer Versicherten nach geltendem Recht untersagt sei. Vereinzelt verweisen Krankenkassen in diesem Kontext auf die Möglichkeit des eigenständigen Abschlusses einer privaten (Patienten-)Rechtsschutzversicherung (gegebenenfalls sogar bei einem konkreten Partnerunternehmen) durch die Versicherten selbst. Eine Ausnahme stellt insofern das Angebot der IKK Nord dar, die in Kooperation mit einem großen privaten Rechtsschutzversicherer (ARAG) bereits heute jedem Teilnehmer an ihrem Bonusprogramm eine „Patienten-Rechtsschutzversicherung“ zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aufgrund ärztlicher Behandlungs- und Aufklärungsfehler zur Verfügung stellt und sich dabei ausdrücklich auch auf die Änderungen des PatRG und die Unterstützungsverpflichtung nach § 66 SGB V beruft. Dies scheint gerade angesichts der dargestellten Kostenproblematik und des daraus resultierenden finanziellen Unterstützungsbedarfs der Versicherten von besonderem Interesse<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> S. dazu B.III.

Allen Darstellungen lässt sich entnehmen, dass eine Unterstützung durch die Krankenkassen grundsätzlich nur auf Anfrage durch die Versicherten erfolgt. Bisweilen wird auf die Bedeutung einer frühzeitigen Information der Krankenkasse hingewiesen. Es finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass Krankenkassen von sich aus auf Versicherte zugehen und auf potentielle Behandlungsfehler und die damit verbundenen Rechtsverfolgungsmöglichkeiten hinweisen. Vereinzelt wird das eigene (Regress-)Interesse der Krankenkasse an einer umfassenden Rechtsverfolgung angesprochen, um das besondere Engagement der Krankenkasse auf diesem Gebiet zu betonen, sowie die damit verbundenen Handlungsoptionen der Krankenkasse selbst angedeutet. Informationen aus dem Regressverfahren können auch dem Versicherten zu Gute kommen. Manche Krankenkassen bieten sogar an, dass unter Umständen das Regressverfahren abgewartet und anschließend für den Versicherten fruchtbar gemacht werden kann.

Grundsätzlich kann der Versicherte mit seiner Krankenkasse über deren allgemeine Service-Hotline telefonisch Kontakt aufnehmen und wird von dort an die zuständige Stelle vermittelt. Viele Krankenkassen bieten aber auch eine spezielle „Behandlungsfehler-Hotline“ an, über die sich die Versicherten direkt an die zuständigen Mitarbeiter wenden können. Dem untersuchten Medium entsprechend werden darüber hinaus vor allem auch besondere E-Mail-Adressen genannt und Kontaktformulare zur Verfügung gestellt. Aber auch der Kontakt per Post oder Fax ist jedenfalls über die allgemeinen Anschriften der Krankenkasse stets möglich. Die genauen internen Strukturen werden dabei aus den Internetangeboten häufig nicht ersichtlich, mitunter ist aber durchaus von spezialisierten Organisationseinheiten die Rede oder es werden konkrete Ansprechpartner angeführt.

Zusätzlich wurden im Übrigen auch die Satzungen der in die Recherche einbezogenen Krankenkassen im Hinblick auf Regelungen zur Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlerverdacht untersucht. Die Ergebnisse sind schnell zusammengefasst: Mehrheitlich enthalten die Satzungen gar keine Bestimmung zu dieser Thematik. In einigen Fällen erfolgt zumindest ein pauschaler Verweis auf § 66 SGB V oder dessen wortlautgetreue Übernahme in die Satzung. Nur ganz vereinzelt wird darüber hinaus die Unterstützungsleistung in der Satzung im Einzelnen näher präzisiert und so der allgemeine Rechtsrahmen des § 66 SGB V konkretisiert.

#### 4. Beispiel: Behandlungsfehlermanagement der AOK Bayern

Nicht nur von Seiten der Krankenkassen wird die organisierte und strukturierte Umsetzung des § 66 SGB V häufig als „Behandlungsfehlermanagement“ bezeichnet<sup>145</sup>. In der einschlägigen Fachliteratur hat in jüngerer Zeit (nach Inkrafttreten des PatRG) die AOK Bayern ausführlich darüber berichtet<sup>146</sup>. Sie hat nach eigenen Angaben insgesamt knapp 4,4 Mio. Versicherte und ist damit die größte AOK und die viertgrößte deutsche Krankenkasse insgesamt.

Die AOK Bayern gibt an, dass sie seit dem Jahr 2000 ihre Versicherten systematisch bei Behandlungsfehlerverdacht unterstützt. Das Behandlungsfehlermanagement ist dabei Teil des Bereichs Verbraucherschutz. Spezielle Organisationseinheit des Behandlungsfehlermanagements ist die Patientenberatung mit spezialisierten Fachteams. Diese werden zudem durch ein medizinisch-juristisches Serviceteam ergänzt, das im Übrigen auch die Aufgabe der (außergerichtlichen oder gerichtlichen) Schadensregulierung in Bezug auf Regressansprüche der Krankenkasse übernimmt.

Zur Durchsetzung eigener Regressansprüche berichtet die AOK Bayern dabei, sie habe seit dem Jahr 2000 – im Rahmen von Vergleichen und Prozessen – über 80 Mio. Euro eingenommen. Dabei sind die Jahreseinnahmen insbesondere ab dem Jahr 2013 stark gestiegen: Waren es 2013 nach eigenen Angaben noch knapp 6,8 Mio. Euro, wurden 2014 schon knapp 8,3 Mio. Euro und 2015 9,6 Mio. Euro erwirtschaftet. Es wird dabei geschätzt, dass auch die Versicherten selbst etwa die gleiche Summe geltend machen konnten.

Die Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht beginnt bei der AOK Bayern damit, dass der Versicherte sich an die Krankenkasse wendet und (regelmäßig telefonisch) das Gespräch mit der Patientenberatung sucht, die dann unter anderem eine grundlegende Rechtsberatung durchführt. Die eigentliche Anspruchsdurchsetzung kann die Krankenkasse dem Versicherten nicht abnehmen, insofern wird auf die Hinzuziehung eines Fachanwalts für Medizinrecht verwiesen (und bei der Anwaltssuche geholfen). Mit diesem kann die AOK Bayern sodann

---

<sup>145</sup> Begriff so auch bei *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 5; *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 1; *Marburger*, ZfS 2007, 108, 112; *ders.*, Die Leistungen 2008, 705 f.; *ders.*, Die Leistungen 2009, 193, 200; *ders.*, WzS 2013, 131, 132; *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1483; *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 286; *Finn*, WzS 2015, 99, 100.

<sup>146</sup> S. zum Folgenden *Schirmer/Stark*, Welt der Krankenversicherung 2016, 183 ff.; bereits *Brum*, in: MDK Bayern, Der Medizinische Behandlungsfehler, 2013, S. 77 ff.

durchaus zusammenarbeiten. Allgemein berät sie ihre Versicherten bei der Korrespondenz mit Anwälten und Versicherungen und vermittelt zwischen Versichertem und Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherung. Dabei werden vor allem außergerichtliche Vergleiche gefördert, um aufwendige Zivilprozesse möglichst zu vermeiden. Auch bei der Anrufung der Gutachterkommission der Landesärztekammer gibt die Krankenkasse Hilfestellung. Es können überdies Kontakte zu Patientenvereinigungen und Selbsthilfeeinrichtungen vermittelt werden. Insgesamt werden Versicherte während des gesamten Verlaufs der Rechtsverfolgung von der AOK Bayern begleitet und informiert.

Die Patientenberatung unterstützt den Versicherten insbesondere bei der Klärung des Sachverhalts. Vorbereitend wird insofern die Erstellung eines Gedächtnisprotokolls durch den Versicherten mit allen relevanten Informationen empfohlen. Die Patientenberatung fordert (nach Erteilung einer Schweigepflichtentbindungserklärung durch den Versicherten) auch Behandlungsunterlagen bei Leistungserbringern an, wobei sich laut AOK Bayern in der Praxis immer wieder Probleme ergeben, und übernimmt die dabei entstehenden Kosten. Auch medizinische Fragen können beantwortet werden. Dem zentralen Schritt, der für den Versicherten kostenfreien Beauftragung des MDK Bayern mit der Erstellung eines Gutachtens, wird im Übrigen regelmäßig eine gemeinsame Vorberatung von Krankenkasse und MDK vorgeschaltet.

Im Jahr 2015 führte die AOK Bayern so 2.943 Beratungen bei Behandlungsfehlerverdacht durch (seit dem Jahr 2000 insgesamt 34.436). In 1.497 Fällen wurden medizinische Gutachten in Auftrag gegeben (insgesamt 15.228). In 499 Fällen wurden dabei Behandlungsfehler festgestellt (insgesamt 5.164)<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> S. zu den Jahren 2013 bis 2015 zusätzlich die Statistik Behandlungsfehlermanagement-Daten 2013-2015 der AOK Bayern, abrufbar unter [www.bayern.aok.de](http://www.bayern.aok.de), Zugriff am 11.11.2016.

## II. Unterstützungsmöglichkeiten nach geltendem Recht

### 1. Voraussetzungen des § 66 SGB V

#### a) Verfolgung von Schadensersatzansprüchen

Nach § 66 SGB V sollen die Krankenkassen die Versicherten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen, die bei der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen aus Behandlungsfehlern entstanden sind und nicht nach § 116 SGB X auf die Krankenkassen übergehen, unterstützen.

Der Anwendungsbereich der Vorschrift umfasst mithin zunächst die (Rechts-)Verfolgung von zivilrechtlichen<sup>148</sup> Schadensersatzansprüchen, gleich ob aus Vertrag (§§ 280 Abs. 1, 630a BGB) oder Delikt (in erster Linie gemäß § 823 Abs. 1 BGB)<sup>149</sup>. Das Interesse des Versicherten an einer Strafverfolgung oder disziplinarischen Ahndung genügt nicht<sup>150</sup>. Offen ist, ab wann Versicherte Ansprüche „verfolgen“<sup>151</sup>. Begrifflich ausreichend ist wohl, dass der Versicherte Schadensersatzansprüche gegenüber Leistungserbringern zu verwirklichen sucht<sup>152</sup>. Nach allgemeiner Auffassung ist sowohl die gerichtliche als auch die vorgerichtliche und außergerichtliche Rechtsverfolgung erfasst<sup>153</sup>. Auch eine Unterstützung im Rahmen der außergerichtlichen Streitbeilegung ist damit geboten<sup>154</sup>, obgleich die ursprüngliche Gesetzesbegründung durchaus ein anderes Verständnis nahelegt: Dort wird geschildert, ein Verfahren vor einer Gutachterkommission oder Schlichtungsstelle sei nicht immer möglich, insbesondere wenn der Gegner an einem

---

<sup>148</sup> Sozialrechtliche Ansprüche sind nicht erfasst, vgl. BayLSG, Urt. v. 20.1.2005 – L 4 KR 25/02, Rdnr. 35 f., zitiert nach juris; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 7.

<sup>149</sup> BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach juris; *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 1; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 6; *Roters*, in: *KassKomm*, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 15; *Steinmeyer*, in: *Bergmann/Pauge/Steinmeyer*, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 2; *Henle*, in: *Hänlein/Schuler*, SGB V, 5. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4; *Scholz*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 1; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4; *Finn*, *WzS* 2015, 99, 100; *Sikorski*, *MedR* 2001, 188, 189.

<sup>150</sup> *Sikorski*, *MedR* 2001, 188, 189.

<sup>151</sup> Vgl. *Süß*, *MedR* 2016, 86.

<sup>152</sup> *Finn*, *WzS* 2015, 99, 102.

<sup>153</sup> BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach juris; *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 1; *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 4; *Roters*, in: *KassKomm*, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 15; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4.

<sup>154</sup> Vgl. *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 11.

solchen nicht teilnehmen wolle oder dürfe, weshalb eine Unterstützung bei der – folglich übrigen – Rechtsverfolgung einzuführen sei<sup>155</sup>.

Trotz des insofern nicht unbedingt glücklich gewählten Wortlauts (Verfolgung von Schadensersatzansprüchen aus Behandlungsfehlern, die „entstanden sind“ statt „entstanden sein könnten“<sup>156</sup> – gleiches gilt im Übrigen für die Überschrift „Unterstützung von Versicherten bei Behandlungsfehlern“ statt „Behandlungsfehlerverdacht“) kommt es im Übrigen nicht darauf an, ob ein solcher Anspruch tatsächlich besteht – dies wird ja gerade im Rahmen der zu unterstützenden Rechtsverfolgung erst geklärt –, er muss vielmehr lediglich in Betracht kommen. Die Möglichkeit eines Anspruchs muss plausibel erscheinen, es müssen zumindest einige Anhaltspunkte gegeben sein, woran jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind<sup>157</sup>. Die Erfolgsaussichten spielen grundsätzlich keine Rolle<sup>158</sup>. Der Anspruch darf lediglich nicht offensichtlich ausscheiden<sup>159</sup>.

## **b) Versicherteneigenschaft des zu Unterstützenden**

Grundlegende Voraussetzung für eine Unterstützung durch die Krankenkasse ist zunächst, dass der zu Unterstützende zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Unterstützungsbegehrens bei der jeweiligen Krankenkassen versichert ist, also eine Mitgliedschaft im Sinne der §§ 5 ff., 186 ff. SGB V vorliegt<sup>160</sup>. Anspruchsgegner des § 66 SGB V ist die Krankenkasse, bei der der Versicherte im Zeitpunkt der Unterstützung versichert ist, auf den Zeitpunkt des möglichen Behandlungsfehlers kommt es insofern grundsätzlich nicht an<sup>161</sup>. Zum Zeitpunkt der in Frage stehenden Behandlung muss ein Anspruch auf Versicherungsleistungen bestanden haben,

<sup>155</sup> BT-Dr. 11/2237, S. 189. S. dazu auch C.II.6.c)(2)(d).

<sup>156</sup> Vgl. insofern auch *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 1; *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 1; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnrn. 6, 10; *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnrn. 5, 12.

<sup>157</sup> So *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 3; s. auch *Scholz*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 2; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4.

<sup>158</sup> Vgl. BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach *juris*; *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 4; *Finn*, WzS 2015, 99, 102.

<sup>159</sup> In diese Richtung auch *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 16.

<sup>160</sup> *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 2: möglich ist auch eine fingierte (§ 189 SGB V) oder fortbestehende Mitgliedschaft (§§ 192, 193 SGB V), nicht anwendbar ist hier hingegen § 19 Abs. 2 SGB V.

<sup>161</sup> *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 4.

jedoch nicht unbedingt gegenüber der Krankenkasse, von der die Unterstützung begehrt wird<sup>162</sup>.

Teilweise wird es für vertretbar (der Krankenkasse jedenfalls nicht zu verwehren und letztlich aus praktischen Gründen unvermeidbar) gehalten, auch ausgeschiedene Mitglieder (etwa nach Krankenkassenwechsel, §§ 173 ff. SGB V) zu unterstützen, da die Geltendmachung von Ansprüchen aus Behandlungsfehlern oft längere Zeit dauere und nur die zum Zeitpunkt des Behandlungsfehlers zuständige Krankenkasse über die relevanten Informationen verfüge<sup>163</sup>. § 19 Abs. 1 SGB V, wonach ein Anspruch auf Leistungen grundsätzlich mit dem Ende der Mitgliedschaft erlischt, sei insofern einschränkend auszulegen<sup>164</sup>. In jedem Fall kann der ausgeschiedene Versicherte von seiner ehemaligen Krankenkasse nur die Informationen verlangen, welche ihr noch vorliegen; für jede darüber hinausgehende Unterstützung ist – wie für alle anderen Behandlungsleistungen – die aktuelle Krankenkasse zuständig<sup>165</sup>. Diese kann dabei auch die einschlägigen Unterlagen bei der ehemaligen Krankenkasse anfordern<sup>166</sup>. Zu dieser Form der Zusammenarbeit sind insofern beide Krankenkassen verpflichtet. Es besteht mithin in der Tat für die ehemalige Krankenkasse nach Beendigung der Mitgliedschaft noch eine gewisse nachwirkende Treuepflicht<sup>167</sup>. Die gleichen Regeln dürften gelten, wenn der Versicherte das GKV-System verlässt. Verstirbt der Versicherte – etwa infolge des Behandlungsfehlers selbst –, so endet die Mitgliedschaft in der Krankenkasse<sup>168</sup> und damit zwangsläufig auch die Unterstützung. Die Rechtsnachfolger des Verstorbenen können allenfalls die Rechte geltend machen, die auch ausgeschiedenen Versicherten gegen ihre ehemalige Krankenkasse zustehen.

---

<sup>162</sup> *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 2: insofern ist auch § 19 Abs. 2 SGB V anwendbar; *Finn*, WzS 2015, 99, 100.

<sup>163</sup> *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 8, freilich gegen eine Verpflichtung.

<sup>164</sup> *Henle*, in: *Hänlein/Schuler*, SGB V, 5. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 7.

<sup>165</sup> *Roters*, in: *KassKomm*, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 3; im Anschluss daran *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4.

<sup>166</sup> *Scholz*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 3.

<sup>167</sup> Vgl. *Scholz*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 1, ohne jedoch genauer auf diese Pflicht einzugehen.

<sup>168</sup> Vgl. §§ 189 Abs. 2 S. 2, 190 Abs. 1, 191 Nr. 1 SGB V.

### c) Relevante Fehlerkategorien

§ 66 SGB V bezieht sich nicht abstrakt auf die Unterstützung bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen, sondern nennt ausdrücklich einen konkreten Haftungsgrund. Vorgesehen ist eine Unterstützung nur, sofern der Versicherte (möglicherweise) Opfer eines Behandlungsfehlers im Sinne einer Abweichung vom medizinischen Standard in seiner haftungsrechtlichen Ausprägung als „Facharztstandard“ geworden ist<sup>169</sup>. Der Standard gibt Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann<sup>170</sup>. Für das Behandlungsvertragsrecht fordert § 630a Abs. 2 BGB, dass die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist<sup>171</sup>.

Der weite Behandlungsfehlerbegriff umfasst auch Organisationsfehler<sup>172</sup>. Ebenso fallen Fehler bei der Sicherungsaufklärung (nunmehr § 630c Abs. 2 S. 1 BGB) unmittelbar unter den Behandlungsfehlerbegriff<sup>173</sup> und damit in den Anwendungsbereich des § 66 SGB V. Über den Wortlaut hinaus erfasst § 66 SGB V neben Behandlungsfehlern aber auch Mängel in Bezug auf die Selbstbestimmungsaufklärung<sup>174</sup>, also die Aufklärung über sämtliche für die Einwilligung (§ 630d BGB) wesentlichen Umstände, § 630e Abs. 1 S. 1 BGB. Nach allgemeiner Auffassung im Schrifttum<sup>175</sup> ist § 66 SGB V diesbezüglich weit auszulegen. Auch in der Unterstützungspraxis der Krankenkassen wird insofern nicht zwischen Behandlungs- und Aufklärungsfehlern differenziert<sup>176</sup>. Hätte der Gesetzgeber an dieser einhelligen Meinung und eindeutigen Praxis etwas ändern

<sup>169</sup> Zum Begriff s. Katzenmeier, in: HK-AKM, 39. Aktualisierung 2011, Behandlungsfehler, Nr. 750, Rdnrn. 2 ff.; ders., in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. X, Rdnrn. 3 ff.

<sup>170</sup> St. Rspr. des BGH, zuletzt BGH NJW 2016, 713, 714; 2015, 1601 = MedR 2015, 724, 725.

<sup>171</sup> S. dazu Katzenmeier, in: HK-AKM, 56. Aktualisierung 2014, Behandlungsvertrag, Nr. 800, Rdnrn. 25 f.

<sup>172</sup> Vgl. Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. X, Rdnrn. 41 ff.

<sup>173</sup> Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. V, Rdnrn. 16 f.

<sup>174</sup> Zu dieser Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. V, Rdnrn. 14 f.; Rdnrn. 1 ff. zu den Grundlagen der Aufklärungspflicht; Rdnrn. 26 ff. zu ihrem Umfang.

<sup>175</sup> Nebendahl, in: Spickhoff, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 3; Rehborn, in: Berchtold/Huster/Rehborn, *Gesundheitsrecht*, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 5; Scholz, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 2; Meier, *BtPrax* 2013, 132, 134; Finn, *WzS* 2015, 99, 101; nach Süß, *MedR* 2016, 86 offen.

<sup>176</sup> Vgl. etwa die Jahresstatistik 2015 des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen (MDS) zur Behandlungsfehler-Begutachtung der MDK-Gemeinschaft, abrufbar unter [www.mds-ev.de](http://www.mds-ev.de), Zugriff am 11.11.2016, die auch Aufklärungs- zu den Behandlungsfehlern zählt.

wollen, wäre eine einschränkende (und damit dem Ziel der Stärkung der Patientenrechte zuwiderlaufende) Klarstellung im Rahmen des PatRG oder seiner Begründung geboten gewesen<sup>177</sup>. Es ist jedoch in der Tat kein Grund ersichtlich, die Krankenkassen an dieser Stelle auf bestimmte Aspekte der Rechtsverfolgung zu limitieren. Nach Sinn und Zweck der Norm ist die Unterstützungstätigkeit auf alle anspruchsbegründenden Fälle ärztlichen (Fehl-)Verhaltens zu erstrecken<sup>178</sup>. Der Versicherte begegnet bei Aufklärungsfehlern denselben Rechtsdurchsetzungsschwierigkeiten wie bei Behandlungsfehlern. Jedes andere Verständnis der Vorschrift wäre überdies praxisfern, werden Behandlungs- und Aufklärungsfehlervorwurf schließlich häufig gemeinsam geltend gemacht. Freilich liegt der Schwerpunkt der Unterstützung weiterhin im Gebiet der Behandlungsfehlerhaftung. In der Folge wird deshalb, der vereinfachten und abgekürzten Terminologie des Gesetzes folgend, weiterhin nur von Behandlungsfehlern die Rede sein.

#### **d) Inanspruchnahme einer GKV-Leistung**

Der (potentielle) Fehler muss bei der Inanspruchnahme einer GKV-Leistung (im Sinne der §§ 11 ff. SGB V) begangen worden sein<sup>179</sup>. Unerheblich ist dabei, ob die Leistung auf Antrag gewährt oder direkt bei den Leistungserbringern in Anspruch genommen wurde<sup>180</sup>. Es muss jedoch ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Behandlungsfehler und GKV-Leistung bestehen<sup>181</sup>. Diese Voraussetzung ist grundsätzlich weder bei Maßnahmen der sogenannten „Wellnessmedizin“ und bloßen Schönheitsoperationen, also medizinisch nicht indizierten Maßnahmen, noch bei Individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL) oder der Versorgung mit über die Regelversorgung hinausgehendem Zahnersatz gegeben, die der Patient selbst bezahlt oder über eine private Versicherung finanziert<sup>182</sup>. Ausreichend ist es, wenn

<sup>177</sup> So *Finn*, WzS 2015, 99, 101, auch Fn. 33.

<sup>178</sup> S. auch *Stegers*, in: *ders./Hansis/Alberts/Scheuch*, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2008, Rdnr. 822.

<sup>179</sup> Diese Voraussetzung betont bereits BT-Dr. 11/2237, S. 189; s. auch die Antwort der Bundesregierung auf die schriftliche Frage nach der Unterstützung bei IGeL-/PKV-Leistungen, BT-Dr. 17/10968, S. 82 f.

<sup>180</sup> *Roters*, in: *KassKomm*, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 11.

<sup>181</sup> *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 5; *Meier*, BtPrax 2013, 132, 134; *Finn*, WzS 2015, 99, 100.

<sup>182</sup> Vgl. *Scholz*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 1; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 5; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 9; *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 3; *ders.*, SGB 2013, 162, 166, Fn. 27; *Meier*, BtPrax 2013, 132, 134; *Finn*, WzS 2015, 99, 100.

die Krankenkasse die Kosten einer Leistung, bei der es zu einem Behandlungsfehler kommt, zumindest teilweise übernimmt (oder übernehmen müsste)<sup>183</sup>. Letztlich geht es um eine angemessene Abgrenzung der Verantwortungsbereiche: „Die Mitverantwortung der Krankenkassen für die Qualität von Behandlungsleistungen endet dort, wo auch die Leistungspflicht der Krankenkassen selbst endet“<sup>184</sup>.

### e) Ausschluss von auf die Krankenkassen übergegangenen Ansprüchen

Es darf sich überdies nicht um Ansprüche handeln, die nach § 116 SGB X auf die Krankenkassen übergehen. Für die Geltendmachung dieser Ansprüche sind die Krankenkassen ohnehin selbst verantwortlich. Sie können aus kraft Gesetzes auf sie übergegangenem Recht (*cessio legis*) gegen den Schädiger vorgehen. Die Versicherten können dann nicht etwa den Drittschaden der Krankenkasse liquidieren<sup>185</sup>. Sie haben insofern kein (aus der Verfolgung von eigenen Ansprüchen abzuleitendes) berechtigtes Unterstützungsinteresse.<sup>186</sup> Die Ausklammerung hat mithin vornehmlich klarstellende Funktion<sup>187</sup>. Ein Schadensersatzanspruch geht nach § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X<sup>188</sup> auf den Versicherungsträger über, soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadensersatz beziehen (sachliche und zeitliche Kongruenz<sup>189</sup>). Im Bereich der GKV erfasst die Regelung in erster Linie den materiellen Schadensersatzanspruch auf Ersatz der Behandlungskosten. Derartige materielle Schäden werden bereits durch die Krankenkassen abgesichert und aufgefangen. Nicht erfasst – und deshalb weiterhin über das Haftungsrecht (und gegebenenfalls einen Zivilprozess) vom Patienten durchzusetzen – sind vor allem Ansprüche auf Schmerzensgeld<sup>190</sup> sowie unter Umständen auf Ersatz von

<sup>183</sup> So auch *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Roters*, in: *KassKomm*, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Henle*, in: *Hänlein/Schuler*, SGB V, 5. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 6; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 5; *Meier*, *BtPrax* 2013, 132, 134; *Finn*, *WzS* 2015, 99, 100.

<sup>184</sup> *Wenner*, *SGB* 2013, 162, 166, nach dem es ggf. genüge, wenn unter Verweis auf eine IGel eine GKV-Leistung unterblieben sei.

<sup>185</sup> *Finn*, *WzS* 2015, 99.

<sup>186</sup> Vgl. *Roters*, in: *KassKomm*, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 6.

<sup>187</sup> Vgl. *Scholz*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 2.

<sup>188</sup> Vgl. für die PKV §§ 194 Abs. 1 S. 1, 86 Abs. 1 S. 1 VVG.

<sup>189</sup> Näher *Kater*, in: *KassKomm*, 85. Erg.-Lfg. 2015, § 116 SGB X, Rdnrn. 100 ff.; *Nehls*, in: *Hauck/Noftz*, SGB X, Stand 11/14, § 116, Rdnrn. 11 ff.

<sup>190</sup> *BayLSG*, *Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98*, Rdnr. 14, zitiert nach *juris*: Schmerzensgeldforderungen gehen nicht auf Sozialversicherungsträger über, da diese kein Schmerzensgeld gewähren; *Finn*, *WzS* 2015, 99; *Hauser*, *KH* 2015, 849, 850; *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 2;

Verdienstaussfall<sup>191</sup> oder Haushaltsführungsschäden<sup>192</sup>. Praktische Bedeutung entfaltet § 66 SGB V damit vor allem im Hinblick auf die Geltendmachung von Schmerzensgeld (§ 253 Abs. 2 BGB) durch den Versicherten.

---

*Roters*, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 6; *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 15; *Steinmeyer*, in: *Bergmann/Pauge/Steinmeyer*, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 2; *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. X, Rdnr. 127. Auch der Gesetzgeber hatte vornehmlich Ansprüche auf Schmerzensgeld vor Augen, vgl. BT-Dr. 11/2237, S. 189.

<sup>191</sup> BayLSG, Urt. v. 20.1.2005 – L 4 KR 25/02, Rdnr. 35, zitiert nach *juris*; *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 4; *Henle*, in: *Hänlein/Schuler*, SGB V, 5. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4; *Marburger*, ZfS 2007, 108, 111; *Sikorski*, MedR 2001, 188, 189.

<sup>192</sup> *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 6; *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 2.

## 2. Exkurs: Synergien aus dem Regress nach § 116 SGB X

Trotz der eindeutigen Ausklammerung auf sie übergegangener Ansprüche in § 66 SGB V beeinflusst die Geltendmachung von Regressforderungen durch die Krankenkassen dennoch potentiell die Unterstützungsmöglichkeiten zugunsten der Versicherten. Zur allgemeinen Fachkompetenz der Krankenkassen kommt der für die Patientenseite wertvolle Erkenntnisgewinn hinzu, der bei der Durchsetzung von nach § 116 SGB X übergegangenen Ansprüchen reflexartig als Nebenprodukt abfällt und für den Patienten in erster Linie wertvolle Erkenntnisse tatsächlicher, medizinischer und rechtlicher Art bereithält. Aus § 76 Abs. 2 SGB IV ergibt sich dabei, dass Sozialversicherungsträger grundsätzlich zur Geltendmachung ihnen zustehender Ansprüche verpflichtet sind. Die Durchsetzung der Ansprüche des Geschädigten bleibt freilich nach § 116 Abs. 4 SGB X vorrangig<sup>193</sup>.

In beiden Prozessen, dem Arzthaftungs- und dem Regressprozess, geht es letztlich um denselben Haftungsgrund, der vom jeweiligen Kläger bewiesen werden muss. Einzig in Bezug auf die unterschiedlichen Schadensposten ist danach zu unterscheiden, ob sie kraft Gesetzes zediert sind. Wegen dieser Identität des Haftungsgrunds kann die eigenständige Rechtsverfolgung durch die Krankenkasse auch dem Versicherten bei der Verfolgung der ihm verbliebenen Ansprüche zu Gute kommen<sup>194</sup>. Umgekehrt mag eine Krankenkasse von den Erkenntnissen aus einem Vorprozess des Patienten für das Regressverfahren profitieren<sup>195</sup>. Im Zusammenspiel von § 66 SGB V und § 116 SGB X scheinen mithin ungenutzte Synergien verborgen<sup>196</sup>. Dies gilt umso mehr, als in der Praxis die bei den Krankenkassen zuständigen Stellen häufig, wenn auch nicht zwangsläufig, identisch sind<sup>197</sup>.

Bei alledem ist jedoch zu beachten, dass zur Vermeidung langwieriger und kostspieliger Rechtsstreitigkeiten (ungewissen Ausgangs) in der Praxis unter

<sup>193</sup> Dies betonen auch *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1485; *Marburger*, ZfS 2007, 108, 111.

<sup>194</sup> Vgl. *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 8; *Marburger*, ZfS 2007, 108, 112; *ders.*, Die Leistungen 2008, 705, 707; *ders.*, KrV 2015, 182, 183 f.

<sup>195</sup> In diese Richtung *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 1 unter Verweis auch auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz in der GKV; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnrn. 9, 14; *Finn*, WzS 2015, 99, 100; s. auch *Marburger*, ZfS 2007, 108, 112; *ders.*, Die Leistungen 2008, 705, 706; *ders.*, WzS 2011, 71, 72, der jeweils die Kenntniserlangung auf diesem Wege betont; zur gemeinsamen Interessenlage auch *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1485.

<sup>196</sup> Ähnlich bereits *Bogs*, in: *FS Deutsch*, 1999, S. 463, 468 f.

<sup>197</sup> Vgl. insofern etwa die Angaben zum Behandlungsfehlermanagement der AOK Bayern unter C.I.4.

Umständen gar keine einzelnen Regressansprüche verfolgt werden, sondern zwischen Krankenkassen und Haftpflichtversicherern vielmehr sogenannte (Regressverzichts- und Schadens-)Teilungsabkommen geschlossen werden, in denen die Forderungen (unter Verzicht auf eine Sach- und Rechtsprüfung im Einzelfall, sofern bestimmte Schadensobergrenzen nicht überschritten werden) anteilig pauschal abgegolten werden<sup>198</sup>. Die vertragliche Vereinbarung einer solchen Pauschalierung von Ersatzansprüchen ist gemäß § 116 Abs. 9 SGB X zulässig<sup>199</sup>. Aufgrund der Mechanismen von Teilungsabkommen mag es dabei vorkommen, dass eine Krankenkasse zwar „Schadensersatz“ erhält, der Patient hingegen nicht – er kann sich auf das Teilungsabkommen nicht berufen<sup>200</sup>.

Bereits im Jahr 1996 wurde von der Sonderkonferenz der für das Gesundheitswesen zuständigen Landesministerien das zurückhaltende Regressverhalten der Kostenträger gegenüber den Leistungserbringern als Defizit bei der Gewährleistung des Patientenschutzes kritisiert<sup>201</sup>. Auch in der Literatur wurde vermehrt Kritik am Verhalten der Krankenkassen laut<sup>202</sup>. In den letzten Jahren ist allerdings durchaus zu beobachten, dass Krankenkassen zunehmend im Regresswege gegen Ärzte und Krankenhäuser vorgehen<sup>203</sup>. Krankenkassen sind heute nicht zuletzt aufgrund verbesserter interner Strukturen und Informationswege in der Lage, effektiver (und effizienter) im Einzelfall Regress zu nehmen<sup>204</sup>.

Regress- und Haftungsfragen sind dabei rechtlich freilich streng zu trennen, insbesondere ist das Ergebnis des einen Verfahrens für das andere grundsätzlich nicht präjudizierend. Gemäß § 325 Abs. 1 ZPO wirkt ein rechtskräftiges Urteil nur für und gegen die Prozessparteien sowie die Personen, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind (subjektive Rechtskraft). Der Rechtsübergang nach § 116 SGB X auf die Krankenkasse erfolgt

---

<sup>198</sup> Näher *Kunte*, *VersR* 2011, 307 ff.; *Plagemann/Schafhausen*, *NZV* 1991, 49 ff.; s. auch *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 212 ff.; *ders.*, *VersR* 2002, 1449, 1454; allg. *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 13. Aufl. 2016, Rdnrn. 786 ff.; bereits *Brüggemeier*, *AcP* 1982 (182), 385, 415 f.

<sup>199</sup> Näher *Kater*, in: *KassKomm*, 85. Erg.-Lfg. 2015, § 116 SGB X, Rdnrn. 270 ff.; *Nehls*, in: *Hauck/Noftz*, *SGB X*, Stand 11/14, § 116, Rdnrn. 58 ff.

<sup>200</sup> *Marburger*, *ZfS* 2007, 108, 110.

<sup>201</sup> Vgl. *MedR* 1997, 460. Dazu *Katzenmeier*, *MedR* 1997, 498, 500: Die damit verbundene Einbuße an Präventivwirkung des Haftpflichtrechts geht grds. nicht mit einem Durchsetzungsdefizit auf Seiten des Geschädigten einher.

<sup>202</sup> Dazu *Püster*, *Entwicklungen der Arzthaftpflichtversicherung*, 2013, S. 111 m.w.N.; s. etwa *Bogs*, in: *FS Deutsch*, 1999, S. 463, 465, 474; *Wagner*, *VersR* 1999, 1441, 1447 f.; dagegen *Marburger*, *VersR* 2000, 699.

<sup>203</sup> Vgl. *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. X, Rdnr. 128.

<sup>204</sup> Näher zu den Gründen *Püster*, *Entwicklungen der Arzthaftpflichtversicherung*, 2013, S. 111 m.N.

jedoch bereits im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses<sup>205</sup>, also zwangsläufig vor Rechtshängigkeit, so dass auch die Rechtskraft eines Urteils im Verfahren zwischen Arzt und Patient auf das Verhältnis zwischen den Prozessparteien beschränkt bleibt (§ 325 Abs. 1 Halbs. 1 ZPO). § 325 Abs. 2 ZPO beinhaltet sodann lediglich eine Ausnahme vom (hier wie dargelegt nicht anwendbaren) Grundsatz des § 325 Abs. 1 Halbs. 2 ZPO, keine Erweiterung dieser Norm. Im Übrigen vermag der insofern materiell-rechtlich einschlägige § 407 Abs. 2 BGB (in Verbindung mit § 412 BGB) als reine Schuldnerschutzvorschrift an diesem Ergebnis ohnehin nichts zu ändern<sup>206</sup>.

In der Praxis ist es nichtsdestotrotz üblich, dass sich Haftpflichtversicherung und Krankenkasse darauf einigen, den Ausgang des Arzthaftungsverfahrens abzuwarten. Beruft sich die Haftpflichtversicherung der Behandlungsseite allerdings darauf, nur aus Kulanz gegenüber dem Verletzten gezahlt zu haben, dann wird ein weiterer Prozess der Krankenkasse häufig unvermeidbar sein. Vor allem umgekehrt (Abwarten des Ausgangs im Regressprozess) werden durch derartige Vereinbarungen Rechtsverfolgungskosten gespart<sup>207</sup>. Allgemein kommt es im Vorfeld der Rechtsverfolgung häufig zu Abstimmungen zwischen Geschädigtem und seiner Krankenkasse, um eine einheitliche Marschrichtung zu finden. Diese Zusammenarbeit wird im Wesentlichen – unabhängig von einer Unterstützung des Patienten nach § 66 SGB V – im Austausch von Informationen bestehen. Im Einzelfall mag auch die Übernahme von Rechtsverfolgungskosten des Versicherten möglich sein, nicht um diesen im Sinne von § 66 SGB V zu unterstützen, sondern um das Regressverfahren mittelbar zu fördern, sofern dadurch insgesamt eine Kostenersparnis der Krankenkasse zu erwarten ist<sup>208</sup>. Es ist der Krankenkasse nicht verwehrt, ein eigenes Kostenrisiko für die Ansprüche aus abgeleitetem Recht einzugehen, etwa durch die Beauftragung externer Sachverständiger<sup>209</sup>.

Darüber hinaus eröffnet die mit § 116 SGB X verbundene Rechtsposition der Krankenkasse weitere prozessuale Möglichkeiten zur Unterstützung ihrer Versicherten vor Gericht. Versicherter und Krankenkasse können als einfache

---

<sup>205</sup> Vgl. BGHZ 127, 120 = NJW 1994, 3097; bereits BGHZ 19, 177 = NJW 1956, 461; BGHZ 48, 181 = NJW 1967, 2199.

<sup>206</sup> S. insg. zur subjektiven Reichweite der materiellen Rechtskraft bei einem Forderungsübergang auf einen Sozialversicherungsträger nach § 116 SGB X *Hofmann*, *VersR* 2003, 288; aus der Rspr. auch BGH, *MDR* 1964, 588.

<sup>207</sup> *Marburger*, *ZfS* 2007, 108, 110.

<sup>208</sup> *Marburger*, *ZfS* 2007, 108, 111.

<sup>209</sup> *Stegers*, in: *ders./Hansis/Alberts/Scheuch*, *Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht*, 2. Aufl. 2008, Rdnr. 826.

Streitgenossen nach § 59 Alt. 2 ZPO klagen, da sie aus demselben (oder gleichartigen, § 60 ZPO) tatsächlichen und rechtlichen Grund berechtigt sind. Der haftungsbegründende Tatbestand beider Ansprüche ist wie dargelegt identisch. Erst die Legalzession nach § 116 SGB X spaltet diesen einheitlichen Streitgegenstand auf, so dass zwei Gläubiger hinsichtlich unterschiedlicher Schadensposten der Behandlungsseite gegenüber treten. Demnach kann eine (einfache) Streitgenossenschaft mit Blick auf die Bündelung von Schadensersatz- und Regressforderungen entstehen. Dabei müssen im Einzelfall die zusätzlichen Voraussetzungen des § 260 ZPO gegeben sein, da sich durch die Streitgenossenschaft zugleich eine Anspruchshäufung ergibt.

Interessant erscheint die Möglichkeit einer Streitgenossenschaft auch angesichts der Kostenfolgen im Unterliegensfalle: § 100 Abs. 1 ZPO sieht für Streitgenossen grundsätzlich eine Kostenerstattung nach Kopfteilen vor. Zwar erhöht sich mit der gemeinsamen Geltendmachung der verschiedenen Ansprüche der Streitwert (§ 5 ZPO), wodurch dann auch die Gerichtsgebühren entsprechend steigen. Jedoch sparen sich die Streitgenossen etwa eine „doppelte“ Beweisaufnahme, so dass beispielsweise Auslagen für Sachverständige oder Zeugen nur einmalig anfallen. Derartige Kosten werden folglich kostensparend unter den Streitgenossen aufgeteilt.

Eine Nebenintervention der Krankenkasse im Arzthaftungsprozess des Versicherten kommt hingegen nicht in Betracht. Gemäß § 66 Abs. 1 ZPO kann zwar derjenige, der ein rechtliches Interesse daran hat, dass in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit die eine Partei obsiege, dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten und so zu ihrem, sie im Sinne von § 67 ZPO im eigenen Namen unterstützenden, Streithelfer – jedoch nicht selbst zur Prozesspartei – werden. Aus dem Erfordernis eines rechtlichen Interesses folgt jedoch, dass rein wirtschaftliche oder tatsächliche Interessen für die Zulässigkeit einer Nebenintervention nicht ausreichen. Erforderlich ist, dass der Nebenintervenient zu der unterstützten Partei oder zu dem Gegenstand des Rechtsstreits in einem Rechtsverhältnis steht, auf das die Entscheidung des Rechtsstreits durch ihren Inhalt oder ihre Vollstreckung unmittelbar oder auch nur mittelbar rechtlich einwirkt. Der bloße Wunsch eines Nebenintervenienten, der Rechtsstreit möge zu Gunsten einer Partei entschieden werden, und die Erwartung, dass die damit befassten Gerichte auch in einem künftigen eigenen Rechtsstreit mit einer Partei an einem einmal

eingenommenen Standpunkt festhalten und zu einer ihm günstigen Entscheidung gelangen, stellen lediglich Umstände dar, die ein tatsächliches Interesse am Obsiegen einer Partei zu erklären vermögen. Das genügt ebenso wenig wie der denkbare Umstand, dass in beiden Fällen dieselben Ermittlungen angestellt werden müssen oder über gleichgelagerte Rechtsfragen zu entscheiden ist<sup>210</sup>.

So erkennen die Gerichte auch kein rechtliches Interesse im Sinne des § 66 Abs. 1 ZPO darin, dass sich die Krankenkasse durch die Unterstützung ihres Versicherten im Arzthaftungsprozess Erleichterungen bei einem späteren Regressprozess gegen die Behandlungsseite verspricht<sup>211</sup>. Insofern kann allenfalls von einem tatsächlichen Interesse der Krankenkasse gesprochen werden. Rechtlich ist jede Entscheidung des Arzthaftungsprozesses mangels Rechtskrafterstreckung auf den Regressprozess für die Position der Krankenkasse ohne Bedeutung. Die Wirkung der Nebenintervention besteht gemäß § 68 ZPO darin, dass der Nebenintervenient im Verhältnis zur Hauptpartei – also der Partei, der er beitrifft – mit bestimmten Einwendungen nicht mehr gehört wird. Betroffen ist folglich nur das Verhältnis zwischen Krankenkasse und Versichertem. Für den Prozess der Krankenkasse gegen den Leistungserbringer hätte die Nebenintervention keine Folgen.

Aus ähnlichen Gründen scheidet im Ergebnis auch eine gewillkürte Prozessstandschaft der Krankenkasse für den Versicherten, also die gerichtliche Geltendmachung des ihr fremden (zumeist Schmerzensgeld-)Anspruchs durch die Krankenkasse im eigenen Namen nach entsprechender Ermächtigung durch den Versicherten, aus. Es mangelt hier ebenfalls am schutzwürdigen Interesse der Krankenkasse<sup>212</sup>. Zwar genügt an dieser Stelle grundsätzlich auch ein wirtschaftliches Interesse<sup>213</sup>, jedoch hat die Entscheidung des Arzthaftungsprozesses auch in dieser Hinsicht keine Folgen für die Krankenkasse. Sie zieht keine finanziellen Vorteile aus der Befriedigung der Ansprüche des Versicherten. Ein rechtsschutzwürdiges Eigeninteresse an der Prozessführung ist regelmäßig doch nur gegeben, wenn die Entscheidung Einfluss auf die eigene Rechtslage des

---

<sup>210</sup> S. insg. BGH, NJW 2016, 1018, 1019 m.N.

<sup>211</sup> S. zum Folgenden OLG Koblenz, MedR 2010, 715.

<sup>212</sup> Vgl. insofern auch BGH, MDR 1964, 588; *Hofmann*, VersR 2003, 288, jeweils zur umgekehrten Konstellation der Prozessführung durch den Versicherten für die Krankenkasse.

<sup>213</sup> Vgl. etwa *Hübsch*, in: BeckOK ZPO, 22. Ed. (Stand: 1.9.2016), § 51, Rdnr. 50 m.N.

Prozessführungsbefugten hat. Interessen der Prozesswirtschaftlichkeit und der technischen Erleichterung der Prozessführung genügen hingegen nicht<sup>214</sup>.

---

<sup>214</sup> S. insg. BGH, NJW 2009, 1213, 1215 m.N.

### 3. Anforderungen an das Tätigwerden der Krankenkassen

Gemäß § 19 S. 1 SGB IV werden Leistungen in der GKV grundsätzlich auf Antrag erbracht, soweit sich aus den Vorschriften für die GKV nichts Abweichendes ergibt<sup>215</sup>. Mangels einer solchen Spezialregelung im SGB V entscheidet die Krankenkasse daher auch über den Unterstützungsanspruch des Versicherten nach § 66 SGB V grundsätzlich nur auf Antrag<sup>216</sup>. Soweit das Antragsprinzip reicht, ist die Leistungsbehörde nicht dazu berechtigt, von sich aus (ohne Vorliegen eines Antrags) bei Kenntniserlangung von einem leistungsrechtlich relevanten Sachverhalt, wenn sich also Anhaltspunkte für einen möglichen Leistungsanspruch ergeben, ein Verwaltungsverfahren einzuleiten und eine Entscheidung über diesen Anspruch zu treffen. Wird die Behörde (auf Antrag) tätig, gilt freilich im Übrigen der Untersuchungs- und Amtsermittlungsgrundsatz des § 20 SGB X<sup>217</sup>.

Leistungsträger sind nichtsdestotrotz gemäß § 16 Abs. 3 SGB I, der mit § 19 S. 1 SGB IV in Wechselwirkung steht, verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass unverzüglich klare und sachdienliche Anträge gestellt und unvollständige Angaben ergänzt werden. Im Rahmen einer Beratung (§ 14 SGB I) oder eines Auskunftersuchens (§ 15 SGB I) sind die Versicherten auf die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Antragstellung hinzuweisen<sup>218</sup>. Ein Leistungsträger kann dabei auch ohne Antrag zu Beratungen oder Unterrichtungen verpflichtet sein; hierbei handelt es sich insofern nicht um Leistungen im Sinne des § 19 SGB IV<sup>219</sup>. In der Regel wird die Auskunfts- und Beratungspflicht (§§ 14, 15 SGB I) zwar ihrerseits durch ein entsprechendes Begehren des Berechtigten ausgelöst<sup>220</sup>. Nach der Rechtsprechung des BSG besteht aber auch unabhängig davon eine Betreuungs- und Dienstleistungspflicht der Sozialversicherungsträger, eine Fürsorgepflicht zur Beratung und verständnisvollen Förderung ihrer Versicherten, die sich für den Bereich der leistungsrelevanten

---

<sup>215</sup> Die Norm ergänzt insofern § 18 SGB X zum Verfahrensbeginn. Die Antragstellung ist formlos möglich, § 9 SGB X, das Verfahren ist einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen. Zu den Rechtsfolgen eines nicht fristgerecht bearbeiteten Antrags in der GKV s. den durch das PatRG eingefügten § 13 Abs. 3a SGB V.

<sup>216</sup> Vgl. etwa BSG, MedR 2016, 210, 213; s. auch *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Aufl. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Meier*, BtPrax 2013, 132, 134.

<sup>217</sup> Diesen betont auch *Krasney*, SGB 2003, 609, 611.

<sup>218</sup> S. insg. *Hampel*, in: *jurisPK SGB IV*, 3. Aufl. 2016, § 19, Rdnr. 16; *Knospe*, in: *Hauck/Noftz*, SGB IV, Stand 10/14, § 19, Rdnr. 19; *Lüdtke/Winkler*, in: *ders.*, SGB IV, 2. Aufl. 2015, § 19, Rdnr. 10; *Baier*, in: *Krauskopf*, 33. Erg.-Lfg. 1998, § 19 SGB IV, Rdnr. 3, der eine entspr. Hinweispflicht aus § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I ableitet.

<sup>219</sup> *Hampel*, in: *jurisPK SGB IV*, 3. Aufl. 2016, § 19, Rdnr. 21; *Knospe*, in: *Hauck/Noftz*, SGB IV, Stand 10/14, § 19, Rdnr. 7.

<sup>220</sup> BSGE 104, 245, 254 f.; s. auch BSGE 91, 1, 5; 92, 34, 39.

Rechtsbeziehungen zwischen Versichertem und Sozialversicherungsträger aus dem öffentlich-rechtlichen Versicherungsverhältnis nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergibt<sup>221</sup> und darauf gerichtet ist, die Versicherten vor vermeidbaren Nachteilen zu bewahren<sup>222</sup> und ihm zu den ihm zustehenden Leistungen zu verhelfen<sup>223</sup>. Sozialversicherungsträger haben ihre Versicherten bei Vorliegen eines konkreten Anlasses auf solche rechtlichen Möglichkeiten hinzuweisen, die klar zu Tage liegen und deren Wahrnehmung offensichtlich so zweckmäßig erscheint, dass jeder verständige Versicherte sie mutmaßlich nutzen wird (sogenannte „Spontanberatung“)<sup>224</sup>. Diese Beratungspflicht bezieht sich gerade auch auf bestehende Antragserfordernisse<sup>225</sup>.

Aus diesem Grund sind die Krankenkassen auch im Rahmen von § 66 SGB V unter Umständen verpflichtet, nicht nur auf Antrag, sondern von Amts wegen tätig zu werden<sup>226</sup>, also ihre Versicherten von sich aus über einen (offensichtlichen) Behandlungsfehlerverdacht und die daraus resultierenden Rechte zu informieren, namentlich über die Möglichkeit der Beantragung einer Unterstützung durch die Krankenkasse bei der Rechtsverfolgung. Die Unterstützung bringt insofern begriffsnotwendig eine gewisse Interaktion und Kommunikation zwischen Krankenkassen und Versicherten mit sich<sup>227</sup>. Dabei darf die Krankenkasse nicht nur passiv auf von Versicherten gemeldete Verdachtsfälle warten. Die Krankenkasse hat Behandlungen insofern aktiv zu kontrollieren, als sie die ihr ohnehin (und in dieser Form keinem anderen) vorliegenden Behandlungsdaten auf Anhaltspunkte für offenkundige Behandlungsfehler zu überprüfen hat. Eindeutigen Verdachtsfällen muss sie unverzüglich nachgehen und den betroffenen Versicherten hierüber

---

<sup>221</sup> So bereits BSGE 41, 126, 128 (zur Rentenversicherung).

<sup>222</sup> *Hampel*, in: jurisPK SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 19, Rdnr. 16.

<sup>223</sup> *Schneider*, MedR 2000, 497, 500.

<sup>224</sup> BSGE 41, 126, 128 (zur Rentenversicherung); sodann BSGE 91, 1, 5; 92, 34, 40; 104, 245, 254 f.; s. auch *Krasney*, SGb 2003, 609, 610.

<sup>225</sup> *Lüdtke/Winkler*, in: *ders.*, SGB IV, 2. Aufl. 2015, § 19, Rdnr. 10.

<sup>226</sup> Für ein Tätigwerden von Amts wegen etwa auch nachdrücklich *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1483 ff., auch zu den Haftungsfolgen unterlassener Unterstützung sowie mit Hinweisen auf Methoden, Anhaltspunkte für mögliche Behandlungsfehler zu entdecken; s. zu Letzterem auch MDS, Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Aufl. 2009, S. 20 f. s. auch *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 12; dagegen *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Koch*, in: jurisPK SGB V, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 8; *Finn*, WzS 2015, 99, 100 (lediglich Unterstützungspflicht, aber keine Pflicht zur Aufspürung und Identifizierung möglicher Haftungsfälle durch initiatives Recherchieren sowie zur anschließenden Information des Versicherten); *Marburger*, ZfS 2007, 108, 111 f.

<sup>227</sup> Vgl. *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 12.

informieren, damit dieser entscheiden kann, ob er (mit zu beantragender Unterstützung der Krankenkasse) die Rechtsverfolgung in Angriff nehmen möchte<sup>228</sup>. „Wird dies unterlassen und verzichtet die Krankenkasse vor allem darauf, auf der Hand liegende, ihr leicht zugängliche Informationsquellen zu nutzen, die Erkenntnisse über mögliche Behandlungsfehler erwarten lassen, verletzt sie ihre Amtspflichten in doppelter Hinsicht. Zum einen verlieren damit die betroffenen Versicherten die Chance, gem. § 66 SGB V über solche sie betreffenden Problemsituationen informiert zu werden und autonom zu entscheiden, ob sie deswegen etwas unternehmen wollen. Zum anderen entgehen den Krankenkassen dann unter Verletzung des Sparsamkeitsgebots Möglichkeiten, Schadensersatzansprüche geltend zu machen, die von ihr unerkannt gem. § 116 SGB X auf sie übergegangen sind“<sup>229</sup>.

Soweit die Krankenkassen dabei gewisse Grenzen nicht überschreiten, bestehen auch keine Gefahren für das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient<sup>230</sup>. Zwar wurde bereits im Rahmen des 116. Deutsche Ärztetag 2013 mit Nachdruck die (zu) aktive Umsetzung des § 66 SGB V durch die Krankenkassen kritisiert: „Das Unterstützungsangebot der Krankenkassen sieht vor, dass die Patienten um Unterstützung durch die Krankenkassen ersucht haben. Die praktische Umsetzung der Regelung bei einigen Krankenkassen sieht offenbar anders aus: In verbindlich wirkenden Schreiben geht ein so genanntes ‚Serviceteam Behandlungsfehler‘ auf die Patienten zu. Die Patienten werden darin aufgefordert, die Krankenkasse bei der Prüfung der ärztlichen und pflegerischen Behandlungsmaßnahmen zu unterstützen. Durch die systematische Vorgehensweise wird offenbar nicht nur die gesetzlich vorgesehene Unterstützung der Versicherten bezweckt, sondern darüber hinaus die Verfolgung eigener Ansprüche der Krankenkassen. Das stellt eine offensichtliche Fehlanwendung des § 66 SGB V dar. Eine solche fördert die Misstrauenskultur zwischen Arzt und Patienten und ist daher zwingend zu verhindern“<sup>231</sup>. Der Ärztetag

---

<sup>228</sup> Vgl. insg. *Schultze-Zeu/Riehn*, *VersR* 2013, 1482, 1483.

<sup>229</sup> *Schultze-Zeu/Riehn*, *VersR* 2013, 1482, 1483.

<sup>230</sup> Zum besonderen Charakter der Arzt-Patient-Beziehung *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 5 ff.

<sup>231</sup> Beschlussprotokoll des 116. Deutschen Ärztetags vom 28.-31.5.2013, TOP VI, Nr. 60, S. 248; im Anschluss daran *Finn*, *WzS* 2015, 99, 100; dagegen *Schultze-Zeu/Riehn*, *VersR* 2013, 1482.

forderte daher unter anderem die Krankenkassen auf, jedwede Fehlanwendung des § 66 SGB V zu unterlassen<sup>232</sup>.

Dieser Forderung ist in ihrem Grundanliegen sicherlich beizupflichten. § 66 SGB V darf nicht dahingehend auf den Kopf gestellt werden, dass die Versicherten ihre Krankenkassen beim Behandlungsfehlerregress unterstützen sollen. Nichtsdestotrotz kann eine Fehlanwendung des § 66 SGB V nicht bereits darin liegen, dass die Krankenkassen ihre Versicherten bei begründeten Anhaltspunkten für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers eigenständig und unverzüglich auf die ihnen kraft Gesetz zustehende Rechte und Möglichkeiten hinweisen – sofern sie dabei der Situation angemessen mit dem nötigen Fingerspitzengefühl vorgehen<sup>233</sup>. Dies entspricht vielmehr gerade dem Zweck der Norm. Auch ist es wie dargelegt grundsätzlich nicht verwerflich, im Zusammenspiel mit dem Regress nach § 116 SGB X gewisse Synergieeffekte zu erzielen. Hinzu kommt, dass keine exzessive oder rechtsmissbräuchliche Umsetzung des § 66 SGB V durch die Krankenkassen festzustellen ist, im Gegenteil wird von der Norm weiterhin eher zurückhaltend Gebrauch gemacht. Das PatRG wollte in diesem Punkt eine Verbesserung herbeiführen – mit bisher ungewissem Ausgang.

---

<sup>232</sup> Beschlussprotokoll des 116. Deutschen Ärztetags vom 28.-31.5.2013, TOP VI, Nr. 60, S. 248; dort heißt es weiter: „Die Landesärztekammern werden aufgefordert, im Falle eines offensichtlichen Missbrauchs gegen diese Regelung vorzugehen und bei einer systematischen Verfahrensweise gegebenenfalls die zuständige Rechtsaufsicht der jeweiligen Krankenkassen einzuschalten.“

<sup>233</sup> Vgl. insofern auch die Hinweise zum Erstkontakt mit dem Versicherten bei *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1485.

#### 4. Rechtsfolge: Abstrakte Verpflichtung der Krankenkassen

Die Änderung von einer „Kann“- in eine „Soll“-Vorschrift durch das PatRG bezweckt auf Rechtsfolgenseite eine Verstärkung der Unterstützung<sup>234</sup>. War es den Krankenkassen nach § 66 SGB V alter Fassung noch freigestellt, ihre Versicherten in Fällen, in denen der Verdacht auf einen Behandlungsfehler vorliegt, zu unterstützen („können“), sollen die Krankenkassen nunmehr ihre Versicherten bei der Durchsetzung der Schadensersatzansprüche aus Behandlungsfehlern unterstützen. Bereits im Jahr 1999 wurde eine solche Änderung angestrebt (GKV-Reformgesetz 2000)<sup>235</sup>, aber letztlich nicht umgesetzt. Schon damals hatten die Regierungsfractionen angemerkt, bei Unterstützungsanfragen der Versicherten sei eine generell ablehnende Grundhaltung der Krankenkassen zu beobachten<sup>236</sup>.

##### a) Kein Entschließungsermessen im Regelfall

Aufgrund der Ausgestaltung des § 66 SGB V neuer Fassung als Soll-Vorschrift besteht für die Krankenkassen im Regelfall kein Ermessen mehr, ob sie ihre Versicherten (überhaupt) bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen aus Behandlungsfehlern unterstützen<sup>237</sup>. Nach der Gesetzesbegründung zum PatRG bedeutet „die Krankenkassen sollen“: „sie sind grundsätzlich zur Unterstützung verpflichtet, es sei denn, es sprechen besondere Gründe dagegen“<sup>238</sup>. Abgesehen von atypischen Fällen hat der Versicherte heute mithin einen Anspruch auf Unterstützung<sup>239</sup>. Die Soll-Vorschrift<sup>240</sup> führt zu einem intendierten<sup>241</sup> oder gebundenen<sup>242</sup> Entschließungsermessen der Krankenkasse. Ihr Ermessen ist auf Sonderfälle begrenzt. Will sie von der Unterstützungspflicht abweichen, hat sie das

<sup>234</sup> BT-Dr. 17/10488, S. 9; s. auch *Katzenmeier*, in: *Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung*, S. 31; *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5.

<sup>235</sup> BT-Dr. 14/1245, S. 7; dazu *Schneider*, *MedR* 2000, 497, 498, 501.

<sup>236</sup> BT-Dr. 14/1245, S. 67.

<sup>237</sup> *Katzenmeier*, *SGb* 2012, 125, 128 f.

<sup>238</sup> BT-Dr. 17/10488, S. 32.

<sup>239</sup> Vgl. etwa *Katzenmeier*, *SGb* 2012, 125, 128 f.

<sup>240</sup> Allg. zu diesem Normtypus *Gutzler*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 39 SGB I, Rdnr. 4; *Wagner*, in: *jurisPK SGB I*, 2. Aufl. 2011, § 39, Rdnrn. 13 ff.

<sup>241</sup> *HessLSG*, *Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13*, Rdnr. 16, zitiert nach *juris*; *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, *SGB V*, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 16; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 10; *Hahn*, *SGb* 2015, 144, 150; allg. krit. ggü. dem Begriff des intendierten Ermessens freilich *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2011, § 7, Rdnr. 12 m.w.N.

<sup>242</sup> *Preis/Schneider*, *NZS* 2013, 281, 287; *Schultze-Zeu/Riehn*, *VersR* 2013, 1482; *Finn*, *WzS* 2015, 99, 101; s. aber die abweichende Begriffsverwendung (Synonym zu pflichtgemäßem Ermessen) etwa bei *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2011, § 7, Rdnrn. 17 f.; mit Grund krit. daher *Krahmer*, in: *ders./Trenk-Hinterberger*, *SGB I*, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 6 und *Mrozynski*, in: *ders.*, *SGB I*, 5. Aufl. 2014, Rdnr. 7: jedes Ermessen ist (pflicht-)gebunden.

Vorliegen einer Ausnahmekonstellation nachzuweisen<sup>243</sup>. Insoweit handelt es sich um eine gerichtlich voll überprüfbare Entscheidung<sup>244</sup>.

Offen bleibt nichtsdestotrotz, bei Vorliegen welcher Ausschlussgründe die Krankenkassen die Unterstützung – vollständig – verweigern darf<sup>245</sup>. Die nunmehr auf Rechtsfolgenseite zu prüfenden Ablehnungsgründe werden sich letztlich weitgehend mit den Gründen decken, die bislang schon zum Ausschluss auf Tatbestandsebene führten<sup>246</sup>, weil Schadensersatzansprüche offensichtlich nicht in Betracht kommen<sup>247</sup>. Schlechte Erfolgsaussichten reichen freilich wie dargelegt nicht aus<sup>248</sup>. Es genügt ebenso nicht, dass der Darstellung des Versicherten kein Glaube geschenkt wird<sup>249</sup>. Eine Verweigerung ist hingegen etwa möglich, wenn der Versicherte die Schadensersatzansprüche gar nicht im Sinne der Norm verfolgt oder die Unterstützung in keiner Weise der Rechtsverfolgung dienlich wäre<sup>250</sup>. So besteht – abgesehen vom Vorliegen neuer Erkenntnisse – auch keine Veranlassung, erneut und nachdrücklicher an den Versicherten heranzutreten, wenn dieser nicht auf Hinweise reagiert oder von der Verfolgung absehen will<sup>251</sup>. Allerdings fehlt es dann jeweils wohl bereits an den Voraussetzungen eines Unterstützungsanspruchs – hier bestehen wie angemerkt unvermeidbare Überschneidungen. Im weitesten Sinne liegt zudem ein Weigerungsgrund vor, wenn die Krankenkasse ihrer Verpflichtung aus § 66 SGB V bereits hinreichend nachgekommen ist<sup>252</sup>. Erfüllt die Krankenkasse, so erlischt freilich richtigerweise bereits der Anspruch. In jedem Fall ist eine Unterstützung geboten, wenn die Krankenkasse selbst auch übergegangene Ansprüche aus § 116 SGB X annimmt und zu verfolgen gedenkt<sup>253</sup>. In diesem Fall

---

<sup>243</sup> Katzenmeier, SGB 2012, 125, 128 f.; Finn, WzS 2015, 99, 102; Schultze-Zeu/Riehn, VersR 2013, 1482; Lang, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 3; Rehborn, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 17; Koch, in: jurisPK SGB V, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 10.

<sup>244</sup> Schultze-Zeu/Riehn, VersR 2013, 1482; s. auch Mrozyński, in: ders., SGB I, 5. Aufl. 2014, Rdnr. 9.

<sup>245</sup> Finn, WzS 2015, 99, 102; Süß, MedR 2016, 86; Wenner, Soziale Sicherheit 2012, 105, 107; Preis/Schneider, NZS 2013, 281, 287.

<sup>246</sup> S. dazu C.II.1.a).

<sup>247</sup> So auch Finn, WzS 2015, 99, 102; vgl. vor diesem Hintergrund auch die Ausführungen bei Rehborn, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 16; Wenner, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 5; Koch, in: jurisPK SGB V, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 10; Roters, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 7.

<sup>248</sup> S. aber zu deren Berücksichtigung bei der Ausübung des Auswahlermessens C.II.4.b)(2).

<sup>249</sup> Roters, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 7; Finn, WzS 2015, 99, 102.

<sup>250</sup> Vgl. Roters, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 6.

<sup>251</sup> Rehborn, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 12.

<sup>252</sup> Vgl. insofern LSG SH, MedR 2016, 84, 85 m. Anm. Süß.

<sup>253</sup> Koch, in: jurisPK SGB V, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 10.

wäre es widersprüchlich, dem Versicherten eine Unterstützung bei der Verfolgung der ihm verbliebenen Ansprüche zu verweigern.

Inwieweit überdies die Unverhältnismäßigkeit des Aufwands der Unterstützung durch die Krankenkasse verglichen mit den dem Versicherten bei Erfolg zustehenden Ansprüchen, also Unwirtschaftlichkeit (§ 12 Abs. 1 SGB V) als Weigerungsgrund anzuerkennen ist<sup>254</sup>, erscheint fraglich und ist wohl nur in Extremfällen<sup>255</sup> eines gleichsam rechtsmissbräuchlichen Unterstützungsbegehrens<sup>256</sup> zuzulassen. Angesichts der Tatsache, dass es vielfach um einfache Unterstützungsmaßnahmen geht, die keine hohen Zusatzkosten verursachen, ist eine generelle Verweigerung von Unterstützung aus diesem Grund nur schwer vorstellbar. Wirtschaftlichkeitserwägungen spielen allerdings für die Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Unterstützungsmaßnahmen eine wichtige Rolle<sup>257</sup>.

#### **b) Pflichtgemäß auszuübendes Auswahlermessen**

Das umfassende (Entschließungs-)Ermessen auch hinsichtlich des „Ob“ der Unterstützung<sup>258</sup> hat das PatRG mithin abgeschafft. Allerdings liegt weiterhin das „Wie“ im Auswahlermessen der Krankenkassen<sup>259</sup>. Dieser Befund mag angesichts der Gesetzesreform durchaus überraschen. Die Folgen der Änderung in eine Soll-Vorschrift betreffen jedoch nur die Unterstützung als solche, nicht aber deren Art, Inhalt und Umfang<sup>260</sup>. Die Leistung selbst wurde durch das PatRG nicht festgelegt<sup>261</sup>. Steht damit inzwischen zwar fest, dass die Krankenkassen bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 66 SGB V grundsätzlich zur Unterstützung verpflichtet sind (und die Versicherten einen entsprechenden Anspruch haben), wird jedoch nach wie vor weder durch das Gesetz noch durch seine Begründung im Einzelnen bestimmt, welche Maßnahmen zu ergreifen sind<sup>262</sup>, wie genau also der Begriff „Unterstützung“

<sup>254</sup> In diese Richtung *Roters*, in: *KassKomm*, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 7.

<sup>255</sup> So auch *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 10.

<sup>256</sup> *Finn*, *WzS* 2015, 99, 102.

<sup>257</sup> S. dazu C.II.4.b)(2).

<sup>258</sup> Vgl. *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, *SGB V*, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 5; *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, *SGB V*, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 3; *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Preis/Schneider*, *NZS* 2013, 281, 286; *Finn*, *WzS* 2015, 99, 101; *Sikorski*, *MedR* 2001, 188 f.

<sup>259</sup> Vgl. *Süß*, *MedR* 2016, 86; s. auch IGES, *Studie zu den Wirkungen des Patientenrechtegesetzes*, 2016, S. 76.

<sup>260</sup> *Steinmeyer*, in: *Bergmann/Pauge/Steinmeyer*, *Gesamtes Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 4.

<sup>261</sup> *LSG SH*, *MedR* 2016, 84, 85 m. Anm. *Süß*.

<sup>262</sup> Vgl. *LSG SH*, *MedR* 2016, 84, 85 m. Anm. *Süß*; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 8; *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, *SGB V*, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 3; *ders.*, *SGB* 2013, 162,

zu verstehen ist, und welche Kriterien und Erwägungen für die Auswahlentscheidung zwischen mehreren Maßnahmen maßgeblich sind<sup>263</sup>.

*(1) Grund: Unbestimmtheit des Unterstützungsbegriffs*

Dass das PatRG letztlich am Auswahlermessen der Krankenkasse im Rahmen von § 66 SGB V nichts geändert hat, liegt in erster Linie darin begründet, dass der ungenaue Begriff der Unterstützung<sup>264</sup> auf Rechtsfolgenseite der Norm unangetastet geblieben ist. Auswahlermessen ist immer dann gegeben, wenn ein Hoheitsträger für sein Tätigwerden die Wahl zwischen mehreren rechtmäßigen Verhaltensweisen hat<sup>265</sup>. Genau dies bewirkt die abstrakte Formulierung des § 66 SGB V, soweit als Rechtsfolge allein der unbestimmte Rechtsbegriff „unterstützen“ angeführt wird. „Unterstützen“ ist ein bedarfsorientierter, zweckgerichteter Begriff, der nicht allgemeinverbindlich (durch ein Gericht) definiert werden kann. Er stellt gerade wegen seiner Unbestimmtheit stets mehrere zulässige Handlungsoptionen zur Wahl, so dass nicht nur eine bestimmte Rechtsfolge durch Auslegung ermittelt werden kann. Den Krankenkassen wird ein ganzer Handlungsbereich und damit ein Entscheidungsspielraum, also Auswahlermessen zugewiesen.

Auch wenn ein Versicherter in der Praxis oftmals eine konkrete Maßnahme begehren wird, bedeutet dies nicht, dass eine andere Maßnahme seinen Interessen nicht ebenso gerecht werden kann, so dass die Krankenkasse eben nicht nur über das Geforderte entscheidet (und daher keineswegs aufgrund des gebundenen Entschließungsermessens zur Gewährung eben dieser Unterstützungsform verpflichtet ist), sondern die im Einzelfall angebrachte Maßnahme unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten aus ihrem Leistungskatalog auswählt. Hinzu kommt, dass es bei der Unterstützung der Versicherten häufig nicht um alternativ nebeneinanderstehende Leistungen geht, es vielmehr erhebliche Überschneidungen zwischen den einzelnen Maßnahmen gibt und insbesondere eine Art Stufenverhältnis hinsichtlich der Intensität der Unterstützung besteht. Daher wird der

---

166; ders., Soziale Sicherheit 2012, 105, 107; Meier, BtPrax 2013, 132, 134; Finn, WzS 2015, 99, 100.

<sup>263</sup> Süß, MedR 2016, 86.

<sup>264</sup> Vgl. bereits Schneider, MedR 2000, 497, 501.

<sup>265</sup> Allg. zur Ermessenseinräumung Gutzler, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 39 SGB I, Rdnr. 1; Wagner, in: jurisPK SGB I, 2. Aufl. 2011, § 39, Rdnr. 11; Kraher, in: ders./Trenk-Hinterberger, SGB I, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 5; Mrozynski, in: ders., SGB I, 5. Aufl. 2014, Rdnrn. 2, 4 f., 32.

Krankenkasse praktisch immer eine (regelmäßig weniger weitreichende) Unterstützungsalternative möglich sein.

Eine in allen Punkten gebundene Entscheidung kann hingegen nur vorliegen, wenn das Gesetz genau vorschreibt, wie zu handeln ist. Die Unterstützung selbst ist in § 66 SGB V jedoch gerade nicht definiert<sup>266</sup>; insbesondere werden die möglichen Unterstützungsformen nicht präzisiert. Allenfalls die äußeren Grenzen der Norm sind erkennbar: Ihr Wortlaut erfasst jedenfalls nicht die Verfolgung von Ansprüchen anstelle des Versicherten durch die Krankenkasse selbst<sup>267</sup>. Die Krankenkasse soll die Versicherten bei der Rechtsverfolgung lediglich unterstützen, nicht mehr und nicht weniger. Diese gesetzgeberische Entscheidung kann beispielsweise nicht durch eine Abtretung des Schmerzensgeldanspruchs an die Krankenkasse oder durch eine (gewillkürte) Prozessstandschaft allein unter Berufung auf § 66 SGB V umgangen werden<sup>268</sup>. Insofern setzt auch der Vergleich mit § 116 SGB X Grenzen. Ebenso beinhaltet § 66 SGB V selbst keine Einstandspflicht der Krankenkasse für die Beseitigung eventueller Behandlungsfehler<sup>269</sup>. Davon abgesehen ist § 66 SGB V jedoch weiterhin in hohem Maße konkretisierungsbedürftig<sup>270</sup>. Es werden auf den ersten Blick weder Mindestanforderungen gesetzt noch Obergrenzen gezogen. Art, Inhalt und Umfang der Unterstützung werden gesetzlich nicht geregelt. Die Gesetzesbegründung zum PatRG ist ebenso unergiebig. Sie stellt in diesem Zusammenhang ihrerseits lediglich kurz fest, die Krankenkassen hätten von ihrer Unterstützungsmöglichkeit bisher in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht, und gibt dem Rechtsanwender für die künftige konkrete Ausgestaltung des § 66 SGB V einzig folgenden knappen Hinweis mit auf den Weg: „Dies kann etwa durch Unterstützungsleistungen, mit denen die Beweisführung der Versicherten erleichtert wird, z.B. medizinische Gutachten, geschehen“<sup>271</sup>.

<sup>266</sup> *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 3.

<sup>267</sup> LSG BW, Urt. v. 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11, Rdnr. 17, zitiert nach *juris* (dort freilich sehr weit gefasst: aus diesem Grund sei auch die Einholung freier Gutachten ausgeschlossen); HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach *juris*, und LSG SH, MedR 2016, 84, 85: keine Durchführung des Prozesses; s. auch *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 9; *Meier*, BtPrax 2013, 132, 135; *Marburger*, Die Leistungen 2008, 705, 707; *ders.*, KrV 2015, 182, 184; *Sikorski*, MedR 2001, 188, 189.

<sup>268</sup> Vgl. insofern auch die Ausführungen zu § 116 SGB X unter C.II.2.

<sup>269</sup> BayLSG, Urt. v. 7.8.2008 – L 4 KR 166/06, Rdnr. 15, zitiert nach *juris*.

<sup>270</sup> Äußerst krit. daher *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287; a.A. *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 19.

<sup>271</sup> BT-Dr. 17/10488, S. 32.

## (2) Zur Ausübung des Auswahlermessens

Mangels konkreter Ausgestaltung des Leistungsrahmens in § 66 SGB V haben sich die Krankenkassen bei ihrer Entscheidung über Art, Inhalt und Umfang der zu erbringenden Unterstützungsleistungen in erster Linie an allgemeinen Grundsätzen zu orientieren. Es sind die generellen Anforderungen und Grenzen bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen, die das GKV-System gleichsam als Grundwerte der Versorgung mit sich bringt. Sind die Leistungsträger ermächtigt, bei der Entscheidung über Sozialleistungen nach ihrem Ermessen zu handeln (Ermessensleistungen), so haben sie nach § 39 Abs. 1 S. 1 SGB I ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten (pflichtgemäße Ermessensausübung). Das Auswahlermessen der Krankenkasse ist also richtigerweise nicht frei, sondern pflichtgebunden. Auf pflichtgemäße Ausübung des Ermessens besteht ein Anspruch, § 39 Abs. 1 S. 2 SGB I. Zweck und Grenzen des Ermessens sind dabei durch Auslegung der einschlägigen Norm(en) unter Berücksichtigung höherrangigen Rechts sowie der zugrundeliegenden Rechtsprinzipien zu bestimmen<sup>272</sup>.

Aus § 66 SGB V selbst lassen sich die maßgeblichen Ermessenskriterien allenfalls indirekt ablesen. Angesichts des Normzwecks ist es von zentraler Bedeutung für die Wahl der Unterstützungsleistung, inwieweit der Versicherte im konkreten Fall tatsächlich den angeführten Rechtsdurchsetzungsschwierigkeiten schutzlos ausgesetzt ist, also ein echter Unterstützungsbedarf besteht. Die Unterstützung dient in erster Linie dazu, die Versicherten in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich und selbstbestimmt mögliche Behandlungsfehler zu erkennen und über die daraus zu ziehenden Konsequenzen zu entscheiden<sup>273</sup>. Es gilt daher vor allem zu berücksichtigen, inwieweit der Versicherte als „mündiger Patient“ selbständig zur Rechtsverfolgung in der Lage ist<sup>274</sup>. Dies entspricht im Übrigen auch allgemeinsozialrechtlichen Grundsätzen: Ist der Inhalt von Rechten nach Art oder Umfang nicht im Einzelnen bestimmt, sind gemäß § 33 SGB I<sup>275</sup> bei ihrer Ausgestaltung die

<sup>272</sup> S. insg. zur Ermessensausübung im Sozialrecht Gutzler, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 39 SGB I, Rdnr. 5; Kraemer, in: ders./Trenk-Hinterberger, SGB I, 3. Aufl. 2014, Rdnrn. 9 f.; Mrozynski, in: ders., SGB I, 5. Aufl. 2014, Rdnrn. 2 f., 27 ff.

<sup>273</sup> Vgl. Schultze-Zeu/Riehn, VersR 2013, 1482.

<sup>274</sup> Wenner, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 5; Scholz, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 3.

<sup>275</sup> Dazu auch Krasney, SGB 2003, 609, 611, den persönlichen Charakter des Verhältnisses zwischen Versichertem und Krankenkasse betonend.

persönlichen Verhältnisse des Berechtigten, sein Bedarf und seine Leistungsfähigkeit sowie die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Dabei soll den Wünschen des Berechtigten oder Verpflichteten entsprochen werden, soweit sie angemessen sind. Daneben gilt stets § 2 Abs. 2 SGB I: Die sozialen Rechte der §§ 3 ff. (insbesondere § 4) SGB I sind bei der Ausübung von Ermessen zu beachten; dabei ist sicherzustellen, dass die sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht werden.

§ 66 SGB V bringt es zudem mit sich, dass, wenn es schon um eine Unterstützung bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen aus Behandlungsfehlern geht, die Ermessensentscheidung über das „Wie“ der Unterstützung nicht losgelöst von den Erfolgsaussichten dieser Rechtsverfolgung getroffen werden kann. Die Erfolgsaussichten bestimmen den Unterstützungsbedarf maßgeblich mit. Sie sind zwar für das Bestehen eines Unterstützungsanspruchs an sich grundsätzlich unerheblich<sup>276</sup>, zumal im Regelfall kein Entschließungsermessen der Krankenkasse besteht und ein entsprechender Weigerungsgrund nicht anzuerkennen ist<sup>277</sup>. Auch im Schrifttum wird aber für die Auswahlermessensentscheidung der Krankenkasse auf die Einschätzung der Erfolgsaussichten abgestellt<sup>278</sup>. Es handelt sich überdies um ein sinnvolles Kriterium, um zu bestimmen, welcher Unterstützungsaufwand angemessen ist. Schon im Jahr 1999 hatten die damaligen Regierungsfractionen in der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur GKV-Gesundheitsreform 2000 festgestellt, das Ermessen werde zumeist in Abschätzung von Aufwand, Erfolgsaussicht und der Berechtigung nach Grund und Höhe des Schadensersatzanspruchs ausgeübt<sup>279</sup>.

Eine solche Betrachtung der Verhältnismäßigkeit des Aufwands (etwa auch: gravierender Behandlungsfehler oder Bagatelle<sup>280</sup>) ist letztlich nichts anderes als die Anwendung des Wirtschaftlichkeitsgebots des § 12 Abs. 1 SGB V im Rahmen der Auswahlermessensentscheidung der Krankenkasse<sup>281</sup>. Die Berücksichtigung finanzieller oder fiskalischer Erwägungen im Rahmen der Ermessensausübung ist im

<sup>276</sup> Vgl. BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach juris; *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 4.

<sup>277</sup> S. dazu C.II.1.a) sowie 4.a).

<sup>278</sup> Vgl. *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 5; *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 4; *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 3; s. bereits *Sikorski*, MedR 2001, 188, 189 (noch zum Entschließungsermessen des § 66 SGB V a.F.).

<sup>279</sup> BT-Dr. 14/1245, S. 67 (noch zum Entschließungsermessen des § 66 SGB V a.F.).

<sup>280</sup> *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 3.

<sup>281</sup> Vgl. insofern auch *Finn*, WzS 2015, 99, 102; *Hahn*, SGB 2015, 144, 150; *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287.

Sozialrecht grundsätzlich anerkannt<sup>282</sup>. Auch bei der Leistungsgewährung im Einzelfall ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (und Sparsamkeit, § 69 Abs. 2 SGB IV, § 4 Abs. 4 SGB V) zu beachten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dies dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage erkennbar entspricht, es nicht die einzige Ermessenserwägung ist und wenn dadurch die Leistung nicht völlig versagt wird<sup>283</sup>.

Alle GKV-Leistungen, also auch die Unterstützungsleistung nach § 66 SGB V<sup>284</sup>, müssen dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V entsprechen: Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen (§ 12 Abs. 1 S. 2 SGB V). Rechtsprechung und Literatur haben die einzelnen Elemente des § 12 Abs. 1 SGB V vornehmlich im Kontext des Anspruchs auf Krankenbehandlung (§ 27 SGB V) konkretisiert. Diese Überlegungen lassen sich jedoch verallgemeinern und für den Anspruch aus § 66 SGB V fruchtbar machen, sofern man sich dessen abweichenden Leistungszwecks – Erleichterung der Anspruchsdurchsetzung und nicht Förderung der Gesundheit – bewusst ist.

Mit dem Kriterium der Zweckmäßigkeit werden zunächst alle Leistungen ermittelt, die zur Erreichung des angestrebten Leistungsziels geeignet<sup>285</sup> und daher überhaupt in die weitere Leistungsentscheidung einzubeziehen sind<sup>286</sup>. Eine Leistung ist sodann ausreichend, wenn sie hinreichende Chancen für die Erreichung des Leistungsziels bietet<sup>287</sup>. Der Begriff ist im Sinne einer Leistungsuntergrenze zu verstehen<sup>288</sup> und bildet als solche insbesondere das Gegenstück zum Merkmal der Notwendigkeit. Notwendig ist eine Leistung nur dann, wenn sie nach Art und Umfang, unter

---

<sup>282</sup> Vgl. allg. *Gutzler*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 39 SGB I, Rdnr. 6; *Wagner*, in: jurisPK SGB I, 2. Aufl. 2011, § 39, Rdnr. 27; *Mrozynski*, in: *ders.*, SGB I, 5. Aufl. 2014, Rdnr. 49 ff.

<sup>283</sup> So (im Kontext der Arbeitslosenversicherung) BSGE 67, 279; *Krahmer*, in: *ders./Trenk-Hinterberger*, SGB I, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 9.

<sup>284</sup> § 11 SGB V beinhaltet insofern keine abschließende Aufzählung der Leistungsarten; vgl. *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 11 SGB V, Rdnr. 4.

<sup>285</sup> BSGE 73, 271, 279; 64, 255, 256 f. = NJW 1989, 2349; v. *Langsdorff*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 9, Rdnr. 3.

<sup>286</sup> Vgl. *Roters*, in: KassKomm, 78. Erg.-Lfg. 2013, § 12 SGB V, Rdnr. 28.

<sup>287</sup> Vgl. BSGE 55, 188, 194; *Scholz*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 12, Rdnr. 8; *Noftz*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 01/00, § 12, Rdnr. 18; *Trenk-Hinterberger*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 12 SGB V, Rdnr. 4.

<sup>288</sup> V. *Langsdorff*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 9, Rdnr. 5; *Noftz*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 01/00, § 12, Rdnr. 18; *Trenk-Hinterberger*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 12 SGB V, Rdnr. 4; *Roters*, in: KassKomm, 78. Erg.-Lfg. 2013, § 12 SGB V, Rdnr. 26.

besonderer Berücksichtigung ihres Zwecks, unentbehrlich, unvermeidlich oder unverzichtbar ist<sup>289</sup>. Es wird folglich ein Übermaßverbot im Interesse der Leistungsfähigkeit der GKV aufgestellt<sup>290</sup>. Die GKV wird vor einer finanziellen Überforderung durch überflüssige Leistungen geschützt<sup>291</sup>. Wird beim Kriterium „ausreichend“ danach gefragt, ob eine Leistung genügt, um das jeweilige Ziel herbeizuführen, geht es bei der Notwendigkeit umgekehrt darum, ob die die Leistung ganz oder teilweise unterbleiben könnte, ohne die Zweckerreichung zu gefährden<sup>292</sup>. Das Wirtschaftlichkeitsgebot hat damit insgesamt eine doppelte Funktion und stellt sowohl eine Unter- als auch eine Obergrenze für Leistungen dar<sup>293</sup>. Die Merkmale „ausreichend“ und „notwendig“ sind die gesetzlichen Endpunkte eines Korridors zweckmäßiger Leistungen<sup>294</sup>.

Liegen mehrere Leistungen innerhalb dieses Korridors, was bei der Unterstützung nach § 66 SGB V praktisch immer der Fall ist, erfolgt die weitere Auswahl anhand der Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne. Erfüllt hingegen nur eine Leistung die Kriterien, ist diese stets – und damit unabhängig von ihren Kosten – wirtschaftlich im engeren (und dann auch im weiteren) Sinne<sup>295</sup>. Die Beurteilung erfordert einen Kosten-Nutzen-Vergleich zur Ermittlung der kosteneffektivsten Leistung<sup>296</sup>. Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne setzt voraus, dass die Kosten für den gleichen zu erwartenden Nutzen geringer oder zumindest nicht höher sind<sup>297</sup>. Wirtschaftlich im engeren Sinne ist allerdings nicht einfach die billigste Leistungsvariante, sondern diejenige mit der

---

<sup>289</sup> Scholz, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 12, Rdnr. 8; Roters, in: *KassKomm*, 78. Erg.-Lfg. 2013, § 12 SGB V, Rdnr. 39; Noftz, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 01/00, § 12, Rdnr. 21; *Trenk-Hinterberger*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 12 SGB V, Rdnr. 6.

<sup>290</sup> Wagner, in: *Krauskopf*, 59. Erg.-Lfg. 2007, § 12 SGB V, Rdnr. 9; Noftz, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 01/00, § 12, Rdnr. 21.

<sup>291</sup> V. Langsdorff, in: *Sodan*, *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 2. Aufl. 2014, § 9, Rdnr. 7.

<sup>292</sup> V. Langsdorff, in: *Sodan*, *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 2. Aufl. 2014, § 9, Rdnr. 8.

<sup>293</sup> Roters, in: *KassKomm*, 78. Erg.-Lfg. 2013, § 12 SGB V, Rdnr. 2.

<sup>294</sup> Vgl. BSGE 78, 70, 85 f. = *MedR* 1997, 123, 130 m. Anm. Wimmer, *MedR* 1997, 225; Roters, in: *KassKomm*, 78. Erg.-Lfg. 2013, § 12 SGB V, Rdnr. 27.

<sup>295</sup> Vgl. BSGE 117, 1, 8; 113, 231, 236; 111, 146, 150; 78, 70, 85 f. = *MedR* 1997, 123, 130 m. Anm. Wimmer, *MedR* 1997, 225; Roters, in: *KassKomm*, 78. Erg.-Lfg. 2013, § 12 SGB V, Rdnr. 41 f.; Scholz, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 12, Rdnr. 9; Noftz, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 01/00, § 12, Rdnr. 23; Wagner, in: *Krauskopf*, 59. Erg.-Lfg. 2007, § 12 SGB V, Rdnr. 8; v. Langsdorff, in: *Sodan*, *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 2. Aufl. 2014, § 9, Rdnr. 11; *Trenk-Hinterberger*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 12 SGB V, Rdnr. 5.

<sup>296</sup> Roters, in: *KassKomm*, 78. Erg.-Lfg. 2013, § 12 SGB V, Rdnr. 41 ff.; Noftz, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 01/00, § 12, Rdnr. 23; Wagner, in: *Krauskopf*, 59. Erg.-Lfg. 2007, § 12 SGB V, Rdnr. 8; v. Langsdorff, in: *Sodan*, *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 2. Aufl. 2014, § 9, Rdnr. 10; *Trenk-Hinterberger*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 12 SGB V, Rdnr. 5.

<sup>297</sup> BSGE 111, 146, 150; 113, 231, 236; 116, 138, 144; 117, 1, 8.

besten Kosten-Nutzen-Relation; Mehrkosten dürfen im Verhältnis zu einem zusätzlichen Vorteil nicht unangemessen hoch sein<sup>298</sup>.

Diese Kriterien, insbesondere die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne mit ihrer vergleichenden Abwägung, hat die Krankenkasse auch bei der Ausübung des Auswahlermessens nach § 66 SGB V in ihre Entscheidung einzubeziehen. Allgemein sei zur Wirtschaftlichkeit der Unterstützung noch Folgendes angemerkt: Art, Inhalt und Umfang der Leistungspflicht nach § 66 SGB V haben auf der einen Seite das Interesse der Versicherten an umfassender Unterstützung, auf der anderen Seite aber ebenso den damit verbundenen Aufwand für die Krankenkassen, also die Kosten für die Solidargemeinschaft zu beachten. In der GKV wurden im Jahr 2015 Ausgaben für die Verwaltung in Höhe von rund 12,7 Mrd. Euro getätigt, davon allein rund 9,1 Mrd. Euro an Personalkosten<sup>299</sup>. Die reinen Leistungsausgaben in der GKV betragen 202 Mrd. Euro<sup>300</sup>. Diese Ausgaben werden durch die mit § 66 SGB V verbundene Aufgabenerweiterung – gerade bei extensiver Auslegung der Norm – zwangsläufig erhöht. Tatsächlich sind die Gesamtkosten, die in der GKV für die Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern ausgegeben wurden, bereits von rund 3,8 Mio. Euro im Jahr 2012 (also kurz vor Inkrafttreten des PatRG) auf rund 7,5 Mio. Euro im Jahr 2015 gestiegen; die größte Steigerung wurde bei den Allgemeinen Ortskrankenkassen erreicht (von rund 3,6 auf 6,2 Mio. Euro), die damit zugleich den mit Abstand größten Kostenanteil tragen<sup>301</sup>. Verglichen mit den angeführten Gesamtkosten der GKV sind diese Beträge freilich (noch) verschwindend gering. Es ist daher zumindest nicht unmittelbar zu befürchten, dass sich § 66 SGB V zu einem Kostentreiber in der GKV entwickelt.

Vor diesem Hintergrund sind die Interessen des Einzelnen, der von einem möglichen Behandlungsfehler betroffen ist, sich bei der Rechtsverfolgung mit gewissen Beschwerden konfrontiert sieht und daher der Unterstützung bedarf, sowie der Gemeinschaft an einer effizienten Ausgestaltung des GKV-Systems in einen gerechten Ausgleich zu bringen. Erheblichen Einfluss auf das Wirtschaftlichkeitsurteil dürften überdies die möglichen Einnahmen der Krankenkasse aus der

---

<sup>298</sup> Scholz, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 12, Rdnr. 9.

<sup>299</sup> Statistik des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) zur Entwicklung der Personal- und Verwaltungskosten der GKV im Jahr 2015, abrufbar unter [www.bmg.bund.de](http://www.bmg.bund.de), Zugriff am 11.11.2016.

<sup>300</sup> Statistik KJ 1 des BMG für das Jahr 2015, abrufbar unter [www.bmg.bund.de](http://www.bmg.bund.de), Zugriff am 11.11.2016.

<sup>301</sup> Statistik KJ 1 des BMG für das Jahr 2012 bzw. 2015, abrufbar unter [www.bmg.bund.de](http://www.bmg.bund.de), Zugriff am 11.11.2016.

Geltendmachung nach § 116 SGB X übergegangener Schadensersatzansprüche haben, die durch die Unterstützung letztlich mittelbar gefördert wird<sup>302</sup>. Gegebenenfalls amortisieren sich die Kosten der Unterstützung, wenn bei der Rechtsverfolgung durch den Versicherten tatsächliche oder rechtliche Ergebnisse erzielt werden, die gleichzeitig der Krankenkasse die Durchsetzung eigener Ansprüche erleichtern. Dies gilt umso mehr, wenn die Krankenkasse ohne den Hinweis des Versicherten gar nichts von diesen Ansprüchen gewusst oder auf die Geltendmachung wegen vermeintlich geringer Erfolgsaussichten verzichtet hätte. Bei den Regresseinnahmen der Krankenkasse handelt es sich daher um eine rechnerisch vermutlich entscheidende, aber leider weitgehend unbekannte und oftmals unterschätzte<sup>303</sup> Größe. Die Unterstützung nach § 66 SGB V lässt sich gegebenenfalls aus (zusätzlichen) Regresseinnahmen finanzieren – und damit nicht aus Versicherungsbeiträgen.

Auch in der Gesetzesbegründung zum PatRG<sup>304</sup> wurde diesbezüglich bereits angemerkt, durch die Umwandlung der Unterstützung der Versicherten durch die Krankenkassen bei Behandlungsfehlern (§ 66 SGB V) von einer Ermessens- in eine „Pflichtleistung“ könnte bei den Krankenkassen ein Erfüllungsmehraufwand sowie Mehrkosten in einer nicht quantifizierbaren Größenordnung entstehen. Weiter heißt es dort: „Dem stehen in erheblichem Umfang Rückerstattungen von Vergütungen bei der Feststellung von Behandlungsfehlern gegenüber. Diese werden nicht gesondert erfasst und können demzufolge nicht quantifiziert werden.“

### *(3) Ermessensfehler und gerichtliche Kontrolle*

Über den Unterstützungsanspruch des Versicherten entscheidet die Krankenkasse durch Verwaltungsakt<sup>305</sup>, der im Übrigen einer entsprechenden Begründung bedarf, § 35 (Abs. 1 S. 3) SGB X<sup>306</sup>. Das BSG geht davon aus, dass gegen diese Entscheidung der Krankenkasse eine kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage (sogenannte unechte Leistungsklage, § 54 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 SGG; Form der

---

<sup>302</sup> S. dazu C.II.2.

<sup>303</sup> So auch *Marburger*, Die Leistungen 2008, 642.

<sup>304</sup> BT-Dr. 17/10488, S. 13, 15.

<sup>305</sup> BSG, MedR 2016, 210, 213.

<sup>306</sup> Näher *Gutzler*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 39 SGB I, Rdnrn. 8 f.; *Krahmer*, in: *ders./Trenk-Hinterberger*, SGB I, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 11; *Mroczynski*, in: *ders.*, SGB I, 5. Aufl. 2014, Rdnr. 30.

objektiven Klagehäufung, § 56 SGG)<sup>307</sup> vor den Sozialgerichten statthaft ist<sup>308</sup>. Betrifft der angefochtene Verwaltungsakt eine Leistung, auf die ein Rechtsanspruch besteht, so kann gemäß § 54 Abs. 4 SGG mit der Klage neben der Aufhebung des Verwaltungsakts gleichzeitig die Leistung verlangt werden. Gemäß § 38 SGB I besteht auf Sozialleistungen ein Rechtsanspruch, soweit nicht die Leistungsträger ermächtigt sind, bei der Entscheidung über die Leistung nach ihrem Ermessen zu handeln. Wie bereits dargelegt erstreckt sich der Rechtsanspruch des Versicherten aus § 66 SGB V jedoch nur darauf, dass überhaupt Unterstützung gewährt wird. Es liegt hingegen im pflichtgemäßen Ermessen der Krankenkasse zwischen verschiedenen Unterstützungsmaßnahmen unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten auszuwählen; die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich insoweit auf eine reine Rechtskontrolle<sup>309</sup>. Lediglich bei Vorliegen einer Ermessenreduzierung auf Null, wenn also aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls jede andere Entscheidung fehlerhaft wäre, bestünde ein (gerichtlich voll überprüfbarer) Rechtsanspruch auf eine bestimmte Leistung<sup>310</sup>. Dieser könnte dann in der Tat mit einer unechten Leistungsklage verfolgt werden<sup>311</sup>. Eine solche Ermessenreduzierung auf Null erscheint hier freilich angesichts der Vielfalt möglicher Maßnahmen und der Unbestimmtheit der maßgeblichen Kriterien *de facto* kaum denkbar<sup>312</sup>.

In aller Regel wird die einschlägige sozialgerichtliche Klageart vielmehr eine kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach § 54 Abs. 1 S. 1 SGG sein, wobei das Aufhebungs- regelmäßig konkludent im Verpflichtungsbegehren enthalten sein wird<sup>313</sup>. Gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 SGG kann durch Klage die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts (oder seine Abänderung) sowie die Verurteilung zum

<sup>307</sup> Näher *Castendiek*, in: *Lüdtke*, SGG, 4. Aufl. 2012, § 54, Rdnrn. 124 ff.; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, SGG, 11. Aufl. 2014, § 54, Rdnrn. 3a, 6, 20 f., 37 ff.; *Böttiger*, in: *Breitkreuz/Fichte*, SGG, 2. Aufl. 2014, § 54, Rdnrn. 2, 5, 9, 114, 116, 120, 122, 126, 130.

<sup>308</sup> BSG, MedR 2016, 210, 213.

<sup>309</sup> So noch zu § 66 SGB V a.F. BayLSG, Urte. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 13 m.N., zitiert nach juris; LSG BW, Urte. v. 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11, Rdnr. 17, zitiert nach juris; jüngst aber auch zutreffend zu § 66 n.F. HessLSG, Urte. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 18, zitiert nach juris.

<sup>310</sup> Vgl. *Gutzler*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 39 SGB I, Rdnrn. 7, 11; *Krahmer*, in: *ders./Trenk-Hinterberger*, SGB I, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 12; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, SGG, 11. Aufl. 2014, § 54, Rdnr. 29; *Mrozynski*, in: *ders.*, SGB I, 5. Aufl. 2014, Rdnr. 41.

<sup>311</sup> Vgl. *Gutzler*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 39 SGB I, Rdnr. 12; *Wagner*, in: jurisPK SGB I, 2. Aufl. 2011, § 39, Rdnr. 30; *Castendiek*, in: *Lüdtke*, SGG, 4. Aufl. 2012, § 54, Rdnrn. 99 f.; *Böttiger*, in: *Breitkreuz/Fichte*, SGG, 2. Aufl. 2014, § 54, Rdnrn. 80a, 116.

<sup>312</sup> So allg. für den Fall des Auswahlermessens auch *Wagner*, in: jurisPK SGB I, 2. Aufl. 2011, § 39, Rdnr. 31.

<sup>313</sup> Näher *Castendiek*, in: *Lüdtke*, SGG, 4. Aufl. 2012, § 54, Rdnrn. 4, 26, 62; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, SGG, 11. Aufl. 2014, § 54, Rdnrn. 3a, 21, 25, 43; *Böttiger*, in: *Breitkreuz/Fichte*, SGG, 2. Aufl. 2014, § 54, Rdnr. 78; *Gutzler*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 39 SGB I, Rdnr. 12.

Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts begehrt werden. § 54 Abs. 2 S. 2 SGG präzisiert, dass ein Verwaltungsakt, dem eine Ermessensentscheidung zugrunde liegt, dann rechtswidrig ist, wenn die gesetzlichen Grenzen des eingeräumten Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Das Gericht ist insofern im Hinblick auf die Auswahlermessensentscheidung der Krankenkasse nach § 66 SGB V darauf beschränkt, diese auf Ermessensfehler hin zu überprüfen (Rechts-, nicht Zweckmäßigkeitkontrolle)<sup>314</sup>.

So liegt ein Ermessensnichtgebrauch oder eine Ermessensunterschreitung vor, wenn gar keine oder nur eine unvollständige Ermessensausübung stattfindet, etwa weil die entsprechende Rechtslage verkannt wird oder die maßgeblichen Tatsachen unzureichend ermittelt werden. Die Auswahlentscheidung nach § 66 SGB V ist daher insbesondere dann fehlerhaft, wenn die Krankenkasse eine bestimmte, von der Norm grundsätzlich erfasste Unterstützungsleistung nicht einmal in Betracht zieht<sup>315</sup> oder den dem Behandlungsfehlerverdacht zugrunde liegenden (medizinischen) Sachverhalt nicht hinreichend untersucht und daher gar keine fundierte Entscheidung über die Unterstützung treffen kann<sup>316</sup>. Ein Ermessensfehlergebrauch ist demgegenüber gegeben, wenn das Ermessen nicht entsprechend dem Zweck der Rechtsgrundlage ausgeübt wird<sup>317</sup>, namentlich bei Ermessensmissbrauch, Zweckverfehlung oder einem Abwägungsdefizit in tatsächlicher Hinsicht. Überdies ist ein Fehler gegeben, wenn die inneren oder äußeren Grenzen des Ermessens überschritten werden (Ermessensüberschreitung). Es darf keine von der Rechtsgrundlage selbst nicht gedeckte Rechtsfolge gewählt und nicht gegen sonstiges höherrangiges Recht verstoßen werden<sup>318</sup>.

Der Versicherte hat hinsichtlich des „Wie“ der Unterstützung einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Eine ermessensfehlerhafte Entscheidung kann

---

<sup>314</sup> Näher zur gerichtlichen Ermessenskontrolle *Castendiek*, in: *Lüdtke*, SGG, 4. Aufl. 2012, § 54, Rdnrn. 92 ff.; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, SGG, 11. Aufl. 2014, § 54, Rdnrn. 25 ff.; *Böttiger*, in: *Breitkreuz/Fichte*, SGG, 2. Aufl. 2014, § 54, Rdnrn. 65, 95 f.; *Gutzler*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 39 SGB I, Rdnrn. 10 f.; *Krahmer*, in: *ders./Trenk-Hinterberger*, SGB I, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 6.

<sup>315</sup> Vgl. insofern die Kritik von *Süß*, *MedR* 2016, 86, 87 an LSG SH, *MedR* 2016, 84. S. auch C.II.6.a).

<sup>316</sup> Vgl. insofern C.II.6.b).

<sup>317</sup> S. zu den angesichts des Zwecks des § 66 SGB V zu berücksichtigenden Aspekten C.II.4.b)(2).

<sup>318</sup> Allg. zu Ermessensfehlern *Gutzler*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 39 SGB I, Rdnr. 7; *Wagner*, in: *jurisPK SGB I*, 2. Aufl. 2011, § 39, Rdnrn. 16 ff.; *Krahmer*, in: *ders./Trenk-Hinterberger*, SGB I, 3. Aufl. 2014, Rdnrn. 7 ff.; s. auch *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2011, § 7, Rdnrn. 19 ff.; *Mrozyński*, in: *ders.*, SGB I, 5. Aufl. 2014, Rdnrn. 34 ff.

er vor den Sozialgerichten anfechten und die Krankenkasse zur Neubescheidung (§ 131 Abs. 3 SGG)<sup>319</sup>, unter Beachtung der Auffassung des Gerichts, verpflichten lassen. Im Übrigen kann nach allgemeinen Grundsätzen auch einstweiliger Rechtsschutz erlangt werden<sup>320</sup>.

### c) Weitere Sanktions- und Reaktionsmöglichkeiten

Die Krankenkassen sind als rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 1 SGB V, § 29 Abs. 1 SGB IV) an Recht und Gesetz gebunden und unterliegen wie alle Sozialversicherungsträger staatlicher Aufsicht (§§ 87 ff. SGB IV)<sup>321</sup>; es handelt sich um eine Rechts-, keine Fachaufsicht (§ 87 Abs. 1 SGB IV)<sup>322</sup>. Der Prüfungsmaßstab der Aufsichtsbehörde richtet sich nach den rechtlichen Vorgaben für das Verhalten des Sozialversicherungsträgers, das Gegenstand der Aufsichtsmaßnahme ist<sup>323</sup>. Die zuständige Aufsichtsbehörde darf daher insbesondere nicht ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens der Krankenkasse setzen. Auch sie kann folglich nur eingreifen, wenn die Krankenkasse ihr Auswahlermessen überschreitet – oder ohne anerkannten Weigerungsgrund gar nicht tätig wird.

Zivilrechtlich stellt sich überdies die Frage, ob der Versicherte, dem durch eine verweigerte oder unzureichende Unterstützung ein Vermögensnachteil entsteht, ein Schadensersatzanspruch gegen die Krankenkasse zusteht. Dies richtet sich nach den Grundsätzen der Amtshaftung (§ 839 BGB, Art. 34 GG); der zuständige Sachbearbeiter der Krankenkasse handelt in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes<sup>324</sup>. § 66 SGB V beinhaltet eine (drittgerichtete) Amtspflicht, die freilich wiederum nur bei fehlerhafter Ermessensausübung oder grundloser Weigerung verletzt wird.

---

<sup>319</sup> Näher zur Verpflichtungs- als Bescheidungsklage *Castendiek*, in: *Lüdtke*, SGG, 4. Aufl. 2012, § 54, Rdnrn. 61 ff.; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, SGG, 11. Aufl. 2014, § 54, Rdnrn. 6a, 20b, 24 f., 28d, 46; *Böttiger*, in: *Breitkreuz/Fichte*, SGG, 2. Aufl. 2014, § 54, Rdnrn. 75 ff.; s. auch *Krahmer*, in: *ders./Trenk-Hinterberger*, SGB I, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 12.

<sup>320</sup> Vgl. etwa LSG SH, MedR 2016, 84, 85 m. Anm. *Süß*.

<sup>321</sup> Ausf. zur Aufsicht über die Krankenkassen *Schüffner/Franck*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 36.

<sup>322</sup> Zu einem solchen Aufsichtsverfahren etwa jüngst BSG, VersR 2016, 1011 (für BSGE vorgesehen).

<sup>323</sup> BSG, VersR 2016, 1011 (für BSGE vorgesehen).

<sup>324</sup> Vgl. etwa *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1483.

#### d) Zwischenfazit

§ 66 SGB V beinhaltet trotz seiner Ausgestaltung als Soll-Vorschrift grundsätzlich keinen konkreten Rechtsanspruch auf eine bestimmte Form der Unterstützung, sondern nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie (Auswahl-)Entscheidung. Die Gesetz gewordene Verpflichtung der Krankenkasse zur Unterstützung ist insofern lediglich eine abstrakte. § 66 SGB V kommt aus diesem Grund weiterhin vor allem Bedeutung als Ermächtigungsgrundlage der Krankenkassen zu. Zunächst einmal berechtigt die Befugnisnorm die Krankenkassen zur Unterstützung ihrer Versicherten bei Behandlungsfehlern<sup>325</sup>.

§ 66 SGB V enthält eine weitere Aufgabe der Krankenkassen, die die Gesundheitsversorgung der Versicherten ergänzt und als Nebenleistung aus dem Sozialversicherungsverhältnis, die auf der Betreuungs- und Fürsorgepflicht der Krankenkassen beruht<sup>326</sup>, an diese anschließt<sup>327</sup>. Nebenleistungen sind insofern generell durch eine gewisse Unbestimmtheit gekennzeichnet. Den Krankenkassen werden damit in erster Linie vielfältige Möglichkeiten eröffnet, sich durch Leistungen zu profilieren<sup>328</sup>. Dadurch wird im Übrigen auch potentiell der Wettbewerb unter den Krankenkassen gefördert<sup>329</sup>.

---

<sup>325</sup> Vgl. *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 1; *ders.*, SGB 2013, 162, 165.

<sup>326</sup> *Roters*, in: *KassKomm*, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 2; *Steinmeyer*, in: *Bergmann/Pauge/Steinmeyer*, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 1; *Scholz*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 1; *Hahn*, SGB 2015, 144, 150; *Katzenmeier*, *MedR* 1997, 498, 500; s. auch *BSG*, *MedR* 2016, 210, 213: Der Anspruch des Versicherten auf Unterstützung „wurzelt in dem subordinationsrechtlich geprägten Sozialversicherungsverhältnis“.

<sup>327</sup> *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 4.

<sup>328</sup> Vgl. *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 5; *Marburger*, *ZfS* 2007, 108.

<sup>329</sup> Vgl. *Scholz*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 1; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 11; *Finn*, *WzS* 2015, 99, 100.

## 5. Konkretisierung durch Satzungsrecht?

Angesichts der Unbestimmtheit des § 66 SGB V insbesondere auf Rechtsfolgende liegt es auf den ersten Blick durchaus nahe, den Krankenkassen selbst die Konkretisierung des gesetzlichen Rahmens durch für alle Beteiligten verbindliches<sup>330</sup> Satzungsrecht im Sinne von § 34 SGB IV zu gestatten. Die Bestimmung der konkreten Unterstützungsleistung im Einzelfall liegt schließlich ohnehin im Auswahlermessungsbereich der Krankenkassen. Eine Auflistung der möglichen Einzelleistungen in der Satzung der Krankenkasse vermag möglicherweise dazu beizutragen, die Transparenz der Unterstützungspraxis zu erhöhen. Inwieweit den Krankenkassen eine entsprechende Regelungsbefugnis zusteht, scheint jedoch weitgehend offen<sup>331</sup>. Ausdrücklich vorgeschrieben ist eine den § 66 SGB V präzisierende Satzungsbestimmung jedenfalls nicht<sup>332</sup>. Schon 1999 sollte zwar die Vorschrift zur Transparenzförderung<sup>333</sup> um folgenden Satz ergänzt werden: „Das Nähere über die Voraussetzungen und den Inhalt der Unterstützung ist in den Satzungen der Krankenkassen zu regeln“<sup>334</sup>. Dieser Entwurf wurde letztlich aber nicht umgesetzt.

Der zulässige Inhalt von Satzungen der Krankenkassen ist in § 194 SGB V geregelt. Gemäß § 194 Abs. 1 Nr. 3 SGB V muss die Satzung insbesondere Bestimmungen enthalten über Art und Umfang der Leistungen, soweit sie nicht durch Gesetz bestimmt sind, also über die Leistungen bereits gesetzlich entschieden wurde<sup>335</sup>. Gemäß § 194 Abs. 2 S. 1 SGB V darf die Satzung andererseits keine Bestimmungen enthalten, die den Aufgaben der GKV widersprechen. Sie darf vor allem nach § 194 Abs. 2 S. 2 SGB V Leistungen nur vorsehen, soweit das SGB V sie zulässt<sup>336</sup>. § 194 Abs. 1 Nr. 3 SGB V und § 194 Abs. 2 S. 2 SGB V, die auf der Unterscheidung von Satzungsleistungen und Gesetzesleistungen beruhen, greifen ineinander und ergänzen sich. Das BSG<sup>337</sup> hat daher aus ihrem Zusammenspiel folgende

<sup>330</sup> Näher *Brall*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 34, Rdnr. 2.

<sup>331</sup> Vgl. *Wenner*, SGB 2013, 162, 166; *ders.*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 107 f.

<sup>332</sup> Vgl. *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Roters*, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 7.

<sup>333</sup> BT-Dr. 14/1245, S. 67.

<sup>334</sup> BT-Dr. 14/1245, S. 7.

<sup>335</sup> *Marburger*, VR 2016, 73.

<sup>336</sup> § 194 Abs. 2 SGB V korrespondiert insofern mit § 30 Abs. 1 SGB IV; s. *Marburger*, VR 2016, 73.

<sup>337</sup> S. zum Folgenden BSGE 89, 227, 231 f.; dazu *Kaempfe*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 194, Rdnr. 4; *Peters*, in: KassKomm, 84. Erg.-Lfg. 2014, § 194 SGB V, Rdnr. 20; *Becker*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 05/13, § 194, Rdnr. 7; *Debus*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*,

Grundsätze abgeleitet: Die Krankenkasse darf Satzungsleistungen nur einführen, wenn das SGB V sie hierzu ausdrücklich ermächtigt<sup>338</sup>. „Bestimmt“ das Gesetz selbst eine Leistung (im Sinne von § 194 Abs. 1 Nr. 3 SGB V), kann schon dem Wortlaut nach keine Rede davon sein, dass es eine entsprechende Satzungsleistung lediglich „zulässt“ (im Sinne von § 194 Abs. 2 S. 2 SGB V). Gesetzesleistungen werden den Krankenkassen vielmehr zwingend vorgeschrieben. Die Krankenkasse hat daher keine Befugnis, in ihre Satzung eigenständige Bestimmungen zu den Gesetzesleistungen aufzunehmen, etwa um diese (unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung) zu erläutern oder auszulegen.

Die Unterstützung nach § 66 SGB V ist eine Gesetzes- und damit (mangels ausdrücklicher Regelungsermächtigung) grundsätzlich keine regelbare Satzungsleistung. § 66 SGB V könnte allenfalls insofern ein Sonderfall sein, als zwar die abstrakte Leistung, nicht aber deren Art und Umfang im Gesetz genau bestimmt sind, eine konkretisierende Satzungsleistung also möglich erscheint (und dann nach § 194 Abs. 1 Nr. 3 SGB V im Übrigen sogar verpflichtend wäre). Es ist nämlich unklar, ob sich das „sie“ in § 194 Abs. 1 Nr. 3 SGB V auf „Art und Umfang“ oder auf „Leistungen“ bezieht und welche genaue Bedeutung in diesem Zusammenhang der Konjunktion „soweit“ zukommt. Letztlich kann diese Überlegung jedoch dahinstehen: Auch Art und Umfang der Unterstützungsleistung sind insofern vollumfänglich „bestimmt“ im Sinne von § 194 Abs. 1 Nr. 3 SGB V, als die Entscheidung über die konkrete Unterstützung in das Auswahlermessen der Krankenkasse gestellt wurde. Ist die Gewährung einer Leistung in das Ermessen der Krankenkasse gestellt, bedarf sie gerade keiner Konkretisierung durch die Satzung<sup>339</sup>, zumal diese die komplexe Ermessensausübung nur unvollständig und oberflächlich abbilden könnte und so auch beim Versicherten falsche Erwartungen wecken würde.

Die Krankenkasse ist es folglich verwehrt, die unbestimmte Rechtsfolge des § 66 SGB V satzungsmäßig zu präzisieren. Erst recht ist es ihr untersagt, die Unterstützung von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig zu machen und so die Gesetzesleistung weiter einzuschränken<sup>340</sup>, etwa ausdrücklich die vorherige

---

Gesundheitsrecht, 2015, § 194 SGB V, Rdnr. 7; s. auch Hänlein, in: *ders./Schuler*, SGB V, 5. Aufl. 2016, § 194, Rdnrn. 13 ff., 24; Baier, in: *Krauskopf*, 87. Erg.-Lfg. 2015, § 194 SGB V, Rdnrn. 8, 27 f.

<sup>338</sup> Ganz i.S.d. Vorbehalts des Gesetzes, § 31 Abs. 1 SGB I.

<sup>339</sup> Baier, in: *Krauskopf*, 87. Erg.-Lfg. 2015, § 194 SGB V, Rdnr. 8.

<sup>340</sup> Peters, in: *KassKomm*, 84. Erg.-Lfg. 2014, § 194 SGB V, Rdnr. 9.

Einschaltung einer Gutachterkommission oder Schlichtungsstelle zu verlangen<sup>341</sup>. Dies alles hindert die Krankenkasse als Satzungsgeber allerdings nicht, auf gesetzliche Regelungen zur Information der Versicherten Bezug zu nehmen (durch Verweis oder wörtliches Zitat); die rein deklaratorische Bezugnahme findet ihre Grenze jedoch dort, wo der Gesetzeswortlaut verlassen wird und die eigenständige Wiedergabe des Gesetzesinhalts beginnt<sup>342</sup>. Besteht ein Bedarf der Versicherten an eingehender Unterrichtung über Leistungen der Krankenkasse, so kann dieser etwa über Merkblätter (§ 196 Abs. 2 SGB V) gedeckt werden<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> Fragend *Wenner*, SGB 2013, 162, 166; *ders.*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 107 f. S. auch C.II.6.c)(2)(d).

<sup>342</sup> Näher BSGE 89, 227, 232 f.; dazu *Kaempfe*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 194, Rdnr. 4; *Becker*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 05/13, § 194, Rdnr. 8; *Debus*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 194 SGB V, Rdnr. 7; *Baier*, in: *Krauskopf*, 87. Erg.-Lfg. 2015, § 194 SGB V, Rdnrn. 4, 9, 28; *Marburger*, VR 2016, 73.

<sup>343</sup> BSGE 89, 227, 233.

## 6. Konkrete Bestimmung von Art, Inhalt und Umfang der Unterstützung

### a) Ausgangspunkt: Punktuelle Hilfestellung oder umfassende Betreuung?

In der obergerichtlichen Rechtsprechung wurde in der Folge der Änderungen des PatRG erneut die Frage aufgeworfen, ob die Unterstützung lediglich eine punktuelle Hilfestellung im Hinblick auf grundlegende Fragen (insbesondere eben eine einmalige Auskunft und Beratung sowie eine erste Begutachtung durch den MDK) beinhaltet oder (soweit nötig) eine umfassende Hilfeleistung durch kontinuierliche unterrichtende Begleitung des Versicherten bei der Prüfung der Voraussetzungen und später der Durchsetzung seines Schadensersatzanspruchs<sup>344</sup>.

Nach Auffassung der mit der Frage befassten Gerichte<sup>345</sup> ist dem Versicherten keine umfassende Hilfeleistung zur Klärung der Frage, ob ein Behandlungsfehler vorlag oder nicht, zu gewähren. Auch das PatRG habe insoweit keine Änderung der Leistung selbst herbeigeführt. Die Unterstützung im Sinne des § 66 SGB V ziele vielmehr nach wie vor darauf ab, dem Versicherten Leistungen zu gewähren, die ihm die Beweisführung erleichtern oder ermöglichen, also ihm die für eine Rechtsverfolgung essentiellen Informationen zugänglich zu machen. Dies ergebe sich zum einen aus dem Wortlaut der Vorschrift, die lediglich von einer Unterstützung und nicht von einer umfassenden Hilfeleistung spricht<sup>346</sup>. Der Inhalt der Leistung sei insofern also schon durch den Begriff „Unterstützung“ eingeschränkt<sup>347</sup>. Zum anderen habe der Gesetzgeber bereits die Einführung der Unterstützungsregelung damit begründet, dass die Beweisführung bei einem Behandlungsfehler dadurch erschwert werde, dass der Versicherte häufig weder Diagnose und Therapie noch den Namen des behandelnden Arztes genau kenne<sup>348</sup>. Die Unterstützung bestehe demnach in erster Linie aus der Verschaffung von Auskünften über die vom Arzt gestellten Diagnosen, die angewandte Therapie und die Namen der Behandler<sup>349</sup>. Im Einzelfall

<sup>344</sup> So etwa bereits *Krasney*, SGB 2003, 609, 610 (Form der persönlichen Dienstleistung der Krankenkassen); im Anschluss daran *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 4; *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; s. auch *Süß*, MedR 2016, 86, 87.

<sup>345</sup> Jüngst HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85 f. m.w.N.; dazu auch das Verfahren zusammenfassend *Marburger*, KrV 2015, 182, 184 f.; *Hauser*, KH 2015, 849, 850 f.

<sup>346</sup> HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85 f. m.w.N.

<sup>347</sup> So bereits BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach juris.

<sup>348</sup> BT-Dr. 11/2237, S. 189.

<sup>349</sup> HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85 f. m.w.N.; s. aus der Lit. auch *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 17;

könne es ausreichen, wenn sich der Versicherte durch die erhaltene Information über die Aussichten einer weiteren Rechtsverfolgung klar wird<sup>350</sup>. Die Krankenkasse sei hingegen nicht dazu verpflichtet, einen von ihrem Versicherten angestregten Schadensersatzprozess in der Weise zu begleiten, dass sie laufend zur Beantwortung medizinischer Nachfragen zur Verfügung steht, die im Verlaufe des Rechtsstreits entstehen<sup>351</sup>.

Diese restriktive Auffassung ist indes nicht zwingend. Der Begriff „Unterstützung“ vermag ohne weiteres auch eine umfassende(re) Hilfeleistung zu erfassen<sup>352</sup>. Zwar gibt der geänderte Wortlaut des § 66 SGB V für sich genommen nichts dafür her, dass die Krankenkassen nunmehr zu anderen Maßnahmen verpflichtet oder solche zumindest möglich sein sollen, sehr wohl aber die zugehörige Gesetzesbegründung des PatRG<sup>353</sup>. Hiernach ist wie bereits angedeutet zukünftig eine verbesserte Unterstützung intendiert: „Patientinnen und Patienten, die von einem Behandlungsfehler betroffen sind, dürfen nicht alleingelassen werden. Sie sollen sich zukünftig noch stärker auf Unterstützung durch ihre Krankenkasse verlassen können“<sup>354</sup>. Eine Intensivierung der Leistungen war also vom Gesetzgeber gerade beabsichtigt<sup>355</sup>. Diese Grundintention kann hier und in der Folge bei der Bestimmung von Art, Inhalt und Umfang der zu gewährenden Leistungen nicht unberücksichtigt bleiben. Die Grenze ist im Einzelfall (im Rahmen der Ausübung des Auswahlermessens<sup>356</sup>) zu ziehen. „Entscheidend wird mit dem Gesetzeszweck sein, welchen Beweisschwierigkeiten sich der Patient ausgesetzt sieht und wie viel Hilfe er zur Durchsetzung seiner Ansprüche zweckmäßig erwarten darf“<sup>357</sup>.

---

Steinmeyer, in: *Bergmann/Paue/Steinmeyer*, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnrn. 8, 12; *Scholz*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 4; *Roters*, in: *KassKomm*, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 8.

<sup>350</sup> LSG SH, MedR 2016, 84, 85 m. Anm. *Süß*.

<sup>351</sup> Etwa durch eine ergänzende gutachterliche Stellungnahme, s. LSG SH, MedR 2016, 84, 86 m. Anm. *Süß*.

<sup>352</sup> Vgl. insofern auch die Kritik von *Süß*, MedR 2016, 86, 87 an LSG SH, MedR 2016, 84, 85 f.: Leerformel; nicht zielführend, einen unklaren Begriff gegen den nächsten auszutauschen.

<sup>353</sup> Dies betont auch *Süß*, MedR 2016, 86 f.

<sup>354</sup> BT-Dr. 17/10488, S. 9.

<sup>355</sup> So *Süß*, MedR 2016, 86, 87; s. auch *Katzenmeier*, in: *Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung*, S. 31; *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5.

<sup>356</sup> S. dazu C.II.4.b)(2).

<sup>357</sup> *Süß*, MedR 2016, 86, 87; dort daher etwa auch zur Beratungsleistung: „Einerseits ist die tiefere Rechtsberatung nicht Aufgabe der Sozialversicherungsträger, andererseits sind Amtspflichten nicht an der Gerichtspforte abzustreifen“.

Der Versicherte ist dabei eben nicht nur Beweis-, sondern auch anderen Schwierigkeiten ausgesetzt<sup>358</sup>. Insofern ist die Leistung nach § 66 SGB V nicht vorschnell auf die Zurverfügungstellung der für die Beweisführung essentiellen Informationen zu begrenzen. Soweit ein Unterstützungsbedarf besteht, ist der Versicherte vielmehr in allen Stadien der Rechtsverfolgung unterstützend durch die Krankenkasse zu begleiten. Über die genaue Form entscheidet die Krankenkasse nach pflichtgemäßem Ermessen. Dabei mag sie sich in begründeten Fällen zwar darauf berufen, dass eine bestimmte, einmalig zu Beginn der Rechtsverfolgung gewährte Form der Unterstützung den Bedarf des Versicherten befriedigt, sofern diese Entscheidung die allgemeinen Ermessensgrenzen einhält (und die Leistung damit nicht gänzlich verweigert wird). In keinem Fall darf sie jedoch pauschal darauf verweisen, durch ein ihr vorheriges Tätigwerden die Verpflichtung aus § 66 SGB V ein für alle Mal erfüllt zu haben. Hierdurch würde sie ihre eigene Ermessensausübung unzulässig einengen<sup>359</sup>. Die Krankenkasse hat es jedenfalls immer dann in Betracht zu ziehen, erneut unterstützend tätig zu werden, wenn sich die ursprüngliche Unterstützung als unzureichend erweist, etwa weil weiterhin Klärungsbedarf in tatsächlicher Hinsicht besteht<sup>360</sup>, der schließlich auch für die ordnungsgemäße Ermessensausübung der Krankenkasse selbst erheblich ist. So ist es beispielsweise rechtlich möglich (und in der Praxis durchaus üblich), dass über die Erstbegutachtung hinaus von Behandlerseite oder gerichtlich eingeholte Gutachten durch die Krankenkasse (oder vielmehr den MDK) inhaltlich auf deren medizinische Richtigkeit überprüft und Ergänzungsgutachten eingeholt werden<sup>361</sup>. Auch ergänzende Stellungnahmen zur Beantwortung medizinischer Nachfragen, die im Laufe des Rechtsstreits entstehen, können also durchaus geboten sein<sup>362</sup>.

---

<sup>358</sup> S. dazu insg. B.

<sup>359</sup> Vgl. insofern C.II.4.b)(3).

<sup>360</sup> Vgl. insofern die Kritik von Süß, MedR 2016, 86, 87 an LSG SH, MedR 2016, 84.

<sup>361</sup> So Rehborn, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnrn. 13 f.; s. im Ansatz auch MDS, Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Aufl. 2009, S. 35.

<sup>362</sup> Vgl. Süß, MedR 2016, 86, 87; anders LSG SH, MedR 2016, 84, 86.

## b) Grundlegende Unterstützungsleistungen

Die möglichen Unterstützungsmaßnahmen lassen sich im Einzelnen zunächst in zwei Kategorien unterteilen: Es gibt grundlegende und weiterführende Maßnahmen. Das Auswahlermessen der Krankenkasse lässt sich insofern als gestuft bezeichnen: Grundlegende Unterstützungsleistungen sind solche, die überhaupt erst dazu dienen, die der Ermessensausübung zugrunde zu legenden Fakten zu ermitteln. Es ist der Krankenkasse regelmäßig verwehrt, auf solche Maßnahmen zu verzichten, da sie ohne diese gar keine ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung über die Unterstützung ihrer Versicherten treffen kann<sup>363</sup>. Im Übrigen sind die hier in Frage stehenden Leistungen häufig nur mit geringem Aufwand verbunden.

### (1) Unterstützung bei der Sachverhaltsermittlung

#### (a) Förderung der Tatsachenzusammenstellung des Versicherten

Die Unterstützung bei der Sachverhaltsermittlung<sup>364</sup> ist die grundlegendste Form der Hilfeleistung bei Behandlungsfehlerverdacht. Sie beginnt mit einer Beratung im Zusammenhang mit den für die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes erforderlichen, vom Versicherten vorzunehmenden Aktivitäten<sup>365</sup>. Die Krankenkasse hat den Versicherten bei der Erstellung eines Gedächtnisprotokolls zum Behandlungsgeschehen anzuleiten (Wer? Wann? Wo? Was? Wie?)<sup>366</sup>, um so die eigenen Eindrücke des Versicherten (sowie gegebenenfalls auch Stellungnahmen von Zeugen) für das folgende Verfahren als Ausgangspunkt der medizinischen und juristischen Bewertung festzuhalten und damit der Verwässerung von Erinnerungen entgegenzuwirken<sup>367</sup>. Sie hat den Versicherten zudem auf sein Akteneinsichtsrecht (§ 630g BGB)<sup>368</sup> hinzuweisen<sup>369</sup> und ihm bei dessen Geltendmachung zu helfen – soweit sie nicht gleich selbst in diese Richtung tätig wird<sup>370</sup>. Die auf diesem Wege durch den Versicherten selbst gewonnenen Informationen sind auszuwerten und mit

<sup>363</sup> S. dazu C.II.4.b)(3).

<sup>364</sup> Dazu auch anleitend *Schumann*, Die Leistungen 2007, 321, 325 f.

<sup>365</sup> Vgl. *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5.

<sup>366</sup> Zum Inhalt eines Gedächtnisprotokolls s. auch die Checkliste des MDS, Infoblatt: Was Patienten wissen sollten, abrufbar unter [www.mds-ev.de](http://www.mds-ev.de), Zugriff am 11.11.2016.

<sup>367</sup> Vgl. insofern zur Bedeutung eines solchen Gedächtnisprotokolls (neben der ärztlichen Dokumentation) für die Rechtsverfolgung *Meier*, BtPrax 2013, 132, 134.

<sup>368</sup> Ausf. dazu *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. IX, Rdnrn. 55 ff.

<sup>369</sup> Vgl. *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 13.

<sup>370</sup> S. dazu C.II.6.b)(1)(c).

ihm zu besprechen. Die Grenze zur allgemeinen (Rechts-)Beratung<sup>371</sup> ist in diesem Punkt (wie auch im nächsten) vielfach fließend<sup>372</sup>.

#### *(b) Übermittlung und Erläuterung vorliegender Informationen*

Der Versicherte ist nicht nur dabei zu unterstützen, die ihm verfügbaren Informationen zusammenzutragen und zu ordnen, ihm sind darüber hinaus auch die der Krankenkasse selbst vorliegenden Datensätze, die diese beispielsweise im Rahmen der Leistungsabrechnung (siehe etwa §§ 295, 301 SGB V) erhalten hat, zur Verfügung zu stellen und (nach entsprechender Auswertung) zu erläutern<sup>373</sup>. Er hat insofern grundsätzlich einen Auskunfts- und Übermittlungsanspruch gegen die Krankenkasse<sup>374</sup>. Diesem unterfallen sodann auch alle weiteren Informationen, die die Krankenkasse im Rahmen ihres Tätigwerdens auf der Grundlage des § 66 SGB V erlangt (Gutachten, externe Unterlagen etc.). Gleiches gilt für die aus Regressverfahren (§ 116 SGB X) verfügbaren Informationen<sup>375</sup>. Diesbezüglich muss gegebenenfalls auch die Kommunikation zwischen unterschiedlichen Fachabteilungen der Krankenkasse sichergestellt sein<sup>376</sup>.

#### *(c) Anforderung von Behandlungsunterlagen bei Leistungserbringern*

Das Gesamtbild der maßgeblichen Fakten wird freilich erst durch die Dokumentation des Behandelnden (§ 630f BGB)<sup>377</sup> vervollständigt. Die Krankenkassen mögen sich insofern zwar auf die Förderung der Einsichtnahme durch die Versicherten beschränken<sup>378</sup>; es besteht keine Anforderungspflicht<sup>379</sup>. Aus Praktikabilitätsgründen

---

<sup>371</sup> S. dazu C.II.6.c)(2).

<sup>372</sup> Vgl. insofern etwa die Ausführungen zur Beratungstätigkeit der Krankenkassen bei *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 4; *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4; *Roters*, in: *KassKomm*, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 8.

<sup>373</sup> Vgl. dazu *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 17; *Krauskopf*, in: *ders.*, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnrn. 8, 12; *Scholz*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Roters*, in: *KassKomm*, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 8; *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287; *Süß*, MedR 2016, 86, 87; *Schneider*, MedR 2000, 497, 501.

<sup>374</sup> Vgl. die allg. Auskunftspflicht nach § 15 SGB I; § 66 SGB V ist insofern *lex specialis*, s. *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 2; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 2. Zur Auskunftserteilung durch die Krankenkassen auch *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 4; *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4; *Steinmeyer*, in: *Bergmann/Pauge/Steinmeyer*, *Gesamtes Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Finn*, WzS 2015, 99, 100; *Sikorski*, MedR 2001, 188, 189.

<sup>375</sup> Vgl. *Marburger*, ZfS 2007, 108, 112.

<sup>376</sup> *Schumann*, *Die Leistungen* 2007, 385, 388.

<sup>377</sup> Ausf. zur ärztlichen Dokumentation *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. IX, Rdnrn. 43 ff.

<sup>378</sup> S. dazu C.II.6.b)(1)(a).

bietet es sich aber häufig an, dass die Krankenkassen Unterlagen über die Behandlung ihrer Versicherten direkt bei Ärzten oder Krankenhäuser anfordern; dazu sind sie berechtigt<sup>380</sup>. Für die Versicherten ist dies mit einer erheblichen Aufwandsersparnis, für die Krankenkassen hingegen allenfalls mit einem geringen Mehraufwand verbunden. Die Praxis der Krankenkassen ist jedoch auch auf diesem Gebiet sehr unterschiedlich<sup>381</sup>.

Die Berechtigung der Krankenkasse zur Anforderung von Behandlungsunterlagen ergibt sich zivilrechtlich aus dem akzessorischen Übergang des Akteneinsichtsrechts des Patienten (§ 630g BGB) auf die Krankenkasse gemäß § 116 Abs. 1 SGB X, §§ 401 Abs. 1 analog, 412 BGB<sup>382</sup>. Hierfür ist allerdings zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten seine (tatsächliche oder mutmaßliche) Einwilligung in die Entbindung des Arztes von seiner Schweigepflicht<sup>383</sup> erforderlich<sup>384</sup>. Dieses Erfordernis bereitet in der Praxis regelmäßig keine Schwierigkeiten, da dem Versicherten ja gerade an einer Unterstützung gelegen ist. Mit dieser Konstruktion ist im Übrigen keine Umgehung der gesetzlichen Regelung zur Prüfung medizinischen Sachverhalte durch den MDK (§ 275 SGB V)<sup>385</sup> verbunden<sup>386</sup>. Die Einschaltung des MDK wird auf diesem Wege durch die Krankenkasse vielmehr vorbereitet und so auch der eigenen Verpflichtung der Krankenkasse nach § 66 SGB V nachgekommen.

Ein originär sozialrechtlicher Anspruch der Krankenkasse gegenüber Leistungserbringern auf Einsichtnahme in die Behandlungsunterlagen besteht hingegen nicht. Zwar gewährt § 100 SGB X in diesem Verhältnis unter Umständen einen Auskunftsanspruch. Die Herausgabe von Behandlungsunterlagen ist vom

---

<sup>379</sup> So bereits BayLSG, Urte. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnrn. 14, 16, zitiert nach juris: Die Krankenkasse ist nur zu einer Unterstützung mit den Beweismitteln verpflichtet, die sich aus der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen ergeben, ihr daher bekannt und in ihren Akten dokumentiert sind.

<sup>380</sup> So auch (jeweils ohne genaue Herleitung) HessLSG, Urte. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach juris; *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 17; *Marburger*, ZfS 2007, 108, 112; *Schumann*, Die Leistungen 2007, 385 f.

<sup>381</sup> *Meier*, BtPrax 2013, 132, 135.

<sup>382</sup> BGHZ 185, 74 = MedR 2010, 854 m. Anm. *Jaeger* sowie Bespr. *Schultze-Zeu*, VersR 2011, 194; zuvor bereits *dies.*, VersR 2009, 1050 zur Entwicklung der Rspr.; s. auch *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. IX, Rdnr. 66.

<sup>383</sup> Ausf. zum ärztlichen Berufsgeheimnis *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. IX, Rdnrn. 1 ff.

<sup>384</sup> Näher *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1486.

<sup>385</sup> S. dazu C.II.6.b)(2).

<sup>386</sup> So aber *Hauser*, KH 2012, 919, 922, die das übergegangene Einsichtsrecht der Krankenkasse bei Vermutung eines Behandlungsfehlers aus diesem Grund ablehnt.

Wortlaut der Norm nach Auffassung des BSG allerdings nicht umfasst<sup>387</sup>. Nach § 100 Abs. 1 S. 1 SGB X ist ein Arzt (oder Krankenhaus, S. 3) verpflichtet, dem Leistungsträger im Einzelfall auf Verlangen Auskunft zu erteilen, soweit es für die Durchführung von dessen Aufgaben erforderlich und es gesetzlich zugelassen ist (Nr. 1) oder der Betroffene im Einzelfall eingewilligt hat (Nr. 2). Die Einwilligung bedarf grundsätzlich der Schriftform (S. 2). Aus § 66 SGB V ergibt sich dabei, dass eine Auskunft für die Aufgabendurchführung der Krankenkasse durchaus erforderlich sein kann. Auch hierfür ist die Krankenkasse aber jeweils auf die konkrete Einwilligung des Versicherten angewiesen (§ 100 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB X)<sup>388</sup>. Ein gesetzlich zugelassener, spezieller Auskunftsanspruch (im Sinne des § 100 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB X) – oder gar ein Anspruch auf Übermittlung der Behandlungsunterlagen – der Krankenkasse gegenüber Leistungserbringern bei Behandlungsfehlerverdacht existiert nicht<sup>389</sup>. Im SGB V wurden in diesem Zusammenhang vielmehr andere vorrangige (§ 37 SGB I) Regelungen getroffen, die solche Ansprüche gerade nicht vorsehen oder lediglich dem MDK zuweisen (vergleiche § 276 Abs. 2 ff. SGB V). So begründet namentlich die Vorschrift des § 294a Abs. 1 S. 1 SGB V Mitteilungspflichten der Ärzte und Krankenhäuser gegenüber einer Krankenkasse allein bei drittverursachten Gesundheitsschäden, also insbesondere nicht bei durch Arzt oder Krankenhaus selbst verursachten Behandlungsfehlern<sup>390</sup>. Im Übrigen ist der Wortlaut des § 294a SGB V seinerseits im Hinblick auf die Herausgabe von Behandlungsunterlagen nicht eindeutig. Ebenso kann aus § 66 SGB V selbst kein entsprechender Anspruch der Krankenkassen abgeleitet werden<sup>391</sup>. Ein solches Verständnis würde den Normgehalt – es werden Rechte der Versicherten, nicht der Krankenkassen geregelt – überdehnen.

---

<sup>387</sup> BSGE 90, 1, 5 = NJW 2003, 845, 847.

<sup>388</sup> Zu beachten ist zudem das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 100 Abs. 2 SGB X.

<sup>389</sup> Auch § 36 BMV-Ä ist insofern vom gesetzlichen Rahmen abhängig.

<sup>390</sup> Vgl. Terminbericht des BSG Nr. 43/10 vom 12.8.2010 zum Verfahren B 3 KR 16/09 R (vorgehend und nach Rücknahme der Revision rechtskräftig LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 11.11.2009 – L 1 KR 152/08); dazu auch *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1487; *Hauser*, KH 2012, 919, 920.

<sup>391</sup> Vgl. bereits *Kuhla*, KH 2002, 474; wegen der nicht abschließend geklärten Rechtslage zurückhaltend bis ablehnend auch *Hauser*, KH 2012, 919, 923; *dies.*, KH 2015, 849, 851; s. auch *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 3: § 66 SGB V dürfe nicht als Vorwand genommen werden, nach § 294a SGB V nicht bestehende Auskunftsansprüche zu realisieren. Die Initiative zur Anforderung von Unterlagen müsse stets vom Versicherten ausgehen.

#### (d) *Einschub: Sozialdatenschutzrecht*

Auf der Grundlage des Sozialgeheimnisses des § 35 Abs. 1 SGB I hat jedermann Anspruch darauf, dass die ihn betreffenden Sozialdaten (legaldefiniert in § 67 Abs. 1 S. 1 SGB X) von den Leistungsträgern nicht unbefugt erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Die Vorschrift verweist für die näheren datenschutzrechtlichen Anforderungen auf die §§ 67 ff. SGB X (siehe auch § 35 Abs. 2 SGB I)<sup>392</sup>. Soweit der Sozialdatenschutz greift, sind entsprechende Auskunft- oder Übermittlungspflichten ausgeschlossen (§ 35 Abs. 3 SGB I). Das Sozialrecht liefert damit ein bereichsspezifisches, in sich geschlossenes Regelungssystem, das grundsätzlich als *lex specialis* die Anwendung des allgemeinen Bundesdatenschutzgesetzes (oder der Datenschutzgesetze der Länder) ausschließt<sup>393</sup>. Es besteht ein Vorrang des Sozialdatenschutzes<sup>394</sup>. Das SGB V beinhaltet sodann seinerseits spezielle (§ 37 SGB I) Ermächtigungen zum Umgang mit Sozialdaten. Gemäß § 284 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SGB V, der die Befugnisse der Krankenkassen im Kontext des § 66 SGB V regelt, dürfen die Krankenkassen Sozialdaten für Zwecke der Krankenversicherung (nur) erheben und speichern, soweit dies für die Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern erforderlich ist. Die Befugnis zur Datenerhebung und zur Datenübermittlung sind dabei freilich streng zu unterscheiden<sup>395</sup>. Mithin richtet sich auch vorliegend die Verpflichtung der Leistungserbringer zur Übermittlung ihrer Daten an die Krankenkassen, namentlich zur Herausgabe von Behandlungsunterlagen, nach dem zuvor geschilderten Rechtsrahmen<sup>396</sup>.

#### (e) *Mitwirkungspflichten der Versicherten*

Die Mitwirkungspflicht des Versicherten, der eine Unterstützung bei der Rechtsverfolgung beantragt hat, richtet sich allgemein nach den §§ 60 ff. SGB I<sup>397</sup>. Soweit vorhanden, sind der Krankenkasse insbesondere alle für ihr Tätigwerden

---

<sup>392</sup> Näher dazu *Kühling/Seidel*, in: *Kingreen/Kühling*, Gesundheitsdatenschutzrecht, 2015, S. 38 ff.; *Kircher*, ebd., S. 256 ff.; *Lücking*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 41, Rdnrn. 11 ff.; s. auch *Marburger*, VR 2014, 122 ff.

<sup>393</sup> *Kühling/Seidel*, in: *Kingreen/Kühling*, Gesundheitsdatenschutzrecht, 2015, S. 41.

<sup>394</sup> *Kircher*, in: *Kingreen/Kühling*, Gesundheitsdatenschutzrecht, 2015, S. 202 f.; zudem S. 211 f. zum Verhältnis der sozialrechtlichen Normen untereinander; s. insg. auch *Lücking*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 41, Rdnrn. 7 ff.; aus der Rspr. BSGE 102, 134 = MedR 2009, 685.

<sup>395</sup> BSGE 90, 1, 5 = NJW 2003, 845, 847.

<sup>396</sup> S. dazu C.II.6.b)(1)(c).

<sup>397</sup> Dazu etwa *Marburger*, VR 2015, 400 ff.; *ders.*, Sozialrecht + Praxis 2014, 71, 79 ff.; s. auch *Krasney*, SGB 2003, 609, 611, den persönlichen Charakter des Verhältnisses zwischen Versichertem und Krankenkasse betonend.

relevanten tatsächlichen Informationen zur Verfügung zu stellen<sup>398</sup>. Die Mitwirkungspflicht darf dabei freilich im Rahmen des § 66 SGB V nicht überstrapaziert werden<sup>399</sup>, liegt diesem doch gerade die Idee zugrunde, dem Versicherten Aufwand zu ersparen. Allgemeine Grenzen zieht insoweit auch § 65 SGB I. Die Folgen von Pflichtverletzungen regelt § 66 SGB I (sie reichen bis hin zur Leistungsvergütung). Aus Gründen des Selbstbestimmungsschutzes umfasst die Mitwirkungspflicht des Versicherten im Übrigen in keinem Fall die Abgabe einer Schweigepflichtentbindungserklärung<sup>400</sup>, es liegt jedoch im Interesse des Versicherten, diese von sich aus zu erteilen.

Gleichzeitig besteht auch eine Mitwirkungspflicht bei der Durchsetzung der Regressansprüche der Krankenkassen. Aus der Mitgliedschaft selbst ergibt sich eine öffentlich-rechtliche Nebenpflicht des Versicherten, die Interessen der Versichertengemeinschaft solidarisch zu wahren; dazu gehört es, der Krankenkasse alle für die ordnungsgemäße Durchführung des Versicherungsverhältnisses relevanten Umstände anzuzeigen<sup>401</sup>, namentlich auch mögliches ärztliches Fehlverhalten. Die Mitwirkungspflicht der §§ 60 ff. SGB I gilt hier insoweit, als der Versicherte zur Behandlung der Fehlerfolgen auf Sozialleistungen zurückgreift. Ist die Gewährung einer Leistung insofern noch nicht endgültig abgeschlossen, als sich aus ihr Folgeaufgaben ergeben, die mit ihr in unmittelbarem Zusammenhang stehen, dann ist auch die Abwicklung derartiger Aufgaben in aller Regel noch zur Leistungsgewährung zu rechnen; zu solchen Folgeaufgaben gehört die Abwicklung von Regressforderungen, durch die der Krankenkasse ein wirtschaftlicher Ausgleich für ihre Leistungen zukommen soll<sup>402</sup>. Daneben hat die für die Behandlung der Fehlerfolgen aufkommende Krankenkasse einen zivilrechtlichen Auskunfts- und Dokumentenherausgabeanspruch gegen ihren Versicherten gemäß §§ 402, 412 BGB, § 116 SGB X, der freilich ebenso den sozialrechtlichen Mitwirkungsgrenzen (§ 65 SGB I) unterliegt<sup>403</sup>.

<sup>398</sup> Vgl. insofern auch *Meier*, BtPrax 2013, 132, 134 f.

<sup>399</sup> Vgl. insofern bereits *Bogs*, in: FS *Deutsch*, 1999, S. 463, 474 f.

<sup>400</sup> *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1487.

<sup>401</sup> Vgl. BSGE 45, 119, 121 f. = NJW 1978, 1702 f.; *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1487.

<sup>402</sup> BSGE 45, 119, 122 f. = NJW 1978, 1702, 1703; s. auch *Marburger*, Die Leistungen 2008, 642, 644; *ders.*, WzS 2011, 71 f.

<sup>403</sup> Dazu BSGE 45, 119, 122 ff. = NJW 1978, 1702, 1703; *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1486 f.

## (2) Begutachtende Unterstützung durch den MDK

Die Einschätzung der Erfolgsaussichten eines Schadensersatzanspruchs wegen Behandlungsfehlers ist – abgesehen von in der Arzthaftung seltenen, eindeutig oder einfach gelagerten Fällen – letztlich erst nach Einholung einer gutachterlichen Stellungnahme zu den medizinisch-fachlichen Fragen des Falls möglich<sup>404</sup>. Die begutachtende Unterstützung<sup>405</sup> wird dabei nicht unmittelbar durch die Krankenkassen selbst gewährleistet. Die Mitarbeiter der Krankenkassen stoßen hier an fachliche Grenzen und bedürfen ihrerseits der Unterstützung durch ausgebildete Mediziner mit entsprechendem medizinischem Sachverstand<sup>406</sup>. Das Gesetz trägt dem Rechnung und weist die Begutachtungstätigkeit in den § 275 ff. SGB V dem organisatorisch wie rechtlich von den Krankenkassen getrennten und entsprechend spezialisierten Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) zu. Der MDK darf nur innerhalb dieses rechtlichen Rahmens tätig werden. Nach § 275 Abs. 3 Nr. 4 SGB V können die Krankenkassen in geeigneten Fällen durch den MDK prüfen lassen, ob Versicherten bei der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen aus Behandlungsfehlern ein Schaden entstanden ist. Die Norm verweist ausdrücklich auf § 66 SGB V. Das Vorliegen eines Behandlungsfehlers kann im Übrigen bereits Gegenstand eines Gutachtens nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V sein<sup>407</sup>; § 275 Abs. 3 Nr. 4 SGB V hat insofern in erster Linie klarstellende Funktion im Hinblick auf die Umlagefinanzierung von Behandlungsfehlergutachten nach § 281 Abs. 1 SGB V<sup>408</sup>.

§ 275 Abs. 3 Nr. 4 SGB V beinhaltet ein Entschließungsermessen der Krankenkasse („können“)<sup>409</sup>, welches inhaltlich mit dem Auswahlermessen des § 66 SGB V

<sup>404</sup> Vgl. Wenner, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 5; s. bereits Sikorski, MedR 2001, 188, 189.

<sup>405</sup> Dazu auch Lang, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 4; Nebendahl, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; Rehborn, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 14; Wenner, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4; Flint, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 17; Steinmeyer, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 3; Krauskopf, in: ders., 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 3; Roters, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 8; Koch, in: jurisPK SGB V, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnrn. 8, 12; Scholz, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 4; Preis/Schneider, NZS 2013, 281, 287; Marburger, ZfS 2007, 108, 112 f.; ders., Die Leistungen 2009, 193, 200; ders., WzS 2013, 131, 132; ders., Sozialrecht + Praxis 2014, 71, 82; ders., KrV 2015, 182, 184; Finn, WzS 2015, 99, 100; Meier, BtPrax 2013, 132, 135; Schumann, Die Leistungen 2007, 385, 386 ff.; Sikorski, MedR 2001, 188, 189.

<sup>406</sup> Marburger, Die Leistungen 2009, 193.

<sup>407</sup> So bereits Sikorski, MedR 2001, 188.

<sup>408</sup> Vgl. BT-Dr. 16/4247, S. 55; dazu Nebendahl, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 275 SGB V, Rdnrn. 6, 19; Sichert, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 275, Rdnrn. 9, 53.

<sup>409</sup> Vgl. LSG BW, Urt. v. 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11, Rdnr. 17, zitiert nach juris; Marburger, Die Leistungen 2009, 193, 199; ders., Sozialrecht + Praxis 2014, 71, 77; Steinmeyer, in:

übereinstimmt, ist die Einschaltung des MDK schließlich nur eine von vielen möglichen Unterstützungsmaßnahmen. Die Krankenkasse wird jedoch wie dargelegt in der Regel nicht auf eine die ordnungsgemäße Ermessensausübung überhaupt erst ermöglichende Begutachtung (durch den MDK) verzichten dürfen<sup>410</sup>. Dem MDK und seinen Gutachten kommt mithin im Hinblick auf § 66 SGB V in der Praxis eine zentrale Rolle zu<sup>411</sup>, wobei teilweise sogar noch eine weitere Stärkung des MDK gefordert wird<sup>412</sup>. MDK-Gutachten vermögen in der Tat zur außergerichtlichen Klärung von Arzthaftungsfällen beizutragen. Sie sind essentiell, um den Verdacht eines Behandlungsfehlers zu erhärten – oder aber eben auch zu entkräften und damit den Patienten vor unnötigen finanziellen und psychischen Belastungen insbesondere einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu bewahren sowie umgekehrt zusätzlich die Gerichte zu entlasten<sup>413</sup>. Bereits zwischen 2012 und 2013, also zeitlich mit dem Erlass des PatRG zusammenfallend, sind die Begutachtungen durch den MDK bundesweit von 12.500 auf 14.600 Fälle gestiegen<sup>414</sup>. 2015 hat der MDK dann insgesamt 14.800 Behandlungsfehlergutachten erstattet. Lediglich in 27,3 Prozent der Fälle hat sich dabei der Behandlungsfehlervorwurf bestätigt<sup>415</sup>.

Die begutachtende Unterstützung bildet insgesamt bereits ein gewisses Gegengewicht zu den ihrerseits medizinisch-sachverständig beratenen Haftpflichtversicherern<sup>416</sup>. Auch unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten vermögen MDK-Gutachten zu überzeugen<sup>417</sup>: Die konkrete Beauftragung des MDK ist für die

---

*Bergmann/Pauge/Steinmeyer*, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 4; s. auch *Lücking*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 40, Rdnrn. 11, 26; *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 275 SGB V, Rdnr. 19; differenziert *Sichert*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 275, Rdnrn. 48, 53.

<sup>410</sup> So im Ergebnis auch *Steinmeyer*, in: *Bergmann/Pauge/Steinmeyer*, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 4; *Sichert*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 275, Rdnrn. 48, 53; s. bereits *Sikorski*, MedR 2001, 188, 189 (noch zum Entschließungsermessens des § 66 SGB V a.F. sowie allein zu § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V).

<sup>411</sup> Vgl. HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17 f., zitiert nach juris; LSG BW, Urt. v. 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11, Rdnr. 17, zitiert nach juris; *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 17; *Koch*, in: *jurisPK SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnrn. 6, 8; *Wenner*, SGB 2013, 162, 166.

<sup>412</sup> S. etwa *Wenner*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 108.

<sup>413</sup> *Sikorski*, MedR 2001, 188, 189.

<sup>414</sup> S. Infografik Behandlungsfehlergutachten der MDK 2009-2015, abrufbar unter [www.mds-ev.de](http://www.mds-ev.de), Zugriff am 11.11.2016.

<sup>415</sup> Jahresstatistik 2015 des Medizinischen Diensts des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen (MDS) zur Behandlungsfehler-Begutachtung der MDK-Gemeinschaft, abrufbar unter [www.mds-ev.de](http://www.mds-ev.de), Zugriff am 11.11.2016.

<sup>416</sup> *Stegers*, in: *ders./Hansis/Alberts/Scheuch*, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2008, Rdnr. 823; in diese Richtung bereits *Bogs*, in: *FS Deutsch*, 1999, S. 463, 474. S. dazu auch B.II.

<sup>417</sup> Vgl. *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287: regelmäßig daher nur diese Form der Unterstützung; ebenso *Hahn*, SGB 2015, 144, 150.

Krankenkasse kostenfrei, eine (unmittelbare) Finanzierung nach dem Umfang der Inanspruchnahme durch die einzelne Krankenkasse ist ausgeschlossen. Die Umlagefinanzierung des MDK nach § 281 Abs. 1 SGB V, die sich im Wesentlichen nach der Mitgliederzahl der Krankenkasse richtet, soll gerade verhindern, dass die Krankenkasse die Entscheidung über die Einschaltung des MDK von ihrer Haushaltslage abhängig macht. Sie hat sich vielmehr ausschließlich an der medizinischen Erforderlichkeit im jeweiligen Einzelfall zu orientieren<sup>418</sup>.

Nichtsdestotrotz reichen MDK-Gutachten in der arzthaftungsrechtlichen Praxis in der Regel nicht aus, um auch vor Gericht einen Behandlungsfehler nachzuweisen<sup>419</sup>; hier kommt es auf die Expertise eines (gerichtlich bestellten, §§ 402 ff. ZPO) medizinischen Sachverständigen mit entsprechend höherem Beweiswert an. Die Qualifikation des MDK-Gutachters und die Qualität seiner Expertise werden den hohen Anforderungen nicht immer gerecht<sup>420</sup>. Ein Mittel zur Steigerung der Qualität von MDK-Gutachten liegt gegebenenfalls in der Einschaltung externer Gutachter; fehlt es den Mitarbeitern des MDK im Einzelfall an der erforderlichen Fachkompetenz, kann der MDK dabei auch selbst (auf eigene Kosten) externe Gutachter beauftragen<sup>421</sup>. Nach dem Gesetzeswortlaut hat dies sogar vorrangig zu geschehen (§ 279 Abs. 5 Halbs. 2 SGB V). Ziel dieser Regelung ist es, qualitativ hochwertige Begutachtungen durch hinsichtlich der konkreten Fragestellung spezialisierte, qualifizierte und erfahrene Gutachter und damit Praxisnähe zu gewährleisten sowie Abhängigkeiten vom MDK zu vermeiden<sup>422</sup>. Allerdings wird diese allgemeine Zielvorgabe – streng genommen ja vielmehr ein organisationsrechtliches Gebot – in der Praxis nur halbherzig umgesetzt<sup>423</sup>. Grund dafür dürfte sein, dass (vermeintlich kosten-)effiziente interne Strukturen vorgezogen werden, um eine kontinuierliche und einheitliche Aufgabenerfüllung durch den MDK sicherzustellen. Es gibt insofern auch keine Handhabe, den MDK zum Einsatz externen Gutachter zu zwingen. Der Versicherte hat auf eine derartige externe

<sup>418</sup> S. insg. *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 281 SGB V, Rdnr. 2.

<sup>419</sup> Vgl. *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287: MDK-Gutachten für Versicherte zumeist wertlos; *Hahn*, SGB 2015, 144, 150; s. auch *Finn*, WzS 2015, 99, 100: geringer Nutzen für Versicherte.

<sup>420</sup> Ausf. Kritik insofern bei *Stegers*, in: *ders./Hansis/Alberts/Scheuch*, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2008, Rdnrn. 830 ff.

<sup>421</sup> *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 4; *Finn*, WzS 2015, 99, 100; *Marburger*, ZfS 2007, 108, 112; so auch der MDS, Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Aufl. 2009, S. 24.

<sup>422</sup> Vgl. BT-Dr. 11/2237, S. 233 f.; dazu *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 279 SGB V, Rdnr. 11; *Sichert*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 279, Rdnr. 5.

<sup>423</sup> In diese Richtung auch *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 279 Rdnr. 5.

Begutachtung keinen Rechtsanspruch<sup>424</sup>. Der MDK hat selbst zu entscheiden, auf welche Weise er dem Gutachtauftrag der Krankenkasse nachkommt. Dabei gilt: „Maßgeblich für die Auswahl des Gutachters muss letztlich immer die Gewährleistung der Qualität der Begutachtungstätigkeit sein, die in entsprechenden Anforderungen an die fachliche Kompetenz der Gutachter und an deren Unabhängigkeit zum Ausdruck kommt“<sup>425</sup>. Kostengesichtspunkte dürfen insofern nur eine untergeordnete Rolle spielen.

Die Begutachtung durch den MDK<sup>426</sup> hat sich auf medizinisch-fachliche Gesichtspunkte (namentlich die Feststellung einer schadensursächlichen Abweichung vom medizinischen Standard) zu beschränken; entsprechend sollte der Gutachtauftrag<sup>427</sup> formuliert werden; in Grundzügen sollte der Sachverständige zwar mit den rechtlichen Kategorien vertraut sein, die Beantwortung von Rechtsfragen und die Ermittlung des Behandlungsgeschehens ist aber nicht seine Aufgabe<sup>428</sup>. Allerdings wird in der Praxis der eigentlichen Begutachtung häufig eine (im Gesetz jedenfalls nicht ausdrücklich vorgesehene) medizinisch-juristische Vorprüfung (sogenannte „MedJur-Fallberatung“) durch Regresssachbearbeiter der Krankenkasse und Schwerpunktgutachter des MDK vorgeschaltet<sup>429</sup>. Dieses Vorverfahren beinhaltet eine cursorische medizinische Prüfung, ob die weitere Rechtsverfolgung sinnvoll ist und ein Gutachtauftrag an den MDK erteilt werden sollte. Dies ist nicht der Fall, wenn der Behandlungsfehlervorwurf medizinisch nicht haltbar oder offensichtlich unbegründet ist, sodass der mit der Gutachtenerstellung verbundene Arbeitsaufwand beim MDK nicht vertretbar ist. Die Fallberatung von Krankenkassen und MDK verfolgt also Ziele der Auftragssteuerung im Sinne eines wirtschaftlichen Arbeitseinsatzes; die begrenzten Ressourcen des MDK sollen nicht

---

<sup>424</sup> Süß, MedR 2016, 86, 87.

<sup>425</sup> Lücking, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 40, Rdnr. 61.

<sup>426</sup> S. zu den Anforderungen an die Begutachtung auch MDS, Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Aufl. 2009, S. 31 ff.

<sup>427</sup> Zu diesem auch Schumann, Die Leistungen 2007, 385, 387 f.

<sup>428</sup> Sikorski, MedR 2001, 188, 190, auch zur Amtshaftung des MDK für fehlerhafte Begutachtung; Meier, BtPrax 2013, 132, 135; zudem MDS, Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Aufl. 2009, S. 26, 32.

<sup>429</sup> Dazu Scholz, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 4; s. auch Schumann, Die Leistungen 2007, 385, 386 f.; Preis/Schneider, NZS 2013, 281, 287; Finn, WzS 2015, 99, 103.

unnötig beansprucht werden<sup>430</sup>. Letztlich handelt es sich hierbei um eine organisierte und strukturierte Form der Ausübung des (Auswahl-)Ermessens der Krankenkasse bei der Unterstützung ihrer Versicherten bei Behandlungsfehlerverdacht.

Organisatorische Rechtsgrundlage des MDK selbst ist im Übrigen § 278 Abs. 1 S. 1 SGB V. Hiernach wird in jedem Bundesland eine von den Krankenkassen gemeinsam getragene Arbeitsgemeinschaft „Medizinischer Dienst der Krankenversicherung“ errichtet<sup>431</sup>. Gemäß § 278 Abs. 1 S. 2 SGB V ist diese Arbeitsgemeinschaft ihrerseits eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Fachaufgaben des MDK werden von Ärzten (und Angehörigen anderer Heilberufe) wahrgenommen (§ 279 Abs. 5 Halbs. 1 SGB V). Der MDK ist im Rahmen der ärztlichen Berufsausübung zur Objektivität verpflichtet, da seine Ärzte bei der Wahrnehmung ihrer medizinischen Aufgabe nur ihrem ärztlichen Gewissen unterworfen und weisungsfrei sind (Unabhängigkeit der MDK-Ärzte von Krankenkassen und MDK, § 275 Abs. 5 S. 1 SGB V)<sup>432</sup>. Sie sind nicht berechtigt, in die ärztliche Behandlung einzugreifen (§ 275 Abs. 5 S. 2 SGB V). Für die Begutachtung ist der MDK darauf angewiesen, dass ihm die einschlägigen Behandlungsunterlagen zur Verfügung gestellt werden. Die allgemeine Zusammenarbeit der Krankenkassen mit dem MDK ist insofern in § 276 Abs. 1 SGB V geregelt. Mitteilungspflichten des MDK gegenüber den Krankenkassen und Leistungserbringern finden sich in § 277 Abs. 1 SGB V, datenschutzrechtliche Anforderungen an die Tätigkeit des MDK in § 276 Abs. 2 ff. SGB V<sup>433</sup>.

---

<sup>430</sup> S. insg. MDS, Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Aufl. 2009, S. 23, 26.

<sup>431</sup> Die Aufgaben des MDK nimmt für die Krankenversicherung der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See deren Sozialmedizinischer Dienst wahr, § 283 SGB V. S. insg. zur Organisation des MDK auch *Marburger*, Sozialrecht + Praxis 2014, 71 ff.

<sup>432</sup> Darauf weist bereits BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 17, zitiert nach juris, hin; s. auch HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 18, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85 f. m. Anm. *Süß*; zudem *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 275 SGB V, Rdnr. 22; *Sichert*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 275, Rdnr. 61; *Lücking*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 40, Rdnr. 10.

<sup>433</sup> Dazu etwa *Marburger*, Sozialrecht + Praxis 2014, 71, 73 f.

### c) Weiterführende Unterstützungsleistungen

Als weiterführende Unterstützungsleistungen, über deren Gewährung letztlich erst abschließend entschieden werden kann, nachdem mit Hilfe der genannten grundlegenden Unterstützungsleistungen die der Ermessensausübung zugrunde zu liegenden Fakten ermittelt wurden, kommen Maßnahmen der psychosozialen, rechtlichen und finanziellen Unterstützung in Betracht. Dabei sind Beratungs- und Betreuungsleistungen in der Regel schon bei Erstkontakt mit dem Versicherten geboten (und insofern durchaus auch als grundlegende Unterstützungsleistungen zu bezeichnen), es entscheidet sich jedoch erst später, welchen Grad und welche Intensität die Unterstützung erreichen muss (gestuftes Auswahlermessen)<sup>434</sup>.

#### *(1) Psychosoziale Unterstützung*

Zentraler Aspekt der Unterstützung durch die Krankenkassen ist die psychosoziale Begleitung der Versicherten. Für den Einzelnen ist eine solche Form der Hilfestellung unter Umständen in der konkreten Situation wichtiger als jeder Rechtsrat oder jede Kostenübernahme. Der Versicherte, der sich wegen eines Behandlungsfehlerverdachts an seine Krankenkasse wendet, hat regelmäßig weiterhin mit gesundheitlichen Problemen zu kämpfen. In dieser Situation fällt es ihm ohnehin schwer, eine in medizinischer und rechtlicher Hinsicht komplexe Auseinandersetzung zu führen. Er befindet sich in einer emotionalen Ausnahmesituation. Dies gilt erst recht, wenn die genannten Beschwerden bei der Rechtsverfolgung hinzutreten. Die persönliche Belastung wiegt dann gegebenenfalls noch schwerer als die zeitliche und finanzielle<sup>435</sup>.

Gefragt ist dann vor allem ein (fachlich wie menschlich) kompetenter, verständnisvoller und einfühlsamer – möglichst nicht wechselnder – Ansprechpartner bei der Krankenkasse, der die Sorgen und Nöte des Versicherten ernst nimmt und auf diese eingeht, ihm eine Vorstellung vom Ablauf der Rechtsverfolgung vermittelt und gemeinsam mit ihm an einer Lösung für die Probleme des Einzelfalls arbeitet. Benötigt wird Personal mit Empathie, Expertise auf diesem Spezialgebiet und Kommunikationsfähigkeiten in einer sehr speziellen Situation des

---

<sup>434</sup> Vgl. bereits C.II.6.b).

<sup>435</sup> S. dazu auch B.V.

Versichertenkontakts<sup>436</sup>. Von den Mitarbeitern der Krankenkassen wird insofern bei der Betreuung der Versicherten hohe Aufmerksamkeit und intensive Zuwendung erwartet, was den Einsatz besonders geschulter und erfahrener Sachbearbeiter erfordert; oftmals führt dann aber auch schon geduldiges Zuhören und ein einfaches Gespräch zu einer Entspannung der Situation<sup>437</sup>.

Neben persönlicher und fachlicher Kompetenz benötigt der Sachbearbeiter dafür vor allem ausreichend Zeit und Geduld; bei alledem muss er sich freilich, auch wenn er mit teils tragischen Schicksalen konfrontiert wird, professionell, neutral und objektiv verhalten, darf im Gespräch nicht vergessen, die relevanten Informationen zu sammeln, und darf dem Versicherten vor allem auch keine falschen Hoffnungen machen<sup>438</sup>. Die Krankenkasse muss den Versicherten, in dessen Leben die Verfolgung des Behandlungsfehlers mitunter eine zentrale Rolle einnimmt, zudem hinreichend über ihre eigene Unterstützungstätigkeit auf dem Laufenden halten, damit keine Unzufriedenheit und Frustration über die oftmals langwierige und vermeintlich schleppende Bearbeitung entsteht; es mag insofern zusätzlich auf externe Beratungsstellen und Selbsthilfegruppen hingewiesen werden<sup>439</sup>. Gerade wenn etwa der MDK keinen Behandlungsfehler nachweisen kann und der Versicherte seine Erwartungen nicht erfüllt sieht, ergeben sich schwierige Gesprächssituationen; hier sind in besonderem Maße Erläuterungen mit Empathie und Fachwissen erforderlich<sup>440</sup>.

Insgesamt lassen sich die möglichen Unterstützungsleistungen auf diesem Gebiet nicht im Vorfeld abstrakt festlegen. Häufig geht es in der Tat um auf den ersten Blick ganz einfache, wenig aufwändige Maßnahmen, die dem Versicherten das Gefühl geben, mit seinen Problemen nicht alleine gelassen zu werden, angefangen bei einem persönlichen Gespräch<sup>441</sup>. Im Idealfall sind diese Maßnahmen daher auch für die Krankenkassen selbstverständlich, dürfen aber keineswegs unterschätzt oder gar vergessen werden. Die Krankenkasse hat ihr Auswahlermessen nach § 66 SGB V im

---

<sup>436</sup> Schirmer/Stark, Welt der Krankenversicherung 2016, 183; Brum, in: MDK Bayern, Der Medizinische Behandlungsfehler, 2013, S. 77, 79.

<sup>437</sup> Vgl. MDS, Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Aufl. 2009, S. 23; Schumann, Die Leistungen 2007, 385, 388.

<sup>438</sup> Schumann, Die Leistungen 2007, 385, 388.

<sup>439</sup> Schumann, Die Leistungen 2007, 385, 388.

<sup>440</sup> Schirmer/Stark, Welt der Krankenversicherung 2016, 183, 186.

<sup>441</sup> Beschrieben etwa von Marburger, ZfS 2007, 108, 112; s. auch Schumann, Die Leistungen 2007, 385, 388.

Einzelfall der Situation des Versicherten angemessen auszuüben. Die psychosoziale Betreuung ist ein typisches Beispiel dafür, wie vielfältig und unterschiedlich Unterstützungsleistungen nach Form und Intensität ausfallen können. Vor allem setzt eine solche Begleitung regelmäßig entsprechend organisierte Strukturen voraus. Erst die konzentrierte Betreuung der Fälle führt zu einem großen Erfahrungsschatz, einer effizienteren Arbeitsweise sowie einem geübten Umgang mit Versicherten in schwierigen Gesprächssituationen<sup>442</sup>.

Den Kernaufgaben und Kernkompetenzen der GKV kommt diese Form der Unterstützung ohnehin sehr nahe. Im weitesten Sinne handelt es sich bei Maßnahmen zur Reduzierung psychosozialer Belastungen um eine Art von „Krankenbehandlung“ (§§ 27 ff. SGB V) oder zumindest um Maßnahmen der Prävention<sup>443</sup> (§§ 20 ff. SGB V), für deren Zurverfügungstellung die Krankenkassen originär zuständig sind. Zu den Aufgaben der Krankenkassen gehört als Teil der gesetzlich vorgesehenen GKV-Leistungen eben auch eine situationsabhängige Betreuung der Versicherten, soweit diese in gesundheitlichen Krisen begleitender persönlicher Dienstleistungen der Krankenkasse bedürfen; gefragt ist eine über die allgemeine Beratung hinausgehende, konkret in die Tat umgesetzte Hilfe, die den Zugang zu und die sachgerechte Durchführung von Leistungen sicherstellt<sup>444</sup>.

Persönliche Dienstleistungen der Krankenkassen sind dem GKV-System dabei im Übrigen keineswegs fremd. Das SGB V geht von dem – häufig im Übrigen verkürzt als „Sachleistungsprinzip“ bezeichneten – Grundsatz aus, dass die Versicherten die Leistungen von den Krankenkassen als Sach- und Dienstleistungen erhalten (Sach- und Dienstleistungsprinzip – oder umfassend Naturalleistungsprinzip –, § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V). Zwar werden GKV-Leistungen tatsächlich häufiger von Dritten, also Leistungserbringern wie Ärzten und Krankenhäusern erbracht. Gemäß § 2 Abs. 2 S. 3 SGB V schließen die Krankenkassen hierfür Verträge mit den Leistungserbringern über die Erbringung der Sach- und Dienstleistungen. Dies hindert jedoch nicht an der Erbringung bestimmter Dienstleistungen durch die Krankenkassen selbst<sup>445</sup>. § 66 SGB V ist grundsätzlich eine solche Form der persönlichen Dienstleistung seitens der Krankenkassen<sup>446</sup>. Es sei insofern auch

<sup>442</sup> Schirmer/Stark, Welt der Krankenversicherung 2016, 183 f.

<sup>443</sup> Vgl. insofern auch allg. Krasney, SGB 2003, 609, 612.

<sup>444</sup> Krasney, SGB 2003, 609, 612.

<sup>445</sup> S. insg. Krasney, SGB 2003, 609.

<sup>446</sup> Krasney, SGB 2003, 609, 610.

erneut auf die Beachtung der persönlichen Verhältnisse und Wünsche der Versicherten nach § 33 SGB I<sup>447</sup> sowie deren Mitwirkungspflichten nach § 60 ff. SGB I<sup>448</sup> hingewiesen, die den persönlichen Charakter der Beziehung zwischen Krankenkasse und Versichertem entscheidend mitprägen<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> S. dazu C.II.4.b)(2).

<sup>448</sup> S. dazu C.II.6.b)(1)(e).

<sup>449</sup> Vgl. *Krasney*, SGB 2003, 609, 611, dort auch anschaulich: „Beachtung eines Wunsches bedeutet nicht, ihn stets zu erfüllen; entscheidend und [...] erforderlich ist, auf den Wunsch für den Betroffenen erkennbar einzugehen, selbst wenn ihm nicht entsprochen werden kann“.

## (2) Rechtliche Unterstützung

Fraglich ist, inwieweit die Krankenkassen ihren Versicherten im Rahmen der Unterstützung nach § 66 SGB V auch in rechtlichen Belangen beistehen können. Von besonderer Bedeutung erscheint diese Form der Unterstützung vor dem Hintergrund der Suche nach einem Gegengewicht zur Haftpflichtversicherung des Schädigers als dessen Rechtsbeistand<sup>450</sup>. Die Krankenkassen könnten strukturell eine entscheidende Rolle dabei einnehmen, die Versicherten auf Augenhöhe mit den Ressourcen und Kompetenzen der Gegenseite zu bringen<sup>451</sup>. Dabei besteht freilich der entscheidende Unterschied etwa zu einer Haftpflichtversicherung (oder einer Rechtsschutzversicherung) darin, dass juristische Haftungsfragen jedenfalls nicht zum Kerngeschäft einer Krankenversicherung gehören.

Die rechtliche Unterstützungstätigkeit fällt auf den ersten Blick in den Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG). Dieses Gesetz regelt freilich nur die Befugnis, außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zu erbringen, § 1 Abs. 1 S. 1 RDG. Das Merkmal der Außergerichtlichkeit ist nicht erfüllt, wenn der Adressat der rechtsdienstleistenden Tätigkeit ein Gericht ist, vor allem also bei allen schriftlichen und mündlichen Prozesshandlungen. An die dann vorliegende gerichtliche Vertretung werden strengere Anforderungen gestellt, da prozessuales Handeln spezielle prozessrechtliche Kenntnisse erfordert. Nicht ausgeschlossen ist freilich, dass im Hinblick auf ein gerichtliches Verfahren auch außergerichtliche Rechtsdienstleistungen erbracht werden. Die Außergerichtlichkeit ist weit auszulegen, so dass keine Regelungslücken zwischen außergerichtlicher und gerichtlicher Rechtsdienstleistung entstehen<sup>452</sup>. Der Begriff der Rechtsdienstleistung umfasst dabei grundlegend sowohl die (stets außergerichtliche) Rechtsberatung im Innenverhältnis als auch die außergerichtliche Vertretung des Rechtssuchenden nach außen (früher Rechtsbesorgung)<sup>453</sup>, etwa in Verhandlungen mit der Gegenseite. Gemäß § 2 Abs. 1 RDG ist Rechtsdienstleistung jede Tätigkeit in

<sup>450</sup> Vgl. insofern bereits *Bogs*, in: *FS Deutsch*, 1999, S. 463, 471, 474.

<sup>451</sup> S. zu diesem Unterstützungsbedarf auch B.II.

<sup>452</sup> S. insg. zum Begriff der Außergerichtlichkeit *Deckenbrock*, in: *ders./Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 1, Rdnrn. 15 ff.; *Henssler*, ebd., Einleitung, Rdnr. 40; *Römermann*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 1, Rdnrn. 24 ff.; *Teubel*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 1, Rdnrn. 15 ff., jeweils unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung; s. auch *v. Stein*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnrn. 19 f.; *Sabel*, ebd., Rdnrn. 487 ff.; *Römermann*, NJW 2008, 1249, 1250.

<sup>453</sup> *Deckenbrock/Henssler*, in: *dies.*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2, Rdnrn. 4, 12.

konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert<sup>454</sup>.

#### (a) Abstrakt-generelle (Rechts-)Informationen

Unstreitig können die Krankenkassen ihre Versicherten durch die Zurverfügungstellung von abstrakt-generell gehaltenen Informationen zur arzt haftungsrechtlichen Rechtslage oder zum Rechtsrahmen des § 66 SGB V selbst unterstützen<sup>455</sup>. Allgemeine, von einer konkreten Rechtsangelegenheit oder einer rechtlichen Einzelfallprüfung losgelöste Belehrungen, Auskünfte, Rechtsdarstellungen oder bloße Wiedergaben fallen nicht in den Anwendungsbereich des RDG<sup>456</sup> und können daher grundsätzlich erlaubnisfrei von jedermann erbracht werden. Die Krankenkassen können folglich ihren Versicherten allgemeine Hinweise zu den Möglichkeiten der Rechtsverfolgung in Arzthaftungsfällen gewähren und etwa auch auf alternative Hilfsangebote namentlich der Einrichtungen der Verbraucher- und Patientenberatung verweisen<sup>457</sup>, zu deren Förderung sie im Übrigen gemäß § 65b SGB V verpflichtet sind<sup>458</sup>. Allerdings dürfen sie sich darauf nicht beschränken, hat sich die Unterstützung des § 66 SGB V schließlich stets auf den konkret-individuellen Fall zu beziehen.

#### (b) Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen

Geht es darum, dass eine Krankenkasse den einem bestimmten einzelnen Versicherten widerfahrenen medizinischen Sachverhalt rechtlich bewertet und dabei hilft, die im konkreten Fall angezeigten rechtlichen Maßnahmen zu ergreifen, liegt eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung im Sinne von § 2 Abs. 1 RDG vor. Ob es sich um eine einfache oder besonders schwierige, umfassende, komplexe

<sup>454</sup> Näher zum Begriff der Rechtsdienstleistung *Deckenbrock/Henssler*, in: *dies.*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2, Rdnrn. 15 ff.; *Henssler*, ebd., Einleitung, Rdnr. 42 ff.; *Römermann*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 2, Rdnrn. 11 ff.; *ders.*, NJW 2008, 1249, 1250; *Teubel*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 2, Rdnrn. 12 ff.; *v. Stein*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnrn. 26 ff.; *ders.*, AnwBl 2008, 385 ff.

<sup>455</sup> Vgl. insofern auch die allg. Pflicht der Sozialversicherungsträger zur Aufklärung der Bevölkerung über ihre sozialrechtlichen Rechte und Pflichten gem. § 13 SGB I.

<sup>456</sup> Vgl. *Deckenbrock/Henssler*, in: *dies.*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2, Rdnrn. 32, 37, 43; *Henssler*, ebd., Einleitung, Rdnr. 43; *Römermann*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 2, Rdnrn. 19, 27, 31, 35; *Teubel*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 2, Rdnrn. 24, 48; *v. Stein*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnrn. 31, 54, 59; *ders.*, AnwBl 2008, 385 ff.; *Henssler/Deckenbrock*, DB 2008, 41, 42; *Römermann*, NJW 2008, 1249, 1250.

<sup>457</sup> Vgl. *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 3.

<sup>458</sup> Krit. ggü. dieser Regelung *Krasney*, SGB 2003, 609, 610, der befürchtet, dass dadurch die Bedeutung der entspr. persönlichen Dienstleistung der Krankenkassen selbst geschmälert werde.

Rechtsfrage handelt, ist unerheblich; erfasst ist jede konkrete Subsumtion eines Sachverhalts unter die maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen, die über eine bloß schematische Anwendung von Rechtsnormen ohne weitere rechtliche Prüfung hinausgeht<sup>459</sup>. Ist ein mittelbares (häufig wirtschaftliches oder finanzielles) Eigeninteresse gegeben oder sind auch eigene Rechtspositionen und damit gleichartige Interessenlagen im Spiel, ändert dies zunächst einmal nichts an der Fremdheit der Angelegenheit des Anderen, sofern diese vorrangig und nicht bloß notwendigerweise mit der eigenen mitbesorgt wird<sup>460</sup>. An der Fremdheit der Angelegenheit des Versicherten ändert daher auch das allgemeine Interesse der Krankenkasse an einer qualitativ hochwertigen Versorgung oder die besondere, sich aus § 116 SGB X ergebende Rechtsposition der Krankenkasse nichts.

Gemäß § 3 RDG ist die selbständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig, in dem sie durch dieses Gesetz oder durch oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird. Es handelt sich mithin um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt<sup>461</sup>. In diesem Sinne erlaubt namentlich § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG<sup>462</sup> (als privilegierendes *lex specialis* zu §§ 6 und 7 RDG<sup>463</sup>) juristischen Personen des öffentlichen Rechts – also auch den Krankenkassen als öffentlich-rechtlichen Körperschaften<sup>464</sup> –, (außergerichtliche) Rechtsdienstleistungen

---

<sup>459</sup> So jüngst BGH, VersR 2016, 1118 = ZAP Fach 23, 1067 m. Anm. *Henssler/Markworth*; s. auch BSG, NJW 2014, 493 m. Anm. *Römermann*, NJW 2014, 1777; aus der Lit. *Deckenbrock/Henssler*, in: *dies.*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2, Rdnrn. 33 ff. und 5 ff.; *Henssler*, ebd., Einleitung, Rdnr. 44; *Römermann*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 2, Rdnrn. 29 ff.; *Teubel*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 2, Rdnrn. 15 und 3 ff.; *v. Stein*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnrn. 25, 28 ff.; *ders.*, AnwBl 2008, 385 f.; *Henssler/Deckenbrock*, DB 2008, 41, 42; *Sabel*, AnwBl 2007, 816, 817, jeweils unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte; s. auch (krit. zur Abgrenzbarkeit) *Römermann*, NJW 2008, 1249, 1250 f.; *Kilian*, in: FS *Scharf*, 2008, S. 235, 237 (im Übrigen S. 239 ff. m.N. zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen aus Sicht der Rechtstatsachenforschung).

<sup>460</sup> Vgl. *Deckenbrock/Henssler*, in: *dies.*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 2, Rdnrn. 23, 30; *Römermann*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 2, Rdnrn. 15 f.; *Teubel*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 2, Rdnr. 51; *v. Stein*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnr. 56; *ders.*, AnwBl 2008, 385, 387 f.

<sup>461</sup> Näher *Henssler*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, Einleitung, Rdnrn. 30, 37, 79 ff.; *Seichter*, ebd., § 3, Rdnrn. 1 ff.; *Römermann*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 3, Rdnrn. 1 ff.; *Teubel*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 1, Rdnrn. 7 ff.; *Offermann-Burckart*, ebd., § 3, Rdnrn. 1, 15, 19; *Henssler/Deckenbrock*, DB 2008, 41, 46, jeweils auch zu den Folgen bei Verstößen.

<sup>462</sup> Dazu auch *Finn*, WzS 2015, 99, 103.

<sup>463</sup> *Dux*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 8, Rdnr. 3; *H. F. Müller*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 8, Rdnr. 1; *K.-M. Schmidt*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 8, Rdnr. 1; *Kilian*, in: *ders./Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnr. 104; *Henssler/Deckenbrock*, DB 2008, 41, 45.

<sup>464</sup> S. etwa *Dux*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 8, Rdnr. 18; *H. F. Müller*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 8, Rdnr. 8; *K.-M. Schmidt*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 8, Rdnr. 33; *Sabel*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnr. 307.

im Rahmen ihres Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs<sup>465</sup> zu erbringen, soweit dies zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags im Einzelfall erforderlich ist<sup>466</sup>. Soweit die Rechtsdienstleistung nicht ohnehin Kern der öffentlich-rechtlichen Aufgabe ist, muss ein hinreichender innerer Zusammenhang zu dieser originären Aufgabe bestehen, gegenüber der die Rechtsdienstleistung ihrerseits keine übergeordnete Bedeutung erlangen darf (Parallelwertung zu § 5 RDG<sup>467</sup>)<sup>468</sup>. § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG bezweckt eine umfassende Befreiung der öffentlichen Hand von Beschränkungen auf diesem Gebiet<sup>469</sup>. Die Privilegierung erstreckt sich auf alle der Körperschaft zurechenbaren Handlungen, egal ob es sich bei den handelnden Personen um Beamte, Angestellte oder gegebenenfalls auch freie Mitarbeiter handelt<sup>470</sup>. Sie sind soweit zur Rechtsdienstleistung gegenüber Dritten im Namen der Körperschaft befugt, wie es diese selbst ist<sup>471</sup>. Der Aufgabenbereich einer Körperschaft ergibt sich dabei nicht aus dem RDG, sondern aus der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Zuständigkeitsverteilung<sup>472</sup>. § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG dient insofern weniger als Erlaubnisnorm, als vielmehr zur Klarstellung der Gesetzeskonkurrenzen (Kollisionsnorm)<sup>473</sup>. Die Zuständigkeit der Krankenkassen für die Unterstützung ihrer Versicherten durch außergerichtliche Rechtsdienstleistungen wird mithin maßgeblich durch die Auslegung des § 66 SGB V bestimmt, der ihnen eine entsprechende Aufgabe zuweisen könnte.

In diesem Zusammenhang ist überdies auf § 1 Abs. 2 RDG hinzuweisen: Nach dieser Vorschrift bleiben Regelungen in anderen Gesetzen über die Befugnis, Rechtsdienstleistungen zu erbringen, unberührt. Ebenso sieht § 3 RDG vor, dass auch andere Gesetze eine entsprechende Erlaubnis beinhalten können. Das RDG ist

---

<sup>465</sup> Dazu *Dux*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 8, Rdnr. 23; *Kilian*, in: *ders./Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnr. 105.

<sup>466</sup> So über den Gesetzeswortlaut hinaus *K.-M. Schmidt*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 8, Rdnrn. 39, 42.

<sup>467</sup> Auch das Verbot des § 4 RDG dürfte insofern durch § 8 RDG verdrängt und allenfalls als Parallelwertung bei dessen Auslegung zu berücksichtigen sein.

<sup>468</sup> *Sabel*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnr. 309.

<sup>469</sup> *Sabel*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnr. 306.

<sup>470</sup> *Dux*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 8, Rdnr. 22; *H. F. Müller*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 8, Rdnr. 10; *K.-M. Schmidt*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 8, Rdnr. 27.

<sup>471</sup> Vgl. *Henssler*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, Einleitung, Rdnr. 41; *Deckenbrock*, ebd., § 1, Rdnr. 26.

<sup>472</sup> *H. F. Müller*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 8, Rdnr. 11; *K.-M. Schmidt*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 8, Rdnr. 38.

<sup>473</sup> Vgl. (noch zu Art. 1 § 3 Nr. 1 RBerG) BGHZ 144, 68, 73 = NJW 2000, 2277, 2278; *Dux*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 8, Rdnrn. 2, 11; *K.-M. Schmidt*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 8, Rdnr. 2; *Sabel*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnr. 299.

insofern weder umfassend noch abschließend, Sonderregelungen sind vorrangig<sup>474</sup>. Ein „anderes Gesetz“ aus dem speziellen Berufsrecht ist etwa die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), die insbesondere die Tätigkeit der Rechtsanwälte regelt (§ 3 BRAO). Auch § 66 SGB V kommt als spezielle Regelung in Betracht, auch wenn dies bislang nirgends ausdrücklich thematisiert wurde. § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG als Parallelregelung zu § 66 SGB V für die Private Krankenversicherung<sup>475</sup> wird in diesem Zusammenhang durchaus genannt<sup>476</sup>. Jedenfalls führen folglich die Regelungen des RDG zur Beantwortung der Frage nach der (außergerichtlichen) Rechtsdienstleistung in Arzthaftungsfällen durch die Krankenkassen nicht weiter – verbieten eine solche aber zumindest auch nicht. § 66 SGB V ist gegebenenfalls *lex specialis* zum RDG und selbst der materiell einschlägige § 8 RDG verweist letztlich nur auf § 66 SGB V zurück.

Folglich gilt es, sich der Befugnis der Krankenkassen zur außergerichtlichen Rechtsdienstleistung durch Auslegung des § 66 SGB V selbst zu nähern. Soweit die Norm eine solche beinhaltet, steht auch der Vorbehalt des § 30 Abs. 1 SGB IV dem Tätigwerden der Krankenkasse auf diesem Gebiet nicht entgegen<sup>477</sup>. § 66 SGB V gehört dabei zu der Vielzahl sonstiger Vorschriften, die insofern problematisch sind, als sie rechtsdienstleistende Tätigkeiten in einem anderen Sachzusammenhang eher beiläufig und ohne eine entsprechende Regelungstendenz ansprechen<sup>478</sup>. Der Wortlaut von § 66 SGB V sieht Unterstützungsleistungen in Form von außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen nicht ausdrücklich vor, schließt sie aber umgekehrt ebenfalls nicht aus. Eine Unterstützung in rechtlichen Belangen liegt vielmehr sogar nahe, geht es schließlich um eine Unterstützung bei der Rechtsverfolgung von Schadensersatzansprüchen; hierbei stellen sich zwangsläufig juristische Fragen. Eine qualifizierte Unterstützung ist ohne rechtlich relevante Hinweise kaum denkbar<sup>479</sup>. Sinn und Zweck der Norm, die

---

<sup>474</sup> Dazu *Deckenbrock*, in: *ders./Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 1, Rdnrn. 28 ff.; *Henssler*, ebd., Einleitung, Rdnrn. 30 ff.; *Seichter*, ebd., § 3, Rdnrn. 10 ff.; *Römermann*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 1, Rdnrn. 52 ff.; *Teubel*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 1, Rdnrn. 13 f., 53 ff.; *Offermann-Burckart*, ebd., § 3, Rdnrn. 20, 26 ff.; *v. Stein*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnrn. 15, 18, 21; *Kilian*, ebd., Rdnrn. 95 ff.; *Henssler/Deckenbrock*, DB 2008, 41 f.; *Römermann*, NJW 2008, 1249, 1250; *Sabel*, AnwBl 2007, 816, 821.

<sup>475</sup> S. dazu D.

<sup>476</sup> S. etwa *Deckenbrock*, in: *ders./Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 1, Rdnr. 31; *Seichter*, ebd., § 3, Rdnr. 28.

<sup>477</sup> Anders *Schumann*, Die Leistungen 2007, 385, 389.

<sup>478</sup> Vgl. allg. *Kilian*, in: *ders./Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnr. 100.

<sup>479</sup> So bereits *Sikorski*, MedR 2001, 188, 189; s. auch *Finn*, WzS 2015, 99, 102.

Rechtsdurchsetzungsschwierigkeiten der Versicherten in Arzthaftungsfällen durch Einbeziehung der Krankenkassen abzumildern, wobei die praktische Umsetzung der Patientenrechte durch das PatRG weiter gestärkt werden sollte, deuten ihrerseits in Richtung der Zulässigkeit.

Im Zweifel ergibt sich zudem aus § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG, dass Rechtsdienstleistungen zur öffentlich-rechtlichen Aufgabenerfüllung zulässig sind. Die klarstellende Funktion der Norm erstreckt sich insofern auf die Befugnis zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen. Aus der staatlichen Kompetenzübertragung in den jeweiligen Spezialgesetzen lässt sich eine solche häufig nicht zweifelsfrei ableiten; § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG erübrigt dann aber etwa die Anwendung von § 5 RDG (zulässige Nebenleistung im Zusammenhang mit einer Haupttätigkeit)<sup>480</sup>. Außergerichtliche Rechtsberatung wird letztlich auch von staatlicher Seite häufig wie selbstverständlich als Paradebeispiel für die Unterstützung (neben der Einholung eines MDK-Gutachtens) angeführt<sup>481</sup>. Bereits im Jahr 1999 gingen die Regierungsfractionen davon aus: „Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf das Rechtsberatungsgesetz<sup>482</sup> bestehen damit nicht mehr“<sup>483</sup>.

Mithin schließt § 66 SGB V grundsätzlich die Möglichkeit der Krankenkassen ein, Rechtsdienstleistungen im Sinne des RDG zu erbringen, also Rechtsberatungen und Rechtsbesorgungen oder -vertretungen im außergerichtlichen Bereich. Hierfür können die Krankenkassen gleich einem privatwirtschaftlichen Versicherungsunternehmen eigene Rechts-, Regress- oder Schadensabteilungen mit entsprechendem juristischen Fachpersonal betreiben. In der Praxis stoßen die Krankenkassen dabei freilich nicht nur an strukturelle Grenzen (und damit letztlich auch wieder an Grenzen der Wirtschaftlichkeit), was die Ermessensentscheidung für oder gegen die Gewährung rechtlicher Unterstützung wesentlich beeinflussen dürfte. Die Qualitätsstandards für Rechtsdienstleistungen sind auch im Rahmen von § 8 RDG einzuhalten, was bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts durch staatliche Aufsicht und Kontrolle<sup>484</sup> unmittelbar gewährleistet werden kann<sup>485</sup>. Soweit

<sup>480</sup> Kilian, in: *ders./Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnr. 104; Sabel, ebd., Rdnr. 309.

<sup>481</sup> BT-Dr. 14/1245, S. 67; Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage gem. BT Dr. 18/1765, BT-Dr. 18/2051, S. 7.

<sup>482</sup> RBERG, zum 1.7.2008 abgelöst durch das RDG, Gesetz vom 12.12.2007, BGBl. I S. 2840.

<sup>483</sup> BT-Dr. 14/1245, S. 67.

<sup>484</sup> S. dazu C.II.4.c).

die Krankenkasse selbst Rechtsdienstleistungen erbringt, wird ihr auch das Leistungsprogramm und die Sorgfalt eines professionellen Rechtsdienstleisters (Rechtsanwalts) abverlangt<sup>486</sup>. Damit korrespondiert eine (Amts-)Haftung für fehlerhafte Beratung<sup>487</sup>. Nicht zuletzt angesichts dieses Haftungsrisikos werden die Krankenkassen aus gutem Grund regelmäßig darauf verzichten, ihren Versicherten selbst umfassenden Rechtsrat zukommen zu lassen. Der Kernbereich rechtsberatender Tätigkeit wird weiter den entsprechend qualifizierten Rechtsanwälten, insbesondere den spezialisierten Fachanwälten für Medizinrecht vorbehalten bleiben.

Anschaulich ist in diesem Zusammenhang auch ein Vergleich mit der begutachtenden Unterstützung<sup>488</sup>. Wie dargelegt hat die Krankenkasse grundsätzlich eine Pflicht, eigenständig den Versicherten bei der Sachverhaltsermittlung zu unterstützen<sup>489</sup>. Hierfür sind die nötigen Ressourcen vorhanden und dies übersteigt nicht ihre Fähigkeiten. Geht es jedoch um eine nähere medizinische Untersuchung und Bewertung des Sachverhalts, ist die Krankenkasse bereits auf die Hilfe des entsprechend spezialisierten und qualifizierten MDK-Gutachters (oder gegebenenfalls sogar eines Privatgutachters<sup>490</sup>) angewiesen. Insoweit gibt es auch keine Überlegungen, von der Krankenkasse selbst eine medizinische Begutachtung durch angestellte Ärzte zu verlangen. In diesem Bereich ist also offensichtlich anerkannt, dass die organisatorisch bedingte, fachliche Kompetenz der Krankenkasse für Art, Inhalt und Umfang der Unterstützung eine entscheidende Rolle spielt. Ebenso wie an besonderem medizinischem fehlt es der Krankenkasse aber auch an juristischem Sachverstand. Es liegt folglich im Ermessen der Krankenkassen, sich auch hinsichtlich der rechtlichen Unterstützung zugunsten ausgewiesener Rechtsexperten zurückzunehmen, sofern sie ihren grundlegenden Aufgaben nachkommen, ihr Tätigwerden also nicht gänzlich verweigern, sondern sich auf ihre – mit wirtschaftlichem Aufwand erfüllbaren – Kernkompetenzen besinnen. Die Unterstützungsleistung der Krankenkassen beschränkt sich daher

---

<sup>485</sup> Dux, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, § 8, Rdnr. 53; *K.-M. Schmidt*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 8, Rdnr. 5 unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung; *Sabel*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnr. 300.

<sup>486</sup> *Scholz*, in: *BeckOK SozR*, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 4; a.A. *Finn*, WzS 2015, 99, 103.

<sup>487</sup> Dazu *Finn*, WzS 2015, 99, 103.

<sup>488</sup> S. dazu C.II.6.b)(2).

<sup>489</sup> S. dazu C.II.6.b)(1).

<sup>490</sup> S. dazu auch C.II.6.c)(3)(c).

regelmäßig auf eine allgemeine Rechtsberatung<sup>491</sup> in grundlegenden Fragen<sup>492</sup> im Sinne einer einführenden Darstellung der einem Patienten bei Behandlungsfehler zustehenden Ansprüche und deren Voraussetzungen sowie der Möglichkeiten und Grenzen ihrer (gerichtlichen und außergerichtlichen) Durchsetzung<sup>493</sup>, einschließlich der Vermittlung eines (Fach-)Anwalts, der dann die Klärung der besonderen Rechtsfragen des Einzelfalls und die eigentliche Vertretung übernimmt<sup>494</sup>. Rechtsanwalt und Krankenkasse können dann im weiteren Verlauf ihren jeweiligen Fähigkeiten entsprechend durchaus zusammenarbeiten, ein Austausch ist im Interesse des Versicherten möglich und sinnvoll. Anders als die Krankenkasse<sup>495</sup> kann ein Anwalt den Versicherten auch vor Gericht vertreten, so dass die rechtliche Unterstützung im Wesentlichen aus einer Hand gewährleistet werden kann.

### (c) Gerichtliche Vertretung

Die gerichtliche Vertretungsbefugnis ist nicht im RDG, sondern in den jeweiligen Verfahrensordnungen geregelt – für den Bereich der zivilrechtlichen Arzthaftung mithin in der ZPO, namentlich in den §§ 78, 79 ZPO<sup>496</sup>. Vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten müssen sich die Parteien in jedem Fall durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen (§ 78 Abs. 1 S. 1 ZPO, Anwaltsprozess), vor dem BGH durch einen dort zugelassenen Rechtsanwalt (§ 78 Abs. 1 S. 3 ZPO).

Soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht geboten ist, also insbesondere vor den Amtsgerichten, können die Parteien gemäß § 79 Abs. 1 S. 1 ZPO den Rechtsstreit selbst führen (Parteiprozess). Nach § 79 Abs. 2 S. 1 ZPO können sich die Parteien aber auch hier durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten

---

<sup>491</sup> Vgl. insofern auch die allg. Pflicht der Sozialversicherungsträger zur Beratung über sozialrechtliche Rechte und Pflichten gem. § 14 SGB I.

<sup>492</sup> Vgl. insofern etwa die Ausführungen bei *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 3; *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287; *Marburger*, ZfS 2007, 108, 112 f.; *ders.*, WzS 2013, 131, 132; *ders.*, Sozialrecht + Praxis 2014, 71, 82; *ders.*, KrV 2015, 182, 184; *Sikorski*, MedR 2001, 188, 189.

<sup>493</sup> Vgl. *Roters*, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 8; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 13.

<sup>494</sup> *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287; s. auch *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 4.

<sup>495</sup> Dazu sogleich C.II.6.c)(2)(c).

<sup>496</sup> *Henssler*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, Einleitung, Rdnrn. 40, 85 ff.; *Deckenbrock*, ebd., § 1, Rdnr. 15; *Dötsch*, ebd., Anhang § 1, Rdnrn. 1 ff.; *Römermann*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008, § 1, Rdnrn. 28 f.; *H. F. Müller*, ebd., § 8, Rdnr. 19; *Teubel*, in: *Krenzler*, RDG, 2010, § 1, Rdnr. 19; *Offermann-Burckart*, ebd., § 3, Rdnr. 21; *K.-M. Schmidt*, ebd., § 8, Rdnr. 48; v. *Stein*, in: *Kilian/Sabel/v. Stein*, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnrn. 16, 19; *Kilian*, ebd., Rdnrn. 89 f.; *Sabel*, ebd., Rdnrn. 498 ff.; *Henssler/Deckenbrock*, DB 2008, 41, 46; *Römermann*, NJW 2008, 1249, 1250; *Sabel*, AnwBl 2007, 816, 821 f.; *ders.*, AnwBl 2008, 390 ff.

lassen. Daneben kommen als Bevollmächtigte nur wenige, im Gesetz ausdrücklich angeführte Personen in Betracht: Gemäß § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 ZPO sind unter anderem Personen mit Befähigung zum Richteramt (§ 5 DRiG) und Streitgenossen (über die Vertretungsfiktion nach § 62 Abs. 1 ZPO hinaus) vertretungsbefugt, wenn die Vertretung nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit steht. Eine gerichtliche Vertretung durch zum Richteramt befähigte Mitarbeiter der Krankenkasse – notwendigerweise im eigenen Namen – wäre keine Unterstützung durch die Krankenkasse im Sinne des § 66 SGB V mehr. Allenfalls kommt eine Vertretung durch die Krankenkasse<sup>497</sup> als Streitgenosse in Betracht<sup>498</sup>. Offen ist jedoch, ob in diesem Fall nicht ein Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit besteht<sup>499</sup>, zumal § 6 Abs. 1 RDG, dem diese Wertung entstammt, nicht auf öffentlich-rechtliche Akteure zugeschnitten, § 8 RDG diesbezüglich *lex specialis* ist.

Eine Vertretung der Versicherten durch die Krankenkassen in Arzthaftungsprozessen scheidet damit letztlich wohl auch vor den Amtsgerichten aus. Zu erwägen wäre allenfalls noch ein Auftreten als Beistand im Sinne von § 90 ZPO<sup>500</sup>. Die Krankenkassen können daher im Rahmen der Unterstützung nach § 66 SGB V in aller Regel nicht mehr tun, als ihre Versicherten auf geeignete (Fach-)Anwälte hinzuweisen und gegebenenfalls den Kontakt zu vermitteln. Sie können sich mit dem Rechtsanwalt austauschen, dessen eigenverantwortliches Vorgehen aber letztlich nicht beeinflussen. Ob sie dem Versicherten die Kosten des Rechtsanwalts abnehmen können, ist eine andere Frage<sup>501</sup>.

Vor dem Hintergrund der Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte<sup>502</sup> bleibt allerdings noch zu erwägen, ob nicht die Krankenkassen selbst Anwälte beschäftigen könnten, die dann im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften auch die gerichtliche

---

<sup>497</sup> Dabei handeln gemäß § 79 Abs. 2 S. 3 ZPO Bevollmächtigte, die keine natürlichen Personen sind, durch ihre Organe und mit der Prozessvertretung beauftragten Vertreter.

<sup>498</sup> Zur Streitgenossenschaft von Krankenkasse und Versichertem im Arzthaftungsprozess s. C.II.2.

<sup>499</sup> Abl. etwa ggü. einer Vertretung durch die Haftpflichtversicherung als Streitgenosse im Verkehrsunfallprozess *Zschieschack*, NJW 2010, 3275.

<sup>500</sup> Gem. § 90 Abs. 2 ZPO gilt das von dem Beistand Vorgetragene als von der Partei vorgebracht. Beistand kann sein, wer in Verfahren, in denen die Partei den Rechtsstreit selbst führen kann, als Bevollmächtigter zur Vertretung in der Verhandlung befugt ist. Das Gericht kann andere Personen als Beistand zulassen, wenn dies sachdienlich ist und hierfür nach den Umständen des Einzelfalls ein Bedürfnis besteht (§ 90 Abs. 1 S. 2 und 3 ZPO); zur (engen) Auslegung der Ausnahmeregelung s. BT-Dr. 16/3655, S. 91.

<sup>501</sup> S. dazu C.II.6.c)(3)(c).

<sup>502</sup> Gesetz vom 21.12.2015, in Kraft getreten am 1.1.2016, BGBl. I S. 2517; ausf. dazu *Henssler/Deckenbrock*, DB 2016, 215 ff.; *Junker/Scharnke*, BB 2016, 195 ff.; *Kleine-Cosack*, AnwBl 2016, 101 ff.; *Offermann-Burckart*, NJW 2016, 113 ff.; *dies.*, AnwBl 2016, 125 ff. und 474 ff.; *Römermann/Günther*, NZA 2016, 71 ff.

Vertretung der Versicherten übernehmen könnten. Nach dem neuen § 46 Abs. 2 S. 1 BRAO üben Angestellte ihren Beruf als Rechtsanwalt aus, sofern sie im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses für ihren nichtanwaltlichen Arbeitgeber anwaltlich (im Sinne von § 46 Abs. 3 und 4 BRAO) tätig sind. Diese Syndikusrechtsanwälte bedürfen zur Ausübung ihrer Tätigkeit der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nach § 46a BRAO (§ 46 Abs. 2 S. 2 BRAO)<sup>503</sup>. Der Vorteil einer solchen Konstruktion läge bezogen auf die Konstellation des § 66 SGB V vor allem in der organisatorischen Nähe und der unmittelbaren Entlohnung des angestellten Anwalts durch die Krankenkasse. Das Berufsbild des Syndikusanwalts setzt dabei freilich eine fachlich unabhängige und eigenverantwortlich ausübende Tätigkeit voraus (§ 46 Abs. 3 und 4 BRAO). Auch die bei einer Krankenkasse angestellten Syndikusanwälte unterlägen daher im konkreten Fall bei der gerichtlichen Vertretung der Versicherten keinerlei Einflussnahme von Seiten ihres Arbeitgebers. Die Strukturen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts sind für eine solche Stellung allerdings nur bedingt geeignet; in der Praxis spielen Syndikusanwälte vor allem in privaten Unternehmen eine Rolle.

Zu beachten ist zudem, dass sich gemäß § 46 Abs. 5 S. 1 BRAO die Befugnis eines Syndikusrechtsanwalts zur Beratung und Vertretung im Grundsatz auf die Rechtsangelegenheiten des Arbeitgebers beschränkt. Ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf der Regierungsfractionen zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte ist dies erforderlich, um eine Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit durch das Einwirken fremder wirtschaftlicher Interessen zu verhindern<sup>504</sup>. Die Angelegenheiten des Arbeitgebers umfassen jedoch nach § 46 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 BRAO auch erlaubte Rechtsdienstleistungen des Arbeitgebers gegenüber seinen Mitgliedern, sofern es sich bei dem Arbeitgeber um eine Vereinigung oder Gewerkschaft nach § 7 RDG oder nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG handelt. Erlaubt ist insofern also auch eine Tätigkeit des Syndikusanwalts gegenüber Dritten, soweit der nichtanwaltliche Arbeitgeber selbst nach dem RDG entsprechende Kompetenzen besitzt<sup>505</sup>. Es ist jedoch unklar, ob es sich bei den Krankenkassen um Vereinigungen im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG handelt, so dass auch die

---

<sup>503</sup> Dazu und zu den Zulassungskriterien *Henssler/Deckenbrock*, DB 2016, 215, 216 ff.; *Kleine-Cosack*, AnwBl 2016, 101, 103 ff.; *Offermann-Burckart*, AnwBl 2016, 125, 126 ff.

<sup>504</sup> BT-Dr. 18/5201, S. 30; im Anschluss daran auch *Henssler/Deckenbrock*, DB 2016, 215, 220; *Offermann-Burckart*, AnwBl 2016, 125, 131; krit. *Kleine-Cosack*, AnwBl 2016, 101, 108 f.

<sup>505</sup> *Henssler/Deckenbrock*, DB 2016, 215, 220.

Versicherten als ihre Mitglieder beraten und vertreten werden könnten. Vereinigung im Sinne von § 7 RDG „ist jeder auf privatrechtlicher Grundlage vollzogene freiwillige Zusammenschluss von natürlichen oder juristischen Personen, sofern durch die Vereinigung kein Gewerbe ausgeübt wird und jeder der Vereinigung problemlos beitreten kann, wenn er die satzungsmäßigen Voraussetzungen für eine Mitgliedschaft erfüllt“<sup>506</sup>. Es erscheint dabei grundlegend fraglich, wann genau es sich um eine Vereinigung handelt, die als Körperschaft des öffentlichen Rechts im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG organisiert ist und deshalb nicht unter § 7 RDG fällt. Auch die Begründung zum Gesetzentwurf der Regierungsfractionen zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte hilft hier kaum weiter<sup>507</sup>. Konkret verweist sie lediglich auf die als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten Berufskammern sowie die privatrechtlich organisierten Wohlfahrtsverbände der als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannten Kirchen<sup>508</sup>. Auch im Schrifttum werden vor allem bestimmte berufliche Interessenvertretungen wie Innungen, Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern, die kassenärztlichen Vereinigungen und die Berufskammern der verkammerten freien Berufe angeführt<sup>509</sup>. Ob die Krankenkassen damit vergleichbar sind, erscheint mindestens zweifelhaft.

Im Übrigen unterliegen Syndikusanwälte (anders als im Bereich außergerichtlicher Dienstleistungen) vor Gericht weitreichenden Einschränkungen, gar einem gerichtlichen Vertretungsverbot: Sie dürfen gemäß § 46c Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BRAO weiterhin ihren Arbeitgeber (oder gegebenenfalls dessen Mitglieder) nicht vertreten vor den Landgerichten, Oberlandesgerichten und dem BGH in zivilrechtlichen Verfahren und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sofern die Parteien oder die

---

<sup>506</sup> K.-M. Schmidt, in: Krenzler, RDG, 2010, § 7, Rdnrn. 13 ff.; s. zum Begriff auch Dux, in: Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 7, Rdnrn. 17 ff.; H. F. Müller, in: Grunewald/Römermann, RDG, 2008, § 7 Rdnrn. 4 ff.; Sabel, in: Kilian/Sabel/v. Stein, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnrn. 280 ff.

<sup>507</sup> BT-Dr. 18/5201, S. 30 f.: Durch die Formulierung „Vereinigung oder Gewerkschaften“ in § 46 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 BRAO-E werde zugleich klargestellt, dass Behörden, die in § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG ebenfalls genannt werden, nicht erfasst sein sollen. Die Beschränkung auf die in § 46 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 BRAO genannten Vereinigungen und Gewerkschaften sei geboten, um die Unabhängigkeit der anwaltlichen Rechtsberatung und Vertretung zu gewährleisten, da bei den genannten Personen und Vereinigungen sichergestellt sei, dass der Rechtsrat nicht durch andere wirtschaftliche Erwägungen beeinflusst werde. Eine Gefahr von Interessenkonflikten sei bei den erfassten Personen und Vereinigung insbesondere deshalb nicht zu besorgen, da zum einen in der Regel zwischen Mitgliedern und Verband ein Gleichlauf von Interessen anzunehmen sei und im Übrigen die Beratungsleistungen des Verbands umlagefinanziert seien.

<sup>508</sup> BT-Dr. 18/5201, S. 30; im Anschluss daran auch Henssler/Deckenbrock, DB 2016, 215, 220.

<sup>509</sup> S. etwa Dux, in: Deckenbrock/Henssler, RDG, 4. Aufl. 2015, § 7, Rdnr. 11; K.-M. Schmidt, in: Krenzler, RDG, 2010, § 7, Rdnr. 38; Sabel, in: Kilian/Sabel/v. Stein, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rdnr. 284; s. auch Kleine-Cosack, AnwBl 2016, 101, 108: Verbands-Syndikusrechtsanwalt.

Beteiligten sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen oder vorgesehen ist, dass ein Schriftsatz von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein muss<sup>510</sup>. Auch in Arzthaftungsfällen bleiben daher – wenn überhaupt – nur die (wenigen) Verfahren vor den Amtsgerichten übrig, sofern man denn annimmt, dass die Vertretung von Krankenkassenmitgliedern von § 46 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 BRAO erfasst ist.

Uneingeschränkt möglich ist hingegen eine gerichtliche Vertretung außerhalb des Anstellungsverhältnisses im Rahmen der (unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen) Tätigkeit als niedergelassener Rechtsanwalt (Doppelzulassung), die dann allerdings nach RVG abzurechnen wäre<sup>511</sup>. Dies hat dann aber nichts mehr mit einer Unterstützung durch die Krankenkassen zu tun. Ein Angestellter der Krankenkasse, der zugleich als niedergelassener Rechtsanwalt zugelassen wäre, stünde – nicht nur berufsrechtlich – jedem anderen Rechtsanwalt gleich. Zentrale Voraussetzung seiner Tätigkeit wäre seine Unabhängigkeit, die sich hier auch organisatorisch widerspiegelte.

Zuletzt ist anzumerken, dass die Krankenkasse stets das Recht des Versicherten auf freie Anwaltswahl (§ 3 Abs. 3 BRAO) zu beachten hat<sup>512</sup>. Der bindende Verweis an einen bestimmten (Syndikus-)Rechtsanwalt ist daher ohnehin unzulässig, allenfalls sind in diesem Kontext gewisse Anreize zur Wahl eines bestimmten Anwalts möglich. Im Ergebnis sind daher die Möglichkeiten der Krankenkasse zur Unterstützung ihrer Versicherten im spezifisch gerichtlichen Bereich äußerst begrenzt. Die Prozessführung ist zugelassenen Rechtsanwälten mit umfassender Vertretungsbefugnis zu überlassen. Hier kann die Krankenkasse vermitteln, wobei dem Versicherten schlussendlich die Auswahl frei steht.

---

<sup>510</sup> Näher BT-Dr. 18/5201, S. 37: Das Vertretungsverbot sei erforderlich, um ein Ungleichgewicht zwischen den Prozessparteien bzw. Verfahrensbeteiligten zu verhindern („Gebot der Waffengleichheit“): Ein solches träte ein, wenn eine Einzelperson oder kleine und mittlere Unternehmen ohne eigene Rechtsabteilung einen Rechtsanwalt bezahlen müssten, für den zudem noch die Mindestgebührenregelungen des RVG (Unterschreitungsverbot) gelten würden, während große Unternehmen sich durch den eigenen Syndikusrechtsanwalt vertreten lassen und so ihr Kostenrisiko verringern könnten. Dazu *Henssler/Deckenbrock*, DB 2016, 215, 222 (krit. ggü. der Begründung); ebenso *Kleine-Cosack*, AnwBl 2016, 101, 110 f.

<sup>511</sup> BT-Dr. 18/5201, S. 37 unter Berufung auf verfassungsrechtliche Gründe; dazu *Henssler/Deckenbrock*, DB 2016, 215, 222 f. (krit. ggü. der Konsistenz der Tätigkeitsverbote); s. auch *Kleine-Cosack*, AnwBl 2016, 101, 106; *Offermann-Burckart*, AnwBl 2016, 125, 135.

<sup>512</sup> Diskutiert wird dies häufig im Zusammenhang mit der Rechtsschutzversicherung, deren Rolle sich die Krankenkasse durch § 66 SGB V freilich unter Umständen annähert; zur Anwaltswahl in der Rechtsschutzversicherung vgl. §§ 127, 129 VVG, dazu etwa BGHZ 199, 170 = NJW 2014, 630 m. Bespr. *Cornelius-Winkler*, NJW 2014, 588; s. auch Art. 4 Abs. 1 der EU-RL 87/344, dazu etwa EuGH, NJW 2014, 373 m. Anm. *Purnhagen*.

(d) *Ergänzung: Unterstützung bei außergerichtlicher Streitbeilegung*

Die Möglichkeit der Krankenkasse, ihre Versicherten im außergerichtlichen Bereich rechtlich zu unterstützen, schließt die Unterstützung bei Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung<sup>513</sup> ein<sup>514</sup>. Die Krankenkassen haben zwar – anders als der Haftpflichtversicherer des Arztes<sup>515</sup> – keine Möglichkeit, sich unmittelbar an einem Verfahren vor einer Gutachterkommission und Schlichtungsstellen zu beteiligen. Insbesondere wird ihnen nach wie vor kein eigenes Antragsrecht eingeräumt<sup>516</sup>. Die genannten Stellen sehen es als ihre Aufgabe an, zwischen Arzt und Patient zu vermitteln und nicht Krankenkassen den Regress zu erleichtern. Freilich werden in der Praxis über die Unterstützung nach § 66 SGB V die Verfahren vor den Vermittlungsstellen indirekt wesentlich durch die Krankenkassen beeinflusst. Die Krankenkassen können ihren Versicherten bei allen Verfahrensschritten mit (Rechts-)Rat und Tat zur Seite stehen. Auch eine Vertretung durch die Krankenkassen scheint in diesem Kontext nicht ausgeschlossen, ist die Vertretungsbefugnis im Verfahren vor einer Vermittlungsstelle schließlich regelmäßig nicht an eine Anwaltszulassung gebunden, sondern setzt lediglich eine Bevollmächtigung voraus. Häufig, wenn auch weniger dringend als im gerichtlichen Verfahren, wird sich dennoch auch hier die Zwischenschaltung eines spezialisierten Rechtsanwalts anbieten. Auf die gleiche Weise erscheint im Übrigen die Einbeziehung der Krankenkasse in eine Mediation grundsätzlich möglich, freilich auch hier nicht als Partei (allenfalls hinsichtlich ihrer Rechte aus § 116 SGB X), sondern als fachkundiger Begleiter (oder Vertreter) des Versicherten<sup>517</sup>.

Dabei ist es der Krankenkasse freilich verwehrt, ihre Unterstützung explizit von der vorherigen Inanspruchnahme etwa einer Gutachterkommission oder Schlichtungsstellen abhängig zu machen<sup>518</sup>, auch wenn die Unterstützung ursprünglich durchaus in Richtung einer subsidiären Alternative zur Anrufung einer Vermittlungsstelle konzipiert worden war<sup>519</sup>. Eine solche Bedingung käme jedoch

---

<sup>513</sup> S. dazu B.VI.

<sup>514</sup> Vgl. insofern *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5.

<sup>515</sup> Dazu *Meurer*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, 2008, S. 34 ff.

<sup>516</sup> S. insg. *Meurer*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, 2008, S. 37 ff.

<sup>517</sup> Vgl. *Hattermer*, Mediation bei Störungen im Arzt-Patient-Verhältnis, 2012, S. 263 f.

<sup>518</sup> Diesbezüglich fragend *Wenner*, SGB 2013, 162, 166; *ders.*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 107 f.; in diese Richtung aus Wirtschaftlichkeitsgründen durchaus offen *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287; s. auch *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 3.

<sup>519</sup> Vgl. BT-Dr. 11/2237, S. 189. S. dazu auch C.II.1.a).

einer nach geltendem Recht unzulässigen Verweigerung des Tätigwerdens gleich<sup>520</sup>. Die Krankenkassen dürfen sich ihrer originären Aufgabe aus § 66 SGB V durch den Verweis auf Dritte nicht gänzlich entziehen; dies würde die in keiner Weise auf den Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung beschränkte Aufgabenerfüllung unzulässig verengen<sup>521</sup>. Besonders bedenklich wäre es, wenn sich Krankenkassen so ihrer Aufgaben entledigten und anschließend von den Ergebnissen im Hinblick auf eigene Ersatzansprüche profitierten<sup>522</sup>. Die Entscheidung, einen Weg der außergerichtlichen Streitbeilegung einzuschlagen, liegt insbesondere vor dem Hintergrund der Freiwilligkeit des Verfahrens allein beim Patienten. Es gibt keine Obliegenheit des Versicherten, auf diese Weise die Ressourcen der Krankenkasse zu schonen. Die Krankenkasse kann ihn lediglich im Rahmen der allgemeinen Beratung auf diese Möglichkeit hinweisen, ihre Vorteile (und Nachteile) darlegen und spezielle Unterstützungsleistungen anbieten.

---

<sup>520</sup> S. dazu C.II.4.a).

<sup>521</sup> Steinmeyer, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, *Gesamtes Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 7.

<sup>522</sup> Sikorski, *MedR* 2001, 188, 189.

### (3) Finanzielle Unterstützung

Zuletzt stellt sich die Frage, inwieweit die Krankenkassen ihren Versicherten auf der Grundlage des § 66 SGB V auch die die Rechtsverfolgung in Arzthaftungssachen oftmals besonders erschwerenden Kostenrisiken<sup>523</sup> abnehmen könnten. Eine derartige finanzielle Unterstützung scheint dem Grunde nach in unterschiedlicher Form denkbar. Dabei sei zunächst klargestellt, dass es nicht darum geht, den Versicherten unmittelbare Geldzahlungen zukommen zu lassen, die diese dann zur Finanzierung ihrer Rechtsverfolgung einsetzen. Vielmehr steht – im Sinne des Sach- und Dienstleistungsprinzips in der GKV (§ 2 Abs. 2 S. 1 SGB V) – die Kostenübernahme für bestimmte kostenpflichtige, die Rechtsverfolgung erleichternde Maßnahmen in Frage, insbesondere in Form der (Teil-)Übernahme von Anwalts-, Gerichts- oder Gutachterkosten. Die Krankenkasse würde so selbst zu einer Art Rechtsschutzversicherung. Genauer gesagt würde sie eine Rolle ähnlich einem Prozessfinanzierer einnehmen<sup>524</sup>, würde sie sich schließlich gleich einem solchen nur bei entsprechenden Erfolgsaussichten zur Kostenübernahme entscheiden<sup>525</sup> und über einen eigenen Regressanspruch<sup>526</sup> zumindest indirekt auch am Erfolg beteiligt. Prozessfinanzierung bezieht sich zwar in erster Linie auf den Gerichtsprozess und die damit verbundenen Kosten; dies schließt aber nicht aus, dass bei entsprechenden Erfolgsaussichten auch eine Kostenübernahme im außergerichtlichen Bereich möglich ist, die verhindern soll, dass es überhaupt zu einem (kostspieligeren) Gerichtsprozess kommt. Dabei käme der Krankenkasse im Übrigen durch eine finanzielle Unterstützung ebenfalls die Rolle eines Gegenparts zur Haftpflichtversicherung des Schädigers zu<sup>527</sup>: Auch diese kommt gemäß § 101 VVG für bestimmte Rechtsschutzkosten auf.

Grundlegend ist zunächst festzuhalten, dass die Krankenkassen einen gewissen, laufende Kosten verursachenden Verwaltungsaufwand nicht nur betreiben dürfen, sie sind, soweit die Gewährleistung der Unterstützung der Versicherten nach § 66 SGB V dies erfordert, auch dazu verpflichtet<sup>528</sup>. Die Bezeichnung der Leistung der

<sup>523</sup> Zu diesem Unterstützungsbedarf s. B.III.

<sup>524</sup> Zu Rechtsschutzversicherung und Prozessfinanzierung s. B.III.

<sup>525</sup> Vgl. insofern die entspr. Ermessenserwägung nach C.II.4.b)(2).

<sup>526</sup> S. dazu C.II.1.e) sowie 2.

<sup>527</sup> Vgl. insofern den Unterstützungsbedarf unter B.II.

<sup>528</sup> Koch, in: jurisPK SGB V, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 9.

Krankenkasse als „ideelle Unterstützung“<sup>529</sup> greift insofern zu kurz. Keine Bedenken bestehen grundsätzlich gegen Maßnahmen, die keine zusätzlichen Kosten verursachen (namentlich die Hinzuziehung der Akten der Krankenkasse<sup>530</sup> oder die Einholung eines MDK-Gutachtens<sup>531</sup>)<sup>532</sup>. Deshalb handelt es sich bei der hier diskutierten finanziellen Unterstützung ausschließlich um punktuell gewährte, geldwerte Leistungen, die über den „normalen“ Verwaltungsaufwand hinausgehen. Die Grenzziehung im Einzelfall mag Schwierigkeiten bereiten – was nicht für einen generellen Ausschluss finanzieller Unterstützung spricht. So übernehmen etwa die Krankenkassen, soweit sie Behandlungsunterlagen für ihre Versicherten bei Leistungserbringern anfordern<sup>533</sup>, durchaus etwaige dabei anfallende Kosten (vergleiche § 630g Abs. 2 S. 2 BGB).

#### (a) Meinungsstand

Ein genereller Ausschluss finanzieller Unterstützungsleistungen entspricht jedoch der vorherrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. Maßgeblicher Grund für diese ablehnende Haltung ist die Entstehungsgeschichte der Norm – der Wortlaut des § 66 SGB V weist weder in die eine, noch in die andere Richtung<sup>534</sup>. Bereits in der ursprünglichen Gesetzesbegründung aus dem Jahr 1988 wurde ausdrücklich angeführt, dass „[d]ie Unterstützungsleistung der Krankenkasse [...] keine Übernahme der Kosten der Rechtsverfolgung“ umfasst<sup>535</sup>. Die Obergerichte<sup>536</sup> und das Schrifttum<sup>537</sup> haben sich dem stets angeschlossen – in der

<sup>529</sup> Flint, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 3.

<sup>530</sup> S. dazu C.II.6.b)(1)(b).

<sup>531</sup> S. dazu C.II.6.b)(2).

<sup>532</sup> BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnrn. 16 f., zitiert nach juris; HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 18, zitiert nach juris; Preis/Schneider, NZS 2013, 281, 287 unter Verweis auf das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V.

<sup>533</sup> S. dazu C.II.6.b)(1)(c).

<sup>534</sup> Vgl. Lang, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 4; Rehborn, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 15.

<sup>535</sup> BT-Dr. 11/2237, S. 189.

<sup>536</sup> BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach juris; LSG BW, Urt. v. 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11, Rdnr. 17, zitiert nach juris; HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85 m. Anm. Süß.

<sup>537</sup> Lang, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 66, Rdnr. 4; Nebendahl, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; Rehborn, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 15; Krauskopf, in: ders., 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 3; Flint, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 18; Roters, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 8; Steinmeyer, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnrn. 3, 6; Scholz, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 4; Koch, in: jurisPK SGB V, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 9; Wenner, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4; ders., SGB 2013, 162, 166; Meier, BtPrax 2013, 132, 135; Preis/Schneider, NZS 2013, 281, 287; Hahn, SGB 2015, 144, 150; Finn, WzS 2015, 99, 102; Süß, MedR 2016, 86, 87; Marburger, Sozialrecht + Praxis 2014, 71, 82; ders., ZfS 2007, 108,

Regel ohne dieses Ergebnis zu hinterfragen. Die Krankenkasse könne sich nicht zur Rechtsschutzversicherung des Patienten weiterentwickeln<sup>538</sup>. Das BSG ging 2012 im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde (§ 160a SGG) davon aus, dass, auch wenn es selbst die Rechtsfrage noch nicht ausdrücklich behandelt habe, die (negative) Antwort auf die Frage nach der Übernahme der Kosten der Rechtsverfolgung durch die Krankenkasse „praktisch außer Zweifel steht, so dass eine weitere Klärung oder Fortentwicklung des Rechts nicht mehr zu erwarten ist“<sup>539</sup>.

Lediglich das Bayerische LSG setzte sich 1998 mit diesem Thema näher auseinander und arbeitete heraus, dass der Begriff „Unterstützung“ schon aus haushaltsrechtlichen Gründen Ausgaben grundsätzlich ausschließe. Die GKV dürfe ihre Mittel nur zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben verwenden. Im Rahmen des § 66 SGB V handele es sich aber um die Unterstützung privater Interessen<sup>540</sup>. Die GKV sei selbst an der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen, die nicht unter den Regelungsbereich des § 116 SGB X fallen, wirtschaftlich nicht interessiert, so dass sie eventuelle damit verbundene Kosten gering zu halten habe<sup>541</sup>.

#### (b) Stellungnahme

In der Tat besteht für die Krankenkassen – anders als bei der Verfolgung eigener Ansprüche aus nach § 116 SGB X übergegangenem Recht – kein unmittelbares Eigeninteresse an der Unterstützung fremder Rechtsverfolgung<sup>542</sup>. Der Verweis des Bayerischen LSG auf haushaltsrechtliche Überlegungen ist indes nicht zwangsläufig, ist § 66 SGB V doch gerade eine Ausnahmeregelung, die innerhalb des Systems der öffentlich-rechtlichen Krankenversicherung die Förderung von Privatinteressen als

---

111; Sikorski, MedR 2001, 188, 189; Schneider, MedR 2000, 497, 501; s. im Übrigen auch MDS, Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Aufl. 2009, S. 6.

<sup>538</sup> So Preis/Schneider, NZS 2013, 281, 287; Rehborn, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 18.

<sup>539</sup> BSG, NZS 2012, 557, 558 unter Verweis auf BT-Dr. 11/2237, S. 189 und die einschlägige Kommentarliteratur. Zu den Gründen, aus denen eine Revision zuzulassen ist, s. § 160 Abs. 2 SGG.

<sup>540</sup> BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 16 m.N., zitiert nach juris; im Anschluss daran HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 18, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85 m. Anm. Süß.

<sup>541</sup> BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 16 m.N., zitiert nach juris.

<sup>542</sup> Anders wäre die Lage, wenn sich erwiesene Behandlungsfehler oder Aufklärungsmängel auf den Vergütungsanspruch auswirkten; vgl. Katzenmeier, in: Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung, S. 31.

eindeutige Aufgabenzuweisung ausdrücklich gestattet<sup>543</sup>, diese dadurch gleichsam zu öffentlichen Interessen macht und im Übrigen mittelbar die öffentlichen (Haupt-)Ziele der Krankenkasse fördert. Sozialversicherungsträger dürfen gemäß § 30 Abs. 1 SGB IV nur Geschäfte zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben führen und ihre Mittel nur für diese Aufgaben sowie die Verwaltungskosten verwenden<sup>544</sup>. Es gilt der für das Sozialrecht ausdrücklich in § 31 SGB I verankerte Vorbehalt des Gesetzes. Auch Unterstützungsleistungen nach § 66 SGB V haben dies zu berücksichtigen<sup>545</sup>. Die Regelung dient insofern zwar nicht dem primären Zweck der GKV, die gemäß § 1 S. 1 SGB V als Solidargemeinschaft die Aufgabe hat, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern; die gesetzliche Aufgabenerweiterung wird jedoch allgemein für zulässig erachtet<sup>546</sup>.

Der weitere Einwand, § 66 SGB V solle den Versicherten bei den inhaltlichen Schwierigkeiten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen wegen Behandlungsfehlern helfen, nicht aber ein Kostenrisiko abnehmen, das allgemein mit der Verfolgung von Ersatzansprüchen einhergeht<sup>547</sup>, greift ebenfalls zu kurz: Der Versicherte sieht sich in Arzthaftungsfällen gerade nicht nur mit inhaltlichen Schwierigkeiten konfrontiert, sondern eben auch mit spezifischen Kostenrisiken<sup>548</sup>, die aufgrund der Besonderheiten der Materie signifikant erhöht und damit im Übrigen mittelbar auf die inhaltlichen Schwierigkeiten rückführbar sind. Die inhaltlichen Schwierigkeiten und das Kostenrisiko sind untrennbar miteinander verbunden. So erfordert etwa der (komplizierte) Beweis eines Behandlungsfehlers regelmäßig ein (teures und zeitaufwändiges) medizinisches Gutachten<sup>549</sup>.

Auch die Gesetzesbegründung aus dem Jahr 1988 ist lediglich ein Indiz, das noch heute bei der Auslegung berücksichtigt werden kann, nicht mehr und nicht weniger. Der häufig anzutreffende, pauschale Verweis auf diese Begründung ist in jedem Fall argumentativ unzulänglich. Die Frage nach einer finanziellen Unterstützung ist folglich aller gegenteiliger Beteuerungen zum Trotz unverändert aktuell, erst recht vor

---

<sup>543</sup> Vgl. insofern bereits C.II.4.d). So auch *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 15; *Süß*, MedR 2016, 86, 87.

<sup>544</sup> Dies betont etwa auch BSG, VersR 2016, 1011 (für BSGE vorgesehen).

<sup>545</sup> Vgl. etwa *Marburger*, KrV 2015, 182, 184; *ders.*, ZfS 2007, 108, 111.

<sup>546</sup> Vgl. *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnrn. 18 f.

<sup>547</sup> *Flint*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 04/14, § 66, Rdnr. 18.

<sup>548</sup> S. dazu B.III.

<sup>549</sup> S. dazu auch unter B.IV.

dem Hintergrund der Stärkung der Patientenrechte durch das PatRG<sup>550</sup>. Freilich unterliegen GKV-Leistungen verfassungsmäßigen Schranken, die sich aus der (Zwangs-)Mitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ergeben. Im Ergebnis wird sich die finanzielle Unterstützung bei der Rechtsverfolgung vor allem am Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 SGB V messen lassen müssen. Der finanzielle Aufwand für die Krankenkasse muss auch vor dem Hintergrund des Unterstützungsbedarfs des Versicherten sowie der Erfolgsaussichten des Schadensersatzbegehrens im Einzelfall verhältnismäßig sein<sup>551</sup>. Es erscheint insofern zumindest nicht vollständig ausgeschlossen, dass sich derartige besondere Ausgaben der Krankenkasse (auf dem Regresswege<sup>552</sup>) amortisieren oder sie zumindest nicht unwirtschaftlich sind.

### *(c) Finanzierung der Rechtsverfolgung im Einzelnen*

Betrachtet man die Leistungen, die im Rahmen einer solchen Finanzierung der Rechtsverfolgung konkret zu gewähren wären, so steht zunächst die Übernahme von (Privat-)Gutachterkosten in Frage, die sich bislang schon als äußerst praxisrelevantes Thema erwiesen hat. Versicherte fordern von ihrer Krankenkasse auf der Grundlage des § 66 SGB V durchaus die Übernahme der Kosten freier Gutachten. Die Gerichte hatten in den wenigen zu § 66 SGB V ergangenen Entscheidungen häufiger zu entscheiden, inwieweit die Krankenkassen verpflichtet sind (und die Versicherten einen entsprechenden Anspruch haben), neben oder anstelle der Zusammenarbeit mit dem MDK auch externe und damit kostenpflichtige Begutachtungen durchführen zu lassen. Von solchen Privatgutachten erhoffen sich Betroffene zumeist eine höhere fachliche Qualität. Ein Missbrauch droht, wenn lediglich ein anderes Ergebnis als das des (fachlich nicht zu beanstandenden) MDK-Gutachtens angestrebt wird<sup>553</sup>. Vor Gericht haben Privatgutachten im Übrigen keinen höheren Beweiswert als MDK-Gutachten<sup>554</sup>. Es handelt sich bei Privatgutachten nicht um einen Sachverständigenbeweis im Sinne der §§ 402 ff. ZPO, sondern um einen qualifizierten, urkundlich (§§ 415 ff. ZPO) belegten Teil des Parteivorbringens<sup>555</sup>.

<sup>550</sup> Auch *Wenner*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 107 f. moniert, dass das PatRG insofern zentrale Fragen offen lasse.

<sup>551</sup> Vgl. zu den einschlägigen Ermessenserwägungen C.II.4.b)(2).

<sup>552</sup> S. zu den entspr. Interdependenzen C.II.2.

<sup>553</sup> Vgl. HessLSG, Ur. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnrn. 17 f.

<sup>554</sup> Zur Einordnung von MDK-Gutachten s. C.II.6.b)(2).

<sup>555</sup> *Katzenmeier*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 8. Aufl. 2016, Vor §§ 402 ff., Rdnr. 8.

Eine Verpflichtung zur Finanzierung einer externen Untersuchung wurde in den einschlägigen Entscheidungen grundsätzlich als finanzielle Unterstützung mit den oben geschilderten Erwägungen stets abgelehnt<sup>556</sup>. Offen gelassen wurde die Frage in einem Fall, in dem der MDK selbst bereits einen externen Gutachter beauftragt hatte (vergleiche § 279 Abs. 5 Halbs. 2 SGB V) und es lediglich um dessen ergänzende Stellungnahme ging<sup>557</sup> – also eigentlich ein Fall aus der Kategorie der begutachtenden<sup>558</sup>, nicht der finanziellen Unterstützung.

Richtigerweise besteht für die Krankenkassen im Rahmen ihres Ermessens aus den zuvor dargelegten Gründen jedenfalls grundsätzlich die Möglichkeit zur finanziellen Unterstützung<sup>559</sup> und damit auch zur Einholung freier Gutachten. Diese ist angesichts der Aufgabenzuweisung in § 66 SGB V nicht kategorisch ausgeschlossen, vielmehr ist in einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung im Einzelfall darüber zu entscheiden, ob ein Privatgutachten erforderlich ist, weil die fachliche Kompetenz des MDK nicht ausreicht, um den konkreten Sachverhalt angemessen zu untersuchen: „Es sind jedenfalls Fälle denkbar, in denen komplexe medizinische Sachverhalte besonderen Sachverstand erfordern, den nicht jeder MDK durch eigene Beratungsärzte bieten kann. Zur Erfüllung seiner Aufgaben werden die Kasse bzw. der MDK sich dann privater ‚Verwaltungshelfer‘ bedienen müssen“<sup>560</sup>. Soweit der MDK dies (entgegen § 279 Abs. 5 Halbs. 2 SGB V) nicht in Erwägung zieht, worauf die Krankenkasse im Übrigen keinerlei Einfluss hat, muss sie dann eben selbst auf eigene Kosten auf qualifizierte und spezialisierte Privatgutachter zurückgreifen. Auch die Begründung zum PatRG beschränkt die Unterstützung im Übrigen nicht ausdrücklich auf MDK-Gutachten<sup>561</sup>. Dabei hängt zwar auch die Ermessensentscheidung der Krankenkasse für oder gegen ein Privatgutachten von den Erfolgsaussichten des Schadensersatzbegehrens ab,

---

<sup>556</sup> BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnrn. 14 ff., zitiert nach juris; LSG BW, Urt. v. 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11, Rdnr. 17, zitiert nach juris; HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnrn. 17 f., zitiert nach juris; s. aus der Lit. auch *Scholz*, in: BeckOK SozR, 42. Ed. (Stand: 31.7.2016), § 66 SGB V, Rdnr. 4; *Koch*, in: jurisPK SGB V, 3. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 8; *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287; *Hahn*, SGb 2015, 144, 150.

<sup>557</sup> LSG SH, MedR 2016, 84, 86.

<sup>558</sup> S. dazu C.II.6.b)(2).

<sup>559</sup> Vgl. C.II.6.c)(3)(b).

<sup>560</sup> *Süß*, MedR 2016, 86, 87.

<sup>561</sup> BT-Dr. 17/10488, S. 32; dazu auch *Süß*, MedR 2016, 86, 87.

Sachverständigengutachten sind aber wie bereits dargelegt selbst wesentliche Grundlage dieser Beurteilung und daher eher geboten als andere Maßnahmen<sup>562</sup>.

Dies gilt insbesondere für die ebenfalls in Betracht kommende Übernahme von Gerichts- und Anwaltskosten. Unter die Gerichtskosten fallen im Übrigen etwa auch die Kosten gerichtlich bestellter Sachverständiger<sup>563</sup>. Mit der Übernahme von Anwaltskosten ist vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen die Finanzierung externer rechtlicher Unterstützung gemeint, soweit die Krankenkasse diese selbst nicht leisten kann oder darf, also insbesondere im Hinblick auf die gerichtliche Vertretung<sup>564</sup>. Die Wirtschaftlichkeit dieser Form der finanziellen Unterstützung erscheint indes äußerst fraglich. Aufgrund der hohen Summen, um die es hier geht, droht schnell eine Überforderung des Solidarsystems. Nur in eindeutig gelagerten Einzelfällen mit entsprechend hohen Erfolgsaussichten mag den Krankenkassen daher eine Übernahme von Gerichts- und Anwaltskosten möglich sein. Gerade auch angesichts der Haftung des Vorstands der Krankenkasse für Ausgaben ohne gesetzliche Grundlage (§ 12 Abs. 3 SGB V)<sup>565</sup>, ist jedenfalls die Zurückhaltung der Krankenkassen auf diesem Gebiet verständlich. Die Verweigerung einer solchen finanziellen Unterstützung aus Wirtschaftlichkeitsgründen ist mithin in aller Regel nicht ermessensfehlerhaft<sup>566</sup>.

#### *(d) Zurverfügungstellung einer privaten Rechtsschutzversicherung*

Kommt mithin einerseits trotz der generellen Zulässigkeit finanzieller Unterstützung die Übernahme von Gerichts- und Anwaltskosten anlässlich eines konkreten Arzthaftungsfalls aufgrund der einschlägigen Ermessenserwägungen praktisch kaum einmal in Betracht und ist auch die Finanzierung von Privatgutachterkosten nur eingeschränkt möglich, so scheint das geltende Recht andererseits offener dafür, dass die Krankenkassen auf eigene Kosten für ihre Versicherten eine Rechtsschutzversicherung bei einem privaten Versicherungsunternehmen abschließen, die dann ihrerseits für derartigen Kosten aufkommt. Hierbei sind andere, abstraktere Ermessenserwägungen maßgeblich; die Wirtschaftlichkeit ist

<sup>562</sup> S. dazu bereits C.II.6.b)(2).

<sup>563</sup> S. Nr. 9005 KV-GKG i.V.m. §§ 8 ff. JVEG.

<sup>564</sup> S. dazu C.II.6.c)(2)(c).

<sup>565</sup> S. auch *Wenner*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 107 f., Fn. 21, der deshalb davon ausgeht, dass die Krankenkassen solange keine Prozessfinanzierung übernehmen dürfen, wie das nicht im Gesetz, in der Gesetzesbegründung oder durch einen Erlass der Aufsichtsbehörden zur Klärung einer nicht abschließenden gesetzlichen Regelung zugelassen werde.

<sup>566</sup> Vgl. zur Ermessensausübung insofern C.II.4.b)(2).

losgelöst vom konkreten Haftungsfall zu beurteilen. Hierin läge gleichsam eine Art Kompromiss, der die Interessen des einzelnen Versicherten und der Versichertengemeinschaft in Einklang brächte und einen Ausschluss der unmittelbaren Finanzierung der Rechtsverfolgung aus Wirtschaftlichkeitsgründen endgültig rechtfertigte. Darüber hinaus könnte den Versicherten auf diesem Wege mit dem Rechtsschutzversicherer ein zusätzlicher Ansprechpartner zur Verfügung gestellt werden, der insofern nicht nur auf die Kostenübernahme, sondern auch auf weitere Serviceleistungen im Zusammenhang mit juristischen (Haftungs-)Fragen spezialisiert ist. Freilich könnten die Versicherten diesbezüglich auch selbst für Versicherungsschutz sorgen<sup>567</sup>. Hierfür müssten sie jedoch die Kosten selbst tragen und zudem vorausschauend eine Versicherung abschließen, auf die sie dann im Ernstfall zurückgreifen können. Daher erscheint der Abschluss durch die Krankenkasse zumindest als eine interessante Unterstützungsmöglichkeit. Verpflichtend ist dieser vor dem Hintergrund des der Krankenkasse zustehenden Auswahlermessens<sup>568</sup> allerdings nicht.

§ 194 Abs. 1a SGB V sieht vor, dass die Satzung der Krankenkasse eine Bestimmung enthalten kann, nach der diese den Abschluss privater Zusatzversicherungsverträge zwischen ihren Versicherten und privaten Krankenversicherungsunternehmen vermitteln kann. Gegenstand dieser Verträge können alle Leistungen sein, die den gesetzlichen Krankenversicherungsschutz ergänzen, insbesondere Ergänzungstarife zur Kostenerstattung, Wahlarztbehandlung im Krankenhaus, Ein- oder Zweibettzuschlag im Krankenhaus sowie eine Auslandsrankenversicherung. Diese Regelung ist folglich auf private Krankenzusatzversicherungen beschränkt und sagt nichts über Rechtsschutzversicherungen aus. Sie ist erforderlich, da private Krankenzusatzversicherungen nicht unter den öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag der Krankenkassen fallen<sup>569</sup>, diesen vielmehr übertreffen und ergänzen sollen. Bei der Rechtsschutzversicherung geht es hingegen um eine Leistung, die als Unterstützungsleistung im Sinne von § 66 SGB V qualifiziert werden kann und dann in den Zuständigkeitsbereich der Krankenkassen fällt. Im Übrigen handelt es sich bei der Zurverfügungstellung einer Rechtsschutzversicherung nicht um eine Vermittlung gegen Provision, sondern um den Abschluss für einen anderen auf

---

<sup>567</sup> S. dazu B.III.

<sup>568</sup> S. dazu C.II.4.b).

<sup>569</sup> Näher BT-Dr. 15/1525, S. 138.

eigene Kosten (Vertrag zugunsten Dritter, § 328 BGB). Vertragspartner des privaten Versicherungsunternehmens ist allein die Krankenkasse (Versicherungsnehmer, § 1 VVG); die Versicherten werden nur begünstigt und sind als versicherte Personen (§ 193 Abs. 1 VVG) „Dritte“ im Sinne von § 1 S. 1 VVG<sup>570</sup>. Soweit die Zurverfügungstellung einer Rechtsschutzversicherung Teil der öffentlich-rechtlichen Aufgabe der Krankenkasse (§ 30 Abs. 1 SGB IV) zur Leistungsgewährung nach § 66 SGB V und damit eine hoheitliche Tätigkeit im Rahmen der mittelbaren Staatsverwaltung ist, greifen anders als bei der Vermittlung privater Krankenzusatzversicherungen<sup>571</sup> auch keine wettbewerbsrechtlichen Vorschriften.

Zieht die Krankenkasse einen privaten Rechtsschutzversicherer hinzu, erledigt sie ihre öffentliche Unterstützungsaufgabe freilich nicht selbst, sondern durch Dritte. Ein solches „Outsourcing“ ist nur unter den Voraussetzungen des § 197b SGB V zulässig<sup>572</sup>. Die Norm dient der Stärkung des Wettbewerbsgedankens und allgemein unternehmerischen Denkens in der GKV<sup>573</sup>. Hiernach können Krankenkassen die ihnen obliegenden Aufgaben durch Dritte mit deren Zustimmung wahrnehmen lassen. Grundsätzlich ist ein Ermessen der Krankenkasse vorgesehen, das freilich regelmäßig durch die maßgeblichen Wirtschaftlichkeitserwägungen stark begrenzt wird<sup>574</sup>. Dritte im Sinne der Vorschrift sind in erster Linie natürliche und juristische Personen des Privatrechts<sup>575</sup>, also auch private Versicherungsunternehmen. Zwischen Krankenkasse und Drittem wird ein öffentlich-rechtlicher (Rahmen-)Vertrag geschlossen<sup>576</sup>. Auf die Auswahl des Dritten sind die Vorgaben des Vergaberechts anwendbar. § 197b S. 3 SGB V verweist im Übrigen bezüglich der genauen Anforderungen an die Aufgabendurchführung auf Teile des Auftragsrechts des SGB X (§§ 88 ff. SGB X). Die rechtliche Verantwortlichkeit einschließlich der

<sup>570</sup> Vgl. insofern auch BSG, VersR 2016, 1011 (für BSGE vorgesehen).

<sup>571</sup> Vgl. dazu BGH, VersR 2013, 1578; NJW 1995, 2352.

<sup>572</sup> Ausf. *Thüsing/Pötters*, SGB 2013, 320 ff.; *Polaszek*, Welt der Krankenversicherung 2012, 184 ff.

<sup>573</sup> *Thüsing/Pötters*, SGB 2013, 320.

<sup>574</sup> Vgl. *Baier*, in: *Krauskopf*, 60. Erg.-Lfg. 2008, § 197b SGB V, Rdnr. 3; *Debus*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 197b SGB V, Rdnr. 2; *Thüsing/Pötters*, SGB 2013, 320, 321 f.

<sup>575</sup> *Engelhard*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 06/08, § 197b, Rdnr. 12; *Baier*, in: *Krauskopf*, 60. Erg.-Lfg. 2008, § 197b SGB V, Rdnr. 5; *Debus*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 197b SGB V, Rdnr. 3; *Thüsing/Pötters*, SGB 2013, 320 f.; *Polaszek*, Welt der Krankenversicherung 2012, 184, 186.

<sup>576</sup> Vgl. *Engelhard*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 06/08, § 197b, Rdnrn. 4 f.; *Baier*, in: *Krauskopf*, 60. Erg.-Lfg. 2008, § 197b SGB V, Rdnr. 7; *Debus*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 197b SGB V, Rdnr. 4; *Thüsing/Pötters*, SGB 2013, 320, 321.

erforderlichen Kontrolle verbleibt bei der Krankenkasse<sup>577</sup>. Während die Gesetzesbegründung<sup>578</sup> lediglich die Zweckmäßigkeit der Aufgabenerledigung durch Dritte verlangt, ist der Wortlaut des § 197b SGB V strenger: Die (kumulativ zu erfüllenden) Voraussetzungen<sup>579</sup> sind, dass die Aufgabenwahrnehmung durch die den Dritten wirtschaftlicher ist, es im wohlverstandenen Interesse der Betroffenen liegt und Rechte der Versicherten nicht beeinträchtigt werden (§ 197b S. 1 SGB V). Wesentliche Aufgaben zur Versorgung der Versicherten dürfen nicht in Auftrag gegeben werden (§ 197b S. 2 SGB V).

Die Unterstützung der Versicherten nach § 66 SGB V, darunter auch die finanzielle Unterstützung bei der Rechtsverfolgung, ist zwar durchaus Aufgabe<sup>580</sup>, aber keine Kernaufgabe<sup>581</sup> der Krankenkasse im (qualitativen<sup>582</sup>) Sinne von § 197b S. 2 SGB V und kann daher auf Dritte übertragen werden. Die Unterstützung nach § 66 SGB V dient nur mittelbar dem öffentlichen Hauptzweck der GKV, der Gesundheitsversorgung im Sinne von § 1 S. 1 SGB V. Bereits aus diesem Grunde steht einer Delegation auf Dritte hier nichts im Wege. Der Ausnahmetatbestand ist angesichts des Normzwecks restriktiv zu interpretieren<sup>583</sup>. Es ist danach zu unterscheiden, ob Aufgaben, die zum öffentlich-rechtlichen Organisationszweck des Sozialversicherungsträgers gehören, oder lediglich unterstützende Hilfstätigkeiten ausgelagert werden sollen: „Outsourcing auf private Dritte kommt (...) nicht in Betracht, wenn es sich um originäre Funktionen der Sozialversicherungsträger handelt, also Versicherungsaufgaben ausgelagert werden sollen, zu deren Wahrnehmung die Sozialversicherungsträger gerade errichtet sind. Solche spezifischen Kernaufgaben der Sozialversicherung dürften in der Regel dann in Rede stehen, wenn Ansprüche oder Pflichten der Versicherten tangiert sind“<sup>584</sup>. Die Leistungserbringung als solche kann dabei freilich keine nicht übertragbare Kernaufgabe sein, da die Krankenkassen Leistungen im Regelfall gerade nicht selbst, sondern durch die Leistungserbringer zur Verfügung stellen; um eine

<sup>577</sup> Baier, in: *Krauskopf*, 60. Erg.-Lfg. 2008, § 197b SGB V, Rdnr. 6; Debus, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 197b SGB V, Rdnr. 12; *Thüsing/Pötters*, SGB 2013, 320, 321.

<sup>578</sup> BT-Dr. 16/3100, S. 159.

<sup>579</sup> Debus, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 197b SGB V, Rdnr. 5; *Thüsing/Pötters*, SGB 2013, 320, 321.

<sup>580</sup> Anders etwa der Sachverhalt in BSG, VersR 2016, 1011 (für BSGE vorgesehen; Auslandsreisekrankenversicherung).

<sup>581</sup> So BT-Dr. 16/3100, S. 159.

<sup>582</sup> Baier, in: *Krauskopf*, 60. Erg.-Lfg. 2008, § 197b SGB V, Rdnr. 12.

<sup>583</sup> *Thüsing/Pötters*, SGB 2013, 320, 322 f.

<sup>584</sup> *Polaszek*, Welt der Krankenversicherung 2012, 184 f.

Kernaufgabe handelt es sich nur, sofern die Bewilligung von Leistungen einer gesonderten Entscheidung der Krankenkasse bedarf<sup>585</sup>. Die Krankenkasse muss im Bereich der (Gesundheits-)Versorgung die Entscheidungsbefugnis behalten, soweit Leistungsansprüche der Versicherten unmittelbar betroffen sind<sup>586</sup>. Eine solche konkrete Entscheidung über die Finanzierung der Rechtsverfolgung im Einzelfall würde sich für die Krankenkasse hier durch den Abschluss einer abstrakten Rechtsschutzversicherung jedoch gerade erübrigen.

Für die Versicherten spielt es sodann keine Rolle, ob die Krankenkasse selbst oder eine Rechtsschutzversicherung bestimmte Rechtsverfolgungskosten finanziert. Die Unterstützungsleistung ist inhaltlich gleichwertig (eine entsprechende Ausgestaltung des Rechtsschutzversicherungsvertrags vorausgesetzt). Die Erledigung durch Dritte liegt folglich im wohlverstandenen Interesse der Betroffenen. Hierfür genügt es, dass die Delegation keine sonstigen Nachteile mit sich bringt, zumal eine wirtschaftlichere Versorgung schlussendlich allen Versicherten zu Gute kommt<sup>587</sup>. Der Krankenkasse ist dabei, wenn auch kein Beurteilungsspielraum im klassischen Sinne, so doch eine gewisse Einschätzungsprärogative einzuräumen<sup>588</sup>. Auch Rechte der Versicherten werden nicht beeinträchtigt. Bei der Zusammenarbeit mit einem privaten Versicherungsunternehmen sind insofern vor allem die datenschutzrechtlichen Anforderungen (Schutz der Sozialdaten) zu beachten<sup>589</sup>.

Der Abschluss einer Rechtsschutzversicherung ist zudem als abstrakte, mittelbare Finanzierung im Vergleich zur Finanzierung der konkreten Rechtsverfolgung durch die Krankenkasse selbst die wirtschaftlichere Alternative – ein Vorteil, der nicht nur für die Entscheidung nach § 197b SGB V, sondern auch nach § 66 SGB V eine entscheidende Rolle spielt. Die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit richtet sich nach ökonomischen Gesichtspunkten, erforderlich ist eine Kosten-Nutzen-Analyse, die die

---

<sup>585</sup> Vgl. Engelhard, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand 06/08, § 197b, Rdnr. 9; s. auch Debus, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 197b SGB V, Rdnr. 8; a.A. wohl Baier, in: Krauskopf, 60. Erg.-Lfg. 2008, § 197b SGB V, Rdnrn. 4, 12.

<sup>586</sup> Thüsing/Pötters, SGB 2013, 320, 323.

<sup>587</sup> Thüsing/Pötters, SGB 2013, 320, 322; Baier, in: Krauskopf, 60. Erg.-Lfg. 2008, § 197b SGB V, Rdnr. 10; Debus, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 197b SGB V, Rdnr. 7; a.A. Engelhard, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand 06/08, § 197b, Rdnr. 7: qualitative Verbesserung erforderlich; auch dies dürfte vorliegend aufgrund der Vorteile der Hinzuziehung eines spezialisierten Unternehmens zu bejahen sein.

<sup>588</sup> Thüsing/Pötters, SGB 2013, 320, 322.

<sup>589</sup> Vgl. Thüsing/Pötters, SGB 2013, 320, 322, 325; Engelhard, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand 06/08, § 197b, Rdnr. 7; Baier, in: Krauskopf, 60. Erg.-Lfg. 2008, § 197b SGB V, Rdnr. 11; s. auch Debus, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 197b SGB V, Rdnr. 9; Polaszek, Welt der Krankenversicherung 2012, 184, 187 f.

wirtschaftlichen Vorteile (Kosteneffizienz etc.<sup>590</sup>) einer Delegation belegt<sup>591</sup>. Auch hier besteht eine Einschätzungsprärogative der Krankenkasse<sup>592</sup>. Die Übertragung der Aufgabe der Krankenkasse zur finanziellen Unterstützung ihrer Versicherten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen aus Behandlungsfehlern auf einen spezialisierten Rechtsschutzversicherer führt erstens zu einer kostensparenden Optimierung von Organisation, Strukturen und Prozessen. Rechtsschutzversicherer sind gerade auch im Bereich der rechtlichen Unterstützung der Versicherten besonders qualifiziert, wohingegen die Krankenkassen hier wie dargelegt zwangsläufig an Grenzen stoßen<sup>593</sup>. Zweitens dürfte diese Form der Delegation eine generelle Kostenreduktion für die Krankenkasse beinhalten, da der Rechtsschutzversicherer bereits das abstrakte Risiko, einen Arzthaftungsprozess führen zu müssen, im Vorfeld gegen Entgelt abnimmt – unabhängig davon, ob sich dieses Risiko später tatsächlich realisiert oder nicht. Verglichen mit einer Einzelperson hat die Krankenkasse dabei zudem den Vorteil, die Kosten durch den Abschluss der Rechtsschutzversicherung für eine Vielzahl von Versicherten reduzieren zu können (Gruppentarif), da sich hierdurch das Gesamt- und Durchschnittsrisiko des Rechtsschutzversicherers weiter verringert. Letztlich fehlen zu diesen Punkten allerdings aussagekräftige Daten, ob sich eine Rechtsschutzversicherung für alle Versicherten verglichen mit der Übernahme der Kosten einzelner Arzthaftungsfälle im Ergebnis tatsächlich lohnt (Wie teuer ist eine Rechtsschutzversicherung für alle Versicherten? Wie viele dieser Versicherten werden in ihrem Versichertenleben in einen Arzthaftungsfall verwickelt? Wie hoch sind die durchschnittlichen Kosten eines Arzthaftungsfalls?). Jedenfalls reduziert diese Maßnahme jedoch drittens das (geldwerte) Risiko der Krankenkasse selbst im Rahmen ihrer Finanzplanung. Die Kosten einer Rechtsschutzversicherung sind anders als die Kosten ungewisser konkreter Arzthaftungsfälle planbare Ausgaben.

Angesichts der verbliebenen Unsicherheiten hinsichtlich der der Wirtschaftlichkeit des Abschlusses einer Rechtsschutzversicherung für die Versicherten scheint es aus Sicht der Krankenkasse im Übrigen durchaus vertretbar, im Rahmen ihrer

---

<sup>590</sup> Allg. zu den wirtschaftlichen Zielen des Outsourcing *Polaszek*, Welt der Krankenversicherung 2012, 184, 185 f.

<sup>591</sup> Näher *Thüsing/Pötters*, SGB 2013, 320, 322; s. auch *Engelhard*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand 06/08, § 197b, Rdnr. 7; *Baier*, in: *Krauskopf*, 60. Erg.-Lfg. 2008, § 197b SGB V, Rdnr. 9; *Debus*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 197b SGB V, Rdnr. 6.

<sup>592</sup> *Thüsing/Pötters*, SGB 2013, 320, 322.

<sup>593</sup> S. dazu C.II.6.c)(2)(b).

Ermessensentscheidung eine derartige Unterstützungsleistung etwa an ein Bonusprogramm im Sinne von § 65a SGB V (Bonus für gesundheitsbewusstes Verhalten) zu koppeln. Nach § 65a Abs. 3 S. 1 SGB V müssen die Aufwendungen hierfür mittelfristig aus Einsparungen und Effizienzsteigerungen, die durch diese Maßnahmen erzielt werden, finanziert werden. Damit erreicht die Krankenkasse für ihre Ermessensausübung in finanzieller Hinsicht zusätzliche Planungssicherheit, was dann die Wirtschaftlichkeit der Maßnahme nur untermauert. Freilich werden damit gegebenenfalls nicht mehr alle Versicherten erreicht, wie es § 66 SGB V eigentlich bezweckt – wobei unter Umständen die Teilnahme am Bonusprogramm nur an geringe Voraussetzungen geknüpft wird.

Diese Form des Outsourcings liegt im Übrigen auch auf einer Linie mit dem privatversicherungsrechtlichen Spartenentrennungsgrundsatz: Gemäß § 8 Abs. 4 S. 2 VAG schließen die Erlaubnis zum Betrieb einer (substitutiven, den im gesetzlichen Sozialversicherungssystem vorgesehenen Krankenversicherungsschutz ganz oder teilweise ersetzenden) Krankenversicherung im Sinne des § 146 Abs. 1 VAG und die Erlaubnis zum Betrieb anderer Versicherungssparten einander aus. Für die Rechtsschutzversicherung ist in § 164 Abs. 1 VAG überdies eine organisatorische Trennung von anderen Versicherungssparten vorgesehen, um Interessenkonflikte auszuschließen<sup>594</sup>. Die Spartenentrennung soll Interessenkollisionen und Quersubventionierungen verhindern und so gewährleisten, dass nicht die Sicherheit der sozial besonders bedeutsamen Krankenversicherung durch die Risiken gleichzeitig betriebener anderer Versicherungszweige gefährdet wird<sup>595</sup>. Dieser Grundgedanke kann auch im Rahmen von § 66 SGB V fruchtbar gemacht<sup>596</sup> und für die Delegation der finanziellen Unterstützung der Rechtsverfolgung und der damit verbundenen Risiken an ein privates Versicherungsunternehmen angeführt werden. Bestimmte Aufgaben sollten auch die Krankenkassen nicht selbst übernehmen, um sich nicht zu weit von ihrem Kerngeschäft und ihrer Kernkompetenz zu entfernen. Dies liegt letztlich auch im Interesse der Versicherten.

---

<sup>594</sup> Bruns, Privatversicherungsrecht, 2015, § 6, Rdnr. 29 (abgeschwächte, atypische Sonderform der Spartenentrennung).

<sup>595</sup> Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rdnrn. 62 f.

<sup>596</sup> Vgl. insofern bereits Schneider, MedR 2000, 497, 501, der es aus diesem Grund ablehnt, dass die Krankenkassen selbst ihre Versicherten bei der Rechtsverfolgung finanziell unterstützen.

## D. Exkurs: Rechtslage und Praxis in der Privaten Krankenversicherung (PKV)

Eine mit § 66 SGB V vergleichbare Regelung findet sich für das Recht der Privaten Krankenversicherung (PKV) in § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG<sup>597</sup>. Die Vorschrift ist Teil der Regelungen zur Ausgestaltung der Krankheitskostenversicherung, deren vertragstypische Leistungen in § 192 Abs. 1-3 VVG beschrieben sind. § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG sieht vor, dass als Inhalt der Krankheitskostenversicherung zusätzliche Dienstleistungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der in § 192 Abs. 1 VVG genannten Hauptleistungspflicht stehen, vereinbart werden können, insbesondere die Unterstützung der versicherten Personen bei der Durchsetzung von Ansprüchen wegen fehlerhafter Leistungserbringung und der sich hieraus ergebenden Folgen. Die Norm wurde im Zuge der VVG-Reform 2008 eingefügt und hat in erster Linie klarstellende Funktion im Hinblick darauf, dass derartige Service- und Assistance-Leistungen, die die Hauptpflicht der PKV zur Kostenerstattung ergänzen, kraft Vereinbarung das Leistungsprogramm der PKV erweitern und Versicherungsgegenstand sein können<sup>598</sup>. Der Gesetzgeber hat damit in mehrfacher Hinsicht Rechtssicherheit geschaffen<sup>599</sup>.

Entscheidender Unterschied zwischen § 66 SGB V und § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG ist jedoch der fakultativ-dispositive Charakter der privatversicherungsrechtlichen Vorschrift. § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG normiert (und legitimiert) lediglich die Möglichkeit der Vereinbarung einer solchen „zusätzlichen Dienstleistung“ („vereinbart werden können“). Damit die Unterstützungsleistung bei Behandlungsfehlern verpflichtender Teil des Leistungsversprechens wird, muss also eine entsprechende vertragliche Vereinbarung geschlossen werden. Diese Vereinbarung wird in der Versicherungspraxis durch die Aufnahme in die Versicherungsbedingungen vorgenommen. Diese bestehen im Wesentlichen aus zwei Teilen, den Musterbedingungen des Verbands der Privaten Krankenversicherung (MB-KK) sowie den besonderen Tarifbedingungen, in denen die Krankenversicherer ihr Leistungsprogramm individuell ausgestalten. In den MB-KK findet sich allerdings kein Passus zu Unterstützungsleistungen bei Behandlungsfehlern. Auch in den eigenen Tarifbedingungen der Versicherungsunternehmen sucht man danach in der Regel

---

<sup>597</sup> Den Vergleich zieht auch *Kalis*, in: *Bach/Moser*, Private Krankenversicherung, 5. Aufl. 2015, § 192 VVG, Rdnr. 127.

<sup>598</sup> Vgl. BT-Dr. 16/3945, S. 110; dazu auch *Bruns*, Privatversicherungsrecht, 2015, § 29, Rdnr. 22.

<sup>599</sup> Näher *Kalis*, in: *Bach/Moser*, Private Krankenversicherung, 5. Aufl. 2015, § 192 VVG, Rdnrn. 9, 12 ff., 76 ff.

vergeblich. Die Krankenversicherer verzichten in der Praxis häufig auf die Vereinbarung einer verpflichtenden Nebenleistung gemäß § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG, bieten aber durchaus auf freiwilliger Basis – wenn auch ohne vertragliche Grundlage – an, ihre Versicherten bei Behandlungsfehlern zu unterstützen.

Des Öfteren wird in diesem Zusammenhang auch lediglich auf von Partnerunternehmen angebotene (Patienten-)Rechtsschutzversicherungen verwiesen<sup>600</sup>. Dies veranschaulicht vor allem, dass die Krankenversicherer Unterstützungsleistungen bei Behandlungsfehlern jedenfalls nicht als ihr Kerngeschäft begreifen und daher auf diesem Gebiet mit einer gewissen Zurückhaltung agieren. Im Hinblick auf diese Form ergänzender Versicherungsleistungen treffen in der Tat die Aufgabenbereiche der Krankenversicherer und der Rechtsschutzversicherer aufeinander. Zwar verfügen dabei die Regressabteilungen der Krankenversicherer durchaus über ein gewisses Know-how, gehen schließlich gemäß §§ 194 Abs. 1 S. 1, 86 Abs. 1 S. 1 VVG – wie in der GKV nach § 116 SGB X – Ersatzansprüche des Versicherungsnehmers gegen Dritte kraft Gesetzes auf den Versicherer über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt. Namentlich die auf sie übergegangenen materiellen Schadensersatzansprüche aus Behandlungsfehlern machen also auch die Krankenversicherer im eigenen Interesse selbst gegenüber dem Schädiger geltend. Nichtsdestotrotz sind auf dem privaten Versicherungsmarkt aber nun einmal vorrangig Rechtsschutzversicherer auf Fragestellungen im Kontext der Rechtsverfolgung spezialisiert.

Neben die strukturellen Schwierigkeiten der meisten Krankenversicherer tritt auch im Recht der PKV das Problem der Unbestimmtheit der konkreten Unterstützungsleistung. § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG ist insofern ebenso abstrakt wie § 66 SGB V, die Rede ist auch hier lediglich von „Unterstützung der versicherten Personen bei der Durchsetzung von Ansprüchen wegen fehlerhafter Leistungserbringung und der sich hieraus ergebenden Folgen“. Rechtsprechung und Literatur sind im Hinblick auf die Auslegung der privatversicherungsrechtlichen Norm

---

<sup>600</sup> Eine Ausnahme auf diesem Gebiet bildet die Krankenversicherung der ARAG. Dort ist in die Krankenversicherung ein Patienten-Rechtsschutz ohne Mehrbeitrag automatisch eingeschlossen. Die Integration des Patienten-Rechtsschutz in die Krankenversicherung der ARAG lässt sich mit der Verwurzelung des Unternehmens in der Rechtsschutzsparte erklären. Anders als die meisten anderen Versicherer verfügt der Konzern über ausgeprägte Rechtsschutzstrukturen und kann auf das Know-how dieses unternehmerischen Kerngebiets zurückgreifen.

noch unergiebig als im Sozialrecht. Aus diesem Grund lassen sich im Ergebnis aus § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG auch kaum Schlüsse für die Unterstützung nach § 66 SGB V ziehen. Vielmehr scheinen sich umgekehrt die privaten Krankenversicherer in diesem Bereich oftmals am Standard der gesetzlichen Krankenkassen zu orientieren. Die Analyse der Ursachen für die festgestellte Zurückhaltung der Krankenversicherer, auf dem privaten und damit ja eigentlich freieren, innovationsfreudigeren Versicherungsmarkt konkrete, verpflichtende Unterstützungsleistungen anzubieten, mag allerdings dabei helfen, die Schwierigkeiten der Krankenkassen bei der Gewährleistung entsprechender GKV-Leistung nachzuvollziehen sowie zu verstehen, weshalb auch die Krankenkassen im Rahmen ihres Auswahlermessens bestimmte Leistungen eher anbieten als andere – und ob dies zu Recht geschieht.

## **E. Zusammenfassung und Bewertung**

Im Anschluss an die Darstellung des Unterstützungsbedarfs der Versicherten sowie der Unterstützung durch die Krankenkassen nach § 66 SGB V sollen diese Aspekte nun zusammengeführt werden. Auf diese Weise soll analysiert werden, ob die bestehenden Unterstützungsmöglichkeiten ausreichend sind, um dem festgestellten Unterstützungsbedarf wirksam Rechnung zu tragen. Hierfür seien die bisherigen Ergebnisse eingangs noch einmal in Kurzform vergegenwärtigt.

## I. Übersicht über die Unterstützungsmöglichkeiten

Der zuvor ausführlich dargelegte<sup>601</sup>, komplexe Rechtsrahmen des § 66 SGB V lässt sich mit folgendem „Leistungskatalog“ der Krankenkassen veranschaulichen, der die möglichen Rechtsfolgen der Norm gleichsam überblicksartig zusammenfasst.

*Die Wahl der konkreten Unterstützungsleistung liegt dabei grundsätzlich im (pflichtgemäß auszuübenden) Ermessen der Krankenkasse (Auswahlermessen<sup>602</sup>). Jedoch darf sie ihr Tätigwerden im Regelfall nicht gänzlich verweigern (kein Entschließungsermessen<sup>603</sup>). Maßgebliche Erwägungen für die Ermessensentscheidung im Einzelfall sind unter anderem der Bedarf des Versicherten nach fremder Hilfe bei der Rechtsverfolgung, die Erfolgsaussichten des Schadensersatzbegehrens sowie (darauf aufbauend) die Wirtschaftlichkeit des jeweiligen Tätigwerdens der Krankenkasse angesichts der Verhältnismäßigkeit des damit verbundenen Aufwands<sup>604</sup>.*

Grundlegende Unterstützungsleistungen:

- **Unterstützung bei der Sachverhaltsermittlung**

Vor- und Aufbereitung des relevanten Tatsachenstoffs, der sodann einer medizinischen und juristischen Bewertung zugeführt werden soll

*Derartige Unterstützungsleistungen sind nahezu immer geboten, um die relevanten Fakten des Falls zu sammeln und auf deren Grundlage eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die erforderlichen weiteren Unterstützungsmaßnahmen zu treffen (gestuftes Auswahlermessen)<sup>605</sup>.*

- Förderung der eigenständigen Tatsachenzusammenstellung durch den Versicherten (Gedächtnisprotokoll erstellen, Akteneinsicht nehmen) einschließlich Analyse der Ergebnisse<sup>606</sup>

---

<sup>601</sup> Unter C.II.

<sup>602</sup> Vgl. C.II.4.b).

<sup>603</sup> Vgl. C.II.4.a).

<sup>604</sup> Vgl. C.II.4.b)(2).

<sup>605</sup> Vgl. C.II.6.b) sowie c).

<sup>606</sup> Vgl. C.II.6.b)(1)(a).

- Auskunftserteilung sowie Auswertung, Übermittlung und Erläuterung aller Informationen, die der Krankenkasse selbst vorliegen<sup>607</sup>
- Anforderung von Behandlungsunterlagen bei Leistungserbringern durch die Krankenkasse selbst – stets in Abstimmung mit dem Versicherten – (einschließlich Auswertung, Übermittlung und Erläuterung)<sup>608</sup>
- **Begutachtende Unterstützung durch den MDK<sup>609</sup>**

Beauftragung des MDK durch die Krankenkasse unter Zurverfügungstellung aller zuvor ermittelten Informationen; gemeinsame Vorprüfung und Gutachtenerstattung durch den MDK; Übermittlung an die Krankenkasse und von dort mit Erläuterungen an den Versicherten

*Die Unterlassung dieser Form der Unterstützung ist in der Regel ebenfalls ermessensfehlerhaft, da die medizinische Begutachtung grundsätzlich zur Beurteilung des in Frage stehenden (Fehl-)Verhaltens und damit zur Klärung der Erfolgsaussichten des weiteren Vorgehens als maßgebliche Ermessenserwägung erforderlich ist.*

Weiterführende Unterstützungsleistungen:

- **Psychosoziale Unterstützung<sup>610</sup>**

Fachlich wie menschlich kompetente, persönliche Betreuung und Begleitung des Versicherten über die gesamte Dauer der Rechtsverfolgung und der damit verbundenen emotionalen Ausnahmesituation; ergänzende Hinweise auf andere Hilfsangebote (Patientenvereinigungen/Selbsthilfegruppen)

*Wegen des mitunter geringen Aufwands für die Krankenkasse bei gleichzeitig hohem Nutzen für den Versicherten bieten sich derartige Maßnahmen regelmäßig an – gerade weil sie den Kernaufgaben und Kernkompetenzen der GKV nahe kommen.*

---

<sup>607</sup> Vgl. C.II.6.b)(1)(b).

<sup>608</sup> Vgl. C.II.6.b)(1)(c).

<sup>609</sup> Vgl. C.II.6.b)(2).

<sup>610</sup> Vgl. C.II.6.c)(1).

- **Rechtliche Unterstützung**<sup>611</sup>

Zurverfügungstellung abstrakt-genereller Rechtsinformationen zu den Patientenrechten, ihrer Durchsetzung und den Unterstützungsmöglichkeiten der Krankenkassen; außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Beratung und Vertretung) im konkret-individuellen Fall; im Verfahren vor den Zivilgerichten nur sehr wenige bis gar keine Unterstützungsmöglichkeiten; gegebenenfalls auch Hilfe bei der Anrufung von Gutachterkommissionen/Schlichtungsstellen

*Häufig wird diese Unterstützungsform aufgrund fehlender Fähigkeiten und Ressourcen der Krankenkasse auf einfachere, grundlegendere Rechtsdienstleistungen beschränkt bleiben und ansonsten ein Verweis auf entsprechend qualifizierte Rechtsanwälte erfolgen.*

- **Finanzielle Unterstützung**<sup>612</sup>

In engen Grenzen: Finanzierung von (Privat-)Gutachter-, Anwalts- und Gerichtskosten; Zurverfügungstellung einer Rechtsschutzversicherung

*Diese Unterstützungsform ist nach hier vertretener Ansicht nicht generell ausgeschlossen, jedoch ist die Wirtschaftlichkeit der einzelnen Unterstützungsmaßnahmen im konkreten Fall oftmals fraglich. In Betracht kommt vor allem die Einholung kostenpflichtiger Privatgutachten durch die Krankenkasse, soweit ein MDK-Gutachten zur Beurteilung der Erfolgsaussichten nicht ausreicht. Die Kooperation mit einem privaten Rechtsschutzversicherer scheint im Übrigen eine vielversprechende Unterstützungsoption.*

---

<sup>611</sup> Vgl. C.II.6.c)(2).

<sup>612</sup> Vgl. C.II.6.c)(3).

## II. Einschätzung des Unterstützungsbedarfs

Der Unterstützungsbedarf der Versicherten bei der Rechtsverfolgung in Arzthaftungsfällen wurde eingangs<sup>613</sup> vor allem an folgenden vier Punkten festgemacht:

- **Wissens- und Informationsdefizite** der Versicherten insbesondere gegenüber den Leistungserbringern
- **Zögerliches Regulierungsverhalten** der Haftpflichtversicherer
- **Dauer von Arzthaftungsprozessen**
- **Kostenrisiken** der Versicherten

Diese Aspekte mögen den Patienten im Einzelfall erheblich belasten, sind aber in ihrer Absolutheit jeweils einzuschränken und werden teilweise unabhängig von einer Unterstützung durch die Krankenkassen bereits durch andere (rechtliche) Mechanismen – jedenfalls im gerichtlichen Verfahren – abgemildert:

- Dem bestehenden Wissens- und Informationsgefälle zwischen Arzt und Patient begegnen die Zivilgerichte durch eine ausgleichende, die allgemeinen Regeln modifizierende Handhabung des geltenden Prozessrechts zwecks Herstellung von „Waffengleichheit“ zwischen den Parteien. Hinzu kommen diverse Beweiserleichterungen im Behandlungsfehlerbereich (nunmehr für das Vertragsrecht § 630h BGB)<sup>614</sup>.
- In der Schadensregulierung sind systematische Verzögerungen seitens der Haftpflichtversicherer nicht objektiv messbar, jedoch mehren sich entsprechende Eindrücke. Zur Abwehr aus ihrer Sicht unberechtigter Forderungen sind die Haftpflichtversicherer freilich berechtigt und verpflichtet. Im Einzelfall festgestellte Verzögerungen sanktionieren die Gerichte durch Zuspruch eines erhöhten Schmerzensgeldes<sup>615</sup>.

---

<sup>613</sup> Unter B.

<sup>614</sup> Vgl. insg. B.I.

<sup>615</sup> Vgl. insg. B.II.

- Die überdurchschnittliche Verfahrensdauer in Arzthaftungsfällen liegt in der Sachmaterie begründet und ist häufig gerade Ausdruck hoher Verfahrensqualität zwecks Sicherung prozeduraler Gerechtigkeit. Exzessen treten die Gerichte durch die Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Grenzen des Rechtsstaatsprinzips sowie der entsprechenden einfachgesetzlichen Konkretisierungen entgegen<sup>616</sup>.
- Die Kostenrisiken des Patienten sind angesichts der besonders hohen Anwalts-, Gerichts- und Gutachterkosten und des oftmals ungewissen Ausgangs von Arzthaftungsprozessen generell nicht von der Hand zu weisen. Staatliche Prozesskostenhilfe greift dabei als Sozialleistung (zu Recht) nur bei Bedürftigkeit. Von privater Seite angebotene Rechtsschutzversicherungen oder Prozessfinanzierungen stehen nicht immer zur Verfügung und sind jeweils verbunden mit einer Gegenleistung<sup>617</sup>. An dieser Stelle stellt sich allerdings vor allem die Frage, inwieweit es dann wirklich Aufgabe des Solidarsystems sein kann, dem Einzelnen diese Kostenrisiken abzunehmen.

Auch wenn die genannten Bedarfswelder mithin vielfach zu relativieren sind, so wird doch deutlich, dass insofern zumindest bestimmte abstrakte Gefahren für die Rechtsverfolgung bestehen, deren Realisierung es im konkreten Arzthaftungsfall vorzubeugen gilt. Es lässt sich daher auch in diesen Bereichen ein Bedarf nach (zusätzlicher) Unterstützung seitens der Krankenkassen feststellen. Dies betrifft insbesondere die vorgerichtliche und außergerichtliche Rechtsverfolgung, da hier die Versicherten oftmals mit ihren Problemen, insbesondere dem vielschichtigen Ungleichgewicht im Verhältnis zur Gegenseite (Schädiger und Haftpflichtversicherung), alleine stehen, soweit sie nicht einen spezialisierten Rechtsanwalt hinzuziehen können oder wollen, und die ausgleichenden Mechanismen des Zivilverfahrensrechts und Beweisrechts hier gerade (noch) nicht unmittelbar eingreifen. Die Versicherten benötigen dann vor allem Hilfe dabei, ein gerichtliches Verfahren soweit vorzubereiten, dass sie abschätzen können, ob sich der damit verbundene Aufwand lohnt. Idealerweise führt dies dazu, den Gerichtsprozess gänzlich zu vermeiden, entweder weil der jeweilige Vorwurf sich nicht hinreichend erhärten lässt oder weil die Gegenseite ihr Fehlverhalten aufgrund

---

<sup>616</sup> Vgl. insg. B.IV.

<sup>617</sup> Vgl. insg. B.III.

der Faktenlage eingesteht. Gegebenenfalls lässt sich der Streit mit Unterstützung der Krankenkasse auch außergerichtlich (etwa vor einer Vermittlungsstelle<sup>618</sup>) beilegen.

Im Mittelpunkt des Unterstützungsbedarfs stehen dennoch in erster Linie die eingangs als fünfter Punkt angeführten **psychosozialen Belastungen** der betroffenen Versicherten<sup>619</sup>, die zu den anderen genannten Problemkreisen hinzutreten, in der Regel von ihnen mit hervorgerufen werden. Diese Belastungen spielen sich im Wesentlichen auf subjektiv-emotionaler Ebene ab, sind nicht immer rational und daher rechtlich oftmals wenig greifbar. Das Recht hat hierauf grundsätzlich wenig eigene Antworten parat. Durch die rechtliche Zuweisung der entsprechenden Unterstützungsaufgabe an die Krankenkasse besteht dann aber in der Tat die Möglichkeit, den psychosozialen Belangen der Versicherten letztlich doch gerecht zu werden.

---

<sup>618</sup> Vgl. zum entspr. Unterstützungsbedarf B.VI.

<sup>619</sup> Vgl. B.V.

### III. Bewertung der bestehenden Möglichkeiten angesichts des Bedarfs

Vergleicht man die Unterstützungsmöglichkeiten der Krankenkasse nach § 66 SGB V mit dem festgestellten Unterstützungsbedarf der Versicherten, so kommt man zu dem Ergebnis, dass der geltende rechtliche Rahmen den praktischen Bedürfnissen eines Patienten bei Behandlungsfehlerverdacht grundsätzlich gerecht wird. § 66 SGB V eröffnet den Krankenkassen vielfältige Möglichkeiten, um im Einzelfall den Betroffenen angemessen zu unterstützen.

Gerade die grundlegenden Unterstützungsformen, zu denen die Krankenkassen regelmäßig verpflichtet sind<sup>620</sup>, begegnen wirksam den Hauptproblemen der Versicherten, die einen Behandlungsfehler vermuten und diesem Verdacht näher nachgehen möchten, wobei es ihnen häufig am hierfür notwendigen Fachwissen und den erforderlichen Fähigkeiten fehlt. Auch eine Begleitung und Betreuung in psychosozialen Belangen ist dabei auf der Basis des § 66 SGB V ohne weiteres möglich<sup>621</sup>. Grundlegende (Rechts-)Beratung befriedigt zusätzlich den Bedarf der Versicherten nach einer ersten Einordnung ihrer Lage sowie nach einem Aufzeigen der möglichen nächsten Schritte. Darüber hinaus besteht zumindest die Möglichkeit weiterführender außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen<sup>622</sup>. Gleiches gilt nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich auch für finanzielle Unterstützungsleistungen<sup>623</sup>. Die abstrakten rechtlichen Grenzen sind in all diesen Punkten verhältnismäßig weit und unbestimmt und werden erst durch die Ermessensausübung im Einzelfall konkretisiert und eingeengt<sup>624</sup>.

Ihren grundlegenden Unterstützungsaufgaben können die Krankenkassen auf der Basis des geltenden Rechts mithin grundsätzlich hinreichend nachkommen. Zu weiterführenden Maßnahmen sollten die Krankenkassen darüber hinaus nicht verpflichtet werden. Ihnen sollten vielmehr weiterhin Möglichkeiten offen gehalten werden, angemessen auf einen speziellen Unterstützungsbedarf ihrer Versicherten zu reagieren (oder eben nicht). Auf diese Weise können sie sich gegebenenfalls

---

<sup>620</sup> S. dazu C.II.6.b).

<sup>621</sup> S. dazu C.II.6.c)(1).

<sup>622</sup> S. dazu C.II.6.c)(2)(b).

<sup>623</sup> Vgl. C.II.6.c)(3)(b).

<sup>624</sup> Vgl. insg. C.II.4.b).

auch im Wettbewerb der Krankenkassen besonders hervorheben. Diese Möglichkeiten eröffnet ihnen § 66 SGB V in seiner aktuellen Fassung<sup>625</sup>.

Eine Verpflichtung der Krankenkassen zu weitreichenderen Unterstützungsleistungen könnte im Übrigen das austarierte Gleichgewicht des GKV-Systems gefährden. Die nähere Ausgestaltung der Unterstützungsverpflichtung nach § 66 SGB V hat nämlich zu berücksichtigen, dass die Krankenkassen nicht nur Interessenvertreter der Versicherten, sondern darüber hinaus auch unverzichtbare Vertragspartner der Ärzteschaft sind. Das System der GKV beruht auf einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern (vergleiche etwa §§ 72 Abs. 1 S. 1, 70 Abs. 1 S. 1 SGB V) als Grundbedingung eines hohen Versorgungsniveaus. Eine einseitige Positionierung der Krankenkasse auf Patientenseite erscheint damit nicht ohne weiteres vereinbar<sup>626</sup>. Gefragt ist Kooperation statt Konfrontation der Krankenkassen mit den Leistungserbringern<sup>627</sup>, auch und gerade wenn es darum geht, die Nachteile der Versicherten gegenüber den Leistungserbringern unter Einbeziehung der Krankenkassen auszugleichen (wie von § 66 SGB V bezweckt). *Wenner* merkt in diesem Zusammenhang an, der Gesetzgeber schätze angesichts des § 66 SGB V die Vertragspartnerschaft zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern offenbar als uneingeschränkt belastbar ein<sup>628</sup>.

Kurz vermerkt sei, dass in der Vergangenheit (nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Sach- und Dienstleistungsprinzips, § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V) im Schrifttum vereinzelt eine Haftung der Krankenkassen für Behandlungsfehler der Leistungserbringer

---

<sup>625</sup> Vgl. insofern bereits C.II.4.d).

<sup>626</sup> S. insg. *Wenner*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 108; *ders.*, SGB 2013, 162, 166; *Katzenmeier*, in: Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung, S. 31; *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287; *Süß*, MedR 2016, 86; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 18.

<sup>627</sup> So auch *Schirmer/Stark*, Welt der Krankenversicherung 2016, 183, 184; *Brum*, in: MDK Bayern, Der Medizinische Behandlungsfehler, 2013, S. 77, 84.

<sup>628</sup> *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 6. Als Beispiel führt er an, dass Krankenkassen etwa bei Budgetverhandlungen Einblick in die Binnenorganisation von Krankenhäusern erhalten und diese Informationen dann später zur Unterstützung ihrer Versicherten einzusetzen hätten, was dem Sinn von Budgetverhandlungen zuwiderliefe. S. auch *ders.*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 108, insb. Fn. 22: „Es erscheint aber etwas widersprüchlich, wenn im neuen Patientenrechtegesetz der Behandlungsvertrag des gesetzlich Versicherten und die Folgen von Behandlungsfehlern ganz dem klassischen privatrechtlichen Behandlungsvertrag angenähert werden, während zugleich die Krankenkassen in ihrer rein öffentlich-rechtlich gestalteten Beziehung zu ihren Versicherten verpflichtet werden, diese bei der Verfolgung von zivilrechtlichen Arzthaftungsansprüchen zu unterstützen.“

befürwortet wurde<sup>629</sup>. Dies würde die Unterstützung der Versicherten durch die Krankenkassen bei der Verfolgung derartiger Ansprüche *ad absurdum* führen. Eine solche Unterstützung „gegen sich selbst“ würde weit über eine Fehleroffenbarungspflicht hinausgehen (vergleiche zur entsprechenden Pflicht des Behandelnden § 630c Abs. 2 S. 2 BGB). Im Ergebnis kann diesem Konzept sicher nicht gefolgt werden. Die Krankenkassen selbst haften grundsätzlich nicht für Behandlungsfehler, die Haftung trifft die konkreten Leistungserbringer<sup>630</sup>. Nichtsdestotrotz veranschaulicht diese Kontroverse, wie eng die Verbindung zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen tatsächlich ist.

Die Unterstützungsverpflichtung ist vor diesem Hintergrund jedenfalls nicht unproblematisch und belastet potentiell das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, wobei der Kooperationsgedanke Interessengegensätze zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern sowie entsprechende Konflikte und deren Austragung umgekehrt auch nicht gänzlich ausschließt<sup>631</sup>. Die Krankenkassen müssen bei ärztlichem Fehlverhalten zielgerichtet ermitteln, auch um ihre eigenen Leistungsanforderungen durchzusetzen<sup>632</sup>. „Selbstverständlich können und müssen die Krankenkassen auf die Verletzung von spezifisch vertragsärztlichen Pflichten der Ärzte [...] reagieren und ggf. darauf hinwirken, dass Ärzten wegen solcher Verstöße die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung entzogen wird“<sup>633</sup>.

Nichtsdestotrotz stehen die Krankenkassen im Ergebnis zwischen den Fronten: Beide Lager (Ärzte und Patienten) sind Partner der Krankenkassen, was eine behutsame Vorgehensweise erfordert, die keine der beiden Seiten in ihrem Verhältnis zur Krankenkasse negativ beeinflusst – in jedem Fall eine Gratwanderung<sup>634</sup>. Dies gilt sowohl für die abstrakte Ausgestaltung des § 66 SGB V durch den Gesetzgeber als auch für die konkrete Auswahlentscheidung der Krankenkasse. *Wenner* schlägt daher im Übrigen vor, die Unterstützungsverpflichtung von der einzelnen Krankenkasse auf den MDK zu

---

<sup>629</sup> S. etwa aus jüngerer Zeit monographisch *Mohr*, Die Haftung der Krankenkassen und Vertragsärzte für Behandlungsfehler, 2007; *Baltzer*, Die Haftung der gesetzlichen Krankenkassen für medizinische Fehlbehandlungen, 2009; *Rabe*, Ärzte zwischen Heilauftrag und Kostendruck, 2009, S. 153 ff.

<sup>630</sup> Vgl. etwa *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 3; *ders.*, SGB 2013, 162, 164. S. in diesem Zusammenhang auch § 76 Abs. 4 SGB V. Anderes gilt nur, sofern die Leistungen in Eigeneinrichtungen der Krankenkassen (§ 140 SGB V) erbracht werden.

<sup>631</sup> So *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 6; s. auch *ders.*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 108.

<sup>632</sup> *Schumann*, Die Leistungen 2007, 321.

<sup>633</sup> *Wenner*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 108, Fn. 22.

<sup>634</sup> *Schumann*, Die Leistungen 2007, 321.

übertragen und dort zu konzentrieren, da dieser über den nötigen Sachverstand verfüge und zudem organisatorisch von der Krankenkasse getrennt sei<sup>635</sup>. Im Ergebnis muss jedoch bezweifelt werden, dass der MDK in seiner jetzigen Form hierfür wirklich ein qualifizierter(er) Ansprechpartner (verglichen mit der Krankenkasse) wäre<sup>636</sup>.

---

<sup>635</sup> *Wenner*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 108.

<sup>636</sup> Vgl. insofern auch die Kritik am MDK unter C.II.6.b)(2).

## F. Ungenutztes Unterstützungspotential

Reichen die nach geltendem Recht bestehenden Unterstützungsmöglichkeiten mithin zumindest in der Theorie aus, die Bedürfnisse der Versicherten zu befriedigen, so bedeutet dies indes nicht zwangsläufig, dass die Unterstützung in der Praxis auch wie benötigt beim Betroffenen ankommt. Hier verbesserungswürdige Punkte zu ermitteln, erfordert in einem Zwischenschritt einen Vergleich der oben festgestellten Unterstützungspraxis<sup>637</sup> mit den nach geltendem Recht bestehenden Möglichkeiten (unter Berücksichtigung des Unterstützungsbedarfs). Es stellt sich die Frage, ob die Krankenkassen ihrer Verpflichtung aus § 66 SGB V gerecht werden und dabei den ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsrahmen vollständig ausschöpfen.

In der Vergangenheit erwies sich § 66 SGB V insofern bereits als ein zahnloser Tiger. Auch künftig könnten die Krankenkassen versucht sein, den Verwaltungsmehraufwand zu vermeiden<sup>638</sup>. Tatsächlich fristet die Norm auch nach Änderung durch das PatRG weiterhin ein Schattendasein. Eine abschließende Beurteilung der Unterstützungspraxis der Krankenkassen kann dabei an dieser Stelle aufgrund der zwangsläufig unvollständigen Datenlage nicht geboten werden. Es lassen sich jedoch zumindest einzelne Aspekte ungenutzten Unterstützungspotentials festmachen. Zunächst sind diesbezüglich zwei generelle Kritikpunkte am Unterstützungsverhalten der Krankenkassen allgemein anzuführen:

Erstens ist den Krankenkassen ein aktiveres Tätigwerden bei der Unterstützung ihrer Versicherten bei Behandlungsfehlerverdacht möglich und zumutbar. Sie haben sich nicht nur darauf zu beschränken, auf Anfrage ihrer Versicherten unterstützend tätig zu werden. Vielmehr sollen sie ihre Versicherten auf eigene Initiative hin über deren Rechte in Arzthaftungsfällen – sowohl gegenüber dem Behandelnden als auch gegenüber der Krankenkasse – informieren<sup>639</sup>. Auf diesem Gebiet ist allgemein mehr Transparenz und damit eben auch eine aktivere Informationspolitik der Krankenkasse gefragt<sup>640</sup>. Die Rechte der Versicherten gegenüber ihrer Krankenkasse scheinen insofern in der Bevölkerung insgesamt deutlich weniger

---

<sup>637</sup> Unter C.I.

<sup>638</sup> Vgl. Katzenmeier, in: Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung, S. 31; s. auch ders., MedR 1997, 498, 500.

<sup>639</sup> Vgl. C.II.6.c)(2)(a).

<sup>640</sup> So auch die Forderung der Verbraucherzentrale NRW, Unterstützung von Patienten mit Behandlungsfehlerverdacht, Ergebnisse der Befragung von Krankenkassen, 2014, S. 8. S. dazu C.I.2.

bekannt zu sein als die Rechte der Patienten gegenüber den Behandelnden<sup>641</sup>. Zudem können die Krankenkassen auch von sich aus im konkreten Einzelfall bei begründetem Behandlungsfehlerverdacht – von dem die Krankenkassen im Rahmen der Erfüllung ihrer Kernaufgaben, insbesondere vor dem Hintergrund der Qualitätssicherung in der Gesundheitsversorgung, durchaus selbst auf anderem Wege erfahren können – an Versicherte herantreten und in den Grenzen des geltenden Rechts auf die bestehenden Rechtsverfolgungs- und Unterstützungsmöglichkeiten hinweisen<sup>642</sup>.

Zweitens sollten die Krankenkassen die Unterstützung in der Praxis verstärkt als umfassende Betreuung der Versicherten begreifen<sup>643</sup>. Nur auf diese Weise können sie dem Unterstützungsbedarf der Versicherten gerecht werden. Dies bedeutet nicht, dass die Krankenkassen den Versicherten in jedem Einzelfall stetig für weitere Unterstützungsleistungen zur Verfügung stehen müssen. Häufig wird mit einem Erstkontakt und einzelnen Leistungen der Verpflichtung der Krankenkassen genüge getan. Jedoch haben die Krankenkassen das gesamte Spektrum der Unterstützungsmöglichkeiten zumindest in ihre Auswahlentscheidung einzubeziehen, um den Anforderungen an die Ermessensausübung gerecht zu werden. Es wäre daher unter Umständen ein Fehler, sich vorschnell aus der Betreuung der Versicherten zurückzuziehen. Dies gilt umso mehr angesichts der Intention des Gesetzgebers, mit den Reformen des PatRG die Patientenrechte weiter zu stärken.

In Bezug auf die konkreten Unterstützungsleistungen lässt sich sodann im Einzelnen feststellen, dass die Krankenkassen in der Praxis ihre Versicherten grundsätzlich hinreichend bei der Sachverhaltsermittlung unterstützen. Diese grundlegende Unterstützungsform sehen die Krankenkassen (zu Recht) als Kernaufgabe im Rahmen ihrer Unterstützungstätigkeit nach § 66 SGB V an. Allenfalls ist in diesem Zusammenhang zu betonen, dass die Krankenkassen in diesem Bereich besonderen Wert auf Erläuterungen und Rückmeldungen an die Versicherten legen sollten, um

---

<sup>641</sup> IGES, Studie zu den Wirkungen des Patientenrechtegesetzes, 2016, S. 96 ff. Nach dieser Studie würde sich lediglich ein Viertel der Befragten bei Behandlungsfehlerverdacht zunächst an ihre Krankenkasse wenden. Damit ist die Krankenkasse freilich immernoch der wichtigste Ansprechpartner (vor der Patienten-/Verbraucherberatung, 22 %, und den Rechtsanwälten, 17 %). Nur 48 % der Befragten wusste dabei überhaupt, dass die Krankenkassen zur Unterstützung ihrer Versicherten bei Behandlungsfehlereverdacht gesetzlich verpflichtet sind (27 %: weiß nicht; 14 %: keine Pflicht; 11 %: nur bei schwerwiegenden Behandlungsfehlern).

<sup>642</sup> Vgl. C.II.3.

<sup>643</sup> S. dazu C.II.6.a).

den gewonnenen Tatsachenstoff für diese verständlich aufzubereiten und darauf aufbauend die Nachvollziehbarkeit des weiteren Vorgehens sicherzustellen<sup>644</sup>.

Verbesserungspotential scheint hingegen insbesondere bei der medizinisch begutachtenden Unterstützung vorhanden, wobei dies weniger die Krankenkassen selbst als vielmehr den mit der Begutachtung beauftragten MDK betrifft. Die Steigerung der Qualität von MDK-Gutachten bleibt unverändert ein aktuelles Thema. Insofern sollte vor allem vermehrt auf entsprechend spezialisierte und qualifizierte externe Gutachter (vergleiche § 279 Abs. 5 Halbs. 2 SGB V) gesetzt werden, soweit die Fachkompetenz der MDK-Mitarbeiter im Einzelfall an Grenzen stößt<sup>645</sup>.

Im Hinblick auf rechtliche und finanzielle Unterstützungsleistungen agieren die Krankenkassen (nicht ohne Grund) zurückhaltend, werden ihrem Unterstützungsauftrag aber gerade durch das Angebot einer grundlegenden Rechtsberatung weitgehend gerecht. Es ist letztlich auch ganz im Sinne der Versicherten, wenn die Krankenkassen ihre Fähigkeiten und Ressourcen an dieser Stelle richtig einschätzen und für die Beantwortung komplexer Rechtsfragen auf spezialisierte Rechtsanwälte verweisen<sup>646</sup>. Der häufig anzutreffende kategorische Ausschluss einer Finanzierung von Rechtsverfolgungskosten<sup>647</sup> ist allerdings nach hier vertretener Ansicht rechtlich nicht haltbar<sup>648</sup>. Auch diesbezüglich ist eine Einzelfallentscheidung erforderlich, die freilich regelmäßig negativ ausfallen wird<sup>649</sup>.

Ungenutztes Unterstützungspotential besteht in diesem Bereich insofern, als die Krankenkassen von der rechtlichen Möglichkeit, ihren Versicherten eine private Rechtsschutzversicherung zur Verfügung zu stellen<sup>650</sup>, bis auf eine Ausnahme keinen Gebrauch machen<sup>651</sup>. Sie sind hierzu aufgrund ihres Auswahlermessens grundsätzlich zwar nicht verpflichtet, es handelt sich jedoch durchaus um eine Möglichkeit, dem Interesse der Versicherten an umfassender Unterstützung auf sinnvolle Weise entgegenzukommen und sich dabei gleichzeitig im Wettbewerb der Krankenkassen zu profilieren.

---

<sup>644</sup> So auch die Verbraucherzentrale NRW, Unterstützung von Patienten mit Behandlungsfehlerverdacht, Ergebnisse der Befragung von Krankenkassen, 2014, S. 9 f. Dazu C.I.2.

<sup>645</sup> Vgl. insg. C.II.6.b)(2) sowie c)(3)(c).

<sup>646</sup> Vgl. insg. C.II.6.c)(2)(b).

<sup>647</sup> S. dazu C.II.6.c)(3)(a).

<sup>648</sup> Vgl. C.II.6.c)(3)(b).

<sup>649</sup> Vgl. C.II.6.c)(3)(c).

<sup>650</sup> S. dazu C.II.6.c)(3)(d).

<sup>651</sup> Vgl. C.I.3.

Ansonsten spielt gerade in der Praxis die psychosoziale Begleitung der Versicherten<sup>652</sup> eine wichtige Rolle. Zu diesen mitunter banal anmutenden Unterstützungsleistungen finden sich allerdings häufig keine belastbaren Angaben, so dass das Vorgehen der Krankenkassen diesbezüglich nicht abschließend bewertet werden kann. Jedenfalls reicht es hier nicht aus, den Versicherten irgendeinen Ansprechpartner zur Verfügung zu stellen, dieser muss vielmehr entsprechend qualifiziert und besonders geschult sein. Es ist Aufgabe der Krankenkassen, die Verfügbarkeit ausgebildeter und erfahrener, mit den Problemen und Bedürfnissen der Betroffenen vertrauter Ansprechpartner zu gewährleisten. Wegen der zentralen Bedeutung dieser Unterstützungsform zur Befriedigung des Unterstützungsbedarfs<sup>653</sup> kann dabei schlussendlich gar nicht genug Wert auf die psychosozialen Belange der Versicherten gelegt werden. Die Fähigkeiten und Ressourcen der Krankenkassen sollten insoweit künftig besser ausgeschöpft und zum Wohle der Versicherten sinnvoll eingesetzt werden.

---

<sup>652</sup> Zu den insofern möglichen Unterstützungsleistungen s. C.II.6.c)(1).

<sup>653</sup> S. dazu B.V.

## G. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Angesichts der zuvor getroffenen Feststellung<sup>654</sup>, dass § 66 SGB V seinem Regelungsanliegen grundsätzlich gerecht wird, ist davon auszugehen, dass *de lege ferenda* jedenfalls keine grundlegenden Modifikationen der Norm erforderlich sind. Insbesondere besteht kein (Unterstützungs- und damit Reform-)Bedarf nach weitreichenderen Leistungen, die das Verhältnis zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen zusätzlich belasten. § 66 SGB V selbst sieht bereits einen weiten Handlungsspielraum für die Krankenkassen und vielfältige Unterstützungsmöglichkeiten vor. Nichtsdestotrotz gilt es stets zu überlegen, ob es nicht abweichende Regelungsoptionen und sinnvolle Änderungsvorschläge gibt, die die Vorschrift und ihre Umsetzung im Detail weiter optimieren.

---

<sup>654</sup> Unter E.III.

## I. Mögliche Klarstellungen auf Tatbestandsseite

Fraglich ist zunächst, inwieweit die Tatbestandsseite des § 66 SGB V überarbeitet und so die Voraussetzungen der Regelung klargestellt werden sollten. Der Gedanke liegt angesichts der geäußerten Kritik an Teilen des Wortlauts der Norm grundsätzlich jedenfalls nicht fern. Im Wesentlichen sind dabei zwei Präzisierungen in Betracht zu ziehen:

Wie dargelegt ist die Formulierung des § 66 SGB V zum einen insofern ungenau, als die Unterstützung notwendigerweise bereits bei Behandlungsfehlerverdacht und nicht erst bei (klaren) Behandlungsfehlern (Ansprüche, die „aus Behandlungsfehlern entstanden sind“), gewährt wird<sup>655</sup>. Hier drängt sich freilich keine präzisere Formulierung besonders auf. Aus Gründen der Verständlichkeit ist eine Änderung diesbezüglich daher nicht zu empfehlen. Durch Auslegung ist das Gemeinte und Gewollte zudem unschwer zu ermitteln.

Zum anderen ließe sich daran denken, die Unterstützung der Versicherten bei Aufklärungsfehlerverdacht gesetzlich abzusichern – sofern eine solche tatsächlich von § 66 SGB V bezweckt ist. Der Wortlaut der Norm spricht lediglich von Behandlungsfehlern und damit einer anderen arzt haftungsrechtlichen Fehlerkategorie. Auch hier besteht allerdings zumindest kein akuter Reformbedarf, da dasselbe Ergebnis wie dargelegt bereits heute durch teleologische Auslegung ohne weiteres erzielt werden kann<sup>656</sup>.

§ 66 SGB V ist alles in allem auf Tatbestandsseite hinreichend bestimmt. Die Formulierung der Voraussetzungen der Unterstützung stößt lediglich an die allgemeinen, im Wesentlichen sprachlichen Grenzen, mit denen der Gesetzgeber bei jeder abstrakt-generellen Regelung zu kämpfen hat und die sich nie gänzlich werden ausschalten lassen. Es besteht daher kein unmittelbarer Bedarf nach Klarstellungen auf Tatbestandsseite.

---

<sup>655</sup> S. dazu C.II.1.a).

<sup>656</sup> Vgl. C.II.1.c).

## II. Präzisierung der Rechtsfolgen unter Aufgabe des Auswahlermessens?

Drängender scheint demgegenüber die Frage nach einer Präzisierung der Rechtsfolgen des § 66 SGB V, namentlich des unbestimmten Unterstützungsbegriffs<sup>657</sup>. Wie dargelegt beinhaltet auch die Soll-Vorschrift weiterhin einen erheblichen Spielraum für die Unterstützungspraxis der Krankenkassen, an dem das PatRG letztlich nichts oder nur symbolisch etwas geändert hat. Das Auswahlermessen der Krankenkasse – und damit die eigentlich entscheidende Ermessensform – ist bei der Reform unangetastet geblieben<sup>658</sup>. Dabei wäre es im Übrigen sogar dann geblieben, wenn der Gesetzgeber vorgesehen hätte, dass die Krankenkassen ihre Versicherten unterstützen „müssen“. Das Auswahlermessen ist nun einmal im Wort „unterstützen“ angelegt. Steht eine bestimmte Unterstützungsmaßnahme in Frage, liest man daher in § 66 SGB V im Ergebnis weiterhin nur „können“, nicht „sollen“ oder gar „müssen“.

Auch wenn dabei die Errungenschaft des PatRG, dass die Krankenkassen die Unterstützung heute wegen der Begrenzung des Entschließungsermessens auf atypische Fälle grundsätzlich nicht mehr gänzlich verweigern dürfen, nicht unterschätzt werden sollte, ist ein Anspruch ungewissen Inhalts für den einzelnen Versicherten jedoch letztlich kaum mehr wert als gar kein Anspruch. Die Intention des Gesetzgebers, die Patientenrechte zu stärken, läuft daher in der Änderung des § 66 SGB V von einer Kann- in eine Soll-Vorschrift tatsächlich weitgehend leer<sup>659</sup> – soweit sie nicht, wie in den obigen Ausführungen bereits verschiedentlich gefordert<sup>660</sup>, in Zukunft bei der Auslegung der Norm Berücksichtigung findet.

---

<sup>657</sup> S. dazu C.II.4.b)(1).

<sup>658</sup> Vgl. C.II.4.b).

<sup>659</sup> Vgl. insofern auch die Kritik von *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 286 f.: Änderung eher kosmetischer als substantieller Natur; simpelste Form der Verstärkung der Rechte der Versicherten; unaufrichtige Form der (Schein-)Gesetzgebung, die alles der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung überlässt; „nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung eine derart allgemeine Soll-Vorschrift als weitgehend inhaltsleeren Programmsatz interpretiert. Welcher Versicherte wird überdies bei einem Behandlungsfehler zuvor gegen seine Krankenkasse zur Konkretisierung eines Unterstützungsanspruchs gerichtlich vorgehen?“

<sup>660</sup> Vgl. etwa C.II.6.a).

## 1. Gegen eine gesetzliche Konkretisierung der Unterstützung

Das in der Unbestimmtheit der Rechtsfolge des § 66 SGB V begründet liegende Auswahlermessen der Krankenkassen könnte insofern zunächst durch eine gesetzliche Konkretisierung der zu leistenden Unterstützung ersetzt und dadurch der genaue Anspruchsinhalt klargestellt werden. Der Gesetzgeber würde so die Entscheidungskompetenz über die jeweils konkret durchzuführenden Maßnahmen an sich ziehen. Für diese Regelungsoption sprechen auf den ersten Blick Argumente der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Die Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht wäre auf diese Weise im Idealfall verbindlich abstrakt-generell geregelt und damit auch im konkreten Fall für alle Beteiligten vorhersehbar.

Eine solche Lösung wäre jedoch im Ergebnis weder für die Krankenkassen noch die Versicherten eine sinnvolle Errungenschaft und stößt zudem auf praktische Umsetzungsschwierigkeiten. Vor allem erschwert sie es eher als dass sie ermöglicht, dass die Krankenkassen dem Unterstützungsbedarf der Versicherten im Einzelfall wirklich gerecht werden können. Bedarfsorientiertes Vorgehen benötigt insofern einen Spielraum. Durch abstrakt-generelle Regelungen werden die Krankenkassen unter Umständen zu Maßnahmen gezwungen, die angesichts der individuellen Lage des Falls gar nicht notwendig sind, wohingegen gegebenenfalls nützliche Leistungen versagt werden müssen.

Daneben wäre eine Normierung in Kontext des § 66 SGB V notwendigerweise nur eine unvollständige Festschreibung der gegenwärtigen Rechtslage und Praxis. Die dargestellten, vielfältigen Unterstützungsleistungen lassen sich schwerlich umfassend in Gesetzesform fassen – zumal ja auch jeweils geregelt werden müsste, unter welchen Voraussetzungen welche Leistung zu gewähren ist. Aus diesem Grund käme letztlich ohnehin nur eine nicht abschließende und im Ergebnis weitgehend unverbindliche Aufzählung von Regelbeispielen in Betracht. Das Auswahlermessen würde damit im Wesentlichen beibehalten und auch der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wäre damit nur im Ansatz gedient. Es bestünde zudem die Gefahr, dass sich die Krankenkassen auf die ausdrücklich angeführten Leistungen zurückziehen könnten, was für die Praxis zwangsläufig Einschränkungen bei der Unterstützung der Versicherten bedeuten und damit eine solche Reform sogar in ihr Gegenteil verkehren würde.

Ebenso wenig ist es möglich, gesetzlich die für die Ausübung des Auswahlermessens maßgeblichen Erwägungen<sup>661</sup> ein für alle Mal festzulegen – oder auch nur zu bestimmen, in welchen atypischen Fällen genau die Krankenkassen die Unterstützung ausnahmsweise unter Berufung auf ihr Entschließungsermessen gänzlich verweigern dürfen<sup>662</sup>. Die einschlägigen Bewertungsvorgänge sind hier schlichtweg zu komplex, als dass sie im Gesetz abgebildet werden könnten. Es besteht jeweils zu Recht Ermessen.

Schon im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens auf dem Weg zum PatRG hatte im Übrigen die Bundesregierung die Forderung des Bundesrates nach gesetzlicher Konkretisierung der den Versicherten zu gewährenden Unterstützungsmaßnahmen<sup>663</sup> mit der Begründung abgelehnt, eine genaue Benennung der von den Krankenkassen durchzuführenden Unterstützungsleistungen enge die Krankenkassen in ihrem Entscheidungsspielraum ein, wodurch die Möglichkeiten einer (so auch vom Bundesrat geforderten) möglichst unbürokratischen Hilfe eingeschränkt werden<sup>664</sup>.

Dieser Auffassung ist aus den genannten Gründen zuzustimmen. Das Auswahlermessen der Krankenkassen sollte letztlich trotz aller Nachteile der unbestimmten Regelung beibehalten werden. Damit tragen die Krankenkassen freilich eine große Verantwortung. Sie können jedoch grundsätzlich selbst am besten einschätzen, welche Unterstützungsmaßnahmen für die Versicherten im konkreten Fall eine echte Hilfe wären. Es ist insofern in der Tat sinnvoll, dass § 66 SGB V in erster Linie einen weiten Rechtsrahmen mit diversen Unterstützungsmöglichkeiten bereithält. Gegen einen Missbrauch der den Krankenkassen anvertrauten Entscheidungskompetenz schützen die allgemeinen Ermessensgrenzen<sup>665</sup>.

---

<sup>661</sup> Vgl. dazu C.II.4.b)(2).

<sup>662</sup> Vgl. dazu C.II.4.a).

<sup>663</sup> Stellungnahme des Bundesrates, BT-Dr. 17/10488, S. 48.

<sup>664</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Dr. 17/10488, S. 57.

<sup>665</sup> S. dazu C.II.4.b)(3).

## 2. Gegen eine entsprechende Satzungsermächtigung

Die gleichen Gründe sprechen letztlich auch dagegen, die nähere Ausgestaltung der Unterstützung den Satzungen der Krankenkassen zu überlassen, wofür dann *de lege ferenda* eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich wäre, wie sie vom Gesetzgeber bereits im Jahr 1999 angestrebt, aber letztlich nicht umgesetzt wurde<sup>666</sup>. Wie dargelegt dürfen die Krankenkassen nach geltendem Recht § 66 SGB V ohne eine solche Ermächtigung nicht satzungsmäßig konkretisieren<sup>667</sup>. Auch eine abstrakt-generelle Satzungsregelung hätte verglichen mit einem umfassenden Ermessensspielraum der Krankenkassen mehr Nach- als Vorteile. Zusätzlich bestünde die Gefahr, dass sich die Krankenkassen hier selbst – bewusst oder unbewusst – zu Lasten der Versicherten einschränken.

---

<sup>666</sup> BT-Dr. 14/1245, S. 7; s. dazu C.II.5.

<sup>667</sup> Vgl. insg. C.II.5.

### III. Sozialrechtliche Regelung des Akteneinsichtsrechts der Krankenkassen

Abschließend sei noch einmal ein spezieller Aspekt der Unterstützung aufgegriffen: die Anforderung von Behandlungsunterlagen bei den Leistungserbringern. Bislang ergibt sich das Akteneinsichtsrecht der Krankenkasse in die Behandlungsdokumentation der Leistungserbringer ausschließlich zivilrechtlich aus dem akzessorischen Übergang des Akteneinsichtsrechts des Patienten (§ 630g BGB) auf die Krankenkasse gemäß § 116 Abs. 1 SGB X, §§ 401 Abs. 1 analog, 412 BGB. Auch dieser Anspruch ist dabei noch nicht allzu lange höchstrichterlich geklärt<sup>668</sup>. Ein originäres, sozialrechtliches Akteneinsichtsrecht der Krankenkasse besteht nicht. § 66 SGB V selbst eine Befugnis der Krankenkasse zur Akteneinsicht zu entnehmen, ist wie dargelegt nicht möglich<sup>669</sup>.

In der Praxis spielt die Anforderung von Behandlungsunterlagen durch die Krankenkassen als Unterstützungsleistung im Sinne des § 66 SGB V eine wichtige Rolle. Ohne diese Möglichkeit würde die Unterstützung der Versicherten bei der Sachverhaltsermittlung mitunter stark eingeschränkt. Die Versicherten können gerade auf diesem Gebiet durch die Krankenkassen sinnvoll entlastet werden. Allein schon aus diesem Grund spricht vieles dafür, das entsprechende Vorgehen der Krankenkasse im Sozialrecht gesetzlich abzusichern und zu legitimieren, damit die Krankenkassen ihren grundlegenden Unterstützungsaufgaben ohne Hindernisse nachkommen können. Es ist der Stellung der Krankenkassen im Allgemeinen und ihrer Unterstützungsaufgabe nach § 66 SGB V im Besonderen nicht angemessen, sie auf ein abgeleitetes (Privat-)Recht zu verweisen, das nicht zuletzt (und wohl nicht ohne Grund) den Eindruck einer richterrechtlichen Hilfskonstruktion erweckt.

Hinzu kommt, dass die geltende Rechtslage in der Praxis bisweilen zu Schwierigkeiten führt, wenn Leistungserbringer die Herausgabe von Behandlungsunterlagen gegenüber der Krankenkasse verweigern. Zwar können die Krankenkassen ihren vom Versicherten abgeleiteten Anspruch vor den Zivilgerichten durchsetzen, dies scheint jedoch nicht selten ein recht umständlicher Weg. In der Regel wird es deshalb vorgezogen, den Versicherten selbst die Unterlagen anfordern zu lassen – ihm steht insoweit unstreitig ein Einsichtsrecht zu, das von den Leistungserbringern in der Regel auch weitgehend anerkannt wird. Der Versicherte

<sup>668</sup> BGHZ 185, 74 = MedR 2010, 854 m. Anm. Jaeger sowie Bespr. Schultze-Zeu, VersR 2011, 194; zuvor bereits dies., VersR 2009, 1050 zur Entwicklung der Rspr.

<sup>669</sup> Vgl. insg. C.II.6.b)(1)(c).

stellt die Informationen dann auch der Krankenkasse für die weitere Unterstützung nach § 66 SGB V zur Verfügung.

Mit einer bedarfsgerechten Unterstützung der Versicherten durch die Krankenkassen bei Behandlungsfehlern hat dieses Vorgehen indes wenig zu tun. Eine echte Hilfe für die Versicherten ist nur dann gegeben, wenn ihnen die (letztlich häufig reine Formalität der) Anforderung von Behandlungsunterlagen abgenommen wird – idealerweise durch die Stelle, die die Dokumentation anschließend auch mit dem nötigen Fachwissen auswerten und den Versicherten hinsichtlich der weiteren Schritte beraten kann, also namentlich nach der Aufgabenzuweisung des § 66 SGB V die Krankenkasse. Diese kann zudem auch anfallende (Kopier- oder Versand-)Kosten übernehmen, zu deren Erstattung der Einsichtnehmende jedenfalls zivilrechtlich verpflichtet ist (§ 630g Abs. 2 S. 2 BGB).

Der Gesetzgeber sollte folglich erwägen, ein eigenes Akteneinsichtsrecht der Krankenkassen im SGB V vorzusehen, soweit diese bei Behandlungsfehlerverdacht nach § 66 SGB V unterstützend für ihre Versicherten tätig werden. Vergleichend sei insofern auf § 275 Abs. 3 Nr. 4 SGB V verwiesen, der seinerseits klarstellt, dass die Krankenkassen zur Unterstützung ihrer Versicherten (§ 66 SGB V) ein Gutachten des MDK in Auftrag geben können<sup>670</sup>. Konkret könnte § 294a SGB V um einen originären Akteneinsichtsanspruch der Krankenkasse selbst – nicht nur bei drittverursachten Gesundheitsschäden, sondern gerade auch bei Behandlungsfehlerverdacht und Tätigwerden der Krankenkasse nach § 66 SGB V – ergänzt werden<sup>671</sup>.

In § 630g BGB wäre eine solche Vorschrift systematisch fehl am Platz<sup>672</sup>, da die §§ 630a ff. BGB, das Verhältnis zwischen Behandelndem und Patient, den Behandlungsvertrag, regeln. Erforderlich ist zudem allgemein keine zivilrechtliche, sondern eine sozialrechtliche Regelung mit den entsprechenden Folgen im Hinblick auf das einschlägige Rechts- und Kontrollregime. Zum Schutz des Persönlichkeitsrechts des Patienten und vor dem Hintergrund einer vertrauensvollen Arzt-Patient-Beziehung sollte dabei allerdings eine entsprechende Schweigepflichtentbindungserklärung des Versicherten weiterhin Voraussetzung der Einsichtnahme Dritter in diesbezüglich besonders sensible Dokumente sein.

<sup>670</sup> Vgl. dazu C.II.6.b)(2).

<sup>671</sup> So auch *Schultze-Zeu/Riehn*, *VersR* 2013, 1482, 1487.

<sup>672</sup> So aber IGES, *Studie zu den Wirkungen des Patientenrechtegesetzes*, 2016, S. 164.

## H. Fazit

Angesichts der wachsenden Bedeutung von Patientenrechten in der modernen Gesellschaft tragen auf der Grundlage des § 66 SGB V auch die Krankenkassen ihren Teil zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen medizinischer Behandlungsfehler bei. Die Rechtsverfolgung in Arzthaftungsfällen bringt für den Betroffenen, der der ihrerseits häufig durch eine Haftpflichtversicherung unterstützten Gegenseite nicht nur im Hinblick auf medizinisches Wissen und tatsächliche Informationen unterlegen ist, unter Umständen einen erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand sowie weitere persönliche Belastungen mit sich. Dies hält Geschädigte potentiell von der (insbesondere gerichtlichen) Geltendmachung ihnen zustehender Ansprüche ab, auch wenn die Zivilgerichte auf „Waffengleichheit“ zwischen den Parteien hinwirken.

Mit der Änderung des § 66 SGB V von einer „Kann“- in eine „Soll“-Vorschrift durch das Patientenrechtegesetz (PatRG) im Jahr 2013 wurde ausdrücklich eine Verstärkung der Unterstützung bezweckt. Im Regelfall haben die Krankenkassen kein Entschließungsermessen mehr, ob sie ihre Versicherten unterstützen. Da der Begriff „unterstützen“ jedoch nach wie vor in hohem Maße unbestimmt ist, besteht auf Rechtsfolgenseite weiterhin ein Auswahlermessen der Krankenkassen hinsichtlich der genauen Unterstützungsform. Die (abstrakte) Verpflichtung der Krankenkassen zur Unterstützung korrespondiert daher grundsätzlich nur mit einem Anspruch des Versicherten auf ermessensfehlerfreie (Auswahl-)Entscheidung, nicht mit einem Anspruch auf eine konkrete Leistung. Die Verantwortung für eine angemessene Leistungsgestaltung liegt insofern bei den Krankenkassen. § 66 SGB V eröffnet ihnen Möglichkeiten, sich durch zusätzliche Leistungen im Wettbewerb der Krankenkassen zu profilieren. Gegen einen Missbrauch der den Krankenkassen anvertrauten Entscheidungskompetenz schützen die allgemeinen Ermessensgrenzen. Die Krankenkassen müssen in ihre Entscheidung alle relevanten Tatsachen und rechtlichen Möglichkeiten einbeziehen sowie die Leistungen dem Zweck des § 66 SGB V entsprechend auswählen. Bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen sind insofern vor allem der Bedarf des Versicherten nach fremder Hilfe bei der Rechtsverfolgung, die Erfolgsaussichten des Schadensersatzbegehrens sowie die Wirtschaftlichkeit des jeweiligen Tätigwerdens der Krankenkasse und die Verhältnismäßigkeit des damit verbundenen Aufwands.

Unterstützungsleistungen, die der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts oder seiner medizinischen Begutachtung dienen, sind vor diesem Hintergrund in der Regel unerlässlich. Darüber hinaus sind Leistungen im psychosozialen, rechtlichen und finanziellen Bereich zumindest in Betracht zu ziehen. Gerade die qualifizierte Betreuung des Versicherten durch einen besonders geschulten Ansprechpartner ist angesichts der persönlichen Belastungen des Betroffenen oftmals von zentraler Bedeutung. Dabei können Krankenkassen ihren Versicherten durchaus auch (außergerichtlich) in rechtlichen Fragen zur Seite stehen. Allerdings stoßen sie hier mit ihren Fähigkeiten und Ressourcen an Grenzen und sollten dann die Betroffenen (nicht nur für die gerichtliche Vertretung) an professionelle Rechtsdienstleister verweisen. Eine Übernahme bestimmter Kosten der Rechtsverfolgung ist nicht ausgeschlossen, muss sich jedoch an den Vorgaben des Wirtschaftlichkeitsgebots messen lassen. Die Krankenkassen können insofern durchaus auch auf eigene Kosten eine Rechtsschutzversicherung für ihre Versicherten abschließen.

Durch den weiten Handlungsspielraum, den § 66 SGB V den Krankenkassen gewährt, wird die Regelung dem Unterstützungsbedarf der Versicherten grundsätzlich gerecht. Es besteht daher kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf, auch nicht in Bezug auf eine Präzisierung der unbestimmten Rechtsfolge der Regelung. Das Auswahlermessen der Krankenkassen gewährleistet insofern gerade eine an den Bedürfnissen des Einzelnen orientierte Unterstützung. Allenfalls sollte das Akteneinsichtsrecht der Krankenkassen auf eine sozialrechtliche Rechtsgrundlage gestellt werden. Eine Verpflichtung der Krankenkassen zu weiterreichenden Unterstützungsleistungen könnte im Übrigen die Position der Krankenkassen zwischen Versicherten und Leistungserbringern einseitig verlagern und so das austarierte Gleichgewicht im GKV-System gefährden. Soweit Defizite bei der Unterstützung auszumachen sind, betrifft dies weniger den geltenden Rechtsrahmen des § 66 SGB V als vielmehr dessen Umsetzung in der Praxis. Allzu häufig wissen Versicherte nur wenig über die Unterstützungsangebote der Krankenkassen bei Behandlungsfehlerverdacht und kommen daher gar nicht erst auf den Gedanken, diese um Hilfe zu ersuchen. Eine verbesserte Patientenunterstützung lässt sich in erster Linie dadurch erreichen, dass die Regelung des § 66 SGB V stärker in das allgemeine Bewusstsein gerückt und von den Krankenkassen im Dialog mit ihren Versicherten mit Leben gefüllt wird. Diese „Materialisierung“ der Norm kann nur durch die Praxis erfolgen.

## Literaturverzeichnis

*Anschlag, Marc*: Entwicklungen der Betriebshaftpflichtversicherung des Krankenhausträgers, Berlin/Heidelberg 2017.

*Bach, Peter/Moser, Hans* (Begr.): Private Krankenversicherung, 5. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Bach/Moser*, Private Krankenversicherung, 5. Aufl. 2015).

Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, hrsg. v. *Christian Rolfs, Richard Giesen, Ralf Kreikebohm, Peter Udsching*, 42. Edition, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK SozR).

Beck'scher Online-Kommentar ZPO, hrsg. v. *Volkert Vorwerk, Christian Wolf*, 22. Edition, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK ZPO).

*Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten* (Hrsg.): SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, 4. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 4. Aufl. 2014).

*Berchtold, Josef/Huster, Stefan/Rehborn, Martin* (Hrsg.): Gesundheitsrecht, SGB V, SGB XI, Baden-Baden 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015).

*Bergmann, Karl Otto/Pauge, Burkhard/Steinmeyer, Heinz-Dietrich* (Hrsg.): Gesamtes Medizinrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Bergmann/Pauge/Steinmeyer*, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014).

*Bogs, Harald*: Öffentlich-rechtlicher Krankenkassen-Regreß wegen ärztlichen Behandlungsfehlers?, in: Festschrift für *Erwin Deutsch*, hrsg. v. *Hans-Jürgen Ahrens, Christian von Bar, Gerfried Fischer, Andreas Spickhoff*, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, S. 463–476 (zitiert: *Bogs*, in: FS *Deutsch*, 1999).

*Breitkreuz, Tilman/Fichte, Wolfgang*: Sozialgerichtsgesetz, 2. Auflage, Berlin 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Breitkreuz/Fichte*, SGG, 2. Aufl. 2014).

*Brum, Ralf M. K.:* Wie kann die gesetzliche Krankenversicherung einem Betroffenen weiterhelfen?, in: MDK Bayern (Hrsg.), Der Medizinische Behandlungsfehler, Landsberg 2013, S. 77–84.

*Bruns, Alexander:* Privatversicherungsrecht, München 2015.

*Deckenbrock, Christian/Henssler, Martin* (Hrsg.): Rechtsdienstleistungsgesetz, 4. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015).

*Eichenhofer, Eberhard/Wenner, Ulrich* (Hrsg.): Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, 2. Auflage, Köln 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016).

*Finn, Markus:* Unterstützung gesetzlich Versicherter durch Kranken- und Pflegekassen bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen, in: WzS 2015, S. 99–103.

*Giesen, Dieter:* Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, Tübingen 1995.

*Grunewald, Barbara/Römermann, Volker* (Hrsg.): Rechtsdienstleistungsgesetz, Köln 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Grunewald/Römermann*, RDG, 2008).

*Hahn, Erik:* Neue Patientenrechte im Krankenversicherungsrecht – Die Genehmigungsfiktion des § 13 Abs. 3a SGB V und weitere Änderungen, in: SGB 2015, S. 144–151.

*Hänlein, Andreas/Schuler, Rolf* (Hrsg.): Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, 5. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Hänlein/Schuler*, SGB V, 5. Aufl. 2016).

*Hattemer, Stephanie B. K.:* Mediation bei Störungen im Arzt-Patient-Verhältnis, Berlin/Heidelberg 2012.

*Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang* (Begr.):

- Sozialgesetzbuch IV, Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, Berlin 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Hauck/Noftz*, SGB IV).
- Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, Berlin 2016, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V).
- Sozialgesetzbuch X: Verwaltungsverfahren, Schutz der Sozialdaten, Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten, Berlin 2016 (zitiert *Bearbeiter*, in: *Hauck/Noftz*, SGB X).

*Hauser, Andrea*:

- Vermutete Behandlungsfehler und das Herausgabeverlangen von Patientendaten durch Krankenkassen, in: KH 2012, S. 919–923.
- Unterstützungshandlung gemäß § 66 SGB V, in: KH 2015, S. 849–851.

Heidelberger Kommentar Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht, hrsg. v. *Hans-Jürgen Rieger, Franz-Josef Dahm, Christian Katzenmeier, Gernot Steinhilper, Martin Stellpflug*, 66. Aktualisierung, Heidelberg 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HK-AKM).

*Henssler, Martin/Deckenbrock, Christian*:

- Neue Regeln für den deutschen Rechtsberatungsmarkt, in: DB 2008, S. 41–49.
- Die Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte, in: DB 2016, S. 215–225.

*Hofmann, Klaus*: Zur subjektiven Reichweite der materiellen Rechtskraft bei einem Forderungsübergang nach § 116 SGB X, in: VersR 2003, S. 288–291.

*Hommerich, Christoph/Kilian, Matthias*: Rechtsschutzversicherungen und Anwaltschaft, Bonn 2010.

IGES, Studie zu den Wirkungen des Patientenrechtegesetzes, Ergebnisbericht für das Bundesministerium für Gesundheit vertreten durch den Patientenbeauftragten der Bundesregierung, Berlin 2016 (zitiert: IGES, Studie zu den Wirkungen des Patientenrechtegesetzes, 2016), online abrufbar unter [http://www.patientenbeauftragter.de/images/veranstaltungen/2016/patientenrechte-gesetz/20161109\\_IGES-Studie\\_Wirkungen\\_Patientenrechtegesetz.pdf](http://www.patientenbeauftragter.de/images/veranstaltungen/2016/patientenrechte-gesetz/20161109_IGES-Studie_Wirkungen_Patientenrechtegesetz.pdf).

*Jaeger, Lothar/Luckey, Jan*: Schmerzensgeld, 8. Auflage, München 2015.

juris PraxisKommentar

- SGB I, hrsg. v. *Rainer Schlegel, Thomas Voelzke*, 2. Auflage, Saarbrücken 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: jurisPK SGB I, 2. Aufl. 2011).
- SGB IV, hrsg. v. *Rainer Schlegel, Thomas Voelzke*, 3. Auflage, Saarbrücken 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: jurisPK SGB IV, 3. Aufl. 2016).
- SGB V, hrsg. v. *Klaus Engelmann, Rainer Schlegel*, 3. Auflage, Saarbrücken 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: jurisPK SGB V, 3. Aufl. 2016).

*Kappler, Walter*: Aufgaben und Vorgehensweisen des Haftpflichtversicherers bei der Regulierung von Heilwesenschäden, in: MDK Bayern (Hrsg.), *Der Medizinische Behandlungsfehler*, Landsberg 2013, S. 103–118.

Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, hrsg. v. *Anne Körner, Stephan Leitherer, Bernd Mutschler*, 90. Ergänzungslieferung, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: KassKomm).

*Katzenmeier, Christian*:

- Qualität im Gesundheitswesen, in: *MedR* 1997, S. 498–503.
- *Arzthaftung*, Tübingen 2002.
- Zivilprozeß und außergerichtliche Streitbeilegung, in: *ZZP* 115 (2002), S. 51–92.
- Überlagerungen des Schadensrechts durch das Versicherungsrecht, in: *VersR* 2002, S. 1449–1456.
- Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, in: *AnwBl* 2008, S. 819–823.
- Mediation bei Störungen des Arzt-Patienten-Verhältnisses, in: *NJW* 2008, S. 1116–1120.
- Arzthaftung in der Krise – Entwicklungen, Perspektiven, Alternativen, in: *MedR* 2011, S. 201–216.
- Das Patientenrechtegesetz auf dem Prüfstand, in: *SGb* 2012, S. 125–129.
- Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, in: *NJW* 2013, S. 817–823.
- Patientenrechte und Arzthaftung, in: *Egon Lorenz* (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2013, Karlsruhe 2014.

- Keders, Johannes/Walter, Frank*: Langdauernde Zivilverfahren – Ursachen überlanger Verfahrensdauern und Abhilfemöglichkeiten, in: NJW 2013, S. 1697–1704.
- Kilian, Matthias*: Die Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, Bonn 2014.
- Kilian, Matthias/Offermann-Burckart, Susanne/Stein, Jürgen vom* (Hrsg.): Praxishandbuch Anwaltsrecht, 2. Auflage, Bonn 2010.
- Kilian, Matthias/Sabel, Oliver/Stein, Jürgen vom* (Hrsg.): Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, Bonn 2008.
- Kingreen, Thorsten/Kühling, Jürgen* (Hrsg.): Gesundheitsdatenschutzrecht, Baden-Baden 2015.
- Kleine-Cosack, Michael*: Der Gesetzgeber ordnet neu: Durchbruch für die Syndikusanwälte, in: AnwBl 2016, S. 101–115.
- Krahmer, Utz/Trenk-Hinterberger, Peter* (Hrsg.): Sozialgesetzbuch I, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Baden-Baden 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Krahmer/Trenk-Hinterberger*, SGB I, 3. Aufl. 2014).
- Krasney, Otto Ernst*: Leistungsverteilung im Gesundheitswesen, in: SGb 2003, S. 609–613.
- Krauskopf, Dieter* (Begr.): Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 91. Ergänzungslieferung, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Krauskopf*).
- Krenzler, Michael* (Hrsg.): Rechtsdienstleistungsgesetz, Baden-Baden 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Krenzler*, RDG, 2010).
- Kuhla, Wolfgang*: Übermittlung von Patientendaten durch das Krankenhaus an gesetzliche Krankenkassen gemäß § 66 SGB V bzw. § 116 SGB X, in: KH 2002, S. 474–476.
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker*: Arztrecht, 7. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015).

*Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger* (Hrsg.): Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010).

*Laum, Heinz-Dieter*: Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen – Bilanz, Analysen, Prognosen der Gutachterkommission Nordrhein, in: *MedR* 2011, S. 230–232.

*Lüdtke, Peter-Bernd* (Hrsg.): Sozialgerichtsgesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Lüdtke*, SGG, 4. Aufl. 2012).

*Marburger, Horst*:

- Leistungen der Krankenkassen nach § 66 SGB V, in: *ZfS* 2007, S. 108–113.
- Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen unter Berücksichtigung der Interessen der Versicherten der gesetzlichen Krankenkassen, in: *Die Leistungen* 2008, S. 642–644 und S. 705–707.
- Versicherte haben erhebliche Rechte und Pflichten – Zu den Aufgaben des MDK und Leistungen der GKV, in: *Sozialrecht + Praxis* 2014, S. 71–83.
- Neue Rechtsprechung zur Beweislage und zur Unterstützungspflicht der Krankenkassen bei ärztlichen Behandlungsfehlern, in: *KrV* 2015, S. 182–185.
- Ausmaß und Wirkung des Satzungsrechts der gesetzlichen Krankenkassen, in: *VR* 2016, S. 73–77.

*Maurer, Hartmut*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, München 2011.

Medizinischer Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen e.V.: Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Auflage, Essen 2009 (zitiert: MDS, Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insbesondere bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, 6. Aufl. 2009), online abrufbar unter [https://www.mds-ev.de/fileadmin/dokumente/Publikationen/GKV/Begutachtungsgrundlagen\\_GKV/Leitfaden\\_Zusarbeit\\_MDK\\_KK\\_drittverursachte\\_Gesschaeden.pdf](https://www.mds-ev.de/fileadmin/dokumente/Publikationen/GKV/Begutachtungsgrundlagen_GKV/Leitfaden_Zusarbeit_MDK_KK_drittverursachte_Gesschaeden.pdf).

*Meier, Sybille*: Patientenrechtegesetz – Zu den sozialrechtlichen Änderungen, in: BtPrax 2013, S. 132–135.

*Meller-Hannich, Caroline*: Die Rolle des Sachverständigen im deutschen Zivilprozess, in: ZZP 129 (2016), S. 263–293.

*Meurer, Christina*: Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, Berlin/Heidelberg 2008.

*Meyer-Ladewig, Jens/Keller, Wolfgang/Leitherer, Stephan* (Hrsg.): Sozialgerichtsgesetz, 11. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, SGG, 11. Aufl. 2014).

*Mrozynski, Peter* (Hrsg.): SGB I, Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Mrozynski*, SGB I, 5. Aufl. 2014).

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. v. *Wolfgang Krüger, Thomas Rauscher*, Band 3, 4. Auflage, München 2013 (*Bearbeiter*, in: MüKo ZPO, 4. Aufl. 2013).

*Offermann-Burckhart, Susanne*:

– Die neue Zulassung als Syndikusrechtsanwalt und ihre rechtlichen Folgen, in: AnwBl 2016, S. 125–136.

– Die Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte im Praxistest, in: AnwBl 2016, S. 474–482.

*Pietron, Danielle*: Die Effektivität des Rechtsschutzes gegen überlange Verfahrensdauer, Hamburg 2016.

*Polaszek, Udo*: Aspekte des Outsourcing bei Krankenkassen – bei Konflikten droht Haftung, in: Welt der Krankenversicherung 2012, S. 184–188.

*Preis, Ulrich/Schneider, Angie*: Das Patientenrechtegesetz – Eine gelungene Kodifikation?, in: NZS 2013, S. 281–288.

*Prütting, Hanns*: Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft?, in: *AnwBl* 2013, S. 401–405.

*Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus* (Hrsg.): ZPO, 8. Auflage, Köln 2016 (*Bearbeiter*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 8. Aufl. 2016).

*Püster, Dominique*: Entwicklungen der Arzthaftpflichtversicherung, Berlin/Heidelberg 2013.

*Ratzel, Rudolph/Luxenburger, Bernd* (Hrsg.): Handbuch Medizinrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015).

*Römermann, Volker*: RDG – zwei Schritte vor, einen zurück, in: *NJW* 2008, S. 1249–1254.

*Rumler-Detzel, Pia*: Psychosoziale Belange der Parteien in Arzthaftungsprozessen und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Arzthaftungsrecht, in: *Festschrift für Erich Steffen*, hrsg. v. *Erwin Deutsch, Ernst Klingmüller, Hans Josef Kullmann*, Berlin/New York 1995, S. 373–386 (zitiert: *Rumler-Detzel*, in: *FS Steffen*, 1995).

*Sabel, Oliver*:

– Das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts, in: *AnwBl* 2007, S. 816–822.

– Die Vertretung im Zivilprozess, in: *AnwBl* 2008, S. 390–393.

*Schellenberg, Frank*: Regulierungsverhalten als Schmerzensgeldfaktor, in: *VersR* 2006, S. 878–884.

*Schirmer, Dominik/Stark, Alexandra*: Das Behandlungsfehlermanagement der AOK Bayern, in: *Welt der Krankenversicherung* 2016, S. 183–186.

*Schneider, Günther*: Patientenrechte, in: *MedR* 2000, S. 497–504.

*Schneider, Hartmut/Schmaltz, Christiane*: Entscheidung von Arzthaftpflichtverfahren „innerhalb angemessener Frist“, in: NJW 2011, S. 3270–3273.

*Schreier, Vincent*: Zögerliches Regulierungsverhalten von Versicherern – Eine Bestandsaufnahme der Schadensregulierung nach geltendem Recht, in: VersR 2013, S. 1232–1237.

*Schultze-Zeu, Ruth/Riehn, Hartmut*: Ärztliche Behandlungsfehler – die Unterstützungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 66 SGB V und die Mitwirkungspflichten des Versicherten, in: VersR 2013, S. 1482–1488.

*Schumann, Jens*: Ärztliche Behandlungsfehler: Vorgehensweisen und Bearbeitungshinweise für Sachbearbeiter der Krankenkassen, in: Die Leistungen 2007, S. 321–326 und S. 385–389.

*Sikorski, Roland*: Die Begutachtung von Behandlungsfehlern durch den MDK, in: MedR 2001, S. 188–190.

*Sodan, Helge* (Hrsg.): Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014).

*Spickhoff, Andreas* (Hrsg.): Medizinrecht, 2. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014).

*Stegers, Christoph-M./Hansis, Martin/Alberts, Martin/Scheuch, Silke* (Hrsg.): Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch*, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2008).

*Stein, Jürgen vom*: Der neue Begriff der „Rechtsdienstleistung“, in: AnwBl 2008, S. 385–389.

*Süß, Thorsten*: Anmerkung zu LSG Schlesw.-Holst., Beschl. v. 20.3.2015 – L 5 KR 40/15 B ER (SG Schleswig), in: MedR 2016, S. 86–87.

*Teichner, Matthias*: Was läuft falsch in der Schadensregulierung, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), *Arzthaftung – Mängel im Schadensausgleich?*, Berlin/Heidelberg 2009, S. 107–115 (zitiert: *Teichner*, in: AG RAe im MedR e.V., *Arzthaftung – Mängel im Schadensausgleich?*, 2009).

*Thüsing, Gregor/Pötters, Stephan*: Outsourcing gem. § 197b SGB V: Möglichkeiten und Grenzen einer Aufgabenerledigung durch private Dritte, in: *SGb* 2013, S. 320–325.

Verbraucherzentrale NRW: Unterstützung von Patienten mit Behandlungsfehlerverdacht, Ergebnisse der Befragung von Krankenkassen, Düsseldorf 2014, online abrufbar unter <http://www.verbraucherzentrale.nrw/media231404A.pdf>.

*Weidinger, Patrick*: Behandlungsfehlervorwürfe und Regulierungspraxis der Haftpflichtversicherer, in: *Madea, Burkhard/Dettmeyer, Reinhard* (Hrsg.), *Medizinschadensfälle und Patientensicherheit*, Köln 2007, S. 39–51.

*Weinmann, Luc Alexander*: Prozessfinanzierung im Arzthaftungsrecht, in: *Festschrift 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.*, hrsg. v. Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V., Berlin/Heidelberg 2011, S. 309–325 (zitiert: *Weinmann*, in: *FS 25 Jahre AG RAe im MedR e.V.*, 2011).

*Wenner, Ulrich*:

- Mehr Klarheit und einige neue Rechtsansprüche – Was der Entwurf für ein Patientenrechtegesetz vorsieht, in: *Soziale Sicherheit* 2012, S. 105–109.
- Patientenrechte im Krankenversicherungsrecht, in: *SGb* 2013, S. 162–169.

*Wenzel, Frank* (Hrsg.): *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht*, 3. Auflage, Köln 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Wenzel*, *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht*, 3. Aufl. 2013).

*Winkler, Jürgen* (Hrsg.): *Sozialgesetzbuch IV*, 2. Auflage, Baden-Baden 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Winkler*, *SGB IV*, 2. Aufl. 2015).