

Christian Katzenmeier  
Christoph Jansen

# GKV-Unterstützung bei Behandlungs- fehlerverdacht

# **Kölner Schriften zum Medizinrecht**

## **Band 22**

*Reihenherausgeber*  
Christian Katzenmeier

Weitere Bände siehe  
[www.springer.com/series/8204](http://www.springer.com/series/8204)

Christian Katzenmeier • Christoph Jansen

# GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht

 Springer

Prof. Dr. iur. Christian Katzenmeier  
Institut für Medizinrecht  
Universität zu Köln  
Köln, Deutschland

Christoph Jansen, LL.M.  
Institut für Medizinrecht  
Universität zu Köln  
Köln, Deutschland

ISSN 1866-9662

ISSN 1866-9670 (electronic)

Kölner Schriften zum Medizinrecht

ISBN 978-3-662-55501-9

ISBN 978-3-662-55502-6 (eBook)

<https://doi.org/10.1007/978-3-662-55502-6>

Die Deutsche Nationalbibliothek v erzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer-Verlag GmbH Deutschland 2018

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der v orherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe v on Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw . in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Ge währ für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer ist Teil von Springer Nature

Die eingetragene Gesellschaft ist Springer-Verlag GmbH Deutschland

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

# Vorwort

Die vorliegende Untersuchung basiert auf einem Rechtsgutachten, das die Verfasser im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) erstattet und dem Patientenbeauftragten der Bundesregierung (Beauftragter der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten sowie Bevollmächtigter für Pflege) Ende November 2016 vorgelegt haben. Für die Veröffentlichung wurde der Text um einen Nachtrag zur Reform des § 66 SGB V mit Wirkung vom 11.4.2017 ergänzt.

Zur erfolgreichen Durchführung des Forschungsprojekts haben insbesondere Anna Maria Ernst, Raphaël Hebecker, Marie Charlotte Kurz und Niclas Lauf beigetragen. Ihnen wie dem gesamten Team des Instituts für Medizinrecht der Universität zu Köln gilt für die geleistete Unterstützung unser herzlicher Dank.

Köln, im Mai 2017

Christian Katzenmeier und Christoph Jansen

# Inhaltsverzeichnis

<b>Kapitel 1: Einführung .....</b>	<b>1</b>
<b>Kapitel 2: Unterstützungsbedarf der Versicherten.....</b>	<b>3</b>
I. Wissens- und Informationsgefälle .....	3
II. Schadensregulierung .....	4
III. Kostenrisiken.....	9
IV. Verfahrensdauer .....	14
V. Psychosoziale Belastungen.....	19
VI. Ausblick: Justizalternativen .....	20
<b>Kapitel 3: Unterstützung durch die Krankenkassen .....</b>	<b>23</b>
I. Tatsächlich gewährte Unterstützungsleistungen.....	23
1. Ausgangspunkt: MDK-Leitfaden 2009 .....	23
2. Gutachten der Verbraucherzentrale NRW .....	24
3. Ergänzende Ergebnisse einer eigenen Online-Recherche.....	26
4. Beispiel: Behandlungsfehlermanagement der AOK Bayern.....	29
II. Unterstützungsmöglichkeiten nach geltendem Recht.....	30
1. Voraussetzungen des § 66 SGB V .....	30
a. Verfolgung von Schadensersatzansprüchen.....	30
b. Versicherteneigenschaft des zu Unterstützenden.....	32
c. Relevante Fehlerkategorien .....	33
d. Inanspruchnahme einer GKV-Leistung .....	34
e. Ausschluss von auf die Krankenkassen übergegangenen Ansprüchen .....	35
2. Exkurs: Synergien aus dem Regress nach § 116 SGB X.....	36
3. Anforderungen an das Tätigwerden der Krankenkassen .....	40
4. Rechtsfolge: Abstrakte Verpflichtung der Krankenkassen .....	43
a. Kein Entschließungsermessen im Regelfall.....	44
b. Pflichtgemäß auszuübendes Auswahlermessen .....	46
(1) Grund: Unbestimmtheit des Unterstützungsbegriffs.....	46
(2) Zur Ausübung des Auswahlermessens.....	48
(3) Ermessensfehler und gerichtliche Kontrolle .....	53
c. Weitere Sanktions- und Reaktionsmöglichkeiten .....	55
d. Zwischenfazit.....	56
5. Konkretisierung durch Satzungsrecht? .....	56
6. Konkrete Bestimmung von Art, Inhalt und Umfang der Unterstützung .....	58
a. Ausgangspunkt: Punktuelle Hilfestellung oder umfassende Betreuung? .....	58
b. Grundlegende Unterstützungsleistungen .....	61
(1) Unterstützung bei der Sachverhaltsermittlung .....	61
(a) Förderung der Tatsachenzusammenstellung der Versicherten .....	61

(b)	Übermittlung und Erläuterung vorliegender Informationen .....	62
(c)	Anforderung von Behandlungsunterlagen bei Leistungserbringern .....	63
(d)	Einschub: Sozialdatenschutzrecht .....	64
(e)	Mitwirkungspflichten der Versicherten .....	65
(2)	Begutachtende Unterstützung durch den MDK .....	66
c.	Weiterführende Unterstützungsleistungen .....	71
(1)	Psychosoziale Unterstützung .....	71
(2)	Rechtliche Unterstützung .....	73
(a)	Abstrakt-generelle (Rechts-)Informationen .....	74
(b)	Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen .....	75
(c)	Gerichtliche Vertretung .....	80
(d)	Ergänzung: Unterstützung bei außergerichtlicher Streitbeilegung .....	84
(3)	Finanzielle Unterstützung .....	85
(a)	Meinungsstand .....	86
(b)	Stellungnahme .....	87
(c)	Finanzierung der Rechtsverfolgung im Einzelnen .....	89
(d)	Zurverfügungstellung einer privaten Rechtsschutzversicherung .....	91

**Kapitel 4: Exkurs zur Rechtslage und Praxis in der Privaten Krankenversicherung (PKV)..... 97**

<b>Kapitel 5: Zusammenfassung und Bewertung .....</b>	<b>99</b>
I. Übersicht über die Unterstützungsmöglichkeiten .....	99
II. Einschätzung des Unterstützungsbedarfs .....	101
III. Bewertung der bestehenden Möglichkeiten angesichts des Bedarfs .....	103

**Kapitel 6: Ungenutztes Unterstützungspotential .....** 107

<b>Kapitel 7: Gesetzgeberischer Handlungsbedarf.....</b>	<b>111</b>
I. Mögliche Klarstellungen auf Tatbestandsseite .....	111
II. Präzisierung der Rechtsfolgen unter Aufgabe des Auswahlermessens? .....	112
1. Gegen eine gesetzliche Konkretisierung der Unterstützung .....	112
2. Gegen eine entsprechende Satzungsermächtigung .....	114
III. Sozialrechtliche Regelung des Akteneinsichtsrechts der Krankenkassen .....	114

**Kapitel 8: Fazit.....** 117

**Kapitel 9: Nachtrag .....** 119

**Literaturverzeichnis .....** 123

# Kapitel 1: 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.

§ 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 bis-

---

<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 (PKV) vgl. § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG (fakultative Unterstützung, soweit vereinbart); s. dazu 4. Kap., S. 97 f.

<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.

lang 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>.

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>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.

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

# Kapitel 2: Unterstützungsbedarf der Versicherten

## I. Wissens- und Informationsgefälle

Auseinandersetzungen in Arzthaftungssachen sind gekennzeichnet durch die Ungleichheit der Parteien<sup>1</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>2</sup>. Größte Bedeutung kommt in diesem Kontext der differenziert-ausgleichenden Handhabung des Beweis- und Beweisführungsrechts durch die Zivilgerichte zu<sup>3</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 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 Beweis-

---

<sup>1</sup> Vgl. zum Folgenden *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 377 ff.; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rdnr. 368; *Nißgens*, in: RGRK BGB, II 5, 12. Aufl. 1989, § 823 Anh. II, Rdnrn. 286, 341.

<sup>2</sup> BVerfGE 52, 131 = NJW 1979, 1925; dazu *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 378 ff.; zu den konkreten Modifizierungen allgemeiner Prozessrechtsregeln S. 383 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 378 ff. m.w.N.

rechts auszugleichen. Der Beweislastverteilung kommt hier mehr als in anderen Rechtsgebieten eine verfahrensentscheidende Rolle zu<sup>4</sup>.

Die allgemeine Regel, dass der Patient Behandlungsfehler, Schadenskausalität und Arzterschulden 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>5</sup>. Das Beweisrecht des Arzthaftpflichtprozesses ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung<sup>6</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>7</sup>.

## 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>8</sup>.

<sup>4</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>5</sup> *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 821. Zu § 630h BGB s. *Prütting*, in: FS *Rießmann*, 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>6</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>7</sup> Vgl. auch *Finn*, *WzS* 2015, 99 f., der insofern Parallelen zu § 66 SGB V betont.

<sup>8</sup> Zur Haftpflichtversicherung des Arztes s. *Ratzel/Greiner*, in: *Ratzel/Luxenburger*, *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl. 2015, Kap. 14; *Katzenmeier/Brennecke*, in: *Wenzel*,

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>9</sup>, macht der Geschädigte seine Ansprüche zwar grundsätzlich nur gegenüber dem Schädiger geltend (Trennung von Deckung und Haftung)<sup>10</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 Prozessführungsrecht erteilt<sup>11</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>12</sup>. Hierbei steht dem Versicherer ein erhebliches Ermessen zu, hat am Ende schließlich er die wirtschaftliche Last von Schadensfällen vertragsgemäß zu tragen<sup>13</sup>. Im Ergebnis hat sich der Geschädigte somit praktisch im Wesentlichen mit dem Haftpflichtversicherer auseinanderzusetzen<sup>14</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

---

Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Aufl. 2013, Kap. 5; monographisch *Püster*, Entwicklungen der Arzthaftpflichtversicherung, 2013; *Anschlag*, Entwicklungen der Betriebshaftpflichtversicherung des Krankenhausträgers, 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>9</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>10</sup> Vgl. *Schreier*, *VersR* 2013, 1232, 1234; *Weidinger*, in: *Madea/Dettmeyer*, *Medizin-schadensfälle und Patientensicherheit*, 2007, S. 39.

<sup>11</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>12</sup> *Katzenmeier/Brennecke*, in: *Wenzel*, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Aufl. 2013, Kap. 5, Rdnr. 76.

<sup>13</sup> *Kappler*, in: MDK Bayern, *Der Medizinische Behandlungsfehler*, 2013, S. 103, 110 f.

<sup>14</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.

im Bereich der Arzthaftpflichtversicherung<sup>15</sup>) ist diesbezüglich in den letzten Jahren wiederholt als potentielles Beschwerfnis der Anspruchsdurchsetzung – sowohl vor- und außergerichtlich als auch im gerichtlichen Verfahren – in den Fokus der öffentlichen (rechts-)politischen Debatte geraten<sup>16</sup>. Die zunehmend kritische Medienberichterstattung zu dem Thema zeugt von dem negativen Eindruck, den Versicherungen auf diesem Gebiet hinterlassen<sup>17</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>18</sup>. In der Literatur werden demgegenüber seit jeher Bedenken geäußert<sup>19</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>20</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>21</sup>. Der BGH hat noch keine Stellung bezogen und die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Schmerzensgelderhöhung zuletzt ausdrücklich offen gelassen<sup>22</sup>.

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ<sup>23</sup>) hegte in diesem Zusammenhang zeitweilig gewisse Zweifel, ob das geltende Recht ausreicht, auf eine etwaige Verschleppungstaktik der Versicherer angemessen zu reagieren. Dies wollte es im

---

<sup>15</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>16</sup> S. zum Folgenden auch *Schreier*, VersR 2013, 1232 ff.

<sup>17</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>18</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>19</sup> Krit. ggü. einer solchen „Abschreckungsfunktion“ (und damit „Tripelfunktion“) des Schmerzensgeldes etwa bereits *Honsell*, VersR 1974, 205, 207.

<sup>20</sup> *Schreier*, VersR 2013, 1232, 1234 f.; s. auch *Schellenberg*, VersR 2006, 878, 879 ff., insb. 884.

<sup>21</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>22</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>23</sup> Seit Ende 2013 Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV).

Jahr 2013 mit einer Umfrage bei den Landesjustizverwaltungen klären<sup>24</sup>. Erste Ergebnisse wurden am 18.7.2013 veröffentlicht. Demnach haben die Landesjustizverwaltungen ganz überwiegend weder die erhobenen Vorwürfe bestätigt noch Rechtsänderungen für erforderlich 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>25</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>26</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>27</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 Aufwändigkeit der Prüfung, die Erforderlichkeit 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

---

<sup>24</sup> Schreiben des BMJ vom 11.2.2013 an die Landesjustizverwaltungen zur Schadensregulierung bzw. Leistung durch die Versicherer (verzögerte Leistung).

<sup>25</sup> S. dazu die Pressemitteilung des BMJ zur Regulierungspraxis in der Versicherungswirtschaft vom 4.9.2013.

<sup>26</sup> S. Stellungnahme des BDV vom 27.6.2013, abrufbar unter [www.bunddersicherten.de](http://www.bunddersicherten.de), Zugriff am 11.11.2016.

<sup>27</sup> S. Stellungnahme des GDV vom 1.7.2013, abrufbar unter [www.gdv.de](http://www.gdv.de), Zugriff am 11.11.2016.