
Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag
Reihe: Rechtswissenschaften

Band 83

Lukas Voelkel

Das gerechte Honorar nach der
Gebührenordnung für Ärzte

**WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE
AUS DEM TECTUM VERLAG**

Reihe Rechtswissenschaften

**WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE
AUS DEM TECTUM VERLAG**

Reihe Rechtswissenschaften

Band 83

Lukas Voelkel

**Das gerechte Honorar nach der
Gebührenordnung für Ärzte**

Tectum Verlag

Lukas Voelkel

Das gerechte Honorar nach der Gebührenordnung für Ärzte.
Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag;
Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 83

© Tectum Verlag Marburg, 2016

Zugl. Diss. Univ. Georg-August-Universität Göttingen 2015

ISBN: 978-3-8288-6474-0

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter
der ISBN 978-3-8288-3783-6 im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben
sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Diese Arbeit wurde im Januar 2015 bei der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation eingereicht. Die zu einem späteren Zeitpunkt veröffentlichte Literatur konnte nur noch an vereinzelten Stellen eingearbeitet werden. Entsprechendes gilt für die Rechtsprechung

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Das gerechte Honorar des Arztes	5
I. Gerechtigkeit als Wertung	5
1. Recht und Gerechtigkeit	7
2. Inhaltlichen Dimensionen der Gerechtigkeit	8
a) Gerechtigkeit als relative Wertung	10
b) Prozedurale Gerechtigkeitstheorien	13
c) Die Erfordernisse des Rechts	16
d) Entwicklung aus dem rechtlichen Kontext	17
3. Zusammenfassung	20
II. Gerechtigkeit im ärztlichen Honoraranspruch	22
1. Gerechtes Honorar als Frage rechtlicher Ausgestaltung	23
2. Der rechtliche Kontext im Überblick	24
a) Kompetenzrechtliche Zulässigkeit der GOÄ	26
(1) § 11 BÄO als Recht der Wirtschaft	27
(2) Erfordernis einer bundeseinheitlichen Regelung	29
b) Der privatärztliche Vergütungsanspruch	30
(1) Der Behandlungsvertrag	31
(2) Außervertragliche Vergütung	35
(3) Zusammenfassung	37
c) Gebührenordnung und Vergütungsanspruch	37
(1) Anwendung als Taxe	37
(2) Keine Dispositivität der GOÄ	38
(3) Systematische Eingliederung	40
(4) Die GOÄ im Internationalen Privatrecht	43

Inhaltsverzeichnis

3. Folgen für das Verständnis vom gerechten Honorar	43
a) Die GOÄ als Mittel des Interessenausgleichs	46
b) Relevante Interessen im Überblick	49
(1) Gebührenordnung und Vertragsgerechtigkeit	50
(2) Gebührenordnung und Krankenversicherung	51
(3) Gebührenordnung und Freiberuflichkeit	52
(4) Gebührenordnung und Europarecht	53
4. Zusammenfassung	55
C. Honorargestaltung durch die GOÄ	59
I. Anwendungsvoraussetzungen	59
1. Die berufliche Leistung des Arztes	60
2. Die Anwendung der GOÄ auf Krankenhausleistungen	62
a) Die Wahlleistung ‚Arzt‘	63
(1) Allgemeine Krankenhausleistungen	64
(2) Wahlleistungen	64
b) Anwendung über Krankenhausentgeltgesetz	67
c) Abgrenzung zu anderen Wahlleistungen	69
d) Zusammenfassung	70
II. Der Honoraranspruch	71
1. Die Beschränkung auf die erforderliche Leistung	71
2. Fachgebietsgebundenheit des Abrechnenden	74
3. Vergütung bei fehlerhafter Behandlung?	78
a) Kein Ausschluss nach bürgerlichem Recht	80
b) Vergütungsausschluss nach GOÄ?	82
c) Zusammenfassung	84
4. Gebühr nur für eigenständig erbrachte Leistungen	84
a) Die höchstpersönliche Leistungserbringung	85
b) Delegation	85
c) Stellvertretung	89
(1) Abgrenzung zur Delegation	89
(2) Formen der Stellvertretung	90
(3) Stellvertretung bei der Wahlleistung	91

Inhaltsverzeichnis

(4) Sonstige Fälle der Stellvertretung	96
d) Vertretung bei Laborleistungen	99
e) Zusammenfassung	100
III. Die Grobstruktur des Honoraranspruches	101
1. Funktionale Differenzierung im Honorar	101
2. Strukturelemente der Gebührenbemessung	104
IV. Das Zielleistungsprinzip	106
1. Das Gebührenverzeichnis	108
2. Die Leistungsbeschreibung	109
3. Verhältnis selbstständiger Leistungen zueinander	110
a) Differenzierung durch Textbausteine	111
b) Die Generalklausel des § 4 Abs. 2a GOÄ	112
c) Strittige Reichweite	114
V. Die Punktzahl	117
VI. Analogabrechnung nicht aufgenommener Leistungen	119
1. Analogie als Mittel der Rechtswissenschaft	120
a) Die Lücke im Gesetz	120
b) Der Analogieschluss	123
c) Analogie und Auslegung	125
2. Analogabrechnung in der GOÄ	125
a) Die selbstständige Leistung als Voraussetzung	127
(1) Selbstständige Leistung	128
(2) Ohne Aufnahme in die Gebührenordnung	129
(3) Weitergehende Einschränkungen?	130
(4) Zusammenfassung	133
b) Lückenschluss und Rechtsfolgen	133
(1) Gleichwertigkeit als Ziel	134
(2) Rechtsfolgen der Analogabrechnung	136
c) Analogabrechnung und Honorarvereinbarungen	137
VII. Bestimmung des Steigerungssatzes durch den Arzt	138

Inhaltsverzeichnis

VIII. Abweichende Honorarvereinbarungen 143

- 1. Individualvereinbarungen mit Patienten 144
- 2. Kollektivverträge 146
- 3. Individualvereinbarungen mit Behörden 148

IX. Geltendmachung des Honoraranspruches 149

D. Vertragsgerechtigkeit als Maßstab der GOÄ 151

I. Preisgerechtigkeit als schützenswertes Interesse 151

II. Preisgerechtigkeit als Maßstab des gerechten Vertrages 155

- 1. Grundzüge und Problematik objektiver Äquivalenz 157
- 2. Subjektiv-formale Äquivalenz 160
 - a) Die subjektive Wertbestimmung 160
 - b) Selbstbestimmung und Selbstbindung durch Vertrag . . 161
 - c) Individual- und Allgemeininteresse 165
 - d) Äquivalenz und erforderlicher Kontrollmaßstab 169
 - e) Vereinbarkeit von Inhaltskontrolle und Grundgesetz . . 170
 - f) Ergebnis 173
- 3. Prozedurale Ansprüche an den Vertrag 174
 - a) Formale und materiale Vertragsfreiheit 176
 - b) Liberalismus und BGB 180
 - c) BGB und Grundgesetz 181
 - d) Zusammenfassung 185
- 4. Ergebnis 186

III. Die subjektiver Bewertung medizinischer Leistungen 189

- 1. Subjektive Bewertbarkeit medizinischer Leistungen 189
- 2. Das Fehlen von Verhandlungspartitität 193
- 3. Die GOÄ als Antwort auf die Preisfindungsproblematik . . 200
 - a) Umkehr des üblichen Korrekturmechanismus 201
 - b) Notwendigkeit einer alternativen Preisfestsetzung . . . 202
 - c) Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers 204
 - d) Der Gestaltungsauftrag als Interessenabwägung 206
 - e) Vergleichbare Vergütungsvorschriften 207

Inhaltsverzeichnis

f) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte	211
(1) Eingriffscharakter der GOÄ	212
(2) Rechtfertigung	214
g) Interessenabwägung und Preisgerechtigkeit	217
IV. Ergebnis	218
E. Patientenautonomie, Sozialstaat und Freiberuflichkeit	223
I. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten	223
II. Der Gewährleistungsauftrag des freiheitlichen Sozialstaats	225
1. Der Sozialstaat	225
a) Staatstheoretische Grundlagen	226
b) Konkretisierung in der Verfassung	227
c) Historische Entwicklung des Sozialstaats	228
d) Gesellschaftliche Solidarität als Wesenskern	231
e) Sozialstaatsprinzip und Grundrechte	232
f) Minimum und Maximum des Sozialstaates	234
g) Zusammenfassung	237
2. Sozialstaatsprinzip und Gesundheitssystem	238
a) Die Sonderrolle der Gesundheit	239
b) Die Erfordernisse einer begrenzten Ressourcenlage	240
c) Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung	242
3. Relevanz der Verfassungsrechtsprechung für die GOÄ	245
a) GOÄ und Krankenfürsorgesysteme	246
b) Die Verbindung von Leistungs- und Kostenfrage	252
(1) Risikoäquivalente Prämienberechnung	253
(2) Relevanz für die Beihilfe?	257
(3) Notwendigkeit der Kostenkontrolle	257
(4) Keine einseitige Betonung der Kostenfrage	261
4. Fazit	266
III. Die Freiberuflichkeit des Arztes	269
1. Der Arzt als freier Beruf	271
a) Der Begriff des freien Berufes	271

Inhaltsverzeichnis

b) Gemeinwohlorientierung	272
c) Berufsausübung in wirtschaftlicher Unabhängigkeit	273
2. Freiberuflichkeit und die Gebührenordnung	275
a) Wirtschaftliche Unabhängigkeit	277
b) Profitstreben und Wettbewerbsdruck	279
c) Gemeinwohl als Ziel	282
3. Fazit	283
IV. Folgerungen für das gerechte Honorar	284
1. Der Arztvertrag und die subjektive Preisfindung	285
2. Festsetzung nach Ermessen des Ordnungsgebers	289
a) Anforderungen des Sozialstaats an die GOÄ	290
(1) Die verfassungsgerichtlichen Vorgaben	291
(2) Folgen für die Gestaltung der GOÄ	292
b) Das Leitbild freier Berufe	295
3. Auswirkungen auf das Gerechtigkeitsverständnis	297
a) Regelungsbedarf privatärztlicher Vergütung	297
b) Ausschaltung marktgeleiteter Honorarfindung	299
c) Ergebnis	301
F. Folgen für die Anwendung der GOÄ	303
I. Unzulässigkeit einer Mischkalkulation	303
II. Kostendeckende Vergütung	309
1. Differenzierung von Kostendeckung und Entlohnung	311
2. Kalkulierbarkeit der Behandlungskosten	312
III. Rücksichtnahme auf außervertragliche Gesichtspunkte?	314
1. Die medizinische Notwendigkeit von Leistungen	320
a) Die Ersatzpflicht der privaten Krankenversicherung	322
(1) Die medizinisch notwendige Heilbehandlung	322
(2) Einschränkungen der Ersatzpflicht	324
(3) Übertragbarkeit?	326
b) Die Beihilfefähigkeit von Leistungen	328
c) Zusammenfassung	332

Inhaltsverzeichnis

2. Bestimmung des Steigerungssatzes	332
a) Festlegung im billigen Ermessens	334
(1) Übertragbarkeit der Ermessensfehlerlehre	335
(2) Einschränkung der Ermessensentscheidung	337
(3) Ermessensfehler bei Pauschalabrechnung?	341
b) Die durchschnittliche Leistung im Gebührenrahmen	345
(1) Bedeutung der Regelspanne	346
(2) Folgen für die Pauschalabrechnung	349
c) Folgen fehlerhafter Festsetzung	350
3. Sonderfall Honorarvereinbarung	351
a) Verfassungsrechtliche Grundlage	351
b) Einschränkungen der Honorarvereinbarung?	352
4. Zusammenfassung	357
IV. Bewahrung der Leistungsgerechtigkeit der Gebühren	357
1. Die Relation von Aufwand und Punktzahl als Wertung	358
2. Auseinanderfallen von Vergütung und Aufwand	359
3. Ausgleich unberücksichtigter Leistungsausweitungen	363
a) Gebührenanpassung über den Steigerungssatz	365
b) Gebührenziffern als typisierte Leistungstatbestände	367
c) Funktion der Gebührenziffern	372
(1) Der innere Zusammenhang von Verrichtungen	374
(2) Folgen für die Vergütung des Arztes	377
(3) Zusammenfassung	382
d) Der Ausgleich unberücksichtigten Mehraufwands	384
(1) Reichweite des Zielleistungsprinzips	384
(2) Abgrenzung unberücksichtigten Mehraufwands	389
(3) Ausgleich durch Analogabrechnung	394
4. Kompensation fortschrittsbedingter Überhonorierungen	400
5. Zusammenfassung	404
G. Zusammenfassung und Ergebnisse	411
Literaturverzeichnis	427

A. Einleitung

Gegenstand dieser Arbeit ist die Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), genauer die Berechnung des Honorars, welches dem Arzt als Gegenleistung für seine Dienste auf Grundlage dieser Gebührenordnung gezahlt wird. Ziel ist die Herausarbeitung eines *gerechten* Honorars, das heißt der aufgrund rechtlicher und anderer Erwägungen vorzugswürdigen Vergütung, welche als Maßstab zur Honorarbestimmung herangezogen werden kann.

Mit ‚Gerechtigkeit‘ wird sich indes einer Begrifflichkeit bedient, deren Verwendung für die Kategorisierung von Recht nicht unumstritten ist.¹ Als wertende Aussage in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt² ist Gerechtigkeit nicht immer geeignet, eindeutige und pointierte Aussagen zu treffen. Das mag gegenüber eindeutig bestimmten, feststehenden Rechtsbegriffen einen Nachteil darstellen, allerdings basiert auch das Recht nicht ausschließlich auf eindeutigen Begrifflichkeiten, sondern ist, ganz im Gegenteil, in vielfältiger Hinsicht von Wertungsfragen geprägt. Unter anderem wird in Bezug auf staatliche Gebührenordnungen und das nach deren Maßgabe gezahlte Entgelt seitens der Rechtsprechung des Öfteren auf die *Angemessenheit* als überprüfungswürdiges Zulässigkeitskriterium verwiesen. Was im Einzelfall jedoch angemessen ist, wird aus diesem Diktum ebenso wenig deutlich, wie der Verweis auf das gerechte Honorar zur Konfliktlösung beitragen könnte. In beiden Fällen müssen zunächst terminologische Unklarheiten überwunden werden.

Fraglos wird mit Gerechtigkeit ein Idealzustand gesellschaftlicher Ordnung verbunden, zu dessen Verwirklichung gerechte Handlungen zu fördern und *ungerechte* Handlungen zu unterbinden sind.³ Dieser Minimalkonsens ist jedoch nicht geeignet, um auf dessen Grundlage einen inhaltlich definierten und feststehenden Katalog gerechter und ungerechter Tatbestände zu erarbeiten. Die Auffassungen von der an-

1 Vgl. Kriele, S. 42ff; Höffe, S. 35; Rüthers / Fischer / Birk, § 9 Rn. 344.

2 Vgl. Tschentscher, S. 55 m.w.N.; Höffe, S. 28; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250.

3 Vgl. Luhmann, S. 217; Höffe, S. 27ff.

A. Einleitung

zustrebenden Gesellschaftsordnung differenzieren. Mithin ist auch der Katalog der zur Umsetzung notwendigen Ge- und Verbote zwischen den verschiedenen Ansichten nicht konstant, sondern auf die jeweilige Gesellschaftsform und die damit verbundene politische, rechtliche und soziologische Agenda zugeschnitten. Ungeachtet dessen muss das Recht, welches seine Legitimation aus der Gerechtigkeit bezieht, bestrebt sein, wider diese Unbestimmtheit eine Definition von Gerechtigkeit geben zu können.⁴

Diesbezüglich sind vor allem die dem Gesetz immanenten Wertungen von Interesse. Mit jeder Regulationsanordnung sind Aussagen des Gesetzgebers zur rechtlichen und faktischen Lebenswirklichkeit verbunden. Sie können zur Grundlage eines ‚verrechtlichen‘ Gerechtigkeitsmodells werden, welches im Fall der Gebührenordnung für Ärzte neben der Regulationsstruktur der Gebührenordnung selbst auch diejenigen rechtlichen Gesichtspunkte einbeziehen kann, die zwar nicht unmittelbar den Regelungskreis der Gebührenordnung berühren, ungeachtet dessen aber mit der Vergütung des Arztes in einem engen thematischen Zusammenhang stehen.

Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Verbindungen der Gebührenordnung mit dem bürgerlichen Recht im Allgemeinen und dem Wesen des Vertrages im Speziellen. Durch die Gebührenordnung erfolgt eine hoheitliche Festsetzung der Vergütung. Resultat ist die Abkehr von der Idee einer Hoheitsmacht der Parteien unterworfenen Vertragsinhalts, was wiederum die Vereinbarkeit der Gebührenordnung mit den Freiheits- und Selbstbestimmungsrechten des Individuums im Vertrag in Frage stellt. Jene unter dem Begriff der Vertragsfreiheit zusammengefassten Prinzipien genießen den Schutz der Verfassung. Ein Eingriff bedarf der Rechtfertigung, die sich wiederum aus der Relevanz der Gebührenordnung für andere Regelungsbereiche ergeben kann.

Die berufliche Tätigkeit des Arztes berührt grundlegende Bedürfnisse der Gesellschaft: Medizinische Leistungen sind erforderlich für die Bewahrung von Leben und Gesundheit und deswegen im Vergleich zu anderen Waren und Dienstleistungen von herausragender Bedeutung für die Konsumenten. Nicht umsonst ist eine funktionierende Gesundheitsversorgung Ziel des freiheitlichen Sozialstaats nach dem Grundgesetz. Der Stellenwert der Gebührenordnung geht infolgedessen über

⁴ Vgl. Zippelius, § 5 III, § 21 I, II.

jenen einer reinen Vergütungsregelung hinaus. Angesichts ihres Einflusses auf die Behandlungskosten und der daraus resultierenden Lenkungsfunction sind vor allem die verfassungsrechtlichen Ansprüchen an Leistungsumfang und Kostenentwicklung der verschiedenen Krankenversicherungen zu berücksichtigen.

Beachtet werden muss darüber hinaus die Rolle des Arztes als prototypischer Angehöriger eines freien Berufes⁵ Mit dieser Einordnung verbunden ist die Idealauffassung einer im Interesse und zum Wohle der Allgemeinheit stattfindenden Berufsausübung in Abgrenzung zu den Gewerbetreibenden. Diese distinktiven Eigenarten ständischer Tätigkeit gilt es bei der Interpretation der Gebührenordnung, der als verbindlicher Preisordnung unter anderem ein wettbewerbsregulierender Moment zukommt, ebenfalls zu bedenken.

Im Anbetracht dieser Bedeutung der GOÄ für das Gesamtrechtssystem kann eine Auffassung vom gerechtem Honorar nicht auf Basis der alleinigen Betrachtung der Gebührenordnung selbst gebildet werden. Vielmehr muss zunächst Kenntnis über die Wechselwirkungen zwischen der Gebührenordnung und anderen Regelungsbereichen bestehen. Diese Feststellungen erlauben, im Anschluss ein Verständnis von der gerechten Anwendung der Gebührenordnung zu entwickeln.

5 § 1 Abs. 2 der Bundesärzteordnung: „Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe; er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.“

B. Das gerechte Honorar des Arztes

Ärztliche Vergütung hat gerecht zu erfolgen. Ein Grundsatz, der angesichts der berühmten Worte vom Recht als der „Kunst des Guten und Gerechten“¹ kaum verwundert, dessen Nützlichkeit für sich genommen indes äußerst begrenzt bleibt. Denn ohne inhaltliche Definition bleibt Gerechtigkeit ein vages Postulat; mehr moralischer Anspruch² denn verbindlicher Maßstab für Rechtsanwendung und Rechtssetzung; Sie taugt somit nur schwerlich für die Beantwortung konkreter juristischer Fragestellungen. Zur Anwendung bedarf Gerechtigkeit der Beschreibung des ihr zugrunde liegenden Gedankens.

I. Gerechtigkeit als Wertung

Gerechtigkeitsaussagen sind mitnichten objektiv, sondern Resultat einer subjektiven Beurteilung eines Lebenssachverhalts.³ Gerechtigkeit ist eine wertende Reaktion auf eine bestimmte Sachlage, die sich gegenüber der Moral durch ihren sozialen Bezug auszeichnet.⁴ Sie ist ein auf die Umwelt bezogenes Postulat von gebotenen und verbotenen Verhalten, das in Ansehung einer bestimmten Lebenswirklichkeit ergeht.⁵ Infolge einer Betrachtung eines Sachverhalts von sozialer Relevanz kommt es zu einem Wertungsakt, der zu einer Handlungsanweisung mit Sozialbezug erwächst. Gerechtigkeitsaussagen transportieren damit eine individuelle Auffassung von sozial gebotenen Handeln, die umgekehrt aus Sicht des Beurteilenden zum Inbegriff von Ge-

1 Digesten 1.1.2; zit. nach *Behrends* u. a., S. 91; zum normativen Gerechtigkeitsgehalt des Rechts umfassend: *Tschentscher*, S. 32ff m.w.N.; vgl. die umfassende Auseinandersetzung mit der Gerechtigkeit als legitimes Ziel der Rechtsanwendung bei *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 294, 348; ferner zur Rechtsidee als Aufgabe des Rechts: *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 290ff.

2 Vgl. *Kriele*, S. 42ff; *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 337; *Höffe*, S. 26.

3 Vgl. *Kaufmann*, in: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, 26–147 (89ff); mit Anmerkungen zu der von *Kriele* (*Kriele*, S. 42ff) geäußerten Kritik *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 341, 343.

4 *Tschentscher*, S. 55f m.w.N.; *Höffe*, S. 28.

5 Vgl. *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 250.

B. Das gerechte Honorar des Arztes

rechtigkeit wird.⁶ Als wertende Antwort auf ein konkretes, beobachtetes Szenario sind Gerechtigkeitsaussagen zugleich in ihrer inhaltlichen Reichweite beschränkt. Die gegebene Handlungsanweisung bezieht sich ausschließlich auf den beobachteten Sachverhalt; abseits davon ist die Geltung nicht intendiert.⁷ Gerechtigkeitsvorstellungen und Sachverhalte korrelieren. *Oechsler* spricht von einem „Schutzzweckzusammenhang“⁸ zwischen den spezifischen Gefahren des bewerteten Szenarios und den als Antwort darauf formulierten Handlungsanweisungen, welcher durch ein Differenzierungskriterium deutlich wird.⁹ Gerechtigkeit ist im Ergebnis also keineswegs als allgemeingültig zu verstehen, sondern wird vielmehr in Abhängigkeit zu bestimmten Sachverhalten und Fragestellungen gedacht.¹⁰ Nur dem Gerechtigkeitsideal, das auf der Bewertung *aller* denkbaren Szenarien basiert, käme Allgemeingültigkeit zu.

Worin sich Gerechtigkeit inhaltlich auszeichnet, ist daher in vielen Bereichen trotz zahlreicher Diskussionen umstritten, widersprüchlich und von der individuellen Auffassung abhängig.¹¹ Gerechtigkeit ist kein evidentes Faktum im Sinne einer physikalischen Größe, sondern vielmehr Ausdruck einer persönlichen Anschauung hinsichtlich des gebotenen und verbotenen Verhaltens. Jeder Versuch einer Bestimmung objektiv geltender Gerechtigkeitsmaßstäbe muss an den subjektiven Empfindungen des Beobachters hinsichtlich der von ihm wahrgenommenen Eindrücke scheitern.¹² Gerechtigkeitsfragen sind *Wertungsfragen* und können als solche zumindest nicht abschließend rational ergründet werden.¹³ Es verwundert darum auch nicht, dass sich der Rechtsanwender mit einer überwältigenden „Konkurrenz einander z. T. widersprechender und schwer applizierbarer Gerechtigkeits-

6 Vgl. *Tschentscher*, S. 55f.

7 Vgl. *Canaris*, JZ 1993, 377 (380); *Oechsler*, S. 18.

8 *ders.*, S. 51; Hervorhebung wie im Original.

9 Vgl. *ders.*, S. 51.

10 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251, 333ff; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 339.

11 *Oechsler*, S. 8ff.

12 Vgl. bezüglich der zwingenden Subjektivität jedweden (ideellen) Naturrechts nach Kant: *Kaufmann*, in: Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, 26–147 (63); zu dem auf den Feststellungen Kants aufbauenden *werttheoretischen Relativismus* Radbruchs: *ders.*, in: Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, 26–147 (89f); zur Sache ferner: *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 336; *Rüthers / Fischer / Birk*, § 9 Rn. 344; *Zippelius*, § 20 II.

13 Vgl. *Oechsler*, S. 10, 54, 139; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 336; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 120ff.

I. Gerechtigkeit als Wertung

begriffe¹⁴ konfrontiert sieht.¹⁵ Ungeachtet dessen werden bestimmte Konzepte und Ideen wiederum nahezu unstreitig als essenzielle Bestandteile einer als insgesamt gerecht betrachteten Rechtsordnung akzeptiert.¹⁶

1. Recht und Gerechtigkeit

Das Verhältnis von Gerechtigkeit und geltendem Recht – beide Begriffe dürfen nicht verwechselt werden¹⁷ – ist von Inkonsistenz geprägt. Einerseits besteht im Recht ein „*tatsächliches* und *regelmäßiges* Bedürfnis, Entscheidungen damit zu begründen, dass sie geschriebenen oder ungeschriebenen Gerechtigkeitsnormen entsprechen (*normativer Gerechtigkeitsgehalt*)“¹⁸. Andererseits können rechtliche Regelungen zum Teil in einem erheblichen Gegensatz zu bestehenden und allgemein anerkannten Gerechtigkeitsideen stehen. Recht ist also keineswegs ein Synonym für Gerechtigkeit¹⁹, jedoch bestrebt, Gerechtigkeit als maßgeblichen Standard zu suchen und zu verwirklichen.²⁰ Die Bezugnahme auf höhere Gerechtigkeitsideale entwickelt sich zu einem Anspruch immanenter Richtigkeit des Rechts, welche dieses von Unrecht differenzieren soll.²¹ Gerechtigkeitsmodelle sollen *auch* bei der Handhabung und insbesondere bei der Gestaltung von Normen gelten, um über die Richtigkeit der (späteren) Anwendung befinden zu können.²² Recht ist deswegen als Vehikel von bestimmten Gerechtigkeitsvorstellungen zu begreifen. Der Rückgriff auf diese leistet bei seiner Handhabung „einen Beitrag zur Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und damit letztlich zur Richtigkeit der Rechtsanwendung“²³. Gerechtigkeit legitimiert das Recht in seiner Eigenart als mehr oder weniger oktroyierte Zwangsordnung, indem es der Gesellschaft die Sinnhaftigkeit spezifischer Regelungen vermittelt. Recht wird anerkannt, wenn

14 Oechsler, S. 8.

15 Ders., S. 8; Rütters / Fischer / Birk, § 9 Rn. 386a.

16 Vgl. Oechsler, S. 55 m.w.N.; Larenz/Wolf, § 42 Rn. 1; Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, S. 156; Rittner, JZ 2011, 269 (273).

17 Rütters / Fischer / Birk, § 9 Rn. 343.

18 Tschentscher, S. 32; Hervorhebungen wie im Original. Dazu Rütters / Fischer / Birk, § 9 Rn. 348.

19 dies., § 9 Rn. 343; vgl. ferner Ellscheid, in: Recht und Moral, 214–250 (216, 221ff).

20 Zippelius, § 21 I; Tschentscher, S. 32; Wolf, S. 31.

21 Zippelius, § 21 I 2, II; Tschentscher, S. 32 m.w.N.

22 Ders., S. 37.

23 ders., S. 35; ebenso Zippelius, § 21 I 1.

B. Das gerechte Honorar des Arztes

es die Gesellschaft überzeugt.²⁴ Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn das Recht und das in akzeptierten Gerechtigkeitsvorstellungen Ausdruck findende Vernunftempfinden der Gesellschaft weitestgehend übereinstimmen.²⁵ Wie die Gerechtigkeit ist die Richtigkeit von Recht allerdings ebenfalls eine Wertungsfrage. Über das Richtig und Falsch eines rechtlichen Urteils kann in vielerlei Hinsicht diskutiert werden.²⁶

2. Inhaltlichen Dimensionen der Gerechtigkeit

Inhaltlich ist bei Gerechtigkeit terminologisch zwischen *formalen* und *materialen* Erklärungsansätzen zu unterscheiden. Beide beziehen sich auf Gerechtigkeitsfragen, setzen aber jeweils andere Schwerpunkte. Materiale Gerechtigkeit thematisiert das Ergebnis eines Wertungsaktes, die Wertung selbst; formale Gerechtigkeit bezieht sich hingegen auf das Zustandekommen des Wertungsaktes.²⁷ Materiale Gerechtigkeit behandelt die Lösung einer aus einem beobachteten Lebenssachverhalt resultierenden Problemstellung.²⁸ Wird Gerechtigkeit als Reaktion auf eine bestimmte Gefahrenlage verstanden, liegt im Umkehrschluss „in deren Beseitigung, Kompensation oder Eindämmung [...] ihr spezifischer Zweck“²⁹. Aussagen materialer Gerechtigkeit beziehen sich auf diesen Zweck und sind Vorschläge, wie bestimmten Gefahrenlagen begegnet werden soll. Sie sind Empfehlungen für gerechtes Handeln im Einzelfall.

Im Vergleich dazu ist formale Gerechtigkeit auf den Wertenden bezogen und damit in erster Linie selbstreferenziell. Gefragt wird auf einer abstrakteren Ebene nach den wesensbildenden Merkmalen, dem ‚roten Faden‘, jedes gerechten Entscheidens.³⁰ Die wertende Betrachtung von Szenarien interessiert im Hinblick auf den Entscheidungsprozess, der infolgedessen zu einem eigenständigen Kriterium von Ge-

24 Vgl. Zippelius, § 5 III, § 21 I 3; Tschentscher, S. 33, 120 m.w.N. Vgl. diesbezüglich auch die Kritik von Gerechtigkeit als eine das Recht legitimierende Kontingenzformel: Luhmann, S. 221f.

25 Vgl. Zippelius, § 21 I 3; Tschentscher, S. 33.

26 Ders., S. 37.

27 Der Umstand, dass formale Gerechtigkeit natürlich selbst Ergebnis eines eigenen Wertungsaktes und damit in gewisser Hinsicht auch materiale Gerechtigkeit ist, soll dahingestellt bleiben.

28 Vgl. Oechler, S. 8, 15.

29 ders., S. 51; vgl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 339.

30 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 175; Tschentscher, S. 62; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 345; jeweils unter Bezugnahme auf das Werk von Perelman (Perelman, S. 22ff).

I. Gerechtigkeit als Wertung

chtigkeit wird, hingegen nicht. Thematisiert wird stattdessen, *wie* (bestehende) materiale Wertungen auf den Einzelfall angewendet werden.³¹ Der Anwendungsbereich formaler und materialer Gerechtigkeit lässt sich dementsprechend wie folgt trennen: Formale Gerechtigkeit behandelt die Frage nach der Anwendbarkeit von Gerechtigkeitsmodellen auf verschiedene Sachverhalte. Materiale Gerechtigkeit bezeichnet die in diesen Modellen gegebenen, konkreten Handlungsanweisungen von sozialer Erheblichkeit.

Nach weit überwiegender Meinung wird formale Gerechtigkeit als *Gleichbehandlung von Gleichem und der Ungleichbehandlung von Ungleichem* aufgefasst.³² Sie ist Spiegel einer Gesellschaft, in der „relative Gleichheit und Ungleichheit“ herrschen.³³ Alle Bürger teilen als Menschen grundlegende Eigenschaften, sind aber gleichwohl Individuen, deren Lebensverhältnisse sich zum Teil erheblich unterscheiden.³⁴ Die Überzeugungskraft für den in dieser Hinsicht vorherrschenden Konsens dürfte wohl vor allem in der verfassungsrechtlichen Tradition der allgemeinen Gleichheit vor dem Gesetz zu suchen sein, die Kritiker zur Argumentation *contra legem* zwingt.³⁵ Ein entsprechendes Entscheiden ist damit schon grundgesetzlich gefordert. Formale Gerechtigkeit als Wertung wird durch die verfassungsrechtliche Realität gestärkt.

Inhaltlich entspricht ein dergestalt formulierter Anspruch formaler Gerechtigkeit der Forderung nach Entscheidungskonsistenz juristischer Wertungen.³⁶ Materiale Gerechtigkeit ist sachverhaltsbezogen. Wertung, Urteil und korrelierender Sachverhalt sind durch einen Schutzzweckzusammenhang verbunden. Entfällt dieser infolge einer veränderten Sachlage, darf vom getroffenen Urteil abgewichen werden. Besteht der Schutzzweckzusammenhang jedoch in unveränderter Weise fort, wäre jedwedes Abweichen vom korrespondierenden

31 *Tschentscher*, S. 62f und dem daraus entstehenden Spannungsverhältnis zu materialen Wertungen.

32 *Perelman*, S. 42, 53ff; *Oechsler*, S. 8, 23ff; vgl. Nachweise bei *Ellscheid*, in: *Recht und Moral*, 214–250 (234ff); *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 339; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 334, 374; zur mangelnden Überzeugungskraft kritischer Auseinandersetzungen: *Oechsler*, S. 45ff.

33 *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 340.

34 Vgl. *Dürig/Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 3 Rn. 2f; *Rüthers/Fischer/Birk*, § 9 Rn. 354.

35 *Oechsler*, S. 9; *Rüthers/Fischer/Birk*, § 9 Rn. 353; vgl. ferner die Ausführungen von *Starck* zu den weiteren redaktionellen Formulierungsvorschlägen des Art. 3; *Starck*, in: *v.Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 3 Rn. 2.

36 *Perelman* spricht in diesem Zusammenhang von „Regelhaftigkeit“ (*Perelman*, S. 63).

B. Das gerechte Honorar des Arztes

Gerechtigkeitsurteil schlichtweg willkürlich³⁷, unlogisch und mit Wertungswidersprüchen verbunden.³⁸ Das Verlangen formaler Gerechtigkeit wird vor diesem Hintergrund zum Appell nach konsequenter, falsifizierbarer und vernunftgeleiteter Anwendung von Recht.³⁹ Was gleich beziehungsweise was ungleich ist, beantwortet formale Gerechtigkeit indes nicht. Formale Gerechtigkeit definiert weder das Merkmal, in welchem (Un-)Gleichheit bestehen soll, noch das Maß zulässiger Variabilität. Das ist eine Frage materialer Wertungen und ihres Schutzzweckzusammenhangs. Formale Gerechtigkeit zeigt nur die abstrakten Umstände auf, unter denen (Un-)Gleichbehandlung gerechtfertigt ist, nicht jedoch, wann diese Umstände vorliegen.⁴⁰

a) Gerechtigkeit als relative Wertung

Wenn Gerechtigkeitsaussagen das Ergebnis nahezu willkürlich zustande gekommener Werturteile sind⁴¹, erschwert das deren Diskussion. Aufgrund daraus resultierender, mangelnder Rationalität können über die Gültigkeit eines Werturteils ausschließlich weitere Werturteile befinden.⁴² Mithin kann die Diskussion über die Gültigkeit eines jedweden Gerechtigkeitsideals beliebig fortgeführt werden. Die Frage nach Gerechtigkeit mündet damit in einer sich selbst erhaltenden Kaskade aufeinander aufbauender, einander rechtfertigender Werturteile, dem sogenannten „*infiniten Wertungsregress*“.⁴³ Das gilt grundsätzlich sowohl für materiale als auch für formale Gerechtigkeitsideale, nur dass sich hinsichtlich letzterer inzwischen ein umfassender Konsens herausgebildet hat⁴⁴, dem sich nicht zuletzt aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Verankerung angeschlossen werden soll. Solange Gerechtigkeitsurteile als reine Wertungen ergehen, ist im Übrigen eine abschließende Aussage über deren Gültigkeit nicht möglich.

Dies hat zu zwei gegensätzlichen Annahmen geführt: Auf der einen

37 Vgl. Oechsler, S. 27; Perelman, S. 65ff. Zur Problematik der Gleichheit in der Schlechtbehandlung als logische Konsequenz formaler Gerechtigkeit: Tschentscher, S. 60ff.

38 Canaris, JZ 1993, 377 (384f).

39 ders., JZ 1993, 377 (385ff); Oechsler, S. 39; Perelman, S. 58. Zu den daraus resultierenden, logischen Anforderungen an Rechtssätze: ders., S. 58f.

40 Oechsler, S. 27f; Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 339f.

41 Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 168.

42 Oechsler, S. 11; Perelman, S. 70ff.

43 Oechsler, S. 11.

44 ders., S. 10 m.w.N.; Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 339; dazu ferner Abschnitt B.I.2.

I. Gerechtigkeit als Wertung

Seite wird die weitergehende Auseinandersetzung mit Gerechtigkeitsidealen als nicht zielführend abgelehnt.⁴⁵ Auf der anderen Seite stehen Bemühungen, die Entwicklung von Gerechtigkeitsmodellen auf eine rationale Grundlage zu stellen. Denn auf die Diskussion materialer Gerechtigkeitsideale kann nicht verzichtet werden, ohne gleichzeitig die Gerechtigkeit als übergeordnetes Ziel der Rechtsanwendung selbst zu hinterfragen. Schließlich verhilft das Recht nur jenem spezifischen Gerechtigkeitskanon zur Geltung, der zur Grundlage der Normengebung geworden ist.⁴⁶

Es mag eine Vielzahl unterschiedlichster Gerechtigkeitsmodelle existieren, rechtlich relevant sind allerdings nur diejenigen, die Eingang in die Rechtsordnung gefunden haben.⁴⁷ Gleichzeitig kann die Rechtsordnung unmöglich jedweden Lebenssachverhalt vorhersehen und für diesen eine entsprechende Norm formulieren. Ganz im Gegenteil sieht sie sich regelmäßig mit neuen, unbewertet gebliebenen Szenarien konfrontiert. Um bei deren rechtlicher Einordnung einen Wertungswiderspruch und damit einen Verstoß gegen das Diktum formaler Gerechtigkeit zu vermeiden, muss sich der Rechtsanwender über den Geltungsbereich von Gerechtigkeitsurteilen als Bezugspunkte des Rechts im Klaren sein.⁴⁸

Das zeigt sich exemplarisch am Beispiel des Vertrages: Als Mittel zur Selbstbestimmung und Selbstentfaltung ist der Vertrag Rechtsakt und Sozialakt zugleich⁴⁹ und damit Vermittler der von außen an die Rechtsordnung herangetragenen Gerechtigkeitsauffassungen. Schließlich sind die im Vertrag vereinbarten Rechtsfolgen Spiegel der Interessenlagen der Vertragsparteien.⁵⁰ Der Vertrag ist Resultat mehrerer sachverhaltsbezogener Wertungen und damit auch Vehikel parteispezifischer Gerechtigkeitsvorstellungen.⁵¹ Allerdings kann deren rechtliche Anerkennung wahllos geschehen; es gilt im Zweifel das Pri-

⁴⁵ Vgl. etwa exemplarisch die Kritik *Luhmanns*, der Gerechtigkeit als eine selbstdeskriptive, inhaltsleere „Kontigenzformel“ des Rechts betrachtet (*Luhmann*, S. 217ff). Dazu sowie zur sonstigen Kritik an der Gerechtigkeitsdiskussion ferner: *Oechsler*, S. 13ff; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 200ff.

⁴⁶ Vgl. *Oechsler*, S. 38.

⁴⁷ *Oechsler* spricht diesbezüglich von einer „Pfortnerfunktion“ bestehender Gerechtigkeitsmodelle, vgl. *ders.*, S. 14; zum Vorrang von Recht gegenüber Gerechtigkeit und dessen Grenzen: *Ellscheid*, in: *Recht und Moral*, 214–250 (225ff); *Radbruch*, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1946, 105 (107).

⁴⁸ Vgl. *Tschentscher*, S. 34f; *Canaris*, *JZ* 1993, 377 (378f, 383).

⁴⁹ Zur sozialen Funktion des Vertrages in Abschnitt D.II.2.c).

⁵⁰ *Oechsler*, S. 14.

⁵¹ *Ders.*, S. 12.

B. Das gerechte Honorar des Arztes

mat der normierten Gerechtigkeitsverständnisse der Rechtsordnung.⁵² Die im Vertrag gewählten Rechtsfolgen müssen in Einklang mit den zwingenden Wertungen des Gesetzes stehen. Eine Rechtsordnung, die – entsprechende Übereinstimmung der Sachverhalte vorausgesetzt – hier einen Widerspruch hinnähme, würde eine formal ungerechte Entscheidungsfindung akzeptieren. Sie ließe es zu, dass bei gleicher Sachlage ein Schutzzweck unterschiedlich verstanden würde.⁵³

Der notwendige Vergleich der verschiedenen Sachverhalte erfordert indes die Kenntnis der Vergleichsobjekte. Würde auf die Diskussion materialer Gerechtigkeitsinhalte verzichtet, könnte der Vergleichsmaßstab einzig mittels folgender Annahme festgestellt werden: Materiale Gerechtigkeit resultiert aus einem Wertungsakt, der zu einer Handlungsanweisung führt und damit einen sachverhaltsbezogenen Schutzzweckzusammenhang formuliert.⁵⁴ Auf Gerechtigkeitsmodellen gegründete Rechtssätze vollziehen diesen Zusammenhang nach. Auch sie verbinden einen „materialen Diskriminierungsmaßstab“⁵⁵, das heißt einen *bestimmten* Sachverhalt (Tatbestand) mit einer abstrahierten Handlungsanweisung (Rechtsfolge).⁵⁶ Gleiches gilt für Verträge, bei denen sich der Diskriminierungsmaßstab im Vertragsgegenstand und die Handlungsanweisung in den vereinbarten Rechten und Pflichten der Parteien finden.

Dieser Gleichlauf von Gerechtigkeit und Recht könnte nun genutzt werden, um auch bei einem inhaltlich undifferenzierten Verständnis materialer Gerechtigkeit über die Zulässigkeit bestimmter Verträge zu befinden. Der Vertrag entspräche den im Recht zum Ausdruck kommenden Gerechtigkeitsideen, wenn die anwendungsbestimmenden Differenzierungskriterien und Rechtsfolgen in Norm und Vertrag parallel laufen.⁵⁷ Dazu müssten jedoch alle denkbaren, regelungsbedürftigen Szenarien bereits durch die Rechtsordnung entschieden sein. Ein Vergleich wäre nur möglich, wenn sich alle zum Vergleich notwendigen Schutzzweckzusammenhänge im Gesetz fänden; dazu müsste

52 Dass angesichts umfassender Vertragsfreiheit, normiertes Gerechtigkeitsverständnis nur selten Vorrang beansprucht, liegt daran, dass Vertragsfreiheit selbst als ein eigenständiges Gerechtigkeitsideal zu verstehen ist.

53 *Oechsler*, S. 14.

54 Vgl. *ders.*, S. 38. Dazu ferner in Abschnitt B.I.

55 *Ders.*, S. 28.

56 Vgl. zur Abstraktion juristischer Normen: *ders.*, S. 25ff; vgl. ferner *Perelman*, S. 41; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 251ff.

57 Vgl. *Oechsler*, S. 14.

I. Gerechtigkeit als Wertung

jedoch die Lebenswirklichkeit in der Rechtsordnung eine vollumfängliche Abbildung erfahren haben.⁵⁸

Die Diskussion materialer Gerechtigkeit fragt hingegen nach den Motiven gesetzgeberischer Entscheidungen und damit nach den Wertungen hinter bestehenden Rechtssätzen. Auf dieser Grundlage können nun im Wege der Abstraktion allgemeinere Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers als Maßstab für die rechtliche Bewertung neuer Sachverhalte abgeleitet werden. Das Urteil über die Gültigkeit außerrechtlicher Werturteile der Vertragsparteien kann also aus der Summe bestehender Rechtssätze extrapoliert werden.⁵⁹

b) Prozedurale Gerechtigkeitstheorien

Um über von der Rechtsordnung noch nicht geregelte Sachverhalte gerecht entscheiden zu können, bedarf es also eines *inhaltlich bestimmten* Verständnisses von Gerechtigkeit. Die Auseinandersetzung mit rational nicht nachvollziehbaren, tendenziell höchst subjektiven Werturteilen kann nicht vermieden werden.⁶⁰ Angesichts dieses „Dilemma[s]“⁶¹ wurde seitens der Rechtswissenschaft auf vielfältige Weise der Versuch unternommen, die Suche nach den ‚richtigen‘ Gerechtigkeitsbegriffen zielführender zu gestalten.⁶² Grundannahme ist dabei folgende: Wenn aufgrund des infiniten Wertungsregresses kein Gerechtigkeitsmodell universale Gültigkeit beanspruchen kann, gerade *weil* es nicht nur sachverhaltsbezogene, sondern vor allem vom Entstehungskontext abhängige Wertungen sind⁶³, wäre jede weitere Beschäftigung mit dem Inhalt des letztlich relativen Gerechtigkeitsbegriffes müßig. Stattdessen wird der Versuch unternommen, die Gültigkeit von Gerechtigkeitsansichten von den Umständen abhängig zu machen, unter denen sie zustande kommen.⁶⁴

Diesen Ansatz verfolgen die *prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit*, bei denen formalisierte Denkprozesse an die Stelle der sozialisierungs-

58 Vgl. *ders.*, S. 14f.

59 Vgl. *ders.*, S. 14; *Tschentscher*, S. 34.

60 *Oechsler*, S. 14f.

61 *Ders.*, S. 15.

62 *ders.*, S. 15ff. Zur Möglichkeit, Gerechtigkeit über das Verfahren zu bestimmen, umfassend: *Tschentscher*, S. 118ff.

63 *Oechsler*, S. 18.

64 *Tschentscher*, S. 119; *Oechsler*, S. 15ff; *Kaufmann*, in: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, 26–147 (137).

B. Das gerechte Honorar des Arztes

und erfahrungsbasierten Wertungen als Grundlage von Gerechtigkeitsmaßstäben treten sollen.⁶⁵ Sie sind mit der Idee formaler Gerechtigkeit vergleichbar, welche die Klassifizierung von Sachverhalten und die Anwendung von Wertungen thematisiert. Prozedurale Gerechtigkeit stellt nicht die materiale Wertung, sondern den zu dieser führenden Bewertungsprozess in den Fokus. Ziel ist es, den Denkprozess selbst nachvollziehbaren Formalien zu unterwerfen.⁶⁶ Gerechtigkeit soll nicht nur als diskutabile, „intuitionistisch-experimentell“⁶⁷ erlangte Wertung, sondern als kohärentes Produkt eines nachvollziehbaren, bestimmten Vorgaben unterliegenden Gedankenganges verstanden werden.⁶⁸ Sie soll ‚korrekt‘ erdacht und hergeleitet werden.⁶⁹ Das Diktum entscheidungskonsistenter Anwendung von Gerechtigkeit wird auf die Genese der Wertung selbst übertragen. Denn die Kenntnis eines feststehenden modus operandi des Urteilens macht für Dritte das Zustandekommen von Gerechtigkeitsmodellen nachvollziehbar.⁷⁰ Gerechtigkeit wird rationalisiert; der Kreis diskutabler Gerechtigkeitsmodelle auf diejenigen eingegrenzt, die den Voraussetzungen prozeduraler Gerechtigkeit entsprechen.⁷¹

Die existenten Modelle prozeduraler Gerechtigkeit sind vielfältig.⁷² Überzeugen können jedoch nicht alle. Etwa weil sie – wie das *Rawls'sche* Gerechtigkeitsmodell – selbst von Wertungen getragen sind⁷³ oder weil sie den spezifischen Eigenarten juristischer Ent-

65 Dazu ausführlich: *Tschentscher*, S. 118ff; *Kaufmann*, in: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, 26–147 (137ff).

66 Vgl. *ders.*, in: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, 26–147 (137).

67 *Ellscheid*, in: *Strukturen naturrechtlichen Denkens*, 148–213 (182).

68 Vgl. *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 345.

69 *Kaufmann*, in: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, 26–147 (137).

70 *Ellscheid*, in: *Strukturen naturrechtlichen Denkens*, 148–213 (182).

71 Vgl. *Oechsler*, S. 221.

72 Mit einer umfassenden Übersicht und Klassifikation gestaltet ist: *Tschentscher*, S. 124.

73 Zur Rawls'schen Gerechtigkeits-theorie umfassend: *Kaufmann*, in: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, 26–147 (138); *Ellscheid*, in: *Strukturen naturrechtlichen Denkens*, 148–213 (186); *Oechsler*, S. 16; *Zippelius*, § 16 III. Nach Rawls bestimmt sich die Zulässigkeit eines Gerechtigkeitsmodells nach einem Gedankenexperiment: Gegeben sei ein fiktiver Urzustand absoluter gesellschaftlicher Freiheit und Gleichheit, in dem sich das beurteilende Individuum in Unkenntnis seiner (späteren) sozialen Stellung befände („veil of ignorance“). Würden unter diesen Umständen Verträge geschlossen, sei – in Sorge um den späteren Status – zu erwarten, dass bei der Vertragsgestaltung Freiheit und Gleichheit stets Vorrang vor Leistungsfähigkeit und Lebensstandard genießen und die absolute Gleichstellung in Bezug auf die vertraglichen Rechte und Pflichten angestrebt werde (*Koller*, in: *Die Grundsätze der Gerechtigkeit*, 45–70 (45ff)). Diesem Modell wird vorgehalten, es sei Resultat bestehender Gerechtigkeitsideale, nämlich jener „der amerikanischen Gesellschaft des 20. Jahrhunderts“ (*Kaufmann*, in: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, 26–

I. Gerechtigkeit als Wertung

scheidungsfindung nicht genügen. Weder kann die Infragestellung bestehender Gerechtigkeitsmodelle auf Grundlage einer prozeduralen Gerechtigkeitstheorie erfolgen, deren Gültigkeit sie infolgedessen ebenso in Zweifel zu ziehen hat⁷⁴, noch kann die auch in diesem Werk betriebene Auseinandersetzung mit geltendem Recht über die Eigenschaften juristischer Entscheidungsfindung übergangen werden. In Anbetracht eines im Streitfall zur Anwendung kommenden normierten gerichtlichen Verfahrens der Rechtsfindung kann für die Praxis auf Modelle nicht zurückgegriffen werden, die auf hiervon abweichende Regeln des Diskutierens als maßgebliches prozedurales Element abstellen, wie etwa die Diskursethik von *Habermas*.⁷⁵ Gültige Handlungsnormen des Privatrechts sind dessen Ansicht gemäß Ergebnis einer Diskussion mehrerer Individuen im „rationale[n] Diskurs“⁷⁶ Dazu müsse der gerechtigkeitsgebärende Wertungsvorgang allerdings das „freie Prozessieren von Themen und Beiträgen, Informationen und Gründen“⁷⁷, kurzum eine demokratische Entscheidungsfindung, erlauben und in einem allseits akzeptierten Element sein Ende finden.⁷⁸ In Bezug auf den infiniten Wertungsregress ist es also der Konsens auf die weitere Diskussion freiwillig zu verzichten, der entscheidende, die Gerechtigkeit als solche kennzeichnende Gesichtspunkt.⁷⁹ Mithin hängt für *Habermas* die Gültigkeit von Rechtsnormen auch von deren demokratischer Legitimation ab.⁸⁰ Dieser Gesichtspunkt eines umfassenden Konsenses infolge eines Diskurses unter freien, gleichen und selbstbestimmten Teilnehmern⁸¹ kollidiert jedoch mit der Gerechtigkeitsfindung in der Rechtsanwendung. Wenn – wie im Fall des ärztlichen Honorars – Fragen der Vertragsgestaltung hinsichtlich deren Gerechtigkeit betrachtet werden, sind die in Rede stehenden Vertragsbestandteile durch die am Vertrag beteiligten Personen und nicht durch die übrige Gesellschaft festgelegt. Diese haben also alleine über die in ihren Augen gerechte Gestaltung befunden. Hinzu treten gegebenen-

147 (138); krit. ferner *Zippelius*, § 16 III 2).

74 *Kaufmann*, in: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, 26–147 (138f).

75 *Oechsler*, S. 20 m.w.N.

76 *Habermas*, S. 138.

77 *Ders.*, S. 139.

78 *ders.*, S. 139; dazu auch: *Kaufmann*, in: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, 26–147 (140).

79 *Rüthers / Fischer / Birk*, § 17 Rn. 588f; *Zippelius*, § 11 II 4.

80 *Habermas*, S. 141.

81 Vgl. zur Kategorisierung der Voraussetzungen: *Kaufmann*, in: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, 26–147 (140); *Rüthers / Fischer / Birk*, § 17 Rn. 587ff.