

Entgeltfragen der medizinischen Behandlung

Mit den §§ 630a–630h BGB,¹ die den medizinischen Behandlungsvertrag als Sondertypus des Dienstvertrages regeln, hat der Gesetzgeber im Wesentlichen die bisherige, schwerpunktmäßig deliktsrechtliche Judikatur zur Arzthaftung in Gesetzesform gegossen.² Originär vertragsrechtliche Materien wie Vergütung, Gewährleistung oder Vertragsauflösung regeln die Vorschriften nicht. Mit Blick auf die Vergütung des Arztes als Hauptpflicht des Patienten wird die Übergangs- und Bruchstelle zwischen Zivil- und Sozialrecht in § 630a Abs. 1 BGB augenfällig: Ein bürgerlich-rechtlicher Behandlungsvertrag kommt zwischen Arzt und Patient stets zustande,³ eine Vergütungspflicht soll den Patienten indes nur treffen, „soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist“.⁴

¹ Eingeführt durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.2.2013, BGBI. I S. 277, in Kraft getreten am 26.2.2013; siehe auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/10488, 9 ff., mit Stellungnahme des Bundesrates (S. 37 ff.) und Gegenäußerung der Bundesregierung (S. 52 ff.); zu letzten Änderungen durch den Gesundheitsausschuss des Bundestages siehe BT-Drucks. 17/11710, 7 ff.

² Aus dem Schrifttum zum Patientenrechtegesetz siehe *Dieter Hart*, Ein Patientenrechtegesetz ohne Eigenschaften, *GesR* 2012, 385 ff.; *ders.*, Patientensicherheit nach dem Patientenrechtegesetz, *MedR* 2013, 159 ff.; *Christian Katzenmeier*, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, *NJW* 2013, 817 ff.; *ders.*, Patientenrechte und Arzthaftung, in *Karlsruher Forum* 2013, 2014; *Andreas Spickhoff*, Patientenrechte und Gesetzgebung, *ZRP* 2012, 65 ff.; *ders.*, Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, *VersR* 2013, 267 ff.; *Gerhard Wagner*, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? – Zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, *VersR* 2012, 789 ff.

³ Schon dieser grundlegenden Erkenntnis folgen Rechtsprechung und Literatur keineswegs ungeteilt. Vor Einführung des Patientenrechtegesetzes nahm eine überwiegend sozialrechtliche Auffassung an, zwischen Vertragsarzt und Kassenpatient komme aufgrund des geltenden Sachleistungsprinzips kein bürgerlich-rechtlicher Behandlungsvertrag zustande, sog. „Versorgungskonzeption“, vgl. nur *BSG* 19.10.1971 – 6 RKa 10/70, *BSGE* 22, 158 (160 f.); *BSG* 19.11.1985 – 6 RKa 14/83, *BSGE* 59, 172 (177); *Dieter Krauskopf/Thomas Clemens*, in *Adolf Laufs/Bernd-Rüdiger Kern*, *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 27 Rn. 6 ff. Dem folgen Teile der Literatur ungeachtet der gesetzgeberischen Klarstellung bis heute, etwa als stellvertretender Vorsitzender des 1. Senates des BSG *Ernst Hauack*, Die Bedeutung der Patientenautonomie für Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), Die Sozialgerichtsbarkeit 2014, 8 (11 f.), während – mit *BVerfG* 18.11.2004 – 1 BvR 2315/04, *NJW* 2005, 1103 (1104) – schon seit jeher nach beinahe einhelliger zivilrechtlicher Ansicht als Vertragspartner der Kassenpatient dem Privatpatienten gleichsteht, vgl. etwa *BGH* 3.2.1967 – VI ZR 114/65, *BGHZ* 47, 75 (78 f.); 28.4.2005 – III ZR 351/04, *BGHZ* 163, 42; *Christian Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, 76 (94 ff., eingehend zum Streitstand); *Spickhoff* *VersR* 2013, 267 (270); *Wagner* *VersR* 2012, 789 (790).

⁴ Siehe § 630a Abs. 1 BGB a. E., dazu BT-Drucks. 17/10488, 18 f., näher unter III. 2.

I. Ausgangspunkt: Vergütung für die beruflichen Leistungen der Ärzte

Das BGB orientierte sich bislang am Leitbild des vergütungspflichtigen Privatpatienten.⁵ Für diesen folgt die Pflicht zur Arztvergütung auch ohne explizite Vereinbarung bei Schweigen weiterhin aus der Erklärungsfiktion des § 612 Abs. 1 BGB,⁶ der über § 630b BGB anwendbar bleibt.⁷ Die Vorschrift knüpft die Vergütungspflicht also statt an privatautonome Abreden an eine objektiv auszumaachende, der Verkehrssitte entsprechende Vergütungserwartung.⁸ Mit dieser im Vertragsrecht eher ungewöhnlichen Konstruktion nimmt der historische BGB-Gesetzgeber Rücksicht und Bezug auf schon vor der großen Zivilrechtskodifikation entstandene Lebenswirklichkeiten und Regelungswerke.⁹

Für die Entgeltlichkeit des Heildienstes sind Anhaltspunkte mindestens bis zurück ins Mittelalter zu verfolgen, obwohl insbesondere Geistlichen die ärztliche Praxis gegen Honorar konziliarisch immer wieder aus Überzeugung von der ärztlichen Heilkunst als eines unentgeltlichen christlichen Liebesdienstes¹⁰ untersagt wurde.¹¹ Zunehmend erließen sodann ab dem 16. Jahrhundert zunächst einzelne Städte sog. Medicinalordnungen, die neben Regelungen zu Berufszugang und

⁵ Siehe statt vieler *Völker Lipp*, Der Arztvertrag, in Adolf Laufs/Christian Katzenmeier/Völker Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. III Rn. 1.

⁶ Zum dadurch bezweckten Schutz berechtigter Vergütungserwartungen bei geldwerten Leistungen siehe Motive in *Benno Mugdan* (Hg.), *Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band II, 1899, 295: „In der gegenwärtigen Zeit sind die Fälle überaus zahlreich, in welchen ein Mandat übernommen wird ohne jede Vereinbarung über eine dem Beauftragten zu gewährende Vergütung, während die Umstände klar erkennen lassen, dass der Beauftragte zur Übernahme des Auftrages nur unter der dem Auftraggeber nicht unbekannt gebliebenen Voraussetzung sich verstanden hat, seine Leistung werde vergolten werden. In solchen Fällen dem Beauftragten den Anspruch auf die Vergütung zu entziehen, wäre nicht möglich, ohne dem praktischen Leben und seinen Bedürfnissen die Berücksichtigung zu versagen.“

⁷ Näher dazu BT-Drucks. 17/10488, 20.

⁸ Vgl. *Reinhard Richardi/Philipp Fischinger* in Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2010, BGB § 612 Rn. 21 f.; zur genetischen Entwicklung der Norm *Joachim Rückert* in Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK)*, Band III/1, 2013, §§ 612–614 Rn. 12, 20.

⁹ Anders das römische Recht, wonach Dienste höherer Art (*artes liberales*) dem unentgeltlichen Auftragsrecht (*mandatum*) unterfielen, weil es schierem Anstand entsprach, einen freiwilligen Ehrensold zu zahlen (*honorarium* oder *salarium*), siehe zu den Ursprüngen des heutigen Honorarbegriffes *Heinrich Honsell/Theo Meyer-Mali/Walter Selb* in Paul Jörs/Wolfgang Kunkel/Leopold Wenger (Begründer), *Römisches Recht*, 4. Aufl. 1987, § 123 S. 337.

¹⁰ Vgl. aus dem juristischen Schrifttum noch bis in die Moderne hinein *Günther Küchenhoff*, *Arzt*, in *Görres-Gesellschaft* (Hg.), *Staatslexikon*, 6. Aufl. 1957, Band 1, Sp. 596 (601 f.): „Die Ausformungen des Arztrechts in Vertrag und Gesetz müssen von dem Grundsatz bestimmt sein, daß das Arztrecht von der Liebe her gestaltetes Recht ist. [...] Das rechtliche Versprechen ungemessener Dienste vom ganzen Menschen an den anderen in dessen Sein und Leiden gehört daher zum *Liebesrecht*, [...] Pflichten und Rechte des Arztes stellen kein System abgezierelter Leistungen und Gegenleistungen dar, sondern Konkretisierungen einer aus dem Liebesdienst am Menschen erwachsenden *ungemessenen Leistungspflicht*“ (Hervorhebungen im Original); kontrovers dazu im Lichte jüngerer Entwicklungen und Verrechtlichungstendenzen *Adolf Laufs*, Die jüngere Entwicklung des Arztberufs im Spiegel des Rechts, in Christian Katzenmeier/Klaus Bergdolt (Hg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, 2009, 9 ff.

¹¹ Nachweise zu Zuwiderhandlungen bei *Johann Hermann Baas*, Die geschichtliche Entwicklung des ärztlichen Standes und der medizinischen Wissenschaften, 1896, 143 f.; allg. zum mittelalterlichen Arzthonorar *Eva Schumann*, *De medicis et aegrotis – Arztrecht im Frühmittelalter*,

-praxis der ärztlichen Tätigkeit teilweise auch ausdrücklich Entgelttaxen festsetzen.¹² Besonders erwähnenswert ist davon schließlich die damals auch von zahlreichen anderen deutschen Staaten als Vorbild angesehene preußische Medizinalordnung von 1725, die weitgehend bis 1802 fortgalt und im Wesentlichen die Preistaxe der vorangegangenen Ordnung von 1693 übernahm.¹³ Der Vorstellungswelt des Zunftwesens entsprach es dabei, durch Monopolisierung der Kunstausübung und Erlass von Preistaxen sowohl den Angehörigen der *artes liberales* ein angemessenes Honorar zu sichern, als auch – hier: – die Patienten vor einer Übervorteilung zu schützen.¹⁴ Dieser Gedanke hat sich über die preußische Medizinaltaxe von 1815¹⁵ und die „Preugo“ von 1896¹⁶ bis in die im Jahre 1982 von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates als Rechtsverordnung erlassene Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) hindurch erhalten,¹⁷ die seither nur geringfügige Anpassungen erfahren hat und bis heute im Ausgangspunkt maßgebliche Taxe im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB ist.¹⁸

Auf diese Weise ihrem Sinn nach langhin historisch tradiert, reflektiert die GOÄ als staatlich zwingendes Preisrecht die Paradigmen sowohl des Patientenschutzes als auch – in erster Linie – angemessener ärztlicher Vergütung,¹⁹ wenn es dort in § 1 Abs. 1 Hs. 1 heißt: „Die Vergütungen für die beruflichen Leistungen der Ärzte bestimmen sich nach dieser Verordnung.“ Dabei ist nicht zu verkennen, dass die

in Hans-Jürgen Ahrens et al. (Hg.), *Medizin und Haftung: Festschrift für Erwin Deutsch*, 2009, 545 (551 ff.); s. auch *Rückert* in HKK III/1, 2013, vor § 611 Rn. 17.

¹² Etwa Heidelberg 1558 und Frankfurt/Main 1577 sowie 1584 und 1668, siehe *Baas* (Fn. 11) 183 ff. mwN; diesen Ordnungen waren Hof-, Haus-, und Leibärzte sowie besoldete und vereidigte Stadtärzte nicht zwangsläufig unterworfen, sodass teils Pauschalsummen für längerfristige Dienste üblich waren und die Gebühbezüge durchaus variierten, vgl. dazu für das 17. Jh. *ibidem* 255 f., auch zum brandenburgischen *Medicinaledict* des Großen Kurfürsten von 1685 als Vorbild späterer Ordnungen.

¹³ Dazu *Baas* (Fn. 11) 350; *Manfred Stürzbecher*, Beiträge zur Berliner Medizingeschichte, 1966, 97 (98 ff., 102); allgemein und mit zahlreichen weiteren Nachweisen zur Flut des Ordnungswesens im 18. Jahrhundert *Rückert* in HKK III/1, 2013, § 611 Rn. 201, 204.

¹⁴ So *Stürzbecher* (Fn. 13) 97 (98) über die Motive der Berliner Medizinalordnung von 1693, die erstmals seit der Berliner Preistaxe vom 17.3.1623 ausführliche Regelungen zum Arzthonorar traf.

¹⁵ Dazu *Heinrich Joachim*, Die preußische Medicinaltaxe in ihrer historischen Entwicklung, 1895.

¹⁶ Preußische Gebührenordnung für approbierte Ärzte und Zahnärzte vom 18.5.1896, mit erhöhten Gebührensätzen neu erlassen am 1.9.1924 und 1952 ins bundesdeutsche Recht übernommen, vgl. BR-Drs. 295/82, S. 8 zur Einführung der GOÄ; näher *Adolf Förster*, Die Preussische Gebühren-Ordnung für approbirte Aerzte und Zahnärzte vom 15. Mai 1896, 3. Aufl. 1896–8. Aufl. 1924.

¹⁷ Vgl. ausdrücklich BR-Drucks. 295/82, S. 1 f. *sub* B. 2. und 4. mit Begründung S. 8–11; Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der GOÄ ist § 11 BÄO.

¹⁸ Zu bereits seit 2005 erfolglos anhaltenden Reformbemühungen siehe den kurzen Entwicklungsaufriß bei *Peter M. Hermanns/Gert Filler/Bäbel Roscher* (Hg.), GOÄ, 8. Aufl. 2014, XVIII ff.; freilich treten neben die GOÄ gesonderte Taxen für andere Gesundheitsberufsgruppen, namentlich die Gebührenordnung für Zahnärzte sowie eine ebensolche für psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten und das Gebührenverzeichnis der Heilpraktiker im ambulanten Bereich. Die Arztvergütung im stationären Bereich der Krankenbehandlung regeln das Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze und das Krankenhausentgeltgesetz.

¹⁹ So auch – zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der GOÄ – *BVerfG* 12.12.1984–1 BvR. 1249/83 u. a., *BVerfGE* 68, 319 (327 ff.).

GOÄ rechtstatsächlich nur für die Arztvergütung durch einen vergleichsweise geringen Anteil aller Patienten in Deutschland einschlägig ist: Gemäß Mikrozensus des Jahres 2007 nämlich für etwa 196.000 Personen als originäre Privatpatienten und knapp 8,7 Mio. als privatversicherte Patienten (zusammen knapp 11 % aller Patienten), während mit gut 72 Mio. der Großteil aller Befragten (ca. 88 %) im Rahmen der GKV nicht dem privatärztlichen Gebührenrecht unterliegt.²⁰

II. Entwicklung des vertragsärztlichen Honorarsystems

Der gegenwärtige Primat der GKV verdankt seine Entstehung und weitreichende Entfaltung der ebenfalls schon mindestens seit feudalistischer Zeit sich offenbarenden Problematik, dass die in der Bevölkerung große Zahl nicht ausreichend Bemittelter sich eine medizinische Behandlung gegen das übliche Arzthonorar nicht leisten konnte. Während seit dem Mittelalter für den fest umrissenen Stand der Armen eine unentgeltliche ärztliche Hilfspflicht aus dem Gesichtspunkt christlicher Nächstenliebe erwuchs,²¹ die jedoch nicht selten umgangen wurde,²² fanden sich zur Bewältigung der für weite Teile der übrigen bedürftigen (insb. Arbeits-)Bevölkerung vergleichbaren Konfliktlage bezahlbarer und zugleich angemessener Arztentlohnung nicht sogleich probate Regelungsansätze. So lassen sich zwar ausweislich seit dem 14. Jh. verfasster Satzungen und Ordnungen bereits sporadische Ansätze patriarchalischer Fürsorge im Zunftwesen und Bergbau erkennen, etwa zur Unterbringung Kranker in Hospitälern.²³ Erst im jüngeren Vorfeld und

²⁰ Siehe Statistisches Bundesamt, Sozialleistungen – Angaben zur Krankenversicherung (Ergebnisse des Mikrozensus), 2008, 25 (die Differenz zu 100 % ergibt sich aus teilweise fehlenden Angaben), abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/Haushalte/Mikrozensus/Krankenversicherung/Mikrozensus2130110079004.pdf>.

²¹ So – unter Rekurs auf den hippokratischen Eid – für die Armenbehandlung als ab dem 9. Jh. in verschiedenen *Codices* nachweisbarer Berufspflicht des Arztes *Paul Dieppen*, Zur Frage der unentgeltlichen Behandlung des armen Kranken durch den mittelalterlichen Arzt, *Historisches Jahrbuch* 72 (1953), 171 (173 ff.) mit Nachweisen bis zur Medizinalordnung des Hohenstaufen Friedrichs II. von 1240 (175); aus der preußischen Medizinalordnung von 1725 zitiert *Stürzbecher* (Fn. 13) 97 (104): „Bey armen Leuten, die außer Nahrung sitzen und keine Mittel haben, wird einem gewissenhaften Medico, die von ihm erforderte christliche Liebe seine Schuldigkeit schon anweisen, also, daß er denselben seinen Rath und Hülfe nicht versagen wird“; aus juristischer Sicht vgl. bereits Fn. 10.

²² *Baas* (Fn. 11) 143 berichtet etwa für das Hochmittelalter von Klauseln, die Ärzten das Verlassen der Stadt in Pestzeiten gestatteten, sowie für das 16. Jh. allgemein, dass Ärzte „unerreichbar dagegen im Grossen und Ganzen für das gemeine Volk und die Bauern“ waren (184), das sich folglich von Laienpraktikern und Apothekern beraten ließ, darunter – bis ins 17. Jh. – nicht selten Astrologen (185), Quacksalber und andere Scharlatane (258). *Stürzbecher* (Fn. 13) 97 (104 f. mwN) sieht schließlich in der Anstellung eigener städtischer Armenärzte seit dem 17. Jh. einen Beleg für unzureichende Pflichterfüllung. Zur historischen Entwicklung des ärztlichen Berufs- und insbesondere Approbationsrechts, aber auch des Strafrechts als normativen Gegenpolen zu defizitärer Praxis *Adolf Laufs*, Der Arzt im Recht – historische Perspektiven und Zukunftsfragen: eine Skizze, in Dieter Medicus et al. (Hg.), *Festschrift für Hermann Lange*, 1992, 163 (166 ff.).

²³ *Dellev Zöllner*, Landesbericht Deutschland, in Peter A. Köhler/Hans F. Zacher, Ein Jahrhundert Sozialversicherung, 1981, 45 (80): Finanzierung erster sozialpolitischer Aktivitäten der Zünfte durch die „Zunftbüchse“ (zum „Büchsenpfennig“ der Bergarbeiter: 82); noch für das 18. Jh. liegen aus historischer Sicht zudem nur wenige Erkenntnisse etwa zur Praxis der im Ge-

im Zuge des preußischen Allgemeinen Landrechts 1794 brach sich aber ersichtlicher denn zuvor der Gedanke Bahn, ständische oder solidarische Zusammenschlüsse zur Finanzierung auch der individuellen medizinischen Krankenbehandlung heranzuziehen.²⁴ Lokal begannen sich nun vermehrt selbstständige Vereine, Institute und Cassen zu bilden, die als wohltätige Privatversicherungen Bedürftige im Krankheitsfall mit Geldleistungen unterstützten oder ihnen direkt eine Cur, also medizinische Behandlung organisierten und finanzierten.²⁵

Gegenläufig zu diesen privatversicherungsrechtlichen Hilfs- und Unterstützungskassen, deren Wirkmacht aufgrund der Freiwilligkeit der Versicherung beschränkt blieb, etablierten sich in den unetzten Jahren des Vormärz schließlich sog. Zwangskassen, nachdem den Gemeinden aufgrund der Allgemeinen Gewerbeordnung Preußens ab 1845 gestattet war, den Gesellen – später auch Fabrikarbeitern – per Ortsstatut eine Versicherungspflicht (Kassenzwang) aufzuerlegen und – ab 1854 – eine Pflicht zur Errichtung von Kassen mit Beitrittszwang einzuführen (Zwangskassen).²⁶ Die in diesem Zuge zunehmende staatliche Regulierung zeichnete bereits die Entwicklung hin zu dem im Gefolge der Bismarckschen Reichssozialgesetzgebung am 15.6.1883 erlassenen Krankenversicherungsgesetz (KVG) vor, dessen § 6 schließlich im Unterschied zum Modell der Hilfs- und Unterstützungskassen statt einer Geldleistung im Krankheitsfall die Kassen zur Gewähr konkreter ärztlicher Sachleistung verpflichtete.²⁷ Diese Abkehr vom privatversiche-

sinde- und Zunftwesen bestehenden Pflicht des Dienstherrn bzw. Meisters zur (patriarchalischen Für-)Sorge für kranke Dienstherrn bzw. Gesellen vor, vgl. krit. *Stürzbecher* (Fn. 13) 97 (104, 106), auch zur späteren Einrichtung von Krankenverpflegungskassen der Meister. Diese Modelle sahen dabei die Gewährung ärztlicher Hilfe (unter Vergütungsübernahme) nicht ausdrücklich vor, sondern sollten offenbar primär materielle Versorgung und Lebenshaltungskosten des Betroffenen statt Heilung und ärztlicher Betreuung erfassen, *ibidem* (106 f.).

²⁴ So bestimmte § 353 II 8 PrALR: „Die Cur und Verpflegung eines eingewanderten und krank gewordenen Gesellen, er stehe bereits in Arbeit oder nicht, muß, wenn er selbst unvermögend ist, aus der Gesellenlade, und in deren Ermangelung aus der Gewerkskasse bestritten werden“; dazu und – kurz – zur Normgenese *Stürzbecher* (Fn. 13) 97 (108 f.); im juristischen Volltext des PrALR etwa bei *Hans Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 3. Aufl. 1996; zu anderen Formen der Arbeitgeberverpflichtung und Unternehmerhaftung im 19. Jh. *Zöllner* (Fn. 23) 45 (77 f.).

²⁵ Vgl. etwa zu dem bereits 1773 in Breslau gegründeten, explizit auf christlicher Nächstenliebe (ständisch tradiert) ebenso wie zweckfreier Menschlichkeit (aufgeklärer-ethisch) statuierten „Institut zum Besten nothleidender Handlungs-Diener“ als einem der Vorläufer einer der ältesten deutschen Krankenversicherungen *Volker Böge/Hartwig Stein*, 225 Jahre DAK, 1999, 23 f., zur Krankenbehandlung: 26, zur Entwicklung nach der Revolution 1848: 36 ff.

²⁶ *Zöllner* (Fn. 23) 45 (80 f.); vgl. zur lebhaften Auseinandersetzung mit beiden Modellen die umfangreiche historische Quellenlage bei *Florian Tennstedt/Heidi Winter*, Von der Reichsgründungszeit bis zur kaiserlichen Sozialbotschaft (1867–1881), in Peter Rassow (Begründer), *Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914, I. Abteilung*, Band 5, 1999, 793, 798; *Andreas Hänlein/Florian Tennstedt/Heidi Winter*, Von der kaiserlichen Sozialbotschaft bis zu den Februarerlassen Wilhelms II. (1881–1890), in Peter Rassow (Begründer), *Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914, II. Abteilung*, Band 5, 2009, 845, 852, jeweils zu den Stichworten „Kassenzwang“ und „Zwangskassen“.

²⁷ Im Wortlaut des § 6 Abs. 1 KVG: „Als Krankenunterstützung ist zu gewähren: 1. vom Beginn der Krankheit ab freie ärztliche Behandlung“ (Hervorhebung hinzugefügt); vollständiger Gesetzesabdruck bei *Hänlein/Tennstedt/Winter* (Fn. 26) 162 (165, mit zahlreichen weiteren Nachweisen zur Genese unter den Stichworten „Gesetz betr. die Krankenversicherung“, 840, „Sachleistungsprinzip“, 850).

rungsrechtlichen Kostenerstattungs- zum sozialrechtlichen Sachleistungsprinzip bildet eine wesentliche Grundlage für die Konstruktion der komplexen Rechtsbeziehungen der Akteure innerhalb der GKV, wie sie sich – über die Reichsversicherungsordnung (RVO)²⁸ – bis in die heutige Zeit erhalten hat.²⁹

So ist das Rechtsverhältnis von Kassenpatient und Vertragsarzt aktuell eingebettet in ein „subtil organisiertes öffentlich-rechtliches System“ von Vertrags- und Leistungsbeziehungen nach dem Sozialgesetzbuch.³⁰ Daran beteiligt sind neben Patient und Arzt die Krankenkasse und die Kassenärztliche Vereinigung. Der Patient hat gegenüber seiner Krankenkasse aus dem öffentlich-rechtlichen Versicherungsverhältnis einen Anspruch auf medizinische Versorgung (§§ 2, 27 ff. SGB V). Die gesetzlichen Krankenkassen schulden also nicht etwa vorschussweise Geld oder die Erstattung der zunächst vom Versicherten aufzuwendenden Behandlungskosten, sondern selbst die Krankenpflege (Sachleistungsprinzip).³¹ Zur Erfüllung dieser Pflicht schließen die Verbände der Krankenkassen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen öffentlich-rechtliche Gesamtverträge (§§ 82 ff. SGB V), in denen der Leistungsrahmen näher bestimmt und die Gesamtvergütung festgelegt ist (§ 85 SGB V).³² Die Kassenärztlichen Vereinigungen haben die vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen (§ 75 Abs. 1 SGB V). Der von ihr zugelassene Vertragsarzt (§§ 95 ff. SGB V iVm der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte) steht zu dieser in einem öffentlich-rechtlichen Mitgliedsverhältnis. Er ist zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung berechtigt und verpflichtet (§ 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V), und er erhält dafür sein Honorar nach Maßgabe des von der Kassenärztlichen Vereinigung festgelegten Verteilungsschlüssels an der Gesamtvergütung

²⁸ Ursprüngliche Fassung v. 19.7.1911, RGBl. S. 509; zur damit erfolgenden abermaligen Ausweitung des von der Versicherungspflicht erfassten Personenkreises und zur allgemeinen historischen Rezeption *Karl Erich Born* et al., *Die Sozialpolitik in den letzten Friedensjahren des Kaiserreichs (1905–1914)*, in Peter Rassow (Begründer), *Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914*, IV. Abteilung, Band 4/1, 1993.

²⁹ Das Sachleistungsprinzip ist deutlichstes Erbe der vormals christlich-karitativen Fürsorge. Das Fürsorgeprinzip bildet dabei zusammen mit dem im patriarchalischen Zunftwesen wurzelnden Prinzip der Arbeitgeberverpflichtung und dem kollektiven Versicherungsprinzip nach *Zöllner* (Fn. 23) 45 (75 ff.) einen wesentlichen methodischen Trappfeiler der modernen Sozialversicherung.

³⁰ *BVerfGE* 23.03.1960 – 1 BvR. 216/51, *BVerfGE* 11, 30 (40).

³¹ Auch nachdem § 13 Abs. 2 SGB V (idF des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung v. 23.6.1997 BGBl. I S. 1518, zuletzt neugefasst durch Art. 1 Nr. 3a G v. 22.12.2010, BGBl. I S. 2309) ein Wahlrecht des Versicherten auf Kostenerstattung vorsieht, geht das SGB V unverändert von dem Sachleistungsprinzip als Leitmaxime der GKV aus; eingehend zum Sachleistungsprinzip *BSG* 7.8.1991 – 1 RR 7/88, *BSGE* 69, 170 (172 ff.).

³² Die Gesamtverträge treten an die Stelle der einstigen bürgerlich-rechtlichen Einzelverträge zwischen Kassen und Ärzten, in denen sich der einzelne Arzt der Kasse gegenüber zur Behandlung der Versicherten, die Kasse zur Entrichtung eines entsprechenden Honorars an den Arzt verpflichtete, und aus denen der Kassenpatient als begünstigter Dritter iSd §§ 328 ff. BGB einen „unmittelbaren, im ordentlichen Rechtsweg verfolgbaren Anspruch gegen den Kassenarzt auf sachgemäße ärztliche Behandlung wie ein sonstiger Kranker gegen den ihn behandelnden Arzt“ erwarb (*RG* 27.9.1940 – III 3/40, *RGZ* 165, 91, 106); vgl. *Dietrich Eberhardt*, *Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient*, *AcP* 171 (1971), 289 (294 ff.). Zur historischen Entwicklung der Rechtsbeziehungen in der Krankenversicherung vgl. *Jochem Schmitt*, *Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht*, 1990, 123 ff.

(§§ 82 Abs. 2, 85 Abs. 4 SGB V). Für Leistungen, die ein Vertragsarzt in Wahrnehmung seiner Behandlungspflicht erbringt, erwächst ihm also kein Vergütungsanspruch gegenüber dem Patienten, sondern – in separater Rechtsbeziehung – lediglich ein Anspruch auf angemessene Beteiligung an der Honorarverteilung gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung (§ 87b Abs. 1 SGB V). Das vertragsärztliche Vergütungssystem ist dabei – anders als das privatärztliche Gebührenrecht – nicht auf die gleichwertige und angemessene Honorierung jeder individuell erbrachten vertragsärztlichen Leistung ausgerichtet und räumt dem Vertragsarzt nicht einmal einen Anspruch auf kostendeckende Vergütung jeder Einzelbehandlung ein,³³ sondern es ist als kollektiv-pauschalisiertes Umlage- und Entgeltverteilungssystem zu verstehen.

III. Interferenz privat- und sozialversicherungsrechtlicher Grundprinzipien

1. Historische Entwicklung

Auch wenn das mit der Zeit auf immer größere Personen- und Einkommenskreise ausgeweitete Instrument des Kassenzwangs einen stetigen, an der Wende in das 20. Jh. sprunghaften Anstieg der Versichertenzahlen bewirkte und zur heutigen Dominanz der GKV führte,³⁴ hat der Reichssozialgesetzgeber es bei der Anlage des Krankenversicherungsgesetzes nicht verallgemeinert oder gar in Form einer nationalen Pflichtkasse für jedermann verabsolutiert.³⁵ Er hat es stattdessen neben das historisch gewachsene privatärztliche Gebührenrecht gestellt, das fortan insbesondere für die private Krankenversicherung (PKV) von Bedeutung bleiben sollte, in der sich – neben Selbständigen – heute vor allem der gewachsene Staatsapparat anstelle des historischen Hofstaates wiederfindet.³⁶ Schon der Reichssozialgesetzgeber hat also den bis heute fortbestehenden normativen Dualismus von PKV und GKV angelegt, indem er das tradierte ärztliche Gebührenrecht mit dem im früheren Armenrecht wurzelnden Krankenversicherungsrecht kontrastierte. Mit der Differenzierung von Kassen- und Privatpatienten innerhalb desselben Gesundheitswesens hat er bei abstrakter Betrachtung der Arzt-Patient-Beziehung zwei ihren Grundprinzipien nach gegenläufige Modelle etabliert: Die entgeltliche Privatbehandlung gegen konkret-individuellen Gebührensatz und die vertragsärztliche Versorgung im kollektiven Beitrags- und Arzthonorarsystem ohne spezifische Gegenleistung des Patienten für die jeweilige Behandlung. Dass der Reichssozialgesetzgeber sich mit dieser Differenzierung zwischen Vergütungs-

³³ André Bohmeier/Björn Schmitz-Luhn/Anne Streng, Ökonomisch motivierte Behandlungsverweigerung in der GKV – Divergenzen zwischen Sozial-, Zivil- und Strafrecht, MedR 2011, 704 (705).

³⁴ Vgl. zur Ausdehnung der GKV 1885–1914 Claudia Huerkamp, Der Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert, 1985, 194 (198) Tab. 13; aus juristischer Sicht Zöllner (Fn. 23) 45 (92 f., zur RVO 106 ff.).

³⁵ Böge/Stein (Fn. 25) 59; näher im Kontext der gesamten Reichssozialgesetzgebung Zöllner (Fn. 23) 45 (84 ff.).

³⁶ Vgl. zur Zusammensetzung der PKV-Versichertengruppen Statistisches Bundesamt (Fn. 20) 32 (a. E.).

und Versorgungskonzeption nicht für ein homogenes Grundprinzip bei der medizinischen Behandlung entschieden hat, ist wohl nur historisch, nämlich durch die differenzierte Sozialstruktur und politische Gemengelage in der sich entwickelnden Industriegesellschaft des 19. Jh. zu erklären.³⁷

Auch anlässlich der historischen BGB-Kodifikation ist diese Differenzierung keiner ersichtlichen Überprüfung unterzogen worden.³⁸ Das Dienstvertragsrecht setzte sich zwar als Synthese und Ideal über zahlreiche zuvor unterschiedene Dienst- und Arbeitsformen³⁹ und verpflichtete sich mit dem Entgeltgrundsatz für das Recht der medizinischen Behandlung dem Leitbild des Privatpatienten.⁴⁰ In seiner Abstraktheit wurde es aber auch der zunchmend prosperierenden Realität der GKV insofern gerecht, als die Erklärungsfiktion des § 612 Abs. 1 BGB davon abhängt, ob der Dienstnehmer – hier: der Arzt – eine Vergütung „den Umständen nach“ erwarten durfte. Dies schied im Rahmen der die zivilrechtliche Vertragsbeziehung von Arzt und Patient bereits damals überlagernden GKV aus.⁴¹ Seit Einführung der GOÄ ist das Fehlen einer privatärztlichen Vergütungspflicht des Kassenpatienten überdies anschaulich anhand des – gemäß § 612 Abs. 2 BGB maßgeblichen – § 1 Abs. 1 Hs. 2 GOÄ nachvollziehbar, wonach die Gebührenordnung nur Anwendung finden soll, „soweit nicht durch Bundesgesetz etwas anderes bestimmt“ ist. Die Verdrängung des privatärztlichen Gebührenrechts durch das bundesrechtliche SGB V lässt sich daran im komplexen Normengefüge zwischen Zivil- und Sozialrecht deutlich erkennen. So ergibt sich, dass sich die Behandlung des Kassenpatienten rechtstechnisch insoweit nicht in einem synallagmatischen Austauschverhältnis, sondern – atypisch – in einem den Arzt zur Dienstleistung verpflichtenden Behandlungsverhältnis ohne Gegenleistungspflicht des Patienten vollzieht.⁴²

³⁷ Vgl. eingehend zur Entstehung des Dienst- und Arbeitsrechts im Spiegel von Individualkonzeption und sozialer Frage bei der BGB-Kodifikation *Tilman Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, 2001, 215 ff.

³⁸ Kritisch etwa zur im Zuge der Dienstrechtskodifikation ausgesparten Problematik der Krankenfürsorge zugunsten von Arbeitnehmern *Otto von Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, 245 (247). Hintergrund dürfte neben der vornehmlichen Befassung mit rechtsdogmatischen Fragen seinerzeit vor allem die Schnelllebigkeit der realen Verhältnisse gewesen sein: Wegen der wachsenden Zahl gesetzlich Krankenversicherter (siehe Fn. 34) und der Freigabe des Arztberufes durch die GewO 1869 dehnte sich der Gesundheitsmarkt rasant aus, dazu *Rückert* in HKK III/1, 2013, vor § 611 Rn. 25.

³⁹ *Rückert* in HKK III/1, 2013, vor § 611 Rn. 26.

⁴⁰ Siehe bereits oben I.

⁴¹ Vgl. für die stationäre Behandlung etwa *BGH* 10.1.1984 – VI ZR 297/81, *BGHZ* 89, 250 (255 ff., *sub* II.2.c): „öffentlich-rechtliche Natur des Verhältnisses zwischen Krankenkasse und Krankenhaus bezüglich der Kosten dieser Behandlung“, die im Übrigen gleichwohl bürgerlich-rechtlicher Art ist (Hervorhebung hinzugefügt); siehe auch *BGH* 28.4.2005 – III ZR 351/04, *BGHZ* 163, 42 (46, *sub* II.1.a) m. Anm. *Christian Katzenmeier* *JZ* 2005, 951 (952 f.). Die Entgeltproblematik dürfte auch ein zentraler Anstoß für den andauernden Streit um die Natur des Behandlungsverhältnisses bei Kassenpatienten sein, s. dazu bereits Fn. 3.

⁴² Vgl. *Katzenmeier* *JZ* 2005, 951 (953, bei Fn. 19). Die bisherige Rechtslage nimmt die Gesetzesbegründung zu § 630a BGB auf, nach *BT-Drucks.* 17/10488, 19 „überlagert das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung an dieser Stelle das Privatrecht mit der Folge, dass sich der ansonsten synallagmatische Behandlungsvertrag zwischen dem Arzt und dem Patienten in ein partiell einseitiges Vertragsverhältnis umwandelt“.

2. Neues Behandlungsvertragsrecht

Das Patientenrechtegesetz exponiert die Sonderrolle des Kassenpatienten im privatrechtlichen Pflichtengefüge nunmehr auch in § 630a Abs. 1 BGB: Eine Vergütungspflicht des Patienten entsteht nur, „soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist“. Die Norm ist in mehrfacher Hinsicht frag- und kritikwürdig.⁴³ Auf der Suche nach einem zur Zahlung verpflichteten Dritten mag man spontan an die Eltern eines minderjährigen Kindes denken, die mit dem Arzt eine Vereinbarung bezüglich der Behandlung ihres Kindes treffen. Die Eltern sind dann aber nicht „Dritter“, vielmehr sind sie als Vertragschließende „Patient“ iSd § 630a BGB.⁴⁴

Ausweislich der Gesetzesbegründung zielt die Formulierung in § 630a Abs. 1 BGB a. E. tatsächlich allein auf die Sonderstellung des Kassenpatienten.⁴⁵ Sie ist jedoch insoweit sachlich nicht überzeugend gelungen: Zum einen ist die Kassenärztliche Vereinigung als möglicher Dritter nicht „zur Zahlung verpflichtet“ in Bezug auf eine im privatärztlichen Gebührenrecht fußende, von dem Arzt mit dem Patienten „vereinbarte Vergütung“; sie muss den Vertragsarzt lediglich angemessen in pauschalierter Form an der vertragsärztlichen Honorarverteilung beteiligen.⁴⁶ Zum anderen sieht das Krankenversicherungsrecht (jedenfalls *de lege lata*) – anders als die Konjunktion „soweit“ in § 630a BGB zugrunde legt – keine Möglichkeit privatärztlicher Zusatzgebühren für den Fall unzureichender leistungsrechtlicher Vergütung vor, sondern verbietet solche nachgerade.⁴⁷ Der Konditionalsatz scheint mit Rücksicht auf das geltende Sozialrecht also eher in dem Sinne zu verstehen zu sein, dass eine Vergütungspflicht des Patienten entsteht, „wenn seine Behandlung nicht dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung unterfällt“.

Trotz der in § 630a Abs. 1 BGB auszumachenden rechtskonstruktiven Schwächen führt die Neuregelung im Ergebnis praktisch zu keinen Veränderungen. Ob-

⁴³ Katzenmeier, Patientenrechte und Arzthaftung – Karlsruher Forum 2013, 2014, 18 ff. mwN.

⁴⁴ Klarstellend zuerst Heinz-Peter Mansel in Othmar Jauernig (Hg.), Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, BGB § 630a Rn. 3: Patient ist der Vertragspartner, dem der Behandelnde die Leistungserbringung durch Behandlung verspricht. Das ist nicht zwingend die natürliche Person, an der die Heilbehandlung erfolgt; im Anschluss Raphael Hebecker/Tobias Lutz, *Omnis definitio periculosa est*, MedR 2015, 17 (18 ff.) mwN.

⁴⁵ BT-Drucks. 17/10488, 19: Es „entsteht keine Vergütungspflicht des gesetzlich versicherten Patienten für solche Behandlungen, die von der gesetzlichen Krankenversicherung erstattet werden“.

⁴⁶ Das vertragsärztliche Honorar ist mit der privatärztlichen Gebühr nicht identisch, dazu bereits unter II., bei Fn. 33.

⁴⁷ Vgl. § 128 Abs. 5a SGB V. Einzige Ausnahme bildet die privat- und leistungsrechtliche Mischfinanzierung von Mehrkosten bei Zahnersatz, § 28 Abs. 2 Sätze 2 ff. SGB V. Die Konjunktion ergäbe davon abgesehen in größerem Kontext allein dann einen Sinn, wenn das Krankenversicherungsrecht zukünftig von der Versorgungskonzeption abweichend etwa eine anteilige Selbstbeteiligung des Patienten an den Behandlungskosten vorsähe. In dieser Richtung deuten die Materialien zu § 630a BGB freilich nichts an und die hier diskutierte Grundfrage bliebe bestehen, ob eine solche Selbstbeteiligung für Kassenpatienten sich nach privatärztlichem Gebührenrecht richtete (wie die Formulierung „soweit“ anzudeuten scheint) oder sich stattdessen nicht sinnvollerweise sachlich näherliegend an den vertragsärztlichen Vergütungsmaßstäben innerhalb der GKV zu orientieren hätte, weil der Arzt andernfalls teilweise im Rahmen und nach den Regeln der GKV, teilweise direkt beim Privatpatienten abrechnen müsste und sich der bürokratische Aufwand für alle Beteiligten so vervielfachte.

wohl danach die Behandlung von Kassenpatienten bürgerlich-rechtlich nicht entgeltlich im Sinne des individualvertraglich-privatärztlichen Gebührenrechts erfolgt, geht der Arzt nicht leer aus, sondern wird weiterhin kollektiv-vertragsarztrechtlich pauschal aus dem Solidarsystem der GKV vergütet. Auch kommt der Kassenpatient keineswegs völlig frei in den Genuss medizinischer Behandlung, sondern ist – in der Regel neben seinem Arbeitgeber – zur Zahlung der Beiträge in der GKV verpflichtet.⁴⁸ Das Etikett fehlender privatrechtlicher Entgeltlichkeit beschreibt hier die komplexe Lebenswirklichkeit also nur insoweit, als keine retrospektive Abrechnung und Honorierung konkreter Leistungen gem. §§ 630b, 612 BGB stattfindet, während sich im Übrigen durchaus Beitrags- und Vergütungsfragen nach Vertragsarztrecht stellen. Das normative Ideal einer originär bürgerlich-rechtlichen Entgeltpflicht verwirklicht sich indes nur für reine Privatpatienten und privat Krankenversicherte.

IV. Schluss

Der Gesetzgeber hält mit dem neuen Vertragsrecht der medizinischen Behandlung am Leitbild des entgeltlichen Individualrechtsverhältnisses zwischen Arzt und Patient fest; dessen kollektivrechtliche Überlagerung bei der Gegenleistung des Kassenpatienten wird nun auch im BGB sichtbar. Die Grundfrage nach einem ungeteilten Patientenbild im modernen Gesundheitswesen zwischen den Modellen des privaten Gebührenrechts und des kollektiven vertragsärztlichen Honorarsystems, respektive des Privat- und des Kassenpatienten zwischen freier Individualvertragskonzeption und kollektiv-mitgliedschaftlicher Versorgung, bleibt indes auch nach mehr als hundertjähriger Rechtsentwicklung in Koexistenz der Systeme wenig geklärt.

⁴⁸ So im Grundsatz §§ 220 Abs. 1 Satz 1, 226, 249 Abs. 1 SGB V; anderes gilt für versicherungsfreie Arbeitnehmer, geringfügig Beschäftigte, freiwillig Versicherte, Selbständige, mitversicherte Familienangehörige, Bewohner stationärer Einrichtungen, Rentner u. a., siehe Kapitel 8, 1. Abschnitt (§§ 220–256a) SGB V.