

Die Rolle der GKV bei Arzt-Patient-Streitigkeiten – Überlegungen zu einer „Materialisierung“ des § 66 SGB V

Christian Katzenmeier und Christoph Jansen

I. 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 Verrechtlichungstendenzen¹.

Diesen Entwicklungen kann sich auch die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) nicht verschließen. Sie trägt ihren Teil zur Durchsetzung der Patientenrechte bei. § 66 SGB V sieht vor, dass die Krankenkassen die Versicherten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen aus Behandlungsfehlern unterstützen sollen². Die Norm trat (als „Kann“-Vorschrift) am 1.1.1989 als Teil des neuen SGB V in Kraft³, eine entsprechende Vorgängerregelung in der RVO gab es nicht.

¹ Vgl. Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 1 f., 10 ff.; ders., MedR 2011, 201.

² Eingehend Katzenmeier/Jansen, Rechtsgutachten zu § 66 SGB V, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, im Erscheinen. Für die Unterstützung Pflegebedürftiger verweist § 115 Abs. 3 S. 7 Halbs. 2 SGB XI auf § 66 SGB V. Für die Private Krankenversicherung vgl. § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG.

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

C. Katzenmeier (✉) · C. Jansen
Institut für Medizinrecht der Universität zu Köln
Köln, Deutschland

Sie fügt sich nur bedingt in die Gesetzssystematik ein⁴. Geändert wurde die Regelung Anfang des Jahres 2013 durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz, PatRG)⁵. 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 aufwirft. Dennoch hat die Norm bislang keine größere praktische Bedeutung erlangt⁶ und war nur in wenigen Fällen Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen⁷. Dies könnte sich durch die Neufassung ändern⁸.

Begründet wurde die Regelung ursprünglich mit dem pauschalen Hinweis, dass ärztliche Behandlungsfehler angesichts zunehmender⁹ Technisierung, Spezialisierung und Arbeitsteilung nicht auszuschließen seien¹⁰ und im Interesse der Versicherten eine Unterstützung bei der Rechtsverfolgung erforderlich sei¹¹. § 66 SGB V soll Schwierigkeiten bei der Klärung eines Behandlungsfehlerverdachts und der Geltendmachung von Ansprüchen begegnen. Diese soll durch Einbeziehung der Kompetenz und Ressourcen der Krankenkasse erleichtert und damit die Rechtsposition der Patienten gestärkt werden¹². Verschiedene Punkte werden dabei als Erschwernisse der Rechtsverfolgung wahrgenommen, die einen Unterstützungsbedarf der Versicherten begründen. Im Mittelpunkt der Kritik stehen Schadensregulierung, Kostenrisiken und Verfahrensdauer.

⁴ Abschnitt zur Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung, etwa durch Modellvorhaben, § 63 Abs. 1 und 2 SGB V; s. *Roters*, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 2, der im Übrigen die Hilfestellung als Nebenleistung aus dem Sozialversicherungsverhältnis bezeichnet, die auf der Betreuungs- und Fürsorgepflicht der Krankenkassen beruht.

⁵ Gesetz vom 20.2.2013, in Kraft getreten am 26.2.2013, BGBl. I S. 277; dazu *Katzenmeier*, SGB 2012, 125 ff.; *ders.*, NJW 2013, 817 ff.

⁶ LSG SH, MedR 2016, 84, 85 führt dies darauf zurück, dass die Vorschrift nicht zu bestimmten Unterstützungsmaßnahmen zwingt.

⁷ 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 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. *Siß*; BSG, MedR 2016, 210.

⁸ So *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 1, Fn. 1; s. auch *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482.

⁹ Im Wortlaut der Begründung heißt es: „übermäßiger“.

¹⁰ So später dann auch zum PatRG BT-Dr. 17/10488, S. 9.

¹¹ BT-Dr. 11/2237, S. 189 (dort noch als § 74 des Entwurfs).

¹² Vgl. *Finn*, WzS 2015, 99, 100; *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnrn. 1, 5.

II. Zum Unterstützungsbedarf der Versicherten

1. Schadensregulierung

Ärzte sind gemäß § 21 MBO-Ä verpflichtet, sich hinreichend gegen Haftpflichtansprüche im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit zu versichern¹³. Auf die Durchsetzung der Ansprüche des Geschädigten gegenüber dem Schädiger kann die Haftpflichtversicherung durch ihr Regulierungsverhalten in der Praxis erheblichen Einfluss nehmen. Zwar macht der Geschädigte seine Ansprüche grundsätzlich nur gegenüber dem Schädiger geltend¹⁴, dieser hat jedoch regelmäßig im jeweiligen Versicherungsvertrag seiner Haftpflichtversicherung eine Regulierungsvollmacht mit entsprechendem Prozessführungsrecht erteilt¹⁵, so dass sich der Geschädigte im Ergebnis doch im Wesentlichen mit dem Haftpflichtversicherer auseinanderzusetzen hat¹⁶.

Der Versicherer, der für den entstandenen Schaden aufkommen muss, 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 der Arzthaftpflichtversicherer¹⁷) ist diesbezüglich in den letzten Jahren wiederholt als potentielltes Beschwerneis der Anspruchsdurchsetzung – sowohl vor- und außergerichtlich als auch im gerichtlichen Verfahren – in den Fokus der öffentlichen (rechts-)politischen Debatte geraten¹⁸. Die zunehmend kritische Medienberichterstattung zeugt von dem negativen Eindruck, den Versicherungen auf diesem Ge-

¹³ Zur Haftpflichtversicherung des Arztes s. *Ratzel/Greiner*, in: *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, Kap. 14; *Katzenmeier/Brennecke*, in: *Wenzel*, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. 5; monographisch *Püster*, Entwicklungen der Arzthaftpflichtversicherung, 2013; *Anschlag*, Entwicklungen der Betriebshaftpflichtversicherung des Krankenhausträgers, 2017; zu den Auswirkungen des PatRG *Schirmer*, Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung, S. 83 ff.; zur Krise der Arzthaftpflicht, *Entwicklungen, Perspektiven und Alternativen* s. *Katzenmeier*, MedR 2011, 201 ff.

¹⁴ Ein Direktanspruch gem. § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG (i. V. m. § 1 PflVG) besteht *de lege lata* nicht.

¹⁵ Näher zur Regelung des Außenverhältnisses *Katzenmeier/Brennecke*, in: *Wenzel*, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. 5, Rdnrn. 66 ff., insb. 76; *Ratzel/Greiner*, in: *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, Kap. 14, Rdnr. 33; s. auch *Ziffer 5.2* der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB, Stand Januar 2015). Der Haftpflichtversicherer wird 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ Zur zögerlichen Schadensregulierung in der Arzthaftpflicht bereits *Teichner*, in: AG RAe im MedR e. V., Arzthaftung – Mängel im Schadensausgleich?, 2009, S. 107 ff.

¹⁸ Vgl. zum Folgenden auch *Schreier*, VersR 2013, 1232 ff.

biet hinterlassen¹⁹. In verschiedenen instanz- und obergerichtlichen Entscheidungen wurde zudem bereits eine Verzögerung des Verfahrens durch den Haftpflichtversicherer im Einzelfall festgestellt und dann häufig durch den Zuspruch eines erhöhten Schmerzensgeldes sanktioniert²⁰.

Die Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im Deutschen Anwaltverein (DAV) gab 2014 eine Umfrage unter ihren Mitgliedern zu deren Erfahrungen bezüglich des Regulierungsverhaltens von Versicherungen in Auftrag. Eine große Mehrheit der Befragten geht davon aus, dass sich das Regulierungsverhalten der Versicherer in den letzten Jahren verschlechtert hat²¹. Auch das Bundesministerium der Justiz (BMJ²²) hegte zeitweilig gewisse Zweifel, ob das geltende Recht ausreicht, auf eine etwaige Verschleppungstaktik der Versicherer angemessen zu reagieren. Dies wollte es im Jahr 2013 mit einer Umfrage bei den Landesjustizverwaltungen klären²³, zu der auch andere Interessenvertreter Stellung genommen haben²⁴. Nach einer abschließenden Anhörung der Beteiligten²⁵ wurden Reformüberlegungen jedoch nicht weiter verfolgt.

Bei aller Kritik am Regulierungsverhalten der Haftpflichtversicherungsunternehmen und trotz der genannten Negativbeispiele im Einzelfall ist festzuhalten, dass eindeutige empirische Belege für eine systematisch zögerliche Schadensregulierung bislang nicht vorliegen. Aussagekräftige Daten dürften auch kaum zu erlangen sein, lässt sich eine derartige Verschleppungstaktik schwerlich objektiv messen. Die in diesem Zusammenhang einzig verfügbaren Stellungnahmen der Beteiligten und ihrer Interessenvertreter sind zwangsläufig subjektiv geprägt. Zudem ist zu beachten, dass Haftpflichtversicherer selbstverständlich berechtigt sind, sich mit nicht rechtsmissbräuchlichen Mitteln zu verteidigen, zumal es gerade in Arzthaftungsfällen regelmäßig um komplexe Rechts- und Tatfragen geht, deren Beantwortung

¹⁹ 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.

²⁰ 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. Der BGH hat zu dieser gerichtlichen Praxis noch keine Stellung bezogen und die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Schmerzensgelderhöhung zuletzt ausdrücklich offen gelassen, s. BGH, NJW 2006, 1271, 1274. In Richtung einer Berücksichtigung von Verzögerungen bei der Schmerzensgeldbemessung freilich bereits BGH, VersR 1960, 401; 1964, 1103; 1967, 254; 1970, 134.

²¹ Forsa-Umfrage der AG Versicherungsrecht im DAV zum Regulierungsverhalten der Versicherer vom 3.11.2014.

²² Seit Ende 2013 Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV).

²³ Schreiben des BMJ vom 11.2.2013 an die Landesjustizverwaltungen (LJV) zur Schadenregulierung bzw. Leistung durch die Versicherer (verzögerte Leistung). Erste Ergebnisse wurden am 18.7.2013 veröffentlicht. Demnach haben die LJV ganz überwiegend weder die erhobenen Vorwürfe bestätigt noch Rechtsänderungen für erforderlich gehalten.

²⁴ Krit. äußerte sich insb. der Bund der Versicherten (BDV, Stellungnahme vom 27.6.2013); keine Verzögerungsstrategie und daher auch keinen Reformbedarf sieht hingegen der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV, Stellungnahme vom 1.7.2013).

²⁵ S. dazu die Pressemitteilung des BMJ zur Regulierungspraxis in der Versicherungswirtschaft vom 4.9.2013.

keineswegs immer eindeutig ist. Gemäß § 100 VVG ist der Versicherer sogar ausdrücklich dazu verpflichtet, unbegründete Ansprüche abzuwehren.

2. *Kostenrisiken*

Das Arzthaftungsrecht hat sich in den letzten Jahrzehnten zu einer überaus komplexen Rechtsmaterie entwickelt, die dem Patienten als rechtlischem Laien nicht zuletzt wegen ihrer traditionell richterrechtlichen Prägung und trotz aller Bestrebungen zur Förderung der Transparenz der Patientenrechte – ein zentrales Anliegen des Patientenrechtgesetzes²⁶ – nicht ohne weiteres zugänglich ist. Arzthaftungsfälle sind häufig gekennzeichnet durch ihre Komplexität nicht nur in tatsächlicher und medizinisch-fachlicher, sondern gerade auch in rechtlicher Hinsicht, welche sowohl vor- und außergerichtlich als auch im gerichtlichen Verfahren eine durchgängige Begleitung durch einen Rechtsbeistand ratsam erscheinen lässt, soweit diese nicht ohnehin verbindlich vorgeschrieben ist. Die anwaltliche Beratung und Vertretung bringt abhängig vom Streitwert entsprechende Kosten mit sich. Die Streitwerte in Arzthaftungsprozessen steigen dabei mit den geltend gemachten materiellen Schadensposten sowie Schmerzensgeldern²⁷.

Der Geschädigte hat stets das Risiko eines Prozessverlusts zu tragen und teils erhebliche Summen vorzustrecken. Dies hat er im Vorfeld bei der Beantwortung der Frage einzukalkulieren, ob und wie gegen den Schädiger vorgegangen werden soll. Dabei besteht die Möglichkeit, Prozesskostenhilfe nach den §§ 114 ff. ZPO²⁸ oder Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz (BerHG) zu beantragen. Die Bewilligung dieser Sozialleistung hängt jedoch im Wesentlichen von den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Antragstellers ab. Keine Rolle spielt hingegen die Natur des in Frage stehenden Rechtsstreits. Gerade hier liegen aber in Arzthaftungsfällen die Besonderheiten: Die Klärung komplexer rechtlicher und tatsächlicher Fragen, verbunden mit dem in aller Regel hohen Streitwert, führt tendenziell zu einem höheren finanziellen Aufwand und damit einem erhöhten Kostenrisiko, das unabhängig von seiner persönlichen wirtschaftlichen Lage nicht jeder Geschädigte einzugehen bereit ist.

Einige Privatunternehmen haben es sich vor diesem Hintergrund zum Geschäftsmodell gemacht, dem Geschädigten die Kostenrisiken abzunehmen. Zunächst besteht die Möglichkeit, zur Abfederung des Kostenrisikos auf eine bestehende Rechtsschutzversicherung zurückzugreifen. Doch hat längst nicht jeder Patient eine solche Police abgeschlossen. Inwieweit Arzthaftungsfälle von einer solchen abgedeckt werden, ist zudem Frage der individuellen Tarifgestaltung. Wurde nicht

²⁶ Vgl. BT-Dr. 17/10488, S. 9; dazu *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 822 f.; *ders.*, *Karlsruher Forum* 2013: Patientenrechte und Arzthaftung, S. 36 ff.

²⁷ Zu deren Entwicklung *Katzenmeier*, *Karlsruher Forum* 2013: Patientenrechte und Arzthaftung, S. 9 ff.; *ders.*, *MedR* 2011, 201 ff.

²⁸ Im Falle eines Unterliegens nicht übernommen werden dabei die Kosten des gegnerischen Anwalts, § 123 ZPO, so dass insofern weiterhin ein finanzielles Risiko besteht.

im Vorfeld für einen Versicherungsschutz gesorgt, gibt es seit einigen Jahren aber auch Finanzierungsangebote anlässlich konkreter Rechtsstreitigkeiten. Die gewerbsmäßige Finanzierung von Prozesskosten durch Dritte ist verhältnismäßig neu in der deutschen Rechtslandschaft und traf anfänglich auf Bedenken, hat sich mittlerweile aber etabliert²⁹. Sogenannte Prozessfinanzierer übernehmen sämtliche Prozesskosten für den Kläger (einschließlich der Kosten der Gegenseite im Falle des Unterliegens) gegen eine Beteiligung am Erlös bei positivem Ausgang des Verfahrens³⁰. Vor der Finanzierungsentscheidung wird der jeweilige Fall zunächst auf seine Erfolgsaussichten geprüft, was in der Arzthaftung aus den genannten Gründen nicht immer einfach sein dürfte. Zudem wird eine Prozessfinanzierung regelmäßig erst ab einem gewissen Streitwert angeboten, der hier freilich häufig überschritten wird³¹. Weder Prozessfinanzierung noch Rechtsschutzversicherung haben sich dabei allerdings bislang im Kontext der Arzthaftung besonders aufgedrängt.

3. Verfahrensdauer

Neben den Kosten der Rechtsverfolgung steht auch die lange Verfahrensdauer immer wieder als Beschwerneis der Anspruchsdurchsetzung in der Kritik. Auch ohne Verzögerungen durch die Gegenseite gehören gerade Arzthaftungssachen zu den langwierigsten Rechtsstreitigkeiten. Grund ist wiederum die hohe Komplexität des Verfahrensgegenstandes³². Der Klärungsbedarf in tatsächlicher, medizinisch-fachlicher Hinsicht macht vor Gericht regelmäßig die Erhebung des Sachverständigenbeweises (§§ 402 ff. ZPO) erforderlich³³, der als Hauptursache für die lange Verfahrensdauer von Arzthaftungsprozessen gilt (und dabei auch zu den hohen Kosten beiträgt)³⁴.

²⁹ Vgl. *Weinmann*, in: FS 25 Jahre AG RAe im MedR e. V., 2011, S. 309; s. auch *Bruns*, JZ 2000, 232 ff.; *Dethloff*, NJW 2000, 2225 ff.; *Grunewald*, BB 2000, 729 ff.; *dies.*, AnwBl. 2001, 540 ff.; *Frechen/Kochheim*, NJW 2004, 1213 ff.

³⁰ Dazu *Weinmann*, in: FS 25 Jahre AG RAe im MedR e. V., 2011, S. 309, 310; s. auch *Schreier*, VersR 2013, 1232, 1235 f.

³¹ Ausf. zu den Besonderheiten der Prozessfinanzierung in der Arzthaftung *Weinmann*, in: FS 25 Jahre AG RAe im MedR e. V., 2011, S. 309, 310 ff.; s. auch S. 313 ff. zu Vor- und Nachteilen aus unterschiedlicher Perspektive sowie S. 317 ff. zu praktischen Erfahrungen eines Prozessfinanzierers auf diesem Gebiet.

³² Ausf. zu Ursachen überlanger Verfahrensdauern und Abhilfemöglichkeiten *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697 (1699 f. zum Einfluss des Verfahrensgegenstands); diese fassen die Ergebnisse einer Untersuchung des OLG Hamm, des OLG Jena, des OLG Nürnberg sowie des KG zu dem Thema „Langdauernde Zivilverfahren“ aus dem Jahr 2013 zusammen.

³³ Zur Rolle des medizinischen Sachverständigen im Arzthaftungsprozess *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 395 ff.; *ders.*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Artztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. XII. Allg. zum Sachverständigenbeweis *ders.*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 9. Aufl. 2017, Kommentierung der §§ 402 ff.

³⁴ Vgl. allg. *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697, 1700 ff.; *Meller-Hannich*, ZZZ 129 (2016), 263 ff. Anregungen zur Verbesserung der Zusammenarbeit von Sachverständigem und Gericht insofern bereits bei *Stamm*, ZZZ 124 (2011), 433 ff.; s. auch *Seibel*, NJW 2014, 1628 ff.; *Keders/Walter*,

Das BVerfG³⁵ leitet in ständiger Rechtsprechung aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) eine Verpflichtung der Zivilgerichte ab, bürgerlich-rechtliche Gerichtsverfahren in angemessener Zeit zu einem Abschluss zu bringen. Die Angemessenheit der Dauer eines Verfahrens ist dabei stets nach den besonderen Umständen des einzelnen Falls zu bestimmen, allgemeingültige Zeitvorgaben gibt es nicht. Auch der EGMR³⁶ hat sich (ausgehend von Art. 6 Abs. 1 EMRK) entsprechend positioniert (und dabei in einigen Punkten die deutschen Gerichte gerügt). Als Reaktion des Gesetzgebers auf diese Rechtsprechung können im Übrigen seit 2011 Verfahrensbeteiligte, die infolge unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens einen Nachteil erleiden, nach entsprechender Verzögerungsrüge eine Entschädigung gemäß § 198 GVG verlangen. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer wird jedoch nicht näher präzisiert³⁷.

Auch die Kritik an der Verfahrensdauer ist zu relativieren: Lange – nicht überlange – Verfahren sind zur Sicherung eines qualitativ hochwertigen Rechtsschutzes in gewissem Maße unvermeidbar. Das gerichtliche Verfahren zeichnet sich aus durch umfassende rechtsstaatliche Garantien, es wird gerade kein „kurzer Prozess gemacht“. Ganz in diesem Sinne hat der BGH³⁸ in jüngerer Zeit als Gegenstück zum Verbot unangemessen langer Verfahren ebenso ein „Überbeschleunigungsverbot“ betont. Die Förmlichkeit des Verfahrens schützt vor Willkür und intendiert größtmögliche Vorhersehbarkeit des Verfahrensablaufs, strikte Gesetzesbindung verbürgt ein hohes Maß an Rechtssicherheit³⁹. Dabei ist die „Ressource Recht“ selbst eine knappe.

Daher rücken andere Aspekte immer mehr in den Mittelpunkt: Arzthaftungsprozesse sind für den geschädigten Patienten oftmals belastend. Der „Kampf ums Recht“⁴⁰ ist kein einfacher Weg der Anspruchsdurchsetzung, gerichtliche Auseinandersetzungen erfahren Patienten nicht selten als langwierig, komplex und undurchsichtig⁴¹. Für die Betroffenen ist es in ihrer konkreten Lage und angesichts ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen bisweilen schwer, den Schwebezustand ihres Rechtsstreits richtig einzuschätzen und damit umzugehen. Unabhängig von rechtlichen Fragen nach der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes kann

NJW 2013, 1697, 1701 f. Zur Reform des Sachverständigenrechts durch Gesetz vom 11.10.2016, BGBl. I S. 2222, *Lüblinghoff*, NJW 2016, 3329 ff.

³⁵ Etwa BVerfG, NJW-RR 2010, 207; NJW 2008, 503, jeweils m.N.

³⁶ Etwa EGMR, NJW 2011, 1055; NVwZ 2008, 289.

³⁷ Vgl. zum Ganzen *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697 f.

³⁸ BGH, NJW 2012, 2808.

³⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 1, Rdnrn. 5 ff.; *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. X, Rdnr. 111; *ders.*, ZZZ 115 (2002), 51, 79 ff.; zum Stellenwert des deutschen Zivilprozesses *Hirtz*, NJW 2012, 1686; *Prütting*, AnwBl. 2013, 401: historische Errungenschaft, hohes Kulturgut.

⁴⁰ Titel der berühmten, die ZPO nachhaltig prägenden Schrift von *Rudolf von Ihering* aus dem Jahr 1872; dazu *Katzenmeier*, ZZZ 115 (2002), 51 ff.

⁴¹ So verbreitet die Kritik am Zivilprozess, vgl. *Katzenmeier*, ZZZ 115 (2002), 51 ff. Vorschläge zu einer „Modernisierung des Zivilprozesses“ unterbreitet *Callies* in seinem Gutachten A zum 70. DJT 2014; dazu krit. *Roth*, JZ 2014, 801 ff.; *Hirtz*, NJW 2014, 2529 ff.

es so zu erheblichen psychosozialen Belastungen kommen⁴². Gerade Auseinandersetzungen zwischen Arzt und Patient werden nicht selten mit besonderer Emotionalität ausgetragen. Dabei weist der Zivilprozess als kontradiktorisches Verfahren Eskalationstendenzen auf, treibt die Parteien in die Position von einander bekämpfenden Gegnern und zerstört damit endgültig deren Beziehung.

Diese Befunde veranlassen Rechtswissenschaft und Rechtspolitik seit geraumer Zeit zur Suche nach Justizalternativen⁴³. In der Praxis spielen Justizalternativen bei der Durchsetzung von Ansprüchen des Patienten gegen den Arzt bereits seit längerem eine bedeutsame Rolle. Bislang kaum diskutiert wurde der Einsatz von Mediation bei Störungen des Arzt-Patient-Verhältnisses⁴⁴, obwohl diese alternative Streitbeilegungsform seit Jahren propagiert wird und das „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ die Streitkultur nachhaltig verändern soll⁴⁵. Weitaus am wichtigsten sind die Verfahren der – bei den Ärztekammern angesiedelten, organisatorisch jedoch von diesen getrennten, mit ehrenamtlich tätigen Ärzten und Juristen besetzten – Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen⁴⁶, die es sich zur Aufgabe gemacht haben, Arzthaftungsstreitigkeiten durch objektive Begutachtung ärztlichen Handelns beizulegen⁴⁷. Als ein Vorzug der Verfahren wird ihre geringere Förmlichkeit gepriesen. Doch müssen fundamentale Verfahrensgarantien stets gewährleistet sein, soll die Gefahr einer „Entrechtung durch Entrechtlichung“ gebannt werden. Prozedurale Gerechtigkeit trägt wesentlich zur Legitimität eines Verfahrens und darüber zur Akzeptanz von Entscheidungen bei⁴⁸. Die außergerichtliche Streitbeilegung verfügt nämlich nur über begrenzte Möglichkeiten, auf eine entsprechende Schadensregulierung hinzuwirken. Sie ist insofern weitgehend vom guten Willen der Beteiligten abhängig. Insgesamt entsteht daher auch im außergerichtlichen Bereich zunehmend ein potentieller Unterstützungsbedarf.

⁴² Allg. zu psychosozialen Belangen der Parteien in Arzthaftungsprozessen bereits *Rumler-Detzel*, in: FS *Steffen*, 1995, S. 373 ff.

⁴³ Vgl. *Katzenmeier*, ZZP 115 (2002), 51 ff.; *Hess*, ZZP 124 (2011), 137 ff.; krit. *Hirtz*, NJW 2012, 1686 ff.

⁴⁴ Dazu *Kilian*, VersR 2000, 942; *Scheppokat/Neu*, VersR 2002, 397, 401; *Katzenmeier*, NJW 2008, 1116; monographisch *Hattemer*, Mediation bei Störungen im Arzt-Patient-Verhältnis, 2011 (zur Rolle der Krankenkassen dabei S. 157 f., 263 f.).

⁴⁵ Gesetz vom 21.7.2012, BGBl. I S. 1577; dazu *Ahrens*, NJW 2012, 2465.

⁴⁶ Im Jahr 2015 haben die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bundesweit insgesamt 7.215 Entscheidungen getroffen. In 2.132 Fällen lag ein Behandlungs-/Aufklärungsfehler vor, in 1.774 Fällen wurde dieser auch ursächlich für einen Gesundheitsschaden. Quelle: Behandlungsfehler-Statistik der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen 2015, abrufbar unter www.bundesaerztekammer.de. Zugriff am 10.2.2017.

⁴⁷ Dazu *Katzenmeier*, AnwBl. 2008, 819 ff.; monographisch *Meurer*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, 2008 (S. 37 f. zur Möglichkeit einer Beteiligung der Krankenkassen).

⁴⁸ Vgl. *Katzenmeier*, ZZP 115 (2002), 51, 80 ff.; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, S. 120; zum Begriff der Verfahrensgerechtigkeit *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2013, S. 216 ff.

III. Die Unterstützung durch die Krankenkassen – Anforderungen und Grenzen

Vor diesem Hintergrund ist die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen medizinischer Behandlungsfehler also oftmals mit einem erheblichen zeitlichen und auch finanziellen Aufwand sowie weiteren daraus resultierenden, nicht zu unterschätzenden persönlichen Belastungen verbunden. Dies kann geschädigte Versicherte von der Verfolgung ihnen zustehender Rechte, insbesondere einer gerichtlichen Auseinandersetzung abhalten, weshalb der Gesetzgeber eine Hilfestellung durch die Krankenkassen nach § 66 SGB V für angebracht hielt. Auf der Grundlage dieser Norm könnten die Krankenkassen ihren Versicherten etwa dabei helfen, der Haftpflichtversicherung des Schädigers auf Augenhöhe zu begegnen. Fraglich ist, ob sie sich auch an den Kosten der Rechtsverfolgung, insbesondere an den Kosten anwaltlicher Vertretung, beteiligen oder selbst den Versicherten in rechtlichen Fragen zur Seite stehen könnten, bis hin zur Übernahme ihrer rechtlichen Vertretung. Die mit der Verfahrensdauer verbundenen Belastungen ließen sich durch eine Unterstützung in psychosozialen Belangen auffangen. Bislang wenig geklärt ist, welche Rechte und Pflichten § 66 SGB V den Krankenkassen in diesen Punkten zur Erleichterung der genannten Beschwerden bei der Rechtsverfolgung zuweist, welche Unterstützung also im Einzelnen möglich und geboten ist.

1. Zu den Voraussetzungen des § 66 SGB V

§ 66 SGB V ist eine weitgehend unbestimmte Norm, Einzelheiten zu den Tatbestandsvoraussetzungen fehlen im Gesetz nach wie vor⁴⁹. Der Anwendungsbereich umfasst die (gerichtliche, vorgerichtliche und auch außergerichtliche⁵⁰ Rechts-)Verfolgung⁵¹ von zivilrechtlichen⁵² Schadensersatzansprüchen, gleich ob aus Vertrag oder Delikt⁵³. Grundlegende Voraussetzung für die Gewährung von Unterstützung durch die Krankenkasse ist (neben der Versicherteneigenschaft des zu Unterstützenden⁵⁴), dass es sich bei den verfolgten Schadensersatzansprüchen um solche

⁴⁹ Dazu *Katzenmeier/Jansen*, Rechtsgutachten zu § 66 SGB V (Fn. 2), C. II. 1.

⁵⁰ BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach juris; *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 66, Rdnr. 1; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 11: jedwede Art der Geltendmachung, auch Verfahren vor Gutachterkommissionen/Schlichtungsstellen.

⁵¹ Offen ist, ab wann genau Versicherte Ansprüche „verfolgen“, vgl. *Süß*, MedR 2016, 86.

⁵² Sozialrechtliche Ansprüche sind nicht erfasst, vgl. BayLSG, Urt. v. 20.1.2005 – L 4 KR 25/02, Rdnr. 35, zitiert nach juris; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 7.

⁵³ BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach juris.

⁵⁴ Dazu näher *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 2; *Krauskopf*, in: *ders.*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 8.

handelt, die bei der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen aus Behandlungsfehlern entstanden sind. Trotz des insofern nicht unbedingt glücklich gewählten Wortlauts⁵⁵ kommt es dabei nicht darauf an, ob ein solcher Anspruch tatsächlich besteht – dies wird im Rahmen der Rechtsverfolgung erst geklärt –, er muss vielmehr lediglich in Betracht kommen; es müssen zumindest einige Anhaltspunkte gegeben sein, woran jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind⁵⁶. Der Anspruch darf nicht offensichtlich ausscheiden⁵⁷.

Nach allgemeiner Auffassung erfasst § 66 SGB V über den Wortlaut hinaus neben Behandlungsfehlern⁵⁸ auch Aufklärungsmängel⁵⁹. Angesichts des Normzwecks erscheint dies sachgerecht⁶⁰. Der (potentielle Aufklärungs- oder) Behandlungsfehler muss bei der Inanspruchnahme einer GKV-Leistung (im Sinne der §§ 11 ff. SGB V⁶¹) begangen worden sein⁶², es muss ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen⁶³. Dies ist grundsätzlich weder bei Maßnahmen der sogenannten „Wellnessmedizin“ oder bloßen Schönheitsoperationen, noch bei Individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL) oder der Versorgung mit über die Regelversorgung hinausgehendem Zahnersatz der Fall⁶⁴. Ausreichend dürfte es sein, wenn die Krankenkasse die Kosten einer Leistung, bei der es zu einem Behandlungsfehler kommt, zumindest teilweise übernimmt⁶⁵.

Es darf sich überdies nicht um Ansprüche handeln, die nach § 116 SGB X auf die Krankenkassen übergehen. Für die Geltendmachung dieser Ansprüche sind die Krankenkassen ohnehin selbst verantwortlich. Sie können aus übergegangenem Recht gegen den Schädiger vorgehen. Ein Schadensersatzanspruch geht nach § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X auf den Versicherungsträger über, soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadenersatz beziehen. Im Bereich der GKV erfasst die Regelung in erster Linie den materiellen Schadensersatzanspruch auf Ersatz der

⁵⁵ „Entstanden sind“ statt „entstanden sein könnten“; vgl. insofern auch *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 66, Rdnr. 1; *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 1 („zumindest sein kann“).

⁵⁶ So *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 3.

⁵⁷ In diese Richtung *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 5; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 16.

⁵⁸ Zum Begriff *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. X, Rdnrn. 3 ff. Der weite Behandlungsfehlerbegriff umfasst auch Organisationsfehler, vgl. *Katzenmeier*, ebd., Rdnrn. 41 ff.

⁵⁹ Näher *Finn*, WzS 2015, 99, 100 f.; *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 3; nach *Süß*, MedR 2016, 86 offen.

⁶⁰ So auch *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 5.

⁶¹ Näher *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnrn. 8 f.

⁶² Diese Voraussetzung betont bereits BT-Dr. 11/2237, S. 189.

⁶³ *Krauskopf*, in: *ders.*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Finn*, WzS 2015, 99, 100.

⁶⁴ Dazu *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 3; *ders.*, SGB 2013, 162, 166, Fn. 27.

⁶⁵ So auch *Krauskopf*, in: *ders.*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 5: Kostenbeteiligung der Krankenkasse genügt.

Behandlungskosten. Nicht erfasst – und deshalb weiterhin vom Patienten geltend zu machen – sind vor allem Ansprüche auf Schmerzensgeld⁶⁶ sowie gegebenenfalls auf Ersatz von Verdienstaussfall⁶⁷ oder Haushaltsführungsschäden⁶⁸.

Trotz der eindeutigen Ausklammerung dieser Ansprüche in § 66 SGB V können sich potentiell aus § 116 SGB X Vorteile für die Unterstützung der Versicherten ergeben. Die Geltendmachung von nach § 116 SGB X auf die Krankenkasse übergegangenen Ansprüchen eröffnet gewissermaßen als Nebenprodukt weitere Unterstützungsmöglichkeiten. Zur allgemeinen Fachkompetenz der Krankenkassen kommen nämlich die im konkreten Fall im Rahmen der Anspruchsdurchsetzung nach § 116 SGB X gewonnenen Erkenntnisse hinzu. Wegen der Identität des Haftungsgrunds kann die eigenständige Rechtsverfolgung durch die Krankenkasse daher auch dem Versicherten bei der Verfolgung der ihm verbliebenen Ansprüche zu Gute kommen. Umgekehrt wird mit § 66 SGB V zugleich die Durchsetzung von nach § 116 SGB X übergegangenen Ansprüchen verbessert⁶⁹. In diesem Punkt scheinen weiterhin ungenutzte Synergien verborgen⁷⁰.

2. Rechtsfolge: Abstrakte Verpflichtung der Krankenkasse

Die Änderung von einer „Kann“- in eine „Soll“-Vorschrift durch das PatRG bezweckt auf Rechtsfolgenseite eine Verstärkung der Unterstützung⁷¹: War es den Krankenkassen nach § 66 SGB V a. F. noch freigestellt, ihre Versicherten in Fällen, in denen der Verdacht auf einen Behandlungsfehler vorliegt, zu unterstützen („können“), sollen die Krankenkassen nunmehr ihre Versicherten bei der Durchsetzung der Schadenser-

⁶⁶ BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach juris: Schmerzensgeldforderungen gehen nicht auf Sozialversicherungsträger über, da diese Schmerzensgeld nicht gewähren; Lang, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 66, Rdnr. 2. Auch der Gesetzgeber hatte vornehmlich Ansprüche auf Schmerzensgeld vor Augen, vgl. BT-Dr. 11/2237, S. 189.

⁶⁷ BayLSG, Urt. v. 20.1.2005 – L 4 KR 25/02, Rdnr. 35, zitiert nach juris.

⁶⁸ Rehborn, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 6.

⁶⁹ Finn, WzS 2015, 99, 100; Nebendahl, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 1 unter Verweis auch auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz in der GKV; zur gemeinsamen Interessenlage auch *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1485, den Vorrang der Durchsetzung der Ansprüche des Geschädigten nach § 116 Abs. 4 SGB X betonend.

⁷⁰ *Katzenmeier/Jansen*, Rechtsgutachten zu § 66 SGB V (Fn. 2), C. II. 2. Zu beachten ist freilich, dass in der Praxis zur Vermeidung kostspieliger Rechtsstreitigkeiten ggf. keine einzelnen Regressansprüche geltend gemacht, zwischen Krankenkassen und Haftpflichtversicherern vielmehr sog. Regressverzichts- und Schadensteilungsabkommen geschlossen werden, in denen die Forderungen anteilig pauschal abgegolten werden; näher *Kunte*, VersR 2011, 307 ff.; s. auch *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 212 ff.; allg. *ders.*, VersR 2002, 1449, 1454. In den letzten Jahren ist allerdings durchaus zu beobachten, dass Krankenkassen zunehmend im Regresswege gegen Ärzte vorgehen, vgl. *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. X, Rdnr. 128; näher *Püster*, Entwicklungen der Arzthaftpflichtversicherung, 2013, S. 111 ff.

⁷¹ Vgl. *Katzenmeier*, *Karlsruher Forum* 2013: Patientenrechte und Arzthaftung, S. 31.

satzansprüche aus Behandlungsfehlern unterstützen⁷². Das heißt nach der Gesetzesbegründung: „sie sind grundsätzlich zur Unterstützung verpflichtet, es sei denn, es sprechen besondere Gründe dagegen“⁷³. Das Vorliegen einer Ausnahmekonstellation ist dabei von der Krankenkasse nachzuweisen⁷⁴. Unklar bleibt, in welchen Fällen die Krankenkasse die Unterstützung verweigern darf⁷⁵, und inwieweit insbesondere auch die (Un-)Verhältnismäßigkeit des Aufwands eine Rolle spielt⁷⁶.

Bestand dabei früher bereits ein (Entschließungs-)Ermessen hinsichtlich des „Ob“ der Unterstützung, liegt heute nur noch das „Wie“ im (pflichtgemäßen, § 39 Abs. 1 SGB I, Auswahl-)Ermessen der Krankenkasse⁷⁷. Der Versicherte hat einen Anspruch auf Unterstützung⁷⁸, dessen genaue Ausgestaltung freilich offen bleibt⁷⁹. Auch dies beinhaltet daher noch einen erheblichen Spielraum, an dem das PatRG letztlich nichts oder nur symbolisch etwas geändert hat. Die Begründung zum (Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum) PatRG stellt in diesem Zusammenhang lediglich kurz fest, die Krankenkassen hätten von ihrer Unterstützungsmöglichkeit bisher in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht, und nennt als Beispiel für die Zukunft Unterstützungsleistungen, mit denen die Beweisführung der Versicherten erleichtert wird, etwa medizinische Gutachten⁸⁰. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hatte die Bundesregierung die Forderung des Bundesrates⁸¹ nach gesetzlicher Konkretisierung der durchzuführenden Unterstützungsmaßnahmen mit der Begründung abgelehnt, eine genaue Benennung der von den Krankenkassen durchzuführenden Unterstützungsleistungen enge die Krankenkassen in ihrem Entscheidungsspielraum ein, wodurch die Möglichkeiten

⁷² Bereits im Jahr 1999 wurde eine solche Änderung angestrebt (BT-Dr. 14/1245, S. 7), aber letztlich nicht umgesetzt.

⁷³ BT-Dr. 17/10488, S. 32.

⁷⁴ Katzenmeier, SGB 2012, 125, 128 f.; Lang, in: Becker/Kingreen, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 66, Rdnr. 3; Rehborn, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 17.

⁷⁵ Wenner, Soziale Sicherheit 2012, 105, 107; Süß, MedR 2016, 86; näher zu den Ablehnungsgründen Finn, WzS 2015, 99, 101 f., der zutreffend anmerkt, dass sich diese weitgehend mit den Gründen decken dürften, die bislang zum Ausschluss auf Tatbestandsebene führen, weil Schadensersatzansprüche offensichtlich nicht in Betracht kommen, und nunmehr auf Rechtsfolgenseite zu prüfen seien. Eine Verweigerung kommt zudem in Betracht, wenn die geforderte Unterstützung in keiner Weise der Rechtsverfolgung dienlich wäre, vgl. Roters, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 6.

⁷⁶ In diese Richtung Roters, in: KassKomm, 83. Erg.-Lfg. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 7; restriktiv Finn, WzS 2015, 99, 102.

⁷⁷ Näher Katzenmeier/Jansen, Rechtsgutachten zu § 66 SGB V (Fn. 2), C. II. 4.

⁷⁸ Katzenmeier, SGB 2012, 125, 128 f. Über den Unterstützungsanspruch des Versicherten entscheidet die Krankenkasse auf Antrag (§ 19 S. 1 SGB IV) durch Verwaltungsakt, s. BSG, MedR 2016, 210, 213. Der Anspruch „wurzelt in dem subordinationsrechtlich geprägten Sozialversicherungsverhältnis“.

⁷⁹ Es liegt im Ermessen der Krankenkasse, zwischen verschiedenen Verwaltungsmaßnahmen unter Zweckmäßigkeitserwägungen auszuwählen; die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich insoweit auf eine reine Rechtskontrolle; so noch zu § 66 SGB V a. F. BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 13 m.N., zitiert nach juris.

⁸⁰ BT-Dr. 17/10488, S. 32.

⁸¹ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Dr. 17/10488, S. 48.

einer (auch vom Bundesrat geforderten) möglichst unbürokratischen Hilfe eingeschränkt werden⁸².

Steht heute zwar grundsätzlich fest, dass die Krankenkassen bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 66 SGB V zur Unterstützung verpflichtet sind, wird jedoch nach wie vor weder durch das Gesetz noch durch seine Begründung im Einzelnen bestimmt, welche Maßnahmen zu ergreifen⁸³ und welche Erwägungen für diese Ermessensentscheidung maßgeblich sind⁸⁴. Auch die Befugnis der Krankenkassen zur Konkretisierung der Unterstützung durch Satzungsrecht (im Sinne von § 34 SGB IV⁸⁵) scheint dabei weitgehend offen⁸⁶. § 66 SGB V ist weiterhin in hohem Maße konkretisierungsbedürftig⁸⁷. Auf den ersten Blick werden weder Mindestanforderungen noch Obergrenzen gesetzt. Zunächst einmal berechtigt die Norm damit die Krankenkassen zur Unterstützung ihrer Versicherten bei Behandlungsfehlern⁸⁸ und eröffnet ihnen insofern vielfältige Möglichkeiten. Dadurch wird im Übrigen auch potentiell der Wettbewerb unter den Krankenkassen gefördert⁸⁹. Freilich sind diese dabei an Gesetz und Recht gebunden und unterliegen wie alle Sozialversicherungsträger als rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 1 SGB V, § 29 Abs. 1 SGB IV) staatlicher (Rechts-)Aufsicht (§§ 87 ff. SGB IV).

3. Inhalt und Umfang der Unterstützung

a) Grundlagen

Festzuhalten ist, dass Sozialversicherungsträger gemäß § 30 Abs. 1 SGB IV nur Geschäfte zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben führen und ihre Mittel nur für diese Aufgaben sowie die Verwaltungskosten verwenden dürfen. Dies gilt auch für Unterstützungsleistungen nach § 66 SGB V.

⁸² Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Dr. 17/10488, S. 57.

⁸³ LSG SH, MedR 2016, 84, 85 m. Anm. *Siß*; *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 3; *ders.*, SGB 2013, 162, 166; *ders.*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 107.

⁸⁴ *Siß*, MedR 2016, 86.

⁸⁵ Gem. § 194 Abs. 1 Nr. 3 SGB V muss die Satzung der Krankenkassen insb. Bestimmungen enthalten über Art und Umfang der Leistungen, soweit sie nicht durch Gesetz bestimmt sind. Gem. § 194 Abs. 2 SGB V darf die Satzung andererseits keine Bestimmungen enthalten, die den Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung widersprechen. Sie darf Leistungen nur vorsehen, soweit das SGB V sie zulässt.

⁸⁶ Gleiches gilt für die Festsetzung einschränkender Voraussetzungen; *Wenner*, SGB 2003, 162, 166 fragt etwa, ob die Krankenkassen in ihren Satzungen regeln können, dass die Versicherten vor Inanspruchnahme der Ressourcen der Krankenkasse eine Gutachterkommission oder Schlichtungsstelle einschalten müssen; s. auch *ders.*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 107 f.

⁸⁷ Äußerst krit. daher *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287; a. A. *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 19.

⁸⁸ Vgl. *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 1; *ders.*, SGB 2013, 162, 165.

⁸⁹ Vgl. *Finn*, WzS 2015, 99, 100.

Die Regelung dient zwar nicht dem primären Zweck der GKV, die gemäß § 1 S. 1 SGB V als Solidargemeinschaft die Aufgabe hat, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern; die gesetzliche Aufgabenerweiterung wird jedoch allgemein für zulässig erachtet⁹⁰, zumal sie die Ziele der GKV zumindest mittelbar fördert. Damit ist jedoch über den genauen Inhalt und Umfang der Unterstützung noch nichts gesagt.

Die tatsächlichen Leistungsangebote der Krankenkassen unterscheiden sich teils erheblich, vor allem sind die zu diesem Thema zur Verfügung gestellten Informationen nicht überall gleichermaßen transparent. Geworben wird unter anderem mit folgenden Unterstützungsleistungen⁹¹: allgemeine Informationen zum Vorgehen bei Behandlungsfehlerverdacht, Beratung in unterschiedlicher Form und Ausprägung (sowohl allgemeiner Natur als auch in Bezug auf spezielle medizinische und rechtliche Fragen), Hilfe bei der Sachverhaltsermittlung (Erstellung eines Gedächtnisprotokolls, Anforderung von Behandlungsunterlagen), Einholung eines Gutachtens des Medizinischen Diensts der Krankenversicherung (MDK), Aufzeigen von Handlungsoptionen für die Rechtsverfolgung im konkreten Fall. Über diesen Verwaltungsaufwand hinaus erfolgt jedoch grundsätzlich keine Übernahme etwaiger anfallender Kosten. Auch im Schrifttum ist man sich einig, dass es vor dem Hintergrund der angestrebten Erleichterung der Beweisführung im Wesentlichen um eine allgemeine Beratung (insbesondere hinsichtlich der Feststellung des Sachverhalts: Anforderung und Zusammenstellung von Unterlagen⁹²), grundlegende Auskünfte und insbesondere auch um eine erste Begutachtung (also eine Prüfung des medizinischen Sachverhalts, namentlich durch den MDK: ein Gutachten wird angefordert, übermittelt und erläutert) geht⁹³.

§ 66 SGB V erfasst jedenfalls nicht die Verfolgung von Ansprüchen anstelle des Versicherten durch die Krankenkasse selbst⁹⁴. Die Krankenkasse soll die Versicherten bei der Rechtsverfolgung lediglich unterstützen, nicht mehr und nicht weniger. Insofern setzt auch der Vergleich mit § 116 SGB X Grenzen. Von Bedeutung für die Wahl der konkreten Unterstützungsleistung dürfte vor allem sein,

⁹⁰ Vgl. *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnrn. 18 f.

⁹¹ Einzelheiten bei *Katzenmeier/Jansen*, Rechtsgutachten zu § 66 SGB V (Fn. 2), C. I. Zur Unterstützungspraxis der Krankenkassen s. auch das Gutachten der Verbraucherzentrale NRW zum Thema „Unterstützung von Patienten mit Behandlungsfehlerverdacht“ aus dem Jahr 2014, in dem Ergebnisse einer Befragung der Krankenkassen zusammengefasst werden.

⁹² Aber auch: Hinweise auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Anwalts, die kostenlose Geltendmachung von Ansprüchen vor Gutachterkommissionen oder Schlichtungsstellen, Beratung hinsichtlich der Einsichtnahme in die Patientenakte (§ 630g BGB), Aufzeigen des Weges einschließlich der Kosten einer Klage vor den Zivilgerichten. Unter Umständen erfolgt auch eine Unterstützung bei der Inanspruchnahme von Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen oder es werden Kontakte zu Einrichtung der Verbraucher- und Patientenberatung vermittelt; s. insg. *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5.

⁹³ S. insg. auch *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 4; *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 66, Rdnr. 4; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnrn. 13 f.

⁹⁴ LSG BW, Urt. v. 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11, Rdnr. 17, zitiert nach juris; s. auch HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85: keine Durchführung des Prozesses.

inwieweit der Versicherte selbständig zur Rechtsverfolgung in der Lage ist; zudem kommt es an dieser Stelle für die Ermessensentscheidung der Krankenkasse auch auf die Einschätzung der Erfolgsaussichten an⁹⁵. Diese sind zwar für das Bestehen eines Unterstützungsanspruchs an sich grundsätzlich unerheblich⁹⁶, nicht aber für die Wahl der konkreten Unterstützungsmaßnahme.

Die Einschätzung der Erfolgsaussichten ist dabei regelmäßig erst nach Einholung einer gutachterlichen Stellungnahme überhaupt möglich⁹⁷. Dem Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) und seinen Gutachten⁹⁸ kommt insofern für die Unterstützung der Versicherten durch die Krankenkassen in der Praxis eine zentrale Rolle zu⁹⁹, wobei teilweise sogar noch eine weitere Stärkung des MDK gefordert wird¹⁰⁰. Nach der Rechtsprechung genügt die Krankenkasse regelmäßig ihrer Unterstützungspflicht, wenn sie zur Klärung des Behandlungsfehlerverdachts ein Gutachten durch den MDK erstellen lässt¹⁰¹. Diese Vorgehensweise entspricht den gesetzlichen Vorgaben des § 275 Abs. 3 Nr. 4 SGB V, wonach die Krankenkasse in geeigneten Fällen durch den MDK prüfen lassen „kann“ (Ermessen), ob Versicherten bei der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen aus Behandlungsfehlern ein Schaden entstanden ist¹⁰². Freilich reichen MDK-Gutachten in Arzthaftungsprozessen in der Regel nicht aus, einen Behandlungsfehler nachzuweisen, hier kommt es auf die Expertise eines (gerichtlich bestellten, §§ 402 ff. ZPO) medizinischen Sachverständigen mit höherem Beweiswert an.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung wurde in der Folge der Änderungen des PatRG erneut die Frage aufgeworfen, ob die Unterstützung (soweit nötig) eine

⁹⁵ *Krauskopf*, in: *ders.*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 4.

⁹⁶ Vgl. BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach juris; *Krauskopf*, in: *ders.*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 55. Erg.-Lfg. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 4.

⁹⁷ Vgl. *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 5.

⁹⁸ Der MDK hat 2015 14.800 Behandlungsfehlergutachten erstattet, lediglich in 27,3 Prozent der Fälle hat sich der Behandlungsfehlervorwurf dabei bestätigt. Quelle: Jahresstatistik 2015 des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen (MDS) zur Behandlungsfehler-Begutachtung der MDK-Gemeinschaft, abrufbar unter www.mds-ev.de, Zugriff am 10.2.2017.

⁹⁹ Weitere Informationen auch zur Unterstützungspflicht nach § 66 SGB V liefert in diesem Kontext der vom MDS veröffentlichte Leitfaden für die Zusammenarbeit von Krankenkassen/Pflegekassen und MDK bei drittverursachten Gesundheitsschäden, insb. bei Behandlungsfehlern und Pflegefehlern, abrufbar unter www.mds-ev.de, Zugriff am 10.2.2017.

¹⁰⁰ S. etwa *Wenner*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 108.

¹⁰¹ Hierfür sind alle relevanten medizinischen Unterlagen beizuziehen und dem Versicherten zur Verfügung zu stellen; s. HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 18, zitiert nach juris. Der MDK ist im Rahmen der ärztlichen Berufsausübung zur Objektivität verpflichtet, da seine Ärzte bei der Wahrnehmung ihrer medizinischen Aufgabe nur ihrem ärztlichen Gewissen unterworfen und weisungsfrei sind (§ 275 Abs. 5 SGB V).

¹⁰² LSG BW, Urt. v. 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11, Rdnr. 17, zitiert nach juris. In § 276 SGB V findet sich im Übrigen die datenschutzrechtliche Ermächtigungsgrundlage für den MDK zur Verwendung der medizinischen Daten.

umfassende Hilfeleistung¹⁰³ durch kontinuierliche, laufende Begleitung des Versicherten bei der Prüfung der Voraussetzungen und später der Durchsetzung seines Schadensersatzanspruchs oder lediglich eine punktuelle Hilfestellung hinsichtlich essentieller Fragen beinhaltet. Nach Auffassung der Gerichte¹⁰⁴ ist dem Versicherten keine umfassende Hilfeleistung zur Klärung der Frage, ob ein Behandlungsfehler vorliegt oder nicht, zu gewähren. Auch das PatRG habe insoweit keine Änderung der Leistung selbst herbeigeführt. Die Unterstützung im Sinne des § 66 SGB V zielt vielmehr nach wie vor darauf ab, dem Versicherten Leistungen zu gewähren, die ihm die Beweisführung erleichtern, also ihm die für eine Rechtsverfolgung essentiellen Informationen zugänglich zu machen. Dies ergebe sich zum einen aus dem Wortlaut der Vorschrift, der lediglich von einer Unterstützung und nicht von einer umfassenden Hilfeleistung spricht¹⁰⁵. Der Inhalt der Leistung sei insofern also schon durch den Begriff „Unterstützung“ eingeschränkt¹⁰⁶. Zum anderen habe der Gesetzgeber bereits die Einführung der Unterstützungsregelung damit begründet, dass die Beweisführung bei einem Behandlungsfehler dadurch erschwert werde, dass der Versicherte häufig weder Diagnose und Therapie noch den Namen des behandelnden Arztes genau kenne¹⁰⁷. Unterstützungsleistungen beschränken sich demnach regelmäßig auf die Verschaffung von Auskünften über die vom Arzt gestellten Diagnosen, die angewandte Therapie und die Namen der Behandler, gegebenenfalls noch ergänzt um ein Gutachten des MDK¹⁰⁸. Im Einzelfall könne es ausreichen, wenn sich der Versicherte durch die erhaltene Information über die Aussichten einer weiteren Rechtsverfolgung Klarheit verschaffe¹⁰⁹. Die Krankenkasse sei hingegen nicht dazu verpflichtet, einen von ihrem Versicherten angestregten Schadensersatzprozess in der Weise zu begleiten, dass sie zur Beantwortung medizinischer Nachfragen zur Verfügung steht, die im Verlaufe des Rechtsstreits entstehen¹¹⁰.

Diese Auffassung ist keineswegs zwingend. Zwar gibt der geänderte Wortlaut des § 66 SGB V für sich genommen nichts dafür her, dass die Krankenkassen nunmehr zu anderen Maßnahmen verpflichtet sein sollen, sehr wohl aber die zugehörige Gesetzesbegründung des PatRG¹¹¹. Hiernach ist zukünftig eine noch stärkere, verbesserte

¹⁰³ In diese Richtung bereits *Krasney*, SGB 2003, 609, 610; im Anschluss daran *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 66, Rdnr. 4; *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; s. auch *Siß*, MedR 2016, 86 f.

¹⁰⁴ HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85 f. m.N.

¹⁰⁵ HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85 f. m.N.; krit. *Siß*, MedR 2016, 86, 87: Leerformel; nicht zielführend, einen unklaren Begriff gegen den nächsten auszutauschen.

¹⁰⁶ So bereits BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach juris.

¹⁰⁷ BT-Dr. 11/2237, S. 189.

¹⁰⁸ HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85 f. m.N.

¹⁰⁹ LSG SH, MedR 2016, 84, 85 m. Anm. *Siß*.

¹¹⁰ LSG SH, MedR 2016, 84, 86 m. Anm. *Siß*.

¹¹¹ *Siß*, MedR 2016, 86.

Unterstützung gewollt¹¹². Eine Intensivierung der Leistungen war vom Gesetzgeber gerade beabsichtigt¹¹³. Diese Grundintention kann bei der Bestimmung von Inhalt und Umfang der zu gewährenden Leistungen nicht unberücksichtigt bleiben.

b) Einzelaspekte

Die Unterstützung bringt notwendigerweise eine gewisse Interaktion und Kommunikation zwischen Krankenkassen und Versicherten mit sich¹¹⁴. Dabei sind die Krankenkassen unter Umständen verpflichtet, nicht nur auf Antrag (§ 19 S. 1 SGB IV)¹¹⁵, sondern von Amts wegen tätig zu werden¹¹⁶, also Behandlungen – nicht nur zur Durchsetzung auf sie übergegangener Ansprüche – eigenständig zu überprüfen und ihre Versicherten aktiv über einen Behandlungsfehlerverdacht und die damit verbundenen Rechte zu informieren – letzteres grundsätzlich auch verdachtsunabhängig. Die Krankenkassen können¹¹⁷ überdies Unterlagen über die Behandlung ihrer Versicherten bei Ärzten oder Krankenhäuser anfordern¹¹⁸. Stets sind die datenschutzrechtlichen Anforderungen zu beachten¹¹⁹.

¹¹² BT-Dr. 17/10488, S. 9; s. auch *Katzenmeier*, Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung, S. 31.

¹¹³ *Süß*, MedR 2016, 86, 87, der die Grenze im Einzelfall ziehen möchte: „Einerseits ist die tiefgehende Rechtsberatung nicht Aufgabe der Sozialversicherungsträger, andererseits sind Amtspflichten nicht an der Gerichtspforte abzustreifen. Entscheidend wird mit dem Gesetzeszweck sein, welchen Beweisschwierigkeiten sich der Patient ausgesetzt sieht und wie viel Hilfe er zur Durchsetzung seiner Ansprüche zweckmäßig erwarten darf.“

¹¹⁴ Vgl. *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 12.

¹¹⁵ *So Krauskopf*, in: *ders.*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 55. Aufl. 2006, § 66 SGB V, Rdnr. 3.

¹¹⁶ Dazu etwa *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1483 ff. (mit Hinweisen für den Erstkontakt zum Versicherten); krit. *Finn*, WzS 2015, 99, 100.

¹¹⁷ Gegen eine entspr. Unterstützungspflicht noch BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnrn. 14, 16, zitiert nach juris: Die Krankenkasse kann nur zu einer Unterstützung mit den Beweismitteln verpflichtet sein, die sich aus der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen ergeben, ihr daher bekannt und in ihren Akten dokumentiert sind, die sie also ohne zusätzliche Kosten herausgeben kann. Anders nunmehr wohl HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach juris.

¹¹⁸ Hierfür ist eine (tatsächliche oder mutmaßliche) Einwilligung des Patienten in die Entbindung des Arztes von seiner Schweigepflicht erforderlich; näher *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1485 ff., auch zur Mitwirkungspflicht des Versicherten. Zum Übergang des Einsichtsrechts des Patienten (vgl. nunmehr § 630g BGB) auf die Krankenkasse gem. § 116 Abs. 1 SGB X i. V. m. §§ 401 Abs. 1 analog, 412 BGB s. BGHZ 185, 74 = MedR 2010, 854 m. Anm. *Jaeger*; *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. IX, Rdnr. 66. § 294a SGB V begründet im Übrigen Mitteilungspflichten der Ärzte und Krankenhäuser gegenüber einer Krankenkasse allein bei dritterverursachten Gesundheitsschäden, vgl. Terminbericht des BSG Nr. 43/10 vom 12.8.2010 zum Verfahren B 3 KR 16/09 R; dazu auch *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2013, 1482, 1487.

¹¹⁹ Etwa das Sozialgeheimnis des § 35 SGB I; zum Sozialdatenschutz s. auch die §§ 67 ff. SGB X; gem. § 284 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SGB V dürfen die Krankenkassen Sozialdaten für Zwecke der Krankenversicherung (nur) erheben und speichern, soweit diese für die Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern erforderlich sind.

Auch die Rechtsberatung durch die Krankenkassen unterliegt gewissen Vorgaben: § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG erlaubt zwar juristischen Personen des öffentlichen Rechts, (außergerichtliche, § 1 RDG) Rechtsdienstleistungen (im Sinne von § 2 RDG) im Rahmen ihres Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs zu erbringen¹²⁰. Hierfür können die Krankenkassen grundsätzlich gleich einem privatwirtschaftlichen Versicherungsunternehmen eigene Rechts-, Regress- oder Schadensabteilungen betreiben. Dabei kann jedoch von den Krankenkassen kein umfassender Rechtsrat – stets ja auch korrespondierend mit einer entsprechenden (Amts-)Haftung für fehlerhafte Beratung¹²¹ – erwartet werden. Hier stoßen die Krankenkassen nicht nur an strukturelle Grenzen. Eine Krankenkasse kann nicht das Leistungsprogramm und die Sorgfalt eines Rechtsanwalts gewährleisten¹²². Der Kernbereich rechtsberatender Tätigkeit bleibt den entsprechend qualifizierten und spezialisierten Rechtsanwälten vorbehalten. Die Unterstützungsleistung der Krankenkassen beschränkt sich insofern regelmäßig auf eine allgemeine Rechtsberatung im Sinne eines Aufzeigens der bestehenden Rechtsverfolgungsmöglichkeiten, einschließlich der Vermittlung eines Anwalts zur Klärung der besonderen Rechtsfragen des Einzelfalls und Übernahme der eigentlichen Vertretung. Den Krankenkassen dürfte es hingegen auch zukünftig verwehrt bleiben, ihre Versicherten durch eigene „Syndikusanwälte“ gegenüber dem Schädiger und seiner Haftpflichtversicherung (erst recht vor Gericht) zu vertreten.

Immer wieder fordern Versicherte von ihrer Krankenkasse auf der Grundlage des § 66 SGB V eine finanzielle Unterstützung. Bereits in der ursprünglichen Gesetzesbegründung aus dem Jahr 1988 wurde jedoch klaggestellt, dass „[d]ie Unterstützungsleistung der Krankenkasse [...] keine Übernahme der Kosten der Rechtsverfolgung“ umfasst¹²³. Die Ablehnung einer finanziellen Unterstützung, insbesondere in Form einer (Teil-)Übernahme von Prozess-, Gutachter-¹²⁴ und Anwaltskosten, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des § 66 SGB V, aber aus der Entstehungsgeschichte¹²⁵. Rechtsprechung¹²⁶ und Literatur¹²⁷ haben sich dem stets angeschlossen. Das

¹²⁰ Näher *Finn*, WzS 2015, 99, 102 f.

¹²¹ Dazu auch *Finn*, WzS 2015, 99, 103.

¹²² *Katzenmeier/Jansen*, Rechtsgutachten zu § 66 SGB V (Fn. 2), C. II. 6. c) (2).

¹²³ BT-Dr. 11/2237, S. 189.

¹²⁴ Fraglich ist etwa, ob die Krankenkassen verpflichtet sind, neben oder anstelle der Zusammenarbeit mit dem MDK auch externe (und damit kostenpflichtige) Begutachtungen durchführen zu lassen; dazu *Süß*, MedR 2016, 86 f. (durchaus offen); auch die Begründung zum PatRG ist insofern nicht auf MDK-Gutachten beschränkt, vgl. BT-Dr. 17/10488, S. 32; abl. aber bereits BayLSG, UrT. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnrn. 14 ff., zitiert nach juris; ebenso HessLSG, UrT. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnrn. 17 f., zitiert nach juris; keine Einholung freier Gutachten auch laut LSG BW, UrT. v. 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11, Rdnr. 17, zitiert nach juris; offen gelassen von LSG SH, MedR 2016, 84, 86.

¹²⁵ *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 66, Rdnr. 4.

¹²⁶ BayLSG, UrT. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 14, zitiert nach juris; LSG BW, UrT. v. 9.7.2013 – L 11 KR 5691/11, Rdnr. 17, zitiert nach juris; HessLSG, UrT. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 17, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85 m. Anm. *Süß*.

¹²⁷ *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 66, Rdnr. 4; *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 66 SGB V, Rdnr. 5; *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 15; *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2. Aufl.

BSG ging 2012 in aller Deutlichkeit davon aus, dass die (negative) Antwort auf die Frage nach der Übernahme der Kosten der Rechtsverfolgung durch die Krankenkasse „praktisch außer Zweifel steht, so dass eine weitere Klärung oder Fortentwicklung des Rechts nicht mehr zu erwarten ist“¹²⁸. Ebenso unstrittig bestehen im Übrigen umgekehrt keine Bedenken gegen Maßnahmen, die keine zusätzlichen Kosten verursachen (namentlich die Einholung eines MDK-Gutachtens¹²⁹)¹³⁰.

Das Bayerische LSG stellte 1998 fest, dass der Begriff Unterstützung schon aus haushaltsrechtlichen Gründen Ausgaben grundsätzlich ausschließe. Die GKV dürfe ihre Mittel nur zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben verwenden. Im Rahmen des § 66 SGB V handele es sich aber um die Unterstützung privater Interessen¹³¹. Die GKV sei selbst an der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen, die nicht unter den Regelungsbereich des § 116 SGB X fallen, grundsätzlich wirtschaftlich nicht interessiert, so dass sie eventuelle damit verbundene Kosten gering zu halten habe¹³². In der Tat besteht für die Krankenkassen – anders als bei der Verfolgung eigener Ansprüche aus nach § 116 SGB X übergegangenem Recht – kein unmittelbares eigenes Interesse an der Unterstützung fremder Rechtsverfolgung¹³³. Daher erwies sich § 66 SGB V in der Vergangenheit als ein zahnlöser Tiger und auch künftig könnten die Krankenkassen versucht sein, den Verwaltungsmehraufwand insgesamt zu vermeiden¹³⁴. Der Verweis des Bayerischen LSG auf haushaltsrechtliche Überlegungen ist indes nicht zwangsläufig, ist § 66 SGB V doch gerade eine Ausnahmeregelung, die innerhalb des Systems der öffentlich-rechtlichen Krankenversicherung die Förderung von Privatinteressen als eindeutige Aufgabenzuweisung ausdrücklich gestattet¹³⁵ und dadurch mittelbar öffentliche Zwecke fördert. Die Frage nach einer finanziellen Unterstützung ist folglich aller gegenteiliger Beteuerungen zum Trotz unverändert aktuell, erst recht nach der Stärkung der Patientenrechte durch das PatRG¹³⁶.

2016, § 66, Rdnr. 4; *ders.*, SGB 2013, 162, 166; *ders.*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 107 f., insb. Fn. 21; *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287; *Siß*, MedR 2016, 86, 87.

¹²⁸ BSG, NZS 2012, 557, 558 unter Verweis auf BT-Dr. 11/2237, S. 189 und die einschlägige Kommentarliteratur; daher hier keine Revisionszulassung gem. § 160 Abs. 2 SGG.

¹²⁹ Zur (Umlage-)Finanzierung des MDK s. § 281 SGB V.

¹³⁰ BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnrn. 16 f., zitiert nach juris; HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 18, zitiert nach juris; *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281, 287 unter Verweis auf das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V; Hinweis auch auf kostenfreie Gutachter- und Schlichterstellen.

¹³¹ BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 16 m.N., zitiert nach juris; im Anschluss daran HessLSG, Urt. v. 4.5.2015 – L 1 KR 381/13, Rdnr. 18, zitiert nach juris; LSG SH, MedR 2016, 84, 85 m. Anm. *Siß*.

¹³² BayLSG, Urt. v. 9.7.1998 – L 4 KR 4/98, Rdnr. 16 m.N., zitiert nach juris.

¹³³ Anders wäre die Lage, wenn sich erwiesene Behandlungsfehler oder Aufklärungsmängel auf den Vergütungsanspruch auswirkten.

¹³⁴ Vgl. *Katzenmeier*, Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung, S. 31.

¹³⁵ So *Rehborn*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 15; s. auch *Siß*, MedR 2016, 86, 87.

¹³⁶ Auch *Wenner*, Soziale Sicherheit 2012, 105, 107 f. moniert, dass das PatRG insofern zentrale Fragen offen lasse.

Zentraler Aspekt der Unterstützung durch die Krankenkassen dürfte schlussendlich jedoch vor allem die psychosoziale Begleitung der Versicherten sein. Für den Einzelnen ist eine solche Form der Hilfestellung unter Umständen in der konkreten Situation wichtiger als ein Rechtsrat oder eine Kostenübernahme. Der Versicherte, der sich wegen eines Behandlungsfehlerverdachts an seine Krankenkasse wendet, hat regelmäßig weiterhin mit gesundheitlichen Problemen zu kämpfen. In dieser Situation fällt es ihm ohnehin schwer, eine in medizinischer und rechtlicher Hinsicht komplexe Auseinandersetzung zu führen. Dies gilt erst recht, wenn die genannten Beschwerden bei der Rechtsverfolgung hinzutreten. Die persönliche Belastung wiegt dann gegebenenfalls noch schwerer als die zeitliche und finanzielle. Gefragt ist dann vor allem ein kompetenter und geduldiger Ansprechpartner, der die Sorgen und Nöte des Versicherten ernst nimmt, ihm eine Vorstellung vom Ablauf der Anspruchsverfolgung vermittelt und gemeinsam mit ihm an einer Lösung für die Probleme des Einzelfalls arbeitet. Den Kernaufgaben der GKV kommt diese Form der Unterstützung ohnehin am nächsten: Im weitesten Sinne handelt es sich bei Maßnahmen zur Reduzierung psychosozialer Belastungen um eine Art „Krankenbehandlung“¹³⁷ oder zumindest um Maßnahmen der Prävention¹³⁸, für deren Zurverfügungstellung die Krankenkassen originär zuständig sind.

c) Ausblick

Inhalt und Umfang der Leistungspflicht nach § 66 SGB V haben auf der einen Seite das Interesse der Versicherten an umfassender Unterstützung, auf der anderen Seite aber ebenso den damit verbundenen Aufwand für die Krankenkassen, also die Kosten für die Solidargemeinschaft zu beachten¹³⁹. Bei GKV-Leistungen ist das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V einzuhalten. Nicht zu vergessen sind dabei jedoch auch die möglichen Einnahmen der Krankenkasse aus der Geltendmachung übergegangener eigener Schadensersatzansprüche (§ 116 SGB X) – eine weitgehend unbekannte Größe¹⁴⁰. Es gilt die Interessen des Einzelnen, der von einem möglichen Behandlungsfehler betroffen ist, sich bei der Rechtsverfolgung mit

¹³⁷ Vgl. §§ 27 ff. SGB V.

¹³⁸ Vgl. zu diesem Ziel der GKV auch die §§ 20 ff. SGB V.

¹³⁹ In der GKV wurden 2015 Ausgaben für die Verwaltung in Höhe von 12,7 Milliarden Euro getätigt, davon allein 9,1 Milliarden Euro an Personalkosten. Quelle: Statistik des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) zur Entwicklung der Personal- und Verwaltungskosten der GKV im Jahr 2015, abrufbar unter www.bmg.bund.de, Zugriff am 10.2.2017.

¹⁴⁰ Auch in der Gesetzesbegründung zum PatRG (BT-Dr. 17/10488, S. 13, 15) wird angemerkt, durch die Umwandlung der Unterstützung der Versicherten durch die Krankenkassen bei Behandlungsfehlern (§ 66 SGB V) von einer Ermessens- in eine Pflichtleistung könnte bei den Krankenkassen ein Erfüllungsmehraufwand sowie Mehrkosten in einer nicht quantifizierbaren Größenordnung entstehen. Weiter heißt es: „Nach den vorläufigen Jahresrechnungsergebnissen 2011 wurden in der GKV dafür bisher 3,8 Mio. Euro – nahezu ausschließlich von den Allgemeinen Ortskrankenkassen (3,4 Mio. Euro) – aufgewendet. Dem stehen in erheblichem Umfang Rückerstattungen von Vergütungen bei der Feststellung von Behandlungsfehlern gegenüber. Diese werden nicht gesondert erfasst und können demzufolge nicht quantifiziert werden.“

gewissen Beschwerden konfrontiert sieht und daher der Unterstützung bedarf, sowie der Gemeinschaft an einer effizienten Ausgestaltung des GKV-Systems, in einen gerechten Ausgleich zu bringen.

Bei alledem hat die nähere Ausgestaltung der Unterstützungsverpflichtung nach § 66 SGB V zu berücksichtigen, dass die Krankenkassen nicht nur Interessenvertreter der Versicherten, sondern darüber hinaus auch unverzichtbare Vertragspartner der Ärzteschaft sind. Das System der GKV beruht auf einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern¹⁴¹ als Grundbedingung eines hohen Versorgungsniveaus. Eine einseitige Positionierung der Krankenkasse auf Patientenseite erscheint damit nicht ohne weiteres vereinbar¹⁴². Vereinzelt wurde in der Vergangenheit sogar eine Haftung der Krankenkassen für Behandlungsfehler ihrer Leistungserbringer bejaht¹⁴³, was die Unterstützung der Versicherten durch die Krankenkassen bei der Verfolgung derartiger Ansprüche *ad absurdum* führen würde. Auch wenn dem im Ergebnis nicht gefolgt werden kann¹⁴⁴, so veranschaulicht dies doch, wie eng die Verbindung zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen tatsächlich ist. Die Unterstützungsverpflichtung ist daher nicht unproblematisch und belastet potentiell das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, wobei der Kooperationsgedanke Interessengegensätze zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern sowie entsprechende Konflikte und deren Austragung gewiss umgekehrt auch nicht gänzlich ausschließt¹⁴⁵.

¹⁴¹ Vgl. § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V; s. auch § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V.

¹⁴² S. insg. Wenner, Soziale Sicherheit 2012, 105, 108; zust. Preis/Schneider, NZS 2013, 281, 287; Rehborn, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2015, § 66 SGB V, Rdnr. 18.

¹⁴³ S. etwa monographisch Mohr, Die Haftung der Krankenkassen und Vertragsärzte für Behandlungsfehler, 2007; Rabe, Ärzte zwischen Heilauftrag und Kostendruck, 2009, S. 153 ff.

¹⁴⁴ Die Krankenkassen selbst haften grds. nicht für Behandlungsfehler, die Haftung trifft die konkreten Leistungserbringer, vgl. Wenner, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 3.

¹⁴⁵ So Wenner, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 66, Rdnr. 6; ders., Soziale Sicherheit 2012, 105, 108, insb. Fn. 22. Perspektivisch Katzenmeier/Jansen, Rechtsgutachten zu § 66 SGB V (Fn. 2), E., F., G.