Ökonomische Grenzen staatlicher Leistungen

Eine systematische und praktische Analyse, dargestellt am Beispiel des Gesundheitsrechts

DISSERTATION
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften
sowie Internationale Beziehungen (HSG)
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Urs Heinrich Schlegel

von

Buchs (St. Gallen)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Rainer J. Schweizer

und

Prof. Dr. Ueli Kieser

Dissertation Nr. 4693

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2017

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 23. Mai 2017

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 33 der Schriftenreihe «St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft», herausgegeben von der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen
ISBN 978-3-03751-912-7

Dank

Der Dank geht vorab an meine Familie. Meine Frau war aufgrund der vorliegenden Arbeit vor allem nach der Geburt unserer Kinder Katharina und Alexander am 21. April 2016 in besonderem Masse gefordert. Für ihren Einsatz zugunsten der Familie gebührt ihr ein herzliches und grosses Dankeschön.

Ehrerbietung und Dank gebührt sodann den Professoren der HSG, welche mich mit viel Engagement unterstützt haben. Prof. Dr. Rainer J. SCHWEIZER hat sich mit grossem Interesse der juristischen Arbeit und den ökonomischen Zusammenhängen gewidmet. Ohne den immer anregenden und konstruktiven Dialog mit ihm hätte ich die vorliegende Arbeit weder begonnen noch vollendet. Sehr dankbar für seine profunden Einschätzungen und seine Bereitschaft, sich auf das Projekt einzulassen, bin ich auch meinem Korreferenten Prof. Dr. Ueli KIESER.

Von Herzen danke ich auch Personen in meinem persönlichen Umfeld, welche wertvolle Anregungen gegeben haben. Verpflichtet bin ich insbesondere meinen ehemaligen und aktuellen Praktikantinnen MLaw Michelle STIEGER und MLaw Judith HASLER, meiner Sekretärin und zugleich Jus-Studentin Damaris BONT sowie meinem Bruder Hansjörg für die Durchsicht des Manuskripts bzw. wertvolle Hinweise dazu.

Die Arbeit berücksichtigt die im Juli 2017 absehbaren Änderungen. Ich ersuche interessierte Leser um die Korrespondenz auf meine E-Mail schlegel@psg-law.ch und bedanke mich bereits jetzt hierfür.

Salez, 14. August 2017

Urs Schlegel

Inhaltsverzeichnis

A.	**Einleitende Worte**	**1**
1.	Die Auslöser	1
2.	Ein alternativer Ansatz	6
3.	Die Annahme von Begrenzungen bei Leistungen	11
4.	Die Budget-Restriktion und die Rechtsgleichheit	14
5.	Die Zielsetzung	15
B.	**Recht und Wirtschaft im systemischen Zusammenwirken**	**19**
1.	Kritik an der wirtschaftlichen Optimierung des Rechts	19
a)	Übersicht	19
b)	Der Vorwurf einer Reduktion auf eine utilitaristische Sicht	19
c)	Der Einwand fehlender Gerechtigkeit	22
d)	Der Widerspruch zur wirtschaftlichen Verfügungsfreiheit	24
2.	Recht und Wirtschaft als soziale Systeme	25
a)	Der Systembegriff nach N. Luhmann	25
b)	Ein Vergleich mit dem Systembegriff von H. Ulrich	29
c)	Die Komplexität als gemeinsames Charakteristikum	30
d)	Die Zweck- und Zielorientierung als Systemcharakteristikum	32
e)	Die Dynamik als Charakteristikum	33
3.	Faktische Ausrichtung des Rechtssystems	34
a)	Einordnungen der Umwelt in das eigene System	34
b)	Die normativen Grenzen faktischer Ausrichtung	37
c)	Die Spielräume normativer Prinzipien	40
4.	Strukturelle Probleme bei der Anknüpfung an die Fakten	42
a)	Die Verzerrung der Wahrnehmung	42
b)	Kommunikationsprobleme	44
c)	Der Bezug des Rechts auf reale Gesetzmässigkeiten	46
d)	Unbestimmte kausale Zusammenhänge	47
e)	Faktische Grenzen der Verhaltenssteuerung	50

5. Beschreibung eines idealen Zusammenwirkens der Systeme Recht und Wirtschaft 53
a) Die Auswirkungen der Differenzen in den Operationen 53
b) Die Erwartungssicherheit bei Ereignissen des anderen Systems 55
c) Der Umgang mit externen Operationen 58
d) Zwei unterschiedliche Geschwindigkeiten 60
e) Zwischenergebnis zum Zusammenwirken der Systeme 62

C. Die Systemische Analyse der Optimierung 64

1. Die realen Spielräume von Wirtschaftlichkeitskriterien 64
2. Strukturelle Probleme der Optimierung von Leistungen 68
3. Die zusätzliche Komplexität bei Leistungen im Gesundheitsrecht 73
4. Der Umgang mit Rückkopplungen des anderen Systems 76
5. Folgerungen für die Ausgestaltung einer Optimierung in der Leistungsverwaltung 78
6. Zwischenergebnis zur Einbindung der Wirtschaftlichkeit in den Systemaustausch 79

D. Die Wirtschaftlichkeit bei Leistungsnormen 81

1. Die Wirtschaftlichkeit beim Schutz von Leben und Gesundheit 81
a) Einführung 81
b) Die Pflicht zum Schutz gegenüber spezifischen Risiken 86
c) Der Schutz von Leben und Gesundheit als wirtschaftliche Unterstützungspflicht 90
d) Das Verbot einer Abwägung mit den absolut geschützten Gütern 92
e) Der unvollkommene Schutz vor Eingriffen im Schadensfall 94
f) Die Relativierung aufgrund begrenzter staatlicher Leistungsfähigkeit 96
2. Normierungen zur Wirtschaftlichkeit 99
a) Auf der Suche nach einem allgemeinen Wirtschaftlichkeitsprinzip 99
b) Die Wirtschaftlichkeit im KVG 103
I. Die Suche nach einem Wirtschaftlichkeitsbegriff im KVG 103
II. Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit 107
III. Das wirtschaftliche Handeln von Leistungserbringern 110
IV. Rationierungen 112
V. Globalbudgets 113

VI. Beschränkungen des Angebots durch Spitalplanung und Ärztestopp 115
VII. Listenpreise nach APV und TQV 117
VIII. Standardisierung von Dienstleistungen 121
IX. Fazit 124

3. Die Verhältnismässigkeit als allgemeines Wirtschaftlichkeitskriterium 125
a) Die Ursprünge des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes 125
b) Die Verhältnismässigkeit als Ansatz zur Lösung von Zielkonflikten 127
c) Die Einordnung in der Leistungsverwaltung 128
d) Die Begrenzung von Leistungen nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz 133
e) Die rechtsgleiche Verteilung als Massstab einer Begrenzung von Leistungen 136

4. Rechtsanwendungsermessen 138
a) Das Anwendungsermessen und die Verhältnismässigkeit 138
b) Die real angepasste Kognition 140
c) Die einzelfallbezogene Anwendung von ökonomischen Gesichtspunkten 142

5. Fazit 142

E. Parallele Optimierungen beider Systeme 145

1. Struktur 145

2. Die Statuierung dezentraler, transferierbarer Verfügungsrechte 147
a) Die ökonomische Begründung 147
b) Der normative Schutz von Verfügungsrechten 148
c) Der Nutzen minimaler Ausstattung 150

3. Rationale Entscheidungsträger 152

4. Die Adaption von Entscheidungen im anderen System 154

5. Einbezug des anderen Systems 156

6. Vier Arten der Optimierung eines Regulierungsmasses 159

F. Leitlinien der Optimierung 162

1. Eine Optimierung nach gesamtgesellschaftlichen Zielen 162

2. Lokale und globale Optimierungen 162

3. Die möglichen Kriterien einer dezentralen Optimierung 165
a) Das Pareto-Kriterium 165
b) Das Kaldor-Hicks-Kriterium und die Gesamtvermögensmaximierung 168
c) Die Grenzen der dezentralen Optimierung 170

4. Die administrativen Kosten bzw. Transaktionskosten 172
a) Einführung 172
b) Die Vermeidung von administrativen Kosten 173

5. Die Berücksichtigung externer Effekte 175
a) Systemtheoretische Einordnung externer Effekte 175
b) Die inhaltliche Gliederung von externen Effekten 178
c) Wo positive externe Effekte wirtschaftlich sinnvoll sein können 180
d) Wo positive externe Effekte einen wirtschaftlichen Schaden bewirken können 182
e) Ansätze zur Minimierung externer Effekte 184
I. Autoritative versus private Massnahmen: Coase vs. Pigou 184
II. Coase, Buchanan und Popper 187
III. Ein pragmatischer Standpunkt 188

6. Optimierungsleitlinien aus systemtheoretischer Sicht 192
a) Eine Gesamtausrichtung auf Ziele bzw. Werte 192
b) Optimierung durch eine auf Nutzen und Kosten bezogene Anknüpfung 196
c) Der Einbezug der Kostenstruktur 197
d) Der Einbezug der Probleme von Nutzenbewertungen 199
I. Die Dimensionen der Unbestimmtheit bei Bewertungen 199
II. Die Grenzen der Abwägung von Geld mit Gesundheit und Leben 202
III. Der Wert der Freiheit 203

7. Zur Struktur der Optimierungen 205
a) Eine Übersicht über die involvierten Kausalzusammenhänge 205
b) Modellierung 208
I. Die Annahmen 208
II. Die Regel von L. Hand zur Optimierung von Regeln bei administrativen Kosten 210
III. Die Abwägung des Nutzens mit den Transaktionskosten bei positiven und negativen externen Effekten 214
IV. Der Einbezug des Versicherungsnutzens und der sekundären Kosten 216
V. Probleme der Umsetzung: Asymmetrische Informationen und moral hazard 217
VI. Die Einbettung von moral hazard in die Analyse 218
VII. Der Einbezug von Sanktionen an dezentrale Entscheidungsträger 220
VIII. Der Vorbehalt zu Gunsten von globalen Optima 222
c) Eine Übersicht der Optimierungssituationen 222
d) Das Zusammenwirken mit der normativen Ebene 224

8. Vorschlag einer systemübergreifenden Gliederung der Kriterien der Verhältnismässigkeit 226
a) Der Ansatz 226
b) Die Eignung als kausale Relevanz im Hinblick auf einen Zweck 228
c) Die Erforderlichkeit als Effizienz einer Massnahme 232
d) Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne als Vergleich der Wirkungen von kausalen Einflüssen 235
e) Fazit 238

G. Die Optimierung der Anknüpfung an Kausalzusammenhänge 239

1. Normative Möglichkeiten gegenüber Komplexität 239

2. Die Struktur der Anknüpfung an dezentrale Verursachungsketten 242
a) Die optimale Anknüpfung an innere und/oder äussere Tatsachen 242
b) Die Anknüpfung an die Ursachen (die inneren Fakten) 245
I. Die Problematik dieser Anknüpfung 245
II. Die Steuerbarkeit von zweckwidriger Aktivität 247
III. Der optimale Umgang mit positiven bzw. negativen externen Effekten 249
IV. Fälle optimaler Anknüpfung an inneren Tatsachen trotz positiven externen Effekten 249
c) Die Anknüpfung an Wirkungen 251
I. Die Problematik der Wirkungsanknüpfung 251
II. Die Steuerbarkeit der Anknüpfung an Wirkungen 254
aa) Das Problem 254
bb) Lösungsvorschläge in der Lehre 258
cc) Fazit 260

3. Die Optimierung von administrativen Kosten durch eine kombinierte Anknüpfung im Einzelnen 262
a) Einführung 262
b) Die Kombination ursächlich nicht auflösbarer Wirkungen mit einem objektivierten Verschulden 265
c) Die optimale Höhe der objektivierten Anknüpfung an innere Tatsachen 267

4. Die Grenzen einer Optimierung nach Wahrscheinlichkeiten 271

5. Normative Ansätze der Anpassung an die faktische Komplexität 273
a) Die Senkung des Beweismasses 273
I. Das reduzierte Regelbeweismass im Allgemeinen 273
II. Reduzierte Beweisanforderungen im Privatversicherungsrecht 274

III. Reduzierte Beweisanforderungen bei bestimmten nicht objektiv nachweisbaren Beschwerdebildern 276
b) Die Umkehr der Beweislast 277
I. Die Anpassung an asymmetrische Information 277
II. Die Rechte- und Informationsverteilung als bestimmende Tatsachen für ein Optimum 278

H. Die Integration zweckwidriger Handlungen 280

1. Der Entstehungsgrund zweckwidriger Handlungen 280
a) Die fachliche Komplexität 280
b) Nicht falsifizierbare Regeln 281
c) Informationsasymmetrien und principal-agent-Beziehungen 281
2. Eine Charakterisierung des zweckwidrigen Kreislaufs 285
3. Die erste Konsequenz für die Optimierung: Eine faktenbezogene Anknüpfung 287
4. Die Beschwerden ohne objektiv nachweisbare Ursache und Wirkung als Beispiel 290
a) Die historische Entwicklung 290
b) Die Änderung der Rechtsprechung mit BGE 141 V 281 292
c) Die Fokussierung auf die Alternativursache in BGE 141 V 281 295
d) Leitlinien der bundesgerichtlichen Ursachenanalyse 297
e) Das Ausdehnen der Grenzen faktischer Erkenntnis zum Ausschluss von moral hazard 298
f) Kritik und Empfehlungen 299
5. Gesetzliche Bestimmungen zur Abwehr von moral hazard 303
a) Steuerungen durch bessere Untersuchungen 303
I. Die Charakterisierung der üblichen Abklärung 303
II. Abklärungen durch Observationen 305
III. Die nochmalige Überprüfung von medizinischen Fakten 306
b) Die Steuerung durch spezifische Sanktionen 307
I. Durch Sanktionen des Strafrechts 307
II. Gegenüber Leistungsbezügern 309
III. Gegenüber Leistungserbringern 312
6. Zwischenergebnis zum Ausschluss von moral hazard im Gesundheitsrecht 313

7. Optima bei moral hazard 316
a) Die Modellierung 316
I. Die Struktur des subjektiven Nutzens und der Kosten 316
II. Die Abbildung der unberechtigten Vorteile des Leistungsempfängers 317
III. Die Optimierung der Leistungshöhe bei einem Anteil von moral hazard 318
b) Die Optimierung nach der Sanktionshöhe (Busse) 319
I. Die Relation von Aufklärungswahrscheinlichkeit und Busse 319
II. Bei drohendem Entzug der Grundleistung 321
III. Hohe Bussen zur Neutralisierung von geringen Wahrscheinlichkeiten 321
IV. Die Relation von Bussen und Aufklärungsquote unter Einbezug des zweckwidrigen Handelns 323
c) Die Optimierung durch Aufklärung 325
I. Die Optimierung der Eingriffshöhe 325
II. Kombinationen von Anknüpfungen zur Verminderung von Transaktionskosten 326
d) Unvermeidbare Werturteile bei geringer Nachvollziehbarkeit 328
e) Fazit 329

8. Der Einfluss von moral hazard auf Sozialversicherungen 330
a) Einführung 330
b) Die teilweise fehlende Anknüpfung an die Ursachen bei Sozialversicherungen 331
c) Die ökonomische Begründung durch geringere Transaktionskosten 332

9. Fazit 333

I. Die globale Optimierung bei unabhängigen Wirkungszusammenhängen 337

1. Die systematische Einordnung 337
a) Die Schadensvermeidungspflicht als Beispiel einer globalen Optimierung 337
b) Der Einbezug von Vermeidungszusammenhängen 339
c) Die Relativierung der Wertbasis des Hauptzusammenhanges 341
d) Verschiedene Arten von Abwägungen als Folge 343

2. Die Schadensvermeidungspflicht im Systemaustausch 344
a) Spielräume regulativer Ansätze 344
b) Die Struktur einer Optimierung 346
c) Die Schadensminderungspflicht bei Schäden mit unsicherer Kausalität 348

J. Geduldetes strategisches Verhalten 349

1. Die grundsätzliche Zulassung von privaten Entscheidungsspielräumen trotz teilweise eventuell nicht nichtkooperativen Strategien 349

2. Wenn gegensätzliche Strategien zu einem Gesamtoptimum führen 351

3. Nash-Gleichgewichte mit Preisdifferenzierung 354

4. Nash-Gleichgewichte ohne Anreiz zu Verhandlungen 356

5. Der «hard case» in Sachen Myozyme 358

a) Systematische Fallanalyse 358

b) Vorschlag der Anwendung der vierstufigen Wirtschaftlichkeitsbestimmung 362

6. Fazit 369

K. Schlussbetrachtung 372

1. Resultate der systemorientierten Analyse 372

2. Die Auswirkung auf eine parallele Struktur von Optimierungskriterien 373

3. Das Resultat der bewussteren Wertungen bei Optimierungen 375

4. Der Vorschlag eines Rasters zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit 376

Mathematischer Anhang 378

1. Die Definitionen der Variablen 378

2. Die Darstellung der Optimierungen 379

a) Makroökonomischer Zusammenhang 379

b) Mikroökonomische Betrachtung 380

Kurzzusammenfassung

Neben anderen Faktoren bestimmen die ökonomischen Gründe über das Recht und juristische Entscheidungen. Grundsätzlich sollte sich die Rechtsprechung nicht ohne guten Grund auf wirtschaftliche Kriterien oder den Finanzhaushalt ausrichten. Trotzdem bilden in der Rechtspraxis wirtschaftliche Gründe implizit oder explizit einen entscheidenden Faktor. So hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts z. B. bei der Frage der Einschränkung von Leistungen für sehr hohe Arzneimittelpreise oder bei der Zusprechung von Renten bei nicht objektiv ausgewiesenen Krankheitsbildern massgeblich auf wirtschaftliche Gründe Bezug genommen.

Die vorliegende Arbeit nimmt diese Entscheide zum Anlass, grundsätzliche Überlegungen zum Verhältnis von Recht und Wirtschaft anzustellen. Die Arbeit bedient sich der Systemtheorie von N. LUHMANN und seiner Einordnung des Rechts und der Wirtschaft als soziale Systeme. Besonderes Gewicht wird auf die Optimierung des Zusammenwirkens der beiden Systeme und auf das jeweilige Verhältnis zu ihrer Umwelt gelegt. Nach Massgabe von Gemeinsamkeiten bei der Anknüpfung und bei den Zielen wird versucht, auch bei den Kriterien für die Optimierung eine Parallelität aufzuzeigen.

Zu diesem Zweck wird erstens vom marginalen Zusatznutzen von einer Regulierung ausgegangen. Dieser Ansatz wird zweitens um Ausführungen zu den administrativen Kosten ihrer Umsetzung und zu den Kosten der Absicherung erweitert. Diese Kostenarten entsprechen dabei dem Rahmen der dreiteiligen Kostenstruktur nach G. CALABRESI. Weiter sucht die vorliegende Arbeit drittens die Optima im Umgang auch mit strategisch handelnden Leistungsbezügern, d.h. gegenüber *moral hazard*. Schliesslich werden viertens unabhängige Optima in die Überlegungen einbezogen.

Die rechtliche Analyse des ökonomischen Denkens im Recht folgt der gleichen Methode. Die Struktur der ökonomischen Analyse widerspiegelt sich in normativen Ansätzen zur Erfassung der Wirtschaftlichkeit.

Abstract

Among other factors, economic conditions determine the course of legislative action and judicial decisions. In principle, a judge should not base his or her decision on economic or budgetary factors without good reason. Nevertheless, economic considerations are implicitly or explicitly a factor for the application of the law. To take two examples, the Swiss Federal Supreme Court referred substantially to economic factors when deciding to limit benefit payments for an expensive medication and for early provision of pensions based on medical reasons.

This thesis reflects on the relationship between law and economics. It draws on the system theory of N. LUHMANN and his classification of law and economy as social systems. Emphasis is placed on optimizing the interaction between the systems and their environments. Considering the common features in their substantial factors and aims, the approach is to show the parallels within some optimization criteria.

Accordingly, the economic consequences to citizens of a marginal additional regulation are first measured in a cost-benefit analysis. This approach is extended by adding administrative and hedging costs, corresponding to the three-part cost structure described by G. CALABRESI. Further this thesis considers the optimization in dealing with strategically acting beneficiaries, that is, in dealing with moral hazard. Finally, this thesis looks externally to optima with independent causes.

The analysis of the economic thinking in the law follows the same method. Implicitly, the legal system follows this structure when making economically efficient determinations.

Résumé

Des motifs d'économie sont, parmi d'autres facteurs, la base du droit et des décisions juridiques. En principe, le ou la juge ne devrait pas s'orienter dans sa décision sans raison particulière à des critères économiques ou au budget financier. Néanmoins, en pratique, les motifs économiques forment, soit implicitement, soit explicitement, un élément fondamental du droit et de son interprétation. Par exemple, dans sa jurisprudence le Tribunal fédéral fait référence d'une manière significative à des motifs d'économie. Des tels motifs se trouvent, par exemple, dans des décisions concernant la limitation des prestations de médicaments à un prix élevés ou lors d'attributions de rentes en cas de maladie de caractère non objectivement mesurable.

Le présent travail a comme but d'étudier d'une manière approfondie la relation entre le droit et l'économie. Dans le travail, l'auteur applique la théorie des systèmes selon N. LUHMANN avec sa qualification du droit et de l'économie comme des systèmes sociaux. L'accent est mis sur l'optimisation de l'interaction des deux systèmes et sur leur relation à leur environnement. Prenant en considération les aspects communs concernant leur point d'ancrage et leur objectif, ce travail cherche de même à démontrer un parallélisme des critères pour l'optimisation.

À cette fin, on suppose que l'avantage supplémentaire d'une règlementation soit marginal. Cette approche est ensuite étendue aux frais administratifs de mise en œuvre et aux coûts du contrôle des règles. Ces catégories de coûts correspondent au cadre de la structure tripartite des coûts selon G. CALABRESI. Et puis le présent travail recherche les optima dans les rapports avec les bénéficiaires agissant stratégiquement, c'est-à-dire vis-à-vis l'aléa moral. En outre, le travail contient des considérations en ce qui concerne des optima indépendantes.

L'analyse juridique de l'argumentation économique en droit se fait sur base de la même méthode. La structure de l'analyse économique se reflète aux approches normatives à l'efficacité.

Literaturverzeichnis

A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, in: A. VAN AAKEN/S. SCHMID-LÜBBERT (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, Wiesbaden 2003, S. 89 ff. (zitiert: Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht)

A. VAN AAKEN, „Rational Choice" in der Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2003. (zitiert: «Rational Choice» in der Rechtswissenschaft)

Th. ACKERMANN, Adäquanz und Vorhersehbarkeitsregel, Diss. Bern 2001.

M. ADAMS, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985. (zitiert: Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung)

Akademien der Wissenschaften Schweiz, Methoden zur Bestimmung von Nutzen bzw. Wert medizinischer Leistungen und deren Anwendungen in der Schweiz und ausgewählten europäischen Ländern, Bern 2012. (zitiert: Methoden zur Bestimmung von Nutzen bzw. Wert medizinischer Leistungen)

G. A. AKERLOF, The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: Quarterly Journal of Economics 84 (1970) Nr. 3, S. 488 ff.

M. ALBRECHT, Standortqualität aus Sicht der pharmazeutischen Industrie, Diplomarbeit Universität Trier 1997.

R. ALEXY, A Theory of Constitutional Rights, Postscript, übersetzt von J. Rivers, Oxford 2002, S. 388 ff. (zitiert: A Theory of Constitutional Rights)

R. ALEXY, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a. M. 1986. (zitiert: Theorie der Grundrechte)

R. ALEXY, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Auflage, Frankfurt a. M. 2015. (zitiert: Theorie der juristischen Argumentation*)*

J. M. ANTLE, No Such Thing as a Free Lunch: The Cost of Food Safety Regulation in the Meat Industry, in: American Journal of Agricultural Economics 82 (2000), S. 310 ff.

ARISTOTELES, Nikomachische Ethik (redigiert von O. HÖFFE), Berlin 1995, Buch V.3

J. ASSMANN, Innovationslogik und regionales Wirtschaftswachstum Theorie und Empirie autopoietischer Innovationsdynamik, Diss. Marburg 2002.

Ch. AUER/M. MÜLLER/B. SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008. (zitiert: [Autor], Kommentar Ch. AUER/M. MÜLLER/B. SCHINDLER zum VwVG)

R. AXELROD, Die Evolution der Kooperation, 7. Auflage, München 2009. (zitiert: Die Evolution der Kooperation)

B. BECK, Volkswirtschaft verstehen, 9. Auflage, Zürich 2017. (zitiert: Volkswirtschaft verstehen)

J. BENTHAM, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, London 1789.

T. BERGLUND, Corporate Governance and optimal Transparency, in: J. FORSSBAECK/L. OXELHEIM (Hrsg.), The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency, S. 366 ff.

B. BERNET, Theoretische Überlegungen zur Kosten-/Nutzenfunktion der Finanzmarktregulierung, in: B. BERNET/St. ZWAHLEN (Hrsg.), Kosten/Nutzen-Analyse in der Finanzmarktregulierung, Bern/Stuttgart/Wien 2005, S. 1 ff.

G. BIERI, Gerechtigkeit bei Aristoteles (V), in: O. HÖFFE (Hrsg.), Aristoteles, Nikomachische Ethik, Berlin 2010, S. 135 ff. (zitiert: Gerechtigkeit bei Aristoteles)

M. BINSWANGER, „Qualität bedeutet Zuwendung", Interview in Care Management, Zeitschrift für Integrierte Versorgung, Qualität und eHealth, Ausgabe 6 Dezember 2010, S. 2 f.

M. BOROWSKI, Grundrechte als Prinzipien, 2. Auflage, Baden-Baden 2007. (zitiert: Grundrechte als Prinzipien)

P. BOUMBERGER, Die Schweiz braucht eine Regulierungsbremse, in: Die Volkswirtschaft 10/2015, S. 12 ff.

S. BOWLES/S. POLANÍA-REYES, Economic Incentives and Social Preferences: Substitutes or Complements?, in: Journal of Economic Literature, Juni 2012, S. 368 ff.

P. BRAUNHOFER, Arzneimittel im Spannungsfeld zwischen HMG und KVG aus der Sicht des Krankenversicherers, in: Th. EICHENBERGER/T. POLEDNA (Hrsg.), Das neue Heilmittelgesetz, Zürich 2004, S. 103 ff.

E. BREM, Natürlicher und naturgesetzlicher Kausalzusammenhang im Haftpflichtrecht, in: ZSR 102 (1983), S. 313 f.

F. BREYER/P. ZWEIFEL/M. KIFMANN, Gesundheitsökonomik, 6. Auflage, Berlin/Heidelberg 2013. (zitiert: Gesundheitsökonomik)

C. BROWN, Deterrence in Tort and No-Fault: The New Zealand Experience, in: California Law Review 73 (1985), S. 976 ff.

U. BRÜGGER, Bewertung von neuen medizinischen Leistungen in der Krankenversicherung, Vortrag zu den Health Insurance Days der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften Winterthur, abgehalten in Interlaken vom 14./15. April 2016.

J. M. BUCHANAN, Die Grenzen der Freiheit. Zwischen Anarchie und Leviathan, Tübingen 1975.

J. M. BUCHANAN, Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy: in: The Journal of Law & Economics 2 (1959), S. 124 ff.

C. Ch. BURCKHARDT, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts, in: Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, ZSR 1903, S. 578 ff.

W. E. BÜRGSTEIN, Eigenverantwortung im Schweizer Gesundheitswesen, Eine sozialethische Auseinandersetzung im Kontext steigender Gesundheitskosten, Diss. Freiburg 2013.

G. CALABRESI, The Costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis, New Haven/London 1970. (zitiert: The Costs of Accidents)

G. CALABRESI, The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs, in: Harvard Law Review 78 (1965), S. 713 ff.

R. H. COASE, The Nature of the Firm, in: Economica Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), S. 386 ff.

R. H. COASE, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, Ausgabe 1960/III, S. 2 ff.

Ph. COLATRELLA, Versicherungsmissbrauch in der Krankenversicherung, in: G. RIEMER-KAFKA (Hrsg.), Versicherungsmissbrauch Ursachen-Wirkungen-Massnahmen, Zürich 2010, S. 67 ff.

J. S. COLEMAN, Grundlagen der Sozialtheorie, 3 Bände, München 1991-1993.

Th. D. COOK/D. T. CAMPELL, Quasi-Experimentation: Design & Analysis Issues for Field Settings, Boston 1979.

R. COOTER, Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant, in: University of Pennsylvenia Law Review 144 (1995-1996), S. 1643 ff.

R. COOTER, Structural Adjudication and the New Law Merchant, A Model of Decentralized Law, Berkeley 1994.

R. COOTER/P. RAPPOPORT, Were the Ordinalists Wrong about Welfare Economics?, in: Journal of Economic Literature 22 (1984), S. 507 ff.

R. COOTER/TH. UHLEN, Law and Economics, 5. Auflage, Boston etc. 2008.

R. B. COOTER JR./Th. UHLEN, Law and Economics, International Edition, 6. Auflage, Harlow 2014.

M. CORNELIS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Tübingen 2005. (zitiert: Die Ausgestaltung der Grundrechte)

P. COULLERY, Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen, in: AJP 2001, S. 632 ff.

H. CURTI, Abschreckung durch Strafe: eine ökonomische Analyse der Kriminalität, Wiesbaden 1999.

H. CURTI, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen in der Bundesrepublik Deutschland, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen: Eine empirische Untersuchung, in: C. Ott/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Beiträge zum VI. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts vom 25.-28. März 1998, Tübingen 1999, S. 71 ff.

E. DEUTSCH/H.-J. AHRENS, Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz, Schmerzensgeld, 6. Auflage, München 2014.

D. DEWEES/M. TREBILCOCK, The Efficiency of the Tort System and Its Alternatives – A Review of the Empirical Evidence, in: Osgoode Hall Law Journal 30 (1992), S. 58 ff.

V. DITTMANN ET AL./Universitäre Psychiatrische Kliniken Basel, Literaturstudie als Grundlage zur Entwicklung von evidenzbasierten Gütekriterien zur Beurteilung von psychischen Behinderungen, erarbeitet für das Bundesamt für Sozialversicherungen im Rahmen des mehrjährigen Forschungsprogramms zu Invalidität und Behinderung (FoP-IV), Basel 2009. (zitiert: Literaturstudie als Grundlage zur Entwicklung von evidenzbasierten Gütekriterien zur Beurteilung von psychischen Behinderungen)

R. DOHRENBUSCH, Begutachtung somatoformer Störungen und chronifizierten Schmerzen, Konzepte – Methoden – Beispiele, Stuttgart 2007.

Th. DREPPER, Organisationen der Gesellschaft, Gesellschaft und Organisation in der Systemtheorie Niklas Luhmanns, Wiesbaden 2003.

C. DRÖGE, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin/Heidelberg/New York etc. 2003. (zitiert: Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention)

J.-N. DRUEY, Interessenabwägung – eine Methode? in: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizer Juristentag, Bern/Stuttgart 1981, S. 131 ff.

P. EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Zürich 2002. (zitiert: Drittwirkung von Grundrechten)

P. EGLI, Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2012, 273 ff.

P. EGLI, Was soll das Verwaltungsverfahren? In: recht 2013, S. 65 ff.

B. EHRENZELLER/B. SCHINDLER/R. J. SCHWEIZER/K. A. VALLENDER (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur BV, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014. (zitiert: [Autor], St. Galler Kommentar zur BV)

B. EHRENZELLER/P. MASTRONARDI/R. J. SCHWEIZER/K. A. VALLENDER (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur BV, 1. Auflage, Zürich/Lachen SZ 2002. (zitiert: [Autor], St. Galler Kommentar zur BV, 1. Auflage)

I. EHRLICH/G.S. BECKER, Market insurance, self-insurance, and self-protection, in: American Economic Review 80 (1972), S. 623 ff.

Th. EICHENBERGER/U. JAISLI/R. RICHLI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Heilmittelgesetz, Basel 2006. (zitiert: Basler Kommentar zum Heilmittelgesetz)

H. EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Auflage, Tübingen 2015. (zitiert: Effizienz als Rechtsprinzip)

Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit, «Unfall – kein Zufall!», Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz im Gesundheitswesen unter besonderer Berücksichtigung des Pflegefachpersonals, Luzern 2013.

A. ENDRES/J, MARTIENSEN, Mikroökonomik, Eine integrierte Darstellung traditioneller und moderner Konzepte in Theorie und Praxis, Stuttgart 2007.

K. ENGISCH, Die Relativität der Rechtsbegriffe, in: Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958, S. 68 ff.

W. EUCKEN, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Auflage, Tübingen 1990.

G. EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, Juristische Untersuchungen zum Durchschnittskostenvergleich im Rahmen von Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18.3.1994, Diss. Zürich, Bern/Stuttgart/Wien 2003. (zitiert: Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden).

F. HOFFMANN-LA ROCHE AG, Personalisierte Medizin: Kleine Unterschiede, grosse Wirkung, Basel 2011.

S. FLESSA/W. GREINER, Grundlagen der Gesundheitsökonomie, Eine Einführung in das wirtschaftliche Denken im Gesundheitswesen, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg 2013.

M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 9. Auflage, München 2014. (zitiert: Marktversagen und Wirtschaftspolitik)

Th. GÄCHTER/M. E. MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, in: Jusletter 29. Juni 2015.

J. GEHBAUER, Informationstechnische Unterstützung von Transaktionen, Eine Analyse aus ökonomischer Sicht, Diss. Wiesbaden 1996.

U. GNEEZY/A. RUSTICHINI, Pay Enough or Don't Pay at All, in: Quarterly Journal of Economics 2000, S. 791 ff. (zitiert: Pay Enough or Don't Pay at All)

M. GOLDHAMMER, Geistiges Eigentum und Eigentumstheorie, Tübingen 2012.

H. H. GOSSEN, Entwickelung der Gesetze des menschlichen Verkehrs und der daraus fließenden Regeln für menschliches Handeln, Braunschweig 1854.

B. C. GREENWALD/J. E. STIGLITZ, Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets, in: The Quarterly Journal of Economics, 101 No. 2 (Mai 1986), S. 229 ff. (zitiert: Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets)

P. GREISSINGER, Wirtschaftlichkeitsanalysen im Gesundheitswesen, Analyse und beispielhafte Anwendung der Data Envelopment Analysis, Diss. Köln 1999.

Y. GRÖNINGER/A. LACHER, Kasse für Kranke? Oder Partner für Gesundheit? Strategische Analyse des Schweizer Krankenversicherungsmarktes, Studie der Wirtschaftsberatungsfirma Ernst & Young, Basel 2017.

F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983.

U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016. (zitiert: Allgemeines Verwaltungsrecht)

Y. Ch. HAGMAYER, Denken mit und über Kausalmodelle, Diss. Göttingen 2000.

L. HAJEN/H. PAETOW/H. SCHUMACHER, Gesundheitsökonomie, Strukturen – Methoden – Praxisbeispiele, 8. Auflage, Stuttgart 2017. (zitiert: Gesundheitsökonomie)

Y. HANGARTNER, Bemerkungen zu BGE 131 I 166, Erw. 5.2, 176 f., in: AJP 2005, S. 1149 ff.

D. HART, Die Nutzen/Risiko-Abwägung im Arzneimittelrecht: Ein Element des Health Technology Assessment, in: Bundesgesundheitsblatt Bd. 48 (2005), S. 204-214.

H. L. A. HART/T. HONORÉ, Causation in the Law, 2nd ed., Oxford 1985. (zitiert: Causation in the Law)

H. L. A. HART, Rawls on Liberty and its Priority, in : University of Chicago Law Review 40 (1973), S. 534 ff.

F. HAYEK, The Counter-Revolution of Science, London 1955.

K. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995.

J. R. HICKS, The foundations of welfare economics, in: Economic Journal, Bd. 49 (1939), S. 696 ff.

H. HONSELL/N. P. VOGT/W. WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht Band I, 6. Auflage, Basel 2015. (zitiert: AUTOR], Basler Kommentar zum OR I)

D. HOFSTETTER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Ausgewählte Aspekte, Zürich 2014. (zitiert: Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns)

F. HOHL, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, Bern 2001. (zitiert: Procédure civile)

B. HOLMSTRÖM, Moral Hazard and Observability, in: Bell Journal of Economics, Bd. 10 (1979), S. 74 ff.

H. HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013.

S. HOTZ/Ch. KUHN, Kinder fördern, in: Jusletter 24. April 2017.

J. HOUSER/K. S. OMAN, Evidence-Based Practice, An Implementation Guide for Healthcare Organisations, Sudbury 2011.

D. HUME, Ein Traktat über die menschliche Natur: Teilband I: Buch I, Über den Verstand (übersetzt von Th. LIPPS), Hamburg 2013. (zitiert: Über den Verstand)

P. INGENPASS/B. ROHNER, Ausdifferenzierung von SwissDRG soll Hochdefizitfälle reduzieren, in: Schweizerische Ärztezeitung 2016, S. 730 f.

P. INGENPASS/B. MEYER, SwissDRG 6.0: aktualisierte Strategie in Zukunft notwendig, in: Schweizerische Ärztezeitung 2016, S. 961 f.

N. JANSEN, Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadenersatz, Habilitationsschrift Regensburg, Tübingen 2003. (zitiert: Die Struktur des Haftungsrechts)

I. JEFFRIES, Political Developments in Contemporary China, London/New York 2011.

J. JEGER, Die Entwicklung der „FOERSTER-Kriterien" und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung: Geschichte einer Evidenz, in: Jusletter vom 16. Mai 2011.

M. JENSEN/W. MECKLING, Theory of the firm. Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure, in: Journal of Financial Economics 3 (1976), No. 4, S. 305 ff.

M. W. JONES-LEE, The Value of Live – An Economic Analysis, Chicago 1976.

P.-J. JOST, Effektivität von Recht aus ökonomischer Sicht, Berlin 1998.

A. JOST, Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: ZSR 101 (1982), II. Bd., S. 457 ff.

N. KALDOR, Welfare Propositions of economics and interpersonal comparisons of utility, in: Economic Journal, Bd. 49 (1939), S. 549 ff.

W. KÄLIN/J. KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 3. Auflage, Basel 2013. (zitiert: Universeller Menschenrechtsschutz)

I. KANT, Kritik der reinen Vernunft, herausgegeben von J. TIMMERMANN basierend auf der ersten und zweiten Originalauflage gedruckt in Riga 1781 bzw. 1787, Hamburg 1998. (zitiert: Kritik der reinen Vernunft)

L. KAPLOW/St. SHAVELL, Fairness vs. Welfare, Cambridge Mass. 2002.

H. KARL, Der Einfluss von Ronald Coase auf die Umweltökonomik, in: Ronald Coase' Transaktionskosten-Ansatz, Tübingen 2000, S. 73 ff.

B. KÄSER, Sozialleistungsbetrug, Sozialversicherungsbetrug/Sozialversicherungsmissbrauch, Am Beispiel der Invalidenversicherung in Bezug auf das unrechtmässige Beziehen einer Invalidenrente, Teilaspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes und der Observationen, Diss. Zürich 2011. (zitiert: Sozialleistungsbetrug, Sozialversicherungsbetrug/Sozialversicherungsmissbrauch)

F. KESSELRING, Bemerkungen zum Urteil 9C_334/2010 vom 23.11.2010 i. S. Publisana Krankenversicherung gegen F., in: AJP 2011, S. 573 ff.

M. KESSLER, Internationaler Technologiewettbewerb: Eine theoretische Untersuchung, Heidelberg 1992

M. KETTNER, Kann Ökonomisierung gut und muss Kommerzialisierung schlecht sein?, in: F. HEUBEL/M. KETTNER/A. MANZESCHKE (Hrsg.), Die Privatisierung von Krankenhäusern, Wiesbaden 2010, S. 118 ff.

U. KIESER, Adäquanzdiskussion nach HIV-Infektion, in: HAVE 2014, S. 406 ff.

U. KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2015. (zitiert: ATSG-Kommentar)

U. KIESER, Auf die Leistungen kommt es an: Effizientere Koordination der verschiedenen Sozialversicherungen, in: Neue Zürcher Zeitung vom 20. Dezember 2006, Nr. 296, S. 15.

U. KIESER, Die Zulassung von Arzneimitteln im Gesundheits- und im Sozialversicherungsrecht, in: AJP 2007, S. 1042 ff.

U. KIESER, BGer 9C_151/2016, 9C_153/2016, 9C_155/2016, 9C_507/2016: Spitalplanung, in: AJP 2017 S. 792 ff.

U. KIESER, Überwachung - Eine Auslegung von Art. 44a ATSG [Entwurf], in: G. Frésard-Fellay et al (Hrsg.), Health Insurance Liability Law - Fachartikel [Hill] 2009, Reihe II, Fachartikel Nr. 1.

U. KIESER, Wirtschaftlichkeit – was ist von BGE 136 V 395 zu halten?, HAVE 2013, S. 171 ff.

U. K. KINDHÄUSER, Intentionale Handlung, Berlin 1980.

G. KIRCHGÄSSNER, Es gibt keinen Gegensatz zwischen dem Menschenbild des Grundgesetzes und dem homo oeconomicus!, in: Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, Tübingen 1998, S. 49 ff.

G. KIRCHGÄSSNER, Homo Oeconomicus, Tübingen 1991.

A. KLEY, Teleologische und deontologische Ethik: Utilitarismus und Menschenrechte, in: P. MASTRONARDI, Das Recht im Spannungsfeld utilitaristischer und deontologischer Ethik, Vorträge der Tagung der Schweizer Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (SVRSP) vom 15. und 16. November 2002 in Luzern, Stuttgart 2004, S. 55 ff. (zitiert: Teleologische und deontologische Ethik: Utilitarismus und Menschenrechte)

J. KNOLL, Management von Betrugsrisiken in Versicherungsunternehmen, Diss. Saarbrücken 2011. (zitiert: Management von Betrugsrisiken in Versicherungsunternehmen)

G. KOCHER, Medizinischer Fortschritt und Gesundheitskosten, Managed Care 4/2005, Veranstaltungsbericht von zu den ersten Luzerner Trendtagen Gesundheit vom 22. und 23. Februar 2005.

H. G. KOPP/J. WILLI/A. KLIPSTEIN, Im Graubereich zwischen Körper, Psyche und sozialen Schwierigkeiten, in: Schweizerische Medizinische Wochenschrift 1997, S. 1434.

H. KÖTZ/H.-B. SCHÄFER, Schadensverminderung durch ökonomische Anreize, Archiv für die civilistische Praxis 189 (1989), S. 505 ff.

M. KRADOLFER, Justiziabilität sozialer Menschenrechte, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 2013, S. 521 ff.

E. A. KRAMER, Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, in: ZBJV 123 (1987), 289 ff.

E. A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. Auflage, Bern 2016. (zitiert: Juristische Methodenlehre)

E. A. KRAMER, Schleudertrauma: Das Kausalitätsproblem im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, BJM 2001, S. 153 ff.

D. KRAUSE, Luhmann-Lexikon. 4. Auflage, Stuttgart 2005.

M. KRAWCYK, The Role of Repetition and Observability in Deterring Insurance Fraud, in: The Geneva Risk and Insurance Review 2009, S. 74 ff.

H. KRIEGER, Funktionen von Grund- und Menschenrechten, in: GROTE/MARAUN (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, S. 266 ff.

M. LAMPING, Patentschutz und Marktmacht, Köln 2010.

W. M. LANDES/R. A. POSNER, The Economic Structure of Tort Law, Cambridge Mass./London 1987.

W. M LANDES/R. A. POSNER, The Positive Economic Theory of Tort Law, in: Georgia Law Review 15 (1981), S. 851 ff.

H. LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 1995. (zitiert: Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht)

H. LANDOLT, Öffentliches Gesundheitsrecht - Public Health Law, Zürich/St. Gallen 2009.

St. LANGE, Niklas Luhmanns Theorie der Politik: Eine Abklärung der Staatsgesellschaft, Wiesbaden 2002

H. LANGE, Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen 2003.

K. LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.

M. LESCHKE/D. SAUERLAND, «Zwischen» Pigou und Buchanan? Der Beitrag von Ronald Coase zu einer Institutionenorientierten Theorie der Wirtschaftspolitik, in: I. PIES/M. LESCHKE (Hrsg.), Roland Coase' Transaktionskostenansatz, Tübingen 2000, S. 181 ff. (zitiert: «Zwischen» Pigou und Buchanan?)

G. D. LIBECAP, Contracting for Property Rights, Cambridge Mass. 1993.

A. LIENHARD, Entwicklungen im Staats- und Verwaltungsrecht - Beobachtung aus verwaltungswissenschaftlicher Perspektive, in: KUNZ/WEBER/LIENHARD/FARGNOLI/KREN KOSTKIEWICZ (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, S. 349 ff. (zitiert: Entwicklungen im Staats- und Verwaltungsrecht)

N. LUHMANN, Das Gedächtnis der Politik, in: Zeitschrift für Politik, 41, S. 109 ff.

N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993. (zitiert: Das Recht der Gesellschaft)

N. LUHMANN, Der medizinische Code, in: ders., Soziologische Aufklärung Bd. 5, Konstruktivistische Perspektiven, Opladen 1990. (zitiert: Der medizinische Code)

N. LUHMANN, Die Einheit des Rechtssystems, Rechtstheorie 14, 1983, S. 129 ff. (zitiert: Die Einheit des Rechtssystems)

N. LUHMANN, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997. (zitiert: Die Gesellschaft der Gesellschaft)

N. LUHMANN, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 2002. (zitiert: Die Politik der Gesellschaft)

N. LUHMANN, Die Praxis der Theorie, in: Soziologische Aufklärung Bd. 1, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, 7. Auflage, Wiesbaden 2005, S. 319 ff. (zitiert: Die Praxis der Theorie)

N. LUHMANN, Die Weltgesellschaft, in: ders., Soziologische Aufklärung Bd. 2, Opladen 1975, S. 51 ff. (zitiert: Die Weltgesellschaft)

N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1994. (zitiert: Die Wirtschaft der Gesellschaft)

N. LUHMANN, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1990. (zitiert: Die Wissenschaft der Gesellschaft)

N. LUHMANN, Einführung in die Systemtheorie, Heidelberg 2004, S. 167 ff. (zitiert: Einführung in die Systemtheorie)

N. LUHMANN, Funktion und Kausalität, in: Soziologische Aufklärung Bd. 1, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, 7. Auflage, Wiesbaden 2005. (zitiert: Funktion und Kausalität)

N. LUHMANN, Kausalität im Süden, in: Soziale Systeme 1, Heft 1, Berlin 1995, S. 7 ff.

N. LUHMANN, Kontingenz und Recht, Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, Berlin 2013. (zitiert: Kontingenz und Recht)

N. LUHMANN, Rechtssoziologie, 3. Auflage, Opladen 1987. (zitiert: Rechtssoziologie)

N. LUHMANN, Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a. M. 1987. (zitiert: Soziale Systeme)

N. LUHMANN, Soziologie als Theorie sozialer Systeme, in: Soziologische Aufklärung Bd. 1, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, 7. Auflage, Wiesbaden 2005, S. 158 ff. (zitiert: Soziologie als Theorie sozialer Systeme)

N. LUHMANN, Wirtschaft als soziales System, in: Soziologische Aufklärung Bd. 1, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, 7. Auflage, Wiesbaden 2005. (zitiert: Wirtschaft als soziales System)

M. MAHLMANN, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 4. Auflage, Baden-Baden 2016.

N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 6. Auflage, Stuttgart 2016. (zitiert: Grundzüge der Volkswirtschaftslehre)

G. MARCKMANN, Kosten-Nutzen-Bewertung auf Abwegen …, in: HAVE 2013, S. 166 f.

K. MATHIS, Effizienz statt Gerechtigkeit?, Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Auflage Berlin 2009. (zitiert: Effizienz statt Gerechtigkeit?)

H. R. MATURANA/F. J. VÁRELA, Autopoiesis and Cognition, The Realization of the Living, Dordrecht/Boston/London 1980.

CH. T. MCCORMICK, Handbook on the Law of Damages, St. Paul 1935.

J. MEINERS, Rechtsnormen und Rationalität, Zum Problem der Rechtsgeltung bei Hans KELSEN, Jürgen HABERMAS und Niklas LUHMANN, Berlin 2015, S. 163 f.

H.-J. MERTENS, Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967.

U. MEYER, Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, in: T. GÄCHTER/M. SCHWENDENER M. (Hrsg.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Entwicklungen in der Praxis, 8. Zentrumstag für Sozialversicherungsrecht, Zürich 2009, S. 5 ff. (zitiert: Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht)

U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, Diss. Bern 1985. (zitiert: Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht)

C. J. MILHAUPT, On the (Fleeding) Existence of the Main Bank System and Other Japanese Economic Institutions, in: Law & Social Inquiry 27, S. 425 ff.

J. St. MILL, A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation, 1. Auflage, London 1843. (zitiert: A System of Logic, 1. Auflage)

J. St. MILL, A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation, 8. Auflage, New York 1882. (zitiert: A System of Logic, 8. Auflage)

J. St. MILL, Der Utilitarismus, übersetzt von Dieter Birnbacher, Stuttgart 1976.

P. MOFFETT/G. MOORE, The Standard of Care: Legal History and Definitions: the Bad and Good News, Western Journal of Emergency Medicine 12 (2011) Nr. 1, S. 109 ff.

F. M. MOGHADDAM/Ch. STUDER, Illusions of Control, Westport CT/London 1998.

F. MOMMSEN, Zur Lehre vom Interesse, Braunschweig 1855.

P. MOOR, Für eine mikropolitische Theorie des Rechts, Bern/Baden-Baden 2011.

H. MÜHLENKAMP, Wirtschaftlichkeit im öffentlichen Sektor, Berlin/München/Boston 2015.

G. MÜLLER/F. UHLMANN, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013.

J. P. MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 621 ff.

J. P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964.

K. MÜLLER, Insurance Claims Fraud: Optimal Auditing Strategies in Insurance Companies, in: Essays on Insurance Management, Diss. St. Gallen 2013. (zitiert: Insurance Claims Fraud)

G. MÜLLER, Schutzwirkung der Grundrechte, in: MERTEN/PAPIER, Handbuch der Grundrechte, Bd. VII/2, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007.

M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013. (zitiert: Verhältnismässigkeit)

J. F. NASH, Non-Cooperative Games, in: Annals of Mathematics, Bd. 54 (1951), S. 286 ff.

J. F. NASH, Non-Cooperative Games, Princeton 1950.

T. NECHYBA, Microeconomics: An Intuitive Approach, Mason 2011.

M. NETTESHEIM, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 130 (2005), S. 71 ff.

J. von NEUMANN, Zur Theorie der Gesellschaftsspiele, Mathematische Annalen Nr. 100, 1928, S. 295 ff.

A. NIEDERER, Vom schwierigen Kampf gegen einen unsichtbaren Feind, „Problemkeime" im Spital, NZZ vom 8. Januar 2014.

M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht Band II, 3. Auflage, Basel 2013. (zitiert: [AUTOR], Basler Kommentar zum StGB Bd. II).

M. NOVAK, Inhalt, Bedeutung und Durchsetzungsmechanismen der beiden UNO-Menschenrechtspakte, in: KÄLIN/MALINVERNI/NOVAK, UNO-Menschenrechtspakte, S. 11 f.

F. NUSCHELER Weltprobleme, in: Entwicklungspolitik: Theorien – Probleme – Strategien, in: R. STOCKMANN/U. MENZEL /F. NUSCHELER (Hrsg.), München 2010, S. 207 ff.

K. OFTINGER/STARK E. W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Zürich 1989.

K. OFTINGER/STARK E. W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995. (zitiert: Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I)

W. OGGIER, Tarif und Tarifanpassung in der Krankenversicherung, Ein juristischer, ökonomischer und methodischer Blick auf den ambulanten Bereich, Bern 2015.

W. OGGIER, Zwischen Globalbudget und Vertragsprinzip, NZZ vom 16.3.2017.

O. OPITZ/R. KLEIN, Mathematik-Lehrbuch für das Studium der Wirtschaftswissenschaften, 11. Auflage, Berlin/München/Boston 2014.

G. PALMER, New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years on, in: University of Toronto Law Journal 44 (1994), S. 223 ff.

V. PARETO, Cours d'economie politique, Lausanne 1897.

V. M. PAULY, The Economics of Moral Hazard: Comment, in: American Economic Review 1968 (58), S. 531 ff.

F. Th. PETERMANN, Rechtliche Betrachtungen zum Off-Label-Use von Pharmazeutika, in: Health Insurance Liability Law [Hill], 2007, Fachartikel Nr. 2.

H. PFAFF ET AL., in: Th. SCHOTT/C. HORNBERG (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit: 20 Jahre Public Health in Deutschland: Bilanz und Ausblick einer Wissenschaft, Wiesbaden 2011, S. 50 f.

U. PFEFFERKORN, Der Begriff der Zweckmässigkeit im Schweizer Krankenversicherungsgesetz, Master Thesis am Winterthurer Institut für Gesundheitsökonomie, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Winterthur 2010.

B. PFIFFNER RAUBER, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege, Diss. Zürich 2003.

I. PIES, Theoretische Grundlagen demokratischer Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik – Der Beitrag von Roland COASE, in: Ronald COASE' Transaktionskosten-Ansatz, Tübingen 2000, insbesondere S. 1 ff. (zitiert: Theoretische Grundlagen demokratischer Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik)

A. C. PIGOU, The Economics of Welfare, 4. Auflage, London 1932.

T. POLEDNA/M. TSCHOPP, Der Myozyme-Entscheid des Bundesgerichts, in: Jusletter vom 7. Februar 2011.

K. R. POPPER, A World of Propensities: Two New Views of Causality, Bristol 1990.

K. R. POPPER, Conjectures and Refutations, The Growth of Scientific Knowledge. Routledge, London, 1963.

K. R. POPPER, Das Elend des Historizismus, Tübingen 1965.

K. R. POPPER, Logik der Forschung, Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft, Wien 1935. (zitiert: Logik der Forschung)

R.A. POSNER, "Guido Calabresi's 'The Costs of Accidents': A Reassessment," in: Maryland Law Review, Vol. 64:12 (2005), S. 12 ff.

R. A. POSNER, Economic Analysis of the Law, 8. Auflage, Austin etc. 2011.

R. A. POSNER, Utilitarianism, Economics and Legal Theory, in: The Journal of Legal Studies Vol. 8 (1979), S. 103 ff.

W. RAUB/J. WEESIE, Reputation and Efficiency in Social Interactions, An Example of Network Effects, in: American Journal of Sociology 96, S. 626 ff.

J. RAWLS, Theorie der Gerechtigkeit (übersetzt von H. VETTER), Frankfurt am Main 1979.

G. RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadenverhütungs- und Schadenminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Habil. Freiburg 1999. (zitiert: Die Pflicht zur Selbstverantwortung)

G. RIEMER-KAFKA, Vereinfachungen im System der schweizerischen Sozialversicherungen, Problemfelder und Lösungsvorschläge, Bern 2014.

B. RIGOD, Optimal Regulation and the Law of International Trade, The Interface between the Right to Regulate and WTO Law, Cambridge U. K. 2015.

V. ROBERTO, Haftpflichtrecht, Bern 2013.

J. RÖDING, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin 1969.

R. ROGERS/K. D. SEWELL/N. D. GILLARD, Structured Interview of Reported Symptoms-2 (SIRS-2) und Professional Manual, Lutz 2010.

K. F. RÖHL, Recht und Wirtschaft als Thema der Rechtssoziologie, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 26 (2005), S. 7 ff.

M. ROMANENS, Welchen Preis hat die Würde, in: Schweizerische Ärztezeitung 2011, S. 1335 ff.

H. RUDOLPH, Meyers kleine Enzyklopädie Mathematik, 14. Auflage, Mannheim/Zürich 1995.

A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung: Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich, Freiburg im Üechtland 1998. (zitiert: Haftpflicht und Sozialversicherung)

B. RÜTSCHE/A. WILDI, Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht: Wo wird die Grenze zur Rationierung überschritten? in: recht 2016, S. 199 ff. (zitiert: Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht)

P. SALADIN, Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sogenannte „Drittwirkung" der Grundrechte, SJZ 1988, S. 373 ff.

H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, 5. Auflage, Berlin/Heidelberg 2013. (zitiert: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts)

B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2010. (zitiert: Verwaltungsermessen)

M. SCHLANDER, Gesundheitsökonomie: Der Effizienz auf der Spur, in: Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen, Nr. 2/2009, S. 117 ff.

B. SCHLINK, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, in: P. BADURA/H. DREIER, Festschrift 50. Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001, S. 445 ff.

E. SCHNEIDER, Logik für Juristen, Berlin/Frankfurt am Main 1965.

O. SCHÖFFSKI/W. GREINER, Das QALY-Konzept als prominentester Vertreter der Kosten-Nutzwert-Analyse, in: O. SCHÖFFSKI/J.-M. GRAF VON DER SCHULENBURG (Hrsg.), Gesundheitsökonomische Evaluationen, 5. Auflage, Berlin/Heidelberg 2012, S. 71 ff. (zitiert: Das QALY-Konzept als prominentester Vertreter der Kosten-Nutzwert-Analyse)

O. SCHÖFFSKI, Grundformen gesundheitsökonomischer Evaluationen, in: O. SCHÖFFSKI/J.-M. GRAF VON DER SCHULENBURG (Hrsg.), Gesundheitsökonomische Evaluationen, 5. Auflage, Berlin/Heidelberg 2012, S. 43 ff. (zitiert: Grundformen gesundheitsökonomischer Evaluationen)

B. SCHULIN, Der natürliche - vorrechtliche - Kausalitätsbegriff im zivilen Schadenersatzrecht, Berlin 1976.

R. SCHÜTZEICHEL, Sinn als Grundbegriff bei Niklas Luhmann, Frankfurt a.M. 2003.

A. SCHWARTZ, Informations- und Anreizprobleme im Krankenhaussektor, Eine institutionenökonomische Analyse, Wiesbaden 1997.

R. J. SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 43, N. 32 und 34.

Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Forschung mit Menschen, Ein Leitfaden für die Praxis, 2. Auflage, Basel 2015.

T. DE SCITOVSKY, A Note on Welfare Propositions in Economics, in: Review of Economic Studies 1941, S. 77 ff.

St. SHAVELL, An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts, in: Journal of Legal Studies 9 (1980), S. 463 ff.

St. SHAVELL, Economic Analysis of Accident Law, Cambridge Mass. 2007.

St. SHAVELL, Strict liability versus negligence, in: Journal of Legal Studies 9 (1980), S. 1 ff.

St. SHAVELL, Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability, in: Journal of Law and Economics 28 (1985), S. 587 ff.

SKOS-Richtlinien, 4. überarbeitete Ausgabe, Bern 2005, mit Nachträgen bis 12/2016.

A. SMITH, An Inquiry into the Nature and the Causes to the Wealth of Nations, Glasgow 1776.

M. SPENCE, Job Market Signaling, in: The Quarterly Journal of Economics, 87 (1973) Nr. 3, S. 355 ff.

S. STAHL, Schutzpflichten im Völkerrecht - Ansatz einer Dogmatik, Berlin 2012. (zitiert: Schutzpflichten im Völkerrecht)

P. STAHLECKER/N. HAUENSCHILD/M. KLINTWORTH, Optimierung und ökonomische Analyse, Heidelberg 2003.

R. N. STRASSFELD, If . . .: Counterfactuals in the Law, in: George Town Law Review 60 (1992), S. 339 ff.

W. STREUER, Die positiven Verpflichtungen des Staates, Eine Untersuchung der positiven Verpflichtungen des Staates aus den Grund- und Menschenrechten des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 2003. (zitiert: Die positiven Verpflichtungen des Staates)

G. TEUBNER, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a.M. 1989.

A. TARSKI, Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen, in: Studia philosophica 1 (1935), S. 261 ff.

M. TIEZEL, Die Rationalitätsannahme in den Wirtschaftswissenschaften oder Der homo oeconomicus und seine Verwandten, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Bd. 32 (1981), S. 115 ff.

St. TODD, Forty Years of Accident Compensation in New Zealand, in: Thomas M. Cooley Law Review Vol. 28: 2 (2011), S. 189 ff.

M. TROTTMANN ET AL., Auswirkungen der Medikamentenabgabe durch die Ärzteschaft (Selbstdispensation) auf den Arzneimittelkonsum und die Kosten zu Lasten der OKP – Schlussbericht, Studie im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Olten 2014.

P. TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 149 ff.

M. UJEYL/C. SCHLEGEL/S. WALTER/U. GUNDERT-REMY, Neue Arzneimittel: Verfügbarkeit von Daten zum therapeutischen Stellenwert bei Markteinführung, in: Deutsches Ärzteblatt 2012 (109), Heft 7, S. 117 ff.

H. ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, 2. Auflage, Bern/Stuttgart 1970. (zitiert: Die Unternehmung als produktives soziales System)

U. UNDEUTSCH, Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen, in: U. UNDEUTSCH (Hrsg.), Forensische Psychologie, Handbuch der Psychologie Band 11, Göttingen 1967, S. 26 ff.

W. VEITH, Gerechtigkeit, in: M. HEIMBACH-STEINS (Hrsg.), Christliche Sozialethik, Ein Lehrbuch, Band 1 Grundlagen, Regensburg 2004, S. 315 ff.

M. E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage, Zürich 1999.

B. VIRET, Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Zürich 1991.

St. VOIGT, Die konstitutionelle Ökonomik als Herausforderung für die Theorie der Wirtschaftspolitik – zugleich eine Skizze zur Weiterentwicklung einer ökonomischen Theorie einer Verfassung, in: I. PIES/M. LESCHKE, James Buchanans konstitutionelle Ökonomik, Tübingen 1996, S. 157 ff.

B. WALDMANN/E. M. BELSER/A. EPINEY (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015. (zitiert: [Autor], Basler Kommentar zur BV).

M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922.

G. J. WEDING, Health Status and the Demand for Health, in: Journal of Health Economics 7 (1988), S. 151 ff.

M. WEPFER/Ch. OESCHGER, Revidierte ambulante Tarifstruktur: Einen gemeinsamen Nenner finden, in: Schweizerische Ärztezeitung 2016, S. 354 ff.

P. WIDMER., Gefahren des Gefahrensatzes, ZBJV 1970, S. 289 ff.

P. WIDMER/P. WESSNER, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Revision des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 2000.

D. WIDRIG/B. TAG, Rechtliche Aspekte der Kosten-/Nutzenbewertung in der Medizin, Hill 2012 Nr. 65.

H. P. WIDMAIER, in: H. P. WIDMAIER (Hrsg.), Politische Ökonomie des Wohlfahrtsstaates: eine kritische Darstellung der Neuen Politischen Ökonomie, Frankfurt a. M. 1974, S. 9 ff.

P. WINCKLER/K. FOERSTER, Zum Problem der «zumutbaren Willensanspannung» in der sozialmedizinischen Begutachtung, Med Sach 92, S. 120 ff.

World Health Organisation, The Right to Health, Fact Sheet Nr. 31, Genf 2008.

World Health Organisation, The World Health Report 2000, Health Systems: Improving Performance, Genf 2000.

U. ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, in: ZSR 97 (1978), II. Bd., S. 13 ff.

P. ZWEIFEL/W. G. MANNING, Moral Hazard and Consumer Incentives in Health Care, in: Handbook of Health Economics Volume 1A, A. J. CULYER/J.P. NEWHOUSE (Hrsg.), Amsterdam 2000, S. 410 ff. (zitiert: Moral Hazard and Consumer Incentives)

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, SR 831.10
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947, SR 831.101
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Zürich
*a*KVG	altes Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10, in der Version vom 1. Januar 1996
a. M.	am Main
AMNOG	Deutsches Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungs-gesetz) vom 22. Dezember 2010, BGBl. I S. 2262 (Nr. 67)
APV	Auslandpreisvergleich
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungs-rechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1
AWV	Verordnung über die Arzneimittelwerbung (Arzneimittel-Werbever-ordnung) vom 17. Oktober 2001, SR 812.212.5
BAG	Bundesamt für Gesundheitswesen
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGBl. I	Bundesgesetzesblatt der Bundesrepublik Deutschland, Teil I
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002
BGBM	Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995, SR 943.02
BGE	Bundesgerichtsentscheid (amtlich veröffentlicht)
BGer	Bundesgericht/Bundesgerichtsentscheid (unveröffentlicht)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005, SR 173.110

BIP	Bruttoinlandprodukt
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BöB	Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848-1947
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht
BVET	Bundesamt für Veterinärwesen, ab 2014 Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen BLV
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982, SR 831.40
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CHF	Schweizer Franken
Co.	Corporation
ders.	derselbe
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
DRG	Diagnosis Related Groups (engl. Diagnosebezogene Fallgruppen)
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ELG	Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006, SR 831.30
ELV	Verordnung über die Ergänzungsleistungen zur Alters-. Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 15. Januar 1971, SR 831.301
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, von der Bundesversammlung genehmigt am 3. Oktober 1974, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101
engl.	englisch
EpG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 28. September 2012, SR 818.101

Erw.	Erwägung
et al.	et alii/et aliae/et alia (lat. und andere)
etc.	et cetera (lat. und so weiter)
EuGRZ	Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift
EUR	Euro
ev.	eventuell
f./ff.	folgend(e)
FamZG	Bundesgesetz über die Familienzulagen (Familienzulagengesetz) vom 24. März 2006, SR 836.2
FHG	Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz) vom 7. Oktober 2005, SR 611.0
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum (Schweizer Ärzteverband)
FN.	Fussnote
FoP-IV	Forschungsprogramm Invalidenversicherung
franz.	französisch
GPK	Geschäftsprüfungskommission
Habil.	Habilitation
HAVE	Haftung und Versicherung, Zürich
HFG	Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz) vom 30. September 2011, SR 810.30
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
h. M.	herrschende(r) Meinung
HMG	Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz) vom 15. Dezember 2000, SR 812.21
HMO	Health Maintenance Organization (engl. Gesundheitserhaltungsorganisation)
Hrsg.	Herausgeber
HSG	Universität St. Gallen
HTA	Health Technology Assessment (engl. Medizinal-Technik Folgenabschätzung)
HVA	Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung vom 28. August 1978, SR 831.135.1
HVI	Verordnung des EDI über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung vom 29. November 1976, SR 831.232.51

ICD-10	Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme
inkl.	inklusive
insbes.	insbesondere
i. S.	in Sache(n)
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, SR 831.20
i. V. m.	in Verbindung mit
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961, SR 831.201
Jr.	Junior
Kap.	Kapitel
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 251
KHG	Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983, SR 732.44
KHMI	Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung, gültig ab 1. Januar 2013
KlinV	Verordnung über klinische Versuche in der Humanforschung vom 20. September 2013 (SR 810.305)
KLV	Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung) vom 29. September 1995, SR 832.112.31
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995, SR 832.102
lat.	lateinisch
lit.	litera (lat. Buchstabe)
LS	Loseblattgesetzessammlung des Kantons Zürich
Mass.	Massachusetts
MiGeL	Mittel- und Gegenständeliste gemäss KLV Anhang 2
Mio.	Million(en)
N.	Note

NIS	New Israeli Sheqel (israelische Währung)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development (engl. Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung, Wien
OKP	Obligatorische Krankenpflegeversicherung
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 2011, SR 220
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002, SR 171.20
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz) vom 25. Juni 1954, SR 232.14
PÄUSBONOG	Pathogenetisch ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage
Pra	Die Praxis, Basel (Entscheidsammlung mit übersetzten Entscheiden insbesondere des Bundesgerichts)
PrHG	Bundesgesetz über die Produktehaftpflicht (Produktehaftpflichtgesetz) vom 18. Juni 1993, SR 221.112.944
Prof.	Professor
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985, SR 942.20
QALY	quality adjusted life years (engl. für qualitätsadjustierte Lebensjahre)
Rz	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SAMW	Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften
sel.	selig
sGS	Systematische Gesetzessammlung Kanton St.Gallen
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SIRS	Structured Interview of Reported Symptoms
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
SKOS	Schweizerische Konferenz für öffentliche Sozialhilfe
SL	Spezialitätenliste
SPITEX	spitalexterne Pflege

SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
St.	Sankt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
SuG	Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz) vom 5. Oktober 1990, SR 616.1
SUVA	Schweizeriche Unfallversicherungsanstalt, Luzern
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01
SwissDRG	Swiss Diagnosis Related Groups
TARMED	tarif médical (Schweizer Ärztetarif), Vertrag der FMH und des Krankenkassenverbandes *santésuisse*
THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995, SR 946.51
TQV	therapeutischer Quervergleich
TSG	Tierseuchengesetz vom 1. Juli 1966, SR 916.40
u. a.	unter anderem/unter anderen
U. K.	United Kingdom (engl. vereinigtes Königreich)
UNO	United Nations Organization (engl. Organisation der Vereinten Nationen)
U. S.	United States (engl. Vereinigte Staaten)
USA	United States of America (engl. Vereinigte Staaten von Amerika)
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) vom 7. Oktober 1983, SR 814.01
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, SR 241
v.	versus
VEMS	Verein Ethik und Medizin Schweiz
vgl.	vergleiche
VKP-KMU	Verordnung über die Koordination der Politik des Bundes zugunsten der kleinen und mittleren Unternehmen vom 8. Dezember 2006, SR 172.091
Vorbem.	Vorbemerkung(en)

VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz), vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, vom 2. April 1908, SR 221.229.1
WEF	World Economic Forum (engl. Weltwirtschaftsforum)
WHO	World Health Organization (engl. Weltgesundheitsorganisation)
WTO	World Trade Organization (engl. Welthandelsorganisation)
WZW	Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit
www	World Wide Web
ZaK	Zivilrecht aktuell, Wien
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie, Stuttgart/Berlin (ab 1. Januar 2016)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert(e/r/s)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel
€	Euro
§	Paragraph
%	Prozent
2nd	second (engl. zweite/r/s)

A. EINLEITENDE WORTE

1. Die Auslöser

Wenige Fragen prägen die aktuelle gesellschaftliche Diskussion so intensiv wie die Auseinandersetzung über Ausmass und Gestalt staatlicher Leistungen innerhalb eines Staatswesens. Einen massgeblichen Teil nehmen die Kosten für Leistungen des Gesundheitswesens ein. Deren Anteil des Bruttoinlandprodukts ist seit 1990 bis ins Jahr 2014 von 7,51 % auf 11,08 % gestiegen.[1] Dazu kommen die Kosten für Leistungen zum Ausgleich der Erwerbsunfähigkeit wegen fehlende Gesundheit, welche über diverse Sozialversicherungen aufgefangen werden.[2] Diskutiert wird in der Gegenwartsperspektive über «Wer», «Wie», «Warum», in der Zukunftsperspektive vor allem über das «Wohin», oder oft – mit Wertung – auch über das «Wo wird das noch enden?».

Staatliche Leistungen wegen Einschränkungen der Gesundheit beanspruchen dabei nicht nur die Nachfrager auf dem Gesundheitsmarkt, sondern auch die Anbieter, d. h. die Erzeuger von Dienstleistungen und Produkten des Gesundheitswesens, bei Einzelentscheidungen oder im Rahmen ihrer Geschäftspolitik. Die verschiedenen Ansprüche widersprechen sich gesamtwirtschaftlich nicht, solange dem Staat oder den finanzierenden Bürgern als Adressaten unbeschränkt Mittel zur Verfügung stehen. Nachdem dies in der zweiten Dekade des 21. Jahrhunderts offenkundig und unbestritten in vielen Staaten, gerade auch jenen mit guter medizinischer Versorgung, nicht mehr der Fall ist, sondern die prozentualen Ausgaben für die Gesundheitsversorgung gemessen am Bruttoinlandprodukt steigen,[3] prallen die Erwartungen der Steuer- und Prämienzahler einerseits und der Emp-

---

[1] Bundesamt für Statistik, Kosten des Gesundheitswesens - Im Verhältnis zum Bruttoinlandprodukt, zu laufenden Preisen - In Prozent für den Zeitraum 1990 bis 2014, veröffentlicht am 27. Oktober 2016, vgl. die Internetseite <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/querschnittsthemen/monitoring-legislaturplanung/alle-indikatoren/leitline-3-sicherheit/kosten-gesundheitswesen.assetdetail.453373.html>, besucht am 9. Juli 2017.

[2] Anwendbar sind je nach Art der Schädigung und deren Stadium teilweise alternativ, teilweise kumulativ das IVG (SR 831.20), das BVG (SR 831.40), das UVG (SR 832.20), die Militärversicherung, das KVG (SR 832.10) oder auch private Versicherungen nach VVG (SR 221.229.1).

[3] OECD, Health at a Glance: Europe 2016: State of Health in the EU Cycle, Health expenditure per capita in 2015 and average annual growth rates, 2007 to 2015, Paris 2016, im Internet unter <http://dx.doi.org/10.1787/health_glance_eur-2016-table202-en>, besucht am 9. Juli 2017.

fänger und Produzenten von Leistungen andererseits aufeinander. Die Interessengegensätze widerspiegeln sich in Normen und Entscheiden, welche bei staatlichen Leistungen eine Abwägung der Kosten und des Nutzens verlangen, wie z. B. im Rahmen der Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bzw. der Rechtsgleichheit[4] oder bei der Prüfung von Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit[5] von Leistungen nach Art. 32 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung.[6]

Als ein – rückblickend gesehen – einmaliger Versuch, die Notwendigkeit einer Beschränkung der Mittel bei sehr teuren Arzneimitteln aufzuzeigen, kann der Entscheid des Bundesgerichts vom 23. November 2010 BGE 136 V 395, nachfolgend «Myozyme-Entscheid (I)», bewertet werden. Darin tastete sich das Bundesgericht mit Hinweis auf einen untätigen Gesetzgeber – in an sich nicht entscheidrelevanten Erwägungen – für die Ausgaben der Allgemeinheit pro zusätzliches, qualitätsbereinigtes Lebensjahr[7] an eine absolute Kostenbegrenzung von CHF 100‘000 heran. Auf diese Zahl kam das Bundesgericht in Erw. 7.6.2 bzw. 7.6.3 u. a. mittels der zulässigen Kosten einer SPITEX-Pflege im Vergleich zu den Kosten eines Pflegeheims,[8] den von der Praxis zugelassenen Kosten einer onkologischen Behandlung[9] sowie durch Verweise auf die Literatur. Sodann wurde eine Hypothese von 180‘000 Versicherten mit ähnlich eingeschränkter Lebensqualität beim Laufen und gleich hohen Kosten zu ihrer Verbesserung während eines Jahres zu Grunde gelegt und die resultierenden Kosten als mit der Rechtsgleichheit unvereinbar angese-

---

4 Vgl. dazu nachstehend S. 125 ff.

5 Vgl. dazu nachstehend S. 107 ff.

6 KVG (SR 832.10).

7 Dafür wird in der Literatur der Begriff QALY als Abkürzung für *quality adjusted life year* als der qualitätsadjustierte Nutzwert eines Lebensjahrs als Referenzgrösse verwendet.

8 BGE 126 V 334 Erw. 3b sowie Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K 95/03 vom 11. Mai 2004 Erw. 3.2.

9 Die Arbeitsgruppe der Schweizerischen Gesellschaft der Vertrauens- und Versicherungsärzte und der Schweizerischen Gesellschaft für Medizinische Onkologie erachtet Monatskosten von über CHF 8‘000 (Jahreskosten über CHF 96‘000) für ein Arzneimittel in einer *off-label* Indikation als unwirtschaftlich. Zu Pauschalisierungen z. B. in der Onkologie oder in der Wundversorgung vgl. die Publikation der Akademien der Wissenschaften Schweiz, Methoden zur Bestimmung von Nutzen bzw. Wert medizinischer Leistungen, S. 58.

hen. Ob Personen 200 Meter gehen können, ist offensichtlich kein Kriterium, welches die Leiden bzw. Therapieursachen kausal oder in den Kosten vergleichbar für alle Hochpreisfälle umschreibt. Eine Leistung ist nach diesem Bundesgerichtsentscheid nicht vom Staat zu erbringen, wenn sie nicht verallgemeinerungsfähig ist.[10] Weil Leiden sowie Therapien einerseits und die Gesamtkosten andererseits nicht allgemein und einfach vergleichbar sind, hat der Entscheid entsprechend wenig zur Klärung von vorhandenen faktischen Schwellen beigetragen.[11] Nach dem Entscheid könnte je nach Verschulden des Betroffenen die Leistung auch weiter eingeschränkt werden, denn die durch die Grenze geschützte Allgemeinheit sei generell schuldlos.[12] Prof. T POLEDNA führte in seinem Kommentar aus, das Urteil zeige die Grenzen des offenen Kostenübernahmemodells. Sein Wert sei, auf die Sackgasse hinzuweisen und eine Weichenstellung vorzunehmen.[13] M. ROMANENS, Präsident des Vereins Ethik und Medizin Schweiz (VEMS), Olten, zitiert in seiner kritischen Betrachtung des Entscheids I. KANTS Grundlegung zur Metaphysik der Sitten und lässt seine Stimme ausführen, das Leben sei über jeden Preis erhaben; es habe keinen Preis, sondern eine Würde.[14]

Scheinbar ohne Zusammenhang steht eine zweite grössere Baustelle mit ebenfalls ökonomischer Begründung im Raum. Kaum etwas hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts und die Lehre in der letzten Zeit so intensiv beschäftigt, wie die juristische Behandlung somatoformer Schmerzstörungen und anderer Leiden ohne wissenschaftlich erkennbaren kausalen Zusammenhang mit einer fehlenden Erwerbsfähigkeit. Aus ökonomischen Gründen wurde in BGE 130 V 352 die Ver-

---

[10] Vgl. auch F. KESSELRING, Bemerkungen zum Urteil 9C_334/2010 vom 23. November 2010 i. S. Publisana Krankenversicherung gegen F., in: AJP 2011, S. 573 ff, S. 576.

[11] Vgl. in einer Rückschau B. RÜTSCHE/A. WILDI, Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht, S. 203 f.

[12] BGE 136 V 395 Erw. 7.6 und insbesondere Erw. 7.6.3.

[13] T. POLEDNA/M. TSCHOPP, Der Myozyme-Entscheid des Bundesgerichts, in: Jusletter vom 7. Februar 2011, Rz 23 f.

[14] M. ROMANENS, Welchen Preis hat die Würde, in: Schweizerische Ärztezeitung 2011, S. 1335 ff.

mutung der Überwindbarkeit für anhaltende somatoforme Schmerzstörungen statuiert.[15] Diese Rechtsprechung wurde sukzessive auf Krankheitsbilder ohne objektiv nachweisbare Folgen ausgedehnt[16] und bei Rentengründen ohne klare Ursache auch von der Gesetzgebung aufgenommen.[17] Dabei wurden jeweils die tatsächlichen Abklärungen bei einem Mangel an objektiv nachvollziehbaren Erkenntnissen in Frage gestellt. Die Verhinderung von Missbräuchen wurde zur Leitlinie der Rechtsprechung. Das Bundesgericht stellte eine Zunahme der rentenbeziehenden Personen um 27 % von Dezember 2000 bis Dezember 2005 fest und sah sich wegen der Praxis häufiger *tel quel*-Übernahmen der Einschätzungen der behandelnden Ärzte veranlasst zu reagieren.[18] Die Rechtsanwendung hinsichtlich der natürlichen Kausalität wurde seit dem Entscheid BGE 130 V 352 den vermuteten dynamischen Strategien der Leistungsbezüger gegenübergesetzt und die normative Antwort der Justiz dynamisch angepasst. Diese Tendenz zeigt sich auch im Rahmen der Adäquanzprüfung in der IV oder in der Unfallversicherung.[19]

Wohin der Pfad der Rechtsprechung führt, zeigt BGE 142 V 290.[20] Dabei hatte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinanderzusetzen, zu welcher Bezugsgrösse eines Valideneinkommens das Invalideneinkommen von Teilzeitarbeitenden zu setzen ist. Nach dem Urteil ist auch bei Personen mit Teilzeitarbeit nicht mehr der gewollte oder bisherige Beschäftigungsgrad, sondern das hypothetisch erzielbare

---

[15] Vgl. die Rechtfertigung in BGE 141 V 281 Erw. 3.4.1.1 und 3.4.1.2 mit Hinweis auf ausschliesslich gesamtökonomische Gründe der Rentenentwicklung bis BGE 130 V 352. In letztgenannten Entscheid wurde allerdings noch die wissenschaftliche Erkenntnis für die Begründung einer generellen Überwindbarkeit bemüht.

[16] Vgl. nachstehend S. 290 ff.

[17] Vgl. Schlussbestimmungen der Änderung vom 18. März 2011 lit. a IVG (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket). Die dort erwähnten «pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne nachweisbare organische Grundlage» versuchen ursächlich und in der Wirkung nicht fassbare Komplexität einzufangen. Die Kurzbezeichnung PÄUSBONOG stammt von J. JEGER, Die Entwicklung der «FOERSTER-Kriterien» und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung: Geschichte einer Evidenz, in: Jusletter vom 16. Mai 2011, Rz 3. Er wurde vom Bundesgericht aufgenommen, vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_1014/2012 vom 3. Juli 2013 Erw. 7.2.1.

[18] Vgl. den die Überwindbarkeitsvermutung von BGE 130 V 352 nachträglich volkswirtschaftlich begründenden, die entsprechende Praxis aber ändernden Entscheid des Bundesgerichts BGE 141 V 281 Erw. 3.4.1.1.

[19] U. KIESER, Adäquanzdiskussion nach HIV-Infektion, in: HAVE 2014, S. 406 f.

[20] Vgl. dazu auch nachstehend S. 341 ff.

Einkommen massgebend. Das Bundesgericht begründet dies in Erw. 7.1 dieses Entscheides mit der auf die faktischen Möglichkeiten ausgerichteten Definition des Erwerbsunfähigkeitsgrades von Personen ohne Aufgabenbereich in Art. 28*a* Abs. 2 IVG[21] i. V. m. Art. 16 ATSG[22]. Zudem wird argumentiert, eine unterschiedliche Behandlung dieser Fälle von Personen mit und ohne Anerkennung eines Erwerbs im nicht ausgeschöpften Aufgabenbereich würde der Rechtsgleichheit widersprechen.[23] In Anlehnung an ein Berechnungsbeispiel von U. KIESER[24] wird der paradoxerweise positive Effekt der Aufgabe eines zusätzlichen Aufgabenbereichs erwähnt. Einer vom EGMR festgestellten indirekten Diskriminierung von teilzeitarbeitenden Frauen bei Mutterschaft gegenüber Teilzeitarbeitenden[25] wurde somit mittels einer generellen Aufrechnung von erzielbarem Einkommen bei einem Beschäftigungsgrad von 100 % begegnet.[26] Die Stellung der häufig teilerwerbstätigen Frau gegenüber den häufig vollerwerbstätigen Männern wurde ebenso wenig thematisiert wie der Umstand, dass die unterschiedlichen Höhen der Renten gesetzlich zu gewollten Leistungsverminderungen auch bei Teilzeitarbeit führen. Die freiwillig Teilerwerbstätigen sind nun wegen der Berücksichtigung eines unerwünschten Pensums beim Invalideneinkommen und weil sie wegen ihrem Teilpensum eine tiefere Rente erhalten, doppelt negativ von der Teilzeit betroffen. Die Botschaft des Bundesgerichts ist wiederum klar. Der öffentlich-rechtlich tätige Leistungsträger[27] darf als Ausfluss des Gesetzeszwecks im Schadensfall im Rahmen des Zumutbaren eine Mitwirkung bzw. auch Schadensminderung erwarten. Die in

---

21 Bundesgesetz über die Invalidenversicherung IVG (SR 831.20).

22 Bundesgesetz über einen allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG (SR 830.1).

23 BGE 142 V 290 Erw. 6.4.

24 U. KIESER, ATSG-Kommentar, N. 96 zu Art. 16.

25 Vgl. das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) i. S. *Di Trizio* gegen die Schweiz (7186/09) vom 2. Februar 2016.

26 BGE 142 V 290.

27 Als Leistungsträger werden nachfolgend der Bund, die Kantone oder die Gemeinden, deren öffentlich-rechtlich handelnde Anstalten wie z. B. die SUVA, die öffentlich-rechtlich handelnden privaten Versicherer insbesondere nach KVG oder UVG wie z. B. die Krankenkassen bzw. obligatorischen Unfallversicherungen bezeichnet, soweit sie jeweils unter normativen Voraussetzungen individuelle Ansprüche auf kollektive Ressourcen geben. Auf private Versicherungen nach VVG treffend die nachfolgenden Ausführungen nicht generell zu, da u. a. die Risiken im Privatversicherungsbereich beidseits ausgewählt werden können, die Informationsasymmetrien anders strukturiert sind und sie eine flexiblere Kostenstruktur aufweisen.

Art. 16 ATSG statuierte Ausnützung der zumutbaren Möglichkeiten des Leistungsbezügers vermag sich auch gegen eine Vereinbarung eines niedrigeren Pensums durchzusetzen. Dies obwohl sowohl die Wahrung der korrekten Relation von Versicherungsprämien und Leistungen als auch die soziale Perspektive der Nichtdiskriminierung von Teilzeitbeschäftigung gegen die vom Bundesgericht gewählte Lösung sprechen.

Schon im Rahmen der Interpretation des geltenden Rechts überwiegt offensichtlich nicht die eine Art der Gerechtigkeit im Einzelfall,[28] sondern eine gesamtökonomische Betrachtung des staatlichen Leistungssystems. Der Staat soll schon *de lege lata* nach dem Zweck von Sozialversicherungen generell nicht zahlen müssen, wenn der Bürger mit individuellen Entscheidungen den Schaden vermindern oder verhindern kann. Die Zielrichtung der erwähnten Urteile ergibt sich aus einer langfristig orientierten Interpretation der Zweckbestimmung einer Leistungsnorm. Staatliche Leistungen sollen nur im Rahmen der Zweckbestimmung, sparsam und jedenfalls nicht bei zweckfremd von Dritten ausgelösten Sachverhalten ausgerichtet werden müssen. Der Staat soll seine sozialen Aufgaben nur insoweit bestimmungsgemäss erfüllen, als dies auch langfristig betrachtet ökonomisch richtig und innerhalb der Grenzen der wirtschaftlichen Existenz der Versicherungsleistungszweige möglich ist.

2. Ein alternativer Ansatz

Aus der hier gewählten Optik sollen die vorab zu definierenden, unterschiedlichen Prozesse der Optimierung durchleuchtet werden. Beschränkte Mittel rufen, unerheblich von den späteren Definitionen der Nutzenwerte, die Ökonomie als Wissenschaftsdisziplin auf den Plan, weil sich diese mit der Knappheit im Schwerpunkt beschäftigt. Das Anliegen der vorliegenden Arbeit ist, die möglichen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen differenziert in den jeweils anwendbaren faktischen Zusammenhang zu stellen. Die Fragestellungen des Schutzes der Gesundheit können dabei dienen, weil in diesen Bereichen vielfältige Leistungen von verschiedenen Gemeinwesen auf die Beschränktheit ihrer Mittel treffen. Somit sind die ökonomischen Strukturen aufzunehmen und die Outputs nach Massgabe der normativen

[28] Vgl. dazu nachstehend S. 22.

Bewertung der involvierten Ziele und Rechtsgüter abzuwägen. Für den Ökonomen, den Gesetzgeber und den Rechtsanwender ist diese Ausgangslage herausfordernd, denn die im Zusammenwirken der Disziplinen notwendige Wirtschaftlichkeitsprüfung verlangt im Einzelfall eine inhaltlich und zeitlich umfassende Kosten-Nutzen-Analyse, welche die normativen Vorgaben und Güterbewertungen integriert.

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sollen nach dem Gesagten nicht quantitative Bewertungen bilden, sondern die Darstellung von Regeln für eine ökonomische Bewertung von Regeln, d. h. eine normative Ökonomik,[29] einerseits und eine rechtliche Einstufung von ökonomischen Betrachtungen andererseits. Der Ansatz hat im Vorgehen eine Nähe zur Institutenökonomik. Dieser untersucht das Design und die ökonomischen Auswirkungen von normativen Strukturen in der ökonomisch-rechtlichen Interaktion.[30] Nachfolgend wird im Gegensatz dazu weder spezifisch ausgehend von staatlichen Strukturen noch spezifisch in der Auswirkung auf formalisierte Strukturen argumentiert. Insbesondere wird die Problematik von opportunistischen Entscheiden innerhalb von Strukturen als zusätzliche Problematik und nicht als Ausgangspunkt bei staatlicher Optimierung gesehen.[31]

Bei einem Gemeinwesen mit einer nicht unendlichen Zahl von Mitgliedern und Ressourcen ergibt sich zwingend eine mehr oder weniger stark wirkende Budget-Begrenzung. Die entsprechende Mechanik der Verteilung begrenzter Ressourcen zwingt die Ansprüche und Ziele unter eine Abwägung. Von harmonischen Zielen abgesehen, welche zusammengefasst werden können, vermindern die Ausgaben eines Gemeinwesens dessen Fähigkeit, parallel andere Ziele zu erfüllen. Entsprechend wird bei staatlichen Leistungen als Ausfluss eines allgemeinen Verfassungsgedankens ein übergeordnetes Effizienz- und Wirksamkeitsgebot postuliert.[32] Dieser Vorschlag ist insoweit nicht falsch, als das Gegenteil, die Verschwendung gemeinschaftlicher Ressourcen oder die Nichtverwirklichung von Aufgaben, die Er-

---

[29] H. EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 21.

[30] M. ERLEI/M. LESCHKE/D. SAUERLAND, Institutenökonomik, S. 38.

[31] M. ERLEI/M. LESCHKE/D. SAUERLAND, Institutenökonomik, S. 65.

[32] Vgl. z. B. A. LIENHARD, Entwicklungen im Staats- und Verwaltungsrecht, S. 355; vgl. auch D. HOFSTETTER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns, S. 302 ff. oder die Botschaft zum NFA im BBl 2001 S. 2291, 2459.

füllung der Staatprinzipien verhindert und von der Verfassung daher nicht bezweckt sein kann. Entsprechend sollen aus ökonomischer Sicht Mittelverwendungen, die keinen Beitrag zur Erhöhung der vom Verfassungs- oder Gesetzgeber geschützten Werten auslösen, nicht getätigt werden.

Aus normativer Sicht kann sich ein ökonomisches Prinzip entsprechend auch indirekt aus dem Auftrag zur Verwirklichung der übrigen Verfassungsprinzipien ergeben. In der Literatur wird von einer ökonomischen Wohlfahrtsfunktion und einer, nach Massgabe der Wichtigkeit der Ziele einer Verfassung ausgestalteten, verfassungsrechtlichen Wohlfahrtsfunktion gesprochen.[33] Für eine Optimierung bzw. für die Entscheide können für Handlungsalternativen (z. B. über die Ausgabe gemeinschaftlicher Mittel) Nutzendifferenzen nach den Zielfunktionen einer Verfassung ermittelt und so in einer Entscheidungsmatrix verglichen werden.[34] Aus einer Haushaltrestriktion und der Tatsache mehrerer Ziele lässt sich somit als Methode zur Bestimmung der Wirtschaftlichkeit eine mehrdimensionale Vektoroptimierung ableiten.[35] Aus dieser Methode ergibt sich jedoch umgekehrt keine absolute Vorgabe für den Gesetzgeber zur Frage der Höhe von Ressourcen. Ausserhalb der Problematik eines fehlenden staatlichen Leistungsvermögens ist eine Optimierung normativ gesehen nicht zwingend vorzunehmen. Dies umso weniger als der Verfassungsgeber, wie sich z. B. aus dem Auftrag zu einer Grundversorgung hoher Qualität nach Art 117*a* BV ergibt, den vergleichsweise hohen Stellenwert des Schutzes der Gesundheitsgüter betont. Entsprechend ergänzte das Bundesgericht im sogenannten Champix-Entscheid im Vergleich zum Myozyme-Entscheid, dass sich die Wirtschaftlichkeit vorab nach dem erwarteten (Netto-) Nutzen im Vergleich zu anderen Arzneimitteln mit gleichem Behandlungszweck richtet.[36] Damit

---

[33] A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 106 f.; vgl. auch H. MÜHLENKAMP, Wirtschaftlichkeit im öffentlichen Sektor, Berlin/München/Boston 2015, der aufgrund der Abstraktheit der Ziele und der politischen Abhängigkeit die Überführung von normativen Zielen in eine ökonomische Perspektive für zu komplex hält (S. 39).

[34] A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 108 f.

[35] Vgl. zum Begriff die Online-Enzyklopädie Mathepedia unter <www.mathepedia.de/optimierung.aspx>, besucht am 25. Februar 2017.

[36] BGE 137 V 295 Erw. 6.3.2.

wurde der komparative, unter allen möglichen Lösungen global vergleichende Ansatz hervorgehoben.

Der Vorrang auch der Art der ökonomischen Frage ändert nichts daran, dass Güterbewertungen vorzunehmen sind. Eine Bewertung von Gütern ist jedoch je nach der Art des ökonomischen Vergleichs verschieden problematisch. Wird wie im Myozyme Entscheid (1) eine volkswirtschaftliche Optimierung angestrengt, sind nicht nur die verschiedenen Kosten der Bewertung des gleichen Rechtsguts einzubeziehen, sondern auch dessen Abwägung mit allgemeinen Geldmitteln oder, zu Ende gedacht, sogar Evaluationen, bei der die Rechtsgüter verschiedener Personen abgewogen werden müssten, vorzunehmen. Soweit die Ausgaben eines Leistungsträgers somit insgesamt volkswirtschaftlich zu optimieren sind, stellt sich die Frage der richtigen Bewertung der Güter von Leben oder Gesundheit nicht nur im Vergleich zu anderen Behandlungen, sondern auch zu Alternativen der Verwendung staatlicher Mittel. Beim diesem Ziel einer wirtschaftlichen Gesamtoptimierung müssten z. B. die Nützlichkeiten der Leistungen an verschiedene Personen bzw. auch die Nützlichkeit von alternativen Staatsausgaben, verglichen werden. Insbesondere wenn engere Budgetrestriktionen angewendet werden, wird eine Optimierung somit auch einen personen- und leistungsübergreifenden Vergleich und damit ein Vergleich des Nutzens zwischen mindestens zwei Bewertungen von individuellen Gütern mit sich bringen. Die entsprechende Optimierung beinhaltet nicht nur die Frage der Verbesserung der Allokationseffizienz, wie sie üblicherweise und je nach dem Gewicht der Freiheit von dezentralen Entscheidungen nach dem Kriterium von PARETO angestrengt werden kann,[37] sondern auch eine autoritative Feststellung über einen Vollzug. Die Bewertung der Güter Leben und Gesundheit ist nach Massgabe der Höhe einer Budget-Restriktion unvermeidlich, je nach dem angesprochenen Gut und der Art einer Optimierung jedoch in unterschiedlichem Ausmass. Notwendig ist damit einerseits die Bewertung von Gütern, andererseits aber auch ein Konzept, wie diese Werte situationsadäquat in eine Optimierung einfliessen.

Zur Bewertung von Gütern der Gesundheit haben sich in verschiedenen Ländern unter dem Stichwort *Health Technology Assessment* (HTA) umfangreiche Informationsgrundlagen herausgebildet, welche mit klinisch-epidemiologischen, gesund-

[37] Vgl. nachstehend S. 165 ff. und S. 168 ff.

heitsökonomischen und ethisch-juristischen Argumenten Bewertungen vornehmen.[38] Mit diesen Prozessen werden medizinische Technologien, Prozeduren und Hilfsmittel aber auch Organisationsstrukturen, in denen medizinische Leistungen erbracht werden, nach ihrem ökonomischen Wert systematisch bewertet.[39] Nach sogenannten *League-Tables* werden verschiedene medizinische Massnahmen mit ihren Kosten (Gegenwartswert) für ein zusätzliches, qualitätsadjustiertes Lebensjahr (QALY) als Nutzwert untereinander verglichen.[40] Die Problematik liegt dabei in der sehr hohen Komplexitätsreduktion und der resultierenden, häufig fehlenden Vergleichbarkeit der konkreten Umstände.[41] Wichtig erscheint, dass der absolute Schutz der betroffenen Rechtsgüter jedenfalls nicht die Reduktion auf einen Durchschnitt erlaubt. Gerade, weil Zukunftsentwicklung individuell sehr verschieden sein kann, ist auch notwendig, die Fälle nicht nur nach Fallgruppen, sondern auch in der konkreten Verwendung der Daten genauer anzuschauen. Wenn z. B. mit einem QALY die Kennzahl eins für ein Jahr voller Gesundheit und null bei Versterben eingesetzt wird, so wird diese Abstraktion je nach Art der anschliessenden Nutzung den Umständen nicht gerecht. Die Komplexitätsreduktion auf einen quantitativen und einen qualitativen Parameter hat auch wegen des komplexen Einsatzgebiets ihre Tücken. Die kritischste Frage des Vergleichs von Geld einerseits sowie Leben und Gesundheit andererseits ist nicht allgemein lösbar, weil die Komplexitätsreduktion eine Vernachlässigung z. B. des relativen Werts der verfügbaren Mittel, der Entwicklung der Forschung, des Schweregrads der Erkrankung,[42]

---

[38] Akademien der Wissenschaften Schweiz, Methoden zur Bestimmung von Nutzen bzw. Wert medizinischer Leistungen, S. VI.

[39] Vgl. die online-Enzyklopädie Wikipedia unter der Internetadresse <https://de.wikipedia.org/wiki/Health_Technology_Assessment>, besucht am 11. Juli 2017.

[40] O. SCHÖFFSKI/W. GREINER in: O. SCHÖFFSKI/J.-M. GRAF VON DER SCHULENBURG (Hrsg.), Das QALY-Konzept als prominentester Vertreter der Kosten-Nutzwert-Analyse, S. 81 ff.

[41] O. SCHÖFFSKI/W. GREINER in: O. SCHÖFFSKI/J.-M. GRAF VON DER SCHULENBURG (Hrsg.), Das QALY-Konzept als prominentester Vertreter der Kosten-Nutzwert-Analyse, S. 84 und 90 ff. Im Einzelnen von diesen Autoren genannt werden erstens eine zu wenig grosse Transparenz der Komplexitätsreduktion bzw. die Einladung zum leichtfertigen Umgang, zweitens ein unrichtig vereinfachender, mathematisch linearer Umgang mit verschiedenen Stufen von Lebensqualität, drittens eine altersdiskriminierende Wirkung, weil pro zusätzliches Lebensjahr bei älteren Personen die gleiche Massnahme mit höheren Kosten bewertet würde, viertens häufig ungenügende Datenbasis für die Bestimmung der QALY bzw. League-Tabellen und *last but not least* die grundsätzlich fehlende Möglichkeit zur Bewertung der Lebensqualität.

[42] G. MARCKMANN, Kosten-Nutzen-Bewertung auf Abwegen …, in: HAVE 2013, S. 166 f.

des Risikos von Nebenwirkungen oder der Existenz und Zumutbarkeit von Behandlungsalternativen mit sich bringt. Ein qualitätsadjustiertes Lebensjahr ist offensichtlich kein Kriterium, welches für sich genommen z. B. den Erfolg von komplexen, einzelfallabhängigen Therapien verschiedener Krankheiten bei verschiedensten realen Umständen erfassen kann. Noch weniger lassen die Beschreibungen von Ursachen und Wirkungen einer Therapiekausalität einer seltenen Krankheit im Myozyme-Entscheid Rückschlüsse auf den notwendigen Mitteleinsatz zu.

3. Die Annahme von Begrenzungen bei Leistungen

Eine aus der Wirklichkeit einfliessende Beschränkung staatlichen Leistungsvermögens hinterliess schon in der früheren Rechtsprechung explizit Spuren. Das Bundesgericht hatte schon mehrfach die Grenzen unentgeltlicher Leistungen beim Grundschulunterricht nach der Garantie von Art. 19 BV[43] ausgelotet.[44] In BGE 129 I 12 Erw. 6.4 wurde dazu festgehalten:[45]

«Der Anspruch auf Grundschulunterricht umfasst somit nur ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen. Ein Mehr an individueller Betreuung, das theoretisch möglich wäre, kann mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen nicht gefordert werden (Urteil 2P.246/2000 vom 14. Mai 2001, E. 2).»

Im Bereich des Gesundheitswesens sind solche absoluten Grenzen allerdings die Ausnahme geblieben. Die vom Bundesgericht erwähnte Limitierung der Kosten von spitalexterner Pflege wurde zwischenzeitlich relativiert, indem neu auch die

---

[43] BV (SR 101).

[44] Vgl. die Urteile des Bundesgerichts 2P.246/2000 vom 14. Mai 2001 in Erw. 2; BGE 129 I 12 Erw. 6.4 und BGE 138 I 162 Erw. 4.6.2.

[45] Auch der Anspruch auf eine Beschulung, welche den besonderen Bedürfnissen behinderter Kinder nach Art. 20 Abs. 1 des Behindertengleichstellungsgesetzes (SR 151.3) angemessen ist, ist mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen nur ein Anspruch auf ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes und nicht auf ein optimales Bildungsangebot an öffentlichen Schulen, vgl. das BGer im Entscheid 2C_971/2011 vom 13. April 2012 in Erw. 3.1 f. Aus Sicht der Betroffenen zu Recht kritisiert wird, dass wegen der Umsetzungsfreiheit der Kantone im Bereich der Grundschule im Gegensatz zu den späteren Mittel-, Fach- und Hochschulen keine Regeln für den aus Art. 8 Abs. 2 und Art. 19 BV (SR 101) und aus dem Behindertengleichstellungsgesetz abzuleitenden Nachteilsausgleich bestehen, vgl. S. HOTZ/Ch. KUHN, Kinder fördern, in: Jusletter 24. April 2017, N. 101.

positiven psychischen Wirkungen der SPITEX-Betreuung bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung zu beachten sind.[46] Bei bestimmten Behandlungen, z. B. einer Pflege zu Hause durch die SPITEX, hat ein Patient z. B. statt einem stationären Aufenthalt die Möglichkeit, am familiären und sozialen Leben zu Hause teilzunehmen. Dieser zusätzliche, nicht unmittelbar geldwerte Vorteil ist ebenfalls zu gewichten, jedenfalls solange die Kosten nicht unverhältnismässig hoch sind.[47]

Die Beschränkung der Abgabe von Myozyme durch die Rechtsprechung wurde ebenfalls bereits hinfällig. Das Bundesamt für Gesundheitswesen nahm das Präparat auf den 1. November 2011 mit Begrenzungen für eine Verwendung (sogenannte *Limitatio*)[48] in die Liste der in der Grundversicherung vergütungspflichtigen Arzneimittel (Spezialitätenliste, SL)[49] auf. Die Aufnahme von Arzneimitteln in die SL kann von Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht werden, wozu auch eine Begrenzung einer Menge oder von medizinischen Indikationen gehören kann.[50] Nachdem die Krankenkasse im Myozyme Entscheid (I) nicht mit der Aufnahme in die SL einverstanden war, hatte sich das Bundesgericht zum zweiten Mal mit dem gleichen Fall zu beschäftigen.[51] Die Krankenkasse wehrte sich im Myozyme-Entscheid (II) konkret gegen einen vom Bundesamt festgesetzten Preis von CHF 370'000 pro QALY. Das Bundesgericht schützte jedoch die Aufnahme in die SL und führte aus, die Limitierung sei sehr umfangreich und die Kostensenkung bei Aufnahme in die SL erheblich. Entsprechend stützte sich das Bundesgericht auf die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit durch das Bundesamt.[52]

---

[46] Vgl. das BGer im Entscheid 9C_343/2013 in Erw. 4.2.1.

[47] Vgl. sinngemäss das BGer im Entscheid 9C_343/2013 in Erw. 4.2.1.

[48] Vgl. Art. 52 Abs. 1 lit. b KVG und Art. 64*a* ff. KVV.

[49] Vgl. die Spezialitätenliste unter dem Link <http://bag.e-mediat.net/SL2007.Web. External/>, besucht am 28. Dezember 2016.

[50] Vgl. Art 65 Abs. 5 i. V. m. Art. 73 Verordnung über die Krankenversicherung KVV (SR 832.102), vgl. dazu nachstehend S. 112 f.

[51] BGE 142 V 478.

[52] Vgl. BGE 142 V 478 Erw. 6.4.

Im Bereich der Sozialversicherung wurden explizite Maximalbeträge schon anderweitig gesetzlich verankert.[53] In der Rechtsprechung wurde der Wirtschaftlichkeitsbegriff schon betont fallspezifisch ausgelegt[54] und bei der Umsetzung des Rechtsgleichheitsgebots auf eine Basisausstattung Bezug genommen.[55] Ähnlich wurde beim Erfordernis eines Kostenvorschusses im Falle der Ergänzungsleistung zur AHV/IV das Erfordernis eine Budgets bei Rechnungen über CHF 3'000 nur als Ordnungsvorschrift aufgefasst.[56] In einem Entscheid aus dem Jahre 2015 wurden die Kosten eines unbestrittenermassen notwendigen und nützlichen Umbaus eines Fahrzeugs als einem Hilfsmittel der IV auf CHF 25‘000 beschränkt. Das Bundesgericht hielt Kosten von ca. CHF 42'000 für einen Rollstuhllift und eine automatische Hecktür für nicht mehr angemessen, obwohl die im Wesentlichen gleichen Investitionen beim letzten Fahrzeug des Versicherten im Jahre 2000 von CHF 35'000 nochmals als angemessen bestätigt wurden.[57] Abgestützt wurde die Zahl von CHF 25'000 auf ein Kreisschreiben des Bundesamtes für Sozialversicherungen über die Abgabe von Hilfsmitteln.[58] Gemäss dem Entscheid setzt die konkrete Anwendung des Gesetzes «voraus, dass man sich – zumindest dem Grundsatz nach – an die in der Wegleitung festgelegten Kostenlimiten hält».[59] Die Gerichte seien zwar nicht an Kreisschreiben gebunden. Doch müsse dem Bestreben der Verwaltung um rechtsgleiche Gesetzesanwendung Rechnung getragen werden, weshalb nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen abgewichen

---

53 Vgl. den versicherten Verdienst nach Art. 15 UVG, das maximal versicherte Einkommen nach Art. 8 BVG oder das Überentschädigungsverbot nach Art. 69 ATSG (SR 830.1), Beispiele bei U. KIESER, Wirtschaftlichkeit – was ist von BGE 136 V 395 zu halten?, HAVE 2013, S. 171 ff.

54 Zum Wirtschaftlichkeitsgebot von Arzneimitteln (Nikotinentwöhnern) nach Art. 65*a* KVV und Art. 32 KVG vgl. BGE 137 V 295, 309. Zur eingeschränkten Geltung von Art. 32 Abs. 1 KVG und damit zum zulässigen Mehraufwand in der Pflege das Eidgenössische Versicherungsgericht im Entscheid K 95/03 vom 11. Mai 2004 Erw. 2 und Erw. 3.2. Zum Kostenverhältnis und zur Beschränkung auf bestimmte Eingliederungsmassnahmen der IV nach Art. 8 Abs. 1 IVG vgl. BGE 134 I 105 Erw. 3.

55 Z. B. in BGE 134 I 105 Erw. 5.

56 BGE 131 V 263 Erw. 5.2.1.

57 Urteil 9C_308/2014 vom 19. Mai 2015, Erw. 4.9.

58 KHMI, online unter <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/3960/lang:deu/category:34>, besucht am 17. Juli 2016.

59 Urteil 9C_308/2014 vom 19. Mai 2015 Erw. 4.5.

werden solle.[60] Massgebend ist nach dieser Rechtsprechung nicht mehr nur das offensichtliche Missverhältnis im Einzelfall.[61] Ein ungenauer Verweis des Gesetzgebers auf die Art der Hilfsmittel[62] genügte, um das Ausmass der Bedürfnisse nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz in relativ genau bestimmte finanzielle Schranken zu weisen.[63] Dabei wurde die Wirtschaftlichkeit letztlich wegen eines Quervergleichs mit der Alternative eines Behindertentaxis verneint und nicht wegen Fehlern in der Rechnung der Garage, welche den Umbau durchführte.[64]

4. Die Budget-Restriktion und die Rechtsgleichheit

Die vom Bundesgericht erkannten wirtschaftlichen Grenzen stützen sich interessanterweise aber nicht auf ein Mass von normativ zu beachtenden Gleichheiten und Ungleichheiten. Dabei würde das vom Bundesgericht selbst verwendete Kriterium nach ARISTOTELES nach einer Gewichtung von wirtschaftlichen Abweichungen des Einzelnen innerhalb einer wirtschaftlichen Gemeinschaft von Versicherten verlangen. Das Mass, in dem ein Versicherungsfall wegen seiner Ungleichheit einer ungleichen Behandlung bedarf, hätte nach normativen Gesichtspunkten ebenfalls in Bezug zur Gleichheit der Versicherten als Prämienzahler gesetzt werden müssen.[65]

Die Grenze staatlicher Leistungen bestimmt sich in diesen Entscheiden nach einem ungewohnten Verständnis der Rechtsgleichheit. Diese wird nicht eingesetzt, um

---

[60] Urteil 9C_308/2014 vom 19. Mai 2015, Erw. 2.3.

[61] Zum offensichtlichen Missverhältnis zwischen den Kosten und dem Nutzen eines Hilfsmittels vgl. BGE 131 V 167 Erw. 3 oder BGE 131 V 167.

[62] Vgl. Art. 8, Art. 21 und Art. 21^{quater} Abs. 1 lit. a IVG.

[63] Wie auch das Bundesgericht im Urteil 9C_308/2014 Erw. 4.5 festhält, kann das Ausmass der Kosten von spezifischen Umbauten wegen ihrer Abhängigkeit von den jeweiligen Leiden nicht in jedem Fall pauschal quantifiziert werden (mit Verweis auf BGE 131 V 167 und 123 V 18).

[64] Urteil 9C_308/2014 Erw. 4.6.

[65] Nach der auch vom Bundesgericht aufgenommenen Formulierung (vgl. z.B. BGE 125 I 166, 168) nach Aristoteles ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe der Verschiedenheit ungleich zu behandeln (vgl. ARISTOTELES, Nikomachische Ethik (redigiert von O. HÖFFE), Berlin 1995, Buch V.3).

Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu entscheiden, sondern sie wird als Grenze der Berücksichtigung von Ungleichheiten, d. h. als Grenze ihres eigenen normativen Gehalts, verwendet.[66] Die Rechtsgleichheit und das Egalisierungsgebot im Besonderen können jedoch nicht im Bereich ihres fehlenden Geltungsanspruchs als stabile gesetzliche Grundlage dienen. Massgebend waren wirtschaftliche Gründe und insbesondere die Verhältnismässigkeit des notwendigen finanziellen Aufwandes gemäss den politischen Zielen des Gemeinwesens.[67] Die Rechtsgleichheit kann zwar auch betroffen sein, aber nur im finanziellen Bereich beim Vergleich zwischen den Empfängern und den indirekten Zahlern einer Leistung. Diesbezüglich wäre der Grundsatz jedoch für sich genommen – nach der konstanten bundesgerichtlichen Praxis – zu wenig konkret, um irgendwie justiziabel zu sein.

5. Die Zielsetzung

Die vorliegende Arbeit wird sich nach dem oben Gesagten nicht mit den in der Lehre schon *in extenso* behandelten Bewertungsproblemen widmen.[68] Auch eine differenzierte normative Einordnung der wirtschaftlichen Freiheit und der Privatautonomie als Inhalt oder Teilbereich von anerkannten Grundrechten[69] steht aufgrund der ökonomischen Zielrichtung der vorliegenden Arbeit nicht im Vordergrund. Ziel ist eine umgekehrte Vorgehensweise: Mit Hilfe einer ökonomisch begründeten Meinung mit möglichst wenigen vorbestehenden Wertungen sollen Abweichungen und damit Wertungen und Spielräume der Rechtsanwendung erkennbar werden.

Die Arbeit versucht aufzuzeigen, dass die finanziellen Probleme der Sozialwerke ihren Kern nicht in ungewissen Bewertungen der Güter Leben oder Gesundheit haben, sondern im kaum geregelten Zusammenwirken von zwei unterschiedlichen Systemen, nämlich des Rechts und der Wirtschaft. Das Problem von sehr hohen

---

66 Vgl. dazu nachstehend S. 136 ff.

67 Vgl. R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 8 N. 22 und 30.

68 Zu Bewertungen aus einer systematischen Sicht vgl. oben S. 6 sowie nachstehend S. 42 ff.

69 Vgl. z. B. zur Wirtschaftsfreiheit Art. 27 BV und zur persönlichen Freiheit Art. 13 BV.

Kosten für die Wiederherstellung der Gesundheit liegt – wie die Wertung der Umschreibung schon sagt – *prima vista* nicht bei einer Nutzenkalkulation, sondern bei fehlenden Umgrenzungen auf der Kostenseite und einem ungebremsten Konsum von Leistungen der Sozialwerke. Der Entscheid stützt sich denn auch nicht auf ungenügende finanzielle Mittel, sondern auf die von T. POLEDNA erwähnte Weichenstellung der Justiz für die Politik, welche gemäss impliziter Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung[70] nicht in der Lage war, die Probleme der aus externen Gründen ungebremst wachsenden, fremdbeeinflussten Kosten zu lösen.

Die Grenzen der Leistungs- und Schutzpflichten der Staaten werden wie erwähnt häufig mit faktischen Zwängen und fehlenden Mitteln des Staates begründet. Jedoch fehlen dogmatisch gesicherte, nachvollziehbare Kriterien, welche ökonomischen Überlegungen bei der Kosten-Nutzenanalyse anzustellen sind. Zwar wird auch die Pflicht des Staates zum Schutz der Bürger in bestimmten Situationen von der Rechtsprechung als Pflicht auf faktischer Ebene verstanden und wird die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit auch bei staatlichen Leistungen und Schutzpflichten von der herrschenden Meinung befürwortet, doch erscheint nicht im Ansatz klar, nach welchen Grundsätzen die finanziellen Interessen der Allgemeinheit einbezogen werden sollen. Die Anknüpfung gemäss dem Myozyme-Entscheid (I), wonach aus Gründen der Rechtsgleichheit die Verallgemeinerungsfähigkeit einer Ausgabe massgebend sein soll, erscheint dogmatisch als ungeeignet. Denn ein überwiegend normativer, egalitärer Ansatz wird, wie nachstehend noch im Detail gezeigt werden soll,[71] im Bereich der Verwendung von finanziellen Mitteln weder der Problematik der Verschiedenartigkeit faktischer Ursachen noch einer Differenzierung unterschiedlicher Wirkungen der Norm gerecht.

Soweit die Rechtsgleichheit einen Vergleich von Bewertungen des Lebens oder der Gesundheit Einzelner begründen soll, wird ein sehr heikles und umstrittenes Terrain betreten.[72] Eine Entscheidung sollte entsprechend nicht auf der Grundlage von absoluten, schwierigen Bewertungen des Lebens und der Gesundheit Einzelner, sondern auf der Basis einer Abwägung des Eingriffs in persönliche Güter mit

---

70 Vgl. BGE 136 V 395 Erw. 7.5.

71 Vgl. nachstehend S. 136 ff.

72 Vgl. nachstehend S. 86 ff. und S. 202.

gesamtgesellschaftlich involvierten Werten getroffen werden. Als Orientierungshilfe für den im Umgang mit privaten Gesundheitsgütern ethisch erforderlichen Blickwinkel kann die Gesetzgebung zur Forschung am Menschen dienen.[73] Die Rechtsgleichheit kann bei Leistungen allenfalls ein Minimum von Hilfe erfassen, liefert aber keine genügend bestimmbare Entscheidungsgrundlage für Eingriffe in Gesundheitsgüter bei grundsätzlich noch ausreichenden finanziellen Mitteln.

Das Ziel der rechtlichen und ökonomischen Analyse ist auch aufzuzeigen, inwiefern Anknüpfungs- und Zurechnungskriterien der Eingriffsverwaltung für die Leistungsverwaltung nutzbar gemacht werden können.[74] Als Eingriffsverwaltung werden dabei staatliche Aktivitäten aufgefasst, welche in der Regel hoheitlich in private Freiheiten und Rechte eingreifen,[75] während im Rahmen der Leistungsverwaltung aus wirtschaftlichen oder sozialen Gründen private Rechte eingeräumt werden. Die Unterscheidung weist damit in einer dynamischen Betrachtung auf einen sachlich differenzierten Systemaustausch hin, bei dem primär individuelle Rechte über Güter zugunsten einer privatwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung als staatlicher Grundentscheid vordefiniert und Eingriffe einer Regulierung unterworfen sind.[76] Die Leistungsverwaltung gibt im Gegensatz dazu als sekundärer staatlicher Akt die Möglichkeiten, in dieser Wirtschaftsordnung zu bestehen, z. B. durch Bildung, Gesundheit oder auch Sozialversicherung.[77] Sie kommt jedoch im Vollzug im Verhältnis zum Bürger auch nicht ohne hoheitliche Mittel aus. Denn sie bildet wiederum den Ausgangspunkt für private, auf diesen Leistungen basierende Handlungsweisen.

Angesichts dieses sachlich und graduell ineinanderfliessenden Systemaustauschs soll ermittelt werden, inwiefern die faktischen Regelmässigkeiten bei der Analyse

---

[73] Vgl. zu den notwendigen Abwägungen das Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz HFG, SR 810.30), insbesondere die Art. 1, 4, 5, 11 und 12 HFG.

[74] Vgl. dazu die Analyse von M. BOROWSKI, Grundrechte als Prinzipien, S. 160 ff., auf welche nachstehend eingegangen wird (S. 228 ff.).

[75] Vgl. U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 12.

[76] Vgl. z. B. BGE 138 I 378 Erw. 6.3.2 oder K. A. VALLENDER/P. HETTICH, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 26 N. 3 (zum Eigentum) und K. A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 27 N. 44 f. (zur Vertragsfreiheit).

[77] Vgl. U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 12.

der wirtschaftlichen Realsphäre auf das Recht durchschlagen und dort einen Gewinn an Erkenntnis erlauben. Um Wertungen besser sichtbar zu machen, werden rechtliche Abwägungen somit systemübergreifend in den Rahmen von Entwicklungen realer Zusammenhänge gestellt. Anhand des Beispiels des Gesundheitsrechts soll eine Brücke zwischen den methodischen Unterschieden von Recht und Ökonomie gebaut und die Auswirkungen auf das Verhältnis einer Optimierung z. B. bei den Prüfkriterien einer Verhältnismässigkeit der Eingriffs- bzw. Leistungsverwaltung aufgezeigt werden. Dieses Vorgehen soll einen Beitrag dazu liefern, die Diskussion über die ökonomischen Grenzen des Staates im Gesundheitswesen einerseits in ökonomisch sinnvolle und andererseits in rechtlich vorhersehbare Bahnen zu führen. Ein systematisiertes Vorgehen bei der Ökonomisierung der Medizin und deren rechtlicher Überprüfung wird entsprechend angeregt.

Die Untersuchung kann damit aufzeigen, dass auch bei der Leistungsverwaltung nachvollziehbar begründete, auf faktische Gegebenheiten abstellende Kriterien zur Begrenzung staatlicher Tätigkeit tauglich und notwendig sind. Anhand von Problemstellungen insbesondere im Gesundheitsrecht wird eine die Wirtschaft und das Recht integrierende Optimierung gewählt. Dabei soll an praktischen Beispielen aufgezeigt werden, welche Massnahmen aus methodischer Sicht funktionieren können. Aus ökonomischer Sicht ist das Ziel, die Struktur der Optimierungsfragen aufzuzeigen. Auf der rechtlichen Ebene sollen diese soweit als möglich in den Rahmen von allgemein gültigen Kriterien übertragen werden. Die ökonomischen Methoden und Vorbehalte werden damit aufgenommen und in Abwägung von nichtökonomischen Zielen die Grenzen eines Schutzbereichs normativ abgebildet. Damit soll die Arbeit vom Generellen zum Speziellen und wieder zurück auf eine generelle Ebene weisen und im Rahmen von normativen Einschränkungen Hinweise auf ein verallgemeinerungsfähiges Vorgehen im Umgang mit dem Ziel der Wirtschaftlichkeit erlauben.

B. RECHT UND WIRTSCHAFT IM SYSTEMISCHEN ZUSAMMENWIRKEN

1. Kritik an der wirtschaftlichen Optimierung des Rechts

a) Übersicht

Die Vorbehalte der Rechtswissenschaft gegenüber einer Ökonomisierung beruhen nach dem Gesagten auf der verschiedenen Wirkungsweise der Operationen nach ihren jeweiligen Codes. Zahlungen widerspiegeln einen Nutzen kardinal, was zum Einwand einer zu weitgehenden Annahme einer Messbarkeit führte. Der von J. BENTHAM niedergeschriebene Vergleich mit einem Nutzenthermometer, welcher jeder in der Tasche mit sich führt,[78] verkörpert gleichzeitig die Hauptzielrichtung der Kritik an einem «Utilitarismus».[79] Sodann steht der ökonomische Ansatz teilweise im Widerspruch zur Gerechtigkeit bzw. bei Berücksichtigung eines normativ beeinflussbaren Austauschverhältnisses, noch zur fehlenden Verteilungsgerechtigkeit.[80] Auch steht eine volkswirtschaftliche Nutzenmaximierung als gemeinschaftlicher Ansatz in einem Spannungsverhältnis mit der Freiheit des Einzelnen.[81]

b) Der Vorwurf einer Reduktion auf eine utilitaristische Sicht

Nach einer utilitaristischen Sicht werden Handlungen nach dem Masse der Erbringung von Nützlichem für die Allgemeinheit bewertet.[82] Ob, wie von J. St. MILL angenommen,[83] das Nützliche mit dem Guten und das Notwendige mit dem Moralischen zu verbinden ist, bleibt jedenfalls bei einem ökonomischen Ansatz der Nütz-

---

[78] J. BENTHAM, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, London 1789, Chapter XVI.72.; vgl. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 26 ff.

[79] L. ROBBINS, An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, London 1932, vgl. die nachstehende lit. b).

[80] Vgl. nachstehende lit. c) auf S. 22.

[81] Vgl. nachstehende lit. d) auf S. 24.

[82] A. KLEY, Teleologische und deontologische Ethik: Utilitarismus und Menschenrechte, S. 55 ff. in einer Analyse von J. St. MILL, Der Utilitarismus, übersetzt von Dieter Birnbacher, Stuttgart 1976, S. 13.

[83] J. St. MILL, Der Utilitarismus, übersetzt von Dieter Birnbacher, Stuttgart 1976, S. 13 ff.

lichkeit offen. Gemeinsam ist den Ansätzen das Erfordernis eines möglichen Verzichts zu Gunsten des Mehrnutzens bei Dritten, welcher bei Leistungen im medizinischen Bereich in Konflikt zu absolut geschützten Rechtspositionen führen kann.[84]

Bei sozialen Leistungen erfolgt schon aus praktischen Gründen eine Umrechnung in Geld. Allenfalls werden zur Verhinderung der Zweckentfremdung vor der Abgabe Naturalleistungen erworben. Die Ressourcen stammen in einer langen Sicht und in aller Regel aus dem Wirtschaftskreislauf. Sie können zwar auch aus der Notenpresse stammen, diese Art der Alimentierung schafft jedoch grundsätzlich keine realen Mehrwerte. Werte werden in wirtschaftlichen Einheiten und Zahlungen sichtbar. Umgekehrt können so wirtschaftliche Werte nach Massgabe des Erfolgs beurteilt werden. Der Transfer von Leistungen bedingt auch einen interpersonellen Vergleich, weil ohne diesen nicht gesagt werden kann, ob der Austausch sinnvoll ist. Damit sind soziale Leistungen, bedingt durch die faktische Abwicklung und wegen der vergleichenden Bemessung in Geld, just in den zwei am wenigsten abgestützten Merkmalen der kardinalen Messbarkeit und des interpersonellen Nutzenvergleichs[85] mit einer utilitaristischen Optik verbunden. Eine Optimierung der notwendigerweise in Geld darzustellenden und umzurechnenden Ansprüche auch *ex ante* und nach Wirtschaftlichkeitsüberlegungen bringt jedenfalls in der Leistungsverwaltung keine ungewohnte, systemfremde Ökonomisierung mit sich.

Die nicht genau quantifizierbaren Grössen bilden die flexiblen Parameter einer Optimierung. Die Kritik einer Bewertung von Lebensvorgängen spricht auch den Umstand an, dass die Rechtssubjekte als reflektierende Wesen die monetäre Einschätzung ihrer Handlungen missbilligen oder sich diese selbst zunutze machen können. Im Gesundheitswesen mit vielen altruistisch oder eventuell verdeckt ökonomisch handelnden Akteuren birgt die Einführung von zusätzlichen regulativen Ebenen z. B. die Gefahr von unerwünschten Nebeneffekten durch Verdrängung

---

[84] A. KLEY, Teleologische und deontologische Ethik: Utilitarismus und Menschenrechte, S. 63 ff.

[85] J. BENTHAM, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, London 1789, S. 1 f. und die Kritik von L. ROBBINS, An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, London 1932, insbesondere S. 56 und 123 f; zum Ganzen: H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 25 ff.

intrinsischer Motivation.[86] Unvollkommene Bedingungen im besprochenen Sinn führen entsprechend nicht zur Ungültigkeit, sondern zur Relativierung von theoretischen Aussagen. Der Gehalt ist zu interpretieren und auf Unvollkommenheiten hin zu untersuchen. Wenn möglich sind die Annahmen entsprechend anzupassen.

Wie noch zu zeigen sein wird, bedarf die Wirtschaft vorab einer Grundausstattung mittels einer Statuierung und Absicherung von individuellen Verfügungsrechten.[87] Soweit dieses für die Wirtschaft existenzielle Minimum staatlicher Leistungen überschritten ist, fragt die Wirtschaft in den ihr eigenen Operationen, ob sich zusätzliche Leistungen und Ausgaben auch lohnen. Die freie Willensbildung und der Geltungsanspruch erlauben einem Gemeinwesen jedoch auch unwirtschaftliche Ziele zu verfolgen. Neben die Leistungen eines Sollens-Systems, welche für eine freiheitlich organisierte Wirtschaft systemnotwendig sind, können Leistungen treten, welche das Sein-System z. B. kulturell, ökologisch oder sozial unterstützen. Diese weiteren Ziele im Staatswesen in anderen Systemen der Realität sind vom nützlichen Zusammenwirken der beiden Systeme Recht und Wirtschaft nur indirekt betroffen. Die Grenzen liegen in ihrer Finanzierbarkeit nach einer von einem Sollens-System gesetzten Prioritätenordnung. Eine Gesamtoptimierung verschiedener Systeme versucht, auch allfällige Auswirkungen auf diese Systeme aufzunehmen. Sie ergänzen und steuern das Duo Recht und Wirtschaft in ihren Entscheidungen, sodass insgesamt vorteilhaftere Ergebnisse erzielt werden. Die Wirkung durch die Einmischung in das System Wirtschaft über das System Recht als Sollens-Ordnung muss besser sein, als wenn eine Einflussnahme unterbliebe.

---

[86] Vgl. nachstehend S. 50 ff.

[87] Vgl. nachstehend S. 148 ff. Die Wirtschaft bedarf z. B. des Schutzes von Verfügungsrechten vor Anarchie und Zerstörung durch die Polizei oder die Feuerwehr. Auch im Gesundheitswesen lässt sich eine Grenze ziehen zwischen unmittelbar notwendigen Ausgaben und Ausgaben für Aufwendungen, bei welchen eine Abwägung gegen Geld möglich erscheint.

c) Der Einwand fehlender Gerechtigkeit

Bei beschränkten Mitteln des Staates und ohne Gefährdung individueller Grundrechte haben Effizienz und Gerechtigkeit auch rechtlich gesehen jedenfalls dann und insoweit parallele Zielrichtungen, als eine Rechtsordnung ihre Entscheidungen an die Effizienz knüpft. Häufig wird eine Rechtsordnung jedoch Aspekte der Verteilungsgerechtigkeit als normatives Konzept verwirklichen wollen. Dieses Ziel wird durch das Konzept einer gesamthaften Ressourcenschonung gerade nicht erzeugt.[88] Die Gewährleistung eines äquivalenten Austausches und gegebenenfalls der Wiederherstellung mittels proportionaler Sanktion entspricht dem *ius comutativa* nach ARISTOTELES' Nikomechanischer Ethik.[89] Diese Tauschgerechtigkeit beinhaltet auch eine Absicherung der Abläufe vor Einwirkungen der Umwelt. Sie entspricht einer Idealvorstellung in der Ökonomie mit optimalen Resultaten auf vollkommenen Märkten mit informierten, vermögenden und überlegenden Teilnehmern. Der Austausch zwischen Wirtschaftssubjekten entspricht den Grundoperationen der Ökonomie. In der Terminologie nach N. LUHMANN ermöglicht die Wirtschaft die Reizbarkeit der Gegenwart durch die Zukunft.[90] Diese operiert gemäss der Systemtheorie N. LUHMANNS in Richtung einer Spezialisierung und Überwindung von Knappheit.[91]

Sowohl N. LUHMANN wie ARISTOTELES erwähnen jedoch eine zweite Art von Gerechtigkeit als Teilgehalt. Sie wird wegen offenen Fragen der Partizipation virulent.[92] In der Ausdrucksweise nach ARISTOTELES ist die Verteilungsgerechtigkeit oder *iustitia distributiva* zu beachten.[93] Diese markiert den Unterschied zur Richtigkeit von Resultaten eines adäquaten Austausches indem nicht die Prozesse, sondern statisch die Zustände und Möglichkeiten verglichen werden. Sie umfasst insbesondere die

---

88 N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 252.

89 Vgl. R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu BV, Art. 8 N. 5, mit Verweis insbesondere auf G. BIERI, Gerechtigkeit bei Aristoteles, S. 145 ff.; M. MAHLMANN, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, S. 47, 335.

90 N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 65.

91 N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 63 ff.

92 N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 65 ff.

93 Vgl. R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu BV, Art. 8 N. 5.

Regelungen zur Verteilung von Gütern, Leistungen oder Lasten, die Personen zugeteilt werden bzw. bei denen sie Ansprüche auf staatliche Hilfe haben.[94] Sie ist im Gegensatz zur Tauschgerechtigkeit kein Element des Austausches auf Märkten. Der Einwand kann die fehlende Gerechtigkeit einer Ausgangsverteilung oder eines Ergebnisses eines Austausches betreffen. In einer dynamischen Optik kann die Optimierung gemäss den Zielen einer distributiven Gerechtigkeit, aber nach einer Mechanik der Umsetzung des *ius comutativa*, gefordert werden. Diese Einbindung in die Dynamik hat im Vergleich zu einer auf statischen Nutzen basierenden Verteilung den Vorteil, dass sie in der Regel nur punktuell und vorhersehbar in Recht und Wirtschaft eingreift.[95]

Die primäre Ausrichtung der Wirtschaft auf die dynamischen Aspekte einer Tauschgerechtigkeit schliesst distributiv gerechte Resultate nicht aus. Dabei sind jedoch nicht nur die Abwägungen zwischen den Destinatären und den Finanzierenden zu beachten, sondern auch die Umstände eines funktionierenden Systemaustauschs. Bei welchem Mass z. B. soziale Leistungen erbracht werden sollen oder die Preise für Arzneimittel optimal sind, hängt auch von der Entwicklung der Systeme ab. Die normativen Ziele einer gerechten Verteilung (*iustitia distributiva*) sollen letztlich durch die Dynamik der Systeme Recht und Wirtschaft nicht gehemmt, sondern gestützt werden. Entsprechend erscheinen die beiden Gerechtigkeitsaspekte als Ziele nur in einer kurzfristigen Perspektive antinomisch, in einer längerfristigen Betrachtung jedoch ergänzend. Nach Massgabe politischer Abwägung zur Chancenwahrung und zur Wahrung des sozialen Friedens kann ein Ausgleich des dynamisch erzielten Überschusses erfolgen. Nach der Losung des chinesischen Parteichefs von D. XIAOPING soll gelten: «*We should let some people get rich first, both in the countryside and in the urban areas. To get rich by hard work is glorious*».[96]

---

[94] W. VEITH, Gerechtigkeit, in: M. HEIMBACH-STEINS (Hrsg.), Christliche Sozialethik, Ein Lehrbuch, Band 1 Grundlagen, Regensburg 2004, S. 318.

[95] H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 24 (FN. 21), mit weiteren Hinweisen.

[96] Zitat ohne Anlass der Erstverwendung vom Januar 1983, erwähnt bei I. JEFFRIES, Political Developments in Contemporary China, London/New York 2011, S. 18, abgewandelt bei H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 25.

d) Der Widerspruch zur wirtschaftlichen Verfügungsfreiheit

Eine volkswirtschaftliche Vermögensmaximierung wird eine Entscheidung bei überwiegenden Vorteilen auch durchsetzen wollen. Durch autoritative Entscheide im Sollens-System kann die Freiheit beeinträchtigt werden. Eine zentral gesteuerte, gesamtgesellschaftliche Optimierung wird entsprechend zur Wohlfahrtsmaximierung den Einzelnen zugunsten des Kollektivs in seinen Rechten beschneiden. Dies kann aus subjektiver Sicht selbst dann der Fall sein, wenn der Betroffene für seinen Nutzenentgang dem Verlust entsprechend entschädigt wird. Die Möglichkeit der Beeinträchtigung verfassungsmässiger Grund- und Freiheitsrechte ist bei zentral gesteuerten ökonomischen Optimierungen systemimmanent.

Eine Einbusse an Freiheit ist gesamtwirtschaftlich gesehen in Kauf zu nehmen, wenn der hypothetische Gewinn gesamthaft grösser ist als der entstehende Verlust. Ein optimierendes Gemeinwesen wird – der normativen Natur der Materie entsprechend – eine nichtfreiheitliche Umsetzung zulassen und sich aggregierend nach gesamtgesellschaftlichen Kosten und Nutzen ausrichten. Die Einbusse an Freiheit kann entsprechend auch als ein Wert in eine grundsätzlich nicht nur der Freiheit verpflichteten, übergeordneten Nutzenanalyse aufgenommen werden. Der rechtliche Ansatz zielt jedoch im Grundsatz in die gleiche Richtung wie der ökonomische: Die Freiheit ist ein hohes Gut und das freiheitliche Menschenbild ist als grundlegender Pfeiler der Rechtsordnung und des ökonomischen Austausches zu schützen. Ein Eingreifen kann aus ökonomischer oder rechtlicher Sicht notwendig sein, in den übergeordneten Zielrichtungen jedoch besteht kein Gegensatz der Systeme.[97]

[97] Vgl. G. KIRCHGÄSSNER, Es gibt keinen Gegensatz zwischen dem Menschenbild des Grundgesetzes und dem homo oeconomicus! in: Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, Tübingen 1998, S. 49 ff.

2. Recht und Wirtschaft als soziale Systeme

a) Der Systembegriff nach N. LUHMANN

Die hohe Komplexität des faktischen Geschehens (Sein) und der damit interferierenden Erwartungshaltungen an das Verhalten von Rechtssubjekten (Sollen) verlangen nach einer Systematisierung der jeweiligen Abläufe und ihres Zusammenwirkens. Systemtheorie gilt als eine interdisziplinäre Wissenschaft, welche eine Theorie für alle biologischen, sozialen und mechanischen Systeme entwickeln will.[98] Nachstehend wird – als Plausibilisierung und ohne den Anspruch auf eine abschliessende wissenschaftstheoretische Diskussion[99] – auf Einordnungen von Niklas LUHMANN Bezug genommen. Die Systematisierungen von N. LUHMANN bieten sich nicht nur deshalb an, weil er als bedeutendster deutschsprachiger Vertreter einer soziologischen Systemtheorie gilt,[100] sondern auch, weil seine Theorien verschiedene Systeme in ihrer eigenen Funktionsweise aufzeigen.

Nach N. LUHMANN bestehen die sozialen Systeme aus vergänglichen Elementen, er nennt sie Kommunikationsereignisse, welche sich dauernd erneuern müssen und das soziale System ohne entgegenstehende Wirkung zerfallen liessen.[101] N. LUHMANN beschreibt Systeme aus seiner soziologischen Warte durch ihre jeweilige

---

[98] E. BRAUCHLIN, Die Anfänge des St. Galler Management-Modells, St. Gallen Management Institut, veröffentlicht auf <http://www.sgmi.ch/download/htm/2295/de/Die-Anfaenge-des-St-Galler-Management-Modells.pdf>, besucht am 17. Juli 2016.

[99] Im Werk «Das Recht der Gesellschaft», S. 24, grenzt N. LUHMANN die Systemtheorie gegenüber anderen wissenschaftlichen Ansätzen ab. Insbesondere gegenüber seiner eigenen Berufsgruppe der Juristen ist er skeptisch: «Der Nachteil der Systemtheorie (wenn es denn ein Nachteil ist) liegt in ihrer hohen Eigenkomplexität und der entsprechenden Abstraktheit der Begriffe. Ihr gedanklicher Einzugsbereich ist interdisziplinär und mit den gewohnten Mitteln wissenschaftlicher Disziplinen (und seien es Großdisziplinen wie Physik, Biologie, Psychologie, Soziologie) nur ausschnitthaft zu erfassen. Kein Jurist wird sich hier angemessen informieren, geschweige denn angesichts rapider Entwicklungen auf dem Laufenden halten können. Anwendungen sollen damit nicht ausgeschlossen sein, aber sie werden sich mehr sporadisch und punktuell, eher zufällig und mehr in der Form von Irritationen als in der Form logischer Schlüsse ergeben.» Der Autor der vorliegenden Arbeit erhebt keinen Anspruch auf die Integration soziologischer Entwicklungen und Begriffe, sondern will sich nur grundsätzliche Erkenntnisse des Systemaufbaus und des Zusammenwirkens zwischen den zwei Systemen Recht und Ökonomie in einer realen Sicht zu Nutze machen.

[100] Vgl. Online-Enzyklopädie Wikipedia, auf der Internet-Seite <https://de.wikipedia.org/wiki/Niklas_Luhmann>, besucht am 17. Juli 2016.

[101] N. LUHMANN, Soziale Systeme, S. 167.

Kommunikation in eigenen Codes. In Anlehnung an MATURANA/VÁRELA[102] werden Systeme als sogenannt autopoietisch aufgefasst, d. h., dass sie kommunikativ auf sich selbst Bezug nehmen und sich mit ihren eigenen Codes autonom reproduzieren.[103] Die sich in dieser Weise durch Kommunikation entwickelnden, gemeinsamen Erwartungshaltungen ermöglichen immer differenziertere Entwicklungen in spezialisierte Systeme. Durch sich gegenseitig stabilisierende Erwartungshaltungen über die Bereiche möglichen sozialen Handelns des Anderen können Systeme eine steigende Realitätsgewissheit erlangen, d. h. sich aus sich selbst heraus differenziert entwickeln.[104] Sie tragen somit den Ursprung und die Entwicklung in sich selbst, sind sogenannt «selbstreferenziell». Mit der Selbstreferenz wird eine positive, auf gesellschaftlichem Konsens beruhende Geltung beansprucht. Das Recht hat entsprechend auch nach der Systemtheorie nach N. LUHMANN begriffsnotwendig einen Geltungsanspruch, ohne den das System sich destabilisieren und zerfallen würde.

Als Kommunikationsmittel, welche die Wirtschaft als System von ihrer Umwelt abgrenzen, nimmt N. LUHMANN Zahlungen an.[105] Als Code eines Rechtssystems wird von ihm die Unterscheidung von Recht und Unrecht extrahiert.[106] Als rechtlich überzeugende Kommunikationen dienen wegen der Selbstreferenz des Systems redundant in der Rechtsordnung abgestützte Begründungen.[107] Für das Gesundheitssystem wird der ebenfalls binäre Code gesund/ungesund als systembegründend angesehen.[108] Wie noch zu zeigen sein wird,[109] greifen dabei rechtliche und ökonomische Begründungen und damit die Codes von Recht und Wirtschaft typi-

---

[102] H. R. MATURANA/F. J. VÁRELA, Autopoiesis and Cognition, The Realization of the Living, Dordrecht 1980, vgl. Insbesondere S. 73 ff.

[103] N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 54 ff.

[104] Vgl. N. LUHMANN, Soziale Systeme, S. 150 ff.

[105] N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 17.

[106] N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 17, und N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 60, 143 f.

[107] N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 373.

[108] Vgl. N. LUHMANN, Der medizinische Code, S. 177 ff.

[109] Vgl. nachstehende S. 58.

scherweise ineinander. Die funktionalen Differenzierungen beinhalten, dass systemintern ein anderer Code als Begründung grundsätzlich nicht in Frage kommt.[110] Das Recht und die Wirtschaft bildeten in diesem Sinne durch ihre Abgrenzung durch Kommunikation in ihren jeweiligen Codes eigene soziale Funktionssysteme.[111]

Die Systeme können nach N. LUHMANN nur mit ihren eigenen Codes mit der Umwelt kommunizieren. Die Kommunikation mit externen Umständen ist deshalb in einem System grundsätzlich nicht verständlich.[112] So liegt nach N. LUHMANN der Rechtsentwicklung eine Annahme über die Erwartungen von Rechtsunterworfenen, d. h. ein interner Systemkonflikt, aber keine vorausschauende, kognitive Leistung zugrunde.[113] Jedoch könnten Systeme Techniken entwickeln, wie sie trotz der notwendigen Geschlossenheit die Umwelt einbeziehen können.[114] Die Selbst- und Fremdreferenz könnten und sollten – wegen der selbstreferenziellen Notwendigkeit der Geltung positiven Rechts – nur auf der Basis normativer Schliessung mit kognitiver Öffnung zusammenwirken.[115] Das Recht könne sich nur durch seine internen Referenzen als ein geschlossenes normatives System von der Moral abgrenzen oder sich von der Einflussnahme durch Macht bewahren.[116]

Ein Anpassungsprozess an die Umwelt geschieht nach N. LUHMANN durch externe Einflüsse von Macht, Zufall oder in einem internen Prozess der Bildung von wechselseitigen Erwartungshaltungen mit Hilfe von Kommunikation. Ein System wird in seiner Entwicklung irritiert. Die von N. LUHMANN durch interne Replikation beschriebene notwendige Beständigkeit und Dynamik des Rechts trifft auf eine von

---

110 N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 17, und N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 86.

111 N. LUHMANN, Soziale Systeme, S. 83 ff. und z. B. S. 337.

112 N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 552.

113 Autopoiesis ist auch nach N. LUHMANN kein Fortschrittskonzept, sondern gleicht eher einer Katastrophen- oder Chaostheorie, vgl. N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 553 ff.

114 N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 77.

115 N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 83.

116 N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 78 ff.

anderen Regeln beherrschte Dynamik der Umwelt. Vor diesem Hintergrund betont N. LUHMANN in seinem Werk «Das Recht der Gesellschaft» wie folgt die Notwendigkeit des positiv gesetzten Rechts:[117]

«es bleibt ja dabei, dass die jeweils gegenwärtige Kommunikation sich orientieren muss und dabei darauf angewiesen ist, feststellen zu können, welche Erwartungen durch das Recht gedeckt sind und welche nicht. Es bleibt dabei, dass es im Recht um Schutz von besonders ausgezeichneten Erwartungen also um kontrafaktische Stabilisierung von Zukunftsprojektionen geht. Es bleibt auch beim Generalprinzip des Vertrauensschutzes für Fälle, in denen man sich auf geltendes Recht verlassen hatte. Und es bleibt bei sehr spezifischen Anforderungen an die Benutzung der Geltungssymbolik zur Änderung von Rechtslagen, sei es in der Form von Verträgen, sei es in der Form von Gesetzen».

Er fährt weiter, dass sich allerdings durch Umwelteinfluss eine Problematik verschärfe,

«die durch die Unterscheidung von gegenwärtiger Zukunft und künftigen Gegenwarten bezeichnet werden kann. Das Recht selbst kann nicht zeitstabil sein in dem Sinne, dass etwas, was einmal gilt, ein für allemal gilt».

Die Möglichkeit des Rechts zur Speicherung von Struktur und Verfahren, sich als «gegenwärtige Zukunft» zu wiederholen, wird zum notwendigen Stabilisator für die «künftige Gegenwart».

Die im Verhältnis von Recht und seiner realen Umwelt bestehende Wechselwirkung von Effekten und Erwartungen führt zu einer Ursachenspaltung.[118] Gemäss N. LUHMANN ergibt sich mit dem Zeitfluss in System und Umwelt eine Gabelung von Kommunikationsereignissen in Ermöglichung und Irritation. Dabei muss ein System immer schon angepasst sein um real operieren zu können.[119] Faktische Ereignisse können ihren Grund in der Adaption von Recht und dessen Sanktion oder auf einer realen Ebene haben. Die Gründe sind dabei je nach Art des Zusammenwirkens ineinander verzahnt, d. h. die Entscheidungen von Rechtsunterworfenen können graduell und situativ auf beide Ebenen Rücksicht nehmen.

---

117 N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 559.

118 N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 555, nennt dies eine «Bifurkation kausaler Zurechnungen».

119 N. LUHMANN, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 39 f.

b) Ein Vergleich mit dem Systembegriff von H. ULRICH

Eine systemtheoretische Analyse wurde auch schon in den Sechzigerjahren mit nachhaltigem Erfolg in der Betriebswirtschaft eingeführt. Prof. H. ULRICH definierte in seinem Lehrbuch «Die Unternehmung als produktives soziales System» die Eigenschaften von Systemen so, wie sie auch Jahrzehnte später noch als Standard zitiert werden.[120] Unter einem System wird danach eine geordnete Gesamtheit von Elementen, unter denen irgendwelche Beziehungen bestehen oder hergestellt werden können, verstanden.[121] Umfasst ein System Menschen und deren Verhalten, spricht H. ULRICH von sozialen Systemen. Erbringt ein System, wie z. B. die Wirtschaft, Leistungen für Dritte, so liegt ein produktives soziales System vor.[122]

Der Systembegriff von H. ULRICH umfasst grundsätzlich zwar auch keine bestimmten Anforderungen an die Anordnung und Sinnhaftigkeit der Elemente.[123] Nach N. LUHMANN liegt ein System aber schon vor, wenn es nach eigenen Codes operiert. Eine äussere Kontrolle, wie in dem von H. ULRICH verwendeten Bild eines naturwissenschaftlichen Regelkreises, ist für N. LUHMANN entbehrlich.[124] N. LUHMANNS Systeme pflanzen sich selbst fort. Der Hauptunterschied ist somit die von N. LUHMANN durch die Selbstreferenz eingeführte Fähigkeit zur Autopoiesis. Ein System nach H. ULRICH ist demgegenüber ein kontrolliertes System mit Sollwerten. Der Ökonom H. ULRICH geht von freien Beziehungen der realen Systeme mit ihrer Umgebung und damit von offenen Systemen aus.[125] Für den Juristen N. LUHMANN bildet demgegenüber die grundsätzliche operative Geschlossenheit aller Systeme eine Notwendigkeit für Aussagen über System und Umwelt.

Aus der hier vertretenen Sicht sind beide Erklärungen in beiden Systemen möglich. Jedoch ist das Verhältnis von Regel und Ausnahme spiegelbildlich verkehrt: Im

---

[120] Eine Zusammenstellung der nachfolgend erläuterten fünf Systemeigenschaften nach H. ULRICH findet sich bei J. GEHBAUER, Informationstechnische Unterstützung von Transaktionen, Eine Analyse aus ökonomischer Sicht, Diss. Wiesbaden 1996, S. 9 ff.

[121] H. ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 105.

[122] H. ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 134.

[123] H. ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 122.

[124] H. ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 122.

[125] H. ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 112.

Recht ist die Geschlossenheit die Regel und die Offenheit die Ausnahme, in der Wirtschaft ist die Offenheit die Regel und die Geschlossenheit die Ausnahme.

c) Die Komplexität als gemeinsames Charakteristikum

Beide Autoren beschreiben auch die Komplexität von Systemen. Die hohe Zahl der Beziehungen zwischen Elementen und die Vielzahl von Verhaltensalternativen führen nach H. ULRICH zu komplexen Systemen.[126] Nach N. LUHMANN steigern sich die Systeme wie erwähnt durch interne Operationen in immer komplexere Zusammenhänge. Die biologische Evolution und die technischen Möglichkeiten haben zu einer unüberblickbaren Vielzahl von möglichen Verhaltensweisen des Menschen geführt. Die Reduktion von Komplexität bzw. die Selektion von relevanten Elementen ist vor diesem Hintergrund eine notwendige Voraussetzung, um sich überhaupt in Zusammenhängen mit der Realität befassen zu können.

Zunehmende reale Komplexität führt zu einem zusätzlichen Bedarf an rechtlicher Absicherung und zu grösseren Diskrepanzen von Normen und Normprojektionen.[127] Normen und Sprache dienen der Zusammenfassung und Gruppierung von realer Komplexität. Die Sprache kann je nach der Art ihrer Anwendung ebenfalls als Norm in einem eigenen System geschlossen bleiben. In diesem Mass wird sie gegenüber ihrer Umwelt zwangsläufig ungenau. Sie bietet entsprechend Risiken, dass sich die zugelassene oder nicht abgrenzbare Komplexität der Systemumwelt auf die Stabilität ihrer Anwendung auswirkt. Normen stützen sich in ihrer Anwendung aus Gründen ihrer inneren Rechtfertigung auf Gleichheit und begründete Differenzierung. Sie abstrahieren von nicht massgeblichen Eigenschaften einer Person (gelten generell) und von nicht massgeblichen Sachverhaltsmerkmalen (sind abstrakt). Ihre Anwendung ist auch durch Formen, Fristen, Kostenvorschüssen, Beweisvorschriften oder eine antizipierte richterliche Würdigung geprägt, was den Anspruch auf eine Spiegelung der faktischen Komplexität in Einzelent-

[126] H. ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 116.

[127] Zur Zweck- und Zielorientiertheit wirtschaftlicher Systeme vgl. H. ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 114.

scheidungen relativiert. Diese Unvollkommenheiten relativieren den Anspruch unter hoher Komplexität, die Ausübung von Verfügungsrechten von Einzelpersonen mit Sanktionen zu beeinflussen.

Ursprung und Resultat von Komplexität ist die dezentrale Verteilung von Ereignissen bzw. Informationen. Eine Aufsplitterung der Anwendung von rechtlichen Bestimmungen kann die Treffsicherheit der regulativen Antwort erhöhen. Das Recht wählt deshalb möglichst zielgerichtete sprachliche Formulierungen und erfasst so einen Sachverhalt in einer möglichst auf das Wesentliche reduzierten Komplexität. Zur Stabilisierung über die Zeit und um der Realität gerecht zu werden, werden die Schliessungen von Sprache und Norm mit einer Offenheit für faktische Umstände gekoppelt. Beispiele hierfür sind, ausgedrückt in der Sprache des Rechts statt der Soziologie, unbestimmte Rechtsbegriffe oder auch bewusste Anknüpfungen an die Realität z. B. hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit und Tragbarkeit von staatlichen Leistungen.[128] Die Geschlossenheit des Rechts wird für dessen Ziele und zugunsten von systemübergreifendem Sinn in einer realen Umwelt mit einer kontrollierten Offenheit kombiniert.

Die Reduktion einer naturgemäss hohen Zahl von möglichen Beziehungen zwischen Ereignissen[129] ist notwendig für ein Abbild der Wirklichkeit. Die Annahme von theoretischer Geschlossenheit dient auch in der Wirtschaft der Analyse und der Kommunikation. Rechtliche und generalisierende wirtschaftstheoretische Aussagen operieren beide grundsätzlich geschlossen und versuchen, sich im Hinblick auf reale Komplexität zu öffnen. Der Unterschied liegt bei der Konsequenz im Falle von abweichenden Sachverhalten. Das normative System kann sich gegenüber einem solchen «Kandidaten» grundsätzlich durchsetzen. Es prüft in definierten Vorgehen und Bereichen die Ausnahmen seiner Anwendung. Ein auf tatsächlicher Ebene operierendes System gibt dem Kandidaten hingegen den Vorzug, falsifiziert oder ergänzt seine Theorie. Dies hat in der Wahrnehmung der Dynamik zur Folge, dass rechtliche Vereinfachungen von Komplexität eines fremden Systems falsch sein können, wirtschaftliche Selektionen hingegen nur zu wenig genau.

---

[128] Vgl. dazu nachstehend Seite 50 ff.

[129] H. ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 115 f., spricht von einer hohen Varietät des komplexen Systems.

d) Die Zweck- und Zielorientierung als Systemcharakteristikum

Ein Normsystem sollte seine Reflexion in Realität und Politik beachten.[130] Ein äusserer Sinn von juristischen Entscheiden ist zwar nicht systembedingt notwendig, er hilft jedoch bei der Erhöhung der Akzeptanz. Der von aussen indizierte Sinn trifft innerhalb des Systems Recht mit möglichen endogenen Zielbestimmungen zusammen. Für das Wirtschaftssystem ist das Recht ebenfalls ein exogener Faktor. Dieser wird allerdings aufgrund seines Geltungsanspruchs von der Wirtschaft in eigene Operationen eingebaut. Die Reflektion von rechtlichen Entscheidungen im Wirtschaftssystem wirkt sich einerseits auf das Wirtschaftssystem aus und wirkt andererseits als externer Faktor wieder auf das Recht zurück. Eine nützliche Reflexion der beiden Systeme erlaubt gegenseitig eine auf Sinn ausgerichtete Dynamik.

Dabei ist jedoch nicht notwendig, dass das Recht seine Operationen auch effektiv auf die Umwelt anwenden muss. Im Gegenteil sind bloss mögliche oder formlose Reflexionen, z. B. auch durch Moral oder in Form von Sozialkontrolle, wegen geringerer administrativer Kosten in aller Regel effizienter.[131] Staaten, in denen ausserrechtliche Mechanismen der Konfliktlösung und der Verhaltenssteuerung im Einklang mit den Erfordernissen des Wirtschaftssystems stehen, profitieren vom Wegfall externer Kosten von Regulierung, Anordnung und Kontrolle.[132] Zusätzliches Vertrauen kann interne Informationen mitteilen und so die Adaptionen extern verbessern. Vorteilhaft ist dieser Prozess der Verminderung von Kosten jedoch nur bei produktiven Normen, also nicht bei Erwartungen der Erfüllung z. B. von mafiösen Regeln oder zerstörerischen Traditionen wie der Blutrache. Persönliche Beziehungen können objektiv richtige, effiziente Entscheidungen nicht nur fördern, sondern auch behindern.[133]

---

130 N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 122 und S. 161.

131 Vgl. zu dem im Voraus wirkenden Schatten wiederum R. AXELROD, Die Evolution der Kooperation, 5. Auflage, München 2000, S. 53 ff.

132 N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 159, nennt als Beispiel eines Staates mit grossem Anteil ausserrechtlicher Mechanismen der Konflikterledigung Japan und eine Tendenz in England zur aussergerichtlichen Streiterledigung.

133 Vgl. zu den Besonderheiten der japanischen Wirtschaft mit lebenslangen Beschäftigungen, starken Verflechtungen innerhalb von Wirtschaftszweigen und engen Beziehungen zu Hausbanken K. F. RÖHL, Recht und Wirtschaft als Thema der Rechtssoziologie, in: ZfRSoz 26 (2005), S. 7 ff, mit Verweis auf C. J. MILHAUPT, On the (Fleeting) Existence of the Main Bank System and Other Japanese Economic Institutions, in: Law & Social Inquiry 27, S. 425 ff.

Unter dem Steuerungs- und Kostenaspekt ist auch der vorauswirkende Effekt einer Regulierung, die Verhaltens- und Konfliktsteuerung in einem System durch Kenntnis der Regel und der Folgen ihrer Verletzung, durch die Erwartung der auch konterfaktischen Geltung von Normen, wichtig. Die potenziell nicht gehorchende Ausnahme im Sein durchbricht die Regel nicht, weil auf der Seins-Ebene der Verstoss gegen das Sollen sanktioniert wird. Die Evaluation beschränkt sich somit nicht darauf, Entscheidungen nach bestehenden Fakten und Normen zu treffen. Je nach normativer Freiheit sind auch die Entwicklungslinien in beiden Systemen für sich, aber auch in ihrer gegenseitigen Beeinflussung und im Bewusstsein von möglichen administrativen Kosten der Optimierung zu adaptieren.

e) Die Dynamik als Charakteristikum

Für N. LUHMANN und H. ULRICH wichtig ist die Entwicklung, die Dynamik eines Systems. Aus naturwissenschaftlicher und wirtschaftlicher Sicht kann ein System instabil werden und zerfallen, wenn die faktischen Rückkopplungen nicht oder zu spät erfolgen.[134] Das Rechtssystem bleibt als Sollens-Ordnung nach seiner Intention unabhängig von der Art der Entwicklung der Umwelt, d. h. eine Regel wird durch einen negativen Kandidaten nicht umgestossen. Das System ist sogenannt kontrafaktisch stabil.[135] Das Rechtssystem ist in seiner Entwicklung nur gefährdet, wenn sich abweichende Sollens-Normen etablieren können oder/und die Mittel für eine Gewährleistung nicht bestehen. Im Rechtssystem werden damit die Probleme eines fehlenden, verzögerten oder konstant regelwidrigen Vollzugs angesprochen. In diesem Falle würde das System destabilisiert.

Das Recht kann seinen Geltungsanspruch zwar selbstreferenziell begründen. Seine Zielsetzung und Ausrichtung soll das Rechtssystem jedoch gerade nicht nur in sich selbst finden, wenn es darüber hinaus einen Sinn haben soll. Eine offene, komplexe Wirtschaft kann umgekehrt nur mittels einer Ordnung von Rechten und Pflichten ihr System lenken. Tatsächliche Vorgänge brauchen eine Reflexionsstation, eine hilfsweise Verhaltens- und Konfliktsteuerung. Ein komplexes wirtschaft-

---

134 H. ULRICH, Die Unternehmung als produktives soziales System, S. 123 f.

135 N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 143.

liches System ist wegen seiner Dynamik notwendigerweise mit einem grundsätzlich geschlossenen, absichernden, regelnden System verknüpft. Damit stellt sich die Frage, wohin sich diese zwar unterschiedlich operierenden, aber in ihrer Dynamik gegenseitig strukturell abhängigen Systeme entwickeln bzw. entwickeln sollen.

3. Faktische Ausrichtung des Rechtssystems

a) Einordnungen der Umwelt in das eigene System

Wirtschaftliche Optimierungen und die Notwendigkeit von Folgenbeurteilungen bilden in einer Sollensordnung unter dem Vorbehalt von Systemöffnungen grundsätzlich keine Elemente einer Rechtsgeltung.[136] Das Recht knüpft hinsichtlich seiner Geltung selbstreferenzierend bei Normen an. Es gilt daher in einer systeminternen Betrachtung ohne Bezug zur Wirkung in der Umwelt, d. h. insbesondere unabhängig von einer faktischen Richtigkeit.[137] Rechtsregeln definieren sich gerade durch ihren Geltungsanspruch auch bei Widerspruch zu Fakten.[138] Eine Regel kann entsprechend unpassend sein und einen entsprechend höheren Aufwand zur Durchsetzung erfordern. Eine Nachvollziehbarkeit nach guten Gründen erhöht demgegenüber die Konsistenz und vermindern das Mass möglicher Instabilität eines Systems.[139]

Das Recht hat nach N. LUHMANN erstens die Funktion, die Verhaltenserwartungen für die Zukunft zu stabilisieren, definiert sich zweitens in positiv gesetztem Recht und damit in der Spezifität der Gründe seiner Änderung, wird dadurch drittens nur die Konstanz seiner Wertungen reflektieren und gerade nicht die Wahrscheinlichkeit der darunter zu subsumierenden Fallkonstellationen im Wandel.[140] All dies

---

[136] Vgl. zu den Schnittstellen nachstehend S. 37 ff. Bei den übergeordneten Rechtsgrundsätzen ist insbesondere das Willkürverbot nach Art. 9 oder das Gebot des staatlichen Handelns im öffentlichen Interesse und nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu denken (Art. 5 Abs. 2 BV).

[137] N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, insbesondere S. 23, 101 und 222.

[138] N. LUHMANN, Kontingenz und Recht, S. 104 ff.

[139] N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 374.

[140] Vgl. N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 562 ff.

hindert das Recht, das (ökonomische) Risiko seiner Normtexte angemessen zum Ausdruck zu bringen. Schon die blosse Geltung von festgeschriebenem Recht birgt die Problematik fehlender Flexibilität in der faktischen Anwendung. Das reale Risiko von Normen kann nur nach den Grundsätzen eines faktischen, z. B. ökonomischen Systems beurteilt werden.[141]

Aus dieser ökonomischer Sicht können entsprechend Rechtsentscheidungen als Risikoübernahmen gerechtfertigt sein.[142] Sie lenken die reale Ebene und können durch diese Koordination zur Sicherung und Entwicklung eines real definierten Gemeinwohls beitragen. Eine ökonomische Analyse des Rechts sucht nach den wirtschaftlichen Auswirkungen dieser normativen Entscheidungen. N. LUHMANN formuliert dazu die «Überbrückung einer Diskrepanz von jurisprudenziellen Problemtheorien und systemübergreifenden Beschreibungen», wie sie z. B. in der ökonomischen Analyse des Rechts formuliert würden.[143] Die ökonomische Analyse des Rechts kann Regeln auch prospektiv nach ihren Anreizwirkungen analysieren. Die Resultate können nach Massgabe der vom Recht zugelassenen Schnittstellen wiederum normativ erheblich sein. Damit lässt sich – unter aus ökonomischen Gründen notwendigen Vereinfachungen bei Informationsaufnahme und Verarbeitung – das Zusammenspiel der Systeme produktiv nutzen. Aus einer pragmatischen Sicht ist der Analyse N. LUHMANNS beizufügen, dass die von ihm erwähnte fehlende Korrektur von Annahmen über die Zukunft in höherem Masse vorkommt, je höher der Geltungsanspruch von Normen einzustufen ist.

Der von N. LUHMANN beschriebene Prozess einer Entwicklung des Rechtssystems aus Reaktionen bzw. aus den gegenseitigen Erwartungshaltungen hinsichtlich des Verhaltens von Kommunikationspartnern, liefert im Vergleich zu einer vorausschauenden Einschätzung ökonomisch gesehen suboptimale Ergebnisse.[144] Die Spezifität der Reaktion, auch in den von ihm erwähnten biologischen Systemen, lässt sich durch evolutive Repetition nicht vollständig erklären. Probleme werden nicht schon dadurch gelöst, dass gegenseitige Erwartungshaltungen hinsichtlich

---

141 Vgl. N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 564.

142 Vgl. zum Folgenden N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 22 f.

143 Vgl. N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 22.

144 Vgl. N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 565 ff.

der Reaktion anderer bestehen. N. LUHMANNS Sicht der Trennung der Systeme vernachlässigt konstruktionsbedingt insbesondere die detaillierte Beschreibung der Auswirkungen des internen Selbstbezugs auf die Umwelt einerseits und deren Rückwirkungen (*re-entry*) ins eigene System. Andererseits fehlen die konstruktiven Grundlagen eines rationalen Umgangs mit der jeweiligen Umwelt, weil die Systemgegensätze und die fehlenden gemeinsamen Operationen die Argumentation dominieren. Dies kann, gemessen an der Zweck- und Zielorientierung der involvierten Systeme, zu einem Mangel an Sinnhaftigkeit in den Regeln des Zusammenwirkens von Systemen führen.[145]

Erwartungen gründen somit nicht nur in der Geltung und internen Weiterentwicklung, sondern auch in der Aufnahme und Lösung von Problemen der Systemumwelt. Die Berücksichtigung des Seins in der Anwendung des Sollens betrifft die von N. LUHMANN erwähnte Reflexion und Interpretation des Rechts bei seiner Anwendung.[146] Auch eine Sollens-Ordnung hat entsprechend eine notwendige Anknüpfung im Sein und einen wünschbaren Adressatenbezug. Sie muss ihre Wirkungen und ihr Dasein legitimieren, um als gesellschaftliches Steuerungsinstrument zu dienen.[147] Das Recht hat als ziel- und zweckgerichtetes System in erster Linie eine dienende Funktion. Es soll die Wirklichkeit möglichst positiv beeinflussen und hat dazu die Kommunikation zur Umwelt aktiv zu gestalten. Dies schliesst selbstverständlich nicht aus, dass sich im Laufe der Zeit in einem evolutionären Prozess ein System aus internen Gründen oder durch Adaption von Entwicklungen mittels *trial and error* auch in Richtung einer Lösung bewegen kann. Das Risiko einer suboptimalen Steuerung des Gesamtsystems wäre jedoch bei einer aufgrund unterschiedlicher Codes eingeschränkten, nicht vorausschauenden Kommunikation eines Systems zu seiner Umwelt offensichtlich grösser.

Der Prozess einer kognitiven Adaption von Wirkungen aus und in anderen Systemen wäre somit grundsätzlich anzustreben.[148] Dies kann jedoch nur in teilweiser

---

[145] Vgl. zum Ganzen die soziologische Betrachtung von R. SCHÜTZEICHEL, Sinn als Grundbegriff bei Niklas Luhmann, Frankfurt a. M. 2003, S. 264 ff.

[146] Vgl. N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 564.

[147] J. MEINERS, Rechtsnormen und Rationalität, Zum Problem der Rechtsgeltung bei Hans KELSEN, Jürgen HABERMAS und Niklas LUHMANN, Berlin 2015, S. 163 f.

[148] N. LUHMANN, Die Weltgesellschaft, S. 51 ff.; N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 555 ff. prüft diese Sicht aus einer beobachtenden, soziologischen Warte.

Beobachtung des anderen Systems und dessen codebedingter Regeln geschehen. Die entsprechenden Erwartungshaltungen bilden die notwendige Grundlage interner Operationen. So ist z. B. ein wirtschaftliches Geschehen, welches als Schaden oder als Vertragsverletzung subsumiert wird, notwendiger Bestandteil bei der Analyse der Zusprechung von Rechtsfolgen. Auch für das Wirtschaftssystem bildet das Recht einen essentiellen externen Faktor von Abläufen: Die Grundlagen der wirtschaftlichen Kommunikation basieren auf der Verfügbarkeit von Rechten (insbesondere Eigentum), der Ermöglichung ihres Austausches durch Zahlungen und der Replikation dieser Kommunikation, der Adaption von Rechtsoperationen.[149]

b) Die normativen Grenzen faktischer Ausrichtung

Die systembedingten Begrenzungen der Rezeption des Rechts gegenüber seiner Umwelt haben Auswirkungen auf den Umfang und die Art der Adaption von ökonomischen Entscheidungen. Die Selektion der wirtschaftlichen und rechtlichen Ursachen basiert im Recht auch auf normativen Einschränkungen der Informationsaufnahme, nicht nur auf der Selektion nach dem faktisch Erkennbaren. Diese Schnittstellen des Rechts zur Realität bilden den Ausgangspunkt jeder begrifflichen und systematischen rechtlichen Analyse. Der von der Rechtsordnung offengelassene Raum in Interpretation und Rechtsetzung kann sich an verschiedenen Zielvorhaben orientieren und dabei versuchen, mit Hilfe des Fremdsystems auch die im Recht grundsätzlich systemwidrigen, quantitativen Entscheidungsmethoden zu verwenden.

Die Geschlossenheit des Geltungsanspruchs des Rechtssystems lässt drei Arten von Systemschnittstellen zu Gunsten ihrer realen Umwelt offen:

1. Die Rechtsanwendung von positivem Recht mit Hilfe bewusster faktischer Anknüpfung (Wie hoch ist z.B. der Schaden nach Art. 41 OR?), teilweise mit unmittelbarem Verweis auf wirtschaftliche Kriterien (z. B. Wirtschaftlichkeit

[149] N. LUHMANN, Die Einheit des Rechtssystems, S. 129 ff.

nach Art. 32 KVG).[150] Darunter fallen auch formelle Vorschriften über die Art der Beweisführung, die Beweislast und die Beweiswürdigung.[151]

2. Die Anwendung von übergeordneten Rechtsgrundsätzen als normative Prinzipien nach Massgabe von Wirkungen oder bei nicht geregelten faktischen Umständen,[152] z. B. sollten die Entfaltung des Lebens und der Menschenwürde einen zwingenden, fundamentalen Bestand haben.[153]

3. Optimierende (korrigierende oder vorausblickende) Anpassungen des Gesetzes im Hinblick auf die Systemumwelt in den Öffnungen von Ziffer 1 und 2 *de lege lata contra lege* oder *de lege ferenda* (Wie können z.B. Missbräuche beim Leistungsbezug vermindert werden?).[154]

Sollen die beiden Systeme aufeinander Bezug nehmen, so koppeln sich Regeln mit Ausnahmen. Das Rechtssystem funktioniert nach seinem Code grundsätzlich geschlossen, weshalb wirtschaftliche Gesichtspunkte *de lege lata* nur im Rahmen der wohlbestimmten Öffnungen nach Ziffer 1 und 2 einfliessen.

In einem Stadium der Informationsaufnahme ist der in Ziffer 1 angesprochene, bewusste Tatsachenbezug eine notwendige Bedingung der Rechtsanwendung. Aufgrund der hohen faktischen Komplexität und der Unmöglichkeit, ein Spiegelbild aller faktischen Zusammenhänge zu erstellen, sind Normen im Verhältnis zur faktischen Umwelt im Rahmen eines Anwendungsbereichs abstrakt. Der Gesetzgeber wählt eine allgemeine Formulierung und schafft so einen Freiraum für differenzierte faktische Verhältnisse und Entwicklungen. Offene, deskriptive Normen lassen mehr Raum für eine zweckgerichtete Ausrichtung auf die Wirklichkeit.[155] Die Unmöglichkeit, jede Situation zu erfassen, findet eine notwendige Ergänzung im Einfliessen von übergeordneten Normen und wertenden Interpretationen. Eine Regelung, welche zudem auf eine faktische, z. B. eine bestimmte wirtschaftliche

---

150 Vgl. dazu nachstehende Ziff. 1 auf S. 64 ff. und S. 99 ff.

151 Vgl. dazu nachstehend S. 138 ff.

152 Vgl. dazu insbesondere nachstehend S. 40 ff. und S. 125 ff.

153 R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Vorbemerkungen zu Art. 7-36, Rz 8 und 39.

154 Vgl. dazu die Ausführungen zu Optimierungen auf S. 64 ff.

155 Vgl. E. A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, S. 62 ff.

Analyse abstellt, hat in diesem Mass keinen eigenständigen normativen Gehalt, welcher über den Schutz von Verfügungsrechten hinausginge. Sie wird identisch mit der von ihm präferierten ökonomischen Sichtweise und normiert damit durch Unterlassung. Die Wirtschaftlichkeit dient trotzdem in neuerer Zeit öfter explizit als Kriterium der Gesetzgebung.[156] Bei älteren Gesetzgebungen fehlen zwar Begriffe aus der Ökonomie[157], das Wohlergehen der Bürger hat jedoch auch bei den Grundlagen der Zivil-, Straf- und übrigen öffentlichen Ordnung einen grossen Stellenwert.[158]

Eine Schrankenprüfung von Auswirkungen der eigenen rechtlichen Operationen auf Übereinstimmung mit Rechtsgrundsätzen als normativen Prinzipien (Ziffer 2) wird in Rechtsstaaten in der Regel auf Verfassungsstufe vorgenommen und wurde

---

[156] Vgl. zu Regulierungen zu Gunsten einer wirtschaftlichen Gesetzgebung und Verwaltung insbesondere im Leistungsrecht nachstehend S. 99 ff. Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit findet sich auch bei Regulierungen des privaten Wettbewerbs, so bei der Verhinderung von schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 1 KG oder nach Art. 12 des Preisüberwachungsgesetzes PüG (SR 942.20), wonach missbräuchliche Preise anzunehmen sind, wenn sie auf dem betreffenden Markt nicht das «Ergebnis wirksamen Wettbewerbs» sind. Vgl. auch Art. 1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt BGBM (SR 943.02), Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über technische Handelshemmnisse THG (SR 946.51) oder Art. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen BöB (SR 172.056.1).

[157] Das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, anknüpfend an das gleichnamige Gesetz vom 30. September 1943 und Art. 48 des Obligationenrechts vom 30. März 1911, steht zwar nach dessen Art. 1 grundsätzlich im Interesse aller Beteiligten. Pflichten zur täuschungsfreien, wahren Information und die Wahrung der vollen Entscheidungsfreiheit sind im Wettbewerb in der Tat in aller Regel effizienzfördernd. Beim Verbot der unnötig anlehnenden Werbung, beim Lockvogelverbot (Art. 3 lit. e und f UWG, SR 241) oder bei der Verleitung zum Vertragsbruch (Art. 4 lit. a UWG) ist der volkswirtschaftliche Nutzen schon weniger klar. Die Bestimmungen werden, verbunden mit direkten Klagerechten von Konkurrenten, die in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind (Art. 9 UWG) und der weit gefassten Strafbestimmung von Art. 23, den Wettbewerb wohl eher hindern als fördern. In der Wirkung im Vordergrund steht damit nicht die Förderung des Wettbewerbs, sondern, getreu dem Wortlaut und Zweck des ursprünglichen Art. 48 OR (SR 220), die Beeinträchtigung der Geschäftskundschaft und die Bedrohung des Besitzstandes.

[158] E. HUBER, Botschaft zum OR in AS 27 317 und BS 2 199; BBl 1905 II S. 1, 1909 III S. 725, 1911 I S. 845.

zudem in das Völkerrecht[159] aufgenommen und teilweise institutionalisiert. Dabei wird die faktische Wirkung von Normen und Entscheiden geprüft. Systematisch bedingt ist der sachliche Anwendungsbereich weiter als bei Ziffer 1. Der kontrollierten Gesetzgebung nach Ziffer 1 kommt in Anwendung von Ziffer 2 bei einer stufengerechten Verfassungsgebung ein zusätzlicher, je nach Rechtsfrage jedoch unterschiedlich weiter Ermessenspielraum zu.

Mit der Rechtsanwendung gegen den Wortlaut eines aktuellen Gesetzes oder im Rahmen der Rechtsetzung nach Ziffer 3 sind die Fälle angesprochen, in denen die finanziellen Belastungen für ein Gemeinwesen eine Schranke für seine Leistungen erzeugen.

c) Die Spielräume normativer Prinzipien

Reale Umstände können auch im Rahmen der notwendigen Konkretisierung von normativen Grundsätzen einfliessen. Aus dem normativen Geltungsanspruch ergibt sich zwar, dass der Verfassungs- und Gesetzgeber Werte und Vorgehen bestimmen soll und nicht die Ökonomie. In den drei Arten normativer Öffnungen nach obiger lit. b jedoch kann und soll ein faktisches System wirken. Das Rechtssystem wird mit seinen Basisoperationen von «wahr» und «unwahr» bzw. mit seinen Normen als «kontrafaktisch stabilisierten Verhaltenserwartungen»[160] wegen seiner Ziel- und Zweckorientierung in seiner realen Umwelt relativiert. Damit können in den Öffnungen des Rechts im Systemaustausch Wegweiser bestehen, welche als Prinzipien eine normativ geprägte Optimierung fordern.[161] Die entsprechende Art der Argumentation erscheint z. B. in der Anwendung einer verfas-

[159] Vgl. das humanitäre Völkerrecht gemäss den Genfer Konventionen 1-4 (SR 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.51) mit Zusatzprotokollen, die UNO-Menschenrechtspakte z. B. zum Schutz vor Rassendiskriminierung (SR 0.104) oder Folter (SR 0.105), die UNO-Kinderrechtskonvention (SR 0.107) sowie humanitäre Bestimmungen im regionalen Menschenrechtsabkommen, wie in der EMRK (SR 0.101).

[160] N. LUHMANN, Rechtssoziologie, S. 43 oder N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 559.

[161] Vgl. A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 105, mit Hinweis auf R. ALEXY, Theorie der Grundrechte, S. 71 ff.

sungsrechtlichen Wohlfahrtsfunktion, welche in Anwendung ökonomischer Operationen die Erfüllung von rechtlichen Grundsätzen optimiert.[162] Bei systemübergreifenden Regeln liefern die Normen je nach den faktischen Umständen unterschiedliche Gewichtungen.[163]

Aus der Wirtschaftlichkeit geht, wie aus der Rechtsgeltung, nicht hervor, welche Werte von ihm erfüllt und angestrebt werden sollen. Der Staat dient nicht in der Art der Ausübung einer Aufgabe, sondern vorab im Umstand einer Aufgabenerfüllung an sich.[164] Effizienz ist für sich genommen entsprechend ein inhaltsleeres Konzept.[165] Die zwei Systeme von Recht und Wirtschaft können sich – gerade in einem Verfassungskontext mit vielfältigen Zielen – nur bei einem kooperativen Zusammenwirken entfalten. Die rein rechtliche Perspektive taugt bei einer Optimierung ebenso wenig wie die rein faktische. Dem Normsystem steht frei, den Rahmen einer Offenheit für die Anwendung von ökonomischen Operationen je nach den betroffenen Werten weiter oder enger festzusetzen. So können z. B. bei einer Optimierung im Zusammenhang mit dem Leben oder der Gesundheit Abwägungs- bzw. Evaluationsverbote oder minimale Niveaus statuiert werden.[166] Der Regulator kann bei jedem Lebenssachverhalt auch die Rangordnung der Werte festlegen, z. B. kann er die relative Wichtigkeit von Gütern festlegen oder eine Rangordnung fixieren.[167]

---

[162] A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 105 f.

[163] Vgl. R. ALEXY, Theorie der Grundrechte, S. 77 ff.

[164] P. MOOR, Für eine mikropolitische Theorie des Rechts, Bern/Baden-Baden 2011, S. 20; A. LIENHARD, Entwicklungen im Staats- und Verwaltungsrecht, S. 355.

[165] A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 105.

[166] A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 112 f, mit weiteren Hinweisen.

[167] Vgl. auch A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 112.

4. Strukturelle Probleme bei der Anknüpfung an die Fakten

a) Die Verzerrung der Wahrnehmung

Bei der Wahrnehmung des anderen Systems können aufgrund des unterschiedlichen Blickwinkels Störungen auftreten. Bildlich sei die Möglichkeit von Verzerrung wie folgt dargestellt:

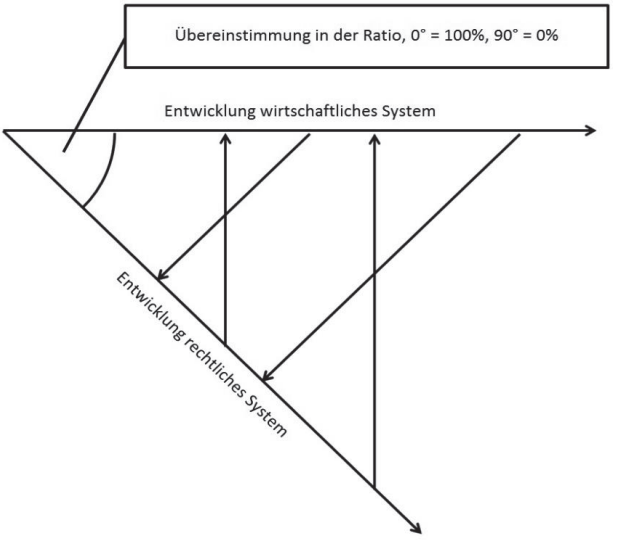


Abbildung 1 - Wertungen als Perspektiven des anderen Systems

Das Mass, in welchem die Überlegungen in den jeweiligen Systemen voneinander abweichen, dargestellt durch den Winkel der Entwicklungsrichtungen, beeinflusst die Projektion des einen Systems auf das andere. Daraus ergibt sich die zentrale Bedeutung der Analyse des Masses der Übereinstimmung von rechtlicher und wirtschaftlicher Perspektive. Das in der Projektion resultierende Mass entspricht der Bewertung des anderen Systems im eigenen Code. Die Bewertung ist von den erkenntnisabhängigen Grenzen des eigenen Beobachtungssystems abhängig.

Dem Myozyme-Entscheid (I) ist die Problematik einer Analyse im systemübergreifenden Wertvergleich zu entnehmen. Eine staatliche Leistung im Code der Wirtschaft, einer Zahlung, soll darin gemäss einer Bestimmung des positiven Rechts (Art. 32 KVG) auch in Relation zu einer eventuell verlängerten Lebenserwartung bzw. auch zur dadurch zu erwartenden Verbesserung der Qualität des Lebens

während einer prognostizierten Verlängerungszeit in Jahren[168] gebracht werden. Das Erfordernis der Wirtschaftlichkeit wird vom positiven Recht als Voraussetzung direkt in die Frage des Leistungsanspruches eingebunden. Der Winkel zwischen den Systemrichtungen nach Abbildung 1 liegt bei einer solchen Argumentation nahe null, d. h. die Richtungen laufen fast parallel. Die finanziellen Wirkungen flossen damit ungefiltert in das Recht ein. Dies obwohl das Ausmass der Komplexitätsreduktion bei den betrachteten Gesundheitsgütern auf ein QALY als Zahl eventuell normativ erhebliche Faktoren vernachlässigte oder die Entwicklung ohne Zusammenwirken nicht parallel war. Wichtig ist somit bei jeder Art einer optimierenden Abwägung, sich zunächst vor Augen zu führen, in welchem Ausmass reale und normative Faktoren in die Vergleichsgrössen einbezogen wurden und wie die faktische und reale Entwicklung getrennt und im Zusammenwirken verlaufen.

Die Bestimmung von Werten baut dabei auf einem aktuellen Zustand, welcher die bisherigen Informationen und Entwicklungen sowie das bestehende normative Umfeld wiedergibt. Werte werden in ihrer Entstehung und durch ihre Entwicklung beeinflusst. Zuweilen werden von der Politik aus aktuellem Anlass und besonders bei einer «Post-Ereignis-Gesetzgebung» andere Ziele und insbesondere der Aufwand zur Schaffung von Normen aus den Augen verloren. Entscheidungen werden in diesen Fällen nicht in einem gesamthaften öffentlichen Interesse getroffen, sondern stehen unter dem Eindruck einer, im Vergleich zu ausgelösten Kosten bei der Verwendung von Mitteln für andere Ziele,[169] hohen Gewichtung von bestimmten Werten in einer aktuellen öffentlichen Diskussion.[170] *Hard cases make bad law*: Dieser Grundsatz gilt insbesondere, wenn eine Regulierung zwar eventuell marginale Verbesserungen in seltenen Fällen bietet, jedoch andere Ziele leiden und auch die administrativen Kosten durch Anhebung des generellen Regulierungsniveaus steigen.

Die Ökonomie und die Rechtsentwicklung sind somit berufen, sich den Bewertungsfragen in vorausschauender und, nach Massgabe der Kosten einer Änderung, auch langfristigen Optik zu stellen. Die jeweilige Bewertung einer Zielgrösse bein-

---

168 QALY-Ansatz, vgl. BGE 136 V 395 Erw. 7.6.3 und vorne S. 6 ff.

169 Was auch die Alternative der Nichterhebung von Steuern einschliesst.

170 N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 357 f.

haltet keine fixe Relation, sondern hängt auch vom Mass der bereits erfolgten Verwirklichung einer Zielgrösse ab. Mitunter ist im Optimum auch eine zusätzliche Einheit einer nicht gut bewertbaren Zielgrösse (wie z. B. Rechtssicherheit, Gesundheit, Chancengleichheit) einer linearen, gut messbaren Kosteneinheit gegenüberzustellen. Bewertete Ereignisse werden durch subjektive Einstellungen und Kommunikationsereignisse beeinflusst. Aufgrund der hohen Diversität und ungesicherten Entwicklung sind sie durch gegenseitige und aussenstehende Dynamik in hohem Mass beeinflussbar. Die Ungenauigkeiten sind dabei ungleich höher als innerhalb eines Systems. Für eine Einordnung von Werten sind ihre Gründe und die Entwicklung ihrer Wirkung im sozialen Umfeld von Bedeutung. Ein Vergleich bzw. eine Abwägung von Werten setzt nicht nur eine Grössenbestimmung, sondern auch eine Analyse der inhärenten wertbestimmenden Faktoren und eine Hinterfragung des eigenen Wirkungsumfeldes voraus.

b) Kommunikationsprobleme

In der Wirtschaft wird eine Bewertung systemgetreu in Zahlen vorgenommen. Sie dient als Input der Operation aller wesentlichen internen und externen Faktoren. Das Recht kann in seinen Operationen von Recht und Unrecht nicht selbst die Umwelt sehen. Es ist auf die Sprache einer Realsphäre angewiesen. Im Recht wird zwingend eine sprachliche Bewertung vorgenommen. Begriffe sind nichts Anderes als Unterscheidungen, welche einschränken, was als gleich oder ähnlich und damit als analogiefähig gelten kann.[171] Sie sind zwangsläufig ungenau, weil sie die Komplexität der Wirklichkeit nicht erfassen können und mit der Bezugnahme auf sprachliche Referenzen eine neue Wirklichkeit erfassen sollen.[172] Trotzdem sind Begriffe in einer spezifischen Sollens-Ordnung notwendig, weil nur durch Sprache eine inhaltliche Übertragung mit notwendiger Komplexitätsreduktion möglich ist und ein kontrafaktischer Geltungsanspruch vermittelt werden kann. Entsprechend kann nach der Konzeption eines kritischen Rationalismus (vgl. dazu gerade nachfolgend in lit. c) die Wahrheit nie mit letzter Sicherheit vermittelt werden, doch ist

[171] N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 388.

[172] N. Luhmann, Soziale Systeme, S. 3.

der Gebrauch der Sprache unter dem Vorbehalt von begründeten Einwendungen unproblematisch.[173]

Gewichtig sind hingegen die inhaltlichen Fragen zu den Auswirkungen der Kommunikation zwischen den Systemen. Das Recht schafft gültige Ableitungen nach seinem eigenen Code und kann bei Vorliegen eines Tatbestands Konsequenzen nach bestimmten Regeln folgen lassen. Sobald jedoch auch die Realität zu beurteilen ist, muss notwendigerweise ein nicht dem eigenen Code folgendes, darin *per se* unbestimmtes System adaptiert werden. Zudem ist das Rechtssystem mit der tatsächlichen Analyse seiner Auswirkungen überfordert, weil seine Anwendung die Realsphäre beeinflussen kann. Gerechnet werden muss mit den Eigenheiten des binären, diskontinuierlich arbeitenden Codes, mit ressourcenintensiven Verfahren zu dessen Anpassung an eine analoge Realität. Das normative System generiert aber auch Folgekosten, welche sich z. B. aus Aufwendungen für die Erarbeitung der Rechtskenntnis, die Kontrolle der Anwendung des Rechts und aus Mängeln wegen fehlender Umsetzung des Rechts generieren. Die Fähigkeit eines normativen Systems zur Adaption und Beeinflussung realer Zusammenhänge ist damit teilweise strukturbedingt beschränkt.

Nach der vorliegend befürworteten Auffassung unterliegen Inhalt und Limit der Gesetzmässigkeiten der realen Umwelt des Rechts einer Dynamik. Für die weiteren Betrachtungen ist entsprechend das Bewusstsein von den Grenzen und der Komplexität deterministischer Aussagen von Bedeutung. Dass die Berücksichtigung faktischer Zusammenhänge bei Entscheidungen werterhaltendere, optimalere Resultate ergibt, ist beinahe selbstverständlich. Nach einem dynamischen Verständnis der Wissenschaft und Forschung, welches auch der vorliegenden Arbeit zugrunde liegt, ermöglichen eine bessere Kenntnis und Forschung über die Realität optimale Entscheidungen. Real- und Normsphäre treten damit in einen produktiven Austauschprozess. In der Normsphäre wird zur Umsetzung von Zielen auf reale Wirkungsprozesse abgestellt und implizit vorausgesetzt, dass die einzelnen Voraussetzungen der Rechtsanwendung effektive Wirkungen erfassen. Im

[173] Vgl. dazu insbesondere A. TARSKI, Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen, in: Studia philosophica 1 (1935), S. 267 ff. und 363 ff., der hinsichtlich Wahrheitsbegriff und Sprachverwendung von einer Widerspruchsfreiheit bei Anwendung einer Regel der unendlichen Induktion ausgeht.

Beispiel der Zulassung von Arzneimitteln wird vorausgesetzt, dass die entsprechenden Stoffe und Behandlungen effektiv und im Total eine positive Wirkung auf die Gesundheit haben.[174]

c) Der Bezug des Rechts auf reale Gesetzmässigkeiten

Die Ökonomie hat bei der Fixierung von Zusammenhängen von Ursache und Wirkung und – aufgrund ihrer Operationen in Zahlungen – auf der tatsächlichen Ebene die grössere Erklärungskompetenz als das Recht. Die ökonomische Theorie geht Probleme mit einem kontinuierlichen, quantifizierbaren Code an und kann damit die Realität besser abbilden. In der Ökonomie ist jedoch keine möglichst genaue, aufwendige Erforschung möglicher Entwicklungen im Einzelfall erwünscht, sondern eine allgemeine Sicht auf die Auswirkungen aller einer Regel unterworfenen Sachverhalte. Die Gewichtsverschiebung von der Gesetzmässigkeit zur Korrelation gründet auf dem systemimmanenten Ziel der Vermeidung von Aufwand. Die Begründung jedes Einzelfalles ist nicht die Aufgabe der Volkswirtschaft, sie gibt nicht Erklärungen «im Detail», sondern «im Prinzip».[175]

Das Recht kann sich auf solche Erkenntnisse einstellen. In einer freiheitlichen Sicht und in einem ebensolchen Rechtssystem knüpfen dabei zurechenbare Handlungen an die Möglichkeit gedanklicher Reflexion an. Das menschliche Verhalten tritt notwendigerweise vor der Wirkung auf. Die Gesetzmässigkeit des Ablaufs äusserer Faktoren dient dem Rechtssubjekt und der Rechtsordnung als Stütze, um die Folgen dieser Handlung zuordnen zu können. Diese Übereinstimmung mit naturwissenschaftlichen Gesetzmässigkeiten von Ursache und Wirkung wird gemeinhin und auch in der vorliegenden Arbeit als Kausalität bezeichnet. Die Kausalität und die Bestimmtheit des Laufs der Dinge ist aus wissenschaftstheoretischer und phi-

---

174 Art. 1 Heilmittelgesetz (HMG, SR 812.21).

175 Vgl. M. TIEZEL, Die Rationalitätsannahme in den Wirtschaftswissenschaften oder Der homo oeconomicus und seine Verwandten, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Bd. 32 (1981), S. 132 f.; K. R. POPPER, Das Elend des Historizismus, Tübingen 1965, S. 110 f.; F. HAYEK, The Counter-Revolution of Science, London 1955, S. 42 f.; H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 101.

losophischer Sicht eine auch historisch umstrittene Konzeption, deren wissenschaftliche Behandlung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.[176] Aus einer hier vertretenen dynamischen Sicht hängt die Einschätzung über die Bestimmtheit des Laufs der inneren und äusseren Fakten vom Mass verfügbarer Informationen ab. Die vorliegende Arbeit hält sich im Sinne einer möglichst grossen Wertungsfreiheit und einer dienenden, möglichst nützlichen Funktion der Theorie für die Praxis an den kritischen Realismus nach K. R. POPPER. Naturwissenschaftlich kann danach keine Kausalität bewiesen werden, trotzdem weitet sich das nützliche Wissen durch die Bewährung nicht falsifizierter Hypothesen aus.[177]

d) Unbestimmte kausale Zusammenhänge

Der reale Wirkungszusammenhang wird bei einer faktischen Anknüpfung zur Leitlinie und zum Begrenzungsfaktor von Zielvorgaben der Gesetzgebung. Leistungen sollen nur nach Massgabe ihrer realen Wirksamkeit veranlasst werden bzw. sie sollen nach Massgabe von eventuellen anderen Zielen oder Wirkungen nicht verfügt werden. Eine Kausalität im Sinne einer Zweckeignung bildet damit einen ersten begrenzenden Faktor einer Regulierung. Der Begriff der Kausalität ermöglicht keine Operation, aber einen Vergleich von Wirkungen zu den Erwartungshaltungen eines Sollens-Systems.[178] Dabei können Reproduktionen eines Codes innerhalb eines Systems und Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge, welche über Systemgrenzen hinweg wirken, unterschieden werden.[179] Die Komplexität von Kausalität ist schon auf Grund ihrer Verweisungen ins Unendliche erheblich: Ursachen kön-

[176] Zu einer empirischen Sicht mit der Betonung der fehlenden Erkenntnismöglichkeit über Gesetzlichkeiten vgl. D. HUME, Über den Verstand, S. 94 ff. Für die trotzdem mögliche Ableitung im Rahmen von Methoden und durch Hypothesen I. KANT, Kritik der reinen Vernunft, Buch II, S. 757 ff.

[177] K. R. POPPER, Logik der Forschung, S. 185 f.

[178] Vgl. N. LUHMANN, Soziale Systeme, S. 69 f.

[179] Vgl. N. LUHMANN, Die Gesellschaft der Gesellschaft, S. 96, 100. Die externen Effekte können nach Luhmann das interne System determinieren, sind jedoch im direkten Einfluss wegen der Verschiedenheit der Codes zwingend destruktiv (S. 103). Nach der hier vertretenen Position ist dies unerheblich, weil das beeinflusste System lernfähig und produktiv darauf reagieren soll.

nen sich grundsätzlich beliebig in die Zukunft weiterpflanzen, Wirkungen aus unbestimmter Vergangenheit entstammen.[180] Inhaltlich zeichnen sich die heutigen sozialen Systeme durch Mannigfaltigkeit und Komplexität aus. Die in der Wirtschaft und im Recht bestehenden, grossen faktischen Handlungsfreiheiten führen zu einer unüberblickbaren Zahl von Kombinationen von Möglichkeiten auch bei kausalen Abläufen.

N. LUHMANN schlägt vor diesem Hintergrund, auch in Anlehnung an mathematische Beschreibungen von Varianz, die Abstraktion der Kausalität vom Einzelfall einer bestimmten Ursache oder einer bestimmten Wirkung vor. Kausale Gesetzmässigkeiten in sozialen Systemen werden ausgehend von nur noch einem invarianten Bezugspunkt beschrieben, d. h. nur noch von Ursache oder Wirkung und nicht mehr von beiden.[181] Der Kausalitätsbegriff wird einem Funktionsbegriff, bei welchem die Ausschaltung aller anderen möglichen Wirkungen oder Ursachen gelingt, zugeordnet.[182] Führen verschiedene Ursachenkombinationen zur gleichen Wirkung, so sind sie funktional äquivalent. Das Resultat ist eine funktionale Zuordnung einer abstrakt beschriebenen Menge von möglichen Ereignissen zu einer abstrakten Wirkung oder eine Zuordnung einer Ursache zu einer abstrakten Wirkung.

Damit wird vor dem Hintergrund einer möglichen Komplexität im Umfeld der Ursache oder der Wirkung vom Recht eine Kombination bei der Anknüpfung unter Vernachlässigung von Detailgenauigkeit vorgeschlagen.[183] Die Bestätigung einer Kausalrelation im Verhältnis eins zu eins ist demgegenüber bei sozialen Systemen aufgrund ihrer wechselseitigen Entwicklung durch Erwartungen, d. h. der Gegenseitigkeit von Kommunikation, häufig nicht möglich. Bei einer Anlehnung an naturwissenschaftlich definierte Ursachenerklärungen ist zu beachten, dass selbst dort einfache faktische Beschreibungen die Ausnahme darstellen. Wiederholungen der massgeblichen Ereignisse eines Kausalzusammenhanges, wie sie z. B. in

---

180 N. LUHMANN, Funktion und Kausalität, S. 20.

181 N. LUHMANN, Funktion und Kausalität, S. 21.

182 N. LUHMANN, Soziologie als Theorie sozialer Systeme, S. 163 ff.

183 Vgl. dazu nachstehend S. 262 ff.

der klassischen Mechanik und in der Biologie teilweise beobachtet werden können, sind die Ausnahme und nicht die Regel.[184]

Die normativen Beschreibungen über reale Regelmässigkeiten basieren auf Annahmen über Kausalzusammenhänge. Sie können Ursache und Wirkung mit verschiedenen Konkretisierungsgraden erfassen. Z. B. wird die Ursache einer unerlaubten Handlung als widerrechtlich und schuldhaft, die Wirkung als Schaden eingestuft. Die Ereignisse werden damit an beiden Enden der Ursachenkette sprachlich beschrieben und normativ eingereiht. Als Sammelbegriff zur Charakterisierung normativ beeinflusster und bewerteter Regelhaftigkeit wird in der Rechtspraxis der Begriff der adäquaten Kausalität verwendet.[185] Die Adäquanztheorie, wonach ein faktischer Zusammenhang nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu beurteilen ist, wird bemüht, wenn die Ebenen des Seins und des Sollens im Ablauf ineinandergreifen.[186] Die normative Ausrichtung führt zu einer Differenzierung nach Fallgruppen.[187]

Die Ökonomie erfasst reale Wirkungszusammenhänge wegen ihrer Komplexität in der Regel mit einer festen oder statistisch erfassten Ursache oder einer ebensolchen Wirkung und beschreibt eine zugehörige andere Menge von Ereignissen mit Hilfe von Variablen, welche die Art und den Grad der Abhängigkeit wiedergeben. Kausale Regelmässigkeiten der Ökonomie können nicht eindeutige Ergebnisse liefern, sondern basieren auf vereinfachenden Annahmen über tatsächliche Verhältnisse. Die Beziehungen zwischen Mengen von Ursachen und Wirkungen lassen sich mathematisch deshalb häufig nur als Annäherung in Funktionen definieren.[188] Je nach Annahmen der Beschreibung von Kausalität werden die Menge der Ursa-

---

[184] Vgl. K. R. POPPER, Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge. Routledge, London 1963, S. 339 f.

[185] Statt vieler z.B. BGE 57 II 36 oder BGE 112 II 42; vgl. auch K. OFTINGER/STARK E. W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, S. 113.

[186] Vgl. A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 379.

[187] Diesen Ansatz favorisierend: E. A. KRAMER, Die Kausalität im Haftpflichtrecht: neue Tendenzen in Theorie und Praxis, in: ZBJV 1987, S. 289, 316.; T. ACKERMANN, Adäquanz und Vorhersehbarkeitsregel, Diss. Bern 2001, S. 197.

[188] Vgl. zum Funktionsbegriff Meyers kleine Enzyklopädie Mathematik, 14. Auflage, Mannheim/Zürich 1995, S. 114 f; zur Begriffsgeschichte vgl. die online Enzyklopädie Wikipedia unter <https://de.wikipedia.org/wiki/ Funktion_(Mathematik)>, besucht am 17. Juli 2016.

chen und/oder der Wirkungen verallgemeinert. Der Versuch, ökonomisch vorteilhaftere Regeln zu schaffen, ist schon wegen seiner Folgenorientierung bezogen auf reale Fakten eine notwendig statistische Annäherung.[189] In der Rechtsanwendung stehen demgegenüber Operationen nach dem Code von Recht und Unrecht im Vordergrund.

e) Faktische Grenzen der Verhaltenssteuerung

Wie Forschungsergebnisse zum Gesundheitsrecht nahelegen, lässt sich ein nichtökonomisches System häufig nicht oder nur mit grösserem Aufwand mit monetären Mitteln in die ökonomisch indizierte Richtung bewegen. Zudem sind die Effekte im Ausmass stark variierend. Die Reaktion von Leistungsbezügern auf Anreize illustriert eine Übersicht von P. ZWEIFEL (Universität Zürich) und W. G. MANNING (University of Chicago). [190] Diese Autoren werteten im Jahre 2000 folgende Studien aus:

- Sieben internationale statistische Auswertungen zu generellen Änderungen des Niveaus der staatlichen Leistungen oder Versicherungsleistungen bzw. auch der privaten Kostenbeteiligung und den jeweiligen Wirkungen auf die Nachfrage nach Gesundheitsleistungen,
- zwölf wissenschaftliche Studien zur Bereitschaft von Nachfragenden, Kosten selbst zu übernehmen, danach besteht eine Abhängigkeit der Nachfrage[191]
    - von Höhe, Abstufung und Belohnung bei der Kostenbeteiligung,
    - der Art, Ort, Person (Einbezug eines Arztes mit/ohne Verbindung zum Leistungsträger) der Entscheidungsfindung bzw. dem Ort der Erbringung der Gesundheitsleistung (stationär oder ambulant),
    - der Höhe der Versicherungsprämie,
    - der Art der Gesundheitsleistung (z. B. bei Arzneimitteln), und
    - der Schwere und Art der Gesundheitsschädigung, sowie

---

[189] Vgl. A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 109.

[190] P. ZWEIFEL/W. G. MANNING, Moral Hazard and Consumer Incentives, S. 410 ff.

[191] P. ZWEIFEL/W. G. MANNING, Moral Hazard and Consumer Incentives, S. 433 ff.

- ein Experiment (*Health Insurance Experiment*), in dem von November 1974 bis Februar 1977 in sechs amerikanischen Städten 5'809 Personen nach vierzehn verschiedenen Versicherungsplänen versichert und während einer Versicherungszeit von drei oder fünf Jahren ausgewertet wurden.

In einer studien-, methoden- und länderübergreifenden Zusammenfassung – und damit die jeweiligen Voraussetzungen der Studien bewusst ignorierend – gehen ZWEIFEL/MANNING von einer durchschnittlichen Preiselastizität der medizinischen Nachfrage von -0,2 aus, d. h., dass sich die Erhöhung des Preises in den betrachteten Studien (nur) zu ca. 20 % negativ auf die Nachfrageentwicklung auswirkte. Ein Rückgang der Nachfrage durch die Abwälzung auf den Leistungsbezüger ist zwar zu verzeichnen, das Abstützen auf Parameter, welche medizinische Differenzierungen und Abläufe vernachlässigen, vermag jedoch weder ökonomisch noch ethisch zu befriedigen. Im Gegenteil zeigen diverse Studien gerade auf, dass eine Abstufung der Eigenanteile im Bagatellbereich nicht einsparend wirkt, sondern – psychologisch bedingt – sogar zu Mehrausgaben führte. Das Leistungsniveau hing nicht von der Art der Ausrichtung der Leistung (z. B. Arzneimittel, stationäre oder ambulante Behandlung), sondern von der Beratung und Kontrolle des Leistungsbezügers ab.

Hingegen sind einige der in den Studien gewonnenen Erkenntnisse, wie dass bei onkologischen Erkrankungen die Patienten bei Kostenbeteiligung durchschnittlich 1,25 Monate später zur ärztlichen Abklärung gingen, aus ökonomischer und ethisch-normativer Sicht alarmierend. Nicht überraschend ist, dass sich bei lebensgefährlichen Krankheiten ohne eine Gefahr eines zweckwidrigen Verhaltens, wie bei Herzinfarkten, trotz zusätzlicher Kostenbeteiligung, keine messbaren Nachfrageänderungen ergeben haben. Bestätigend ist aus dieser Sicht auch der Befund, dass gemäss der Untersuchung von G. J. WEDING[192] bei schwereren gesundheitlichen Beeinträchtigungen die Nachfrage nur halb so elastisch ist wie bei weniger gravierenden. In Übereinstimmung mit ZWEIFEL/MANNING ist die Konklusion, dass der Schlüssel zur Erfassung der Gründe der Mengenausweitungen beim Einbezug der Anreize von Arzt und Patient sowie deren Interaktionen, Informationslagen

[192] G. J. WEDING, Health Status and the Demand for Health, in: Journal of Health Economics 7 (1988), S. 151 ff.

und Entscheidungsfindungen liegt.[193] Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Erlangung eines Gesundheitszustandes mit Rente je nach sozialer Ausgangslage einen Wert darstellen kann. Die Opportunitätskosten eines Ansprechers, wie z. B. der Produktivitäts- und Zeitverlust, sind entsprechend geringer.[194]

Die neuere Literatur weist bei geringen finanziellen Anreizen sogar kontraproduktive Effekte nach. U. GNEEZY/A. RUSTICHINI konnten statistisch signifikant belegen, dass intrinsisch geprägte Leistungen bei Einführung extrinsischer monetärer Vorteile nicht grösser wurden.[195] Im Gegenteil folgte bei kleinen finanziellen Anreizen eine zunächst stark fallende Leistung, welche erst durch grössere externe Vorteile wettgemacht werden konnte. Konkret wurden von 160 Studenten der Universität Haifa Aufgaben durchschnittlich besser gelöst, wenn sie für die richtige Beantwortung der Fragen nichts erhielten als wenn der Lohn 0,1 NIS pro richtige Frage war. Die Antworten waren wieder etwa gleich gut bis leicht besser bei einem Lohn von 1 und 3 NIS. Beim zweiten Experiment wurde eine gemeinnützige Sammeltätigkeit von insgesamt 180 Gymnasiasten ausgewertet. Die Resultate brachen bei einem Prozent Gewinnbeteiligung um rund einen Drittel ein, bei einer Beteiligung von 10 % stiegen die Erlöse wieder, sie verblieben aber immer noch ca. 8 % unter denjenigen der altruistischen Vergleichsgruppe.

Die Einführung monetärer Anreize kann somit bei nichtmonetären Präferenzen der Probanden keine oder kontraindizierte Reaktionen auslösen.[196] Die Leistenden erfahren und erwarten ihre Belohnung in Form der Zuschreibung von inneren Werten durch Dritte. Der Effekt ist auch langfristig von Interesse. U. GNEEZY/A. RUSTICHINI zeigen mittels einer statistischen Analyse, dass die Verdrängung intrin-

---

193 P. ZWEIFEL/W. G. MANNING, Moral Hazard and Consumer Incentives, S. 454.

194 P. ZWEIFEL/W. G. MANNING, Moral Hazard and Consumer Incentives, S. 453.

195 U. GNEEZY/A. RUSTICHINI, Pay Enough or Don't Pay at All, S. 791 ff.

196 Vgl. die Beispiele von S. BOWLES/S. POLANÍA-REYES, Economic Incentives and Social Preferences: Substitutes or Complements?, in: Journal of Economic Literature, Juni 2012, S. 368 ff.

sischer Motivation nach Einführung monetärer Effekte kaum mehr rückgängig gemacht werden kann.[197] Eine Rolle spielt dabei, in welche Richtung die beiden Anreizsysteme, die extrinsische und die intrinsische Motivation, weisen. Stimmt die Richtung überein, werden Ziele auch bei Berücksichtigung des Aufwands ihrer Implementation häufig mit Erfolg erreicht. Der Mensch wird auch die Befreiung von einer moralischen Last als Freiheit erstrebenswert empfinden und bei seinem Verhalten berücksichtigen.[198]

5. Beschreibung eines idealen Zusammenwirkens der Systeme Recht und Wirtschaft

a) Die Auswirkungen der Differenzen in den Operationen

Die Systeme reagieren nicht nur dynamisch in Schnittstellen aufeinander, sondern auch je in ihren eigenen Codes.[199] Für die Analyse gegenseitiger Beeinflussungen von Interesse sind die Elemente, welche im anderen System weiterverwendet werden. Im Ausmass seiner Geschlossenheit lenkt das Rechtssystem die realen Wirkungsketten durch seine Operationen und seinen vorauswirkenden Schatten von Sanktionen.[200] Die eigenen Resonanzwellen hallen nach, werden jedoch nur in einem normativ sinnvollen Mass wiederaufgenommen. Das Wirtschaftssystem nutzt demgegenüber die vom Recht produzierte Erwartungssicherheit hinsichtlich Fremdkomplexität und bedient sich dessen Strukturen für die eigene Verfügungsfreiheit.

---

[197] Vgl. dazu U. GNEEZY/A. RUSTICHINI, Pay Enough or Don't Pay at All, S. 804 f.: Relativ kleine Geldstrafen wirken sich wiederum nicht vermindernd, sondern sogar erhöhend auf eine sozial missbilligte Tätigkeit aus (*in casu* Kinder zu spät zum Kinderhort bringen). Dieses höhere Niveau wird bei Wegfall der Strafe zudem beibehalten, der Effekt der Verdrängung von intrinsischen Antrieben bleibt.

[198] Vgl. nachstehend S. 178 f.

[199] Aus Sicht einer Systemhygiene nach N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 455, ändern Irritationen nichts daran «dass die Wirtschaft unter durch das Recht erschwerten Bedingungen Profite bzw. rentablen Kapitaleinsatz sucht und das Rechtssystem unter durch Wirtschaft erschwerten Bedingungen Gerechtigkeit oder doch hinreichend konsistente Fallentscheidungen.»

[200] Vgl. wie erwähnt R. AXELROD, Die Evolution der Kooperation, 5. Auflage, München 2000, S. 53 ff.

In der Evolution der Rechtsordnung haben sich wirtschaftlich gesehen Konstruktionen bewährt, welche die Handlungssicherheit der Entscheidungsträger erhöhen.[201] Durch die Anknüpfung an eine Sollens-Ordnung kann ein Verhalten geschützt und vor dem Verhalten anderer abgesichert werden. Der Systembezug garantiert eine Gültigkeit faktischer Positionen unabhängig vom Inhaber und damit die Möglichkeit von faktischen und normativen Transfers. Innovation und spezialisierter Austausch werden ermöglicht und gefördert. Selbst wenn jedoch solche Einrichtungen wie Verfassung, Eigentum und Vertrag das reale System mit dem Recht strukturell koppeln, besteht nach N. LUHMANN «keine Garantie für zeitlich invariante Koordination, sondern nur eine Garantie für ausreichende Spezifik wechselseitiger Überraschungen».[202] Die Kenntnisse über die Spezifik wechselseitiger Überraschungen helfen nicht, eine Richtung vorherzusagen. Sie helfen nur Richtungsänderungen des anderen Systems im eigenen System zu erkennen und zu reagieren.

Das Recht greift mit seinem Geltungsanspruch teilweise in die *ratio* der Wirtschaft ein, gibt Leitlinien für die wirtschaftlichen Entscheide vor. So soll nicht mittels Täuschung Geld erlangt werden, nicht ein patentgeschütztes Arzneimittel kopiert werden, nicht ein Hilfloser im Stiche gelassen werden. Das Recht verdrängt insofern die Ökonomisierung und bremst dadurch den Austausch von Zahlungsmitteln ab.[203] Es wirkt bei Blockaden als ultimatives, unbedingt und unbeschränkt wirkendes Konfliktlösungssystem aus eigenem Grund. Sein Filter systematischer Geschlossenheit prüft im eigenen System die Gründe des Durchflusses fremder Einheiten langsam.

Die bewahrenden, sichernden Eigenschaften des positiven Rechts bilden in einer dynamischen Betrachtung die beständigen Punkte bei Konflikten. Diese Vorteile von Rechtsgeltung, Rechtsbeständigkeit und Rechtssicherheit ermöglichen in der Wirtschaft einen Aufbau, den Austausch und die Bewahrung von Gütern und Werten. Das gesollte Verhalten stimmt bei einer komplexen Umwelt aus systemanaly-

---

201 Vgl. N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 131 f. und 266 f.

202 Vgl. N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 443.

203 Vgl. die Online-Enzyklopädie <www.wikipedia.de> zum Stichwort «Ökonomisierung» unter der Seite <https://de.wikipedia.org/wiki/ökonomisierung>, besucht am 17. Juli 2016.

tischer Sicht jedoch nicht notwendigerweise mit dem ökonomischen Code der Entscheidungsträger überein.[204] Die dadurch entstehenden Bremswirkungen sind auch systembedingt. Dies heisst jedoch nicht, dass das Recht aus nur systeminternen Gründen, z. B. aufgrund unnötiger Formalismen oder überlanger Verfahren, die Wirtschaft hemmen soll.

Wo das Recht hingegen im Rahmen seiner Öffnungen explizit auf wirtschaftliche Auswirkungen abstellt, begründet der wirtschaftlich motivierte Systemaustausch keine Notwendigkeiten für Grenzen. Solche ergeben sich aus zusätzlichen Zielen des Staates. Eine rein ökonomische Analyse kann diese Einwände systembedingt nicht sehen. Entsprechend können die Ergebnisse einer wirtschaftlichen Analyse die normative Entscheidung nur unterstützen, nicht ersetzen. Nur beide Betrachtungen zusammen ergeben Anhaltspunkte, in welchem Verhältnis die wirtschaftliche Perspektive zu den normativen Einwänden steht.

b) Die Erwartungssicherheit bei Ereignissen des anderen Systems

Externe Wirkungen von Recht und Wirtschaft werden je als Systemumwelt in das andere System einbezogen, in eigene Prozesse geleitet und die Resultate werden wiederum im anderen System berücksichtigt. Dieser wechselseitige Austausch mit dem fremden System bildet kein eigenes System, er beruht auf der wechselnden Anwendung unterschiedlicher Codes und entsprechend unterschiedlicher Operationen. Diese Verwendung des eigenen Codes ist für beide Systeme existentiell: Weder die Ökonomisierung der rechtlichen Entscheidungen noch die Verrechtlichung der ökonomischen Entscheidungen liesse Operationen zu.

Eine kognitive Anpassung an Entwicklungen des anderen Systems zwischen den Systemen Recht und Wirtschaft tritt häufig auf. Die gegenseitigen Einflüsse sind gross, weil sie sich gegenseitig in Ursprung und Repetition voraussetzen. In der Wirtschaft werden rechtliche Entscheide in die möglichen Handlungsweisen aufgenommen. Umgekehrt nimmt das Recht explizit oder im Rahmen einer gemischten Adaption auch auf wirtschaftliche Bewertungen Bezug. Mithin kann gerade nicht angenommen werden, dass im System Wirtschaft keine Erwartungshaltung zum System Recht vorhanden wäre und *vice versa*, wie dies einem ausschliesslich

[204] Vgl. P.-J. JOST, Effektivität von Recht aus ökonomischer Sicht, Berlin 1998, S. 58.

selbstreferenziellen Ansatz entsprechen würde.[205] Nur im Rahmen der Ergebnisprüfung der Übertragung von Erkenntnissen sind die Codes des einzelnen Systems ausschliesslich relevant. Die Richtigkeit von systemübergreifenden Erwartungshaltungen, z. B. der Erhalt einer Bewilligung bei Vorliegen der wirtschaftlichen Voraussetzungen oder die wirtschaftliche Tätigkeit aufgrund einer vorliegenden Bewilligung, bildet im Gegenteil einen Motor von erfolgreichen Rechts- und Wirtschaftsordnungen.

Die Berücksichtigung von anders möglichen Entscheiden ermöglicht in einem evolutiven Kreislauf eine Weiterentwicklung. Eine sogenannte doppelte Kontingenz beschreibt nach N. LUHMANN die Tatsache, dass ein «Erfolg des sozialen Handelns nicht nur vom Tun (bzw. Nicht-Tun) eines Handelnden abhängt, sondern auch vom Handeln des Interaktionspartners und von den gegenseitigen Erwartungen beider Handelnden».[206] Sie ist jeder Kommunikation und jedem Handeln vorausgeschaltet und betrifft das Ausmass der gegenseitigen Erwartungen in das Handeln des anderen. N. LUHMANN verwendet bei einer systemextern wechselseitigen Berücksichtigung jedoch nicht den Begriff der doppelten Kontingenz, wie bei einer systeminternen Berücksichtigung von Erwartungen.[207] Bei Erwartungen des Fremdsystems spricht er in Anlehnung an H. R. MATURANA von einer strukturellen Kopplung.[208] Dabei produzieren nach seiner Terminologie Systeme in Erwartung der Einwirkungen von Fremdsystemen (Irritationen) eine Struktur von Erwartungshaltungen, welche ihnen einen Austausch erlauben.[209]

Durch die gegenseitige Berücksichtigung von möglichen Entscheidungen im anderen System kann jedoch auch extern eine wechselseitig erfolgreiche Entwicklung

---

[205] G. TEUBNER, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a. M. 1989, S. 36 f.

[206] M. MILANOVA, Gesellschaftstheorien: Systemtheorie 1, Titel „Kontingenz und Sinn", veröffentlicht nur im Internet auf der Seite der Universität Trier <http://luhmann.uni-trier.de/index.php?title=Gesellschaftstheorien_1:_Systemtheorie#Geschichte_und_Entwicklung_der_Theorie>, besucht am 25. Mai 2017.

[207] N. LUHMANN, Soziale Systeme, S. 148 ff.

[208] N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 440 ff, mit Verweis auf H. R. MATURANA/F. J. VÁRELA, Autopoiesis and Cognition, The Realization of the Living, Dordrecht/Boston/London 1980.

[209] N. LUHMANN, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 29 ff. und 163 ff.

entstehen. Die eigenen Operationen schliessen die Berücksichtigung von Irritationen und Fremdkomplexität nicht aus. Diese werden in den eigenen Codes als Kosten bzw. als Rechtswidrigkeiten abgelegt und bei eigenen Entscheidungen durch einen Vergleich mit den eigenen Systemerinnerungen berücksichtigt.[210] Dabei bleiben beide Systeme grundsätzlich frei in ihren Entscheidungen, jedoch führen Abweichungen von Erinnerungen zu weniger Erfolg im Zusammenwirken, insbesondere zu Aufwand in den Operationen des anderen Systems. Was z. B. in der Politik normativ entschieden wird, kann nach Massgabe des Erfolgs frei gewählt werden. Gedächtnisschemata, welche durch Abstraktion im politischen Diskurs als Argumente dienen können, können als Werte aufgefasst werden.[211]

Aus der Evolution dieses wechselseitigen Diskurses ergibt sich, welche Werte im Austausch der Zahlungen das wirtschaftliche System tragen und welche normativen Werte das Zusammenwirken der beiden Systeme für eine wie auch immer definierte positive reale Entwicklung schützen sollen. In beiden Systemen existieren Werte, die sich im wechselseitigen evolutiven Prozess entwickelt haben und die für die Weiterentwicklung wichtig sein können. Sie können wegen des unterschiedlichen Ausmasses objektiver bzw. subjektiver Einflüsse oder wegen verschiedenen Zeithorizonten trotz ihrer Auslegung auf Kooperation auch im Widerspruch zu einander stehen. Für die nachfolgende Analyse genügt die Beachtung der unterschiedlichen Herkunft und der gemeinsamen Zielrelevanz von eher wirtschaftlich und eher normativ definierten Optimierungsgrössen.[212] Sie werden zusammen als Werte bezeichnet. Der genauere Inhalt von normativ oder real geprägten Werten kann und soll im Rahmen einer systematischen Analyse bis zu einer bewussten Wertung in einem Anwendungsfall offenbleiben.

---

[210] Die Funktionsweise der Erinnerung bzw. des Gedächtnisses von Systemen wird in der soziologischen Forschung trotz der zentralen Bedeutung nicht intensiv besprochen, vgl. R. SCHÜTZEICHEL, Sinn als Grundbegriff bei Niklas Luhmann, S. 211.

[211] N. LUHMANN, Das Gedächtnis der Politik, in: Zeitschrift für Politik 41, S. 109 ff.

[212] Vgl. zur Wertentwicklung z. B. M. S. ASSLÄNDER, Von der vita activa zur industriellen Wertschöpfung, Eine Sozial- und Wirtschaftsgeschichte menschlicher Arbeit, Marburg 2005.

c) Der Umgang mit externen Operationen

Aggregierte Wertgrössen in Recht und Wirtschaft laufen in einer demokratischen Ordnung in der Regel über die Zeitachse mehr oder weniger parallel in Richtung produktiver Ziele. Weitere Interessen sind in Art und Gewicht in hohem Mass unbestimmt. Insoweit können die ökonomischen Zielgrössen in Rahmen normativer Vorgaben als beständige Grössen eingebunden werden. Das Vorgehen entspricht einer rechtlichen Analyse mit Integration wirtschaftlicher Interpretation oder Zielsetzung. Die Analyse ist wegen ihrer relativen Unbestimmtheit in Wertungen, und der gemeinsamen Ausgangsbasis der Eigentumsrechte, mit dem Geltungsanspruch des Rechts vereinbar. Sie kann gleichzeitig die Kosten der Abweichung in Operationen der Wirtschaft sichtbar machen. Die Wirtschaft wird dem Recht bei Kollisionen Verluste in eigenen Zahlungsgrössen vorrechnen.

Im Kontext von Recht und Wissenschaft lassen sich auch unwahrscheinliche Entwicklungen mit einem für das eigene System dienlichen Mass an Sicherheit beschreiben und adaptieren.[213] Bei einer jeweils rationalen Basis schaukeln sich die beiden Systeme insofern nicht nur intern, sondern mit ihrer Interpendenz und bei Austausch in gegenseitig spezialisierte Funktions- und Kausalzusammenhänge hoch. Die Systeme können auch die Operationen des jeweils anderen Systems teilweise erfassen. Sie nehmen auf, was sie mit ihrem Code sehen können bzw. im Fall des Rechts auch sehen wollen. Sie adaptieren Erwartungshaltungen auch im anderen System, können aber nicht nach dessen Regeln arbeiten. Das Recht und die Wirtschaft können jedoch lernen und ihre Struktur der Aussenwirkung anpassen. Das Recht kann z. B. seinen Geltungsanspruch auf mögliche systemexterne Einwirkungen ausrichten. Damit wird Unsicherheit beseitigt und die Adaption der Wirtschaft ermöglicht.

Unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von rechtlicher und faktischer Unsicherheit lassen sich nach dem Mass der Erwartungssicherheit folgende Situationen unterscheiden:

[213] N. LUHMANN, Soziale Systeme, S. 441.

		Rechtliche Erwartungssicherheit	
		Fehlendes Recht	Recht
Faktische Erwartungssicherheit	Fehlende Sicherheit	(1) Tatsächliche und rechtliche Unsicherheit/*out of law and order*	(2) Tatsächliche Unsicherheit trotz Recht: Willkür; bei geordneten Verfahren: Auslegung, Rechtsentwicklung
	Sicherheit	(3) Gewissheit durch Sollens-Ordnungen ohne Erzwingbarkeit (Erwartungen z. B. bei Kooperation durch Wiederholung privater Beziehungen[214], soziale Reputationsmechanismen, alternative Sanktionssysteme)	(4) Vollziehbares Recht, festgesetzt durch Vertrag oder Gesetz

Tabelle 1 – Faktische und rechtliche Erwartungssicherheit im Zusammenwirken

Ordnungen ohne Sicherheit (Felder 1 und 2) sind störenden Wirkungen ausgesetzt und können in der Entwicklung keine Regelmässigkeiten nutzen. Ohne Zwang (Feld 3) besteht aufgrund von Vollzugsproblemen bei höherer Komplexität der Umwelt die Gefahr des Verlusts von Konturen. In all diesen Fällen fehlt gerade das massgebliche Element einer stabilen Sollens-Ordnung: Die Möglichkeit, sich kontrafaktisch zu etablieren und sich auch bei Enttäuschung durchzusetzen.

Für eine kooperative Entwicklung beider Systeme ist die Vermeidung von Unsicherheit wichtig.[215] Die positiven Effekte von tatsächlicher und rechtlicher Sicherheit, insbesondere mit Blick auf Innovation und Wirtschaftsentwicklung, aber auch hinsichtlich des Vollzugs des Rechts, sind systemtheoretisch und offensichtlich auch empirisch ausgewiesen.[216] Die Vermeidung von Unsicherheit über das Verhalten anderer und des Staates, wie in den Feldern (3) und (4) angestrebt, ermöglicht nicht nur die für das andere System richtige, konstruktive eigene Handlung,

---

[214] Nach R. AXELROD, Die Evolution der Kooperation, 5. Auflage, München 2000, S. 53 ff., ist eine dezentrale Austauschstrategie («TIT FOR TAT») stabil, wenn die Zukunft einen genügend grossen Schatten in die Gegenwart wirft.

[215] Zur wirtschaftlich positiven Wirkung von ungeschriebenen Verhaltensnormen vgl. vorne S. 32.

[216] Zur positiven Auswirkung auf die Wirtschaft vgl. J. ASSMANN, Innovationslogik und regionales Wirtschaftswachstum Theorie und Empirie autopoietischer Innovationsdynamik, Diss. Marburg 2002, S. 52 ff.

sondern auch die Handlung, welche auf das eigene System die erwartete Wirkung zurückgibt und damit wieder die Grundlage für die nächste Handlung im eigenen System bilden kann. Diese gegenseitige, systemübergreifende Reflektion von Gesetzmässigkeiten begünstigt die Entwicklung beider Systeme.

d) Zwei unterschiedliche Geschwindigkeiten

Die Systeme Recht und Wirtschaft reagieren unterschiedlich schnell auf Fremdeinflüsse.[217] Während die Wirtschaft schnell und stetig reagiert, erfolgt eine rechtliche Synchronisation je nach Justizeffizienz oder politischem System verzögert. Die Wirkungswellen im anderen System, N. LUHMANN spricht von «Resonanzwellen»,[218] können unterschiedlich lange und komplex sein. Grundsätzlich drohen soziale Systeme bei unterschiedlichen Erwartungshaltungen systembedingt in der Entwicklung zu stocken.[219] Recht und Wirtschaft haben verschiedene Verfahren zur effizienten Lösung von Blockaden entwickelt. Diese können bei intern unterschiedlichen Erwartungshaltungen und bei externen Einflüssen angewendet werden. Die Wirtschaft wickelt widersprechende Erwartungshaltungen durch eine artifizielle Ordnung mit Geld in Form von Zahlungen ab.[220] Damit wird ein quantifizierbares System geschaffen, in dem entgegengesetzte Erwartungen trotz Gegensätzen stufenlos ausgeglichen werden und damit bestehen können. Die entsprechende ökonomische Bewertung basiert auf einer einheitlichen, artifiziellen Messgrösse von Gemeinsamkeiten trotz funktionaler Differenzen. Sie basiert auf Einzelzahlungen und stimmt nicht zwingend mit gesamtökonomisch richtigen Entscheidungen, z. B. zur Vermeidung der Zerstörung von Sachgütern oder anderen externen Effekten, überein. Der Vorteil des dezentralen Ansatzes liegt in der breiten, über Normsysteme hinweg möglichen Kommunikation und Übertragbarkeit

---

[217] Vgl. N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 443.

[218] Vgl. N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 443.

[219] Typischerweise ist das Recht in seiner Entwicklung deshalb gehemmt. Im Vergleich dazu liegen auch den klassischen Naturwissenschaften wie erwähnt sich wiederholende Situationen zugrunde, in welchen komplexitätsentlastende Adaptionen in rascher Folge möglich sind.

[220] Vgl. N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 197. Zur scheinbaren Entwicklung in der Position von N. Luhmann vgl. St. LANGE, Niklas Luhmanns Theorie der Politik: Eine Abklärung der Staatsgesellschaft, Wiesbaden 2002, insbesondere S. 272 f.

des Prinzips auf verschiedene Wirtschaftsgüter. Bewertungen im wirtschaftlichen Kontext werden so nach verbreiteten Erwartungshaltungen schnell zu massgeblichen Preisen.

Die hohe Geschwindigkeit einer dezentralen Adaption der rechtlichen und wirtschaftlichen Umgebung bildet grundsätzlich einen systematischen Vorteil des darauf basierenden ökonomischen Systems gegenüber einem autoritativ wirkenden, zentral zu treffenden rechtlichen Entscheid. Bei der Rechtsanwendung ist eine Entscheidung mit einer zeitlichen Abkoppelung der Vergangenheit von der Zukunft und mit einem entscheidoffenen Verfahren verbunden.[221] Wie das Beispiel der Verhinderung von zweckwidrig beantragten Leistungen in der Sozialversicherung zeigt, benötigt das Recht teilweise sehr lange, um seine Erwartungshaltung mitzuteilen.[222] Die fortschreitende Spezialisierung und Ausdifferenzierung der Systeme haben die Unterschiede der Geschwindigkeiten noch akzentuiert. Zuweilen versucht das Recht zwar auch bewusst die systembedingte Langsamkeit zu überwinden, z. B. mit schnellem Rechtsschutz, der Einräumung von Gestaltungsrechten oder bei Schnellverfahren. Bis zu einem endgültigen Entscheid nach rechtsstaatlichen Prinzipien vergeht häufig erheblich mehr Zeit als Marktteilnehmer für ihre Entscheidungen benötigen würden.

Das heisst nicht, dass in der Ökonomie langfristig oder gesamtökonomisch richtige Entscheidungen schnell getroffen würden. Im Gegenteil dauert die Anpassung unternehmerischen Verhaltens, wie die Beispiele der Bankenkrise oder der Produktion von gefährlichen Stoffen, z.B. Asbest, nahelegen, teilweise überaus lange. Die betreffenden kurzfristigen Entscheide von Unternehmen gründen jedoch nach der hier vertretenen Konzeption nicht auf einer andauernden Unfähigkeit, den eigenen Vorteil zu sehen. Die gesamtwirtschaftlich richtige Entscheidung wird im Gegenteil deshalb lange nicht getroffen, weil die dezentralen Handlungsträger in ihrer Erwartungshaltung gegenüber der Sollensordnung keine Sanktionen bei zweckwidrigen Handlungen integrieren. Die Ursache kann, wie in Fällen des Missbrauchs von sozialen Leistungen wegen Gesundheitsbeeinträchtigungen, in der hohen faktischen Komplexität der Systemumgebung liegen. Sie kann aber auch

---

221 N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 325.

222 Vgl. z. B. die in BGE 141 V 281 zusammengefasste Rechtsprechung zu den somatoformen Schmerzstörungen.

schlicht darin verborgen sein, dass das politische System keine Sanktion für schädliches Verhalten aufstellt oder die Verhaltensnorm *de facto* nicht durchgesetzt wird bzw. werden kann. Die Ursache der Verzögerung liegt damit auch in diesen Fällen nicht im System Wirtschaft begründet, sondern in seiner rechtlichen und tatsächlichen Umwelt.

e) Zwischenergebnis zum Zusammenwirken der Systeme

Das Recht ist im eigenen System aufgrund systembedingter Verzögerungen seiner Operationen faktisch ein Zaungast des schnellen wirtschaftlichen Austausches, welcher durch eine originäre Ausstattung von Rechten bzw. durch eine wirtschaftliche Evolution begründete Transferierbarkeit von Rechten stattfinden kann. Die wirtschaftlichen Werte sind zum Zeitpunkt, da sich das Recht mit einer Bewertung aus seiner Optik auseinandersetzt, in der Wirtschaft schon bestimmt.

Bei einer werterhaltenden Zielsetzung wird für das Recht systembedingt ein Nachvollzug indiziert. So kann z. B. der Wert von gesundheitsfördernden Substanzen und Dienstleistungen dem Wert gegenüberstehen, welcher dafür von Privaten bezahlt wird. Mehr zu zahlen wäre ökonomisch und rechtlich gesehen eine Vergeudung von Ressourcen, das Angebot im Gleichgewichtspreis oder darunter auszuschlagen bildete hingegen eine verpasste Chance. Das Recht wird nach Massgabe von wirtschaftlichen Zielen zum Diener faktischen Geschehens. Die Wirtschaft und die Konsequenzen des Rechtssystems auf die Wirtschaft werden ins Recht integriert und die wirtschaftlichen Ziele dann aus eigenem, rechtlichem Grund vermehrt.

Das Recht muss als ethische Richtschnur mit der Möglichkeit zur Beurteilung komplexer Sachverhalte und im Dienste der Integration nichtfinanzieller Ziele eine letztlich entscheidende Instanz bilden.[223] Fehlentwicklungen sollen möglichst zeitnah und effektiv sanktioniert werden. Auch Gerechtigkeitsüberlegungen haben

[223] Vgl. u. a. D. WIDRIG/B. TAG, Rechtliche Aspekte der Kosten-/Nutzenbewertung in der Medizin, Hill 2012 Nr. 65, N. 76. Diese Autoren fordern von der Politik verbindlichere Grenzwerte für das Kosten-Nutzenverhältnis, andererseits aber auch einen flexiblen Schwellenwert, welcher Handlungsspielräume im Einzelfall zulässt.

eine Vetofunktion.[224] Inwieweit sich daraus jedoch ökonomische Mindestleistungen ergeben, kann und soll hier nicht abschliessend diskutiert werden.[225] Die ökonomischen Zusammenhänge sollen nur in die Grundlagen der Entscheide zu Fragen «ob» und «wie» eines Eingriffes einfliessen. Recht und Politik haben somit insoweit das Primat als dass ihnen eine Eingriffsmöglichkeit zusteht.

Das Gewicht der realen im Vergleich zu den normativen Argumenten ändert je nach Fragestellung. Selbst, wenn vom Recht eine ausgesprochen realitätsnahe Optik gesucht wird, ist ein letzter Rest an Wertungen nicht zu vermeiden. H.-J. MERTENS formulierte hierzu treffend: «Auch der natürliche Begriff wird dadurch, dass er in den Zusammenhang der Rechtsordnung gestellt wird, formal zum Rechtsbegriff»[226]. Was das Recht als ursächlich annehmen will, ist diesem grundsätzlich freigestellt. Wenn sich der Gesetzgeber oder, in Ermangelung dessen, eine Praxis oder Lehrmeinung jedoch zur Anwendung von Normen oder zur Lenkung von realen Prozessen am Faktischen orientieren soll, so sind für die Beurteilung von Einzelfragen aus diesem Bereich konsequenterweise auch die Fakten bestimmend.[227]

Aus der vom Recht in diesem Sinne bewusst gewählten dienenden Funktion lässt sich die Notwendigkeit einer möglichst realitätsnahen Analyse ableiten. Nach der hier vertretenen Meinung hat das Recht damit selbstgewählt seine Aufgabe im Dienste von Zielen und Kriterien, die sich überwiegend in der Realsphäre definieren, zu verwirklichen. Um dies zu erreichen, sind die realen Grundlagen einzukalkulieren, soweit Folgerungen daraus in eine Richtung weisen. Wo anders entschieden wird, werden den Rechtsunterworfenen Regeln gesetzt, die natürlichen Abläufen und Gesetzmässigkeiten widersprechen. Diese Normierungen setzen den Aufwand voraus, den die Umgehung von individuellen Willen und Naturgesetzen

---

[224] Vgl. G. CALABRESI, The Costs of Accidents, S. 24.

[225] Vgl. dazu J. RAWLS, Theorie der Gerechtigkeit (übersetzt von H. VETTER), Frankfurt am Main 1979. Zum Verhältnis von Gerechtigkeit und Effizienz in übersichtlicher Darstellung: K. MAHIS, Effizienz statt Gerechtigkeit, S. 144 ff.

[226] H.-J. MERTENS, Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967, S. 111, mit Verweis auf (u. a.) K. ENGISCH, Die Relativität der Rechtsbegriffe, in: Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958, S. 68 ff.

[227] H. L. A. HART/T. HONORÉ, Causation in the Law, S. 91, charakterisieren so die neuere Theorie, vgl. insbesondere in FN. 53.

erfordert. Der Aufwand kann mit Blick auf ein kausales Gewinn- oder Gerechtigkeitsziel trotzdem sinnvoll sein.

Problematiken der Bewertung hindern nicht daran, danach zu streben, den Wohlfahrtsverlust der normativ begründeten Eingriffe möglichst transparent und *ex ante* einzuschätzen.[228] Die Einsicht, alles unterliege Werturteilen, verbunden mit der fehlenden Untersuchung realer Zusammenhänge, vermag deshalb weder aus ökonomischer noch aus juristischer Sicht wissenschaftlichen Anforderungen zu genügen.[229] Die Kapitulation vor der fehlenden Vergleichbarkeit von Werten ist einer wissenschaftlichen Analyse nicht förderlich. Soweit die Werte mangels Vergleichbarkeit mit Zahlungsmitteln nicht in eine wirtschaftliche Analyse einbezogen werden können oder sollen,[230] sind sie im Ergebnis vorzubehalten.

C. DIE SYSTEMISCHE ANALYSE DER OPTIMIERUNG

1. Die realen Spielräume von Wirtschaftlichkeitskriterien

Betreffend die Ausrichtung auf die Wirtschaftlichkeit sei vorab auf die verschiedenen möglichen Bedeutungen bzw. Ausprägungen in der Anwendung hingewiesen. Das Prinzip der Wirtschaftlichkeit lässt normativen Spielraum offen und sagt nichts Zwingendes darüber aus,

1. wie eine Ziel- bzw. Nutzenfunktion aussieht, insbesondere welches Ziel verfolgt werden soll und welche Werte zu Grunde liegen,

2. ob dabei das Ziel maximiert oder die Ressourcen minimiert werden sollen,

---

[228] L. KAPLOW/ St. SHAVELL, Fairness v. Welfare, Cambridge Mass. 2002, S. 471; vgl. K. MATHIS, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 213 ff.

[229] H. LANGE, Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen 2003, S. 38, formuliert zum sogenannten normativen Schaden: "Die Sach- und Rechtslagen, die man glaubt mit einem «normativen» Begriff bewältigen zu können und zu müssen, sind heterogener Art und lassen sich nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen."

[230] Bestimmte Politikaufgaben sollen nicht in einem engeren Sinne wirtschaftlich effizient sein und deren Ziele sind auch schwierig zu quantifizieren. Als Beispiele seien ohne Anspruch auf Vollständigkeit genannt: Das Asylrecht, die Gleichberechtigung der Geschlechter, die Pflege von Kultur und Sprache oder auch die medizinische Versorgung in geographischen Randregionen.

3. ob mehrere Nutzenfunktionen parallel optimiert werden sollen, und

4. wie eine Optimierung faktisch umgesetzt werden soll.

Offen ist somit vorab die Zielgrösse der Wirtschaftlichkeit. Regulierungen können an der Anzahl angestrebter Ereignisse (*output*, z. B. Anzahl neue Arzneimittel durch einen positiven Anreiz oder Anwendungen einer Vorschrift durch Sanktion) oder aber an den dadurch erreichten Nutzenverbesserungen (o*utcome*, z. B. Verbesserungen durch Arzneimittel oder die Vermeidung von Unfällen) gemessen werden. Begrifflich umfasst werden kann entsprechend die Auswirkung einer regulativen Massnahme auf den *output* oder auf den *outcome* oder auch das rein reale Verhältnis zwischen *output* und *outcome*.[231]

Das Verhältnis zwischen den Kosten und einem monetär bewerteten *outcome* wird in der Literatur als *cost-benefit analysis* oder Kosten-Nutzen-Analyse bezeichnet.[232] Wird der *outcome* in Nutzwerten, wie z. B. Lebensjahren oder qualitätsbereinigten Lebensjahren ausgedrückt, so wird von einer *cost-utility analysis* gesprochen, wie sie die QALY-Analyse als bekannteste Vertreterin darstellt.[233] Werden die Kosten nicht mit dem *outcome*, sondern mit dem *output* verglichen, so wird eine *cost-effectiveness analysis* bzw. Kosten-Wirksamkeits-Analyse durchgeführt. Dabei wird somit die Frage beantwortet, welche Kosten pro Einheit eines medizinischen Parameters anfallen.[234] Von den faktischen Zusammenhängen indiziert wäre entsprechend, die Effektivität als Wirksamkeit sprachlich der realen

---

[231] H. MÜHLENKAMP, Wirtschaftlichkeit im öffentlichen Sektor, Berlin/München/Boston 2015, S. 15 ff.; vgl. auch D. HOFSTETTER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns, S. 301 ff, der den Begriff der Effizienz von einer sich über den Zielerreichungsgrad definierenden Effektivität abgegrenzt (S. 301 f.) und als Verallgemeinerung einer im Gegensatz dazu nur finanziell verstandenen Wirtschaftlichkeit etabliert (S. 304 f.). Die Unterschiede der Begrifflichkeiten werden als Lehrstreit dargelegt und eine Vermengung der Begriffe wird anderen Autoren vorgeworfen (z. B. in und bei FN. 1541).

[232] O. SCHÖFFSKI, Grundformen gesundheitsökonomischer Evaluationen, S. 58 f., wobei hier und nachfolgend zu beachten ist, dass O. SCHÖFFSKI den Begriff des *outputs* nicht – wie vorliegend in Anlehnung an H. MÜHLENKAMP vorausgesetzt – nach der Wirkung innerhalb der Kausalitätskette, sondern nach dem Fachgebiet vom *outcome* unterscheidet (vgl. S. 53).

[233] O. SCHÖFFSKI, Grundformen gesundheitsökonomischer Evaluationen, S. 68 und zur QALY-Analyse im Besonderen: O. SCHÖFFSKI/W. GREINER in: O. SCHÖFFSKI/J.-M. GRAF VON DER SCHULENBURG (Hrsg.), Das QALY-Konzept als prominentester Vertreter der Kosten-Nutzwert-Analyse, S. 71 ff.

[234] O. SCHÖFFSKI, Grundformen gesundheitsökonomischer Evaluationen, S. 60, mit weiteren Hinweisen.

Ebene zuzuordnen[235] und mit der Effizienz oder Wirtschaftlichkeit als abstrakter Grösse eine Relation des Aufwandes (*input*) zu einem Mass der Normbefolgung (*output*) oder einem daraus entstehenden Zielerreichungsgrad (*outcome*) zu bezeichnen.[236] Offensichtlich im Bemühen, sich auch sprachlich auf einen tatsächlichen Nutzen auszurichten, wird im Gegensatz dazu jedoch im Recht auch von einer Effektivität von Normen als einem Massstab der Änderung von menschlichen Verhaltensweisen (des *outputs*) gesprochen und die Wirksamkeit als eine Relation zur Veränderung von Zielgrössen (des *outcomes*) davon unterschieden.[237] Die Effizienz oder Wirtschaftlichkeit umfasst dann und im Übrigen eine Kosten-Nutzen-Analyse samt einem Versuch eines Grössenvergleichs zwischen *input* und *outcome*.[238]

Die Wirtschaftlichkeit als Begriff lässt in diesem Sinne somit erstens offen, welche Grössen optimiert werden sollen. Einige Werte, die optimiert werden können, z. B. eine Qualität oder soziale Werte, sind nicht leicht in Geld messbar. Dabei ist eine Zuordnung zu kardinal messbaren ökonomischen Werten nicht zwingend.[239] Ökonomische Prinzipien können auch ohne exakte Wertzuschreibung auf nicht geldwerte Güter übertragen werden. Notwendig für einzelne normative Entscheidungen ist nur eine Zuordnung jedenfalls zu einer ordinalen Skala, bei einer Regulierung über statistische Grössen jedoch grundsätzlich eine kardinale Vergleichbarkeit.[240]

Nach dem Begriff der Wirtschaftlichkeit ist zweitens offen, ob sich bei einer Optimierung die Ressourcen den Erträgen anzupassen haben oder umgekehrt. In An-

---

[235] Nach K. DUDEN benennt die Effektivität die Wirksamkeit bzw. effektive Wirkung, vgl. die Internetseite <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/>, besucht am 11. März 2017.

[236] Ausführlich in diesem Sinne MÜHLENKAMP, Wirtschaftlichkeit im öffentlichen Sektor, Berlin/München/Boston 2015, S. 15 ff.

[237] W. BUSSMANN, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 170 N. 5, mit weiteren Hinweisen.

[238] W. BUSSMANN, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 170 N. 5

[239] Anders W. BUSSMANN, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 170 N. 5.

[240] Eine utilitaristische, kardinale Einordnung z. B. in Geldeinheiten, wie z. B. auch W. BUSSMANN, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 170 N. 5, als Konsequenz aufgezeigt, lässt sich bei einer vergleichenden Optimierung von Kosten und Nutzen oder bei der dezentralen PARETO-Optimierung noch vermeiden, nicht jedoch bei wohlfahrtsökonomischen Entscheidungen oder mit einer Aufwandkomponente angereicherten, konkretisierten Optimierung nach KALDOR-HICKS, vgl. nachstehend S. 168 ff.

wendung eines Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes können vorhandene Mittel nach einem Maximalprinzip einen möglichst grossen Nutzen bzw. Zielerreichungsgrad erzielen oder umgekehrt bestimmte Aufgaben in Anwendung eines Minimalprinzips mit möglichst geringen Mitteln erledigt werden.[241] Der ökonomische Ansatz umfasst aus einer real orientierten Optik eine Maximierungsfunktion gleichermassen wie eine Minimierungsfunktion. Wirtschaftlichkeit ist auch nach einer allgemeinen Wortbedeutung die «Übereinstimmung mit dem Prinzip, mit den gegebenen Mitteln den grösstmöglichen Ertrag zu erwirtschaften oder für einen bestimmten Ertrag die geringstmöglichen Mittel einzusetzen».[242] Entsprechend kann eine ökonomische Sicht ohne wertende Konkretisierung nicht beantworten, was die Anlehnung an eine wirtschaftliche Perspektive beinhalten soll. Die strukturelle Unbestimmtheit eines abstrakten ökonomischen Prinzips ist nach normativen Gesichtspunkten auszufüllen. Soll in Anwendung einer Minimierungsfunktion ein identisches Ziel mit möglichst geringen Ressourcen angestrebt werden, so spricht der Ökonom auch von einer *cost-minimisation analysis*.[243] Diese Ausgangslage besteht z. B. wenn in der Regel günstigere Generika als Ersatz für Originalpräparate zugelassen werden.[244]

---

[241] H. MÜHLENKAMP, Wirtschaftlichkeit im öffentlichen Sektor, Berlin/München/Boston 2015, S. 8.

[242] Vgl. K. DUDEN, online unter <www.duden.de/rechtschreibung/Wirtschaftlichkeit>, besucht am 6. Februar 2017. In der Ökonomie werden die Vergleiche der Mittel zu einer bestimmten Zielgrösse und der Ziele zu vorhandenen Mitteln als absolute Wirtschaftlichkeit und der Vergleich unter solchen absoluten Relationen als Handlungsalternativen von Mittel und Zielen als relative Wirtschaftlichkeit bezeichnet, vgl. die Definitionen im Gabler Wirtschaftslexikon <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/3570/wirtschaftlichkeit-v5.html>, besucht am 6. Februar 2017; nachfolgend wird die Wirtschaftlichkeit einer Handlungsalternative als lokal und deren Optimum als Vergleich als globale Wirtschaftlichkeit bezeichnet. vgl. nachstehend S. 162 ff, denn im Widerspruch zur ökonomischen Definition werden im Recht zuweilen Evaluationen des Mitteleinsatzes bei einer bestimmten Wirkung als relativ bezeichnet. Nur Vergleiche mit fixierten Ressourcen und implizierenden absoluten Bewertungen, wie z. B. von CHF 100'000 für ein qualitätsbereinigtes Lebensjahr im Myozyme-Entscheid (I), werden rechtlich als absolut wahrgenommen, vgl. B. RÜTSCHE/A. WILDI, Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht, S. 203 f.

[243] Bzw. Kostenminimierungsanalyse oder auch Kosten-Kosten-Analyse, vgl. dazu eingehend O. SCHÖFFSKI, Grundformen gesundheitsökonomischer Evaluationen, S. 56 f.

[244] O. SCHÖFFSKI, Grundformen gesundheitsökonomischer Evaluationen, S. 56.

Der Begriff der Wirtschaftlichkeit lässt drittens offen, ob einzelne oder mehrere Ziele verfolgt werden sollen. Diese können im Rahmen einer gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsfunktion zudem komplementär, neutral oder antinomisch zueinanderstehen.[245] Grundsätzlich offen und normativ zu bestimmen sind, jenseits der Frage einer staatlichen Tragbarkeit, die Höhe der gemeinschaftlichen Ausgaben sowie die Art ihrer Verwendung.

Normativ beeinflussbar ist viertens die Art der Umsetzung von Entscheidungen, insbesondere inwieweit dezentrale Entscheidungen von Individuen zu berücksichtigen sind und inwieweit zentral gesteuert werden soll. Gerade bei hoher faktischer Komplexität mehrerer Zielgrössen bzw. Nutzenempfänger können zentrale Entscheidungen faktisch nicht in Kenntnis von dezentral anfallenden Informationen erfolgen. Bei Optimierungen mehrerer Einzelnutzen dominieren entsprechend dezentrale Ansätze.[246]

2. Strukturelle Probleme der Optimierung von Leistungen

Bei staatlichen Leistungen und insbesondere bei Gesundheitsgütern stellt sich die Frage einer Wirtschaftlichkeit vor einem schwierigen strukturellen Umfeld. Bei der Leistungsverwaltung steht der Entzug von Ressourcen aus der Wirtschaft für normativ bestimmte Zwecke und damit ein systemübergreifender Austausch im Zentrum, weshalb beide Systeme in ihrer Zielrichtung direkt betroffen sind. Im Myozyme-Entscheid (I) treffen unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich des Umfangs der sozialen Gewähr für die Gesundheit Einzelner aufeinander. Aus einer volkswirtschaftlichen Sicht steht die Frage zur Diskussion, in welchem Mass Ressourcen für die Operationen des anderen Systems hingegeben werden sollen, wenn eine wenig kostenbewusste Nachfrage mit hohen Ansprüchen auf ein monopolistisch geprägtes Angebot trifft und entsprechend die Preise nach oben entgleiten können.

---

[245] A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 109.

[246] Vgl. zu den PARETO- und KALDOR-HICKS-Kriterien nachstehend S. 165 ff.

Ein finanziell limitierter Staat hat die unvermeidliche Aufgabe, Leistungen gegen Geld abzuwägen. Die entsprechende, intersubjektive Kommunikation und der intersubjektive Austausch setzen Wertprämissen voraus. Wertfreie Intersubjektivität ist praktisch nicht möglich.[247] Bei staatlichen Leistungen treffen die beim Steuer- oder Beitragszahler und beim Leistungsbezüger jeweils zugrundeliegenden subjektiven Erwartungen zusammen.[248] Denn die Mittel für die Gemeinschaft müssen aus der Schaffenskraft von Einzelnen – mittels staatlichen Steuereinnahmen oder in der Form von Sozialversicherungsbeiträgen – alimentiert werden und beruhen auch an der Quelle auf konkreten Wertrelationen.

Nebst diesen Wertrelationen wären aber auch die direkten und indirekten Kosten der Umverteilung zu bestimmen. Von einem allgemeinen Finanztopf autonomere Leistungssysteme, wie soziale Versicherungen, operieren mit teilweise risikoinadäquaten Beiträgen und geben auch sachlich entsprechende Leistungen zurück. Wertübereinstimmungen reduzieren die Notwendigkeit zum Vergleich von verschiedenartigen Werten und die Kosten von Quersubventionen. Sie vereinfachen auch die Umsetzung durch den einfacheren gesellschaftlichen Konsens. Bei einer Vielzahl und Vielfältigkeit möglicher Leistungen profitieren dagegen eher nicht spezifizierte, von der Gemeinschaft der Zahler verschiedene Personen von einer gemeinschaftlichen Ausgabe. Je allgemeiner ein Finanztopf, aus dem Leistungen bezahlt werden, desto intensiver findet ein Austausch über verschiedene Wertungs- und Wirtschaftsbereiche hinweg statt. Der gesellschaftliche Konsens bedarf dann entsprechend der Loslösung von individuell optimierendem Verhalten. Leistungen oder Sicherheit für Gruppen, zu denen eine Entscheidungsgruppe in ihrer Mehrzahl nicht oder nicht mehr gehört, z. B. junge Eltern, Ausländer oder Muslime, Personen mit sehr seltenen Krankheiten oder (schon beziehende) IV-Rentner, bedürfen einer intersubjektiven Wertewahrnehmung.

Die Garantien von Existenz und Eigentum des Einzelnen sowie der wirtschaftlichen Betätigung lassen nicht nur dezentrale und damit eher effiziente Entscheidungsprozesse zu, sie stehen auch in Übereinstimmung mit einer in diesen Traditionen als richtig und gerecht angenommenen Entscheidungskompetenz von Einzelnen in

---

[247] Vgl. zum Ganzen: N. LUHMANN, Die Praxis der Theorie, S. 319 ff.

[248] Vgl. N. LUHMANN, Soziologie als Theorie sozialer Systeme, S. 158 ff.

seinem unmittelbaren Umfeld. Die Eigenverantwortung ist als Verinnerlichung sozial vorteilhafter Verhaltensweisen, wenn sie wahrgenommen wird und insbesondere den zeitlichen Wandel übersteht, die effizienteste Methode der normativen Lenkung dezentraler Prozesse. Sie braucht aus einer sozialethischen Perspektive Rahmenbedingungen, welche u. a. nach den Prinzipien von Solidarität und Subsidiarität der eigenen Bedürfnisse eigenverantwortliche Entscheidungen erlauben.[249]

Staatliche Leistungen mit einem wirtschaftlich positiven Effekt werden im Rahmen einer fortschreitenden Entsolidarisierung eher von einem gesellschaftlichen Konsens getragen. Wirtschaftlich vorteilhafte Leistungen implizieren deren produktive Verwendung, d. h. die Leistung erzeugt bei den direkten und indirekten Empfängern insgesamt einen höheren Wert als bei den Finanzierenden.[250] Ein produktiver Transfer bedingt, dass eine Geldeinheit beim Empfänger einen grösseren individuellen Wert hat als beim Geber. Insoweit kann auch wirtschaftlich sinnvoll nach sozialen Grundsätzen z. B. von den Reicheren zu den Ärmeren, von den Jungen zu den Alten, von den Gesunden zu den Kranken verteilt werden. Das ökonomische Gesamtsystem begründet seine Interessen für eine Umverteilung mit einem höher bewerteten Nutzen bei den Empfängern. Dieser Wertung liegt in der Regel die ökonomische Grundannahme eines abnehmenden Nutzens für eine zusätzliche Zahlungseinheit zu Grunde. Aufgrund dieser Wirkung kann – bei einem funktionierenden Vollzug – auch eine gesamtgesellschaftliche Maximierung durch Umverteilungen zu Gunsten von Minderheiten gesamtökonomisch sinnvoll sein. Selbst bei Missbrauch kann sich insgesamt noch eine grössere Verbesserung bei Bedürftigen ergeben als die damit zusammenhängende Verschlechterung bei einem weniger Bedürftigen beträgt.[251]

---

[249] Vgl. W. E. BÜRGSTEIN, Eigenverantwortung im Schweizer Gesundheitswesen, Eine sozialethische Auseinandersetzung im Kontext steigender Gesundheitskosten, Diss. Freiburg 2013, S. 243. Der Autor hebt zurecht hervor, dass das Gesundheitswesen wegen der Überalterung der Bevölkerung mit hohen Kosten belastet wird, weshalb Versuche, die Patienten zu einem präventiv nützlichen Verhalten anzuhalten, in einer rein monetären Sicht ohne Gewinn sind.

[250] Vgl. die Thesen 14 und 15 des Beitrags «Elemente einer Theorie der sozialen Gesundheit» von H. PFAFF ET AL., in: T. SCHOTT/C. HORNBERG (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit: 20 Jahre Public Health in Deutschland: Bilanz und Ausblick einer Wissenschaft, Wiesbaden 2011, S. 50 f.

[251] Zu den Optimierungskriterien nach PARETO und KALDOR-HICKS vgl. nachstehend S. 159 ff.

Das ethisch gesehen Lobenswerte und ökonomisch in Analyse und Finanzierung Herausfordernde ist die grundsätzliche Weichenstellung einer Rechtsordnung zugunsten mitmenschlicher Werte. Diese können auch im Rahmen einer erweiterten ökonomischen Betrachtung als Ziele eingesetzt werden. Darüber hinaus wird eine rechtliche Betrachtung auch subjektive Faktoren, welche sich nicht oder jedenfalls nicht leicht in eine eindimensionale Optik von ökonomischen Werten abbilden lassen, aufnehmen und gewichten. Ökonomische Bemessungen von Leben und Gesundheit werden mangels Austauschbarkeit bei der Objektivierbarkeit an Grenzen stossen.[252] Doch können bei zusätzlichen normativen Zielen Werte im Hinblick auf die Veränderung von nicht intersubjektiv austauschbaren Grössen maximiert werden.[253] Die Abwägung zwischen allgemeinen Geldmitteln des Staates (bzw. Mitteln von leistungsfähigen Steuer- und Prämienzahlern) und medizinischen Bedürfnissen des Einzelnen wird in einer humanistischen und christlichen Staatstradition sogar grundsätzlich entgegen der Ökonomie zugunsten von staatlichen Leistungen vorgenommen.[254] Bei teuren Arzneimitteln und Behandlungen kann sich entsprechend z. B. die Frage stellen, ob trotz einer grundsätzlichen Werthaltung zugunsten einer Gesundheitsversorgung der Verlust an finanziellen Ressourcen der Gemeinschaft zu überwiegen vermag.

Die Frage ist nach dem Gesagten nicht, ob ein Staat überhaupt Leistungen erbringt, sondern welche Leistungen er nach welchen Kriterien, in welchem Ausmass er erbringt und inwieweit er wegen normativen Vorgaben auch unproduktiv Leistungen erbringen soll. Leistungserbringung und Leistungsbezug treten bei beschränkten Geldmitteln in Konkurrenz mit anderen Zielen und Systemen. Die notwendige Bewertung und Festsetzung von Art und Ausmass von indirekten Kollisionen wird zu einem mannigfaltigen Problem, in einer demokratischen Ordnung

---

[252] Die Vorteile, welche z. B. ein zusätzliches Lebensjahr für den Betroffenen und seine Familie bietet oder welche Kosten ein Hinschied oder eine Behandlungsverweigerung bei Dritten auslöst, lassen sich in Zahlen kaum fassen. Das Leben hat für den einzelnen Betroffenen in der Regel keine geldwerte Begrenzung, er hat nur etwas davon, wenn er es oder seine Gesundheit auch behält.

[253] Vgl. auch M. KETTNER, Kann Ökonomisierung gut und muss Kommerzialisierung schlecht sein?, in: F. HEUBEL/M. KETTNER/A. MANZESCHKE (Hrsg.), Die Privatisierung von Krankenhäusern, Wiesbaden 2010, S. 118 ff. Dieser Autor unterscheidet die Ökonomisierung von der Kommerzialisierung als blosser Maximierung des Geldes bzw. Profits.

[254] Z. B. bei der Krankenversicherung im Bereich von notwendigen, zweckmässigen und wirksamen medizinischen Leistungen, vgl. Art. 32 KVG.

zum politischen Prozess. Eine normativ konstituierte Ordnung ist frei, irgendwelche Leistungen zu erbringen. Die wirtschaftliche Perspektive überwiegender Nützlichkeit dringt nur *de lege ferenda* und im Rahmen von definierten Öffnungen eines bestehenden, grundsätzlich geschlossenen Systems ein.

De lege ferenda wird ein fehlender Umweltbezug des Rechtssystems durch eine Demokratisierung ausgeglichen.[255] Die Fremdkomplexität bei der Rechtsetzung wird in der Schweiz häufig in direktdemokratische Entscheide einbezogen und abgewogen. Dies hat aus wissenschaftlicher Sicht den Nachteil, dass Effekte nicht im Detail abgewogen werden, sondern eine Gesamtabwägung die Einzeleffekte verdeckt. Das europäische Ausland vertraut im Gegensatz dazu weniger auf eine breit abgestützte Meinung, sondern auf den Verstand, die Repräsentation und die Werte von gewählten Vertretern. Für die dominierte Frage der richtigen Abwägung von Werten ist ein direktdemokratischer Regulierungsprozess nach Massgabe auch der Teilnahme an Plebisziten jedoch prädestiniert, weil alle Wertungen direkter einfliessen können als bei der Wahl von Vertretern. Zudem können letztere bekanntlich auch abweichende, eigene Interessen verfolgen.

In der dynamischen Perspektive eines Systemaustauschs wird eine demokratische Sachabstimmung *prima vista* das Ausmass an Gewinnen und Verlusten vernachlässigen. Wenn bei beabsichtigten Wirkungen bzw. den normativen Zielen angeknüpft wird, bleibt zudem die Bestimmung der genauen Mittel und Einsätze, welche diese Ziele erreichen sollen, notwendigerweise indirekt bestimmt. Gewählte Vertreter sind aus diesen Gründen vor allem bei Detailentscheidungen und für Abwägungen, welche Einzelne oder Minderheiten übermässig treffen, sinnvoll. Der weitere Komplex dreht sich darum, ob direktdemokratische Entscheide auch für Fragen innerhalb eines Systems besser in der Lage sind, Entscheidungen zu treffen.

---

[255] N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 480. N. LUHMANN wehrte zunächst die Tendenz des Einbezugs externer Ziele – nach dem Hinweis auf die ursprüngliche Funktion einer Verfassung als Politikbegrenzung – auch aus finanzpolitischer Sicht und wegen fehlender rechtlicher Redundanz ab. Er rügte insbesondere die Entwicklung von Wohlfahrts- und Absicherungserwartungen an den Staat (vgl. N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 481). In einer späteren Analyse führt N. LUHMANN aus, Opposition gegen eine staatliche Förderung der Interessen von Einwohnern wäre nicht hilfreich. Der Staat und seine Sollens-Ordnung hätten auch zur Stärkung von Funktionssystemen, wie der Schule oder des Gesundheitswesens, beigetragen (N. LUHMANN, Die Politik der Gesellschaft, S. 224).

Dies ist aus Sicht der Systeme Recht und Wirtschaft zu verneinen, da diese Systeme intern mit jeweils eigenen Operationen zu richtigen Lösungen finden.[256] Aus Sicht der Systeme Recht und Wirtschaft kann ein direktdemokratischer Prozess insbesondere aufgrund seiner grösseren statistischeren Sicherheit über die Bedürfnisse der Bevölkerung oder wegen seiner breiten Akzeptanz als Möglichkeit der Streiterledigung geeignet sein.

3. Die zusätzliche Komplexität bei Leistungen im Gesundheitsrecht

Bei Leistungen für die Gesundheit bestehen über die Bewertungsprobleme hinaus strukturelle Eigenheiten:

1. Eine geringe Preiselastizität der Nachfrage mit einem hohen Stellenwert von Gesundheitsgütern,[257]
2. eine faktisch und rechtlich monopolistisch geprägte Struktur des Angebots (z. B. wegen hohen Markteintrittsschranken oder eines Schutzes von Zulassungen),
3. eine strukturell besonders aufgebaute Nachfrage mit einer Mehrheit von dezentralen Entscheidungsträgern mit kaum zuordenbaren Wirkungen und einem von Informationen abgekoppelten zentralen Leistungsträger.[258]

Die mit Ziffer 3 angesprochenen Informationsasymmetrien weisen dabei verschiedene Eigenheiten auf:

1. Die höheren Freiheitsgrade der dezentralen Entscheidungsträger (Leistungsbezüger oder Leistungserbringer) in einem hochkomplexen fachlichen Umfeld:

---

[256] Als Beispiele in der Wirtschaft seien Preis- oder Mengenfestsetzungen im Widerspruch von Angebot und Nachfrage genannt. Im Bereich des Rechts seien Verfassungsbestimmungen im Widerspruch zu Grundrechten oder zum Völkerrecht erwähnt.

[257] Vgl. L. HAJEN/H. PAETOW/H. SCHUMACHER, Gesundheitsökonomie, S. 75 ff.

[258] Vgl. L. HAJEN/H. PAETOW/H. SCHUMACHER, Gesundheitsökonomie, S. 77 f. und nachstehend S. 280 ff.

Leistungen sollen dezentrale Entscheide ermöglichen, d. h. die Entscheidungsfreiheit ist beim Adressaten strukturbedingt grösser. Der Effekt verstärkt sich insbesondere, wenn Leistungen in liquiden Mitteln ausgerichtet werden. Auch führen fachspezifische Entscheidungsträger und die relative Offenheit einer Wissenschaft gegenüber alternativen Erkenntnissen zu einer Erhöhung der Freiheit.

Gegenmassnahmen könnten ohne die Mitwirkung der Entscheidungsträger in einem Umfeld hoher Komplexität trotzdem scheitern. Z. B. wurde bei Einführung der *Diagnostic Related Groups* (DRG)[259] der Anreiz zum Ausgleich der Pauschalisierung durch Weiterungen bei der Leistungserbringung und *upcoding* grösser, insbesondere bei Freiheitsräumen ärztlicher Diagnoseeinstufungen.[260] Auch besteht diesfalls die Tendenz zu Entscheidungen, welche dem Einzelfall nicht angemessen sind, was Folgekosten z. B. in der Form von Kosten durch Wiedereintritte oder vermehrte Todesfälle, auslösen kann.[261]

2. Die dezentrale Ausgangsverteilung der Informationen:

Ein möglicher Leistungsbezüger ist im medizinischen Bereich, in dem faktisch ohne seine Mitwirkung keine Diagnose möglich ist, strukturbedingt auch Entscheidungsträger und zumindest am Anfang einer Abklärung auch Herr seiner eigenen Daten, z. B. über seinen Gesundheitszustand. Er kann diese privaten Informationen vor einem Leistungsbegehren ohne Kontrolle

---

[259] Vgl. Art. 49 KVG.

[260] Das Positionspapier der Arbeitsgruppe WZW der FMH aus dem Jahr 2010 mit dem Titel Wirtschaftlichkeitsverfahren unter KVG Art. 59 (Sanktionsrecht), Bern 2010, abrufbar im Internet unter der Adresse <http://www.fmh.ch/files/pdf9/FMH_Tarifdienst_WZW_Positionspapier_D.pdf>, besucht am 17. Juli 2016, führt das Ausweichen der Ärzte durch Segmentierung ihrer Leistungen als Grund für eine Erfassung in grösseren Einheiten auf. Im Prinzip besteht bei geringerer Segmentierung jedoch eher die Möglichkeit, einen Leistungsumfang zu kaschieren. Auch nach Zahlen des Krankenkassenverbandes *santésuisse* des Jahres 2015 entsteht der Eindruck, Spezialärzte würden die Tarif-Kürzungen mit Zusatz-Behandlungen auffangen, wobei die Ärzte aus ihrer Sicht entgegnen, mehr Leistungen erbracht zu haben (vgl. Bericht in der Nachrichtensendung des Schweizer Fernsehens «10 vor 10» vom 8. April 2016 von Ch. SCHÜRER), vgl. zu den DRG und *upcoding* auch nachstehend S. 121 ff.

[261] M. BINSWANGER, „Qualität bedeutet Zuwendung“, Interview in Care Management, Zeitschrift für Integrierte Versorgung, Qualität und eHealth, Ausgabe 6 Dezember 2010, S. 2 f.

sammeln und verknüpfen um sich erst in einem Zeitpunkt, da sich die Informationslage zu seinen Gunsten präsentiert, einen Anspruch geltend machen. Trotz Mitwirkungspflicht und den vielfältigen Querverbindungen bei Dokumentationen besteht grundsätzlich eine beschränkte Möglichkeit, Informationen selektiv vorzutragen.

3. Die fehlende Möglichkeit, das Verhalten von Ausreissern und Missbräuchen durch das Gesetz der grossen Zahl statistisch auszuschliessen:

   Eine statistische Betrachtung gibt zusätzliche Informationen über gleichartige Sachverhalte. Sie ermöglicht damit je nach Genauigkeit eine Komplexitätsreduktion. Die statistische Auswertung erlaubt bei Berücksichtigung von Fehlerquoten und bei Abwesenheit von Drittkausalitäten relativ abgesicherte Aussagen ohne Kenntnisse des Einzelfalles.[262] Eine sachgerechte regulative Antwort beachtet die Varianz der Ursachen und Lösungen und die Möglichkeiten der Überwindung von Informationslücken. Sie stellt die Kosten und Erträge einer statistischen Anknüpfung der Situation ohne den Eingriff gegenüber. Die administrativen Kosten dürfen den Nutzen einer normativen Rückmeldung und die Einbusse der Aktivität nicht übersteigen.

   Bei einer dezentralisierten Verteilung von Informationen liegt der Umfang der Grundgesamtheit in aller Regel bei oder nahe null. Damit ist nur in Ausnahmefällen wie z. B. bei Ärzten als dezentralen Leistungserbringern[263] eine Kontrolle mittels statistischer Hilfsmittel möglich. Bei fehlenden Vergleichsfällen oder statistischen Ausreissern werden höchstens Indizien im Einzelfall auf sachfremde Motive deuten.

4. Die private Natur der Informationen:

   Die entscheidenden Informationen werden im privaten Bereich generiert und sind fachlich von so hoher Komplexität und einem so hohen Grad an Individualität, dass ein Gegenbeweis kaum geführt werden kann. Damit

---

[262] Vgl. G. EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, S. 39.

[263] Zum Begriff des Leistungserbringers vgl. Art. 35 KVG.

können Nichtberechtigte wegen den hohen Transaktionskosten einer Aufklärung auch eine nicht sanktionierbare Chance haben, ihre Situation so darzustellen, dass sie unberechtigt von positiven Leistungen profitieren könnten. Der Staat oder eine Versicherung als Leistungsträger haben demgegenüber die Aufgabe, die positiven externen Effekte und die Kosten für deren Eliminierung in ihre Abwägungen einzubeziehen.

4. Der Umgang mit Rückkopplungen des anderen Systems

Der dezentrale Anfall von Informationen und deren individueller, fachlich hoch spezifischer Charakter führen insbesondere bei medizinischen Fragen zu Problemen bei der Informationserfassung und der normativen Spiegelung. Die Fälle sind nicht nur individuell schlecht vergleichbar, die Kenntnisse über sie sind auch dezentral verteilt. Trotzdem kann eine Normanwendung nur über eine Reflexion mit einem Vergleichsmassstab erfolgen. Die Umsetzung der Grundsätze der Rechtsgleichheit und der Gesetzmässigkeit der Mittelverwendung verlangen sogar nach einer möglichst genauen normativen Spiegelung.

Bei fachlich spezialisierter, medizinischer Komplexität können die Sachverhaltseinordnungen nur mit Hilfe von spezialisierten Diagnoseschemata erfolgen. Dabei bestehen jedoch substanzielle Ermessenspielräume hinsichtlich der Bewertung von vielschichtiger medizinischer Komplexität. Diese lassen sich kaum ohne Einflüsse subjektiver Einschätzungen in einer einzelnen rechtlich relevanten Zielgrösse, wie z. B. der Einschätzung der Erwerbsunfähigkeit im Rahmen einer Invalidität, abbilden.[264] Eine eventuell verbleibende Unsicherheit, z. B. wegen fachlich offener Fragen oder der Abhängigkeit von Schilderungen des Patienten und seiner Vertrauten, ist in einer systemübergreifenden Einordnung notwendig. Sie kann offen be-

[264] Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Synthesebericht des mehrjährigen Forschungsprogramms zur Invalidenversicherung FoP-IV 2006-2009. veröffentlicht auf der Internetseite des Bundesamtes <http://www.bsv.admin.ch/praxis/forschung/publikationen/?lnr=10/10>, besucht am 17. Juli 2016, S. 27.

nannt werden, zumal ohnehin der Anspruchsberechtigte und nicht der Leistungsträger die Folgen eines fehlenden Beweises trägt.[265] Unnötig sind deshalb – nebenbei gesagt – die oft anzutreffenden Unterstellungen eines die Wirkungen übertreibenden Verhaltens bei fehlender Gewissheit.

Rückkopplungen auf die Entscheidungsebene sind je nach Höhe der Hürden faktischer Komplexität von Ursachen nur bei einer Anknüpfung an den Auswirkungen zu erzielen. Die faktische Komplexität ist insbesondere bei einem arbeitsteiligen, wissenschaftlichen Wirken hoch. Deshalb sind zugunsten einer Optimierung z. B. bei arbeitsteiligen Leistungen im Gesundheitswesen wirkungsbasierte, regulative Instrumente einzusetzen. Eine verschuldensbasierte Anknüpfung oder ein strafrechtlicher Ansatz geben bei einer diese inneren Fakten überlagernden Komplexität keinen angemessenen regulativen Anreiz zur Einhaltung der Vorschrift.

Bei ungesicherten Kausalzusammenhängen werden entsprechend Aktivitäten mit sogenannt negativen externe Effekten durch die fehlende Rückkopplung von Kosten bzw. die aufwändige Ermittlung von Anknüpfungen dafür gefördert. Eine fehlende Pflichterfüllung zahlt sich aus, weil ein Schleier faktischer Komplexität vor den rechtlichen Konsequenzen schützt. Gleichermassen wird die die Aktivität von Nachfragern einer Leistung gesamthaft unrichtig gefördert, wenn auch in nicht bezweckten Situationen ein nicht oder nur mit hohem Aufwand ausschliessbarer Konsum von positiven externen Effekten stattfindet. Der dezentral positive Effekt von staatlichen Versorgungen verleitet dann dazu, mehr an medizinischen Leistungen nachzufragen als dies volkswirtschaftlich richtig ist. Da die Konsequenzen des eignen Überkonsums kaum vorhanden sind und sogar die Konsumation der eigenen Prämien durch Dritte droht, ist der ökonomisch denkende Versicherte im eigenen Interesse bestrebt, so viele Leistungen wie möglich in Anspruch zu nehmen. Der amerikanische Ökonom V. M. PAULY griff diese Problematik unter dem Stichwort *moral hazard* erstmals für das Gesundheitsrecht auf.[266] Gesamtökonomisch zu fordern sind demgemäss sowohl in den Fällen von negativen Externalitäten wie auch den Fällen von *moral hazard* unter Berücksichtigung des Aufwandes

[265] Vgl. dazu z. B. die Entscheide des BGer 4A_679/2010 vom 11. April 2011 in Erw. 6.5.1.3 oder BGE 141 V 281, Erw. 3.7.2.

[266] V. M. PAULY, The Economics of Moral Hazard: Comment, in: American Economic Review 1968 (58), S. 531 ff.

zur Überwindung von Komplexität regulative Spiegelungen in ökonomisch gesehen richtiger Höhe.

5. Folgerungen für die Ausgestaltung einer Optimierung in der Leistungsverwaltung

Bei Anwendung eines ökonomisch geprägten Ansatzes sind entsprechend die Kosten einer ökonomisch sinnvollen Bekämpfung und die Kosten eines nicht wirtschaftlich eliminierbaren Missbrauchs in die Frage des Umfangs staatlicher Leistungspflichten einzubeziehen. Entscheidend ist nach dem Gesagten, ob die Wirkungen in der Leistungsverwaltung trotz der im Vergleich zur Eingriffsverwaltung höheren Komplexität des faktischen Umfelds und damit des höheren Aufwands zur Beeinflussung der dezentralen Entscheidungen und der möglichen Rückkopplungen noch positiv sind. Schon wegen des mit zunehmenden Leistungen abnehmenden Nutzens sind die Optima in der Höhe der Ausrichtung anzunehmen. So hat eine hohe Qualität einer Gesundheitsversorgung schon deshalb ein wirtschaftliches Optimum, weil tendenziell bei höheren Ausgaben mit der gleichen Geldeinheit nicht mehr nur primäre, grundlegende Bedürfnisse, sondern immer kleinere medizinische Probleme finanziert werden. Die Notwendigkeit der Finanzierung von Leistungen aus externen Mitteln ermöglicht somit schon deshalb eine Optimierung, weil die Grenzkosten der Beschaffung von staatlichen Mitteln bestenfalls linear, wenn nicht steigend, verlaufen, während der Nettogrenznutzen der Ausrichtung einer Leistung in Anwendung des ersten GOSSEN'schen Gesetzes, unter der Annahme relativ konstanter Kosten, abnimmt. Die positiven Effekte pro Einheit werden somit geringer, die Kosten jedoch bleiben relativ konstant bzw. werden sich jedenfalls nicht im gleichen Masse verringern lassen. Damit besteht auch bei der Ausrichtung von staatlichen Leistungen in aller Regel ein Aktivitätsoptimum. Falls daneben alternative Möglichkeiten der Zielerreichung bestehen, sind diese ebenfalls zu berücksichtigen.[267]

Eine gesamthafte Optimierung sollte die Entwicklung aller betroffenen subjektiven Nutzen mit und ohne Leistung ebenso integrieren wie die administrativen Kosten (inkl. Versicherungskosten). Bei einer Optimierung von Eingriffen ist (nur) zwi-

[267] Vgl. nachstehend S. 162 ff.

schen administrativen Kosten und den mit dem Eingriff kausal verbundenen positiven und negativen Wirkungen abzuwägen. Bei Leistungen hingegen gesellen sich zu diesen notwendigen administrativen Kosten Ressourcenanteile, welche nicht *per se* reduziert werden sollen, sondern im Rahmen einer Umverteilung nach ihrer nutzenstiftenden Wirkung zu optimieren sind. Die Wirkungen der Kosten der Umverteilungsanteile werden mit zunehmender Aktivität jedenfalls nicht – wie der angestrebte Nutzen – geringer. Bei geringer werdendem Nutzen einer zusätzlichen Leistung werden die notwendigen Kosten auch bei Leistungen bestenfalls linear steigen. Der Einbezug von Ressourcen zur Umverteilung ändert somit nichts daran, dass Aktivitätsoptima bestehen. Bei möglichem strategischem Verhalten von Einzelnen, z. B. wenn Personen mit einer nicht medizinisch begründbaren hohen Frequenz an Arztbesuchen für sehr geringe Vorteile hohe Kosten produzieren, werden die durchschnittlichen Kosten sogar höher und Optima damit nach unten gedrückt.

6. Zwischenergebnis zur Einbindung der Wirtschaftlichkeit in den Systemaustausch

Regulierungen können systembedingt aufgrund ihrer Geschlossenheit und wegen der Komplexität der Umwelt trotz relativer Offenheit von Formulierungen nicht alle wirtschaftlich relevanten Faktoren erfassen. Eine nur Kosten verursachende Politik ist nicht im Sinne des Verfassungsgebers. Nicht produktiv ist insbesondere der Aufwand für Abgrenzungen unter den Risikoabdeckungen der Sozialversicherungen, wenn ohnehin einer der Träger zahlen muss. Bei der Anwendung von Sozialversicherungsnormen werden für Einzelabklärungen umfangreiche Ressourcen investiert. Vor diesem Hintergrund wurde aus der Gesamtsicht die Frage gestellt, ob die Lösungsansätze materiell koordiniert werden sollten.[268] Der Aufwand zur

[268] Der in der Abstimmung vom 5. Juni 2016 gescheiterte Vorschlag eines gesicherten Grundeinkommens macht aus Sicht einer Einsparung von Transaktionskosten durchaus Sinn, er vernachlässigt jedoch die für die Gesamtsumme von Leistungen wichtige Ursachenorientierung, die Möglichkeit zum Ausschluss unberechtigte Leistungen (*moral hazard*) und auch die längerfristigen Wirkungen auf das Verhalten Privater.

Abgrenzung und Koordination von historischen Mehrspurigkeiten sozialer Absicherung verschlingt bei immer differenzierteren Abklärungs- und Gerichtsverfahren Ressourcen.[269]

Die möglicherweise zweckwidrige Verwendung von Mitteln verlangt von der rechtsanwendenden Behörde eine möglichst flexible Gegenstrategie und eine möglichst freie Beschaffung von Informationen. Gefragt ist nach dem Bundesgericht deshalb in diesen Situationen sogar in erster Linie die Rechtsanwendung und nicht die Rechtsetzung.[270] Denn die vielfältigen realen Möglichkeiten eines unberechtigten Ansprechers sind mit Vorschriften wegen der Komplexität der realen Systemumwelt nicht vollständig zu erfassen. Die Bekämpfung flexiblen und strategischen Verhaltens ist entsprechend einfacher mit einer flexiblen Gegenstrategie, welche einem Gesetzgeber wegen seiner Bindung an Formen *per se* nicht zur Verfügung steht. Zudem sollte die regulative Antwort unverzüglich erfolgen, um Schaden abzuwenden. Die Beurteilung, welche Rückkopplungen soziale Umverteilungen bei verschiedenen sozialen Strukturen auslösen, ist von hoher wissenschaftlicher Komplexität. Eine nur verbale Annäherung ist kaum geeignet, alle statischen und dynamischen Aspekte zu erfassen. Sie kann jedoch die Probleme der Komplexität beschreiben. Entsprechend werden nachfolgend nur die Prinzipien einer Entscheidungsfindung unter der Annahme von Restkomplexität thematisiert.

Erfolgreiche normative Anreizsysteme passen ihre Erwartungen möglichst gut an die Komplexität der Umwelt und deren voraussichtliche Reaktionen an. Sie sollten z. B. dezentrale Entscheidungen in Adaption von bekannten Regelmässigkeiten der realen Umwelt (Kausalitäten) möglichst gut voraussehen. Dies bedingt über die Beurteilung von Kosten und Nutzen hinaus eine Integration der dynamischen Aspekte des Zusammenwirkens beider Systeme. Wichtig ist für eine optimierende Normsetzung insbesondere der Einbezug der Kosten und der Möglichkeiten des Vollzugs von Normen. Zu nennen sind als sekundären Einflussfaktoren, z. B. die Motivation der Normadressaten oder der Einfluss anderer Normen oder inneren

---

[269] Vgl. dazu U. KIESER, Auf die Leistungen kommt es an: Effizientere Koordination der verschiedenen Sozialversicherungen, in: NZZ vom 20. Dezember 2006, Nr. 296, S. 15.

[270] In der Praxisänderung von BGE 141 V 281, Erw. 5.1.1. zu den somatischen Schmerzstörungen führt das Bundesgericht selbst aus: «Da die Rechtsanwendung auf geänderte Rechtstatsachen (rascher) reagieren kann […], besteht kein Grund, um [betreffend Zumutbarkeit unter Berücksichtigung der medizinischen Empirie] eine funktionelle Zuständigkeit des Gesetzgebers anzunehmen.», vgl. dazu nachstehend S. 292.

Werten. So können der Stolz der Normadressaten, ihr Verständnis vom eigenen sozialen Engagement oder konkurrierende Normen in familiären oder sonstwie gewachsenen Strukturen wichtiger sein als die Sanktion einer Rechtsordnung.[271]

D. DIE WIRTSCHAFTLICHKEIT BEI LEISTUNGSNORMEN

1. Die Wirtschaftlichkeit beim Schutz von Leben und Gesundheit

a) Einführung

Die normativen Grenzen der Aufnahme faktischer Ereignisse wie z. B. der Wirtschaftlichkeit lassen sich, wie oben ausgeführt,[272] in drei durch die Struktur des Rechts und seiner Öffnungen vorgegebene Systemschnittstellen unterteilen. Die für einen Staat *de lege ferenda* verbindlichen Grenzen von Leistungspflichten können sich nur aus widersprechendem oder übergeordnetem Recht ergeben. Bei einem dynamischen Aufgabenverständnis dienen insbesondere nicht die bestehenden staatlichen Normen als Kriterien einer Garantenstellung.[273] Die verfassungsmässigen Rechte des Bürgers gegenüber dem Staat gehen nach einem heute in Lehre und Rechtsprechung verbreiteten, konstitutiv-institutionellen Verständnis generell über eine Abwehrfunktion hinaus.[274] Selbst die zunächst zurückhaltende schweizerische Rechtsprechung nimmt – parallel zum grösseren Einfluss der leistungsgewährenden Verwaltung auf das Leben[275] und der steigenden Komplexität von Gefährdungen des Einzelnen in der Gesellschaft[276] – heute an, dass der Staat im Rahmen seiner Möglichkeiten und nach Abwägungen die Voraussetzungen

---

271 Vgl. vorne S. 50 ff. und zu zweckwidrigen Kreisläufen insbesondere nachstehend S. 285 ff.

272 Vgl. S. 37 ff. oben.

273 C. DRÖGE, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 307.

274 Vgl. die zusammenfassende Darstellung von P. EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, S. 155 ff., 182; J. P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964, S. 163 f.; R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 35 BV N. 13 ff.

275 Vgl. BGE 103 Ia 369, 381.

276 R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 35 BV N. 16.

schaffen muss, damit die Bürger ihre Grundrechte tatsächlich ausüben können.[277] Dies wird durch Verweis auf Art. 35 Abs. 1 BV untermauert, in dem eine allgemeine Grundrechtsverwirklichungspflicht statuiert ist, welche unter Berücksichtigung der Massgeblichkeit der Bundesgesetze grundsätzlich für jedes Staatshandeln gilt.[278]

Der Text von Art. 1 EMRK, wonach die Staaten den ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen bestimmte Rechte und Freiheiten zusichern, wird von den EMRK-Organen als deren vertragliche Verpflichtung zur Umsetzung bzw. zur effektiven Verschaffung (*effet utile*) verstanden.[279] Ohne Anknüpfung der Auslegung an eine effektive Umsetzung im nationalen Recht könnte die Kontrolle der individuellen Rechte gegenüber den Vertragsstaaten nicht greifen.[280] Aus der Pflicht zur effektiven Verschaffung nach der EMRK ergibt sich eine Pflicht zur Konkretisierung von Rechten, grundsätzlich ohne einzelstaatliche Interessen oder Rücksichtnahme auf die nationale Rechtsordnung. Zur Vermeidung von Zirkularität kann das geprüfte nationale Recht nicht die völkerrechtliche Auslegung beeinflussen. Dieses objektiv-rechtliche bzw. autonome[281] Vorgehen lässt dem Individuum unabhängig von der genauen Art der Tatbestände ein Mindestmass an Rechten angedeihen. In aller Regel müssen die aus Grundrechten und der Massgabe eines *effet utile* fliessenden Leistungspflichten jedoch trotzdem konkretisiert werden.

Entscheidend ist nicht die normative, sondern eine möglichst unmittelbare Bewertung einer tatsächlichen Ebene. Bei letzterer ist entsprechend nicht in erster Linie relevant, welchen Wert die Wirtschaftssubjekte einem Gut nach dessen rechtlicher Ausstattung mit *property rights*, unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen

---

277 BGE 126 V 70, 73 f.; 126 II 324, 327 f.

278 P. EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, S. 336, 338 ff.

279 R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 40 zu Art. 35 BV; P. EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, S. 335; W. STREUER, Die positiven Verpflichtungen des Staates, S. 191 ff; C. DRÖGE, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 230; S. STAHL, Schutzpflichten im Völkerrecht, S. 57 f., und aus der Entscheidpraxis statt vieler: Entscheid des EGMR vom 13. Mai 1980 i. S. *Artico* gegen Italien, A 37, § 33, und der Entscheid vom 27. September 1995 i. S. *McCann* gegen das Vereinigte Königreich, § 146.

280 S. STAHL, Schutzpflichten im Völkerrecht, S. 57.

281 Zu Begrifflichkeiten vgl. S. STAHL, Schutzpflichten im Völkerrecht, S. 55 ff. und S. 64 ff.

Bewertung des Lebens oder z. B. auch einer Ausstattung mit Klagerechten zuerkennen. Umgekehrt steht eine wirtschaftliche, reale Optimierung zwar unter der Grundannahme einer weitgehenden Übereinstimmung mit den dezentralen Nutzeneinschätzungen. Sie hat sich jedoch auf eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung auszurichten, was bei einer unterschiedlichen Einschätzung des Werts von Gütern auch über die Zeitachse Wertungswidersprüche auslöst.

Die grundrechtskonforme Ausgestaltung des Gesetzes ist somit nach Massgabe der tatsächlichen Umstände zum effektiven Schutz mit einer staatlichen Interventionspflicht und einer Pflicht zur Beachtung der Grundrechte bei der Auslegung von Gesetzen zu ergänzen.[282] Aus dem Gebot effektiver Pflichten folgt auch der notwendige Einbezug von möglichen Unterlassungen.[283] Die Pflicht zum Handeln bei Unterlassungen umfasst eine mittelbare Schutzpflicht auch gegenüber Privaten.[284] Das «wie» und «ob» dieser Schutzpflichten gegenüber Privaten ist von der faktischen Gefährdung abhängig.[285] Bei schweren und unmittelbar drohenden Verletzungen werden besondere Massnahmen verlangt.[286] Der Staat hat entsprechend direkt Massnahmen zu ergreifen, um z. B. Opfer vor Störern effektiv zu

---

[282] Vgl. R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 14, 35 f. zu Art. 35.

[283] Vgl. die Genfer Konventionen (SR 0.103.1 und SR 0.103.2).

[284] R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, N. 40 zu Art. 35 BV; M. NOVAK, Inhalt, Bedeutung und Durchsetzungsmechanismen der beiden UNO-Menschenrechtspakte, in: KÄLIN/MALINVERNI/NOVAK, UNO-Menschenrechtspakte, S. 11 f; M. E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage, Zürich 1999, N. 105, N. 174 ff. auf S. 75 bzw. N. 113 ff.; BGE 126 II 327. Die Lehre der sogenannten Drittwirkung basiert im Gegensatz dazu auf der normativen Ebene (vgl. z. B. S. STAHL, Schutzpflichten im Völkerrecht, S. 46 f), was sowohl bei der Rechtsfolge wie auch bei der Anwendung als weniger praktikabel erscheint. Denn der faktisch geprägte Ansatz der Schutzpflichten kann nicht nur direkter und damit effektiver greifen, er ist im Gegensatz zur Anknüpfung auf der normativen Ebene auch nicht auf den bei den Grundrechten als den ethischen Grundprinzipien – gerade im internationalen Kontext – naturgemäss schwierigen Prozess der Generalisierung und der Abstraktion angewiesen. Die reale Unterscheidung von horizontaler und vertikaler Dimension der Grundrechte ist demgemäss auch klarer als der Begriff der Drittwirkung, vgl. R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 3 und N. 35 f. zu Art. 35 f. mit Verweis u. a. auf P. SALADIN, Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sogenannte «Drittwirkung» der Grundrechte, SJZ 1988, S. 373 ff.

[285] H. KRIEGER, Funktionen von Grund- und Menschenrechten, in: GROTE/MARAUN (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, S. 266 ff.; R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 35 BV N. 52 ff.

[286] Vgl. den Leitentscheid des EGMR *Rantsev* gegen Zypern und Russland 25965/04 (2010) und dazu R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 15 zu Art. 30 BV.

schützen und seine Organisation und Verfahren so zu gestalten, dass die Rechte der EMRK tatsächlich ausgeübt werden können.

Diese «*positive obligations*» umfassen entsprechend einen wirksamen Schutz und sie gehen über einen kurzfristigen Wirksamkeitsbegriff hinaus. Sie verlangen insbesondere präventive Massnahmen z. B. zum Schutz des Lebens.[287] Dementsprechend gehört zur Meinungsäusserungsfreiheit z. B. auch die Gewährleistung des Zugangs zu Informationen.[288] Wie bei der EMRK ergibt sich bei den UNO-Pakten I und II zum Schutz der Menschenrechte die Verantwortung aus der Verpflichtung der Vertragsstaaten, ihre Angehörigen zu schützen. Der Menschenrechtsschutz durch den Staat vor nichthoheitlich verursachten Eingriffen, d. h. vor Übergriffen Dritter, ist zur Aufgabe der Staatengemeinschaft geworden.[289] Das Völkerrecht und die Bundesverfassung richten sich zwar primär an den Gesetzgeber, binden aber auch die übrigen staatlichen Organe in die Verantwortung ein.[290]

Das Effektivitätsgebot bestimmt grundsätzlich Art und Ausmass der staatlichen Verpflichtung bzw. die Frage, welche Massnahmen die Bedeutung eines gefährdeten Rechtsgutes erheischt.[291] Aus einer konkreten Gefährdung lassen sich jedoch nur unter der Bezugnahme auf konkrete normativen Ziele die resultierenden Schutzpflichten ableiten. Die Gewährleistungs- oder Schutzpflichten (im weiteren Sinne) nach der EMRK, dem UNO-Pakt für Menschenrechte und der schweizerischen Bundesverfassung wirken nur über die Auslegung, die Rechtsetzung oder als Teil der staatlichen Interventionspflicht bei direkter Bedrohung. Nach Art. 35 Abs. 3 BV sollen die Behörden dafür sorgen, dass «geeignete» Grundrechte auch

---

[287] Vgl. den Entscheid des EGMR *Rantsev* gegen Zypern und Russland 25965/04 (2010) in Ziff. 218.

[288] Die Meinungsäusserungsfreiheit nach Art. 10 EMRK garantiert entsprechend dem Gesagten im Rahmen einer Abwägung den Zugang zu behördlichen Informationen, vgl. den Entscheid des EGMR i. S. Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes gegen Österreich vom 28.11.2013, Appl. no. 39534/07.

[289] S. STAHL, Schutzpflichten im Völkerrecht, S. 27 f.

[290] R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 13 f. zu Art. 35 und ders. Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 43, N. 32 und 34.

[291] S. STAHL, Schutzpflichten im Völkerrecht, S. 57.

Wirkungen gegenüber Privaten erzeugen.[292] Auch diese Anknüpfung an eine «Eignung» nimmt auf die konkreten realen Gegebenheiten Bezug. Wie jede Verallgemeinerung kann auch die abstrakte Bestimmung der Eignung nicht jedem Einzelfall gerecht werden.[293]

Die Vertragsstaaten der EMRK haben im Hinblick auf die heterogenen Rechtsordnungen einen dem Völkerrecht wesensimmanenten Spielraum, einen *margin of appreciation*, bei der Umsetzung. Das Rechtsgut ist materiell im Hinblick auf die Zielsetzung des völkerrechtlichen Vertrags zu analysieren. So ist zu fragen, ob sich der Eingriff der überstaatlichen Organe im Lichte der subsidiären Natur funktional rechtfertigen lässt[294] und ob die faktische Situation, z. B. nach Massgabe der Beschränkung der Mittel, einen Eingriff erfordert. Ein justiziabler Anspruch ist nur gegeben, wenn der Staat keine Handlungsalternativen hat, wie z. B. bei der Abwehr von unmittelbar drohenden Gefahren und der Durchsetzung der Strafverfolgung. Die Frage, welche Lösung im Rahmen des Staatshandelns ohne unmittelbaren Eingriff in Rechte eines Bürgers angemessen ist, bildet darüber hinaus in erster Linie eine politische Wertungsfrage.[295] Ist die gesetzesumsetzende Instanz frei in der Art der Implementation von Normen, so ergibt sich in aller Regel kein Anspruch auf eine Leistung.[296]

Im Rahmen von Sozialrechten bestehen viele Varianten, wie der Staat seine Bürger schützen kann, weshalb diese Rechte als Zielnormen in der Regel nicht justiziabel sind.[297] Für einen justiziablen Anspruch müssen bei der Leistungsverwaltung das «ob» und das «wie» gesetzlich feststehen, wogegen bei der Eingriffsverwaltung

---

[292] P. EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, S. 155 ff, 182; G. MÜLLER, Schutzwirkung der Grundrechte, in: MERTEN/PAPIER, Handbuch der Grundrechte, Bd. VII/2, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007.

[293] So hält der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Entscheid Verein gegen Tierfabriken vom 28. Juni 2001 (Application no. 24699/94) gegen die Schweiz fest, dass eine Theorie zum Ausmass der Wirkung der EMRK unter Privaten nicht wünschbar sei.

[294] S. STAHL, Schutzpflichten im Völkerrecht, S. 48.

[295] Vgl. B. SCHINDLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 5 N. 51.

[296] BGE 137 I 305 Erw. 7.

[297] R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Vorbemerkungen zur Sozialverfassung (Art. 41) N. 37; M. KRADOLFER, Justiziabilität sozialer Menschenrechte, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 2013, S. 521, 547 f.

das «ob» im Rahmen von Varianten, in der Regel aber unerheblich der Kosten, feststeht und das «wie» richterlich überprüft werden soll. Über das Mass der Anwendungsmöglichkeit entscheiden somit im Einzelfall die Vorgaben der Verfassung sowie die Art und Komplexität der bei Staat und Bürger betroffenen Güter und Wirkungsketten. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bekennt sich zu einer differenzierten staatlichen Aufsichts- und Gewährleistungspflicht.[298] Aus der Struktur eines Grundrechts als Leistungsrecht kann jedoch nicht eine strukturell fehlende Bestimmtheit abgeleitet werden.[299] Bei hoch zu bewertenden Gütern und überwiegenden, kausalen Umständen für eine Handlung können sich die faktischen Umstände auch zu einem justiziablen Recht verdichten, dies z. B. wenn der Zugang zu einer Leistung diskriminierend verweigert wird.[300] Je massiver die Gefährdung von Grundrechten, desto kleiner wird der freie Raum des Staates.

b) Die Pflicht zum Schutz gegenüber spezifischen Risiken

Wichtige Rechtsgüter, wie insbesondere das Leben, müssen nach dem Gesagten zusätzlich durch die Rechtsordnung geschützt werden, um nicht wegen der fehlenden Bewertung innerhalb einer dezentralen Struktur von Entscheidungen unterzugehen. Der Staat muss durch aktives Tun im Interesse der Gemeinschaft die Güter Leib und Leben zusätzlich schützen bzw. die dem wirklichen volkswirtschaftlichen Wert angepassten Massnahmen zum Schutz ergreifen. Er hat entsprechend nicht nur Eingriffe nach Massgabe jedenfalls des volkswirtschaftlichen Werts dieser Güter abzuwägen, ihn treffen unter anderem bei ernsten, drohenden Risiken für das Leben und die körperliche Unversehrtheit nach Art. 10 Abs. 1 BV und Art. 2

---

[298] Betreffend technische Überwachungsmittel vgl. das Urteil des EGMR *Klass* u. a. gegen BRD vom 6. September 1978, A28, S. 24-28; sowie *L.C.B*. gegen das Vereinigte Königreich vom 9. Juni 1998, Reports of Judgements and Decisions 1998-III, S. 1403, § 36, betreffend die Aussetzung gegenüber Radioaktivität; *De Sarno* u. a. gegen Italien vom 10. Januar 2012, Entscheid Nr. 30765/08 betreffend Vernachlässigungen bei der Abfallentsorgung.

[299] Vgl. auch M. BOROWSKI, Grundrechte als Prinzipien, S. 208.

[300] Vgl. R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Vorbemerkungen zur Sozialverfassung (Art. 41 BV) N. 48.

EMRK bzw. Art. 10 Abs. 2 BV auch besondere Gewährs- und Schutzpflichten.[301] Dem Staat sind nicht nur vorsätzliche und fahrlässige Übergriffe gegen das Leben seiner Bürger nach Art. 2 EMRK und Art. 10 Abs. 1 BV untersagt. Auch die Nichtvermeidung oder die Duldung von Gefahren für Leib und Leben durch Dritte kann eine Einschränkung von Grundrechten darstellen.

Verletzungen der EMRK können in entsprechender Weise eintreten, wenn eine Rechtsordnung bei Schädigungen keine rechtlichen Konsequenzen vorsieht, d. h. wenn eine Rechtsordnung *de jure* oder *de facto* die negativen Effekte für die Güter von Leib und Leben nicht ahndet. Die Leitentscheidungen positiver Schutzpflichten des EGMR betreffen entsprechend den Schutz vor Gefährdungen durch Auswirkungen der Industrialisierung z. B. die Gefährdung durch baufällige Gebäude, gefährliche Industrieaktivitäten oder Umweltverschmutzungen.[302] Der Persönlichkeitsschutz nach Art. 8 EMRK verlangt von den Staaten in diesen Fällen ein aktives Tun[303], unter anderem haben sich auch die Pflicht, gravierend gesundheitsschädigende Umweltbelastungen zu beseitigen.[304] Die Pflicht des Staates zur Wahrung der Gesundheit und des Lebens seiner Bürger ist in Art. 2, Art. 8 und Art. 10 EMRK mehrfach verankert.[305]

---

[301] Zur staatlichen Gewährspflicht zum Schutz der physischen und psychischen Integrität als sozialem Grundrecht vgl. R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 10 N. 23ff.und 51; zur staatlichen Pflicht auf notwendige Pflege als Sozialziel vgl. M BIGLER-EGGENBERGER/R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 10 N. 8 ff. und 35 ff.; zur Rechtsprechung des EGMR vgl. oben S. 81 ff.

[302] Vgl. statt vieler die Entscheide des EGMR *Banel* gegen Litauen 14326/11 (2013) betreffend baufällige Gebäude, *Öneryildiz* gegen die Türkei 48939/99 (2004) betreffend gefährliche industrielle Aktivitäten, *Lòpez Ostra* gegen Spanien, Nr. 16798/90 betreffend Schutz der Familie vor einer Müllkippe.

[303] Sogenannte Gewährleistungspflicht, vgl. EGMR vom 26.3.1985 im Fall *Abdulaziz,* in EuGRZ 1985, S. 297.

[304] EGMR vom 9. Dezember 1994 im Fall Lopez *Ostra* – ÖJZ 1995, 347 sowie vom 19. Februar 1998 i. S. *Guerra* – ÖJZ 1999, S. 33.

[305] BGE 130 I 16 Erw. 5.2.

Die Mitgliedstaaten der EMRK sind zudem verpflichtet, für eine effektive Strafverfolgung zu sorgen,[306] unmittelbar drohende Übergriffe zu verhüten[307] und über lebensbedrohliche Risiken zu informieren.[308] Der Staat muss somit nicht nur die von Dritten geschaffenen Gefährdungssituationen, wie im Falle eines gefährlichen Mithäftlings,[309] vermeiden, sondern auch z. B. in Situationen handeln, in denen er als Verantwortlicher einer Anstalt für psychische Krankheiten eine Selbstgefährdung[310] oder eine Drittgefährdung des Lebens abwenden kann. In die bundesgerichtliche Rechtsprechung eingeflossen ist die Pflicht des Staates, das Leben eines Zeugen zu schützen.[311]

Ein gefahrenvermindernder Staat trifft somit Massnahmen und Vorkehrungen. Die Grenzen der Leistungen orientieren sich nach den involvierten Risiken und der sozialen Situation der Bevölkerung. Dabei wird nach der faktischen Situation des Staats und der Betroffenen sowie nach dem richtigen Mass der Leistungen zu fragen sein. Je nach den Umständen können Risiken für die Gesundheitsgüter:[312]

- sowohl im Rahmen einer obligatorischen, privaten und/oder öffentlichen Versicherung als auch einer Haftpflicht des Schädigers erfasst sein (z. B.

---

306 Der Staat hat ein Organisationsverschulden bei Mängeln in der Überwachung und Organisation eines Polizeieinsatzes z. B. Urteil des EGMR vom 27. September.1995 im Fall *McCann*, A-324, und ein gewaltsamer Todesfall muss eine wirksame amtliche Untersuchung zur Folge haben (EGMR vom 8. Juli .1999 im Fall *Cakiki*).

307 Vgl. z. B. die Schutzpflicht bei Mord- oder Gewaltandrohungen (*Dink* gegen die Türkei 2668/07 (2010), *Osman* gegen das Vereinigte Königreich 23452/94 (1998)) oder bei häuslicher Gewalt (*Opuz* gegen die Türkei 33401/02 (2009)).

308 Entscheid *L.C.B.* gegen das Vereinigte Königreich, Urteil des EGMR vom 6. September 1998, Nr. 23413/94., wobei in diesem Fall die Klage wegen fehlender Gewissheit über die Kausalität von radioaktiver Verstrahlung auf den menschlichen Organismus abgewiesen wurde.

309 Entscheid des EGMR 46477/99 i. S. *Edwards* gegen das Vereinigte Königreich vom 14. März.2001.

310 Entscheide des EGMR *Keenan* – Beschwerde Nr. 27.229/95 und *Tanribilir* – Beschwerde Nr. 21.422/93, § 70.

311 Entscheid des schweizerische Bundesgerichts IA.32/1999 vom 13. Dezember 1999, veröffentlicht in EuGRZ 2000, S. 451 ff., vgl. P. EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, S. 179 f.

312 Bundesamt für Bevölkerungsschutz, Katastrophen und Notlagen Schweiz, Technischer Risikobericht 2015, S. 21 ff.

Strassenverkehr, Eisenbahnen[313], Unfälle bei paralleler Kausalhaftung z. B. wenn durch Werke, Hilfspersonen oder Tiere [OR 55-59] verursacht, Mutterschaft[314], Atomunfälle[315], Stauanlagen[316]) und/oder

- nur im Rahmen einer obligatorischen Versicherung oder einer Haftpflicht spezifisch gedeckt sein (z. B. Betriebs- und Nichtbetriebsunfälle ohne parallele Kausalhaftung oder Auswirkungen von Naturgefahren, Krankheiten, Risiken von Terror/Kriminalität/Krieg auf die Gesundheit) und/oder

- keinen besonderen Haftungs- oder Versicherungsvorschriften unterstellt und damit den privatrechtlichen Mitteln überlassen (z. B. bei Störfällen von Biotechnologie- und Chemieanlagen, soweit nicht die Art. 55-59 OR greifen) und/oder

- vom Staat ohne spezifische Gegenleistung der risikogeneigten Akteure explizit oder *de facto* getragen werden (z. B. zu 90 % vom Bund bei Tierverlusten wegen der Bekämpfung hochansteckender Seuchen[317]; so auch bei einer Staatsgarantie zugunsten von denjenigen Kantonalbanken ohne risikoadäquate Entschädigung; *de facto* bei grossen Banken [*too big to fail*]).

Soweit keine effektiven rechtlichen Mittel einer Verursachungsspiegelung bestehen, treten wegen fehlender Internalisierung negative Externalitäten auf, welche

---

313 Die Versicherung ist Voraussetzung für den Netzzugang, vgl. Art. 8*d* des Eisenbahngesetzes (SR 742.101).

314 «Haftpflicht» des Kindsvaters für Unterhalt, Entbindungskosten und erste Ausstattung nach Art. 295 OR.

315 Mit einer primären privaten und sekundären öffentlichen Versicherung nach Art. 11 und 12 Kernenergiehaftpflichtgesetz (SR 732.44).

316 Nach Art. 13 des Stauanlagengesetzes (SR 721.101), mit einer Kompetenznorm zu Gunsten der Kantone eine Versicherungspflicht einzuführen in Art. 18.

317 Art. 98 der Tierseuchenverordnung (SR 916.401). Für eine noch weitergehende Risikoabdeckung besteht im Kanton Freiburg eine obligatorische Nutztierversicherung, vgl. das Gesetz über die Nutztierversicherung vom 13. Februar 2003 (SGF 916.20.1).

die risikoreiche Tätigkeit begünstigen. Deren Aktivitätsniveau wird z. B. auch begünstigt, weil kein Regress vom Versicherer auf den Verursacher stattfindet.[318] Notwendig sind somit allenfalls ergänzende Regulierungen, um das Individuum zu schützen. Dabei ist nach dem Sinn der Schutzbestimmungen als *effet utile* an der Wirkung anzuknüpfen.

c) Der Schutz von Leben und Gesundheit als wirtschaftliche Unterstützungspflicht

Letzteres hat auch zur Folge, dass neben den erwähnten spezifischen Risiken für die Gesundheit auch die sozialen Voraussetzungen eines Bürgers für die Abwägung von staatlichen Leistungen beachtlich sind. Die Risiken für Leib und Leben können mithin auch deshalb virulent werden, weil ökonomische Barrieren bestehen. Der Staat sollte seinen Bürgern entsprechend eine allgemein zugängliche Grundversorgung bieten und sie vor den wirtschaftlichen Risiken als Folge von Krankheit, Unfall oder Invalidität schützen.[319] Diese Absicht der Staaten geht schon aus dem UNO-Pakt I aus dem Jahr 1966 hervor, in dem sich die Staaten verpflichtet haben, Schritte im Hinblick auf eine volle Verwirklichung einer jedermann zugänglichen medizinischen Versorgung zu unternehmen.[320] Die Verknüpfung mit der finanziellen Leistungsfähigkeit wird mit dieser Formulierung offensichtlich, doch soll die Abhängigkeit nicht dazu dienen, mit den einsetzbaren Ressourcen nicht das Beste für die Gesundheit der Bevölkerung zu tun.[321] Aus dem hier präferierten Ansatz wäre zu formulieren, das unter Berücksichtigung des besonderen Werts der Gesundheitsgüter Optimale zu tun.

---

[318] So werden leicht fahrlässige Handlungen indirekt gefördert, wenn ungeachtet der Höhe eines Schadens und der administrativen Kosten nach Art. 72 Abs. 3 VVG ein Rückgriff ausgeschlossen ist. Andererseits kann sich eine gewisse Handlungsfreiheit bei geringfügigen oder nicht leicht vermeidbaren Fehlern auch positiv auswirken. Dies dann, wenn die Aktivität insgesamt immer noch besser ist als eine Nichtaktivität wegen diesen Fehlern.

[319] Vgl. dazu auch World Health Organisation, The World Health Report 2000, Health Systems: Improving Performance, Genf 2000, S. 55 ff.

[320] Art. 12 Abs. 2 lit. d des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1), für die Schweiz in Kraft seit dem 18. September 1992. Das Fakultativprotokoll zur Einzelbeschwerde wurde von der Schweiz nicht unterzeichnet.

[321] Vgl. World Health Organisation, The Right to Health, Fact Sheet Nr. 31, Genf 2008, S. 5.

Aus Art. 2 EMRK ergibt sich die einklagbare Pflicht des Staates, die tatsächlichen Voraussetzungen zum Schutz des Lebens zu schaffen, d. h. das Leben auch mit Hilfe von positiven Leistungen zu schützen. Entsprechend hat ein kranker Mensch ein Recht auf medizinische Behandlung und Pflege.[322] Aus Art. 2 EMRK folgt auch eine Pflicht eines Mitgliedstaats zur Schaffung eines Gesundheitswesens für Patienten in Notlagen.[323] Der Staat hat seinen Bürgern z. B. bei für sie nicht bezahlbaren Kosten von medizinischen Behandlungen auch wirtschaftlich beizustehen.[324] Die Verweigerung der medizinischen Versorgung gegenüber einem Häftling wurde vom EGMR ebenfalls als Verletzung von Art. 2 EMRK erkannt.[325] Der Anspruch umfasst eine positive Pflicht des Staates zur Ermöglichung einer effektiven Behandlung in öffentlichen oder privaten Spitälern.[326] Öffentliche oder private Spitäler sind vom Staat zur Ergreifung geeigneter Massnamen zum Schutz von Patienten anzuhalten.[327] Auch private Krankenversicherer sind im Rahmen ihres öffentlich-rechtlichen Handelns, d. h. bei der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, an die Gewährspflichten gebunden.[328]

Eine minimale Pflicht des Staates zur Sorgfalt im Umgang mit Leben und Gesundheit der Bürger lässt sich auch aus dem Anspruch auf minimale Hilfe und Betreuung nach Art. 12 BV oder der Verpflichtung des Gemeinwesens zur Leistung der für die Gesundheit notwendigen Pflege gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. b BV ableiten,

---

322 Vgl. den Entscheid des EGMR 32967/96 i.S. *Cavelli e Ciglio* gegen Italien vom 17. Januar 2002; vgl. zum Ganzen R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 10 N. 27 und Art. 35 N. 18.

323 Vgl. zum Anspruch den Entscheid des EGMR 41108/10 i.S. *Bajic* gegen Kroatien vom 13. November 2012, Ziff. 87 ff.

324 Zur Pflicht zur Gewährleistung der wirtschaftlichen Existenz vgl. Art. 12 BV und dazu L. MÜLLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 12 N. 5 und 13 ff.

325 *Huylu* gegen die Türkei, Urteil des EGMR vom 16. November 2006, Beschwerde Nr. 52.955/99; *Kats* gegen die Ukraine; Urteil des EGMR vom 18.12.2008, Beschwerde Nr. 29.971/04 wegen des Tods einer HIV-infizierten Person in Untersuchungshaft nach Verweigerung medizinischer Versorgung.

326 Vgl. den Entscheid des EGMR 41108/10 i.S. *Bajic* gegen Kroatien vom 13. November 2012.

327 R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 10 N. 27 mit Verweis auf das Urteil 41108/10 (2012) des EGMR *Bajic* gegen Kroatien.

328 Vgl. das BGer im Entscheid 1C_372/2014 Erw. 6 mit Hinweis auf BGE 138 I 289 Erw. 2.8 sowie B. RÜTSCHE/A. WILDI, Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht, S. 206.

wobei diesen Ansatzpunkten letztlich das Gebot der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde im Sinne von Art. 7 BV zugrunde liegt.[329] Der einzelne Bürger kann die Wahrung seiner Menschenwürde in Art. 7 BV selbständig als Auffanggrundrecht gegen den Staat geltend machen.[330] Bei nicht lebensbedrohlichen Gefährdungen kann das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK verletzt sein.[331]

d) Das Verbot einer Abwägung mit den absolut geschützten Gütern

Im Umgang mit dem Leben und seinen elementaren Ausprägungen – in der Schweiz im Kernbereich gemäss Art. 36 Abs. 4 BV – besteht aufgrund der Art der betroffenen Güter keine Möglichkeit zur Ökonomisierung oder zur Abwägung.[332] Die absolute Natur der in Frage stehenden Rechtsgüter führt zum Ausschluss jeder Abwägung bei Zielkonflikten, z. B. im Rahmen einer Verhältnismässigkeit,[333] insbesondere aus wirtschaftlichen Gründen. Die Gewährleistungs- und Schutzpflichten des Staates im Zusammenhang mit dem Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK gelten in Verbindung mit Art. 15 EMRK als notstandsfest. Das heisst insbesondere, dass ihre Geltung selbst in staatlichen Notlagen Bestand hat und nicht von der Voraussetzung eines wirtschaftlich möglichen Staatshandelns abhängt.[334] Gleiches gilt im Kernbereich des Rechts auf körperliche und geistige Integrität nach Art. 10 Abs. 2 BV, weil dieser nach Art. 36 Abs. 4 BV unantastbar ist.

In der deutschen Rechtsordnung wurde unter dem Eindruck der Geschehnisse des zweiten Weltkriegs der Grundsatz der Unantastbarkeit der menschlichen Würde

---

329 Vgl. BGE 121 I 367 Erw. 2b und 2c oder BGE 127 I 6 Erw. 8.

330 Ph. MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 7 N. 15 mit Verweis auf BGE 132 I 49 Erw. 5.1, 135 I 265 Erw. 1.3 und 138 IV 258 Erw. 2.4.

331 Urteil des EGMR vom 3.7.2007 i. S. H. *Gaida* gegen die BRD, Beschwerde Nr. 32.015/02.

332 Vgl. R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 36 N. 45; J. P. MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 643, Rz 58.

333 Vgl. J. P. MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, Rz. 58, S. 643.

334 Vgl. dazu auch W. KÄLIN/J. KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, S. 308 und für das Recht auf Nahrung S. 347.

als Art. 1 Abs. 1 in das Grundgesetz aufgenommen und mit einem Abwägungsverbot verbunden.[335] Seit dem Jahre 2000 ist die Achtung und die Pflicht zum Schutz der Würde des Menschen auch als Art. 7 in der Schweizer Bundesverfassung verankert. Die Bestimmung soll, zusammen mit Art. 15 EMRK gelesen, auch in staatlichen Notstandslagen gelten.[336] Nach der schweizerischen Bundesverfassung und nach dem Völkerrecht ist vor diesem Hintergrund im gleichen Sinne Privaten untersagt, Verträge über das Leben, Organe oder menschliche Zellen zu schliessen oder mit dem menschlichen Körper oder Teilen davon einen finanziellen Gewinn zu erzielen.[337] Das Leben und die Gesundheit werden in der schweizerischen Rechtstradition und nach dem Völkerrecht somit nicht den Regeln des ökonomischen Austauschs ausgesetzt. In Anlehnung an das römische Recht kann auch argumentiert werden, die Güter seien als *res extra commercium* dem Handel mit Rechten entzogen.

Eine Rechtfertigung eines Eingriffs in absolut geschützte Güter geht insbesondere nicht aus einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung im Sinne von Art. 43*a* BV oder dem Begriff der Grundversorgung nach Art. 117*a* BV hervor. Wie auch immer die Qualität gemessen wird:[338] Art. 117*a* BV weist bei der Grundversorgung mögliche

---

[335] Vgl. auch schon die UNO-Charta aus dem Jahr 1945 und die UNO-Menschenrechtspakte I und II in den Artikeln 13 bzw. 4, 7 und 10 und dazu Ph. MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 7 N. 2 und 5. Vor dem Hintergrund der fliessenden Übergänge in der biomedizinischen Forschung wird in Deutschland nun jedoch über Möglichkeiten von Abstufungen diskutiert, vgl. die Übersicht bei M. NETTESHEIM, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 130 (2005), S. 71 ff. mit weiteren Hinweisen. Das Bundesverfassungsgericht hat in einem vieldiskutierten Entscheid BVerfGE 357/05 vom 15. Februar 2006 entschieden, dass ein Teil des Luftsicherheitsgesetzes nichtig sei, weil die staatliche Tötung von Tatunbeteiligten selbst dann ein Verstoss auf das Recht auf Leben und gegen die Unantastbarkeit der Menschenwürde darstelle, wenn dadurch andere Menschen gerettet würden.

[336] Ph. MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 7 N. 5.

[337] Art. 119 Abs. 2 lit. e und Art. 119*a* Abs. 3 BV sowie Art. 21 des Übereinkommens zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) vom 4. April 1997 (SR 0.810.2).

[338] In der Lehre diskutiert werden eine Anknüpfung an den Ausbildungen der Berufsgruppen, deren effektiver Tätigkeit oder dem Ziel, vgl. Th. GÄCHTER/St. RENOLD-BURCH, Basler Kommentar zur BV, Art. 117*a* N. 6 und 8 BV.

Einschränkungen einer Qualität wegen eines hohen Finanzbedarfs in Schranken.[339] Im Gegenteil besteht unerheblich der Kosten eine Pflicht zur Bezahlung einer Behandlung, wenn das Leben oder die Gesundheit in Frage stehen.[340] Die Hilfe kann insbesondere nicht versagt werden, weil sie den Zusatzaufwand für die Heilung oder Pflege voraussichtlich nicht durch einen aktiven Beitrag zum Bruttosozialprodukt refinanzieren wird.[341]

e) Der unvollkommene Schutz vor Eingriffen im Schadensfall

In Beachtung humanistischer Grundsätze müsste im öffentlich-rechtlichen und privaten Rechtsverkehr auch medizinischer Leistungen der Minimalwert des Lebens im Falle eines Schadenseintritts so hoch festgelegt werden, dass eine ethische Problematik bei sich auswirkenden Risiken oder Pflichtverletzungen nicht offensichtlich wird. Der Wert der Gesundheitsgüter muss sich volkswirtschaftlich gesehen nach dem eigenen, volkswirtschaftlichen Wert (positivem Interesse) und nicht nach den Folgekosten, wenn das verlorene Leben oder die z. B. ärztlich verpfuschte Gesundheit nie da gewesen wäre (negatives Interesse) richten.

Den Wert der Gesundheitsgüter selbst aufgrund von Problemen der Bezifferbarkeit, wegen Einwänden gegen die Quantifizierbarkeit mangels Handelbarkeit oder einfach aufgrund des Umstandes des Versterbens nicht anzuerkennen, ist grundsätzlich volkswirtschaftlich nachteilig, weil negative externe Effekte entstehen. Denn werden die Güter Leib und Leben mangels Handelbarkeit ausschliesslich nach Folgeschäden beurteilt,[342] so wird der Wert der betroffenen Güter nicht geschützt und sie können zu günstig gefährdet oder vernichtet werden. Daran ändert

---

339 R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 41 N. 95.

340 H. LANDOLT, Öffentliches Gesundheitsrecht - Public Health Law, Zürich/St. Gallen 2009, S. 119 und im gleichen Sinne P. COULLERY, Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen, in: AJP 2001, S. 637; B. RÜTSCHE/A. WILDI, Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht, S. 207.

341 S. FLESSA/W. GREINER, Grundlagen der Gesundheitsökonomie, Eine Einführung in das wirtschaftliche Denken im Gesundheitswesen, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg 2013, S. 164.

342 Vgl. Art. 45 und 46 OR.

natürlich auch eine Genugtuungspraxis mit relativ kleinen Beiträgen bei immateriellen Schäden kaum etwas. Aus volkswirtschaftlicher Sicht wäre der Wert des Lebens oder der Gesundheit nicht nahe Null.[343] Weder der Nutzen des Einzelnen für die Gesellschaft noch der ethische Wert des Lebens erschöpfen sich in den Kosten von Todesfall oder Heilung.[344] Gesamtwirtschaftlich betrachtet fallen beim Tod, entgegen Art. 45 OR, nicht nur Versorgungsschäden und unmittelbar danach verursachte Kosten an.[345] Der Wert des Individuums wird nach Art. 45 OR auf bestimmte Kosten seiner Liquidation, im Wesentlichen auf die Bestattungskosten und den Verlust von Versorgerpflichten reduziert, ohne dass weitere Kosten oder der übrige entgangene Gewinn einbezogen werden. Wenn der Tod nicht eintritt, bestimmen sich die auszugleichenden Nachteile abschliessend in Heilungskosten und Nachteilen der Arbeitsunfähigkeit plus einer kleinen Genugtuung.[346]

Die fehlende Möglichkeit zur Geltendmachung des eigentlichen Werts eines Lebens basiert auch auf einer zirkulären Begründung: Der Betroffene soll Rechte nicht haben, weil ihm diese illegal genommen wurden. Und sein Tod soll als faktischer Umstand rechtlich nicht relevant sein, weil er eingetreten ist. Der teilweise fehlende Schutz des Lebens steht im Widerspruch zu einer gesamtökonomischen

---

343 So wird der Lebenswert des Betroffenen mangels Bewertbarkeit auf null festgesetzt, vgl. M. ADAMS, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, S. 179. Trotz einer im Vergleich zu den Einkommen überproportionalen Erhöhung in den letzten 20 Jahren sind z. B. die im deutschen Recht festgesetzten Schmerzensgeldbeträge mit Barwert der bezahlten Renten bei sehr schweren Schäden von € 300‘000 bis € 400‘000 noch massiv unter den ökonomisch Richtigen, vgl. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 405 ff. Wenn die Risikoprämien für gefahrengeneigte Arbeiten oder die Zahlungsbereitschaft für den Kauf von Sicherheitsvorkehrungen als Massstab genommen werden, resultiert für den Wert eines Lebens im Durchschnitt ca. das 44-fache des (jährlichen) Bruttosozialprodukts (H.-B. SCHÄFER/ C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 405 f.). In der Schweiz wären dies im Jahr 2011 gestützt auf ein BIP pro Kopf von CHF 73‘947.- (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/04/02/01/key /bip_einw.html>, besucht am 17. Juli 2016) ca. CHF 3,25 Mio. gewesen, was den nach der Schweizer Rechtspraxis üblichen Maximalbetrag einer Genugtuung (in Anlehnung an das Maximum der Integritätsentschädigung nach UVG) von ca. CHF 100‘000 um das 32-fache übersteigt.

344 Vgl. M. W. JONES-LEE, The Value of Live – An Economic Analysis, Chicago 1976.

345 Grundlegend BGE 95 II 308 Erw. 5; vgl. V. ROBERTO, Haftpflichtrecht, Bern 2013, S. 53.

346 Kritisch zur Interpretation von Art. 45 Abs. 2 OR durch die Gerichte gemäss BGE 54 II 138 z. B. M. A. KESSLER, Basler Kommentar zum OR I, Art. 45 N. 6. Der Wortlaut in Art. 45 Abs. 2 OR mit Wahl des Wortes «namentlich» weist im Gegenteil auf einen nicht abschliessenden Charakter hin, vgl. dazu H. HONSELL, Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 114.

Betrachtung. Aus dem Gesagten ergibt sich ein volkswirtschaftlich gesehen ungenügender Schutz des höchsten Gutes „Leben" durch das Zivilrecht und öffentliches Recht, welches bei Haftungen für Leistungen darauf Bezug nimmt. Die Gefährdung des Lebens wird durch seine unvollständige Bewertung für Dritte zu günstig. Der Wert eines zerstörten Lebens samt wirtschaftlicher Zukunft werden von der Rechtsordnung nur unvollkommen internalisiert, wenn die Folgekosten nicht oder nicht vollständig überwälzt werden. Das Aktivitätsniveau des ursächlichen Verhaltens ist in Todesfällen aus diesen Gründen grundsätzlich zu hoch.[347] Das Strafrecht kann mit seinen Anknüpfungen an innere Tatsachen und dem Flickenteppich bei Verhaltenspflichten im Umgang mit Gefahren nicht alle Lücken schliessen.[348]

f) Die Relativierung aufgrund begrenzter staatlicher Leistungsfähigkeit

Die Grenze staatlichen Leistungsvermögens wird zwar in der Verfassung nie explizit erwähnt bzw. nur im Rahmen der Sozialverfassung in Art. 41 Abs. 3 BV mit einem Hinweis auf die verfügbaren Mittel angesprochen, ist jedoch in der Rechtsprechung ein beständiger Begleiter.[349] Soweit die staatliche Leistungsfähigkeit zur Diskussion steht, müssen die Ziele gemäss den erwähnten Urteilen des Bundesgerichts und auch nach der Rechtsprechung des EGMR[350] abgewogen werden. Im Bewusstsein der Schwierigkeiten der Lenkung der modernen Gesellschaft, der Unvorhersehbarkeit des menschlichen Verhaltens sowie den notwendigen Entscheidungen über Prioritäten und Ressourcen kann die positive Pflicht zur Erhaltung des Lebens einem Staat nach der Rechtsprechung des EGMR keine unmöglichen oder unverhältnismässigen Lasten zur Abwendung von Risiken auferlegen.[351]

---

[347] Die Weigerung einer Rechtsordnung, den Wert zur Todesverhütung in einem Geldbetrag auszudrücken, führt zur Einsetzung mit null, was zu einem Funktionsdefizit bei der Rückkopplung führt. Eine Vervielfachung der zugesprochenen Beträge erschiene richtig (vgl. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 407).

[348] Vgl. z. B. das Asbest-Urteil BGE 140 II 7 in dem bei bekannter Gefährdung mehr oder weniger zufällig die Exposition von Minderjährigen aufgrund von damaligen Vorschriften bereits illegal war.

[349] Vgl. zu den Beispielen oben S. 2 ff.

[350] Zur Begrenzung der Pflichten nach der EMRK wegen fehlender finanzieller staatlicher Mittel vgl. vorne S. 90.

[351] *Osman* gegen Grossbritannien, Urteil 87/97 des EGMR vom 28. Oktober 1998.

So kann ein Staat wegen fehlenden Ressourcen nicht allen möglicherweise gefährdeten Personen einen angemessenen Polizeischutz angedeihen lassen oder allen denkbaren Epidemien mit Zwangsimpfungen begegnen. Ihn traf z. B. keine positive Pflicht, einem Beschwerdeführer, auf den ein Attentat verübt worden war, Polizeischutz zu gewähren.[352] Er soll jedoch nach der EMRK ein Grundniveau an staatlichen Leistungen erbringen, um unmittelbar drohende und schwere Gefährdungen zu vermeiden. Die an Fällen physischer Bedrohung entwickelten Erfordernisse der Abwägung von staatlichen Lasten mit unmittelbaren Gefahren sind auch bei staatlichen Pflichten zur medizinischen Versorgung anwendbar.[353]

Die Begrenzung staatlicher Leistungen bemisst sich somit nach den finanziellen Fähigkeiten eines Staates. Massgebend ist bei der Güterabwägung aus ökonomischer Sicht eine Gewichtung der Schwere der effektiven Gefährdung im Vergleich zu den Kosten und faktischen Möglichkeiten ihrer Verhinderung. Abzuwägen sind z. B. die Eignung einer Medikation oder eines medizinischen Hilfsmittels etc. sowie die Willensfreiheit des Patienten gegenüber den notwendigen bzw. erforderlichen Kosten, auch im Hinblick auf mögliche Alternativen.[354] Dabei kommt dem Willen des Individuums in einer freiheitlichen Gesellschaft ebenfalls ein hoher Stellenwert zu, ohne dass dieser in finanziellen Mitteln gewichtet würde. Während sich die untere Grenze der Leistungshöhe im Wesentlichen aus den Fragen der staatlichen Leistungsfähigkeit und der medizinischen Notwendigkeit ergibt, spielen für nicht existenzielle Wertentscheidungen weitere Faktoren eine Rolle. Abwägbare Prinzipien können damit nur ausserhalb ökonomischer und rechtlicher Zwänge einen normativen Geltungsanspruch haben.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR lässt sich zusammenfassend als eine Werteoptimierung von vorhandenen humanen und finanziellen Ressourcen unter Wahrung der zwingenden beidseits existenziellen Interessen interpretieren. Entsprechend können die Sozialziele nach Art. 41 Abs. 3 BV nur im Rahmen der verfügbaren Mittel erbracht werden.[355] Im Myozyme-Entscheid (I) und

---

352 Urteil des EGMR *Vereinigung X* gegen Grossbritannien, Beschwerde Nr. 7154/75.

353 Vgl. auch P. HAVERS/C. NEENAN, Impact of the European Convention on Human Rights on medical law, in: Postgraduate Medical Journal 2002 (78), 573 f.

354 BGE 130 I 16 Erw. 5.3.

355 Art. 41 Abs. 1 lit. a und b i.V.m. Abs. 3 BV, vgl. nachstehend S. 99 ff.

auch in den Entscheiden zum unentgeltlichen Grundschulunterricht[356] verwendete das Bundesgericht in seiner Begründung dementsprechend eine faktische Begrenztheit der staatlichen Mittel als ungeschriebenen Grundsatz *de lege lata*. Umgekehrt werden die realen Grenzen auch bei sehr wichtigen oder sogar absolut geschützten Gütern rechtlich relevant. Ein kranker Mensch hat z. B. das Recht auf medizinische Behandlung und Pflege, in der Gesamtheit sind jedoch auch die Kosten zu beachten, weshalb trotzdem umstritten sein kann, ob und wie Grenzen gesetzt werden können.[357] Die Praxis relativiert die Leistungshöhe somit über die Definition eines Eingriffes in den Kernbereich oder über den Begriff der Zumutbarkeit indirekt.[358]

Auch dem Kernbereichsschutz wohnt entsprechend eine Relativität inne, wenn er mit der staatlichen Leistungsfähigkeit kollidiert. Eine grundsätzlich absolute Grenze sollte jedoch nur im Sinne einer letzten Prüfung und nicht ohne Not überschritten werden.[359] Im Myozyme-Entscheid (I) wird die auch ethisch fragwürdige Konsequenz eines mittelbaren Eingriffs wegen eines beschränkten Haushalts angedacht, indem an einer Grenze für den Wert eines qualitätsbereinigten Lebensjahres elaboriert wird. Die Thematik wird angesichts der seit Langem und für die Zukunft mutmasslich weiter ansteigenden Kosten im Gesundheitswesen noch wichtiger werden. Die sich in Zukunft abzeichnenden Grenzen der staatlichen Leistungsfähigkeit sind schon heute relativ gut sichtbar.[360]

Im Myozyme-Entscheid (I) war eine zeitliche und inhaltliche Not zur Rechtfertigung einer Abwägung von Geld gegen Leben zwar noch kaum im Einzelfall und unmittelbar vorhanden, der Wink mit dem Zaunpfahl erfolgte jedoch im Hinblick

---

356 Vgl. BGE 129 I 12 Erw. 6.4; Urteil 2P.246/2000 vom 14. Mai 2001, Erw. 2.

357 R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 10 N. 27 und Art. 35 N. 18 mit Verweis auf BGE 138 I 225 Erw. 3.5.

358 Vgl. BVerfGE 9, S. 89,95 oder 57, S. 250, 275 und in der Schweiz über die Zumutbarkeit BGE 105 Ia 330 Erw. 3c.

359 R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 36 N. 45.

360 Nach Y. GRÖNINGER/A. LACHER in der Studie «Kasse für Kranke? Oder Partner für Gesundheit? Strategische Analyse des Schweizer Krankenversicherungsmarktes» für die Wirtschaftsberatungsfirma Ernst & Young, Basel 2017, S. 4 ff., werden sich die Gesundheitskosten vom Jahr 2017 bis ins Jahr 2030 auf CHF 116 Mrd. um 60 % erhöhen, was zu einer durchschnittlichen Krankenkassenprämie von derzeit rund CHF 400 auf – für Privathaushalte kaum tragbare – über CHF 800 führen würde.

auf die geringe Wirksamkeit trotz hohen Ausgaben. Eine effektive Grenze der Tragbarkeit für das Gesundheitswesen wird jedoch sichtbar, wenn auch sehr wirksame Präparate mit einer grossen Anzahl von Patienten wegen der monopolistischen Marktmacht eines Patentschutzes sehr viel kosten, wie z. B. bei den neuen Therapien gegen Hepatitis C mit Präparaten für rund CHF 50'000 pro Behandlung,[361] oder wenn eine personalisierte Medizin die Entwicklungskosten nicht mehr breit verteilen kann.[362]

2. Normierungen zur Wirtschaftlichkeit

a) Auf der Suche nach einem allgemeinen Wirtschaftlichkeitsprinzip

Die schweizerische Bundesverfassung nimmt bei verschiedenen Fragestellungen auf die ökonomische Umwelt Bezug. Im Rahmen der Neugestaltung des Finanzausgleichs zwischen Bund und Kantonen wurde mit Art. 43*a* Abs. 5 BV eine bedarfsgerechte und wirtschaftliche Erfüllung von Aufgaben statuiert.[363] Der Wortlaut geht damit über den systematischen Kontext des Verhältnisses von Bund und Kantonen im ersten Kapitel zum dritten Titel der Verfassung und die historisch begründete Einbindung in den Finanzausgleich hinaus. Die Wirtschaftlichkeit wäre somit nach Art. 43*a* Abs. 5 BV bei der Gesetzgebung allgemein zu beachten. Deshalb kann insbesondere umstritten sein, ob sich die Bestimmung nur auf den Vergleich von zwei Alternativen der Aufgabenerfüllung bezieht, oder auch auf den Vergleich der jeweiligen Kosten und Nutzen.[364] Art. 43*a* Abs. 5 BV spricht aber jedenfalls keine Wirtschaftlichkeit in Form der Abwägung in der Verwendung von

---

[361] Trotz Preisnachlässen, vgl. den Artikel im Tages-Anzeiger online «Teure Hepatitis-C-Medikamente werden günstiger» vom 26. August 2015, unter der Internetseite http://www. tages-anzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/teure-hepatitiscmedikamente-werden-guenstiger/story/17206202, besucht am 8. Mai 2017.

[362] U. BRÜGGER, Bewertung von neuen medizinischen Leistungen in der Krankenversicherung, Vortrag zu den Health Insurance Days der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften Winterthur, abgehalten in Interlaken vom 14./15. April 2016, Folie 9.

[363] Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) im BBl 2001 S. 2291, 2459.

[364] Offengelassen vom BGer im Entscheid 9C_940/2011 Erw. 3.4; befürwortend R. J. SCHWEIZER/L. MÜLLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 43*a* N. 22.

Mitteln für verschiedene Aufgaben an, sondern nur eine Minimierung der Verwendung der Mittel für vorgegebene Aufgaben sowie eine Maximierung des Ertrags nach Massgabe dieser vorgegebenen Ziele.

Der Umfang der Verwirklichung von Sozialzielen obliegt nach Art. 41 Abs. 4 BV entsprechend grundsätzlich der Gesetzgebung. Weder die Sozialziele noch die Vorgabe des wirtschaftlichen Umgangs mit diesen Zielsetzungen bilden eine allgemeine gesetzliche Grundlage, um die Ausrichtungen des Sozialstaats in Frage zu stellen.[365] Historisch entwickelt haben sich Leistungs- und Unterstützungszweige z.B. für Unfall, Krankheit, Arbeitslosigkeit, Familie, Mutterschaft oder Sozialhilfe.[366] Damit anerkennt die Rechtsordnung den möglichen Nutzen der entsprechenden Zielsetzungen für die Gesellschaft. Eine generelle ökonomische Schranke für die Aufgabenerfüllung aufgrund der staatlichen Leistungsfähigkeit findet sich für Bund und Kantone in Art. 41 Abs. 3 BV.[367] Die dort für den Schutzbereich u. a. von gesundheitlichen Risiken erwähnte Grenze der verfügbaren Mittel ist jedoch in Art und Umfang wiederum sehr unbestimmt. Die Bezugnahme auf verfügbare Mittel steht insbesondere in einem Spannungsverhältnis zur Zielorientierung des Wirtschaftlichkeitsbegriffs nach Art. 43*a* Abs. 5 BV und der hohen Qualität der Grundversorgung nach Art. 117*a* BV. Die Ziele der Sozialverfassung können sich daher nur vor dem Hintergrund der übrigen Wertbestimmungen der Verfassung entfalten. Der Gesetzgeber ist nicht nach einem Wirtschaftlichkeitsbegriff der Verfassung gebunden, unter verschiedenen für sich genommen nützlichen Mittelverwendungen zu priorisieren. Alle erwähnten Bestimmungen ergeben grundsätzlich nur Handlungsaufträge an die politischen Instanzen.[368] Insgesamt fehlt die für eine konkrete Anwendung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit notwendige, genügend klare gesetzliche Grundlage. Ausser Bewertungen von Zielen und Gütern wie z. B. dem hohen Wert einer medizinischen Grundversorgung in Art. 117*a* BV und Hinweisen auf eine Wirtschaftlichkeit bietet die Verfassung zum Thema der Wirtschaftlichkeit keine Konkretisierungen für anwendbare Kriterien.

---

365 M. BIGLER-EGGENBERGER/R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 41 N. 96.

366 Vgl. Art. 117, 114, 116 und 115 BV.

367 R. J. SCHWEIZER/L. MÜLLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 41 N. 95.

368 Vgl. R. J. SCHWEIZER/L. MÜLLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 41 N. 9 und 95.

Etwas Anderes kann auch aus Art. 170 BV nicht abgeleitet werden. Dieser Artikel verlangt bei der Statuierung von Vorschriften vom Parlament, dass Gesetze auf ihre Wirksamkeit hin überprüft werden.[369] Der nach Art. 27 des Parlamentsgesetzes[370] für die Umsetzung zuständige Gesetzgeber ist nach Art. 170 BV generell aufgefordert, die Normenbefolgung (Effektivität) und deren Wirksamkeit zum Schutz eines Rechtsguts in Relation zu den notwendigen Ressourcen zu setzen (Wirtschaftlichkeit bzw. Effizienz) und im Vergleich mit anderen Lösungen (Zweckmässigkeit) abzuklären.[371] Nach Art. 141 Abs. 2 lit. f, g und i ParlG sind für jeden vorbereiteten Erlass u. a. die personellen und finanziellen Auswirkungen auf allen Stufen der Verwaltung, das Verhältnis von Kosten und Nutzen sowie die Auswirkungen auf die Wirtschaft und Gesellschaft zu erläutern.[372] Die Kammern des Parlaments setzen in Art. 44 Abs. 1 lit. e und f des nämlichen Gesetzes je ihre Geschäftsprüfungskommissionen ein. Aufgrund der fehlenden personellen Ressourcen und spürbarer Zurückhaltung in den Kommissionen sowie dem fachlichen Vorsprung der Bundesämter führt dies zu Aufträgen und Appellen zur Selbstverantwortung an die Stellen der Bundesverwaltung.[373] Die Bundesverwaltung hat zudem gemäss einer Weisung des Bundesrates bei jedem neuen Erlass und bei Anträgen zu Projekten mit grösserer wirtschaftlicher Bedeutung eine Regulierungsfolgenabschätzung durchzuführen.[374] Dabei sind die Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns, die Auswirkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen, die

---

369 Vgl. dazu nachstehend S. 107 f.

370 ParlG (SR 171.10).

371 W. BUSSMANN, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 170 N. 5.

372 Die OECD empfiehlt ihren Mitgliedsländern ein «Regulatory Impact Assessment» mit dem sichergestellt werden soll, dass eine Regulierung die Wohlfahrt steigert, d. h. nach der OECD, dass der Nutzen (benefit) die Kosten übersteigt. Zwischenzeitlich sollten alle OECD-Länder diese Grundsätze anwenden, vgl. <http://en.wikipedia.org/wiki/Regulatory_Impact_ Analysis>, besucht am 17. Juli 2016.

373 W. BUSSMANN, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 170 N. 22 und 26.

374 Richtlinien des Bundesrates für die Darstellung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Vorlagen des Bundes vom 15. September 1999 (BBl 2000 S. 1038). Ein Auftrag zu einer periodischen Überprüfung der Konsequenzen von Normen wurde auch in Art. 33 OHG (SR 312.5) unter dem Titel «Evaluationen» und im Kapitel «Finanzielle Leistungen und Ausgaben des Bundes» explizit aufgenommen. Nach dem Text hat der Bundesrat für die Überprüfung von Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit von Massnahmen besorgt zu sein.

Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft, alternative Regelungen sowie die Zweckmässigkeit im Vollzug zu überprüfen.[375] Das Resultat all dieser Versuche einer Regulierungsfolgenabschätzung darf als ernüchternd bezeichnet werden.[376] Die Komplexität der Analysen und die Notwendigkeit von Abwägungen führte zwar zu aufwändigen Abklärungen, aber nicht erkennbar zu Verminderungen der Regulierungsdichte. Eine Regulierungsfolgenabschätzung führte bei den Bundesämtern insbesondere nicht zu einem kritischen Diskurs mit den durch das Quantitativ der Regulierungen ausgelösten administrativen Kosten. Für den Gesetzgeber und die Bundesämter sind offensichtlich das Regulierungsthema und gewollte Auswirkungen häufig wichtiger als diese sekundären Auswirkungen.

Trotzdem hat der Bundesrat nach Art. 178 Abs. 1 BV für eine zweckmässige und zielgerichtete Erfüllung der Aufgaben der Bundesverwaltung besorgt zu sein. Auch nach Art. 1 Abs. 2 lit. b des Finanzhaushaltsgesetzes[377] soll die wirtschaftliche Verwaltungsführung und der wirtschaftliche Umgang mit öffentlichen Mitteln gefördert werden. Ähnliche Bestimmungen finden sich auch auf kantonaler Ebene. So hat die Verwaltung des Kantons St. Gallen im Rahmen des Gesetzes generell wirtschaftlich zu handeln.[378] Eine wirtschaftliche Erfüllung von Aufgaben durch die Gemeinwesen und deren Überprüfung sind aber auch in der Kantonsverfassung verankert.[379] Der Kanton Zürich erwähnt die Wirtschaftlichkeit schon in der Präambel zur Kantonsverfassung, fünffach themenübergreifend und darüber hinaus explizit zur Energieversorgung und im Gesundheitswesen.[380]

---

375 Die Verwaltungseinheiten des Bundes sollen von sich aus beträchtlichen Aufwand für private Unternehmen melden. Zur frühzeitigen Erkennung und zur Überwachung von administrativen Belastungen für KMU sowie zur Ausarbeitung von Empfehlungen wurden ein Koordinationsorgan-KMU und ein KMU-Forum geschaffen, vgl. die Verordnung über die Koordination der Politik des Bundes zugunsten der kleinen und mittleren Unternehmen (VKP-KMU, SR 172.091); vgl. G. MÜLLER/F. UHLMANN, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Auflage, Zürich 2013, S. 53, mit Hinweisen auch auf kantonale Vorschriften.

376 Vgl. zum Ganzen P. BOUMBERGER, Die Schweiz braucht eine Regulierungsbremse, in: Die Volkswirtschaft 10/2015, S. 12 ff, 14.

377 FHG (SR 611.0).

378 Art. 2 Abs. 2 des Staatsverwaltungsgesetzes des Kantons St. Gallen (sGS 140.1).

379 Art. 30 und 82 Abs. 2 der St. Galler Kantonsverfassung (sGS 111.1).

380 Art. 6, 8, 67, 95, 99 sowie Art. 106 und 113 der Kantonsverfassung des Kantons Zürich (LS 101).

Als Arbeitshypothese lässt sich konstatieren, dass sich die Art und die Schranken des effizienten Umgangs mit finanziellen Mitteln primär aus der anwendbaren Gesetzgebung und deren Zielen entnehmen lassen sollte. Entsprechend lässt sich die schon von F. GYGI aus Urteilen des Bundesgerichts abgeleitete richterliche Maxime einer Verwaltungsökonomie im Sinne eines vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnisses von Aufwand und Ziel bei feststehenden Zielen und vergleichbaren Aufwänden begründen.[381] Da keine allgemein gültige Verfassungsgrundlage für die Kriterien der Wirtschaftlichkeit besteht, ist das Mass bei beschränktem Budget abhängig von der Abwägung von allgemeinen Finanzmitteln mit Zielen und einer Abwägung von Zielen untereinander. Nachfolgend werden diese Ansatzpunkte strukturiert nach den drei Arten von Öffnungen des normativen Systems dargestellt. Bei den expliziten Verweisen findet in nachfolgender lit. b eine Konzentration auf den Bereich der Krankenversicherung statt.

b) Die Wirtschaftlichkeit im KVG

I. Die Suche nach einem Wirtschaftlichkeitsbegriff im KVG

Weder in der Verfassung noch im KVG bestehen explizite, festgeschriebene wirtschaftliche Schranken um Leistungen einzuschränken. Trotz dieser auch vom Bundesgericht anerkannten fehlenden Verankerung in Verfassung und Gesetz schliesst das Bundesgericht im Rahmen des Anwendungsbereichs des KVG aus der Kompetenznorm zur Schaffung einer obligatorischen Kranken- und Unfallversicherung von Art. 117 BV auf einen allgemein von allen Akteuren zu beachtenden

[381] F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 68; mit Verweis u. a. auf BGE 98 Ib 17 und BGE 107 Ib 221 f.

Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, der die Kantone dazu berechtige in die Wirtschaftsfreiheit einzugreifen.[382] Die Wirtschaftlichkeit beinhaltet eine Betrachtungsweise, in der Nutzen- und Kostenfaktoren gegenübergestellt werden.[383] Dieser Grundsatz der Wirtschaftlichkeit einer Behandlung umfasst das gesamte Leistungsrecht der sozialen Krankenversicherung.[384] Die Wirtschaftlichkeit zielt auf die Ökonomie einer Leistung ab, d. h. eine auch komparativ mit anderen Lösungen zu messende Eigenschaft, mit möglichst wenig Ressourcen einen möglichst grossen Ertrag zu erwirtschaften. Das Bundesgericht spannt den Bogen damit auch zu unabhängigen, globalen Optima.[385] Zudem sollen auch die Leistungsträger und deren Versichertengemeinschaften durch den Grundsatz geschützt werden.[386] Das Wirtschaftlichkeitsgebot solle auch die Krankenversicherer «vor ungebührlicher Inanspruchnahme schützen, weshalb der Kostenvergleich auf der Grundlage der vom Versicherer zu erbringenden Leistungen zu erfolgen hat».[387]

Andererseits führt das Gericht im Zusammenhang mit SPITEX-Leistungen aus, die Frage der Wirtschaftlichkeit stelle sich wegen deren komparativen Charakters nicht, falls es an einer wirksamen und zweckmässigen Alternative fehle.[388] Der ver-

---

382 Nach BGE 140 I 218 Erw. 5.6.1. konnten Grossinvestitionen in Computer-Tomographen und Magnetresonanz-Tomographen auch privaten Kliniken ausserhalb der Spitalliste verboten werden, weil diese bei der ambulanten Versorgung Kosten auslösen würden. Der Entscheid steht in einem Spannungsverhältnis zu Art. 94 Abs. 4 BV. Der staatliche Monopolbereich nach Art. 117 BV umfasst eine Versicherung und es ist nicht einzusehen, warum nicht wie beim Ärztestopp nicht ein Ausschluss der Kostentragungspflicht genügen sollte (vgl. BGE 130 I 26 Erw. 4.3 bis 4.5).

383 Vgl. BGE 137 V 295 Erw. 6.3.2.

384 Vgl. statt vieler BGE 126 V 334 Erw. 2b; BGer 9C 940/2011 vom 21.9.2012 Erw. 2.3; Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K66/00 vom 5.10.2000, Erw. 2b; hingegen können die WZW-Kriterien nicht unbesehen auf die Massnahmen der IV, z. B. wirksame, zweckmässige und «einfache» Massnahmen bei Geburtsgebrechen (vgl. Art. 2 Abs. 3 der Verordnung über Geburtsgebrechen, SR 831.232.21) übertragen werden (entgegen der Studie Nationales Konzept Seltene Krankheiten steht dies auch nicht im Entscheid I 19/03 Erw. 2.4 oder im Urteil 8C_590/2011 Erw. 2.4). Diese Angleichung soll denn auch erst mit der 7. AHV/IV Revision erfolgen (vgl. die Botschaft im BBl 2017 S. 2636).

385 Vgl. dazu nachstehend S. 128 f. und 162 ff.

386 Vgl. z. B. BGE 126 V 334 Erw. 2b und den Myozyme Entscheid BGE 136 V 395 Erw. 7.7.

387 BGE 126 V 334 Erw. 2c.

388 BGE 142 V 26 Erw. 5.2.1 und BGE 142 V 144 Erw. 6.

gleichende, relative nachfolgend als global bezeichnete Charakter einer Optimierung ist somit abhängig davon, ob Alternativen bestehen um das gleiche Ziel zu erreichen. Natürlich lässt sich dagegen einwenden, auch eine Pflegeleistung könne mehr oder weniger wirtschaftlich erbracht werden. Vor der Anwendung eines Wirtschaftlichkeitskriteriums ist entsprechend vorab zu bestimmen, nach welchen Kriterien die Wirtschaftlichkeit analysiert werden soll. Denn die Wirtschaftlichkeit ist immer eine sekundäre Erscheinung, welche sich auf ein primäres Wirtschaftlichkeitskriterium stützen muss.[389]

Für den Bereich des Gesundheitsrechts lässt sich vor dem Hintergrund, dass der Wert von Gesundheitsgütern in BGE 142 V 26 Erw. 5.2.1 bei der Pflege implizit als derart hoch angesehen wird, dass sich die Kostenfrage gar nicht stellt, anderseits jedoch im Myozyme Entscheid (I) eine Begrenzung als notwendig erachtet wurde, jedenfalls festhalten, dass weder die Optimierungskriterien noch die Wertbestimmungen bei einem Wirtschaftlichkeitsbegriff des Gesundheitsrechts bestimmt sind. Wenn das Recht auf Leben oder Gesundheit, die Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV oder die Menschenwürde nach Art. 7 BV beachtet werden müssen, so stellt sich auch die Frage, wie sich diese Werte in eine Kosten-Nutzen-Relation einfügen. So hat der Bürger ein einklagbares Recht auf ärztliche Betreuung[390] oder nach Art. 117*a* BV in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 BV auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu einer Gesundheitsversorgung von hoher Qualität.[391] Nachdem eine hohe Qualität von Produkten oder Dienstleistungen in Anwendung von wirtschaftlichen Regeln auch hohe Kosten impliziert, drängt sich förmlich auf, in den Vorgaben von Art. 117*a* BV einen faktischen Widerspruch mit den Finanzzielen zu sehen. Art. 43 Abs. 6 KVG fordert eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten. Entsprechend sollen die

[389] W. OGGIER, Tarif und Tarifanpassung in der Krankenversicherung, Ein juristischer, ökonomischer und methodischer Blick auf den ambulanten Bereich, Bern 2015, S. 118, mit Verweis auf M. SCHLANDER, Gesundheitsökonomie: Der Effizienz auf der Spur, in: Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen, Nr. 2/2009, S. 117 ff.

[390] BGE 102 Ia 306 oder BGE 101 Ia 577.

[391] M. BIGLER-EGGENBERGER/R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 41 N. 99.

Ressourcen möglichst gering, die konkreten Leistungen jedoch qualitativ hochstehend und zweckmässig sein.[392] Von Art. 43 Abs. 6 KVG wird nur ein möglichst sparsamer Umgang mit Mitteln, aber – wie in Art. 117*a* BV – wiederum nicht eine Relativierung bei der Qualität aus volkswirtschaftlichen Gründen erfasst.

Ökonomisch gesehen führt der einzige Ausweg nach Fixierung einer hohen Qualität über die geringere Quantität. Die im Begriff einer Grundversorgung innewohnende quantitative Einschränkung soll nicht nur auf Leistungszweige, sondern auch auf Einzelleistungen hinuntergebrochen werden. Als Folge wäre aber auch kritisch zu fragen, ob eine hohe Qualität einer Gesundheitsversorgung gewährt wird, wenn wichtige Leistungen oder Arzneimittel wegen finanziellen Einschränkungen nicht mehr bezahlt werden sollen. Eine hohe Qualität einer Versorgung beinhaltet als wirkungsorientiertes Kriterium offensichtlich auch ein Quantitativ an notwendigen Ressourcen. Die Analyse dreht sich damit im Kreis. Ein nur am Geld oder an einem Budget orientierter Begriff der Wirtschaftlichkeit kann bei der Abwägung offensichtlich nicht helfen. Offenbar besteht z. B. wertungsmässig ein Unterschied bei der Einschätzung der Wirtschaftlichkeit, wenn ein neues sehr teures Arzneimittel eine Verlängerung einer Lebensqualität für einige Monate verspricht im Vergleich zum Fall, da durch eine einfache Sorgfalt der Betreuung oder Überwachung ein Schaden abgewendet werden kann. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit bedarf, der Bewertung der Güter und einer normativen Auffüllung hinsichtlich der Art der verglichenen kausalen Zusammenhänge. Nachfolgend sollen einige Konkretisierungen im Bereich der Krankenversicherung aufgezeigt werden.

[392] Vgl. oben S. 99.

II. Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit

Einzelne Leistungen müssen nach Art. 32 Abs. 1 KVG wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein. Die sogenannten WZW-Kriterien sind z. B. ausschlaggebend für die Aufnahme in die SL als Katalog der von der Grundversicherung zu bezahlenden Arzneimitteln. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung nach den WZW-Kriterien ist in mehreren Schritten vorzunehmen. Das Kriterium der Wirksamkeit ist zunächst der Realsphäre verpflichtet. Eine Leistung ist wirksam, wenn sie geeignet ist, das angestrebte diagnostische oder therapeutische Ziel zu erreichen,[393] d. h. sie hat auf das spezifische Gesundheitsproblem eine positive Wirkung. Sie ist zweckmässig, wenn sie darüber hinaus unter Einbezug ihrer übrigen medizinischen Wirkungen, z. B. bei Arzneien hinsichtlich Nebenwirkungen oder der Gefahr missbräuchlicher Verwendung,[394] überzeugt.

Wie erwähnt sind die Kriterien für eine Bestimmung der daneben zu beachtenden Wirtschaftlichkeit nicht klar vorgegeben. Für eine Operationalisierung des Begriffs der Wirtschaftlichkeit schlägt das Bundesamt für Gesundheitswesen deshalb vor, von einem Nettonutzen auszugehen, verzichtet jedoch auf den Einbezug von Rückkopplungen anderer Wirkungsketten, z. B. volkswirtschaftlicher Auswirkungen.[395] Auf der Grundlage einer Masterthesis von Dr. med. U. PFEFFERKORN[396] wird auf die Eignung unter Berücksichtigung von Nutzen und Schaden, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit sowie auf die Verhältnismässigkeit des Mitteleinsatzes abgestellt. Die Bestimmung nach Art. 32 KVG kann damit als ein Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismässigkeit gesehen werden. Die Wirtschaftlichkeit wird aus einer «gleichzeitigen Betrachtung von Nutzen und Kosten unter Berücksichtigung

---

393 BGE 137 V 295 Erw. 6.1 S. 303, bestätigt im Entscheid 9C_1011/2012 vom 18. April 2013 Erw. 2.2.

394 Vgl. Art. 33 Abs. 1 KLV.

395 So auch das Bundesamt für Gesundheit, Arbeitspapier „Operationalisierung der Begriffe Wirksamkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit“, Version 2.0 vom 21. Juli 2011, im Internet unter <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00263/00264/04853/index.html?lang=de>. Bern 2010, besucht am 17. Juli 2016, S. 1 ff.

396 U. PFEFFERKORN, Der Begriff der Zweckmässigkeit im Schweizer Krankenversicherungsgesetz, Masterthesis am Winterthurer Institut für Gesundheitsökonomie, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Winterthur 2010.

der Kostenfolgen» abgeleitet.[397] Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit einer Massnahme bilden danach die wirtschaftlichen Schranken für medizinische Leistungen unter staatlichem Regime. Sie können nach dem oben Ausgeführten auch als Konkretisierung der allgemeinen Kriterien der Eignung als zielorientierte Betrachtung von faktischen Wirkungsketten bzw. der Erforderlichkeit als Abwägung dieser Wirkungsketten im Rahmen ihres Umfelds gesehen werden.

Aus einer Dreiteilung analog der Verhältnismässigkeit werden auch drei Arten der Zweckmässigkeit abgeleitet: Erstens die wissenschaftliche Relevanz im Vergleich zu anderen Behandlungsmöglichkeiten, zweitens der Nettonutzen im Vergleich zu diesen anderen Behandlungsmöglichkeiten sowie die Zumutbarkeit möglicher Schäden und drittens die Frage des Nutzens und möglichen Schadens im Vergleich zu anderen Behandlungsmöglichkeiten auf der Ebene des Patienten. Abzustellen sei auf reproduzierbare klinische Studien (*clinical trials*), d. h. eine Definition, welche auf die Wirkung und Sicherheit von Arzneimitteln Bezug nimmt. Die WZW-Kriterien dienten damit wohl der Abgrenzung von Sicht- bzw. Bewertungsweisen (medizinisch, normativ, finanziell), nicht aber der angestrebten Operationalisierung von Vorgehensweisen bei komplexen, ineinander verschränkten Wirkungszusammenhängen. Die Zweckmässigkeit wird zur wertungsbelasteten Generalklausel, welche jede Frage der anderen beiden Kriterien umfassen kann: Zwar wird sie bei Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit erkennbar als Zusatz zur Wirksamkeit eingeordnet, jedoch soll danach die Verhältnismässigkeit insgesamt unter dem Kriterium der Zweckmässigkeit geprüft werden. Alternative Behandlungsmethoden erscheinen bei schlechterem Kosten-Nutzenverhältnis als unzweckmässig, könnten jedoch deswegen auch an ihrer fehlenden Wirtschaftlichkeit scheitern.[398] Auch ist unklar, warum bei der Zweckmässigkeit die Nebenfolgen und möglichen Fehlschläge von Arzneimitteln erfasst werden sollen, denn schon bei der Prüfung ihrer Wirksamkeit sollte dies als Nettonutzen einfliessen.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts orientiert sich an den jeweiligen faktischen Verhältnissen. Bei der Abwägung einer Wirtschaftlichkeit werden z. B. nur

---

[397] Bundesamt für Gesundheit, Arbeitspapier „Operationalisierung der Begriffe Wirksamkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit“ (Internetquelle zitiert in FN. 395), S. 3.

[398] So das Bundesgericht im Entscheid 9C_1011/2012 vom 18. April 2013, Erw. 2.2.

die Kosten für die Krankenkassen erfasst, nicht jedoch die Gesamtkosten des Pflegeheimaufenthaltes oder die volkswirtschaftlichen Kosten.[399] Beim vorausgehenden Zulassungsentscheid über Arzneien oder Medizinalprodukte können die volkswirtschaftlichen Kosten jedoch einfliessen. Nach Art. 1 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 lit. a HMG müssen diese Arzneimittel «sicher und wirksam» sein. Das ökonomisch relevante Verhältnis von Risiko und Nutzen steht vom Zweck der Zulassung her betrachtet im Vordergrund, wobei die Evaluation auch mit Wertungsfragen verbunden ist.[400] Nach der Begriffsbestimmung des Bundesgerichts ist wie erwähnt die komparative Natur das wesentliche Element. Die Rechtsprechung betont die Wichtigkeit des Vergleichs zu anderen Kosten-Nutzenverhältnissen.[401] Die Eignung und die Entsprechung von Mittel und Ziel gehen sprachlich implizit in einem erweiterten Wirtschaftlichkeitsbegriff auf, der in der Folge zum Vergleich mit anderen Zuständen verwendet wird. Normativ gesehen steht dieser Technik nichts im Wege. Der Vergleich zur Aufschlüsselung der Begriffsdeutung des Bundesamtes für Gesundheit zeigt jedoch, wie wenig zwingend die begrifflich-normativen Deutungen im Vergleich zu den faktischen Annäherungen sind. Rein sprachlich wäre auch möglich, die drei Gesichtspunkte Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit unter das Dach der Wirksamkeit zu fassen.

Kaum berücksichtigt wird bei der konkreten Gesetzesanwendung ein möglicher Missbrauchszusammenhang. Trotzdem schwingt dieses Argument mit und kann gerade für den die Präjudizien schaffenden Richter entscheidend werden. Wie bei Kausalitätsabwägungen zu den Pathogenetisch ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne nachweisbare organische Grundlage (PÄUSBONOG)[402] wurde für das Bundesgericht beim Myozyme-Entscheid (I) die ökonomische Wirkung zum tragenden Gedanken, auch wenn sich dieser hinter Erwägungen zur Gleichheit der Versicherten verbirgt. Wie bei den PÄUSBONOG hätte auch im Myozyme-Entscheid (I) die Frage eines gesamtwirtschaftlich suboptimalen, einseitig strategischen Verhaltens explizit gestellt werden können. Insbesondere erscheint

---

399 Vgl. BGE 126 V 334, E. 2c, S. 339 f.

400 Vgl. U. JAISLI, Basler Kommentar zum Heilmittelgesetz, N. 6 vor 2. Kapitel.

401 BGE 142 V 26 Erw. 5.2.1.

402 Vgl. dazu nachstehend S. 290 ff.

jedenfalls *de lege ferenda* oder im Rahmen von Abwägungsräumen nicht als notwendig, Patentrechte von Verfügungsberechtigten zu stützen, welche diese Rechte zum Nachteil der Gemeinschaft ausüben.

III. Das wirtschaftliche Handeln von Leistungserbringern

Das KVG verlangt auch von den Leistungserbringern ein wirtschaftliches Handeln. Vorab sei betont, dass ein Gesundheitssystem auch ohne lückenlose normative Spiegelungen effizient sein kann, wenn sich die Akteure auch ohne Recht sozial gesehen richtig verhalten. Weil der Aufwand der Normsetzung und -durchsetzung nicht monetär gemessen wird, sind moralische Regeln grundsätzlich sogar effizienter.[403] Ein effizienter Umgang mit Ressourcen hat demgemäss nicht nur nach den ökonomisch indizierten Handlungen, sondern auch der faktischen Beeinflussbarkeit sowie der Notwendigkeit und den Implikationen eines Versuchs zur normativen Beeinflussung bei den Leistungserbringern zu forschen.[404] Gerade bei Berufsleuten des Gesundheitswesens, bei denen das ökonomische Prinzip oft nicht das treibende Element von Handlungen ist, kann eine Ökonomisierung zur Enttäuschung innerer Erwartungen und damit zu geringerer Aktivität oder ausweichendem, ev. schädlichem Verhalten führen.

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bindet nach Art. 56 KVG auch die Erbringer von Leistungen. Diese müssen sich auf das Mass beschränken, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist (Abs. 1), ansonsten Leistungen zurückgefordert werden können (Abs. 2).[405] Ausreisser vom Grundsatz der Wirtschaftlichkeit können in effizienter Weise am ehesten über den statistischen Vergleich von Kosten erfasst werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können die rückforderbaren Leistungen konkret oder mittels eines

---

403 Vgl. vorne FN. 132 und FN. 133 auf S. 32.

404 Vgl. vorne S. 50 ff.

405 Ein Verschulden ist nicht notwendig, auch wenn Art. 59 KVG unter dem Titel der Sanktionen die Rückforderungsmöglichkeit wiederholt (vgl. BGE 141 V 25 Erw. 8.4). Gleichlautend zu Art. 56 Abs. 1 und 2 KVG nun auch der Entwurf des Bundesrates zu einem Art 27*bis* IVG (BBl 2017 S. 2746).

Durchschnittskostenvergleichs mit einer Toleranzmarge von 120 bis 130 % ermittelt werden.[406] Beispielsweise wird eine zur Rückerstattung führende Überarztung aufgrund einer repräsentativen Anzahl von Rechnungen in einem geographischen und sachlichen Tätigkeitsgebiet ermittelt, wobei der Arzt Gründe für statistische Abweichungen geltend machen kann.[407] Die zulässigen Kosten orientieren sich entsprechend nicht nur an der Qualität und der Wirtschaftlichkeit im Einzelfall, sondern auch an einer statistischen Kostengrösse, dem Vergleich mit den Kosten anderer Ärzte. Der einzelne Leistungserbringer wird an einem Teil seiner gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen gemessen.[408]

Der gesetzliche Anspruch der Leistungsträger gegenüber den Leistungserbringern nach Art. 56 KVG spiegelt eine gesamtwirtschaftlich als kausal erkannte Perspektive zurück auf statistisch ermittelte Verursacher. Der Grund für die statistische Abweichung wird vermutet. Zur Schonung von gemeinschaftlichen Ressourcen werden möglicherweise zweckwidrig egoistisch handelnde Leistungsträger eruiert. In den erwähnten Fällen des *moral hazard* kann sich der Einzelne durch sein Verhalten aufgrund eines Informationsvorsprungs oder wegen anderen faktischen Problemen der Normdurchsetzung zulasten der Gemeinschaft einen Vorteil verschaffen.[409] Das Verhalten kann bei diesen Voraussetzungen für einen dezentralen Leistungserbringer als faktischer Entscheidungsträger ökonomisch sein, erscheint für die Gemeinschaft jedoch als schädlich und moralisch verwerflich.

Die Möglichkeit der statistischen Überbrückung von Komplexität kann gehäuft vorkommende Fälle von *moral hazard* aussortieren. Dies jedoch mit dem Risiko der Erfassung auch von Fällen, in denen die hohen Kosten mit besseren, grösseren oder sorgfältigeren Leistungen begründet sind. Mit dieser Art des Wirtschaftlich-

---

406 Vgl. z. B. BGE 137 V 43, insbesondere Erw. 2.5.1, oder 130 V 377, 119 V 454, sowie den Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K_150/0, Erw. 6.2, vom 18. Mai 2004.

407 BGE 137 V 43 Erw. 2.2.

408 Die Fälle mit Kostengutsprache werden in die Kalkulation nicht einbezogen, vgl. den Entscheid des BGer 9C_535/2014 Erw. 6.3 mit Verweis auf den Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K 172/97 vom 23.4.1999 Erw. 5.

409 H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 163; V. M. PAULY, The Economics of Moral Hazard: Comment, in: American Economic Review 1968 (58), S. 531 ff., vgl. oben S. 76 f.

keitsvergleichs werden die quantitativen Anreize auf einen durchschnittlichen Einsatz pro Patient begrenzt. Weil sich die tolerierten Kosten an den Kosten anderer Leistungserbringer orientieren, welche zur Vermeidung möglicher Haftungen wiederum die Kosten niedriger als eine Durchschnittsgrösse plus Toleranzmarge halten müssen, wird ein besonderer Einsatz nicht belohnt und sich tendenziell nach unten nivellieren. Bei einer egoistischen Motivation der Leistungserbringer kann die Situation je nach Kontrollraster in eine Mengenausweitung umschlagen.

IV. Rationierungen

Der Verordnungsgeber leitet in Art. 73 KVV[410] aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot nach Art. 32 KVG ab, dass die Anwendung von teuren Arzneimitteln z. B. auf fortgeschrittene Krankheitsstadien oder die Abgabe durch Spezialisten eingeschränkt wird (*Limitatio*). Auch können bestimmte Abläufe der Einnahme oder ein Besuch eines Vertrauensarztes der Versicherung verlangt werden und die Dauer der Abgabe kann eingeschränkt werden.[411] Die *Limitatio* findet keine Grundlage in einem übergeordneten Wirtschaftlichkeitsbegriff gemäss dem erläuterten übergeordneten Recht oder in den Gesetzesmaterialien.[412] Sie steht auch im Widerspruch zu den ärztlichen Berufspflichten und der fachlichen Kompetenz nach Heilmittelgesetz, weil die Zulassungsbehörde und der Arzt über die Anwendungsmodalitäten entscheiden müssen und das Bundesamt als Nicht-Fachbehörde aus finanziellem Blickwinkel keine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung vornehmen kann.[413]

Der Gesetzgeber überlässt die Fälle von Leistungen ausserhalb einer *Limitatio*, bei einer zulassungsüberschreitenden Anwendung (*off-label-use*) und bei einer fehlenden Aufnahme in die SL *de facto* den Leistungsträgern. Nach Art. 71*a* Abs. 2 und Art. 71*b* Abs. 2 KVV entscheidet in diesen Fällen die Leistungsträger über die von

---

410 Verordnung über die Krankenversicherung (SR 832.102).

411 B. RÜTSCHE/A. WILDI, Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht, S. 200.

412 Vgl. oben S. 11 ff., nachstehend S. 142 sowie die Botschaft zum KVG im BBl 1992 I S. 159, wonach kostspielige Massnahmen durch den Begriff der Wirtschaftlichkeit nicht ausgeschlossen werden sollen.

413 B. RÜTSCHE/A. WILDI, Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht, S. 210.

ihnen zu bezahlenden Preise. Die Richtlinien werden dabei nicht festgelegt, ausser, dass in den ab 1. März 2017 gültigen Fassungen die Preise jeweils von den Krankenversicherungen in Absprache mit den Zulassungsinhabern festzusetzen sind. Beim *off-label-use* besteht zudem in Art. 71*a* Abs. 2 KVV wie bisher eine Bindung an den Preis der zugelassenen Verwendung in der SL als Obergrenze. Die Leistungsträger haben die Voraussetzungen nach Art. 71*a* Abs. 1 KVV zu prüfen und auch innerhalb der Schranken der auch für sie geltenden Gewährleistungspflichten von Grundrechten[414] abzuwägen.

Dabei scheint unklar, warum zu dem nach Art. 71*a* oder 71*b* KVV verfügten Preis eine Lieferpflicht bestehen könnte. Soweit die Lieferung zu einem verfügten Preis nicht zustande kommt, müsste eine Verfügung der Krankenkasse vom Patienten angefochten werden. Den Betroffenen fehlen jedoch in der Regel in ihrer Situation die persönlichen Ressourcen inklusive die Zeit für ein Gerichtsverfahren.[415] Diese Konstruktion und die Zulassung von Medikamenten unerheblich der Aufnahme in die SL bewirken, dass wichtige Entscheide über Leben und Tod von privaten Trägerschaften gefällt werden müssen. In Anbetracht des Gewichts der betroffenen Rechtsgüter ist jedoch fraglich, ob eine private Trägerschaft mit eventuellem Interessenkonflikt der richtige Adressat ist.

V. Globalbudgets

Als eine weitere Kontrollmöglichkeit von Leistungskosten erwähnt das Gesetz in Art. 51 und Art. 54 KVG Globalbudgets von stationären Einrichtungen. Die Problematik der Mengenausweitung liesse sich mit Globalbudgets durch die implizite Delegation der Aufgabe, mit vorhandenen Mitteln haushälterisch umzugehen, in den Griff bekommen. Nach Art. 51 KVG können die Kantone als finanzielles Steuerungsinstrument ein Gesamtbudget festsetzen. In Anwendung von Art. 54 KVG könnten die Kantone auf Antrag der Krankenversicherer bei einem ausserordentlichen Kostenanstieg für Spitäler und Pflegeheime befristet ein Gesamtbudget

---

414 Vgl. dazu oben bei FN. 328.

415 Dies wirft auch in der Öffentlichkeit Fragen auf, vgl. den Kommentar des Chefarztes für Onkologie am Kantonsspital St. Gallen Th. CERNY im Tages-Anzeiger vom 19. April 2017, online unter <www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/wenn-die-krankenkasse-die-krebsbehandlung-nicht-bezahlt/story/14571093>, besucht am 27. Juli 2017.

erlassen.[416] Eine Budgetbegrenzung würde die Notwendigkeit der Abwägung von Leistungen und damit – bei gleichbleibenden Tarifen – Einschränkungen von Leistungen mit sich bringen. Die Kantone werden jedoch häufig keinen Anreiz haben, die häufig kantons- oder gemeindeeigenen Institutionen in ihren Einnahmen oder Auslastungen zu beschränken. Aktuell verwenden denn auch nur wenige Kantone Globalbudgets im Bereich der Gesundheitsversorgung.[417]

Der Grund für eine ambulante Mengenausweitung kann nicht nur in zweckwidrigen Behandlungen und Verschreibungen, sondern auch in der guten Arbeit des betreffenden Leistungserbringers liegen. Ein unspezifischer Anreiz hätte zur Folge, dass statt einer Verminderung von Quantität eine Verminderung der Qualität der Dienstleistungen erreicht wird. Damit ist schon gesagt, dass für eine Wirtschaftlichkeit, welche sich nach dem Quantitativ der Gesamtausgaben für eine standardisierte Leistung richtet, die Einzelbewertungen jedenfalls genauer zu analysieren sind. Der Nettonutzen für die Gesellschaft wird mutmasslich nicht höher sein,

---

[416] Nach einem Vorschlag von Nationalrat U. GIEZENDANNER sollen auch im ambulanten Bereich Globalbudgets eingeführt werden. Dabei würde die Freiheit der Handelnden indirekt durch verminderte Tarife bei überdurchschnittlichen Kostensteigerungen eingeschränkt, vgl. die Vorschläge der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats zu indirekten Globalbudgets, teilweise veröffentlicht im Internet als Medienmitteilung vom 3. Februar 2017 unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-sgk-n-2017-02-03.aspx> und dazu die Artikel von Ch. FORSTER, Globalbudgets «Das wäre eine Revolution im Gesundheitswesen», in: NZZ online vom 15. Februar 2017 auf der Internetseite <https://www.nzz.ch /schweiz/globalbudgets-das-waere-eine-revolution-im-gesundheitswesen-ld.145735>, beide besucht am 26.3.2017, und den ablehnenden Kommentar von W. OGGIER, Zwischen Globalbudget und Vertragsprinzip in der NZZ vom 16. März 2017, S. 10. Die Idee tönt wegen ihren freiheitlichen Anreizen und der Mengensteuerung bestechend, die Problematik wird jedoch in der administrativen Umsetzung von komplexen Tarifstrukturen liegen. Diese müssen nicht nur alle Leistungen erfassen und kalkulieren, sondern auch bei jeder Leistung und bei allen Umständen ihrer Erbringung einen passenden degressiven Tarif finden.

[417] Vgl. demgegenüber die Stellungnahme von Nationalrätin B. HEIM zu guten Planungen im Waadtländer Gesundheitswesen, veröffentlicht auf der Internetseite <www.sp-ps.ch/de/publikationen/espress/globalbudget-zeigt-wirkung>, besucht am 26. März 2017. Gemäss B. HEIM haben aktuell die Kantone Genf, Waadt und Tessin Globalbudgets. In Zürich wurde im Zuge des Wechsels auf leistungsbezogene Fallpauschalen (DRG) ab dem Jahr 2012 das Globalbudget wieder aufgegeben, was inkonsequent ist, weil die Mengenausweitung durch die Festlegung von Einzeltarifen nicht beschränkt wird, vgl. zur Gesetzesänderung die Internetseite <www.gd.zh.ch /internet/gesundheitsdirektion/de/themen/behoerden/spitalfinanzierung.html>, besucht am 26. März 2017. Der Kanton Zug delegiert im Spitalgesetz und im Einführungsgesetz zum KVG die Möglichkeit von Globalbudgets an den Regierungsrat.

wenn die Gesundheitsausgaben dank Globalbudget zwar beschränkt sind, sich jedoch besondere private Engagements, z. B. für Innovationen und Verbesserungen, nicht mehr lohnen.

VI. Beschränkungen des Angebots durch Spitalplanung und Ärztestopp

Daneben besteht ein zeitlich und im Umfang variierender politischer Wille, durch eine Beschränkung des privaten Angebots die Kosten zu senken. Dies weil ein

«gewisser Zusammenhang zwischen der Versorgungsdichte mit Leistungserbringern und den Kosten des Gesundheitswesens – wovon der Gesetzgeber für das Bundesgericht verbindlich ausgegangen ist – nicht von der Hand gewiesen werden kann».[418]

So wurde seit dem Jahr 2001 bis zu einer vorübergehenden Aufhebung Ende 2011 in verschiedenen Formen jeweils provisorisch und wird aktuell seit dem 1. Juli 2013 wieder bis ins Jahr 2019 die Zahl der selbständigen und angestellten Ärzte als Leistungserbringer durch die Statuierung einer Bewilligungspflicht ihrer Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung nach Art. 55*a* KVG beschränkt.[419] Konkretisierungen des Kantons Zürich und des Bundesrates wurden vom Bundesgericht als zulässig erachtet bzw. konnten im Übrigen wegen der Massgeblichkeit von Bundesgesetzen nach Art. 191 BV für das Bundesgericht nicht überprüft werden.[420] Statuiert wird eine Bedürfnisklausel, die zwar regelmässig mit der Wirtschaftsfreiheit unvereinbar sind, die jedoch in Art. 117 Abs. 2 BV die notwendige verfassungsmässige Grundlage findet, weil ja nur die Zulassung zum System der Sozialversicherung und nicht die Berufsausübung an sich betroffen ist.[421] Eine Bewilligungspflicht kennt in Art. 39 Abs. 1 KVG auch das Angebot an

---

418 BGE 130 I 26 Erw. 6.2 mit Hinweis auf BGE 111 V 357.

419 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates zur parlamentarischen Initiative Verlängerung von Artikel 55*a* KVG vom 6. April 2016, BBl 2016 S. 3525 ff.; Ärztestopp wird vorläufig weitergefuert, NZZ online vom 6. Juni 2016, im Internet unter <www.nzz.ch/schweiz/aktuelle-themen/gesundheitswesen-aerztestopp-wird-vorlaeufig-weitergefuert-ld.87056>,

420 Vgl. BGE 130 I 26 Erw. 4.2 ff.; Die Übereinstimmung der indirekten Diskriminierung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union wäre fraglich, vgl. BBl 2016 S. 3529.

421 Vgl. BGE 130 I 26 Erw. 6.2.

Spitälern. Die Kantone sind bundesrechtlich gehalten, bei der Bewilligung eine Planung einer bedarfsgerechten Spitalversorgung zu beachten und dabei auch die Planung der anderen betroffenen Kantone zu berücksichtigen.[422]

Das Bundesgericht erachtet auf der Grundlage von Art. 117 BV heute selbst weitreichende Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, wie Investitionsbeschränkungen durch die Zuweisung der Kompetenz zur Errichtung einer obligatorischen Kranken- und Unfallversicherung als gedeckt.[423] Die Zurückhaltung, welche z. B. gegenüber Investitionsbeschränkungen in BGE 138 II 398 noch an den Tag gelegt wurde, ist nun wegen Überschneidungen von obligatorischen und privaten Versicherungsbereichen in allen kostensensitiven Bereichen der Planwirtschaft gewichen. So dürfen die Kantone nach BGE 140 I 218 Erw. 5.6 ff. auch dann Bedürfnisklauseln für medizinische Grossgeräte aufstellen, wenn diese durch Privatpatienten genutzt werden und dies auch für Kliniken, welche nicht auf einer Spitalliste stehen. Wegen dem sachlichen Zusammenhang mit den Kosten wird in BGE 140 I 218 im originären Zuständigkeitsbereich der Kantone aus der Bundeskompetenz einer obligatorischen Versicherung eine nach Art. 94 Abs. 4 BV genügende Verfassungsgrundlage für Beschränkungen abgeleitet. Gemäss der Rechtsprechung bleibe für eine private Tätigkeit ausserhalb der obligatorischen Krankenversicherung wenig Raum, weshalb die Kantone zu ergänzenden Einschränkungen ermächtigt wären.[424]

Rechtlich gesehen, d. h. ohne die Macht der faktisch wirkenden wirtschaftlichen und strukturpolitischen Argumente, wäre der Entscheid auch im Ergebnis nicht überzeugend. Aus einer ökonomischen Sicht lassen sich zu hohe Kosten grundsätzlich gerade nicht mit einer Verknappung des Angebots lösen, im Gegenteil. Ökonomisch gesehen liegt die Krux allerdings im Gesundheitswesen nicht in erster Linie im fehlenden Wettbewerb, sondern im Marktversagen wegen hoher Komplexität und in den grossen Informationsasymmetrien zwischen allen Akteuren bzw.

---

422 Vgl. U. KIESER, BGer 9C_151/2016, 9C_153/2016, 9C_155/2016, 9C_507/2016: Spitalplanung, in: AJP 2017 S. 793 f. und diesen Entscheid des BGer in Erw. 7.3.

423 BGE 140 I 218 Erw. 5.6.1. unter Berufung u. a. auf T. POLEDNA, St. Galler Kommentar zur BV, 2. Auflage, N. 3 zu Art. 117 BV. T. POLEDNA kritisierte jedoch dort die Praxis des Bundesgerichts.

424 So jedoch BGE 140 I 218 Erw. 6.6.1 zur Bedürfnisklausel für Investitionen und BGE 130 I Erw. 4.4 zum Ärztestopp.

eben in der Problematik von möglichen, auch geringfügigen Vorteilen und Profit zu Lasten der Gemeinschaft bzw. eben des *moral hazard*.

VII. Listenpreise nach APV und TQV

Eine Arznei ist nach Art. 65*b* Abs. 1 KVV wirtschaftlich, wenn «die indizierte Heilwirkung mit möglichst geringem finanziellem Aufwand gewährleistet wird». Nach Abs. 2 desselben Artikels wird die Wirtschaftlichkeit anhand des Auslandpreisvergleichs (APV) und des therapeutischen Quervergleichs (TQV) beurteilt.

Wie BGE 142 V 26 klarstellte, waren entgegen der bundesrätlichen Verordnung nebst dem APV auch der TQV in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 KVG periodisch zu ermitteln.[425] Eine Kommission des Ständerats ortete zuvor bei der Evaluation des TQV wegen personeller Unterbesetzung akute Vollzugsprobleme.[426] Im Zeitpunkt der Überprüfung war das zuständige Bundesamt für Gesundheit personell offensichtlich unterbesetzt.[427] Nach dem Entscheid BGE 142 V 26 wurde die Preisüberprüfung für das Jahr 2016 ausgesetzt. Ab dem Jahr 2017 wird jeweils pro Jahr ein Drittel der gelisteten Arzneimittel auf ihre Wirtschaftlichkeit hin geprüft. Nach wie vor ist zu fragen, wie kritisch und wie tief eine Prüfung der Wirtschaftlichkeitsvorbringen im Gesuch einer Herstellerfirma[428] angesichts der Vielzahl der Arzneimittel und der Komplexität der Aufgabe in jedem Einzelfall erfolgen kann. *De facto*

---

[425] BGE 142 V 26 Erw. 5.2.2 und ab 1. März 2017 nun explizit Art. 34*e* und 34*f* der Krankenpflege-Leistungsverordnung KLV (SR 832.112.31).

[426] Der Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 13. Juni 2013 über die Evaluation der Zulassung und Überprüfung von Medikamenten in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, S. 13 und 35, zu finden unter <http://www.parlament.ch /d/organe-mitglieder/kommissionen/parlamentarische-verwaltungskontrolle/Documents/bx-bericht-medikamente-d.pdf>, besucht am 17. Juli 2016.

[427] Im Jahr 2013 waren insgesamt für alle Zulassungen und Überprüfungen gerade 460 Stellenprozente von Apotheker/innen verfügbar, vgl. den Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der GPK des Ständerates vom 13. Juni 2013, S. 13, zu finden unter <http://www.parlament.ch/d/organe-mitglieder/kommissionen/parlamentarische-verwaltungskontrolle/Documents/bx-bericht-medikamente-d.pdf>, besucht am 17. Juli 2016.

[428] Vgl. Art. 69 Abs. 3 KVV.

wird die angestrebte routinemässige und vollständige Bewertung des TQV weiterhin eine Ausnahme bleiben.

Unter dem Eindruck von BGE 142 V 26 hat der Bundesrat per 1. März 2017 u. a. die je hälftige Gewichtung von APV und TQV sowie die dreijährige Überprüfung auch anhand des TQV in Art. 65*d* KVV verankert. Dabei wurde in Art. 65*d* Abs. 4bis KVV auch die Definition des TQV vereinfacht und bestimmt, dass der TQV die Wirksamkeit und die Kosten im Vergleich zu anderen Arzneimitteln, welche zur Behandlung derselben Krankheit eingesetzt werden, umfasse. Nach dem bisherigen Art. 34 Abs. 1 KLV sollten die Wirksamkeit respektive die Kosten im Verhältnis zu anderen Arzneimitteln mit gleicher Indikation oder ähnlicher Wirkungsweise ermittelt werden. Damit hätte der Quervergleich auch indikationenübergreifend stattfinden können, was in der Anwendung schwierig war, jedoch eine preisliche Einordnung neuer, ähnlicher Indikationen in das bisherige Preisgefüge erlaubte. Nach der neuen Umschreibung der Wirtschaftlichkeit nach TQV besteht keine Regel für eine vergleichende Einschätzung unter Arzneimitteln bei nur ähnlichen Krankheiten. Dies betrifft insbesondere die Fälle, da bisher keine oder keine vergleichbar passende Behandlung vorhanden war. Zwar werden logisch richtig bei den komparativen Vergleichen bzw. den globalen Optima nicht mehr Äpfel mit Birnen verglichen. Doch werden die Behandlungen und die Definitionen der Krankheiten tendenziell immer differenzierter, sodass bei personalisierteren Krankheitsbildern der TQV als rein komparative Vergleichsgrösse insoweit keine gesetzgeberische Schranke mehr bildet.

Es fehlt nach der neuen Systematik die bisherige Einordnung anhand von Vergleichspräparaten über verschiedene Indikationen hinweg. Zudem ist die Prüfung dezentraler Komplexität einer sehr hohen Zahl von Arzneimitteln durch eine zentrale Behörde mit wenigen Stellenprozenten kaum realistisch.[429] Notwendig wäre zudem für eine Wirtschaftlichkeitsbeurteilung des Prozesses grundsätzlich auch eine wirtschaftliche Optimierung des Patents hinsichtlich seiner längerfristigen Anreizwirkungen, seiner kurzfristigen Heilwirkungen und – auf der Kostenseite – seiner finanziellen Verteilungswirkungen. Dabei ist nach der Ökonomie auch der tendenziell sinkende Grenznutzen von zusätzlichen Forschungsaktivitäten für die Allgemeinheit zu berücksichtigen. Der Verordnungsgeber unterlässt eine Basis für

[429] Vgl. zur Regel im deutschen Arzneimittelneuordnungsgesetz (AMNOG) nachstehend S. 364.

diese notwendige lokale Optimierung zu finden und nennt nur zwei Gründe für die Erhöhung von Preisen: Die Kosten von Forschung und Entwicklung sowie einen Innovationszuschlag (Art. 64*b* Abs. 6 und 7 KVV). Hier ist weiterhin nach der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergänzend auch auf konkrete Vergleiche abzustellen, welche sich auf die Bewertung des medizinischen Nutzens im Vergleich zu den Kosten, z. B. unter Einbezug der Wahrscheinlichkeiten von Erfolg und Misserfolg, beziehen.[430]

Der Auslandpreisvergleich APV bezieht neun ausländische Referenzländer ein.[431] Er spiegelt jedoch nicht direkt das konkrete Kosten-Nutzen-Verhältnis, sondern die ausländischen Regulierungen und damit ein ausländisches Machtgefüge bei der Regulierung von Preisen.[432] Hinsichtlich des APV kann ein Hersteller mit einer Strategie:

- Die unvollkommenen Marktsituationen (auch) in den Vergleichsstaaten als Referenz benutzen,
- den Spielraum der Preiskontrollen in den Vergleichsstaaten auszunützen und damit die eigenen Preise nach oben zu maximieren, oder/und
- seinen Vertrieb geografisch so einzuschränken und zeitlich abzustimmen, dass der APV und dessen verzögerte Wirkung insgesamt zu einem möglichst hohen Gewinn führen.

Während Leistungsträger wie Sozialversicherungen und Staat als Vertreter der Versicherten und Steuerzahler somit in Kenntnis der Strategie der Produzenten den Ersatz von deren Ansprüchen zu minimieren versuchen, wird auf der anderen Seite der Hersteller die Minimierungsstrategie der den Höchstpreis prüfenden Behörden in seine Markteintrittsstrategie einbinden. Der Prozess entspricht der Ausgangslange von gegenseitig besten Antworten auf die Strategie des Gegenübers. Diese mögliche Strategie wurde mit der ab 1. Juni 2015 geltenden Verbreiterung der Vergleichsländer von sechs auf neun faktisch unterstützt. Der Einschluss dreier weiterer, kleinerer Länder Belgien, Finnland und Schweden mit eher höherem

---

[430] Vgl. z. B. BGE 127 V 138.

[431] Die Wirtschaftlichkeit nach dem APV bestimmt sich nach Art. 34a^{bis} KLV aufgrund eines nach Vergleichs mit den Preisen in Deutschland, Dänemark, Grossbritannien, den Niederlanden, Frankreich, Österreich, Belgien, Finnland und Schweden.

[432] Vgl. unten S. 349 ff.

Preisniveau nach Art. 34*a*^{bis} Abs. 1 KLV stellt nicht nur eine Verbreiterung der Berechnungsbasis dar, sondern auch eine Erweiterung der Möglichkeiten zur Preismaximierung. Aus Sicht eines Staates ist in einer Ableitung der Nutzenfunktion nach den verursachten Kosten die private Leistung solange optimal, als ihre zusätzlichen positiven Wirkungen (die reale Wertschöpfung einer marginalen zusätzlichen Einheit) die Kosten für den Staat übersteigen. Zu fragen ist im Rahmen der WZW-Kriterien nach Art. 32 KVG nach dem Zusatznutzen von Arzneimitteln im Verhältnis zu deren Kosten.

Bei den Hilfsmitteln der IV besteht ebenfalls eine Liste mit Preisen und auch hier wird in Absenz einer expliziten Erwähnung im Gesetz oder der Verordnung in der Praxis auf das Wirtschaftlichkeitsprinzip abgestellt.[433] Auf das Jahr 2019 hin soll die periodische Überprüfung auf die Mittel und Gegenstände-Liste (MiGeL) nach Anhang 2 der KLV ausgedehnt werden.[434]

Erwähnt seien in diesem Zusammenhang zudem die Regeln der Tariffestsetzung gemäss Art. 43 Abs. 6 KVG oder die Grundsätze für die Tarife stationärer Leistungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG. In nochmaliger Bekräftigung erwähnt Art. 59*c* Abs. 1 lit. b KVV, dass die Tarife höchstens die für eine effiziente Leistungserbringung notwendigen Kosten decken dürfen. Auch die Beiträge für ausserordentliche Krankheits- und Behinderungskosten im Rahmen der Ergänzungsleistungen, z. B. für Zahnarzt, Betreuung, Kuren oder Diät, müssen zweckmässig und wirtschaftlich sein.[435] Die Subventionen für gesamtschweizerische Organisationen der Unterstützung von Invaliden- bzw. Altersrentnern werden nur bei zweckmässigen und wirtschaftlichen Leistungen ausgerichtet.[436] Selbst aus indirekt anwendbaren Vorschriften werden Grenzen übernommen: So dürfen z.B. nach den Empfehlungen und Richtsätzen der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Sozialhilfe (SKOS),

---

[433] Vgl. den Anhang zur Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln in der Invalidenversicherung (SR 831.252. 51) und den oben auf S. 13 erwähnten Entscheid des BGer zum Umbau eines Fahrzeuges 9C_308/2014.

[434] Vgl. zur geplanten Revision der Mittel- und Gegenstände-Liste https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/kuv-leistungen/Mittel-%20und%20Gegenst%C3%A4ndeliste/Konzept%20Revision%20MiGeL.pdf.download.pdf/Konzept%20Revision%20MiGeL.pdf, besucht am 16. Juli 2017.

[435] Art. 14 Abs. 2 ELG (SR 831.30).

[436] Vgl. Art. 108bis IVV (SR 831.201) und nach Art. 224 der AHVV (SR 831.101).

situationsbedingte Leistungen nicht zu unhaltbar hohen Unterstützungsbeiträgen führen.[437]

VIII. Standardisierung von Dienstleistungen

Ein neben der Überarztung weiterer Versuch zur Reduktion von Kosten durch die Abwehr von zweckwidrigem Verhalten stellt die Standardisierung von Preisen für standardisierte Leistungen dar. Medizinische Leistungen im stationären Bereich werden seit dem Jahr 2012 in diagnosebezogenen Fallpauschalen DRG bezahlt. Dabei vereinbaren die Kranken-, Unfall-, Invaliden und Militärversicherung mit den Kantonen einen Basispreis für einen Behandlungsfall, welche anschliessend ein damit zu multiplizierendes Fallgewicht zugeordnet wird. Vom Produkt zahlen die Kantone nach Art. 49*a* Abs. 2 KVG mindestens 55 % und die Krankenversicherer somit in der Regel 45 %. Bezahlt werden grundsätzlich nur codierte Leistungen, was folglich teilweise eine ungenaue Zuweisung zur Folge hat oder Zusatzentgelte benötigt. Zur Erarbeitung der DRG gründeten die Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektoren, der Spitalverband H+, die FMH, der Krankenkassenverband *santésuisse* sowie die Medizinaltarifkommission UVG die Firma SwissDRG AG mit Sitz in Bern. Durch ihre Dienstleistungen können Leistungen bei differenzierten Sachverhalten mit einer normativen Basis vergleichbar und damit besser regulierbar gemacht werden.[438] Damit kann die Basis für eine regulative Spiegelung verbreitert und die Problematik externer Effekte im Einzelfall verkleinert werden.

Entsprechend wird bei den DRG eine Flexibilisierung bei ausserordentlich hohen Kosten durch Zusatzentgelte ermöglicht.[439] Gemäss der Entwicklungsstrategie der SwissDRG 2013+ und den Vorgaben des Bundesrates zu fehlenden Quantifizierungen soll ein möglichst umfassendes und zutreffendes Kostenabbild geschaffen

---

[437] Vgl. Ziffer C.1.8 der SKOS-Richtlinien, 4. überarbeitete Ausgabe Bern 2005, mit Nachträgen bis 12/2016.

[438] Der Katalog wird in der Regel jährlich aufdatiert und dazwischen mit sogenannten Zusatzentgelten flexibel gehalten vgl. https://www.swissdrg.org/de/akutsomatik/swissdrg-system-70/fallpauschalenkatalog, besucht am 16. Juli 2017.

[439] P. INGENPASS/B. ROHNER, Ausdifferenzierung von SwissDRG soll Hochdefizitfälle reduzieren, in: Schweizerische Ärztezeitung 2016, S. 730 f. sowie den genehmigten Tarif online zu finden unter der Seite <www.swissdrg.org/de/06_system/swissdrg_system_6.0.asp?navid =35>, besucht am 26. Juli 2016.

werden.[440] Eine Anpassung gegen unten bei geringeren effektiven Kosten als der DRG-Pauschale kann dabei wegen der Verteilung und Komplexität der Informationen faktisch kaum vollzogen werden. Bei einer Flexibilisierung der Normen für Hochdefizitfälle steigt jedoch der politische Druck in Richtung einer Kostenkompensation durch die generelle Absenkung der Fallpauschalen. Die Pauschalisierung von Preisen für Leistungen bewirkt aus ökonomischer Sicht nicht nur eine Kostenbegrenzung durch bessere Vergleichbarkeit und Kontrollierbarkeit, sondern auch eine Verteuerung in unterdurchschnittlich aufwändigen Fällen. Bei schlecht messbaren, graduell in einen Krankheitsstatus übergehenden Fällen, d. h. bei hoher nicht erfasster Komplexität, können die Leistungserbringer versucht sein, sich mittels Zusatzentgelten und *upcoding*[441] bezahlt zu machen.

Die Qualität der Dienstleistungen könnte im Masse der statischen Vereinfachungen leiden. Die Pauschalisierungen können als starre Regulierungsansätze nur eine Annäherung an die Wirklichkeit bilden. Sie sind in ihrer Konstruktion als Normierung geschlossen und damit einzuhalten, aber aus faktischen Gründen mit einer Offenheit in Form von Gründen für Abweichungen zu koppeln. Bei pflegeintensiven oder aussergewöhnlich komplizierten Fällen wären unflexible Pauschalisierungen der Entgelte auch ethisch und nach den ärztlichen Pflichten in Frage zu stellen.

Im Bereich der ambulanten Leistungen verlangt das Gesetz von den Tarifpartnern eine betriebswirtschaftliche Bemessung von Leistungen in sachgerechter Struktur (Art. 43 Abs. 4 KVG). Der seit den Jahren 2003/2004 angewendete Vertrag TARMED steht aktuell in einer Version vom 1. Oktober 2014 und umfasst auf rund 2'000 Seiten mit Registern ca. 4'300 Einzelleistungen.[442] Bei den Gesprächen über eine Gesamtrevision wurde aus Sicht der Ärzte insbesondere kritisiert, dass die Betreuung und Behandlung schwer kranker und sozial benachteiligter Patienten

---

[440] P. INGENPASS/B. MEYER, SwissDRG 6.0: aktualisierte Strategie in Zukunft notwendig, in: Schweizerische Ärztezeitung 2016, S. 961 f.

[441] Vgl. vorne insbesondere bei und in FN. 260.

[442] Am 5. Juni 2002 schlossen die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte FMH und der Krankenkassenverband *santésuisse* zu diesem Zweck den Rahmenvertrag TARMED (vgl. die aktuelle Version auf der Internetseite der FMH <www.fmh.ch>). Angesichts der hohen Komplexität und Varietät der betriebswirtschaftlich sachgerechten Strukturen stellt der gesetzliche Auftrag eine administrative Herausforderung dar. Eine zusammenfassende Darstellung des Regulierungsumfangs lässt sich Erw. 3.2 des Entscheids des Bundesgerichts 9C_251/2011 vom 16. August 2011 entnehmen.

nicht angemessen berücksichtigt werde.[443] In jahrelangen Verhandlungen konnten sich die Tarifparteien FMH und *santésuisse* nicht auf eine Gesamtrevision einigen, weshalb der Bundesrat in Ausübung seiner subsidiären Regulierungskompetenz per 1. Oktober 2014 und per 1. Januar 2018 nach seinen Zielvorgaben Modifikationen zur Kostensenkung bei technischen Leistungen und zur Stärkung der Hausarztmedizin beschloss.[444]

Eine Pauschalisierung des Leistungsumfangs nützt zwar der Erfassung der Wirtschaftlichkeit als Gesamtkostenbetrachtung, sie kann jedoch nicht ermitteln, ob eine ärztliche Handlung bei einem fixen Kostenansatz auch ihre konkrete Nützlichkeit über- oder unterschreitet. Die Mengenausweitung in den häufigeren Fällen geringerer Nützlichkeit wird damit sogar gefördert. Ob und inwieweit eine Behandlung im Vergleich zu den Alternativen des konkreten Falls wirtschaftlich ist, kann kaum allgemein gesagt werden. Dies hängt selbst bei den standardisierten Arzneimitteln z. B. noch mit einer kaum überblickbaren Komplexität von Interferenzen ab. Zusammenfassend greift die zentrale Steuerbarkeit in einem komplexen realen System in der Regulierungsspezifität notwendig zu kurz. Das Nebeneinander von verschiedenen Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen kann mit der Optimierung eines Aspekts nicht erfasst werden. Die Informations- und Kontrollkosten werden mit höherer Komplexität tendenziell die Gewinne aus der Vermeidung von zweckwidrigem Verhalten ein- und überholen. Förderlich wäre im Gegensatz dazu, wenn sich die Akteure auch ohne enges Kontrollraster einigermassen in Übereinstimmung mit den konkreten und den gemeinschaftlichen Kosten-Nutzen Relationen verhalten würden. Volkswirtschaftlich nützlich wäre, wenn sich das Verhalten der Akteure (weiterhin) auch über ein Berufsbild des Leistungserbringers und eine

---

[443] FMH-Positionspapier der Arbeitsgruppe WZW der FMH, Wirtschaftlichkeitsverfahren unter KVG Art. 59 (Sanktionsrecht), Bern 2010, abrufbar im Internet unter der Adresse <http://www.fmh.ch/files/pdf9 /FMH_Tarifdienst_WZW_Positionspapier_D.pdf>, besucht am 17. Juli 2016. Zwischenzeitlich ein Revisionsprojekt intern in einer Urnenabstimmung jedoch abgelehnt, vgl. die Medienmitteilung der FMH vom 9. Juni 2016 unter <http://www.fmh.ch/files/pdf17/2016_06_09_Medienmitteilung_Urabstimmung_D.pdf>, besucht am 26. Juli 2017.

[444] Der Bundesrat begründete die Änderungen insbesondere mit Anpassungen an den technischen Fortschritt und passte jeweils die Tarife von technischen Leistungen nach unten an, vgl. seine Medienmitteilungen vom 15. Oktober 2014 unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-66074.html> und vom 23. Februar 2017 unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-53404.html>, beide besucht am 28. März 2017. Nach letzterer Medienmitteilung sucht eine Arbeitsgruppe aktuell nach Auswegen aus dem ungebremsten Mengenwachstum.

auch volkswirtschaftlich bewusste Einstellung der Patienten steuern liesse.[445] Für das staatliche Gesundheitssystem und dessen Entwicklung ist nicht förderlich, wenn Anreize in Abweichung zu den medizinischen Notwendigkeiten durch pauschalisierte Preise gesetzt werden. Zu regulieren ist nicht der Ausschluss einer zweckwidrigen Mittelverwendung in jedem Fall, sondern die Verhinderung des Auftretens von *moral hazard* nach Massgabe seiner Wahrscheinlichkeit.

IX. Fazit

Als Folgerung aus den Anlehnungen an eine Wirtschaftlichkeit ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber eine Wirtschaftlichkeit, welche über den Vergleich mit anderen Substanzen mit gleicher Zielsetzung hinausgeht, möglichst nicht definiert.[446] Selbst bei Rationierungen werden deren wenn möglich auf eine andere, in der Regel fachliche oder zeitliche Ebene geschoben. Die Entscheide bei der kritischen Frage des Werts innerhalb eines kausalen Zusammenhangs, d.h. z. B. über die Abwägung zwischen Preis und Leben bei sehr teuren Präparaten, werden auch im öffentlich-rechtlichen Bereich des KVG den privaten Versicherungsträgern oder über Budgets den Dienstleistern überlassen. Dabei bedürften schwerwiegende Einschränkungen nach Art. 36 Abs. 1 BV notwendigerweise einer spezifischen Grundlage im Gesetz. Auch sind der Leistungsträger oder der Leistungserbringer gerade nicht berufen, das nach Art. 36 Abs. 2 BV notwendige öffentliche Interesse zu verfolgen. Wie das Bundesgericht z. B. im Myozyme Entscheid (I) selbst ausführt, sollen vom Leistungsträger im Gegenteil die finanziellen Interessen einer Versichertengemeinschaft verfolgt werden[447] und hat ein Leistungserbringer in erster Linie die Interessen der Patienten zu wahren. Er ist insbesondere nicht berufen, seine ärztlichen Pflichten nicht zu erfüllen, weil eine Häufung von Krankheitsfällen eintritt oder weil der Regulator zu knapp kalkuliert hat. Jedenfalls die Grundsätze dieser fundamentalen Interessenabwägungen hat der Gesetzgeber vorzugeben. Entsprechend bietet sich aber auch an, mangels expliziten Regeln den Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Massstab zu verwenden.

---

445 Zum idealen Zusammenwirken der Systeme Recht und Wirtschaft vgl. oben S. 32 f.

446 Vgl. zu den lokalen und globalen Optima nachstehend S. 162 ff.

447 BGE 126 V 334 Erw. 2b;

3. Die Verhältnismässigkeit als allgemeines Wirtschaftlichkeitskriterium

a) Die Ursprünge des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes

Die Verhältnismässigkeit entwickelte sich als Voraussetzung für Einschränkungen von Grundrechten, wie nun in Art. 36 Abs. 3 BV normiert und wurde erst im Laufe der Zeit auf alle Handlungen und Unterlassungen des Staates ausgeweitet.[448] Das Bundesgericht verwendet eine im Jahr 1914 entwickelte dreiteilige Formel für die Prüfung der Verhältnismässigkeit.[449] Danach muss eine staatliche Massnahme geeignet sowie erforderlich sein und die angestrebte Wirkung darf nicht in einem Missverhältnis zu anderen zu beachtenden Interessen stehen.[450] Mit letzterem umfasst die Praxis als Interessenabwägung eine «Verhältnismässigkeit im engeren Sinne». Die Formel umfasst gemäss expliziter Feststellung des Bundesgerichts entsprechend schon im ursprünglichen Entscheid BGE 40 II 26, 30 auch eine qualitative Würdigung. Nach einer leicht modifizierten aktuellen Umschreibung ist eine Massnahme verhältnismässig, wenn sie «aufgrund der konkreten Umstände […] geeignet bzw. erforderlich ist und nicht gegen das Übermassverbot, d. h. das sachgerechte und zumutbare Verhältnis von Mittel und Zweck, verstösst».[451]

Die Interessenabwägung des dritten Gesichtspunkts berücksichtigt als Prinzip, dass die Erfüllung eines Ziels häufig nicht ohne Beeinträchtigung eines anderen tatsächlich möglich ist.[452] Die Verhältnismässigkeit als ein auch die Interessenabwägung umfassendes Prinzip ist nach Art. 5 Abs. 2 BV bei jeglichem Staatshandeln

---

[448] U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, S. 7; BGE 94 I 397 betont die allgemeine Geltung der Verhältnismässigkeit als Staatsprinzip mit Hinweis auf frühere Entscheide zu einzelnen Rechtsgebieten.

[449] Vgl. statt vieler Entscheide: BGE 129 I 173 Erw. 5 und 5.1.

[450] Vgl. z. B. BGE 135 V 172 Erw. 7.3.3 unter Berufung auf Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zur BV, 1. Auflage, N. 36 zu Art. 5.

[451] BGE 134 I 92 Erw. 2.3.2 oder BGE 133 II 97 Erw. 2.2.

[452] A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 106.

zu beachten.[453] Mit der Ausweitung von der Eingriffsvoraussetzung zum allgemeinen Handlungsprinzip sollen die Art und das Mass der staatlichen Leistungsgewährung allgemein sachgerecht und griffig überprüft werden können.[454] Bei einer gesamthaften Optimierung mehrerer Ziele sind die jeweiligen Verfassungsbestimmungen nebeneinander zu verwirklichen und abzuwägen, denn sich widersprechende Ziele können nicht gleichzeitig vollständig erreicht werden.

Nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz ist in den Fällen von gegensätzlichen Zielen nach der Rechtsprechung ein möglichst schonender Ausgleich der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen vorzunehmen.[455] Der Geltungsbereich des Grundsatzes der praktischen Konkordanz orientiert sich in seiner normativen Zielsetzung nach den gesamten faktischen und rechtlichen Umständen. Er umfasst tatsächliche, regulative, und nicht nur direkte, sondern auch indirekte staatliche Eingriffe.[456] Soweit der Staat zum effektiven Schutz von wichtigen Rechtsgütern, wie insbesondere dem Leben oder der Gesundheit, auch Gewähr gegenüber Eingriffen von Dritter bieten muss, werden auch Unterlassungen darunter subsumiert. Eine unterlassene oder zu schwache staatliche Antwort bei Leistungspflichten verstösst, wie insbesondere aus der Rechtsprechung des EGMR ersichtlich, gegen ein Untermassverbot.[457] Eine Nichtleistung kann und muss – wie zivil- und strafrechtlich üblich[458] – bei Pflichten zum Handeln wie ein kausales Er-

---

[453] BGE 94 I 392 Erw. 3; BGE 131 V 107 Erw. 3.1.4.1; B. SCHINDLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 5 N. 49, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch den Myozyme-Entscheid (I) BGE 136 V 395 Erw. 7.4 (auch im Leistungsrecht) oder umfassend D. HOFSTETTER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns, S. 54 f.

[454] Vgl. A. JOST, Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: ZSR 101 (1982), II. Bd., S. 457 ff.

[455] Vgl. z. B. BGE 139 I 16 Erw. 4.2.2 oder BGE 129 I 173 Erw. 5.1, jeweils unter Berufung auf K. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995, Rz 70 ff.

[456] Vgl. R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 36 N. 2.

[457] BGE 129 I 12, Erw. 6.4 mit weiteren Hinweisen.

[458] Vgl. Art. 11 StGB oder die Regel von Art. 97 OR, welche bekanntlich sogar umgekehrt die positive Handlung stillschweigend miterfasst.

eignis eingestuft werden. Die Frage der Verhältnismässigkeit entscheidet sich gerade in den Fällen einer Lebens- oder Gesundheitsgefährdung nach der faktischen Gefährdung und der sie umfassenden materiellen Rechtsnorm.[459]

b) Die Verhältnismässigkeit als Ansatz zur Lösung von Zielkonflikten

Die Interessenabwägung umfasst nach der üblichen Formel wie erwähnt «weitere zu beachtende Interessen». Alle drei Kriterien stehen allen betroffenen Zusammenhängen und öffentlichen Interessen offen.[460] Im Kontext der Verfassung sind sogar typischerweise mehrere, sich widersprechende Funktionen bzw. Interessen gemeinsam zu optimieren.[461] Die Verhältnismässigkeit bezieht sich entsprechend auch auf eine von mehreren realen Zielen geprägten Realität. Sie wird folglich durch den unterschiedlichen Grad ihrer möglichen Erfüllung im Systemaustausch von Recht und Wirtschaft charakterisiert.[462] Sofern und soweit entgegen Grundoperationen des Rechtssystems eine abwägende Erfüllung der Ziele möglich ist, können Prinzipen als zielübergreifende Kriterien auftreten. Rechtsprinzipien können insbesondere relativiert werden, wenn sie mit anderen Rechtsprinzipien kollidieren oder im Grenzbereich aufgrund der Kosten der Erfüllung keine Berechtigung haben.

Sich widersprechende Zielfunktionen liegen insbesondere vor, wenn die finanziellen Mittel nicht genügen, um alle Zielfunktionen einer Verfassung gleichzeitig vollständig zu erfüllen. Je anspruchsvoller und vielfältiger diese Ziele gesetzt werden, desto höher wird der Mitteleinsatz und desto weniger werden alle Ziele parallel

---

[459] Das Kriterium des Eingriffs als ein eigenständiges Abgrenzungsmerkmal tritt in diesen Fällen in den Hintergrund. Gleichwohl ist die Abgrenzung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung rechtsdogmatisch und ökonomisch gesehen begründet.

[460] Vgl. z.B. BGE 140 I 2 Erw. 9.2.2 oder BGE 132 I 181 Erw. 4.5 und zur Übersicht über die Rechtsprechung und Lehre R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 36 N. 39 ff.

[461] Vgl. A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 105; R. ALEXY, A Theory of Constitutional Rights, S. 418 sowie nachstehend S. 192 ff. In mathematischer Terminologie sind die Werte mehrerer Zielfunktionen gleichzeitig zu optimieren, vgl. die Online-Enzyklopädie Mathepedia unter <www.mathepedia.de/optimierung.aspx>, besucht am 13. Februar 2017.

[462] Vgl. oben S. 64.

erreicht werden können. Ein gemeinsamer Finanzhaushalt ist entsprechend notwendig beschränkt und erfordert bei Zielen, welche nicht parallel finanziert werden können, bei den Zielen einen *trade-off*. Werden hingegen die Zielerreichungsgrade fixiert und können mit den verfügbaren Mitteln nicht alle Ziele parallel erreicht werden, so resultiert der *trade-off* bei den eingesetzten Ressourcen. In welche der beiden Richtungen eine Güterabwägung operiert, ist wie beim ökonomischen Optimierungsproblem normativ zu entscheiden.

c) Die Einordnung in der Leistungsverwaltung

Im Vergleich zu Grundrechtseinschränkungen der Eingriffsverwaltung nimmt die Perspektive der öffentlichen Finanzen bei der Leistungsverwaltung wie schon angesprochen eine wichtige Stellung ein. Die Perspektive umfasst regelmässig nicht nur eine Interessenabwägung mit dem Schwerpunkt auf kausal angestrebten öffentlichen Interessen, sondern auch eine Interessenabwägung mit Einbezug der Wirkungen auf die finanziellen Mittel der Gemeinschaft. Dabei lassen sich die Gesichtspunkte der finanziellen Mittel und der damit bewirkten Veränderungen vergleichend bewerten. Bei den zu beachtenden Interessen bildet entsprechend diese finanzielle Abwägung einen neuen Schwerpunkt auf Seiten des handelnden Staates. Im Unterschied zur Eingriffsverwaltung hat der Staat bei der Leistungsverwaltung nicht nur die im Einzelfall angezeigten Handlungsmöglichkeiten, sondern verfügt in gewissen Handlungsbereichen über eine kaum überschaubare Zahl von Alternativen mit verschiedenem Zeithorizont, welche nach ihrer tatsächlichen Entwicklung, d. h. ihrem Zielerreichungsgrad und Aufwand, evaluiert werden müssen.[463] Der Vergleich eines Ergebnisses mit anderen Lösungsmöglichkeiten wird bei der Leistungsverwaltung entsprechend wichtiger, weil in aller Regel viele alternative Vermeidungszusammenhänge und positive Verwendungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Damit bestehen im Vergleich zur Eingriffsverwaltung viele Alternativen der Geldverwendung.[464]

[463] Vgl. auch M. BOROWSKI, Grundrechte als Prinzipien, S. 197 f.

[464] Vgl. zu den lokalen und globalen Optima nachstehend S. 162 ff.

Die Optimierung erfolgt entsprechend bei der Leistungsverwaltung strukturell bedingt nicht nur nach Massgabe eines Nutzengewinns, sondern auch unter Berücksichtigung der relativen Gewinne im Vergleich zu Handlungsalternativen. Die Optimierung von Massnahmen mit einfacher Wirkungsbeziehung besteht folglich nicht nur in einem Abwägen von Ergebnissen mit den dafür notwendigen finanziellen Ressourcen, sondern auch unter Einbezug von allen möglichen Alternativen staatlichen Handelns samt unerwünschten Nebenfolgen oder Missbrauchsmöglichkeiten.

Die staatlichen Alternativen und deren Nutzen sind mit Ausnahme der Leitlinien des übergeordneten Rechts nicht vorgegeben. Aus einer Analyse der Optimierungsräume lässt sich somit ableiten, dass eine Abwägung im Bereich der Eingriffsverwaltung in der Regel einfacher ist als in der Leistungsverwaltung. Beispielsweise sind die Konkretisierungen von Grundrechten bei Leistungsrechten vielfältiger und komplexer, weil der Staat gegenüber dem Bürger gestaltend und nicht konkret eingreifend gegenübertritt. Bei der Eingriffsverwaltung werden konkrete staatliche Massnahmen und allfällige Alternativen immer wieder mit gleichem Zweck mit konkreten Zielen verglichen. Bei der Leistungsverwaltung hingegen werden abstrakte, austauschbare Steuerungsmittel mit konkreten Zielen verglichen. Die Mittel für staatliche Leistungen werden letztlich in Form von austauschbaren Zahlungsmitteln benötigt und grösstenteils ohne konkreten Verwendungszweck in Form von Steuern beschafft. Bedingt durch die freie Austauschbarkeit der Art der Mittel steht bei Leistungen, beschränkt durch Gesetz und Verfassung, ein breiterer Entscheidungsspielraum offen als bei der Eingriffsverwaltung.

Im Optimum soll bei Leistungen ein möglichst hoher Nutzen erzielt oder mindestens eine unverhältnismässige Verwendung unterbunden werden.[465] Der Transfer kann in spezifische, nicht pekuniäre Leistungen fliessen oder, bei einer Ausstattung von Begünstigten mit Geldmitteln, die Art der Verwendung faktisch noch offenlassen. Die Prüfung der ökonomischen Verwendung betrifft einen politischen oder, bei weniger wichtigen Abwägungen, juristischen Entscheidungsprozess über

[465] Vgl. z. B. die Regelung bei Finanzhilfen und Abgeltungen nach dem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG, SR 616.1), wonach eine möglichst zweckmässige, kostengünstige Massnahme mit minimalem administrativen Aufwand gewählt werden soll (Art. 7 bzw. 10 SuG), bei Finanzhilfen unter Berücksichtigung von zumutbaren Eigenleistungen (Art. 7 lit. c und d SuG) gewählt werden soll, dabei jedoch auch eine Nichterfüllung oder Zweckentfremdung zu regeln sind (Art. 10 Abs. 1 lit. e bzw. Art. 29 SuG).

Werte und Kausalzusammenhänge. Der Fokus ist auch darauf gerichtet, dass die vom Staat ausgelösten Prozesse produktive Entscheidungen auslösen, d. h. in längerfristiger Betrachtung optimal erscheinen. Bei der Eingriffsverwaltung hingegen liegt die Betrachtung bei relativ isolierten, zeitlich parallelen Verursachungszusammenhängen.

Nicht nur die komplexeren privaten Handlungsweisen oder die Zahl der staatlichen Handlungsalternativen machen diese Abwägung in der Leistungsverwaltung herausfordernder, sondern der Einfluss von privaten Verhaltensweisen auf die Entwicklung der (finanziellen) öffentlichen Interessen. Diese zweite Differenz betrifft somit die Ursachenstruktur der externen Effekte. Negative externe Effekte haben ihren Grund in negativen Auswirkungen eines Hauptzusammenhanges, die positiven externen Effekte von Leistungen hingegen haben ihren Grund in einer Differenz zwischen einer grundsätzlich positiven Wirkung und der negativen Wirkung einer dafür notwendigen Finanzierung. Entsprechend sind negative externe Effekte im Optimum möglichst bei der Ursache zu vermeiden, bei positiven externen Effekten hingegen ist mit einem abnehmenden Nutzen der Handlung und einer unbestimmten Vielzahl von sekundären Handlungen zu rechnen. Entsprechend verfügen Leistungen, wenn sie bei der ersten Einheit einen positiven Nettonutzen haben, grundsätzlich über Aktivitätsoptima.

Das zugelassene oder nicht vermeidbare Niveau zweckwidriger Aktivität wird bei positiven und negativen Externalitäten im Rahmen einer Gesamtabwägung berücksichtigt. Die Frage nach den von der Rechtsordnung nicht primär beabsichtigten, im Vollzug aber anzutreffenden faktischen Rückmeldungen sollte auch bei negativen Externalitäten einfliessen, da auch der negative Effekt in das Verhältnis mit den Kosten seiner Erfassung zu setzen ist. Im Bereich der negativen Effekte beinhaltet die Prüfung nur eine Art von Kausalzusammenhang sowie allenfalls die Kosten von dessen Kontrolle und einen Vergleich der Summe der Wirkungen mit einer Nichthandlung. Im Bereich der Leistungsverwaltung hingegen ist die Frage nach Arten von Reaktionen, deren Schädigungspotential, die administrativen Kosten von deren Kontrolle und eine Einschätzung des Vergleichs mit allen möglichen alternativen Geldverwendungen.

Der Betrachter der Rechtsprechung stellt fest, dass Auslegungen im Sozialversicherungsrecht deshalb häufig mit Blick auf die ausgewiesenen Fakten und damit in Abwehr von subjektiv beinflussbarer Fremdkomplexität erfolgen. So wird die

Adäquanz z. B. bei organisch objektiv ausgewiesenen Unfallfolgen im Rahmen der versicherten Unfallrisiken bejaht und folgerichtig die natürliche und adäquate Kausalität als deckungsgleich angenommen.[466] Bei natürlich kausalen, aber nicht objektiv ausgewiesenen Beschwerden ist nach der Rechtsprechung von einem augenfälligen äusseren Geschehen auszugehen.[467] Psychische Aspekte ohne objektivierten Krankheitswert sollen bei leichteren Unfällen keine Rolle spielen, sie sind jedoch nach besonders eindrücklichen Unfallgeschehen von Relevanz.[468] Als Begründung für die Differenzierung wird auf die schwierige Informationslage bzw. die Probleme der Sachverhaltsermittlung verwiesen.[469] Die gleiche Linie einer Abwehr von eventuell missbräuchlichen Verhaltensweisen zeigt sich z. B. bei Schreckereignissen, die prinzipiell nur dann schwer genug für das versicherte Ereignis Erwerbsausfall sein können, wenn bleibende körperliche Schaden davongetragen werden oder sie längere Zeit andauern.[470] Dass ein Schrecken längere Zeit andauern muss, damit er medizinisch relevant ist, wird aus psychiatrischer Sicht kaum richtig sein, macht aber aus der Perspektive der Vermeidung von Missbräuchen durchaus Sinn. In diesen Begründungen zeigt sich zusammenfassend eine Optimierung bei der Leistungsverwaltung im Umgang mit möglichem *moral hazard* auf Seiten der Versicherten. Die Kosten der Sachverhaltsermittlung sind im Vergleich dazu nach der Rechtsprechung kaum je relevant geworden, im Gegenteil werden in der Regel jeweils vollständige Abklärungen mittels einem oder mehreren kombinierten Gutachten gefordert.[471]

Das Bundesgericht öffnet im Leistungsrecht entsprechend das Kriterium der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne zu Gunsten der vergleichenden Beurteilung von finanziellen Konsequenzen. Verwendet wird für die Interessenabwägung der

---

[466] Vgl. z. B. BGE 134 V 109 Erw. 2.1 oder BGE 127 V 102 Erw. 5b/bb.

[467] Vgl. BGE 141 V 281 Erw. 5.1.1.

[468] Zur Psycho-Praxis, vgl. BGE 115 V 133 oder BGer in 8C_586/2016 und ausführlich BGE 138 V 248 Erw. 4. Zu den revidierten, verschärften Adäquanzkriterien nach der Schleudertrauma-Praxis vgl. BGE 134 V 109. Bei mittelschweren Unfällen können weitere Umstände des Unfallablaufs berücksichtigt werden.

[469] BGE 134 V 109 Erw. 6.2.1.

[470] BGE 129 V 177 Erw. 4.3, bestätigt z. B. in den Entscheiden des BGer 8C_2/2016 Erw. 2.2 und 8C_167/2016 Erw. 4.1

[471] Vgl. z. B. BGE 134 V 109 Erw. 9.4. oder BGE 141 V 281.

Begriff der Angemessenheit, wobei dieser Terminus in eine zeitliche, sachliche, persönliche und finanzielle Dimension eingeteilt wird.[472] Augenscheinlich betreffen die ersten drei Aspekte die konkreten Verhältnisse und die entgegenstehenden, öffentlichen oder privaten Interessen. Mit der zusätzlichen Aufnahme einer finanziellen Dimension wird auch die Relation der Wirkungen auf die öffentlichen finanziellen Interessen geprüft. Während die sachliche, zeitliche oder persönliche Angemessenheit nach dem Vergleich der Interessen von Ursachen und Wirkungen einer konkreten kausalen Funktion ruft, allenfalls auch noch im Vergleich mit Alternativen, fragt die finanzielle Dimension nach der Evaluation mit kausalen Perspektiven auf der Seite aller betroffenen Privaten und möglichen Alternativen bei der öffentlichen Geldverwendung.

Wird die Güterabwägung, wie üblich,[473] unter dem Begriff der Zumutbarkeit erörtert, so werden nur die Wirkungen auf private Interessen erfasst. Dies ist gerade für die Leistungsverwaltung von Vornherein nicht passend, da mit der Zumutbarkeit nur konkrete öffentliche Interessen mit privaten Interessen abgewogen werden können, nicht jedoch in umgekehrter Richtung private Interessen mit abstrakten öffentlichen Interessen.[474] Entsprechend würde die Zumutbarkeit bei der Beurteilung z. B. der Verhältnismässigkeit der Wirkung auf einen Staatshaushalt nicht helfen. Dies, obwohl diese finanziellen Auswirkungen im Bereich der Leistungsverwaltung schwergewichtig zu prüfen sind.[475] Auch wird eine Konkretisierung bei der Abwägung von verschiedenen rechtlichen Prinzipien vom Begriff der Zumutbarkeit nicht erfasst.[476] Vorliegend wird die materielle Gleichsetzung der Zumutbarkeit mit der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne oder mit der Interessen- und Güterabwägung deshalb jedenfalls für den Bereich der Leistungsverwaltung als untauglich abgelehnt.

---

[472] Vgl. z. B. BGE 130 V 488 Erw. 4.3.2; BGE 132 V 215 Erw. 3.2.2; BGer im Entscheid 9C_837/2015 vom 23. November 2016 Erw. 2.3.

[473] B. SCHINDLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 5 N. 48, mit weiteren Hinweisen.

[474] Vgl. zur allgemeinen Gleichsetzung z. B. BGE 137 II 332, D. HOFSTETTER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns, S. 158, sowie die Standard-Kommentare A. EPINEY, Basler Kommentar zur BV, Art. 5 N. 70 oder B. SCHINDLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 5 N. 48.

[475] Vgl. vorne S. 128 ff.

[476] Vgl. vorne S. 40 ff.

d) Die Begrenzung von Leistungen nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz

Die Grenzen staatlicher Leistungen werden regelmässig auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit des Staatshandelns nach Art. 5 Abs. 2 BV gestützt.[477] Dieses bedingt eine Gewichtung und damit einen auf ein Optimum ausgerichteten Vergleich aller in Betracht zu ziehenden Werte. Nach den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen wird das Staatshandeln im Bereich der Mittelverwendung jedoch nur mit Zurückhaltung überprüft. Die Gebote der Eignung einer Massnahme, ihrer Erforderlichkeit und des Verbots des Missverhältnisses (die Angemessenheit) sind grundsätzlich auf eine Optimierung von Werten ausgerichtet.[478] Das Gebot der Verhältnismässigkeit, bezogen auf eine Leistungspflicht, sollte das staatliche Handeln nicht konturlos zum Gebot angemessenen Staatshandelns werden lassen.[479] Die Gewichtungen und Begriffe sind in einem normativen Rahmen nach der Verfassung und ihren allgemeinen Prinzipien auszulegen.[480]

Entsprechend kann der Verhältnismässigkeitsgrundsatz in der Leistungsverwaltung nur als methodische Anweisung dienen und nicht als inhaltliches, die gesetzlichen Einzelnormen oder die Gewaltenteilung überspielendes Prinzip.[481] Das allgemeine öffentliche Interesse am haushälterischen Umgang kann kein vom Gesetzgeber spezifisch ausgedrücktes Interesse übersteigen, selbst wenn dem Rechtsanwender die entsprechende Prioritätenordnung des Gesetzgebers nicht als vernünftig erscheint. Vorbehalten bleiben entsprechend insbesondere die gesetzlichen Ansprüche des Einzelnen und die Ausprägungen sozialer Grundrechte. Einer Begrenzung mangels Wirtschaftlichkeit kommt in der Schweiz *de lege lata*

---

[477] Vgl. den Myozyme-Entscheid (I) BGE 136 V 395 Erw. 7.4 und für den Fall eines teuren Hilfsmittels z. B. das Urteil des BGer 9C_308/2014 vom 19. Mai 2015 Erw. 4.3 mit weiteren Hinweisen; zum Ganzen: U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, S. 7.

[478] Vgl. Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zur BV, 1. Auflage, Art. 5 BV N. 34 ff. und zur praktischen Konkordanz oben S. 125 ff.

[479] Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zur BV, 1. oder 2. Auflage, Art. 5 BV N. 35.

[480] B. SCHINDLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 5 N. 45 und 50; P. TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 Rz 5, S. 149 ff.

[481] U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, S. 45 f., 52.

entsprechend nur insoweit eine allgemeine Geltung zu, als damit Ressourcen vernichtet und Staatsziele insgesamt nicht mehr erreicht werden können. Der Gesetzgeber bestimmt im Rahmen der Verfassungskompetenz jedoch, welche Leistungen sinnvoll sind.

Demgegenüber sollten nicht nur unmittelbar individuelle Werte durch die Verhältnismässigkeit geschützt werden, sondern – bei genügend hohem, inhaltlich zwingendem Mass – eben doch auch öffentliche Interessen vor den privaten Interessen, wie z. B. die staatlichen Ressourcen vor individuellen Verhaltensweisen. Entsprechend wird eine Differenzierung der Anforderungen der Verhältnismässigkeit je nach konkreter Sach- und Interessenlage, Adressat und behördlicher Aufgabenstellung vorgeschlagen.[482] Auch nach der hier vertretenen materiellen Anknüpfung ist die Wichtigkeit der staatlichen Dienstleistung für den Privaten spezifisch abzuwägen.

Die Einschränkung staatlicher Leistungen mit Hinweis auf die effektiven oder vermeintlichen Grenzen staatlicher Ressourcen ist im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wie schon erwähnt[483] bei einzelnen Fallgruppen geläufig.[484] Nicht bezahlt wurden z. B. die Kosten von CHF 750'000 bis CHF 900'000 in eineinhalb Jahren bei teilweise zweifelhaftem Nutzen im Myozyme-Entscheid (I). Dieses Missverhältnis lag jedoch bei Gesamtkosten von ca. CHF 170'000 pro Jahr bei gesicherter Wirkung nicht vor.[485] Bei dem nach Art. 19 und Art. 62 BV zu gewährleistenden Angebot eines kostenlosen Grundschulunterrichts wird z. B. der Entzug der Leistung als *ultima ratio* angesehen. Die Erfüllung der Dienstleistung müsste ohne Ausschluss nicht mehr aufrechterhalten werden können.[486] Die Abwägung kann sich, wie dieses Beispiel veranschaulicht, mit der Zeit auch bei wichtigen Gütern zu Lasten des Privaten drehen. Je nach dem Entwicklungsstadium der schützenswerten privaten Interessen ergeben sich verschiedene Stadien und Ansatzpunkte

---

482 B. SCHINDLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 5 N. 49 ff.

483 Vgl. oben S. 11 ff. und S. 94 ff.

484 Vgl. z. B. einen grossen Sicherheitsaufwand einer Demonstration an einem bestimmten Tag am WEF in Davos (BGE 127 I 164, Erw. 4b) oder den Hinweis auf begrenzte Möglichkeiten einer Haftanstalt, den Gefangenen die Religionsfreiheit zu gewähren (BGE 132 I 256, Erw. 4.3).

485 Vgl. BGE 142 V 144 Erw. 7.

486 Urteil des Bundesgerichts 2P.27/2006 vom 31. Mai 2006, Erw. 2.5.2.

für Abwägungen der privaten Bedürfnisse mit öffentlichen Interessen. Entsprechend erscheint ein unterschiedliches Mass an staatlichem Handeln bzw. an staatlichen Leistungen als angemessen.

Bei öffentlichen Leistungen, welche die Rechtsordnung für den Privaten als weniger wichtig einstuft, sind Ausschlüsse einfacher. Dies ist typischerweise auch bei der Verweigerung der Nutzung staatlicher Infrastruktur bei Handlungsalternativen für den betroffenen Privaten der Fall, wie z. B. einer Verweigerung der Nutzung einer öffentlichen Bibliothek, eines Schwimmbades etc. Eine Verweigerung aus disziplinarischen Gründen, z. B. nach einem Nutzungsreglement, ist in diesen Fällen ohne Weiteres zulässig. Ein Leistungsentzug muss nach der Rechtsprechung sogar generell zulässig sein, wenn sich die unterstützte Person rechtsmissbräuchlich verhält.[487] Das Rechtsmissbrauchsverbot gilt somit auch bei Leistungen.[488] Der Entzug von Leistungen ist in Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots auch ohne spezifische gesetzliche Grundlage möglich.[489]

Der Gesetzgeber hat bei der Beurteilung der Eignung, der Erforderlichkeit oder des Übermasses seiner Leistungen einen weiteren Spielraum als bei direkten Eingriffen.[490] Er ist selbst bei wichtigen Leistungen, wie z. B. der Ausgestaltung des kostenlosen Grundschulunterrichts,[491] bei der Alimentenbevorschussung[492] oder in Besoldungsfragen,[493] relativ frei und nur durch übergeordnete Normen eingeschränkt. Einzuschränken ist die Freiheit der Interessenabwägung bei normativ besonders geschützten Gütern, insbesondere bei Normen zu Gunsten des Lebens oder der Gesundheit.[494]

---

487 BGE 121 I 367 Erw. 3b.

488 BGE 119 IA 221 Erw. 5a; BGE 116 II 497 Erw. 3.

489 BGE 122 II 192, 198 Erw. 2c/ee.

490 Der Gesetzgeber und den Vollzugsbehörden ist ein Gestaltungs- und Handlungsspielraum zu belassen, vgl. H. U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, S. 14.

491 BGE 133 I 156 Erw. 3.1.

492 BGE 129 I 1 Erw. 3.

493 BGE 121 I 102 Erw. 4a.

494 Vgl. zu den Grenzen von Relativierungen und Abwägungen oben S. 94 ff.

Die Art der Mittelverwendung soll durch die politisch gewählten Behörden bestimmt werden, welche hierfür auch die Verantwortung tragen. Entsprechend ist es «nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sich zu deren wirtschaftlichen oder politischen Sachgerechtigkeit zu äussern.»[495] Die faktisch hohen Freiheitsgrade der Geldverwendung bewirken, dass für die Lenkung staatlichen Handelns in der Leistungsverwaltung der Ausschlag einer Güterabwägung grösser sein muss als in der Eingriffsverwaltung.[496] Der Gesetzgeber ist insbesondere frei, Wertungen umzusetzen, welche von der Wirtschaft mehrheitlich als nicht wirtschaftlich sinnvoll angesehen werden.

e) Die rechtsgleiche Verteilung als Massstab einer Begrenzung von Leistungen

Die Rechtsgleichheit soll als übergeordneter Rechtsgrundsatz auf diese Interessenabwägung einen Einfluss haben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung u. a. im Myozyme-Entscheid (I) ergibt sich aus dem Umstand, dass staatlich administrierte Güter nicht unbegrenzt zur Verfügung stehen, eine möglichst faire Verteilung von Ressourcen.[497] Insbesondere «soll vermieden werden, dass die einen alles oder sehr viel und die anderen nichts oder fast nichts erhalten».[498] Massgebend muss jedoch die gesetzgeberische *ratio* einer gleichen Lage der Versicherten sein. Anders als in den vom Bundesgericht zur Abstützung erwähnten Fällen der nicht immer möglichen strikten Gleichbehandlung von Konkurrenten als Gewerbegenossen[499] oder der Partizipation beim gesteigerten Gemeingebrauch von öffentlichen Sachen,[500] will das Recht im Gesundheitswesen grundsätzlich nicht Gleichheiten schaffen, sondern Ungleichheiten beseitigen.

---

[495] BGE 141 V 473 Erw. 8.3.

[496] Vgl. auch U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, S. 105 ff. und insbesondere 107 f.

[497] BGE 136 V 395 Erw. 7.7.

[498] BGE 136 V 395 Erw. 7.7.

[499] BGE 130 I 26 Erw. 6.3.3.2.

[500] BGE 132 I 97 Erw. 2 oder BGE 121 I 279 Erw. 4.

Die Frage nach der Rechtsgleichheit ist daher nicht, ob ein hoher Finanzbedarf nach den Regeln der Gleichheit auf andere mögliche Fälle übertragen werden kann, sondern ob die Ungleichheit oder die Gleichheit von der *ratio* des Gesetzes erfasst wird und ob die Leistung finanziell tragbar ist. Ungleichheiten sind *per definitionem* nicht verallgemeinerungsfähig. Wenn bei spezifischen ungleichen Fakten die Leistung des Staates von ihrer hypothetischen Verallgemeinerungsfähigkeit abhängig gemacht wird, widerspricht dies dem Gedanken der Rechtsgleichheit nach der (wie erwähnt auch vom Bundesgericht verwendeten)[501] Formel von ARISTOTELES Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe der Verschiedenheit ungleich zu behandeln diametral. Gerade wenn die Ungleichheit der Wirkungen bzw. der Heilungskosten als wesentlicher Umstand für eine Differenzierung gewertet wird, können nicht die Vergleichbarkeiten von Ursachen zur Rechtfertigung herangezogen werden.

Angesprochen wird mit der Verknüpfung der Argumente der staatlichen Leistungsfähigkeit mit der Rechtsgleichheit im Myozyme-Entscheid (I) nicht die faktische Grenze staatlicher Leistungsfähigkeit, sondern der hohe Ressourcenbedarf bei vergleichsweise geringer Wirksamkeit, d. h. eine geringe Kostenwirksamkeit.[502] Ob und wie eine ungleiche Behandlung nicht zu tragen ist, wäre jedoch anhand des Masses der faktischen Ungleichheit und der dazu einschlägigen Versicherungsregeln zu ermitteln. Auf die Rechtsgleichheit lässt sich eine Grenze von Leistungen gerade wegen der gesetzgeberischen Versicherungslösung nicht stützen. Der Begriff einer Verallgemeinerungsfähigkeit von Ausgaben ist offensichtlich weder faktisch noch rechtlich genügend differenziert, um aufgrund verschieden hoher Kostenwirksamkeit eigenständige Grenzen zu setzen.

Sowenig bei guten Risiken grössere Leistungen abgeleitet werden können, sind bei schlechten Risiken aus der Rechtsgleichheit kleinere Leistungen zu folgern. Die Bezüge aus öffentlichen Finanzen unterliegen im Bereich des Risikoausgleichs grundsätzlich nicht dem *ius distributiva*. Ob eine Leistung für einen Versicherungsträger in einem groben Missverhältnis zu Lasten einer Versichertengemeinschaft

---

501 Vgl. oben FN. 65.

502 U. BRÜGGER, Bewertung von neuen medizinischen Leistungen in der Krankenversicherung, Vortrag zu den Health Insurance Days der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften Winterthur, abgehalten in Interlaken vom 14./15. April 2016, Folie 9.

steht,[503] ist einerseits nach den kalkulatorischen Grundlagen der Versicherung zu ermitteln. Der Entscheid, inwieweit der Risikoausgleich wie z. B. bei der AHV finanziell limitiert werden soll, obliegt andererseits der Politik. Eine auf Gleichheitsüberlegungen innerhalb eines Versicherungssystems basierende Evaluation einer angemessenen Grenze der Leistungshöhe ist *de lege lata* nicht verankert und kann auch *de lege ferenda* nicht der letzte Schluss sein. Die Abwägung des Umfangs eines bestehenden Risikoausgleichssystems wäre nach versicherungsmathematischen Grundsätzen und unter Berücksichtigung der Kosten für die Versicherung und die Administration zu lösen.

4. Rechtsanwendungsermessen

a) Das Anwendungsermessen und die Verhältnismässigkeit

Aus rechtlicher Perspektive ist bei einer behördlichen Entscheidung jedes Ermessen unter Beachtung der teilweise vielfältigen, elastischen und einengenden gesetzgeberischen Ziele pflichtgemäss auszuüben.[504] Darin liegt im Hinblick auf die Ziele der Bundesverfassung und der erwähnten[505] vielfältigen Aufnahme in die kantonalen Verfassungen ein Gebot zu effizientem Verwaltungshandeln.[506] Auch die verfassungskonforme Auslegung beinhaltet eine Optimierung im Sinne ihrer Ziele. Die Normen spannen dabei den Rahmen der Zielsetzungen auf und die Verhältnismässigkeit gibt Regeln vor, wie und in welchen Schranken innerhalb der Verfassungsleitlinien optimiert werden kann. Jegliches Verwaltungshandeln hat sich demgemäss nach den Regeln und dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz auszurichten.[507]

---

503 Vgl. z.B. den Myozyme-Entscheid (I) BGE 136 V 395 Erw. 7.4 und 7.5.

504 Vgl. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Zürich/St. Gallen 2010, S. 197 f.

505 Vgl. oben S. 99 ff.

506 Vgl. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Zürich/St. Gallen 2010, S. 393.

507 BGE 140 II 65 Erw. 4.2; BGE 135 II 161 Erw. 5.4.

Die Art der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen kann nach der Rechtsprechung inhaltlich in einer nahen Beziehung zur Verhältnismässigkeit im engeren Sinne stehen.[508] Insbesondere muss sich pflichtgemässes Ermessen vom Zweck der massgebenden Vorschriften leiten lassen und nebst dem Willkürverbot und der Rechtsgleichheit auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten.[509] Bei einer gleichzeitigen Grundrechtsabwägung besteht aufgrund des Verständnisses der Verhältnismässigkeit als kumulativ dazu hinzutretendem Prinzip eine Deckungsgleichheit der Anwendung.[510] Entsprechend prüft das Bundesgericht den generell gültigen Verhältnismässigkeitsgrundsatz bei kantonalem Recht nur bei einer parallelen Grundrechtsverletzung, z. B. bei gleichzeitiger Willkür.[511] Die Grundrechte und die Regeln ihrer Einschränkung würden nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verwässert, wenn die Verhältnismässigkeit im Bereich der Prüfung kantonaler Entscheide und Erlasse als Grundrecht eigenständig und nicht nur als ergänzendes Prinzip angerufen werden könnte. Im Falle von eidgenössischem Recht ist dem Bundesgericht eine Angemessenheitskontrolle ebenfalls verwehrt, die Prüfung umfasst nur eine rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens, d. h. eine Über- oder Unterschreitung oder einen Missbrauch.[512]

Nach der Rechtsprechung ist ein Entscheid nicht schon wegen Unverhältnismässigkeit aufzuheben, wenn eine andere Variante wertungsmässig besser abschneidet, sondern erst, wenn bei einer dezentralen Würdigung der Fakten oder bei der Rechtsanwendung ein Spielraum nicht eingehalten wird. Normativ abweichende Gewichtungen sind möglich und in der Rechtsanwendung zu beachten. Dementsprechend wäre bei einer Abwägung rein finanzieller Interessen in aller Regel

---

[508] So sind z. B. auf dem Gebiet des Ausländerrechts, die für die Ermessensausübung in Art. 96 AuG massgeblichen Kriterien nach BGer 2C_240/2012 Erw. 1.2 «weitestgehend identisch […] mit jenen für die Prüfung der Verhältnismässigkeit eines Bewilligungswiderrufs bzw. der Nichtverlängerung einer Bewilligung».

[509] Da sonst ein Ermessensmissbrauch vorliegt, vgl. BGE 123 V 150 Erw. 2 oder im Entscheid 8C_187/2015 Erw. 3.2.3.2.

[510] BGE 134 I 153 Erw. 4. 1 und 4.2.2.

[511] Vgl. z. B. BGE 135 III 578 Erw. 6.1 und 134 I 153 Erw. 4.2.2.

[512] BGer im Entscheid 8C_500/2013 Erw. 3.1.3 mit Verweis auf Art. 95 lit. a BGG. Die Kognition des Bundesgerichts wird für isolierte Rügen der Verletzung der Verhältnismässigkeit entsprechend auch für Bundesrecht verneint.

kaum einzusehen, wie im Einzelfall aus Gründen des Finanzhaushalts aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ein entscheidendes Argument resultieren könnte. Massgeblich waren für das Bundesgericht sowohl beim Myozyme-Entscheid (I) wie auch bei der Praxis zu den PÄUSBONOG die drohenden Mengeneffekte durch *moral hazard*. Damit haben ausnahmsweise doch allgemeine Gründe des Finanzhaushalts mit Hinweis auf die Verhältnismässigkeit die Rechtsprechung beeinflusst.

b) Die real angepasste Kognition

Bei konkretem faktischem Wissen wird einer dezentral das Recht anwendenden Behörde oder einem Gericht ein weiterer Ermessensspielraum zuerkannt. Schon die föderalistische Struktur spricht für Ermessenspielräume.[513] Entsprechend sind die Sachverhaltsannahmen kantonaler Instanzen für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich und unterliegen nur der Willkürprüfung.[514] Die abstrakte Normenkontrolle unterliegt einer zurückhaltenden Prüfung.[515] Nur in Ausnahmefällen wird eine kantonale Vollzugsordnung durch das Bundesrecht vorgegeben.[516] Bei der Prüfung kantonaler Erlasse bildet der fehlende Wille des Bundesverfassungsgebers, eine Materie zentral zu regeln, grundsätzlich die Ausgangslage. Die Grundrechte und die Kompetenzordnung dürfen jedoch nicht verletzt werden.[517] Bei der Anwendung von Bundesrecht kann kantonalen Behörden und Instanzen z. B. bei unbestimmten Rechtsbegriffen oder bei der Anwendung des Kriteriums der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne ein Ermessenspielraum zustehen.[518] Dieser Grundsatz ist nach der Praxis des Bundesgerichts namentlich bei technischen Gegebenheiten und bei einem besonderen Fachverstand einer Vorinstanz zu beachten.

---

513 BGE 134 I 153 Erw. 4.2.2.

514 Art. 105 Abs. 1 BGG (SR 173.110).

515 Vgl. z. B. BGE 135 V 172, 182 Erw. 7.3.2.

516 BGE 135 I 124 Erw. 2.2.

517 BGE 138 IV 13 Erw. 2 und 3.

518 Vgl. z. B. BGE 133 II 257 Erw. 2.5.4 und 3.3, in der die Anwendung von Art. 208 Abs. 2 OR umstritten war.

Die Gesetzgebung und die Gerichtspraxis folgen hinsichtlich der Anwendung auf tatsächliche Verhältnisse hin und wieder den ökonomischen Vorgaben. Die Kosten für Information und Durchsetzung zeigen, ob und wo faktisches Ermessen vorliegen soll. Diese Fokussierung entspricht der Gesamtoptimierung mittels Reduktion von Transaktionskosten bei hoher Komplexität. Sie läuft jedoch dem Grundsatz einer hinsichtlich der Prüfung der Anwendung von Rechtsbegriffen und der Verhältnismässigkeit freien Kognition des Bundesgerichts zuwider. Deshalb wurde diese «Ohne-Not-Praxis» auch schon ausgiebig kritisiert.[519]

Aus einer systemtheoretischen Sicht kann festgestellt werden, dass der dezentrale Ansatz sowohl die Beschaffung von faktischen Informationen zu Sachverhalts- und individuellen Details als auch die Umsetzung einer den Fakten angepassten normativen Spiegelung vereinfacht, jedoch wegen des geringeren Flusses von Informationen aus der Systemumwelt auch die Nachteile des *moral hazard* in sich birgt. In Berücksichtigung der *economies of scale* können jedoch wegen der eingeschränkteren Möglichkeiten zur Versicherung von Risiken (höhere sekundäre Kosten) und der Vervielfältigung von administrativen Kosten (höhere tertiäre Kosten bei gleichartigen Informationen) beim dezentralen Ansatz auch höhere Kosten entstehen. Je nach der Natur des Regulierungsthemas können sich zudem mehrere konkave Graphen[520] ergeben, die eine rein dezentrale Optimierung des Kreislaufs wegen des höheren Niveaus der Umgebung als ineffizient erscheinen lassen. Ob eine soziale Leistung wirtschaftlich ist, bestimmt sich somit nicht nur nach dem Verhältnis von Kosten und Nutzen und im Vergleich zur besten Alternative, sondern auch, ob und wie die Fakten extern in einer Systemumwelt zueinanderstehen. Eine engere Struktur wirkt sich somit nicht zwingend positiv auf den Nutzen der Regulierung aus.

---

[519] Vgl. das BGer im allerdings bestätigenden Entscheid 5c_500/2013 Erw. 3.1.3 und 3.1.4; B. SCHINDLER, Kommentar Ch. AUER/M. MÜLLER/B. SCHINDLER zum VwVG, und dort den Kommentar zu Art. 49 N. 3 VwVG (SR 172.021), mit weiteren Hinweisen.

[520] St. SHAVELL, An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts, in: Journal of Legal Studies 9 (1980), S. 482.

c) Die einzelfallbezogene Anwendung von ökonomischen Gesichtspunkten

Eine optimierte Entscheidungsstruktur integriert ohne Beachtung einer möglichen Eigendynamik des Fremdsystems drei Faktoren. Sie orientiert sich zunächst am Nutzen und lässt den lokalen oder zuständigen Behörden und der Justiz im Einzelfall so viel Freiraum, dass sie mit Hilfe von dezentralen Fakten den Nutzen und die Kosten einer Massnahme ermitteln können. Anschliessend wird das Resultat mit dem Zustand ohne Massnahme verglichen. Schliesslich ist der Vergleich mit der besten Alternative bzw. die Bewegung des Systemumfelds einzubeziehen. Die Gesamtoptimierung eines Systems mit verschiedenen Wirkungszusammenhängen basiert auf der Wirkungsweise der einzelnen Zusammenhänge. Im Vordergrund steht der Hauptzusammenhang und die Differenz einer erwünschten Wirkung, im Einzelfall noch ohne Berücksichtigung von möglichen externen Effekten, aber unter Einbezug von Alternativzusammenhängen.

Aus systematischer Sicht ist aufgrund der unterschiedlichen Art des Vorgehens bei der Optimierung bei den untersuchten Kriterien eine Trennung der Wirkungszusammenhänge zu fordern. So lässt sich z. B. der Nutzen eines Arzneimittels nicht nur dadurch beschreiben, was seine Wirkung im Vergleich zu seinen Kosten ist (Wirtschaftlichkeit) und was der Zustand im Vergleich zur Situation ohne das Medikament wäre (Wirksamkeit), sondern auch welche Alternativen in der Umwelt zur Verfügung stehen (Zweckmässigkeit).

5. Fazit

Obwohl und gerade weil im Gesundheitsbereich wichtige Grundrechte, z. B. das Recht auf Leben nach Art. 10 Abs. 1 BV, auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV, das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV[521] oder die Würde des Menschen nach Art. 7 BV betroffen sein können, finden Eingriffe und fehlende Leistungen trotz staatlichen Gewährspflichten mit dem Verweis auf die Wirtschaftlichkeit nicht die für derartige Grundrechtseingriffe nach Art. 36 BV notwendige formelle gesetzliche Grundlage. Die Einschränkungen könnten sich auf die Kompetenznorm

[521] B. RÜTSCHE/A. WILDI, Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht, S. 207 f.

an den Bund nach Art. 117 BV und Art. 32 KVG, die Relativierung der sozialpolitischen Staatsziele nach Art. 41 Abs. 3 BV oder ein faktisch geltendes Staatserhaltungsprinzip stützen.

Die schweizerische Bundesverfassung definiert die Wirtschaftlichkeit im Bereich des Gesundheitswesens insbesondere in Art. 117 BV nur als Kostenminimierung oder Nutzenmaximierung oder allenfalls als ein Anstreben eines möglichst vorteilhaften Verhältnisses des Nutzens und der Kosten konkreter medizinischer Massnahmen, aber nicht als eine Abwägung mit den alternativen Verwendungsmöglichkeiten von staatlichen Haushaltsmitteln. Angesichts des neuen Art. 117*a* BV kann ein aus Art. 117 BV abgeleitetes Wirtschaftlichkeitsgebot schon gar nicht dazu dienen, die gesundheitliche Versorgung entgegen den Zielen und Funktionen einer Versicherung generell in Frage zu stellen. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip ist in Teilgehalte von möglichen Abwägungen aufzuteilen und die Frage der finanziellen Belastung für die Gemeinschaft bzw. Versichertengemeinschaft von den Fragen der effizienten Mittelverwendung zu trennen.

Für die generelle Verweigerung von medizinischen Leistungen zum Schutz von grundlegenden Gütern aus finanziellen Gründen kann ein verallgemeinerter Wirtschaftlichkeitsgrundsatz deshalb nicht die Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV notwendige gesetzliche Grundlage bilden. Weder der Richter, noch der Verordnungsgeber, noch der kantonale Gesetzgeber haben die Kompetenz, die nach Verfassung und EMRK bestehenden Pflichten oder die von ihnen auch im Notstand zu schützenden Güter von Leben und Gesundheit mit einem allgemeinen Hinweis auf einen in der Verfassung nicht geschriebenen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht zu beachten. Propagiert wird deshalb im Folgenden eine Differenzierung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes nach Massgabe der spezifischen Vorschriften und normativen Wertungen.

Die Praxis und der Gesetzgeber umgehen die Problematik, indem aus einer Kompetenz zur Bestimmung der Art von wirtschaftlichen Leistungen auf den Inhalt des Wirtschaftlichkeitsbegriffs bei einzelnen medizinischen Leistungen zurückgeschlossen wird. Der Umfang der einzelnen Leistung der Grundversorgung nach Art. 117*a* BV wird mit dieser Technik entgegen dessen Wortlaut nicht wirkungsorientiert, sondern ressourcenorientiert ausgelegt. Der Umfang der einer guten, hochstehenden Grundversorgung korreliert faktisch gerade nicht negativ mit den zur Verfügung stehenden Mitteln. Entsprechend lässt sich aus einer finanzpolitisch

verstandenen Wirtschaftlichkeit nicht die Effizienz einer einzelnen medizinischen Leistung ableiten. Zwar sind wirtschaftliche Leistungen aggregiert auch (volks-)wirtschaftlich sinnvoll, aber nicht umgekehrt nur aus finanzpolitischen Überlegungen sinnvolle Leistungen oder Leistungsarten konkret (mikroökonomisch) wirtschaftlich sinnvoll.

Die formelle Kompetenz zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einzelner Leistungsarten nach Art. 32 KVG ergibt nicht *per se* eine Kompetenz zur Beurteilung im Vergleich zu den Mitteln einer Gemeinschaft, d. h. einer volkswirtschaftlichen Tragbarkeit. Insbesondere kann nicht der Verordnungsgeber Leistungen, welche für sich genommen wirtschaftlich wären nach einem Grundsatz *a maiore ad minus* deshalb kürzen, weil sie nach seiner Einschätzung für die Gesellschaft insgesamt als zu teuer erscheinen.[522] Was sich die Gemeinschaft noch leisten will, ist im Gegenteil eine politische, demokratisch zu entscheidende Frage. Entsprechend fehlt bei genauerer Betrachtung des Wirtschaftlichkeitsbegriffs bei einer Rationierung, z. B. mittels einer Einschränkung des Leistungsumfangs wegen sehr hohen Kosten nach Art. 73 KVV (*Limitatio*), die genügende gesetzliche Grundlage. Auch eine Pauschalisierung von Leistungsentgelten kann bei einer ressourcenorientierten Handlungsweise von Ärzten in aufwändigen Fällen zu Verletzungen von Patientenrechten führen. Bedingt durch das indirekte Vorgehen hat dann nicht der Leistungsträger ein Problem einer fehlenden gesetzlichen Grundlage, sondern ein Leistungserbringer wegen dem Konflikt von beruflichen Handlungspflichten mit der Beschränkung der Pauschalisierung.

Die Problematik sowohl von normativen Verweisen auf die Wirtschaftlichkeit wie auch einer Auslegung nach diesem Grundsatz liegt in der Verschiedenheit der faktischen Voraussetzungen. Die drei Arten von Öffnungen des normativen Systems gegenüber der faktischen Umwelt sind auch die Einfallstore für einen eventuellen Grundsatz oder eben für Regeln über das, was die Wirtschaftlichkeit umfasst.[523] Was im Einzelfall unter wirtschaftlich zu verstehen ist, ist dabei schon sprachlich häufig nicht klar,[524] wird wie erläutert normativ selten genau festgelegt und kann

---

[522] Vgl. dagegen B. RÜTSCHE/A. WILDI, Limitierung von Arzneimitteln im Krankenversicherungsrecht, S. 209., welche jedoch auch betonen, im Lichte der Zweckbestimmung des KVG fehle eine explizite gesetzliche Grundlage für die Limitierung von Arzneimitteln.

[523] Vgl. oben S. 37 ff.

[524] Vgl. oben S. 64 f.

je nach den Problemen der faktischen Umwelt, wie insbesondere den administrativen Kosten und dem Verhalten der Wirtschaftssubjekte, verschiedene Fragestellungen umfassen. Entsprechend soll versucht werden, diese faktischen Fragen systematisch zu gliedern um anschliessend diese Grundzüge von Wirtschaftlichkeitsgrundsätzen im Rahmen einer faktisch geprägten Werteoptimierung aufzuzeigen. Dies kann anlässlich einer Verhältnismässigkeitsprüfung[525] und bei einer möglichst effizienten, transaktionskostenarmen Normanwendung[526] geschehen.

E. PARALLELE OPTIMIERUNGEN BEIDER SYSTEME

1. Struktur

Trotz Unterschieden in den Operationsweisen der Systeme Wirtschaft und Recht bestehen Synergien, welche für eigene Operationen benutzt werden können. Die Übertragung von Erkenntnissen von der wirtschaftlichen in die rechtliche Perspektive ist nach dem Gesagten aus strukturellen, systembedingten Gründen bei den funktionalen Zusammenhängen, d. h. entlang der Wirkungsketten, teilweise möglich. Vorab verdienen die Relationen zur jeweiligen Umwelt Beachtung. Folgende übereinstimmenden Annahmen werden in beiden Systemen getroffen:

1. Beide Systeme rechtfertigen sich intern durch die Wiederholung von als richtig vermuteten Regeln, Dogmen und Formen.[527]

---

525 Vgl. nachstehend S. 226 ff.

526 Vgl. nachstehend S. 262 ff.

527 Vgl. die Parallele zu R. ALEXY, Theorie der juristischen Argumentation, S. 352 ff., wonach der juristische mit dem allgemeinen praktischen Diskurs strukturell grundsätzlich übereinstimmt, weil u. a. Regeln und Formen der interne Rechtfertigung Anwendungsfälle des *ius commutativa* sind, beide Diskursformen jederzeit im empirischen Dialog stehen und Regeln des vernünftigen Vermutens deshalb erforderlich sind (*canones* und insbesondere die teleologische Auslegung sind aus der hier vertretenen Systematik Öffnungen zum faktischen System und die Auswirkungen des Trägheitsprinzips werden als im Systemaustausch abzuwägende administrative Kosten gesehen).

2. Beide Systeme gehen von dezentral handelnden, nach gemäss den Regeln nach Ziffer 1 rational handelnden Entscheidungsträgern (Teilsystemen) aus.[528]

3. Beide Systeme begreifen ihre rationalen Entscheidungen als Ursprung einer durch sie determinierten Wirkung.

4. Beide Systeme können jedoch auch Wirkungen des anderen Systems beachten. Ursachen des anderen Systems können nach der Beurteilung beider Systeme zu Wirkungen im eigenen System führen (vgl. die kausale Bifurkation nach N. LUHMANN[529]).

Unter Berücksichtigung der rechtlichen Vorgaben und Wertungen[530] kann die wirtschaftliche Perspektive deshalb in jenen Fällen eine zusätzliche Erklärungsmöglichkeit, eine *ratio*, bieten, in denen

- sich die Entscheidungsträger rational verhalten (vgl. oben Ziffer 1),
- wirtschaftliche Kausalzusammenhänge Erklärungsgewinne im Recht ermöglichen[531] und das Vorgehen der Selektion von Informationen und Zielvorgaben der Ökonomie auch normativ wünschbar ist (vgl. oben Ziffer 2), und
- der Einbezug der Wirkungen des wirtschaftlichen Zusammenhanges aus rechtlicher Sicht möglich ist und somit im Rahmen der Rechtsordnung auch einfliessen kann (vgl. oben Ziffer 3).

---

[528] Die Frage der faktischen oder rechtlichen Begründung der dezentralen Entscheidungsumgebung in je selbstreferenzierenden Systemen kann offenbleiben. Sie kann auch als liberale Wertentscheidung oder als natürliches Faktum angenommen werden.

[529] N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 555.

[530] D. h. insbesondere unter Berücksichtigung der prinzipiellen Geschlossenheit des Rechtssystems und Wirkungen nur in den oben S. 37 ff. erwähnten drei Schnittstellen.

[531] In seiner Analyse zeigt N. LUHMANN, Soziale Systeme, S. 88 ff., den Ansatz der wissenschaftlichen Analyse durch Aufbau eines mittels Abstraktion und Kombination aufgebauten, funktionalen Vergleichssystems, welches Aussagen über die vom untersuchten System nicht sichtbaren latenten Strukturen und darüberhinausgehende, kontingente Entwicklungen erlaubt. Auch die ökonomische Analyse des Rechts kann unter den vorgetragenen Einschränkungen als solches Parallelsystem aufgefasst werden, mit welchem Erkenntnisse zwar nicht garantiert werden, aber auch Anhaltspunkte über die Möglichkeiten des untersuchten Systems hinaus nicht ausgeschlossen sind (S. 90). Mit N. LUHMANN liegt die Bestätigung in der Bewährung unter verschiedenen Umständen, wobei er auch die einsichtige Regel zitiert, wonach Wahrheiten in der Regel in Zusammenhängen auftreten, Irrtümer dagegen isoliert.

Sowohl die Beeinflussung von Verhalten als auch eine ökonomische Zielrichtung sind nur möglich, wenn die sie bestimmenden Wirkungskreise rationalen Entscheidungsträgern zugeordnet sind. Für eine Sollens-Ordnung ist die Zuordnung faktischer Komplexität zu rationalen Verhaltensweisen Entstehungsgrund und Wirkungsfeld zugleich. Diese Zuordnungen von faktischer Komplexität zu individuellen, dezentralen Entscheidungsräumen werden vor dem Hintergrund der hohen Komplexität des faktischen Geschehens von liberalen Rechtsordnungen als vorteilhaft anerkannt, weil sie die Eigenverantwortung der Akteure einbeziehen.

2. Die Statuierung dezentraler, transferierbarer Verfügungsrechte

a) Die ökonomische Begründung

Als eine Leitvorstellung der Volkswirtschaftslehre sind freie Märkte mit individuellen Entscheidungen – von den noch zu besprechenden Ausnahmen nützlicher Regulierungen bei Marktversagen abgesehen – grundsätzlich erfolgreich, das volkswirtschaftliche Zusammenwirken von Individuen zu regeln.[532] Das Streben der Individuen nach dem eigenem Gewinn vermag unter idealisierten Annahmen wie eine unsichtbare Hand die gesellschaftliche Wohlfahrt wirksamer zu steigern als eine gewollte Förderung.[533] Aus einer systemorientierten Sicht trifft dies insbesondere wegen geringeren Verlusten (Irritationen) bei fehlenden Systemübergängen ohne ein notwendiges, normatives System zu. Planwirtschaftliche, normativ geprägte Entscheide haben Kosten der Beschaffung von Informationen aus dem realen System der Wirtschaft und müssen diese alsdann real umsetzen. Somit entstehen zusätzliche administrative Kosten für die Information und die Kontrolle. Demgegenüber findet die Information über objektive Knappheit auf einem Markt

---

[532] N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 8 ff.

[533] In der Zeit der Aufklärung wurde das selbständige, nicht durch die Obrigkeit bestimmte Handeln von zahlreichen Ökonomen propagiert. Die Metapher der unsichtbaren Hand («invisible hand») des Marktes findet sich bei A. SMITH nur bei der Frage, ob die heimische Industrie vor Importen geschützt werden soll, wurde jedoch zum Meilenstein einer freien Marktwirtschaft vgl. A. SMITH, An Inquiry into the Nature and the Causes to the Wealth of Nations, Book IV, Chapter II, Abschnitt 9, und dazu die online-Enzyklopädie Wikipedia unter https://de.wikipedia.org/wiki/Der_Wohlstand_der_Nationen, besucht am 2. Januar 2017 oder N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 9.

durch die Berücksichtigung von Preisen im Güteraustausch statt und die Informationen über innere Fakten können durch die Entscheidungsträger selbst in Entscheidungen integriert werden.[534]

Die Schwächen des Grundsatzentscheides zu Gunsten dezentraler Entscheidungen offenbaren sich, wenn ein zentralistischer Ansatz trotz der aufgezählten Kostenfaktoren eine bessere Kosten-Nutzen-Bilanz aufweist. Ein grösserer Nutzen einer zentralen Steuerung lässt sich naturgemäss in Fällen beobachten, wo der individuelle Nutzen der Entscheidungsträger verschieden ist, diese aber die Güter nicht austauschen wollen oder können.[535] Kleinere Kosten fallen typischerweise bei wiederholten Entscheidungssituationen ähnlicher Art an, deren Gleichheit bei Festschreibung, Veröffentlichung und Durchsetzung Skalengewinne entstehen lässt und die überdies wenig Aufwand für die Analyse des Einzelfalls erfordern. Auch nichtökonomische Ziele lassen sich bei dezentralen Entscheidungsträgern im Prinzip mit geringeren Transaktionskosten verwirklichen, da ein aufwändiger Zwischenschritt der Steuerung entfällt.[536] Da bei diesem Schritt auch die subjektiven Bewertungsmassstäbe aufeinanderprallen, werden bei Entscheidungen über nicht gut messbare Güter die Vorteile der dezentralen Methode sogar grösser sein als bei objektivierbaren, verkehrsgängigen Werten.

b) Der normative Schutz von Verfügungsrechten

Die Grundlage eines freiheitlichen wirtschaftlichen Systems bilden die Einräumung und der Schutz von individuellen, übertragbaren Rechten. Konventionen über den Schutz von Eigentum und Vertrag können z. B. als Ausprägung notwendiger Referenz eines faktisch geprägten Herrschaftssystems auf ein Normsystem gesehen

---

[534] Zur Bevorzugung des methodischen Individualismus in der ökonomischen Analyse des Rechts vgl. statt vieler z. B. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 46, 95 oder R. COOTER, Structural Adjudication and the New Law Merchant, A Model of Decentralized Law, Berkeley 1994, S. 227.

[535] Zum COASE-Theorem und die Optimierungskriterien vgl. nachstehend auf den S. 159 ff. und S. 184 ff.

[536] Eine interessante betriebswirtschaftliche Einschätzung der Möglichkeit zur zentralen Steuerung in unterschiedlichen Sphären bieten F. M. MOGHADDAM/Ch. STUDER, Illusions of Control, Westport/London 1998, S. 1 ff. Das auf S. 155 ff. präsentierte Ergebnis einer Performance-Driven Control entspricht einer Schaffung optimaler Anreizsysteme.

werden.[537] Die Schaffung von autonomen Verfügungsrechten ermöglicht ein Kontrahieren von Individuen zur Übertragung von realen Gütern. In einer verkürzten Terminologie einer Systemtheorie nach N. LUHMANN führen im Wirtschaftssystem doppelt kontingente Erwartungen durch übereinstimmende individuelle Entscheidungen zu einer Zahlung.[538] Der hier verwendete Entscheidungsbegriff umfasst entsprechend auch übereinstimmende Entscheidungen, welche mittels eines Kontrahierens zu Zahlungen führen.

In einer auf dezentralen, autonomen Kontrakten basierenden Wirtschaftsordnung kommt den individuellen, gegen jedermann durchsetzbaren Handlungsrechten eine zentrale Bedeutung zu.[539] Die Handlungsrechte oder englisch *property rights* beinhalten die individuellen Befugnisse an einem austauschbaren Gut.[540] Der Begriff ist entsprechend weiter als der normative Eigentumsbegriff und umfasst alle geldwerten Leistungen. Er soll in einer ökonomischen Analyse alle Rechte umfassen, die gegenüber jedermann verteidigt werden können.[541] Die Ausstattung mit Handlungsrechten hat nicht nur eine normative, mithin zirkuläre Begründung, sondern bildet eine wirtschaftliche Notwendigkeit zum Ausschluss von faktischen externen Einflüssen. Damit lassen sich aber auch Abwägungen über den Umfang oder die Dauer u.a. von Eigentumsrechten mit dem Ausschluss von Externalitäten zugunsten von Effizienz begründen.[542] Der Umfang von Eigentum ist entsprechend nicht zwingendeiner Absolutheit und Übersteuerung zu überlassen.[543]

---

[537] T. DREPPER, Organisationen der Gesellschaft, Gesellschaft und Organisation in der Systemtheorie Niklas Luhmanns, Wiesbaden 2003, S. 189.

[538] N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 283 ff.

[539] Die ökonomische Analyse beginnt notwendigerweise in einem bestimmten Urzustand von Rechten und Pflichten der Individuen als Ausgangslage der Rechtssubjekte, vgl. R. B. COOTER JR./T. ULEN, Law and Economics, S. 94; H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 69 ff.

[540] G. D. LIBECAP, Contracting for Property Rights, Cambridge Mass. 1993, S. 1 ff.

[541] H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 589 f.

[542] N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 352 f.

[543] Vgl. die Analyse von M. GOLDHAMMER, Geistiges Eigentum und Eigentumstheorie, Tübingen 2012, insbesondere S. 398 f.

Bedingt durch das System einer privaten Wirtschaft haben staatliche Leistungen zugunsten von Eigentum und Sicherheit eine prioritäre Stellung. In der Terminologie von N. LUHMANN gesprochen, irritieren umgekehrt eingreifende staatliche Handlungen wegen des fremden binären Codes des Rechts dieses Wirtschaftssystem. Die Voraussetzungen der Eingriffsverwaltung sind – in Adaption der Operationen der Wirtschaft – restriktiv. Nicht zufällig entwickelten sich trotz Lücken im rechtlichen Rahmen der alten Bundesverfassung von 1874 auf ungeschriebener Grundlage systemnotwendige Grundsätze. So erkannte das Bundesgericht die Eigentumsgarantie und die persönliche Freiheit ohne explizite Verankerung als Bestandteile einer verfassungsmässigen Ordnung.[544] Enteignungen zur Verbesserung von Lebensbedingungen der Bürger durften den Grundprinzipien einer privaten Wirtschaftsordnung nicht widersprechen.[545] Nach der neuen Bundesverfassung von 1999 ist der Gesetzgeber gemäss Art. 94 BV nicht nur gehalten, die Wirtschaftsfreiheit zu wahren. Der Gesetzgeber wird in Abs. 3 von Art. 94 BV auch verpflichtet, günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft zu schaffen. Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sind nach Art. 94 Abs. 4 BV nur bei Aufnahme eines rechtfertigenden Zwecks in die Bundesverfassung oder bei kantonalen Regalrechten zugelassen. Das von der Systemtheorie implizierte Vorgehen von ausschliesslich kontrollierten Einwirkungen wurde in der Bundesverfassung abgebildet.

c) Der Nutzen minimaler Ausstattung

Die Institute der Verfassung, des Eigentums und des Vertrags können somit als unmittelbar vorteilhafte, direkt die Operationen der Wirtschaft unterstützende Leistungen verstanden werden. Jedenfalls im Rahmen dieser minimalen Ausstattung sind staatliche Leistungen für die Wirtschaft nützlich. Sie werden vom Recht

---

[544] Zur Entwicklung der Eigentumsgarantie nach dem heutigen Art. 26 BV von BGE 74 I 465 Erw. 3a über 94 I 602 Erw. 4 bis 98 Ia 381 Erw. 1 vgl. K. A. VALLENDER/P. HETTICH, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 26 N. 2 f.; zur persönlichen Freiheit von Art. 10 BV als zunächst ebenfalls ungeschriebenem Freiheitsrecht die Rechtsprechung seit BGE 89 I 98 vgl. R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 10 N. 1 f., je mit weiteren Hinweisen. Eine erste Fassung einer Handels- und Gewerbefreiheit war hingegen schon als Art. 31 in der BV von 1874 als Grundregel mit restriktiven Ausnahmen verankert.

[545] Die Institutsgarantie des Eigentums gibt z. B. quantitative und qualitative Grenzen vor für die Enteignung von Boden zu Gunsten eines sozialen Wohnungsbaus, vgl. BGE 88 I 257 Erw. 3.

aufgenommen, institutionalisiert und durch die Begründung individueller Rechte flächendeckend umgesetzt. Der staatliche Schutz individueller Verfügungsrechte und die Abwehr von Eingriffen in das Eigentum entsprechen diesem Ziel.[546] Der Staat schützt in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung das Eigentum als individuelles Verfügungsrecht gegenüber jedermann einschliesslich des Staats selbst.

Die Ausstattung von Rechten umfasst notwendigerweise dieses andere ausschliessende Abwehrrecht. Ohne den Schutz des Staates müsste jeder Akteur befürchten, dass ihm die Früchte seiner Tätigkeit folgenlos weggenommen werden, weshalb er keine Anstrengungen tätigen würde. Die gegenseitigen Erwartungshaltungen ohne Schutz entsprechen einer Gefangenen-Dilemma-Matrix.[547] Der Übergang von der Anarchie zu einem Staat, welcher die privaten Verfügungsrechte schützt, ermöglicht den Rechtinhabern erst eine kooperative Strategie. Die Absicherung des wirtschaftlichen Austausches erweist sich als notwendige Basisleistung für die Wirtschaft. Eine Destabilisierung des Systems kann nur vermieden werden, wenn die Justiz in die Lage versetzt wird, die für die Wirtschaft systemnotwendigen Institute, wie Eigentum und Vertrag, vor dem Staat und Privaten zu schützen. Die drohende Hand des Rechts muss gut sichtbar sein, damit die unsichtbare Hand des Marktes wirken kann.[548] Ohne Rechtssicherheit ist z. B. auch Entwicklungshilfe erfolglos.[549]

Wie aus der Systemanalyse ebenfalls abgeleitet, ermöglicht erst die Definition und Durchsetzung von tauschbaren Verfügungsrechten eine freie, auf Märkten basierende Wirtschaftsordnung.[550] Sie senkt die hohe Komplexität faktischer Verfügungsmöglichkeiten, insbesondere die Informations- und Koordinationskosten

---

[546] Zur Vertragsfreiheit z. B. K. A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 27 N. 44 f. und zum Schutz des Eigentums K. A. VALLENDER/P. HETTICH, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 26 N. 13 f.

[547] Vgl. M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 328 ff.

[548] A. SMITH, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Glasgow 1776, Kap. 1.2; vgl. dazu M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 9.

[549] Vgl. z. B. F. NUSCHELER, Weltprobleme, in: Entwicklungspolitik: Theorien – Probleme – Strategien, R. Stockmann/U. Menzel /F. Nuscheler (Hrsg.), München 2010, S. 326 f.

[550] M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 9.

durch eine primäre Zuordnung von Handlungsrechten.[551] Damit werden die Transaktionskosten bei Verfügungen über Güter in einem ersten Schritt gesenkt. Eine weitere Senkung von Komplexität kann bei asymmetrischen Informationen durch Zulassungsvorschriften, Fähigkeitsprüfungen und Titel erreicht werden.[552]

3. Rationale Entscheidungsträger

Effizient ist ein auf Einzelentscheidungen basierender Ansatz nach dem Gesagten nur, wenn rationale individuelle Entscheidungen unterstellt werden.[553] Dies gilt sowohl für ihre Betätigung unter bestimmten rechtlichen Voraussetzungen im Markt als auch für ihren Umgang mit Rechtsregeln, denen sie unterworfen sind.[554] Als methodische Grundannahme unterstellt die ökonomische Methode sowohl in der Wahrnehmung von Marktkräften als auch im Umgang mit Rechtsregeln optimierendes Verhalten. Auch die Rechtsordnung geht insoweit nicht von irrationalem Verhalten aus. Sie nimmt implizit auf der realen Ebene einen vernünftigen und selbstverantwortlichen Bürger an, der sich von Sanktionen abschrecken lässt und auf Subventionen positiv reagiert. In der damit vorausgesetzten Ökonomie können Prognosen über rationale Entscheidungen mittels eines rational evaluierenden Nutzenmaximierers gestellt werden. Dieser nicht allseits beliebte Zeitgenosse *homo oeconomicus*[555] funktioniert rational-mechanisch nach dem objektiven Nutzen von Alternativen. Er entscheidet alleine und tritt doch in der Masse auf.[556] Rationales Entscheiden heisst auch, Alternativen evaluieren und selbst bewerten zu

---

551 T. EGER/B. NAGEL/P. WEISE, Effizienz und Menschenwürde – Ein Gegensatz?, S. 28.

552 Zum sogenannten *Signaling* als Überbrückung von Informationasymmetrie vgl. insbesondere M. SPENCE, Job Market Signaling, in: The Quarterly Journal of Economics, 87 (1973) Nr. 3, S. 355 ff.

553 Vgl. dazu vorne, S. 147.

554 Vgl. G. CALABRESI, The Costs of Accidents, S. 68 ff., der zwischen dem *market* oder *general approach* und dem *collective* oder *specific approach* differenziert.

555 G. KIRCHGÄSSNER, Homo Oeconomicus, Tübingen 1991, S. 66 ff.

556 Vgl. M. ERLEI/M. LESCHKE/D. SAUERLAND, Institutenökonomik, S. 2 f.

können. Entsprechend wird in der Wertung auch von einem *resourceful evaluating maximizing man* ausgegangen.[557]

Die Hilfsfigur des *homo oeconomicus* greift in Fällen mit gegenläufigen nichtmonetären Anreizstrukturen jedenfalls dann zu kurz, wenn ein nur monetär verstandener Ökonomiebegriff zugrunde gelegt wird. Zur besseren Verständlichkeit soll er hier durch die Idee eines rationalen Entscheidungsträgers ersetzt werden, welcher auch seine anderen, nichtmateriellen Bedürfnisse optimiert. Aber auch rationale Aussagen sind zuweilen nicht verallgemeinerungsfähig. Kompliziert werden Einschätzungen insbesondere unter Berücksichtigung psychologischer Kausalitäten bei Leistungsansprechern. Wie sich die Rechtssubjekte in bestimmten Situationen gegenüber Normen verhalten, hängt u. a. von deren Rechtskunde, Moral, finanziellen Verhältnissen und Zukunftsaussichten ab. Dieser realen Analyse und damit der Art der Durchsetzung kommt im Hinblick auf an sich unbestrittene normative Grundziele aktuell in diversen Fragen, wie eben auch hinsichtlich der finanziellen Folgen eines medizinischen Leistungssystems, eine zentrale politische Bedeutung zu.

Die Verhaltensökonomie (*behavioural economics*) stellt eine Kritik der Hypothese der Ökonomie dar, nach der sich der Mensch rational und gebildet verhalte.[558] Sie versucht mit der Rationalität und insbesondere mit der Spieltheorie nicht erklärbare menschliche Verhaltensweisen aufzuzeigen.[559] Bei empirischen Untersuchungen gleichen sich jedoch die Ergebnisse unter Einbezug von wiederholten Prozessen und Lernverhalten dem rational zu erwartenden Verhalten an bzw. die *ratio* wird weiter gefasst.[560] Auch eine empirische Untersuchung von KÖTZ und SCHÄFER zeigt, dass bei der Kopplung von Unfallversicherungsprämien an die Zahl, an die Schwere und an die Kosten von Arbeitsunfällen statistisch ein unfallverhütender Effekt besteht.[561] Anders ist die Ausgangslage wie besprochen, wenn relativ

---

[557] H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 95 ff.

[558] Vgl. R. A. POSNER, Economic Analysis of the Law, 8. Auflage, Austin etc. 2011, S. 22 ff.

[559] Vgl. M. ERLEI/M. LESCHKE/D. SAUERLAND, Institutenökonomik, S. 11 f.

[560] H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 113 f.; M. ERLEI/M. LESCHKE/D. SAUERLAND, Institutenökonomik, S. 12 f.

[561] H. KÖTZ/H.-B. SCHÄFER, Schadensverminderung durch ökonomische Anreize, Archiv für die civilistische Praxis 189 (1989), S. 505 ff.; A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 171.

kleine Anreize zu keiner oder gar einer entgegengesetzten Wirkung führen, weil sehr niedrige Angebote den Werthaltungen des Adressaten widersprechen oder ihn in seinem Stolz verletzen.[562] Diesfalls und überhaupt bei abweichenden subjektiven Entscheidungen liegt jedoch keine Abkehr von einem rationalen Verhalten, sondern eine Abweichung der subjektiven von der objektiven Bewertung vor. Die Verhaltensweisen sind eventuell nicht monetär rational, aber doch voraussehbar und erklärbar.[563] Und selbst wenn sie dies nicht sein sollten, kann die Anknüpfung an einen Durchschnittsmenschen immerhin die die subjektiv divergierenden Bewertungen aufzeigen.

4. Die Adaption von Entscheidungen im anderen System

Kommunizierte Erkenntnisse werden im anderen System jeweils aufgenommen und sind darin relevant (z. B. die Wirtschaftlichkeit als Kriterium im Recht oder die Definition des Eigentums oder des Geldes für das Wirtschaftssystem). Können die externen Zusammenhänge mit eigenen Regelmässigkeiten in Relation gesetzt werden, so geschieht der Einbezug nach dem ursprünglichen System. In der Wirtschaft wird das Recht in Zahlungen aufgefasst. Effekte im Bereich Wirtschaft muss das Recht in seinen Operationen verarbeiten, d. h. seine Beobachtung des Externen und die Relation zum Internen werden in ein internes Verhältnis gesetzt. Diese notwendige Abwägung läuft jeweils entlang der Zielrichtung des eigenen Systems.

Die bei der Spiegelung entstehenden Differenzen aus Einwirkungen der Umwelt (des Fremdsystems) werden im Heim-System registriert und verarbeitet. Der Zusammenhang lässt sich in einer evolutiven Perspektive über die Zeitachse z. B. wie folgt veranschaulichen:

---

[562] H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 114, und vorne S. 50 ff.

[563] R. B. COOTER JR./T. ULEN, Law and Economics, 6. Auflage, S. 51.

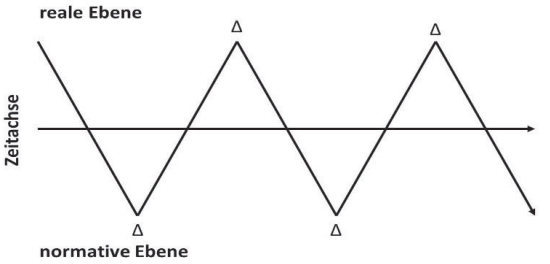


Abbildung 2- Parallele Entwicklungen und Austausch zwischen rechtlichem und wirtschaftlichem System

Die faktische Ebene verläuft in einer relativ frei gestaltbaren menschlichen Umwelt[564] nicht eindimensional und nicht nur geradeaus. Sie hat teilweise stetige Kreisläufe in einem naturwissenschaftlichen oder gesellschaftlichen Gleichgewicht. Dazu kommen spontane oder geförderte Innovationen, systemintern jedoch auch darin eingreifende unproduktive Entwicklungen. Für Letztere ist die normative Ebene ein für das faktische System nützlicher Begleiter. Gesamthaft lassen sich die reale und die normative Entwicklung als ein gemeinsamer Weg einordnen.

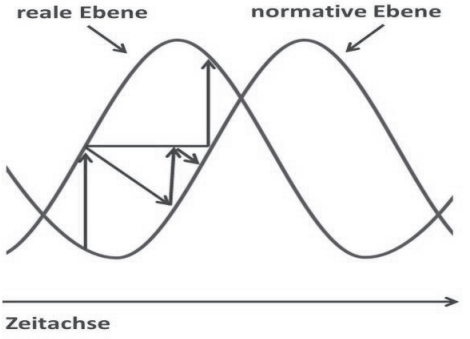


Abbildung 3- Parallele Entwicklungen und Austausch zwischen rechtlichem und wirtschaftlichem System

Die reale Sphäre ist normativ vom Gesollten abhängig, z. B. aufgrund von Sanktionen oder der Verinnerlichung von Normen. Die normative Ebene ist von der realen

[564] Schon die menschliche Erfahrungsbasis des faktischen Systems läuft bekanntlich nicht wie dargestellt gerade, sondern gekrümmt. Zur Relativität in der räumlichen Wahrnehmung vgl. die allgemeine Relativitätstheorie von A. EINSTEIN unter https://de.wikipedia.org/wiki/Allgemeine_Relativit%C3%A4tstheorie#Relativit.C3.A4tsprinzip, besucht am 8. Juli 2017.

Ebene abhängig, weil sie die Fakten als Ausgangspunkt und Wirkungsstätte hat. Die normative Ebene hat die Funktion, wegen ihrem Geltungsanspruch, die Gesamtrichtung vorzugeben, ist jedoch durch ihre reale Einbettung (insbesondere die notwendigen Ressourcen für Information und Durchsetzung) vom zu regelnden Gegenstand abhängig.

5. Einbezug des anderen Systems

Unter der Annahme von Gesetzmässigkeiten im anderen System kann dieses als Reflexionsstation des eigenen Systems «benutzt» werden. Nicht nur beobachtend, sondern aktiv handelnd kann jedes System die Regelmässigkeiten des anderen und die Gewissheiten der Rückmeldungen nutzen, um eine eigene Zielrichtung fortzuführen. In einer kooperativen Umgebung ist somit eine Optimierung von wirtschaftlichen Zielen einer Sollens-Ordnung durch Berücksichtigung von dezentral optimierenden Verhaltensweisen in der Seins-Ordnung möglich. Umgekehrt wird auch das ökonomische System versuchen, die Rechtsordnung in einer Weise zu beeinflussen, dass die Rückwirkung auf das eigene System optimal ausfällt.

Die Komplexität lässt sich durch die gegenseitige Kenntnis von Regeln zwar vermindern, aber nicht beseitigen. Ein optimierendes Zusammenspiel von Regelmässigkeiten der beiden Ebenen bleibt internen Einflüssen und den Einflüssen der Umwelt, d. h. des jeweils anderen und von weiteren Systemen, ausgesetzt. Bei einer Beschränkung auf nur die Systeme Recht und Wirtschaft ergeben sich für eine systemübergreifende Maximierung vier Themen, unterteilt in die Phasen eines gegenseitig reflexiven Kreislaufs unter diesen zwei Systemen. Ein nicht optimales Ergebnis kann dementsprechend seinen Grund in einem der zwei Systeme oder in den zwei Systemübergängen haben. Folgende Phasen bzw. Gründe gesamtwirtschaftlich suboptimaler Abläufe sind folglich aus einer realen Sicht im Zusammenspiel zu unterscheiden:

I. Unrichtige dezentrale (private) Entscheidungen in der Seins-Ebene, z. B. aufgrund privater Optimierungen oder unvollkommener Informationen (nachfolgend: Phase I: Optimierte Entscheidungen im Sein z.B. durch Berechnungen auf Wertgrundlage);

II. Suboptima im Bereich der Aufnahme von Wirkungen des Seins im Sollen (nachfolgend: Phase II: Abbild des Seins im Sollen und Optimierung der Wirkungen des Seins im Sollen, z. B. wirtschaftlich begründete Zahlungen treffen auf den Geltungsanspruch des Rechts);

III. Unrichtige Entscheidungen im Sollen (nachfolgend: Phase III: Optimierte Entscheidung im Sollen, z. B. bei Wertevaluationen);

IV. Fehlende oder aufwändige Umsetzung von Entscheiden des Sollens auf der Seins-Ebene (nachfolgend: Phase IV: Abbild des Sollens im Sein und Optimierung des Sollens im Sein, z. B. treffen Normen auf eine ökonomisch abweichende Realität, was sie dem Zerfall aussetzt und einen Aufwand für ihre Aufrechterhaltung erfordert).

Eine Phase V würde aus der Phase IV kommend auch Wirkungen des Sollens in den Entscheidungsablauf im Sein integrieren. Sie wäre damit in der Art der Evaluation, aber nicht hinsichtlich des Umfangs der verwerteten Informationen, mit der Phase I identisch. Retrospektiv spielen somit aus Sicht einer Phase V zusätzlich die strukturähnlichen Entscheidungen in Phase I eine Rolle, prospektiv sind die Auswirkungen auf das eigene System ebenfalls zu berücksichtigen. Dieser Kreislauf von Wirkungen der Systeme lässt sich demgemäss entlang von Regelmässigkeiten beider Systeme in eigenen Operationen auf einer Zeitachse nach vorne und hinten einschätzen. Der Ablauf lässt sich auch aus einer normativen Sicht beschreiben. Er zerfällt dann in die Phasen der Gesetzgebung, Vorbereitung, Implementierung und Durchsetzung von Rechtsnormen.[565]

Im Rahmen des Kreislaufs zwischen Sein und Sollen stehen den zwei Phasen der Wahrnehmung II und IV die beiden Phasen mit Entscheidungen I und III gegenüber. Für die Phase I faktischer Entscheidungen kann die Konsequenz des eigenen Verhaltens über den Umweg einer Entscheidung im Sollen bestimmend sein. Diese Reflexion des eigenen Verhaltens ermöglicht die faktische Synchronisation von Sein und Sollen. Sie gibt Erwartungssicherheit und ermöglicht eine Entwicklung des Seins zu spezifischerer Komplexität. Demgegenüber erlaubt eine ungeordnete

[565] Vgl. die Studie im Auftrag der Europäischen Kommission «The Costs and Benefits of Regulation, A Ceps – Economisti Associati Study for The European Commission» von A. RENDA/L. SCHREFLER/G. LUCHETTA/R. ZAVATTA, veröffentlicht im Internet unter der Adresse <http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission_guidelines/docs/131210_cba_study_sg_final.pdf>, besucht am 17. Juli 2016.

Komplexität in Phase I – wegen des höheren Durchsetzungsaufwands und der schwierigeren Kontrolle von Folgen – die Abweichung der Normen von Phase III. Ungeordnete, nicht von Phase III beeinflusste Komplexität sichert keine Werte, setzt diese nicht-gesollten Entscheiden im Sein und damit einer Destabilisierung aus. Durch das fehlende Zusammenspiel der beiden Entscheidungsebenen werden auf der Seins-Ebene Werte gefährdet und tendenziell vernichtet. Hingegen wird ein funktionierendes Zusammenwirken bei einer produktiven Sollens-Ordnung zu einer spezifischen Entwicklung gemäss deren Zielsetzungen führen.

Die beiden Systeme sollen sich somit akzeptieren und nicht unnötig in ihren Operationen irritieren, d. h. die Codes und Operationen des anderen Systems müssen anerkannt werden, damit auch dieses funktionieren kann. Eine Optimierung gründet auf einer Dichotomie von Zusammenwirken und in Ruhe lassen. Die Optima der gegenseitigen Beeinflussungen sind abzustecken und Kriterien hierfür sind zu entwickeln. Die Prüfung erstreckt sich somit auf die Frage, ob und inwieweit das System Recht in Entscheidungen des Systems Wirtschaft eingreifen soll. Damit sind die systembedingten Notwendigkeiten bzw. die Minima der Einflussnahme der Sollens-Ebene auf die Seins-Ebene angesprochen. Zwingend notwendig für Operationen nach dem Code einer privaten Wirtschaft sind die Gewährleistung einer grundsätzlichen Entscheidungsfreiheit, die Möglichkeit eines realen Austauschs gemäss diesen Entscheidungen und die Regulierung dieser Entscheidungen (z. B. mit Abwehransprüchen) sowie der notwendigen Tauschmittel.[566] Diese Leistungen des Staates sind notwendig, weil nur mit einer Absicherung durch eine gesollte Ordnung für Entscheidungsträger eine externe Komplexität einschätzbar wird. Komplexität wird durch Organisation kontrollierbar.[567]

Für die Wirtschaft sind im Kreislauf die normativen Entscheidungen von Interesse. Insbesondere werden sich Operationen der Sollens-Ordnung in den Zahlen der Wirtschaft abbilden. Die teilweise für die Wirtschaft systemnotwendigen, teilweise aus ihrer Sicht aber auch nur nützlichen oder luxuriösen rechtlichen Operationen fliessen in die Wirtschaft zurück. Die Wirtschaft kann im eigenen System nur wirtschaftliche Gesichtspunkte abbilden, d. h. in erster Linie die Auswirkung auf die Ordnung von Eigentum und Verfügungsrechten, nicht jedoch auf Werte

---

[566] Vgl. dazu M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922, Ziffer 5 auf S. 61 oder W. EUCKEN, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Auflage, Tübingen 1990, S. 254 ff.

[567] N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 74.

und Ziele, die sich darin nicht abbilden. So würden Menschen und das Leben in ihrer Vielfalt und Qualität in der Ökonomie ohne rechtliche Kontrolle auf Grössen nach dem Code der Zahlungsmittel reduziert. Umgekehrt nimmt eine intervenierende normative Ordnung den Austausch in eigenen Operationen wahr, unterteilt die Welt nach ihrem binären Code von Recht und Unrecht. Diese normativen Entscheidungen können und sollen, auch bei grundsätzlich positiven Wirkungen, Gegenstand einer die Notwendigkeit von Finanzbeschaffungen integrierenden Betrachtung werden.

6. Vier Arten der Optimierung eines Regulierungsmasses

Eine Optimierung einer Entscheidung oder einer Regel betreffend das Verhalten eines dezentralen Entscheidungsträgers erfolgt somit in verschiedenen Phasen. Einbezogen werden primär die Wirkungen auf faktische Ursachenzusammenhänge nach Nutzen und Kosten in einer Phase I. Wegen der Autonomie der dezentralen Entscheidungen sind zudem die Transaktionskosten für die Informationsbeschaffung und Durchsetzung von normativen Entscheiden oder Regeln in einer Phase II aufzunehmen. Diese um die administrativen Kosten angereicherte Optimierung kann in einem dritten Schritt wiederum mit den Kosten unvermeidbarer faktischer Fremdkomplexität bei Anwendung des normativen Systems abgewogen werden. Damit wird in einer dritten, dynamischen Optimierung die Spiegelung des Seins im Sollen (bzw. von Phase I in Phase III) zum Thema. Als eine vierte, z. B. bei einer Kostenvermeidung anzutreffende Perspektive,[568] kann das Ergebnis mittels einer globalen Optimierung in Bezug gesetzt werden zu alternativen Kreisläufen oder Nutzenständen. Wenn bei lit. A Opportunitätskosten angenommen werden, so liegt ein Fall von lit. D vor.

[568] Vgl. das nachstehende Kapitel I auf S. 337 ff.

Das Ausmass einer gesetzgeberischen Antwort variiert nach faktischen Vorgaben. Die Optimierung einer Ausgangssituation durch eine Regulierung kann im erwähnten Kreislauf der Systeme[569] folgende Gesichtspunkte als Teile eines Gesamtnutzens erfassen:[570]

A. Den Nutzen einer regulativen Entscheidung oder Regel im Vergleich zur Situation ohne diese Entscheidung, unter der Annahme der Akzeptanz der Regel oder Entscheidung (Vorgehen: Optimierung in Phase III aufgrund einer Einschätzung von Phase I).

B. Den administrativen Aufwand zur Kontrolle einer Regel oder Entscheidung (Vorgehen: Vergleich nach lit. A unter Einbezug des Aufwands der Kosten eines Regelvollzugs in Phase IV, d. h. der Beeinflussbarkeit von Phase I über Phase III).

C. Den Aufwand zum Schutz von Regeln gegenüber strategischer Fremdkomplexität (Vorgehen: Vergleich nach A und B unter Einbezug von Externalitäten in Phase II, d. h. unter Berücksichtigung von Wirkungen von Phase I auf die Regeln der Phase III).

D. Vergleich eines Ergebnisses nach den normativ zugelassenen Gesichtspunkten nach lit. A-C, bzw. einer Ausgangsgrösse bei negativem Ergebnis des Eingriffs, mit alternativen Nutzenständen und deren dynamischen Entwicklungen bzw. Kreisläufen (Vorgehen: Dynamische, globale Optimierung der Abläufe).

Die Gestalt der möglichen Vergleiche wirkt sich in der Struktur einer Optimierung aus.[571] Entsprechend kann zwischen

---

[569] Vgl. S. 156 f. oben.

[570] Vgl. die Parallele bei B. RIGOD, Optimal Regulation and the Law of International Trade, The Interface between the Right to Regulate and WTO Law, Cambridge U. K. 2015, S. 23 ff. mit Verweis auf J. M. ANTLE, No Such Thing as a Free Lunch: The Cost of Food Safety Regulation in the Meat Industry, in: American Journal of Agricultural Economics 82 (2000), S. 310 ff.

[571] P. STAHLECKER/N. HAUENSCHILD/M. KLINTWORTH, Optimierung und ökonomische Analyse, Heidelberg 2003, S. 7.

① einer Optimierung anhand eines lokalen Vergleichs von Kosten und Nutzen (unter Berücksichtigung einer Regulierung nach obiger lit. A),

② einer lokal vergleichenden Optimierung des Nettonutzens nach lit. A nach Abzug der Transaktionskosten nach lit. B,

③ einer lokalen Optimierung unter Berücksichtigung der Fälle von *moral hazard* auf der Basis von lit. C, und

④ einer vergleichenden globalen Optimierung unter Berücksichtigung der Alternativen auch nach lit. D

unterschieden werden.

Eine gesamthafte Optimierung entspricht einem dynamischen, systemübergreifenden und nach Ziff. ④ evolutiven Prozess. Sie knüpft an reale Wirkungen an und versucht, erstens eine Maximierung der faktischen Auswirkungen von Entscheiden bzw. Regeln zu erreichen.

Entsprechend ihrer Zielsetzung umfasst eine Wirtschaftlichkeit im Rahmen der normativen Grenzen grundsätzlich alle Optimierungsarten. Die Massnahme muss in einer Bedarfsanalyse erstens notwendig und geeignet sein eine produktive Lösung auszulösen, sie muss sich deshalb zweitens auch unter Einbezug der Kosten ihrer Umsetzung als vorteilhaft erweisen, sie darf drittens nicht wegen faktischer Grenzen einer Umsetzbarkeit scheitern und soll sich schliesslich viertens im Vergleich zu Alternativen bewähren.

Bei jedem der vier Optimierungsansätze wäre in Fortführung der jeweiligen Optimierungsansätze eine aggregierte Betrachtung der ausgelösten Effekte über die Zeitachse vorzunehmen. Die integrierende Erfassung von Veränderungen und Interpendenzen der Zwischenschritte, z. B. durch Lerneffekte, würde eine mathematische Abbildung der jeweiligen Funktionen in Abhängigkeit von der Zeit bedingen. Dies würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Thematisiert werden deshalb nur Anfangs- und Endpunkte zusätzlicher Regulierung.

F. LEITLINIEN DER OPTIMIERUNG

1. Eine Optimierung nach gesamtgesellschaftlichen Zielen

Ökonomische Planungs- und Entscheidungsprobleme können auch ein Optimierungsproblem darstellen, welches nach den zutreffenden Werten von Variablen und Restriktionen fragt um normativ vorgegebene Zielkriterien optimal zu erfüllen.[572] Das Vorgehen ist bei einer parallelen Optimierung mehrerer Ziele, wie dies bei einer Optimierung nach einer gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsfunktion notwendig wird, in grösserem Umfang mit Wertungen und Unsicherheit behaftet.[573] Zur Ungewissheit der Zielrichtung kommt die Notwendigkeit der Gewichtung verschiedener Ziele hinzu.

Vor dem Hintergrund der Komplexität bei verschiedenen Umständen und Gewichtungen von verschiedenen Rechtssubjekten ist auch hier die Dezentralisierung von Entscheidungskompentenzen häufig die einzige Möglichkeit, im Detail richtige Entscheidungen zu ermöglichen. Zur Vermeidung hoher administrativer Kosten benützt auch ein zentraler Steuerungsansatz bei der Optimierung seiner Umsetzung die dezentralen Entscheidungsstrukturen. Entsprechend haben sich auch bei Optimierungen mit mehreren Zielen die nachfolgend erläuterten Kriterien zum Verhalten von Individuen als Hilfestellung im Vollzug etabliert.

2. Lokale und globale Optimierungen

Vorab jeder Optimierung stellt sich somit die Frage, nach welchen Kriterien optimiert werden soll.[574] Eine Optimierung innerhalb der gleichen kausalen Linien in den obigen Phasen I bis IV (Optimierungen ① bis ③ nach lit. E/6 oben) nimmt eine lokale Perspektive ein. Bei der Beurteilung von Alternativen gegenüber den Folgen von Gesundheitseinschränkungen kann als lokales Optimum für jeden Mitteleinsatz ein erwarteter Nutzen ausgedrückt in Geld, in medizinischen Grössen

---

[572] O. OPITZ/R. KLEIN, Mathematik-Lehrbuch für das Studium der Wirtschaftswissenschaften, 11. Auflage, Berlin/München/Boston 2014, S. 441.

[573] Vgl. oben S. 64 ff.

[574] M. SCHLANDER, Gesundheitsökonomie: Der Effizienz auf der Spur, in: Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen, Nr. 2/2009, S. 117 ff., vgl. vorne S. 103 f.

oder in (QALY-) Nutzwerten, eingesetzt und mit den dafür notwendigen Kosten verglichen werden.[575]

Die jeweiligen Grössen lassen sich jedoch auch komparativ als globale Optima mit alternativen Kausalverläufen im Hinblick auf ein bestimmtes Ziel vergleichen. Damit wird mit einer Kostenvergleichs-Analyse, z. B. für eine Genesung durch Therapie oder Rehabilitation, ein Optimum gesucht. Die Kosten und wie auch immer bewerteten Nutzen lassen sich bei jedem lokalen und globalen Optimum über die Zeitachse aggregieren.

Eine lokale Optimierung der verschiedenen Massnahmen wird häufig – wie schon erwähnt[576] – in stetig verlaufenden Kosten-Nutzen-Umgebungen verlaufen, in denen zusätzliche Einheit an Nutzen auch ein Mehr von Kosten bedingen. Nach dem ersten GOSSEN'schen Gesetz (Gesetz vom abnehmenden Grenznutzen) lässt sich sagen, dass die Zusatznutzen der Bedürfnisbefriedigung bei lokalen Optima mit jeder weiteren konsumierten Gütereinheit tendenziell geringer werden.[577] Das Gesetz vom abnehmenden Grenznutzen trifft auch für einen sozialen, die Einzelnutzen aggregierenden Grenznutzen zu.[578] Entsprechend lässt sich z. B. bei zwei Dimensionen von Lösungen bei Stetigkeit der Nutzenfunktionen und der Substitutionsmöglichkeit der Lösungsraum als ein konkaves Gebirge darstellen. Bei lokaler Betrachtung in einem wirtschaftlichen Kontext laufen – in Abwesenheit von technischen Innovationen und anderen Unstetigkeiten z. B. weil wegen der Bewertung von Leben und Gesundheit – Optimierungen über *non-convexities*.[579]

Im Rahmen globaler Optima nach obiger Ziffer ④ werden die alternativen Vorgehensweisen in einen Kostenvergleich integriert. Bei globalen Optima werden auch

---

[575] Entsprechend geben sich die Kosten-Nutzen-, die Kosten-Effektivitäts- oder die Kosten-Nutzwert-Analyse, vgl. dazu vorne S. 64 f.

[576] Vgl. vorne S. 78 f.

[577] Vgl. H. H. GOSSEN, Entwickelung der Gesetze des menschlichen Verkehrs und der daraus fliessenden Regeln für menschliches Handeln, Braunschweig 1854, S. 4 f, und aus heutiger Sicht N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 149.

[578] Vgl. zur Addition der Nutzenfunktionen z. B. N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 320.

[579] R. COOTER, Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant, in: University of Pennsylvenia Law Review 144 (1995-1996), S. 1643.

die aus unabhängigen Kausalzusammenhängen entspringenden Vermögensstände mit einer ersten, lokal optimierten Lösung, verglichen.[580] Unterschiedliche Nutzen könnten grundsätzlich ergänzend berücksichtigt werden.

Die Optimierungsaufgabe wird somit je nach der Form des Gebirges und ob nur lokal (bei einem bestimmten Berg bzw. bei einer spezifischen Massnahme) oder global, d. h. auf der gesamten aufgespannten Fläche der Massnahmen, ein Optimum gesucht werden soll, unterschiedlich komplex sein.[581] Je nach faktischer Umgebung liegt bei einer bestimmten Massnahme nur ein lokales oder auch ein globales Optimierungsproblem vor.[582]

Kommt hinzu, dass die Nutzen- und Kostenfaktoren unterschiedlich bewertet werden können. Im erwähnten Beispiel der Optimierung der Folgen wegen eingeschränkter menschlicher Gesundheit können wegen der faktischen Komplexität verschiedene Behandlungsvarianten mit divergierenden Kosten und Nutzen zur Disposition stehen. Dabei können auch die Kosten und Nutzen vom Gesetzgeber als verschieden wichtig statuiert werden.

Ergänzend zu berücksichtigen sind, wie allgemein schon ausgeführt, die Transaktionskosten. Realistisch gesehen entstehen zuweilen derart hohe Informationskosten, um ein bestimmtes Resultat besser vorauszusehen, dass das Resultat einer lokalen Optimierung durch globale Maxima ersetzt wird[583] oder auch umgekehrt. Wenn z. B. nur mit hohen administrativen Kosten zu einem Sachverhalt Informationen beschafft oder Verhaltensweisen kontrolliert werden können, so kann eine Vermeidungshypothese als globales Optimum die optimalere, weil einfachere Lösung sein. Umgekehrt ist aber auch denkbar, dass die Beantwortung der Frage eines globalen Optimums hohe Hürden bietet.

---

[580] Vgl. den nachstehenden Titel «Die globale Optimierung bei unabhängigen Wirkungszusammenhängen» unter Buchstabe I auf S. 337 ff.

[581] Als Grundlage für weitere, mathematisch komplexere Darstellungen diene die Internetseite <www.mathepedia.de/optimierung.aspx>, besucht am 15. Januar 2017.

[582] Vgl. die Online-Enzyklopädie Mathepedia unter <www.mathepedia.de/optimierung.aspx>, besucht am 4. Dezember 2016.

[583] R. A. POSNER, Economic Analysis of the Law, 8. Auflage, Austin etc. 2011, S. 748.

So kann zur Vermeidung von Transaktionskosten trotz der Möglichkeit von *moral hazard* auch zu Gunsten einer Leistung entschieden werden. Z. B. wird bei medizinischen Behandlungen und Rezepturen vorausgesetzt, dass keine zweckwidrige Mengenausweitung durch die Anbieter stattfindet. Der Arzt soll nicht bei der Selbstdispensation Arzneimittel verschreiben, welche objektiv nicht notwendig wären, um in die eigene Tasche zu wirtschaften. Sein Patient soll nicht weniger gesund sein, nur weil ihm eine Krankheitsperspektive Vorteile eröffnet. Pharmakonzerne sollen nicht Arzneimittel als (Schein-)Innovationen neu mischen und verkaufen, wenn keine bessere Wirkung als bisher vorhanden ist.

Kosten-Nutzen-Optima integrieren in der Regel Annahmen über normativ vorausgesetzte, komplexe menschliche Verhaltensweisen, z. B. jedoch nicht die Kosten fehlender Gesetzestreue. Soll eine Optimierung unter Berücksichtigung gesamtgesellschaftlicher Werte erfolgen, so ist sie wegen der Möglichkeit und der Wahrscheinlichkeit dezentral abweichenden Verhaltens zusätzlich nicht nur mit den administrativen Kosten normativer Eingriffe, sondern auch mit der Möglichkeit der Verletzung von Normen zu verknüpfen.

3. Die möglichen Kriterien einer dezentralen Optimierung

a) Das PARETO-Kriterium

Die Arten von Optimierungen sagen nur «was» verglichen wird, aber nicht «wie» bzw. auf welcher Stufe Entscheide getroffen werden sollen. Klar ist, dass Regeln über dezentrale, mikroökonomische Entscheide eine autoritative Verankerung benötigen und dass gesamtökonomische Betrachtungen nach einer primären Güterausstattung in der Regel erst bei einem sekundären oder tertiären *re-entry* ins reale System eine Rolle spielen.

Entsprechend einem Wertungsminimalismus sollen individuelle Nutzenniveaus als Eingangs- und Ausgangsparameter der rechtlichen Entscheidungen dienen. Sie sollen zudem nicht in absoluten Zahlen kardinal erfasst werden, sondern nur in ihrem Verhältnis zueinander.[584] Dieser offene Ansatz resultiert, wenn durch eine

[584] R. COOTER/P. RAPPOPORT, Were the Ordinalists Wrong about Welfare Economics?, in: Journal of Economic Literature 22 (1984), S. 507 ff.

freie dezentrale Transaktion kein Subjekt schlechter und mindestens einer bessergestellt werden soll,[585] d. h. bei einer Optimierung durch freiwilligen Austausch nach dem Kriterium individueller Nutzenoptimierungen nach V. PARETO.[586] Das Resultat der Optimierung eines freien Austauschs bilden die ebenfalls nach dem Ökonomen und Soziologen V. PARETO (1848–1923) benannten *pareto-optimalen* Zustände, von denen aus die Besserstellung einer Person ohne Schlechterstellung einer anderen Person nicht möglich ist.[587] Auf der aggregierten Perspektive eines Gesetzgebers oder Gesetzesanwenders ist eine Verbesserung hinsichtlich des Nutzens einer Person nicht möglich, ohne zugleich die Wohlfahrt eines anderen zu verringern.[588] Das Mass der Erfüllung des Optimums hängt entsprechend von der Höhe der administrativen Kosten der Übertragung von Rechten ab.

Eine PARETO-Optimierung beinhaltet grundsätzlich keinen unfreiwilligen Verlust und dementsprechend keinen Eingriff in subjektive Rechte. *Pareto-optimale* Zustände sind nicht das Ergebnis der Optimierung der Wohlfahrt einer einzelnen Nutzenkurve. Sie geben wieder, bei welchen Punkten die Bürger alle für sie wohlfahrtssteigernden Transaktionen getätigt haben. Dabei bleibt möglich, dass Wirtschaftssubjekte nicht bereit sind, in eine Transaktion einzuwilligen, obwohl ihre Einbusse kleiner ist als der Gewinn eines anderen. Die Anbindung an den Willen der Rechtssubjekte bringt mit sich, dass subjektive oder kollektive Wertvorstellungen einfliessen, welche nicht wirtschaftlich geprägt sind. Weil das ökonomische Kriterium auf der Freiwilligkeit des Tausches von abgesicherten, vorbestehenden Gütern basiert, entspricht das Kriterium eher dem Ideal einer freiheitlichen Rechtsordnung.

Angesichts der Orientierung nur am individuellen Nutzen kann allerdings – gesetzlich oder sittlich gesehen – ein Zuwenig oder Zuviel an Austausch resultieren.[589]

---

[585] Zum PARETO-Kriterium vgl. z. B. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 14 ff. oder R. B. COOTER JR./T. ULEN, Law and Economics, 6. Auflage, S. 42.

[586] Vgl. V. PARETO, Cours d'economie politique, Lausanne 1897, insbesondere § 64 auf S. 27 f.

[587] K. MATHIS, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 49; H. EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 48; M. ERLEI/M. LESCHKE/D. SAUERLAND, Institutenökonomik, S. 14 f.

[588] Vgl. z. B. N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 250 oder die Definition im Gabler Wirtschaftslexikon <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/pareto-optimum.html>, besucht am 17. Juli 2016.

[589] Vgl. A. VAN AAKEN, «Rational Choice» in der Rechtswissenschaft, S. 212, 214 ff.

Weil der gesellschaftliche Nutzen von den Gesellschaften selbst nicht nur wirtschaftlich gemessen wird, sondern auch von mitwirkenden Wertpräferenzen z. B. zu Gunsten des Jugendschutzes, der Tradition oder der Religion abhängen kann, kann ein PARETO-Optimum verfehlt werden.[590] Gerade bei den Gütern Leben und Gesundheit führen individuelle Entscheide zu Einbussen beim wirtschaftlichen Optimum. Aus Sicht eines freiwilligen Austausches wäre nach dem PARETO-Kriterium zu fragen, ob ein Kranker rationale Entscheidungen hinsichtlich der Relation von Zahlungsmitteln für den Erwartungsnutzen von ihm eventuell helfender Medizin trifft. Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil für den Einzelnen das Basisgut Leben und Gesundheit einen höheren Stellenwert hat als bei einer objektiven Betrachtung. Andererseits kann das Niveau zu tief ausfallen, wenn eine fehlende Gesundheit seine Möglichkeiten zu rationalen Überlegungen und effizienten Transaktionen faktisch behindert.

Die im PARETO-Kriterium zum Ausdruck gelangende Subjektivität führt aus diesen Gründen im Gesundheitswesen regelmässig gerade nicht zu gesamtwirtschaftlich richtigen Entscheidungen. Bei Relevanz subjektiver Entscheide wird faktisch bedingt die Einwilligung zu wirtschaftlich sinnvollen Transaktionen werden trotz fehlenden ökonomischen Sinns erfolgen.[591] Verstärkt wird Letzteres durch das Auseinanderfallen von Kostenträger und Leistungsbezüger in Versicherungssystemen.[592] Begegnet werden kann den Problemen nur durch eine Optimierung mit Objektivierung der Nutzen, welche ausgetauscht werden.

Nachdem vollkommene Märkte und zwingende PARETO-Optima selten sind, d. h. vorwiegend auf dem Papier als Annäherung existieren, können Normen dazu dienen, ein PARETO-Optimum zu erreichen.[593] Angesichts der hohen Komplexität im Gesundheitswesen mit asymmetrischen Informationen wird der wirtschaftliche

---

[590] A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 94, mit weiteren Hinweisen.

[591] Vgl. A. VAN AAKEN, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, S. 94; Als Beispiel diene der erwähnte fehlende Konsens bei einem Impfobligatorium bei drohenden Seuchen für Tiere, vgl. dazu oben S. 203 ff.

[592] Zum Agentur-Problem (*principal-agent*-Problem) vgl. nachstehend S. 281 ff.

[593] Zu den *constrained Pareto-Optima*, vgl. B. C. GREENWALD/J. E. STIGLITZ, Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets, S. 229 ff.

Austausch z. B. durch Vorschriften zur gesundheitlichen Verträglichkeit (Produktezulassung), zur Tarifierung von pauschalisierten Leistungen oder mittels Informationsbekanntgabepflichten gefördert und damit näher an ein PARETO-Optimum geführt. Solche Rahmensetzungen privaten Handelns können die Erreichung von Optima bei freien Entscheiden fördern.

Der Gesetzgeber bleibt im Rahmen seiner normativen Gebundenheit durch übergeordnetes Recht auch öffentlich-rechtlich frei, die Vor- und Nachteile einer Nutzenmaximierung durch private Entscheidungen abzuwägen und ein Regime mit privaten Kontrakten zu etablieren. Der Vorteil privater Verträge gegenüber einer zentralen Abwägung liegt angesichts der hohen Einzelfallkomplexität im Gesundheitswesen insbesondere in einer kostengünstigeren, weil dezentralen Informationsbeschaffung über den Einzelfall. Die höhere Leistungsmotivation der gesundheitlich Angeschlagenen und ihrer Helfer spricht, unter dem Vorbehalt zweckwidrigen Verhaltens, grundsätzlich ebenfalls für dezentral mögliche Entscheidungen.

b) Das KALDOR-HICKS-Kriterium und die Gesamtvermögensmaximierung

Ein volkswirtschaftliches Gesamtoptimum wird auch Transaktionen gegen den Willen von Einzelnen in die Analyse einbeziehen, wenn aus einer die individuellen Wertungen abwägenden, gesellschaftlichen Sicht die Gesamtwirkung positiv ist, d. h. die Einbussen kleiner sind als der Nettonutzen.[594] Das Ziel bei gesamthaft optimierenden Entscheiden, insbesondere von öffentlichen Organen, im Legiferierungsprozess oder bei einer Auslegung *modo legis latoris*, ist eine Orientierung an der Summe der bewirkten Vermögensänderungen.[595] Nach dem KALDOR-HICKS-Kriterium ist ein hypothetischer Zustand solange vorzuziehen, als die Gewinner die

[594] So wird z. B. bei einem Impfobligatorium der Zwang gegenüber einem Zustand, wo sich Personen freiwillig impfen, vom Gesetzgeber vorgezogen, weil die durch die Verweigerung eventuell bedrohte Gesundheit anderer höher gewichtet wird als der Eingriff durch die Impfung beim Verweigerer.

[595] H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 21 f.

Verlierer mehr als auszahlen könnten.[596] Das Optimierungskriterium sollte, wie J. R. HICKS im Anschluss an N. KALDOR explizit plädierte,[597] somit *ex ante* auf hypothetische Zusammenhänge angewendet werden.[598] Seine Aussage entspricht mit der Anknüpfung an einer subjektiven Zahlungsbereitschaft dem PARETO-Kriterium, jedoch mit dem Unterschied, dass auch potentielle Verbesserungen erfasst werden. Würde der Austausch stattfinden, läge eine PARETO-Verbesserung vor.[599] Entsprechend sind aus seiner individuellen Perspektive Umverteilungen positiv, wenn die Gewinner ihre Gewinne höher bewerten als die Verlierer ihre Verluste.[600] Das Kriterium gibt Entscheidungshilfen und strebt nicht nach Umverteilung.

Bei der Evaluation von legislativen Änderungen im Leistungsrecht im Sinne einer Gesamtvermögensmaximierung sind auch die Kosten und Nutzen der Umsetzung von Änderungen zu evaluieren. Ist z. B. auf der Nutzenkurve des Verbrauchers der Nutzen tieferer Arzneimittelpreise höher als die Verringerung des Nutzens wegen dadurch unterbliebener Anstrengungen zur Innovation beim Produzenten, so heisst dies nicht, dass nicht auf der Nutzenkurve des Produzenten der Nutzen höherer Preise grösser sein kann als die Verringerung des Nutzens beim Verbraucher. Das Beispiel zeigt auch die Notwendigkeit der langfristigen Betrachtung.

Für eine Gesamtoptimierung aller Nutzen ist zudem eine vergleichende Bewertung des Nutzens unabdingbar. Sie bedingt analog KALDOR-HICKS einen interpersonellen Nutzenvergleich, wie er genau genommen schon aus der Anerkennung ei-

---

596 J. R. HICKS, The Foundations of Welfare Economics, in: Economic Journal, Bd. 49 (1939), S. 696 ff. und N. KALDOR, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, in: Economic Journal, Bd. 49 (1939), S. 549 ff., sowie aus heutiger Sicht, z. B. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 19 ff. oder K. MATHIS, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 56.

597 J. R. HICKS, The foundations of welfare economics, in: Economic Journal, Bd. 49 (1939), S. 708

598 K. MATHIS, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 56.

599 H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch 5. Auflage, S. 22, vgl. auch K. MATHIS, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 57, welcher auf die Bezeichnung als «hypothetisches Pareto-Kriterium" hinweist und A. VAN AAKEN, «Rational Choice» in der Rechtswissenschaft, S. 217.

600 K. MATHIS, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 56; W. J. BAUMOL, Economic Theory and Operations Analysis, 4. Auflage, London 1976, S. 402.

nes sinkenden Grenznutzens von Geld im Bereich des Schutzes von Leben und Gesundheit resultiert.[601] Das Kriterium der hypothetischen Entschädigung nach KALDOR-HICKS verweist auf die relative Bewertung des Nutzens. Um effektiv Entscheidungen induzieren zu können, ist auch eine autoritative Entscheidung über das Verhältnis von individuellen Nutzen zueinander und zum Gesamtnutzen notwendig. Der hier vertretene Ansatz entspricht einer *wealth maximization* Perspektive[602] mit der expliziten Präzisierung, dass die Frage, ob sich das Aufstellen einer Regel angesichts des Aufwandes zu ihrer Etablierung und Durchsetzung lohnt,[603] ein konstanter Begleiter bleibt.

c) Die Grenzen der dezentralen Optimierung

Nur eine Abwägung auch gegen den Willen von Einzelnen kann zu einer Optimierung von abweichenden Werten einer Gesellschaft führen. Würden individuelle Entscheidungen nicht autoritativ angeordnet, sondern nach PARETO frei getroffen, so setzte dies eine nicht egoistische Zielsetzung bei einzelnen Benachteiligungen oder eine spezifische Entschädigung voraus, welche durch die zwangsweise Eintreibung von finanziellen Mitteln erfolgen müsste. Mit dem hypothetischen Zwang eines KALDOR-HICKS-Kriteriums oder mit finanziellen Kompensationen nach dem PARETO-Kriterium kann somit eine Optimierung auch von gesellschaftlichen Werten dezentral, aber entlang einer gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsfunktion erreicht werden. Damit wird die Unterscheidung der Kriterien im Hinblick auf gesamtwirtschaftliche Zielsetzungen verwischt.

Die Anwendung der Ziele einer gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtfunktion nach Massgabe z. B. der Verfassung[604] bedingt bei beiden Kriterien eine Überbrückung zwischen individuellen Präferenzen und gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen.

---

601 K. MATHIS, Effizienz statt Gerechtigkeit?, insbesondere S. 62 f. und S. 136 f.

602 Vgl. R. A. POSNER, Utilitarianism, Economics and Legal Theory, in: The Journal of Legal Studies Vol. 8 (1979), S. 103 ff, und die Kritik von C. VELJANOVSKI, Wealth Maximization, Law and Ethics: On the Limit of Economic Efficiency, in: International Review of Law and Economics, Bd. 1, S. 5 ff.

603 Vgl. nachstehend S. 210.

604 Vgl. vorne S. 64 ff.

Eine Grundfrage lautet im Kontext einer gesamtwirtschaftlichen Optimierung damit, ob und inwieweit die dezentralen Entscheide im Hinblick auf eine statistisch gemessene Wirkung beeinflusst werden sollen. Sie ist zu unterscheiden von der Frage, welche Mittel im Einzelfall gewählt werden sollen. Aus der vorliegend vertretenen Sicht werden die tatsächliche Perspektive und ihre administrativen Kosten ein Teil einer statistisch gemessenen Optimierungsaufgabe. Die in den erwähnten Optimierungskriterien von PARETO und KALDOR-HICKS nicht zwingend enthaltenen administrativen Kosten ergeben sich als Summe des Aufwands der Errichtung von Normen und Institutionen und des längerfristigen Unterhalts zu ihrer Verteidigung bzw. Aufrechterhaltung. Neben die direkten Wirkungen auf die Nutzenniveaus eines Güteraustauschs tritt der Aufwand, um eine Norm zu vollziehen.

Eine zentrale Regulierung muss eine bestimmte Erwartung an individuelle Verhaltensweisen zu Grunde legen. Insbesondere kann eine Verhaltenssteuerung durch Regulierung im Anwendungsbereich nur auf einen durchschnittlichen Typus, einem *homo oeconomicus* oder einen *resourceful evaluating maximizing man,*[605] im Umgang auch mit dem Recht, Bezug nehmen. Entsprechend werden die Versuche, das Verhalten in der gesamten Menge der Rechtsunterworfenen zu beeinflussen, in verschiedenem Masse erfolgreich sein und der Versuch dazu verschieden hohe Kosten begründen. Entsprechend versagen die Kriterien teilweise schon wegen des Anspruchs einer allgemeinen Geltung der Anreizkriterien, obwohl die individuellen Einschätzungen vom gesamtwirtschaftlich Optimalen abweichende Gewichtungen von Werten beinhalten können.

Individuen können sich zudem entgegen dem PARETO-Kriterium trotz gesamtwirtschaftlich rationalem Entscheiden sozial unerwünscht verhalten, weil wegen je gegenseitig optimalen Strategien suboptimale NASH-Gleichgewichte bestehen.[606] Bei unterschiedlichen Nutzenkurven der Rechtssubjekte muss eine Optimierung nach KALDOR-HICKS zudem nicht bei einem Gesamtoptimum enden, sondern kann zu einem Kreislauf führen. Je nach individuellem Nutzen kann das gleiche Gut nach SCITOVSKY das Optimierungs-Kriterium nach KALDOR-HICKS wechselseitig je für den

[605] Vgl. zu beiden Begriffen vorne S. 152 ff.

[606] Vgl. dazu nachstehend auf S. 349 ff.

Empfänger erfüllen.[607] Bei der Änderung von Normen werden die Individuen kurz- bis mittelfristig sogar häufig wechselseitig einen früheren Zustand vorteilhafter erachten als einen neuen, weil die Sicherheit und die Vertrautheit mit einer Norm in dieser Zeit noch besser zu greifen ist als die Erfolge eines durch die Änderung eventuell ausgelösten Handlungsanreizes.[608]

4. Die administrativen Kosten bzw. Transaktionskosten

a) Einführung

Als Transaktionskosten werden die administrativen Kosten bezeichnet, die für Wirtschaftssubjekte für den Austausch von Rechten auf Märkten notwendig sind.[609] Nach R. COASE, der den Begriff massgeblich geprägt hat, umfassen die Transaktionskosten die verschiedenen internen und externen Marktbenutzungskosten eines Unternehmens vor und nach einer Transaktion.[610] Transaktionskosten erschweren sowohl Austauschlösungen nach PARETO als auch optimierende Eingriffe mit Ausgleich nach KALDOR-HICKS. Transaktionskosten führen zum fehlenden Erreichen eines Optimums und zur Relevanz einer Ausgangsverteilung der Rechte.[611] So können z. B. längere Transportwege einen Austausch von ärztlichen Dienstleistungen im Berggebiet erschweren oder hohe Hürden bei der Zulassung die Produktion von Arzneimitteln verteuern. In einer ökonomischen Perspektive, welche auf Märkte ausgerichtet ist, werden Transaktionskosten häufig mit den ad-

---

[607] Vgl. T. DE SCITOVSKY, A Note on Welfare Propositions in Economics, in: Review of Economic Studies 1941, S. 77 ff., der deshalb ein Doppelkriterium vorschlug, wonach die Superiorität beider Übergänge notwendig ist, vgl. dazu auch M. ERLEI/M. LESCHKE/D. SAUERLAND, Institutenökonomik, S. 11 f.

[608] T. EGER/B. NAGEL/P. WEISE, Effizienz und Menschenwürde – Ein Gegensatz?, S. 32.

[609] Sie bestehen aus den Kosten vor einer Transaktion und denjenigen danach, insbesondere fallen «Such-, Anbahnungs-, Informations-, Zurechnungs-, Verhandlungs-, Entscheidungs-, Vereinbarungs-, Abwicklungs-, Absicherungs-, Durchsetzungs-, Kontroll-, Anpassungs- und Beendigungskosten» darunter, vgl. die Online-Enzyklopädie Wikipedia, besucht am 17. Juli 2016.

[610] R. H. COASE, The Nature of the Firm, in: Economica Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), S. 390 ff.

[611] Vgl. dazu R. H. COASE, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, Ausgabe 1960/III, S. 28 f.

ministrativen Kosten gleichgesetzt. Der Begriff der administrativen Kosten ist jedoch grundsätzlich weiter und umfasst auch Kosten z. B. zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit eines Marktes. Administrative Kosten haben keinen eigenständigen, sondern nur einen dienenden Bestand. Im Kreislauf der Systeme beachtlich ist der Ressourcenverlust durch den Wechsel vom Rechts- in das Wirtschaftssystem und wieder zurück. Eine Gesamtoptimierung auf der Sollens-Ebene verlangt nicht nur nach Abwägung im Sollen, sondern auch nach dem Einbezug von Wirkungen auf das Sein und je nach Wirkungen auch wieder zurück.

Was sich als administrative Kosten definieren lässt, hängt damit in erster Linie von der normativen Definition der Ziele ab. So sind beispielsweise ein gutes öffentliches Schulwesen oder eine hochstehende Gesundheitsversorgung keine administrativen Kosten, weil diese Ziele unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Ausrichtung auch aus nichtmonetären Gründen einen wichtigen Wert für die Gesellschaft einnehmen. Weil administrative Kosten einen dienenden Charakter haben, haben sie selbst bei Notwendigkeit ohne spezifische Zielbestimmung z. B. in einer Verfassung in der Gesamtoptimierung keinen eigenen Stellenwert. Sie sind damit teilweise notwendig, aber nie unmittelbar nützlich nach den Zielvorgaben.

b) Die Vermeidung von administrativen Kosten

Der damit grundsätzlich nicht positive Aufwand einer entsprechenden Durchsetzung wird je nach Differenz von Norm und Fakten zu einem in der Grösse nicht unerheblichen, einzubeziehenden Faktor. Diese entsprechenden administrativen Kosten richten sich auch nach der Häufigkeit von Differenzen sowie Komplexität und Kontrollierbarkeit der zugrundeliegenden Fakten. Sie haben *per se* einen dienenden Zweck und keine andere Begründung, als einem gesetzgeberischen Ziel zum Durchbruch zu verhelfen. Die für den Vollzug notwendigen, administrativen Kosten sind zwar unvermeidlich, doch dient die Sanktionsmöglichkeit dem wirtschaftlichen Austausch indirekt, indem sie das mit der Einräumung privater Verfügungsrechte unvermeidliche Risiko von unerwünschten privaten Entscheidungen vermindert. Die Reduktion administrativer Kosten ist somit als Ziel beider Systeme anzustreben.

Die Vollzugskosten von Normen mit Geltungsanspruch sind dann klein, wenn Normverstösse selten und im Ausmass gering sind. D. h., die Entscheidungsträger

des faktischen Systems müssen wissen, wie die Norm lautet und dass sie bei Übertretung vollzogen würde. Aus Kostensicht ideal ist somit ein berührungsloses Parallelverhalten der faktischen zur normativen Ebene bzw. eben der vorauswirkende normative Schatten nach R. AXELROD.[612] Dieser hat zudem den Vorteil, dass die geringen Geschwindigkeiten normativer Prozesse das wirtschaftliche System nicht bremsen bzw. blockieren. Ordnende Prinzipien der Sollens-Ordnung sind aus Sicht der Wirtschaft am produktivsten, wenn sie von den privaten Akteuren frühzeitig von sich aus beachtet werden und keine Kosten des Vollzugs anfallen. Adaptionen von Entscheidungen im Recht fliessen als Vorwirkungen eines allfälligen Vollzugs und adaptierte Rückflüsse des Rechts im Rahmen seiner Umsetzung wieder in die Entscheidungen der Privaten ein. Unter Berücksichtigung der gegenseitigen Bedingtheit lässt sich das Verhältnis z. B. wie folgt veranschaulichen:[613]

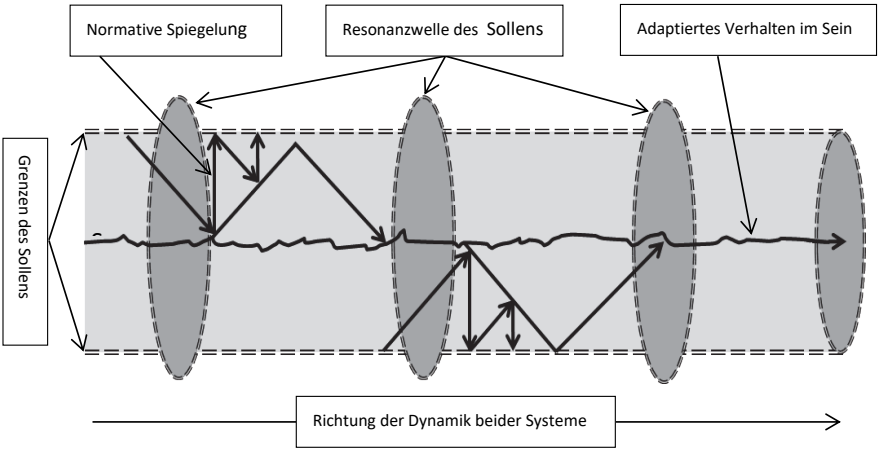


Abbildung 4 - Dynamik der Systeme Recht (im Sollen) und Wirtschaft (im Sein) bei Kooperation

Für eine fehlende Bremswirkung ist in beiden Systemen eine relative Sicherheit über den möglichen Verlauf des anderen Systems vorausgesetzt. Die umfassende,

---

612 Vgl. dazu R. AXELROD, Die Evolution der Kooperation, S. 53 ff. und 113 ff.

613 Vgl. zur analogen Darstellung einer Umgebung einer Funktion in Abhängigkeit von einer gewählten Norm: P. STAHLECKER/N. HAUENSCHILD/M. KLINTWORTH, Optimierung und ökonomische Analyse, Heidelberg 2003, S. 168 ff.

durch die grösseren Ellipsen symbolisierte Sollens-Ebene wirkt – wie das Magnetfeld eines Teilchenbeschleunigers – im Idealfall berührungslos auf das faktische Geschehen. Systemelemente, welche drohen in Konflikt zu geraten, nehmen die Sanktionen aus ihrer Warte zwar verzerrt wahr, können sich jedoch daran orientieren und vor drohender Kollision ihre Richtung ändern. Das Ergebnis ist ein Sein-System, welches möglichst ohne Reibungen von einem normativen System geleitet wird. Entsprechende Kollisionen und die daraus resultierenden administrativen Kosten beeinträchtigen ein Gesamtoptimum unabhängig von der Art einer wertsteigernden Zielsetzung, weil die Transaktionskosten *per se* nur einen dienenden Charakter haben.

Wegen möglichen systemimmanenten zeitlichen Verzögerungen des Rechtssystems[614] können sich Differenzen des Rechts zum Wirtschaftssystem anstauen. Die Situation wird bei juristischen Entscheiden – wie sie mit den grösseren Ellipsen in Abbildung 4 angedeutet sind – in Schüben von Resonanzwellen des Rechts an die Wirtschaft gelöst. Das Mass der Überraschung und damit die Bremswirkungen in der Wirtschaft sind bekanntlich umso grösser, je unerwarteter und massiver ein regulativer Entscheid ausfällt. Eine vorausschauende, die Wirtschaft optimierende Regulierung verzichtet auf Überraschungen. Sie steuert, wenn möglich angekündigt, im Feinbereich und verzichtet auf nur mit grossem Aufwand adaptierbare Normen.

5. Die Berücksichtigung externer Effekte

a) Systemtheoretische Einordnung externer Effekte

Als externer Effekt oder Externalität wird die Auswirkung eines ökonomischen Handelns auf die Wohlfahrt eines unbeteiligten Dritten, für die niemand zahlt oder einen Ausgleich erhält, bezeichnet.[615] Systemtheoretisch betrachtet treten externe Effekte auf, wenn die realen Wirkungen nicht mit den normativen überein-

[614] Vgl. vorne S. 60 ff.

[615] N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 333.

stimmen. Externe Effekte treten als Abweichung einer übereinstimmenden Spiegelung auf, wenn mindestens eine externe Variable ein Ergebnis beeinflusst.[616] Bei externen Effekten enthält die Nutzenfunktion eines wirtschaftlich handelnden Akteurs somit von ihm nicht kontrollierbare Einflüsse eines anderen Akteurs.[617]

Externe Effekte können als ein Problem der fehlenden Umsetzung von Rechten in der Realsphäre[618] trotz einem vorgegebenen Niveau von administrativen Kosten für Sanktionen und Vollzug gesehen werden. Sie bilden eine Unvollkommenheit bei der Reduktion von Komplexität, bei der Anerkennung von Verfügungsrechten, bevor damit private Entscheidungen gefällt werden. Damit legen sie Lücken der Vereinfachung im Rahmen der Ausstattung der Wirtschaft mit Verfügungsrechten offen.

Externe Effekte entstehen wegen einer faktischen Systemumgebung, welche sich wegen ihrer Komplexität nicht oder nur mit höheren als gewählten Kosten kontrollieren lässt. Externe Effekte sind positiv, falls auch ohne Gegenleistung von Operationen der Wirtschaft profitiert werden kann, oder negativ, wenn jemand anderes die Wirkungen von Entscheidungen tragen muss. Positive externe Effekte, wie Resultate der Grundlagenforschung, ermöglichen z. B. einen Nutzentransfer, während negative externe Effekte, wie die Luftverschmutzung oder Lärm, dem Gesamtwohl schaden. Staatliche Leistungen beinhalten entsprechend positive Effekte. Diese haben unerwünschte externe Effekte, falls ausserhalb der Zweckbestimmung einer Norm ebenfalls profitiert werden kann.

Negative externe Effekte erhöhen aufgrund der zu günstigen Gestehungskosten das Aktivitätsniveau einer ersten, sie auslösenden Handlung. Qualitativ schlechte Produkte oder Leistungen, z. B. Kurpfuscher, schlechte Dienstleister oder nicht wirksame Arzneimittel, werden wegen einer teilweisen Überwälzung eines Kostenanteils für qualitativ höherwertige Produkte auf Dritte zu günstig angeboten. Sie werden damit in zu grossem Umfang angeboten und verdrängen qualitativ

---

616 Vgl. dazu M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 80.

617 Voraussetzung ist, dass über Güter faktisch auf einem kompetitiven, transparenten Markt frei und ohne Nachteil für Dritte verfügt werden kann, mithin kein Marktversagen vorliegt, vgl. M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 94.

618 Vgl. vorne S. 76 ff., und die Definition bei B. BECK, Volkswirtschaft verstehen, S. 116.

gute Produkte durch einen zu tiefen Preis.[619] Bei negativen externen Effekten ist das Aktivitätsniveau der sie verursachenden Handlung somit zu hoch, weil die bei Dritten verursachten Kosten über einen zu tiefen Preis der Tätigkeit nicht in die Entscheidungsfindung einbezogen werden. Nach einer übertriebenen Reaktion des Gesetzgebers kann die Aktivität auch zu gering sein.

Positive externe Effekte von Handlungen hingegen beeinflussen zunächst nicht das Angebot, sondern sie weiten die Nachfrage aus. Im Dreiecksverhältnis können die Leistungsbezüger zusammen mit Leistungserbringern die Nachfrage vergrössern, ohne dass der Bezug im Detail beeinflusst werden kann. Bei positiven externen Effekten ist somit das Aktivitätsniveau gesamtwirtschaftlich gesehen zuerst zu hoch. Weil sich der Leistungsträger vor *moral hazard* schützen will und dies aufgrund von hohen Transaktionskosten nicht anders tun kann, wird das Aktivitätsniveau als Reaktion zu tief. Z. B. kann eine mögliche faktische Intransparenz bei den medizinischen Gründen für IV-Renten zur Folge haben, dass mögliche Bezüger ihre Leiden überhöhen oder erfinden. Die Abwehrhaltung des Leistungsträgers beinhaltet anschliessend eine generelle Leistungsreduktion wegen dieser Möglichkeit von *moral hazard*. Das führt im Ergebnis dazu, dass die Trauben für IV-Renten wegen dem Bemühen um Vermeidung von Betrug für die effektiv Berechtigten verglichen mit dem optimalen Zustand zu hoch hängen.

Die angesprochene zeitliche Komponente ist gerade bei hoher Komplexität, fehlenden Märkten und weitgehend fehlenden Informationen von Wichtigkeit. Die fehlende Information und der fehlende Informationsaustausch sind auf den Märkten medizinischer oder auch juristischer Leistungen nicht selten. Als Grund zu nennen ist vorab die hohe Komplexität der faktischen Zusammenhänge. Berufsgeheimnisse erhöhen das Risiko von Informationsasymmetrien und damit externer Effekte. Die fehlende Übereinstimmung des Werts von Leistung und Gegenleistung bildet wegen eines intransparenten Marktes im Gesundheitswesen sogar den

---

[619] Vgl. für die entsprechende Wirkung von Informationsasymmetrien wegen möglicherweise schadhaften Produkten, in seinem Beispiel *Lemons* als Bezeichnung für Gebrauchtwagen mit Mängeln, G. A. AKERLOF, The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: Quarterly Journal of Economics 84 (1970) Nr. 3, S. 488 ff., der dafür zusammen mit J. STIGLITZ und M. SPENCE für die Analyse von Märkten mit asymmetrischen Informationen (vgl. FN. 552) mit einem Nobelpreis ausgezeichnete Autor untersuchte das Problem im Rahmen von Vertragsverhandlungen unter Privaten. Die Problematik des Umgangs mit fehlendem Wissen stellt sich bei fehlenden Sanktionsmöglichkeiten analog im Verhältnis eines optimierenden Gesetzgebers mit einem ebenso ökonomisch handelnden Privaten.

Normalfall. Bei einem Austausch auf einem Markt mit frei zugänglichen Informationen und einer Durchsetzung der Regeln können im Gegensatz dazu externe Effekte nicht längerfristig bestehen. Die positiven und negativen Effekte gehen unter und das ökonomische Optimum wiederspiegelt sich im Resultat von Markttransaktionen. Ohne einen funktionierenden Markt hingegen entsprechen Preise in aller Regel nicht einer Gegenleistung, d. h. ein Nutzen wird nicht erfasst oder er ist im Preis umgekehrt überhöht bewertet.[620] Bestehen auf einem Markt hingegen Transaktionskosten, so können fehlende Optima ihren Grund u. a. darin haben, dass auf einem Markt positive oder negative externe Effekte auftreten. Die externen Effekte indizieren somit, in welche Richtung sich eine Aktivität und das Aktivitätsniveau ausgehend von einem ökonomischen Gleichgewicht bewegen. Letzteres ist *ceteris paribus* Ausdruck eines richtigen Aktivitätsniveaus. Ein Ergebnis hängt jedoch auch von der Höhe der Transaktionskosten, der Ausgangsverteilung der *property rights*[621] und den normativen Leitlinien des Austausches ab.

b) Die inhaltliche Gliederung von externen Effekten

Externe technologische Effekte gründen in der realen Komplexität der Grenzziehung bei der Ausstattung der Wirtschaft mit Verfügungsrechten. Sie liegen vor, wenn sich aus physischen Gründen die Produktions- bzw. Nutzenfunktion nicht oder nicht vollständig in einer Marktbeziehung widerspiegelt.[622] Die Eignung von Instrumenten und deren Mix hängt entsprechend wesentlich von den Besonderheiten des Einzelfalles ab.[623] Korrigierende private Entscheide oder staatliche Massnahmen sollen effizient sein, d. h. sie sollen den externen Effekt mit möglichst geringem Aufwand beseitigen.

---

620 N. JANSEN, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 151 f, insbesondere Beispiel in FN. 61.

621 Vgl. dazu R. H. COASE, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, Ausgabe 1960/III, S. 28 f.

622 Vgl. dazu M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 82.

623 Vgl. dazu M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 135.

Externe technologische Effekte treten auf, wenn die Ausschlusswirkung von *property rights* faktisch nicht greift, d. h. wenn eine Wirkung *de facto* nicht vom Urheber, sondern von Dritten getragen wird.[624] Das entsprechende Marktversagen liegt in der fehlenden Zuordnung von Rechten aufgrund der Probleme in der faktischen Umsetzung. Im Gesundheitswesen ebenfalls wichtig sind psychologische externe Effekte.[625] Sie liegen vor, wenn der Leistungserbringer oder der Adressat ein vom wirtschaftlichen Interesse abweichendes psychologisches Interesse an einer Aktivität oder deren Unterlassung hat.[626]

Nur indirekt beachtet werden nachfolgend pekuniäre externe Effekte, welche die Anpassungen von Angebot und Nachfrage in Richtung von optimalen Preisen und Mengen hin zu einem Gleichgewicht bewirken.[627] Sind Transaktionskosten vorhanden oder sind die Marktteilnehmer nicht informiert, werden die Preise auch bei Wettbewerb nicht im Optimum landen. Umgekehrt können Preise für Leistungen bewusst tief gehalten werden, um externe Effekte und ein zu hohes Aktivitätsniveau zu ermöglichen. Diese externen Effekte werden insoweit aufgenommen, als die Transaktionskosten einbezogen werden und insoweit vernachlässigt, als nur die Optima als Endzustände der Anpassungen gesucht werden.

Ausgeklammert werden auch interpersonelle und sogenannte positionale externe Effekte,[628] welche als Folge der Änderung selbst entstehen. Ein autoritativer Ansatz muss von einer relativen zeitlichen Stabilität der subjektiven Nutzeneinschätzungen ausgehen, damit eine Optimierung im Austausch nicht widersprüchlich ist.

---

624 M. ERLEI/M. LESCHKE/D. SAUERLAND, Institutenökonomik, S. 284; M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 80 f.

625 Vgl. M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 81.

626 Vgl. zum deshalb kontraproduktiven Effekten minimaler Anreize U. GNEEZY/A. RUSTICHINI, Pay Enough or Don't Pay at All, S. 791 ff.

627 M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 81.

628 Vgl. z. B. die Online-Enzyklopädie Wikipedia zum Stichwort der externen Effekte unter der Adresse <https://de.wikipedia.org/wiki/Externer_Effekt>, besucht am 17. Juli 2016.

c) Wo positive externe Effekte wirtschaftlich sinnvoll sein können

Als Beispiel positiver externer Effekte führte schon A. C. PIGOU technische Innovationen auf, weil Dritte von der Nutzung eines Wissens nicht ausgeschlossen werden konnten.[629] Aus der Perspektive von materiellen Verfügungsrechten liegt ein vermiedener externer Effekt vor, wenn Immaterialgüterrechte anerkannt werden. Der Schutz von technischen Innovationen durch die Etablierung von Rechten an immateriellen Gütern beinhaltet somit die Förderung von Leistungen durch Ausschluss externer Effekte. Wie beim Schutz von Eigentum an Gegenständen wird die Verfügungsmacht an Ausschliesslichkeitsrechte gekoppelt.

Eine nicht ausschliessende Nutzung kann bei Informationen oder bei Infrastrukturen, welche die Ausübung von Verfügungsrechten erst ermöglichen, wegen einer überwiegend positiven Wirkung eben auch überwiegend nützlich sein. So gilt z. B. die Produktion und Vermittlung von Wissen oder der Bau von Verkehrswegen jedenfalls bis zu einem auch hier zu findenden Optimum als förderlich für den wirtschaftlichen Austausch unter Verfügungsberechtigten. Eine medizinische Grundversorgung befreit den Bürger analog vor elementaren Risiken der menschlichen Existenz und kann damit durch eine Absicherung wirtschaftlich eine positive Funktion entfalten. Entsprechend kann die Abgrenzung des immateriell geschaffenen Eigentums als eine Frage der Optimierung aufgefasst werden. Die zeitliche Differenzierung vermag Anreizstrukturen der Innovation zu schaffen. Bei komplexen, längerfristigen Innovationen kann die Schutzdauer von zwanzig Jahren für ein Patent nach Art. 14 PatG als kurz erscheinen, selbst wenn eine Verlängerung des Schutzes wegen einer langen Dauer bis zur Zulassung möglich ist.[630] Wenn dem so ist, so sollte die Berechtigung eines Anbieters entsprechend erweitert werden, jedoch trotzdem nicht so weit gehen, wie der gesamtgesellschaftliche Nutzen durch hohe Preise aufgewogen wird.[631]

Der Nutzen positiver externer Effekte übersteigt deren Kosten insbesondere dort, wo sie Entwicklungsprozesse anstossen. Grundlagenforschung, Lerneffekte von

---

[629] A. C. PIGOU, The Economics of Welfare, 4. Auflage, London 1932, Chapter IX § 10 ff., S. 183 ff.

[630] Art. 140*a* PatG (SR 232.14).

[631] N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 423.

austretenden Mitarbeitern, Imitationsgewinne, branchenübergreifende Weiterbildungen oder nachgelagerte Wirtschaftsabläufe können Vorteile haben, welche nicht vorab in einem Markt erfasst werden. Die positiven externen Effekte können z. B. dann überwiegen, wenn eine innovative Leistung für ihre Reproduktion geringe zusätzliche Ressourcen benötigt oder, wie bei der Grundlagenforschung, einen weiten Anwendungsbereich hat. Leistungssysteme mit positiven externen Effekten sind aufgrund der ausgelösten Produktivität und der Übertragbarkeit von Wissen insbesondere in Bereichen der Vermittlung von Bildung und *Know-how* erfolgreich. Ein Interesse am Ausschluss externer positiver Effekte besteht umgekehrt, wenn eine Leistung bei positiven externen Effekten nicht oder wegen der Belastungen in vermindertem Umfang erbracht wird.

Das effiziente Mass externer Effekte ist je nach faktischer Dynamik und der Inanspruchnahme von Ressourcen unterschiedlich zu regeln. Nur deshalb gilt z. B. je nach dem Überwiegen der Effekte beim Schutz von geistigem Eigentum vor Imitationen eine differenzierte zeitliche Regelung. In der Regel wird die gesamtwirtschaftlich nützliche Externalisierung durch Imitation zeitlich verzögert, um mit der Monopolrente einen Innovationsgewinn zu belohnen.[632] Positive externe Wirkungen werden entsprechend auch mit Verträgen oder öffentlich-rechtlichen Vorschriften zeitlich, sachlich oder örtlich umfasst (z. B. Konkurrenzverbote, betriebliches Informationsmanagement, Ausschluss von unerwünschten Leistungen bei Versicherungen, Immaterialgüterrechte).

Beim Myozyme-Entscheid (I) sind diese Immaterialgüterrechte Ausschlusspositionen der Produzenten. Ein Markt versagt nicht wegen eines zu geringen Schutzes von Verfügungsrechten wie z. B. in Ländern ohne wirksamen Patentschutz. Die Problematik liegt im Gegenteil in einem gesamtwirtschaftlich gesehen so weitgehenden Schutz individueller Ausschlusspositionen, dass die Gesellschaft wegen den hohen Kosten trotz entsprechenden Anreizwirkungen eventuell nicht mehr profitiert. Der Schutz geistigen Eigentums vermeidet externe Effekte, der Schutz der Verfügungsmacht über geistige Schöpfungen bedeutet jedoch für alle anderen Teilnehmer im wirtschaftlichen Wettbewerb Einschränkungen ihrer Verfügungsrechte. Das ökonomisch optimale Mass richtet sich – wie bei negativen externen Effekten – nach einem Vergleich des marginalen Nutzens eines zusätzlichen Schutzes im Vergleich zu den marginalen Beeinträchtigungen. Auch eine Stärkung der

---

[632] M. LAMPING, Patentschutz und Marktmacht, Köln 2010, S. 47 f.

individuellen Rechte hat, gerade aufgrund der systemnotwendigen Ausstattung, vor dem gesamtoptimierenden Ansatz zu bestehen. Hat z. B. der Anreiz zur Innovation einen genügend hohen Umfang, so können nach Ablauf des Patentschutzes Generika zugelassen werden.

d) Wo positive externe Effekte einen wirtschaftlichen Schaden bewirken können

Positive externe Effekte unterscheiden sich auch insofern von negativen externen Effekten, als sie durch die fehlende Übereinstimmung der gesamtwirtschaftlichen Zielsetzung mit den individuellen Anreizstrukturen eine unabhängige, selbstständige Aktivität auslösen können. Soweit nichtberechtigte Personen von einer Nutzung faktisch nicht einfach ausgeschlossen werden können, werden diese als Trittbrettfahrer oder *free rider* bezeichnet.[633] Der Konsum steht dann *de facto* jeder Person offen, weil er nicht ohne grösseren Aufwand unterbunden werden kann.[634] Diese Erträge asymmetrischer Information sind jedoch verwerflich und führen zu einer Attraktion individueller Alternativursachen. Der Einzelne kann z. B. bei einer Versicherung unvollständige Angaben liefern und daraus Vorteile erzielen.[635] Der besser informierte individuelle Leistungsansprecher kann im Vorfeld eines Schadens mit fehlenden Vorsichtsmassnahmen eine Ursache begünstigen (*ex ante moral hazard*) oder im Nachgang die Wirkungen überhöhen (*ex post moral hazard*).[636]

Das Verhalten des *free rider* ist subjektiv rational und kurzfristig unter Umständen sogar wohlfahrtssteigernd, da dezentral ein Nutzen gesteigert wird. Dennoch wird die Handlungsweise durch die Mengenausweitung ein für die Gemeinschaft suboptimales Kostenniveau generieren. Die entsprechenden Probleme erscheinen bei den sozialen Systemen – auch gemessen an der gesellschaftspolitischen Diskus-

---

633 B. BECK, Volkswirtschaft verstehen, S. 115 und S. 118; T. NECHYBA, Microeconomics: An Intuitive Approach, Mason 2011, S. 656.

634 R. COOTER/T. ULEN, Law and Economics, 5. Auflage, S. 109 f.

635 Vgl. B. HOLMSTRÖM, Moral Hazard and Observability, in: Bell Journal of Economics, Bd. 10 (1979), S. 74 ff.

636 I. EHRLICH/G. S. BECKER, Market insurance, self-insurance, and self-protection, in: American Economic Review 80 (1972), S. 623 ff.

sion – gross. Gegen eine Mengenausweitung wirken bessere Kontrollen des Missbrauchs oder die weniger spezifisch wirkende, generelle Verringerung von positiven Anreizen. Z. B. können in der sozialen Krankenversicherung durch Kostenbeteiligungen die Vorteile von Patienten gemildert werden.[637] Das Aktivitätsniveau wird somit tiefer, weil sich ein Aufwand für einen externen Nutzen nicht mehr im gleichen Masse lohnt.[638]

Positive externe Effekte sind auch deshalb komplizierter als negative, weil positive Wirkungen dem Leistungserbringer und beim Leistungsbezüger Anreize zu *moral hazard* geben. Nicht nur, wie bei negativen Externalitäten, der leistende Part hat somit einen Grund für die Erhöhung des Aktivitätsniveaus, sondern auch der Empfänger der Leistung. Zu untersuchen sind somit nicht nur z. B. die Anreize und Konsequenzen des medizinischen Angebots, sondern auch die Reaktion und die Anreizstruktur und die Dynamik einer darauf reagierenden Nachfrage. Diese Weiterung führt auch dazu, dass ein eventuell strategisches Verhalten durch Hinweis auf einen anderen Beteiligten abgesichert und überdeckt werden kann.

Wegen dieser zusätzlichen Komplexität kann eine Mengenausweitung wegen positiver Effekte auch in Fällen eines (qualitativ) negativen Gesamteffekts nicht ohne weiteres verhindert werden. Entsprechend ist nach einer Optimierungsstrategie auch nach den administrativen Kosten zu fragen. Die fehlende Durchsetzung des Rechts bindet nämlich Ressourcen und verstopft Schnittstellen der Entwicklung im Zusammenwirken mit der Wirtschaft. So kann z. B. eine Sozialversicherung sporadische rechts- bzw. systemwidrige Zugriffe (Missbräuche) aushalten, sie würde jedoch durch Leistungsansprüche kollabieren, wenn Missbräuche reproduzierbar würden und der Filter der Leistungen nicht einer entsprechenden Kontrolle unterläge. Die Durchsetzungsschwierigkeiten an seinen Grenzen belasten das soziale System mit Kontrollkosten und z. B. auch mit *per se* nicht produktivem Aufwand juristischer Auseinandersetzung.

Zusätzlich wird die Schnittstelle des Informationsaustausches verstopft. Die Kommunikation wird nicht mehr zur Systementwicklung, sondern als Spielball der Akteure gebraucht. Damit können auch andere Systeme wie insbesondere die Wirtschaft nicht mehr berechtigte Erwartungshaltungen über den rechtlichen Ausgang

---

637 Vgl. nachstehend S. 307 f.

638 M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 92.

bilden, was auch dort Adaptionen verhindert. Wirtschaftlich förderlich wäre demgegenüber, wenn sich die verschiedenen Codes von Wirtschaft und Recht soweit als möglich gegenseitig lernbereit adaptieren würden.

e) Ansätze zur Minimierung externer Effekte

I. Autoritative versus private Massnahmen: COASE vs. PIGOU

A.C. PIGOU lokalisierte im Jahr 1920 im Werk *The Economics of Welfare* die externen Effekte als Grund für den Unterschied der Ergebnisse von subjektiven und gemeinschaftlich optimierenden Nutzenbetrachtungen. Wegen der fehlenden Möglichkeit oder des hohen Aufwands einer vertraglichen Verbindung befürwortete A.C. PIGOU die Notwendigkeit von deren Überwindung durch staatliche Hilfe. Als Massnahmen gegen negative externe Effekte propagierte er entsprechend Steuern, Verbote und Haftungen, wogegen für positive externe Effekte Subventionen vorgeschlagen wurden.[639] So werden negative externe Effekte einer Umweltverschmutzung in der heutigen ökonomischen Theorie durch die nach ihm benannte PIGOU-Steuer internalisiert. Sie neutralisiert idealerweise die Folgen von negativen externen Effekten genau in ihrer Höhe und hält damit die Aktivität bei einem gesamtwirtschaftlich optimalen Niveau, weil nutzende Personen z. B. den Preis einer von ihr verursachten Verschmutzung zahlen müssen.

Privatrechtlich spiegelnde Antworten der Sollens-Ordnung haben gegenüber Steuern / Subventionen und Verboten / Geboten den Vorteil einer dezentralen und damit kostengünstigen, treffsicheren Antwort. Diese Rückkopplung erleichtert einen unmittelbaren, dezentralen Austausch unter den Betroffenen und ermöglicht durch den vorauswirkenden Schatten (nach R. AXELROD) die bessere Prävention.[640] Mit Anknüpfungen nahe beim Ursprung können Informationen und Konsequenzen leichter ermittelt bzw. umgesetzt werden. Rechtliche Operationen entlang

---

639 A. C. PIGOU, The Economics of Welfare, 4. Auflage, London 1932, Chapter IX § 13, S. 192; vgl. M. LESCHKE/D. SAUERLAND, «Zwischen» Pigou und Buchanan?, S. 184.

640 Vgl. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 150 ff.

von Handlungsrechten entsprechen der Regelgerechtigkeit besser, in der Regel jedoch nicht einer ausgleichenden, distributiven Gerechtigkeit.[641] Die Kriterien können kausal an den inneren Tatsachen (Verschuldenshaftungen) oder äusseren Faktoren (Kausalhaftungen, Gefährdungshaftungen) anknüpfen.[642] Entscheidungen, welche wie Versicherungen nicht nur an individuelle Verhaltensweisen anknüpfen, bieten demgegenüber Risiken, dass die Transaktionskosten höher und die Gefahren externer Effekte damit grösser sind.

Mittels Verhandlungen lassen sich externe Effekte im Wirtschaftssystem beseitigen, wenn die von einem externen Effekt betroffenen Parteien rational handeln und keine Transaktionskosten bei freiem Austausch von Verfügungsrechten bestehen. Unter diesen Voraussetzungen kann trotz Externalitäten unerheblich der anfänglichen Verteilung der *property rights* ein wirtschaftliches Optimum erreicht werden. R. COASE beschrieb diesen Zusammenhang im Jahr 1960 in seinem nobelpreisgekrönten Aufsatz «*The Problem of Social Cost*».[643] Er sah beim Funkenflug einer Eisenbahn den Vorteil einer Verhandlungslösung von Eisenbahngesellschaft und Farmern und stellte fest, dass bei fehlenden Transaktionskosten das Endergebnis der Rechteverteilung unabhängig von der Anfangsausstattung dasselbe war.[644] Dieser als COASE-Theorem bekannte Leitsatz war eine Breitseite gegen Politikmassnahmen à la A. C. PIGOU. Zu betonen ist allerdings, dass nur unter der vereinfachenden Idealannahme inexistenter Transaktionskosten eine fehlende Notwendigkeit staatlicher Massnahmen bei der Vermeidung externer Effekte aufgezeigt wurde.[645]

In den weiteren Abschnitten seines preisgekrönten Artikels kommt R. COASE, aus der hier vertretenen Sicht richtigerweise zum Schluss, dass situative Umstände

---

641 Relativ undifferenziert diesbezüglich H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 150.

642 Vgl. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 181 ff.

643 R. H. COASE, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, Ausgabe 1960/III, S. 2 ff.

644 R. H. COASE, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, Ausgabe 1960/III, S. 29 ff. Das Beispiel stammt, wohl zur Verstärkung der Pointe, auch von A. C. PIGOU in dessen Publikation aus dem Jahr 1932: Vgl. A. C. PIGOU, The Economics of Welfare, 4. Auflage, London 1932, Chapter IX § 13, S. 129 f.

645 I. PIES, Theoretische Grundlagen demokratischer Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, S. 14.

und Alternativen zu einem Ausgangszustand bei der Optimierung auch relevant sind.[646] Nach R. COASE sind zunächst die Anreizwirkungen im *status quo* realitätsnah zu analysieren, die Wirkungen von Regeländerungen zu untersuchen und diese für eine Entscheidung zu bewerten.[647] Dabei ist auch die Art einer Regulierung (preislich, hierarchisch in Firmen oder im Staat) aufgrund der jeweiligen Kosten der Koordination wohlfahrtökonomisch von Relevanz. Weil bei Anwesenheit von Transaktionskosten die Primärverteilung eine Sekundärverteilung präjudiziert, ist auch darauf zu achten, dass eine Primärverteilung einer möglichst produktiven Verwendung knapper Ressourcen nicht im Wege steht.[648]

Die Anzahl und das Ausmass der unerwünschten Entscheidungen lassen sich durch eine Sollens-Ordnung beeinflussen, indem die Wirkungen von Handlungen vollständig oder teilweise internalisiert werden. Ein idealer Markt wird durch eine Ordnung geprägt, in der jeder Akteur nach Massgabe der von ihm erzeugten positiven und negativen externen Wirkungen möglichst treffsicher sanktioniert wird.[649] Effiziente Methoden der Verhaltenslenkung knüpfen möglichst genau am missliebigen externen Effekt an, d. h. sie haben möglichst spezifische Eingriffsvoraussetzungen und stimmen die Wirkungen in Art und Umfang ab. Lassen sich externe Effekte mit Verfügungsrechten verbinden, so fallen relativ geringe zusätzliche administrative Kosten an.

Eine PIGOU-Steuer oder die Verknüpfung eines externen Effekts mit einem Standard-Preis zur Internalisierung von Umwelt- oder Gesundheitsschäden haben ebenfalls diesen Vorteil einer dezentralen Wirkung. Die fehlende Exaktheit bei der Bestimmung oder die Notwendigkeit der Anpassung bei einer Veränderung des damit bezahlten Schadens scheint demgegenüber ein sekundäres Problem zu sein.[650] Die von R. COASE vorgeschlagenen Verträge zwischen Schädigern und allen

---

[646] R. H. COASE, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, Ausgabe 1960/III, S. 28 ff.

[647] R. H. COASE, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, Ausgabe 1960/III, S. 42 ff.

[648] R. H. COASE, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, Ausgabe 1960/III, S. 45; vgl. dazu I. PIES, Theoretische Grundlagen demokratischer Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, S. 15 f.

[649] M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 80.

[650] Vgl. dazu FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 108 ff.

Geschädigten haben demgegenüber in der Regel hohe Transaktionskosten, was Vertragsabschlüsse unwahrscheinlich macht.[651] Beispielsweise wird ein Geschädigter nicht wissen, wessen Diesel-Fahrzeug nach einem Leben an einer stark befahrenen Strasse seinen Lungenkrebs ausgelöst hat. Wo nur statistische Zusammenhänge existieren, kann eine Aktivität mit der Ausübung individueller Rechte in der Regel nicht kontrolliert werden. Bei einer Verbindung von Verfügungsrechten mit gesetzlichen Vorgaben oder Preisen kann hingegen die Art ihrer Ausübung durchgesetzt werden.

II. Coase, Buchanan und Popper

Das wohl profundeste und meistbeachtete Alternativkonstrukt zu R. COASE stammt von J. M. BUCHANAN. J. M. BUCHANAN lehnt den Vergleich einer Summe von Vor- und Nachteilen[652] und insbesondere eine übergeordnete, allwissende Sicht ab.[653] Individuen wüssten über ihre eigenen Präferenzen besser Bescheid, weshalb er der Wohlfahrtsökonomie einen ausschliesslich auf individuellen und gesellschaftlichen Verträgen basierten Ansatz gegenüberstellt.[654] Der Staat könne Regeln für einen Austausch schaffen, der eventuelle unökonomische Effekte einer individuellen Maximierung verhindere.[655]

Die Transaktionskosten werden von J. M. BUCHANAN als mit privaten Handlungen untrennbar verbunden erachtet.[656] Nach J. M. BUCHANAN ergibt sich eine Evolution der Regelbildung nach den Umständen des Seins. Dieser Ansatz hat Ähnlichkeiten

---

651 M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 122 f.

652 Vgl. R. H. COASE, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, Ausgabe 1960/III, S. 43 und M. LESCHKE/D. SAUERLAND, «Zwischen» Pigou und Buchanan?, S. 200.

653 J. M. BUCHANAN, Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy, in: The Journal of Law & Economics 2 (1959), S. 126, und allgemein zum Konzept J. M. BUCHANAN, Die Grenzen der Freiheit. Zwischen Anarchie und Leviathan, Tübingen 1975.

654 St. VOIGT, Die konstitutionelle Ökonomik als Herausforderung für die Theorie der Wirtschaftspolitik – zugleich eine Skizze zur Weiterentwicklung einer ökonomischen Theorie einer Verfassung, in: I. PIES/M. LESCHKE, James Buchanans konstitutionelle Ökonomik, Tübingen 1996, S. 164 ff.

655 M. LESCHKE/D. SAUERLAND, «Zwischen» Pigou und Buchanan?, S. 192 ff.

656 Vgl. zum Ganzen: M. LESCHKE/D. SAUERLAND, «Zwischen» Pigou und Buchanan?, S. 190 ff.

zu dem sich gegenseitig bereichernden, aber nicht wissenschaftlich voraussehenden Zusammenwirken der Systeme Recht und Wirtschaft gemäss N. LUHMANN. Aus der hier vertretenen Sicht einer vorsichtigen Vorausschau können jedoch wissenschaftliche Ansätze einer Wohlfahrtsökonomie verfolgt werden, jedenfalls solange sie nicht falsifiziert sind. Nach dem kritischen Rationalismus nach K. R. POPPER entsteht das Wissen aus dem bewusstem Entwurf und der Ausmerzung von Fehlern.[657] Eine effiziente Regel ist nach R. COASE das Ergebnis, nach J. M. BUCHANAN der bereits durch einen Konsens implementierte Ausgangspunkt einer rationalen Theorie der Wirtschaftspolitik.[658] Weder R. COASE noch J. M. BUCHANAN widersprechen jedoch dem Grundsatz, dass Entscheidungen nach der Massgabe ihrer Fremdkomplexität dezentral richtig gefällt werden sollen.

III. Ein pragmatischer Standpunkt

Aus der hier vorgetragenen Sicht ist die Diskussion um die Wohlfahrtsökonomie solange zu akademisch, als sie die Perspektive einer konkreten Umsetzung samt Kosten und Widerständen nicht umfassend integriert. In die Theorie soll auch die faktische Komplexität ihrer Umsetzung integriert werden. Die Kunst der Optimierung ist entsprechend die Beachtung individueller und, falls davon abweichend, sozialer Nutzen und die – so weit wie ökonomisch sinnvolle – Kanalisierung der externen Komplexität vorzunehmen. Eine Sollens-Ordnung bildet sich dabei aufgrund der hohen Kosten und der Komplexität nicht spontan, sondern wächst gemäss N. LUHMANN nach eigenen, akzeptierten Regeln aus sich selbst heraus. Mitentscheidend bei der Bestimmung von Freiheitsgraden privaten Handelns sollte sein, ob die faktische Komplexität der Systemumgebungen eine Verbindung mit dezentralen individuellen oder mit zentralen Entscheidungen einer Sollens-Ordnung erfordert. Dabei ist nichts darüber gesagt, in welchem Verfahren Normen zu Stande kommen sollen, sondern nur, dass sie inhaltlich die faktische Komplexität im Zusammenspiel der Systeme berücksichtigen sollen.

Dass im Rahmen einer demokratischen Ordnung faktische Komplexität und die Kosten ihrer Reduktion aufgrund der realen Rückkopplung eher implementiert

---

657 K. R. POPPER, Objektive Erkenntnis, Ein evolutionärer Entwurf, Hamburg 1973, S. 269 ff.

658 Vgl. M. LESCHKE/D. SAUERLAND, «Zwischen» Pigou und Buchanan?, S. 199.

werden, ist wohl richtig. Dies ist aus einer Effizienzperspektive letztlich aber auch nur eine Frage des optimalen Verfahrens zur effizienten Berücksichtigung von realen Differenzierungen. Die direkte Verbindung externer Effekte schon bei der Ausstattung der Wirtschaft mit Verfügungsrechten bringt die höchste Treffsicherheit und die geringsten Transaktionskosten einer Regelimplementierung mit sich. So gut und soweit mit einer Verbindung ein externer Effekt (als Fremdkomplexität für die beiden Systeme Wirtschaft und Recht) normativ erfasst werden kann, ergeben sich weder Kosten für die Implementierung von faktischem Wissen noch für die Kontrolle der Übereinstimmung mit dem Sollens-System. Bei dezentralen Lösungen werden Informationen direkt beim Entscheidungsträger gesammelt und Differenzen im richtigen Umfang korrigiert. Sie halten die administrativen Kosten klein und sind in einem liberalen Wirtschaftssystem in der Regel treffsicherer als zentrale, staatliche Lösungen.

Private Lösungen sind deshalb grundsätzlich auch in der Differenzminimierung zum Sollen gegenüber zentralen Ansätzen zu präferieren.[659] Staatliche Eingriffe sind jedoch besser geeignet Informationsasymmetrien zu überbrücken, z. B. wenn sich der Entscheidende und der von einer Wirkung Betroffene nicht identifizieren können oder ein vertraglicher Austausch sonst nicht möglich ist.[660] Soweit keine Möglichkeit einer Übertragung von Rechten besteht und die Rechtssubjekte gerade wegen faktischer Komplexität nicht selbst die externen Effekte zu beseitigen vermögen, können nur kollektive Regeln bzw. staatliche Vorschriften greifen. Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Interventionen zur Minimierung externer Effekte haben entsprechend je nach faktischen Voraussetzungen der Umsetzung einen idealen Wirkungskreis.

Die Höhe der Verhandlungs- und Umsetzungskosten ist das mitentscheidende Kriterium dafür, ob sich dezentrale Vertragsbeziehungen ergeben oder nicht. Soweit sie entstehen, können sie, wie R. COASE betonte,[661] auch über die Art der optimalen Regulierung (insbesondere staatlich oder privat) entscheiden. Sie betreffen bei der privaten Lösung sowohl die Höhe der Kosten eines Vertragsschlusses als auch die

---

659 M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 133.

660 Vgl. zum Gegensatz der beiden Ansätze H. KARL, Der Einfluss von Ronald Coase auf die Umweltökonomik, in: Ronald Coase' Transaktionskosten-Ansatz, Tübingen 2000, S. 80 f.

661 R. H. COASE, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, Ausgabe 1960/III, S. 29 ff.

Informationsbeschaffung. Zuweilen finden sich jedoch keine Märkte oder keine Abschlussgelegenheiten für Verträge, was die Transaktionskosten erhöht und für staatliche Massnahmen spricht. Teilweise erhöhen die Marktteilnehmer die Transaktionskosten auch bewusst, um im Eigeninteresse gesamtökonomisch nicht sinnvolle Regulierungen durchzusetzen. Dies kann im Bereich des Gesundheitswesens z. B. bei allgemeinen Vertragsbedingungen, deren Studium sich zuweilen selbst für Rechtskundige ökonomisch nicht rechnet, der Fall sein, wenn in Beipackzetteln oder Fachinformationen mit sehr vielen Informationen eine Gewichtung der wesentlichen Risiken verloren geht. Auch die private Natur von Informationen erschwert die privatwirtschaftliche Überbrückung von Informationsungleichgewichten.

Dispositive Vertragsinhalte können für jedoch reserveweise geschaffen werden um einen effizienten Austausch zu erleichtern. Durchdachte Ausgangsverteilungen von *property rights* dienen, wie insbesondere von R. COASE hervorgehoben,[662] der Ermöglichung von effizienten Vertragsschlüssen. Auch können Vorschriften und Möglichkeiten zur Verbesserung des Austauschs von gesicherten Informationen geschaffen werden, wie z. B. vertragliche Aufklärungspflichten oder öffentliche Datenbanken. Die Transaktionskosten zur Erschliessung einer Anwendung von Wissen nehmen mit zunehmender Komplexität und Differenzierung der Systeme zu. Bei hochkomplexer Wissenschaftlichkeit führt dies auch zu einer fehlenden Möglichkeit Privater, den Inhalt und die Umsetzung von Verträgen überprüfen zu können. Im Zeitalter des Internets sind viele Kosten der Informationsbeschaffung zwar geringer geworden. Trotzdem sollen Informationen über die Gesundheit jedenfalls im Rahmen eines Grundangebots aus Gründen des Schutzes der Persönlichkeit bzw. des Datenschutzes grundsätzlich nicht zugänglich sein. Sind die Transaktionskosten aber insgesamt erheblich, besteht – wie von A. C. PIGOU festgestellt – keine oder eine eingeschränkte Handelbarkeit. Ist eine private Evaluation oder ein privater Vertragsschluss aus diesem Grund nicht möglich, so ist das normative Eingreifen die einzige Möglichkeit zur Optimierung.

Häufig, z. B. im Falle der Notlage eines Patienten, wird kein bewusster Vertragsschluss und keine Abwägung von Risiken erfolgen. Der Patient hat auch kaum eine

[662] R. H. COASE, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, Ausgabe 1960/III, S. 28 f.

Möglichkeit, die beruflichen Qualifikationen von medizinischen Leistungserbringern nachzuprüfen. Über die Art einer spezifischen Leistungserbringung kann er sich zwar informieren. Welche Standards dabei beachtet werden müssen und wie diese eingehalten werden, entzieht sich jedoch in aller Regel einer Laienperspektive, jedenfalls bis zu einer allfälligen juristischen Aufarbeitung. Demgegenüber können die Informationen bei autoritativen staatlichen Anforderungen mit einem relativ geringen Aufwand beschafft werden. Für gleichartige Sachverhalte können kostengünstig in der Anwendung leicht adaptierbare Standards geschaffen werden.

Auch beim Vollzug steht die dezentrale Verteilung von Informationen im Vordergrund, weshalb der privatrechtliche Vollzug mittels eines passenden Sanktionen tendenziell günstiger sein wird als eine zentrale Kontrolle.[663] Eine auf individuellen Verfügungsrechten basierende Ordnung liefert jedoch auch hinsichtlich des Vollzugs nicht in allen Fällen gesamtwirtschaftlich optimale Ergebnisse. Wegen der bloss allgemeinen Geltung der Normen bleibt ein zweckwidriger Missbrauch möglich. Der optimale Aufwand zur Aufrechterhaltung einer Regel schliesst ein verbleibendes Mass zweckwidriger faktischer Angriffe auf Regeln nicht aus. Insbesondere bei einer arbeitsteiligen Organisation und in einem faktisch komplexen Umfeld besteht die Gefahr, dass besser informierte Dritte durch opportunistisches Verhalten eigene Vorteile erzielen können, ohne dass diese mit geringem Aufwand bekämpft werden können. Bei sozialen Leistungen, deren Höhe sich nach dem Urteil einer Drittperson richtet, kumulieren sich somit die Gelegenheiten faktischer Abweichung vom Recht mit der Möglichkeit der Maximierung individuellen Nutzens.[664]

[663] Vgl. dazu nachstehend S. 280 ff.

[664] Vgl. dazu nachstehend S. 281 ff.

6. Optimierungsleitlinien aus systemtheoretischer Sicht

a) Eine Gesamtausrichtung auf Ziele bzw. Werte

Das Recht hat in einer systemtheoretischen Sicht nach N. LUHMANN primär die Aufgabe, seinen Geltungsanspruch durchzusetzen. Wie bei einem Immunsystem sollen sodann auch zukünftig mögliche Ereignisse reguliert werden.[665] Falsche Informationen schaden der Entwicklung beider Systeme.[666] Informationen des anderen Systems werden jedoch auch im Rahmen vorausschauender Entscheidungen nur selektiv einbezogen. Was nicht erfasst wird, geht in der Analyse unter, weil der Umstand nach der Regel des eigenen Systems nicht zu verarbeiten ist. Insbesondere gibt Geld als Zahlungsmittel die Wechselwirkungen nur unvollkommen wieder. Die Komplexität der verarbeiteten und prognostizierten Zusammenhänge ist dementsprechend gegebenenfalls zu ergänzen. Die Schwächen der Sollens-Ebene in der faktischen Rezeption sind nicht einfach hinzunehmen, sondern wenn möglich mit den Vorteilen von Erkenntnissen anderer Systeme zu koppeln.

Die meisten Rechtsordnungen setzen aufgrund von realer Notwendigkeiten eine produktive Zielrichtung voraus. Die nutzenstiftende Berücksichtigung der Wirtschaft bildet eine Fortführung der grundsätzlichen Wertentscheidung zugunsten der Nützlichkeit in einem sozialen System. Das Recht wird deshalb in den meisten Rechtsordnungen Regeln und Freiräume für die Ausübung von Verfügungsrechten schaffen, welche die Wirtschaft in ihrer Zielsetzung unterstützen. Das System der Wirtschaft agiert im Gegensatz dazu mit einer genuinen Nutzenorientierung. Die Wirtschaft ist zudem eher geeignet, die Umwelt umfassend aufzunehmen und die Zukunft zu projizieren.[667] Sie verfügt mit dem Tauschmittel Geld über ein selbstreferenzierendes Mittel zur Spiegelung der Knappheit.[668] Die Vorteile sind auf der

---

665 N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 161, 565.

666 N. LUHMANN definiert Information als Überraschungswert von Nachrichten (N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, S. 352.). Informationen in diesem Begriffsinne zerstören Erwartungshaltungen.

667 N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 345, beschreibt den möglichen Gewinn in seinen Worten wie folgt: «Was möglich bleibt, ist jedoch: im Anschluss an den Geldcode Differenzminimierungsprogramme [von System und Umwelt] zu entwickeln und mit Hilfe dieser Programme dann Beobachtungen zu orientieren bis in einen Grad der Spezifikation hinein, der ohne diese einschränkenden Voraussetzungen unerreichbar bliebe».

668 N. LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 197 ff.

Ebene der Kommunikation durchschlagend: Die Selektion von Information, die Abstraktion von realen Gegebenheiten, die Teil- und Quantifizierbarkeit fördern die fast uneingeschränkte Kommunikation.[669] Die Wirtschaft kann insbesondere gegenseitige Abhängigkeiten über die Zeitachse und bei variierenden Umständen über ein allgemein akzeptiertes Kommunikationsmittel vermitteln.

Eine gesamtwirtschaftliche Nutzenmaximierung verlangt aufgrund notwendiger Austauschhandlungen nach einer inhaltlich mindestens vergleichenden, ordinalen Nutzenbestimmung.[670] Als primär bzw. grundlegend können dabei Rechte und Güter angesehen werden, welche notwendig sind, um andere Rechte oder Güter begründen zu können. Sie können z. B. das Recht auf Leben, auf Eigentum, auf selbstbestimmte Handlungen oder den Schutz der Gesundheit umfassen. Ob der Staat selbst handelt oder ob ihn eine Gewährspflicht trifft, ist bei dieser Unterscheidung nicht von Bedeutung. Sekundär sind demgegenüber Rechte, welche primäre Rechte voraussetzen und deren Verteilung oder Nutzung betreffen.[671] Als Beispiele sind Rechte zu nennen, welche sich aus den Sozialzielen nach Art. 41 BV ergeben.[672] Im Gesundheitswesen könnten die primären, elementaren Rechte auf Leben, menschliche Existenz und körperliche Integrität von den diesen Gütern dienenden Ansprüchen z. B. auf eine für die Gesundheit notwendige Pflege nach Art. 41 Abs. 1 lit. b BV oder eine medizinische Grundversorgung mit hoher Qualität nach Art. 117*a* BV unterschieden werden. Die Unterscheidung lässt sich nebst der Abhängigkeit der sekundären zu primären Zielen auch mit Verweis auf eine gefestigte liberale Rechtstradition begründen. Freiheit, Eigentum, Handel und entsprechende Schutzpflichten des Staates dienen nicht nur dem ökonomischen System, sie gelten auch als Grundpfeiler einer liberalen Rechtsordnung. Dazu gesellen sich Ziele, die auf diesen Rechten aufbauen sowie Ziele des Ausgleichs. Das Recht wi-

---

669 Die Generalisierung des Geldes zeigt sich in der «Indifferenz gegen Unterschiede in zeitlicher, sachlicher und sozialer Hinsicht» (vgl. N. LUHMANN, Wirtschaft als soziales System, S. 215) und ermöglicht damit unbestimmte Kommunikationen, vgl. D. KRAUSE, Luhmann-Lexikon. 4. Auflage, Stuttgart 2005, S.47.

670 A. VAN AAKEN, «Rational Choice» in der Rechtswissenschaft, S. 218.

671 Vgl. M. CORNELIS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 624 ff. und 629 ff.

672 Oder z. B. Ziele im Hinblick auf die Bewahrung und Förderung von kulturellen Zielen nach Art. 69 ff. der BV oder des Umweltschutzes und der Raumplanung nach Art. 73 ff. BV.

derspiegelt damit nicht nur das Verständnis einer liberalen, dezentral organisierten Wirtschaft, sondern auch die Vielfalt von weiteren Zielen bei gesamtgesellschaftlichen Entscheiden.

Die Zuordnung von Rechten und Gütern zu individuellen Rechten tritt damit mit anderen, sekundären Zielsetzungen in Konkurrenz. Dabei wird zielorientiert von ökonomisch relevanten und damit von optimierbaren finalen Normen ausgegangen. Normativ gesprochen werden Grundrechte somit durchwegs und anwendungsorientiert als Prinzipien, d. h. als abwägungsfähige bzw. wirtschaftlich ausgedrückt, optimierungsfähige Grundnormen aufgefasst.[673] Dies gilt auch dann, wenn sie als Grundgebote oder Pflichten des Staates einen schwer abzuwägenden Charakter aufweisen.[674] Weil gerade Begründungslinien für das Ausmass staatlicher Leistungen erfasst werden sollen und die Ökonomie als beigezogene Hilfswissenschaft eben nicht *ex ante* vor Abgrenzungsproblemen im marginalen Bereich kapitulieren soll, muss eine Optimierung grundsätzlich auch diesbezüglich offen bleiben.

Eine Integration von primären und sekundären Gütern in eine gesamthafte Optimierung ist möglich, wie diverse Entscheide der Rechtspraxis[675] insbesondere im Rahmen einer Abwägung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne zeigen.[676] Der Charakter der Grundrechte als Prinzipien, d. h. als Normen mit einer zugrundeliegenden inhaltlichen Zielrichtung, verlangt nach einer Abwägung im Einzelfall. Im Einklang mit einer ökonomisch begründbaren, zweiten Abwägungsregel ist bei der

---

673 M. CORNELIS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 589, spricht von einer abwägungsfähigen *prima facie* Norm.

674 Vgl. dazu M. CORNELIS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 588 ff. und 596 ff.

675 Vgl. statt vieler den illustrativen Entscheid zu Google-Street View BGE 138 II 346 Erw. 10.6 und 10.7. Danach ist eine Fehlerquote des Anonymisierungsprogramms von ca. 1 % beim Persönlichkeitsschutz noch zulässig. Aus dogmatischer Sicht interessant ist die Vereinigung der Abwägung der geschützten Rechtsgüter in einer Gesamtsicht, unter dem Titel der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne in Erw. 9.3: «Es erscheint zweckmässig, die im Rahmen der Interessenabwägung und der Verhältnismässigkeitsprüfung massgebenden Gesichtspunkte gesamthaft zu prüfen und auf eine Aufspaltung der Behandlung dieser inhaltlich sehr eng zusammenhängenden Fragen zu verzichten.», vgl. dazu nachstehend S. 235 ff.

676 M. CORNELIS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 625, mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung.

Gewichtung das Mass der (Nicht-)Durchsetzung eines Prinzips und dessen Gewichtung im Vergleich zu anderen Prinzipien zu berücksichtigen.[677] Bei Abwägungsverboten und notstandsfesten Bestimmungen sollen die besonderen Hürden grundsätzlich nicht aus ökonomischen Gründen übersprungen werden.[678] Welche Prinzipien vorrangig sind, obliegt aus normativer Sicht dem Gesetzgeber und, bei Spielräumen, den Gerichten in der Rechtsanwendung.

Wegen der Notwendigkeit der Alimentierung aus den allgemeinen finanziellen Mitteln ist der interpersonelle Austausch von Werten bei finanziellen Leistungen nicht zu vermeiden. Auch nicht quantifizierbare Werte sind einzustufen. So wird z. B. bei einer Impfung ein Obligatorium einer freien Entscheidung vorgezogen, weil die durch die Verweigerung eventuell bedrohte Gesundheit Anderer höher gewichtet wird als die Freiheitseinbusse der Impfung beim Verweigerer.[679]

Die Vorgehensweise ist damit wohlfahrtsökonomisch, d. h. die Entscheide sollen sich grundsätzlich nach einem gesamtwirtschaftlichen Nutzen ausrichten. Eine gesamtwirtschaftliche Optimierung baut auf eine Vergleichbarkeit von Zielen im Hinblick auf Wohlfahrtsgewinne. Der Unterschied der hier verfolgten Optimierung von Werten zu einem PARETO-Kriterium liegt damit in der Notwendigkeit interpersoneller Nutzenvergleiche. Der Unterschied zum KALDOR-HICKS-Kriterium liegt in der Möglichkeit auch eines Zwangs und der Möglichkeit einer Durchführung mit Transaktionskosten. Insbesondere beim Eingriff in die wirtschaftliche Freiheit sind jedoch die normativen Rahmenbedingungen und insbesondere die Kernbereiche von Grundrechten zu beachten.

Entsprechend wird aus einer liberalen Sicht ein teilweise um Zwang ergänztes KALDOR-HICKS-Kriterium gewählt. Aus einer regulativen Sicht wird ein gesamtgesellschaftliches Vermögensmaximierungsprinzip um normative Aspekte ergänzt. Entsprechend soll der vorliegende, beide Sichtweisen integrierende Ansatz weder mit

---

677 Vgl. R. ALEXY, A Theory of Constitutional Rights, S. 418.

678 Vgl. S. 92 oben.

679 Vgl. dazu nachstehend S. 203 f.

einer weitgehenden Kommerzialisierung mittels Abbildung von allen Lebensbereichen in Zahlungen,[680] noch mit einem autoritativen Nutzenmaximierungskalkül mit klaren Ausnahmen gleichgesetzt werden.

b) Optimierung durch eine auf Nutzen und Kosten bezogene Anknüpfung

Eine wirtschaftliche Optimierung sucht demgemäss primär nach einer möglichst geringen Differenz der beidseitigen Systemadaptionen an ihre jeweilige Umwelt.[681] Das Recht vermindert die Differenz in der Wahrnehmung der Wirtschaft, um seine Funktionen dort möglichst anwenden zu können. Die Wirtschaft vermindert mit der Anpassung die rechtlichen Sanktionen. Bei einem jeweils sequenziellen, aktiven Bemühen der Rechtsordnung um Schliessung von Differenzen (Immunabwehr) kann nach längerer Evolution ein Normgeflecht entstehen, welches kaum mehr aus seinen Prinzipen heraus erklärt werden kann.[682] Das Bemühen um die Verhinderung von Zweckwidrigkeiten verdeckt den Zweck. Das wissenschaftliche Ziel wäre jedoch, die Differenzen von erlernbaren, kognitiven Erwartungen und dem Beobachtungsgegenstand nachvollziehbar zu erschliessen. Dies bedingt eine Aufschlüsselung von Arten der Differenzen. Eine ökonomische Analyse des Rechts integriert zwei Arten von Differenzen: Erstens die Unterscheidung zwischen der ökonomischen Realität und dem System ihrer wirtschaftstheoretischen Erklärung, zweitens die Differenz zwischen diesem theoretisch aufgebauten System und dem rechtlichen System.

Eine Optimierung muss grundsätzlich an reale Wirkungen anknüpfen. Sie umfasst die positiven Wirkungen des Rechts auf die Umwelt, z. B. durch Innovation, Erfindungen, Rationalisierung und dessen Realitätssicht. Von Interesse ist die Optimierung des Zusammenwirkens der beiden sozialen Systeme Recht und Wirtschaft.

---

680 Zur Diskussion vgl. K. MATHIS, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 166 ff. und H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, 5. Auflage, S. 21 f.

681 Immanente Werturteile sollten nicht faktisch legitimiert werden, vgl. aber die pessimistischere Sicht von N. LUHMANN, Kontingenz und Recht, S. 176 ff. und N. LUHMANN, Einführung in die Systemtheorie, S. 167 ff.

682 N. LUHMANN, Soziale Systeme, S. 443.

Über die Zeitachse etablieren sich bei Differenzen im externen Verhältnis akzidentielle Schäden. Intern sind fehlende produktive Entwicklungen die Folge.[683] Die beiden Systeme können sich inhaltlich nach Massgabe ihrer Prämissen finden: Soweit rechtlich gebilligt oder erwünscht, werden Rechte wirtschaftlich handelbar und finden ihren Wert bei einem Preis. Häufig ist die direkte Ökonomisierung von individuellen Rechtspositionen vom Recht jedoch nicht gewollt. Das Recht unterbindet deshalb oft die direkte Einflussnahme der wirtschaftlichen Umwelt auf seinen Code. Es behält in der Regel die Entscheide einem pragmatischen Ansatz eigenständiger Codierung vor. Der Vorbehalt rechtlicher Einordung und die Abwägung von Interessen erscheinen aus rechtlicher Sicht als systemgetreue Beschränkungen der Bezugnahme auf externe Systeme. Der Ansatz charakterisiert sich entsprechend gerade nicht nur in der Anwendung des systeminternen binären Codes, sondern in einer Aufnahme von Wirkungen anderer Systeme mit quantifizierbaren Codes auf der Ebene von Evaluation und Begründung.

Die Stabilität der Verknüpfung von Verfügungsrechten mit externen Effekten hängt u. a. von der Art der Rechte und ev. damit verknüpften Gegenstände, der Einstellung der verfügungsberechtigten Personengruppe und der Komplexität der Systemumwelt ab. Der Gesetzgeber wird mit dezentralen Entscheidungsträgern als Adressaten und gleichzeitig Akteuren konfrontiert. Diese zweigliedrige Struktur hat zur Folge, dass die makroökonomische Optimierung mit einer mikroökonomischen Steuerung, mit Anreizen und Sanktionen, arbeiten muss. Die Ausgangslage der Verteilung von Rechten und Pflichten kann und soll sich grundsätzlich mittels dezentralen Entscheidungen zentral steuerbar ändern.

c) Der Einbezug der Kostenstruktur

Weil eine Tendenz zur subjektiven Optimierung bei dezentralen Entscheidungen vorhanden ist, wird somit eine Regulierung und der Einbezug von Systemübergängen notwendig. Damit fliesst der administrative Aufwand für die Lenkung und die Kontrolle der Wirkung von Entscheiden im faktischen System in die Optimierung ein. Eine Relativierung des Nutzens einer Regulierung aufgrund der Implementierungskosten greift aus ökonomischen Gründen dann, wenn ein normativer Eingriff

[683] N. LUHMANN, Soziale Systeme, S. 442 f.

in der Umsetzung teurer wird als ihr Nettonutzen. Zu berücksichtigen sind bei einer interpersonellen, gesamtwirtschaftlichen Betrachtung sekundär zudem die Unterschiede individueller Bewertungen bzw. die Kosten einer Risikostreuung zu deren Überbrückung. Die gesamtwirtschaftliche Wirksamkeit einer Vorschrift ist am Erreichungsgrad unter Einbezug auch unerwünschter Nebeneffekte zu messen.[684] Die Ziele der Maximierung individuellen Nutzens und der Minimierung der administrativen Kosten lassen sich dabei nicht nebeneinander verwirklichen. Im Gegenteil dienen die administrativen Kosten definitionsgemäss der Verwirklichung von primären Zielen und damit der Maximierung eines primären Nutzens. Jedoch ist in der aggregierten Betrachtung eine zusammenfassende Optimierung des sozialen Nutzens und der administrativen Kosten möglich.[685]

Eine grosse Anzahl individueller Nutzenfunktionen formen eine von individuellen Ausschlägen bereinigte, in der Umgebung von lokalen Optima stetig verlaufende soziale Gesamtnutzenfunktion. Die Aggregation der Nutzen und Gesamtausrichtung der individuellen Nutzenfunktionen führt sowohl zu einer faktischen wie auch einer wertmässigen Interpendenz des Individuums zur Gesellschaft. Bei jedem Stand individueller Nutzenfunktionen kann entsprechend auch der faktische Aufwand zur Abwehr von gesamtwirtschaftlich gesehen zweckwidriger individueller Nutzenoptimierung ermittelt werden. Bei jedem Stand individueller Nutzenfunktionen kann aber auch aus einer normativen Sicht eine korrigierende Bewertung eines individuellen Nutzens erfolgen.[686] Dies führt zum Zwischenresultat, dass sowohl die individuellen Nutzenkurven als auch der gesamtwirtschaftliche Nutzen bei einer bewertenden Zusammenfassung als auch die administrativen Kosten einer faktischen Absicherung nebeneinander existieren.

---

[684] G. MÜLLER/F. UHLMANN, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, S. 51 f.

[685] Vgl. Guido CALABRESI, The Costs of Accidents, S. 29.

[686] Die dezentralen Bewertungen von Gesundheitsgütern verlaufen bei der Frage Leben oder Tod und bei Fragen zum Schutz elementarer Gesundheitsgüter z. B. nach einer humanistischen oder christlichen Auffassung unstetig. Im Übrigen können jedoch aufgrund der faktischen Natur menschlicher Existenz auch individuelle Nutzenänderungen bei faktischen Verbesserungen eines Risikoausgleichs angenommen werden. Entsprechend können eine Sollens-Perspektive oder ein faktischer, individueller Risikoausgleichsnutzen in beiden Systemen zu Bewertungsdifferenzen durch einen Risikoausgleich führen. Ungeachtet dessen wird jedenfalls eine Relativität von Nutzenbewertungen in die Analyse miteinbezogen.

Eingereiht in die aufgezeigte systemübergreifende Analyse kann der individuelle Nettonutzen nach Abzug der kausal unmittelbar verbundenen Kosten als ein primärer Gesichtspunkt einer optimierenden Einstufung benannt werden. Bei jedem lokalen Optimum unterschieden werden können in Anlehnung an G. CALABRESI sekundäre Kosten, welche in den intersubjektiven Bewertungsdifferenzen angelegt sind, z. B. im Umstand, dass für Individuen eine grundlegende medizinische Massnahme in der Regel wichtiger ist als das sonstige Wohlergehen.[687] Die sekundären Kosten haben ihren Entstehungsgrund zwar auch in den individuell verschiedenen Nutzenkurven, entstehen aber erst mit dem individuell oder gesamtgesellschaftlich begründeten Wunsch einer wertenden Korrektur. Die Orientierung an einem gesamtgesellschaftlichen Nutzen von regulatorischen Massnahmen bedingt zudem die Berücksichtigung auch von administrativen Kosten der Umsetzung einer Regulierung.[688] Diese nach G. CALABRESI tertiär benannten Kosten werden durch den Versuch einer Überbrückung von Differenzen der individuellen Handlung zum regulativen System in den Phasen II und IV verursacht. Die systematische Analyse führt bei regulativen Massnahmen somit zu einer allgemeinen Dreiteilung der Nutzen-Kosten-Struktur analog den Kosten von Unfällen nach G. CALABRESI in seinem Buch «*The Costs of Accidents*».[689]

d) Der Einbezug der Probleme von Nutzenbewertungen

I. Die Dimensionen der Unbestimmtheit bei Bewertungen

Die erwähnte Problematik der verschiedenen Referenzen bei einem interpersonellen Vergleich von Werten kann trotz den sekundären Versicherungskosten nicht vollumfänglich gelöst werden. Aufgeteilt in die Dimensionen von Raum und Zeit sind folgende offenen Punkte zu nennen:

---

[687] Im Bereich der privatrechtlichen Sanktionsregulative hat sich eine entsprechende Dreiteilung von Kostenarten etabliert: Gemäss dem Ansatz der Kostenstrukturen nach G. CALABRESI können die Kostenarten im Haftpflichtrecht in direkte Auszahlungen, Kosten der Risikostreuung durch eine Versicherung (sekundäre Kosten) und administrative (tertiäre) Kosten aufgeteilt werden, vgl. G. CALABRESI, The Costs of Accidents, S. 26 ff.

[688] Dies gilt z. B. in Fällen, da der Staat zur Wahrung der Grundrechte der Bürger zum Eingriff verpflichtet ist, vgl. vorne lit. a), S. 181.

[689] Vgl. Guido CALABRESI, The Costs of Accidents, S. 26 ff.

- Die individuellen Nutzenkurven sind sowohl hinsichtlich der absoluten Höhe als auch hinsichtlich des Werts von zusätzlichen Nutzeneinheiten nicht fixiert. Offen bleibt daher insbesondere die Bewertung individueller Nutzen zueinander wie auch im Verhältnis zu finanziellen Mitteln der Gemeinschaft. Eine Sozialversicherung kann zwar eine Verschiebung von Werten hin zu grösserem individuellen Nutzen ermöglichen. Sie kann durch die Risikostreuung den Einzelnen vor dem Bankrott bewahren und ist selbst unter der Voraussetzung des ökonomischen Überlebens des Einzelnen besser, weil der Grenznutzen von Geld in der Regel sinkt. Doch welches Mass eines sinkenden Grenznutzens des Geldes ist auf welcher anderen individuellen Nutzenkurve bei der Unterstützung der Produktion von Gesundheitsgütern oder mit obligatorischen Versicherungen auszugleichen? Eine Optimierung unter Berücksichtigung einer humanistischen, z. B. christlichen Tradition gewichtet die Kosten einer ohne Not zahlbaren Prämie weniger hoch als den Nutzengewinn zugunsten des Lebens und der Gesundheit von ökonomisch Bedürftigen. In welchem Mass diese Werturteile einer mitmenschlichen Komponente einfliessen sollen, wird in einer rein ökonomischen Perspektive nicht erfasst.

- Wie sind z. B. ein realer Fortschritt oder ein zukünftiger Güterzuwachs im Vergleich mit Gütern der Gegenwart zu bewerten? Bei intertemporalen Wahlentscheidungen werden mögliche zukünftige Gütergewinne von Individuen tendenziell unterbewertet. Entsprechend kann ein Staatswesen diese vom Markt zu wenig produzierten meritorischen Güter, wie z. B. Bildung oder Investitionen in den technischen Fortschritt, bewusst fördern.[690] In welchem Mass soll der Staat zu Gunsten dieses Fortschritts z. B. Patente schützen? Patente werden auch und gerade mit ihrem Rückkoppelungseffekt auf die Anbieterseite gerechtfertigt. Auch die Entwicklungen auf Seite der Nachfrager wären grundsätzlich in eine Bewertung einzubeziehen. Wie entwickelt sich z. B. in Zukunft die Lebenserwartung oder die Lebensqualität mit und ohne eine heutige Leistung? Die Fortschritte der Medizin sind so dyna-

[690] N. G. MANKIW/M. P. TAYLOR, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 324 ff.

misch, dass nicht mit dem heutigen Wissen abgeschätzt werden kann, welche zukünftigen Entwicklungen beim Wert eines Lebens oder einer Gesundheit trotz Leiden möglich sind.

Ohne Rücksichtnahme auf diese Entwicklungen werden die Nachteile einer Bewertung evident.[691] Zweifach brisant sind im politischen Diskurs die Fragen, welche eine grosse Komplexitätsreduktion nach dem ersten Strich der obigen Aufzählung in ihrem Zusammenwirken über die Zeit mit einer Reduktion nach dem zweiten Strich aufnehmen. Weder die Beurteilung der Qualität des Lebens oder der Gesundheit von andern noch eine Entwicklung dieser Güter sind aus rechtlicher Sicht der Ökonomie zu überlassen. Entsprechend ist nicht nur genau zu fragen, was optimiert wird, sondern auch, mit was verglichen wird. Der entscheidende Faktor liegt nicht nur in der Bewertung der betroffenen Güter, sondern auch in der jeweiligen Relation zur faktischen Umwelt, weil nur diese Antwort gibt über die Notwendigkeit von Regulierungen, den notwendigen Einsatz von Ressourcen oder den zu erwartenden Erfolg. Dabei ist die eventuell dynamische Entwicklung ohne Regulierung zu beachten, welche auch negativ verlaufen kann.[692] Vor dem Hintergrund möglicher negativer Entwicklungen während des laufenden Verfahrens wurde z. B. die Früherfassung von möglichen IV-Rentnern nach Art. 3*a* ff. im IVG statuiert.

Die kausalen Abläufe im Bereich der Leistungsverwaltung sind in hohem Mass unbestimmt. Häufig ist insbesondere ungeklärt, wie die alternative Entwicklung ohne den beabsichtigten Steuerungseffekt und ohne Ausgabe der staatlichen Mittel gewesen wäre. Deshalb tritt ein empirischer Erkenntnisabschätzungsraum hinzu,

---

691 Vgl. oben bei FN. 41.

692 Ein Beispiel der angesprochenen Dynamik liefert im Schulrecht eine Untersuchung zum Lebensweg von Schulabbrechern. Gemäss NZZ vom 30. Dezember 2013, S. 5, welche K. HARRIS, Attorney General's 2013 Report on California's Elementary School, Truancy & Absenteeism Crisis, zitiert, sind über 80 % der amerikanischen Gefängnisinsassen Schulabbrecher einer High-School. Die Betreuungskosten Ungebildeter sind entsprechend hoch. Die geschätzten Kosten durch verlorene Produktivität, verminderte Steuereinnahmen und die Inhaftierung von Kriminellen werden mit jährlich 45 Milliarden Dollar beziffert. Im Jahr 2014 sind die Zahlen nicht besser geworden. Vgl. die Berichte zu beiden Jahren unter <http://oag.ca.gov/truancy>, besucht am 17. Juli 2016.

welcher einer Optimierung teilweise noch zugänglich ist. Diese würde jedoch einen verhältnismässig grossen Aufwand bedingen und wäre von schwierig bestimmbaren Grössen und Entscheiden abhängig.[693]

II. Die Grenzen der Abwägung von Geld mit Gesundheit und Leben

Auch wenn in einer Rechtsordnung absolut geschützte Werte einander gegenüberstehen, wird ein Austausch, je nachdem, wie eng eine Budgetrestriktion gefasst werden muss, eingeschränkt zugelassen.[694] Ein verhältnismässig handelnder Rechtsstaat wägt die Vor- und Nachteile im Hinblick auf die Güter der Gesundheit und der freien Willensbetätigung ab. Er soll jedoch nur bei weniger wichtigen oder bei exakt umschriebenen Eingriffen einen Austausch zulassen. Den Vorteilen einer Erlaubnis des Handels sind z. B. auch völkerrechtlich mit einer abgestuften Ordnung die Auswirkungen auf Leben und Gesundheit entgegenzuhalten.[695] Beispielhaft seien zudem die abgestuften Zulassungsvorschriften bei Arzneien angeführt. Ein relativ geringes Gefährdungspotenzial wird vom Gesetzgeber akzeptiert, wenn eine Arznei spezifisch für einen Patienten durch das Fachpersonal einer öffentlichen Apotheke oder Spitalapotheke nach ärztlicher Verschreibung hergestellt wird bzw. ein Fachbetrieb mit Herstellerbewilligung für die eigene Kundschaft Arzneien zubereitet.[696]

---

693 Vgl. M. BOROWSKI, Grundrechte als Prinzipien, S. 206.

694 Vgl. oben S. 6 ff. und 94 ff.

695 Die völkerrechtlichen Abkommen reichen u. a. vom Verbot von Interventionen beim Klonen von menschlichen Lebewesen (vgl. das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen, SR 0.810.21), über das Gebot des gleichberechtigten Zugangs zu Spenderorganen und das Gewinnverbot nach Art. 2 und Art. 21 im Zusatzprotokoll über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (SR 0.810.22) zum blossen Verbot der Gewinnerzielung in Art. 3 des Europäischen Übereinkommens über den Austausch therapeutischer Substanzen menschlichen Ursprungs (SR 0.812.161).

696 Vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. a bis c HMG.

III. Der Wert der Freiheit

Der Gesetzgeber kann im Rahmen der vorgegebenen realen Zusammenhänge Abwägungen treffen und dabei Werte der Gesellschaft auch gegen den Willen von einzelnen Mitgliedern optimieren.[697] Die Freiheit lässt sich dabei nicht nur in der Form der Nichtintervention des Staates, sondern auch als Schutz vor der Ausübung der Freiheit anderer bzw. als Nichtversagen der Gemeinschaft und Erfahrung von Solidarität verstehen.[698] Abwägbare staatliche Leistungen und Eingriffe sind entsprechend auch dann nicht unbestritten, wenn sie volkswirtschaftlich überwiegend als nützlich erscheinen. Die dezentrale Gewichtung von Freiheit und Nutzen kann in Teilen der Bevölkerung zu Widerständen führen, obwohl gesamtökonomisch eine Güterabwägung mit eindeutigem Resultat vorgenommen werden kann.

Die Vorschrift, dem Speisesalz Jod beizumischen, wird z. B. nebst einer Umstellung der Produktion zusätzlichen Aufwand für die Beschaffung von Jod, ev. Forschungskosten und die Kosten für Änderungen beim Vertrieb verursachen. Der Eingriff in die Freiheit des Salzkonsumenten ist im Durchschnitt kaum spürbar, wenngleich ihm damit nach medizinischen Wirkungszusammenhängen im Vergleich zum Zustand ohne Massnahme geholfen werden kann. Der aggregierte Stand der Volksgesundheit bei einer Jod-Beimischung ist unter Berücksichtigung der primären Kosten der Massnahme und den notwendigen administrativen Kosten der Umsetzung abzuwägen im Vergleich zu Alternativen und zum Zustand ohne diese Massnahme. Da die Beimischung von Jod zu Salz beim Produzenten und Konsumenten geringe Einbussen auslöst und sie bei anderen Lebensmitteln weniger geeignet ist, fällt das Urteil trotz Protest von Konsumenten zugunsten des Eingriffes aus.[699] Der kleine Eingriff in die Freiheit ist verhältnismässig, da der durchschnittliche Vorteil der Rechtssubjekte in Form von geringeren gesundheitlichen Problemen bei der

---

[697] Vgl. zu den Optimierungskriterien nach PARETO, KALDOR-HICKS und der Umsetzung auch durch zwangsweisen Vollzug oben S. 165 ff.

[698] Vgl. z.B. H. L. A. HART, Rawls on Liberty and its Priority, in: University of Chicago Law Review 40 (1973), S. 550, der argumentiert: *„Any scheme providing for the general distribution in society of liberty of action necessarily does two things: first, it confers on individuals the advantage of that liberty, but secondly, it exposes them to whatever disadvantages the practices of that liberty by others may entail for them“*.

[699] Vgl. z. B. die Internetseite <https://newstopaktuell.wordpress.com/2016/01/22/warum-jodsalz-ungesund-ist/>, besucht am 20. Juli 2017.

Schilddrüse die Schwere des Eingriffs überwiegt und auch keine bessere Alternative bekannt ist.[700]

Im gleichen Sinne entschieden Verordnungsgeber und Justiz trotz politischen Widerstands bei Zwangsimpfungen von Schafen und Rindern zur Vermeidung der Ausbreitung der Blauzungenkrankheit im Jahre 2008.[701] In Frage gestellt wurden die generelle Notwendigkeit und die positiven Wirkungen von Impfungen bei Tieren.[702] Der Impfzwang wurde von den Initianten des Referendums gegen das Tierseuchengesetz u. a. deshalb abgelehnt, weil sich auf der Grundlage eines freiheitlich orientierten Staatsverständnisses ein Impfzwang nie legitimieren lasse.[703] Die Zwangsimpfung von Menschen wurde bei einem Teil der Bevölkerung noch weniger akzeptiert als die Zwangsimpfung von Tieren. Auch gegen das neue Epidemiengesetz wurde aus Gründen der Freiheitsbeschränkung ein Referendum erhoben.[704] Das Referendum scheiterte jedoch am 22. September 2013 an der Urne.[705] Obligatorische Impfungen am Menschen können nach Art. 6 Abs. 2 lit. d und Art. 22 EpG[706] bei bestimmten Bevölkerungsgruppen oder bei bestimmten Risiken obligatorisch erklärt werden. Bei volkswirtschaftlich gesehen vorteilhaft eingestuften Impfungen strebt das Bundesamt für Gesundheitswesen eine möglichst breite

---

[700] Vgl. den Artikel Schilddrüse, Süddeutsche Zeitung vom 22. Februar 2016, veröffentlicht im Internet unter <www.sueddeutsche.de/gesundheit/jodsalz-broeckchen-des-boesen-1.2865955>, besucht am 20. Juli 2017.

[701] Vgl. das BGer im Entscheid 6B_398/2010 vom 26. Oktober 2010. Rückblickend erscheint die Skepsis jedenfalls bei der Blauzungenkrankheit als kaum begründet. Diese Krankheit ist seit 2010 in der Schweiz nicht mehr aufgetreten. Das Impfobligatorium konnte deshalb ab 2011 entfallen, vgl. die Internetseite des Bundesamtes für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen <https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/tiere/tierseuchen/uebersicht-seuchen/alle-tierseuchen/bt.html>, besucht am 17. Juli 2016.

[702] Das Referendum gegen das neue Tierseuchengesetz wurde am 25. November 2012 verworfen (AS 2013 914).

[703] Die verschiedenen Stellungnahmen sind z. B. auf <http://tsg-referendum.ch/zwangsimpfungen> oder <http://www.zeit-fragen.ch/index.php?id=925> (beide Seiten besucht am 17. Juli 2016) zu finden.

[704] Dies obwohl die Möglichkeit zur Anordnung von Zwangsimpfungen im neuen Gesetz bei den Kantonen verbleibt und diese nur noch unter engen Voraussetzungen des Bundesrechts beschränkt zulässig sind, vgl. Art. 6, 7 und 22 des neuen Epidemiengesetzes (EpG, SR 818.101), in Kraft ab 1. Januar 2016.

[705] AS 2015 1462.

[706] SR 818.101

Durchimpfung der Bevölkerung an. Im Rahmen einer nationalen Strategie zur Masernelimination in den Jahren 2011 bis 2015 entschlossen sich auch zuletzt noch zirka 5 bis 10 % der Bevölkerung, ihre Kinder trotzdem nicht gegen die Masern zu impfen.[707]

Der Widerstand in Teilen der Bevölkerung bei Impfungen zeigt, dass selbst ohne Umverteilung von Ressourcen und selbst unter vergleichbaren, ähnlichen Werten eine Abwägung erhebliche subjektive Befindlichkeiten auslösen kann. Subjektiv geprägt waren in der politischen Diskussion sowohl die Bewertungen der Eingriffe als auch die Einschätzung der kausalen Zusammenhänge. Insbesondere Eingriffe ohne verknüpfbare kollektive Gegenleistungen erscheinen einem freiheitlichen System fremd und können selbst bei geringem Ausmass zu fundamental motiviertem Widerstand führen. Der umstrittene Impfzwang bei der Blauzungenkrankheit wurde – nebenbei bemerkt – bei wenig politischem Gegenwind im Jahr 2010 durch ein System abgelöst, bei dem zwar eine Befreiung vom Impfzwang möglich war, die entsprechenden Tierhalter aber bei einem Gesuch zur Befreiung vom Impfzwang unterzeichnen mussten, dass sie die Folgen von kranken Tieren selbst tragen.[708] Mit diesem Verfahrensablauf wurden die Konsequenzen von kranken Tieren explizit auf die Verursacher überbunden. Damit wurde die Steuerungswirkung ebenfalls erreicht und eine gewisse Freiheit blieb erhalten.

7. Zur Struktur der Optimierungen

a) Eine Übersicht über die involvierten Kausalzusammenhänge

Für eine Ordnung, welche einen Nettonutzen optimiert, sind Minderungen von Freiheitsrechten oder finanziellen Ressourcen beim Einzelnen nur begründet, wenn insgesamt ein grösserer Nutzen entsteht. Dieser Nutzen kann in der Form

[707] Vgl. die Internetseite https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/themen/strategien-politik/nationale-gesundheitsstrategien/nationale-strategie-masernelimination.html, besucht am 14. Juli 2017.

[708] Verordnung des BVET über Impfungen gegen die Blauzungenkrankheit im Jahr 2010, damals SR 916.401.348.2. Ohne diesen expliziten Verzicht gilt und galt schon nach Art. 34 Abs. 1 Tierseuchengesetz (TSG, SR 916.40), dass ein Verstoss gegen seuchenpolizeiliche Vorschriften oder Anordnungen einen Verlust der Entschädigungsansprüche zur Folge hat.

von staatlichen Leistungen erbracht werden, die mehr nützen als sie kosten. Verglichen werden damit – unerheblich ob Leistung oder Eingriff – aggregierte Nutzen sowie Kosten von kausalen Abläufen. Für das Verständnis von Optimierungen zentral ist dabei vorab die Erkenntnis, dass sie genau dort, wo normativ und faktisch Alternativen existieren, möglich ist.

Offen kann vorab sein, wie viel von einer Leistung investiert werden soll. Unter Berücksichtigung einer Kostenstruktur analog der Gliederung nach G. CALABRESI[709] und unerheblich der verschiedenen Möglichkeiten der Bewertungen des Nutzens[710] können dazu innerhalb eines kausalen Ablaufs Strukturen aufgezeigt werden. Im Rahmen der entsprechenden lokalen Optimierung können zusammenhängende Ursachen und Wirkungen betrachtet werden. In Phase I sind Optimierungen der Komplexität ihrer realen Umwelt ausgesetzt, was wegen *moral hazard* je nach dem Einfluss der realen Umwelt eine weitere Art der Optimierung nötig macht. Sodann kann der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit auch auf die möglichen Arten des Vollzugs ausgedehnt werden. Dabei werden z. B. faktisch mögliche Anknüpfungen in ihrer Effizienz verglichen um eine bestimmte Leistung zu erbringen.[711] Die lokale Betrachtung wird somit mit den Freiheiten und Möglichkeiten ihrer Umsetzung kombiniert, d. h. mit einer untergeordneten Optimierung vereint um die Transaktionskosten der lokalen Optimierung zu senken. Offen bleibt daneben, ob nicht kausal unabhängige bessere Alternativen als globale Optima bestehen, welche ihrerseits nach den obgenannten Gesichtspunkten bewertet werden können.[712]

Der massgebende Vergleich können bei der Eingriffs- und bei der Leistungsverwaltung im Einzelfall vor diesem Hintergrund folgende Kausalzusammenhänge umfassen:

---

709 Vgl. vorne S. 197.

710 Vgl. vorne S. 199 ff.

711 Vgl. nachstehende lit. G auf S. 239 ff.

712 Vgl. nachstehende lit. I auf S. 337 ff.

- Den unabhängig von der Leistung wirkenden Wirkungszusammenhang;

- den Wirkungszusammenhang zur Zielerreichung (als Hauptzusammenhang) samt ev. die Folgezusammenhänge des Eingriffs bzw. der Leistung (als unerwünschte Nebenwirkungen). Hier kann im Rahmen einer lokalen Optimierung gefragt werden, ob die Leistung bzw. der Eingriff den beabsichtigten Erfolg erzielt (Hauptzusammenhang) und welche anderen Prozesse mit dem Eingriff bzw. der Leistung wie beeinflusst werden (Hauptzusammenhang, mit Einbezug der Folgezusammenhänge);

- den ebenfalls lokalen Ursachenzusammenhang zur Durchsetzung des Hauptzusammenhanges, welcher die administrativen Kosten verursacht (zusätzlich der Zusammenhang der administrativen Kosten); und

- Alternativen der administrativen Umsetzung des Hauptzusammenhangs, (zusätzlich eine globale Optimierung der administrativen Kosten).

Verglichen werden können mit dem Nutzenstand bei einem hypothetischen Verlauf ohne regulatorischen Eingriff ⓪ unter Berücksichtigung der besten Alternative (Opportunitätskosten) folgende vier Nettonutzenstände: [713]

① Der Nutzen bei Umsetzung des Hauptzusammenhangs,

② eventuell auch unter Berücksichtigung auch von Transaktionskosten der Umsetzung und

③ eventuell auch unter Berücksichtigung von Fremdkomplexität, welche Regeln ausgesetzt sind;

④ dem Nettonutzen im Falle einer globalen Optimierung, d.h. der entsprechenden Nutzenstände von ⓪ bis ③ bei einer global besseren Massnahme.

[713] Vgl. zu den entsprechenden vier Optimierungen oben S. 159 ff.

b) Modellierung

I. Die Annahmen

Dem Nettonutzen einer aktuellen, ev. auch dynamischen Ausgangssituation mit besten Alternativen «$\Delta N(A)$» steht primär ein eventuell besserer, unter Berücksichtigung von Bewertungsproblemen wohldefinierter volkswirtschaftlicher (sozialer) Nutzenstand einer bestimmten Regulierung «$\Delta N(\Delta R)$» gegenüber. Die Regulierung ist jedenfalls nur umzusetzen, wenn «$\Delta N(\Delta R) > \Delta N(A)$», d. h. bis im Optimum gilt:[714]

$$\Delta N(\Delta R) = \Delta N(A) \qquad \textit{(Gleichung 1).}$$

Eine Wirtschaftlichkeit ist jedoch damit je nach den faktischen Umständen noch nicht in jedem Falle erstellt. Insbesondere können je nach Regulierungsgegenstand unterschiedlich hohe Informations- und Vollzugskosten die Kosten-Nutzen-Bilanz einer zusätzlichen Regulierung «$\Delta N(\Delta R)$» trüben. Zu berücksichtigen sind zudem je nach betroffenen Gütern und der Höhe von Risiken auch Versicherungskosten zur Überbrückung von individuellen Bedürfnissen der Absicherung. Letzteres sind nach G. CALABRESI sekundäre Kosten, welche zu den erstgenannten tertiären oder administrativen Kosten, hier vereinfachend Transaktionskosten «ΔTK», hinzutreten.

Bei der Evaluation einer einzelnen regulierenden Massnahme können Unstetigkeiten der Nutzen-Kostenfunktion z. B. aus Gründen technischer Innovationen oder bei nicht durch eine Risikostreuung überbrückbaren Unstetigkeiten in der Güterbewertung (z. B. des Lebens oder der Gesundheit als höchstem Gut) bestehen. Im Bereich von stetig verlaufenden Funktionen mit lokalen Optima, in denen somit über den Nutzen von mehr oder weniger einer bestimmten Leistung im Vergleich zu ihren Kosten diskutiert wird, gilt der Grundsatz des abnehmenden Grenznutzens. Dann ergibt sich in der Gesamtbetrachtung mit zunehmender Leistungshöhe bzw. einem Mehr an Regulierung eine buckelförmige, konkave soziale (Netto-)

[714] Vgl. zu den nachfolgenden Gleichungen den mathematischen Anhang auf S. 378 ff.

Nutzenfunktion «$N(\Delta R)$».[715] Die Transaktionskosten «ΔTK» verteuern eine Regulierung parallel dazu in jedem Fall. Denn die Kosten der Abklärung und des Vollzugs steigen aufgrund der hohen Kosten der Analyse von Wirkungen mit zunehmender Aktivität. Für die Bestimmung eines Optimums müssen die Kosten für das Aufstellen und das Überprüfen von Normen als Interventionskosten enthalten sein.[716]

Wenn der Nutzen mit zusätzlicher Regulierung stetig abnimmt und die Transaktionskosten dies nicht in gleichem Masse tun, wird sich unter der Annahme der Stetigkeit somit eine konkave Optimierungssituation hinsichtlich dieser Regulierungsaktivität ergeben. Das Optimum von Nutzen und Kosten einer bestimmten zusätzlichen Regulierung im Vergleich zum Wert ohne diese Regulierung bestimmt sich aus ökonomischer Sicht dann nicht nach absoluten Kosten- und Nutzengrössen, sondern nach der Frage, ob eine zusätzliche (mit «Δ» bezeichnete) Regulierungsaktivität unter Berücksichtigung der Kosten und Rückkopplungen noch einen gesamthaft positiven Effekt erzielt.

Nach dem Gesagten werden dezentrale Verhaltensweisen nach Massgabe ihrer Freiheiten und der Ausstattung der Verfügungsrechte beeinflusst. Haben zusätzliche normative Massnahmen positive oder negative externe Effekte, sollen diese zur Verhaltenssteuerung und zur Verminderung von administrativen Kosten von den Verfügungsberechtigten direkt adaptiert werden. Die Beseitigung von externen Effekten bedarf eines Aufwandes auf Seiten der Sollens-Ebene, der als sekundärer Faktor aufgenommen wird. Die entsprechenden Transaktionskosten eines Gesetzgebers oder Gesetzesanwenders sowie vor allem die Veränderung beim Nutzen der Regulierung bestimmen, ob sich eine Regulierung lohnt. Die Makroperspektive ist dabei mit unabhängigen Handlungsprämissen auf der Mikroebene des Verfügungsberechtigten konfrontiert. Damit ist auch bei Regeln des Leistungsrechts zu fragen, wo unter Berücksichtigung der Kosten optimal angeknüpft werden kann, wie zugerechnet werden soll und wie ein Vollzug möglich ist. Sodann ist

---

[715] B. BERNET, Theoretische Überlegungen zur Kosten-/Nutzenfunktion der Finanzmarktregulierung, in: B. BERNET/St. ZWAHLEN (Hrsg.), Kosten/Nutzen-Analyse in der Finanzmarktregulierung, Bern/Stuttgart/Wien 2005, S. 15.

[716] Vgl. H. EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 109, spricht von direkten Transaktionskosten.

von Interesse, welcher Grad normativer Entsprechung bzw. welches Leistungsniveau optimal ist. Das Mass, in dem sie sich nicht anpassen, wird erst in einer späteren, tertiären Phase in die Evaluation des Gesamtsystems einbezogen.

II. Die Regel von L. HAND zur Optimierung von Regeln bei administrativen Kosten

Beim optimalen Umgang mit komplexen Verhältnissen können Parallelen zum Haftpflichtrecht helfen. Das Haftpflichtrecht bietet insoweit eine Orientierungshilfe bei einer Struktur, als dazu eine Theorie der Optimierung einer Gesetzgebung im Spannungsfeld von administrativen Kosten und der Beeinflussung dezentraler privater Entscheidungen etabliert ist. Als administrative Kosten aufgenommen werden können dabei sowohl die Gesamtheit der Kosten der Rechtsunterworfenen im Hinblick auf die Einhaltung einer Regel wie auch die zentralen Kosten von Regelbildung und Vollzug.

In die ökonomische Analyse des Haftpflichtrechts fliesst der dezentrale Nutzen einer gesollten Tätigkeit im Vergleich zum Aufwand der privaten Einhaltung einer Vorschrift ein. Als schon damals nicht neue Erkenntnis[717] wendete Richter L. HAND im *common law* bei der Bestimmung eines Sorgfaltsmassstabes einen ökonomischen Massstab an.[718] Danach bestimmt sich das optimale und deshalb hinreichende Mass einer vorbeugenden Sorgfaltspflicht – im zu entscheidenden Fall um Schiffe zu bewachen und anzutäuen – aus dem Produkt der Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Schäden und dem Schadensausmass.[719]

---

[717] Vgl. den Fall *T. J. Hooper* v. *Northern barge corporation,* 60 F.2d 737 (2d. Circuit 1932).

[718] Vgl. den Entscheid *United States* v. *Carroll Towing Co*. 159 F.2d 169 (2d. Circuit 1947); zur sogenannten Learned HAND Formel vgl. auch H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, 5. Auflage, S. 182 f.

[719] Im Originalwortlaut des Entscheids *United States v. Carroll Towing Co*. 159 F.2d 169 auf S. 173: „It becomes apparent why there can be no such general rule, when we consider the grounds for such a liability. Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner's duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i. e., whether B > PL."

In einem auf den ersten Blick ähnlich gelagerten Fall hat das Bundesgericht die Pflicht zu einer Sitzwache bei einem Patienten (statt einem Schiff wie bei L. HAND) mit einer Verwirrtheit nach der Operation als eine notwendige Vorsichtsmassnahme bejaht. Dies nachdem der Patient trotz verriegelter Balkontüre vom Balkon des Nebenzimmers in den Tod stürzte.[720] Der nach einer ersten Rückweisung erfolgte zweite Entscheid des Bundesgerichts zu diesem Sachverhalt zeigt gerade auf, dass das Bundesgericht jedenfalls bei grösseren Gefahren im Unterschied zu L. HAND das Ausmass der Pflichten zur Sorgfalt nicht an die Wahrscheinlichkeiten von dadurch vermiedenen Geschehnissen knüpfen will. Die Kosten einer Sitzwache von CHF 1'625.- pro Woche wurden angesichts des Werts eines zusätzlichen Lebensjahrs von ca. CHF 300'000 bis CHF 500'000 sowie einer restlichen Lebenserwartung von 11,5 Jahren als verschwindend gering bezeichnet, wogegen die Vorinstanz in einem volkswirtschaftlich gesehen zutreffenderen Ansatz unter Berücksichtigung auch der Wahrscheinlichkeit des verhinderten Sachverhalts einen Aufwand für ein QALY von CHF 1,7 Milliarden berechnete.[721] Richtiger als der Vergleich von unpassenden Grössen wäre wohl gewesen, bei Gütern von Leib und Leben und nach Massgabe der wirtschaftlichen Tragbarkeit für den Leistungsträger bei einer fehlenden Alternative grundsätzlich nicht auf die finanzielle Optimierung zu schauen.[722] Als Alternative könnte die Pflegeleistung als normativ anzustrebendes Hauptziel und nicht als blosser Kostenfaktor angeschaut werden. Inwieweit die administrativen Kosten zum Schutz von Leib und Leben bei einer finanziellen

---

[720] Vgl. BGE 130 I 337 Erw. 5.4.1 legt das BGer dar, es „wäre vielmehr Sache des Verwaltungsgerichts gewesen, die finanzielle Zumutbarkeit der als wirksam erkannten Massnahmen (Sitzwache, Rückverlegung auf die Intensivstation) einzuschätzen." Dabei sei nicht ersichtlich, warum dem Spital nicht zumutbar gewesen sein soll, den gleichen Aufwand wie andere Spitäler in derselben Situation zu betreiben. Als das Berner Verwaltungsgericht die Zumutbarkeit nach der Rückweisung nach einer Hochrechnung der Kosten zur Vermeidung des unwahrscheinlichen, eingetretenen Falles auf einen Wert von 1,7 Milliarden pro QALY verneinte, entschied das Bundesgericht im Urteil 4P.244/2005 vom 6. Februar 2006 nochmals zu Gunsten der Beschwerdeführer. Geprüft wurden daneben unter dem Stichwort der Zumutbarkeit die jährlichen Kosten für die Klinik von CHF 369'600 bis 655'200.

[721] Nach dem BGer ergeben sich ca. 0,5 ‰ als Einsatz zur Schadensvermeidung, welche als geringer Einsatz angesehen werden. Das Verwaltungsgericht hatte die Wahrscheinlichkeit des konkreten Schadenseintritts mit dem sehr geringen Wert von einem Millionstel (0,001 ‰) eingesetzt.

[722] Falls eine wirksame und zweckmässige Alternative zur Pflege fehlt, stellt sich nach der neueren Rechtsprechung die Frage der Wirtschaftlichkeit gar nicht (vgl. BGE 142 V 26 Erw. 5.2.1 und BGE 142 V 144 Erw. 6), vgl. dazu oben S. 103.

Zumutbarkeit beachtlich sein können, ist nach dem Entscheid BGE 130 I 337 ungewiss.[723] Entsprechend wird nachfolgend als Orientierungshilfe eine ökonomische Anlehnung im Kreislauf vorgenommen, d. h. eine welche vorab und nachfolgend nach normativen Güterbewertungen angepasst werden kann.

Soweit somit die normative Lage eine Abwägung der Güter zulässt, kann in Anwendung der HAND-Formel der statistisch zu erwartende Nutzen einer zusätzlichen Regulierung «$\Delta N(\Delta R)$» mit den dafür notwendigen, ebenfalls statistisch zu ermittelnden, administrativen Kosten oder Transaktionskosten «ΔTK» einer zusätzlichen Regelbeachtung (z. B. des Aufwands für eine Sitzwache) abgewogen werden. Solange die Kosten zusätzlicher Vorsicht höher sind als der dadurch verursachte Erwartungsnutzen, d. h. die Wahrscheinlichkeit multipliziert mit dem hypothetischen Schaden, ist nach dem Entscheid von L. HAND kein Eingreifen der Justiz geboten.

Nach dieser Rückmeldung der Realsphäre auf die Sollens-Ordnung muss aus ökonomischer Sicht

1. Das Antäuen und Überwachen grundsätzlich ein sinnvoller Vorgang sein (das Aufpassen und das Festmachen kostet z.B. nicht mehr als das Schiff) und

2. dürfen die administrativen Kosten der Kontrolle einer Tätigkeit (z. B. für Information und Durchsetzung) nicht höher sein als der Nettonutzen nach Ziffer 1, was ein Sorgfaltsniveau impliziert.

Aus einer die Transaktionskosten minimierenden Sicht sind bei einer Optimierung des Nutzens der Einhaltung einer Regel auch die administrativen Kosten der zentralen Informationsbeschaffung und des Gesetzesvollzugs einzubeziehen. Auch

[723] Das Verwaltungsgericht vernachlässigte mit seinem Ansatz eines sehr unwahrscheinlichen Ablaufs alle anderen von der Sitzwache verhinderten Gefahren. Das Bundesgericht lässt die von ihm im ersten Urteil anerkannte Pflichtwidrigkeit die grundsätzlich vorausgehend zu klärende Frage der Zumutbarkeit einer möglichen Pflicht beherrschen, vgl. zum Ganzen den Entscheid 4P.244/2005 Erw. 4.1. Der richtige Ansatz wäre jedoch, die Aufwendungen für die Sitzwache in Beziehung mit den Kosten der von ihr vermiedenen Gefahren zu setzen, woraus sich ein Ansatz über die Wirtschaftlichkeit der Sitzwache ermitteln lässt. Der Fall zeigt nebenbei auch, dass sich die Anwendungsbereiche der pflichtgemässen Leistungen und der Haftungen für nicht pflichtgemässe Leistungen logisch nicht trennen lassen.

wenn der allfällige Nutzen der z. B. mit Pflichten belegten Aktivität «Jacht am Hafen lagern» ökonomisch gesehen klein ist: Je nach den faktischen Vorgaben sind einzelne Faktoren der Gleichung für die gesamte Regelsetzung von Bedeutung.

Für den Nutzen einer Regulierung massgebend ist damit *prima vista* die Veränderung des Nutzens einer Regulierungsänderung «$\Delta N(\Delta R)$» abzüglich der dafür notwendigen administrativen Kosten «ΔTK» im Vergleich zu einem Vorzustand bzw. einer besten Alternative dazu (Opportunitätskosten) «$\Delta N(A)$». Unter einstweiliger Vernachlässigung von Versicherungskosten und noch ungeachtet der Möglichkeit von zusätzlich begrenzendem *moral hazard* ist somit eine Regel nützlich, solange über alle Fälle bzw. zurückgerechnet im Durchschnitt «$\Delta N(\Delta R) - \Delta TK > \Delta N(A)$» gilt. Im Optimum gilt dann:

$$\Delta N(A) = \Delta N(\Delta R) - \Delta TK \qquad \text{(}\textit{Gleichung 2}\text{)}$$

Das Beispiel von L. HAND zeigt, dass nicht nur der Nutzen einer Tätigkeit, sondern – ihr folgend wegen Transaktionskosten – auch ein Regulierungsmass ein Optimum hat. Das optimale Mass findet sich dort, wo sich der zusätzliche Aufwand der Aufstellung, Beachtung und Kontrolle nicht mehr lohnt. Das Regulierungsmass findet dabei nur in seiner Wirkung, als Folge auf einen messbaren Nutzen Eingang in die Betrachtung, d. h. die binäre, dichotomische Struktur der Normen geht in der voraussetzungsgemäss real messbaren, aggregierten Folge in die Analyse ein. Der Fokus richtet sich auf das Ausmass der Transaktionskosten auch als Regulierungsfolgekosten, d. h. unter Einbezug der Kosten einer Etablierung und Durchsetzung von Regeln. Transaktionskosten von Regulierungen können dabei mit ihrem vorauswirkenden Schatten gesenkt werden.[724]

Da sich die reale Sphäre auch ohne regulativen Eingriff entwickelt, ist nicht nur mit einem Vorzustand, sondern auch global mit der Nutzenentwicklung bei Alternativen, d. h. ohne den bestimmten regulativen Eingriff, zu vergleichen. Der Zusatznutzen einer Regulierung «$\Delta N(\Delta R)$» muss somit die Transaktionskosten «ΔTK» ebenso übersteigen wie die Nutzendifferenz der dynamischen Alternative ohne Regulierung «$\Delta N(A)$». Umgekehrt, mit «ΔTK» auf der anderen Seite der Ungleichung, muss die Differenz von Nutzen und Kosten einer zusätzlichen Regulierung «$\Delta N(\Delta R)$» abzüglich der für diese zusätzliche Regulierung notwendigen Transaktionskosten grösser sein als der Grenznutzen ohne Regulierung. Bei einem jeweils

[724] Zum Begriff des vorauswirkenden Schattens vgl. vorne FN. 612 (Hinweis auf R. AXELROD).

lokalen, konkaven Optimierungsproblem ist der Nutzen einer zusätzlichen Regulierung «$\Delta N(\Delta R)$» abzüglich der für diese zusätzliche Regulierung notwendigen administrativen Kosten «ΔTK» im Optimum gleich der Nutzendifferenz ohne Regulierung «$\Delta N(A)$».[725]

III. Die Abwägung des Nutzens mit den Transaktionskosten bei positiven und negativen externen Effekten

Bei der ökonomischen Evaluation werden wie erwähnt die Methoden bevorzugt, welche die Ausübung individueller Verfügungsrechte gestatten. Die möglichst treffsichere Internalisierung von externen Effekten in die *property rights* ermöglicht eine kostengünstige Umsetzung, weil die entsprechenden Informationen dezentral erhältlich und kaum zusätzliche Prozesse oder Verfahren notwendig sind.[726] Auch positive externe Effekte von Leistungen, z. B. Leistungen wegen falscher Angaben gegenüber einer Sozialversicherung, sollten demgemäss mit möglichst sachlich differenzierten Sanktionssystemen ausgestattet werden. Die optimale Art der Sanktionierung ungewollter positiver externer Effekte ist entsprechend abhängig von deren Grösse und den Problemen ihrer Bestimmung sowie dem Aufwand des Vollzugs. Der korrigierende Eingriff soll in der letzten Einheit keine grösseren administrativen Kosten verursachen als die negative Wirkung der dadurch vermiedenen dezentralen Entscheidung. Bei einer Gesamtoptimierung zu kalkulieren sind somit nicht nur die Kosten der Leistung und die aggregierten Effizienzverluste eines externen Effekts, sondern auch der Aufwand für die erfolgreiche Behebung suboptimaler Entscheidungen.

Ist der Nutzen einer zusätzlichen faktischen Aktivität hoch, so kann der Zusatznutzen einer Aktivität trotz negativer oder positiver Externalität den Nutzen ohne die fragliche Regulierung «$\Delta N(A)$» den Nutzen einer Regulierung «$\Delta N(\Delta R)$» plus die dafür und den Vollzug notwendigen administrativen Kosten «ΔTK» übersteigen. Die Ungleichung wird dann nicht mehr zugunsten von mehr Aktivität bzw. von vergleichsweise weniger Regulierung ausschlagen, wenn der volkswirtschaftliche Nutzen einer Aktivität zu sinken beginnt und den Nettonutzen mit einer Lösung

---

[725] Vgl. B. RIGOD, Optimal Regulation and the Law of International Trade, The Interface between the Right to Regulate and WTO Law, Cambridge U. K. 2015, S. 23.

[726] M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 90.

mit Regulierung egalisiert. Wenn als Aktivität «$\Delta N(A)$» statt einem dezentralen Handeln eine Leistungserbringung mit normativer, allgemeiner Anwendung genommen wird, so sind statt den faktischen negativen Externalitäten ebenfalls dezentrale, aber durch die Leistung begründete, positive Externalitäten in eine Gesamtnutzenabwägung einzusetzen. Hier stellt sich analog der negativen Externalitäten die Frage, ab wann eine zusätzliche Aktivität angesichts ihrer Wirkung nicht mehr optimal ist. Bis dann muss der Nutzen eine Leistung ohne eine Regulierung gegen *moral hazard* «$\Delta N(A)$» den Nutzen einer dagegen gerichteten Regulierung plus die dafür notwendigen Transaktionskosten «ΔTK» übersteigen.

Sowohl bei positiven wie bei negativen Externalitäten kann somit analog zum Ansatz von L. HAND der administrative Aufwand für eine Regulierung und Kontrolle mit dem Nutzen einer solchen Norm verglichen werden um ein optimales Mass an Regulierung zu ermitteln. Diese Analogie ist umso weniger zu kritisieren, als Handlungen häufig positive und externe Effekte haben, welche sich kaum voneinander trennen lassen. Das Lagern von Schiffen setzt einen positiven, nicht von einer Sanktionsnorm erfassten Nutzen voraus. Der optimale Umgang mit Handlungen mit eventuell negativen externen Effekten wäre sonst einfach. Die Handlungen wären einfach zu unterlassen, wenn dies weniger kostet als der angerichtete Schaden. Wenn jedoch positive und negative externe Effekte einer Handlung so ineinander verwoben sind, dass die negativen externen Effekte mit den positiven zwingend mitlaufen, ist nach der Wirkung einer Handlung insgesamt zu fragen. Das Effizienzziel ist entsprechend in beiden Fällen nach *Gleichung 1* solange zu verwirklichen, als der Nettonutzen der Handlung bzw. Leistungserbringung unter Einbezug der Aufstellung und des Vollzugs einer Norm positiv bleibt. Werden somit nur der Nutzen und die Kosten von Regulierungen in eine Analyse einbezogen, so muss aus Sicht des Leistungsträgers der gesamtwirtschaftliche Zusatznutzen einer zusätzlichen Regulierung «$\Delta N(\Delta R)$» grösser sein als die dafür notwendigen Kosten «ΔTK».[727]

[727] Vgl. die analoge Optimierung zusätzlicher Transparenz bei der Corporate Governance, dort auch mit negativen Auswirkungen gegenüber Wirtschaftsteilnehmern, von T. BERGLUND, Corporate Governance and optimal Transparency, in: J. FORSSBAECK/L. OXELHEIM (Hrsg.), The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency, S. 366 ff.; vgl. für die Privatversicherung: K. MÜLLER, Insurance Claims Fraud, S. 7 ff.

Zu berücksichtigen ist wie erwähnt zudem der sinkende Nutzen des Geldes auf den auf den individuellen Nutzenfunktionen. Die Kosten der Überbrückung einer zusätzlichen Güterbewertungsdifferenz wird nachfolgend vereinfachend als Veränderung von Versicherungskosten «ΔVK» bezeichnet. Der Einfluss von Regulierungen auf die Versicherungskosten kann bei Regulierungen, z. B. bei einem zusätzlichen Schutz eines Patienten vor Gefährdungen, negativ sein, was zu einer Verminderung der Versicherungskosten führt [«$(-\ (-\ \Delta VK)$» wird zu «$+\ \Delta VK$»]. Entsprechend könnte der Zusatznutzen einer neuen Regulierung in den übrigen Positionen weniger gross sein, weil sich die Versicherungskosten vermindern.

Die Effekte einer Versicherung sollen in die Summenbetrachtung einbezogen werden. Versicherungsprämien sind die Kosten eines Risikoausgleichs bzw. die Kosten fehlender Risikostreuung. Sie bilden nach G. CALABRESI nebst den primären Kosten von Schäden deren sekundäre Kosten.[728] Subjektiv muss der Zusatznutzen einer Versicherung grösser als ihre Prämie «ΔVK» sein, ansonsten eine Versicherung nicht abgeschlossen würde.

Die *Gleichung 2* kann um die sekundären Kosten erweitert werden. Eine Optimierung durch Normierung soll somit insoweit erfolgen als der Grenznutzen unter Berücksichtigung der administrativen Kosten von Normsetzung und Durchsetzung sowie der Versicherungskosten noch den Nutzen einer Aktivität ohne Regulierung oder der besten Alternative überwiegt, d. h. solange

$$\Delta N(\Delta R) - \Delta TK - \Delta VK > \Delta N(A)$$

und im Optimum gilt entsprechend einer mit den Versicherungskosten erweiterten *Gleichung 2*:

$$\Delta N(A) = \Delta N(\Delta R) - \Delta TK - \Delta VK \qquad \textit{(Gleichung 2')}.$$

Die Frage, ob ein regulativer Eingriff in private Entscheidungen noch gerechtfertigt ist und wie ein Vollzug auszusehen hat, richtet sich somit nach den zusammengefassten Differenzen von Nutzen und Kosten eines aktuellen faktischen Geschehens, dem Nutzen der Differenzverminderungen zur Sollens-Ordnung sowie den Vollzugskosten dieser Reduktionen.

---

[728] Vgl. G. CALABRESI, The Costs of Accidents, S. 27 und 39 ff.

V. Probleme der Umsetzung: Asymmetrische Informationen und *moral hazard*

Systemtheoretisch betrachtet werden vom Recht und der Wirtschaft gegenseitig möglichst zutreffende Erwartungshaltungen der Marktteilnehmer zugrunde gelegt. *De facto* sind die Erlangung von Informationen und die Annäherung zu einem Gleichgewicht ein längerer Prozess und ein Grund für hohe administrative Kosten. Bei dynamischen Optimierungen mit mehreren Entscheidungsträgern bildet die Einschätzung der Wirkungen von Transaktionskosten und insbesondere die asymmetrisch verteilten Informationen eine grosse Herausforderung. Bei hoher wissenschaftlicher Komplexität von kausalen Wirkungsketten, wie dies auf dem Gesundheitsmarkt vorkommt, verfügen die Entscheidungsträger zuweilen nicht über genügend Informationen und können die Entscheidungen des anderen kaum kontrollieren.

Bei *moral hazard* macht sich der Patient den fehlenden Informationsfluss zunutze und bewirkt Vorteile, welche aus Sicht des Gesamtsystems schädlich sind.[729] Soweit z. B. das Mass der Gesundheitsbeeinträchtigung nicht leicht bestimmbar ist und die Höhe des Leistungsanspruches davon abhängt, hat der Betroffene kein Interesse, zutreffende Informationen zu nennen oder offenzulegen. Der Rechtsunterworfene lässt nicht nur das pflichtgemässe Verhalten gegenüber der ursprünglichen Leistungsnorm vermissen, er setzt mit einem Alternativverhalten einen weiteren, von der Rechtsordnung missbilligten Grund für eine Leistung. Bei opportunistischem Verhalten von medizinischem Personal oder von Herstellern von Produkten werden in deren Interesse, aber entgegen einem gesamtwirtschaftlichen Wirtschaftlichkeitsgebot, Leistungen erbracht.[730]

Der Nutzen der Zusatzregulierung «$\Delta N(\Delta R)$» und die Höhe der administrativen Kosten zum Ausschluss eines alternativen Verursachungszusammenhanges «ΔTK» korrelieren beide positiv mit zunehmender Komplexität. Je komplexer ein alternativer Zusammenhang ist, desto weniger können die dezentralen Entscheidungsträger sanktioniert werden. Eine erhöhte Untersuchungstiefe führt zu einer

---

[729] H. B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 163; L. HAJEN/H. PAETOW/H. SCHUMACHER, Gesundheitsökonomie, S. 69 ff.

[730] Vgl. z. B. Ph. COLATRELLA, Versicherungsmissbrauch in der Krankenversicherung, in: G. Riemer-Kafka, Versicherungsmissbrauch Ursachen-Wirkungen-Massnahmen, Zürich 2010, S. 73 ff.

abschreckenden Wirkung gegenüber weiteren, potenziellen Verursachern alternativer Zusammenhänge. Wegen der Wirkung von Abwehrmassnahmen auf weitere Fälle sind sogar Abklärungen sinnvoll, die im Einzelfall unwirtschaftlich wären. Je zahlreicher und je schädlicher die mögliche Wirkung von *moral hazard* bei einem bestimmten Anspruch ausfällt, desto höher liegt entsprechend der Aufwand zur Sachverhaltsermittlung im Optimum.

Bei unklaren medizinischen Problemen ist nach der Rechtsprechung z. B. eine der Breite der medizinischen Thematik angepasste Begutachtung einzuholen.[731] Im noch zu besprechenden[732] Entscheid BGE 141 V 281 verwies das Bundesgericht in Erw. 5.1.2 auf den Forschungsbedarf psychologischer Forschung und aktuell fehlende evidenzbasierende Leitlinien. Eine weitere Anpassung der Rechtsprechung nach dem Vorliegen einer laufenden Nationalfondsstudie wurde in Aussicht gestellt. Das Bundesgericht betont in Erw. 5.2.3 explizit das notwendige enge Zusammenspiel der Disziplinen des Rechts und der Medizin bei der Abklärung und die Prüfung der normativ massgebenden Kriterien der Arbeitsunfähigkeit auch durch den Mediziner. Damit soll das Problem der dezentral anfallenden und veränderbaren Informationen durch einen in die Realsphäre ausgeweiteten Geltungsanspruch des Rechts soweit als möglich beseitigt werden. Das Bundesgericht vernachlässigt in seiner Rechtsprechung auch die Transaktionskosten der Abklärung nicht. Soweit sich Beschwerdebilder nur schwer erfassen lassen und Stellungnahmen zur Arbeitsunfähigkeit stark ermessensgeprägt sind, können sie generell nicht als klar unrichtig aufgefasst werden.[733]

VI. Die Einbettung von *moral hazard* in die Analyse

Das gegensätzliche Verhältnis der Entscheidungsträger hinsichtlich ursächlicher Informationen führt zu teilweise unmöglicher Abklärung des realen Geschehens.

---

[731] Nach dem Urteil I.58/06 vom 13. Juni 2006 können die «Art der Begutachtung und insbesondere ihr Umfang [..] nicht losgelöst vom konkreten Fall bestimmt werden, sondern müssen in Zusammenhang mit der Fragestellung und vom Krankheitsbild her gesehen werden», mit Verweis auf das 6P.40/2001 Urteil Z. vom 14. September 2001 in Erw. 4d/bb.

[732] Vgl. nachstehend auf S. 292 ff.: Die Änderung der Rechtsprechung mit BGE 141 V 281 auf S. 292 ff.

[733] Vgl. den Entscheid 9C_524/2015 vom 30. November 2015 in Erw. 3.1 mit Verweis auf das Urteil 9C_466/2010 vom 23. August 2010 Erw. 3.2.2.

Das private Verhalten entzieht sich wie erwähnt[734] aufgrund hoher Komplexität weitgehend der regulativen Steuerung. In einer aggregierten Betrachtung können diese Fälle jedoch vereinfachend in ihrer statistischen Häufigkeit einbezogen werden. Der Schaden der auch mit administrativen Kosten nicht korrigierbaren Fälle fliesst somit ebenso in die Kalkulation ein, wie die verbleibenden, nützlichen Fälle, welche einer bezweckten Norm entsprechen. Ausgangspunkt ist dabei die Relation nach *Gleichung 2'*, wonach im Optimum die Veränderung des Nutzens ohne Regulierung «$\Delta N(A)$» gleich der Veränderung des Nutzens mit einer neuen Regulierung «$\Delta N(\Delta R)$» abzüglich der dafür notwendigen administrativen Kosten «ΔTK» und Versicherungskosten «ΔVK» ist.

Bei mit angemessenem Aufwand nicht verhinderbaren negativen Effekten sind deren Auswirkungen mit der Wahrscheinlichkeit ihres Auftretens zu multiplizieren und können wie die übrigen Kosten von einem Bruttonutzen abgezogen werden. Bei positiven externen Effekten hingegen sind die erwünschten positiven und die wegen zweckwidrigen Verhaltens doch teilweise negativen Wirkungen beide nach Massgabe der Wahrscheinlichkeit ihres Auftretens zu gewichten. Bei positiven externen Effekten tritt der Nutzen der Zusatzregulierung «$\Delta N(\Delta R)$» teilweise nicht ein, weil mit einer durch Fremdkomplexität bestimmten Wahrscheinlichkeit «p» entgegen dem Sinn einer Regulierung gehandelt wird. In den übrigen Fällen jedoch, die mit der Wahrscheinlichkeit «$1 - p$» auftreten, wird gemäss dem Sinn einer Regulierung gehandelt und der entsprechende Nutzen erreicht. Der mit Wahrscheinlichkeit «p» auftretende Schaden einer zusätzlichen Einheit hängt nicht direkt vom Nutzen eines mit einer Regulierung konformen Verhaltens ab. Denn der Schaden kann sich wegen *moral hazard* dynamisch vermehren. Zudem entsteht zur Abwehr dieses Szenarios weiterer, den Nutzen vermindernder Aufwand. Der Schaden z. B. eines zu Unrecht durchdringenden unbegründeten Rentenleistungsanspruchs ist somit nicht begrenzt auf die Kapitalisierung der entsprechenden Leistung. Im Optimum gilt entsprechend: [735]

---

[734] Vgl. oben S. 73 ff.

[735] Analog K. MÜLLER, The Theory of Insurance Fraud, in: Essays on Insurance Management, Diss. St. Gallen 2013, S. 6 ff, oder, in einem spieltheoretischen Kontext zum Gleichgewicht bei gemischten Strategien: J. KNOLL, Management von Betrugsrisiken in Versicherungsunternehmen, S. 188 ff. oder M. KRAWCYK, The Role of Repetition and Observability in Deterring Insurance Fraud, in: The Geneva Risk and Insurance Review 2009, S. 74 ff.

$$\Delta N(A) = (1-p) * \Delta N(\Delta R) - p * \Delta N(H) - \Delta TK - \Delta VK \qquad \textit{(Gleichung 3)}$$

Dabei ist «$0 < p < 1$», d. h. die Wahrscheinlichkeit von *moral hazard* ist grösser 0 und kleiner 1. Der Nutzen einer zusätzlichen Regulierung in den konformen Fällen, abzüglich des Schadens wegen *moral hazard* in den nicht aufgeklärten Fällen und den Abklärungs-, Kontroll- und Versicherungskosten, muss somit den Nutzen einer Alternative ohne zusätzliche Regulierung «$\Delta N(A)$» übersteigen.

Weil die Versicherten nur in einer sehr geringen Anzahl von Fällen schon bezogene Leistungen zurückzahlen müssen und diese in einer noch geringeren Zahl von Fällen auch effektiv zurückbezahlt werden,[736] sind keine grösseren Abweichungen in der Entwicklung von Transaktionskosten und Versicherungskosten zu erwarten. Somit kann davon ausgegangen werden, dass die Änderung der Versicherungskosten linear zur Änderung der Transaktionskosten verläuft bzw. «ΔVK» in «ΔTK'» enthalten ist. Folglich gilt im Optimum:

$$\Delta N(A) = (1-p) * \Delta N(\Delta R) - p * \Delta N(H) - \Delta TK' \qquad \textit{(Gleichung 3')}.$$

VII. Der Einbezug von Sanktionen an dezentrale Entscheidungsträger

Als Sanktionen werden Verbindungen von dezentralen Handlungen mit Nachteilen für die Verfügungsberechtigen aufgefasst. Sie dienen bei dezentralen Entscheidungen der Reduktion von Komplexität und Transaktionskosten, da sie die dort vorhandenen Informationen in Entscheidungen einfliessen lassen und eine eventuell fehlende Implementierung auch dezentral spiegeln. Aus Sicht des Leistungsbezügers hängt das Mass, einen Informationsvorsprung zu nutzen, in Abwesenheit moralischer Grenzen von den zu erwartenden Nachteilen ab. Einen Einfluss haben die Art, die Wahrscheinlichkeit und das Ausmass der Sanktion sowie die Empfindlichkeit des Sanktionsempfängers darauf. In Frage kommen z. B. strafrechtliche Sanktionen beim Missachten von Geboten oder Verboten, Leistungsentzüge im Bereich der berechtigten Leistungen, Marktzutrittsschranken oder die Aberkennung von gegenwärtigen oder zukünftigen Rechten.

[736] Vgl. nachstehende S. 313.

Im Folgenden wird davon ausgegangen, bei jedem zusätzlichen Ereignis von *moral hazard,* welches mit der Wahrscheinlichkeit «q» aufgedeckt wird, solle ein entsprechender Nachteil, hier vereinfachend für alle Fälle als Busse «B» bezeichnet, erfolgen. Deren Eintreibung solle neben den Abklärungskosten «ΔTK» keine zusätzlichen Transaktionskosten mit sich bringen. Dann gilt im Optimum für den Gesetzgeber in Erweiterung von *Gleichung 3*':

$$\Delta N(A) = (1-p) * \Delta N(\Delta R) - p * \Delta N(H) - \Delta TK' - q * B \quad (\textit{Gleichung 4})$$

wobei gilt:

- $B > 0$ (die Busse bei *moral hazard* wird durch Abzug negativ), und
- $0 < q < p$ (die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung ist kleiner als die Wahrscheinlichkeit von *moral hazard*, in der Regel grösser als null).

Für den dezentralen Entscheidungsträger ist das Produkt von Busse und Aufklärungswahrscheinlichkeit als negativer Anreiz relevant.[737] Der Gesetzgeber kann zur Steuerung somit Sanktionen aussprechen und/oder versuchen, die Aufklärungsquote «q» zu erhöhen. Der Nachteil der Erhöhung der Aufklärungsquote im Vergleich zu derjenigen mittels höherer Sanktionen bilden die höheren Transaktionskosten von Aufklärung und Kontrolle.

Der Nutzen einer zusätzlichen Regulierung in den zweckkonformen Fällen «$(1-p)$», abzüglich des Schadens wegen *moral hazard* in der Wahrscheinlichkeit «p», abzüglich den administrativen Kosten für deren Aufdeckung, zuzüglich[738] der Erträge einer Busse in den aufgedeckten Fällen, muss den Nutzen einer alternativen Aktivität ohne zusätzliche Regulierung übersteigen. Eine zusätzliche Sanktionierung der unerwünschten Alternativursache durch die Busse ist sinnvoll, weil der Trittbrettfahrer immer noch einen Anreiz zur zweckwidrigen Anspruchserlangung hätte und die administrativen Kosten der Ermittlung und Rückabwicklung externalisiert würden. Die Statuierung von persönlichen Nachteilen kann somit nach Massgabe der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung zweckwidrigen Verhaltens helfen, das optimale Aktivitätsniveau aufrecht zu erhalten. Um den gleichen Effekt zu

---

[737] H. CURTI, Abschreckung durch Strafe: eine ökonomische Analyse der Kriminalität, Wiesbaden 1999, S. 79 ff.

[738] Bzw. abzüglich der Bussen mit negativem Vorzeichen, was insgesamt einen hinzuzuzählenden Wert ergibt.

erzielen muss der Nachteil bzw. die Busse «B» grundsätzlich je höher sein, je kleiner die Wahrscheinlichkeit «q» einer Offenlegung ist.

VIII. Der Vorbehalt zu Gunsten von globalen Optima

Der Leistungsträger soll die je nach den faktischen Umständen gegebenen alternativen Wege einer normativen Zielerreichung ebenfalls prüfen.[739] So wird bei der Erwerbsunfähigkeit im Rahmen der Invaliditätsversicherung jeweils auch die Möglichkeit einer leidensangepassten Tätigkeit abgeklärt. Eine Strategie von «Zuckerbrot und Peitsche» d. h. mittels positiven und negativen Anreizen kann z. B. besser geeignet sein, ein Ziel zu erreichen. Als Beispiel seien die Leistungen an Tierhalter kranker Tiere bei der Seuchenbekämpfung erwähnt. Dabei dienen sowohl Beiträge[740] als auch Strafen[741] dazu, die Meldepflicht der Tierhalter durchzusetzen. Eine ähnliche Entwicklung hin zu positiven Leistungen findet nun auch im Rahmen der Erwerbsunfähigkeit statt. Dort sollen zusätzliche Hilfen der Früherkennung und Wiedereingliederung helfen IV-Fälle zu vermeiden.

c) Eine Übersicht der Optimierungssituationen

Den Ausgangspunkt für eine Übersicht über die sinnvollen Vergleiche der Optimierungen bilden die fünf Nettonutzenstände ⓪ bis ④ nach obiger lit. a. In einer evolutiven Betrachtung unterscheidet sich dabei der Stand ④ vom Stand ⓪ insoweit, als beim Stand ④ nicht die Kosten der besten Alternative, sondern die Kosten der kausalen Zusammenhänge nach einem Kreislauf durch die Phasen I bis IV durch die Systeme von Recht und Wirtschaft betrachtet werden.[742]

---

739 Zu den globalen Maxima vgl. nachstehend S. 337 ff.

740 Art. 38 TSG (SR 916.40).

741 Art. 11 i.V.m. Art. 47 und 48 TSG.

742 Vgl. vorne S. 156 ff.

Die Fälle der Optimierungen bauen gemäss den Gleichungen von obiger lit. b aufeinander auf und können entsprechend in der Reihenfolge der sie bezeichnenden Ziffern ⓪ bis ④ im Gegenuhrzeigersinn gelesen werden.

Optimierungen bei positiven Externalitäten	**Optimierung ohne Einbezug strategischen Handelns**	**Optimierung unter Einbezug strategischen Handelns**
Externalität lässt sich ohne grösseren Aufwand ausschliessen (Transaktionskosten vernachlässigbar)	① Ausstattung, wenn der Grenznutzen der Regulierung grösser ist als der Grenznutzen der Zulassung der Aktivität ohne Regulierung. Im Optimum gilt *Gleichung 1*. Diese Optimierungsart vergleicht eine regulierte Aktivität mit einer ev. dynamischen Aktivität des Fremdsystems ohne Regulierung bzw. mit einer alternativen Regulierung *Beispiel: Eigentum oder geistiges Eigentum werden in Bereichen gewährleistet, um so den Anreiz und den Nutzen einer Innovation zu erhalten.*	⓪, ④ Ein Verbot strategischen Handelns lässt sich ohne Aufwand durchsetzen, d. h. die Transaktionskosten sind nahe null. Somit kann auf den Grenznutzen einer Massnahme (Kosten-Nutzen-Vergleich des Mitteleinsatzes) a) ohne Berücksichtigung der Fremddynamik ohne regulatorische Massnahme [①]; b) ohne Berücksichtigung der Durchsetzungskosten [②]; c) ohne massgebenden Einfluss von strategischem Verhalten [③] abgestellt werden, d. h. die entsprechenden Grenzkosten eines (qualitätsbereinigten) Mitteleinsatzes sind in allen Optima positiv, es gilt $\Delta N(\Delta R) > 0$. *Beispiel: Positive Externalitäten werden mittels Kontrolle der Ausübung subjektiver Rechte in einer Sozialversicherung oder subventionierten Gesundheitsversorgung per se ausgeschlossen.*
Transaktionskosten der Vermeidung von Externalitäten für die Optimierung wesentlich	② Ausstattung, sobald der Grenznutzen der Stärkung der individuellen Verfügungsrechte abzüglich der Kosten ihrer Errichtung sowie der administrativen Kosten zu ihrer Verteidigung gegenüber Fremdkomplexität grösser ist als der Grenznutzen der Zulassung der Aktivität, d. h. im Optimum gilt *Gleichung 2'*. *Beispiel: Bei einer aufwändigen Etablierung von Eigentum oder geistigem Eigentum ist zu evaluieren, ab wann der Nutzen von Externalitäten plus Aufwand zur Verhinderung von Externalitäten höher ist als der Nutzen von Eigentum.*	③ Grenznutzenoptimierung nach *Gleichung 3 bzw. Gleichung 4 und 4'*, welche integrieren: a) Den Nutzen der mit einer statistischen Wahrscheinlichkeit von $p < 1$ eingesetzt, zweckgemässen Verwendung von Mitteln; b) mit einer Wahrscheinlichkeit von *p-1* gewichtete Fälle der Kosten von Externalitäten mit einer negativen Gesamtbilanz; c) administrative Kosten der Etablierung einer Regel, der Prüfung und der Abwehr externer Effekte sowie der Versicherung; und d) ab Gleichung 4 und 4' auch die Bussen bei *moral hazard*.

Tabelle 2 – Übersicht über die Optimierungssituationen

d) Das Zusammenwirken mit der normativen Ebene

Bei Eingriffen und Leistungen kann nach den oben genannten kausalen Beziehungen somit auf unterschiedliche Weise gefragt werden, ob die Summe von Vor- und Nachteilen einen besseren Zustand ergibt. Dies betrifft nicht nur die Frage der monetären Bewertung des Nutzens oder die Frage, ob eine medizinische Grösse als Zwischenziel (*output*) oder die normativ interessierende Zielgrösse (*outcome*) optimiert wird,[743] sondern welche Fragen im Rahmen der Wirtschaftlichkeit aufgrund der verschiedenartigen Kostenstrukturen in normativen Öffnungen zu stellen sind.

Zunächst ist dabei mit Hilfe eines Vergleichs zum Vorzustand die Frage zu stellen, ob eine Massnahme unter Berücksichtigung von möglichen Nebenwirkungen überhaupt wirksam bzw. für eine Zielerreichung geeignet ist. Dies umfasst die Perspektive, ob sie an sich wirksam sein kann, was der Situation ⓪ nach lit. b entspricht. Als Beispiele seien homöopathische Arzneimittel genannt, deren Wirksamkeit nicht repetierbar bestätigt werden kann. Sodann kann als Eignung oder Wirksamkeit in der Situation ① geprüft werden, ob die Massnahme auch unter Berücksichtigung der Dynamik des kausalen Umfelds noch eine positive Wirkung hat. So sind z. B. nach einer internationalen Studie Knieoperationen in den meisten Fällen sinnlos.[744] Vor diesem Hintergrund veröffentlicht die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften nach amerikanischem Vorbild unter dem Stichwort «*choosing wisely*» Listen mit medizinischen Massnahmen, welche medizinisch gesehen als unnötig erscheinen.[745] Die Frage der prinzipiellen Eignung scheint auch in der Frage nach der *evidence based practice* auf.[746] Massgebend sind medizinische Parameter, welche im Vergleich mit dem Urzustand Bestand haben müssen.

---

[743] Vgl. vorne S. 64 ff.

[744] Vgl. die im British Medical Journal veröffentlichte Studie von A. C. SIEMIENIUK et al, vom 10. Mai 2017, veröffentlicht im Internet unter <http://www.bmj.com/content/357/bmj.j1982>, besucht am 17. Juli 2017.

[745] Im Juni 2017 wurde zur Institutionalisierung ein Trägerverein «*smarter medicine – Choosing Wisely Switzerland*» gegründet, welcher die medizinischen Fachgesellschaften zur Veröffentlichung einer top-5 Liste unnützer Massnahmen auffordert, aber auch als Plattform zur Absprache und Planung dienen soll, vgl. im Internet <http://www.samw.ch/de/Projekte/Nachhaltiges-Gesundheitssystem/Choosing-wisely.html>, besucht am 17. Juli 2017.

[746] Vgl. dazu nachstehende S. 228 ff.

In aller Regel sollten jedoch nicht nur die direkten medizinischen Kosten einer Leistung erfasst werden, sondern wie in Situation ② auch die Kosten der Umsetzung, d. h. der Regulierung und des Vollzugs. Diese werden im Gesetzgebungsprozess häufig wie erwähnt[747] und wegen einer Überhöhung des aktuellen Projekts häufig vernachlässigt. Im Rahmen der Anwendung von festgeschriebenem Recht werden die administrativen Aufwände der Privaten vernachlässigt, weil sich diese ja an die Regeln halten sollen und diesen nicht mit der Ausflucht von hohem Aufwand entschlüpfen können sollen.

Was schliesslich die dritte Gleichung der Optimierung im Systemkreislauf in Situation ③ betrifft, so ist diese *de lege lata* weniger beachtlich. In aller Regel sollen aus dem Umstand, dass sich Personen ohne Konsequenzen nicht an die Regeln halten können, erst recht keine geringeren Anforderungen abgeleitet werden können. Der Gesetzgeber würde eine Regel und das Vertrauen in die Rechtsordnung opfern, wenn die Nichtbeachtung nicht nur ungesühnt bliebe, sondern sogar eine abschwächende Reaktion erfolgte. Trotzdem ist die Frage der Durchsetzbarkeit mit Vorteil vorausschauend zu stellen, um möglichen Strategien der Leistungsempfänger entgegentreten zu können.

Als vierte bzw. unabhängige Fragestellung sei der Vergleich mit globalen Optima nach Situation ④ erwähnt. Dabei wird der Vergleich zu andern kausalen Zusammenhängen mit entsprechend anderen Mittel und einer anderen Wirksamkeit im Hinblick auf das gleiche Ziel gezogen. Normativ gesehen stehen globale Optima häufig sogar im Vordergrund, wenn eine regulative Massnahme wirtschaftlich sein soll. Sie betrifft die Wortbedeutung der Wirtschaftlichkeit, welche den kostengünstigen Weg für ein festes Ziel ermittelt, während eine lokale Optimierung nach guten Ergebnissen aus vorhandenen Ressourcen fragt.[748] Diese globale Optimierung ist der Einfachheit halber vorab zu prüfen, weil sich damit eine genauere Prüfung von lokalen Optima erübrigen kann. Die Evaluation der alternativen Wege entspricht in der Terminologie des Bundesgerichts dem komparativen Charakter der Wirtschaftlichkeit. Welche Alternativen erlaubt sind richtet sich nach dem Gesetzeszweck.

---

[747] Vgl. oben S. 42 ff.

[748] Vgl. oben S. 67 f.

Schliesslich lassen sich die jeweiligen Varianten des Vollzugs bzw. einer möglichst transaktionskostenarmen Anknüpfung bei jeder Handlungsalternative ermitteln und vergleichen. Zusammenfassend lässt sich folgendes Schema ableiten:

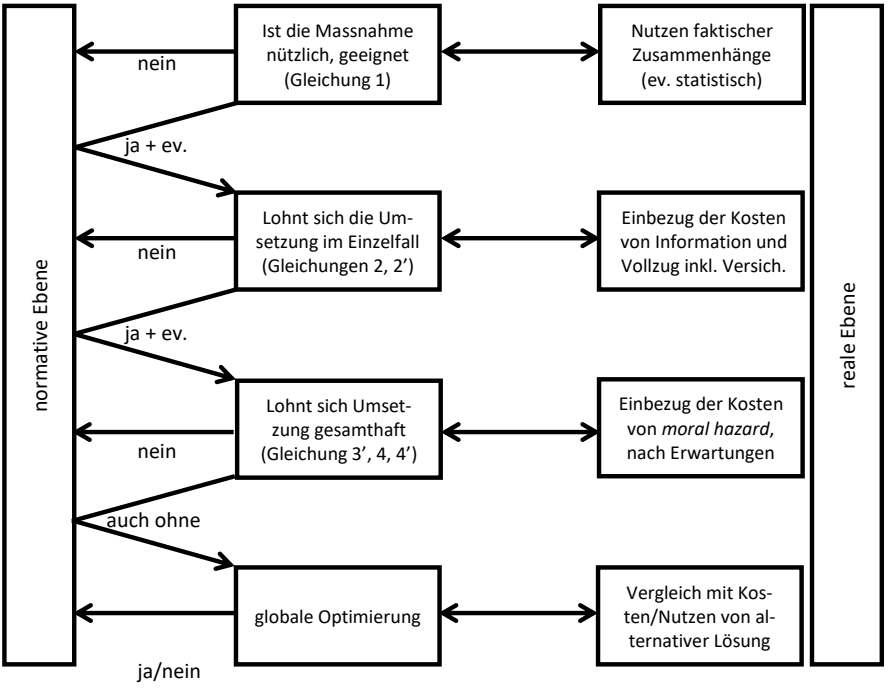


Abbildung 5 - Austausch der normativ zu bestimmenden Wirtschaftlichkeitskriterien

8. Vorschlag einer systemübergreifenden Gliederung der Kriterien der Verhältnismässigkeit

a) Der Ansatz

Entlang der gefundenen Leitlinien einer Optimierungsstruktur soll nachfolgend der Versuch gewagt werden, den teilweise widersprüchlichen normativen Ansätzen zur Prüfung einer Verhältnismässigkeit ein faktisch begründetes Konzept gegenüberzustellen. Entsprechend erweisen sich angepasste Kriterien zur Prüfung

der Verhältnismässigkeit[749] als mögliche Abbilder bzw. Bewertungen einer ökonomischen Realität. Anhaltspunkte für eine normative Begrenzung nach wirtschaftlichen Kriterien lassen sich nach dem hier vorgeschlagenen Konzept somit aus einer zweck- und ressourcenorientierten faktischen Analyse gewinnen.[750] Zentral und deshalb nochmals zu betonen ist, dass bei der Einordnung der Werte von Leben und Gesundheit als ökonomische Parameter sehr grosse Zurückhaltung geboten ist. Diese Güter hängen gerade nicht von ihrer Kommerzialisierung ab, ihre grundsätzlich unverbrüchliche Geltung bildet im Gegenteil die Grundlage ökonomischer Betrachtungen unter Individuen. Wie erwähnt wird die Analyse dem hohen Stellenwert aber nicht gerecht, wenn das Leben und die Gesundheit von einer Bewertung ausgenommen werden.[751]

Die kausale Neigung einer Massnahme einen Nutzen zu stiften, lässt sich nach der hier vorgeschlagenen Begrifflichkeit unter das Stichwort ihrer Eignung fassen und der wirtschaftliche Vergleich mit den hierfür notwendigen Kosten unter den Begriff der Erforderlichkeit. Der Vergleich der resultierenden Nutzendifferenz mit Alternativen wird zwar zuweilen ebenfalls unter den Begriff der Erforderlichkeit gefasst,[752] wird an anderen Orten jedoch als Frage der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne eingeordnet. Angesichts der Verwirrung, welche die Sprache bei der Erforderlichkeit bzw. beim Übermassverbot als zweitem und drittem Kriterium liefert,[753] wird vorliegend jedenfalls für das Leistungsrecht eine Entflechtung entlang den Kriterien wirtschaftlicher Betrachtung vorgeschlagen.

Die in der Eingriffsverwaltung im schweizerischen Recht etablierten Dimensionen der Verhältnismässigkeit, d. h. die Eignung der staatlichen Handlung, ihre Erforderlichkeit und die Wahrung des Verhältnisses zwischen Zweck und Wirkung sind mit der vorliegend verwendeten Terminologie auch ökonomisch nicht von Vornherein unpassend. Die Prüfkriterien schaffen keine grundsätzlichen strukturellen

---

[749] Vgl. dazu oben S. 125 ff.

[750] Im Gegensatz dazu wird die von M. BOROWSKI, Grundrechte als Prinzipien, S. 184 f., vorgeschlagene Begründung mit einer strukturellen Parallelität von Übermass- und Untermassverbot entgegen seinen Prämissen (vgl. S. 91) gerade nicht von Prinzipien als Optimierungsgebote, sondern von normativen Ansätzen getragen.

[751] Vgl. vorne S. 92 ff.

[752] Vgl. vorne S. 133 ff.

[753] Vgl. vorne S. 103 f.

Unterschiede zwischen ökonomischer und rechtlicher Analyse. Ein Rückgriff auf die Kriterien der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne ist auch bei Begrenzungen von Handlungsgeboten nach EMRK nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz möglich.[754] Geprüft wird deshalb nachfolgend, inwiefern bei der Verhältnismässigkeitsprüfung die aus der Eingriffsverwaltung stammenden Kriterien beigezogen und angepasst werden können.[755]

b) Die Eignung als kausale Relevanz im Hinblick auf einen Zweck

Eine Massnahme ist nach Lehre und Praxis geeignet, wenn durch sie das öffentliche Interesse tatsächlich wahrgenommen werden kann.[756] Die Eignung einer staatlichen Handlung im Hinblick auf eine beabsichtigte faktische Wirkung ist sowohl aus ökonomischer wie aus rechtlicher Sicht ein notwendiges Kriterium einer Werteoptimierung, denn Aufwand ohne Wirkungsrelevanz ist ökonomisch unsinnig und rechtlich nicht im öffentlichen Interesse. Das Kriterium der Eignung wird damit in eine Wirkungsanalyse integriert; diese erfährt eine normative Spiegelung in der Eignung. Die naturwissenschaftliche, allenfalls interdisziplinäre Einschätzung von Wirkungsketten wird bei einer Beurteilung der Verhältnismässigkeit vorausgesetzt.[757] Ohne epidemiologische Kenntnisse ist z. B. keine Aussage über die Verhältnismässigkeit des Staatshandelns bei Impfungen möglich.[758] Ohne Kenntnisse über die Wirkungen von Arzneien sind z. B. auch Zulassungsentscheide unmöglich. Gebote und Verbote setzen Kenntnisse über die Eignung und damit einen

---

[754] Vgl. M. BOROWSKI, Grundrechte als Prinzipien, S. 196 ff.; C. DRÖGE, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 311.

[755] Grundsätzlich befürwortend Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zur BV, 1. Auflage, N. 3 zu Art. 5 BV; ablehnend mangels scharfer Konturen ausserhalb der Eingriffsverwaltung und für bereichsspezifische Prüfungsprogramme B. SCHINDLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 5 N. 50 und U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, S. 110 ff.

[756] R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 36 N. 38.

[757] Vgl. dazu M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 35 f.

[758] Vgl. M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 37.

Wirkungszusammenhang voraus. Eine teilweise Eignung genügt nach der Rechtspraxis.[759]

Die normative Einschätzung der Eignung bedingt die Implementierung einer Ausgangsbasis und eines Bewertungsmassstabs für Einsatz und Wirkungen. Das dafür notwendige, natürliche und rechtliche Milieu kann die Grössen und den Massstab indizieren. Soweit ein Austausch möglich ist, d. h. Güter und Dienstleistungen auf einem Markt verkehrsfähig sind, bieten die von Rechtsubjekten hingegebenen bzw. einverlangten Grössen einen Anhaltspunkt. Der Wirkungszusammenhang ist aufgrund der begrenzten und notwendigerweise subjektiven Wahrnehmungsfähigkeit zuweilen nicht völlig klar und/oder unumstritten, weshalb auch bei dessen Kenntnis Wertungen einfliessen. Das Ausgangsmilieu, die Zielorientierung sowie die Vergleichbarkeit von Werten sind wegen der Relativität und Unbestimmtheit von Wahrnehmungen nicht erst bei einer gesamthaften Interessenabwägung,[760] sondern schon bei der Einschätzung von einzelnen Wirkungszusammenhängen zentral.

Naturwissenschaftliche Wirkungszusammenhänge können als beschreibende Prinzipien bei unveränderten Verhältnissen oder nach ihrer statistischen Ausprägung prospektiv als kausal bzw. geeignet eingeschätzt werden.[761] Die letzteren, sogenannten Wahrscheinlichkeitshypothesen können nicht falsifiziert werden und sind deshalb grundsätzlich weder geeignet eine wahre Theorie zu widerlegen noch sie durch eine fehlende Falsifikation zu stützen.[762] Sie können entsprechend höchstens die äussere Gestalt fehlender Erkenntnis beschreiben. Der statistische Zusammenhang, dessen strukturelle Nachteile entsprechend zu beachten sind, kann damit teilweise eine begrenzte Tiefe der Erkenntnis überspielen. Die Deutung aus einer Verallgemeinerung z. B. durch die Sprache und Ableitungen daraus

---

[759] Vgl. M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 29.

[760] Vgl. dazu M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 14 ff., 22 f.

[761] H. L. A. HART/T. HONORÉ, Causation in the Law, S. 44 ff.

[762] K. R. POPPER, Logik der Forschung, S. 194 f.

sowie die Anwendung auf einen neuen Sachverhalt bringen jedoch zusätzliche, ev. unrichtige Wertungen ein.[763]

Wenn es darum geht, eine normativ gefasste Eignung zu beurteilen, werden auch die nicht beabsichtigten Wirkungen, z. B. die Nebenwirkungen von Arzneimitteln, in aller Regel einbezogen. Positive und unerwünschte Wirkungen sind bei einer Eignung somit zu vergleichen. Der mögliche Nutzen muss das potenzielle Risiko übertreffen.[764] Im Gesundheitswesen entscheidet sich der Gesetzgeber in diesem Sinne beispielsweise unter Kalkulation von Nebenwirkungen auf die Gesundheit für bestimmte, nützliche Arzneimittel. Dabei werden statistisch erhärtete Wirkungszusammenhänge erwartet.[765] Massgebend zur Frage der richtigen medizinischen Leistung sind die gesamten faktischen Umstände des konkreten Falls und die verfügbaren wissenschaftlichen und klinischen Erkenntnisse. Entscheidend ist mit anderen Worten, ob eine therapeutische oder diagnostische Massnahme nach den Erkenntnissen von Praxis und Theorie und in der konkreten Anwendung nach den Präferenzen des Patienten in einer *evidence based practice* als geeignet erachtet wird.[766] Dabei findet eine vom einzelnen Anwendungsfall losgelöste, allgemeine Bewertung statt, deren Grundlage sowohl ein anerkanntes Naturgesetz als

---

[763] Vgl. die Unterscheidung von konkreter und abstrakter Eignung bei U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, S. 74.

[764] Vgl. das Bundesgericht im Entscheid 2A.287/2006, Erw. 3.3.2 mit Hinweis auf die Botschaft zu Art. 10 Abs. 1 lit. a HMG im BBl 1999 S. 3497.

[765] Die für eine Zulassung notwendige statistische Überprüfung umfasst nach Art. 11 Abs. 1 HMG u. a. Nachweise über die Wirkung und die unerwünschten Wirkungen sowie die Ergebnisse der klinischen Studien. Ab dem 1. Januar 2018 sind nach Art. 11 Abs. 2 HMG (vgl. AS 2017 2745) bei Arzneimitteln mit Indikation neben einem Bericht über die Heilwirkungen und die unerwünschten Wirkungen die Ergebnisse der physikalischen, chemischen, galenischen und biologischen oder mikrobiologischen Prüfungen, die Ergebnisse der pharmakologischen, toxikologischen und der klinischen Prüfungen, einschliesslich sämtlicher Ergebnisse aus Prüfungen in besonderen Bevölkerungsgruppen sowie eine Bewertung der Risiken und soweit erforderlich ein Plan zu ihrer systematischen Erfassung, Abklärung und Prävention (Pharmacovigilance-Plan) vorzulegen. Obwohl diese Revision im Wesentlichen eine Präzisierung der bisherigen Praxis beinhaltet, zeigt sie, wie die Kosten der Herstellung auch aufgrund der höheren fachlichen Anforderungen an die Zulassung steigen (vgl. nachstehende FN. 1137).

[766] Vgl. J. HOUSER/K. S. OMAN, Evidence-Based Practice, An Implementation Guide for Healthcare Organisations, Sudbury 2011, S. 1, 3.

auch eine statistische Erkenntnis bilden kann.[767] So verweist z. B. das Humanforschungsgesetz auf die Einhaltung der anerkannten internationalen Regeln der Guten Praxis über die Forschung am Menschen.[768]

Gelegentlich finden sich im Leistungsrecht in Spezialgesetzen Konkretisierungen der Eignung. Im Gesundheitsrecht wird z. B. als Kriterium für die Eignung auf eine Beurteilung der Wirksamkeit bei der Arzneimittelzulassung und der Kostenübernahme von Leistungen verwiesen.[769] Auch die Versicherungsdeckung der IV nimmt auf die Eignung Bezug.[770] Das Kriterium wird in aller Regel zur Einschränkung des Leistungsumfangs gebraucht.[771] Die von U. MEYER-BLASER in seiner Dissertation im Jahre 1985 festgestellte tendenzielle Offenheit von Leistungsnormen, insbesondere durch die Verwendung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe,[772] erscheint aktuell nicht mehr als Einfallstor für Begehrlichkeiten. Vor dem Hintergrund der begrenzten Mittel wird diese Offenheit von der zweiten sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, deren Mitglied der gleiche U. MEYER u. a. schon längere Zeit ist, im Gegenteil zur Wahrung des finanziellen Gleichgewichts der Sozialwerke eingesetzt.

---

[767] BGE 113 V 115 Erw. 3.2.1. Eine Charakterisierung der zugelassenen quantitativen und qualitativen Methoden bietet die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Forschung mit Menschen, Ein Leitfaden für die Praxis, 2. Auflage, Basel 2015, S. 98 ff.

[768] Vgl. Art. 10 HFG und Art. 5 der Verordnung über klinische Versuche in der Humanforschung (KlinV, SR 810.305), mit Verweis auf die anerkannten internationalen Regeln der Guten Praxis über die Forschung am Menschen.

[769] Art. 1 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 lit. a HMG und Art. 32 KVG.

[770] Vgl. den Hinweis auf geeignete Wiedereingliederungsmassnahmen in Art. 1a IVG oder den Anspruch auf geeignete medizinische Massnahmen für junge Versicherte nach Art. 12 IVG, auf notwendige Massnahmen bei Geburtsgebrechen nach Art. 13 IVG und geeignete berufliche Massnahmen nach Art. 16 Abs. 2 lit. c IVG sowie geeignete, notwendige Hilfsmittel nach Art. 8 Abs. 1 und Art. 21 IVG i.V.m. Art. 2 HVI (SR 831.232.51).

[771] So werden die medizinischen Massnahmen nach Art. 12 und 13 IVG oder die Hilfsmittel der IV und jene von AHV-Bezügern in einer Liste vom Verordnungsgeber genauer und in der Regel abschliessend umschrieben, vgl. Art. 21 IVG i.V. mit dem Anhang HVI und Art. 43*quater* AHVG (SR 831.10) i.V.m. dem Anhang HVA (SR 831.135.1).

[772] U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, S. 71.

c) Die Erforderlichkeit als Effizienz einer Massnahme

Als nicht erforderlich wird ein Einsatz von Mitteln gesehen, der zur Zielerreichung nicht oder nicht mehr notwendig ist. Das Ausmass der eingesetzten Mittel kann auch im Rahmen einer ökonomischen Wirkungsanalyse in die Güterabwägung einfliessen. Danach wird ein zu grosser oder zu geringer Mitteleinsatz, vorliegend eine aus Sicht der Zielerreichung zu grosse oder zu kleine Leistung des Staates, ineffizient sein. Ein so verstandenes juristisches Kriterium der Erforderlichkeit gibt damit den ökonomischen Fakt wieder, wonach ein einzelner Wirkungszusammenhang mit ihn betreffenden Kosten und Wirkungen effizient sein muss. Wie bei der Eignung verlangt die Prüfung eine Abschätzung *ex ante*, d. h. bevor der Eintritt des Schadenereignisses gewiss ist, eine Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeitsfaktoren. [773] Um die fehlende Schärfe der normativen Ebene und ihrer Sprache zu verringern,[774] kann eine reale Betrachtung als Anknüpfungspunkt und Ausgangsbasis gewählt werden. Bei einer Beurteilung der Erforderlichkeit wird entsprechend zunächst das faktische Mass von Ursache und Wirkung betrachtet.

Bei der Bewertung sind Gesetzgeber, Gericht oder Behörden wie erwähnt aufgefordert, sich bei den Gütern Leben und Gesundheit nicht wie üblich nach der Handelbarkeit von Gütern als *property rights* zu richten.[775] Massgebend ist vielmehr ein öffentliches Interesse, welches gerade nicht die Bewertung von Leib und Leben mangels Handelbarkeit vernachlässigt und diese Güter ausschliesslich nach den Folgeschäden beurteilt.

Bei einer faktischen Betrachtung eines Wirkungszusammenhanges können auch Menge und Art der eingesetzten Mittel die Erforderlichkeit verletzen. Eine zu grosse Menge eines einzelnen Inhaltsstoffes eines Arzneimittels kann z. B. nicht erforderlich sein, weil er nur oder schon in einer geringeren Menge mit anderen Stoffen eine Wirkung erzielt oder er ist nicht erforderlich, weil das Ausmass der Wirkung nicht mehr produktiv ist. Die optimale Dosierung der Mittel wird aus ge-

---

[773] Vgl. die Parallelität im Haftpflichtrecht: St. SHAVELL, Economic Analysis of Accident Law, Cambridge Mass. 2007, S. 127, 151 f. Der Zusammenhang führt über die Definition des ökonomischen Optimums nicht hinaus. Die Massgeblichkeit der Erwartungswirkung statt der absoluten Höhe des erwarteten Effekts folgt direkt aus der ökonomischen Methode.

[774] Vgl. oben S. 103 ff.

[775] Vgl. oben S. 94 ff.

samtökonomischer Sicht dann erreicht, wenn ein volkswirtschaftlicher Nutzen einer zusätzlichen Leistungseinheit nach Abzug ihrer Kosten (der Leistungshöhe) gerade noch so viel Nutzen abwirft, dass die zusätzlichen administrativen Kosten «ΔTK» und die Kosten durch die verminderte Aktivität gedeckt werden können.

Eine optimierende Werteabwägung setzt somit dort den Scheitelpunkt, wo das Produkt aus der Höhe der erwarteten positiven Leistungswirkung und der Wahrscheinlichkeit von deren Eintritt abzüglich der Höhe der Leistungseinheit gerade noch genügt, um die Kosten der Leistungserbringung zu finanzieren. Eine zusätzliche Einheit aufzuwenden wäre finanziell eine Verschwendung und eventuell auch medizinisch schädlich. Bis zu einem wirtschaftlich und fachlich optimalen Niveau soll eine Leistung im Hinblick auf die Erreichung des Optimums jedoch aufgewendet werden. Da die Rechtsordnung die Leistungshöhe in jedem konkreten Fall und nach Massgabe von öffentlichen Interessen vergleicht, führt dies bei gesamtwirtschaftlichen Grössen zu einer Betrachtung der Wirkung von Einzelfällen und einer Optimierung bis hin zur letzten nützlichen Einheit.

Unter die Frage der Erforderlichkeit gefasst wird zuweilen auch die Frage, ob mit alternativem Kausalzusammenhang eine vergleichbare Wirkung mit weniger Einsatz erzielt werden könnte.[776] Gefragt wird somit ergänzend, ob unter verschiedenen Eingriffsmöglichkeiten eine Alternative mehr Aufwand benötigt, um ein Ziel zu erreichen, als eine andere.[777] Dies entspricht aus ökonomischer Sicht einer Globaloptimierung. Dabei ist ökonomisch über den Zusatznutzen einer zusätzlichen Eingriffs- bzw. Leistungseinheit im Alternativzusammenhang, wie z. B. einer zusätzlich ausgegebenen Einheit von Steuern, zu entscheiden. So kann die Erforderlichkeit von Hilfsmitteln nach Art. 8 Abs. 1 IVG nur in einem Vergleich abgewogen werden. Dieser hat den jeweiligen Nutzen bzw. die Kosten in sachlicher, persönlicher, finanzieller und zeitlicher Hinsicht zu erfassen.[778] Das Bundesgericht erfasst

---

[776] Vgl. M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 30; G. MÜLLER/F. UHLMANN, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Auflage, Zürich 2013, S. 183.

[777] Vgl. oben S. 133 ff.

[778] Vgl. BGE 132 V 215 Erw. 3.2.2; 130 V 488 Erw. 4.3.2.

diese Umstände nun als Angemessenheit und verwendet dieses Kriterium statt einer Verhältnismässigkeit im engeren Sinne bzw. einer Zumutbarkeit.[779]

In der Rechtsprechung zum Leistungsrecht werden die Erforderlichkeit und die Angemessenheit begrifflich zuweilen nicht unterschieden.[780] Auch U. MEYER beleuchtete in seiner Dissertation die Angemessenheit von Hilfsmitteln z. B. noch unter dem Titel der Erforderlichkeit. Er wies dabei schon darauf hin, dass im Rahmen der Invalidenversicherung nur notwendige, nicht aber bestmögliche Eingliederungsmassnahmen unterstützt werden.[781] In der Eingriffsverwaltung bildet die Abwägung von Alternativen einen selbstverständlichen Grundpfeiler zur Prüfung der Erforderlichkeit.[782] Als Angemessenheit wird dort nicht der Vergleich unter Alternativen, sondern die Intensität einer Massnahme bezeichnet.[783] Damit wird bei Eingriffen und Leistungen die Abwägung von verschiedenartigen Aufwänden und zugehörigen Wirkungen miterfasst. Ob eine Aussage unter dem Begriff der Erforderlichkeit unter Berücksichtigung von Alternativen erfolgt oder ob dafür eine zusätzliche Abwägung notwendig ist, hängt von den Begriffsdefinitionen der Eignung und Erforderlichkeit ab. Wichtig ist mit Blick auf verbesserte Transparenz, dass globalen Optima von den Kosten-Nutzen-Optima unterscheiden werden.

---

779 Vgl. z. B. BGE 132 V 215 Erw. 3.2.2; BGer Entscheid 9C_807/2010 vom 29. März 2011 Erw. 3.

780 U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, S. 75 f.

781 Schon in dem von U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, S. 75, zitierten Entscheid des eidgenössischen Versicherungsgerichts, amtliche Sammlung, 1961, S. 178, sollte eine Telefonistin im Rahmen einer beruflichen Wiedereingliederung wegen fehlender Notwendigkeit nicht auf Kosten der IV Englisch lernen und damit eine höhere Ausbildung erwerben als durchschnittliche Berufsgenossen.

782 Vgl. z. B. betreffend die Wirtschaftsfreiheit BGE 129 V 32 Erw. 6.4.1 (Notwendigkeit milderer Sanktion im Verwaltungsrecht bei ev. unzulässiger Publikumswerbung für Medikamente) oder BGE 131 I 223 Erw. 4.3 (unverhältnismässiges Verbot einer Prozessfinanzierung). Auch bei anderen Eingriffen in Freiheitsrechte wird die Möglichkeit einer milderen Massnahme unter dem Titel der Erforderlichkeit abgewogen, vgl. z. B. die Suche nach Alternativen bei Eingriffen in die persönliche Freiheit BGE 126 I 112 Erw. 5a (Fürsorgerischer Freiheitsentzug).

783 Urteil des BGer 2C_240/2012 Erw. 1.2 (Erwägung nicht publiziert in BGE 139 I 145).

d) Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne als Vergleich der Wirkungen von kausalen Einflüssen

Neben der Eignung und der Erforderlichkeit verlangt die Verhältnismässigkeitsprüfung nach der herrschenden Lehre und Praxis wie erwähnt eine Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne. Diese beinhaltet bei Leistungen eine Abwägung der Leistungshöhe mit der dadurch abgewendeten Beeinträchtigung.[784] Mit Verweis auf die strukturäquivalente[785] Prüfung in der Eingriffsverwaltung wird in der Lehre eine umfassende Abwägung mit privaten und öffentlichen Interessen gefordert.[786] Damit werden nicht nur die betroffenen Werte und die entsprechenden kausalen Zusammenhänge einbezogen, sondern auch der jeweils notwendige Aufwand im Vergleich zu den Ergebnissen. Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne umfasst nach dem Verständnis der vorliegenden Arbeit die vergleichende Bewertung von Resultaten einer Maximierung von kausalen Zusammenhängen im Rahmen der Erforderlichkeit. Ökonomisch betrachtet kann und soll unerheblich der normativen Systematik als «Erforderlichkeit» oder «Verhältnismässigkeit im engeren Sinne» auch über allen alternativen positiven Differenzen «$\Delta N(\Delta R) - \Delta TK$» maximiert werden. Unter dem Stichwort der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne können so auch die subjektive Zumutbarkeit[787] gegenüber Drittbetroffenen oder externe öffentliche Interessen[788] abgewogen werden. Diese können als Wertungen auch in die Nützlichkeitsbetrachtung einzelner Kausalketten einbezogen werden.

---

[784] Vgl. C. DRÖGE, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 311; M. BOROWSKI, Grundrechte als Prinzipien, S. 201 ff.

[785] M. BOROWSKI, Grundrechte als Prinzipien, S. 201. Dieser Autor spricht von häufigen Dreieckskonstellationen.

[786] Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zur BV, N. 39 zu Art. 5.

[787] U. ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Basel 1978, S. 16 f.; so auch die konstante Rechtsprechung, vgl. z. B. BGE 129 I 35, 45, Erw. 10.2 mit Hinweisen.

[788] Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zur BV, 1. Auflage, Art. 5 N. 36.

Die Vorgehensweise erlaubt eine Erweiterung der Konstruktion der üblichen Prüfung der drei Kriterien der Verhältnismässigkeit (*trias*)[789] auf realer Basis in Richtung eines globalen Optimums. Dabei können vier Arten des optimierenden Vorgehens unterschieden werden, die jeweils aufeinander aufbauen:

1. Eine regulative Massnahme muss grundsätzlich geeignet sein, bei den dezentralen Entscheidungsträgern im Vergleich zum Zustand ohne Massnahme eine insgesamt nützliche Wirkung zu erzielen, d.h. «$\Delta N(\Delta R) > \Delta N(A)$» bis im Optimum Gleichung 1 gilt.

2. Dieser kausale Effekt soll auch unter Berücksichtigung der administrativen Kosten von Information und Durchsetzung positiv sein. D. h. im Optimum soll Gleichung 2 gelten.

3. Dabei müsste im Rahmen von Öffnungen von Normen zu Gunsten der Wirtschaftlichkeit die Kosten-Nutzen-Bilanz des Kausalzusammenhangs auch unter Berücksichtigung von – mit wirtschaftlich sinnvollem Aufwand nicht zu beseitigendem – *moral hazard* noch positiv sein. D. h. es gelten im Optimum die Gleichungen 3 bzw. 4'.

4. Eine regulative Massnahme muss auch im Vergleich mit anderen Lösungen als möglichen globalen Optima, wie z. B. mit zumutbaren eigenen Anstrengungen, im Rahmen einer Verhältnismässigkeit im engeren Sinne positiv ausfallen.

Die vorgeschlagene Struktur hat den Vorteil, dass vergleichende Werturteile über verschiedene Zusammenhänge bzw. Betroffene hinweg innerhalb der beiden letzten Kriterien angesiedelt werden können. Im Gegensatz dazu verlangen die Kriterien der Eignung (vgl. obige Ziffer 1) und der Erforderlichkeit innerhalb eines Kausalzusammenhangs (vgl. obige Ziffer 2) nur eine Einschätzung von Gütern und Risiken eines Einzelnen. Wissenschaftlichen Ansprüchen entspricht es, die notwen-

[789] M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 31 f.

digen zusätzlichen Bewertungen möglichst transparent und reflektiert vorzunehmen.[790] Die übliche *trias* der Verhältnismässigkeit ist bei Ausleuchtung von Ausgangsbasis, Interessen und Wirkungsprozessen dafür konzeptionell offen.

Die vorliegend gewählte Systematik lehnt sich deshalb nicht in erster Linie an sprachlich fixierte und damit automatisch an vorgegebene Wertungen orientierte Muster an, sondern versucht, unter Nutzung der *trias* die realen Zusammenhänge zwischen Leistungsmassnahmen und Wirkungen als Basis der Analyse zu wählen. Die allgemeinen Regeln der Verhältnismässigkeit versagen unter den oben genannten Prämissen auch bei der Leistungsverwaltung nicht, soweit der besondere Wert von Leib und Leben im Gesundheitsrecht beachtet wird. Einsparungen von Ressourcen und auch die Möglichkeit anderweitiger Verwendung durch die Bürger oder den Staat können als Ausdruck öffentlicher finanzieller Interessen angesehen werden.[791] Sie können wie Eingriffe des Staates einer Prüfung nach den einzelnen Optimierungen unterzogen werden. Die Erfordernisse der Eignung und Erforderlichkeit können wie beschrieben darin eingeordnet werden. Die Prüfung dieser Angemessenheit des finanziellen Einsatzes kann nach der *trias* im Rahmen einer Erforderlichkeit einfliessen, wenn nur die Frage der volkswirtschaftlichen Wirtschaftlichkeit einer Massnahme bzw. eines Ressourceneinsatzes zur Diskussion steht, d. h. der Vergleich der kausal verursachten Kosten und Nutzen und seine Gegenüberstellung mit den volkswirtschaftlichen Opportunitätskosten. Soweit mit einer kausal unabhängigen Massnahme zu vergleichen ist, können die kausale Analyse einer Massnahme und die Kosten ihrer Finanzierung auch mit einer entsprechenden Betrachtung der besten Alternative verglichen werden und damit als Frage einer Verhältnismässigkeit im engeren Sinne erscheinen.

---

790 Vgl. auch M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 31.

791 Damit besteht nach dem hier vorgetragenen Standpunkt weder die Notwendigkeit zur Etablierung eines vom Verhältnismässigkeitsprinzip losgelösten Staatsziels der Verwaltungsökonomie (vgl. F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 173) noch für eine bereichsspezifische Ausformung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 32, FN. 112).

e) Fazit

Im Vergleich zum vorgeschlagenen vierstufigen Vorgehen der Optimierung umfasst das konventionelle Prüfschema der Verhältnismässigkeit zwar den kausalen Einsatz von Mitteln, deren Vergleich zum Nutzen und auch die Relativierung des Ergebnisses, jedoch nicht die Wirkung der eigenen Regeln im Hinblick auf externe Effekte. Vernachlässigt werden vom konventionellen Begriff der Verhältnismässigkeit somit tendenziell die tatsächlichen Rückwirkungen der gesetzgeberischen Aktivität, z. B. in der Form von sich multiplizierenden faktischen Aktivitäten wegen der dezentralen Abschöpfung von ungerechtfertigten Vorteilen. Dies, weil eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorab auf den normierten Gesetzeszweck fixiert ist und relativ unbestimmte Wirtschaftlichkeitsziele nur im Rahmen der normativen Öffnungen einfliessen können.

Die Kontrolle eines dezentralen Aktivitätsniveaus ist grundsätzlich eine rechtspolitische Frage und damit eine Frage der Rechtsetzung. Normativ ist der Wirtschaftlichkeitsbegriff wie gesehen sowohl im Umfang als auch in der Bedeutung unbestimmt. Die beherzte Rechtsprechung des Bundesgerichts nutzt unbestimmte Rechtsbegriffe oder die teilweise explizit verankerte Wirtschaftlichkeit. Wie erwähnt hat das Bundesgericht im Myozyme-Entscheid (I) sein Einschreiten wegen einer Unwirtschaftlichkeit nach Art. 32 KVG mit der Untätigkeit des Gesetzgebers begründet.[792] Bei der Vermutung der Überwindbarkeit von PÄUSBONOG wurde auf eine fehlende Tätigkeit des Gesetzgebers als Begründung verwiesen, bevor nun in Anwendung von Art. 7 Abs. 2 ATSG ökonomisch gesehen richtigerweise betont wird, wegen der vielfältigen Ausprägungen im Einzelfall könne nur die Rechtsprechung die Probleme individuell-ökonomischen Verhaltens bei faktischer Komplexität lösen.[793]

Bei normativer Fixierung der Art der Leistungserbringung entspricht das Vorgehen bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ansonsten jenem der Eingriffsverwaltung.

[792] Vgl. den Myozyme Entscheid BGE 136 V 395 in Erw. 7.5: «Zugleich fehlen aber allgemein anerkannte Kriterien für diese Beurteilung. Diese Situation ist unbefriedigend, weil sie für alle Beteiligten grosse Rechtsunsicherheit und zugleich Rechtsungleichheit schafft, indem bestimmte Behandlungen je nach dem Entscheid einzelner Ärzte oder Krankenkassen vorgenommen bzw. vergütet werden oder nicht».

[793] Vgl. BGE 141 V 281 in Kommentierung von BGE 130 V 352 in Erw. 3.4.1.1 sowie der neue Ansatz in Erw. 5.1.1.

Eine Differenzierung ist im Mass und im Grund, welche bei Leistungen eine alternative Verwendung der Mittel zulassen, angelegt.

G. DIE OPTIMIERUNG DER ANKNÜPFUNG AN KAUSALZUSAMMENHÄNGE

1. Normative Möglichkeiten gegenüber Komplexität

Die administrativen Kosten einer Lenkung, insbesondere die Kosten der Informationsbeschaffung (in Phase II)[794] und die Kosten der Kontrolle der normativen Wirkungen (in Phase IV) variieren je nach dem für die Anknüpfung an die dezentrale Handlung als wesentlich eingestuften Merkmal. Ein erster Ansatz optimiert ohne Einbezug strategischen Fremdverhaltens. Der Gesetzgeber und Rechtsanwender beziehen die Auswirkungen von individuellen Handlungen auf Dritte und die Gemeinschaft zwar ein, nicht jedoch deren eventuell bewusste Handlungen entgegen den gemeinschaftlichen Interessen. Die von Handlungen Betroffenen agieren entsprechend nur gemäss gewollten Anreizen und nützen die Missbrauchspotentiale wegen den Transaktionskosten ihrer Ermittlung (*moral hazard*) nicht aus. Die Auswirkungen auf Handlungen eines Patienten werden z. B einkalkuliert, nicht jedoch die Auswirkungen von dessen eventuell aggravierendem Verhalten.

Normative Antworten auf die entsprechende Ausübung unilateraler Handlungsrechte können je nach der Summe der Effekte von Nutzen und Schaden auf drei verschiedene Arten ausgestaltet werden.[795] Der Gesetzgeber und der Richter *modo legis latoris* können

- schädliche Tätigkeit teilweise oder generell verbieten;
- sie wegen des Nutzens der Aktivität, ev. unter spezifischen Bedingungen (z. B. Polizeibewilligungen oder marktkonforme Mengenbegrenzungen) oder mit bestimmten Kosten (z.B. Lenkungsabgaben oder betroffenen Dritten einzuräumende Ansprüche auf staatliche oder private Entschädigungen) zulassen oder
- eine Aktivität aufgrund ihres überwiegenden Nutzens generell zulassen.

---

[794] Vgl. oben S. 156 ff.

[795] Vgl. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 94 f.

Wenn eine zusätzliche Aktivität in der Regel weniger nützlich ist als das Ausmass der von ihr hervorgerufenen Schädigung, so ist sie aus einer Gesamtsicht zu verbieten oder einer Bewilligungspflicht zu unterstellen (Fall 1). Ist der zusätzliche soziale Nutzen einer Einheit unerheblich der Höhe der Aktivität grösser als der hervorgerufene Schaden, so ist eine Tätigkeit generell zuzulassen (Fall 3, z. B. *casum sentit dominus*). Sinkt der Nutzen einer Tätigkeit mit einer zusätzlichen Einheit (der Grenznutzen), wie dies dem allgemeinen Grundsatz abnehmender Grenzerträge entspricht,[796] so wird sich bei gleichbleibenden oder steigenden Kosten der zusätzlichen Aktivitätseinheit (Grenzkosten) hingegen ein Optimum bilden, welches beide Effekte vereint (Fall 2).

Das wirtschaftlich optimale Aktivitätsniveau einer Regulierung befindet sich mikroökonomisch beim Gleichgewicht von sozialem Grenznutzen und sozialen Grenzkosten. Bei stetigen Funktionen markieren Gleichgewichte stabile Zustände, in denen sich die latenten Effekte die Waage halten.[797] Falls der Gesetz- bzw. Verfassungsgeber einzelne Güter bewusst hoch gewichtet, wie z. B. eine medizinische Grundversorgung von hoher Qualität nach Art. 117*a* Abs. 1 BV, so sind diese Vorgaben auch in der ökonomischen Analyse zu beachten. D. h. bei der Gesundheitsversorgung, dass auch ein geringerer sozialer Grenznutzen auf bereits hohem Niveau der Versorgung die sozialen Grenzkosten noch nicht erreichen muss, bis auf noch höherem Niveau ein Gleichgewicht erreicht wird.

Mathematisch gesehen rechnet sich im Gleichgewicht eine zusätzliche Veränderung in die eine oder andere Richtung nicht. Stabile Gleichgewichte sind somit auch Zustände, welche unter Berücksichtigung der verschiedenen zugrundeliegenden Funktionen Optima sein können. Die zu besprechende Frage ist in der Folge, welche Optima erreicht werden können. Die gleichzeitige Optimierung der Aktivitäten des Produzenten und des Konsumenten, je nach Art der externen Effekte des Geschädigten bzw. Begünstigten externer Effekte, ist logisch nicht möglich. St. SHAVELL gelang im Haftpflichtrecht der mathematische Beweis, dass eine paral-

[796] Vgl. M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 28.

[797] Vgl. N. LUHMANN, Funktion und Kausalität, S. 14.

lele Optimierung des Aktivitätsniveaus von Geschädigtem und Schädiger unerheblich der Anknüpfungsart aufgrund deren verschiedenen Zielsetzungen nicht allgemein gelingen wird.[798]

Übertragen auf die positiven Externalitäten im Leistungsrecht ist eine gleichzeitige Optimierung der positiven Wirkungen einer Leistungserbringung und des Verhaltens von dezentralen Entscheidungsträgern in deren Konsumation grundsätzlich nicht möglich. So werden sich auf mikroökonomischer Ebene die gesetzgeberischen Versuche einer Optimierung des Angebots von Leistungen nicht generell mit einer Optimierung der Nachfrage kombinieren lassen. Die optimalen Strategien der Leistungsträger (z. B. Sozialversicherungen), der Leistungserbringer (z. B. Ärzte) und der Leistungsbezüger sind wechselseitig voneinander abhängig. Entsprechend hängt die optimale Leistungshöhe von den strategischen Verhalten aller Beteiligten ab. Möglich sind jedoch die Optimierung der volkswirtschaftlich aggregierten Wirkung anhand von statistischen Einschätzungen[799] oder eine Analyse der Strategiegegensätze im Einzelfall.[800]

Allgemein möglich ist jedoch, die Transaktionskosten im Einzelfall durch eine an die Fakten angepasste Art der Anknüpfung zu senken. Die Unmöglichkeit gemeinsamer Optimierung heisst nicht, dass nicht mit Hilfe einer statistischen Variable beschreibende Aussagen zu Optimierungsabläufen gemacht werden können.[801] Auch wenn das Ausmass der Wirkungen der positiven Externalitäten und die Rückkopplung im Systemkreislauf nicht gewiss ist, so ist es doch möglich, die Aktivitäten von Staat und Bürger in einem *Trial-and-Error*-Prozess schrittweise an ein Optimum anzunähern.[802] Die beiden Evaluationen enthalten sowohl unabhängige wie voneinander abhängende Kostenfaktoren, die immerhin insofern parallel lau-

---

798 St. SHAVELL, Strict liability versus negligence, in: Journal of Legal Studies 9 (1980) S. 1 ff.; H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 268 ff.

799 Vgl. nachstehende lit. H insbesondere auf S. 316 ff.

800 Vgl. nachstehende lit. J auf S. 349 ff.

801 Vgl. dazu den nachstehenden Titel H, S. 280 ff.

802 M. ERLEI/M. LESCHKE/D. SAUERLAND, Institutenökonomik, S. 425.

fen, als möglichst keine gemeinsamen Reibungsflächen bzw. administrative Kosten entstehen sollen.[803] Auf diese letztere, beiden Perspektiven eigenen Thematik wird deshalb nachfolgend eingegangen.

2. Die Struktur der Anknüpfung an dezentrale Verursachungsketten

a) Die optimale Anknüpfung an innere und/oder äussere Tatsachen

Bei der Umsetzung sind Leistungsregeln hoher Fremdkomplexität ausgesetzt. Die zu beeinflussenden faktischen Handlungszusammenhänge können eine Komplexität bei der Verursachung und eventuell selbst bei klarer Ursache eine unklare Wirkung haben. Die beste regulative Antwort optimiert die Summe von Kosten und Nutzen und beachtet auch die beste alternative Anknüpfung. Eine Optimierung einer lokalen Massnahme beinhaltet somit die Treffsicherheit von Sanktionen als eigenes Ziel zur Reduktion von administrativen Kosten des Vollzugs. Die administrativen Kosten der Informationsbeschaffung und des Vollzugs sollten insbesondere den Nettozusatznutzen einer Aktivitätseinheit unter Berücksichtigung von zu erwartendem *moral hazard* nicht überwiegen. Die Komplexität bzw. die höheren Hürden der Aufklärung führen dabei zu verschiedenen Ausgangslagen bei der Verknüpfung von Ursachen mit Wirkungen.

Aufgrund der realen Bedingungen eines Verhaltens mit inneren Merkmalen des Willens und Wissens sowie den äusseren Fakten bieten sich für Verursachungszusammenhänge nach dem Grad des Einbezugs der vorausgehenden, freien Entscheidung vier sinnvolle Kombinationsmöglichkeiten für eine Anknüpfung an:

a) Die auf äusseres menschliches Tun oder Unterlassen zurückführbare, reale Verursachung;

b) eine Verursachung nach lit. a, plus eine rechtliche Bewertung der inneren Fakten des Tuns oder Unterlassens;

c) eine auf ein Risiko eines äusseren menschlichen Tuns oder Unterlassens zurückführbare Verursachung oder

[803] Vgl. vorne S. 156.

d) eine Verursachung durch Risikoeintritt nach lit. c plus eine rechtliche Bewertung des Umgangs mit Risiken (z. B. Entlastungsbeweis der genügenden Sorgfalt im Umgang mit dem Risiko).

Dieses Schema mit vier Punkten stellt eine Verallgemeinerung der Anknüpfungen dar, wie sie im Haftpflichtrecht als sogenannte scharfe (lit. a und c) und milde Kausalhaftungen (lit. d) sowie Verschuldenshaftungen (lit. b) üblich sind. Die Anknüpfungspunkte sind jedoch nicht nur bei der Verteilung von Wertverlusten massgeblich, sie können spiegelbildlich auch für die Analyse der Zuordnung von Leistungen zu ihren realen Gründen und deren Optimierung dienen. Die Gewährung und Verweigerung von Leistungen knüpft an kausale Abläufe an und hat diese nach inneren und äusseren Aspekten zu bewerten.

Leistungen werden ausgerichtet, wenn ein Bürger analog obiger lit. a Ursachen setzt (z. B. einen Sonnenkollektor beim Solar-Förderprogramm installiert oder eine Kuh im Berggebiet hält). Doch muss der Staat das Verhalten noch bewerten. Der Gesetzgeber will das Verhalten steuern, weshalb die Anknüpfung kombiniert bei Wirkung und Verhaltensnormen erfolgt (vgl. lit. b). Auch im Leistungsrecht ist eine Risikoanknüpfung häufig: So wird z. B. eine Unfallleistung einer obligatorischen Versicherung bei kausaler Verursachung eines Unfalls ausgerichtet (Anspruch analog lit. c), bei gefährlichem Tun werden jedoch Kürzungen vorgenommen (vgl. lit. d). Die Beurteilungen von Leistungen sind mit risikoreichen Handlungsweisen konfrontiert und knüpfen an entsprechend verursachte äussere Geschehnisse (Wirkungen), an deren Risiko, an inneren Absichten (Ursachen) oder an eine Kombination dieser Kriterien an.

Welches der Zurechnungskriterien bzw. welcher der Anknüpfungspunkte im Einzelfall im Hinblick auf ein ökonomisches Optimum richtig ist, hängt wiederum von den realen Umständen ab. Die Berücksichtigung von inneren Tatsachen (dem Verschulden) erweist sich dann als ökonomisch sinnvoll, wenn pflichtgemässe Handlungen erwünscht sind. D. h., wenn Konsequenzen nicht folgen sollen, wenn trotz pflichtgemässem Handeln eine Wirkung eintritt. Dynamische und liberale Systeme leben von dieser Freiheit zur Handlung und deren Schutz durch den normativen Rahmen. Ob und inwieweit die Wirkungen beachtet werden sollen, hängt entsprechend von der Art der Risiken einer Aktivität ab. Insbesondere bei komplexeren Schadensverursachungen und risikoreichen Tätigkeiten können zur Prävention innere Faktoren nicht berücksichtigt werden. Stattdessen wird primär auf die Art der

geschaffenen Risiken abgestellt, soweit der Verursacher die möglichen negativen Folgen seines Tuns kontrollieren kann und tragen soll. Die Anknüpfung an den Wirkungen dient der Reduktion administrativer Kosten, da nicht mehr der genaue kausale Verlauf, sondern nur noch die Kausalität aufgrund einer mit der Anknüpfung am Risiko vorausgesetzten Eintrittswahrscheinlichkeit, d. h. einer statistischen Grösse, zur Beurteilung kommt. Bei dieser Art der Anknüpfung werden somit faktisch bedingt Wertungen getroffen, indem äussere Wahrscheinlichkeiten in Verknüpfung mit inneren Auslösungsmomenten als für eine Zurechnung genügend betrachtet werden.

Die Wahl des Anknüpfungspunktes und des Zurechnungskriteriums kann aber auch von den rechtlichen Zielen abhängen. Eine sachspezifische Annäherung ermöglicht z. B., dass Ärzte wegen der Wichtigkeit auch bei kleinen positiven Grenznutzen der Patienten nach Art. 117*a* BV bei Massgeblichkeit der Ursachen noch nach den Regeln der ärztlichen Kunst handeln können, wenn sie bei der Befürchtung vor Wirkungen als *homo oeconomicus* nicht mehr handeln würden. Spitäler sollen gleichermassen Leistungen grundsätzlich auch dann noch erbringen, wenn die Grenzkosten höher werden als ihr eigener Nutzen. Solange der erwartete Zusatznutzen für den Patienten nicht durch seine Risiken verbraucht wird, machen solche Leistungen trotz einem fehlenden Nettonutzen auf Seiten der Zahlenden bei der Statuierung eines besonders hohen Werts eines Gutes auch gesamtwirtschaftlich Sinn.

Entsprechend divergiert die optimale Kontrolle von gefährlichen Tätigkeiten bei verschiedenen Gewichtungen von Gütern und faktischen Risiken nach einer Verfassung und nicht nach einer rein ökonomischen Gefährlichkeit. Dieser themenbezogene Ansatz kann im Sinne einer optimalen Lösung sein, weil damit unerheblich eines Risikos auch globale Optima wie Vermeidungsmöglichkeiten, die fachspezifisch vorhandene Kausalstruktur eines fraglichen Verursachungszusammenhangs und die jeweils notwendigen Kosten einer Umsetzung von der Struktur her erfasst werden. Insbesondere lässt sich damit das Verhalten der Rechtsunterworfenen in einem bestimmten Fachbereich und damit die faktische Systemumwelt der Regulierung besser einbeziehen.

b) Die Anknüpfung an die Ursachen (die inneren Fakten)

I. Die Problematik dieser Anknüpfung

Eine auf Pflichten des Handelnden basierende Zurechnung umfasst die inneren Tatsachen bzw. die entscheidungsrelevanten Ursachen. Soweit die Wirkungen bei Beachtung von Pflichten vermeidbar und deren Ursachen kontrollierbar sind, gelingt bei tiefen administrativen Kosten eine Kontrolle in der Sollens-Ebene. Dies ist möglich, weil Verhaltensweisen schon an ihrer Quelle effizient verändert werden können. Wenn Kausalzusammenhänge vom Handelnden beeinflussbar sind, kann auch auf die möglichen Vorkehrungen im Hinblick auf vermeidbare Risiken abgestellt werden. Die einzubeziehenden Gesichtspunkte sind der Nutzen einer Tätigkeit, der grössere zukünftige Nutzen dank Spiegelungen in der Sollens-Sphäre und die dafür notwendigen administrativen Kosten.

Komplexe Konstellationen führen hingegen zur weitgehenden Irrelevanz einer Anknüpfung an innere Tatsachen im Hinblick auf das Aktivitätsniveau.[804] Weil Wissen und Willen einer Person nur mit höherem Aufwand oder gar nicht ermittelt werden können, wird einer Anknüpfung daran grundsätzlich auch die Fähigkeit abgesprochen, eine Aktivität zu kontrollieren.[805] Umgekehrt gesagt kann bei den negativen Externalitäten im Rahmen einer Haftpflicht z. B. eine gefährliche Aktivität unter dem Regime einer Verschuldensanknüpfung bei Beachtung von anwendbaren Sorgfaltspflichten sanktionslos ausgeübt werden. Solche rechtlichen Anknüpfungen beschränken eine unerwünschte Aktivität nicht, weil der Nutzen im Ergebnis sanktionslos einbehalten wird, die Kosten von Tätigkeiten mit Schadensrisiken jedoch nicht vom Verursacher getragen werden müssen. Die Tätigkeit wird im Gegenteil für einen *homo oeconomicus* interessant. Die ökonomischen Anreize widersprechen insbesondere dem Grundsatz, wonach das Risiko von dem dieses am besten Kontrollierenden getragen werden soll (*superior risk bearer*).[806] Dieser

---

[804] Vgl. M. ADAMS, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, S. 55 ff.; N. JANSEN, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 155 f. Es kommt, ebenfalls nach diesen Autoren a.a.O. noch dazu, dass sich ein Sorgfaltsmassstab in der Regel historisch ergibt und innovative Entwicklungen nicht einschliesst.

[805] Vgl. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 179.

[806] Vgl. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 442 ff.

Grundsatz stellt eine Gesamtbetrachtung bei gegenseitigen Verursachungszuweisungen dar.

Vor diesem Hintergrund reduziert sich bei komplexeren Verhältnissen die Steuerungswirkung bei einer Anknüpfung an innere Tatsachen grundsätzlich nach der Massgabe des Aufwandes für konkret kontrollierbare Sorgfalt. Da eine Kontrolle häufig faktisch kaum möglich ist, wurde gegenüber negativen externen Effekten historisch gesehen mit zunehmender Komplexität der Sorgfaltsmassstab bei Verschuldenshaftungen objektiviert und diverse verschuldensunabhängige Haftungsarten eingeführt.[807] Die Sanktionen in zahlreichen Erlassen, z. B. im Strafrecht, in den spezifischen Haftpflichtgesetzen[808] und in zahlreichen Haftungsnormen von Spezialgesetzen,[809] dienen ja gerade der Einhaltung von Vorschriften und damit der Vermeidung externer Effekte. Die technische Entwicklung führte seit Beginn des 19. Jahrhunderts zu höherer Spezialisierung und damit auch zu einer grösseren Varianz der Risiken. Um die systembedingte Verzögerung in der Sollens-Ordnung aufzufangen, wäre der Vorschlag einer generellen Haftungsnorm für gefährliches Verhalten gemäss dem Vorentwurf der Studiengruppe zur Revision des Haftpflichtrechts sinnvoll gewesen.[810] Nach der Ablehnung des Projekts der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts durch den Bundesrat behilft sich die Rechtsprechung weiterhin mit der Ausweitung der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht in Form des Gefahrensatzes[811] und einer Verrechtlichung von fach- und berufsspezifischen Normen als übliche Sorgfaltsstandards. Damit wird der aus Sicht einer Risikokontrolle nicht massgebende, eher zufällige Umstand der Existenz von zusätzlichen Verhaltensnormen in einem bestimmten Regulierungsbereich oder der im Anwendungsbereich unbestimmte Gefahrensatz dafür massgebend, ob in komplexeren

---

807 P. WIDMER/P. WESSNER, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Revision des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 2000, S. 2 ff.

808 PrHG (SR 221.112.944) und KHG (SR 732.44).

809 Z. B. Art. 58 SVG (SR 741.01), Art. 54 GSchG (SR 814.20).

810 Vgl. schon C. Ch. BURCKHARDT, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, in: ZSR 1903, S. 578, und dazu P. WIDMER/P. WESSNER, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Revision des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 2000, S. 1.

811 P. WIDMER/P. WESSNER, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Revision des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 2000, S. 134; P. WIDMER, Gefahren des Gefahrensatzes, in: ZbJV 1970, S. 289 ff.; K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichrecht Bd. I, S. 127 f.

Fällen eine Anknüpfung und Zurechnung möglich ist.[812] Schon die Haftungsnormen präsentieren sich vor diesem Hintergrund heute als historisch gewachsener, konzeptionsloser[813] Flickenteppich mit Lücken. Sie ermöglichen jedoch eine fallspezifische Berücksichtigung von faktischen und normativen Umständen bzw. Gewichtungen.

II. Die Steuerbarkeit von zweckwidriger Aktivität

Die für das Aktivitätsniveau nebst dem Aufwand für die Kontrolle wichtige Höhe einer Sanktion wird bei der Verschuldenshaftung und teilweise auch bei der Kausalhaftung je nach den Umständen zudem von Gesetzes wegen gemildert. Vertraglich[814] und ausservertraglich werden in Anwendung von Art. 43 OR *ex officio*[815] nach der Berechnung des Schadenersatzes Reduktionen desselben auch bei leichtem[816] schuldhaften Handeln vorgenommen. Ausgehend von einer Obergrenze des effektiven Schadens nach der Differenztheorie[817] ermöglicht dieses Vorgehen, bei verschuldensabhängigen Haftungen eine Proportionalität zwischen der Pflichtverletzung und der Sanktion herzustellen.[818] Damit werden die Nachteile eines Alles-oder-nichts-Prinzips, wonach sich der Geschädigte nicht um eine Vermeidung des Schadens bemühen müsste, gemildert. Die Proportionalität wird jedoch nur hinsichtlich eines tieferen Ersatzes hergestellt, der entstandene Schaden bleibt als Obergrenze bestehen.

---

812 P. WIDMER/P. WESSNER, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Revision des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 2000, S. 134.

813 P. WIDMER/P. WESSNER, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Revision des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 2000, S. 2 ff.

814 Der Verweis von Art. 99 Abs. 3 OR gilt auch für Art. 43 (vgl. BGE 116 II 446).

815 Vgl. BGE 111 II 156 Erw. 4, M. A. KESSLER, Basler Kommentar zum OR I, Art. 43 N. 1.

816 Grundlegend: BGE 82 II 31 Erw. 3.

817 Vgl. statt vieler K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, S. 378 ff. und BGE 127 III 78 Erw. 5c; vgl. schon F. MOMMSEN, Zur Lehre vom Interesse, Braunschweig 1855, S. 3.

818 K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, S. 382 f.

Zudem erhöhen die Probleme des Geschädigten zum Beweis des Schadens sowie die administrativen Kosten einer Rechtsdurchsetzung das Aktivitätsniveau des Schädigers. Der Vollzug der Sanktion des Schadenersatzes vermag damit schon strukturell bedingt aufgrund zu geringer Sanktionen und hoher Kontrollkosten den Anreiz zum schädigenden Verhalten nicht aufzufangen. Immerhin haben die Betroffenen bei der Verschuldenshaftung geringe administrative Kosten der Informationsbeschaffung, weil sie auch bei hoher Komplexität von Wirkungen in der Regel vorbestehende Sorgfaltsmassstäbe nutzen können.

Im Falle der Steuerung von Aktivitäten mit positiven externen Effekten, z. B. von sozialen Leistungen, präsentiert sich die Situation analog. Soweit sich die Einhaltung von Pflichten von dezentralen Leistungsbezügern und deren Konnex zu Bezügen ohne grösseren Aufwand kontrollieren lassen, sind (bei angemessenen Kontrollen und Sanktionen) nur geringe Anreize für eine Ausweitung von Leistungen durch zweckwidrige Aktivität vorhanden. Da jedoch das Wissen und der Wille als innere Tatsachen selten mit angemessenem Aufwand erschliessbar sind, besteht in einem Umfeld hoher Komplexität ein Defizit normativer Spiegelung, welches mit administrativen Kosten der Kontrolle und Sanktionen (Bussen) ausgeglichen werden müsste. Die Höhe und Wahrscheinlichkeit der aktuellen gesetzlichen Sanktionen wird jedoch unehrliche Leistungsbezüger kaum abschrecken.[819] Unehrliche Leistungsbezüger und ihre teils gutgläubigen Helfer können strategisches Handeln ohne besondere Mühen erweitern und sich den Prüfungskataloge der Rechtsprechung anpassen.[820] Das Streben eines Patienten und seines Helfernetzes zur Überwindung von entsprechenden Fragestellungen wird jedenfalls bei den kurzfristig beinflussbaren Indikatoren wegen der Planmässigkeit des Vorgehens mutmasslich sogar häufig grösser sein als die Konsistenz eines wahrhaftigen Krankheitsbildes.

---

[819] Vgl. die nachstehenden Ausführungen zur Abwehr von *moral hazard* insbesondere auf S. 307 ff.

[820] Zur Besprechung von BGE 141 V 281 in dieser Hinsicht vgl. nachstehend auf S. 295 ff.

III. Der optimale Umgang mit positiven bzw. negativen externen Effekten

Wie schon der englische Ausdruck *moral hazard* vermittelt, besteht die Gefahr innerer Abkehr von gesetzgeberischen Zielen. Dies ist vor allem in jenen Fällen möglich, da die Handelnden auch durch eine äussere Komplexität vor Sanktionen geschützt sind. Möglich sind positive und negative externe Effekte im Umfeld von Komplexität somit, z. B. wenn der Vollzug der Überprüfbarkeit bei Rentenbezügen im Ausland scheitert oder wenn Arzneimittel an Personen abgegeben werden, die diese nicht selbst konsumieren, sondern weiterverkaufen. Wie die Beispiele aufzeigen, lassen sich diese Fälle in der Regel einer mitwirkenden inneren Ursache bei der Anspruchsbegründung zuordnen.

IV. Fälle optimaler Anknüpfung an inneren Tatsachen trotz positiven externen Effekten

Aufgrund dieser Komplexität des fachlichen Umfelds, häufig ergänzt um notwendige Berater oder einen rechtlichen Schutz von persönlichen Informationen, kann dem Leistungsbezüger unerheblich seiner zweckwidrigen Strategie nur selten eine Pflichtwidrigkeit nachgewiesen werden.[821] Im Gegenteil hat er ein Interesse, einen *moral hazard* zu verdecken. Nur mit hohen Abklärungskosten und bei einem Rest an Unbestimmtheit kann dann allenfalls hinter eine vom Leistungsbezüger errichtete Mauer geblickt werden. Entsprechend taugt im Bereich der Leistungsausweitungen wegen positiven externen Effekten eine Anknüpfung an innere Tatsachen grundsätzlich weder zur Senkung von Transaktionskosten noch zur Verminderung eines schädlichen Aktivitätsniveaus. Im Prinzip wäre sie deshalb aus ökonomischer Sicht abzulehnen.

Dies ändert sich, wenn die Anknüpfung an Pflichten auf eine Systemumwelt trifft, die sich nicht oder nicht nur an eigenen Werten orientiert. Wie von U. GNEEZY /A. RUSTICHINI ebenfalls aufgezeigt, kann auch ein pflichtgemässes Verhalten für die

[821] Zu den Möglichkeiten gegenüber einem strategisch Handelnden (bei *moral hazard*) vgl. nachstehend S. 303 ff.

Betroffenen einen Wert haben, der über ein subjektiv wirtschaftlich optimierendes Verhalten im engeren Sinne hinausgeht.[822] Die Anknüpfung an innere Tatsachen bringt den Vorteil, dass sich die Rechtsgenossen bei der Beachtung von übergeordneten Pflichten nicht am hohen Kontrollaufwand und an einer entsprechend geringen Wahrscheinlichkeit der Ahndung von Regelverstössen orientieren. Nicht nur mit hohen Transaktionskosten können entsprechend die Nutzenverluste von abweichendem Verhalten aufgefangen werden. Auch eine hohe Bereitschaft der Gesellschaft oder ihrer Mitglieder, sich ohne einen formellen Prozess oder passende Sanktionen an Regeln zu halten, senkt bei komplexen Verhältnissen die Transaktionskosten. D. h., dass die Betonung von pflichtgemässem Verhalten für ebenso handelnde Rechtsgenossen bei komplexen Verhältnissen einen Vorteil gegenüber der Grundannahme eines *homo oeconomicus* bietet. Eine vorbestehende hohe Neigung, sich an Pflichten zu halten, führt insbesondere zu geringeren Vollzugskosten als der ökonomische Idealfall mit ökonomischen Marktteilnehmern voraussetzt. Zu beachten ist dabei weiterhin, dass die Art und der Umfang einer Kontrolle die psychologischen Erwartungen der Handelnden nicht enttäuschen sollte und sich der Gesetzgeber trotz unterschiedlichen faktischen und psychologischen Bedingungen hinsichtlich Externalitäten trotzdem an einer Durchschnittsbetrachtung orientieren muss.

Die hohen Kosten einer Rechtsdurchsetzung können bei möglichen Leistungsausweitungen wegen positiven externen Effekten zur Folge haben, dass komplexe Aufgabenbereiche ökonomisch sinnvoll durch eine Anknüpfung an die Fähigkeiten oder die Pflichtentreue von vertrauenswürdigen Personen geregelt werden. Dies gilt somit insbesondere in den Fällen, in welchen die Komplexität der faktischen Wirkungszusammenhänge und damit die notwendigen Transaktionskosten hoch sind und die dezentral Handelnden abgesehen von externen Effekten grundsätzlich besser geeignet sind, die Sachlage im Einzelfall einschätzen. Entsprechend kann z. B. bei möglichen, nicht gut kontrollierbaren Externalitäten betreffend wichtige Güter eine staatliche Bewilligungspflicht und die Verwendung von dem rein wirtschaftlichen Handeln übergeordneten Verhaltenspflichten bei Berufen mit komplexen Tätigkeiten, wie bei Ärzten oder anderen medizinischen Berufen, sinnvoll sein. Auch können Personen, welche das Vertrauen von beiden Seiten geniessen, wie z. B. sogenannte *gate keeper*, wie sie bei einem Hausarztmodell einer

[822] Vgl. U. GNEEZY/A. RUSTICHINI, Pay Enough or Don't Pay at All, S. 791 ff.

Krankenversicherung vereinbart werden können, Informationsasymmetrien abbauen. Solange nicht der ökonomische Faktor zu einer Vernachlässigung der Pflichten führt, sind somit Personen, welche das Vertrauen von beiden Seiten geniessen, deshalb sinnvoll.

c) Die Anknüpfung an Wirkungen

I. Die Problematik der Wirkungsanknüpfung

Die Ausübung eines erlaubten Risikos wird, wie oben erläutert, bei den negativen externen Effekten mittels verschiedenster Gefährdungshaftungen und dem Gefahrensatz erfasst. Soweit eine Anknüpfung an innere Fakten und die genauen Verursachungszusammenhänge kostenintensiv oder unmöglich ist, ist die Anknüpfung an äusserlich wahrnehmbare Wirkungen besser zur normativen Spiegelung von privatem Verhalten geeignet. Eine Anknüpfung an die Wirkungen integriert die ansonsten nur mit grösserem Aufwand beeinflussbaren privaten Verhaltensweisen.[823] Sie dient damit insbesondere der Verminderung administrativer Kosten im Vollzug und der Vermeidung externer Effekte. Systematisch wird beim Kausalzusammenhang wegen hoher Verursachungskomplexität in der Umwelt an die geringere Komplexität der Wirkung und an ein normativ nicht vorgesehenes Verhalten angeknüpft.

Entsprechend bilden bei negativen Externalitäten regelmässig die fehlende Sicherheit über die Einhaltung von Sorgfaltsmassstäben und entsprechende Beweisprobleme die Gründe für eine Kausalhaftung.[824] Das Recht stellt bei technisch komplexen oder arbeitsteiligen Abläufen wie erwähnt sogar typischerweise nicht auf die inneren Fakten als Ursachen, sondern kausal auf die äusseren Wirkungen von regulierten Verhaltensweisen ab. Auch singuläre, aussergewöhnliche Folgen können im Versicherungsrecht und im Haftpflichtrecht kausal sein, wenn ein Er-

[823] Vgl. St. SHAVELL, An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts, in: Journal of Legal Studies 9 (1980), S. 489.

[824] W. M. LANDES/R. A. POSNER, The Economic Structure of Tort Law, Cambridge Mass./London 1987, S. 117.

eignis prinzipiell geeignet ist, einen Erfolg von der Art des Eingetretenen herbeizuführen.[825] Anderenfalls bestünde für Entscheidungsträger die Möglichkeit, sich die Komplexität ihrer Entscheidungen zum Schaden des Umfelds zunutze zu machen. Mit der Anknüpfung an die Wirkungen werden im Umfang der jeweiligen regulatorischen Einbindung negative Externalitäten vermieden und die Treffsicherheit der regulativen Antwort erhöht. Damit werden die administrativen Kosten der Ermittlung der Ursache eingespart.

Bei unerwünschten positiven externen Effekten wird die Absicht des Einzelnen ebenso durch hohe administrative Kosten der Kontrolle überdeckt sein. Wie bei den negativen externen Effekten wird von diesen Kosten auch vorab abhängen, ob sich eine Aufklärung lohnt. Anders als dort ist jedoch der Verursacher der entsprechenden Wirkung nicht nur der zweckwidrig Handelnde. Auch überwiegen die negativen Wirkungen einer positiven Externalität nicht durchwegs. Damit existiert bei positiven externen Effekten, soweit sie nicht normativ erfasst und verboten werden, jeweils auch ein Begründungsstrang, um sie auch gesamtökonomisch zu rechtfertigen. Entsprechend schwach wird aus ökonomischer Sicht insbesondere bei höheren Transaktionskosten der Kontrolle das Argument einer Anknüpfung an die Wirkung.

Bis zum Gleichstand der marginalen administrativen Kosten zum Nutzen einer gesetzgeberischen Aktivität sollte nach ökonomischen Gesichtspunkten keine Vorschrift eingreifen. Wenn z. B. der Rechtsordnung in medizinisch komplexen Fällen nur bei hohem Aufwand eine Aufklärung des Sachverhalts gelingt, so ist *ceteris paribus* eine Aktivität solange zu dulden, bis der Nutzen der Aufklärung bei einer zusätzlichen Einheit die Kosten zusätzlicher Aufklärung übersteigt (bis $\Delta TK < \Delta N(\Delta R)$). Um die Transaktionskosten zu senken und damit den gesamtwirtschaftlichen Nutzen zu erhöhen, erfolgt im Haftungssystem bei hoher Komplexität zunächst eine Anknüpfung an die Wirkungen und nicht an die Ursachen.

Wenn über den Umfang der Ausstattung mit privaten Exklusivrechten diskutiert wird, spielen bei positiven Externalitäten neben den Kosten der Implementation und der Kontrolle der Rechte auch die damit aufzuwiegenden, volkswirtschaftlichen Nutzenwerte eine Rolle. Bei den Fragen des Umgangs mit eventuell nicht

---

[825] Vgl. schon BGE 70 II 177, 80 II 343 oder BGE 107 V 177, zum Ganzen A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 338 f.

mehr gerechtfertigten Rentenbegehrlichkeiten sind somit nicht nur die Kosten des Vollzugs, der Rentenausrichtung oder einer Rückkopplung der normativen auf die faktische Ebene (Stichwort: Förderung der Bequemlichkeit) massgebend, sondern auch die positiven Wirkungen einer Absicherung durch Rente.

Bei negativen externen Effekten liegt die Ursache in einem negativen zentralen Saldo, d. h. der Leistungsträger muss die insgesamt negative Wirkung seiner Leistung im Einzelfall zuerst ermitteln und der Leistungsempfänger muss diese Einschätzung aufnehmen und umsetzen. Dabei können auf Seiten der Nachfrage subjektiv höhere Bewertungen der Wirkung als im Durchschnitt dafür massgeblich sein, dass eine Wirkung nicht als negativ eingestuft wird. Auch auf Seiten des Angebots wären die Unsicherheiten gross. Die Anknüpfung an die Wirkungen würde bei sehr hoch bewerteten Gütern von Leib und Leben zu derart hohen Aufwendungen zur Vermeidung von möglichen Schäden führen, dass sich die Kostenbilanz für den Handelnden ins Negative dreht. Wird das Verhalten hingegen, wie heute im Zivilrecht üblich, nicht nach dem wirklich vernichteten gesellschaftlichen Wert, sondern nur mit den wirtschaftlichen Folgeschäden sanktioniert, so wären die Anreize bei einer Wirkungsanknüpfung offensichtlich zu tief. Zusammenfassend ergibt eine Anknüpfung an die Wirkungen im Bereich des Gesundheitsrechts jedenfalls keinen Massstab, wenn die Bewertung der betroffenen Werte und damit der ökonomischen Sanktion nicht gesichert ist.

Der Einfluss von Wirkungen kann damit höchstens über einen allgemeinen Normzweck erfolgen. So wird z. B. für ein Arzneimittel mit sehr hohen Entwicklungskosten, einer geringeren Breitenwirkung und nicht vermeidbaren und nicht kontrollierbaren Nebeneffekten eine andere Verteilung des Risikos und eventuell auch eine andere optimale Schutzdauer resultieren als für ein Medikament, bei dem eine hohe Zahl von Patienten einen weniger komplexen Schutz benötigt. Zu ermitteln wäre jeweils das lokale Optimum einer Tätigkeit mit Risiko, wobei der jeweilige Wert der Güter von Leib und Leben einzukalkulieren wäre. Wie im Haftpflichtrecht ist auch bei Leistungen zu fragen, wer einen möglicherweise schädigenden Kausalzusammenhang kontrollieren, versichern und tragen kann. Damit Wirkungen einbezogen werden, sollte der Gesetzgeber z. B. verhindern, dass Restrisiken nicht einfach mit Beipackzetteln oder Fachinformationen abgewälzt werden. Die

Hersteller können das Risiko besser vermeiden, versichern und tragen.[826] Eine Leistung sollte zwar in der Tat nicht deshalb nicht erfolgen, weil sie in seltenen Fällen hohe Risiken bietet. Doch sind die Hersteller oder Dienstleister als Verursacher die besseren Kostenvermeider, die besseren Versicherer und die besseren Risikoträger.[827] Eine Einwilligung in das Risiko ist jedenfalls dann nicht anzunehmen, wenn der Patient wegen der Monopolstellung der Hersteller oder einer faktischen Situation seinen Willen gegen das Risiko gar nicht wirksam entfalten kann.[828]

II. Die Steuerbarkeit der Anknüpfung an Wirkungen

aa) Das Problem

Die Anknüpfung an Wirkungen versagt insbesondere, wenn die Komplexität von Wirkungsketten mehrerer Verantwortlicher nicht oder nur mit grossem Aufwand getrennt werden kann. Eine grundsätzlich nützliche Leistungserbringung soll jedoch auch bei Risiko erlaubt sein, selbst und gerade wenn der menschliche Organismus, der von aussen wie eine erst teilweise geöffnete Wundertüte kausaler Zusammenhänge erscheint, bei bestimmten Konstellationen unerwartet reagieren kann. Die Verschuldenshaftung hilft hier durch eine fehlende Steuerung der Inno-

[826] In casu «Yasmin» konnte sich der Hersteller mit einem Vermerk auf einer Fachinformation von einer Haftung befreien. Dies obwohl auf dem Beipackzettel nichts von einer möglichen, sich in der Folge realisierten Embolie stand. Das Wissen des Arztes der Patientin wurde beim verschreibungspflichtigen Medikament der Patientin angerechnet, vgl. das BGer im Entscheid 4A_365/2014 Erw. 9. Auf der Sicht eines Regulators sollten diese Risiken nicht mit einem blossen Hinweis in, *nota bene* mit ökonomischem Aufwand nicht zu lesenden, Produktinformationen ausgeschlossen werden können.

[827] Vgl. zu den komparativen Ansätzen des *cheapest cost avoider*, dem *cheapest insurer* und dem *superior risk bearer* dem Inhalt nach schon G. CALABRESI, The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs, in: Harvard Law Review 78 (1965), S. 713 ff.; vgl. zur heutigen Terminologie und den Anwendungen H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 252 ff. und 437 ff.

[828] Vgl. jedoch z. B. den Entscheid des BGer 4A_453/2014, vom 23. Februar 2015, der in Bestätigung der konstanten Rechtsprechung von einer hypothetischen Einwilligung des urteilsunfähigen Patienten ausgeht. Richtig wäre, jedenfalls bei einer Tätigkeit ohne faktische Risikovermeidungsmöglichkeit das Risiko nicht auf den Kunden zu überwälzen (vgl. auch Art. 101 OR).

vationskraft in einem komplexen Umfeld, weil sie das bei Einhaltung von Sorgfaltspflichten Vertretbare toleriert. Die Anknüpfung an kausalen Folgen findet damit ihre Grenzen im Erfahrungshorizont des menschlichen Wissens.

Nicht einbezogen werden die kausalen Umstände auch bei einem ohnehin auftretenden Kausalverlauf. Fraglich ist z. B., inwieweit die fehlende Steuerung im Bereich negativer Externalitäten von Krankheitserregern in Spitälern verbesserbar ist. Vertraglich werden sie naturgemäss kaum je erfasst, da sie gerade nicht dem Leistungsumfang und häufig auch nicht einem kundgegebenen Risiko entsprechen. Keime werden zuweilen auch vom Patienten eingeschleppt und deren Ausbruch kann mit dem übrigen Gesundheitszustand verknüpft sein. Da sie aus anderen Gründen geschwächte Patienten betreffen, können im Einzelfall auch Fragen der Steuerbarkeit wegen Multikausalität auftreten, was nachfolgend besprochen wird, oder ihre Verteilung wird nicht immer kausal erforscht sein, womit auf das oben Gesagte verwiesen werden kann.

Dies heisst nicht, dass die Kosten der Abklärung und der Verhütung von Spitalkeimen sich nicht auch ökonomisch lohnen würden. Sie bilden pro Jahr den Grund für ca. 2'000 Todesfälle und rund 70'000 Infektionen.[829] Aufgrund der Stellung der Berichterstatter als mögliche Verursacher sind diese Zahlen wohl eher zu tief. Trotzdem führten gemäss einer Umfrage des Vergleichsportals Comparis[830] im Jahr 2014 nur sechs Kantone regelmässige und vier Kantone unregelmässige Hygienekontrollen durch. Einige Kantone verzichten auf Kontrollen oder überlassen diese den Spitälern oder haben kein Interesse an solchen Umfragen. Dabei fehlen in den meisten Kantonen und gesamtschweizerisch verbindliche Standards oder Grenzwerte für die Hygiene.[831] Diese verschiedenen Prioritätensetzungen wären kaum möglich, wenn die Spitäler oder deren Rechtsträger vermehrt mit Konsequenzen rechnen müssten.

---

[829] A. NIEDERER, Vom schwierigen Kampf gegen einen unsichtbaren Feind, «Problemkeime» im Spital, NZZ vom 8. Januar 2014.

[830] Vgl. die Internetseite von Comparis auf <https://www.comparis.ch/krankenkassen/news/2014/05/hygiene-spitaeler-kontrollen.aspx>, besucht am 17. Juli 2016.

[831] F. SCHNEUWLY, Spitalhygiene: Kaum Kontrollen durch Kantone, veröffentlicht durch das Vergleichsportal Comparis auf <https://www.comparis.ch/krankenkassen/news/2014/05/hygiene-spitaeler-kontrollen.aspx>, besucht am 17. Juli 2016.

Soweit sich multiple Wirkungszusammenhänge in ihrer Wirkung in einem nicht auflösbaren Mass überdecken, kann eine Rechtsfolge funktional gerade nicht an eine bestimmte Wirkung geknüpft werden. Entsprechend ist eine kumulative Anknüpfung vorzunehmen, wenn mehrere Faktoren das Ergebnis auch für sich alleine herbeigeführt hätten, aber auch wenn die Faktoren ergänzend ohne hohen Aufwand auflösbar zusammenwirken. Wenn z. B. mehrere Personen an einer medizinischen Dienstleistung wie einer Operation oder einer anderen Behandlung mitwirken, kann nicht oder jedenfalls nicht ohne sehr hohen Aufwand ermittelt werden, wer welche Ursache gesetzt hat und ob diese für den Eintritt eines Schadenereignisses entscheidend war. Soweit Unklarheit über das Zuschreiben von Wirkungen besteht, kann eine Anknüpfung an eine Wirkung ein Verhalten nicht sanktionieren und versagt in ihrer Funktion.[832] Der Gesetzgeber ist sich dieser Problematik bei negativen Externalitäten bewusst und rückt bei mehreren Verantwortlichen von der Wirkungsanknüpfung zugunsten einer vergleichenden Ursachenbetrachtung ab.[833] Bei hoher Wirkungskomplexität findet somit eine Kombination der Kausalität bzw. der Kausalitätsneigung mit Pflichtverletzungen als Ursachen statt.

Eine Analyse mit kontrafaktischen Annahmen ermöglicht es, in der Realität eine Differenz zu implizierten Regelmässigkeiten zu erkennen.[834] Auf tatsächlicher Ebene werden Regeln bei Widerspruch falsifiziert. Die vergleichende Betrachtung mit kontrafaktischem Geschehen ist jeder Erkenntnistheorie inhärent. Das Kontrafaktische ist die notwendige Basis der Regelbildung naturwissenschaftlicher Zu-

---

832 Vgl. G. CALABRESI, The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs, in: Harvard Law Review 78 (1965), S. 720.

833 Vgl. Art. 50 und 51 OR. Nach K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, S. 384, ist das Verschulden relevant, wenn eine «sektorielle Verteilung» stattzufinden hat. Die von diesen Autoren zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 88 II 135 beruht auf der Billigkeit. Der entscheidende Satz in Erw. 2 lautet «Wenn jedoch die Ersatzpflicht wegen Umständen, für die der Geschädigte einstehen muss, zu ermässigen ist, verlangt die Billigkeit, dass auch das Verhalten des Geschäftsherrn und seines Angestellten oder Arbeiters unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens gewürdigt werde».

834 Oder wie sich R. N. STRASSFELD betreffend vom Recht adaptierter Realität im Beitrag «If …: Counterfactuals in the Law" ausdrückt: «Legal counterfactuals enable us to see the possible as well as the actual in the law» vgl. If..: Counterfactuals in the Law, in: George Town Law Review 60 (1992), auf S. 415.

sammenhänge bei fehlender Erkenntnis eines neuen Umstandes durch die bestehenden Fakten.[835] Es dient damit indirekt der Zuordnung von Ursache und Wirkung, weil die Wirkung, wenn überhaupt, nur in der Negation und nicht in der Affirmation einer Ursache erfahren werden kann.

Ein Umstand wirkt vor diesem Hintergrund und gemäss der Rechtsprechung im natürlichen Sinne kausal, wenn bei seinem Wegdenken auch der eingetretene Erfolg entfiele.[836] Mit der «*conditio sine qua non*-Formel» bzw. im Strafrecht mit einer «Adäquanztheorie», untersucht die gefestigte Rechtsprechung den hypothetischen Kausalverlauf und prüft, was beim Weglassen von Fakten geschehen wäre. Entsprechend fragt das Recht nach einer «wenn dann-Beziehung», einer «*conditio sine qua non»* oder *«but for cause»*. OFTINGER/STARK beschreiben die Kausalität als ein faktisches Geschehen,[837] das aus der allgemeinen Lebenserfahrung entspringt und damit keiner besonderen Umschreibung bedarf.[838] Für weitere Vertreter der schweizerischen Lehre liegt die Kausalität vor, wenn eine naturgesetzlich verbundene Folge von Handlung und Erfolg vorliegt.[839] Der Kausalzusammenhang wird überwiegend als gegeben angesehen, wenn beim hypothetischen Weglassen eines Ereignisses der Erfolg entfiele, d. h. das fragliche Ereignis eben eine Bedingung (*conditio*) darstellt.

Der hypothetische Verlauf ohne Einflussnahme lässt sich (naturgemäss) nicht mit Sicherheit voraussehen. Die Zuschreibung einer Wirkung ist deshalb notwendigerweise eine Annäherung an die Wirklichkeit. Die Anknüpfung daran bleibt eine Hypothese über Regelmässigkeiten. Weil und soweit das hypothetische Geschehen nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit nachgewiesen werden kann, muss es als überwiegend wahrscheinlich erscheinen.[840] Wird eine Kausalität an eine *conditio*

---

[835] Zur fehlenden Induktion bei fehlender Erkenntnis vgl. K. R. POPPER, Logik der Forschung, S. 12 f. und S. 40 ff.

[836] Beständige Rechtsprechung, vgl. z. B. BGE 119 V 337 Erw. 1, 117 V 360 Erw. 4a oder 112 V 32 Erw. 1a, mit Hinweisen auf frühere Entscheide.

[837] K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, S. 107.

[838] So explizit noch in der Vorauflage, vgl. K. OFTINGER/STARK E. W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Zürich 1989, S. 70.

[839] H. HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 37.

[840] Vgl. dazu u. a. BGE 107 II 269 Erw. 1b S. 272 f. oder 128 III 271 Erw. 2b/aa S. 275 f.

sine qua non-Formel angebunden, so wird eine Kausalität verneint, wenn der hypothetische Endpunkt des Zusammenwirkens von Ursachen ganz oder teilweise auch durch einen Zweitzusammenhang ausgelöst worden sein könnte. Nur bei sogenannt eineindeutigen Ursachen lassen sich den bestimmten Wirkungen die Ursachen konkret zuordnen. Wenn z. B. das gleiche Rückenleiden nicht zuordenbar auf zwei Ereignisse zurückgehen kann, kann bei keinem der beiden Ereignisse gesagt werden, sie würden eine Bedingung bilden, bei deren Weglassung das Ereignis nicht eingetreten wäre. Damit ist bei einer Anknüpfung an Wirkungen keine Ursache vorhanden, weil jeder Verursacher sich mit Hinweis auf die kontrafaktisch ebenfalls eingetretene Wirkung einer Sanktion entziehen kann.[841]

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verneint bei unsicheren Umständen den natürlichen Kausalkonnex, wenn «weitere Ursachen ebenso ernst in Frage kommen oder sogar näherliegen».[842] Gefragt wird somit nicht nur nach der Kausalität bei kumulativ auftretenden Ursachen, sondern nach der Wahrscheinlichkeit von deren Auftreten. Das Beweismass wird auf überwiegende Wahrscheinlichkeit ermässigt, selbst wenn die Schadensneigung jeder einzelnen Ursache für sich genommen erstellt wäre. Im Ergebnis werden Leistungen selbst dann verweigert, wenn ein naturwissenschaftlicher Wirkungszusammenhang für sich genommen bejaht werden müsste. Bei teilweise kumulativer Kausalität begrenzt die Anknüpfung an einer Wirkung die Zurechnung. In diesen Fällen gerät die *conditio sine qua non* – Formel an die Grenze ihrer Verwertbarkeit.[843]

bb) Lösungsvorschläge in der Lehre

Eine grundsätzliche Kritik am Konzept der *conditio sine qua non* trug BREM vor, der eine augenfällige Abweichung zum weitherum anerkannten naturwissenschaftlichen Kausalitätsbegriff bemerkt und sinngemäss bemängelt, dass in der Regel die Veränderung im hypothetischen tatsächlichen Ablauf aus dem Vorverständnis

---

841 Vgl. H. L. A. HART/ T. HONORÉ, Causation in the Law, S. 122 ff. Für Unterlassungen gilt das Analoge, vgl. H. L. A. HART/ T. HONORÉ, Causation in the Law, S. 127 f.

842 Vgl. das Bundesgericht im Entscheid 4A_275/2013 vom 30. Oktober 2013, mit Verweis auf BGE 107 II 269 Erw. 1b S. 273.

843 E. A. KRAMER, Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, in: ZBJV 123 (1987), S. 292.

über eine kausale Beziehung selbst gefolgert werde.[844] Auch KRAMER betont das Scheitern bei kritischen Fallgruppen, er befürwortet jedoch, in Unterstützung von LARENZ, die weitere Verwendung des Konzepts als für die grosse Masse der Fälle zureichende, leicht fassbare Regel.[845] Als Grundlage seiner Erwägungen verwendet LARENZ eine Kausaltheorie, nach der unter gleichbleibenden Bedingungen eine Veränderung notwendigerweise folgt.[846] Als ein Ergebnis seiner wissenschaftstheoretisch orientierten Dissertation zum natürlichen Kausalzusammenhang definiert SCHULIN Kausalität als «wertfreien[r] Begriff der empirischen Wahrnehmungswelt […], der die gesetzmässige Aufeinanderfolge von realen Ereignissen (Zuständen) meint», wogegen die Bedingungsformel aus allgemeinen und wissenschaftstheoretischen Gründen unbrauchbar sei.[847]

Ähnlich äussern sich deutsche Autoren. H. LANGE warnt vor Folgerungen aus wissenschaftstheoretischen und logischen Argumenten, da die *conditio sine qua non*-Formel für die praktische Rechtsanwendung aufgestellt und auf diese zu beschränken sei.[848] Auch nach E. DEUTSCH bestätigt sich die Formel nur im Normalbereich der Kausalität, nicht jedoch bei den unsicheren Abläufen der Psyche und wenn Reserveursachen an die Stelle der hinweggedachten Ursache treten.[849] Bei J. RÖDING versagt die Formel, weil beim Hinzudenken von Alternativen der Erfolg gleichwohl eintreten kann, obwohl das Kriterium der Kausalität verneint wird.[850] Gemäss K. R. POPPER führen externe Neigungen (*prospensities*) bzw. Einflüsse zu

---

[844] E. BREM, Natürlicher und naturgesetzlicher Kausalzusammenhang im Haftpflichtrecht, in: ZSR 102 (1983), 313 f., in Anlehnung an K. KINDHÄUSER, Intentionale Handlung, Berlin 1980, S. 204 ff.

[845] E. KRAMER, Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, in: ZBJV 123 (1987), 291 ff., insb. FN. 7.

[846] K. LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, § 27 IIIa.

[847] B. SCHULIN, Der natürliche - vorrechtliche - Kausalitätsbegriff im zivilen Schadenersatzrecht, Berlin 1976, S. 204.

[848] H. LANGE, Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen 2003, S. 79 f.

[849] E. DEUTSCH/ H.-J. AHRENS, Unerlaubte Handlungen und Schadenersatz, 6. Auflage, München 2014, § 5 N. 43.

[850] J. RÖDING, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin 1969, S. 117.

einer fehlenden Bestimmtheit.[851] Weil Abläufe in der Realität fast nie unter Laborbedingungen und ohne externe Neigungen auftreten und folglich in der Physik Prozesse bei vertiefter Analyse notwendigerweise chaotisch sind, vertritt K. R. POPPER einen nicht induktiv deterministischen Kausalitätsbegriff.[852] Nach der hier vertretenen Ansicht liegt die Problematik im Einfluss von nicht mit vernünftigem Aufwand auszuschliessender Fremdkomplexität. Ohne Kenntnis und Berücksichtigung der Wirkungsweise der Zweitursache führt das Kriterium der *conditio sine qua non* deshalb in die Irre.

cc) Fazit

Sind die inneren Faktoren oder die zugehörigen Risiken kontrollierbar und haben die Konsequenzen nicht pflichtgemässen Verhaltens einen Einfluss auf die Entscheidungsfindung, so kann bei Komplexität des Wirkungszusammenhanges ein kumulatives Abstellen auf innere Tatsachen zu besseren Resultaten führen als die Anknüpfung an eine Wirkung. Abzuwägen ist der Erkenntnisgewinn und der Aufwand bei einer ergänzenden Verschuldensanknüpfung und ergänzenden Abklärungen des Sachverhalts. Dabei ist augenscheinlich, dass wegen den sinkenden Grenzerträgen einer jeden dieser Anknüpfungen das Beschreiten eines zusätzlichen Wegs der Anknüpfung sinnvoll ist.[853] Insbesondere können die jeweiligen Kosten der Durchsetzung die Vorteile der Anreizwirkung übersteigen.[854] Sind die administrativen Kosten bei einer Kausalhaftung hoch, so kann ohne Nachteil auch wieder an die inneren Fakten angeknüpft werden. Gerade die Kombination gibt bei einem Produkt kleiner Wahrscheinlichkeiten eine zusätzliche Sicherheit der

---

[851] K. R. POPPER, A World of Propensities: Two New Views of Causality, Bristol 1990, S. 21 ff. Die Wahrscheinlichkeit betrifft damit nur die Wahrheit der richtigen Erkenntnis, nicht jedoch den zugrundeliegenden Zusammenhang selbst, vgl. dazu schon J. St. MILL A System of Logic, 8. Auflage, S. 214 ff. J. St. MILL führte schon im Jahr 1843 anlässlich der ersten Auflage aus: «All laws of causation, in consequence of their liability to be counteracted, require to be stated in words affirmative of tendencies only, and not of actual results.", vgl. A System of Logic, 1. Auflage, S. 293.

[852] K. R. POPPER, A World of Propensities: Two New Views of Causality, Bristol 1990, S. 25 f.

[853] Entsprechend werden die verhaltensbezogenen Kriterien in der Rechtsprechung ab der Praxisänderung von BGE 141 V 281 in Erw. 4.4 stärker gewichtet. Vgl. nachfolgend S. 292.

[854] W. M. LANDES/R. A. POSNER, The Economic Structure of Tort Law, Cambridge Mass./London 1987, S. 70.

Richtigkeit. Mittels der Kombination der Anknüpfungen an kausale Wirkungen und einem Verschulden ergibt sich bei negativen Externalitäten eine optimale Lösung hinsichtlich des Nutzens von Anreizen und der administrativen Kosten.[855] Genutzt wird dabei einerseits der Umstand, dass ein alternativer Ansatz einen grösseren Grenznutzen von Erkenntnis bietet, andererseits, dass die Kombination unabhängiger Erkenntnisse die höhere Gewissheit bietet.

Vor dem Hintergrund teilweise fehlender Kontrollierbarkeit von Wirkungen ist die normative Ebene aufgerufen, abhängig von der Grösse des Schadenspotenzials einer Tätigkeit Polizeibewilligungen und Pflichtenkataloge für gefährliche Aktivitäten vorzusehen. In einem komplexen, multikausalen Umfeld ist dies trotz der hohen Transaktionskosten ein effizienter Weg, um nützliche aber zuweilen auch schadenstiftende Aktivitäten zu erlauben und trotzdem normativ einzufangen. Dass die in der Neuzeit verbesserte Informationslage entgegen der Theorie nicht zur Verlagerung von der Verschuldens- auf die Gefährdungshaftung geführt hat, liegt nicht an dem Versagen der ökonomischen Theorie,[856] sondern am Umstand, dass sich die faktische Komplexität teilweise noch schneller entwickelte, als die Informationen darüber vorhanden waren.

Aufgrund der Ausstattung mit individuellen Verfügungsrechten und den damit verbundenen Pflichten können verbundene Wirkungen Sanktionen begründen. Damit werden diese notwendigen Feinregulierungen auf risikoreiche, technische Zusammenhänge beschränkt. Ausnahmen bilden in freiheitlichen Rechtsordnungen lediglich präventive Stichproben oder Untersuchungen aufgrund von Indizien, beides zur Verteidigung der Sollens-Ordnung vor ihrer inhärenten Destabilisierungstendenz. Die Anknüpfung an Wirkungen bleibt damit auch bei Rücksichtnahme auf Ursachen wesentlich. Insbesondere ist bei einer Anknüpfung an Pflichten vorausgesetzt, dass eine ihnen zurechenbare Wirkung vorhanden ist. Die hohe Wirkungskomplexität ist nicht nur im Rahmen der normativen Erfassung und einer entsprechend schwierigeren Umsetzung, sondern auch bei der faktischen Erkennbarkeit

---

855 Vgl. auch St. SHAVELL, An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts, in: Journal of Legal Studies 9 (1980), S. 463, 475 ff. und A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, Rz 340, S. 156.

856 So A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, Rz 340, S. 157 f. als Kritik an: W. M. LANDES/R. A. POSNER, The Positive Economic Theory of Tort Law, in: Georgia Law Review, 15 (1981), S. 875.

für den privaten Entscheidungsträger ein Problem. Wenn ein privater Entscheidungsträger keine Informationen über die möglichen Wirkungen seines Verhaltens hat, führt eine Anknüpfung an Wirkungen nicht zu einem Optimum.[857]

3. Die Optimierung von administrativen Kosten durch eine kombinierte Anknüpfung im Einzelnen

a) Einführung

Die Kunst der Optimierung liegt in der Frage verborgen, mit welchem Ansatz Aktivitäten in Abhängigkeit ihrer Komplexität besser beeinflusst werden können. Die administrativen Zusatzkosten «ΔTK» sind dabei monokausal bei einer Wirkungsanknüpfung tiefer als bei einer verschuldensabhängigen Anknüpfung. Im Falle einer bi- oder multikausalen Ausgangslange ist «ΔTK» jedoch bei differenzierter Wirkungsanknüpfung höher als ein verschuldensabhängiger Ansatz kombiniert mit einer nicht im Einzelnen bestimmten Wirkungsanknüpfung. Von Interesse ist für eine Optimierung zusätzlich, wie sich die Parameter «$\Delta N(\Delta R)$» und «$\Delta N(A)$» bei den beiden Anknüpfungen verhalten.

Die Fragestellung der Anknüpfung bei negativen Externalitäten hat in der Rechtsprechung eine längere Tradition als bei positiven Externalitäten. Wie anhand des Beispiels der Abwehr von möglichen Fällen von *moral hazard* im Bereich der Entscheidung über IV-Renten bei somatoformen Schmerzstörungen noch genauer aufgezeigt wird,[858] erleichtert eine kombinierte Anknüpfung auch die Zurechenbarkeit bei volkswirtschaftlich unerwünschten positiven externen Effekten. Die Ausgangslage bei der Anknüpfung an innere Tatsachen ist aufgrund des jeweiligen Fundus an möglichen Informationen themenbezogen anzupassen. Jedoch besteht eine Übereinstimmung in der Aufgabenstellung, die Höhe der Aufwendungen zur Erlangung von dezentral verfügbaren Informationen möglichst tief zu halten. Im Bereich des Gesundheitswesens bedeutet dies eine Anknüpfung an Informatio-

---

[857] Vgl. G. CALABRESI, The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs, in: Harvard Law Review 78 (1965), S. 713, 720, und H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 214 f.

[858] Vgl. nachfolgend S. 297 ff.

nen, welche in der Regel nicht bei geringem persönlichem Aufwand kurzfristig geändert werden oder bei denen für den Laien unerwartet Erkenntnisse zu Tage treten. Bei ersterem ist z. B. die Frage der Anpassung der gesamten Lebensführung und der Sozialkontakte an die Krankheitshypothese zu nennen. Bei letzterem sind z. B. mögliche Laboranalysen zur Nachprüfung der Einnahme von verschriebenen Arzneimitteln oder ein investigatives Verhalten zur Art der Teilnahme an Sitzungen (Art der Teilnahme, Konzentrationsfähigkeit während der Befragung etc.) zu nennen.

Im Bereich der negativen Externalitäten hat sich im Zuge einer erfolgreichen Bekämpfung von ungewolltem dezentralem Verhalten der Massstab bei der Pflichterfüllung gemäss der Rechtsprechung über die letzten Jahrzehnte signifikant erhöht. Dies betrifft insbesondere das Gesundheitswesen. Im Entscheid BGE 105 II 284 Erw. 1 hatte das Bundesgericht noch entschieden, dass Fehler bei Operationen oder eine Durchführung nicht notwendiger Operationen nicht zu einer Haftung führen könnten. Dies würde Chirurgen davon abhalten, in zweifelhaften Fällen einzugreifen, was für die Patienten fatal sein könnte. Eine Haftung für jedes Verschulden würde der normalen Ausübung der medizinischen Berufe widersprechen, die Justiz müsse vielmehr im Rahmen des Sorgfaltsmassstabes nach Art. 321*e* OR auf die fehlende Genauigkeit und die menschliche Fehlbarkeit Rücksicht nehmen. Diese Rechtsprechung wurde in BGE 113 II 429 Erw. 3a wie folgt präzisiert:

«Je schwieriger der Eingriff, je weniger der Arzt spezialisiert ist und je weniger Mittel und Zeit ihm zur Verfügung stehen, desto näher liegt es im Fall einer Schädigung, die Ersatzpflicht zu ermässigen oder überhaupt zu verneinen und umgekehrt. In Notfällen und bei heiklen Diagnosen ergibt sich schon aus der Natur des Auftrages, dass der Haftung eher enge Grenzen gesetzt sind, es folglich nicht angeht, aus einer Behandlung oder Operation, die sich nachträglich als unangemessen oder sogar als verfehlt erweist, leichthin auf eine haftungsbegründende Vertragsverletzung zu schliessen. Anders verhält es sich dagegen, wenn ein Arzt z. B. eine schwere Krankheit trotz typischer Symptome nicht erkennt (BGE 57 II 202 E. 3), eine nicht unbedingt notwendige Operation ungenügend vorbereitet und trotz schwerwiegender Komplikationen während des Eingriffes keinen Spezialisten beizieht (BGE 67 II 23), oder aus Versehen ein anderes als das vorgesehene Organ entfernt (BGE 70 II 210 E. 2c). Solche Kriterien liegen auch der in BGE 105 II 284 E. 1 zitierten Rechtsprechung zugrunde […]. BGE 105 II 284 ff. ist in der Tat wegen ungenügender Unterscheidung von Vertragsverletzung und Verschulden und wegen der Folgen, die sich daraus für die Beweislastverteilung ergeben, kritisiert oder angezwei-

felt worden, zumal der Entscheid darüber hinaus den Eindruck erwecke, die Arzthaftung sei auf grobe Verstösse gegen die Sorgfaltspflicht zu beschränken […]. Eine solche Beschränkung findet im Gesetz keine Stütze und wäre auch mit dessen Sinn und Zweck nicht zu vereinbaren.»

Damit wird die grössere Toleranz bei Fehlern von der höchstrichterlichen Rechtsprechung faktisch auf diejenigen Situationen beschränkt, in welchen ein schnelles, risikoreiches Tätigwerden notwendig ist. In diesen Situationen ist somit «$\Delta N(A)$» gross und vermag wegen der Gefahr des Nichthandelns den Ertrag richtigen Tätigwerdens im Einzelfall «$\Delta N(\Delta R)$» abzüglich der administrativen Kosten «ΔTK» zu übertreffen. Ist eine medizinische Leistung für sich genommen in den Ursachen und Auswirkungen nicht kontrollierbar, so soll sie auch dann erbracht werden, wenn Fremdeinflüsse eine Wirkung relativieren und Komplikationen auftreten können. In einer arbeitsteiligen Umgebung eines Spitals soll z. B. nicht ein Spezialist seine Leistung aufgrund möglicher kausaler Beiträge in der Zusammenarbeit mit anderen Abteilungen nicht erbringen. Eine notwendige Operation bei einem Neugeborenen an einer Vene soll nicht deshalb nicht erfolgen, weil sie ein eventuell nicht sichtbares Hirnödem begünstigen kann.[859] Ebenso führen statistisch nicht vermeidbare Risiken bei der Realisierung nicht zur Haftung.[860]

Das Bundesgericht unterscheidet die Fälle, in denen aufgrund der Möglichkeit zur Beachtung der Sorgfalt keine Problematik der Verminderung des ärztlichen Aktivitätsniveaus besteht. Die Anforderungen werden diesbezüglich im Gleichschritt mit der realen Entwicklung immer höher und differenzierter. Eine normative Spiegelung, d. h. eine Maximierung von «$\Delta N(\Delta R)$», ist in diesen Fällen ohne eine wesentliche Verminderung des Nutzens wegen vermindertem Aktivitätsniveau und bei geringen administrativen Kosten verbesserter Entscheidung oder Kommunikation «ΔTK» möglich. Das Bundesgericht sucht entsprechend nach Normen und begnügt sich auch mit Erfahrungssätzen, wenn diese die Funktion von Normen hätten und daher Rechtssätzen gleichgestellt würden.[861] Die entsprechenden teilweise privaten Usanzen und Regeln werden als Fundus von Konkretisierungen von

---

[859] Vgl. dazu und zur Beweislast der Patientin, auch hinsichtlich einer ausnahmsweisen Möglichkeit fehlender Erkennbarkeit, den Entscheid des Bundesgerichts 4A_679/2010 vom 11. April 2011.

[860] Vgl. BGE 133 III 121.

[861] Vgl. z. B. BGE 113 II 429 Erw. 3a, auch schon BGE 108 II 59 Erw. 1 und 64 II 200 Erw. 4a.

Pflichten verwendet und Kraft ihrer notwendigen Funktion mit quasi-normativer Geltung versehen. Diese Tendenz zur Etablierung entsprechender Vorschriften ohne formelle, demokratische Abstützung verstärkt sich noch mit zunehmender Spezialisierung.[862] Selbst die üblicherweise geringere Erfahrung jüngerer Ärzte im Vergleich zu arrivierten Berufskollegen kann nach neuerer Rechtsprechung eine Haftung begründen, wenn der Patient nicht darüber aufgeklärt wird.[863] Die normativ vorausgesetzte Sorgfalt ist dabei höher, wenn eine Tätigkeit berufsmässig und gegen Entgelt ausgeübt wird.[864] Sowohl die Anforderungen an den im Vertragsrecht nach Art. 98 OR möglichen Exkulpationsbeweis als auch jene an die ausservertragliche Befreiung werden hoch festgesetzt. Dies entspricht zwar nicht dem Verständnis des historischen Gesetzgebers, bildet in einer immer komplexeren Welt und in einem Umfeld patchworkartiger Normierungen jedoch die einzige Möglichkeit, die sich offenbarenden Lücken normativer Abdeckung zu schliessen.[865]

b) Die Kombination ursächlich nicht auflösbarer Wirkungen mit einem objektivierten Verschulden

Aus Sicht der Kriterien der besseren Treffsicherheit der Sollens-Ebene und der administrativen Kosten ist bei Optimierungen die Frage zu stellen, wie und wann Komplexität bei einem zu erfassenden ursächlichen Ablauf am besten reduziert werden kann. Die Frage nach der optimalen normativen Spiegelung wird jeweils differenziert nach Massgabe der Existenz und Herkunft von Fremdkomplexität gestellt. In Fällen hoher Komplexität ist eine zweigliedrige Zuordnung anhand von pflichtwidrig verwirklichten Schadensneigungen effizienter, weil sie die Feststel-

[862] Vgl. z. B. den Entscheid des Bundesgerichts 4A_489/2014 vom 20. Februar 2015 in Erw. 5.1. Danach konkretisieren private Richtlinien den inhaltlichen Umfang von Verkehrssicherungspflichten.

[863] Entscheid des BGer 4A_453/2014 Erw. 6.3.

[864] Vgl. z. B. BGE 115 II 62 Erw. 3.

[865] P. WIDMER/P. WESSNER, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Revision des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 2000, S. 4.

lung von nicht aufzulösenden realen Wirkungen mit normativ vordefinierten, realen Ursachenneigungen verbindet. Erkannte reale Regelmässigkeiten werden als Regeln normiert und damit in ihrer Komplexität vereinfacht.

Die Details der genauen Verursachung werden demgegenüber, aufgrund der hohen Grenzkosten ihrer Aufklärung, nicht ergründet. Die fehlenden Möglichkeiten bzw. der unverhältnismässige Aufwand zur Abklärung innerer Tatsachen führen bei komplexen, mehrfach kausalen Abläufen somit zu einer Änderung der Anknüpfung. Mit der Kombination bestehen zwar die zwei Hürden faktischer Komplexität bei der Aufklärung, sie können jedoch aufgrund ihrer gegenseitigen Absicherung tiefer angesetzt werden. Eine Verschuldensanknüpfung, eine Wirkungsanknüpfung oder eine einfache Summenbetrachtung, z. B. im Rahmen einer «überwiegenden Kausalität», sind im Vergleich dazu bei hoher tatsächlicher Komplexität wegen den Transaktionskosten ineffizient. Eine Durchsetzung kann bei einer kombinierten Anknüpfung an Ursachen und Wirkungen durch eine Prüfung der Einhaltung von pflichtgemässer Sorgfalt unter bestimmten Voraussetzungen einfacher gestaltet werden.

Nach Lehre und Rechtsprechung ergibt sich in Übereinstimmung mit diesen ökonomischen Anlehnungen eine Sorgfaltswidrigkeit aus dem Fehlen einer Verschuldensunfähigkeit nach Art. 16 ZGB (d. h. ökonomisch aus der faktischen Verfügungsmöglichkeit) und dem Vergleich des Verhaltens mit einem hypothetischen, zu erwartenden Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen, die Gefahren vorhersehenden Menschen in der Situation des Schädigers.[866] In einem multikausalen Umfeld können mit der Kombination von Anknüpfungen die externen Effekte sowie die externen Ursachen in einem optimierenden Mittelweg effizient erfasst und ausgeschaltet werden. Tätigkeiten können so einerseits trotz Komplexität pflichtgemäss ausgeübt und andererseits bei nicht sicherer aber zu vermutender Pflichtwidrigkeit im Schadenfall nach Massgabe ihrer externen Wirkungen erfasst und gegebenenfalls sanktioniert werden. Entsprechend kann auch bei der Ermittlung von unerwünschtem Verhalten (*moral hazard*) bei positiven externen Effekten an

[866] Vgl. die Übersicht bei P. WIDMER/P. WESSNER, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Revision des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 2000, S. 118, und z. B. die Entscheide BGE 88 II 452 f. oder BGE 139 III 539 Erw. 5.2

eine Kombination von inneren und äusseren Umständen als sogenannte Indikatoren eines Fragekatalogs angeknüpft werden.[867] Mit diesem Ansatz lässt sich die hohe Komplexität der dezentralen psychischen und medizinischen Kausalität am ehesten überbrücken, wobei auch hier durch eine Verneinung einer Hypothese effektiv die zusätzliche Information ermittelt werden kann.[868]

c) Die optimale Höhe der objektivierten Anknüpfung an innere Tatsachen

Sorgfaltsstandards oder öffentlich-rechtliche Regeln des Gesundheitsschutzes bilden einen Schutz bei der Ausübung von Verfügungsrechten vor dadurch verursachten negativen Wirkungen. Entsprechende Grenzwerte sollen *prima facie* auch das Mass und eventuell auch die Umstände erlaubter externer Effekte wiedergeben und diese möglichst ausschliessen. Entsprechend sollen externe Effekte mit Hilfe von Normen grundsätzlich ausgeschlossen werden.[869] Anzuwenden wäre im Umgang mit der Gesundheit als dem höchsten Gut auch das höchstmögliche Niveau an Vorsicht und Sorgfalt. Weil die Kosten der Durchführung jedoch auch beachtlich sind, ist dieser Standard aus Kostengründen nicht möglich. Zudem können Fehler auch bei vorsichtigem Handeln passieren. Die Kosten von Information und Vollzug in der Realsphäre führen zu Angriffen gegen den Normbestand. Die entsprechenden Regeln werden wegen den Vollzugskosten selbst in einem Optimum faktisch nach unten nivelliert bzw. müssen höher angesetzt werden um wieder im Optimum zu sein.

Das Mass der Sorgfalt von privaten und öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen kann sich z. B. nach dem Auftragsrecht des OR bestimmen. Der entsprechende Art. 398 Abs. 1 OR verweist in lit. a auf den Sorgfaltsmassstab des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis. Zu beachten sind nach Art. 321*e* OR die Art des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades und der

---

[867] Zur Verknüpfung von Indikatoren gemäss neuem Prüfschema des Bundesgerichts bei den PÄUSBONOG vgl. BGE 141 V 281 und dazu nachfolgend S. 292 ff.

[868] Vgl. zur Problematik der Ermittlung einer Kausalität vorne S. 258 ff.und zur detaillierten Darstellung der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Umgang bei PÄUSBONOG nachstehend S. 295 ff.

[869] Vorbehalten bleiben z. B. schuldhafte, gegen Art. 41 OR verstossende Schädigungen oder unnötige Schädigungen (vgl. Art. 1 Abs. 2 USG, SR 814.01).

Fachkenntnisse sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, welche der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen. Notwendig ist die «Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt».[870] Damit nimmt die Sollens-Ordnung in der Entwicklung grundsätzlich richtigerweise konkret auf die im Wirtschaftsaustausch zu erwartenden Fähigkeiten Bezug. Der Sorgfaltsmassstab knüpft damit an die äussere faktische Komplexität an (Berufsrisiko) und konkretisiert die privaten Verfügungsmöglichkeiten und -erwartungen (Bildungsgrad, Fachkenntnisse). Zudem werden vertraglich auch die zugrundeliegenden gegenseitigen Abmachungen über die Fähigkeiten des Beauftragten bzw. Arbeitnehmers einbezogen. Der Massstab richtet sich damit nach dem konkreten Sachverhalt und der individuellen Situation. Dieses Vorgehen stimmt mit einer Ursachenanknüpfung bzw. einer Anknüpfung am Verschulden überein. Auch die administrativen Kosten des Vollzugs führen zu einer Erhöhung des ökonomisch richtigen Sorgfaltsniveaus.

Auch bei der Evaluation einer Leistung mit positiven Externalitäten sollte aus ökonomischer Sicht bei der Anknüpfung grundsätzlich im konkreten Fall abgeklärt werden, wie hoch ein Schaden bei Missbrauch und die Wahrscheinlichkeit des Missbrauchs sind. Weil jedoch der Leistende nicht der Verursacher des negativen Effekts leistet, sondern irgendeine Person, können die Handelnden nicht durch Fähigkeitsprüfungen usw. selektioniert werden. Der Gesetzgeber hat damit nur die Möglichkeit, die Fälle abzuklären, soweit sich dies lohnt. Dabei sind der voraussichtliche Erfolg der Aufklärung und die Kosten der Fälle trotz Abklärung einzubeziehen.[871] Zudem sind die globalem Optima wie z. B. eine Vermeidungsmöglichkeit in die Evaluation einzubeziehen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 141 V 281 vor diesem Hintergrund zurecht von der allgemeinen Überwindbarkeitsvermutung abgerückt.[872] Jedenfalls bei hohen Interessenwerten sollte die konkrete Gefahr von aggravierendem Verhalten und die konkreten Umstände des Krankheitseintritts nebst den abstrakten Gesichtspunkten der geltend gemachten Krankheit und der Komplexität ihrer Ermittlung

---

870 BGE 115 II 62 Erw. 3.

871 Vgl. oben S. 222 ff.

872 Vgl. nachstehend S. 292 ff.

grundsätzlich einbezogen werden. Daneben bleiben faktisch die Grenzen der Aussagekraft von Gutachten bei nicht objektiv nachweisbaren Beschwerden[873] und die Probleme der Möglichkeiten strategischen Verhaltens mit repetitiver Wirkung unterhalb einer durchschnittlichen Eingriffsschwelle[874] zu beachten.

Mit diesen Leitlinien können die Höhe eines Regulierungsmasses wie z. B. einer Sorgfaltspflicht bei beiden Arten von Externalitäten objektiviert werden, soweit die Kosten der Ermittlung und des Vollzugs ohnehin überwiegen. Aufgrund der hohen Komplexität dieses Prozesses werden individuell richtige Sollens-Normen zur Verminderung von Transaktionskosten häufig von Standards abgelöst. Dies führt zu einem hohen Bedarf an Sorgfaltsstandards und ähnlichen Regulierungen. Die FMH hat im Unterschied zu anderen Berufsverbänden keine detaillierten Berufsregeln ausgearbeitet. Herangezogen werden können zuweilen die Regeln des ärztlichen Dienstes der SUVA[875] oder die bis ins Jahr 2013 in den USA entwickelten *Guidelines* des *National Institutes of Health Consensus Development Program*[876] sowie, für einzelne medizinisch-ethische Fragen, die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)[877]. Im Vergleich zur Dichte der Normierungen in anderen Fachdisziplinen, z. B. des SIA, bewegen sich Ärzte damit in einer relativ ungesicherten Umgebung.[878] Wie in den USA unter dem Eindruck einer früher strengen Rechtsprechung[879] kann bzw. konnte eine Anbindung an offiziell statuierte Pflichten, gerade im Hinblick auf die Risiken einer

---

873 Vgl. nachstehend S. 295 ff.

874 Vgl. nachstehend S. 329 ff.

875 Vgl. z. B. die Broschüre der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit, «Unfall – kein Zufall!», Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz im Gesundheitswesen unter besonderer Berücksichtigung des Pflegefachpersonals, Luzern 2013, S. 1 ff.

876 Vgl. dazu und zu Verweisen auf weitere US-amerikanische Regeln https://consensus.nih.gov/default.html, besucht am 19. Juni 2017.

877 Vgl. die Zusammenstellung online unter http://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html, zuletzt besucht am 19. Juni 2017.

878 Für die Hinweise in diesem Zusammenhang danke ich Prof. Dr. F. KRAUSKOPF, Universität Bern.

879 P. MOFFETT/G. MOORE, The Standard of Care: Legal History and Definitions: the Bad and Good News, Western Journal of Emergency Medicine 12 (2011) Nr. 1, S. 109 ff.

ausschliesslichen *ex-post* Betrachtung in Gerichtsentscheiden, für die normgemäss Handelnden entlastend wirken.

Unter Berücksichtigung der hohen administrativen Kosten zur Bestimmung der richtigen Sorgfalt im konkreten Fall können entsprechend auch bei positiven externen Effekten nur Richtlinien mit Toleranzbereichen statuiert werden. Weil die genaue Bestimmung des eigenen richtigen Verhaltens somit ebenfalls administrative Kosten haben kann, sind Richt- und Grenzwerte unter Umständen optimaler und kostengünstiger einzuhalten als für alle Fälle fixierte Grössen. Entsprechende Grenzwerte dienen durch die Festsetzung des Erlaubten und des jedenfalls nicht mehr Erlaubten einer Aktivität in zweifacher Hinsicht.

Wichtig ist im Kontext auch, wie sich Haftpflicht- und Krankenversicherungen als die Akteure auf dem Markt positionieren. Sie geben die Ausgangsbasis einer Lösung und haben damit wegen der Transaktionskosten auch einen Einfluss auf das Endresultat. Eine Pflichtwidrigkeit wird z. B. erst angenommen, wenn ein ärztliches Handeln nach dem allgemeinen Wissenstand schlechthin nicht mehr als vertretbar erscheint und damit ausserhalb der objektivierten ärztlichen Kunst steht.[880] Unsichere Variablen werden mit dieser Formulierung zugunsten der Handelnden und zum Nachteil der Patienten gewertet. Bei hohen Transaktionskosten können die Haftpflichtversicherer aufgrund des Aufwandes von Streitigkeiten das Ergebnis massgeblich beeinflussen.[881]

[880] Vgl. z. B. BGE 130 IV 7 oder 120 Ib 411.

[881] Vgl. dazu oben S. 188 ff.

4. Die Grenzen einer Optimierung nach Wahrscheinlichkeiten

Im Optimum besteht bei nicht zuordenbaren Risikoausprägungen eine Wahrscheinlichkeitskausalität.[882] Ökonomisch gesehen könnten Sanktionen oder Leistungen nach Massgabe von Wahrscheinlichkeiten ausgesprochen werden, falls ihre Voraussetzungen nicht in genügendem Mass erhärtet sind. Die Multiplikation der Wahrscheinlichkeit eines Schadens oder einer Leistung und deren Höhe ergäbe den richtigen Erwartungsschaden bzw. Erwartungsnutzen für den Handelnden bzw. den Leistungsträger. Die Unsicherheit einer vollen oder fehlenden Leistung bzw. eines Schadenersatzes (*all or nothing*) würde ohne die höheren Transaktionskosten einer genauen Abklärung überbrückt und damit eine optimale Lösung statuiert.[883] Nach diesem Anknüpfungspunkt wäre z. B. optimal, allen Geschädigten einer die Gesundheit beeinträchtigenden Chemieanlage oder eines Giftstoffes eine proportionale Leistung zukommen zu lassen, weil die Komplexität im Einzelfall nicht auflösbar ist. Dasselbe würde im Falle von Leistungen aber auch gelten, wenn bei der zweiten Handlung ein nicht regelkonformes Verhalten (*moral hazard*) nicht ausgeschlossen werden kann. Die entsprechenden Unsicherheiten müssten dann prozentual abgezogen werden.

Ein System mit Missbrauchsgefahr ist bei Leistungen noch weniger als bei der Haftpflicht vor Missbräuchen geschützt, weil im Ergebnis nicht die Voraussetzungen eines Anspruches, sondern die Möglichkeiten zur Tarnung die Höhe von Ansprüchen begründen. Im Ergebnis ergäbe sich ein Wettbewerb zur Erhöhung von Komplexität und damit eine mehrfach unwirtschaftliche Anreizwirkung auf die Realität. Wichtig ist aufgrund dieses Multiplikationseffekts unterhalb eines Schwellwertes der normativen Rückkopplung,[884] eine höhere Treffsicherheit der regulativen Antwort auch bei hohen Abklärungskosten zu nutzen. Die Abweichungen von der Sollens-Ordnung hätten sonst die Möglichkeit einer beliebigen Reproduktion, weil sich Normsetzung und Vollzug wegen faktischer Komplexität nicht durchsetzen

---

[882] Vgl. zur Parallele im Haftpflichtrecht H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 302 f.

[883] Vgl. St. SHAVELL, Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability, in: Journal of Law and Economics 28 (1985), S. 587 ff.; H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 302 f.

[884] Vgl. nachstehend S. 329 ff.

können. Weil der rechtswidrige Kreislauf im geschützten Rahmen hoher Transaktionskosten der Kontrolle eine positive Nutzenbilanz aufweist, kann er sich als ein Subsystem mit eignen Regeln etablieren. Damit ergibt sich ein gesamtwirtschaftlich schädlicher, faktisch von der Norm divergierender Kreislauf. Je höher die faktischen Kosten der Normdurchsetzung und je grösser die privaten Gewinne sind, desto stabiler wird der zweckwidrige Kreislauf. Das Recht und die Rechtsprechung tut somit naturgemäss gut daran, in beeinflussbaren Konstellationen das Beweismass nicht zu senken.

Wegen der hohen Dynamik des faktischen Systems tut das Recht zudem gut daran, gegen aussen bei möglichem *moral hazard* möglichst effiziente Abklärungen und zurückhaltende Leistungen zu kommunizieren. So ist bei einer sogenannten Begehrungsneurose im Bereich der Sozialversicherung ein adäquater Kausalzusammenhang mit einem Schadensereignis von Vornherein ausgeschlossen.[885] Gleiches muss rückblickend betrachtet gelten, wenn bekannt wird, dass extensive IV-Berentungen eine Quasi-Frühpensionierung bei Bundesbetrieben ermöglichen und damit die Pensionskasse des Bundespersonals in Schieflage gerät.[886]

Läge keine sehr hohe Komplexität bei der Anknüpfung und Zurechnung von Schäden vor, wie z. B. bei einer Krebserkrankung, so wäre ohnehin nicht richtig, eine regulative Antwort mit prozentualen Beteiligungen oder Eingangsschwellen zu verknüpfen. Mit Blick auf den Nutzen und die Kontrolle einer Aktivität erscheint somit ungeachtet der faktischen Komplexität nicht richtig, eine normative Antwort proportional zur Evidenz auszusprechen. Im Hinblick auf den Aktivitätsnutzen sollten bei fehlenden externen Effekten, z. B. bei klarer Verursachungs- und Wirkungserkenntnissen und klar indizierten Behandlungen, weder Eintrittsschwellen geschaffen noch Kostenbeteiligungen auferlegt werden. Andererseits sind bei Krankheitsbildern, welche in Feststellung der Krankheit oder Umfang einer Behandlung unbestimmt sind, nicht proportionale oder wahrscheinliche Leistungen

---

[885] BGE 115 V 413 Erw. 12*a* und b; vgl. demgegenüber die ältere Rechtsprechung in BGE 107 V 239, BGE 103 V 83 oder BGE 102 V 165, die einen kausalen Schaden bei Begehrungsneurosen anerkannte.

[886] Vgl. den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates zu Rentenwachstum in der Invalidenversicherung: Überblick über die Faktoren des Rentenwachstums und die Rolle des Bundes im BBl 2005 S. 2245 ff. auf S. 2260.

zu erbringen, weil sich diese wegen des Multiplikators auf die finanzielle Basis des Leistungsträgers auswirken.

5. Normative Ansätze der Anpassung an die faktische Komplexität

a) Die Senkung des Beweismasses

I. Das reduzierte Regelbeweismass im Allgemeinen

Die Rechtsprechung behilft sich in Sachverhalten mit hoher Komplexität teilweise prozessualer Vereinfachungen. In komplexeren Sachverhalten des Zivilrechts und des Strafrechts[887] wird bei einer rechtlichen Evaluation das Beweismass in der Rechtsprechung des Bundesgerichts gesenkt, weil bei bestimmten Sachverhalten aufgrund der Natur der Sache ein Beweis vom Kläger nicht geführt werden kann.[888] Nach der Rechtsprechung darf die Rechtsdurchsetzung in bestimmten Sachverhalten nicht generell an Beweisschwierigkeiten scheitern.[889] Das Beweismass bestimmt sich damit nach der Notwendigkeit des Zusammenwirkens der Systeme angesichts des Masses an Fremdkomplexität in der Umwelt. Die nach der Rechtsprechung erforderliche «Beweisnot» und die Funktion der Sollens-Ordnung implizieren eine Senkung des Beweismasses und, auf Seiten des Beklagten, die Möglichkeit, mit einer besseren Informationslage einen Gegenbeweis zu führen.

Das Bundesgericht unterscheidet in BGE 128 III 271, Erw. 2b/aa, Fallgruppen, in denen die Beweisprobleme typischerweise auftreten. Neben Fällen mit unauflösbarer Kausalität finden sich Einordnungen nach Rechtsgebieten. Die bei Strassenverkehrsunfällen[890] oder bei einem anderen Zusammenspiel von physikalischen

---

887 Z. B. dürfen die Anforderungen an den Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung mit Blick auf die gesamtwirtschaftliche Zielsetzung des Kartellgesetzes nach Art. 96 BV und Art. 1 des KG (SR 251) nicht übertrieben werden, sondern müssen lediglich einer nachvollziehbaren Logik genügen (vgl. BGE 139 I 72, Erw. 8.3.2)

888 Vgl. z. B. BGE 130 III 321 Erw. 3.2 und BGE 128 III 271 Erw. 2b/aa oder P. WIDMER/P. WESSNER, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Revision des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 2000, S. 242.

889 BGE 130 III 321 Erw. 3.2.

890 Vgl. BGE 101 II 137 und BGE 107 II 269.

und chemischen Wirkungen bestehende Problematik der realen Wirkungsstruktur[891] betrifft grundsätzlich nur Fälle, in welchen mehrere mögliche Kausalketten für sich oder zusammen zu einer unauflösbaren Wirkung führen.[892] Dabei fliessen Wirkungen so ineinander, dass sie logisch nicht oder jedenfalls nicht mit vernünftigem Aufwand auseinandergehalten werden können, weshalb die Wirkung einer Kausalkette als alleiniges Anknüpfungskriterium insoweit versagt. Ökonomisch vorgegeben ist diesfalls eine Anknüpfung losgelöst von den Teilwirkungen von Kausalketten. Zu erfragen und zu beweisen sind in diesen Fällen die Gesamtwirkungen sowie die Zuordnung zu schuldhaften, ursachengeneigten Handlungen. Die Rechtsprechung betrifft insbesondere Fälle, da ein strategisches Verhalten ausgeschlossen ist.

II. Reduzierte Beweisanforderungen im Privatversicherungsrecht

Ein Versicherungsnehmer kann bei multikausalen Schäden unter Umständen nicht oder nicht mit angemessenem Aufwand beweisen, welchen Anteil der versicherte Schaden an einem Gesamtschaden einnimmt. In Übereinstimmung damit gestattet die höchstrichterliche Rechtspraxis bei der Geltendmachung der tatsächlichen Voraussetzungen im Gebiet des Versicherungsrechts – ursprünglich ausgehend von unklarer Verursachung bei Strassenverkehrsunfällen[893] – eine Senkung des Regelbeweismasses[894] auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit.[895] Diese Entwick-

---

[891] Vgl. P. WIDMER/P. WESSNER, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Revision des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 2000, S. 242, mit Verweis auf BGE 109 II 312 (Schäden an Aprikosenbäumen durch Fluorimmissionen aus einer Aluminiumfabrik) und BGE 119 Ib 342 (Risse an einem Damm durch unterirdische Sondierungsarbeiten).

[892] Die übrigen vom Bundesgericht in BGE 128 III 271 Erw. 2b/aa genannten Fallgruppen sind von den Unmöglichkeiten bei multikausalen Ursachen zu unterscheiden. Die übrigen Fälle erschöpfen sich in der Frage, wer den Nachteil tragen soll, wenn einfache Informationen nicht gesammelt wurden oder nicht aufbereitet werden können (z. B. Ferienguthaben des Arbeitnehmers, frühere Werte von Grundstücken).

[893] Vgl. BGE 107 II 269 Erw. 1b zur hypothetischen Kausalität, mit Hinweisen.

[894] Danach dürfen an einem Sachverhalt keine vernünftigen, eventuelle noch leichte Zweifel bestehen vgl. z. B. BGE 130 III 321 Erw. 3.2.

[895] Insbesondere in der Diebstahlversicherung, vgl. z. B. die Urteile 5C.47/2002 vom 17. April 2002, Erw. 2b, und 5C.99/2002 vom 12. Juni 2001, Erw. 2.1.

lung der Rechtsprechung zeigt die sprachlich bedingten Grenzen einer fallgruppenorientierten statt systematischen Problemerfassung auf. Das Bundesgericht stellte in BGE 128 III 271 Erw. 2/b/aa mit Hinweis auf den Entscheid 5C.79/2000 vom 8. Januar 2001 in Erw. 1b/aa die Anwendbarkeit eines herabgesetzten Beweismasses überwiegender Wahrscheinlichkeit im Gebiet des Versicherungsvertrags fest. Im Wortlaut führte das Bundesgericht im Entscheid 5C.79/2000 Erw. 1b/aa betreffend eine Diebstahlversicherung differenzierend aus:

«Soweit der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrages regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Versicherungsnehmer nach der Rechtsprechung insofern eine Beweiserleichterung als er nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruches darzutun hat (BGE 107 II 269 E. 1b S. 273 mit Hinweisen). Bestehen allerdings weitere Möglichkeiten, die neben der behaupteten Ursachenfolge ebenso ernst in Frage kommen oder gar näher liegen, genügt es nicht, dass der Versicherungsnehmer lediglich dartut, die von ihm geltend gemachte sei die wahrscheinlichste (Bernard Viret, Privatversicherungsrecht, 3. Auflage 1991, S. 149). Vielmehr muss dann der allgemeine Grundsatz gelten, dass an den Beweis einer behaupteten Tatsache umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je weniger wahrscheinlich die Behauptung ist (vgl. Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, S. 472 N. 8).»

Die bei Strassenverkehrsunfällen richtige und wegen unauflösbarer Kausalität faktisch indizierte Herabsetzung der Beweishürden wurde somit – aus der hier vertretenen, systematischen Optik richtigerweise – erkannt, in der Folge jedoch nicht von den Fällen alternativer Kausalität mit blossen Beweisschwierigkeiten unterschieden. Alsdann wurde die sprachliche Formel der überwiegenden Wahrscheinlichkeit trotz ihres strukturell differenziert gefundenen Ursprungs allgemein für bestimmte Sachthemen, z. B. im Versicherungsrecht, als anwendbar erklärt.

Die strukturell indizierte Herabsetzung des Beweismasses auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wurde nach dem hier vertretenen Ansatz fälschlicherweise auf die Fälle eines schwierigen Ausschlussbeweises alternativer Ursachen, wie z. B. die Diebstahlversicherung ausgedehnt. Die sprachliche Generalisierung auf eine Beweisnot bedeutete für die Fälle fehlender strukturell bedingter Komplexität wiederum ein zu geringes Beweismass. Insbesondere kann z. B. nicht eine höhere Komplexität beim Leistungsansprecher zu einer Verminderung des Beweismasses führen, da ansonsten ineffizient Vorteile durch zusätzliche administrative Kosten entstehen könnten. Vor diesem Hintergrund musste in einer präzisierenden

Rechtsprechung das Beweismass der überwiegenden Kausalität entgegen einem mathematischen Sprachgebrauch wieder generell hochgeschraubt werden. Danach ist eine überwiegende Kausalität vorhanden, wenn andere kausale Faktoren «weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen».[896]

Selbstredend kann bei einem Diebstahl nicht genügen, dass der Versicherungsnehmer lediglich dartut, die von ihm geltend gemachte sei die wahrscheinlichste Ursache.[897] Beweisprobleme dürfen nicht *per se* zu einem erheblich geringeren Beweismass führen, da ansonsten Fehler aufgrund von Komplexität und der damit verbundenen Missbrauchsgefahr sogar vermehrt würden. Umgekehrt sollte die sprachliche Anknüpfung am Begriff der überwiegenden Kausalität und die Einteilung in Fallgruppen nicht dazu führen, dass die wegen der realen Struktur gesenkten Beweisanforderungen gerade diejenigen Fälle wieder ausschliessen, für welche die Hürde gesenkt wurde. Falls faktische Situationen einer Regulierung zwingend entgegenstehen würden, kann und muss folglich auch dann eine Sanktion erfolgen, wenn die ernsthafte Möglichkeit einer anderen Ursache besteht. Im scheinbaren Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichts sollte in diesen Fällen der Verweis auf Mitursachen und die fehlende Beweissicherheit hinsichtlich des jeweiligen Auswirkungsausmasses gerade nicht zur Befreiung von der Haftung führen.

III. Reduzierte Beweisanforderungen bei bestimmten nicht objektiv nachweisbaren Beschwerdebildern

Auch die erwähnten PÄUSBONOG[898] als Beispiel für den Umgang der Rechtsordnung mit Problemen der Bestimmung von positiven Externalitäten sind wegen der Unmöglichkeit strikter Beweisführung nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit

---

[896] BGE 130 III 321 Erw. 3.3 mit Hinweis auf F. HOHL, Procédure civile, S. 200 f. und S. 210.

[897] Vgl. BGE 130 III 321 Erw. 3.3 und BGer 5C.79/2000 vom 8. Januar 2001, Erw. 1b, mit Verweis auf B. VIRET, Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Zürich 1991, S. 149.

[898] Vgl. oben in und bei FN. 17.

zu beweisen.[899] Es muss notwendig und behelfsweise auf Indizien abgestellt werden.[900]

b) Die Umkehr der Beweislast

I. Die Anpassung an asymmetrische Information

Im Vertragsrecht und im Haftpflichtrecht wird zur Überbrückung von Informationsasymmetrien zuweilen die Technik der Überbindung der Beweislast auf den dezentralen Träger von Informationen verwendet. Der private Verfügungsberechtigte soll mit seinen besseren Informationen Klarheit schaffen.

In einzelnen Fällen werden beispielsweise Wirkungsanknüpfungen mit Befreiungsmöglichkeit bei Beachtung bestimmter, gesetzlich umschriebener Vorkehrungen oder Umstände statuiert (sogenannte «milde» Kausalhaftungen). Solche Konstruktionen findet sich im Haftpflichtrecht nicht nur bei den klassischen Beispielen der Haftung von Geschäftsherren, Tierhaltern und Werkeigentümern,[901] sondern z. B. bei dem auch auf Arzneimittel anwendbaren PrHG.[902] Dem privaten, dezentralen Entscheidungsträger wird in diesen Fällen die Möglichkeit zur Auflösung von Verursachungs- und/oder Wirkungskomplexität gegeben. Ansonsten wird von der Wirkung als Anknüpfungsmerkmal ausgegangen wird.

---

899 BGE 139 V 547 Erw. 7.2 mit Verweis auf U. MEYER, Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, S. 20.

900 BGE 137 V 64 Erw. 5.1; BGE 139 V 547 Erw. 7.2

901 Vgl. Art. 55, 56, 58/59 OR.

902 Vgl. Art. 5 Produktehaftpflichtgesetz (SR 221.112.944).

Diese Konstruktion hat den Vorteil, dass der Umgang mit Risiken in der Sphäre des Verursachers von diesem kontrolliert und im Hinblick auf eine mögliche Ursachenrelevanz dokumentiert werden muss.[903] Der Handelnde ist in der Regel der Einzige der eine Chance hat, einen komplexen Ursachenzusammenhang zu kennen und zu beeinflussen. Andererseits gibt eine Anknüpfung an Ursachen einem Handelnden die Möglichkeit, eine nützliche Aktivität dann auszuüben, wenn nicht beeinflussbare Variablen ein negatives Resultat bewirken können.[904]

Falls ein Resultat keiner Ursache zugeordnet werden kann, weil ein Leistungsträger nicht über die entsprechenden objektiven Informationen verfügt oder er dezentrale Handlungen nicht kontrollieren kann, kann entsprechend dem dezentralen Akteur eine entsprechende Beweislast übertragen werden. Bei Informationen, die, wie im Fall von notwendigerweise subjektiven Schilderungen eines Patienten mit PÄUSBONOG, nicht objektiv nachgewiesen werden können, ist eine Triage im Einzelfall allerdings nur schwer möglich. Leistungen werden dann entweder zu Unrecht bezahlt oder, bei erhöhten Anforderungen des Leistungserbringers, fälschlicherweise nicht übernommen.

II. Die Rechte- und Informationsverteilung als bestimmende Tatsachen für ein Optimum

Die originäre Rechte- und Informationsverteilung hat wie erwähnt[905] nach Massgabe der Höhe der Transaktionskosten einen Einfluss auf die Endverteilung der

---

[903] Vgl. jedoch BGE 141 III 363 ff.: Danach hat auch über notwendige ärztliche Untersuchungen eine Dokumentation nur insoweit zu erfolgen, als diese medizinisch gesehen notwendig und üblich ist. Damit besteht trotz hoher Ursachenkomplexität ohne spezifische Dokumentationsnormen selbst für notwendige und übliche Tests und Vorkehrungen keine regulative Spiegelung gegenüber Drittzusammenhängen. Ausser in Fällen einer fortlaufenden Beobachtung schon bekannter Wirkungsketten kann die Pflicht aus Sicht bekannter Zusammenhänge nach dem Entscheid gar nicht wichtig sein. Folglich besteht die Pflicht zur Dokumentation bei Drittzusammenhängen nach dieser Rechtsprechung nur, wenn sie auch erfüllt wird. Dies setzt gegenüber den Handelnden falsche Zeichen und lässt die Patienten, welche sich nicht schon am Anfang wehren, ungeschützt. Richtig wäre nach dem hier vertretenen Ansatz, die Dokumentationspflicht zu bejahen, solange der Nutzen einer regulativen Antwort ihre administrativen Kosten und die Kosten einer dadurch unterlassenen ärztlichen Tätigkeit übersteigt.

[904] Vgl. zur Definition der externen Effekte oben, S. 175.

[905] Vgl. oben S. 172 und S. 188 ff.

Rechte. Zur Veranschaulichung sei das erwähnte Beispiel einer Klage aus Staatshaftung nach einer Venenoperation bei einem Neugeborenen im Entscheid des Bundesgerichts 4A_679/2010 vom 11. April 2011 aufgenommen. Darin hat die Vorinstanz - ohne dies direkt aus einem Gutachten abzuleiten – u. a. wegen der hypothetischen Möglichkeit einer ausschliesslich inneren Ausdehnung einer Stenose eine Haftung verneint. Die fehlende Sicherheit betreffend alternativer Wirkungszusammenhänge genügte als Grund zum Ausschluss einer Haftung. Der Kläger hatte nicht nur den verursachenden Zusammenhang zu beweisen, sondern auch mögliche alternative Wirkungszusammenhänge auszuschliessen. Zudem wird ihm die Last überbürdet, die Pflichtverletzung zu beweisen und dies unter Verneinung einer Dokumentationspflicht auf Seiten der handelnden Ärzte.[906]

Somit muss eine fachunkundige, durch einen körperlichen Eingriff beeinträchtigte Patientin oder ihr Vertreter sowohl eine konkrete und abstrakte Verursachungskomplexität, als auch eine konkrete und abstrakte Wirkungskomplexität aufdecken als auch mögliche Fremdkausalität ausschliessen. Dies, obwohl eine Dokumentation aus fachlichen und physischen Gründen nicht von ihr, sondern nur vom medizinisch Handelnden aufgezeichnet werden kann. Auf diese Weise erfährt eine ärztliche Tätigkeit keine normative Spiegelung, weil die Patientin den Beweis eines Fehlverhaltens und einer dadurch bewirkten Schädigung mangels physischer Präsenz, Fachkenntnis und Dokumentationspflichten in aller Regel nicht führen kann.

Die Patientin verbleibt somit in einer rechtlich weitgehend ungeschützten faktischen Position. Ein handelnder Mediziner wird hingegen trotz bei geschickter Argumentation und Dokumentation kaum je zur Rechenschaft gezogen. Im Resultat kann die Patientin aufgrund der hohen Transaktionskosten des gerichtlichen Verfahrens und den Schwierigkeiten der Beweisführung keinen Anspruch geltend machen. Eine Handhabe wäre im Rahmen der Interpretation von rechtserzeugenden und rechtsvernichtenden Tatsachen nach Art. 8 ZGB offen gestanden. Das Bundesgericht stellte in BGE 132 III 186 Erw. 5.1 fest, dass, wenn die Erkennbarkeit einer

[906] Das Vorliegen einer Pflichtverletzung war im Urteil des BGer 4A_679/2010 vom 11. April 2011 nicht erwiesen. Eine nicht erkennbare innere Ausdehnung einer Stenose wurde als eventueller Grund fehlender Erkennbarkeit erwähnt. Der Kläger wurde von der Interpretation der Vorinstanz überrascht und hatte vor Bundesgericht keine Möglichkeit, die tatsächliche Feststellung umzustossen.

Ursache die gesetzliche Regel und eine Nichterkennbarkeit die Ausnahme darstellt, nach Art. 8 ZGB den Nichterkennenden die Beweislast trifft.

H. DIE INTEGRATION ZWECKWIDRIGER HANDLUNGEN

1. Der Entstehungsgrund zweckwidriger Handlungen

a) Die fachliche Komplexität

Das Bundesgericht betont beim Ausschluss zweckfremder Ursachen schon länger explizit die gesamtwirtschaftliche Ausrichtung seiner Rechtsprechung.[907] In Erw. 3.7.2 von BGE 141 V 281 wird explizit die Ausschöpfung des verfügbaren medizinisch-psychiatrischen Wissens und eine Konsequenz in der Anwendung gefordert. Die Treffsicherheit von Massnahmen kann jedoch wie erwähnt insbesondere bei hohen Transaktionskosten versagen. Z. B. lassen sich die Ursachen von gesundheitlichen Leiden nicht immer eruieren. Berechtigte und unberechtigte Leistungen lassen sich entsprechend nicht trennen. Ist die Überbrückung von Ungewissheit im Einzelfall nicht durch gesicherte statistische Evidenz möglich, so bleibt nur die möglichst umfassende und genaue Untersuchung des Einzelfalles. Die administrativen Kosten der Erkenntnisgewinnung sind in einem solchen Fall entsprechend grösser, als bei statistischen Untersuchungen und die Daten sind nur dezentral verfügbar. Vor diesem Hintergrund können in Leistungssystemen direkte, nicht sanktionierbare Anreize der missbräuchlichen Inanspruchnahme staatlicher Leistungen bestehen.[908] Eine fehlende Objektivierbarkeit eröffnet Leistungsempfän-

[907] Im erwähnten BGE 130 V 352 führt das Bundesgericht in Erw. 2.2.2 aus: «In Anbetracht der sich mit Bezug auf Schmerzen naturgemäss ergebenden Beweisschwierigkeiten genügen mithin die subjektiven Schmerzangaben der versicherten Person für die Begründung einer (teilweisen) Invalidität allein nicht; vielmehr muss im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Leistungsprüfung verlangt werden, dass die Schmerzangaben durch damit korrelierende, fachärztlich schlüssig feststellbare Befunde hinreichend erklärbar sind, andernfalls sich eine rechtsgleiche Beurteilung der Rentenansprüche nicht gewährleisten liesse».

[908] Vgl. B. KÄSER, Sozialleistungsbetrug, Sozialversicherungsbetrug/Sozialversicherungsmissbrauch, S. 24 f.; Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Synthesebericht des mehrjährigen Forschungsprogramms zur Invalidenversicherung (Internetquelle zitiert in FN. 264), S. 15 ff.

gern Spielräume durch Übertreibung (Aggravation) oder Vortäuschung (Simulation) von Beschwerden.[909] Werden die Handlungen geduldet, so bestehen, unter Vorbehalt einer nicht ökonomischen *ratio* der Leistungsempfänger und Leistungserbringer, sogar stabile, selbsttragende Subsysteme.

b) Nicht falsifizierbare Regeln

Hinzu tritt im Gesundheitswesen eine zusätzliche Komplexität betreffend involvierter Regeln. Die Fragen der menschlichen Gesundheit in physischer und vor allem auch in psychischer Hinsicht können von so hoher Verursachungs- oder Wirkungskomplexität sein, dass kausale Zusammenhänge auch mit hohem Abklärungsaufwand weder zuverlässig bestätigt noch überzeugend ausgeschlossen werden können. Welche statistisch feststellbaren Abhängigkeiten mit welcher Stärke wie miteinander verknüpft sind, ist in der Regel unsicher und kann nicht abschliessend beurteilt werden.[910]

c) Informationsasymmetrien und *principal-agent*-Beziehungen

Zentrale Leistungsträger sind auf dezentrale Informationen angewiesen, welchen sie vertrauen müssen, ohne dass sie wissen, mit welcher Energie subjektive Interessen verfolgt werden. Dabei bestehen mehrere Gründe, warum der Informationsfluss eingeschränkt sein kann. Zunächst besteht eine Problematik der möglichen Verfolgung von eigennützigen Interessen des Vertreters als *agent*, weil er vom Leistungsbezüger als Auftraggeber bzw. *principal* nicht gut kontrolliert werden kann.[911] Ärztliche Leistungen gehören zu den sogenannten *credence goods*,

---

[909] Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Synthesebericht des mehrjährigen Forschungsprogramms zur Invalidenversicherung (Internetquelle zitiert in FN. 264), S. 27.

[910] Y. Ch. HAGMAYER, Denken mit und über Kausalmodelle, Diss. Göttingen 2000, S. 14 und 85.

[911] Vgl. L. HAJEN/H. PAETOW/H. SCHUMACHER, Gesundheitsökonomie, S. 58 ff.

deren Qualität der Patient nicht sicher bzw. erst spät ermitteln kann.[912] Der dezentrale Entscheidungsträger ist *de facto* der Patient oder der Leistungserbringer oder beide zusammen.

Sowohl die Leistungserbringer als auch die Leistungsbezüger könnten versucht sein, sich den fehlenden Informationsfluss, aber auch die fehlende klare Zuordenbarkeit bei Informationsverarbeitung und Entscheidung zu Nutze zu machen. Beide können vor dem faktischen Hintergrund hoher Komplexität grundsätzlich eigene Interessen, welche von denjenigen der rechtlichen Ordnung abweichen, durchsetzen, ohne von Seiten eines Leistungsträgers unmittelbare Nachteile befürchten zu müssen.[913] Die tiefen Wahrscheinlichkeiten einer Aufdeckung begünstigen Informationsasymmetrien. Die Möglichkeit der dezentralen Entscheidungsträger zur Verfälschung und Filterung von Informationen sowie zur Schaffung von unnötiger Komplexität wird zudem von einer rechtlich durch Berufsgeheimisse geschützten Intransparenz begünstigt.[914] Aus der fachlich vorgegebenen Arbeitsteilung bzw. aus der Determinierung der Nachfrage durch eine Drittperson erwächst die aus zwei faktischen und einem rechtlichen Grund kombinierte Gefahr der Beeinflussung von dezentralen Entscheidungen durch sachfremde Interessen.[915]

Die Problematik liegt dabei aber weniger in der Tatsache, dass gut ausgebildete Personen des Gesundheitswesens entgegen dem Zweck einer Finanzrestriktion handeln wollten, sondern darin, dass aus der dezentralen Perspektive bei hoher Komplexität die Kriterien für die Bestimmung von Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit bei subjektiven Gütern nicht klar bestimmbar sind. Weil Leistungsbezüger und Leistungserbringer gleichgerichtete Interessen an einer möglichst guten, umfassenden und langfristig orientierten Gesundheitsversorgung haben,[916] werden auch kleine Wahrscheinlichkeiten bei absolut geschützten Gütern zu Ausgaben

---

912 Vgl. L. HAJEN/H. PAETOW/H. SCHUMACHER, Gesundheitsökonomie, S. 60.

913 Für den Leistungsbezüger im KVG zu 100 % ab der oberen Grenze von Selbstbehalt und Franchise, vgl. nachstehend S. 312.

914 Vgl. Art. 321 StGB.

915 Vgl. F. BREYER/P. ZWEIFEL/M. KIFMANN, Gesundheitsökonomik, S. 356 ff., auch mit einem Modell zur Erfassung von ärztlichem Handeln und Hinweisen auf empirische Studien.

916 L. HAJEN/H. PAETOW/H. SCHUMACHER, Gesundheitsökonomie, S. 63 (Punkte 1 und 2).

führen. Typischerweise werden mehrere Leistungserbringer und mehrere Leiden betroffen sein.

Im Resultat sieht sich der Leistungsträger mit dem Leistungsbezüger und mehreren Leistungserbringern in unterschiedlichem Mass als möglichen Urhebern von *moral hazard* konfrontiert. Das *agency problem* hat seinen eigenen Anwendungsbereich neben *moral hazard* nur noch in den wenigen Fällen, da ein Leistungserbringer wegen eigenen finanziellen Interessen eine Behandlung zum Schaden des Patienten durchführt.[917]

Bei der Arzneimittelzulassung besteht z. B. die Gefahr, dass das Wissensgefälle zwischen der Zulassungsbehörde als Entscheidungsträger und der Industrie ausgenützt wird. Ein Hersteller von Arzneimitteln wird z. B. einen Vorteil dann haben, bei den eingereichten Studien die Ursachen und Wirkungen eines die Gesundheit beeinflussenden Kausalzusammenhanges nicht vollständig, sondern nur insoweit aufzunehmen, als dies für ihn nützlich ist.[918] Dies kann vorkommen, weil die Anforderungen des Gesetzgebers an Studien nicht genügen[919] oder die Vorauswahl

---

[917] Vgl. vorne S. 188 ff.

[918] Zum Streit um die Wirkung von «Tamiflu» des Konzerns F. Hoffmann-La Roche AG vgl. die nachstehende FN. 920.

[919] In einer retrospektiven Untersuchung für die Zeit von 2009 bis 2010 wurde in Deutschland bei 39 zugelassenen Fertigarzneimitteln (25 neue Wirkstoffe und 14 Indikationserweiterungen) die Datenlage bei Markteinführung analysiert. Zu 11 Arzneimitteln (28 %) wurde die Überlegenheit gegenüber einer medikamentösen Vergleichstherapie untersucht. Dabei wurde nur bei sieben Arzneimitteln die Nichtunterlegenheit gegenüber alternativen Arzneimitteln und nur bei 21 der Nachweis der Überlegenheit gegenüber einem Placebo festgestellt, vgl. M. UJEYL/C. SCHLEGEL/S. WALTER/U. GUNDERT-REMY, Neue Arzneimittel: Verfügbarkeit von Daten zum therapeutischen Stellenwert bei Markteinführung, in: Deutsches Ärzteblatt 2012 (109), Heft 7, S. 117 ff. Die Autoren leiten daraus ab, dass die Datenlage zum Zeitpunkt der Zulassung allgemein sehr begrenzt war und eine zeitnahe Verbreiterung der Datenbasis notwendig wäre. Zur Verhinderung der Bezahlung für mögliche «Scheininnovationen» muss in Deutschland seit Inkrafttreten des AMNOG am 1. Januar 2011 der Preis einem nachgewiesenen Zusatznutzen entsprechen.

des statistischen Basismaterials nicht repräsentativ gewählt wird.[920] Die Anbieter werden sich z. B. bei der Lancierung eines Arzneimittels nicht nur um die technische Neuheit, sondern eventuell auch um die normative Umschreibung der Schutzfähigkeit des Präparats und deren Voraussetzungen bemühen. Wenn ein bekannter Wirkstoff nur deshalb mit anderen, pharmakologisch nicht innovativen Stoffen kombiniert wird, um die Schutzdauer zu verlängern, wird von Scheininnovationen gesprochen. In der Schweiz soll dieses Vorgehen durch den therapeutischen Quervergleich mit anderen Arzneien nach Art. 65*b* Abs. 2 lit. b KVV gelöst werden.[921]

Agency costs können auch bei der Befugnis von Ärzten, die selbst verschriebenen Arzneimittel selbst zu verkaufen (sogenannte Selbstdispensation), auftreten. In einer vom Bundesamt für Gesundheit in Auftrag gegebenen Studie zu den Auswirkungen von möglichem *moral hazard* des Leistungserbringers auf Arzneimittelkonsum sowie die Kosten zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung konnte trotz einer grossen statistischen Grundgesamtheit kein messbarer Gesamteinfluss

---

[920] So wird bzw. wurde der Pharmakonzern F. Hoffmann-La Roche AG mit dem Vorwurf konfrontiert, dass nur diejenigen Studiendaten veröffentlicht wurden, welche die Wirksamkeit des Medikaments «Tamiflu» belegten, siehe dazu «Zweifel an Tamiflu – Der Druck auf Roche nimmt zu«, in: Tages-Anzeiger vom 26. Januar 2013, <http://www.tagesanzeiger.ch/wissen/medizin-und-psychologie/Zweifel-an-Tamiflu--Der-Druck-auf-Roche-nimmt-zu/story/27195002> besucht am 9. Juli 2017. Auch nach der Veröffentlichung einer umfangreicheren Datenbasis von 74 Studien im April 2013 blieb das Wissenschafter- und Ärztenetzwerk «Cochrane Collaboration» betreffend die Wirkung skeptisch, weil Basisdaten nicht offengelegt wurden. In der Folge wurden Studiendaten analysiert und bei Erwachsenen nicht grosse, aber signifikante Effekte nachwiesen. Allerdings wurden auch signifikante Nebenwirkungen festgestellt, vgl. den Bericht «Regulatory information on trials of oseltamivir (Tamiflu) and zanamivir (Relenza) for influenza in adults and children» vom 10. April 2014, veröffentlicht auf der Internet-Seite <http://www.cochrane.org/CD008965/ARI_regulatory-information-on-trials-of-oseltamivir-tamiflu-and-zanamivir-relenza-for-influenza-in-adults-and-children>, besucht am 17. Juli 2016. Soweit geringe Wirkungen mit grösseren Nebenwirkungen verbunden sind, wären die Milliardenausgaben der Länder zum Einkauf von Vorräten von «Tamiflu» gegen die Vogelgrippe im Jahr 2005 und gegen die Schweingrippe im Jahr 2009 kaum gerechtfertigt gewesen, vgl. S. STOCKRAHM, Das Tamiflu-Geheimnis, in: Zeit-Online Ausgabe vom 25. Januar 2012, im Internet unter http://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2012-01/tamiflu-cochrane-wirksamkeit, besucht am 20. Juli 2017.

[921] Vgl. die Antwort des Bundesrates vom 7. März 2008 zur Motion von Bea HEIM vom 21. Dezember 2007 (Motion 07.3861), zum therapeutischen Quervergleich und dessen Vollzugsproblemen vgl. vorne S. 117 ff.

nachgewiesen werden. Zwar waren die Mengen bei der Selbstdispensation statistisch signifikant höher, dieser Effekt wurde jedoch durch den grösseren Anteil an Generika und damit durch günstigere Preise aufgewogen.[922]

2. Eine Charakterisierung des zweckwidrigen Kreislaufs

Ein wirtschaftliches Phänomen und rechtliches Problem entsteht, wenn im Systemaustausch die Reproduktion von zweckwidrigen dezentralen Verhaltensweisen von Patient oder Arzt nicht verhindert werden kann. Systemische Differenzen, die sich mit Selbstbezug repetieren, sind in hohem Mass suboptimal. Als ein nicht nur historisches Beispiel sei das Wirken mafiaähnlicher Verbindungen genannt. Deren soziales Parallel-System basiert auf der Rückweisung von staatlichen Normen und der Etablierung eines eigenen Codes, welcher insbesondere Differenzen stabilisiert und damit das System am Leben erhält.[923] Als nützlich kann sich darin ein Code erweisen, welcher z. B. auf einer internen Moral oder auf einer Mitgliedschaft in einer Familie oder einem Clan basiert. Dabei führt die Ablehnung des staatlichen Rechtscodes zu sozial unproduktiven Verhaltensweisen bzw. zur Anarchie.[924]

In den Lücken normativer Abdeckung besteht Raum für eine zweckwidrige Fremdaktivität. Dagegen sind flexible Gegenstrategien zu entwerfen und Massnahmen zu kombinieren. Die regulative Antwort muss im Detaillierungsgrad mit dem *moral hazard* mindestens ebenbürtig sein, um nicht real umgangen werden zu können. Mit höherer faktischer Komplexität steigen allerdings auch die Kosten zur Bekämpfung des strategischen Verhaltens. Aufgrund der mit höherer Komplexität parallel steigenden Repetierfähigkeit strategischen Verhaltens können auch hohe Aufwendungen zu dessen Aufklärung ökonomisch sinnvoll sein. Wie das Bun-

---

[922] M. TROTTMANN ET AL., Auswirkungen der Medikamentenabgabe durch die Ärzteschaft (Selbstdispensation) auf den Arzneimittelkonsum und die Kosten zu Lasten der OKP – Schlussbericht, Studie im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Olten 2014, S. 1 ff.

[923] N. LUHMANN beschreibt in seinem Aufsatz «Kausalität im Süden», in: Soziale Systeme 1, Heft 1, Berlin 1995, S. 7 ff, wie eine individualistische Rechtsauffassung in Süditalien erfolglos auf ein Ursachenverständnis trifft, welches schon die Kausalität durch ihren jeweiligen Rahmen sozialer Kommunikation begreift.

[924] Vgl. vorne S. 151

desgericht explizit betont, werden bei möglichen alternativen Ursachen auch differenzierte Anforderungen an die in eine Urteilsfindung einzubeziehenden Fachgebiete gestellt.[925] Rechtlich und ökonomisch richtig kann bei fraglicher Verursachung demgemäss sein, eine Sachverhaltsanalyse zu verfeinern, um die Ursachen zu ermitteln. Dies ist aus ökonomischer Sicht solange sinnvoll, als der für eine zusätzliche Einheit von Erkenntnis zu treibende Aufwand geringer ist als die dadurch verminderten Kosten einer Wissensasymmetrie.

Die Grenzen der Leistungen ergeben sich bei *moral hazard* aus einer Ökonomie, welche erst durch die Einräumung von Leistungsansprüchen entsteht.[926] Dies, weil strategisch zweckwidrig Handelnde die Anspruchserlangung zum Ziel haben können. Wohl aufgrund kolportierter Missbrauchsfälle und fehlender Kontrolle wurde z. B. im Verhältnis zum Kosovo ab 1. April 2010 vom Bundesrat eine Nichtanwendung des Sozialversicherungsabkommens mit der Republik Jugoslawien[927] beschlossen. Diese Rechtsprechung wurde völkerrechtlich mit einer wirksamen Abspaltung begründet,[928] warf jedoch wegen der undifferenzierten Stossrichtung politische Fragen auf.[929] Aus systematischer Sicht zeigen sich im Ergebnis die fehlende Erwartungssicherheit der staatlichen Leistungsträger und ihre fehlenden Möglichkeiten zur Kontrolle von Fremdkomplexität.

Kann z. B. im Gesundheitsrecht bei unklaren Beschwerdebildern auch mit hohem Aufwand ein Alternativzusammenhang nicht ausgeschlossen werden, so versagt die Strategie einer Erhöhung des Abklärungsaufwandes. Weil gesundheitliche Wirkungen zwangsläufig durch eine psychologische oder soziokulturelle Ebene überlagert sind, ist das Fehlen einer eindeutigen Zuordnung zu einer Ursache sogar die Regel.[930] Die komplexe faktische Grundlage führt dazu, dass subjektive Tatsachen

---

925 Vgl. schon BGE 119 V 335 Erw. 2b/bb.

926 Vgl. vorne S. 280 ff.

927 SR 0.831.109.818.1.

928 BGE 139 V 263.

929 Vgl. in den eidgenössischen Räten die Motion von J.-C. RENNWALD Nr. 103039 vom 3. März 2010, die explizit statt dem Aussetzen des Abkommens eine spezifische Missbrauchsbekämpfung fordert, und die Interpellation S. SCHENKER Nr. 12.4206 vom 14. Dezember 2012.

930 In den Sozialwissenschaften wird deshalb teilweise eine Kausalität sogar generell verneint, wenn alternative Erklärungen plausibel sind, vgl. T. D. COOK/D. T. CAMPELL, Quasi-Experimentation: Design & Analysis Issues for Field Settings, Boston 1979.

ohne grössere Gefahr einseitig gesetzt werden können. *Moral hazard* des Patienten, eventuell unterstützt durch altruistisches oder ebenfalls eigenwirtschaftliches Verhalten von medizinischem Personal, kann in diesem Stadium zu relativ stabilen, aber gesamtwirtschaftlich schädlichen Subsystemen führen. Die Abweichungen von der Sollens-Ordnung erfahren eine mögliche Belohnung, wogegen wegen hohen Transaktionskosten keine sie reflektierenden Nachteile zu befürchten sind.

Zur besseren Tarnung kann von Leistungsempfängern mit strategischem Verhalten ein medizinischer Zusammenhang gewählt werden, der in seiner Wirkung trotz Untersuchungsaufwand vom Hauptzusammenhang nicht unterschieden werden kann. Die Problematik des Versagens des gebräuchlichen Kausalitätskriteriums der *conditio sine qua non* und die Problematik des *moral hazard* treten bei Versuchen missbräuchlicher Leistungserlangung deshalb in der Regel gepaart auf. So können unrichtige Angaben eines Leistungsansprechers über bestehende Beschwerden nicht sanktioniert werden, weil sie ihren Ursprung in einer anderen medizinisch möglichen Begründung haben können. Medizinisch schwer fassbare Leiden wie z. B. psychische Leiden oder psychosomatische Schmerzen können somit trotz vorhandener Sanktionsnormen einen Nährboden für subjektiv überhöhte oder erfundene Beschwerden bilden. So können sich z. B. ein Arzt oder eine Produzentin von Pharmazeutika mittels Verweis auf ein pflichtgemässes Verhalten, ein unvermeidbares Risiko oder eine nicht in ihren Risikobereich fallende Ursache einfach von Sanktionen befreien.

3. Die erste Konsequenz für die Optimierung: Eine faktenbezogene Anknüpfung

Über alle Fälle gesehen, bleibt ein Rest an Ungewissheit auch bei hohem Untersuchungsaufwand. Vor dem Hintergrund des eventuell strategischen Verhaltens, der Art der Strategiebildung und der medizinischen Komplexität bestehen keine allgemein anerkannten Tests zur Validierung von medizinischen Beschwerden.[931] Immerhin haben sich in den U.S.A. unter dem Titel *Structured Interview of Reported*

[931] Vgl. V. DITTMANN ET AL./Universitäre Psychiatrische Kliniken Basel, Literaturstudie als Grundlage zur Entwicklung von evidenzbasierten Gütekriterien zur Beurteilung von psychischen Behinderungen, S. 37.

Symptoms (SIRS) seit 25 Jahren Fragenkataloge etabliert, welche mit Hilfe von inneren Tatsachen Simulationen aufdecken sollen.[932] Dem Regulator und der Rechtsanwendung bleibt in entsprechender Weise ebenfalls keine andere Wahl, als mit einer Gegenstrategie zu versuchen, durch Intensivierung des Untersuchungsaufwands und einer geschickten Anknüpfung die eventuelle dezentrale Strategie zu ermitteln.

Ein wenig wirksamer Zusatznutzen kann dabei mit Transaktionskosten belastet werden, was zu insgesamt unproduktiven Abklärungen führen kann. Wenn der Nutzen zusätzlicher Abklärung in bestimmten Gebieten der Medizin wegen fehlenden Validierungsmöglichkeiten bekanntermassen nicht gegeben ist und sich der Proband nicht auf eine psychologische Abklärung einlässt, stellen zusätzliche Abklärungen eine Vergeudung von Ressourcen dar. Der scheinbare Ausweg, die psychologische Abklärung bei fehlender innerer Mitwirkung abzubrechen, wird daran scheitern, dass eine Verweigerungshaltung auch das Resultat der Krankheit sein kann. Dieser Aspekt der psychologischen Begründung einer verweigerten Mitwirkung wäre jedoch bei fehlender Kooperation jeweils besonderes zu prüfen, falls eine fehlende Mitwirkung nicht beachtlich sein soll.

Die Optimierung beinhaltet bei einer Evaluation des optimalen Aufwandes, möglichst einfache, kostengünstige Anknüpfungspunkte zu finden. Die kausalen Zusammenhänge sind teilweise nur in ihrer Wirkung, teilweise auch in ihrer Ursache erkennbar. Wirtschaftlich ist jede Anknüpfung, welche ohne überwiegende Kosten Sachverhaltsmerkmale geltend gemachter oder alternativer Verursachungen zu Tage fördert. Bei möglichen Gegenstrategien ist eine Strategie zielführend, welche die für eine entsprechende Diagnose verfügbaren Informationen mit wenig Aufwand einbezieht. Die Strategien des Patienten sind zur möglichen Falsifizierung auch in ihrem eventuell kontrafaktischen Charakter zu würdigen.[933] Mit welchem Indikator der Erkenntnisgewinn über eine Gegenstrategie wahrgenommen werden kann ist im Ergebnis nicht relevant.

---

[932] Vgl. R. ROGERS/K. D. SEWELL/N. D. GILLARD, Structured Interview of Reported Symptoms-2 (SIRS-2) und Professional Manual, Lutz 2010.

[933] Vgl. V. DITTMANN ET AL./Universitäre Psychiatrische Kliniken Basel, Literaturstudie als Grundlage zur Entwicklung von evidenzbasierten Gütekriterien zur Beurteilung von psychischen Behinderungen, S. 38.

Jedem standardisierten Versuch, einen unehrlichen Leistungsansprecher zu entlarven, mangelt jedoch die Fähigkeit, sich auf Veränderungen in dessen Strategie einzustellen. Die Strategie des Gesetzgebers muss entsprechend ebenfalls flexibel sein. Die Frage von Grenzen in der Leistungsvergabe geht bei strategisch handelnden Leistungsbezügern in eine spieltheoretische Betrachtung über. Die näher zu prüfenden Diagnosen werden zu Beginn eines Abklärungsverfahrens um einen Leistungsanspruch dezentral und im Zweifel von Patient und Arzt zugunsten der Krankheitshypothese gestellt. Aggravierende oder simulierende Patienten können vor diesem Hintergrund entsprechende Informationen zu einem Zeitpunkt in ihre Strategie einbauen, in welchem eine Überprüfung z. B. wegen eines Rentenanspruchs noch nicht ansatzweise zur Diskussion steht. Bei der Möglichkeit des Missbrauchs resultiert ein reduziertes Leistungsniveau im Optimum, weil sich der marginale Nutzen einer Leistung im Durchschnitt vermindert, wohingegen die Transaktionskosten gleichbleiben oder jedenfalls nicht sinken. Entsprechend bleibt aus gesamtwirtschaftlicher Sicht nur die Möglichkeit, das Leistungsniveau generell zu senken.

Eine ökonomische Perspektive würde demgegenüber fragen, für welche Ausgangsverteilung von Rechten die Kriterien der Treffsicherheit und der tieferen administrativen Kosten der Informationsbeschaffung sprechen. Beide Kriterien würden für eine Vermutung der Haftung und einen Entlastungsbeweis des handelnden Mediziners sprechen. Er ist der einzige, der Beteiligten, welcher das Geschehen beeinflusst und über die notwendigen Informationen verfügt und diese eben auch dokumentieren kann. Auch könnte argumentiert werden, der Nutzen einer Tätigkeit, *in casu* einer Herzoperation an einem Neugeborenen, überwiege die Argumente der fehlenden Treffsicherheit und der höheren administrativen Kosten. Dies trifft jedoch dann nicht zu, wenn sich der Nutzen mit der Treffsicherheit einer Massnahme verbessern würde. Der Schutz des Handelnden vor regulativer Kontrolle ist selbst bei einem überwiegenden Nutzen immer dann unrichtig, wenn der Aufwand zusätzlicher Sorgfalt noch nützlich ist. D. h., wenn dieser Aufwand geringer ist als der dadurch vermiedene durchschnittliche Schaden.

4. Die Beschwerden ohne objektiv nachweisbare Ursache und Wirkung als Beispiel

a) Die historische Entwicklung

Für somatoforme Schmerzstörungen und die ihnen gleichgestellten Krankheitsbilder ohne klar nachweisbare Ursache und Auswirkung (PÄUSBONOG) wurde eine Überwindbarkeit mit zumutbarer Willensanstrengung allgemein stipuliert.[934] Vor dem finanziellen Hintergrund stark steigender sozialer Ausgaben hat das Bundesgericht nach einer Zunahme der Invalidenansprüche in den 90'er Jahren ab dem Jahre 2000[935] die schwer objektivierbaren Gesundheitsbeeinträchtigungen strenger beurteilt. Seit BGE 130 V 352 wurde von einer generellen Überwindbarkeit von somatoformen Schmerzstörungen ausgegangen. In der Folge wurde diese Rechtsprechung auf folgende Krankheitsbilder ausgedehnt:[936]

- Fibromyalgie in BGE 132 V 65 Erw. 4,
- dissoziative Bewegungsstörung im Urteil 9C_903/2007 vom 30. April 2008 Erw. 3.4,
- dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörung im Urteil I 9/07 vom 9. Februar 2007 Erw. 4,
- Chronic Fatigue Syndrome und die Neurasthenie nach den Urteilen I 70/07 vom 14. April 2008 Erw. 5 und 9C_98/2010 vom 28. April 2010 Erw. 2.2.2,
- spezifische und unfalladäquate Halswirbelsäulenverletzungen (Schleudertrauma)[937] ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle gemäss BGE 136 V 279,
- nichtorganische Hypersomnie nach BGE 137 V 64 Erw. 4 S. 67 ff. und
- auf leichte Persönlichkeitsveränderung bei chronischem Schmerzsyndrom gemäss Urteil 8C_167/2012 vom 15. Juni 2012 Erw. 5.2 und 6.1.

---

934 BGE 130 V 352, 354; vgl. U. KIESER, ATSG-Kommentar, N. 36 zu Art. 3 ATSG.

935 Zu den wirtschaftlichen Auswirkungen vgl. Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Synthesebericht des mehrjährigen Forschungsprogramms zur Invalidenversicherung (Internetquelle zitiert in FN. 264), S. 20.

936 Gemäss der Zusammenfassung in BGE 140 V 8, Erw. 2.2.1.3.

937 HWS-Distorsionen oder HWS-Schleudertraumata sind Verrenkungen und Verletzungen der Bänder und Gelenke durch Überdehnung der Halswirbelsäule, meist hervorgerufen durch Auffahrunfälle, vgl. zum Begriff das medizinische Wörterbuch von PSCHYREMBEL, online-Ausgabe unter <https://www.pschyrembel.de /#/Schleudertrauma/K0KG0/doc/>, besucht am 17. Juli 2016.

Die Rechtsprechung behalf sich bei nicht klar diagnostizierbaren Beschwerden mit ebenso ungewissen Ursachen mit einer Konzentration auf den zeitlich letzten Abschnitt, in welchem eine mögliche Schadensverminderung als kausaler Ablauf vermutet wurde. Als Begründung gab das Bundesgericht in BGE 141 V 281 Erw. 3.4.1.1 an, die Rechtsprechungsänderung in BGE 130 V 352 habe sich auf das Ziel der Wiederherstellung des Regel-Ausnahmeverhältnisses nach einer Mengenausweitung von Renten beschränkt.[938] Die Rechtsprechung beruft sich auf ein ungeschriebenes Gebot der Schonung von Werten, welches aufgrund von beschränkten Mitteln des Finanzhaushalts zu Staatsprinzipien wie Gerechtigkeit, Zweckmässigkeit und Rechtssicherheit hinzutreten müsse.[939]

Das beweismässige Risiko von *moral hazard* konnte so auf die Ansprecher überbunden und die Beweisfrage ausgelassen werden. Der Erfolg eines alternativen Zusammenhanges wird im Vollzug generell vorausgesetzt.[940] D. h., der Leistungsansprecher hatte nicht nur den faktischen Zustand, sondern neu auch das Fehlen einer nicht zulässigen Motivation darzutun. Damit konnten zwar Fälle des *moral hazard* eliminiert werden. Die Anforderung traf aber auch jene Personen, welche gerade wegen der sehr eingeschränkten Beweisbarkeit innerer Tatsachen und/oder aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage waren, das Fehlen einer zweckfremden Motivation darzutun. Im Rahmen der Beurteilung der Zumutbarkeit in der Rechtsprechung und dem in der Folge darauf abstellenden Art. 7 Abs. 2 ATSG wurden so die Bemühungen sichtbar, die subjektiven Faktoren soweit zurückzudrängen, als sie in einer objektiven, umfassenden Sicht aller Indizien auch zu überzeugen vermochten.[941]

Für die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit waren jedoch z. B. ärztlich unterstützte, medizinisch-psychiatrisch nicht begründbare Selbstlimitierungen nicht massgebend.[942] Damit wurde eine positive Entwicklung in der letzten Krankheits-

---

938 Zwischenzeitlich wurde die Rechtsprechung jedoch auch unter Hinweis auf die medizinische Empirie begründet, so z.B. und statt vieler in BGE 132 V 393 Erw. 3.2.

939 Vgl. K. MATHIS, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 234.

940 Vgl. dazu nachstehend S. 337 ff.

941 Vgl. zur Historie den Entscheid des Bundesgerichts 141 V 281 in Erw. 3.7.1.

942 Vgl. das Bundesgericht im Entscheid 141 V 281 in Erw. 3.7.1.

phase angenommen, obwohl keinerlei logische Basis oder Korrelation dafür zu erwarten war, dass eine Überwindung bei unklarer Ursache eher möglich sein sollte. Im Gegenteil sind gesundheitliche Probleme bei unklarer Ursache schwieriger zu überwinden.[943] Die Anknüpfung einer Wirkungsvermutung an einer Ursachenungewissheit war offensichtlich nicht richtig.

b) Die Änderung der Rechtsprechung mit BGE 141 V 281

Im BGE 141 V 281 wurde die bisherige Rechtsprechung einer kritischen Würdigung unterzogen. Dabei wurde daran erinnert, dass nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung[944] entscheidend ist, ob und inwiefern die versicherte Person aus objektiver Sicht über Ressourcen verfügt, die ihr erlauben, trotz einer subjektiv erlebten Gesundheitsbeeinträchtigung einer Arbeit nachzugehen. Als Beweisthemata sind demgemäss die gesundheitliche Beeinträchtigung und deren objektive Folgen für die Erwerbsunfähigkeit zu unterscheiden, wobei der Gutachter im Hinblick auf Vermeidungszusammenhänge eine objektivierte Zumutbarkeitsbeurteilung vornehmen muss. Zudem dürfen ausschliesslich funktionelle Ausfälle berücksichtigt werden, welche als Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung auftreten, d. h. diese dürfen insbesondere nicht von alternativen Ursachen herrühren, was Aggravationen und Folgen von Komorbiditäten ausschliesst.[945]

Das Problem wurde im BGE 141 V 281 für alle PÄUSBONOG zu Recht auf der Beweisebene geortet. Wie schon E. A. KRAMER ausführte, fehlt bei einer psychisch bedingten Erwerbsunfähigkeit nicht die adäquate Kausalität, sondern der natürliche Kausalzusammenhang.[946] Die Vermutung der Überwindbarkeit jeglicher Folgen bei solchen Beschwerden wurde entsprechend richtigerweise durch ein struktu-

---

[943] Zur Abwehr von subjektiven Einflussmöglichkeiten wurden trotz den naturgemäss gegebenen Beweisschwierigkeiten mangels Ursache objektiv schlüssige, fachärztliche Befunde verlangt (BGE 130 V 352, 353).

[944] BGE 130 V 352 Erw. 2.2.4 S. 355 mit Hinweis auf BGE 127 V 294 Erw. 4b/cc *in fine* und Erw. 5a S. 299 unten.

[945] Vgl. zum Ganzen BGE 141 V 281 Erw. 5.2.2.

[946] E. A. KRAMER, Schleudertrauma: Das Kausalitätsproblem im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, BJM 2001 S. 153 ff., S. 166 f.

riertes Beweisverfahren ersetzt (Erw. 4.1.3). Die Kriterien gemäss neuem Fragenkatalog werden als «Indikatoren» bezeichnet und geben massgebliche Beweisthemen an (Erw. 4.1.2). Der Versicherte hat im Rahmen einer Änderung der Rechtslage zu seinen Gunsten nach Art. 8 ZGB auch bei nicht objektivierbaren Gesundheitsschäden grundsätzlich das Fehlen der Beweisindizien und damit die Beweislast der fehlenden Objektivierbarkeit zu tragen (Erw. 3.7.2).

Der vollständige Ausschluss subjektiver Faktoren und der medizinischen, statistischen Erfahrungswerte über diese Faktoren würde in psychisch mitverursachten Krankheiten zum generellen Ausschluss jeder Entschädigungsfähigkeit führen.[947] Die naturgemäss gegebenen Beweisschwierigkeiten führen hier – wie in anderen Bereichen des Rechts[948] – grundsätzlich zu einer Herabsetzung des Beweismasses, da die versicherte Person ansonsten keine Chancen einer Anerkennung ihrer Leiden hätte. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts akzeptiert grundsätzlich auch verallgemeinerungsfähige subjektive Berichte und damit geschaffene Krankheitsbilder der Medizin,[949] selbst wenn diese nicht darstellbar oder objektiv messbar sind. Bei der ebenfalls vorwiegend auf subjektiven Faktoren beruhenden Subsumtion unter diese Krankheitsbilder ist die Praxis jedoch zurückhaltend bis generell verneinend. Obwohl subjektive Einschätzungen und Berichte zwangsläufig eine grosse Rolle spielen, werden objektive Beweise verlangt.[950]

Die Rechtsprechung in BGE 141 V 281 pflegt vor dem Hintergrund eines zuweilen engen Verhältnisses zwischen Arzt und Patient, der generellen Ausrichtung des Arztes auf das Patientenwohl und der subjektiven Beeinflussbarkeit von Diagnosen weiterhin eine kritische Haltung zu ärztlichen Feststellungen. Höchstrichterlich wird beispielsweise angenommen, die Diagnose in ärztlichen Berichten und Gutachten sei meistens ohne ausreichenden Bezug auf die funktionserhebliche Befundlage (in Erw. 2.1.1). Das Bundesgericht weist im gleichen Entscheid in Erw. 2.2

---

947 Vgl. BGE 141 V 281 in Erw. 3.4.1.2 sowie BGE 139 V 547 Erw. 7.2.

948 Vgl. dazu vorne S. 273 ff.

949 Z. B. eine somatoforme Schmerzstörung nach Ziff. F45.40 der Einteilung ICD-10, vgl. wiederum BGE 141 V 281 in Erw. 2.1.1.

950 Vgl. den Leitentscheid BGE 141 V 281 in Erw. 6.

darauf hin, dass bei den Diagnosen die Ausschlussgründe nach BGE 131 V 49[951] vermehrt zu beachten seien. Die Einflüsse von Aggravation und ähnlichen Erscheinungen seien bisher zu wenig beachtet worden. Bei der Folgenabschätzung (Zumutbarkeit) werde weiterhin nicht ungeprüft auf die medizinische Einschätzung abgestellt, weil der unbestimmte Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit nach normativen Vorgaben unabhängig vom Einzelfall ausgelegt werden müsse.[952] Die bundesgerichtliche Strategie gegenüber der faktischen Vermischung von subjektiven und den gesuchten objektiven Verursachungsfaktoren bleibt damit aufgrund von möglichen Strategien des Patienten und dessen Vertretern zurückhaltend.

Die Rechtsprechung nach BGE 141 V 281 spricht sich bei möglichen Alternativursachen insbesondere für eine vermehrte Konzentration auf Faktoren zur indirekten Beweisführung aus (vgl. Erw. 3.7.2). Die entsprechenden Kriterien zur Eingliederung im Beruf, der Inanspruchnahme von Therapien und der Gleichmässigkeit der Verringerung von übrigen Aktivitäten (vgl. Erw. 4.3.1.2, 4.4.1 und 4.4.2) betreffen allerdings entgegen der im Entscheid in Erw. 3.7.2 genannten Ausführungen nicht Art. 7 Abs. 2 zweiter Satz ATSG und damit die Zumutbarkeit, sondern sollen – ganz im Sinne einer möglichst flexiblen Gegenstrategie – Informationen über die Grösse und Wahrheit der geltend gemachten Gesundheitsbeeinträchtigung liefern.

Bei einer mit diagnostisch gesicherten Erkenntnissen konkurrierenden Wirkung wird vom Bundesgericht die Notwendigkeit der Abwehr von alternativen, subjektiv beeinflussten Ursachen und die Wesentlichkeit von entsprechenden Indizien

---

951 Gemäss BGE 131 V 49 ist «Eine solche Ausgangslage […] etwa gegeben, wenn: eine erhebliche Diskrepanz zwischen den geschilderten Schmerzen und dem gezeigten Verhalten oder der Anamnese besteht; intensive Schmerzen angegeben werden, deren Charakterisierung jedoch vage bleibt; keine medizinische Behandlung und Therapie in Anspruch genommen wird; demonstrativ vorgetragene Klagen auf den Sachverständigen unglaubwürdig wirken; schwere Einschränkungen im Alltag behauptet werden, das psychosoziale Umfeld jedoch weitgehend intakt ist», mit Verweis auf H. G. KOPP/J. WILLI/A. KLIPSTEIN, Im Graubereich zwischen Körper, Psyche und sozialen Schwierigkeiten, in: Schweizerische Medizinische Wochenschrift 1997, S. 1434 mit Verweis auf P. WINCKLER/K. FOERSTER, Zum Problem der «zumutbaren Willensanspannung» in der sozialmedizinischen Begutachtung, MedSach 92, S. 120 ff.

952 Vgl. BGE 140 V 193, 195 Erw. 3.1. Was hingegen mit der dortigen Verneinung einer Korrelation zwischen Diagnose und Arbeitsunfähigkeit genau gemeint ist, erscheint nicht vollends klar. Jedenfalls korreliert die Schwere der Diagnose offensichtlich mit der Arbeitsunfähigkeit, weil die diagnostizierten funktionellen Ausfälle die Basis für die angestrebte Abgleichung mit den Anforderungen des Arbeitslebens bilden, vgl. den zitierten BGE 141 V 281 in Erw. 2.1.2.

explizit festgestellt (Erw. 2.2.2). Damit erfährt das Leistungskonzept eine aus ökonomischer Sicht notwendige Ergänzung in Form einer Überprüfung von möglicher Fremdkomplexität. Auch die früheren Hinweise des Bundesgerichts auf sekundäre, äussere Krankheitsgewinne sind grundsätzlich weiterhin zu beachten.[953] Im Unterschied zum bisherigen Fokus auf der Zumutbarkeit eigener Bemühungen werden die alternativen Kausalverläufe jedoch nicht mehr nur in der letzten Phase normativ erfasst.[954] Geprüft wird nicht nur die Auswirkung einer eventuellen Unterlassung (z. B. der Bemühungen zur Regeneration), sondern auch eine eventuelle alternative Verursachung im Hauptzusammenhang, z. B. durch Aggravation.

c) Die Fokussierung auf die Alternativursache in BGE 141 V 281

Eine versicherte Gesundheitsschädigung liegt gemäss Erw. 2.2. f. des Entscheids BGE 141 V 281 insbesondere nicht vor, wenn die Leistungseinschränkung eines Versicherten auf Aggravation beruht oder sich sekundäre Krankheitsgewinne[955] äussern. Folgende Indikatoren werden genannt (Erw. 2.2.1):

- Grössere Diskrepanz zwischen objektiver und subjektiver Wahrnehmung;
- nur vage Charakterisierung intensiver Schmerzen;
- fehlende Bereitschaft zu Therapie und medizinischer Behandlung;
- demonstrativ vorgetragene Klagen gegenüber dem Sachverständigen; und
- intaktes psychosoziales Umfeld trotz der Behauptung schwerer Einschränkungen im Alltag.

Die faktische Ausgangslage hat grosse Ähnlichkeiten mit der Prüfung der Glaubhaftigkeit verbaler Aussagen. Dazu hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts z. B. in BGE 128 I 81 in Erw. 2 in Anlehnung an U. UNDEUTSCH[956] gesicherte methodische Erkenntnisse anerkannt. Gemäss dieser Rechtsprechung erfordern wahre

---

953 BGE 140 V 193 Erw. 3.3 auf S. 197 und BGE 141 V 281 Erw. 2.2.1.

954 U. MEYER, Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, S. 5 ff.

955 Sekundäre Krankheitsgewinne sind gemäss der Rechtsprechung Vorteile, welche sich aus der Flucht in die Krankheit ableiten, z. B. die vermehrte Zuwendung, Unterstützung oder Entlastung von alltäglichen Verpflichtungen (BGE 130 V 352 Erw. 2.2.3).

956 U. UNDEUTSCH, Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen, in: U. UNDEUTSCH (Hrsg.), Forensische Psychologie, Handbuch der Psychologie Bd. 11, Göttingen 1967, S. 26 ff.

und falsche Schilderungen unterschiedliche geistige Leistungen. Dabei ist im Rahmen einer Beweiswürdigung in erster Linie die Hypothese zu prüfen, ob unter Berücksichtigung der Umstände, der intellektuellen Leistungsfähigkeit und der Motivlage eine Aussage auch ohne realen Erlebnishintergrund möglich wäre. Die Hypothese wird inhaltlich auf Fehlerquellen überprüft und die persönliche Kompetenz der aussagenden Person analysiert. Auch die Unwahrheitshypothese (Nullhypothese) ist mit den erhobenen Fakten dahingehend zu vergleichen, ob sie damit nicht mehr in Übereinstimmung stehen kann. Sofern ein Beweis für ein aggravierendes Verhalten die Annahme von Gesundheitsbeeinträchtigungen oder einer Arbeitsunfähigkeit widerlegt oder die realen Umstände eine alternative Verursachung ausschliessen, muss nicht weiter auf Indikatoren abgestellt werden. Der Aufwand der Abklärung kann und soll in diesen Fällen einzig und allein dazu dienen, die Glaubhaftigkeitshypothese oder die Nullhypothese zu widerlegen.

Gelingt dies allerdings nicht, so können die Indikatoren als Beweisindizien zur Glaubhaftigkeit beigezogen werden, wie z. B. der Detaillierungsgrad der Aussage, die allgemeine Glaubwürdigkeit einer Person, ihre Vorgeschichte und das übrige Verhalten unter dem Leidensdruck. Die vom Bundesgericht erwähnten Indikatoren des Abklärungsablaufs bei Mangel an objektiven Beweisen können, wie bei nicht falsifizierbaren wissenschaftlichen Hypothesen, als eine Ergänzung gesehen werden. Hinweise wären z. B. anzunehmen, wenn das subjektive Wahrheitsprofil in Details ohne jegliche Vorkenntnisse der Versicherten oder objektiv überraschend bestätigt wird. Je konkreter die Indikationen, desto eher treffen die in BGE 141 V 281 Erw. 3.4.2.1 erwähnten Nachteile bei integrierten Werturteilen der Indikatoren zu. Das Bundesgericht spricht deshalb explizit von der Notwendigkeit einer den Umständen angepassten Handhabung des Katalogs und gerade nicht von einer Checkliste (Erw. 4.1.1). Die vom Bundesgericht explizit festgestellten Lücken betreffen die psychologische Forschung, insbesondere das Erkennen von persönlichkeitsspezifischen Folgerungen. Die Anknüpfung an einen alternativen Grund wird somit notwendigerweise extern, d. h. dezentral an einer vermeintlichen Erstursache ansetzen. Von der gestärkten Gutachterposition wird eine erhöhte Aufmerksamkeit und Objektivität gegenüber einer Alternativursache verlangt. Der Beweismittelkatalog führt zu aufwändigen gutachterlichen Stellungnahmen, bei welchen der Gutachter auch eine eventuell subjektiv gesetzte innere Zweitursache einbeziehen soll. Dabei stellt sich auch die Frage, inwieweit bei flexiblen Strategien das Persönlichkeitsrecht und der Umfang der Einwilligung des Versicherten zu beachten ist.

d) Leitlinien der bundesgerichtlichen Ursachenanalyse

Von Relevanz sind vor dem Kontext der jeweiligen Persönlichkeit und des sozialen Umfelds nach dieser Rechtsprechung die folgenden Hinweise auf Verbindungen von Ursachen mit Wirkungen:

A. diagnostizierte Gesundheitsschädigungen mit ihren Verursachungsketten samt dem Heilungs-, Behandlungs- sowie Eingliederungserfolg als normativ gedeckte, äussere Tatsachen (vgl. Ziffern 4.3 bis 4.3.1.2 von BGE 141 V 281),

B. nicht einer Ursache klar zuordenbare Gesundheitsschädigungen (Komorbiditäten), d. h. äussere Ausprägungen von verschiedenen möglichen Ursachen, die je nach normativen Vorgaben über die Art der Schadensdeckung voneinander abzugrenzen sind (Ziffer 4.3.1.3 von BGE 141 V 281),

C. Gesundheitsschädigungen, welche auf evidenten inneren Tatsachen basieren, deren Gründe sich aus dem Verhalten des Ansprechers gegenüber den Ursachen A und B erschliessen lassen (Ziffer 4.4.2 von BGE 141 V 281), und

D. Inszenierungen von äusseren Wirkungen als Ausprägung alternativer Verursachungsketten (Ziffer 4.3.1.1 von BGE 141 V 281).

Nach der Rechtsprechung werden damit, entsprechend der Tendenz bei monokausalen Anknüpfungen, die äusseren, objektiven Wirkungen eines relevanten Tatbestandes mit den jeweiligen inneren, subjektiven Tatsachen kombiniert. Eine Schwierigkeit besteht dabei darin, dass die entsprechenden inneren Fakten des zweckwidrigen Zusammenhanges C vom dezentralen Entscheidungsträger nicht objektiv mitgeteilt werden. Die subjektiven Komponenten der Anknüpfungen können jedoch immerhin über die Zeitachse auf ihre Konsistenz hin analysiert werden.

Die aus den äusseren Tatsachen abgeleiteten jeweiligen Wahrscheinlichkeiten einer der Varianten A, B und D können mit der jeweiligen Wahrscheinlichkeit einer sie begünstigenden inneren Tatsache C multipliziert werden. Die jeweiligen Produkte ergeben alsdann gesichertere Anhaltspunkte darüber, ob eine der Varianten A, B oder D zutrifft, als wenn nur auf die äusseren Wirkungen abgestellt würde. Die vom Bundesgericht im Entscheid 141 V 281 Erw. 4.1.3 erwähnten Kriterien der Konsistenz stellen auf eine materielle Querschnittsbetrachtung ab. Das Vorgehen erinnert damit an die hier propagierte, relativ kostengünstige Kombination von inneren und äusseren Anknüpfungspunkten.

e) Das Ausdehnen der Grenzen faktischer Erkenntnis zum Ausschluss von *moral hazard*

Der Schädigungszusammenhang, der Aggravationszusammenhang und der Vermeidungszusammenhang sind mit möglichst grosser Gründlichkeit und Objektivität zu würdigen. Von Interesse sind die konkreten Zusammenhänge und Möglichkeiten zur Vermeidung einer Erwerbsunfähigkeit auf der Grundlage der konkreten psychologischen und physischen Vorzustände. Nach mittlerweile umfangreichen wissenschaftlichen Ergebnissen sind für den Vermeidungszusammenhang die berufliche Situation, die sozialen Unterstützungsbedingungen und die konkrete Therapiemotivation entscheidender als die Schwere der Verletzungen.[957]

Das Geflecht von parallel ablaufenden kausalen Prozessen betreffend

1. die Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes,
2. eventuelle Komorbiditäten und deren Entwicklung und Interferenzen mit dem Erstleiden,
3. Heilungen und mögliche Anstrengungen zur Überwindung von Beeinträchtigungen samt deren Aufwand und Auswirkung und
4. die möglichen Beeinflussungen des Systems durch Rentenbegehrlichkeiten samt deren Erkennbarkeit

betreffen einerseits teilweise nur mit Fachwissen erkennbare Kontexte und sind andererseits der juristischen Subsumtion zuzuführen. Eine Differenzierung je nach Art der medizinischen Störung im Sinne der neuen Rechtsprechung ist ein Fortschritt.[958] Die genauere Analyse betrifft ökonomisch gesehen nicht nur PÄUSBONOG, sondern auch klassische Leiden, deren medizinische Beurteilung Ermessensspielräume bietet, wie Depressionen[959] oder Schizophrenien sowie komplexere Beschwerdebilder mit teilweise objektivierbaren Ursachenzusammenhängen.[960]

---

957 R. DOHRENBUSCH, Begutachtung somatoformer Störungen und chronifizierten Schmerzen, Konzepte – Methoden – Beispiele, Stuttgart 2007, S. 262 ff.

958 Vgl. T. GÄCHTER/M. E. MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, in: Jusletter 29. Juni 2015, Rz 108.

959 BGer im Entscheid 8C_872/2014 vom 3. März 2015.

960 Vgl. z. B. den Entscheid 8C_310/2011 vom 5. September 2011.

f) Kritik und Empfehlungen

Eine Gesetzesanwendung, welche in den Fällen von möglichem *moral hazard* die Leistungen beschränkt, ist unter der Prämisse eines normativ verankerten haushälterischen Umgangs mit gemeinschaftlichen Mitteln richtig. Ob und inwieweit die Rechtsordnung eine entsprechende ökonomische Ausrichtung fordert oder erlaubt, ist aufgrund der konkreten Ausgestaltung von normativen Öffnungen im Rechtsgebiet zu entscheiden. Selbst eine die Leistungszwecke optimierende Antwort berücksichtigt – aufgrund der beschränkten Mittel einer Versichertengemeinschaft – auch den Aufwand zur Überwindung von der Komplexität von Information und Vollzug. Jedoch sind bei tatsächlichen Abläufen gerade nicht durchwegs die gleichen Ergebnisse zu erwarten, nur weil sie schwierig zu beurteilen sind.[961] Die Kosten der Abklärung sollen ebenso wie die Auswirkungen von *moral hazard* in die Abwägung der Leistungshöhe einfliessen.

Zur Verminderung des Nichtwissens können auch die inneren Tatsachen einbezogen werden. Sie sind von den objektiven Abläufen auf der faktischen Ebene zu unterscheiden, wobei die Subsumtion von Fakten und Wahrscheinlichkeiten eine Rechtsfrage bleibt.[962] Bei der Beurteilung der Folgen können eine fehlende Kooperation oder eine entgegengesetzte Beeinflussung durch einen Versicherten jedoch mitbestimmend sein. Die inneren Tatsachen sind nach Massgabe ihrer Wahrscheinlichkeit und ihrer Wirkung in das Beweisverfahren einzubeziehen. Diese «Ökonomie» des unberechtigten Anspruchstellers ist nach der alten und neuen Rechtsprechung zentral. Für Trittbrettfahrer sind allenfalls Aggravationen oder das Vortäuschen von Krankheiten, in der Regel jedoch nicht das absichtliche Verursachen von Schädigungen am eigenen Körper ökonomisch. Sie werden zwar häufig bereit sein, ihr Verhalten anlässlich von medizinischen Untersuchungen zu ändern, hingegen nicht die Risiken oder Beeinträchtigungen einer guten Gesundheit in Kauf nehmen. Auch die mögliche Strategie der Inkaufnahme einer Schädigung am Körper ist im Gesamtkontext zu evaluieren. Das Gewicht der Argumente für eine Krankheitshypothese ist umso grösser, je weniger beim Ansprecher die inneren Tatsachen auf eine unrichtige Krankheitshypothese hindeuten.

---

961 Vgl. P. Egli, Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2012, 273 ff. und P. Egli, Was soll das Verwaltungsverfahren? in: recht 2013, S. 65, 76.

962 Vgl. A. Rumo-Jungo, Haftpflicht und Sozialversicherung, Rz 744 f., S. 332.

Soweit unberechtigte Bezüger abgeschreckt oder ertappt werden, ist die Stossrichtung des BGE 141 V 281 Erw. 3.7.2, wonach bei psychosomatischen Leiden eine konsequente Beweisführung aufgrund des verfügbaren medizinisch-psychiatrischen Wissens und mit Hilfe indirekter Methoden[963] verlangt wird, somit aus ökonomischer Sicht richtig. Ohne die Berücksichtigung der Art und Struktur der Ursachen können in diesem Bereich der Leistungsverwaltung mit sehr hohen Informationskosten unberechtigte Ausweitungen von Leistungen erfolgen. Zu berücksichtigen sind dabei allerdings auch die administrativen Kosten von Abklärung und Vollzug. Aus Sicht eines Leistungsträgers sollen zusätzliche Abklärungen betreffend eine zweckwidrige Leistungserlangung solange erfolgen, wie der Gewinn der Abklärung über alle Fälle betrachtet höher ist als die damit verbundenen Kosten.

Jedoch kann der eingeführte Indikatorenkatalog bei fehlenden objektiven Beweisen in einem bestimmten Gebiet der Medizin nicht geeignet sein, funktionelle Auswirkungen einer medizinisch festgestellten Anspruchsgrundlage schlüssig und widerspruchsfrei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, wie dies Erw. 6 von BGE 141 V 281 fordert. Insbesondere erscheint als ausgeschlossen, dass eine medizinische Abklärung ohne zusätzliche medizinische Validierung neu kontrafaktisch überzeugen könnte, wenn die Widerlegung der Nullhypothese nicht geprüft wird. Aktengutachten können bei gleichbleibenden Einschätzungen und einem dort widerspruchsfrei aufgenommenen Sachverhalt nur auf eine Widerlegung von subjektiven Vorbringen des Probanden oder auf eine von ihm ebenfalls zu tragende Beweislosigkeit hinauslaufen. Wenn zusätzlich berücksichtigt wird, dass das vom Richter auszuübende Ermessen und die von ihm anzusetzenden Massstäbe nicht auf die Ebene der Experten getragen werden sollte, wird die Nützlichkeit des Fragenkatalogs für den Betroffenen vollends in Frage gestellt. Ein Aktengutachten ist nur geeignet die Fälle auszusondern, bei welchen die Glaubhaftigkeit aus medizinischer Sicht nicht gegeben ist. Die kritische von einem Richter zu prüfende Frage bleibt jedoch, ob und inwieweit der Staat den Erfahrungstatsachen der Medizin und den Aussagen eines Betroffenen bei möglicher alternativer Verursachung mit inneren Tatsachen Vertrauen schenken kann und soll. Dies kann auch deshalb der Fall sein, weil eine medizinische Tatsache oder ein inneres Faktum der Nullhypothese widerspricht.

[963] Vgl. auch BGE 139 V 547 Erw. 7.2.

Zur Vereinfachung könnte im Rahmen eines Beweisverfahrens die Konzentration auf die Falsifikation einer Wahrheitshypothese oder einer Unwahrheitshypothese erfolgen. Die Rechtsprechung spricht bei Hilfstatsachen gegen eine Wahrheitshypothese denn auch von «starken Indizien».[964] So können spezifische körperliche Aktivitäten die geltend gemachten Beschwerden für den Mediziner als unmöglich oder äusserst unwahrscheinlich erscheinen lassen. Bei solch starken Indizien ist nicht auf eine Querschnittsbetrachtung abzustellen. Einzelne Aspekte und Verhaltensweisen genügen grundsätzlich, um den fehlenden Wahrheitsgehalt genügend wahrscheinlich erscheinen zu lassen. In ebenfalls bestimmender, aber positiver Weise zu berücksichtigen somit auch die Konstellationen, in welchen Umstände eine Unwahrheitshypothese als unwahrscheinlich erscheinen lassen. Die Widerlegung einer Wahrheits- oder Unwahrheitshypothese mit hinreichender Wahrscheinlichkeit führt zum vorzeitigen Ende der weiteren Abklärung. Weitere Aufwendungen bringen in Fällen, da der Untersuchungsgegenstand nach dem wissenschaftlichen Stand nicht ermittelbar ist, nichts ausser administrative Kosten.

Zur Vermeidung der Kosten von *moral hazard* ging die Rechtsprechung des Bundesgerichts bis zum Entscheid des EGMR i.S. *Vukota-Bojić v. Schweiz* vom 16. Oktober 2016 wie erwähnt davon aus, Observationen wären generell verhältnismässig und erforderlich, weil keine anderen realen Beweismittel zur Verfügung stünden.[965] Die Aufnahme von Arzneimitteln in die Spezialitätenliste bestimmt sich ebenfalls nach den Möglichkeiten von Missbrauch, da diese in eine Verhältnismässigkeitsprüfung von Leistungsbegrenzungen einfliessen.[966] Das faktische Risiko von Missbrauch beantwortet *de facto* nach einem Indikatorenkatalog auch die Frage der Erwerbsunfähigkeit und der zumutbaren Anstrengungen nach Art. 7 Abs. 2 ATSG. Zu erwähnen sind im Zusammenhang somit auch die verhaltensbezogenen Indikationen in Erw. 4.4 des Leitentscheids BGE 141 V 281 zu den PÄUSBONOG. Dahinter verborgen sind nicht nur globale Maxima einer Vermeidbarkeit, sondern auch Beweisregeln über den Umgang mit möglicher Komplexität und *mo-*

---

964 Vgl. BGE 141 V 281 Erw. 4.3.1.2 am Ende oder den Entscheid des BGer 8C_446/2013, Erw. 4.4.2.3, zur adäquaten Kausalität im UVG im Falle fehlender Anstrengungen zur Verwertung einer verbliebenen Arbeitsfähigkeit.

965 Vgl. BGE 135 I 169 Erw. 5.6 oder das BGer im Entscheid 8C_56/2015 Erw. 3 vom 24. März 2015.

966 Vgl. BGE 129 V 32 betreffend das Potenzmittel *Viagra*.

ral hazard. Die Indikationen des Verhaltens sind nach der Rechtsprechung beweisrechtlich entscheidende Kriterien und sollen helfen, die Frage der Überwindbarkeit aus objektiver Sicht nach Art. 7 Abs. 2 ATSG zu beantworten. Diese Indikationen helfen allerdings nur im Falle eines negativen Befundes. D. h., wenn aus dem Verhalten hervorgeht, dass Freizeit und Berufsleben nicht vergleichbar betroffen sind oder nicht alle therapeutischen Möglichkeiten ausgeschöpft werden. Wenn jedoch diese Indikatoren zutreffen, ist die vom Bundesgericht ebenfalls erwähnte Möglichkeit eines strategischen Verhaltens jedoch ansatzweise widerlegt. Der Indikationenkatalog forscht auf der in der Regel massgebenden Stufe eines wissenschaftlichen Gutachtens nur nach beweismässigen Anzeichen für eine Nullhypothese bzw. gegen die Wahrheitshypothese. Und dies, obwohl die Beweislast bzw. das Risiko der Beweislosigkeit, wie im Entscheid ebenfalls explizit festgestellt,[967] beim grundsätzlich als gesund geltenden Patienten liegt. Wenn die Rechtsfolge von Beweislosigkeit zu Lasten des Patienten geht, müsste im Rahmen einer Abklärung *ex officio* vom Gutachter somit im Gegenteil geforscht werden, ob Indikationen für die Wahrheitshypothese bestehen. Soweit der Fragekatalog nicht in seiner diesbezüglichen Unvollständigkeit vom Betroffenen durchschaut wird, kann das Ergebnis gar nicht zu Gunsten des Betroffenen lauten. *De facto* ist damit die Überwindbarkeitsvermutung im Indikationenkatalog gemäss BGE 141 V 281 Erw. 4.4 erhalten geblieben. Der Betroffene wird die Unvollständigkeit eines umfassend erscheinenden Fragenkatalogs in der Regel nicht bemerken und ist im Unterschied zur alten Rechtsprechung auch nicht mehr explizit gefordert, sich gegen eine Vermutung zu wehren.

Unabhängig vom Effekt der Überbrückung von Beweisproblemen sind globale Optimierungen bei Umständen, welche unabhängig vom Hauptzusammenhang wirken, zu beachten. Als Beispiel kann wiederum ein den Schaden vermeidender Kausalzusammenhang genannt werden.[968] Dort können ebenfalls subjektive Einstellungen relevant sein, weil die Rechtsordnung eine Schadensminderungspflicht voraussetzt. Aus fehlenden Bemühungen wird entsprechend auf eine Vermeidbarkeit geschlossen. Die Ursächlichkeiten sind wiederum auseinander zu halten. Wenn einem Patienten z. B. vorgeworfen wird, er lasse eine Operation nicht vor-

[967] BGE 141 V 281 Erw. 3.7.2

[968] Vgl. dazu nachstehende lit. I auf S. 337 ff.

nehmen, weil er deren Risiken fürchtet, so spricht dies nicht gegen seinen Gesundheitsschaden. Sofern sie nicht vernachlässigbare Risiken birgt, spricht nichts für einen zumutbaren Vermeidungszusammenhang aus normativer Sicht. Wichtig ist wie erwähnt, ob die fehlende Mitwirkung medizinisch begründet ist. Eine die jeweilig betroffenen Verursachungs- bzw. Vermeidungszusammenhänge im Ablauf einbeziehende Betrachtung ist nach dem Gesagten sinnvoll. Eine mit möglichst grosser fachlicher, sozialer und auf die Person bezogener Erkenntnis ausgestattete Ursachenanalyse ist zum Erkenntnisgewinn besser geeignet als ein nicht gewichteter Indikatorenkatalog. Dabei sind die Faktoren für oder gegen eine Krankheits- oder Gesundheitshypothese, d. h. auch für die eine oder die andere Ursache alternativer Wirkungszusammenhänge, je nach ihrem faktischen Gewicht zu bewerten.

5. Gesetzliche Bestimmungen zur Abwehr von *moral hazard*

a) Steuerungen durch bessere Untersuchungen

I. Die Charakterisierung der üblichen Abklärung

Als primäre Möglichkeit zur Abwehr von *moral hazard* kommt der Versuch einer verbesserten Kontrolle der anspruchsbegründenden Fakten in Frage. Der Regulator schützt sich und das Rechtssystem damit bei eventuell zweckwidriger Anspruchserlangung vor Fremdkomplexität. Die Abklärung der Leistungsbegründung von Amtes wegen erfolgt zum Schutz der Leistungssysteme.[969] Die Leistungsansprecher sind dabei jeweils verpflichtet, an der Sachverhaltsabklärung mitzuwirken,[970] weil die anspruchsentscheidenden Informationsquellen jedenfalls teilweise dezentral bei ihnen liegen. Eine Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse ist unaufgefordert zu melden.[971] Die Fokussierung der Sozialversicherungsgesetzgebung auf mögliche Missbrauchsfälle im Leistungsrecht ist nicht neu, auch

[969] Vgl. z. B. für das Bundesverwaltungsverfahren Art. 12 VwVG oder für das Sozialversicherungsrecht Art. 43 ATSG und, für das gerichtliche Verfahren, da die Abklärung des Sachverhalts nach IVG vorgenommen wird, Art. 73 Abs. 2 BVG. Auch im Bereich der Subventionen sind entsprechende Abklärungspflichten die Regel, vgl. z. B. die impliziten Vorgaben für die Bundessubventionen in Art. 1 SuG (Subventionsgesetz, SR 616.1).

[970] Vgl. z. B. Art. 28 ATSG, Art. 8 AsylG (Asylgesetz, SR 142.31), Art. 11 SuG.

[971] Vgl. Art. 31 ATSG.

wenn erst das ATSG und Art. 148*a* StGB die Rückmeldung auf das Verhalten von Versicherten allgemein erfasst haben. Das Vorgehen war schon vorher als Schutz vor Fremdkomplexität systemimmanent in Einzelgesetzen verankert.[972]

Im Sozialversicherungsrecht hat das ATSG einige Fragen zur Sachverhaltsabklärung vereinheitlicht.[973] Aus Gründen ihrer sozialen und distributiven Zielsetzung sind die Kosten der Überprüfung der staatlichen Leistungspflichten grundsätzlich nicht zu überwälzen.[974] Falsche Angaben von Versicherten, von Arbeitgebern und von Ärzten im Abklärungsverfahren gelten nach Art. 28, Art. 29 Abs. 2 und Art. 43 ATSG als Verletzungen von Mitwirkungspflichten, wenn sie gegen Treu und Glauben verstossen.[975] Die Wahrheitspflicht gilt eingeschränkt für Fälle der rechtsmissbräuchlichen Anspruchserlangung. Der weiten Interpretation der Wahrheitspflicht liegt offensichtlich die hohe Komplexität und eine teilweise Notwendigkeit einer subjektiven Sicht des Ansprechers und seiner Vertrauenspersonen zugrunde. Als Rechtsfolge fehlender Mitwirkung sieht Art. 43 ATSG Entscheide aufgrund der Akten oder das Nichteintreten vor. Der völlige Entzug von Leistungen wäre unverhältnismässig, weshalb z. B. nach dem UVG ein Entscheid aufgrund der Akten vorgesehen ist.[976] Bei der Prüfung bisheriger Leistungen kann jedoch eine fehlende Mitwirkung im Vollzug angenommen werden, weshalb nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 21 Abs. 4 ATSG auch der Entzug von zukünftigen Leistungen drohen kann.[977]

Aus der Verpflichtung der Verwaltung zur Abklärung des Sachverhalts von Amtes wegen nach Art. 43 ATSG entsteht im Falle einer Beweislosigkeit kein Vorteil des Ansprechers oder der Kasse. Bleibt ein Anspruch trotz genügender amtlicher Be-

---

[972] Vgl. Art. 24 ELV (SR 831.301) oder Art. 77 IVV

[973] Vgl. dazu die ausführliche Darstellung von G. RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, S. 167 ff.

[974] Vgl. Art. 45 und Art. 61 lit. a ATSG.

[975] Damit muss eine absichtliche und mutwillige Verdrehung der Wahrheit erfolgen, vgl. U. KIESER, ATSG-Kommentar, N. 44 zu Art. 29 ATSG; F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 58.

[976] Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG, vgl. dazu den Entscheid des BGer U 173/01 vom 8. April 2002, Erw. 5b.

[977] Vgl. den Entscheid des BGer 9C_438/2009 vom 26. März 2010, Erw. 4.2 und 4.4.

mühungen unbewiesen, so führt dies zu einer Beibehaltung der aktuellen Rechtslage, weil keine neuen Rechte abgeleitet werden können.[978] Im Ergebnis trifft den Ansprecher somit eine um die amtliche Abklärungspflicht erweiterte Beweislastregel analog zu Art. 8 ZGB. Den Ansprecher bei somatoformen Schmerzstörungen und gleichgeordneten gesundheitlichen Beschwerden mit medizinisch nicht genau nachweisbarer Kausalität trifft damit bei einem neuen Rentenbegehren die Beweislast für die Erwerbsunfähigkeit.[979]

II. Abklärungen durch Observationen

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts wurden verhältnismässige Überwachungen im öffentlichen Raum als generell zulässig angesehen.[980] Sie stellten einen relativ geringfügigen Eingriff in die Privatsphäre dar, welcher durch das öffentliche Interesse der Verhinderung von Versicherungsbetrug bei Privat- und bei Sozialversicherungen gerechtfertigt war.[981] Die Rechtsprechung ging von einer Art. 36 BV genügenden gesetzlichen Grundlage in Art. 43 Abs. 1 ATSG aus, welcher erforderliche Abklärungen erlaube. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat mit Entscheid *Vukota-Bojić v. Schweiz* vom 16. Oktober 2016 gegenteilig entschieden und gerügt, dass eine genügende gesetzliche Grundlage für Überwachungen von IV-Rentenbezügern fehle. Auch eine zeitlich unbegrenzte Überwachung im öffentlichen Raum könne das Recht auf den Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK verletzen.[982] Nachdem die Politik zunächst

---

978 Vgl. U. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 43 N. 61 f.; Urteil des BGer 8C_510/2012 vom 5. Dezember 2012, Erw. 3.3.2.

979 Vgl. Art. 7 Abs. 2 ATSG und den Leitentscheid BGE 141 V 281 die Erw. 3.7.2.

980 BGE 139 I 169, Erw. 5.6.

981 BGE 139 I 169, Erw. 5.5.

982 *Vukota-Bojić* gegen die Schweiz, Entscheid Nr. 61838/10 vom 19. Oktober 2016, § 52 und § 64 f.

den Entwurf eines Art. 44*a* ATSG nicht umsetzte, ist der politische Wille zur Nachholung des Versäumnisses nach dem Entscheid des EGMR gross.[983] Im einem neuen, in der Vernehmlassung mehrheitlich positiv aufgenommenen Art. 43*a* ATSG, werden zu anderen Abklärungen subsidiär mögliche Observationen im öffentlichen Raum gesetzlich verankert.[984]

Die Informationsbeschaffung aus dezentralen Quellen vermindert Informationsasymmetrien. Sie erlaubt entsprechend zutreffendere Entscheide als ohne die damit erlangten Informationen. Sie verlängert den regulatorischen Schatten für potentielle Trittbrettfahrer. Aus rein ökonomischer Sicht sind Observationen als Aufklärungsmittel zur Verminderung von *moral hazard* zu begrüssen. Rechtlich gesehen stehen sie, wie der Entscheid *Vukota-Bojić* gegen die Schweiz zeigt, jedenfalls unter Vorbehalt der Wahrung des Rechts der Persönlichkeit und der Vorschriften über den Datenschutz.

III. Die nochmalige Überprüfung von medizinischen Fakten

Durch konkrete Vorgaben an Anknüpfungskriterien und eine neuerliche Überprüfung wurde auch schon versucht, einen möglichen Missbrauch abzuwehren. Die Botschaft des Bundesrats zur 5. IV-Revision vom 22. Juni 2005 stellte fest, dass im Gesundheitswesen unscharfe Abgrenzungen, Informationsvorsprünge der Leistungserbringer und *moral hazard* zu einer fehlenden Beschränkung der Nachfrage führten.[985] In der Folge wurde Art. 7 ATSG um einen Abs. 2 ergänzt, wonach nur

---

[983] Vgl. zum ursprünglichen Entwurf U. KIESER, Überwachung - Eine Auslegung von Art. 44a ATSG [Entwurf], in: G. Frésard-Fellay et al (Hrsg.), Health Insurance Liability Law - Fachartikel [Hill] 2009, Reihe II, Fachartikel Nr. 1, S. 2 ff. Laut dem Bundesamt für Sozialversicherung wird die gesetzliche Grundlage nun im Rahmen der ohnehin geplanten Revision des ATSG geschaffen (http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/observieren-soll-fuer-die-versicherer-erlaubt-sein/story/22054174, besucht am 31. Dezember 2016).

[984] Vgl. zu den Vernehmlassungen welche bis zum Ablauf der Frist am 29. Mai 2017 eingingen https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/publikationen-und-service/gesetzgebung/vernehmlassungen/revision-atsg.html, besucht am 24. Juni 2017.

[985] BBl 2005 S. 4488.

bei objektiv gesehen nicht überwindbaren Folgen eine Erwerbsunfähigkeit anzunehmen sei.[986] Diese Einschränkung wurde nach Art. 8 Abs. 3 Satz 2 ATSG sinngemäss für die Invalidität anwendbar.

Bei der erwähnten 6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket, sollten in den Fällen von PÄUSBONOG[987] zu grosszügige Berentungen in den letzten Jahren rückgängig gemacht werden.[988] So sollten bei Personen bis 55 Jahren, welche im Zeitpunkt des Beginns der Überprüfung noch nicht länger als 15 Jahre eine Rente bezogen haben, während drei Jahren vom 1. Januar 2012 bis Ende 2014 auch ohne erhebliche Änderung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG die Renten angepasst werden.[989] Das Resultat der gesetzgeberischen Versuche ist ernüchternd: Nach einem vom Bundesamt für Sozialversicherung bei den IV-Stellen einverlangten Bericht steht die «sehr aufwendige Umsetzung in keinem Verhältnis zur Anzahl der erfolgreich im ersten Arbeitsmarkt platzierten Personen».[990]

b) Die Steuerung durch spezifische Sanktionen

I. Durch Sanktionen des Strafrechts

Ab dem 1. Oktober 2016 ist nach Art. 148*a* StGB strafbar, wer durch unwahre unvollständige Angaben oder das Verschweigen von Informationen täuscht und deshalb unrichtigerweise Leistungen einer Sozialversicherung oder Sozialhilfe bezieht bzw. wer jemandem dabei hilft oder ihn bestärkt. Damit wird in Umsetzung der Ausschaffungsinitiative, d. h. der Änderung von Art. 127 Abs. 3 bis 6 BV vom 28. November 2010, der Rahmen der Strafbarkeit über die Betrugstatbestände

986 BBl 2005 S. 4459.

987 Vgl. oben FN. 17.

988 KVG Schlussbestimmungen der Änderung vom 18. März 2011 Abs. 1 und 4 (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket).

989 Vgl. zur den Erfordernissen von Anpassungen U. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 17 N. 38 ff.

990 Vgl. den Bericht von M. BROTSCHI im Tages-Anzeiger vom 10. Februar 2016. Gemäss den Zielen der 6. IV-Teilrevision sollen bis 2017 5 % des Altbestandes von rund 250‘000 der IV-Rentner eingegliedert werden. Nur in 0,08 % der Fälle konnte eine Rente reduziert werden.

nach Art. 146 StGB hinaus auch auf die Fälle ohne arglistiges Verhalten erweitert.[991] Die Sanktion beträgt maximal ein Jahr Freiheitsstrafe und für Ausländerinnen und Ausländer unabhängig vom ausländerrechtlichen Statuts – abgesehen von leichten Fällen mit lediglich einer Busse nach Art. 148*a* Abs. 2 StGB – eine zwingende Landesverweisung von fünf bis fünfzehn Jahren nach Art. 121 Abs. 5 BV bzw. Art. 66*a* StGB.

Die neue Bestimmung des StGB umfasst im Unterschied zum früheren Recht eine Garantenpflicht des Leistungsbezügers, indem unaufgefordert Mitteilungen über die Änderung der Anspruchsvoraussetzungen, z. B. betreffend Verbesserungen des Gesundheitszustandes, verlangt werden.[992] Die Strafandrohungen der Sozialversicherungsgesetzgebung bzw. nach Art. 31 Abs. 1 ATSG in Verbindung z. B. mit Art. 87*f* AHVG oder dem darauf verweisenden Art. 70 IVG werden von Art. 148*a* StGB wegen dessen höherer Strafdrohung in der Regel konsumiert.[993] in den Fällen des Versuchs bleiben sie strafbar, weil Art. 148*a* StGB im Gegensatz zur Verletzung von Mitwirkungspflichten der Sozialversicherungsgesetzgebung – und in der Regel der kantonalen Sozialhilfegesetzgebung – eine erfolgreiche Irreführung voraussetzt.[994]

Der Zweck von Mitwirkungspflichten bzw. nun auch der erhöhten Strafdrohung in Art. 148*a* StGB ist, die «begrenzten finanziellen Mittel des öffentlichen Haushalts, den zielgerichteten und effizienten Einsatz dieser Mittel sowie die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts sicherzustellen, dass Sozialversicherungsleistungen nur an Personen ausbezahlt werden, welche die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen».[995] Entsprechend dem Zweck muss die Verwaltung um eine

---

[991] BBl 2013 S. 6036 f.; zur der qualifizierenden Arglist für einen Betrug vgl. BGE 135 IV 76 Erw. 5.2 mit Hinweis auf die Darstellung der Entstehungsgeschichte bei G. ARZT, in: Basler Kommentar zum StGB Bd. II, Art. 146 N. 58.

[992] Vgl. BBl 2013 S. 6037 f. und zur alten Rechtslage BGE 140 IV 11 Erw. 2.4.

[993] Ebenso sind falsche Angaben nach Art. 31 Abs. 1 lit. d ELG (SR 831.30), Art. 25 EOG (SR 834.1) oder Art. 23 FamZG (SR 836.2) mit Strafe bedroht. Dasselbe gilt bei Finanzhilfen und Abgeltungen nach Art. 38 SuG oder unwahre Angaben des Versicherten ohne besondere Voraussetzungen nach Art. 75*f* BVG.

[994] Vgl. BBl 2013 S. 6039 ff.

[995] BGE 140 IV 11 Erw. 2.4.6.

effiziente und rechtsgleiche Durchführung besorgt sein,[996] was grundsätzlich einen nicht zu aufwändigen, sondern einen spontanen Transfer von Informationen vom dezentralen zum zentralen Entscheidungsträger voraussetzt. Die Sollens-Ebene und die Seins-Ebene sollen beim Vollzug ohne höhere Transaktionskosten für konkrete Anweisungen und Kontrolle in einen Austausch treten können. Normativ geht das gegenseitige Verhalten nach Erwartungshaltungen im Systemaustausch in der Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verkehr zwischen Behörden und Leistungsansprechern auf.[997]

II. Gegenüber Leistungsbezügern

Der Leistungsträger kann ebenfalls versuchen, mit Sanktionen das dezentrale Verhalten der Leistungsbezüger zu steuern. Die Möglichkeiten von Sanktionen sind vielfältig. Eine Unterteilung in Fallgruppen und – soweit mit den Grundsätzen der Rechtsgleichheit vereinbar – nach Sanktionsempfindlichkeit und Kontrollbedürfnis von Personengruppen wäre ökonomisch sinnvoll.

Beispielsweise kann auch nur Unsicherheit über den Verfahrensausgang bei der Rentenentscheidung eine private Entscheidung steuern. Ersteres wird in der Praxis praktiziert, wenn überlange Abklärungs- und Entscheidungsverfahren existentielle Unsicherheiten bei Leistungsansprechern auslösen. In der gesamtwirtschaftlichen Betrachtung können damit paradoxerweise durch die Abschreckung wegen der hohen Zahl von Fällen bei höheren administrativen Kosten optimalere Ergebnisse entstehen. Umgekehrt soll der Tendenz, von alten, eventuell unberechtigten Renten während der Verfahrensdauer zu profitieren, mittels der expliziten Erwähnung des Entzugs einer aufschiebenden Wirkung und des vorsorglichen Rentenentzugs neu entgegengewirkt werden.[998]

---

[996] BGE 140 IV 11 Erw. 2.4.6.

[997] Vgl. dazu BGE 140 IV 11 Erw. 2.4.6, BGE 131 IV 83 Erw. 2.1.1 oder BGE 138 V 74 Erw. 5.1.

[998] Vgl. den Entwurf des Departements im Zuge der Schaffung der gesetzlichen Grundlage für Observationen https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/47287.pdf, besucht am 24. Juni 2017.

Bei nachträglicher Kenntnis des Leistungsträgers von einer für die Anspruchsberechtigung wichtigen Information können zu Unrecht ausgerichtete Zahlungen zurückgefordert werden. Das Bereicherungsrecht wird in Art. 25 ATSG für zu Unrecht ausbezahlte Sozialversicherungsansprüche präzisiert bzw. öffentlich-rechtlich modifiziert umgesetzt.[999] Ein Irrtum des Leistungsträgers ist hierfür nicht notwendig, jedoch kann sich der Leistungsbezüger bei resultierender grosser sozialer Härte auf seinen guten Glauben berufen. Letzterer wird bekanntlich nach Art. 3 ZGB allgemein vermutet, muss sich jedoch gegen Melde- und Mitwirkungspflichten des ATSG durchsetzen. Die relative Verjährungsfrist beträgt nach Art. 25 Abs. 2 ATSG wie im Bereicherungsrecht ein Jahr nach Kenntnis des Rückforderungsanspruchs bzw. dessen Voraussetzungen. Diese Frist wird mutmasslich auf drei Jahre verlängert, denn der entsprechende Vorschlag ist in der Vernehmlassung kaum auf Widerstand gestossen.[1000] Die absolute Frist ist mit fünf Jahren erheblich kürzer als die zehn Jahre nach Art. 60 OR.

Ebenfalls abwehrend wirkt die Auferlegung von Verfahrenskosten im Falle von Versuchen missbräuchlicher Anspruchserlangung. Nur in den Fällen mutwilligen Verhaltens können nach allgemeinen Grundsätzen, u. a. kodiert in Art. 45 und Art. 61 lit. a ATSG, Verfahrenskosten dem Leistungsbezüger auferlegt werden.[1001] Mutwillig ist nach der Rechtsprechung ein Verhalten, wenn sich eine Partei bewusst auf einen unrichtigen Sachverhalt abstützt.[1002] Faktisch können Kosten aufgrund der hohen Komplexität der Anknüpfung und Zurechnung nur selten überwälzt werden. Die Abklärung des Sachverhalts wird nur in jenen Fällen mutwillig veranlasst, in welchen das Ergebnis schon bekannt ist, was auf eine Parallele zu

---

[999] Vor dem Erlass des ATSG wurde Art. 47 Abs. 1 AHVG in der bis 31. Dezember 2002 gültigen Fassung auf das UVG angewendet und als eine mit dem Bereicherungsrecht vergleichbare Vorschrift im Sozialversicherung angesehen, vgl. BGE 137 V 43 Erw. 2.5.2 mit Hinweis auf U. MEYER-BLASER, Die Rückerstattung von Sozialversicherungsleistungen, in: ZBJV 1995 S. 477 ff.

[1000] Diese Frist soll nach dem Entwurf des Departements im Zuge der Schaffung der gesetzlichen Grundlage für Observationen neu auf drei Jahre verlängert werden, vgl. https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/47287.pdf und das Ergebnis der Vernehmlassungen auf der Seite https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/publikationen-und-service/gesetzgebung/vernehmlassungen/revision-atsg.html, beide besucht am 26. Juni 2017.

[1001] BGE 118 V 319; U. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 61 N. 66.

[1002] BGE 112 V 334; U. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 61 N. 68.

den Fällen rechtswidriger Anspruchserlangung nach Art. 148*a* StGB hinausläuft.[1003] Nach dem Vernehmlassungsentwurf im Zusammenhang mit der Schaffung gesetzlicher Grundlagen bei Observationen sollen deren Kosten überwälzt werden können, aber auch generell die Kostenlosigkeit des Verfahrens gestrichen werden.[1004]

Generell angewendet werden heute schon diverse Versuche einer Leistungsbegrenzung durch eine Verminderung der unentgeltlichen Vorteile. Zur Begrenzung von positiven Externalitäten haben z. B. Patienten bei der sozialen Krankenversicherung einen Anteil der Kosten selbst zu zahlen. Die Kostenbeteiligungen des Patienten umfassen nach Art. 64 Abs. 2 KVG einen wählbaren, selbst zu bezahlenden Jahresbeitrag (Franchise) plus einen Anteil von 10 % der darüberhinausgehenden Kosten (Selbstbehalt). Im verbleibenden Umfang der Konsumation von Leistungen ohne Bezahlung von 90 % besteht dann noch eine sich unrichtigerweise auf das Aktivitätsniveau erhöhend auswirkende Möglichkeit von *moral hazard*.[1005] Unter der Prämisse einer Gesamtmaximierung der Ziele einer Volkswirtschaft resultiert auch hier eine situative Anpassung des regulativen Umfelds an die äusseren Fakten. Die Leistungen sollten entsprechend faktenbezogen auf die Wahrscheinlichkeit von *moral hazard*, d. h. insbesondere auf die Nachfrageelastizität bei positiven Externalitäten in einem bestimmten medizinischen Gebiet Rücksicht nehmen.[1006]

[1003] Vgl. dazu gerade unten S. 307.

[1004] Vgl. die Internetseite <www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/publikationen-und-service/gesetzgebung/vernehmlassungen/revision-atsg.html>, besucht am 26. Juli 2017.

[1005] Vgl. A. SCHWARTZ, Informations- und Anreizprobleme im Krankenhaussektor, Eine institutionenökonomische Analyse, Wiesbaden 1997, S. 127 f.

[1006] Eine entsprechende Aufteilung nach Themen besteht ansatzweise im KVG. So wird für Kinder keine Franchise erhoben und der Selbstbehalt reduziert (Art. 64 Abs. 4 KVG). Bei Mutterschaft sind Kostenbeteiligungen verboten (Art. 64 Abs. 7 lit. b KVG). Bei bestimmten präventiven Untersuchungen, welche nach Art. 64 Abs. 6 lit. d im Rahmen von Präventionsprogrammen durchgeführt werden, wie bei Impfungen oder der Mammographie, entfällt die Anrechnung auf die Franchise, weil keine Eintrittshürden bestehen sollen (Art. 12*a* und 12*e* KLV). Eine grössere Differenzierung nach Fallgruppen wird z. B. in den U.S.A., nicht jedoch in Deutschland praktiziert, vgl. dazu A. SCHWARTZ, Informations- und Anreizprobleme im Krankenhaussektor, Eine institutionenökonomische Analyse, Wiesbaden 1997, S. 128.

Das KVG statuiert in Art. 93 und Art. 103 Höchstbeträge für den Selbstbehalt und die Franchise von aktuell CHF 700 und CHF 2'500. Ab dem Höchstwert des Selbstbehalts[1007] werden zweckwidrige Bezüge externer positiver Effekte nicht sanktioniert. Das vom Gesetzgeber in Art. 64 Abs. 2 und 3 KVG gewählte teilweise Internalisierungssystem bringt mit sich, dass bei sehr hohen Kosten eine Konsumation externer Effekte zu 100 % möglich ist. Sie versagt damit aus ökonomischer Sicht gerade bei den zu bekämpfenden sehr hohen Kosten. Dass die Konzeption auch eine andere sein könnte, lässt der in seinem Anwendungsbereich verwaiste Art. 64 Abs. 6 lit. b KVG erahnen. Die Kompetenz zur Herabsetzung von Kostenbeteiligungen bei Dauerbehandlungen sowie schweren Krankheiten wird nicht genutzt, weil sie in diesen Fällen ohnehin nicht mehr zur Anwendung kommt.

Dabei wäre die versuchte Anknüpfung an eine Preiselastizität der Nachfrage richtig. Eine genauere Anpassung der Kostenbeteiligungen an die jeweilige faktische Umwelt würde helfen, in den aus sozialer Sicht massgeblichen Fällen, in welchen aus medizinischen Gründen kein *moral hazard* zu erwarten ist, Kostenbeteiligungen zu vermeiden und in den anderen Fällen, in welchen eine Leistungsnorm möglicherweise ausgenützt wird, diese auch bei höheren Ausgaben einzuführen. Mit einer spezifischeren Anknüpfung an die Wahrscheinlichkeit von *moral hazard* könnten im Vergleich zur relativ unspezifischen aktuellen Rechtslage gerade bei hohen Kosten unnütz ausgegebene Mittel eingespart werden und es müssten umgekehrt bei ausgewiesenen Notlagen keine Kostenbeteiligungen erfolgen.

III. Gegenüber Leistungserbringern

Nicht nur der Leistungsbezüger, sondern auch die an ihm verdienenden Leistungserbringer können versucht sein, von fehlenden Kontrollmöglichkeiten und *moral hazard* zu profitieren. Dies umso mehr, als die inneren Beweggründe, die berufsethisch verankerte Pflicht zu helfen, die anfängliche Teilhabe an einer Vermutung der Richtigkeit von Patientenaussagen umfassen werden. Dies heisst wiederum, dass im Zeitpunkt einer nicht sicheren Erkenntnis des Gegenteils erstens der Patient sich häufig schon nach eigenen Erwartungen verhält, zweitens auch die an-

[1007] D. h. bei Erwachsenen bei Leistungen von für über CHF 7‘000 pro Jahr über der Franchise, d. h. bei CHF 7‘300 bis CHF 9‘500 pro Jahr.

fänglich geschaffenen objektiven Umstände (erste Arztzeugnisse) einen Rechtfertigungsdruck auslösen und drittens auch für die Zukunft das Szenario von Patienten und Verdienstmöglichkeiten attraktiver ist, als Vertrauensverhältnisse wegen eines begründeten Verdachts aufzubrechen. Die Position des Arztes im Umfeld von eventuell missbräuchlichen Verhaltensweisen wird mit dem neuen Art. 148*a* StGB nicht einfacher. Er bleibt an Berufspflichten und Geheimnisse gebunden, kommt aber – je nach Bewertung von subjektiven Verhaltensweisen des Patienten und deren Erkennbarkeit durch ein Gericht – anderseits grundsätzlich auch als Gehilfe oder Mittäter in Frage. Zurückzuerstatten sind nach Art. 56 Abs. 2 Satz 2 KVG wie erwähnt unrechtmässige Gewinne aus Arzthonoraren. Auf das schon Gesagte wird verwiesen.[1008]

6. Zwischenergebnis zum Ausschluss von *moral hazard* im Gesundheitsrecht

Je höher medizinische Komplexität, desto geringer ist für einen Leistungsansprecher die Wahrscheinlichkeit einer Sanktion. Strafrechtlich wirkt sich die Unschuldsvermutung bei verbleibender Ungewissheiten über Fakten zu Gunsten eines eventuellen *moral hazard* aus. Dies gilt sowohl beim betrugsähnlichen Tatbestand nach Art. 148*a* StGB als auch bei der Verletzung von Mitwirkungspflichten des Sozialversicherungsrechts.[1009] Der Patient, welcher mit rationaler Begründung, aber zu Unrecht auf innere Gründe verweist, kann entsprechend für einen normzweckwidrigen Versuch nur im Ausnahmefall sanktioniert werden. Mit den neuen, jedenfalls für Ausländer sehr einschneidenden Sanktionen können trotzdem Wirkungen erzeugt werden, welche den bei *moral hazard* subjektiv zu erwartenden Nutzenzuwachs übersteigen.

Eine allgemeine Begrenzung von positiven Externalitäten ist im Recht sozialer Leistungen vorab schon deshalb nur eingeschränkt möglich, weil das im Leistungsrecht

---

[1008] Vgl. oben S. 107 f.

[1009] Der Grundsatz «in dubio pro reo» umfasst die Sachverhaltsfeststellung (vgl. z. B. BGE 83 IV 205 oder 134 IV 302). Er gilt allgemein und beruht auf Art. 6 EMRK und Willkürverbot nach Art. 4 der alten Bundesverfassung bzw. Art 9 BV (vgl. BGE 120 Ia 31 Erw. 2a).

zum Ausdruck gelangende *ius commutativa* dem *ius distributiva* der sozialen Leistung widerspricht und auch widersprechen soll.[1010] Um den sozialen Zweck von Leistungen zu ermöglichen, soll keine Bezahlung für eine Leistung nötig sein. Soweit hingegen regulativ der Wirtschaftlichkeit nachgelebt wird bzw. die verteilungspolitischen Ziele darin integriert werden, so ist nach den entsprechenden Optimierungsmethoden und -kriterien zu fragen.

Der Gesetzgeber trifft dabei – wie gesehen[1011] – nur teilweise auf ein eigennütziges Verhalten seiner Bürger im Sinne des *homo oeconomicus*. Der Leistungsträger muss sich bei einer Optimierung der Normen dieses Eingriffs problem- und faktenbezogen auf seine faktische Umwelt ausrichten. D. h. er sollte sich auf die Einstellung der angesprochenen Bürger gegenüber einer Norm und ihrer Änderung ausrichten, weil diese die Höhe der administrativen Kosten der Verhaltenssteuerung beeinflussen. Neben der Höhe des Aufwands ist auch die Art der Steuerung relevant. Die Betonung einer wirtschaftlichen Sicht kann wie erläutert gegenüber Personen, welche originär nicht nur eigennützig agieren, sogar bleibende, sozial nachteilige Verhaltensänderungen bewirken.[1012] Die steigenden Kosten im Gesundheitswesen haben ihren Grund auch in einer durchschnittlichen Verminderung an sozialer Einstellung. Aufgrund der Kosten von *moral hazard* und dessen Bekämpfung kann eine Sozialisation des Durchschnittsmenschen hin zum *homo oeconomicus* und die damit einhergehende Tendenz zu *moral hazard* gesamtwirtschaftlich nachteilig sein.[1013]

Paradoxerweise führt die Betonung der Wirtschaftlichkeit durch den Gesetzgeber somit gegenüber nicht in einer vorausgesetzten Art und im angenommenen Umfang eigennützig handelnden Personen in zweierlei Hinsicht zu zusätzlichen gesellschaftlichen Kosten. Weil die Regeln nicht nur auf ökonomisch handelnde Individuen ausgerichtet sind, ist bei beiden Ansatzpunkten auf das Verhalten der jeweiligen Zielgruppe ohne die Regel und die mutmasslichen Reaktionen im Falle einer

---

[1010] Vgl. vorne S. 22.

[1011] Vgl. vorne S. 52 f.

[1012] Vgl. vorne S. 52 f.

[1013] Vgl. dazu schon H. P. WIDMAIER, in: H. P. WIDMAIER (Hrsg.), Politische Ökonomie des Wohlfahrtsstaates: eine kritische Darstellung der Neuen Politischen Ökonomie, Frankfurt a. M. 1974, S. 24 f.

Norm Rücksicht zu nehmen. In den mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit auftretenden Fällen des *moral hazard* sind die soziale Schädlichkeit und die administrativen Kosten seiner Behebung für eine Optimierung relevant. In einer freiheitlichen Gesellschaft können dezentrale Entscheide zudem wie erwähnt nur mittels Sanktionen beeinflusst werden. Regulative Massnahmen haben im Gesundheitswesen hohe Informations- und Vollzugskosten und Möglichkeiten einer Mengenausweitung wegen *moral hazard* lassen sich deshalb teilweise nicht unterbinden. Zudem variiert die Art der optimalen Sanktion. Bei einem *homo oeconomicus* kann die zu erwartende Sanktion mit der Aufklärungswahrscheinlichkeit oder der Höhe einer Sanktion beeinflusst werden.

Die erste Strategie des Gesetzgebers zur Abwehr von *moral hazard* besteht in der Ermöglichung einer möglichst guten Abklärung von Anspruchsvoraussetzungen und einer Ermöglichung des Informationsflusses. Auch beim Vollzug der Leistungsausrichtung kann die grosse Menge von persönlichkeitsrelevanten Daten Schlupflöcher für nicht berechtigte Leistungsansprachen bieten. Die Krankenkassen und die SUVA wollen vor diesem Hintergrund, unter Wahrung des Datenschutzrechts und der Persönlichkeitsrechte der Patienten, mit Hilfe von Vergleichsdaten und der Ermittlung von statistischen Ausreissern dem missbräuchlichen Bezug von Leistungen besser auf die Schliche kommen.[1014] Das Vorgehen zusätzlicher Abklärung kann bei hoher Komplexität und einer geübten dezentralen Gegenstrategie trotzdem scheitern. Die individuell, subjektiv geprägte Natur von medizinischen Fakten lässt im Einzelfall Begründungen und Auswege zu, die eine Sanktion als sehr unwahrscheinlich erscheinen lassen.

Die zu erwartende Sanktion lässt sich zweitens durch ihre Höhe beeinflussen. Aus einer ökonomischen Sicht können Kostenbeteiligungen unter dem Nutzenniveau der Nachfrage nicht genügen, um unberechtigte Leistungsbezüge auszuschliessen. So wird z. B. eine Kostenbeteiligung im Rahmen des Selbstbehalts von 10 % Leistungen noch begünstigen, welche für den Konsumenten nach Abzug der eigenen administrativen Kosten einen höheren erwarteten Nutzen als diese 10 % der Kosten abwerfen.

[1014] Vgl. den Bericht «Big Data gegen Betrug: Krankenkassen und Suva sparen Milliarden» des Schweizer Fernsehens vom 8. Juni 2015 von B. BONOMETTI, veröffentlicht auf der Internet-Seite <www.srf.ch/news/wirtschaft/big-data-gegen-betrug-krankenkassen-und-suva-sparen-milliarden>, besucht am 25. Juni 2017.

7. Optima bei moral hazard

a) Die Modellierung

I. Die Struktur des subjektiven Nutzens und der Kosten

Die Wahrscheinlichkeit von *moral hazard* lässt sich nach dem oben Gesagten kaum allgemein ermitteln. Sie hängt massgeblich von inneren Einstellungen ab und kann in einer Gesellschaft mit funktionierender Sozialkontrolle oder festen Moralvorstellungen signifikant kleiner sein, als wenn sich der dezentral Handelnde nur finanziell eigennützig, wie ein primitiver *homo oeconomicus*, verhalten würde. Um aufzuzeigen, welche Mechanismen beim Versagen von inneren Werten und Moral zu beachten sind, wird nachfolgend gleichwohl auf äussere Fakten abgestellt.

Bei einer Orientierung nach der zu erwartenden Sanktion ist einerseits der zu erwartende Vorteil zweckwidrigen Verhaltens, andererseits die Höhe und Art der Aufdeckung zu erwartenden Sanktion massgebend. Während der angedrohte Nachteil extern und unabhängig vom Einzelfall abstrakt und ökonomisch, wie zum Satz von L. HAND erwähnt,[1015] notwendigerweise statistisch ermittelt werden muss, ergibt sich ein im konkreten Fall damit zu vergleichender Vorteil aus der spezifischen Situation. Aus Sicht eines ungerechtfertigten Leistungsbezügers sind vor allem Kausalzusammenhänge mit kostspieliger, schwieriger Aufklärung von Interesse, weil eine fehlende exakte Beweisbarkeit im Zweifel zur Sanktionslosigkeit führt. Bei einfachen faktischen Verhältnissen und entsprechend grosser Wahrscheinlichkeit der Aufklärung einer alternativen Leistungserlangung genügt eine geringere Sanktionsdrohung. Bei nur statistisch nachweisbaren Ursachen wird eine strafrechtliche Sanktion scheitern, da der alternative Kausalverlauf nicht nachgewiesen werden kann.

Nachfolgend wird wiederum eine Strukturierung der Vor- und Nachteile analog den Kostenarten nach G. CALABRESI vorgeschlagen.[1016] Für den subjektiv zu erwartenden Nachteil sind nach dessen Dreiteilung folgende Summanden massgebend:

[1015] Vgl. oben S. 210 ff.

[1016] Vgl. G. CALABRESI, The Costs of Accidents, S. 26 ff.

1) Die zu erwartende Sanktion bei zweckwidrigem Verhalten, d. h. die Wahrscheinlichkeit einer Kontrolle, multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit einer Aufdeckung bei dieser Kontrolle, multipliziert mit der Höhe der Sanktion,
2) die zu erwartenden Nachteile durch den Verlust eigener Sicherheit, und
3) die selbst zu tragenden administrativen Kosten.

Die subjektiv zu erwartenden Vorteile lassen sich wie folgt strukturieren:

4) Der erwartete Nutzen aus einem positiven externen Effekt, d. h. die Wahrscheinlichkeit fehlender Kontrolle, multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit einer Aufdeckung bei Kontrolle, multipliziert mit dem Nutzen aus einem positiven externen Effekt (z. B. die Höhe einer Rente) und
5) der zu erwartende Vorteil durch die verbesserte soziale Sicherheit (z. B. Wert der Absicherung durch eine Rente).

II. Die Abbildung der unberechtigten Vorteile des Leistungsempfängers

Der Staat kann wie erläutert nicht nur Rückforderungen verlangen oder mit Strafbestimmungen wie insbesondere Art. 148*a* StGB Bussen und Freiheitsstrafen aussprechen. Vorgesehen sind im StGB auch Vollzugsmöglichkeiten wie Landesverweise,[1017] Tätigkeitsverbote[1018] oder Fahrverbote[1019]. Differenzierte Ausgestaltungsmöglichkeiten von Sanktionen und deren jeweiligen Wirksamkeiten und Kosten können in allgemeinen Formeln nicht inhaltlich spezifiziert werden, sondern nur nach Massgabe ihrer Wirksamkeit und ihren Kosten von Variablen erfasst. Die Busse «B» wird insoweit zum Platzhalter irgendeine Sanktion und die Höhe der Wahrscheinlichkeit von *moral hazard* «p» ist an die jeweilige Sanktion anzupassen.

Der Umstand, dass die Alternativen nicht aus den Augen zu lassen sind, lässt sich auch wirtschaftlich begründen. Für die subjektive Nutzenperspektive in den Wahrscheinlichkeiten von «p» und «$1 - p$» sind jeweils die Opportunitätskosten der

---

[1017] Art. 66*a* ff. StGB.

[1018] Art. 67 ff. StGB.

[1019] Art. 67*e* StGB.

Rechtsunterworfenen massgebend. Der Bürger wird entsprechend auch sein Verhalten mit *moral hazard* an seinen subjektiven Alternativen gewichten, wie z. B. eine eigene Erwerbstätigkeit ausüben zu können oder eben auf dem Arbeitsmarkt ohnehin keine Anstellung erlangen zu können. Auch die Bemessung eines Parameters für *moral hazard* unterliegt deshalb der Regel des abnehmenden Grenznutzens. Die Durchschnittswerte des Auftretens von *moral hazard* sind entsprechend möglichst spezifisch auf die subjektiven relativen Nutzenstände auszurichten. Diese themenspezifische Analyse der effektiven Wirkung kann und soll bei jeder Frage einzeln vorgenommen werden.

Als Wahrscheinlichkeit der Kontrolle wird im Rahmen einer rechtlichen Einzelfallprüfung mit 1 angenommen. Daneben ist neben der Wahrscheinlichkeit von *moral hazard* «p» die Wahrscheinlichkeit seiner Aufdeckung «q» von Wichtigkeit. Auch dieser Parameter variiert themen- und adressatenspezifisch und hängt, wie schon besprochen, insbesondere von der Art der Anknüpfung an das dezentrale Verhalten ab.[1020] Die Aufklärungsmöglichkeit ist wiederum abhängig von den Kosten, welche zur Aufklärung eines spezifischen Sachverhalts aufgewendet werden. Diese administrativen Kosten der versuchten Steuerung dezentraler Entscheidungen sollten in eine Gesamtoptimierung einfliessen. Im Endeffekt sollte der gesamtwirtschaftliche Nutzen einer staatlichen Leistung jedenfalls höher sein als die Kosten ihrer Ausrichtung und Abwicklung.

III. Die Optimierung der Leistungshöhe bei einem Anteil von *moral hazard*

Zunächst soll die Anreizwirkung bei *moral hazard* analysiert werden. Dafür ist der individuelle Nutzen der zweckwidrigen Anspruchserlangung «θ‘» mit dem Nutzen bei zweckkonformer Leistung «θ» zu vergleichen. Der Buchstabe «θ» gibt den gesetzlich vorgesehenen primären Nutzen, d. h. unter Vernachlässigung von sekundären und tertiären Kosten und ohne eine Perspektive von *moral hazard*, wieder. Für die Alternative des *moral hazard* ist der individuelle, zweckwidrig erlangte primäre Nutzen unter der Annahme von *moral hazard* «θ‘» ist mit der Wahrscheinlichkeit, beim Täuschen nicht ertappt zu werden von «$(1-q)$», zu multiplizieren. In den übrigen Fällen, d. h. mit der Wahrscheinlichkeit ertappt zu werden «q», ist

[1020] Vgl. oben S. 239 ff.

eine Busse «B» von der vorgesehenen Leistung «θ» abzuziehen. Die berechtigte Höhe einer Leistung soll nach dem Modell beim blossen Versuch eines höheren Niveaus trotzdem ausgerichtet werden. Diese Annahme ist im Bereich der Sozialversicherung in der Regel zutreffend: Der Leistungsanspruch besteht auch beim Versuch der Erlangung einer höheren als der richtigen Rente.

Damit lässt sich der wahrscheinlich zu erwartende Nettovorteil einer Privatperson bei *moral hazard* mit «$(1-q)*\theta' + q*(\theta - B)$» umschreiben.[1021] Aus der Sicht des Leistungsempfängers ist *moral hazard* deshalb bis

$$(1-q)*\theta' = -q*(\theta - B) \qquad \text{(}\textit{Gleichung 5}\text{)}$$

optimal. Die Unabhängigkeit des individuellen Nutzens «θ» und des Nutzens bei *moral hazard* «θ'» von den anderen, zentral gesetzten oder ermittelten Variablen führt dazu, dass sich der Zusammenhang nicht vereinfachen lässt. Insbesondere wird bei einer Optimierung entlang des Leistungsniveaus nicht mehr gesagt werden können, als dass erhöhte Leistungen und verminderte Aufdeckungswahrscheinlichkeiten zu einem erhöhten Missbrauch führen.

b) Die Optimierung nach der Sanktionshöhe (Busse)

I. Die Relation von Aufklärungswahrscheinlichkeit und Busse

Das Verhältnis der Busse zur Aufklärungswahrscheinlichkeit lässt sich aufzeigen, wenn die *Gleichung 5* nach der Aufklärungswahrscheinlichkeit «q» aufgelöst wird:

$$q = \frac{\theta'}{\theta' - \theta + B} \qquad \text{(}\textit{Gleichung 6}\text{)}$$

wobei gilt: $\theta' > \theta, B > 0$ und $q > 0$.

Wenn die Busse somit in der Höhe der zweckkonformen Leistung ausgefällt wird, muss jeder Fall aufgedeckt werden. Bei tieferen Bussen als die Höhe der zweckkonformen Leistung kann mit noch so viel Aufklärung der Schaden nicht behoben

[1021] Vgl. K. MÜLLER, Insurance Claims Fraud: Optimal Auditing Strategies in Insurance Companies, in: Essays on Insurance Management, Diss. St. Gallen 2013, S. 6; M. ERLEI/M. LESCHKE/D. SAUERLAND, Institutenökonomik, S. 126 ff., stützen ein analoges Modell auf individuelle Nutzen- und Kostenfunktionen.

werden, «q» müsste über 100 % sein. Ist die Busse hingegen höher als der «Ohnehin-Gewinn» der zweckkonformen Leistung, so sinkt die zur Vermeidung von *moral hazard* notwendige Aufklärungswahrscheinlichkeit unter eins.

Nach «B» aufgelöst ergibt sich aus *Gleichung 5* unter den gleichen Prämissen:

$$B = \frac{(1-q)*\theta'}{q} + \theta \qquad \text{(}\textit{Gleichung 7}\text{)}$$

Damit eine Busse den zweckwidrigen Gewinn «θ‘» neutralisiert, muss sie somit «$\frac{1-q}{q}$» mal die zweckwidrige Leistung «θ‘» plus die zweckkonforme Leistung «θ» betragen. Ohne eine zweckkonforme Leistung in diesem Fall lautet die Gleichung «$B = \left[\frac{1-q}{q}\right] * \theta$‘». Werden fast alle Fälle aufgedeckt (d. h. bei «q» nahe 1), so ist «$\left[\frac{1-q}{q}\right] * \theta$‘» nahe null und keine grössere Sanktion ist notwendig. Wird die Hälfte aller Fälle aufgeklärt, so entspricht die minimale Sanktion dem gewollten Zusatzvorteil. Ist die Aufklärungsquote hingegen wie im Bereich hoher Komplexität im Gesundheitswesen sehr tief, z. B. bei 10 %, läuft eine Mindestbusse auf ein Vielfaches, z. B. $\frac{1-0.1}{0.1}$, d. h. das Neunfache, des zweckwidrigen Gewinns abzüglich des üblichen Gewinns hinaus. Die notwenige Busse steht damit - nicht überraschend – in einem Kehrwertverhältnis zur Aufklärungsquote.

Die Änderung in Abhängigkeit von der Aufklärungsquote «q» ist gleich der Ableitung von «$\left[\frac{1-q}{q}\right] * \theta$‘» nach «q», was nach der Potenzregel «$-\frac{\theta'}{q2}$» ergibt. Wenn «q» fällt, muss somit die Busse zur Verhinderung von *moral hazard* im Quadrat des Kehrwerts der Aufklärungsquote multipliziert mit dem zweckwidrigen Gewinn steigen. Bei einer kleinen Quote an aufgeklärten Fällen und einer noch kleineren Zahl von möglichen Ahndungen müsste eine öffentlich-rechtliche Sanktion extrem hoch sein, um den abschreckenden Effekt im notwendigen, einen *moral hazard* ausschliessenden Mass zu erzielen. Bleiben die effektiv ausgesprochenen Bussen jedoch unter dem Schwellwert «$\frac{(1-q)*\theta'}{q} + \theta$» von *Gleichung 7*, so lohnt sich der Missbrauch. Das zweckwidrige Verhalten multipliziert sich unter diesem Wert.

II. Bei drohendem Entzug der Grundleistung

Wird bei zweckwidrigem Verhalten die normativ vorgesehene Leistung nicht ausgerichtet (d. h. bei «$\theta = 0$»),[1022] so wird die oben hergeleitete Formel «$\frac{\theta'}{\theta' - \theta + B} = q$» zu

$$\frac{\theta'}{\theta' + B} = q.$$

Damit *moral hazard* somit den Nutzen nicht aufwiegt, muss die Aufklärungswahrscheinlichkeit diesfalls mindestens dem Verhältnis des angestrebten Nutzens zur Summe dieses Nutzens und einer Busse entsprechen. Die Busse erlaubt unter diesen Annahmen eine Senkung der notwendigen Aufklärungswahrscheinlichkeit. Ihre Wirkung nimmt pro Einheit ab.

III. Hohe Bussen zur Neutralisierung von geringen Wahrscheinlichkeiten

Sind somit einfach die Bussen genügend hoch zu veranschlagen? Aus ökonomischer Sicht sind wiederum die Opportunitätskosten entscheidend: Wer wenig hat, dem kann – auch im Falle einer Sanktion – wenig genommen werden. Das Mass von Geld oder Freiheitsstrafen ist für Personen mit beschränkten Gütern oder Verfügungsmöglichkeiten bei sehr hohen Sanktionen entsprechend weniger wichtig. Sie sind demgemäss für sehr hohe Bussen nicht im ökonomisch notwendigen Ausmass empfindlich. Mit der Androhung eines Landesverweises beim unrechtmässigen Bezug von Sozialhilfe nach Art. 148*a* und Art. 66 StGB werden Personen ohne Schweizer Staatsangehörigkeit über die unmittelbare Strafdrohung hinaus kalkulieren müssen. Die Technik des exakten Spiegelns des möglichen irregulären Vorteils durch die Androhung einer Sanktion funktioniert in Fällen fehlender finanzieller Mittel nicht. Direkt wirksame Sanktionen wie der Entzug eines Aufenthaltsrechts oder einer Fahrerlaubnis beim Drogenkonsum können spürbarere Sanktionen darstellen.

Hohe Sanktionen sind jedoch dort ökonomisch indiziert, wo die erwartete Sanktionshöhe in einer nicht vernachlässigbaren Relation zum zweckwidrigen Gewinn steht oder wo die Entscheidungsträger eine entsprechend hohe Empfindlichkeit

[1022] Vgl. auch J. KNOLL, Management von Betrugsrisiken in Versicherungsunternehmen, S. 192.

auch gegenüber hohen Sanktionen haben, z. B. bei Berufsgruppen mit einer gesellschaftlich besonders guten Stellung. Im Gesundheitswesen sind dementsprechend Sanktionsandrohungen gegenüber Helfern des medizinischen Umfelds viel wirksamer als gegenüber Personen, welche in einer schwierigen persönlichen Situation wenig zu verlieren haben. Zusammenfassend führt dies zum Schluss, dass Bussen als dezentrale Massnahmen im Ausmass «$\frac{(1-q)*\theta'}{q} + \theta$» nach *Gleichung 7* nur bei einer der Komplexität der Fakten angepassten Gewissheit und mit der zusätzlichen Restriktion eines auch den Opportunitätskosten der Zielgruppe angemessenen Ausmasses sinnvoll sind.

Die scheinbar einfache Lösung von sehr hohen Sanktionen übersieht, dass Sanktionen, welche sich an der Verfolgungswahrscheinlichkeit und nicht am Wert des gefährdeten Guts orientieren, die menschliche Psychologie und Wertordnung nicht abbilden. Die zur Vermeidung notwendigen Bussen schnellen bei kleineren Wahrscheinlichkeiten in eine vom Individuum schwer fassbare Höhe. Die Wahrscheinlichkeit, überführt zu werden, ist nach Erkenntnissen der Kriminologie im menschlichen Denken präsenter und hat eine grössere Preiselastizität als die Sanktion.[1023] Damit kann insbesondere nicht gesagt werden, dass proportionale Änderungen bei den beiden Faktoren den gleichen Effekt haben würden, wie dies die übliche Multiplikation der Faktoren impliziert.

Drakonische Bussen wären aus rechtlicher Sicht nicht mit einer bei hoher Komplexität ungesicherten Faktenlage vereinbar. Sie widersprechen der auch der sozialen Zielsetzung von Leistungsnormen im Gesundheitswesen. Kaum mehrheitsfähig wäre aus diesen Gründen, aggravierende subjektive Schilderungen mit sehr hohen Sanktionen zu belegen. Das Übertreiben eigener Befindlichkeiten ist im Gegenteil in der Regel kein sanktionswürdiges, kriminelles Verhalten, sondern eine teilweise notwendigerweise subjektive Einschätzung. Die Abgrenzung kann in einer freiheitlichen Ordnung nicht dort gezogen werden, wo die Subjektivität von Aussagen je nach Auflösung der Komplexität eventuell noch notwendig sein könnte. Entsprechend erschöpft sich die Wahrheitspflicht bei Aussagen von Patienten über sub-

[1023] Vgl. dazu H. CURTI, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen in der Bundesrepublik Deutschland, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen: Eine empirische Untersuchung, in: C. Ott/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Beiträge zum VI. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts vom 25.-28. März 1998, Tübingen 1999, S. 88, 90.

jektive Zustände nach Art. 28 ATSG grundsätzlich im allgemeinen Verbot rechtsmissbräuchlichen Handelns.[1024] Art. 29 ATSG verweist zwar bei der Geltendmachung von Leistungsansprüchen die Ansprecher, Arbeitgeber und Ärzte explizit auf die Wahrheitspflicht. Nach der Gerichtspraxis ist aber auch hier ein erhebliches Ermessen möglich. Nur ein Ausfüllen von Anmeldungen in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise wird von der Rechtsordnung missbilligt.[1025] Die Grenzen der Wahrheit sind, gerade auch nach dem neuen Art. 148*a* StGB, jedoch selbst dann einzuhalten, wenn der Leistungsträger die Angaben leicht überprüfen könnte.

IV. Die Relation von Bussen und Aufklärungsquote unter Einbezug des zweckwidrigen Handelns

In einer Durchschnittsbetrachtung dezentraler Entscheidungen tritt das zweckwidrige Verhalten mit der Wahrscheinlichkeit «p» auf. Das zweckwidrige Verhalten wird mit einer Aufklärungswahrscheinlichkeit «q» von der Rechtsordnung entdeckt und führt dann zu einer Auszahlung nur der gesetzmässigen Leistung «θ» und zum Abzug einer Busse «B». In den übrigen, nicht entdeckten Fällen führt es mit der Wahrscheinlichkeit «$1 - q$» zu einem vom Leistungsbezüger angestrebten den höheren Wert «θ‘».

Der Regulator muss anstreben, dass die Folgen des nützlichen dezentralen Verhaltens die in *Gleichung 5*[1026] angenommenen Vorteile von *moral hazard* im Durchschnitt überwiegen, d. h.:

$$(1-p) * \theta - p * [(1-q) * \theta' + q * (\theta - B)] > 0$$

bzw. im Optimum

$$0 = (1-p) * \theta - p * [(1-q) * \theta' + q * (\theta - B)] \quad \text{(Gleichung 8)}$$

oder

[1024] U. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 28 N. 40.

[1025] U. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 29 N. 44.

[1026] Vgl. vorne S. 319 und den mathematischen Anhang nachstehend S. 380 ff.

$$(1-p) * \theta = p * [(1-q) * \theta' + q * (\theta - B)].$$ (*Gleichung 8'*)

Weil sich die Wahrscheinlichkeit von *moral hazard* mit der Veränderung der Aufklärungswahrscheinlichkeit «q» ebenfalls verändert, verhält sich «p» in einer negativen Abhängigkeit zu «q». Wenn «q» gegen 0 geht, geht die Wahrscheinlichkeit von «p» gegen Eins. Wenn hingegen «q» gegen 1 geht, geht die Wahrscheinlichkeit von «p» gegen 0. Die Beziehung wird in der Praxis kaum linear verlaufen. Zur Vereinfachung wird nachfolgend trotzdem «$1 - q = p$» angenommen.

Nach dem oben Gesagten gilt dann:

$$(1 - 1 + q) * \theta > (1-q) * [(1-q) * \theta' + q * (\theta - B)]$$

bzw. im Optimum:

$$q * \theta = (1-q) * [(1-q) * \theta' + q * (\theta - B)]$$ (*Gleichung 9*).

Die *Gleichung 9* nach B aufgelöst ergibt:[1027]

$$B = \theta' * \frac{1-q}{q} - \theta * \frac{q}{1-q}$$ (*Gleichung 10*).

Die Mindesthöhe der Busse ergibt sich somit als eine in Abhängigkeit der Aufklärungswahrscheinlichkeit gewichtete Summe der gesetzmässigen Leistung und des gesetzwidrigen Gewinns. Mit sinkender Aufklärungswahrscheinlichkeit steht sie in einem annähernd reziproken Verhältnis zum Gewinn aus *moral hazard*, weil sich «q» gegen Null und die Differenz «$1 - q$» damit gegen Eins bewegt. Bei einer Aufklärungsquote z. B. von 10 % (einer Täuschungsquote von 90 %) muss die Busse schon rund neunmal «($\theta' * \frac{[1-0,1]}{0,1}$)» so hoch sein wie der zweckwidrige Vorteil abzüglich rund einem Zehntel der gesetzlichen Leistung «$\left(- \theta * \frac{0,1}{[1-0,1]}\right)$». Bei sehr tiefer Aufklärungswahrscheinlichkeit «q» entspricht die notwendige Busse somit unerheblich der Höhe der gesetzeskonformen Leistungen aus dem Produkt ihres reziproken Werts und des zweckwidrigen Vorteils.

[1027] Vgl. den mikroökonomischen Teil im mathematischen Anhang auf S. 380 ff.

Bei hoher Aufklärungswahrscheinlichkeit «q» nahe Eins strebt die Mindesthöhe der Busse gegen die Höhe des zweckwidrigen Vorteils abzüglich der legitimen Leistung «$(\theta' - \theta)$». Bei einer Aufklärungsquote (und Täuschungsquote) von 0,5 ist die zum Ausschluss von *moral hazard* notwendige Busse nach diesen vereinfachenden Annahmen z. B. grösser als die Hälfte des zweckwidrigen Vorteils «$(\theta' - \theta)$».

Die Abhängigkeit der Aufklärungswahrscheinlichkeit von der Busse lässt sich durch Auflösen der *Gleichung 8'* nach «q» ermitteln:

$$q = \frac{\theta - p*\theta - p*\theta'}{p*[\theta - \theta' - B]}. \qquad \textit{(Gleichung 11)}$$

Die notwendige Aufklärungswahrscheinlichkeit verhält sich somit umgekehrt proportional zum Dividenden «$(\theta' - \theta - B)$», d. h. zum Nettovorteil aus *moral hazard* abzüglich der Busse. Sie ist auch im Zähler abhängig vom erhofften Gewinn von *moral hazard*: Mit zunehmenden «θ'» steigt auch die notwendige Aufklärungswahrscheinlichkeit.

c) Die Optimierung durch Aufklärung

I. Die Optimierung der Eingriffshöhe

Bei der Internalisierung der Abklärungskosten in den Fällen von *moral hazard* hat die Summe aus Leistungsauszahlungen und Abklärungskosten auch bei nicht aggregierter Betrachtung bei einem bestimmten Mass an Untersuchungsaufwand ein anzustrebendes Minimum. Die Vor- und Nachteile von *moral hazard* können mit einer mit der Wahrscheinlichkeit «q» zu multiplizierenden Variable für die administrativen Kosten «ΔTK» zu seiner Verhinderung angereichert werden.[1028] Aus der *Gleichung 8* wird:

$$0 = (1-p) * \theta - p * [(1-q) * \theta' + q * (\theta - B)] - q * \Delta TK \qquad (\textit{Gleichung 12})$$

[1028] Vgl. K. MÜLLER, Insurance Claims Fraud: Optimal Auditing Strategies in Insurance Companies, in: Essays on Insurance Management, Diss. St. Gallen 2013, S. 7.

Dabei kann für jedes unzutreffende Faktum eine Nutzenfunktion jedes Entscheidungsträgers gefunden werden. Die Funktion hat ihr Minimum, wenn das Differenzial (die Ableitung) gleich Null ist:

$0 = p * (-\theta + \theta' + B) - \Delta TK$ oder

$\Delta TK = p * (\theta' - \theta + B)$. *(Gleichung 13)*

Im Optimum sind die Transaktionskosten somit gleich hoch wie der zweckwidrige Anteil des *moral hazard* «$\theta' - \theta$» und der Höhe der Busse «B» multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit von *moral hazard*. Damit lässt sich ermitteln, inwieweit Privaten aus einer gesellschaftlichen Sicht der Kostenersparnis, jedoch unter Beachtung ihren eigenen Nutzenfunktionen, Transaktionskosten überbunden werden sollten. Die Transaktionskosten steigen mit der Wahrscheinlichkeit von *moral hazard* und der Grösse des angestrebten, zweckwidrigen Vorteils «$\theta' - \theta$», sie können jedoch sinken mit dem Ansteigen der Busse «B» multipliziert mit der gleichen Wahrscheinlichkeit.

II. Kombinationen von Anknüpfungen zur Verminderung von Transaktionskosten

Ein unberechtigter Leistungsempfänger und seine Gehilfen werden nur dann einen *moral hazard* riskieren, wenn die Wahrscheinlichkeit ertappt zu werden multipliziert mit der Sanktion kleiner ist als eine positive Nutzendifferenz des *moral hazard* mal die Wahrscheinlichkeit, nicht ertappt zu werden. Die Wahrscheinlichkeit der Aufklärung sinkt mit der Komplexität eines Sachverhalts. Ein zweckwidrig handelnder Patient erhöht entsprechend die administrativen Kosten zur Informationserlangung durch den Leistungsträger z. B. einer Krankenkasse, indem er unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder Informationen verschweigt. Zudem wählt er eine Krankheit bzw. Symptome, die mit den verfügbaren technischen Mitteln nicht widerlegt werden können. In solchen Fällen können Informationen nicht leicht gewonnen werden. Der Patient hat zwar im Falle der Geltendmachung von Ansprüchen nach Art. 28 Abs. 2 und 3 ATSG Auskunft zu erteilen und beauftragte Personen unter anderem vom Arztgeheimnis zu entbinden und die befassten Stellen von Bund, Kantonen und Gemeinden haben sich nach Art. 32 ATSG aus-

zutauschen. Im Falle von *moral hazard* können dadurch jedoch keine massgeblichen Informationen erhältlich gemacht werden, da ein strategisch Handelnder diese Art von Nachforschungen adaptiert.

Die administrativen Kosten einer zusätzlichen Information werden mit zunehmender Untersuchungstiefe höher bzw. der zusätzliche Informationsgehalt wird mit steigenden Kosten in der Regel kleiner. Vor diesem Hintergrund kann die Senkung der Transaktionskosten der Informationserlangung durch eine Kombination von Anknüpfungspunkten einen erfolgsversprechenden Ausweg bilden.[1029] Unter einem z. B. strafrechtlich fixierten Niveau besteht ein Anreiz zur Preisgabe von Informationsvorsprüngen, falls die Informanten trotz dem Aufwand der Mitteilung und eventuellen Nachteilen in ihrem sozialen Umfeld einen Vorteil im Falle von Mitteilungen haben. In grösseren sozialen Gemeinschaften ohne gegenseitige Kontrolle und ohne Anreize müsste folglich der Staat zur Absicherung der Sozialwerke gegenüber *moral hazard* ein System von Meldepflichten oder Belohnungen bei gemeldeten Beobachtungen Dritter errichten. Eine andere Möglichkeit wäre theoretisch auch, dass Personen mit Berufsgeheimnis die Täter hinsichtlich der Informationen über zweckwidrige Anspruchserlangung nicht schützen sollen, soweit eine deliktische Tätigkeit im Sinne von Art. 148*a* StGB vorliegen könnte. Die notwendige Mitwirkungspflicht unter Einbindung der beauftragten Ärzte läuft jedoch schon heute auf eine Befreiung von den Berufsgeheimnissen hinaus.

Die Kombination von Faktoren mittels der Multiplikation ihrer Auftretenswahrscheinlichkeiten ist nur möglich, wenn die gleiche Kausalkette betroffen ist. Das Vorgehen der Herabsetzung der Hürden und der Verbreiterung der Faktenbasis auf einzelnen Kausalketten eignet sich jedoch im Grundsatz in den Fällen von *moral hazard*, weil der Leistungsansprecher in diesen Fällen mit zweckfremden inneren Tatsachen einen Vorteil einzuheimsen versucht. Sprechen Indizien mit einer höheren Wahrscheinlichkeit gegen den geltend gemachten Ablauf, so kann eine starke Indikation oder eine Falsifikation der Wahrheitshypothese vorliegen.

[1029] Vgl. dazu vorne S. 262.

d) Unvermeidbare Werturteile bei geringer Nachvollziehbarkeit

Der notwendigerweise wertende, normative Anteil der Beurteilung beginnt grundsätzlich dort, wo die objektiv gesicherten Erkenntnisse über die Lebenswirklichkeit enden. Im oben erwähnten Beispiel in BGE 141 V 281 einer möglicherweise alternativen Verursachung von Beschwerdebildern mit unklarer Ursache ist vorab eine vergleichende Bewertung der möglichen Ursachen und der Wirkungen vorzunehmen. Die Leitlinien können dabei entsprechend der Sicherheit ihres Bestehens die verschiedenen Kausalketten bilden. Das Resultat der faktischen Indikationen bildet den Ausgangspunkt bei einer notwendigerweise auch intersubjektiv optimierenden Abwägung der Nachteile des zweckwidrigen Zusammenhangs. Der gesellschaftliche Nachteil von positiven externen Effekten verlangt den Einbezug der Leistungskosten als gesellschaftlichen Nachteil und damit eine im Vergleich dazu werturteilsbehaftete Einschätzung der individuellen Vorteile. Diese Abwägung zwischen den individuellen und den gemeinschaftlichen Werten ist innerhalb der jeweiligen gesetzgeberischen Wertordnung vorzunehmen.[1030] Das Raster steht je nach Abklärungsergebnissen und Wahrscheinlichkeiten eines alternativen Geschehens mehr oder weniger offen. Die Frage nach der Gewichtung ist anschliessend normativ zu beantworten. Insoweit findet auch erst dann eine definitive gesamtwirtschaftliche Optimierung statt.

Als zweite, noch mehr werturteilsbehaftete Fragestellung ist diejenige beim intersubjektiven Nutzentransfer zu nennen. Ob alternative Kausalzusammenhänge objektiv erkannt werden können, hängt massgeblich von der Tiefe der Sachverhaltsabklärung ab. Ob, inwieweit und von wem Sachverhaltsabklärungen zu einem möglichen alternativen Zusammenhang erfolgen müssen, hängt von den Prioritäten einer Regulierungsordnung und den diese umsetzenden Behörden ab. Die Bedeutung der Bekämpfung von zweckwidriger Leistungsausrichtung lässt sich nicht nur an den Sanktionen, sondern auch an der Tiefe von Sachverhaltsabklärungen hinsichtlich alternativer Begründungen in verschiedenen Regulierungsgebieten erkennen. Über die Problematik der Überbestimmung und der fehlenden Bestimmbarkeit von Kausalzusammenhängen hinaus ist nicht ersichtlich, warum der Zusammenhang von Ursache und Wirkung mit vermeidbaren Wertungen beschwert

[1030] U. MEYER, Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, S. 5 ff.; P. EGLI, Was soll das Verwaltungsverfahren? In: recht 2013, S. 65, 76, plädiert für eine realitätsnahe Differenzierung in Abstimmung mit der Medizin.

werden soll. Wertungen können insbesondere aufgrund ihrer Durchmischung bei der Weiterverwendung leichter hinzugefügt als hinweggedacht werden. Der Kausalzusammenhang dient durch seine universelle Geltung dazu, Gesetzmässigkeiten in verschiedenen Betrachtungsweisen zu charakterisieren.[1031]

Die Möglichkeit einer nicht dem Leistungszweck entsprechenden Alternativursache ist demgemäss ebenfalls offen in eine kritische Betrachtung aufzunehmen. Die Faktoren sind normativ grundsätzlich nach Massgabe ihrer möglichen subjektiven Beeinflussbarkeit zu würdigen. Fallen nicht bezweckte alternative Ursachen ins Gewicht, so sind deren Faktoren von der Wirkung des Hauptzusammenhanges zu trennen.[1032] Ist bei vertiefter Abklärung der Ausschluss von unerwünschten Ursachen nicht möglich, werden wertende Aspekte bei der Zuordnung der Wirkungen notwendig. Die Rechtsordnung wird je nach normativer Zielsetzung einer Fragestellung Bewertungen des faktischen Zusammenhanges treffen müssen und können. Je nach dem normativen Zweck wird ein unterschiedliches Mass an Gewissheit genügen. Eine möglichst gesicherte Eingrenzung von alternativen Ursachenzusammenhängen im Einzelfall bildet auch die Voraussetzung für deren vergleichende Einschätzung. Diese kann auch im Bewusstsein der Schwierigkeit der Messbarkeit der Erträge, z. B. auch dem Nutzen in medizinischen Grössen, dem Wohlbefinden des Patienten oder in einem austauschbaren Geldwert erfolgen.

e) Fazit

Die Optima der Bussenhöhe und der Aufklärungswahrscheinlichkeit haben aufgrund der multiplikativen Wirkung die Funktion von Schwellenwerten. Wenn die Aufklärungswahrscheinlichkeit nicht über das Niveau von *moral hazard* gehoben werden kann, so nimmt die Anzahl der Fälle unkontrolliert zu. Eine Erhöhung der Aufklärungswahrscheinlichkeit in dem durch die Gewinnmöglichkeiten und trotz Bussenandrohung indizierten Mass von zusätzlichem *moral hazard* ist jedoch vor dem Hintergrund hoher Komplexität und hohen Transaktionskosten für den Leis-

[1031] Vgl. CALABRESI, The Costs of Accidents, S. 69, 106 f.

[1032] Vgl. BGE 141 V 281 Erw. 4.3.1.1.

tungsträger faktisch illusorisch. Die Erhöhung der Aufklärungsquote wird insbesondere dann nicht gelingen, wenn mit einer unflexiblen Strategie bei möglicherweise strategisch handelnden Subjekten Abklärungen getroffen werden sollen.

Moral hazard bzw. alternative Gründe einer Anspruchsbegründung generell zuzulassen, ist für ein notwendigerweise beschränktes Leistungssystem keine Option. Umgekehrt kann es nicht einem Gesetzeszweck entsprechen, Leistungen aufgrund der nicht ausschliessbaren Möglichkeit alternativer Ursachen bei bestimmten Krankheitsbildern generell auszuschliessen, weil sie diesfalls vom Gesetzgeber gar nicht statuiert worden wären. Notwendige hohe Bussen versagen bei kleinen Aufklärungswahrscheinlichkeiten häufig, da für die meisten Betroffenen die Opportunitätskosten geringer sind. Damit kann die Lösung nur in einer verbesserten Abklärung von teilweise objektiv nicht abklärbaren Sachverhalten liegen. Liefert die Untersuchung keine genügende Konkretisierung von Ursachen, so kann nur dezentral bei der Quelle von Komplexität eine allfällige Überwindung erfolgen.

Richtig erscheint daher, fallspezifisch die Indizien *pro* und *contra* ein aggravierendes oder simulierendes Verhalten zu gewichten. Falls keine der Kausalverläufe ausgeschlossen werden können, ist ausgehend von den wahrscheinlichen Schäden durch *moral hazard* ein Optimum zu suchen. Das Aktivitätsoptimum ist dort, wo der Nutzen einer zusätzlichen Leistung geringer wird als deren Kosten plus die Kosten der Abwehr von *moral hazard* und die Kosten der gleichwohl verbleibendenden Fälle von *moral hazard*.

8. Der Einfluss von *moral hazard* auf Sozialversicherungen

a) Einführung

Eine Versicherung nutzt den für Rechtssubjekte in der Regel abnehmenden Grenznutzen von Geld. Sie hat somit den Vorteil, dass in Situationen mit einem subjektiv gesehen hohen Wert einer Restitution mit ersparten Mitteln oder mit von Dritten beschafften Prämien geholfen werden kann. Sie hat demgegenüber den Nachteil von (nach G. CALABRESI: sekundären) Kosten für den Versicherungsschutz.

Eine Versicherung tritt an die Stelle von direkt kausaler Schadenstragung durch den Geschädigten oder den Schädiger. Der Schädiger profitiert, mit Ausnahme der

Fälle mit einem Rückgriff auf ihn, von der Verminderung des von ihm zu ersetzenden Schadens. Der Geschädigte hat nach Massgabe der Restitution durch die Versicherung grundsätzlich ebenfalls keinen Anreiz, einen Schaden zu vermeiden.

b) Die teilweise fehlende Anknüpfung an die Ursachen bei Sozialversicherungen

Leistungssysteme nehmen ausschliesslich auf Wirkungen und nicht auf Ursachen von Schäden Bezug, soweit sie eine distributive, nicht auf faktische Abläufe beruhende Begründung aufweisen. Soweit Sozialversicherungen und andere Leistungssysteme schwergewichtig an den Folgen, z. B. an einem Wertverlust bei einem ausgleichenden System, Voraussetzungen für Ansprüche anknüpfen, tritt der vorausgehende kausale Zusammenhang notwendigerweise in den Hintergrund. Unerheblich ist damit in den am Ergebnis orientierten Leistungszweigen wie der AHV/IV/ELG oder der Sozialhilfe der Anfang eines kausalen Zusammenhanges. Wichtig sind nicht die Gründe, sondern die Wirkungen von einem Normzustand.[1033] Die rechtliche Erheblichkeit eines Schadens, unerheblich von einer Ursachenforschung, führt zu einer umfassenden Absicherung. Sie ist Ausdruck eines gesetzgeberischen Willens, in bestimmten Situationen unabhängig von der genauen Verursachung zu helfen. Diese offene Konstruktion eines sozialen Leistungssystems verlangt zur langfristigen Überlebensfähigkeit aufgrund von beschränkten Einnahmen jedoch die Minimierung der Fälle von *moral hazard*.[1034]

[1033] Der Verweis auf Art. 4 Abs. 1 IVG ist *de facto* keine Ausnahme, denn ein anderer möglicher Grund eines gesundheitlichen Schadens als Unfall, Krankheit oder Geburtsgebrechen existiert nicht. Die Begriffe von Unfall und Krankheit (inkl. Geburtsgebrechen) werden bei Beeinträchtigungen körperlicher oder geistiger Gesundheit komplementär verwendet (Art. 3 Abs. 2 ATSG und Art. 2 Abs. 1 *a*KVG).

[1034] Vgl. z. B. in der Ergänzungsleistung die Einkommensaufrechnung wegen des Verzichts auf Einkommen oder Vermögen nach Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG, in der Invalidenversicherung die Pflicht des Versicherten den Schaden zu vermeiden und das Zumutbare zur Verringerung der Arbeitsunfähigkeit zu unternehmen gemäss Art. 7 Abs. 1 IVG. Auch der Anspruch in der Sozialhilfe nach Art. 12 BV gilt nicht voraussetzungslos als geschuldet, sondern nur, wenn der in Notleidende nicht in der Lage ist, für sich selbst zu sorgen, vgl. das BGer im Entscheid 2P.147/2002 vom 4. März 2003, Erw. 3.4.

Optimal können faktisch nicht differenzierende Wirkungsanknüpfungen nur sein, wenn die Ersparnis der administrativen Kosten die Nachteile fehlender Treffsicherheit der regulativen Antwort aufwiegt. Ökonomische Gewinne können sich durch einen Paradigmenwechsel weg von der differenzierten Kausalität somit dort ergeben, wo die Ersparnisse an tertiären (administrativen) Kosten den Nutzenverlust durch *moral hazard* übersteigen. Zusätzlich zu betrachten sind nach der Kostenstruktur G. CALABRESIS die Vorteile eines Risikoausgleichs in den Wertsystemen bzw. die sekundären Kosten einer entsprechenden Versicherung.

c) Die ökonomische Begründung durch geringere Transaktionskosten

In Neuseeland wurden mit einem nur schadenbezogenen sozialen System schon Erfahrungen gesammelt. Wegen der hohen Kosten von juristischen Auseinandersetzungen wurde im Jahr 1972 der *Accident Compensation Act* eingeführt. Er kann als reinstes Beispiel einer verschuldensunabhängigen Volksversicherung im Bereich der Haftpflicht gelten.[1035] Danach werden Geschädigte von Verkehrs- und Arbeitsunfällen unabhängig der Verursachungsanteile entschädigt. Als positives Resultat wird nach Anpassungen zur Einschränkung des Leistungsumfangs und nach mehr als 40 Jahren Erfahrung gewürdigt, dass nur 11,8 % der Prämien für die Administration gebraucht werden, wogegen dies nach der gleichen Rechtstradition im Mutterland Grossbritannien 45 % seien.[1036] Die Betrachtung rückt allerdings das absolute Niveau der primären und sekundären (Versicherungs-) Kosten[1037] in den Hintergrund und vernachlässigt auch die Steuerungswirkung einer Anknüpfung am Risiko oder der Verursachung auf diese Kostenarten. Die Vernachlässigung der Verursachungselemente führte in den ersten Jahren entgegen den ökonomischen Erwartungen nicht zu einer spürbaren Erhöhung von Anzahl oder Schwere der Unfälle.[1038]

[1035] Vgl. dazu auch A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 200 ff.

[1036] St. TODD, Forty Years of Accident Compensation in New Zealand, in: Thomas M. Cooley Law Review, Vol. 28: 2 (2011), S. 216.

[1037] Vgl. G. CALABRESI, The Costs of Accidents, S. 26 ff.

[1038] C. BROWN, Deterrence in Tort and No-Fault: The New Zealand Experience, in: California Law Review 73 (1985), S. 976 ff.

Achtzehn Jahre nach der Einführung konnten in einer ökonomischen Untersuchung noch keine erkennbaren negativen Auswirkungen erkannt werden.[1039] Soziale und konservative Regierungen haben seither an der Vorlage Veränderungen vorgenommen; u. a. mussten die Leistungsabgrenzungen geklärt und die Einnahmen des Verwaltungszweiges geregelt werden.[1040] Sichtbar wurde jedoch das Bestreben der staatlichen Versicherung, mögliche alternative Ursachen im Zweifelsfall auszuschliessen. Auch wurden mittels Bagatellhürden die Ansprüche auf jene Fälle beschränkt, in welchen der zur regulierende Schaden die administrativen Kosten überstieg. Beim Vorentwurf für eine Gesamtrevision des Haftpflichtrechts wurde in der Schweiz das System in der Unfallversicherung diskutiert, aber wegen der relativen Geringfügigkeit der administrativen Kosten bei dieser Versicherung verworfen.[1041]

Wird die Kausalität nicht abgeklärt, bietet dies grundsätzlich die Gefahr der Geltendmachung von Leistungsansprüchen aus nicht vom Normzweck gedeckten Ursachen. Die Wahrscheinlichkeit und das Ausmass einer entsprechenden unerwünschten Alternativursache sind deshalb wie der Zweck der Leistung in eine Gesamtoptimierung einzubeziehen. Die Abwehr des strategischen Verhaltens durch Kausalitätsanalysen bringt allerdings, wie gezeigt, erhebliche administrative Kosten mit sich.

9. Fazit

In der realen Sphäre darf es sich aus Sicht einer Gesamtoptimierung nicht lohnen, externe Effekte zum eigenen Vorteil, aber zum Schaden der Gemeinschaft zu nutzen oder eine Ursache für einen externen Effekt zu setzen. Bei einer KALDOR-HICKS-optimalen Regulierung von dezentralem, privatem Verhalten ergeben sich Mindestschwellen einer Durchsetzung normgetreuen Verhaltens. Auf diese sollte sich

---

[1039] D. DEWEES/M. TREBILCOCK, The Efficiency of the Tort System and Its Alternatives – A Review of the Empirical Evidence, in: Osgoode Hall Law Journal 30 (1992), S. 58, 60.

[1040] Vgl. die Übersicht von G. PALMER, New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years on, in: University of Toronto Law Journal 44 (1994), S. 223.

[1041] P. WIDMER/P. WESSNER, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Revision des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 2000, S. 18.

ein normatives Anreizsystem zur Ressourcenschonung, zur Verhinderung zweckwidriger Kreisläufe und zur Wahrung seiner Stabilität ausrichten. Entsprechend ist ab dem Punkt, an dem sich Missbräuche zu lohnen beginnen, auf eine normative Spiegelung nach Massgabe kausaler Abläufe abzustellen. Die Einzelfaktoren des Erwartungsschadens, nämlich die Aufklärungsquote und die Höhe eines Nachteils sind die kritischen Grössen, um den Schwellwert einer Abschreckung in einer gesamtwirtschaftlich hinreichenden Zahl von Fällen über das individuelle Vorteilsniveau zu heben.

Eine verbesserte kausale Zurechnung ermöglicht unter Kostenfolgen eine bessere Kontrolle dezentraler Entscheidungen. Sollen andere als wirtschaftliche Ziele verfolgt werden, so birgt dies weitere Kosten, weil sich die dezentralen Entscheidungsträger eventuell egoistisch wirtschaftlich verhalten. D. h. die Individuen können wegen *moral hazard* die Verletzung einer Norm und eventuell resultierende Sanktionen rational wollen. Sobald die Durchsetzungskosten einer zusätzlichen Normierung zum Ausschluss von *moral hazard* höher werden als ihr an einer gesamtwirtschaftlichen Nutzenfunktion gemessener sozialer Nutzen abzüglich der Kosten der Implementierung, ist eine weitere Regulierung nicht sinnvoll. Was alles unter den sozialen Nutzen gefasst wird, bleibt damit offen. Allgemein lässt sich dazu nur sagen, dass die Kosten der Umsetzung und des abweichenden Verhaltens steigen, wenn die Präferenzen der Bürger nicht mit denjenigen des Gesetzgebers übereinstimmen.

Sanktionen sind nur insoweit sinnvoll als sie bei Entscheidungen ins Gewicht fallen. D. h., sie sollen wegen ihrer Wirkung nicht zu tief, aber auch nicht so hoch sein, dass sie beim Entscheid über eine Übertretung aufgrund einer subjektiven Wertordnung ohnehin keine Rolle mehr spielen. Bei hoher faktischer Komplexität, wie dies in der Medizin der Fall ist, besteht das Risiko, dass der hohe Aufwand der Informationsbeschaffung und Normdurchsetzung von verschiedenen Akteuren ausgenützt wird. Weil die privaten Entscheide systemextern und dezentral beeinflusst sind und insbesondere von individuellen Werten und Opportunitätskosten abhängen, tritt zweckwidrige Fremdkomplexität unvermeidbar auf. In welchem Mass zweckwidriges Verhalten zuzulassen ist, richtet sich bei negativen und positiven externen Effekten nach den Kosten zur Überwindung von Komplexität zur Anknüpfung und Zurechnung, aber auch nach dem Vergleich der gesamtwirtschaftlichen Vorteile der Nutzen mit und ohne Regulierung. Der Nutzen einer nor-

mativen Antwort hängt wiederum davon ab, ob eine gewichtete Summe der positiven Auswirkungen von regelkonformen und der negativen Auswirkungen regelwidriger Fälle die administrativen Kosten der Norm übersteigt.

Die Strukturen der optimalen Vermeidungsstrategien von positiven und negativen externen Effekten sind nach dem soeben Gesagten ähnlich. Die Erkenntnisse optimaler Anknüpfung im Hinblick auf eine Gesamtoptimierung und insbesondere die Vorteile der Kombination von Anknüpfungsgesichtspunkten können vom Haftpflichtrecht auf das Leistungsrecht übertragen bzw. im Leistungsrecht mit dem Haftpflichtrecht zusätzlich plausibilisiert werden. Das gilt einerseits für den optimalen Grad kausaler Rückverfolgung: Die Anknüpfung einer Sozialversicherung, welche dieses Prinzip zugunsten von anderen Zielen relativiert, wird gegenüber Fremdkomplexität im Optimum ebenfalls auf die faktischen Möglichkeiten und die Kosten einer kausalen Anknüpfung im Vergleich zu deren Nutzen abstellen. Andererseits kann der Nettonutzen einer Leistung wie bei einer Haftpflichtlösung für negative externe Effekte mit einem Nutzen ohne den Eingriff verglichen werden.

Auch die Frage, ob eine Versicherung im Vergleich zu einem Haftpflichtsystem die bessere Antwort zu einem Problem liefert, richtet sich vorab nach den jeweils vorhandenen Wertsystemen bei Leistungsschuldner und -gläubiger. Bei einem Vergleich sind die negativen Einzelnutzen eines externen Effekts von Prämien bzw. Schäden als den primären Kosten nach G. CALABRESI zu den sekundären Kosten eines Risikoausgleichs und den tertiären Kosten der Normetablierung hinzuzuzählen. Weil ein Grundmass an Sicherheit unabdingbar ist und der Nutzen einer Versicherung mit zunehmendem Umfang abnimmt, liegt eine wohlfahrtsökonomisch optimale Lösung aufgrund des abnehmenden Grenznutzens von Geld jedenfalls in einem gemischten System.[1042]

Die ökonomische Durchsetzung von Regeln ist im Systemkreislauf nicht vollständig gegeben. In Bezug auf externe Effekte haben Regeln keine steuernde Wirkung. Das heisst umgekehrt aber auch, dass sie dem Ausschluss durch eine Normierung in einem bestimmten Umfang Stand halten.[1043] Das Ausmass von externen Effekten

[1042] Vgl. A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 172.

[1043] Vgl. zum Vergleich zum Haftpflichtrecht A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 170 f.

gibt auch an, in welchem Ausmass sich Aktivitäten lohnen, welche wegen den externen Effekten zu hoch oder zu tief sind. Vor diesem Hintergrund kann versucht werden, die Nachteile der externen Effekte und die Kosten ihrer Bekämpfung in eine optimale Strategie zu integrieren und insgesamt eine optimale Strategie im Umgang mit *moral hazard* zu finden. Andererseits besteht die Möglichkeit, die faktische Komplexität, aus der externe Vorteile entstehen, mittels passender Anknüpfung zu überwinden oder ein anderes, ein globales Optimum zu finden. Das Modell einer verfügbaren Vermeidungsmöglichkeit als globales Optimum lag z. B. der früheren generellen Überwindbarkeitsvermutung bei den PÄUSBONOG zu Grunde.

Wird eine differenzierte Optik gewählt, kommt der Gesetzgeber bei der Wirtschaftlichkeit nicht an einer zusätzlichen Lösung vorbei, welche alle relevanten Faktoren eines Kausalzusammenhangs berücksichtigt. Dies umfasst insbesondere die Empfindlichkeit gegenüber einer Sanktion, die Kosten der Vermeidung von abweichendem Verhalten oder die Wahrscheinlichkeit und den Schaden in den Fällen, in welchen sich *moral hazard* nicht vermeiden lässt. Bei der Suche nach lokalen oder globalen Optima ist eine normative Sichtweise optimal, welche möglichst nahe bei den Tatsachen operiert. Dieses Vorgehen entspricht der Richtung der in BGE 141 V 281 Erw. 5.2.1 propagierten normativen Durchdringung einer medizinischen Abklärung.

I. DIE GLOBALE OPTIMIERUNG BEI UNABHÄNGIGEN WIRKUNGSZUSAMMENHÄNGEN

1. Die systematische Einordnung

a) Die Schadensvermeidungspflicht als Beispiel einer globalen Optimierung

Die ökonomische Betrachtung ist auch im Hinblick auf die Umstände und die Dynamik der faktischen Umwelt zu relativieren. Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen bildet wiederum eine freiheitliche Ordnung, in der die Ausübung dezentraler Verfügungsrechte ermöglicht wird und die privaten Verfügungsberechtigten für die von ihnen verursachten Wirkungen verantwortlich sind. Ein Verhütungs- bzw. Verminderungskausalzusammenhang tritt unabhängig vom Hauptzusammenhang in der Systemumwelt auf. Er führt deshalb im Optimum in der Regel auch nicht zu identischen Aktivitätsniveaus.

Nach den bisherigen Annahmen kann und soll ein Regulator auf den Kreislauf einwirken, wenn ein dezentrales Handeln nicht dem Gesamtnutzen entspricht. Dabei wurden vier Arten von Vergleichen als Optimierungen besprochen. Die vierte Art, der Vergleich mit allen anderen möglichen Lösungen, entspricht in einer komparativen Konzeption des Urzustandes anhand von Opportunitätskosten.[1044] Die vierte Art der Betrachtung tritt bei unabhängig wirkenden Kausalverläufen auf. So kann z. B. von den dezentralen Entscheidungsträgern eine Schadenverminderungs- oder Vermeidungspflicht verlangt werden.[1045] Oder ein wirtschaftlicher Preis soll sich anhand von ausländischen Preisen oder anderen Heilmitteln mit demselben Heilungszweck orientieren.[1046] Entsprechend werden Kostenminima

[1044] Vgl. S. 208 ff. oben.

[1045] A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 375.

[1046] Die Zurückhaltung des Gesetzgebers zeigt sich darin, dass den Versicherten im Rahmen einer nach einer Revision vom 30. September 2016, voraussichtlich in Kraft ab 1. Januar 2018, selbst bei einer ausnahmsweisen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit nach Art. 34 Abs. 2 und 3 KVG der Besuch von ausländischen Institutionen nicht vorgeschrieben werden können soll, vgl. Art. 99 Abs. 1^{bis} des Entwurfs zur KVV.

bzw. Nutzenoptima global und nicht nur wie in den anderen drei Ansätzen zur Optimierung lokal definiert.[1047] Auch das Bundesgericht spricht bei einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung in diesen Fällen zuweilen von einem komparativen Charakter.[1048]

Dieser globale, komparative Ansatz bestimmt sich nach unabhängigen Zusammenhängen der zugehörigen realen Wirkungen der Umwelt. Er ist nicht bzw. jedenfalls nicht nur abhängig von den Verhaltensweisen eines Verursachers.[1049] Er kann insbesondere kostengünstiger sein, wenn geringere Transaktionskosten entstehen und eine bessere Informationslage vorhanden ist. Wegen des Widerspruchs zur Grundausstattung mit dezentralen Verfügungsrechten wird jedoch eine altruistische Motivation aus systematischer Sicht die Ausnahme bleiben. Dies um den Primärkreislauf des Zusammenwirkens von Recht und Wirtschaft nicht zu destabilisieren. Die normative Spiegelung dezentral ausgeübter Verfügungsrechte sollte nur bei qualifizierten Voraussetzungen eingeschränkt werden.

Aus den aufgespannten Dimensionen folgt die Massgeblichkeit von Zuschreibungen nach eigener Ursächlichkeit. Ergänzt wird dieses Grundprinzip durch situationsspezifische Änderungen, weil die Systemumwelt passendere Lösungen bzw. globale Optima enthält. Aus Gründen der Gerechtigkeit kann in einer liberalen Gesellschaft die Pflicht zur Vermeidung nicht eine uneingeschränkte Regel darstellen, sondern sich nur bei besonderen Umständen aufdrängen.

[1047] Zur mathematischen Umschreibung von lokalen und globalen Optimierungsgrössen vgl. P. STAHLECKER/N. HAUENSCHILD/M. KLINTWORTH, Optimierung und ökonomische Analyse, Heidelberg 2003, S. 7 f.

[1048] BGE 142 V 26 Erw. 5.2.1.

[1049] Vgl. A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 374.

b) Der Einbezug von Vermeidungszusammenhängen

Die Fälle von möglichen Vermeidungspflichten lassen sich in einer komplexen Umwelt nicht abschliessend umschreiben.[1050] Im Vergleich zu den Möglichkeiten, die Art der Mitwirkung im Hinblick auf eine faktische Schadensursache zu beschreiben, fällt auf, dass die Komplexität zwar auch bei Handlungen hoch sein kann, sich jedoch die Situationen samt Pflichten besser als bei Unterlassungen kategorisieren lassen. Bei Unterlassungen ist die Umwelt komplexer, gerade weil die erwarteten Handlungen normativ aus von faktischen Geschehnissen abgeleitet werden. Damit ergibt sich eine durch notwendige vergleichende Wertungen geprägte Ausgangsbasis.

Die Faktenlage ist dabei nicht durch bestehende Handlungen kanalisiert, sondern schöpft aus einer Vielzahl möglicher Handlungen und Handlungsträger. Die grosse Spannweite und eine relative normative Unbestimmtheit ergibt sich somit zwingend aus der zweigliedrigen Struktur der kausalen Zusammenhänge und der dadurch erhöhten faktischen Komplexität. Wie bei der Schadensminderungspflicht im Haftpflichtrecht[1051] wird bei der Schadenvermeidung somit nicht nur der Hauptzusammenhang betrachtet, sondern ein Verhinderungs-, Verminderungs-, Heilungs- oder Adaptionszusammenhang als relevant angesehen. Während in einem frühen Stadium eine Schadensverhütungspflicht noch mit einem Handlungsrecht verbunden werden kann und noch nicht zwingend in hohem Mass zusätzlich normativ aufgeladen ist, wächst dieser Gehalt mit dem Fortschritt des Hauptzusammenhanges. Daraus resultiert die Unmöglichkeit einer konkreten allgemeinen Umschreibung.

Normativ vorausgesetztes Handeln kann sich je nach den faktischen Umständen so eng mit Handlungen verbinden, dass in der rechtlichen Rückmeldung keine eigenständige, mit der ökonomisch begründeten Verteilung von Verfügungsrechten nicht vereinbare Wertung enthalten ist. So sind mit der Berufsausübung Pflichten

---

[1050] In BGE 141 V 281 Erw. 5.1.1 führt das Bundesgericht aus, dass die objektivierte Zumutbarkeitsbeurteilung bei der Erwerbsfähigkeit zwar Standardkriterien bedürfe, diese jedoch unter Berücksichtigung der medizinischen Empirie festgelegt werden müssten.

[1051] K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, S. 308 und S. 386 f.

verbunden oder mit Fahrzeugen Versicherungen für ihre Risiken.[1052] Die entsprechende Verbindung kann durch Vertrag oder Gesetz hergestellt werden. Darüber hinaus besteht eine allgemeine Schadensverhütungs- bzw. Minderungspflicht als genereller Rechtsgrundsatz auch als Ausfluss des Prinzips von Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB und Art. 9 BV.[1053] Die Nebenpflichten der Schadensvermeidung treffen auch jegliche Personen, welche im Bereich der Sozialversicherung, Privatversicherung, bei der Haftpflicht[1054] oder auch auf eine andere Art, z. B. im Rahmen einer Gefahrengemeinschaft oder als Familienmitglieder mit dem Geschädigten in Berührung kommen. Dabei wird bei vertraglichen Pflichten des Geschädigten von Obliegenheiten ausgegangen, d. h. die Nichteinhaltung von Pflichten bewirkt die Störung des Leistungsverhältnisses durch Anpassung an die neuen Umstände.[1055]

Auch das Leistungsrecht fordert im Rahmen des Zumutbaren und bis auf einen unvermeidbaren Restschaden grundsätzlich jede kausal zur Herabsetzung oder Aufhebung eines Schadens führende Handlung.[1056] Demgemäss gilt im Sozialversicherungsrecht eine Schadensminderungspflicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz aufgrund seiner Überzeugungskraft.[1057] Letztere entsteht selbstredend nicht zirkulär nur aus dem normativen System, sondern auch aus der Anwendung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes.[1058] Mit dem wertenden Kriterium der Zumutbarkeit können dabei jene Fälle aussortiert werden, in denen der subjektiv zu erbringende Aufwand grösser wäre als bisher oder wo andere, nicht ökonomische Rechte eine Abkehr von einer ökonomischen Betrachtung im engeren Sinne rechtfertigen. So sind z. B. auch verfassungsmässige Rechte wie die Niederlassungsfreiheit gegen-

---

[1052] Art. 63 SVG.

[1053] G. RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, S. 26 ff.

[1054] A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 372; K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, S. 262.

[1055] G. RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, S. 28.

[1056] Vgl. illustrativ BGE 114 V 281, Erw. 3c.

[1057] Vgl. z. B. den Entscheid des BGer 9C_506/2014 Erw. 4.2, mit Hinweis auf U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Leistungsrecht, S. 131 und 27.

[1058] Vgl. oben S. 99 ff.

über einer Pflicht zur Änderung des Wohnsitzes zur Schadensminderung nach ihrer Zumutbarkeit zu gewichten.[1059] Die Interessen der Sozialversicherung an einer Schadensminderung sind z. B. wegen der finanziellen Auswirkungen bei einem Hilfsmittel weniger hoch als bei einer Rente.[1060]

Eine Schadensminderungspflicht trifft in Übereinstimmung mit ihrer generellen Funktion auch zumutbare Handlungen bei Personen, welche Beistand schulden, z. B. bei der Hilfe von Familienangehörigen beim Geschirrspülen,[1061] oder, in entsprechend geringerem noch zumutbaren Mass, auch allgemein Drittpersonen mit einer Relation zum Geschädigten wie z. B. Arbeitskollegen. Der Grundsatz ist damit nach seiner *ratio* und auf alles und jeden möglichen Kausalverlauf anwendbar, der in irgendeinem Stadium irgendeinen Einfluss auf die Höhe des Schadens haben kann. Bei der normativ begrenzenden Zumutbarkeit wird nicht nur eine Gewichtung von Aufwand und Ertrag für ein soziales Leistungssystem vorgenommen. Auch und vor allem die rechtlichen Bindungen sowie die Grund- und Freiheitsrechte sind einzubeziehen.[1062]

Dieser kausale Zusammenhang ist von demjenigen der Vermeidung von Wirkungen des Hauptzusammenhanges im Sinne von Art. 44 OR zu unterscheiden.[1063] Der Verminderungszusammenhang kann schon vor dem konkreten Schadensereignis beginnen, er erfolgt aber nicht zur ursächlichen Verhinderung eines konkreten Hauptzusammenhanges, sondern zur Abfederung von Folgen.

c) Die Relativierung der Wertbasis des Hauptzusammenhanges

Der Vermögensstand nach einem Schaden ist mit und ohne regulativen Eingriff somit auch von den konkreten Behebungsmöglichkeiten von Schäden abhängig.

[1059] Vgl. statt vieler den Entscheid 9C_916/2010 Urteil vom 20. Juni 2011.

[1060] Vgl. die Entscheide des BGer 8C_70/2014 Erw. 6.1; 9C_82/2013 Erw. 3 oder BGE 113 V 22 Erw. 4.

[1061] BGer im Entscheid I.71/04 vom 12. August 2004, vgl. z. B. auch I.3/04 vom 27. August 2004.

[1062] Vgl. das Bundesgericht im Entscheid I.578/06 Erw. 4.1.

[1063] Vgl. A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, Habli. Freiburg 1998, S. 372, FN. 538.

Das Optimum ist einer global vergleichenden Bewertung mit anderen Möglichkeiten der Zielerreichung unterworfen. Ein Optimum beim Besteigen eines Bergs wird bildlich gesprochen dadurch relativiert, dass auch weitere Berge existieren, welche die eigene Höhe und den eigenen Ansatz relativieren.[1064] Das Ausmass des Nutzens bzw. Schadens einer Aktivität kann sich unabhängig vom Hauptzusammenhang verändern. Wenn sich im angesprochenen Fall von Teilzeitangestellten das erzielbare Invalideneinkommen neu an einem hypothetischen Pensum von 100 % messen soll, obwohl ein geringeres Pensum geleistet und versichert wurde, so wird damit der auszugleichende Schaden wegen eines Vermeidungszusammenhangs generell vermindert.[1065] Dann hängen auch die Notwendigkeit und der Umfang einer den Schaden ausgleichenden Leistung von einem vom Hauptzusammenhang losgelösten Verhalten ab. Die negativen Wirkungen von Handlungen sind nicht mehr identisch mit der zu erwartenden Differenz zwischen hypothetischer und effektiver kausaler Entwicklung, sondern hängen auch von der Existenz und der Entwicklung von externen Schadenvermeidungsmöglichkeiten ab.

Folglich richtet sich das optimale Leistungsniveau nicht nur nach dem Nutzen und den Kosten von regulierenden Massnahmen im Hinblick auf die dezentralen Entscheidungen, welche in kausaler Beziehung mit einem Schaden stehen, sondern auch nach einer Einstufung des Nutzenniveaus des Resultats nach Massgabe von sachlich konnexen, nicht kausalen Möglichkeiten der Systemumwelt. Nicht nur die Veränderung des Nutzens einer Aktivität «ΔN(A)» und der marginale Nutzen einer Zusatzregulierung «ΔN(ΔR)» nebst den administrativen Kosten zur Erreichung «ΔTK», sondern auch die Möglichkeit einer Veränderung in der Umwelt ist von Wichtigkeit. Damit wird der Schaden bzw. Nutzen einer lokalen Optimierung z. B. durch faktische Vermeidungsmöglichkeiten relativiert. Soweit der Betroffene selbst den Schaden mit zumutbaren Anstrengungen vermeiden kann, wird die Leistungshöhe reduziert. Eine Entschädigung für diese Anstrengungen ist im Leistungsrecht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Vermeidbarkeit im Kontext staatlicher Leistungen auch den Massstab für die Notwendigkeit eines distributiven Ausgleichs bzw. das Anknüpfungskriterium eines Schadens setzt.

[1064] Vgl. R. COOTER, Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant, in: University of Pennsylvenia Law Review 144 (1995-1996), S. 1687.

[1065] Vgl. BGE 142 V 290 und dazu oben S. 1 ff.

Die Möglichkeit der Vermeidung von solchen Schäden ist ein örtlich, zeitlich und personell zu differenzierender Umstand. Als die Kosten einer besten Alternative können sie die sogenannten Opportunitätskosten des Hauptzusammenhangs angeben. Wenn z. B. eine Operationsmethode die Folgen eines Unfalls besser heilen oder mindern kann, so wird damit der Nutzen bzw. Schaden des Hauptkausalzusammenhangs relativiert. Der Nutzen einer Regulierung zur Vermeidung von Unfällen muss entsprechend weniger hoch sein, um bei gleichen Transaktionskosten den optimalen Zustand zu erreichen. Ist durch einen Verminderungszusammenhang der Nutzen mit und ohne Regulierung betroffen, so ist die Ungleichung «$\Delta N(A) < \Delta N(\Delta R) - \Delta TK$» entsprechend mit einer Aussage über die Auswirkung von Vermeidungszusammenhängen zu ergänzen.

d) Verschiedene Arten von Abwägungen als Folge

Eine rein ökonomische Nutzenbewertung ist jedoch auch hier nicht möglich. Die Integration von möglichen Vermeidungszusammenhängen impliziert einen normativen Bezug zwischen den Handlungen von Privaten. Die ökonomische Methode ist damit unauflösbar und grundsätzlich mit dem normativen System verbunden. Bei grundsätzlicher Anerkennung einer Vermeidungspflicht ist ein weiterer ökonomischer Vergleich zwischen den verschiedenen Kausalverläufen nötig. Diese globale Optimierung setzt eine zusätzliche normative Wertung gegenüber einer liberalen Ordnung voraus. Die Ausgangslage ähnelt derjenigen von ökonomisch nicht ausschliessbaren Zweitzusammenhängen der Anknüpfung. Die entsprechenden Belastungen einer Schadensminderung sind im Rahmen der Zumutbarkeit gegen die gemeinschaftlichen Interessen abzuwägen.[1066]

Demgemäss hat zwingend eine normative Gewichtung von Haupt- und Vermeidungszusammenhang zu erfolgen. Dabei ist aus einer optimierenden Gesamtsicht grundsätzlich jene Ursache zu wählen, welche mit dem kleinsten Aufwand bzw. Eingriff den Schaden behebt bzw. einen Vorteil erzeugt. Die externen Kausalketten werden bei dieser Zurechnung möglichst breit geprüft und gerade nicht ausgeschlossen. Der Wertung und damit dem Recht obliegt, inwiefern von mehreren möglichen Ursachen einzelne berücksichtigt werden sollen. Diesbezüglich liegt ein

[1066] Vgl. das Bundesgericht im Entscheid I.578/06 vom 16. Juli 2007; H. LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 1995, S. 47 und 84.

genuin normativer Entscheid vor, wogegen die Frage der Relevanz von einzelnen Ursachen des Hauptzusammenhanges, wie oben gesehen, primär realer und ökonomischer Natur ist.

2. Die Schadensvermeidungspflicht im Systemaustausch

a) Spielräume regulativer Ansätze

Eine Schadensminderungspflicht kann wie besprochen[1067] grundsätzlich durch die Nichtleistung, eine Strafe oder den Entzug auch anderer oder zukünftiger Leistungen abgesichert werden. Die häufigsten Fälle möglicher Vermeidung betreffen Verhaltensweisen der betroffenen Person oder ihres Umfelds. Insoweit sind trotz der allgemeinen Aufhängung des Vermeidungszusammenhanges Konkretisierungen möglich. Ein Ansprecher eines Sozialversicherungsanspruches hat nach Art. 21 Abs. 4 ATSG allgemein auch eine Schadensminderungspflicht zu beachten. Eine versicherte Person muss sich im Hinblick auf eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit zumutbaren Behandlungen oder Eingliederungen ins Erwerbsleben unterziehen.[1068] Auch bei Gesundheitsschädigungen kann die Unterlassung einer Pflicht zur Überwindung eine Ursache darstellen, welche aus einer vergleichenden Sicht die faktische Ursache in den Hintergrund rückt. Dabei sind wie schon erwähnt zwei Ebenen von intersubjektiven Werturteilen sowie die dezentralen Einstufungen der darüberhinausgehenden zentralen Güter Freiheit und Leben zu unterscheiden.[1069] Die massgeblichen Fragen hängen alle damit zusammen, inwieweit ein Bürger selbst oder über die Gemeinschaft zur Verminderung von Schäden seines Mitbürgers angehalten werden kann.

[1067] Vgl. oben S. 303 ff.

[1068] H. LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 1995, S. 173 ff.; Vgl. z. B. zur Zumutbarkeit einer Arbeitsleistung U. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 6 N. 38ff.oder zur Zumutbarkeit einer Behandlung und Eingliederung Art. 7 N. 56 ff.

[1069] Vgl. oben S. 199 ff.

Entlang einer liberalen Ordnung sind Massnahmen jedenfalls soweit zumutbar, als kein wesentlicher Eingriff in Rechtsgüter des Geschädigten oder von Dritten notwendig ist.[1070] Beide normativen Elemente werden damit auf eine unzweifelhafte Basis reduziert und in der Folge kombiniert. Auch bei Eingriffen am Körper des Geschädigten wird das zumutbare Mass nach den objektiven Auswirkungen und deren Wahrscheinlichkeit beurteilt.[1071] Falls sich eine fehlende Verminderung faktisch im Kreislauf der Systeme nochmals auswirkt, indem z. B. zusätzliche Schäden wegen der Unterlassung einer Therapie entstehen, ist diese Konsequenz ebenfalls faktischer Natur und kann auch im Rahmen der Berechnung berücksichtigt werden, wobei das normative Gewicht auch hier in die nächste Runde des Zusammenspiels von Recht und Ökonomie mitgeschleppt wird und bei einer Gesamtbeurteilung zu berücksichtigen ist.[1072] Das Zusammenspiel von Wertungen und Folgerungen kann sich damit nach Massgabe der Umläufe und Einflüsse beider systematischen Ebenen als Puzzle herausstellen.

Lebensgefährliche Operationen sind keine Alternative zu einem weniger einschneidenden aber wahrscheinlicheren Schaden, obwohl das mathematische Produkt für die Behandlung sprechen würde. Im Gegensatz dazu können relativ ungefährliche Behandlungen und Operationen verlangt werden.[1073] Auch bei der Zumutbarkeit des Wechsels des Wohnorts entscheiden die subjektiven faktischen Umstände, weshalb z. B. einem 45-jährigen Landwirt die Aufgabe seines Hofs wegen einer drohenden Überschuldung durch Rückzahlungsverpflichtungen nicht zumutbar war.[1074] Die Optimierung orientiert sich damit an den menschlichen Bedürfnissen und ihrem Stellenwert. Sowohl die Abwägungen zwischen dem priva-

---

[1070] Vgl. A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 375; K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, S. 263.

[1071] Vgl. A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 374; K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, S. 308.

[1072] Vgl. A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 374.

[1073] Zumutbar sind z. B. therapeutische Massnahmen, ärztliche Behandlungen, ungefährliche Operationen oder der Verzicht auf weniger wichtige Körperteile, nicht jedoch Operationen und Behandlungen mit Todesrisiko oder medizinisch kontraindizierte Behandlungen (vgl. die Fälle bei A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 376 f.).

[1074] U. MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, S. 139, FN. 586.

ten und den öffentlichen Interessen als auch die Abwägungen von Privatinteressen untereinander sind von der Einordnung von Wertungen abhängig. Bei globalen Vergleichen sind die ökonomischen Grenzen zwingend an Werturteile gebunden. Werte können und sollen im Kreislauf des Systemaustausches aufgrund ihrer subjektbezogenen Natur bewusst abweichend von der Ökonomie gesetzt werden. Bei einer Versicherung kann der Rahmen schon aufgrund der Zweckbestimmung des Risikoausgleichs weiter gesteckt werden. Ein Versicherer soll normativ bedingt gerade auch schlechte Risiken versichern, weshalb eine zurechenbare, adäquate Kausalität auch bei nicht optimal auf einen Schaden reagierenden Risiken vorliegt.[1075]

b) Die Struktur einer Optimierung

Die unabhängige kausale Verursachung eines Verminderungszusammenhanges tritt im Ergebnis wie aufgezeigt in Vergleich zu einem Hauptzusammenhang in Erscheinung. Damit wird in einer globalen Perspektive die Ursache massgebend, bei der das Kosten-Nutzen-Profil am besten ist. Ein Bemühen um eine Schadensreduktion kann somit auch nicht mehr verlangt werden, wenn der Ertrag der entsprechenden Bemühung im Vergleich zu einer alternativen Lösung suboptimal ist. Im Optimum gilt für den Haupt- und den Verminderungszusammenhang, dass der Nettonutzen einer zusätzlichen Regelbefolgung positiv sein muss. Sowohl der entsprechende Nettonutzen beim Schädiger als auch der Verminderungsaufwand beim Geschädigten müssen abzüglich ihrer je anfallenden Transaktionskosten eine positive Bilanz aufweisen.

Somit müssen lokale Optima vorliegen: Der Nettoertrag der Regulierung einer Hauptaktivität sollte wie bisher positiv sein, d. h. «$\Delta N(\Delta R) - \Delta TK > 0$» und auch grösser sein als der durch die Regulierung verursachte Nutzenentgang der Hauptaktivität «$\Delta N(A)$», d. h. die Ungleichung «$\Delta N(A) < \Delta N(\Delta R) - \Delta TK$» soll gelten. Auch für einen angeordneten Verminderungszusammenhang gilt, dass der Nettoertrag der Schadensverminderung positiv sein muss, d. h. es gilt

$$\Delta N(R') - \Delta TK > 0.$$

[1075] Vgl. die Praxisänderung in BGE 112 V 30 und BGer in 8C_412/2015 vom 5. November 2015 mit Hinweis auf BGE 129 V 177 Erw. 3.3.

Dieser Nettogewinn des Verminderungszusammenhangs muss aber auch grösser sein als der Nettoertrag der Regulierung des Hauptzusammenhanges, damit eine Schadensminderung sinnvoll erscheint. Dass die Opportunitätskosten der Verminderung «$\Delta N(A')$» negativ sind, mithin «$\Delta N(R') < \Delta TK$» ist, interessiert bei einer globalen Gesamtoptimierung grundsätzlich nicht. Trotzdem können sie im Hinblick auf die normative Bewertung des intersubjektiven Verhältnisses oder im Hinblick auf die Auslegung vertraglicher Pflichten für den Fall eines Schadens von Interesse sein.

Der optimale Aufwand bei der Vermeidbarkeit hat aufgrund des Erfordernisses der Zumutbarkeit auch die faktisch begrenzten Ressourcen des Betroffenen[1076] und seine eventuell für eine Vermeidung notwendigen Kosten einzubeziehen. Dementsprechend ist ökonomisch richtig, die Überwindbarkeit gerade nicht als unteilbar anzunehmen, sondern das tatsächlich erreichbare Leistungsvermögen partiell einfliessen zu lassen.[1077] Zu berücksichtigen wären bei einer Optimierung auch die längerfristigen Nutzenentwicklungen. Dabei sind zeitlich aggregiert auf privater Seite auch ein eventuell steigender Ertrag bei erfolgreichen Bemühungen bzw. die möglicherweise steigenden Kosten einer Adaption an eine Versicherungsabhängigkeit zu berücksichtigen. Auf staatlicher Seite wären nicht nur die Höhe der Leistung, sondern auch die längerfristigen Adaptionen der Versicherten im Hinblick auf *moral hazard* einzubeziehen.

Die Relation der administrativen Kosten zum Nutzen von Eingriffen ist somit nicht nur für die Bestimmung des Regulierungsmasses, sondern auch für den Vergleich unter mehreren Varianten von Regulierungen massgebend. Die Nutzenlevel von Leistungs- und Vermeidungsmöglichkeiten sind ihren jeweiligen administrativen Kosten und ihren Wirkungen auf eine Grundaktivität gegenüber zu stellen. Dabei ist jene Lösung gesamthaft optimal, welche einen möglichst hohen Nettonutzen hat. Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, wann eine freie Entscheidung zugunsten des Gesamtoptimums zurücktreten muss. Dies ist auch von den Wertungsentscheidungen einer Gesellschaft abhängig. Ebenso ist eine Wertungsfrage, wie die abzuwägenden Werte des Eingriffes in private Bereiche und des Nutzens einer Aktivität zueinander in Beziehung stehen.

[1076] Vgl. BGE 141 V 281 Erw. 3.4.2.

[1077] Vgl. BGE 141 V 281 Erw. 3.4.2.2 und 3.6.

Wird z. B. die Absicherung bei Teilzeiteinkommen gegen das Risiko Invalidität evaluiert, so sind die in BGE 142 V 290 erwähnten Vermeidungsanforderungen bei Vollpensum auch an den Opportunitätskosten der nun fehlenden Ressourcen z. B. für eine Kinderbetreuung in Teilzeit zu messen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dabei eine mindestens teilzeitige Kinderbetreuung durch einen Elternteil bis zu Alter 16 sehr wichtig und vorrangig. Entsprechend ist kaum nachvollziehbar, warum bei einer Teilzeitbeschäftigung wegen Kinderbetreuung vom gleichen Staat bei Invalidität ein Einsatz zu 100 % für eine externe Arbeit verlangt wird. Wie bei der früheren generellen Überwindbarkeitsvermutung bei PÄUSBONOG scheint hier vorab die undifferenzierte Keule einer Vermeidbarkeit unter allen Umständen und in jedem Fall zugeschlagen zu haben. Die Problematik, dass teilweise auch bei kleinen Renten mit über die Ergänzungsleistung auf 100 % des Existenzminimums ergänzt wird, würde *de lege lata* mit einer nach versicherten Pensen differenzierenden Regelung im ELG besser gelöst.

c) Die Schadensminderungspflicht bei Schäden mit unsicherer Kausalität

Bei gesundheitlichen Beschwerden mit unklarer Ursache und Wirkung[1078] war die generelle Überwindbarkeitsvermutung nach BGE 130 V 352 auch medizinisch unrichtig.[1079] Die Problematik lag vielmehr darin, dass die Schadensereignisse nicht transparent waren. Das Bundesgericht hat sich in BGE 141 V 281 u. a. von der Überwindbarkeitsvermutung getrennt, weil diese kein optimales Niveau der Aktivität nach Massgabe des tatsächlichen Leistungsvermögens, sondern im Gegenteil

[1078] Diese Vermutungen wurden entgegen dem sie umstossenden BGE 141 V 281 Erw. 3.4.1.1. nicht einzig aufgrund der ökonomischen Realität aufgestellt, sondern auch aus der Lebenserfahrung, wonach die Folgen anhaltender Schmerzen und anderen nicht ursächlich bestimmbaren Leiden mit Willen überwindbar seien (BGE 130 V 352). Angelehnt wurde die Rechtsprechung an BGE 102 V 165, wonach bei Psychopathen, Trunksüchtigen, Rauschgiftsüchtigen, – durch einen ablehnenden Entscheid ev. sogar geheilten – Neurotikern nicht die subjektive Einschätzung der Arbeitsfähigkeit, sondern eine objektiv zu bewertende sozialpraktische Unzumutbarkeit oder gesellschaftliche Untragbarkeit der Verwertung massgebend sei.

[1079] Z. B. lassen sich die typischen Beschwerden einer Halswirbelsäulen-Distorsion wie Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit oder rasche Ermüdbarkeit (vgl. BGE 119 V 335) gerade nicht durch Willensleistungen überwinden (vgl. D. HUSMANN, Schmerzpraxis: Ei des Kolumbus, Heilmittel oder Sackgasse?), Gedanken zu BGE 136 V 279, in: HAVE 2/2011, S. 193 ff, S. 197.

eine fehlende Ursachendifferenzierung implizierte.[1080] Auch nach Aufhebung der Vermutung einer generellen Überwindbarkeit und der Kriterien für deren Fehlen ist für die Beurteilung der Zumutbarkeit eine objektive Sicht entscheidend, wie sie in Art. 7 Abs. 2 ATSG statuiert wurde.[1081] Wichtig ist und war, ob und inwiefern die versicherte Person psychisch über Ressourcen verfügt, die ihr erlauben, trotz subjektiv erlebten Schmerzen einer Arbeit nachzugehen.[1082] Die angesprochene Beweisproblematik beeinflusst diese materiell-rechtliche Ausgangslage nicht. Die subjektiven Beeinflussungen sind nur spezifisch auszuschliessen, soweit sie das Ergebnis verfälschen könnten.

J. GEDULDETES STRATEGISCHES VERHALTEN

1. Die grundsätzliche Zulassung von privaten Entscheidungsspielräumen trotz teilweise eventuell nicht nichtkooperativen Strategien

Individuelle Optimierungsstrategien können gesellschaftlich suboptimal sein, weil Entscheidungsträger die Handlungen anderer Entscheidungsträger in ihre Handlungen einbeziehen. Die Handlungsstrategien wirken sich wegen ihrer gegenseitigen Abhängigkeit gesamtwirtschaftlich suboptimal aus. Diese Situation kann auch der Staat haben, wenn er strategisches Verhalten von Privaten duldet. In der Spieltheorie wird die Situation bei negativen Effekten mittels des Gefangenendilemmas illustriert.[1083] Danach kann sich jeder von mehreren Gefangenen durch ein Geständnis einen Vorteil verschaffen. Wenn hingegen mehrere Gefangene Informationen preisgeben, kann für jeden Geständigen aufgrund der neuen Erkenntnisse eine höhere Strafe resultieren. Derartige Situationen können wie oben erläutert selbst bei normativer Missbilligung bestehen, weil eine hohe reale Komplexität die Überprüfung der individuellen Verhaltensweisen erschwert. Sie treten jedoch dann vermehrt auf, wenn strategische Verhaltensweisen gar nicht wirksam bekämpft werden sollen.

[1080] BGE 141 V 281 Erw. 3.4.2.2 und 3.6.

[1081] Vgl. BGE 141 V 281 Erw. 3.7.1 f.

[1082] BGE 141 V 281 Erw. 3.7.3 in Bestätigung u. a. von BGE 130 V 352 Erw. 2.2.4 S. 355; BGE 127 V 294 Erw. 4b/cc *in fine* und Erw. 5a S. 299 unten.

[1083] Vgl. M. LESCHKE/D. SAUERLAND, «Zwischen» Pigou und Buchanan?, S. 192.

Wegen der Schädlichkeit eines zu tiefen Aktivitätsniveaus geht der Gesetzgeber bei Handlungen mit in der Regel positiven Effekten dazu über, besonders qualifizierten Individuen einen Handlungsspielraum einzuräumen.[1084] Dies selbst auf die Gefahr hin, dass sie in dem ihnen eingeräumten freieren Umgang mit Risiko sich nicht immer optimal verhalten. Der Anknüpfungspunkt für die Kontrolle ist entsprechend grundsätzlich effizienter an der Person des Handelnden als in der Ergründung jeder von ihr ausgelösten Wirkung. So wird Berufsleuten wie z. B. Ärzten, die trotz Komplexität handeln können sollen, in der Praxis ein weiterer normativer Rahmen gesetzt. Der Arzt muss nach dem hypokratischen Eid nach bestem Wissen handeln. Soweit er einen Grund für ein Leiden nicht erkennen kann, muss er entsprechend von einem *worst case* Szenario ausgehen. Das Gesetz vermutet die Notwendigkeit dieser ärztlichen Behandlung im Rahmen der Grundversicherung.

Bei Pharmaunternehmen gilt im Rahmen der Zulassung von Arzneimitteln ebenfalls die Vermutung der Richtigkeit der eingereichten Unterlagen und Wirkungsbeschreibungen. Nach Massgabe einer Budgetrestriktion wäre im Gegensatz dazu in beiden Fällen eine objektive Perspektive richtig.[1085] Zum geduldeten strategischen Verhalten aufgrund von nicht ökonomisch zu beseitigenden Transaktionskosten kann sich somit eine vom Regulator in Kauf genommene Möglichkeit von strategischem dezentralem Verhalten wegen mutmasslich positiven Effekten der Aktivität an sich gesellen.

Suboptimale Gleichgewichte bei Handlungsalternativen können sich, wie nachfolgend in Anlehnung an J. F. NASH zu begründen sein wird, bei Zulassung von individuellen Strategien bereits wegen des Umstands einer freien Entscheidung erge-

[1084] Vgl. oben S. 267 ff.

[1085] Zur normativen Durchdringung der Begutachtung vgl. BGE 141 V 281 Erw. 5.2.1 und dazu vorne S. 335.

ben. Selbst wenn die Entscheidungsträger gegenseitig die besten Pläne (Strategien) wählen, d. h. für den Einzelnen eine Verbesserung seiner Strategie nicht möglich ist, resultiert nicht zwingend ein Gesamtoptimum.[1086]

2. Wenn gegensätzliche Strategien zu einem Gesamtoptimum führen

Zur Illustration einer Ausgangslage, in der individuelle Strategien zum gesellschaftlichen Nachteil optimiert werden können, soll die Aufnahme in die SL[1087] analysiert werden. In einer idealtypischen Situation ist die staatliche Entscheidung über die Aufnahme eines zugelassenen Arzneimittels in diese Positiv-Liste nach Art. 65 ff. KVV transparent. Ein Pharmaunternehmen mit transparenter Marktstrategie hat grundsätzlich die Wahl, sich dem Preisregime der SL zu unterziehen oder nur mit Fach- und/oder Publikumswerbung[1088] das Produkt zu vertreiben.

Das Bundesgericht hat schon im Myozyme Entscheid (I) klargemacht, dass es Strategien der Markteinführung ohne behördlich festgesetzte Preise nicht unterstützen will.[1089] Es führte aus, die gesetzliche Wirtschaftlichkeitskontrolle nach der SL

[1086] Vgl. die Dissertation von J. F. NASH, *Non-cooperative games*, Princeton 1950, S. 1 ff., oder seinen Artikel *Non-Cooperative Games*, in: Annals of Mathematics, Bd. 54 1951, S. 286-295, wofür er 44 Jahre später im Jahr 1994 mit dem Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften ausgezeichnet wurde. Zu seinem Leben ist die im Jahr 2002 mit einem Oscar für den besten Film preisgekrönte Verfilmung «*A beautiful mind*» entstanden (vgl. die Internetseiten <https://de.wikipedia.org/wiki/John_Forbes_Nash_Jr.> und <https://de.wikipedia.org/wiki/A_Beautiful_Mind_ %E2%80%93_Genie_und_Wahnsinn>, beide besucht am 17. Juli 2016).

[1087] Vgl. Art. 52 Abs. 1 lit. b KVG und Art. 64*a* ff. KVV.

[1088] Bei Einstufung der Arznei von Seiten des Heilmittelinstituts Swissmedic in eine der nicht rezeptpflichtigen Kategorien C bis E gemäss den Art. 25-27 der Arzneimittelverordnung (SR 812.212.21) wird auch der Vertriebskanal über die direkte Publikumswerbung möglich sein (vgl. Art. 14 Abs. 1 der Verordnung über die Arzneimittelwerbung, Arzneimittel-Werbeverordnung, AWV, SR 812.212.5).

[1089] Auf der Zulassungsebene sieht die Gesetzgebung tendenziell im Gegenteil Erleichterungen für teure Medikamente vor. Bei spezifischeren Indikationen werden weniger hohe Hürden gestellt, indem bei lebensbedrohlichen Krankheiten ohne die üblicherweise notwendigen klinischen Studien und mangels Alternativen eine befristete Zulassung erteilt werden kann (vgl. Art. 9 Abs. 4 HMG bzw. ab dem 1. Januar 2018: Art. 9*a* HMG). Bei seltenen Krankheiten, für die sich Studien nicht lohnen, sogenannte *orphan drugs*, kann nach Art. 14 Abs. 1 lit. f HMG eine vereinfachte Zulassung bewilligt werden.

solle nicht mit einer extensiven Einzelfallbeurteilung umgangen werden.[1090] Die SL diene der Preiskontrolle und gehe über eine Missbrauchskontrolle hinaus. Sie solle ein angemessenes Preis-Nutzen-Verhältnis sicherstellen.[1091] Mit Entscheid des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2016 wurde die Prüfung der Wirtschaftlichkeit durch das Bundesamt scheinbar sogar als formell notwendiger Schritt erachtet. Eine genauere Einzelfallbeurteilung wurde nämlich mit dem Hinweis auf die fehlende Eintragung in die SL, bzw. die Möglichkeit einer Unterwanderung dieser Vorschriften, und eine notwendige Wirtschaftlichkeitskontrolle durch das Bundesamt bei der Aufnahme in die SL verworfen.[1092] Damit würde die Rechtsprechung jedoch über Art. 71*a* Abs. 1 KVV hinausgehen. Art. 71*a* Abs. 1 KVV hat nur dann einen Sinn, wenn der Einsatz von Arzneimitteln ausserhalb ihrer Zulassung in der SL unter bestimmen Voraussetzungen wie z. B. bei grossem therapeutischem Nutzen gegenüber tödlichen oder chronischen Erkrankungen und fehlender Behandlungsalternative grundsätzlich auch ohne Aufnahme in die SL zu vergüten ist.

Die Strategien des Herstellers (bzw. des Zulassungsinhabers nach Art. 71*a* Abs. 2 KVV) und einer Krankenversicherung können einander in einer Matrixdarstellung gegenübergestellt werden. Als Beispiel sei angenommen, das Arzneimittel würde volkswirtschaftlich einen Nutzen von umgerechnet 30 Geldeinheiten stiften und bei Aufnahme in die SL würde dafür ein Preis von 20 Einheiten bezahlt werden müssen (in der Matrix oben links). Alternativ kann das Produkt trotz fehlender Aufnahme in die SL in Einzelfällen eingesetzt werden, weil besonders gewichtige therapeutische Notwendigkeiten vorhanden sind (in der Matrix oben rechts). Diesfalls wird bei einem Fünftel der Fälle eine Vergütung zu einem höheren Preis von 25

[1090] BGE 136 V 400 mit Verweis auf P. BRAUNHOFER, Arzneimittel im Spannungsfeld zwischen HMG und KVG aus der Sicht des Krankenversicherers, in: T. EICHENBERGER/T. POLEDNA (Hrsg.), Das neue Heilmittelgesetz, Zürich 2004, S. 103 ff., 110 f. und F. T. PETERMANN, Rechtliche Betrachtungen zum Off-Label-Use von Pharmazeutika, in: Health Insurance Liability Law [Hill], 2007, Fachartikel Nr. 2, Rz 59.

[1091] Mit Verweis auf BGE 109 V 207 Erw. 4; BGE 127 V 275 Erw. 2. Vgl. dazu auch die vom BGer zitierten Autoren U. KIESER, Die Zulassung von Arzneimitteln im Gesundheits- und im Sozialversicherungsrecht, AJP 2007, S. 1042 ff., 1049, und B. PFIFFNER RAUBER, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege, Diss. Zürich 2003, S. 162 f.

[1092] Vgl. BGer im Entscheid 8C_523/2016 Erw. 5.2.2. vom 27. Oktober 2016.

Einheiten angenommen.[1093] Für den anhand der kursiven Zahlen denkenden Hersteller wäre bei dieser Ausgangslage die Aufnahme in die SL attraktiv, weil die Mengenunterschiede die Preisunterschiede wettmachen (weil 20 > 5). Der sich an den kursiven Werten orientierende Hersteller (inkludiert einen Anbieter) wird als Spaltenspieler die erste Spalte wählen und die Aufnahme in die SL beantragen. Der sich an den nicht kursiven Werten orientierende Leistungsträger wird als Zeilenspieler die nicht kursiven Werte 10 und 1 präferieren, d. h. er wird in unerheblich der Beantragung der Aufnahme in die SL das Arzneimittel vergüten.

		Strategie Hersteller (Zulassungsinhaber)	
		Aufnahme in SL beantragen	*Aufnahme in SL nicht beantragen*
Strategie Leistungsträger	Beziehen und vergüten	**10** = (30-20) ***20***	**1** = (30-25)/5 *5 = 25/5*
	Nicht vergüten	0 ***0***	0 ***0***

Tabelle 3 – Spielmatrix beim Antrag auf Aufnahme in die Spezialitätenliste

Bei dieser Ausgangslage werden die zweite Spalte und die unterste Zeile vom kooperativen Ansatz dominiert und können gestrichen werden. Wichtig ist für beide Entscheidungsträger die Kenntnis der Strategie des Anderen. Der Hersteller kennt und nutzt die Strategie des normativ gebundenen Leistungsträgers und kann deshalb ein Aufnahmegesuch auch dann stellen, wenn damit Kosten verbunden sind.[1094]

Wenn der geltend gemachte Preis einen durchschnittlichen volkswirtschaftlichen Nutzen (im Beispiel: 30) übersteigt, müsste das Bundesamt für Gesundheit eine Aufnahme in die SL wegen fehlender Erfüllung des Wirtschaftlichkeitskriteriums

[1093] Nach Art. 71*a* Abs. 1 lit. a oder b KVV muss das Arzneimittel (a) eine unerlässliche Voraussetzung für die Durchführung einer anderen, von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommenen Leistung bilden und diese eindeutig im Vordergrund stehen oder (b) der Einsatz des nicht im Rahmen der Spezialitätenliste substituierbaren Arzneimittels muss einen grossen therapeutischen Nutzen gegen eine Krankheit erwarten lassen, welche tödlich verlaufen oder schwere und chronische gesundheitliche Beeinträchtigungen nach sich ziehen kann. Das Bundesgericht gab in BGE 131 V 349 Erw. 2.3 und BGE 130 V 532 Erw. 6.1 diesen Weg vor.

[1094] Die Zulassungsbelege bilden die Grundlage für die Eintragung in die SL durch das Bundesamt für Gesundheit. Weitere Unterlagen können verlangt werden (Art. 32 KLV).

verweigern. Der Anbieter kann trotzdem versuchen ohne Aufnahme in die SL einen höheren Preis fordern.

3. Nash-Gleichgewichte mit Preisdifferenzierung

Seitens der Anbieter kann versucht werden Preisabstufungen einzubauen, welche sich gewinnbringend verwerten lassen. Ein Anbieter kann sich aufgrund seiner Freiheit bei der Produktebestimmung und beim Absatzweg weniger strengen staatlichen Preis- und Wirtschaftlichkeitskontrollen unterwerfen. Der in seiner Strategie flexible Anbieter kann alternative Strategien der Ertragsmaximierung anwenden. Er kann sich im Falle medizinischer Notwendigkeit direkt aus Zahlungen von Patienten oder Absprachen mit Krankenkassen bezahlen lassen und/oder versuchen, seine Verhandlungsmacht im Gesetzgebungsprozess auch gegenüber staatlichen Stellen oder Leistungsträgern zunutze zu machen.[1095] Je nach medizinischer Notwendigkeit und Flexibilität des regulativen Umfelds wird die nachfragende Seite nicht auf einen zu hohen Preis reagieren können.

Zur Illustration sei angenommen, dass der sozial organisierte Träger einer finanziellen Leistung (nachfolgend: Leistungsträger) bei einem Viertel der Fälle einen höheren Preis von 40 zu zahlen bereit ist, weil in diesen Fällen ein besonderer medizinischer Nutzen von 60 besteht. Der Anbieter des entsprechenden Produkts (nachfolgend: Anbieter) setzt auf die Hochpreisstrategie, weil er z. B. die Preisfindung und Wirtschaftlichkeitsüberlegung des Staates nicht genau kennt. So entsteht, alles andere gleichbleibend, folgende Matrix (für die letzte Zeile und Spalte vgl. die zuletzt vorgestellte Matrix):

[1095] So hat sich z. B. der Pharmazeutika-Hersteller GILEAD in Verhandlungen mit dem Bundesamt für Gesundheitswesen geweigert, die Preise der bei Genotyp 1 und 4 von Hepatitis C marktbeherrschenden Präparate Sovaldi und Harvoni pro Therapie von rund CHF 62'000 (Harvoni) zu senken. Das Bundesamt hat zunächst als Reaktion nur eine befristete Aufnahme in die Spezialitätenliste verfügt und nur bei fortgeschritten Stadien die Vergütungspflicht bewilligt (vgl. R. FLUBACHER, 40 Millionen Franken weniger Kosten, in: Tages-Anzeiger vom 27. Juli 2015, S. 7), jedoch später zu einem reduzierten Preis diese Einschränkung wieder aufgehoben (Tages-Anzeiger vom 27. Juni 2017, S. 11).

	Aufnahme in SL beantragen, Preis 40	*Aufnahme in SL beantragen, Preis 20*	*Aufnahme in SL nicht beantragen (pro memoria)*
Vergüten	-2.5 = (0.25*60+0.75*30)-40 ***40***	**17.5** = (0.25*60+0.75*30)-20 *20*	**1** *5*
nur vergüten, wenn wirtschaftlich Anteil: ein Viertel	**5** = (60-40)/4 (hoher Nutzen bei einem Viertel der Patienten) ***10****=40/4*	10 =(60-20)/4 *5=20/4*	**1** *5*
nicht vergüten (pro memoria)	0 ***0***	0 ***0***	0 ***0***

Tabelle 4- Spielmatrix bei der Preisbestimmung

Wiederum geben die fett geschriebenen Zahlen die jeweiligen Optima in den Spalten bei verschiedenen Strategie-Zeilen des Leistungsträgers als Zeilenspieler bzw. die Optima in den Zeilen bei verschiedenen Strategien des Anbieters als Spaltenspieler wieder. Bei einem Feld, d. h. beim Nutzen (5/*10*), besteht ein sogenanntes NASH-Gleichgewicht, bei dem keiner der Akteure einen Anreiz hat, seine Strategie zu ändern. Alle anderen Strategiekombinationen sind nicht stabil und tendieren ohne Kooperation (Verhandlung) zu einem für beide Akteure suboptimalen Ergebnis. Auch der Gesamtnutzen beträgt weniger als die Hälfte wie in zwei Feldern der obersten Zeile mit je 37.5 [(-2.5/40) und (17.5/20)].

Solange der Anbieter nicht davon ausgehen kann, dass seine Preisreduktion zu einer Änderung der Vergütungspraxis führt, wird er einen Preis von mehr als 30 verlangen. Für den Leistungsträger ist der Preis unwirtschaftlich, weshalb er eine Vergütung verweigert. Damit sind die Parteien in ihren gegenseitig besten Strategien gefangen. Ein NASH-Gleichgewicht liegt vor.[1096] Die positiven Aussichten des eige-

[1096] Vgl. H.-B. SCHÄFER/C. OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 63 f.; M. ERLEI/M. LESCHKE/D. SAUERLAND, Institutenökonomik, S. 69.

nen Strategiewechsels werden durch die drohenden Nachteile aufgrund des Verhaltens des Gegenübers mehr als ausgeschaltet. Der Leistungsträger hat wegen drohender hoher Kosten kein Interesse an der Vergütung, der Anbieter hat wegen der Preiskontrolle kein Interesse zur Reduktion des Preises.

Die Parteien haben jedoch die Möglichkeit, durch Verhandlungen ein für beide optimales Ergebnis bei einem wirtschaftlichen Preis zu erreichen. Der Anbieter kann ein solches Ergebnis auch durch das Beharren auf die, das Verhalten des Vergütenden regelnden Normen erlangen. Wenn er den ersten Schritt unternimmt, einen wirtschaftlichen Preis setzt und eine wirtschaftliche Vergütung verlangt, muss der Staat grundsätzlich das Arzneimittel vergüten. Die Möglichkeit zur Durchsetzung einer auf Wirtschaftlichkeit ausgerichteten Norm dient der Erlangung einer effizienten Lösung, sie kann allerdings mit Transaktionskosten bzw. administrativen Kosten verbunden sein.

4. Nash-Gleichgewichte ohne Anreiz zu Verhandlungen

Der Anbieter kann sich eventuell auch weiterreichende rechtliche Freiheiten oder Marktmacht zunutze machen. Bei grosser therapeutischer Notwendigkeit von patentgeschützten Substanzen (Annahme: Bei einem Viertel der Fälle ist der Nutzen wegen lebensgefährlichen Umständen hohe 160, in den anderen bleibt er bei 30) kann er einen noch höheren Preis verlangen (nachfolgend z. B. 120). Wenn wiederum ein Viertel der Patienten wegen des höheren Nutzens auch den noch höheren Preis zahlt bzw. bezahlt erhält,[1097] sieht die von dominierten Strategien (letzte Zeile und letzte Spalte) entschlackte 2x2 Matrix von Tabelle 4 wie folgt aus:

[1097] Die Mengenveränderung bei Preissteigerungen liegt im Bereich medizinisch notwendiger Produkte und ohnehin bei geringen Kostenübernahmefolgen für die Nachfrager nahe null, vgl. oben S. 50.

	Aufnahme in SL beantragen, Preis 120	*Aufnahme in SL beantragen, Preis 20*
allgemein vergüten	-72.5 = (0.25*160)+(0.75*30) -120 ***120***	**27.5** = (0.25*160)+(0.75 *30) - 20 *20*
ausnahmsweise vergüten bei hohem Nutzen, Annahme Anteil: ein Viertel	**10** = (160-120)/4 ***30*** *= 120/4*	35 = (160-20)/4 *5 = 20/4*

Tabelle 5- Spielmatrix bei sehr hohen Preisen

Unter den getroffenen Annahmen noch höherer Preise kann der Anbieter unter Umständen auch bei einer geringen Anzahl Patienten einen höheren Ertrag erzielen. Diesfalls hat er mehr Ertrag als bei jeder Verhandlungslösung und deshalb keinen Anreiz zum Abweichen. Das NASH-Gleichgewicht bei teilweiser Vergütung eines höheren Preises wird somit bei weiter erhöhten Preisen für den Anbieter zu einem Optimum (in obiger Matrix: 10/*30*). Zwar würde sich das Gesamtoptimum bei einer allgemeinen Vergütungspflicht zu geringeren Tarifen von 40 auf 47,5 erhöhen, jedoch wäre dies zu Lasten des Anbieters, welcher bei tieferen Preisen zwar das Vierfache verkaufen könnte, wegen wesentlich tieferen Preisen jedoch insgesamt eine Ertragsminderung von 30 auf 20 zu tragen hätte. Damit besteht eine Situation, in der ein NASH-Gleichgewicht einen PARETO-effizienten Zustand bildet, d. h. bei dem auch durch Verhandlungen keine optimalere Lösung gefunden werden kann. Ein volkwirtschaftliches Gesamtoptimum wird unter Beibehaltung von freien Entscheidungen nicht erreicht werden können.[1098]

[1098] Vgl. zum PARETO und zum KALDOR-HICKS-Kriterium vorne S. 159.

5. Der «*hard case*» in Sachen Myozyme

a) Systematische Fallanalyse

Im Myozyme-Entscheid (I)[1099] hat das schweizerische Bundesgericht in einem ersten Schritt den therapeutischen Nutzen geprüft und diesen als möglich, aber jedenfalls klein eingestuft.[1100] In einem zweiten Schritt wurde dieser Nutzen – in einer nicht entscheidungsrelevanten Erwägung – den Kosten von über einer halben Million CHF pro Jahr gegenübergestellt mit dem Ziel den Gegenwert für einen Nettonutzen zu veranschaulichen.[1101] Als Drittes wurde in Erw. 7.4 ein Quervergleich zum Nutzen anderer Arzneimittel vorgenommen und damit die Resultate der ersten Abwägungen auf einer relativen Ebene mit anderen Pharmazeutika verglichen. Vernachlässigbar waren die Transaktionskosten und – wegen des vermeintlich fehlenden Nutzens für Dritte – die Möglichkeiten von *moral hazard*.

Im Myozyme-Entscheid (I) werden in Erw. 7.7 die Kosten in ein Verhältnis zu anderweitigen Aufwendungen des Gesundheitswesens gesetzt. Die Prüfung findet gemäss Bundesgericht im Rahmen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes «bzw. [einer] Kosten-Wirksamkeit anhand verallgemeinerungsfähiger Kriterien» statt. In Erw. 7.8 rechnet das Bundesgericht, wohl vor dem Hintergrund der allgemeinen Kostenentwicklung im Gesundheitswesen die Kosten auf CHF 90 Milliarden

---

[1099] BGE 136 V 395 Erw. 6.4 und 6.5.

[1100] Wie z. B. auch im Myozyme-Entscheid (I) fehlt häufig eine ausreichende Anzahl von Studien für eine Anwendung ausserhalb eines zugelassenen Anwendungsbereichs, wie er im Beipackzettel erwähnt wird. Dieser sogenannte o*ff-label use* muss von der Krankenversicherung nur bei besonderen Umständen und zu einem von ihr festgelegten Preis (unter dem Preis in der SL) vergütet werden (vgl. Art. 71*a* KVV). Er ist bei Neugeborenen die Regel und kommt bei Kindern in mehr als der Hälfte (vgl. dazu die Informationen auf der Internetseite der Branchenorganisation der forschenden Industrie INTERPHARMA [vgl. zum Branchenverband nachstehende FN. 1132] <http://www.interpharma.ch/medikamente/1607-label-use>, besucht am 17. Juli 2016), in der Onkologie zu ca. einem Drittel (vgl. <http://www.krebsliga.ch/de/fachpersonen/forschung /off_label_use_in_der_onkologie/>, besucht am 17. Juli 2016), und bei allen Patienten insgesamt in ca. 20 % der Fälle vor. Er kann insbesondere bei geringen Mengen wegen der teuren Studien im Angesicht der relativ geringen Ausweichmöglichkeiten der Nachfrage ökonomisch gesehen für den Hersteller sinnvoll sein.

[1101] BGE 136 V 395 Erw. 7.1 und 7.2.

hoch.[1102] In einer viergliedrigen wirtschaftlichen Kosten-Nutzenbetrachtung massgebend wäre nach der oben eingeführten Relation jedoch die relative Veränderung des Nutzens ohne Regulierung, d. h. die Frage nach dem Summanden «$\Delta N(A)$» innerhalb der Ungleichung «$\Delta N(\Delta R) > \Delta TK + \Delta N(A)$» inklusive die Einschätzung von Multiplikationen aufgrund externer Effekte, im Vergleich zur Entwicklung Umwelt, wie z. B. von anderen Substanzen.

Die Kosten des Arzneimittels pro Patient und Lebensjahr auf alle anderen Fälle mit Bewegungsproblemen (2,8 % der Wohnbevölkerung, 180‘000 Personen) als Ursachen zu übertragen ist schon sachlich unrichtig, weil ähnlich hohe Kosten mutmasslich nicht in allen Fällen als Wirkungen entstehen und auch nicht entsprechende Therapien bestehen. Gemäss der auf dieser Basis weitergeführten Hochrechnung des Bundesgerichts würden so CHF 90 Milliarden pro Jahr an gesellschaftlichen Kosten entstehen, was das 1,6-fache der jährlichen Kosten des gesamten schweizerischen Gesundheitswesens und 17 % des gesamten Bruttoinlandprodukts ausmache. Die Anzahl Personen mit Krankheiten, welche sehr teure Arzneimittel benötigen, ist denn auch geringer. Bei einem optimierenden Entscheid ist zusätzlich nach dem richtigen Mass an Versicherung, d. h. den sekundären Kosten, zu fragen.

Im Myozyme-Entscheid (I) hätten entsprechend die Lasten für die Prämienzahler als Drittbetroffene in Betracht gezogen werden können. Obwohl im Prinzip der Aufwand an Prämien mit einem erwarteten Gesundheitsgewinn abzuwägen war, scheiterte die Zusprechung am Argument fehlender distributiver Gerechtigkeit. Eine Abwägung der gesamtwirtschaftlichen Kosten hätte auch die geringe Wahrscheinlichkeit der Krankheit auf der Kostenseite gewichten und diese mit dem Hauptzusammenhang in Beziehung setzen müssen. Stattdessen wurden die Prämien verglichen mit einer Situation, in der beim Hauptzusammenhang eine Vielzahl von Fällen existiert. Damit wurde bei der Abwägung das Versicherungsprinzip, wonach ein Fall mit sehr geringer Wahrscheinlichkeit ja gerade durch die Vielzahl der Versicherten abgedeckt wird, nicht beachtet.

[1102] Dabei werden für alle Personen in der Schweiz, welche weniger als 200 m gehen können, Kosten von CHF 500'000 pro Patient und Jahr angenommen.

Massgebend ist bei Schadenauffangsystemen (Versicherungen) aus Sicht des Ursache-Wirkungs-Zusammenhanges, ob der Schadenszusammenhang in den Bereich der vorgesehenen Risikoabdeckung fällt, d. h. die entsprechenden Risiken bei der Berechnung der Prämien einbezogen wurden. Wäre die Übernahme der Kosten für den Leistungsträger hingegen existenzbedrohend gewesen, so hätte auch die Frage gestellt werden können, welche Anforderungen der Gesetzgeber an die Versicherungen gestellt hat. Insbesondere wären deren Reserven für grosse Risiken sowie Rückversicherungsobliegenheiten einzubeziehen gewesen. Das Gericht stützt sich demgegenüber auf eine Betrachtung, welche weder den Umfang der versicherten Risiken, noch deren effektive Kosten, noch die vergemeinschaftlichten Folgekosten der betroffenen Kostenträger,[1103] noch die Möglichkeiten zur Risikostreuung betrachtet.[1104]

Der Vergleich des Geldes mit der Gesundheit kann nicht durchgeführt werden, ohne Leben und Gesundheit kardinal einzuordnen. Für einen Entscheid über eine Regulierung erforderlich ist nur – aber immerhin – eine Einschätzung von privatem Nettonutzen im Vergleich zu den hervorgerufenen öffentlichen Lasten.[1105] Dies ist bekanntlich mit grossen Schwierigkeiten verbunden.[1106] Wenn jedoch ein Problem der Abwägung von Ressourcen vorliegt und ein Kausalverlauf zur Rettung von Leben oder Gesundheit grundsätzlich effizient erscheint, so könnte auch die Optimierung entsprechend ausgerichtet werden. Zu fragen wäre z. B. nach einer Wohlfahrtsfunktion,[1107] ob der durch eine zusätzliche finanzielle Einheit gestiftete Lebensnutzen grösser ist als der dadurch verursachte Verlust der Gemeinschaft in

---

[1103] Vgl. die Kritik von U. KIESER, Wirtschaftlichkeit – was ist von BGE 136 V 395 zu halten?, HAVE 2013, S. 171 ff..

[1104] Die vom Bundesrat als indirekter Gegenvorschlag zur Initiative «Für eine öffentliche Krankenkasse» vorgeschlagene obligatorische Rückversicherung für sehr grosse Risiken wurde in der Vernehmlassung abgelehnt und wird gemäss Beschluss des Ständerats vom 25. September 2012 nicht weiterverfolgt (vgl. <http://www.bag.admin.ch/aktuell/00718/01220 /index.html?lang=de&msg-id=47932>, besucht am 17. Juli 2016), eine freiwillige Rückversicherung ist jedoch weiterhin möglich (vgl. dazu Art. 16-18 KVV).

[1105] In diesem Sinne ist eine kardinale Bewertung notwendig, vgl. A. VAN AAKEN, «Rational Choice» in der Rechtswissenschaft, S. 218.

[1106] A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 168.

[1107] Vgl. zum KALDOR-HICKS-Kriterium und zur Wohlfahrtsmaximierung vorne S. 168 ff.

den gleichen Dimensionen von Leben und Gesundheit. Oder es könnte nach V. PARETO jedenfalls gefragt werden, ob die Bürger ein Zusatz an Kosten akzeptieren würden, wenn sie dafür im Notfall die dadurch finanzierte medizinische Leistung erhielten.[1108] Diese Betrachtungen sind naturgemäss auch nicht exakt, stellen aber *modo legis latoris* in Anwendung von Art. 1 ZGB zielgerichtet auf einen volkswirtschaftlichen Gesamtnutzen ab.

Die Wertentscheidung zwischen Gesundheit und Finanzen fällt bei humanistischen und reicheren Gesellschaften bei abnehmendem Grenznutzen des Geldes bei lebenswichtigeren medizinischen Gütern aufgrund der geringen Nachfrageelastizität[1109] tendenziell zugunsten der Bezahlung durch ein Versicherungssystem und zu Lasten der Finanzen des Sozialwerks aus. Wenn die Argumentation des Bundesgerichts weiterverfolgt würde, dürften in der Schweiz die vom Bundesgericht genannten 180‘000 Personen aus Kostengründen nicht die bestmögliche Therapie erhalten. Gerade, wenn Leistungen im Rahmen eines Versicherungssystems erbracht werden, sollen kleine Risiken mit dem Gesetz der grossen Zahl aufgefangen werden. Aus Gründen der Rechtsgleichheit wäre im Gegenteil die Frage zu stellen, inwieweit Sozialversicherungen hohe Risiken abdecken und einkalkulieren müssen. Der Verweis auf die Rechtsgleichheit hinkt wie erwähnt, da eine Versicherung gerade mit Ungleichheit begründet ist und folglich die Gesunden die Kranken finanzieren sollen.[1110]

Die Frage der Wirtschaftlichkeit wurde im Myozyme-Entscheid (I) zusammenfassend rechtlich und ökonomisch zu undifferenziert aufgehängt. Weder die Hypothese einer fehlenden Gleichheit von Leistungen noch ein hypothetischer Gesamtwert auf dieser Grundlage helfen weiter. Die ökonomisch und in der Folge auch gesetzgeberisch und im Rahmen einer Versicherung entscheidende Frage ist,[1111] bis zu welchem Aktivitäts- und Preisniveau eine zusätzliche Leistung der Pharmaindustrie einen die Kosten übersteigenden Mehrwert bietet. Dabei wären nach der

---

[1108] Vgl. zum PARETO-Kriterium vorne S. 165 ff.

[1109] Vgl. P. ZWEIFEL/W. G. MANNING, Moral Hazard and Consumer Incentives, S. 454, und dazu oben S. 50.

[1110] Vgl. oben S. 14 f.

[1111] Prinzipiell *de lege ferenda*, weil die Gesetzesanwendung gerade nicht ohne Not eine weitreichende, gesetzgebende Rolle beinhaltet.

Formel «$\Delta N(\Delta R) > \Delta TK + VK + \Delta N(A)$» die Transaktionskosten, die Versicherungskosten und der Nutzen alternativer Leistung ergänzend einzubeziehen. Der multiplikative Effekt von externen Vorteilen ohne zentrale Kontrolle besteht auch hier. Weil seltene Krankheiten in der Regel nicht willentlich hervorgerufen werden können, ist die Gefahr der Ausnützung von externen positiven Effekten durch die Leistungsbezüger gering. Dies gilt jedoch nicht für die Hersteller als Leistungserbringer. Diese können versucht sein, aus der Situation schwerer Kontrollierbarkeit der Nützlichkeit einer Innovation Kapital zu schlagen.

Die Aufnahme in die SL ist ein Verwaltungsentscheid darstellt, bei dem die Wirtschaftlichkeit nach verschiedenen Kriterien überprüft werden kann. Die Wirtschaftlichkeit betrifft schon die Eignung des Arzneimittels, wobei auch eine kritische Hinterfragung der klinischen Studien erfolgen sollte. Zuweilen ist die Evidenz für eine Nützlichkeit gering, zuweilen bestehen Wissensasymmetrien über die Nützlichkeit, welche für die Hersteller angesichts der hohen Investitionen für Forschung und Entwicklung verständlicherweise nicht in den Vordergrund gerückt werden.[1112] In diesen Fällen sollte aber, jedenfalls bei sehr hohen Ausgaben für die öffentliche Hand, im Zweifel auch der Nettonutzen des Eintrags in die SL kritisch hinterfragt werden. Einzubeziehen sind nebst der zugegebenermassen schwierig zu bemessenden Nützlichkeit für die Güter von Leben und Gesundheit auch die verschiedenen Arten von Kosten, aber auch die Art der Anknüpfung zur Ermittlung des Nutzens und der Kosten bei komplexen kausalen Zusammenhängen.

b) Vorschlag der Anwendung der vierstufigen Wirtschaftlichkeitsbestimmung

Der Myozyme-Entscheid eignet sich um das Zusammenspiel der möglichen Wirtschaftlichkeitskriterien aufzuzeigen. Wegen der allgemeinen Geltung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes im KVG ist dieser breit anzuwenden, d. h. unter Einbezug der möglichen Kostenarten und hinsichtlich von lokalen und globalen Optima. Der besondere Wert der betroffenen Güter des Gesundheitsrechts ist jeweils zu beachten:

[1112] Vgl. vorne S. 281 ff.

1. Eine Wirtschaftlichkeitsprüfung umfasst die Eignung zur produktiven Leistung im Vergleich zu den Kosten, d. h. den Vergleich einer medizinischen Wirksamkeit mit den notwendigen Ressourcen. Diese Komplexität in der faktischen Wirkung wird bei Pharmazeutika durch das Urteil einer Zulassungsbehörde, z. B. des Schweizerischen Heilmittelinstituts Swissmedic, vermindert.[1113] Die Fremdkomplexität ist dabei sehr hoch, was entsprechende Anforderungen an die Zulassungsbehörde stellt und bei fehlender effektiver Kontrolle auch Missbrauchspotenzial bietet. Die Zulassung wird erteilt, wenn eine Herstellerin ein Produkt zuvor unter anderem klinisch auf die therapeutische Wirkung und die Sicherheit bzw. ein positives Nutzen-Risikoverhältnis getestet hat.[1114] Die staatliche Genehmigungspflicht wirkt sich, wie bei den Sorgfaltsstandards einer Haftung allgemein, auch zugunsten des Risikoverursachers aus, weil dieser sein Betriebsrisiko im Mass der Erlaubnis auf den Konsumenten abwälzen kann.

   Zwar ist die Einhaltung von behördlichen Vorschriften kein Beweis für die Fehlerfreiheit, aber doch ein Indiz für das der Allgemeinheit zugemutete, übliche Sicherheitslevel.[1115] Rein ökonomisch betrachtet, beinhaltet die Zulassung eine für beide Seiten positive Komplexitätsreduktion. Auf dieser Grundlage kann die Wirtschaftlichkeit mit den verlangten Preisen verglichen werden. Gemäss Art. 65*b* Abs. 1 KVV ist ein Arzneimittel dann wirtschaftlich, wenn es «die indizierte Heilwirkung mit möglichst geringem finanziellem Aufwand gewährleistet». Damit erfolgt eine Bewertung von Leistungen. In der SL wird der aufgeführte Höchstpreis schon bei der Aufnahme nicht mit einem direkten Bezug zum medizinischen Nutzen festgelegt.[1116] Die entsprechende Praxis, gekoppelt mit der naturgemäss bei hoher Komplexität fehlenden Vergleichbarkeit (und ev. einer gewissen behördlichen Passivität), führte z. B. dazu, dass in den

---

[1113] Art. 9 HMG.

[1114] Vgl. Art. 53 HMG.

[1115] Vgl. den tragischen Fall einer Embolie nach Einnahme der Antibabypille Yasmin im Entscheid des BGer 4A_365/2014.

[1116] BGE 142 V 26 Erw. 5.3.

letzten 10 bis 15 Jahren trotz eben diesem gesetzgeberischen Zweck der Ausmusterung durch Überprüfung[1117] keine Wirksubstanz mehr von der SL genommen wurde.[1118] Die Problematik liegt darin, dass auch mit hohem Aufwand die Wirksamkeit oder Wirtschaftlichkeit gemäss vielfältigen privaten Studien kaum in Zweifel gezogen werden kann. Die Regel im deutschen Gesetz über die Neuordnung des Arzneimittelmarktes AMNOG,[1119] wonach vom Hersteller der Zusatznutzen nachzuweisen ist, um nicht in eine Tiefpreisgruppe eingeteilt zu werden, gibt einen Weg vor, wie ökonomisch sinnvoll mit den Problemen der Komplexität umgegangen werden kann. Der Hersteller hat danach nicht nur eine Wirksamkeit, sondern eine höhere Wirksamkeit als bei bisherigen Studien zu beweisen. Damit wird ähnlich der erwähnten Fälle bei Komplexität mit reduziertem Beweismass die vorausgesetzte Überzeugungskraft geändert. Aufgrund der möglichen finanziellen Belastung der Allgemeinheit wird es jedoch erhöht, statt reduziert.

2. Eine systematische Prüfung der Wirtschaftlichkeit umfasst auch die sekundären und tertiären Kosten, d. h. den Kosten von Versicherung und Administration insbesondere von Aufklärung und Kontrolle. Die Transaktionskosten bleiben in der Wirtschaftlichkeitsanalyse in aller Regel unberücksichtigt. Sie werden in Art. 32 KVG und seinen Konkretisierungen auch nicht direkt angesprochen. Dies obwohl sowohl der Versuch der Überwindung von Informationsasymmetrien durch einen zentralen Ansatz hohe Transaktionskosten auslöst. Der Versuch einer zentralen Erfassung der Komplexität durch eine zentrale Kontrolle kann auch bei einem sehr hohen Einsatz von Ressourcen durch das BAG oder Swissmedic kaum die möglichen dezentralen Strategien von Herstellern aufdecken. Im Unterschied zu den PÄUSBONOG kennt jedoch nur der Leistungserbringer den richtigen Sachverhalt und kann ihn beeinflussen. Im Gegensatz zur Überwindbarkeitsvermutung ergibt sich hier deshalb eine kostengünstigere private Kontrolle durch die Notwendigkeit einer privaten Beweisführung. Als Nebeneffekt werden die Fälle gemäss dem Konzept des AMNOG besser vergleichbar.

[1117] Vgl. BBl 1992 I S. 93, 159 zu Art. 26 Abs. 2; heute: Art. 32 Abs. 2 KVG.

[1118] Diese fehlende Zielerreichung ist erwähnt in BGE 142 V 26 Erw. 5.4.

[1119] Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz vom 22. Dezember 2010, BGBl. I S. 2262 (Nr. 67)

3. Damit verknüpft ist die Frage der Optimierung gegenüber bewusster Fremdkomplexität, d. h. ob ein Ausschalten von *moral hazard* notwendig ist. Die faktische Komplexität für die Marktteilnehmer und die Informationsasymmetrien werden bei Pharmazeutika in erster Linie dadurch vermindert, dass die Zulassung staatlich des Fachpersonals abgeklärt und beaufsichtigt wird, womit auch die Gefahr von *moral hazard* verringert wird.[1120] Einer prospektiven Kontrolle wirtschaftlichen Handelns dient auch die qualifikationenbasierte Zulassung des Fachpersonals. In der Regel werden auch die Konzerne, die in der Lage sind, einen Zulassungsprozess durchzuführen, die Fälle fehlender Wirkung oder möglicher Täuschung aussondern. Die Leistungserbringer haben eine hohe Reputation zu verlieren und werden keine Fälle von offensichtlicher Täuschung riskieren.[1121]

   Im Bereich medizinischer Zulassung liegt die Problematik aber in der Regel nicht bei bewussten Täuschungen, sondern dass der Markt auch bei geringer oder eventuell fehlender Wirksamkeit nach einem Produkt verlangt.[1122] Die repetitiv wirksamen Substanzen sind als Komplementärmedizin sogar in Art. 118*a* BV geschützt, was die Anreize für Missbräuche fördert.[1123] Den Herstellern von Myozyme ist entsprechend nichts vorzuwerfen. Im Gegenteil charakterisierten sie ihr teures Produkt mit den Worten «*chez les patients atteints par la forme tardive de la maladie, les données concernant l'efficacité sont limitées*». Trotzdem wurde das Produkt vom BAG in die SL aufgenommen, was für das Bundesgericht im Myozyme-Entscheid (II) hinsichtlich des

---

[1120] Vgl. M. PETER/J. FLIEDNER/Th. VON STOKAR, Regulierungsfolgenabschätzung zur Revision des Heilmittelgesetzes, Teilprojekt vereinfachte Zulassung von Komplementär- und Phytoarzneimitteln, Schlussbericht vom 27. März 2012, Studie im Auftrag des BAG und des SECO, Zürich 2012, zu beziehen online unter <www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/biomed/heilmittel/revision-hmg/regulierungsfolgen-revision-hmg-schlussbericht.pdf.download.pdf/ABI_2012 -03_27_RFA_Komplementaermedizin.pdfr>, besucht am 20. Juli 2017, S. 6 f.

[1121] Doch zeigt z. B. die Problematik von betrügerischer Software in Dieselfahrzeugen verschiedener Autokonzerne, dass im Umfeld hoher Komplexität auch weltumspannende Täuschungshandlungen lange unentdeckt sein können.

[1122] So die Meinung der Cochrane Collaboration über das Arzneimittel «Tamiflu» des Pharmakonzerns F. Hoffmann-La Roche AG, vgl. vorne FN. 920.

[1123] Vgl. den Versuch einer Begrenzung in Art. 35*a* KVV, in Kraft ab 1. August 2017, bei der Interpretation der WZW-Kriterien nach wissenschaftlichen Gesichtspunkten mit dem Verweis auf Anwendungs- und Forschungstradition einer Fachrichtung oder die ärztliche Erfahrung und wissenschaftliche Evidenz.

Kriteriums der Wirksamkeit – nach der Feststellung dieses Sachverhalts durch die Vorinstanz nicht überraschend – eine verbindliche Tatsache darstellte.[1124]

Das schon durch die grosse Aufgabe bedingte Ungleichgewicht von Aufgaben und Ressourcen bei Swissmedic und des BAG zur Prüfung der Wirksamkeit bzw. die Wirtschaftlichkeit, führt tendenziell zur Übernahme der Gesuchsinhalte gemäss den Anträgen der Hersteller. *De facto* kann mit angemessenem Aufwand nicht eingehend die Wirksamkeit unter Hinterfragung der Studien bzw. eine Wirtschaftlichkeit nach verschiedenen Kriterien geprüft werden. Bei derart hoher faktischer Komplexität wird die Überwindung von Wissensasymmetrien in der Regel effizienter dezentral durch interessierte Parteien erfolgen, weil das Wissen auch dezentral anfällt, sei dies nun unter den Leistungsträgern oder, wie im AMNOG, unter den Leistungserbringern. Die Krankenkassen und deren Kunden sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eventuell aber nicht legitimiert, die Entscheide zur Aufnahmen in die SL anzufechten.[1125]

Wird die Strategie eines Privaten geduldet und nicht vom Leistungsträger dominiert, so stehen sich zwei wechselseitig optimierende Strategien gegenüber. Weil NASH-Gleichgewichte bestehen können, muss das Resultat wie eben aufgezeigt nicht auch volkswirtschaftlich optimal sein. Entsprechend sollten diese Konstellationen nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit durch den Gesetzgeber oder den Rechtsanwender durchschaut und durchkreuzt werden.

Der zurückhaltende Umgang mit grundsätzlich geduldeten privaten Strategien kann nur über den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit verankert sein. Inhaltlich kann das Wirtschaftlichkeitsprinzip in einen Konflikt mit extensiv benutzten Normen treten. So sollte ein Schutz geistigen Eigentums nicht so weit gehen, dass er gesamtwirtschaftlich schädlich wird. Dies liesse sich mit dem Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 ZGB schon *de lege lata* begründen. Auch die Verfahrensregeln zur Abklärung von Sachverhalten haben grundsätzlich einen dienenden Charakter, weshalb *de lege ferenda* Anreize zur Verminderung von

[1124] Vgl. BGE 142 V 478 Erw. 6.3.

[1125] Diese Frage wurde in BGE 142 V 478 Erw. 6.4 explizit offengelassen.

Wissensasymmetrien durch Private, wie z. B. einer Anknüpfung an die Wirksamkeit eines Präparats im Vergleich zu den schon Bestehenden, wie im AMNOG, sinnvoll wäre.

4. Die Entscheidungsalternativen und -kombinationen samt Erfolg und Wirkung sind immer komparativ untereinander zu vergleichen. Dieser Grundsatz wurde für die Bestimmung der Wirtschaftlichkeit von Arzneimitteln aufgenommen. Denn mit dem TQV wird nun explizit ein Vergleich zu Wirksamkeit und Kosten von alternativen Behandlungen der gleichen Krankheit ermittelt.[1126] In der vorliegend verwendeten Terminologie wird eine globale Optimierung angestrebt. So sollte z. B. ein neues Schmerzmittel nicht wesentlich teurer sein als das Bisherige.

   Eine komparative Anknüpfung beinhaltet auch der APV nach Art. 65*b* Abs. 2 lit. a KVV. Für die Leistungsträger kann diese Anknüpfung zwar mit grösseren Einsparungen verbunden sein, weil sich die Preise im Ausland oft auf die dort in der Regel tiefere Kaufkraft abstützen. Der Nachteil der zweifach relativen Anbindung der Wirtschaftlichkeit z. B. in Art. 65*a* KVV zeigt sich jedoch bei Produkten ohne direkt vergleichbare Indikationen oder Wirkungsweisen. Bei den seltenen Krankheiten existieren keine Alternativen, was auch in den nach dem Belieben des Herstellers ausgewählten drei Vergleichsländern zu hohen Preisen führt. Insbesondere besteht damit genügend Spielraum um einer autoritativen Einordnung in ein tieferes Preisgefüge für vergleichbare Arzneimittel zu entgehen. Dies führt tendenziell zu einem Vergleich des Ist-Zustandes mit sich selbst bzw. zum Versagen der Preiskontrolle. Diese Art der Preiskontrolle kann im Gegenteil sogar verhindern, dass bei alternativen Behandlungsmöglichkeiten ein Preiswettbewerb stattfindet.

Das Gesetz verlangt bei Pharmazeutika in Art. 32 KVG mit dem Wirtschaftlichkeitskriterium eine optimale Kosten-Nutzen Relation.[1127] Dies setzt eine Beachtung von Grenznutzen und Grenzkosten und damit ein lokales Optimum voraus.

[1126] Vgl. Art. 65*a* Abs. 4[bis] KVV und den die Revision auslösenden BGE 142 V 26 in Erw. 5.3.

[1127] Wobei die Wirksamkeit des Hauptzusammenhanges vorausgesetzt wird, vgl. das Bundesamt für Gesundheitswesen, S. 6.

Eine medizinische Massnahme soll somit bis zu einer marginalen Einheit mehr nützen als sie kostet. Bei einer Versicherung muss der zusätzliche Prämienfranken ausreichen, um den dadurch erreichten Wohlfahrtsgewinn und die administrativen Kosten sowie die Kosten der Versicherung zu finanzieren. Die Unbestimmtheit des Wirtschaftlichkeitsbegriffs lässt dabei zu, auch volkswirtschaftliche Überlegungen zu den Möglichkeiten von *moral hazard* oder eine sonstwie zweckwidrigen Nutzungen von Rechtspositionen einfliessen zu lassen. Schliesslich soll in Anwendung einer komparativen, global vergleichenden Natur der Wirtschaftlichkeit keine Alternative mit besserem Kosten-Nutzen-Verhältnis existieren. Die Optimierung ist – gerade, aber nicht nur im Gesundheitswesen – jedoch nicht auf der Grundlage von linear verlaufenden Güterbewertungen vorzunehmen. D. h., sie hat insbesondere zu berücksichtigen, dass sowohl die Rechtsubjekte als auch ihre Grundordnung die Werte von Leib und Leben exponentiell höher gewichten als materielle Werte.

Dies führt nach der hier vertretenen Ansicht weder zur fehlenden Kalkulierbarkeit *per se*, noch – nach der angedachten Praxis im Myozyme-Entscheid (I) des Bundesgerichts – zu einer verallgemeinerungsfähigen maximalen Kalkulationsgrösse für ein menschliches Lebensjahr. Der Wert von schwer bestimmbaren, werturteilsbehafteten Gütern soll möglichst offengehalten werden. Die Ergebnisse stehen idealerweise in Funktion einer variablen Güterbewertung. Bei Pharmazeutika lässt sich auch ohne quantitative Analyse festhalten, dass der Nettonutzen des Hauptzusammenhanges während einer ersten zeitlichen Phase, derjenigen der Innovation und Markteinführung, negativ ist und in dieser Zeit erhebliche Kosten und noch kein Nutzen anfallen. Um Innovationen zu fördern, sollte über die Laufdauer eines Patents der Nutzen die Kosten von Innovation und Marketing mehr als ausgleichen.[1128] Nach den Regeln der Ökonomie ist zu erwarten, dass die Erzeugung einer wirksamen Innovation faktisch immer teurer wird bzw. der zusätzliche Nettonutzen von Investitionen in Forschung und Entwicklung abnimmt.[1129] Ausgenommen von Glücksfällen und technischen Innovationen bei Erkenntnisverfahren wird die Erlangung von neuen Erkenntnissen pro Einheit teurer, weil naheliegen-

[1128] Vgl. z. B. Art. 1 Abs. 2 des Schweizer Patentgesetzes vom 25.6.1954 (SR 232.14).

[1129] So z. B. der Gesundheitsökonom G. KOCHER im Veranstaltungsbericht von B. CASANOVA, Medizinischer Fortschritt und Gesundheitskosten, Managed Care 4/2005, S. 42, 43, zu den ersten Luzerner Trendtagen Gesundheit vom 22. und 23. Februar 2005.

des, mit wenig Aufwand erwerbbares Wissen in aller Regel schon bekannt ist. Anstrengungen zur Innovation sollen aus ökonomischer Sicht solange unternommen werden, bis die Kosten einer zusätzlichen Forschungseinheit den zugehörigen Ertrag beim Patienten überschreiten.[1130]

6. Fazit

Das richtige Mass von subjektiven Exklusivrechten, wie dieses z. B. bei Arzneimitteln zum Ausdruck kommt, kann aus wirtschaftlicher Sicht beantwortet werden. Massgebend kann nicht, wie normativ angenähert, nur eine Querverbindung zu einem anderen Justizsystem (z. B. APV) oder ein Vergleich mit einem – absolut letztlich auch nicht quantifizierbaren – Nutzen von anderen Arzneimitteln sein (z. B. TQV). Das Ergebnis der drei Gesichtspunkte der lokalen Optimierung sollte von diesen komparativen Ansätzen bzw. einer globalen Optimierung nicht vollständig verdrängt werden. Wie die Myozyme-Entscheide (I) und (2) zeigen, ist eine rein komparative Bewertung schwierig und lassen doch die drei lokalen Ansätze der Optimierung wieder zum Vorschein bringen. Entsprechend sind daher die Gesichtspunkte der Ökonomie nicht auf die relativen Gesichtspunkte des APV und des TQV zu beschränken. Das Mass, in dem andere Rechtsordnungen oder frühere Zulassungsentscheide private Strategien und nicht geklärte faktische Komplexität zulassen, hilft bei der Bestimmung eines ökonomischen Optimums nicht. Nicht ein bei Monopolen ohnehin nicht faktisch existierendes globales Kostenoptimum bzw. ein komparativer Kostenvergleich sind zu suchen, sondern ein lokales Optimum. Die diskussionswürdige Frage ist aus wirtschaftlicher Sicht, wo nützliche strukturelle Kopplungen nach ihren Implikationen für private Anreize und einen langfristig aggregierten gemeinschaftlichen Nutzen enden.[1131]

Dabei ist im Sinne des oben zu den NASH-Gleichgewichten Ausgeführten zu beachten, dass mangels Konkurrenz individuell optimierte Positionen gesamthaft suboptimal sein können. Das Verhalten von privaten Entscheidungsträgern nimmt *per definitionem* keine Rücksicht auf den Nutzen von anderen Wirtschaftssubjekten.

[1130] A. ENDRES/J. MARTIENSEN, Mikroökonomik, Eine integrierte Darstellung traditioneller und moderner Konzepte in Theorie und Praxis, Stuttgart 2007, S. 494.

[1131] Vgl. dazu M. FRITSCH, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 134 f.

Dies ist z. B. der Fall, wenn bei Monopolen, Kartellen oder privaten Marktzutrittsbeschränkungen ein Marktversagen auftritt oder ein Markt mit übertragbaren Rechten mangels eines Rechtsschutzes sich nicht entfalten kann. Entsprechend soll sich ein Gesetzgeber fragen, ob und inwieweit dezentrale Rechtspositionen bei Immaterialgütern wirtschaftlich sinnvoll geschützt werden sollen. Die Staatengemeinschaft sollte jedoch nicht die Verpflichtung haben, Patenteigner, die sich entgegen den Gemeinschaftsinteressen verhalten, zu schützen.

Eine politisch und ökonomisch umstrittene Frage ist diejenige nach den langfristigen Auswirkungen des Schutzes des Monopols. Obwohl sich mit einer Aufweichung jedenfalls kurzfristig bei den Gesundheitsausgaben Geld sparen liesse, betrieben der Branchenverband INTERPHARMA[1132] und der damalige Verwaltungsratspräsident der Novartis AG, D. VASELLA, im Jahr 2008 erfolgreich Lobbyarbeit gegen eine Marktöffnung der Schweiz bei Pharmazeutika.[1133] Die Pharmaindustrie verweist insbesondere auf die volkswirtschaftlichen Vorteile ihres Standortes in der Schweiz, einen geringen Einfluss von Parallelimporten auf die Preise und den Erhalt der Innovationskraft.[1134] Die höheren Preise werden in der Tat auch durch immer spezifischere Produkte und hohe Forschungsausgaben verursacht. Die bessere Erfassung von Indikationen und Behandlungen, insbesondere durch Anpassung der Pharmazeutika an die Genetik oder an die spezifischen Bedürfnisse von Untergruppen von Patienten, ergibt sich aus dem Streben nach einer möglichst

---

[1132] INTERPHARMA ist ein schweizerischer Verein mit Sitz in Basel, der sich zum Ziel gesetzt hat, die Interessen der forschenden Pharmaunternehmen der Schweiz zu vertreten. Mittlerweile zählt der Branchenverband 24 Mitgliedsfirmen auch mit Konzern-Hauptsitz im Ausland, u. a. Novartis Pharma Schweiz AG, Roche Pharma (Schweiz) AG, Bayer (Schweiz) AG sowie Firmen der Konzerne Merck, Sanofi oder Pfizer, vgl. die Internetseite <http://www.interpharma.ch/ueber-interpharma/1490-mitglieder-der-interpharma>, besucht am 28. Juli 2017.

[1133] Im Ausland zu Fragen Anlass gab der Meinungsumschwung von Teilen der CVP und deren damaligem Präsidenten Ch. DARBELLAY nach einem Treffen mit D. VASELLA und ein möglicher Zusammenhang mit der fehlenden Offenlegung von Parteispenden in der Schweiz, vgl. M. DAUM, Die Politikerflüsterer, in: Zeit-Online vom 23. Juli 2009 im Internet unter <www.zeit.de/2009/31/CH-Pharmalobby-31>, besucht am 20. Juli 2017. In der Schweiz wurde im Vergleich dazu zurückhaltend Stellung genommen, vgl. die NZZ vom 28. Mai 2008 <www.nzz.ch/cvp-fraktion_gegen_pharma-parallelimporte-1.744469>, besucht am 20. Juli 2017.

[1134] Vgl. das Themendossier der INTERPHARMA zur Gesundheitspolitik 1/2008, veröffentlicht im Internet unter <www.interpharma.ch/sites/default/files/themendossier-1-2008_parallelimporte-von-arzneimitteln_d.pdf>, besucht am 27. Juli 2017.

guten Gesundheitsversorgung.[1135] Die Frage der optimalen Kosten-Nutzen-Relation bei Ausgaben für Gesundheit ist jedoch eine des Masses. Insbesondere können für die Grenzfälle der guten Versorgung nicht so viele Ressourcen verbraucht werden, dass der volkswirtschaftliche Gesamtnutzen zurückgeht.

Interessant ist auch die Frage, ob zusätzliche Monopolrenten der Pharmaindustrie bei der Erhöhung der längerfristigen Innovationskraft eine wesentliche Rolle spielen. Grundsätzlich wäre zu erwarten, dass im Gegenteil mehr Wettbewerb die Innovationskraft fördert. Bei einem Wettbewerb um ein Patent steht allerdings die Stellung als Monopolist auf dem Spiel, was bei diesem bis zum Stand eines gesicherten Überlebens die grösseren Anreize bietet, als eine Wettbewerbssituation. Die Frage des Schutzes der Patentinhaber ist – wie diejenige der Monopole selbst – eine Frage des Masses. Der Entzug von Ressourcen durch Monopole wird dann unökonomisch, wenn der damit ausgelöste Entzug einer finanziellen Ressource gesamtgesellschaftlich die geringeren Verluste auslöst, als der Gewinn jenes Teils ausmacht, welcher der Monopolist investiert.[1136] Einen grossen positiven Einfluss hat das gute Finanzpolster der Pharmaindustrie jedoch nicht in erster Linie bei den eigenen Anreizen zur Innovation, sondern bei der Fähigkeit, die zukunftsträchtigen Technologien und Innovationen weltumspannend zu erkennen und die aufwändigen Zulassungsprozesse in verschiedenen Ländern erfolgreich zum Abschluss zu bringen.[1137] Ob der Gewinn der Industrie höher ist als volkswirtschaftlich indiziert,

---

[1135] Vgl. z. B. F. Hoffmann-La Roche AG, Personalisierte Medizin: Kleine Unterschiede, grosse Wirkung, Basel 2011. Die Entwicklungen laufen aus medizinischer Sicht aber auch hinsichtlich ihrer Kosten zur Spitze hin, vgl. z. B. das im Artikel Leukämie wird heilbar- dank neuer Zelltherapie, Tages-Anzeiger vom 27. Juli 2017, S. 1 und 38, beschriebene Verfahren CAR-T-Krebstherapie. Damit werden körpereigene Zellen so gentechnisch verändert, dass sie Krebszellen töten können. Diese Zellen werden durch Infusion der Patientin zurückgegeben. Die Kosten stehen noch nicht fest, doch gehen Finanz-Analysten gemäss Tages-Anzeiger von CHF 300‘000.- bis CHF 500‘000.- aus.

[1136] Unterschiedliche Annahmen über die Fakten führen zu verschiedenen Optima bei der Bestimmung der Wettbewerbsstruktur, vgl. dazu eingehend M. KESSLER, Internationaler Technologiewettbewerb: Eine theoretische Untersuchung, Heidelberg 1992.

[1137] Gemäss dem Branchenverband INTERPHARMA genügten früher für klinische Studien wenige hundert Teilnehmer während es heute in der Regel mehrere tausend sind. Die Pharmaindustrie rechnet heute bis zur Markteinführung im Durchschnitt 10 bis 16 Jahre und Kosten von rund 1,3 Milliarden Franken, wobei rund zwei Drittel dieser Kosten bereits vor den klinischen Studien anfallen würden, vgl. dazu INTERPHARMA, Der Weg zu einem neuen Medikament ist lang, im Internet unter <www.interpharma.ch/forschung/6004-der-weg-zu-einem-neuen-medikament-ist-lang>, besucht am 28. Juli 2017.

ist für die Schweiz soweit erkennbar noch nicht empirisch abgeklärt worden.[1138] Eine entsprechende unabhängige Analyse hätte den Rahmen der vorliegenden Arbeit jedenfalls gesprengt.

K. SCHLUSSBETRACHTUNG

1. Resultate der systemorientierten Analyse

Die systemorientierte Analyse zwischen den Systemen Recht und Wirtschaft hat im Wesentlichen drei Ansätze zu Tage gefördert.

1. Ein Optimum im System-Austausch von wirtschaftlichen Prozessen und menschlich wichtigen Zusammenhängen findet sich nur bei einer Berücksichtigung beider Sphären. Diese können nach Massgabe ihrer Prioritäten wechselseitig optimiert werden und setzen sich im gemeinsamen Ziel ihrer Repetition trotz Fremdkomplexität voraus. So gründet die Optimierung privatrechtlicher Verfügungsfreiheit nebst dem Eigentum direkt oder indirekt auch auf dem Bestehen von Grundrechten menschlicher Entfaltung,[1139] wobei nicht jedes Grundrecht dafür gleich wichtig erscheint. Soweit grundlegende Rechte menschlicher Existenz betroffen sind, sind diese besonders zu schützen und den Grundsätzen der Ethik bzw. einer Gesamtökonomie, welche die volkswirtschaftliche Wichtigkeit anerkennt, zu unterstellen. Mit dieser Einschränkung bestehen in der langen Sicht keine grundsätzlichen Wertungswidersprüche zwischen Recht und Ökonomie.

2. Als gemeinsames Ziel haben die Systeme auch die Abwehr von Kosten sowie von Systemdestabilisierungen durch repetitives Verhalten. Unvollkommene Regeln bzw. externe Effekte können eine Quelle schädlichen Verhaltens bilden. Die Kosten zum Vollzug sind zwar zur Stabilisierung essentiell, stiften aber keinen Zusatznutzen. Optimierungen in dieser Hinsicht richten

---

[1138] So die Tendenz, wie sie in Deutschland von der Industrie angegeben wird, vgl. M. ALBRECHT, Standortqualität aus Sicht der pharmazeutischen Industrie, Diplomarbeit Universität Trier 1997, S. 33 f., mit Hinweis auf den Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie.

[1139] Vgl. zur notwendigen Adaption von Grundrechten im Privatrecht A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 244.

sich entsprechend nur nach dem statistisch und ökonomisch gesehen Unvermeidbaren. Mithin entscheidet diesbezüglich die wirtschaftliche Perspektive ausschliesslich, weil sich die Regeln bereits im Optimierungsziel verkörpern. Z. B. besteht rechtlich und wirtschaftlich aus einer Gesamtsicht auch keine Notwendigkeit der Abwägung von asozialen Verhaltensweisen oder der Nützlichkeit von rein distributiven Tätigkeiten, z. B. von Anwälten.

3. Zu beachten ist wirtschaftlich und rechtlich schliesslich gleichermassen die Relativität der konkreten faktischen Systemumwelt. Die Relation von Kosten und Nutzen ist nur insoweit entscheidend als sie auch gegenüber Alternativen zu bestehen vermag. Ansonsten würde sich die Entwicklung in eine Sackgasse bewegen und die Systeme würden als Ganzes von sich erfolgreicher entwickelnden Konkurrenten überholt. Diese Relativierung ist bei der Gesundheit nur im Bereich des Aufwands bzw. der Kosten einer Schadensvermeidung ein unbestrittener Parameter in Übereinstimmung mit den Grundrechten. Soweit jedoch der Nutzen von Leben und Gesundheit relativiert wird, kann die ökonomische Betrachtung einer auf den hohen Schutz des Lebens und der Gesundheit ausgerichteten, normativen Auffassung, wie sie in Grund- und Menschenrechten und z. B. in Art. 117a Abs. 1 BV zum Ausdruck kommt, diametral widersprechen.

2. Die Auswirkung auf eine parallele Struktur von Optimierungskriterien

Der Myozyme Entscheid ist im Kern eine Ausprägung des Problems von ausufernder *Fremdkomplexität* eines Rechtssystems. Dieses Problem sollte grundsätzlich der Gesetzgeber lösen, weil die gesellschaftliche Finanzplanung nach den Staatsaufgaben nicht dem Richter obliegt. Gleichzeitig sollte sich eine politische Lösung jedoch bewusst sein, dass die Erfassung von *moral hazard* nur mit relativ vagen Grundsätzen möglich sein sollte, um nicht mit der eigenen Genauigkeit die Strategie durchschaubar zu machen. Das gleiche Strukturproblem zeigt sich in den Abwägungen der alten und neuen Rechtsprechung zu den somatischen Schmerzstörungen bzw. PÄUSBONOG.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurden u.a. vier im Zusammenspiel von Recht und Wirtschaft massgebliche Optimierungsgrössen ermittelt.[1140] Die strukturelle Parallelität lässt sich dabei im Rahmen einer Verhältnismässigkeit, verstanden als ein allgemeines Kriterium der Prüfung einer wirtschaftlichen Angemessenheit in faktischen Zusammenhängen, erkennen und darauf übertragen. Eine wirtschaftliche Massnahme muss erstens kausal grundsätzlich geeignet sein, bei den dezentralen Entscheidungsträgern einen produktiven Effekt zu erzielen. D. h. im Optimum soll der Effekt einer bestimmten regulativen Handlung im Vergleich zu deren Fehlen positiv sein (vgl. Gleichung 1). Zweitens soll dieser Effekt des Hauptzusammenhangs auch unter Berücksichtigung der administrativen Kosten von Information und Durchsetzung einer Regel sowie eventuellen Kosten einer Versicherung positiv sein (vgl. Gleichung 2 bzw. 2'). Dabei sollte drittens die gesamtwirtschaftliche Kosten-Nutzen-Bilanz auch unter Berücksichtigung der Nettokosten der Fälle von *moral hazard* noch positiv sein (vgl. die Gleichungen 3 bzw. die Gleichungen 4 und 4' bei einer Erhebung von Bussen). Viertens sollte der positive Effekt auch im Vergleich zur besten Alternative, wie z. B. auch einer fehlenden Aktivität und der Dynamik des Ausgangszustandes oder einer Vermeidbarkeit der Wirkungen eines Hauptzusammenhangs, im Rahmen einer Verhältnismässigkeit im engeren Sinne positiv ausfallen.

Je nach den faktischen Umständen kann sich die massgebliche Wirtschaftlichkeitsbetrachtung ändern. Beachtet wird im Gesundheitswesen vor allem der komparative Ansatz mit anderen Lösungen, weil Leben und Gesundheit in aller Regel höher wiegen als finanzielle Mittel. So führte das Bundesgericht zur Frage der Wirtschaftlichkeit von Pflegeleistungen explizit aus, wenn eine wirksame und zweckmässige Alternative fehle, so stelle sich die Frage nach der Wirtschaftlichkeit (im Übrigen) nicht.[1141] Diese Linie lässt sich aus rein wirtschaftlichen Gründen nicht auf jegliche lebenswichtigen Ausgaben übertragen. Würde sich dann generell die Frage der Wirtschaftlichkeit nicht stellen, müsste jeder Preis bezahlt werden. Offensichtlich spielen das Ausmass und der mutmassliche Nutzen einer Leistung die entscheidende Rolle.

[1140] Vgl. oben S. 236.

[1141] BGer im Entscheid 9C_489/2015 vom 11. Februar 2016 in Erw. 6.

Die Lösung der Frage nach der wirtschaftlichen Optimierung liegt in der Struktur der Fakten, aber auch der Werte. Sind grundlegende Werte betroffen, so ist eine Optimierung von sekundären und tertiären Kosten im Vergleich dazu von weniger hoher Priorität. Wie der Myozyme-Entscheid (I) mit der angetönten, ethisch und rechtlich diffizilen Bewertung eines qualitätsbereinigten Lebensjahres indirekt aufzeigt, muss eine Gefährdung durch eventuellen *moral hazard* z. B. ein höheres Mass annehmen, um bei drohenden Verlusten von Leib und Leben eine direkte Intervention des Richters zu rechtfertigen. Trotzdem sollen im Rahmen von Statuierung und Anwendung des Rechts nach Verfassung und Gesetz wirtschaftliche Betrachtungen in unterschiedlichem Mass und unterschiedlicher Art einfliessen. Entsprechend sollen insoweit alle massgeblichen Umstände nach Massgabe der normspezifisch gewollten Art einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung einbezogen werden. Entlang einer wirtschaftlichen Optimierung nach G. CALABRESI können z. B. Förderungsmassnahmen für Kinder dort sinnvoll sein, wo sie ohne grösseren administrativen Aufwand wirksam werden, d. h. wo sie verständig sind (primäre Kosten tief), die Kosten einer eventuellen Versicherung (sekundäre Kosten) ebenfalls tief sind und die Informationen oder Behandlungen auch keine hohen administrativen Zusatzkosten mit sich bringen (tertiäre Kosten tief).

3. Das Resultat der bewussteren Wertungen bei Optimierungen

Die Quintessenz der Optimierungsanalyse bildet die Flexibilität sowohl von Abwägungsgesichtspunkten, als auch von Abwägungsgrössen. Anhand der tatsächlichen und rechtlichen Struktur kann ein Konzept der sachgerechten Zuweisung von Optimierungsregeln gefunden werden. Bei der Optimierung ist eine einheitliche Struktur nach Massgabe von vier verschiedenen Fragestellungen erkennbar: Die faktische Nützlichkeit einer individuellen Regel, der Vergleich mit den Kosten ihrer Durchsetzung, die Berücksichtigung der Kosten durch Einräumung eines Masses an Freiheit sowie der Vergleich mit anderen Lösungen der Umwelt, bilden vier grundlegende Optimierungen.

Diese Optimierungskriterien treffen auf eine mehr oder weniger strukturierte Systemumwelt und haben sich in ihr zu behaupten. D. h. sie müssen auch so flexibel bleiben, dass sie gegenüber egoistischen Strategien bestehen können. Die Gewährleistung dieser Stabilität über die Zeitachse ist eine ureigene Aufgabe der

Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Die Optimierung und die Stabilisierung werden umso einfacher, je näher sich die normativen Entscheide an den faktischen Bedürfnissen der Bürger orientieren. Diese können teilweise die normativen Regeln auch adaptieren, dennoch sollten gerade zur Sicherung längerfristiger Leistungsmöglichkeiten keine zu grossen Ressourcen dafür verwendet werden.

Sie beachten aber so weit wie wirtschaftlich sinnvoll auch die Freiheit des Einzelnen. Wird gegen den Willen der Betroffenen optimiert, so steigen die administrativen Kosten. Die Systeme pflegen damit möglichst eine berührungslose Kommunikation. Der wirtschaftliche Nutzen aus dem Systemaustausch und die fehlenden Kosten von Informationsbeschaffung und Kontrolle sind relativ unbestritten. Die entsprechenden Gesichtspunkte können und sollten sich dementsprechend auch in der Anwendung der vier Optimierungskriterien bei der rechtlichen Abwägung auf ein Kriterium konzentrieren. Dies ermöglicht, die Differenz von Wertungen zum wirtschaftlichen Sachverhalt besser sichtbar zu machen.

4. Der Vorschlag eines Rasters zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit

Die Resultate der Analyse von Optimierungsansätzen zusammenfassend sollte erstens eine Regel auf ihre ökonomische Begründung bzw. *de lege lata* auf die Offenheit gegenüber wirtschaftlicher Optimierung oder dem Anliegen geprüft werden. Alsdann ist zu fragen, ob normativ eine bestimmte Art von Wirtschaftlichkeit definiert wird. Entscheidend ist insbesondere, ob nicht nur der Vergleich mit dem bisherigen Stand, sondern auch welche alternativen Lösungen normativ möglich bzw. erwünscht sind. Im Bereich der Wirtschaftlichkeit nach dem KVG ist in aller Regel dieser komparative, globale Charakter dominierend, weil die schwierig zu bemessenden Nutzenwerte gleich oder jedenfalls analog zu beurteilen sind. Aufgrund der geringeren Wertungen und auch dem weniger grossen Aufwand bei der Ermittlung gehen diese Betrachtungen zu globalen Optima in der Regel vor.

Sodann ist zu fragen, inwieweit aus normativer Sicht auch eine lokale Optimierung erfolgen kann und soll. Dies lässt sich in den Fällen von Sachgütern in der Regel ohne weiteres mit einem an einen realen Handel angenäherten Wirtschaftlichkeitsbegriff begründen. Aufgrund der Problematik der schwierigen Bewertbarkeit im der Güter von Leben und Gesundheit wird jedoch im Gesundheitswesen eine

besondere Prüfung und nicht nur ein Zahlenvergleich vorzunehmen sein. Insbesondere wird abzuklären sein, ob die administrativen Kosten oder die erwarteten Kosten durch *moral hazard* in der Tat so hoch sind, dass sie Einbussen in die Güter von Gesundheit und Leben rechtfertigen. Bei der Art der Anknüpfung einer Regulierung an den Sachverhalt ist auf eine möglichst effiziente, kostengünstige Anknüpfung zu achten, welche in der Regel über eine Kombination von inneren und äusseren Fakten zu erreichen ist. Die Schwelle der Regulierung von *moral hazard* ist dort anzusetzen, wo sie den jeweiligen Nutzen des Einzelnen daraus gerade noch übersteigt.

MATHEMATISCHER ANHANG

1. Die Definitionen der Variablen

B	Sozial aggregierte Höhe einer Sanktion in Geldwerten (z. B. Busse) einerseits und individuell ausgesprochene Busse andererseits
$\Delta N(A)$	Differenz eines sozialen Nettonutzes im Vergleich zu einer aktuellen, ev. dynamischen Ausgangssituation (Fall ⓪), bzw. zur besten Alternative (mit Opportunitätskosten) im Fall ④
$\Delta N(\Delta R)$	Differenz des sozialen Nutzens bei einer Änderung einer Regulierung
$N(\Delta R)$	Soziale (Netto-) Nutzenfunktion bei einer Änderung einer Regulierung
$\Delta N(H)$	Negative Differenz der sozialen Nutzenfunktion bei *moral hazard*
ΔTK	Sozial aggregierte Transaktionskosten (bzw. administrative Kosten) einer Regulierung einerseits sowie durchschnittliche administrative Kosten einer Regulierung andererseits
ΔVK	Veränderung von volkswirtschaftlichen Versicherungskosten
p	Wahrscheinlichkeit von *moral hazard*, d. h., dass dezentral entgegen dem Sinn einer Regulierung gehandelt wird ($0 < p < 1$)
$1 - p$	Wahrscheinlichkeit, dass gemäss dem Sinn einer Regulierung gehandelt wird
q	Wahrscheinlichkeit, dass ein zusätzliches Ereignis von *moral hazard* aufgedeckt wird
$1 - q$	Wahrscheinlichkeit, dass ein zusätzliches Ereignis von *moral hazard* nicht aufgedeckt wird
θ	Individueller Nutzen bei zweckkonformer Leistung (unter Vernachlässigung von sekundären und tertiären Kosten, ohne eine Perspektive von *moral hazard*)

θ‘ Individueller Nutzen der zweckwidrigen Anspruchserlangung (zweckwidrig erlangter primärer Nutzen unter der Annahme von *moral hazard*)

2. Die Darstellung der Optimierungen

a) Makroökonomischer Zusammenhang

Eine Regulierung ist nur solange und soweit nützlich, als der durch sie erreichte soziale Nettonutzen $\Delta N(\Delta R)$ grösser ist als die Nutzendifferenz ohne diese Regulierung $\Delta N(A)$ bzw. der besten Alternative, d. h. sie ist nur umzusetzen solange $\Delta N(\Delta R) > \Delta N(A)$ und hat ihr Optimum, wenn:

$$\Delta N(\Delta R) = \Delta N(A)$$ *(Gleichung 1).*[1142]

Unter zusätzlicher Berücksichtigung der für die Regulierung notwendigen administrativen Kosten «ΔTK» ist eine Regel nützlich, solange der soziale Nutzen abzüglich der administrativen Kosten der Regulierung grösser ist als die Nutzendifferenz ohne diese Regulierung $\Delta N(A)$ bzw. der besten Alternative, d. h. sie ist umzusetzen solange $\Delta N(\Delta R) - \Delta TK > \Delta N(A)$ und hat ihr Optimum, wenn:

$$\Delta N(A) = \Delta N(\Delta R) - \Delta TK$$ (*Gleichung 2*).[1143]

Unter zusätzlicher Berücksichtigung der für die Regulierung notwendigen Versicherungskosten «ΔVK» ist eine Regel nützlich, solange der soziale Nutzen abzüglich der administrativen Kosten der Regulierung und abzüglich der Kosten der Versicherung grösser ist als die Nutzendifferenz ohne diese Regulierung $\Delta N(A)$ bzw. der besten Alternative, d. h. sie ist umzusetzen solange $\Delta N(\Delta R) - \Delta TK - \Delta VK > \Delta N(A)$ und hat ihr Optimum, wenn:

$$\Delta N(A) = \Delta N(\Delta R) - \Delta TK - \Delta VK$$ (*Gleichung 2’*).[1144]

[1142] Vgl. vorne S. 208.

[1143] Vgl. vorne S. 213.

[1144] Vgl. vorne S. 216.

Bei der Möglichkeit von *moral hazard* wird der soziale Zusatznutzen einer Regulierung $\Delta N(\Delta R)$ nur noch mit der Wahrscheinlichkeit von $1 - p$ auftreten, mit der Wahrscheinlichkeit p jedoch ein davon abzuziehender sozialer Schaden bei *moral hazard* $\Delta N(H)$. Eingesetzt in die Gleichung 2' ergibt sich was folgt:

$\Delta N(A) = (1-p) * \Delta N(\Delta R) - p * \Delta N(H) - \Delta TK - \Delta VK$ *(Gleichung 3)*[1145]

bzw. bei $\Delta TK' = \Delta TK + \Delta VK$:

$\Delta N(A) = (1-p) * \Delta N(\Delta R) - p * \Delta N(H) - \Delta TK'$ (*Gleichung 3'*).[1146]

Wird *moral hazard* mit der Wahrscheinlichkeit q aufgedeckt und in diesen Fällen mit einer Sanktion verbunden, hier vereinfachend für alle Fälle als Busse B bezeichnet, dann gilt unter der Annahme, dass die Transaktionskosten nicht ändern bzw. die Kosten der Sanktionierung darin integriert werden im Optimum in Erweiterung von *Gleichung 3*':

$\Delta N(A) = (1-p) * \Delta N(\Delta R) - p * \Delta N(H) - \Delta TK' - q * B$ (*Gleichung 4*)[1147]

wobei gilt: $B > 0$ und $0 < q < p$.

b) Mikroökonomische Betrachtung

Der von einer Privatperson zu erwartende Vorteil von *moral hazard* entspricht der mit $(1-q)$ gewichteten Wahrscheinlichkeit nicht erwischt zu werden multipliziert mit dem dann zu erwartenden Gewinn abzüglich einem mit der Wahrscheinlichkeit erwischt zu werden q gewichteten, dann zu erwartenden Restnutzen nach Abzug einer Sanktion. Ein individueller Anreiz besteht entsprechend bis $(1-q) * \theta' + q * (\theta - B) = 0$ bzw.

$(1-q) * \theta' = -q * (\theta - B)$ (*Gleichung 5*).[1148]

[1145] Vgl. vorne S. 220.

[1146] Vgl. vorne S. 220.

[1147] Vgl. vorne S. 221.

[1148] Vgl. vorne S. 319.

Wird *Gleichung 5* nach der Aufklärungswahrscheinlichkeit q aufgelöst, so ergibt sich nach Addition von $q * \theta$'

$$\theta' = q * \theta' - q * \theta + q * B$$

bzw. mit q auf rechten Seite vor die Klammer und nach Division durch den Rest:

$$q = \frac{\theta'}{\theta' - \theta + B} \qquad \text{(Gleichung 6)}^{1149}$$

wobei gilt: $\theta' > \theta, B > 0$ und $q > 0$.

Wird hingegen nach der Busse B aufgelöst, ergibt sich aus *Gleichung 5* nach Division durch q und Addition von θ:

$$B = \frac{(1-q)*\theta'}{q} + \theta \qquad \text{(Gleichung 7)}^{1150}$$

Der Regulator muss anstreben, dass die mit $(1-p)$ gewichteten Folgen des nützlichen dezentralen Verhaltens die mit Wahrscheinlichkeit p auftretenden Vorteile von *moral hazard* im Durchschnitt überwiegen. Der dezentrale Vorteil besteht wie gerade bei *Gleichung 5* erläutert in $(1-q) * \theta' + q * (\theta - B)$. Somit muss für die Anreize gelten:

$$(1-p) * \theta - p * [(1-q) * \theta' + q * (\theta - B)] > 0$$

bzw. im Optimum:

$$0 = (1-p) * \theta - p * [(1-q) * \theta' + q * (\theta - B)] \qquad \text{(Gleichung 8)}.^{1151}$$

Daraus ergibt sich nach Addition des Subtrahenden:

$$(1-p) * \theta = p * [(1-q) * \theta' + q * (\theta - B)] \qquad \text{(Gleichung 8')}.^{1152}$$

1149 Vgl. vorne S. 319.

1150 Vgl. vorne S. 320.

1151 Vgl. vorne S. 323.

1152 Vgl. vorne S. 324.

Wenn zur Vereinfachung $1 - q = p$ angenommen wird, d. h., dass die Wahrscheinlichkeit von *moral hazard* linear mit der Aufdeckungswahrscheinlichkeit zurückgeht, so gilt:

$$(1 - 1 + q) * \theta > (1 - q) * [(1 - q) * \theta' + q * (\theta - B)]$$

bzw. im Optimum:

$$q * \theta = (1 - q) * [(1 - q) * \theta' + q * (\theta - B)] \qquad (\textit{Gleichung 9}).^{1153}$$

Die *Gleichung 9* nach B aufgelöst ergibt

$$\theta * q/(1 - q) = \theta' * (1 - q) + q * (\theta - B)$$

bzw. nach Division mit q

$$\frac{\theta}{1-q} = \theta' * \frac{1-q}{q} + \theta - B$$

bzw. mit B und $\frac{\theta}{1-q}$ auf der anderen Seite

$$B = \theta' * (1 - q)/q + \theta - \theta */(1 - q)$$

bzw. weil $1 = \frac{1-q}{1-q}$

$$B = \theta' * \frac{1-q}{q} + \theta * \frac{1-q}{1-q} - \frac{\theta}{1-q}$$

bzw.

$$B = \theta' * \frac{1-q}{q} + \frac{\theta - q\theta - \theta}{1-q}$$

bzw.

$$B = \theta' * \frac{1-q}{q} - \theta * \frac{q}{1-q} \qquad (\textit{Gleichung 10}).^{1154}$$

[1153] Vgl. vorne S. 324.

[1154] Vgl. vorne S. 324.

Durch das Auflösen der *Gleichung 8'* nach der Aufklärungswahrscheinlichkeit q lässt sich deren Abhängigkeit von der Busse ermitteln. Aus der Gleichung 8', welche lautet:

$$(1-p)*\theta \;=\; p*[(1-q)*\theta' \;+\; q*(\theta-B)]$$

folgt

$$\theta*\frac{1-p}{p} = \;\theta' - \;q*\theta' \;+\; q*\theta \;-\; q*B$$

bzw.

$$\frac{[\theta - p*\theta - p*\theta']}{p} = \;q\;*(\theta-\theta'-B)$$

bzw.

$$q \;= \frac{\theta-p*\theta-p*\theta'}{p*[\theta-\theta'-B]}\,. \qquad \textit{(Gleichung 11)}^{1155}$$

Zur Bestimmung des optimalen Ressourceneinsatzes ΔTK können zunächst von den Vor- und Nachteilen bei *moral hazard* nach *Gleichung 8* die mit der Wahrscheinlichkeit q auftretenden administrativen Kosten ΔTK zur Verhinderung des *moral hazard* abgezogen werden. Aus *Gleichung 8* wird:

$$0 \;=\; (1-p)*\;\theta \;-\; p*[(1-q)*\theta' \;+\; q*(\theta-B)] - \;q*\Delta TK$$

(*Gleichung 12*).[1156]

Bei einer optimalen Aufklärungswahrscheinlichkeit ist sodann die Ableitung nach q gleich Null:

$$0 \;=\; p*(-\theta+\theta'+B) \;-\; \Delta TK \qquad \text{oder}$$

$$\Delta TK \;=\; p*(\theta'-\theta+B)\,. \qquad \textit{(Gleichung 13).}^{1157}$$

[1155] Vgl. vorne S. 325.

[1156] Vgl. vorne S. 325.

[1157] Vgl. vorne S. 326.

Beruflicher Lebenslauf

Urs Heinrich Schlegel, geboren am 7. Mai 1968 in Grabs SG, von Buchs SG

1975 bis 1983	Besuch der Primar- und Sekundarschule in Buchs SG
1983 bis 1987	Matura Typus C an der Kantonsschule Sargans
1988 bis 1993	Studium der Jurisprudenz an der HSG
1992	Assistenz bei Prof. Alfred Koller an der HSG
1994 bis 1996	Assistenz bei Prof. Rainer J. Schweizer an der HSG
1995 bis 1996	Juristischer Mitarbeiter bei RA Manfred Dähler, St. Gallen
1996 bis 1999	Herausgabe einer Gesetzessammlung auf CD mit der Firma Helvelex AG, begründet mit Aischan Rupp selig
1996 bis 1997	Auditor beim Bezirksgericht Oberrheintal in Altstätten
1998	Rechtsanwaltsexamen des Kantons St. Gallen
1998 bis 1999	Assistenz bei Prof. Ch. Meier-Schatz an der HSG
ab 1999	selbstständiger Rechtsanwalt in Buchs SG