

JUS-Letter

September 2021 | Jahrgang 21 | Ausgabe 3

BDAktuell

In dieser Ausgabe:

Unzureichende Aufklärung – Krankenhaus verliert Anspruch auf Vergütung?	121
Gesetzliche Sonderregelungen für Ärzte in Corona-Testzentren und -Impfzentren	123
Der Elektronische Heilberufsausweis (eHBA) im Krankenhaus – Pflicht oder Kür?	124

Unzureichende Aufklärung – Krankenhaus verliert Anspruch auf Vergütung?

BSG, Urt. v. 19.3.2020, Az.: B 1 KR 20/19 R

Dr. iur. Elmar Biermann, Nürnberg

Ein Krankenhaus streitet sich mit einer Krankenkasse über die Vergütung stationärer Krankenhausbehandlung. Bei einem 1950 geborenen Versicherten der Krankenkasse wurde 2003 ein Mantelzellymphom im höchsten Stadium IV diagnostiziert. Nach Chemotherapie und autologer Blutstammzelltransplantation erreichte der Versicherte zunächst eine vollständige Remission, ein späteres lokales Rezidiv konnte durch eine Strahlentherapie bekämpft werden. Zur Durchführung einer im März 2010 vorgenommenen allogenen Stammzelltransplantation wurde er vollstationär behandelt. Im Mai musste der Versicherte im Rahmen einer Notfallbehandlung erneut stationär aufgenommen werden, er verstarb Mitte Juni 2010 im Multiorganversagen infolge einer Sepsis. Das klagende Krankenhaus stellt der beklagten Krankenkasse die Kosten der Behandlung in Rechnung, diese verweigert aufgrund einer Stellungnahme des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung jedoch einen Teil der Forderung, weil die allogene Stammzelltransplantation bei einem langsam wachsenden Mantelzellymphom und nicht aggressivem Verlauf medizinisch nicht indiziert gewesen sei. Das Sozialgericht (SG) verurteilt die

Krankenkasse zur Zahlung, das Landessozialgericht (LSG) weist die hiergegen eingelegte Berufung der Krankenkasse zurück.

Die Revision der Krankenkasse gegen das Urteil hat insofern Erfolg, als das Bundessozialgericht (BSG) die Entscheidung des LSG aufhebt und den Fall zur erneuten Verhandlung an das LSG verweist. Das BSG kommt zwar zu dem Ergebnis, dass dem Versicherten aufgrund der lebensbedrohlichen Erkrankung und des Umstandes, dass zu deren Behandlung eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende kurative Behandlung nicht zur Verfügung stand und die gewählte Behandlungsmethode eine auf Indizien gestützte, nicht fernliegende Aussicht auf Heilung oder wenigstens positive Wirkung auf den Verlauf der Krankheit versprach, bei einer „grundrechtsorientierten Auslegung“ (Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 Grundgesetz (GG)) ein Anspruch auf entsprechende Krankenversorgung bestand. Ob daraus aber auch ein Vergütungsanspruch gegen die Krankenkasse folgt, konnte das BSG aufgrund der bisherigen Feststellungen des LSG deshalb nicht entscheiden, weil die Feststellungen des LSG „zu einer gebotenen umfassenden Aufklärung des Versicherten“ nicht ausreichend waren.

Welche Bedeutung die Erfüllung der zivilrechtlichen Anforderungen an eine adäquate Patientenaufklärung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) hat, erläutert das Bundessozialgericht wie folgt: „Die ordnungsgemäße



**Berufsverband
Deutscher Anästhesisten**

- Justitiare -

Roritzerstraße 27
90419 Nürnberg

Telefon: 0911 93378 17
0911 93378 19
0911 93378 27

E-Mail: Justitiare@bda-ev.de
Internet: www.bda.de

Aufklärung über Chancen und Risiken hat in erster Linie Bedeutung im zivilrechtlichen Haftungsrecht (vergleiche jetzt § 630c Abs. 2 S. 1, § 630d und § 630e BGB, jeweils in der seit 26.02.2013 geltenden Fassung ...). Im Recht der GKV dient sie aber auch der Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebotes (§ 12 Abs. 1 SGB V) und hat insofern Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch des Krankenhauses. Das Wirtschaftlichkeitsgebot erfordert, dass der Versicherte die Entscheidung für die Inanspruchnahme der Leistung auf der Grundlage von ausreichenden Informationen trifft. Die Aufklärung muss dem Versicherten die Spanne denkbarer Entscheidungen aufzeigen, sodass ihm Für und Wider der Behandlung bewusst sind und er Chancen und Risiken der jeweiligen Behandlung selbstbestimmt abwägen kann. Denn im Sachleistungssystem entscheidet letztlich der Versicherte, ob er die ihm ärztlich angebotene, medizinisch notwendige Leistung abrufen will.

Im „Normalfall“ muss die Aufklärung nicht auf den „Prüfstand“ gestellt werden. Aber es gibt Ausnahmen: „Von einer ordnungsgemäßen Aufklärung kann bei objektiv medizinisch erforderlichen Behandlungen im Sinn einer widerlegbaren Vermutung regelmäßig ausgegangen werden. Das gilt jedoch nicht, wenn mit der in Rede stehenden Behandlung ein hohes Risiko schwerwiegender Schäden, insbesondere ein hohes Mortalitätsrisiko verbunden ist. In diesen Situationen ist regelmäßig nicht auszuschließen, dass der Versicherte bei ordnungsgemäßer Aufklärung von dem Eingriff Abstand genommen hätte...“ – und dann hätte die Behandlung nicht erfolgen und auch nicht abgerechnet werden dürfen.

Welche Anforderungen stellt das BSG an den Inhalt der Aufklärung? „Inhaltlich ist der Versicherte nach den von der zivilgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten und vom erkennenden Senat entsprechend herangezogenen... Grundsätzen durch Ärzte des Krankenhauses über die Chancen und Risiken der Behandlung im ‚Großen und Ganzen‘ aufzuklären. Dem Versicherten muss eine allgemeine Vorstellung von der

Schwere des Eingriffs und den spezifisch mit ihm verbundenen Risiken vermittelt werden, ohne diese zu beschönigen oder zu verschlimmern... Dabei ist grundsätzlich nicht erforderlich, ihm genaue oder annähernd genaue Prozentzahlen über die Möglichkeit der Verwirklichung eines Behandlungsrisikos mitzuteilen. Erweckt das Krankenhaus durch den aufklärenden Arzt beim Versicherten aber mittels unzutreffender Darstellung der Risikohöhe eine falsche Vorstellung über das Ausmaß der mit der Behandlung verbundenen Gefahr, so kommt es seiner Aufklärungspflicht nicht in ausreichendem Maße nach...“.

Grundsätzlich steht dem Arzt die Methoden-, Therapie- und Versuchsfreiheit zu, er wählt zunächst unter sorgfältiger Abwägung von Chancen und Risiken den Therapievorschlag aus, den er dem Patienten unterbreitet. Doch wann muss bei der Auswahl von Alternativen „der Patient ins Boot geholt werden“? Dazu das BSG: „Wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen bieten, hat das Krankenhaus den Patienten hierüber aufzuklären... Dies gilt umso mehr, wenn mit einer der zur Wahl stehenden Behandlungsmöglichkeiten ein hohes Mortalitätsrisiko verbunden ist. Hier bedarf es einer besonders sorgfältigen Aufklärung über die für die abstrakte und die konkret individuelle Chancen-/ Risikoabwägung relevanten Aspekte. Erst recht ist dies erforderlich, wenn es sich dabei um einen (noch) nicht dem allgemein anerkannten medizinischen Standard entsprechenden Therapieansatz handelt, der noch mit deutlichen Erkenntnisdefiziten behaftet ist. Der Patient muss wissen, auf was er sich einlässt, um abwägen zu können, ob er die Risiken einer solchen Behandlung um deren Erfolgsaussichten willen eingehen will...“.

Nicht nur kurative, auch palliative Versorgung ist unter Umständen in den Blick zu nehmen: „Hierzu gehört auch,

dass ihm auch die palliativen Behandlungsmöglichkeiten im Hinblick auf einen relativen Überlebensvorteil und die damit verbleibende Lebensqualität im Hinblick zu einer mehr oder weniger vagen Aussicht auf Heilung deutlich vor Augen geführt werden...“.

Das Krankenhaus wird nachweisen müssen, dass der Patient ordnungsgemäß aufgeklärt wurde, will es die Leistungen abrechnen dürfen: „An den dem Krankenhaus obliegenden Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung durch den Krankenhausarzt dürfen keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen gestellt werden... Im Regelfall wird eine richtige Aufklärung vermutet. Wo dies nicht der Fall ist, wird dem Krankenhaus der Nachweis der Aufklärung nicht verwehrt, wenn es sie nicht dokumentiert hat, es sei denn, dass... Vereinbarungen zwischen Krankenkasse und Krankenhaus vorsehen, dass die Dokumentation der Aufklärung als Vergütungsvoraussetzung nach bestimmten formalen Vorgaben zu erfolgen hat...“.

Zum Einsatz von Aufklärungsbögen bemerkt der BSG: „Das von dem Arzt und dem Patienten unterzeichnete Formular, mit dem der Patient sein Einverständnis zu dem ärztlichen Eingriff gegeben hat, ist lediglich ein Indiz für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs... Je höher das Mortalitätsrisiko und je geringer oder zumindest unsicherer die Erfolgsaussichten der Behandlung sind, desto höhere Anforderungen sind an den Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung zu stellen.“

Das bedeutet, erst recht bei hochrisikobehafteten Behandlungen mit „Heilversuchskarakter“: „Bei einer nicht dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechenden Behandlung im Grenzbereich zur experimentellen Behandlung und zudem hohem Mortalitätsrisiko bedarf es der konkreten Feststellung, dass, durch wen genau und wie das Krankenhaus den Patienten über die relevanten Aspekte der abstrakten und der konkret – individuellen Chancen, der Risiken und der Risikoabwägung aufgeklärt hat...“.

Der Hinweis des Krankenhauses „wir machen das immer so“¹ kann hier nicht ausreichen: „Hier genügt es nicht, wenn das Krankenhaus nur darlegt, was bei ihm üblicherweise geschieht. Soweit das therapeutische Zeitfenster dies zulässt, muss hierbei auch feststehen, dass der Patient vor dem beabsichtigten Eingriff so rechtzeitig aufgeklärt wurde, dass er durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe seine Entscheidungsfreiheit und damit sein Selbstbestimmungsrecht in angemessener Weise ausüben konnte...“.

Eine abschließende Bewertung der Aufklärung kann das BSG nicht vornehmen: „Der Senat kann auf der Grundlage der vom LSG getroffenen Feststellungen nicht entscheiden, ob der Versicherte vorliegend über Für und Wider, Chancen und Risiken der allogenen Stammzelltransplantation aufgeklärt worden ist. Die bei den Krankenakten befindliche, vom LSG auszugsweise wiedergegebene und im Übrigen in Bezug genommene formularmäßige Einverständniserklärung genügt den mit Blick auf das hohe Mortalitätsrisiko gesteigerten Anforderungen an den Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung jedenfalls nicht. Sie dokumentiert keine hinreichende Aufklärung über die bei dem Versicherten bestehenden speziellen Chancen und Risiken der Behandlung, zumal auch der Inhalt der dort in Bezug genommenen Patientinformation nicht bekannt ist. Sofern in der Einverständniserklärung ‚im Gespräch noch einmal erörterte Risiken‘ dokumentiert sind, finden sich dort nur Ausführungen zur Art der Vorbehandlung und den daraus resultierenden Risiken, nicht aber zu den speziellen Risiken der allogenen Stammzelltransplantation selbst. Unter ‚2.) spezielle persönliche Risikofaktoren‘ ist trotz eines vorhandenen Freifeldes nichts dokumentiert. Es ist nicht festgestellt, ob und gegebenenfalls welche speziellen persönlichen Risikofaktoren mit dem Versicherten tatsächlich erörtert wurden. Keine Feststellungen hat das LSG auch dazu getroffen, ob der Versicherte über denkbare Behandlungsoptionen und/oder die Option einer Nichtbehandlung sowie die jeweiligen Chancen und Risiken der in Betracht kommenden

Optionen hinreichend aufgeklärt wurde, etwa über die Chancen und Risiken, nach einem möglichen Rezidiv nochmals eine Remission zu erreichen, um (erst) dann eine allogene Stammzelltransplantation vorzunehmen, eventuell im Rahmen einer dann für ihn zugänglichen Studie. Schließlich fehlen auch Feststellungen dazu, ob der Versicherte über den damaligen wissenschaftlichen Erkenntnisstand zu den Erfolgsaussichten und Risiken der allogenen Stammzelltransplantation zur Behandlung der bei ihm vorliegenden Erkrankung aufgeklärt wurde.“

Das BSG verweist das Verfahren zur erneuten Verhandlung an das LSG zurück, dieses muss insbesondere Feststellungen zur ordnungsgemäßen Aufklärung nachholen.

Das Urteil gibt nicht nur in komprimierter Form Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung wider, es belegt zugleich, dass die Erfüllung der (haftungsrechtlichen) Aufklärungsanforderungen auch sozialrechtliche Konsequenzen, nämlich u. U. Verlust des Vergütungsanspruchs des Krankenhauses, haben kann. So mag es in der Diskussion mit denjenigen helfen, die der Auffassung sind, mit der Aufklärung sei im Interesse der Optimierung der Abläufe „nicht so viel Umstand zu machen.“

Gesetzliche Sonderregelungen für Ärzte in Corona-Testzentren und -Impfzentren

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Die Corona-Pandemie sorgt/e für vielfältige Gesetzesänderungen und Rechtsverordnungen, die oft nur eine geringe „Halbwertszeit“ haben und Ärzten zum Teil zusätzliche Pflichten aufbürden. Doch es gibt in dem Paragraphendschun- gel auch erfreuliche Entwicklungen für Ärzte in Corona-Testzentren und -Impfzentren.

Unfallversicherung

So besteht für Ärztinnen und Ärzte, die in einem Impfzentrum im Sinne der Coronavirus-Impfverordnung oder einem Testzentrum im Sinne der Coronavirus-Testverordnung oder in den jeweils dort angegliederten mobilen Teams tätig sind, seit 15.12.2020 Versicherungsschutz über die gesetzliche Unfallversicherung. (§ 218g Abs. 3 SGB VII)².

Der Unfallversicherungsschutz gilt unabhängig davon, ob die ärztliche Tätigkeit auf Honorarbasis oder aufgrund eines Arbeitsvertrages durchgeführt wird. Vorsorglich sollte mit dem Träger des Impfzentrums geklärt werden, ob die Anmeldung bei der gesetzlichen Unfallversicherung erfolgt ist.

Sozialversicherung

Wie in dem BDAktuell-JUS-Letter März 2021 berichtet³, beabsichtigte der Gesetzgeber Rechtssicherheit bzgl. der Sozialversicherungspflicht für Ärzte in Corona-Testzentren/-Impfzentren zu schaffen. Die Sonderregelungen in §§ 130 und 131 SGB IV sind zwischenzeitlich in Kraft getreten⁴.

So sind Einnahmen aus Tätigkeiten als Ärztin oder Arzt in einem Impfzentrum im Sinne der Coronavirus-Impfverordnung oder einem dort angegliederten mobilen Impfteam in der Zeit vom 15.12.2020 bis zum 31.12.2021 nicht beitragspflichtig in der gesetzlichen Sozialversicherung.

Auch Einnahmen aus Tätigkeiten als Ärztin oder Arzt in einem Testzentrum im Sinne der Coronavirus-Testverordnung oder einem dort angegliederten mobilen Testteam sind in der Zeit vom 04.03.2021 bis zum 31.12.2021 nicht beitragspflichtig. Doch Vorsicht: Diese Neuregelung gilt nicht für Einnahmen aus einer vor dem 04.03.2021 vereinbarten Tätigkeit.

Ärzte, die Arbeitslosengeld/Grundsicherung beziehen, sollten mit der zu-

1 zur „Immer-So-Rechtsprechung“ siehe Biermann in Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. 2021, Randnummer 474 f.

2 Gesetzestext: https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/_218g.html

3 Weis E: Gesetzgebungsverfahren: Einnahmen aus ärztlicher Tätigkeit in Corona-Testzentren und Impfzentren bis 31.12.2021 sozialversicherungsfrei, BDAktuell JUS-Letter März 2021. Anästh Intensivmed 2021;62:V21-V24

4 Gesetzeswortlaut: https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_4/_130.html und https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_4/_131.html

ständigen Behörde klären, inwieweit die Einnahmen als Impf- bzw. Testarzt auf diese Leistungen angerechnet werden.

Ob der Gesetzgeber diese Sonderregelungen über den 31.12.2021 hinaus verlängern wird, bleibt abzuwarten. Doch eines zeigt die Pandemie: Es ist rechtlich fast alles möglich – denn wer hätte gedacht, dass der Gesetzgeber so schnell aktiv wird und die Gesetzesänderungen sogar rückwirkend in Kraft treten?

Der Elektronische Heilberufsausweis (eHBA) im Krankenhaus – Pflicht oder Kür?

RAin Andrea Pfundstein, Nürnberg

Während der eHBA für die niedergelassenen Ärzte unzweifelhaft in der künftigen Patientenversorgung benötigt wird, ist dies für angestellte Klinikärzte nicht ohne Weiteres der Fall.

Gesetzliche Grundlage

Richtig ist, dass der eHBA an die Person und nicht an den Arbeitsplatz gebunden ist und daher vom jeweiligen Arzt persönlich beantragt werden muss.

Allein aus gesetzlichen Gründen ist der Krankenhausträger gehalten, den eHBA als weiteren Baustein in Bezug auf die verpflichtende Anbindung an die Telematikinfrastruktur (TI) im Gesundheitswesen umzusetzen. Denn mit dem Digitale-Versorgung-Gesetz sowie dem Patientendaten-Schutz-Gesetz wurde den Krankenhäusern eine Frist sowohl für die TI-Anbindung als auch für die Unterstützung der elektronischen Patientenakte (ePA) bis zum 01.01.2021 gesetzt. Dies umfasst die technische Ausstattung mit Komponenten und Diensten der TI, Unterstützungsleistungen des Patienten bei der Befüllung der ePA und die Übermittlung von Daten in die ePA auf Wunsch des Patienten.

Sowohl für den Zugriff auf die ePA als auch für das Notfalldatenmanagement, den eMedikationsplan und die eAU-Bescheinigung wird der eHBA benötigt.

Eine gesetzliche Sanktionierung ist für Krankenhäuser vorgesehen, die zum 01.01.2022 die notwendigen Voraussetzungen für die ePA im Krankenhaus noch nicht geschaffen haben.

Im Ergebnis führt also auch im Krankenhaus am eHBA kein Weg vorbei. Allerdings unterscheiden manche Landesärztekammern tatsächlich nach Fachgebiet. So empfiehlt die Ärztekammer Nordrhein:

„Es ist nicht erforderlich, dass jede Ärztin und jeder Arzt im Krankenhaus einen eHBA beantragt. Beispielsweise benötigen Laborärzte, Pathologen oder Anästhesisten in der Regel keinen eHBA für ihre Tätigkeit.“ (https://www.aekno.de/fileadmin/user_upload/RheinischesArzteblatt/Ausgaben/2020/2020.12.030.pdf).

Dies wird nicht flächendeckend von allen Landesärztekammern verbreitet. Doch sollte mit dem Krankenhausträger besprochen werden, für welche Bereiche der eHBA tatsächlich sinnvoll eingesetzt werden kann; denn eine gesetzliche Verpflichtung besteht für Klinikärzte nicht.

Kosten

Die originäre Kostenlast trifft den Antragsteller. Diese Ausgaben können steuerlich geltend gemacht werden. Aber keine Verlautbarung oder Entscheidung sichert den Klinikärzten eine Übernahme in voller Höhe zu. Es gilt zwar die *„Vereinbarung zwischen dem GKV-Spitzenverband und der Deutschen Krankenhausgesellschaft zur Finanzierung der bei den Krankenhäusern entstehenden Ausstattungs- und Betriebskosten im Rahmen der Einführung und des Betriebs der Telematikinfrastruktur gem. § 291a Abs. 7a SGB V“*. Danach erhält das Krankenhaus gegen Nachweis eine anteilige Kostenpauschale in Höhe von 46,52 Euro pro Jahr und eHBA, die intern an den ärztlichen Mitarbeiter weitergeleitet werden muss. In die individuelle Finanzierungsregelung zwischen Krankenhaus und Arbeitnehmer sollten

dabei die Geschäftsbedingungen des jeweiligen eHBA-Anbieters miteinfließen. Relevant sind hier u. a. Vertragslaufzeiten und Kündigungsbedingungen im Hinblick auf die Rotationen des ärztlichen Personals.

Manche Arbeitgeber zahlen verteilt auf bis zu fünf Jahre einen monatlichen Zuschuss, der in der Gesamtsumme die Kosten des Erstantrags auf einen eHBA tatsächlich ausgleicht. Aber auch wenn der Krankenhausträger dies nicht anbietet, könnte die deutlich über der genannten Pauschale liegende Kostenlast über § 670 BGB realisiert werden:

„§ 670 Ersatz von Aufwendungen

Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet.“

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gilt dieser allgemeine Rechtsgedanke auch für das Arbeitsverhältnis. Da der Arbeitgeber die für die Erbringung der Arbeitsleistung notwendigen Betriebsmittel zur Verfügung zu stellen hat, kann derjenige, der im Interesse eines anderen – des Arbeitgebers – Aufwendungen macht, dessen Ersatz fordern.

Diese Voraussetzungen scheinen hier erfüllt zu sein. Der Arbeitnehmer setzt eigenes Vermögen im Interesse des Arbeitgebers ein: Die Kosten für den eHBA werden vom Arzt selbst bezahlt und dienen der Erfüllung der gesetzlichen Pflicht des Arbeitgebers bei der Anbindung an die künftige Telematikinfrastruktur.

Hierfür liegt entweder eine Arbeitgeberweisung vor oder der Arbeitnehmer darf diese Aufwendungen, die nicht bereits durch das Arbeitsentgelt abgegolten sind und als gesetzliche Verpflichtung in die Ausgestaltung der dienstlichen Tätigkeit eingreifen, für erforderlich halten.

Eine gerichtliche Entscheidung liegt hierzu bislang nicht vor. Mit Unterstützung der örtlichen Mitarbeitervertretung könnte jedoch für eine solche Kostenregelung geworben werden.