

Dr. Ulrich Hambüchen

Vors. Richter am BSG a. D.

Rechtsanwalt

Geriatrische frührehabilitative Komplexbehandlung

- OPS 8-550 -

Gutachten

zum

Urteil des BSG vom 19.12.2017 - B 1 KR 19/17 R -

45219 Essen - Kettwig

Ringstraße 199

Tel.: 02054 9358021 • 0170 3218971 • Fax: 02054 9358023

RA-Dr.Hambuechen@t-online.de • www.hanouli.de

Anfang Oktober 2018 wurde mir von der Krankenhausgesellschaft Nordrhein-Westfalen e.V. (nachfolgend: KGNW) der Auftrag zur Erstellung eines Rechtsgutachtens zu den folgenden Fragestellungen erteilt:

1. Wie ist die Entscheidung des 1. Senats des BSG vom 19.12.2017 - B 1 KR 19/17 R - zur geriatrischen frührehabilitativen Komplexbehandlung rechtlich und tatsächlich einzuordnen?

Werden durch diese Rechtsprechung tragende Grundsätze des Verfassungsrechts verletzt?

2. Sind auf der Basis dieser Rechtsprechung Erstattungsverlangen der Krankenkassen im Hinblick auf bereits abgerechnete Krankenhausaufenthalte rückwirkend bis zum Jahr 2014 rechtlich begründbar?

3. Welche Maßnahmen sind dem Gesetzgeber zu empfehlen, um rechtliche und finanzielle Nachteile für betroffene Krankenhäuser zu vermeiden?

Hintergrund: In einem unverbindlichen Erörterungsgespräch beim Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales (MAGS) NRW Anfang September 2018 zwischen der KGNW sowie den Krankenkassen und Kassenverbänden in NRW haben letztere erklärt, dass die BSG-Rechtsprechung verbindlich sei, alle Kassen dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V unterlägen und wegen der restriktiven Haltung der Aufsichtsbehörden derzeit keine Möglichkeit bestehe, rückwärtige Erstattungsforderungen verbindlich auszuschießen. Insoweit sei aus Sicht der nordrhein-westfälischen Krankenkassen eine bundeseinheitliche Lösung erforderlich.

Auf dieser Grundlage erstatte ich nach bestem Wissen und Gewissen das nachfolgende

Rechtsgutachten:

Gliederungsübersicht

	Seite
I. Urteil des BSG vom 19.12.2017 - B 1 KR 19/17 R -	4
1. Sachverhalt	4
2. Entscheidungsgründe	5
3. Entwicklung des OPS / Prüfumfang des Gutachtens	10
II. Tatsächliche und rechtliche Bedenken gegen das BSG-Urteil vom 19.12.2017	11
1. Maßgeblichkeit von Wortlaut und Anwendungsregeln	11
2. Auslegung des OPS-Kodes 8-550 "contra legem"	16
3. "Sofortvollzug" oder Ankündigungsrechtsprechung	17
4. Exkurs: Übertragbarkeit des BSG-Urteils auf den OPS-Kode 8-98a	19
III. Können die Kassen Erstattungsansprüche für die Vergangenheit realisieren?	20
1. Erfüllungswirkung des § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V iVm § 362 Abs. 1 BGB	21
2. Prüfung von Erstattungsansprüchen der Krankenkassen	23
3. Treuwidriges Verhalten der Krankenkassen	29
4. Verbotene Rückwirkung der BSG-Entscheidung	32
IV. Vorschläge für das Gesetzgebungsverfahren	39
1. Vorschläge der DKG zum PpSG	39
2. Änderungsanträge der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zum PpSG	43
3. Weitere relevante Vorschläge	45
V. Zusammenfassung	47

I. Urteil des BSG vom 19.12.2017 - B 1 KR 19/17 R -

1. Sachverhalt

Die klagende Trägerin eines nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhauses behandelte eine bei der beklagten Krankenkasse Versicherte stationär vom 21.1. bis 9.2.2009 wegen der Folgen eines Hirninfarkts bei Multimorbidität. Sie berechnete hierfür die Fallpauschale (Diagnosis Related Group 2009 - DRG) B44B (Geriatrische frührehabilitative Komplexbehandlung bei Krankheiten und Störungen des Nervensystems mit schwerer motorischer Funktionseinschränkung, ohne neurologische Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls; 6.051,43 Euro) und kodierte den OPS (Operationen- und Prozedurenschlüssel 2009) 8-550.1 (Geriatrische frührehabilitative Komplexbehandlung, mindestens 14 Behandlungstage und 20 Therapieeinheiten). Die Beklagte beglich die Rechnung zunächst, veranlasste eine Stellungnahme des MDK auf Grundlage von Auszügen aus den Behandlungsunterlagen, forderte sodann vergeblich 2.716,41 Euro zurück und rechnete in dieser Höhe gegen unstreitige Rechnungen der Klägerin für die Behandlung anderer Versicherter auf. Die Klägerin hätte den OPS 8-550.1 nicht kodieren dürfen, es fehle u.a. schon an einer ausreichenden Dokumentation der wöchentlichen Teambesprechung. Zutreffend wäre die DRG B63Z (Demenz und andere chronische Störungen der Hirnfunktion) gewesen.

Die Klägerin hat Klage auf Zahlung von 2.716,41 Euro nebst Zinsen erhoben, dem SG die Behandlungsunterlagen überlassen und erklärt, sie sei nicht damit einverstanden, dass das Gericht der Beklagten hierin Einsicht gewähre. Das SG hat diese lediglich einem sachverständigen Zeugen zur Verfügung gestellt und die Beklagte zur Zahlung verurteilt (Urteil vom 24.7.2014). Das LSG hat die vollständigen Behandlungsunterlagen auch dem MDK überlassen, nicht aber der Beklagten und deren Berufung zurückgewiesen: Die Voraussetzungen der DRG B44B seien erfüllt. Die Klägerin habe zu Recht den OPS 8-550.1 kodiert. Sie habe die dort genannten Leistungen erbracht und

hinreichend dokumentiert. Die Krankenkasse habe auch im Gerichtsverfahren keinen Anspruch darauf, selbst die Behandlungsunterlagen einzusehen; hierzu müsse sie sich des MDK bedienen (Urteil vom 14.12.2016).

2. Entscheidungsgründe

Das BSG hat die Entscheidungen der Vorinstanzen geändert und der Revision der Krankenkasse stattgegeben.

a) Das LSG habe den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt, indem es ihr die Einsicht in die Behandlungsunterlagen der Versicherten verweigert habe (vgl. § 62 und § 128 Abs. 2 SGG, Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 47 Abs. 2 Charta der Grundrechte der EU, Art. 6 Abs. 1 EMRK). Es habe die Beklagte daran gehindert, die Angaben des Zeugen und des MDK selbst umfassend anhand der diesen gerichtlich zur Verfügung gestellten Behandlungsunterlagen zu überprüfen. Nach § 128 Abs. 2 SGG dürfe ein Urteil nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten. Die Regelung konkretisiere den grundrechtlich verbürgten Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Dies sei als objektivrechtliches Verfahrensprinzip für ein rechtsstaatliches Verfahren im Sinne des GG schlechthin konstitutiv (vgl. BVerfGE 55, 1, 6). Rechtliches Gehör sichere den Beteiligten ein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung mit der Folge, dass sie ihr Verhalten im Prozess eigenbestimmt und situationsspezifisch gestalten können. Einer gerichtlichen Entscheidung dürften daher grundsätzlich nur solche Tatsachen zugrunde gelegt werden, zu denen die Beteiligten Stellung nehmen konnten (vgl. BVerfGE 89, 381, 392; ständ. Rspr.). Zu Tatsachen und Beweismitteln, die das Gericht von Amts wegen in den Prozess einführe und die es bei seiner Entscheidung berücksichtigen wolle, müsse es die Beteiligten hören (vgl. BVerfGE 70, 180, 189; BVerfGE 101, 106, 129). LSG und SG hätten verfahrensfehlerhaft die Behandlungsunterlagen zum Gegenstand des Rechtsstreits gemacht und damit den Rechtsanspruch der Beklagten aus Art. 103 GG verletzt.

b) Trotz der durchgreifenden Verfahrensrüge könne der Senat abschließend über den Rechtsstreit entscheiden. Nach den übrigen nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des LSG erfülle die Klägerin die Voraussetzungen für die Kodierung von OPS 8-550.1 jedenfalls wegen der unzureichenden Dokumentation nicht. Die Klägerin hätte sachlich-rechnerisch korrekt jedenfalls nicht mehr als 3.335,02 Euro abrechnen dürfen, weil sie die Voraussetzungen der DRG B44B oder einer anderen höher als die DRG B63Z vergüteten Fallpauschale nicht erfüllt habe.

Die Version 2009 des OPS 8-550 lautete damals wie folgt:



DIMDI
medizinwissen
Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information

Kontakt

Kode-Suche in OPS Version 2009:
Drei- oder Viersteller:

Übersicht
Vorige Gruppe
Nächste Gruppe

Kommentar
Nutzungshinweise
Aufwandspunkte
Abkürzungen

OPS Version 2009

**Kapitel 8:
NICHTOPERATIVE THERAPEUTISCHE MASSNAHMEN
(8-00 ... 8-99)**

**Frührehabilitative und physikalische Therapie
(8-55 ... 8-60)**

8-55 Frührehabilitative Komplexbehandlung
Hinw.: Ein Kode aus diesem Bereich ist jeweils nur einmal pro stationären Aufenthalt anzugeben und darf nur solange verwendet werden, wie akutstationärer Behandlungsbedarf besteht

8-550 Geriatrische frührehabilitative Komplexbehandlung
Exkl.: Neurologisch-neurochirurgische Frührehabilitation (8-552 ff.)
Fachübergreifende und andere Frührehabilitation (8-559 ff.)
Physikalisch-medizinische Komplexbehandlung (8-563 ff.)
Hinw.: Mindestmerkmale:
· Behandlung durch ein geriatrisches Team unter fachärztlicher Behandlungsleitung (Zusatzweiterbildung oder Schwerpunktbezeichnung im Bereich "Klinische Geriatrie" erforderlich)
· Standardisiertes geriatrisches Assessment zu Beginn der Behandlung in mindestens 4 Bereichen (Mobilität, Selbsthilfefähigkeit, Kognition, Emotion) und vor der Entlassung in mindestens 2 Bereichen (Selbständigkeit, Mobilität)
· Soziales Assessment zum bisherigen Status in mindestens 5 Bereichen (soziales Umfeld, Wohnumfeld, häusliche/außerhäusliche Aktivitäten, Pflege-/Hilfsmittelbedarf, rechtliche Verfügungen)
· Wöchentliche Teambesprechung unter Beteiligung aller Berufsgruppen mit wochenbezogener Dokumentation bisheriger Behandlungsergebnisse und weiterer Behandlungsziele
· Aktivierend-therapeutische Pflege durch besonders geschultes Pflegepersonal
· Teamintegrierter Einsatz von mindestens 2 der folgenden 4 Therapiebereiche: Physiotherapie/Physikalische Therapie, Ergotherapie, Logopädie/faziorale Therapie, Psychologie/Neuropsychologie
Eine gleichzeitige (dauernde oder intermittierende) akutmedizinische Diagnostik bzw. Behandlung ist gesondert zu kodieren

8-550.0 Mindestens 7 Behandlungstage und 10 Therapieeinheiten
Hinw.: Der therapeutische Anteil umfasst insgesamt mindestens 10 Therapieeinheiten von durchschnittlich 30 Minuten, davon maximal 10% als Gruppentherapie

8-550.1 Mindestens 14 Behandlungstage und 20 Therapieeinheiten
Hinw.: Der therapeutische Anteil umfasst insgesamt mindestens 20 Therapieeinheiten von durchschnittlich 30 Minuten, davon maximal 10% als Gruppentherapie

8-550.2 Mindestens 21 Behandlungstage und 30 Therapieeinheiten
Hinw.: Der therapeutische Anteil umfasst insgesamt mindestens 30 Therapieeinheiten von durchschnittlich 30 Minuten, davon maximal 10% als Gruppentherapie

Hierzu hat das BSG wörtlich Folgendes ausgeführt (aaO RdNr. 35):

"Zu dokumentieren sind konkret wochenbezogen jeweils Behandlungsergebnisse und eigenständige Behandlungsziele je Therapiebereich aufgrund der wöchentlich stattfindenden gemeinsamen Teambesprechung einschließlich der personenbezogenen Benennung aller teilnehmenden Berufsgruppen nach ihren Vertretern und der fachärztlichen Behandlungsleitung. Dies erfordert nach allgemeinem Sprachgebrauch eine planvolle, geordnete, zielgerichtete Zusammenfassung. Es geht um die konzentrierte Darstellung eines strukturierten Dialogs (der wöchentlichen Teambesprechung) nach fachärztlicher Behandlungsleitung, teilnehmenden Berufsgruppen, Ausgangspunkt (bisherige Behandlungsergebnisse) und Ergebnis der Besprechung (weitere Behandlungsziele). Inhalte haben alle Berufsgruppen (ärztliche Behandlung, die vier benannten Therapiebereiche, Pflege, Sozialdienst), nicht nur die bislang tätig gewordenen Therapiebereiche beizusteuern. Die Therapiebereiche, die in der vergangenen Woche seit der letzten Teambesprechung den jeweiligen Versicherten behandelt haben, haben erreichte und damit zugleich ggf. (noch) nicht erreichte, aber schon angestrebte konkrete Behandlungsergebnisse mitzuteilen. Dies schließt mit ein, dass die bislang nicht tätig gewordenen Berufsgruppen ihrerseits ihren Sachverstand mit einbringen, Vorschläge für ihren Bereich unterbreiten und sich an der Festlegung der Behandlungsziele für die jeweils nächste Woche diskursiv beteiligen. Die Behandlungsziele sind angesichts des im Wortlaut mehrfach hervorgehobenen Teamgedankens das Ergebnis der gemeinsamen Beratung von Vertretern aller Berufsgruppen unter dokumentiert fachärztlicher Behandlungsleitung. Dem zu bezeichnenden Facharzt mit Zusatzweiterbildung oder Schwerpunktbezeichnung im Bereich 'Klinische Geriatrie' kommt dabei die Moderation und Gesamtverantwortung zu. Die Wochenbezogenheit und der organisatorische Rahmen für die Einbindung des gesamten Teams in die Umsetzung der Behandlungsziele, auch wenn nicht alle Teammitglieder an der wöchentlichen Teambesprechung teilnehmen (können), erfordern eine möglichst konkrete, für alle Teammitglieder nachvollziehbare Beschreibung des Ist-Zustandes und der weiteren Behandlungsmaßnahmen. Dies entspricht auch dem Gedanken der Komplexbehandlung, der namensgebend für OPS 8-550 und einige andere OPS-Kodes

der OPS-Gruppen 8-55 bis 8-60 sowie 8-97 und 8-98 ist. Sie geht über den Bedarf eines Patienten in einem 'geriatrischen' Alter hinaus, der nur in einzelnen in OPS 8-550 angesprochenen Bereichen auf Therapie und/oder Pflege durch besonders geschultes Personal angewiesen ist. Er muss zur erforderlichen Frührehabilitation einer spezifischen, konkreten, mehrstimmigen, aber konzertierten Therapieantwort des aus verschiedenen Berufsgruppen bestehenden Teams bedürfen. Hierzu zählen die Ärzte, die vier Therapiebereiche und jedenfalls auch das Pflegepersonal und der Sozialdienst. Insbesondere muss erkennbar sein, welcher jeweils eigenständige Beitrag von jedem der vier genannten Therapiebereiche (Physiotherapie/Physikalische Therapie, Ergotherapie, Logopädie/faziorale Therapie, Psychologie/Neuropsychologie) für den einzelnen Patienten in Abstimmung mit den anderen Therapiebereichen zur Erreichung des Therapieziels im Rahmen des teamintegrierten Einsatzes erbracht werden kann und noch zu erbringen ist. Vertreter aller Berufsgruppen müssen dokumentiert bei der wöchentlichen Teambesprechung anwesend sein. Hierzu sind alle Teilnehmer individuell und nach ihrer Berufsgruppe zu bezeichnen. Denn OPS 8-550 unterscheidet sich von den anderen Prozeduren mit Dokumentationspflicht dadurch, dass er als einziger vierstelliger OPS-Kode ausdrücklich die Beteiligung aller Berufsgruppen anordnet. Die Team-Abstimmung muss aus der Dokumentation als qualifizierter konkreter Handlungsanleitung klar ersichtlich hervorgehen. Allgemeine Formulierungen, die Bezeichnung bloßer Globalziele (z.B. Steigerung der Selbstständigkeit, Mobilität) genügen nicht. Dementsprechend fordert der OPS bei etlichen Komplexbehandlungen nach seinem Regelungssystem eine wochenbezogene Dokumentation, wenn sich die Komplexität (auch) aus der Unterschiedlichkeit der Therapiebereiche ergibt und deswegen ein erhöhter Abstimmungsbedarf besteht (vgl. neben OPS 8-550 z.B.: OPS 8-552, 8-559, 8-563, 8-972, 8-975 - dort sogar zweimal in der Woche Besprechung -, 8-97d, 8-982, 8-984, 8-986). In den Fällen anderer Komplexbehandlungen ohne ausdrücklich vorgesehene Beteiligung unterschiedlicher Therapiebereiche wird weder eine wochenbezogene noch überhaupt eine besondere Dokumentation vom jeweiligen OPS-Kode verlangt (keine besondere Dokumentationspflicht z.B.: OPS 8-973, 8-976,

8-978, 8-979, 8-97a, 8-97b, 8-97c, 8-97e, 8-980, 8-987, 8-988, 8-989, 8-98c). Die Dokumentation kann orientiert an dem professionellen Horizont der Therapeuten adressatengerecht knapp und abgekürzt erfolgen. Auch schließt der Wortlaut des OPS 8-550 Bezugnahmen auf ausführliche Darstellungen an anderer Stelle nicht aus."

Daraus schlussfolgert das BSG sodann (aaO RdNr. 36): "Diese von OPS 8-550 an die wochenbezogene Dokumentation gestellten Anforderungen erfüllt die vom LSG festgestellte wochenbezogene Dokumentation der Klägerin (klägerisches Formular: 'Geriatrische Komplexbehandlung Doku wöchentliche Teambesprechung') in mehrfacher Hinsicht nicht. Insgesamt geht aus der Dokumentation weder hervor, dass eine den Anforderungen entsprechende wöchentliche Teambesprechung stattfand noch dass die Versicherte wochenbezogen eine 'Komplexbehandlung' erhielt. Es mangelt an Angaben dazu, wer jeweils an der wöchentlichen Teambesprechung teilnahm und dass jemand und ggf. wer sie leitete. Zudem werden nicht alle Berufsgruppen aufgeführt. Es fehlt durchgängig der Therapiebereich 'Psychologie/ Neuropsychologie'. Auch werden die Therapiebereiche nicht entsprechend den Vorgaben von OPS 8-550 auseinandergehalten. Die Dokumentation fasst 'Ergotherapie/Logopädie' zusammen, obwohl OPS 8-550 klar zwischen Ergotherapie einerseits und Logopädie/faziorale Therapie andererseits unterscheidet. Teilweise werden wochenbezogene Behandlungsziele in der im Formular der Klägerin vorgesehenen Rubrik überhaupt nicht genannt, zum Teil sind sie allgemein gehalten ('Mobilisation'). Teilweise geht aus den sonstigen Angaben nicht hervor, dass es sich um bereits durchgeführte oder nur beabsichtigte Therapieansätze und -erfolge handelt (vgl. die Spalten 'Physio-/Physikalische Th.' und 'Ergotherapie/Logopädie'). ... OPS 8-550 sieht - anders als OPS 8-552 - nicht vor, dass bei simultanem Einsatz von zwei oder mehr Mitarbeitern die Mitarbeiterminuten aufsummiert werden dürfen."

Volltext der BSG-Entscheidung s. **Anlage 1**

3. Entwicklung des OPS / Prüfumfang des Gutachtens

a) Die Entscheidung des BSG befasst sich mit dem OPS 8-550 - Fassung 2009 (s. o. S. 6), die im Verhältnis zur OPS-Fassung 2018 (**Anlage 2 a**) in den wesentlichen Anforderungsbereichen gleichgeblieben ist. Das BSG stellt hohe Anforderungen an die Dokumentation konkret wochenbezogener Behandlungsergebnisse und eigenständiger Behandlungsziele je Therapiebereich sowie an eine planvolle, geordnete und zielgerichtete Zusammenfassung der Befunde. Es fordert die konzentrierte Darstellung eines strukturierten Dialogs in der wöchentlichen Teambesprechung zwischen fachärztlicher Behandlungsleitung und den übrigen teilnehmenden Berufsgruppen. Zur Frührehabilitation bedarf es danach einer spezifischen, konkreten, mehrstimmigen, aber konzertierten Therapieantwort des aus verschiedenen Berufsgruppen bestehenden Teams: "Hierzu zählen die Ärzte, die vier Therapiebereiche und ebenso das Pflegepersonal sowie der Sozialdienst. Insbesondere muss erkennbar sein, welcher jeweils eigenständige Beitrag von jedem der vier genannten Therapiebereiche (Physiotherapie/Physikalische Therapie, Ergotherapie, Logopädie/faziorale Therapie, Psychologie/Neuropsychologie) für den einzelnen Patienten in Abstimmung mit den anderen Therapiebereichen zur Erreichung des Therapieziels im Rahmen des teamintegrierten Einsatzes erbracht werden kann und noch zu erbringen ist. Vertreter aller Berufsgruppen müssen dokumentiert bei der wöchentlichen Teambesprechung anwesend sein. Hierzu sind alle Teilnehmer individuell und nach ihrer Berufsgruppen zu bezeichnen." Diese besonderen Anforderungen an die Dokumentation stellen kein Spezifikum des OPS 2009 dar, sondern sind durchaus auch auf die neueren OPS-Fassungen übertragbar, zumal der 1. Senat des BSG selbst keinerlei Hinweise darauf liefert, dass seine Rechtsauffassung auf den Rechtszustand des Jahres 2009 begrenzt sein soll.

b) Die vom BSG (aaO RdNr. 9 ff.) zunächst abgehandelte und von ihm positiv beantwortete Frage, ob es unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 GG zwingend geboten ist, einer Krankenkasse im SG-Prozess trotz ihrer besonderen Nähe zum MDK Einsicht in die medizinischen Behandlungsunterlagen eines Krankenhauses zu gewähren, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

II. Tatsächliche und rechtliche Bedenken gegen das BSG-Urteil vom 19.12.2017

1. Maßgeblichkeit von Wortlaut und Anwendungsregeln

Nach ständ. Rspr. des BSG sind Vergütungsregelungen für die routinemäßige Abwicklung in zahlreichen Behandlungsfällen - also auch OPS-Kodes - streng nach ihrem Wortlaut und den dazu vereinbarten Anwendungsregeln zu handhaben. Ergeben sich bei den Abrechnungen Wertungswidersprüche und sonstige Ungereimtheiten, haben es die zuständigen Stellen durch eine Änderung des Fallpauschalenkatalogs, der OPS-Kodes und der Kodierrichtlinien selbst in der Hand, für die Zukunft Abhilfe zu schaffen. Von diesen Grundsätzen geht auch der 1. Senat im Urteil vom 19.12.2017 (aaO RdNr. 32) aus, denn "Abrechnungsbestimmungen einschließlich der hierzu vereinbarten Anwendungsregeln sind ... wegen ihrer Funktion, die zahlreichen Behandlungsfälle routinemäßig abzuwickeln, im Gefüge der Ermittlung des Vergütungstatbestandes innerhalb eines vorgegebenen Vergütungssystems eng am Wortlaut orientiert und unterstützt durch systematische Erwägungen auszulegen; Bewertungen und Bewertungsrelationen bleiben außer Betracht (ständ. Rspr.; vgl. BSG SozR 4-2500 § 109 Nr. 19 RdNr. 17 mwN; BSGE 109, 236 = SozR 4-5560 § 17b Nr. 2, RdNr. 27; BSG SozR 4-2500 § 109 Nr. 51 RdNr. 13 mwN; BSG SozR 4-5562 § 2 Nr. 1 RdNr. 15; zur Auslegung von medizinischen Begriffen im OPS vgl. BSG SozR 4-1500 § 160a Nr. 32 RdNr. 18)." Diese Auslegungs- und Anwendungsprinzipien für vereinbarte Vergütungsregelungen gelten in vergleichbarer Weise auch für die vom DIMDI erteilten "Hinweise" zur Auslegung und Anwendung einzelner OPS-Kodes. Denn das DIMDI hat nach § 301 Abs. 2 SGB V die Aufgabe, für eine sachgerechte Handhabung der Verschlüsselungshinweise zu sorgen.

a) In seiner Stellungnahme aus Juni 2018¹⁾ begrüßt der Bundesverband (BV) Geriatrie (**Anlage 3**) im Grundsatz zwar, dass die Beteiligung aller Therapiebereiche an den Teamsitzungen grundsätzlich fachlich-inhaltlich sinnvoll und für eine konzertierte Therapieentscheidung notwendig ist. Nur so könne sichergestellt werden, dass der die Geriatrie kennzeichnende interdisziplinäre Behandlungsansatz auch umgesetzt werde. Vor diesem Hintergrund sei die Sichtweise des BSG zur verpflichtenden Teilnahme aller Berufsgruppen an der Teamsitzung grundsätzlich sachlich-inhaltlich nachvollziehbar. Sodann kritisiert der BV Geriatrie aber deutlich die Diskrepanz zwischen den Dokumentationsforderungen des BSG und dem OPS-Wortlaut sowie den dazu von allen Beteiligten über lange Jahre gehandhabten Anwendungsregeln:

- Die BSG-Forderung "Teilnahme aller Berufsgruppen an den wöchentlichen Teambesprechungen" wird nicht vom Wortlaut des OPS gedeckt, denn er enthält keine genauen Angaben dahingehend, welche Berufsgruppen dem Team konkret angehören müssen. Insbesondere die Forderung der Beteiligung des Sozialdienstes ist nicht nachvollziehbar, da diese Berufsgruppe im Wortlaut des OPS 8-550 an keiner Stelle genannt wird.
- Die BSG-Forderung "Beteiligung an der Teambesprechung auch von Vertretern der Therapiebereiche, die nicht aktiv in die Behandlung einbezogen waren", ist nicht vom Wortlaut des OPS gedeckt, denn dort heißt es "Teambesprechung ... mit Dokumentation bisheriger Behandlungsergebnisse"; mehr wurde bislang auch weder von Seiten der Kostenträger noch vom MDK gefordert.
- Die BSG-Forderung "Tatsächlich müssen in jedem Einzelfall immer alle Berufsgruppen für die gesamte Dauer der Teambesprechung anwesend sein" ist wirklichkeitsfremd; dies gilt vor allem hinsichtlich des bekannten Fachkräftemangels.

¹⁾ http://www.bv-geriatrie.de/images/INHALTE/Politik_und_Recht/Stellungnahmen/2018-06-12_Stellungnahme_BVG_DGG_DGGG.pdf - recherchiert am 4.10.2018

- Die BSG-Forderung "Facharzt mit Zusatzweiterbildung oder Schwerpunktbezeichnung im Bereich 'Klinische Geriatrie' kommt die Moderation und Gesamtverantwortung zu" ist weder im Wortlaut des OPS 8-550 vorhanden noch wird dies von Kassen- oder MDK-Seite verlangt.
- Die vom BSG nun geforderte Dokumentationstiefe ist in dieser Form bislang weder durch die Krankenkassen und ihrer Prüfdienste noch durch gerichtliche Entscheidungen gefordert worden und führt zu einer immensen Belastung der Krankenhäuser.

b) Auch seitens des MDK ist bislang lediglich gefordert worden, dass aus der Dokumentation die Beiträge der patientenbezogen beteiligten Berufsgruppen erkennbar sein müssen. So heißt es in den "Auslegungshinweisen der MDK-Gemeinschaft zur Kodierprüfung der OPS 8-550* Version 2018" (Stand: vor 15.5.2018 - **Anlage 4**)²⁾ zum OPS-Mindestmerkmal 'wöchentliche Teambesprechung einschließlich der fachärztlichen Behandlungsleitung und Dokumentation': "Schriftliche Dokumentation der wöchentlichen Teambesprechung im Hinblick auf die individuell erreichten Behandlungsergebnisse und die weiteren Behandlungsziele unter obligater und dokumentierter Teilnahme der ... fachärztlichen Behandlungsleitung. Der Umfang der Dokumentation hat sich an dem Ziel, den Rehabilitationsprozess transparent und die therapeutisch-rehabilitativen Maßnahmen plausibel zu machen, zu orientieren. Hierzu sollten die Beiträge der patientenbezogen beteiligten Berufsgruppen erkennbar sein. Die ausschließliche Verwendung vorgefertigter Auswahllisten ist in der Regel nicht ausreichend."

c) Im Ergebnis ist die vom BSG konkret-inhaltlich sowie zusätzlich in der Tiefe geforderte Dokumentationsdichte beim OPS 8-550 weder von dessen Wortlaut noch gemäß den dazu vereinbarten Anwendungsregeln nachzuvollziehen. Entgegen seiner eigenen Rechtsprechung (s.o. S. 11) nimmt der 1. Senat des BSG neue Bewertungen vor, die weder durch systematische Erwägungen gerechtfertigt sind noch im Interesse der Vertragsparteien liegen. Schliephorst (Das Krankenhaus 6/2018, S. 520) weist zu Recht darauf hin,

²⁾ https://kcgeriatrie.de/Info-Service_Geriatrie/Documents/2018_Auslegungshinweise_8-550.pdf - recherchiert am 4.10.2018

dass die Dokumentationserfordernisse des BSG "aus der Luft gegriffen" sind und im OPS 8-550 keinerlei Ansatzpunkte finden (vgl. auch Thomae, PKR 2015, 9). Zum Nachweis zitiert er aus der dem BSG-Urteil vorangegangenen Entscheidung des LSG Baden-Württemberg (U. v. 14.12.2016 - L 5 KR 4875/14 -), die auf die bisherige Dokumentationspraxis Bezug nimmt und in der es zur Dokumentationstiefe eines Krankenhauses heißt (aaO RdNr. 39): "Den Anforderungen der Dokumentation ist hierdurch Genüge getan. Zwar ist das benannte Dokumentationsblatt teilweise nicht vollständig ausgefüllt, indes erfordert die Dokumentationspflicht der OPS 8-550.1 nicht, dass jeder einzelne Therapiebereich über den gesamten Behandlungszeitraum durchgängig jeweils neue Ziele entwickelt und niederlegt. Das Wesen einer Komplexbehandlung liegt vielmehr gerade darin, dass verschiedene Bereiche ihre Ziele aufeinander abstimmen und - entsprechend der medizinischen Notwendigkeit - (gemeinsame) Prioritäten erarbeiten. Wenn hiernach, wie vorliegend bspw. im Bereich 'Physio-/Physikalische Th.' das 'Gehen am Rollator' als Zielvorgabe festgelegt ist, erfordert eine ordnungsgemäße Dokumentation i.S.d. OPS 8-550.1 nicht, dass (bereits) bei der nächsten Besprechung ein neues Ziel formuliert wird. Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie vorliegend - aus der Dokumentation das erzielte Behandlungsergebnis hervorgeht und dieses der vorherigen Zielvorgabe (noch) nicht entspricht."

d) Im Urteil vom 19.12.2017 - B 1 KR 19/17 R - hat das BSG allein seine weite Interpretation des OPS 8-550 als maßgeblich erachtet und sich weder inhaltlich mit der o.a. Entscheidung des Berufungsgerichts auseinandergesetzt noch die ausführliche Argumentation des SG Stuttgart (U. v. 24.10.2012 - S 10 KR 6999/10) zur Kenntnis genommen, obwohl diese in der Juris-Datenbank des BSG verfügbar ist. Zu einem vergleichbaren Fall hatte das SG ausgeführt (aaO RdNr. 43): "Die erforderliche wöchentliche Teambesprechung mit wochenbezogener Dokumentation bisheriger Behandlungsergebnisse und weiterer Behandlungsziele fand am ... statt. ... Weder wird das Führen eines Protokolls noch das Abzeichnen eines Teambesprechungsprotokolls durch alle anwesenden Therapeuten verlangt. Vielmehr ist erforderlich, dass eine wöchentliche Besprechung des Behandlungsteams statt-

findet. Eine solche Besprechung erfolgte am ... und zwar unter Beteiligung aller Berufsgruppe aus dem Bereich der Ärzte, Pflege, Krankengymnastik, Ergotherapie und des Sozialdienstes, ... Ausdrücklich verlangt der Prozedurenschlüssel 8-550.1 eine wochenbezogene Dokumentation, d.h. eine Zusammenstellung bisheriger Behandlungsergebnisse und weiterer Behandlungsziele in schriftlicher Form (in Gestalt eines Protokolls der Teambesprechung oder auch in einer sonstigen Form). Eine kurze und stichpunktartige Zusammenstellung der bisherigen Behandlungsergebnisse und der weiteren Behandlungsziele ist ausreichend. Diese Dokumentation ist in einer Gesamtschau mit den übrigen Behandlungsunterlagen zu sehen, die zur Ergänzung bzw. Vervollständigung herangezogen werden können. Die Kammer ist der Auffassung, dass die Dokumentation der Klägerin diesen Anforderungen noch entspricht."

e) Zwischenergebnis:

Hätte das BSG den Wortlaut des OPS 8-550 Version 2009 wortgetreu zur Kenntnis genommen und gewürdigt, die dazu vereinbarten Anwendungsregeln berücksichtigt und die bereits bestehende einschlägige Rechtsprechung ausgewertet, hätte es bezüglich seiner Forderungen nach dem Umfang und der Tiefe der notwendigen Dokumentation wohl zu einer anderen Entscheidung gelangen müssen. Dass dies nicht geschehen ist, das BSG vielmehr eine eigene und der bisherigen Praxis diametral entgegenstehende Interpretation gewählt hat, ist eine bedauerliche Tatsache mit Folgen: Die Entscheidung wird Auswirkungen auf die Abrechenbarkeit der geriatrischen frührehabilitativen Komplexbehandlung haben und zu einer großen Belastung der Krankenhäuser bei Rückforderungen führen. Etablierte und von MDK sowie Krankenkassen akzeptierte Dokumentationsformen müssen angepasst werden, wobei jedoch weiterhin Unsicherheiten verbleiben, ob und inwieweit die Teamdokumentation zukünftigen Rechnungsprüfungen standhalten wird. Unter dem Aspekt des immer wieder betonten Willens zum Bürokratieabbau - so meint der BV Geriatrie (**Anlage 3**, S. 4) zu Recht - stellen diese umfassenden Anforderungen des BSG an die Dokumentation der Teambesprechungen einen wirklich kontraproduktiven Beitrag dar!

2. Auslegung des OPS-Kodes 8-550 "contra legem"

Die Anwendung und Auslegung der Gesetze durch die Gerichte hat im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung zu erfolgen. Sie steht mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) nur dann in Einklang, wenn sie sich in den Grenzen vertretbarer Auslegung und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung bewegt. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG den Einzelnen, dass ihnen gegenüber ergehende Entscheidungen diesen Anforderungen genügen (so BVerfG, B. v. 6.6.2018 - 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14 -; vgl. auch BVerfGE 128, 193 <206 ff.>; 132, 99 <127>).

Zu den Aufgaben der Rechtsprechung gehört auch die Rechtsfortbildung. Der Gesetzgeber hat dies seit langem anerkannt und den obersten Gerichtshöfen des Bundes die Aufgabe der Rechtsfortbildung ausdrücklich überantwortet (vgl. für das BSG § 41 Abs. 4 SGG). Richterliche Rechtsfortbildung darf aber nicht dazu führen, dass die Gerichte ihre eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen. Die Gerichte dürfen sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen, sondern müssen die gesetzgeberischen Grundentscheidungen respektieren. Eine Interpretation, die sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein. Auf jeden Fall darf der offenkundige Wille des Gesetzgebers nicht übergangen oder verfälscht werden (BVerfG aaO RdNr. 73).

Im vorliegenden Fall handelt es sich indes nicht um eine Frage der Rechtsfortbildung von Gesetzesrecht, sondern um die Interpretation einer untergesetzlichen Abrechnungsvorschrift, im Sprachgebrauch des 1. Senats des BSG eines "Normsetzungsvertrages". Hierfür gelten die vom BVerfG aufgestellten strengen Regeln nicht; deren Auslegung und Anwendung unterliegt vielmehr den allgemeinen Auslegungsmethoden der Rechtswissenschaft (ständ. Rspr., vgl. zuletzt BSG, U. v. 19.6.2018 - B 1 KR 30/17 R - RdNr. 14 mwN). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die dafür erforderliche Subsumtion

im rechtsleeren Raum erfolgen darf; als verfassungsrechtlicher Prüfmaßstab ist insoweit das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG maßgeblich.

Objektiv willkürlich ist ein Richterspruch nach ständ. Rspr. des BVerfG allerdings nur dann, wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht. Fehlerhafte Rechtsanwendung allein macht eine Gerichtsentscheidung jedoch nicht willkürlich. Willkür liegt vielmehr erst dann vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt, der Inhalt einer Norm in krasser Weise missverstanden oder sonst in nicht mehr nachvollziehbarer Weise angewendet wird (vgl. BVerfGE 89, 1 <13 f.>; 96, 189 <203>; B. v. 12.10.2009 - 1 BvR 753/09 -; zuletzt noch B. v. 7.10.2015 - 2 BvR 413/15 -, RdNr. 28).

Ob diese strengen Voraussetzungen hier vorliegen, erscheint zweifelhaft; wahrscheinlicher dürfte die Annahme gerechtfertigt sein, dass es sich bei der Entscheidung des 1. Senats des BSG um einen zwar falschen, im Lichte der Verfassung aber noch hinnehmbaren Urteilspruch handelt.

3. "Sofortvollzug" oder Ankündigungsrechtsprechung

a) Jeder Prozesspartei – auch im öffentlichen Recht – steht ein Recht auf faires Verfahren zu, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG. Wichtigster rechtsdogmatischer Ausdruck dieses Prozessgrundrechts ist die Unzulässigkeit von Überraschungsentscheidungen, was in Art. 103 Abs. 1 GG seine spezifische Ausformung gefunden hat: "Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör." Der Einzelne soll nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein, sondern vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (vgl. BVerfGE 84, 188 <190> m.w.N.). Da dies nicht nur durch tatsächliches Vorbringen, sondern auch durch Rechtsausführungen geschehen kann, gewährleistet Art. 103 Abs. 1 GG dem Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, son-

dern auch zur Rechtslage zu äußern (vgl. BVerfGE 60, 175 <210, 211 f.>; 64, 135 <143>; 65, 227 <234>). Deshalb verbieten sich gerichtliche Entscheidungen, insbesondere von obersten Bundesgerichten, wenn sie rechtliche Gesichtspunkte enthalten, mit denen ein Verfahrensbeteiligter nicht zu rechnen brauchte, oder wenn höchstrichterliche Rechtsprechung, hier sogar des fachlich allein zuständigen Senats, ohne vorherigen Hinweis aufgegeben wird (BVerfGE 86, 133 <144>; 79, 372 <376>).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist es durchaus naheliegend anzunehmen, dass der 1. Senat des BSG mit seiner Entscheidung vom 19.12.2017 gegen das Prozessgrundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen hat, weil das Gericht seine unerwartete neue Rechtsprechung in Anbetracht der bisherigen langjährigen Verfahrenspraxis zu Umfang und Tiefe einer OPS-Dokumentation vorab hätte ankündigen müssen, dies aber in grundrechtsmissachtender Weise nicht getan hat. Da auch BSG-Entscheidungen indes unmittelbar immer nur "inter partes" wirken, hätte dieser Verfassungsverstoß von der Klägerin des Revisionsverfahrens im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden müssen - dies ist offensichtlich jedoch nicht geschehen.

b) Gerichte entscheiden stets konkrete Streitfälle und dies geschieht in der Regel retrospektiv, weil es sich meist um in der Vergangenheit liegende Sachverhalte handelt. Allerdings stellt es nicht nur ein "nobile officium" dar, sondern entspricht verfassungsrechtlicher Tradition aller obersten Bundesgerichte, Entscheidung dann nicht "im Sofortvollzug" zu treffen, wenn an ein bestimmtes Verhalten der Beteiligten nach aktueller Beurteilung der Rechtsprechung andere Anforderungen als bislang gestellt werden (vgl. etwa 11. Senat des BSG, U. v. 2.5.2012 - B 11 AL 6/11 R -, 6. Senat des BSG, U. v. 28.9.2005 - B 6 KA 71/04 R - und 9. Senat des BSG, U. v. 18.3.1987 - 9b RU 8/86 -; BVerwG, B. v. 28.2.1995 - 4 B 214/94). Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich - wie hier - um ein "Massengeschäft" handelt, also zahlreiche identische Fälle im Rechtsverkehr langjährig und übereinstimmend im Konsens behandelt worden sind. Der 6. Senat des BSG (aaO RdNr. 49) hat diesen Vertrauensschutzgedanken noch im Jahre 2005 nachhaltig betont:

"Der Senat sieht sich aus Gründen des prozessualen und materiellen Vertrauensschutzes daran gehindert, seine Rechtsprechung zum Ausschluss von Verzugszinsen in Streitverfahren der Gesamtvertragspartner auch mit Wirkung für die Vergangenheit zu ändern. Angesichts der seit fast 40 Jahren praktizierten Rechtsprechung des BSG haben die Krankenkassen mit der Zubilligung von Prozesszinsen nicht rechnen müssen, konnten sich darauf nicht einstellen und haben entsprechend auch keine Vorkehrungen in ihren Haushalten dafür getroffen. Das gebietet es, die geänderte Rechtsprechung erst in zukünftig anhängig werdenden Fällen zur Anwendung kommen zu lassen. ..."

Der 1. Senat des BSG hat sich mit seiner Entscheidung vom 19.12.2017 dieser gemeinsamen Linie aller obersten Bundesgerichte verweigert und seine überzogenen und völlig unerwarteten Anforderungen an die Dokumentationsbreite und -tiefe im OPS-Kode 8-550 auf einen rückwärtigen Fall aus dem Jahr 2009 angewandt, obwohl die GKV-Vertragspartner nebst MDK ein Prozedere abgestimmt hatten, welches bis Ende 2017 bei diesem bis heute weitgehend unveränderten OPS-Kode einvernehmlich gehandhabt worden ist. Die geänderte Rechtsprechung traf alle Beteiligten völlig überraschend. Ob das Gericht damit "inhonesta consilia" verfolgt hat, soll hier nicht abschließend bewertet werden; die Problematik wird aber an anderer Stelle noch zu diskutieren sein (vgl. unten **Punkt III.**, S. 20 ff.).

4. Exkurs: Übertragbarkeit des BSG-Urteils auf den OPS-Kode 8-98a

Das Operationen- und Prozedurenschlüsselverzeichnis 2018 sieht neben der vollstationären geriatrischen frührehabilitativen Komplexbehandlung (OPS-Kode 8-550) auch noch eine teilstationäre geriatrische Komplexbehandlung (OPS-Kode 8-98a - **Anlage 2 b**) vor. Das BSG lässt offen, ob seine im Urteil vom 19.12.2017 entwickelten Grundsätze für die Dokumentation im stationären Bereich auch für den teilstationären Sektor Geltung besitzen sollen. Einige Landes-MDK scheinen dies anzunehmen; hierzu nimmt der BV Geriatrie wie folgt Stellung (**Anlage 3** - S. 4):

"Auch die Ausweitung und Übertragung des Urteils auf die teilstationäre geriatrische Komplexbehandlung nach OPS 8-98a ist sachfremd und somit abzulehnen. Das Kompetenz-Centrum Geriatrie des MDK Nord hat hierzu in seinen aktualisierten Auslegungshinweisen zu OPS 8-98a die Behandlung auf Basis einer regelmäßigen Teambesprechung gefordert und für die Anforderungen an diese Teambesprechung auf das BSG-Urteil verwiesen (Stand: 15.05.2018)."

Der OPS 8-98a verlangt in keiner Weise eine Teambesprechung. Die zum OPS 8-550 erfolgten Ausführungen des BSG sind auf diese Behandlung nicht übertragbar. Der OPS 8-98a fordert lediglich eine teamintegrierte Behandlung; in welcher Form diese ausgestaltet wird, ist nicht festgelegt. Zudem basiert die teilstationäre geriatrische Komplexbehandlung auf einem Tagesbezug, so dass eine wochenbezogene Dokumentation diesem Grundsatz nicht gerecht werden kann.

III. Können die Kassen Erstattungsansprüche für die Vergangenheit realisieren?

Wie eingangs bereits geschildert (s. o. S. 3), haben die Krankenkassen und Kassenverbänden in NRW erklärt, dass die BSG-Rechtsprechung für sie verbindlich ist, sie dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V unterliegen und wegen der restriktiven Haltung der Aufsichtsbehörden derzeit keine Möglichkeit sehen, rückwärtige Erstattungsforderungen verbindlich auszuschließen. Sollte es dazu kommen, wird ein potentielles Erstattungsvolumen von über ½ Mrd. Euro im Raum stehen. Dabei handelt es sich durchaus nicht um rein theoretische Erwägungen, wie die zahlreichen und von den Krankenkassen bundesweit initiierten Streitverfahren zum Thema "rückwärtige Erstattung von zu Unrecht gezahlten Aufwandspauschalen wegen Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit von Krankenhausabrechnungen" zeigen.

Ähnliches befürchtet auch der BV Geriatrie (**Anlage 3** - S. 5 f.): "Umso deutlicher ist daher das jetzt auf die Entscheidung folgende Verhalten einzelner Krankenkassen zu verurteilen, eine bislang nicht in Frage gestellte Durchführung und Dokumentation der Teambesprechung nun rückwirkend in Zweifel zu ziehen. Soweit die Leistung durch die Einrichtungen ordnungsgemäß erbracht wurde, haben die Krankenkassen die Rechnungen bislang bezahlt. Kassenseitig bestand in diesen Fällen offensichtlich keine Veranlassung, die Inhalte und Ausführlichkeit der Dokumentation der Teambesprechung anzuzweifeln. Nunmehr auf der Grundlage dieser BSG-Entscheidung Rückzahlungsansprüche wegen angeblich nicht eingehaltener Dokumentationsanforderungen geltend zu machen, widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch im Sozialrecht Gültigkeit hat. ... Dieses Vorgehen erhält durch die allein auf Kostenträgerseite bestehende Möglichkeit zur Aufrechnung streitiger mit nichtstreitigen Forderungen eine weitere Brisanz. Es drängt sich der Eindruck eines Missverhältnisses zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern hinsichtlich der Durchsetzung von Forderungen auf. Können sich die Leistungserbringer prospektiv auf diese Anforderungen einstellen, ist dies retrospektiv nicht möglich. Die unmittelbar nach der Veröffentlichung der Urteilsbegründung von einigen Kostenträgern angekündigte umfassende Prüfung abgeschlossener Behandlungsfälle ist eine nicht hinnehmbare Praxis."

1. Erfüllungswirkung des § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V iVm § 362 Abs. 1 BGB

Sollten die Kostenträger in Anbetracht der Entscheidung des 1. Senats des BSG vom 19.12.2017 Altfälle des OPS 8-550 wieder aufrollen und Erstattungsansprüche wegen angeblich mangelhafter oder unzureichender Dokumentation geltend machen, so wäre zunächst zu beachten, dass die jeweils zugrunde liegenden Altforderungen damals kassenseitig bereits vollständig und vorbehaltlos beglichen worden sind. Es wurde keinerlei Veranlassung gesehen, die Krankenhausbehandlung selbst, die Richtigkeit der Abrechnung oder die Inhalte und Ausführlichkeit der Dokumentation der Team-

besprechung anzuzweifeln. Folglich sind die zugrunde liegenden Schuldverhältnisse erloschen (§ 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V iVm § 362 Abs. 1 BGB); mit der Erfüllungswirkung sind zudem alle wechselseitigen Leistungspflichten erledigt. Gemäß § 363 BGB trifft die Krankenkassen nun jeweils die Beweislast, dass Erfüllungsmängel o.ä.m. vorliegen. Dafür müssten die Kostenträger entsprechenden Sachvortrag und Nachweise liefern, denn die Tatsache der erfolgreich durchgeführten Krankenhausbehandlung steht außer Zweifel. Anders wäre es nur, wenn die Unrichtigkeit der die Behandlung begleitenden Dokumentation offensichtlich wäre, der Fehler dem Abrechnungsverhältnis also quasi "auf der Stirn geschrieben stünde". Das dürfte indes nie der Fall sein, denn die Krankenkassen haben die Dokumentationen in den Altfällen im Ergebnis nicht beanstandet und alle Rechnungen ordnungsgemäß bezahlt. Allerdings stehen auch den Krankenkassen trotz der Erfüllungswirkung des § 362 BGB nach Bezahlung der Krankenhausrechnung und ähnlich wie im Kaufvertragsrecht (Wandlung, Minderung) oder im Werkvertragsrecht (Minderung, Schadensersatz, Rücktritt) bestimmte "Gewährleistungsansprüche" zu, die der Gesetzgeber indes in § 275 SGB V eindeutig geregelt hat und die durch die Rechtsprechung des BSG weiter ausdifferenziert worden sind. Wenn eine Krankenkasse hiervon nicht oder nicht rechtzeitig Gebrauch macht, ist sie mit Angriffen gegen die ursprüngliche Forderung ausgeschlossen.

Das bedeutet konkret, dass die Darlegungs- und Beweislast für eine etwaige Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Krankenhausedokumentation in Altfällen bei der Krankenkasse liegt. Sie kann zur Durchsetzung eines vermeintlichen Erstattungsanspruchs nicht einfach eine Rechtsverletzung des Krankenhauses "in der Vergangenheit" behaupten, ohne hierfür konkrete Anhaltspunkte vorzubringen und nachzuweisen. Im Vorfeld der Anspruchsrealisierung muss also in jedem Fall eine - erstmalige oder erneute - Prüfung des Abrechnungsfalles durch die Kasse erfolgen, wobei sie sich an die vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung vorgegebenen Prüfregele zu halten hat. Die althergebrachte Beweiserleichterungsregel "prima facie" kann hier nicht einschlägig sein, weil sie die Krankenkassen nicht von der vorhergehenden Darlegungslast befreien kann.

2. Prüfung von Erstattungsansprüchen der Krankenkassen

a) Gemäß § 294 SGB V sind die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte und die übrigen Leistungserbringer verpflichtet, die für die Erfüllung der Aufgaben der Krankenkassen sowie der Kassenärztlichen Vereinigungen notwendigen Angaben, die aus der Erbringung, der Verordnung sowie der Abgabe von Versicherungsleistungen entstehen, aufzuzeichnen und den Krankenkassen, den Kassenärztlichen Vereinigungen oder den mit der Datenverarbeitung beauftragten Stellen mitzuteilen. Für die Krankenhäuser konkretisiert § 100 Abs. 1 Satz 3 SGB X einzelfallbezogen, dass sie verpflichtet sind, einem Leistungsträger (hier: Krankenkasse) im Einzelfall auf Verlangen Auskunft zu erteilen, soweit es für die Durchführung von dessen Aufgaben erforderlich ist. Das BSG hat dazu ein Drei-Stufen-Schema der Sachverhaltsermittlung entwickelt (BSG, U. v. 22.4.2009 - B 3 KR 24/07 R, ständ. Rspr.; vgl. auch BSG U. v. 1.7.2014 - B 1 KR 48/12 R):

Auf der ersten Stufe der Sachverhaltserhebung hat das Krankenhaus zunächst alle Angaben nach § 301 Abs. 1 SGB V zu machen, und zwar zutreffend und vollständig. Erschließen sich die Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung oder weitere Abrechnungsvoraussetzungen den - medizinisch in der Regel nicht besonders ausgebildeten - Mitarbeitern/-innen der Krankenkasse aufgrund der gebotenen Angaben nach § 301 SGB V nicht selbst, ist auf der zweiten Stufe der Sachverhaltserhebung - noch ohne konkrete Einbindung des Krankenhauses - ein Prüfverfahren nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V einzuleiten. Danach ist beim MDK eine Stellungnahme einzuholen, wenn die vom Krankenhaus erteilten und ansonsten zur Verfügung stehenden Informationen zur Prüfung insbesondere der medizinischen Voraussetzungen sowie Art und Umfang der Krankenhausbehandlung nicht ausreichen. Dazu hat die Krankenkasse dem MDK gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 SGB V alle in ihrem Verfügungsbereich befindlichen und zur Begutachtung erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Auf der dritten Stufe der Sachverhaltserhebung - wenn sich also unter Auswertung der auf der ersten und zweiten Stufe verfügbaren Sozialdaten kein abschließendes Ergebnis finden lässt - hat das Krankenhaus schließlich nach § 276 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 SGB V dem

MDK alle weiteren Angaben zu erteilen und Unterlagen vorzulegen, die im Einzelfall zur Beantwortung der Prüfanfrage der Krankenkasse benötigt werden. MDK-Prüfungen nach § 275 Abs. 1c Satz 1 SGB V, die sich auf von den Krankenhäusern zur Verfügung gestellte Sozialdaten der Versicherten stützen, betreffen nur diese dritte Stufe (vgl. BSG, U. v. 13.11.2012 - B 1 KR 14/12 R -, ständ. Rspr.).

b) Im Hinblick auf die von Kassenseite erforderliche Kontrolle von Altfällen, ob ggfls. Erstattungsansprüche geltend gemacht werden können und realisierbar sind, werden jeweils Untersuchungen durchzuführen sein, ob die vom OPS 8-550 vorgeschriebene und seitens des BSG im Urteil vom 19.12.2017 ausdifferenzierte Dokumentation in Breite und Tiefe vorhanden ist. Dies bedingt eine Durcharbeit der Krankenunterlagen, insbesondere der Patientenakte, also eine medizinische Prüfung. Gemäß § 275 Abs. 1 SGB V ist dafür zwingend ("die Krankenkasse ist ... verpflichtet") die Einbindung der Expertise des MDK erforderlich, weil die Krankenkasse aus Gründen des Datenschutzes medizinische Erhebungen selbst nicht vornehmen darf. Da sich die Krankenakte bei in der Vergangenheit liegenden Fällen im Krankenhaus befindet, kann die notwendige Sachverhaltsermittlung in aller Regel nur auf der o.a. dritten Stufe erfolgen.

c) Als Mittel der Wahl hat der Gesetzgeber für dieses Verfahren die sog. Auffälligkeitsprüfung nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 SGB V vorgesehen. Der Tatbestand der Rechnungsprüfung bei Auffälligkeiten fehlte in der Ursprungsfassung des § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V und wurde erst durch Art. I Nr. 6b FPG mit Wirkung zum Jahresbeginn 2003 eingefügt. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu (BT-Drucks. 14/7862 S. 6 zu 2.7): "Klarstellung, dass in Einzelfällen bei Auffälligkeiten auch die Rechnungslegung durch den MDK geprüft werden kann. Das Verfahren wird ausdrücklich begrenzt auf Fälle, in denen die Krankenkassen einen Anfangsverdacht haben. Die Krankenkassen müssen in diesen Fällen die Möglichkeit haben, abgerechnete Leistungen vom MDK überprüfen zu lassen."

Schon die Formulierung "Prüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung" deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber ein umfassendes Instrumentarium zur Rechnungsprüfung geschaffen hat, das nicht nur die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots betrifft, sondern alle Fälle von Unstimmigkeiten. Der Umstand, dass die Ergänzung im Zusammenhang mit der Einführung der Vergütung der Krankenhausleistungen durch DRG erfolgte, spricht ebenfalls dafür, dass die Gesetzesänderung gerade die bisher nicht im Gesetz ausdrücklich erwähnte sachliche und abrechnungstechnische Richtigkeit der Krankenhausrechnung erfassen sollte. In der Gesetzesbegründung wird deshalb bewusst hervorgehoben, es werde klargestellt, dass in Einzelfällen "auch die Rechnungslegung" durch den MDK geprüft werden könne. Rechnungslegung meint semantisch aber gerade auch die sachlich-rechnerische Richtigkeit einer Abrechnung (so auch Knispel, GesR 2015, 200).

Gleichwohl hat der seit Beginn des Jahres 2015 für Streitigkeiten aus dem Bereich der stationären Versorgung allein zuständige 1. Senat des BSG mit einer schon im Juli 2014 begonnen Rechtsprechung eine Differenzierung zwischen den Prüfungen der Krankenkassen vorgenommen. Danach soll die Prüfnorm des § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V bei der sachlichen oder rechnerischen Prüfung von Einzelfällen nicht einschlägig sein, sondern nur bei der Prüfung von Auffälligkeiten. Allein in diesen Fällen könne sich das Krankenhaus auf die Ausschlussfrist von sechs Wochen berufen (§ 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V) oder eine Aufwandspauschale verlangen (§ 275 Abs. 1c Satz 3 SGB V). Die sachlich-rechnerische Prüfung betreffe insbesondere Fragen der richtigen Kodierung, ob also bestimmte Haupt- oder Nebendiagnosen zu Recht angesetzt worden oder die Voraussetzungen für die Abrechnung bestimmter Operationskodes oder Zusatzentgelte gegeben gewesen seien (vgl. BSG, U. v. 1.7.2014 - B 1 KR 29/13 R -, U. v. 14.10.2014 - B 1 KR 25/13 R und B 1 KR 26/13 R -, U. v. 23.6.2015 - B 1 KR 13/14 R und B 1 KR 22/16 R -, U. v. 23.5.2017 - B 1 KR 24/16 R und B 1 KR 28/16 R -). Fragen der Verweildauer betreffen hingegen die Wirtschaftlichkeit der Krankenhausbehandlung und seien im Rahmen von Auffälligkeitsprüfungen zu beantworten.

Ausgehend von dieser differenzierenden Sichtweise des 1. Senats des BSG würde es sich bei der Untersuchung von Altfällen um sog. "Prüfungen der sachlich-rechnerischen Richtigkeit" handeln, weil es um die Frage der richtigen Kodierung geht. Diese Prüfungen verortete der 1. Senat des BSG systemwidrig - weil eine Fallanalyse durch den MDK anhand der Krankenakte erforderlich wäre - auf die zweite Stufe der Sachverhaltsermittlung, so dass § 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V nicht einschlägig und eine rückwärtige OPS-Prüfung bis zur Verjährungsgrenze von vier Jahren möglich wäre.

d) Der Gesetzgeber hat der nur schwer nachvollziehbaren und seiner gesetzgeberischen Intention widersprechenden Rechtsprechung des 1. Senats des BSG durch Art. 6 Nr. 21a KHSG mit Wirkung zum 1.1.2016 Einhalt geboten und in § 275 Abs. 1c SGB folgenden Satz 4 eingefügt:

"Als Prüfung nach Satz 1 ist jede Prüfung der Abrechnung eines Krankenhauses anzusehen, mit der die Krankenkasse den MDK beauftragt und die eine Datenerhebung durch den MDK beim Krankenhaus erfordert."

In der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit (BT-Drucks. 18/6586 S. 110) wird darauf hingewiesen, dass der bisherigen und nicht dem Gesetz entsprechenden Rechtsprechung des 1. Senats des BSG der Boden entzogen werden soll. Die Fristen- und Anzeigeregulung und diejenige zur Aufwandspauschale in § 275 Abs. 1c Satz 2 und 3 SGB V sollen sich auf jede Prüfung der Abrechnung einer stationären Behandlung beziehen, mit der eine Krankenkasse den MDK beauftragt und die eine Datenerhebung durch den MDK beim Krankenhaus erfordert. Dies gilt sowohl für Auffälligkeitsprüfungen als auch für die vom 1. Senat des BSG eingeführten Prüfungen auf sachlich-rechnerischen Richtigkeit. Wörtlich heißt es: "Mit der Voraussetzung, dass es sich um Prüfungen handeln muss, die eine Datenerhebung durch den MDK erfordern, wird auf das vom BSG entwickelte System der dreistufigen Sachverhaltsermittlung Bezug genommen. Dadurch wird in Übereinstimmung mit diesem Ansatz zum Ausdruck gebracht, dass § 275 Abs. 1c nur für Prüfungen auf der dritten Stufe der Sachverhaltserhebung anwendbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn der MDK den Prüfauftrag der

Krankenkasse nur mit Angaben und Unterlagen des Krankenhauses erfüllen kann und deshalb eine Prüfung durchführen muss, die Außenwirkung auf das Krankenhaus hat. Durch eine derartige Prüfung entsteht dem Krankenhaus ein besonderer Aufwand, der – falls es nicht zu einer Minderung des Abrechnungsbetrages kommt – durch die Pauschale zu entschädigen ist. Die Neuregelung hat zugleich zur Folge, dass Sachverhaltsermittlungen, die eine Einsichtnahme in Unterlagen des Krankenhauses oder sonstige Datenanforderungen beim Krankenhaus erfordern, ausgeschlossen sind, wenn die Frist nach Satz 2 ungenutzt abgelaufen ist. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Prüfung der sachlichen und rechnerischen Richtigkeit der Krankenhausabrechnung oder um eine Auffälligkeitsprüfung handelt." Das betrifft alle Altfälle bis zur derzeit gültigen Verjährungsgrenze von vier Jahren.

e) Das BSG vertritt allerdings eine abweichende Rechtsauffassung und meint, die Regelung des § 275 Abs. 1c Satz 4 SGB V stelle nicht auf die Abrechnungsprüfung, sondern den jeweiligen Abrechnungsfall ab. Wörtlich heißt es (U. v. 23.5.2017 - B 1 KR 24/16 R -, RdNr. 32): "Die Neuregelung der Prüfungen gemäß § 275 Abs. 1c Satz 4 SGB V gilt für Krankenhausbehandlungen, die ab dem 1.1.2016 oder später beginnen. ... Nicht anders als bei der Einfügung der Regelung des § 275 Abs. 1c SGB V zum 1.4.2007 ist die Einbindung der Neuregelung durch Satz 4 in die Leistungserbringung iS der Verwobenheit zu einem Gesamtkomplex maßgeblich. Dem behandelten Versicherten, dem Krankenhaus und der Krankenkasse muss bei Behandlungsbeginn klar sein, unter welchem Rechtsregime die Behandlung erfolgt. Regelungsschwerpunkt ist die Erbringung der Leistung durch das Krankenhaus und deren Vergütung. ... Hiermit erschwert die Neuregelung zu Lasten der Versichertengemeinschaft massiv die Aufdeckung von Falschkodierungen. Vor diesem Hintergrund macht die Geltungsanordnung zum Inkrafttreten des Satzes 4 zum 1.1.2016 einen klaren Schnitt zwischen Krankenhausbehandlungen, die bis zum Ablauf des 31.12.2015 begonnen haben, und solchen, die erst vom 1.1.2016 an erfolgen."

Diese am Grundsatz des Vertrauensschutzes orientierte Gesetzesauslegung überrascht, weil es sich wohl um eine Ausnahme handelt; das BSG hat näm-

lich sowohl in der hier zu begutachtenden Entscheidung zum OPS 8-550 als auch in vielen anderen Fällen (s. Auflistung unten **Punkt IV. 1**, S. 39) keinerlei Schutzgesichtspunkte in seine Bewertung einfließen lassen, wenn das Vertrauen von Leistungserbringern in bestehende Rechtspositionen betroffen war. Die Annahme des BSG, die Vorschrift des § 275 Abs. 1c Satz 4 SGB V gelte nur für Krankenhausbehandlungen ab Jahresbeginn 2016, ist zudem rechtsirrig und widerspricht klar der Gesetzesbegründung, in der es heißt (BT-Drucks. 18/6586 S. 110): "Die Fristen- und Anzeigeregelung des Satzes 2 und die Regelung zur Aufwandspauschale in Satz 3 beziehen sich auf jede Prüfung der Abrechnung einer stationären Behandlung, mit der eine Krankenkasse den MDK beauftragt und die eine Datenerhebung durch den MDK beim Krankenhaus erfordert." Der Gesetzgeber geht also eindeutig von der Abrechnungsprüfung und nicht vom Abrechnungsfall aus.

f) Zwischenergebnis:

Mit der vorstehenden Gesetzesnovellierung hat der Gesetzgeber den Geltungsbereich des § 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V auf jede Form von Prüfung erweitert, die ein Tätigwerden des MDK im Krankenhaus - also eine Einsichtnahme in Unterlagen des Krankenhauses oder sonstige Datenanforderungen beim Krankenhaus - erfordern. Eine Differenzierung in Auffälligkeitsprüfungen und solche der sachlich-rechnerischen Richtigkeit findet nicht mehr statt. Dies bedeutet, dass zumindest seit Jahresbeginn 2016 bei der Überprüfung von Altfällen die Sechs-Wochen-Frist zu beachten ist: "Die Prüfung einer Rechnung über eine Krankenhausbehandlung nach § 39 SGB V ist spätestens sechs Wochen nach Eingang der Abrechnung bei der Krankenkasse einzuleiten."

Diese Frist ist bei allen Altfällen längst abgelaufen, so dass eine MDK-beauftragte Überprüfung früherer Abrechnungen des OPS 8-550 nicht mehr zulässig ist (anders, aber rechtsirrig für Fälle aus 2014 und 2015: BSG, U. v. 23.5.2017 - B 1 KR 24/16 R -).

Anmerkung: Die Besonderheit dieser Fallgestaltung liegt darin, dass zur Überprüfung der Abrechnungsvoraussetzungen des OPS 8-550 medizinische Erhebungen - Umfang und Inhalt der Dokumentation - erforderlich sind, insbesondere die Einsichtnahme in die damalige Krankenhausakte und deren Bewertung. Dazu muss zwingend der MDK beauftragt werden, denn nur er darf die Krankenakten einsehen. Darin unterscheidet sich diese Fallgestaltung von anderen, bei denen die Krankenkasse ihre rückwärtigen Überprüfungen auf der ersten oder zweiten Stufe der Sachverhaltserhebung - also ohne Beteiligung des MDK - durchführen konnte, so etwa bei der Frage nach der Erstattung von Aufwandspauschalen (Auffälligkeitsprüfung oder Prüfung auf sachlich-rechnerische Richtigkeit?) oder bei der Frage, ob eine Falschabrechnung nach dem OPS 8-550 vorliegt, weil die geriatrische frührehabilitative Komplexbehandlung regelmäßig ein Alter von 70 Jahren, zumindest aber ein Alter von 60 Jahren in Verbindung mit plausibilisierenden Angaben erfordert (so jüngst BSG, U. v. 23.6.2015 - B 1 KR 21/14 R). Diese Fragestellungen vermag die Krankenkasse ohne Hilfe des MDK selbst zu beantworten, weshalb sie insoweit auch nicht an die Frist des § 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V gebunden ist. Gleichwohl wären in diesen letzteren Fällen Erstattungsforderungen der Krankenkassen bei bereits abgeschlossenen Sachverhalten ebenfalls ausgeschlossen, und zwar konkret wegen des Einwands treuwidrigen Verhaltens (vgl. nachstehend **Punkt III. 3**) sowie des Verbots der Rückwirkung von gravierenden BSG-Entscheidungen (vgl. unten **Punkt III. 4**, S. 32).

3. Treuwidriges Verhalten der Krankenkassen

Der 1. Senat des BSG hat gerade im Zusammenhang mit Abrechnungsstreitigkeiten zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern zum Grundsatz von Treu und Glauben - zuletzt sogar "unter Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze der Verwirkung" - wiederholt ausgeführt, es sei zu berücksichtigen, dass die Beteiligten aufgrund eines dauerhaften Vertragsrahmens ständig professionell zusammenarbeiteten. Ihnen seien die gegenseitigen

Interessenstrukturen geläufig. In diesem Rahmen sei von ihnen eine gegenseitige Rücksichtnahme zu erwarten. So hat es das Gericht als unzulässig erachtet, nach Ablauf des auf eine vorbehaltlose und nicht offensichtlich ungeschlüssige Schlussrechnung eines Krankenhauses folgenden Jahres - trotz der nicht verstrichenen kurzen Verjährungsfrist von vier Jahren - eine Nachforderung zu erheben (BSG, U. v. 8. 9.2009 - B 1 KR 11/09 R -, RdNr. 16; vgl. auch BSG, U. v. 13.11.2012 - B 1 KR 6/12 R -, RdNr. 13 und U. v. 5.7.2016 - B 1 KR 40/15 R -, RdNr. 20 f.). Der Vertrauenstatbestand erwachse daraus, dass die Krankenkasse regelhaft darauf vertraue, dass das Krankenhaus keine weiteren Nachforderungen erhebe. Hieran richte sie ihr Verhalten aus, indem sie davon Abstand nehme, die Abrechnung als zweifelhaft zu behandeln und - im Kontext sonstiger streitiger Forderungen - dafür haushaltsrechtlich relevante Vorkehrungen zu treffen. Weil die Krankenkassen auf tragfähige Berechnungsgrundlagen angewiesen seien, müssten sie sich grundsätzlich auf die Schlussrechnung eines Krankenhauses schon im laufenden Haushaltsjahr verlassen können, in dem die Rechnung gestellt werde. Dies versetzte sie in die Lage, die dem geltenden Haushaltsplan zu Grunde liegenden Ausgaben- und Einnahmenerwartungen mit den tatsächlichen Ausgaben und Einnahmen verlässlich abzugleichen und etwaige auf das folgende Haushaltsjahr zu übertragende Über- oder Unterdeckungen zu erkennen. Die Krankenkassen dürften grundsätzlich davon ausgehen, dass einmal gestellte, nicht beanstandete Schlussrechnungen nicht von den Krankenhäusern zu einem Zeitpunkt nachträglich korrigiert und Nachforderungen erhoben würden, die ihre Kalkulationsgrundlagen beeinträchtigten. Im Wege der "praktischen Konkordanz" seien die Interessen der Krankenhäuser einzubeziehen, hinsichtlich aller in einem laufenden Haushaltsjahr übermittelten Schlussrechnungen noch effektiv Nachprüfungen in einem angemessenen zeitlichen Rahmen vornehmen zu können.

Hiervon ausgehend, lässt sich ein rechtserheblicher Unterschied zur vorliegenden Konstellation nicht erkennen (so auch SG Aachen, U. v. 4.9.2018 - S 14 KR 94/18 - RdNr. 65). Die Krankenkassen haben Rechnungen auf der Basis des OPS 8-550 aufgrund einer allseits akzeptierten und vom MDK nicht beanstandeten Auffassung zum Umfang und zur Tiefe der Dokumentation

vorbehaltlos an die Krankenhäuser bezahlt. Diese durften darauf vertrauen, dass es keine späteren Erstattungsforderungen geben würde. Das gilt hier umso mehr, als der streitige OPS-Kode hinsichtlich der Dokumentationsanforderungen seit langen Jahren unverändert geblieben ist. Niemand konnte angesichts des seinerzeit allgemeinen Rechtsverständnisses zum OPS 8-550 von einem möglichen Mangel der Dokumentation ausgehen. Mit der Begleichung der Krankenhausrechnungen, spätestens aber nach Durchführung von einzelfallbezogenen MDK-Begutachtungen, sollten die Abrechnungsfälle aus Sicht beider Parteien endgültig abgeschlossen sein. Der Einwand treuwidrigen Verhaltens der Krankenkassen ist deshalb begründet, denn auch die Krankenhäuser dürfen grundsätzlich davon ausgehen, dass einmal bezahlte und nicht beanstandete Schlussrechnungen von den Krankenkassen nicht mehr zu einem Zeitpunkt nachträglich korrigiert und Erstattungen gefordert werden, die ihre Kalkulationsgrundlagen beeinträchtigen.

Das SG Reutlingen (U. v. 14.3.2018 - S 1 KR 3632/16 - RdNr. 36) weist noch darauf hin, dass sich die gesetzlichen Krankenkassen mit einem rückwärtigen Erstattungsverlangen (dort konkret: wegen gezahlter Aufwandspauschalen) in Widerspruch zu ihrer damaligen Überzeugung setzen, dass alle Abrechnungsprüfungen nur nach Maßgabe des § 275 Abs. 1c SGB V möglich waren. Entsprechenden Forderungen stehe damit das Verbot widersprüchlichen Verhaltens entgegen. Hinzu komme, dass das BSG in ständ. Rspr. betone, dass Beziehungen zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern in partnerschaftlicher Weise zur gegenseitigen Rücksichtnahme nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichteten und daher auch wechselseitige Ansprüche begrenzt sein könnten. Derartige Erstattungsverlangen stellten innerhalb dieser Sonderrechtsbeziehungen eine unzulässige Rechtsausübung dar, weil die Krankenkassen eine für die Krankenhäuser überraschende und nicht vorhersehbare Änderung der Rechtsprechung einseitig zur Durchsetzung ihrer Interessen nutzen möchten, ohne auf die berechtigten Interessen des Beklagten Rücksicht zu nehmen.

Das SG Aachen (U. v. 4.9.2018 - S 14 KR 94/18 - RdNr. 67) fügt ein weiteres interessantes Argument an (auch dort konkret: wegen gezahlter Aufwands-

pauschalen) und weist auf die ständ. Rspr. des BFH hin, wonach Voraussetzung für die Bildung einer Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten das Bestehen einer dem Betrage nach ungewissen Verbindlichkeit oder die hinreichende Wahrscheinlichkeit der Entstehung einer Verbindlichkeit dem Grunde nach - deren Höhe zudem ungewiss sein kann - und ihre wirtschaftliche Verursachung in der Zeit vor dem Bilanzstichtag sei. Zudem sei es erforderlich, dass der Schuldner ernsthaft mit der Inanspruchnahme rechnen müsse. Auch für Verpflichtungen, die sich aus öffentlichem Recht ergäben, könnten Rückstellungen gebildet werden. Dies setze allerdings voraus, dass die öffentlich-rechtliche Verpflichtung hinreichend konkretisiert sei. Davon könne hier keineswegs ausgegangen werden, denn niemand habe - etwa retrospektiv auf das Jahr 2014 - ernstlich mit einer Rückforderung der Aufwandspauschalen rechnen und sich veranlasst sehen können, Rückstellungen zu bilden. Ebenso wie die Krankenkassen seien aber auch die Krankenhäuser auf eine tragfähige Kalkulation von Einnahmen und Ausgaben angewiesen. Dies gilt für den hier streitigen Sachverhalt in entsprechender Weise.

4. Verbotene Rückwirkung der BSG-Entscheidung

Die vom 1. Senat des BSG mit Urteil vom 19.12.2017 statuierten strengen personellen und sachlichen Anforderungen an die Dokumentation im OPS 8-550 können keine Rechtsgrundlage für Erstattungsverlangen der Krankenkassen aus früheren Zeiträumen sein. Eine solch rückwirkende Feststellung der Nichtkodierbarkeit des OPS-Kodes würde gegen die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes und damit gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs.3 GG) in seiner besonderen Ausprägung als Rückwirkungsverbot verstoßen.

a) Eine echte Rückwirkung von Gesetzen ist verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig. Sie liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift (vgl. BVerfGE 11, 139 <145 f.>; 101, 239 <263>). Höchststrichterliche Recht-

sprechung ist jedoch kein Gesetzesrecht und erzeugt idR keine vergleichbare Rechtsbindung (vgl. BVerfGE 122, 248 <277>; 131, 20 <42>). Die über den Einzelfall hinausreichende Geltung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts. Die Änderung einer ständ. höchstrichterlichen Rspr. ist unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält (vgl. BVerfGE 84, 212 <227 f.>; 122, 248 <277>). Schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung kann allerdings bei Hinzutreten weiterer Umstände, insbesondere bei einer gefestigten und langjährigen Rechtsprechung entstehen (vgl. BVerfGE 126, 369 <395>; 131, 20 <42>; zuletzt noch BVerfG, B. v. 25.4.2015 - 1 BvR 2314/12 - RdNr. 13).

Diese letzteren Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Das BSG selbst hat die Übertragbarkeit der vom BVerfGE entwickelten Grundsätze auf die Wirkung der eigenen Rechtsprechung bejaht in Fällen, in denen die Änderung der höchstrichterlichen Rspr. für die Betroffenen praktisch wie eine Rechtsänderung wirkt. Diese unterliegt aus Gründen des Vertrauensschutzes den bekannten Regeln bei echter und unechter Rückwirkung. In solch gravierenden Fällen ist es nur folgerichtig, den Betroffenen bei einer für sie überraschenden und nachteiligen Veränderung der Rechtsprechung den gleichen Vertrauensschutz zuzubilligen wie bei einer entsprechenden Gesetzesänderung (so schon früh BSG, U. v. 18.11.1980 - 12 RK 59/79 -, BSGE 51, 31; später BSG, U. v. 28.9.2005 - B 6 KA 71/04 R -; ähnlich BGHZ 132, 6 - vgl. dazu ausführlich **Punkt 4. d**, S. 36 ff.). Dass hier eine völlig überraschende, der früheren Rechtsprechung des 1. und 3. Senats des BSG konträre neue Rechtssituation geschaffen worden ist, dürfte wohl außer Zweifel stehen. Niemand konnte damit rechnen, dass der 1. Senat des BSG im Dezember 2017 neue Anforderungen an die Dokumentation des OPS 8-550 "aus dem Hut zaubern" würde, zumal es um die rechtliche Beurteilung eines Falles aus dem Jahr 2009 ging. Deshalb verbietet das GG auch gerichtliche Entscheidungen, insbesondere von obersten Bundesgerichten, soweit sie rechtliche Gesichtspunkte enthalten, mit denen ein Verfahrensbeteiligter nicht zu

rechnen braucht, oder wenn höchstrichterliche Rechtsprechung ohne vorherigen Hinweis massiv geändert wird (BVerfGE 86, 133 <144>; 79, 372 <376>). Dies ist mit dem Prozessgrundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG nicht vereinbar.

b) Allerdings hat das BVerfG Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der Rückwirkung auf abgeschlossene Sachverhalte zugelassen und insofern ausgeführt (BVerfGE 35, 1 <30>):

"Von diesem grundsätzlichen Verbot echt rückwirkender Gesetze bestehen jedoch Ausnahmen (vgl. BVerfGE 13, 261 <272 f.>; 18, 429 <439>; 30, 367 <387 f.>; 50, 177 <193 f.>; 88, 384 <404>; 95, 64 <86 f.>; 101, 239 <263 f.>; 122, 374 <394 f.>; 126, 369 <393 f.>; 131, 20 <39>; ständ. Rspr.). Das Rückwirkungsverbot findet im Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht nur seinen Grund, sondern auch seine Grenze (vgl. BVerfGE 88, 384 <404>; 122, 374 <394>; 126, 369 <393>). Es gilt nicht, soweit sich kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte (vgl. BVerfGE 95, 64 <86 f.>; 122, 374 <394>) oder ein Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt und daher nicht schutzwürdig war (vgl. BVerfGE 13, 261 <271>; 50, 177 <193>). Bei den in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannten, nicht abschließend definierten Fallgruppen handelt es sich um Typisierungen ausnahmsweise fehlenden Vertrauens in eine bestehende Gesetzeslage (vgl. BVerfGE 72, 200 <258>; 97, 67 <80>). Für die Frage, ob mit einer rückwirkenden Änderung der Rechtslage zu rechnen war, ist von Bedeutung, ob die bisherige Regelung bei objektiver Betrachtung geeignet war, ein Vertrauen der betroffenen Personengruppe auf ihren Fortbestand zu begründen (vgl. BVerfGE 32, 111 <123>).

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit echter Rückwirkungen ist anzunehmen, wenn die Betroffenen schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht auf den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung vertrauen durften, sondern mit deren Änderung rechnen mussten (vgl. BVerfGE 13, 261 <272>; 30, 367 <387>; 95, 64 <86 f.>; 122, 374 <394>). Vertrauensschutz kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn die

Rechtslage so unklar und verworren war, dass eine Klärung erwartet werden musste (vgl. BVerfGE 13, 261 <272>; 18, 429 <439>; 30, 367 <388>; 50, 177 <193 f.>; 88, 384 <404>; 122, 374 <394>; 126, 369 <393 f.>), oder wenn das bisherige Recht in einem Maße systemwidrig und unbillig war, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestanden (vgl. BVerfGE 13, 215 <224>; 30, 367 <388>). Der Vertrauensschutz muss ferner zurücktreten, wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung erfordern (vgl. BVerfGE 13, 261 <272>; 18, 429 <439>; 88, 384 <404>; 95, 64 <87>; 101, 239 <263 f.>; 122, 374 <394 f.>), wenn der Bürger sich nicht auf den durch eine ungültige Norm erzeugten Rechtsschein verlassen durfte (vgl. BVerfGE 13, 261 <272>; 18, 429 <439>; 50, 177 <193 f.>; 101, 239 <263 f.>; 122, 374 <394 f.>) oder wenn durch die sachlich begründete rückwirkende Gesetzesänderung kein oder nur ganz unerheblicher Schaden verursacht wird (sog. Bagatellvorbehalt, vgl. BVerfGE 30, 367 <389>; 72, 200 <258>)."

Das SG Fulda (GB v. 23.2.2018 - S 4 KR 255/18 - RdNr. 32 f.) weist zutreffend darauf hin, dass keine dieser Ausnahmen gegeben ist. Weder seien die abstrakten Grundsätze des BVerfG noch die gebildeten Fallgruppen auf die drohende Rückforderung von Vergütungsbestandteilen (dort konkret: Aufwandspauschalen) anwendbar. Die Rechtslage hier war bis zum Dezember 2017 klar und eindeutig, niemand rechnete mit einer derartigen Verschärfung der Dokumentationsanforderungen und auch besondere Gründe des Allgemeinwohls lassen sich im Hinblick auf die Erstattung von einvernehmlich gezahlten Vergütungen nach OPS 8-550 nicht erkennen. Zudem stehen ganz erhebliche Beträge im Raum, so dass von "Bagatellfällen" sicherlich nicht gesprochen werden kann. Mit der Verschärfung der Dokumentationsanforderungen sind im Urteil des BSG neue rechtliche Gesichtspunkte enthalten, mit denen die Verfahrensbeteiligten nicht rechnen konnten. Bei Krankenkassen, Krankenhäusern und selbst beim MDK hatte sich über lange Jahre eine übereinstimmende Überzeugung gebildet, wie das Dokumentationserfordernis im OPS 8-550 zu interpretieren und in der Praxis anzuwenden ist; das bisherige Agreement war bei objektiver Betrachtung zweifelsohne geeignet, allseitiges Vertrauen auf seinen Fortbestand zu begründen.

c) Das BVerfG hat diese Grundsätze in seiner Entscheidung zur Tarif(un)fähigkeit der CGZP noch einmal ausdrücklich bestätigt. Dort heißt es (B. v. 25.4.2015 - 1 BvR 2314/12 -, RdNr. 13): "Im Rechtsstaatsprinzip sind die Ge-bote der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes verankert, weshalb eine echte Rückwirkung von Gesetzen verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig ist. Die Gesetzesauslegung durch die Gerichte unterliegt hingegen ausnahmsweise dem Vertrauensschutz, etwa bei einer nicht vorhersehbaren Änderung der langjährigen ständ. Rspr." Genau das ist im vorliegenden Fall geschehen. Und - erschwerend kommt hinzu, dass die geänderte Rechtsprechung für zahlreiche Krankenhausfälle den Verlust erheblicher Vergütungsbestandteile bedeutet, obwohl eine solch differenzierende Rechtsfolge von keiner Seite vorhersehbar war und bis dato Konsens bestand, dass das Abrechnungsverhalten der Krankenhäuser zum OPS 8-550 rechtmäßig war.

d) Das BSG selbst hat die Übertragbarkeit der vom BVerfGE entwickelten Grundsätze auf die Wirkung der eigenen Rechtsprechung bejaht in Fällen, in denen die Änderung der höchstrichterlichen Rspr. für die Betroffenen praktisch wie eine Rechtsänderung wirkt. Schon der 12. Senats des BSG (U. v. 18.11.1980 - 12 RK 59/79 -) hat zum Beitragsrecht Grundsätze aufgestellt, die auf die hier streitige Fallgestaltung ohne Weiteres übertragbar sind: "Gegen eine rückwirkende Anwendung einer geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Lasten der beitragspflichtigen Arbeitgeber spricht auch, dass die Änderung der Rechtsprechung für die Betroffenen hier praktisch wie eine Änderung des Rechts wirkt. Eine Rechtsänderung würde aber einem - sogar verfassungsrechtlichen - Rückwirkungsverbot unterliegen. ... Da dieses Rückwirkungsverbot aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes entwickelt worden ist, erscheint es nur folgerichtig, den Betroffenen im Falle einer sie belastenden Änderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung den gleichen Vertrauensschutz zuzubilligen wie bei einer entsprechenden Rechtsänderung" (aaO RdNr. 27).

Das BSG hat damals auch schon erkannt, dass dieser Vertrauensschutz effektiv ausgestaltet sein muss: "Das maßgebende Ereignis, bis zu dem Ver-

trauensschutz zu gewähren ist, kann dabei - ähnlich wie bei einer Rechtsänderung, die den Rechtsunterworfenen durch Verkündung bekanntzugeben ist - nur die Bekanntgabe der geänderten Rechtsprechung an diejenigen sein, die von ihr betroffen werden. Da die Gerichte ihre Entscheidungen mit den vollständigen Entscheidungsgründen von Amts wegen nur den unmittelbaren Prozessbeteiligten bekanntgeben und der Zeitpunkt, zu dem die Entscheidungen in der Fachpresse und den Entscheidungssammlungen der Gerichte veröffentlicht werden, häufig vom Zufall abhängt, ... kann es bei der Bekanntgabe der fraglichen Gerichtsentscheidungen nur auf deren Bekanntgabe durch die jeweils zuständige Verwaltungsstelle, im Beitragsrecht der Sozialversicherung also durch die jeweilige Einzugsstelle der Beiträge, ankommen. Bis zu diesem Zeitpunkt wird deshalb in der Regel denjenigen, die von einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Beitragsrecht betroffen werden, Vertrauensschutz zuzubilligen sein" (aaO RdNr. 29).

Noch deutlicher hat es später der 6. Senat des BSG ausgedrückt (U. v. 28.9.2005 - B 6 KA 71/04 R -, RdNr. 48): "Der Senat kündigt die Änderung der Rechtsprechung zum Anspruch auf Prozesszinsen im Streit über die Zahlung fälliger Gesamtvergütung lediglich an und legt in diesem Verfahren noch die bisherige Rechtsprechung zu Grunde. ... Geboten ist eine solche Ankündigung jedenfalls in verfahrensrechtlichen Fragen, wenn an ein bestimmtes Verhalten der Beteiligten nach aktueller Beurteilung der Rechtsprechung andere Anforderungen als bislang gestellt werden. Deshalb hat der Senat etwa im Urteil vom 16.1.1991 (BSGE 68, 93, 95 = SozR 3-2500 § 106 Nr. 3) zunächst angekündigt, in Zukunft die Revisibilität von landesrechtlichen Regelungen im vertragsärztlichen Bereich (§ 162 SGG) nicht mehr zu unterstellen, sondern die Darlegung übereinstimmender Regelungen aus anderen Bezirken von KÄVen zu verlangen. Erst im Urteil vom 28.10.1992 hat der Senat in einem 1992 anhängig gewordenen Revisionsverfahren dann eine Revision wegen fehlender Darlegungen zu übereinstimmenden Regelungen im Bundesgebiet als unzulässig behandelt (BSG SozR 3-2500 § 75 Nr. 2 S 5/6). Entsprechend hat dies der Senat hinsichtlich der Handhabung der Beiladungspraxis und der damit verbundenen materiellen Beschwer praktiziert (BSG SozR 4-2500 § 87 Nr 3 RdNr. 7). Der 9b. Senat des

BSG ist hinsichtlich der Verschärfung der Postausgangskontrolle bei Behörden im Zusammenhang mit der Gewährung von Wiedereinsetzung nach § 67 SGG ähnlich verfahren (BSGE 61, 213, 215 = SozR 1500 § 67 Nr 18). Auch in materiell-rechtlichen Fragen hat die höchstrichterliche Rechtsprechung Änderungen zunächst angekündigt, soweit die Beteiligten ihre Dispositionen auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung getroffen hatten und entsprechend schutzbedürftig waren (etwa BSGE 70, 265, 268 = SozR 3-4100 § 141k Nr. 1). ..."

In Anbetracht der verfassungsrechtlichen Vorgaben (Art. 20 Abs. 3 GG) und der beim BSG - mit Ausnahme des 1. Senats - gefestigten Rechtsprechung ist es schlichtweg nicht verständlich, dass im Urteil vom 19.12.2017 neue, deutlich strengere und völlig unerwartete Dokumentationsvoraussetzungen als bindend bezeichnet werden, und zwar mit Rückwirkung auf das Jahr 2009. Eine solche Jurisdiktion kann nicht dazu führen, Altfälle wieder aufzurollen und Erstattungsforderungen rückwirkend mit der neuen BSG-Rechtsprechung zu begründen. Dies verbietet der Grundsatz des Vertrauensschutzes.

e) Eine Vielzahl von Sozialgerichten (vgl. Beispielsliste - **Anlage 5**) folgt der hier vertretenen Auffassung, und zwar in der Regel zu der Frage "Erstattung von Aufwandspauschalen". Lediglich zwei Landessozialgerichte haben sich bislang - soweit ersichtlich - anders entschieden:

Das LSG Rheinland-Pfalz hat mit Urteil vom 15.2.2018 (L 5 KR 251/17) einer Krankenkasse auf der Basis der seit 1.7.2014 modifizierten Rechtsprechung des BSG zur "Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit" einen Anspruch auf Erstattung einer im Jahre 2012 gezahlten Aufwandspauschale zuerkannt. Die nur wenige Zeilen umfassenden Entscheidungsgründe des LSG lassen die grundsätzlichen Fragen des Falles - treuwidriges Verhalten, verbotene Rückwirkung, Rechtsstaatsgebot - leider unbeantwortet und sind deshalb auch für die hier streitige Fallgestaltung unbrauchbar.

Das LSG Nordrhein-Westfalen hat mit Urteil vom 22.2.2018 (L 5 KR537/17) einer Krankenkasse auf der Basis der BSG-Rechtsprechung zum OPS 8-500 (U. v. 23.6.2015 - B 1 KR 21/14 -) einen Anspruch auf Erstattung von

4.520,93 Euro zuerkannt, weil die Krankenhausbehandlung einer 53jährigen im Jahre im Sommer 2012 nicht als geriatrische frührehabilitative Komplexbehandlung hätte abgerechnet werden dürfen. Das LSG setzt sich zwar mit dem Grundsatz von Treu und Glauben auseinander und verneint einen kassenseitigen Verstoß, weil die Erstattungsforderung nicht illoyal sei; außerdem handele es sich nur um einen Einzelfall. Diese Interpretation erscheint nicht recht verständlich, zumal auch hier die wesentlichen Fragen "verbotene Rückwirkung, Rechtsstaatsgebot" gar nicht diskutiert werden.

IV. Vorschläge für das Gesetzgebungsverfahren

Nach Feststellung der KGNW sind allein in Nordrhein-Westfalen 128 Krankenhäuser mit ausgewiesenem geriatrischen Versorgungsverbund von der strengen Rechtsprechung des BSG zum OPS 8-550 betroffen, davon 87 mit ausgewiesener geriatrischer Fachabteilung. Bei der Durchführung von Erstattungsstreitigkeiten würde ein potientiellies Rückforderungsvolumen von weit über 500 Mio. Euro zur Disposition stehen.

1. Vorschläge der DKG zum PpSG

Die DKG hat in ihrer Stellungnahme zum Gesetzentwurf für ein Pflegepersonal-Stärkungs-Gesetz - PpSG - vom 4.10.2018³⁾ mehrere Vorschläge unterbreitet, wie auf die zunehmende "Interpretationswut" des 1. Senats des BSG und damit verbundene Erstattungsbegehren der Krankenkassen reagiert werden sollte. Erwähnenswert sind:

a) Die Fallpauschalenvereinbarung (FPV) ist bislang eine sowohl von den Krankenhäusern als auch von den Krankenkassen akzeptierte Grundlage für die Abrechnung von Krankenhausleistungen gewesen, insbesondere durch

³⁾ https://www.bundestag.de/blob/572030/7a27ad403791886956e636b2d94bb229/19_14_0036-12-_dkg_ppsg-data.pdf - recherchiert am 6.10.2018

ihren Status als Vereinbarung der Selbstverwaltungspartner, durch die diese ihren gesetzlichen Auftrag erfüllt haben, Vergütungsfragen durch Normsetzungsverträge auf Bundesebene zu konkretisieren. Der Geltungsvorrang der FPV zur Klärung von Abrechnungsfragen wird jedoch durch die Rechtsprechung des BSG konterkariert. Erforderlich ist deshalb eine Regelung, die deutlich herausstellt, dass Vorschriften in der FPV sowie weitere untergesetzliche Abrechnungsregeln, die von den Selbstverwaltungspartnern auf Bundesebene vereinbart (z. B. Kodierrichtlinien) oder hoheitlich vorgegeben (z.B. OPS-Kodes) werden, bereits eine Konkretisierung des in § 12 Abs. 1 SGB V geregelten Wirtschaftlichkeitsgebotes darstellen, um zu verhindern, dass Krankenhausabrechnungen, die gemäß den Vorgaben der FPV und/oder anderen untergesetzlichen Abrechnungsregeln sachlichrichtig erstellt worden sind, im Rahmen eines Rechtsstreites von den Sozialgerichten nochmals unter Rückgriff auf aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot abzuleitende - meist nicht näher begründete - Wertungen korrigiert werden.

b) Angesichts der enormen Zunahme absurder, der Versorgungsrealität nicht sachgerecht werdender Interpretationen von OPS-Inhalten durch die Rechtsprechung ist eine gesetzliche Grundlage für das BMG zu schaffen, unterjährige Klarstellungen zu einzelnen OPS-Kodes zu der vom DIMDI im Auftrag des BMG herausgegebenen Operationen- und Prozedurenklassifikation (OPS) vorzunehmen und diese allgemein verbindlich zu erklären. Oder - wie es Georg Baum, Hauptgeschäftsführer der DKG, jüngst auf den Punkt gebracht hat (Das Krankenhaus 10/2018, S. 881): "Bei der Schlaganfallversorgung geht es um die realitätsfremde Verkürzung der halbstündigen Transportentfernung und bei der geriatrischen Komplexbehandlung um überzogene Anforderungen an Teambesprechungen. In der wöchentlichen Teambesprechung die Beteiligung eines Logopäden nachweisen zu müssen, wenn über Patienten mit orthopädischen Problemen gesprochen wird, kann niemandem verständlich gemacht werden."

c) Erforderlich ist eine Regelung, die sicherstellt, dass Änderungen von gesetzlichen Abrechnungsvorschriften oder von für eine Abrechnung relevanten Vorschriften untergesetzlicher Art, die auf Feststellungen eines Gerichts

beruhen, keine Rückwirkung auf Sachverhalte haben, die zeitlich vor der Verkündung des jeweiligen Urteils stattgefunden haben.

Gegenstand vieler Rechtsstreitigkeiten sind Abrechnungsfragen - insbesondere, wie gesetzliche Abrechnungsvorschriften oder andere für die Abrechnung relevante Vorschriften untergesetzlicher Art (z. B. OPS-Kodes) auszulegen sind. Zu diesen Fragen ergangene Urteile wirken zunächst nur "inter partes". Aktuell ist jedoch verstärkt festzustellen, dass Krankenkassen Entscheidungen insbesondere des BSG dazu benutzen, die dort getroffenen Feststellungen auf in der Vergangenheit liegende, oftmals abgeschlossene Sachverhalte mit anderen Krankenhäusern anzuwenden. Dabei werden unter Hinweis auf die sozialrechtliche Verjährungsfrist sämtliche Abrechnungsfälle, in denen eine vom Gericht neu, anders oder ergänzend ausgelegte Abrechnungsvorschrift Anwendung findet, erneut bis zu vier Jahre rückwirkend streitig gestellt, um teilweise ganz erhebliche Erstattungsansprüche gegenüber den Krankenhäusern geltend zu machen. Beispiele für Entscheidungen des 1. Senats des BSG, die von den Krankenkassen rückwirkend angewendet werden:

- Urteile vom 19.6.2018 - B 1 KR 38/17 und 39/17 R -
Realitätsferne Auslegung der 30minütigen Transportzeit (OPS 8-981 - neurologische Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls)
- Urteil vom 19.12.2017 - B 1 KR 17/17 R -
Keine Vergütung für die Implantation von Lungenvolumenreduktionspulen - endobrachiare Nitinolspiralen (Coils)
- Urteil vom 19.12.2017 - B 1 KR 19/17 R -
Hohe Dokumentationsanforderungen bei der Abrechnung des OPS-Kodes 8-550 (geriatrische frührehabilitative Komplexbehandlung)
- Urteil vom 28.3.2017 - B 1 KR 29/16 R - u.a.
Auslegung einer den Vorgaben der FPV entsprechenden Krankenhausabrechnung unter dem Gesichtspunkt des fiktiven wirtschaftlichen Alternativerhaltens als Ausfluss des Wirtschaftlichkeitsgebotes

- Urteil vom 19.4.2016 - B 1 KR 28/15 R -
Personelle Voraussetzungen der G-BA-Richtlinie über Maßnahmen zur Qualitätssicherung für die stat. Versorgung (Bauchaortenaneurysma)
- Urteil vom 19.4.2016 - B 1 KR 23/15 R -
Portimplantation als nachstat. Behandlung statt ambulanter Operation
- Urteil vom 23.6.2015 - B 1 KR 21/14 R -
Mindestalter von Patienten zur Abrechnung der geriatrischen frührehabilitativen Komplexbehandlung (OPS-Kode 8-550)
- Urteile vom 14.10.2014 - B 1 KR 25/13 und 26/13 R -
Umfang der Datenübermittlung nach § 301 SGB V bei geriatrischer frührehabilitativer Komplexbehandlung (OPS-Kode 8-550)
- Urteile vom 1.7.2014 - B 1 KR 29/13 R - sowie vom 25.10.2016 - B 1 KR 18/16 R, 19/16 R und 22/16 R - u.a.
Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit einer Krankenhausabrechnung ohne Pflicht zur Zahlung einer Aufwandspauschale

Die Vorgehensweise der Krankenkassen ist als unzulässige rückwirkende Anwendung überraschender und nicht vorhersehbarer Rechtsprechung des BSG anzusehen. Deshalb sollte eine gesetzliche Regelung in das PpSG eingefügt werden, die in Abänderung eines DKG-Vorschlages (aaO S. 69 f.) wie folgt lauten könnte:

"Werden durch ein BSG-Urteil gesetzliche Abrechnungsvorschriften oder für eine Abrechnung relevante Vorschriften untergesetzlicher Art geändert oder neu interpretiert, dürfen diese Änderungen/Neuinterpretationen bei vergleichbaren Abrechnungen nur dann berücksichtigt werden, sofern diese erst nach der Veröffentlichung der vollständigen BSG-Entscheidung vorgenommen werden - es sei denn, ein vergleichbarer Abrechnungsfall ist bereits vor einem anderen Gericht anhängig."

2. Änderungsanträge der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zum PpSG

Die Fraktionen von CDU/CSU und SPD haben am 5.10.2018 einige Änderungsanträge zum Entwurf des PpSG eingebracht, von denen die in diesem Zusammenhang wichtigsten kurz dargestellt werden (BT-Ausschussdrucks. 19<14>38.1).

Änderungsantrag 6:

Dem § 109 SGB V wird folgender Absatz 5 angefügt:

"Ansprüche der Krankenhäuser auf Vergütung erbrachter Leistungen und Ansprüche der Krankenkassen auf Erstattung gezahlter Vergütungen verjähren in zwei Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie entstanden sind. Dies gilt auch für Ansprüche nach Satz 1, die vor dem 1. Januar 2019 entstanden sind. Für die Hemmung, die Ablaufhemmung, den Neubeginn und die Wirkung der Verjährung gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend."

Begründung: Die Vergütungsansprüche der Krankenhäuser und die Erstattungsansprüche der Krankenkassen werden auf zwei Jahre begrenzt und auf die Verjährungsfrist bezogen "gleichgeschaltet"; damit wird auf die bisherige Rechtsprechung des 1. Senats des BSG reagiert, der diese Ansprüche unterschiedlich behandelt hatte. Wichtig: Diese Neuregelung wird ausdrücklich mit Rückwirkung versehen, gilt also auch für bereits entstandene Ansprüche.

Änderungsanträge 11a und 11b:

Den §§ 295 Abs. 1 und 301 Abs. 2 SGB V wird folgender Satz angefügt:

"Das Deutsche Institut für Medizinische Dokumentation und Information kann bei Auslegungsfragen zu den Diagnoseschlüsseln nach Satz 2 und den

Prozedurenschlüsseln nach Satz 4 Klarstellungen mit Wirkung auch für die Vergangenheit vornehmen.

Begründung: Die vom Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI) herausgegebenen Verschlüsselungen der Internationalen Klassifikation der Krankheiten (ICD) und des Operationen- und Prozedurenschlüssels (OPS) enthalten auch Ausführungen zur Anwendung dieser Schlüssel. Insbesondere bei den Komplexziffern des OPS handelt es sich hierbei teils um strukturelle Anforderungen, deren Erfüllung Voraussetzung für die Vergütung dementsprechender Krankenhausleistungen ist. In der Praxis sind in der Vergangenheit Streitverfahren über die Auslegung dieser strukturellen Anforderungen aufgetreten. Ein aktuelles Beispiel hierfür ist das Urteil des Bundessozialgerichts vom 19. Juni 2018 zur Auslegung der Transportentfernung im OPS 8-98b. Um zu vermeiden, dass auf Grund derartiger Auslegungsunsicherheiten eine Vielzahl von zurückliegenden Abrechnungsverfahren erneut aufgegriffen und abgerechnet werden, wird klargestellt, dass das DIMDI Klarstellungen der Formulierungen auch mit Wirkung für die Vergangenheit vornehmen kann. Eine unzulässige Rückwirkung ist hiermit nicht verbunden. Durch die entsprechenden Klarstellungen werden abgeschlossene Abrechnungsverfahren lediglich auf eine rechtssichere Grundlage gestellt, es wird aber nicht nachträglich ändernd in bereits abgeschlossene Abrechnungsverfahren eingegriffen.

Änderungsantrag 12:

§ 8 Abs. 5 KHEntgG wird folgender Satz angefügt:

"In anderen als den vertraglich oder gesetzlich bestimmten Fällen ist eine Fallzusammenführung aus Gründen des Wirtschaftlichkeitsgebots nicht erforderlich."

Begründung: Die Ergänzung von § 8 Abs. 5 stellt klar, dass die von den Vertragsparteien auf Bundesebene in der Fallpauschalenvereinbarung (FPV) getroffenen Abrechnungsbestimmungen zur Fallzusammenführung als ab-

schließende Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsgebots zu verstehen sind. Eine von den Regelungen der FPV abweichende oder darüber hinausgehende Argumentation zur Notwendigkeit einer Fallzusammenführung, die sich auf das Wirtschaftlichkeitsgebot stützt, ist damit nicht zulässig.

Auch mit dieser Änderung reagiert der Gesetzgeber auf die teilweise nicht mehr nachvollziehbare Rechtsprechung des 1. Senats des BSG, der dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V in zahlreichen Entscheidungen eine "überragende" Bedeutung beigemessen hat, ohne die Vertragsautonomie der Partner des Gesundheitswesens zu respektieren und ohne die spezialgesetzlichen Wertentscheidungen und Grundsätzen wie z.B. in §§ 107 ff. oder §§ 275 ff. SGB V gebührende Beachtung zu schenken (vgl. Hambüchen, Das Krankenhaus 11/2017, S. 978 <981>).

3. Weitere relevante Vorschläge

a) Krankenkassen können grundsätzlich gegenüber sonstigen Zahlungsansprüchen der Krankenhäuser aus anderen Behandlungsfällen aufrechnen, und zwar nicht nur mit bestehenden - unstreitigen oder gerichtlich festgestellten - Ansprüchen (vgl. § 10 PrüfvV 2017), sondern auch mit solchen, die bestritten sind oder auch nur behauptet werden. Dies führt zu einem massiven prozessualen Ungleichgewicht und beinhaltet zudem ein erhebliches finanzielles Prozessrisiko für die Krankenhäuser. Georg Baum, Hauptgeschäftsführer der DKG, meint dazu nicht zu Unrecht (Das Krankenhaus 10/2018, S. 881): "Das Schlimme dabei ist, dass die Krankenhäuser den Kürzungsabsichten der Krankenkassen geradezu willkürlich ausgesetzt sind. Denn anders als im Wirtschaftsleben üblich, löst die bloße Geltendmachung einer Rechnungskürzung die Aufrechnung der einseitig streitig gestellten Beträge mit laufenden Abrechnungsfällen aus. Die Krankenkassen brauchen keinen Vollstreckungstitel. Das ist totale Asymmetrie zu Lasten der Krankenhäuser ... Die Krankenhäuser sind gezwungen, ihre Sicht in der Regel durch sämtliche gerichtliche Instanzen geltend zu machen. ... Deshalb muss die Möglichkeit zur Aufrechnung von streitig gestellten Abrechnungen

gesetzlich ausgeschlossen werden. Die Chancen für diese dringend erforderlichen Gesetzesänderungen sind gegeben. Die Argumentationslage ist evident. So kann das nicht bleiben."

Dem ist nichts hinzuzufügen!

b) Der MDK ist der medizinische Dienst der Krankenversicherung. Dieser hat die in § 275 ff. SGB V näher definierten sowie weitere Aufgaben aus Sonderzuweisungen, weil die Krankenkassen wegen mangelnder medizinischer Kenntnisse und zudem aus Datenschutzgründen keine Bewertung medizinischer Patientenakten und Krankenhausunterlagen vornehmen dürfen. Der Gesetzgeber hat den MDK vom Grundsatz her als neutrale Institution ausgestaltet (vgl. § 275 Abs. 5 SGB V), de facto wird er dieser Rolle aber nicht gerecht. Das zeigt schon einen Blick auf die Homepage des MDK⁴⁾, denn dort wird die Verortung des MDK als "Erfüllungsgehilfe" der Krankenkassen deutlich:

"Die Aufgabe der Krankenkassen ist es, auf gesunde Lebensverhältnisse für ihre Versicherten hinzuwirken, indem sie diese aufklären, beraten und Leistungen zahlen (§ 1 SGB V). Dies geschieht unter Maßgabe des Wirtschaftlichkeitsprinzips, das heißt, die Leistungen der Krankenkasse müssen 'ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich' sein (§ 12 SGB V). Der MDK ist der sozialmedizinische Beratungs- und Begutachtungsdienst der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung. Er stellt sicher, dass die Leistungen der Kranken- und der Pflegeversicherung nach objektiven medizinischen Kriterien allen Versicherten zu gleichen Bedingungen zugute kommen."

Die Tatsache, dass der MDK weder unabhängig noch neutral ist, zeigt zudem die Regelung in § 278 Abs. 1 und 2 SGB V: "In jedem Land wird eine von den Krankenkassen ... gemeinsam getragene Arbeitsgemeinschaft 'Medizinischer Dienst der Krankenversicherung' errichtet. ... Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft sind die Landesverbände der Orts-, Betriebs- und Innungskrankenkassen, die landwirtschaftliche Krankenkasse, die Ersatzkassen und

⁴⁾ <https://www.mdk.de/mdk/mdk-gemeinschaft-gesundheitssystem> - recherchiert am 6.10.2018

die BAHN-BKK." Zudem wird der MDK ausschließlich von den Kranken- und Pflegekassen zu je 50 % über eine Umlage finanziert. Die Krankenhäuser haben ihrerseits keine Möglichkeit, den MDK in strittigen medizinischen Fragen zu konsultieren oder gar zu beauftragen.

Um die Akzeptanz des MDK auf allen Seiten des GKV-Systems zu stärken und um langfristig im Ergebnis wirklich neutrale Begutachtungen zu gewährleisten, sollte der MDK aus der organisatorischen und finanziellen Abhängigkeit der Krankenkassen herausgelöst und verselbständigt werden. Dies wäre privatrechtlich (als e.V.) ebenso organisierbar wie nach öffentlichem Recht (als Körperschaft). Als Beispiel sei auf das DIMDI verwiesen, dass gemäß § 1 Abs. 1 des Errichtungserlasses vom 1.9.1969 "als eine nichtrechtsfähige Bundesanstalt im Geschäftsbereich des Bundesministers für Gesundheit errichtet" worden ist.

V. Zusammenfassung

1. Die Verschärfung der Dokumentationsanforderungen im OPS 8-550 durch das BSG rückwirkend bis zum Jahr 2009 ist nur schwer nachzuvollziehen und bedeutet einen erheblichen Eingriff in die Abrechnungspraxis der GKV-Partner. Dies wird Auswirkungen auf die Kodierbarkeit des OPS "geriatrische frührehabilitative Komplexbehandlung" haben und bei Rückforderungen zu einer immensen Belastung für die Krankenhäuser führen.
2. Die Vertragsparteien nach § 17b Abs. 2 Satz 1 KHG sind im Rahmen der jährlichen Weiterentwicklung und Anpassung des Vergütungssystems zur Konkretisierung und praktikablen Anwendung des OPS-Kodes aufgerufen; zumindest sollte das DIMDI in den Erläuterungen zum OPS 8-550 für eine grundlegende Klarstellung sorgen.
3. Eine Übertragung der BSG-Rechtsprechung auf den OPS-Kode 8-98a ist nicht möglich.

4. Rückwärtige Erstattungsverlangen der Krankenkassen bis zur Verjährungsgrenze (derzeit: bis 2014) sind nicht zulässig, weil
- konkrete Fallprüfungen unter Einschaltung des MDK erforderlich wären, diese aber gemäß § 275 Abs. 1c Satz 2 und 4 SGB V heute verfristet sind;
 - Krankenkassen und Krankenhäuser in einem dauerhaften Vertragsrahmen ständig professionell zusammenarbeiteten und daraus eine wechselseitige Treuepflicht erwachsen ist, die die Rückforderung einvernehmlich gezahlter Rechnungsposten verbietet;
 - der vom BVerfG entwickelte und von den übrigen Senaten des BSG regelmäßig angewandte Grundsatz des Vertrauensschutzes eine Rückwirkung verbietet, soweit die Beteiligten - wie hier - Dispositionen auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung getroffen haben und entsprechend schutzbedürftig sind.

Essen, den 10.10.2018



- Dr. U. Hambüchen -