

*Dr. Ulrich Hambüchen*

Vors. Richter am BSG a. D.

Rechtsanwalt

**Andere neurologische Komplexbehandlung  
des akuten Schlaganfalls**

**OPS 8-98b**

**Gutachten**

zum

**Urteil des BSG vom 19.6.2018 - B 1 KR 39/17 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 19.6.2018 - B 1 KR 39/17 R - zum OPS 8-98b "Andere neurologische Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls" 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 19.6.2018 - B 1 KR 39/17 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 19.6.2018	11
1. Maßgeblichkeit von Wortlaut und Anwendungsregeln	11
2. Auslegung des OPS-Kodes 8-98b "contra legem"	19
3. "Sofortvollzug" oder Ankündigungsrechtsprechung	22
4. Exkurs: Übertragbarkeit des BSG-Urteils auf den OPS-Kode 8-981	24
III. Können die Kassen Erstattungsansprüche für die Vergangenheit realisieren?	26
1. Erfüllungswirkung des § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V iVm § 362 Abs. 1 BGB	26
2. Prüfung von Erstattungsansprüchen der Krankenkassen	27
3. Treuwidriges Verhalten der Krankenkassen	35
4. Verbotene Rückwirkung der BSG-Entscheidung	38
IV. Vorschläge für das Gesetzgebungsverfahren	45
1. Vorschläge der DKG zum PpSG	45
2. Änderungsanträge der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zum PpSG	49
3. Weitere relevante Vorschläge	51
V. Zusammenfassung	53

## I. Urteil des BSG vom 19.6.2018 - B 1 KR 39/17 R -

### 1. Sachverhalt

Die Klägerin ist Trägerin eines nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhauses. Sie behandelte 17 bei der beklagten Krankenkasse Versicherte im Jahr 2014 vollstationär in ihrer auf Behandlung des akuten Schlaganfalls spezialisierten Einheit. Sie konnte 2014 weder neurochirurgische noch gefäßchirurgische noch interventionell-radiologische Maßnahmen selbst durchführen, sondern verlegte Patienten für neurochirurgische Eingriffe in ein hierzu geeignetes Krankenhaus. Dieses erbringt auch gefäßchirurgische und interventionell-radiologische Maßnahmen für Patienten der Klägerin. Die Klägerin berechnete unter Kodierung von OPS (Operationen- und Prozedurenschlüssel 2014) 8-98b (Andere neurologische Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls) in neun Fällen die Fallpauschale (Diagnosis Related Group 2014 <DRG>) B69C (Transitorische ischämische Attacke <TIA> und extrakranielle Gefäßverschlüsse mit neurol. Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls, bis 72 Std., ohne äuß. schw. CC oder mit anderer neurol. Komplexbeh. des akuten Schlaganfalls oder mit äuß. schw. CC), in zwei Fällen DRG B70C (Apoplexie ohne komplexen zerebrovask. Vasospasmus, mit neurol. Komplexbeh. des akuten Schlaganfalls bis 72 Std., mit komplizierender Diagnose oder systemischer Thrombolyse oder mit anderer neurol. Komplexbeh. des akuten Schlaganfalls, mehr als 72 Std.) und in sechs Fällen DRG B70D (Apoplexie ohne komplexen zerebrovask. Vasospasmus, ohne komplizierende Diagnose oder systemische Thrombolyse, mit neurol. Komplexbeh. des akuten Schlaganfalls bis 72 Std. oder mit anderer neurol. Komplexbeh. des akuten Schlaganfalls bis 72 Std.). Die Beklagte zahlte in sechs Behandlungsfällen 20.501 Euro und kürzte dann in Höhe von 6.014,53 Euro unstreitige Rechnungsbeträge für die Vergütung der Behandlung anderer Versicherter, weil die Klägerin zu Unrecht OPS 8-98b kodiert habe. Sie erfülle die Strukturvoraussetzung "halbstündige Transportentfernung" zum

Kooperationspartner selbst mit einem Rettungshubschrauber jedenfalls bei Dunkelheit nicht. In den weiteren elf Fällen vergütete die Beklagte aus demselben Grund von vornherein nur einen um 15.764,45 Euro gekürzten Rechnungsbetrag von 49.503,25 Euro.


Das SG hat die Klage auf Zahlung von 21.778,98 Euro abgewiesen (Urteil vom 16.3.2016) und das LSG die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 23.11.2017): Die Klägerin erfülle die Voraussetzung einer grundsätzlich höchstens halbstündigen Transportentfernung nicht. Wegen der Dringlichkeit der durchzuführenden Behandlungsmaßnahmen bei einem akuten Schlaganfall beginne der Rettungstransport mit der Feststellung der Notwendigkeit einer neuro- oder einer gefäßchirurgischen oder einer interventionell-radiologischen Maßnahme und ende mit dem möglichen Beginn der jeweiligen Maßnahme beim Kooperationspartner. Dies folge aus dem Vergleich mit der von OPS 8-98b vorgesehenen Verlegung des Schlaganfall-Patienten in eine andere Abteilung desselben Krankenhauses. Der nicht eindeutige Wortlaut lasse diese Auslegung zu.

Die Klägerin rügt mit ihrer Revision, dass die geforderte höchstens halbstündige Transportzeit nur die Zeit sei, in der der Patient mit dem Rettungsmittel befördert werde. Diese sei als Strukturmerkmal bereits dann grundsätzlich erfüllbar, wenn der Transport in dieser Zeit überhaupt möglich sei. Eine einzelfallbezogene Korrektur erfolge erst durch die Regelung, dass bei tatsächlicher Zeitüberschreitung OPS 8-98b nicht kodiert werden dürfe.

## **2. Entscheidungsgründe**

Das BSG hat die Revision der Klägerin zurückgewiesen. Sie habe die maßgeblichen Strukturvoraussetzungen des OPS-Kodes 8-98b (Version 2014) nicht erfüllt; dies habe die Krankenkasse im Wege der Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit nachträglich festgestellt.

Die Version 2014 des OPS 8-98b lautete damals wie folgt:

 <p><b>medizininwissen</b> Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information</p>	<p><b>8-98b</b>     <b>Andere neurologische Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls</b>  <b>Exkl.:</b> Neurologische Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls (<a href="#">8-981 ff.</a>)  <b>Hinw.:</b> Dieser Kode kann auch beim Vorliegen einer TIA angegeben werden  Besteht über die Therapiemöglichkeiten der vorhandenen Schlaganfallereinheit hinaus die Indikation zu einer Behandlung auf der Intensivstation, kann, wenn die Mindestmerkmale dieses OPS-Kodes erfüllt sind, die dortige Behandlungszeit auch für die Kodierung der neurologischen Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls berücksichtigt werden, auch wenn auf der Intensivstation nicht ausschließlich Patienten mit einem akuten Schlaganfall behandelt werden  Mindestmerkmale: Behandlung auf einer spezialisierten Einheit durch ein multidisziplinäres, auf die Schlaganfallbehandlung spezialisiertes Team unter fachlicher Behandlungsleitung durch einen Facharzt für Neurologie oder einen Facharzt für Innere Medizin (in diesem Fall muss im Team der neurologische Sachverstand kontinuierlich eingebunden sein) mit:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 24-stündiger ärztlicher Anwesenheit (auch als Bereitschaftsdienst)</li> <li>• 24-Stunden-Monitoring von mindestens 6 der folgenden Parameter: Blutdruck, Herzfrequenz, EKG, Atmung, Sauerstoffsättigung, Temperatur, intrakranieller Druck, EEG, evozierte Potentiale. Das Monitoring darf nur zur Durchführung spezieller Untersuchungen oder Behandlungen unterbrochen werden</li> <li>• 6-stündlicher (maximaler Abstand nachts 8 Stunden) Überwachung und Dokumentation des neurologischen Befundes durch einen Arzt zur Früherkennung von Schlaganfallprogression, -rezidiv und anderen Komplikationen</li> <li>• Durchführung einer Computertomographie oder Kernspintomographie, bei Lyseindikation innerhalb von 60 Minuten, ansonsten innerhalb von 6 Stunden nach der Aufnahme, sofern diese Untersuchung nicht bereits extern zur Abklärung des akuten Schlaganfalls durchgeführt wurde</li> <li>• Durchführung der neurosonologischen Untersuchungsverfahren. Sie ist bei nachgewiesener primärer Blutung entbehrlich</li> <li>• ätiologischer Diagnostik und Differenzialdiagnostik des Schlaganfalls (z.B. transösophageale Echokardiographie, Hämostaseologie, Angiitidiagnostik, EEG und andere Verfahren) im eigenen Klinikum. Spezialisierte Labordiagnostik darf auch in Fremdlabors erfolgen</li> <li>• kontinuierlicher Möglichkeit zur Fibrinolysetherapie des Schlaganfalls</li> <li>• Beginn von Maßnahmen der Physiotherapie, Ergotherapie oder Logopädie spätestens am Tag nach der Aufnahme in die Schlaganfallereinheit mit mindestens einer Behandlungseinheit pro Tag pro genannten Bereich bei Vorliegen eines entsprechenden Defizits und bestehender Behandlungsfähigkeit</li> <li>• unmittelbarem Zugang zu neurochirurgischen Notfalleingriffen sowie zu gefäßchirurgischen und interventionell-neuroradiologischen Behandlungsmaßnahmen (Es gibt jeweils eine eigene Abteilung im Hause oder einen Kooperationspartner in höchstens halbstündiger Transportentfernung (Zeit zwischen Rettungstransportbeginn und Rettungstransportende). Das Strukturmerkmal ist erfüllt, wenn die halbstündige Transportentfernung unter Verwendung des schnellstmöglichen Transportmittels (z.B. Hubschrauber) grundsätzlich erfüllbar ist. Wenn der Transport eines Patienten erforderlich ist und das Zeitlimit nur mit dem schnellstmöglichen Transportmittel eingehalten werden kann, muss dieses auch tatsächlich verwendet werden. Wenn ein Patient transportiert wurde und die halbe Stunde nicht eingehalten werden konnte, darf der Kode nicht angegeben werden.)</li> </ul> <p>8-98b.0     Mindestens 24 bis höchstens 72 Stunden  .00     Ohne Anwendung eines Telekonsildienstes</p>
<b>Kode-Suche in OPS Version 2014</b>	
<b>Drei- oder Viersteller:</b> <input type="text"/> <input type="button" value="OK!"/>	
<b>Übersicht über die Kapitel</b>	
<b>Kapitelgliederung</b>	
<b>Vorige Gruppe</b>	
<b>Nächste Gruppe</b>	
<b>Ergänzende Informationen</b>	

Hierzu hat das BSG wörtlich Folgendes ausgeführt (aaO RdNr. 16 ff.):

"Nach den mit Revisionsrügen nicht angegriffenen Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) konnte die Klägerin in ihrem in D. gelegenen Krankenhaus 2014 weder neurochirurgische noch gefäßchirurgische noch interventionell-radiologische Maßnahmen selbst durchführen. Sie musste sich für neurochirurgische Notfalleingriffe der Mittel des Krankenhauses B. in T. bedienen, indem sie Versicherte dorthin verlegte. Bei gebotener Auslegung (dazu aa) ist die von OPS 8-98b dafür eingeforderte höchstens halbstündige Transportentfernung zum Kooperationspartner unter Verwendung des schnellstmöglichen Transportmittels nur dann grundsätzlich erfüllbar, wenn für den Transport des Patienten jederzeit ('rund um die Uhr') regelmäßig höchstens eine halbe Stunde benötigt wird (dazu bb). Die Transportzeit von einer halben Stunde beginnt mit der Anforderung des Transportmittels und endet mit Übergabe des Patienten an das kooperierende Krankenhaus (dazu cc).

Die Klägerin erfüllte dieses 'Strukturmerkmal' in keinem der Behandlungsfälle "grundsätzlich" (dazu dd).

aa) Die Anwendung der normenvertraglichen Abrechnungsbestimmungen ist nicht automatisiert und unterliegt als Mitsteuerung der prozesshaften Tatbestandsbildung im Zusammenspiel mit den Vorgaben zertifizierter Grouper ihrerseits grundsätzlich den allgemeinen Auslegungsmethoden der Rechtswissenschaft. Die Abrechnungsbestimmungen sind gleichwohl wegen ihrer Funktion im Gefüge der Ermittlung des Vergütungstatbestandes innerhalb eines vorgegebenen Vergütungssystems eng am Wortlaut orientiert und unterstützt durch systematische Erwägungen auszulegen. Eine Vergütungsregelung, die für die routinemäßige Abwicklung von zahlreichen Behandlungsfällen vorgesehen ist, kann ihren Zweck nur erfüllen, wenn sie allgemein streng nach ihrem Wortlaut sowie den dazu vereinbarten Anwendungsregeln gehandhabt wird und keinen Spielraum für weitere Bewertungen sowie Abwägungen belässt. Demgemäß sind Vergütungsregelungen stets eng nach ihrem Wortlaut und allenfalls ergänzend nach ihrem systematischen Zusammenhang auszulegen; Bewertungen und Bewertungsrelationen bleiben außer Betracht (vgl. BSG ...). Nur dann kann eine Vergütungsregelung, die für die routinemäßige Abwicklung von zahlreichen Behandlungsfällen vorgesehen ist, ihren Zweck erfüllen. Da das DRG-basierte Vergütungssystem vom Gesetzgeber als jährlich weiterzuentwickelndes (§ 17b Abs 2 S 1 KHG) und damit 'lernendes' System angelegt ist, sind bei zutage tretenden Unrichtigkeiten oder Fehlsteuerungen in erster Linie die Vertragsparteien berufen, diese mit Wirkung für die Zukunft zu beseitigen (vgl. zum Ganzen BSGE 107, 140 ...).

bb) Nach diesen Maßstäben ist der 'unmittelbare Zugang' zu den Behandlungsmaßnahmen in halbstündiger Transportentfernung zum Kooperationspartner nur dann 'grundsätzlich erfüllbar', wenn die Einhaltung des Zeitlimits regelhaft jederzeit erfüllbar ist. Dies folgt aus Wortlaut und Regelungssystem. 'Grundsätzlich' bedeutet im Sprachgebrauch des OPS wie auch sonst im Recht, dass Ausnahmen von der Regel entweder unter Berücksichtigung besonderer Umstände des Einzelfalls und/oder in bestimmten Fall-

gruppen möglich sind. Als Ausnahmen kommen in diesem Sinne Ereignisse in Betracht, deren zufälligem Eintritt im Einzelfall tatsächlich überhaupt nicht begegnet werden kann (z.B. Straßensperrung durch umgestürzte Bäume infolge Orkans) oder nur mit nicht zumutbarem wirtschaftlichem Aufwand, z.B. im Falle der Störung des Kommunikationsnetzes, des überraschenden technischen Ausfalls eines Transportmittels oder der ganz ungewöhnlichen Häufung von Rettungstransportanforderungen zur selben Zeit. Auch der von OPS 8-98b geforderte 'unmittelbare Zugang' zu den dort genannten drei Behandlungsmaßnahmen bedingt einen jederzeitigen Zugang. Der Begriff der Unmittelbarkeit hat neben der örtlichen Komponente eine eindeutige zeitliche Komponente, die ein sehr enges Zeitfenster vorgibt. Der Eintritt eines neurochirurgisch zu bewältigenden Notfalls ist jederzeit rund um die Uhr möglich. Der Patient muss dann jederzeit unmittelbar behandelt werden. Gleiches gilt für die gefäßchirurgischen und interventionell-neuroradiologischen Behandlungsmaßnahmen. Die zeitlichen Anforderungen an alle drei Behandlungsmaßnahmen sind gleich.

Die Einhaltung des Zeitlimits muss auch nach dem Regelungssystem regelmäßig jederzeit erfüllbar sein. Leitbild des 'unmittelbaren Zugangs zu neurochirurgischen Notfalleingriffen sowie zu gefäßchirurgischen und interventionell-neuroradiologischen Behandlungsmaßnahmen' ist für OPS 8-98b die Inanspruchnahme einer geeigneten anderen Abteilung im eigenen Krankenhaus. OPS 8-98b hebt hiermit augenfällig für den 'unmittelbaren Zugang' auf die Nähe hinsichtlich Zeit und Ort der (Be-)Handlung ab. OPS 8-98b lässt die Verlegung in ein anderes Krankenhaus eines Kooperationspartners nur als zweitbeste Lösung zu. Hierbei muss der 'unmittelbare Zugang' aber vergleichbar regelmäßig jederzeit gewährleistet sein.

cc) Die höchstens halbstündige Transportentfernung bemisst sich nach dem Zeitintervall zwischen Rettungstransportbeginn, dem Ingangsetzen der Rettungskette durch die Entscheidung, ein Transportmittel anzufordern, und Rettungstransportende, der Übergabe des Patienten an die behandelnde Einheit im Kooperationspartner-Krankenhaus. Dies folgt aus Wortlaut und Binnensystematik von OPS 8-98b.



OPS 8-98b definiert die Transportentfernung nicht räumlich, sondern nur zeitlich. OPS 8-98b spricht von einer 'halbstündige(n)' Transportentfernung. Die Klammerdefinition erläutert, dass es um die 'Zeit zwischen Rettungstransportbeginn und Rettungstransportende' geht. Dies meint die gesamte Zeit, die die Rettungskette benötigt, um einen Patienten vom zunächst behandelnden Krankenhaus in die behandelnde Einheit im Kooperationspartner-Krankenhaus zu verlegen. Die Klammerdefinition stellt bewusst auf die Inanspruchnahme des gesamten Rettungstransportsystems ab, auf die Rettungskette, nicht nur auf Teilabschnitte wie die reine Transportzeit eines Transportmittels.

Eine andere Auslegung des Begriffs der Transportentfernung wäre mit jenem des unmittelbaren Zugangs unvereinbar. Er setzt für den das Leitbild prägenden Grundfall (Krankenhaus verfügt über alle Abteilungen) voraus, dass der Patient am selben Ort innerhalb eines sehr engen Zeitfensters neurochirurgisch, gefäßchirurgisch oder interventionell-neuroradiologisch behandelt werden kann. Diese Grundlage würde verlassen, wenn nicht die Zeit der Rettungskette maßgeblich wäre, sondern - wie die Klägerin fälschlich meint - nur die Zeit, in der sich der Patient im Transportmittel befindet. Die von OPS 8-98b vorgegebene zeitliche Begrenzung auf höchstens eine halbe Stunde ließe sich - systemwidrig - erheblich erweitern, wenn bei Einsatz des Rettungshubschraubers als Transportmittel Vorbereitungs- und Rüstzeiten (z.B. Zeit für Alarmierung, Flugplanung bei Dunkelheit, Startvorbereitungen) sowie Anflugzeiten von einem dritten Ort unerheblich wären. Die von der Klägerin vertretene vermeintlich enge Wortauslegung des Transportbegriffs bedeutete in Wahrheit eine überdehnende Auslegung des Begriffs des (noch) unmittelbaren Zugangs zu den genannten Behandlungsmaßnahmen.

dd) 2014 überschritt schon die Anflugzeit des nächstgelegenen nachflugberechtigten Rettungshubschraubers von seinem Standort zum Krankenhaus der Klägerin bei fehlenden Sichtflugbedingungen nach den von der Klägerin mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen, den erkennenden Senat bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) das Zeitlimit. Im Übrigen bestehen auch Anhaltspunkte dafür, dass ein Rettungshubschrauber, der unter Sicht-

flugbedingungen von W. über D. nach T. fliegt, 2014 das Zeitlimit überschritt. Dies bedarf keiner Vertiefung, da jedenfalls bei Dunkelheit (oder schlechter Sicht) die Einhaltung einer höchstens halbstündigen Transportentfernung 2014 grundsätzlich nicht erfüllbar war."

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

### **3. Entwicklung des OPS / Prüfumfang des Gutachtens**

Die Entscheidung des BSG befasst sich mit dem OPS 8-98b - Fassung 2014 (s. o. S. 6), der im Verhältnis zur OPS-Fassung 2018 (**Anlage 2 a**) noch deutlich geringere Mindestanforderungen gestellt hat. Maßgeblich für die Veränderungen ist vor allem der rasante medizinische Fortschritt in diesem Bereich. Zudem hat die Inzidenz von Schlaganfällen in Deutschland mit steigendem Durchschnittsalter der Bevölkerung zugenommen, weshalb eine frühzeitige Behandlung der Folgen von Schlaganfällen schon bei der Akutbehandlung in Stroke Units erforderlich ist (vgl. Knecht u.a., DÄrzteBl. Int. 2011, 108). Wörtlich gleich geblieben ist in beiden Versionen indes das Mindestmerkmal "Transportentfernung", auf das das BSG entscheidend abstellt:

"Erforderlich ist ein unmittelbarer Zugang zu neurochirurgischen Notfall-eingriffen sowie zu gefäßchirurgischen und interventionell-neuroradiologischen Behandlungsmaßnahmen. Es gibt jeweils eine eigene Abteilung im Hause oder einen Kooperationspartner in höchstens halbstündiger Transportentfernung (Zeit zwischen Rettungstransportbeginn und Rettungstransportende). Das Strukturmerkmal ist erfüllt, wenn die halbstündige Transportentfernung unter Verwendung des schnellstmöglichen Transportmittels (z.B. Hubschrauber) grundsätzlich erfüllbar ist. Wenn der Transport eines Patienten erforderlich ist und das Zeitlimit nur mit dem schnellstmöglichen Transportmittel eingehalten werden kann, muss dieses auch tatsächlich verwendet werden. Wenn ein Patient transportiert wurde und die halbe Stunde nicht eingehalten werden konnte, darf der Code nicht angegeben werden."

Die besonderen Anforderungen an die Transportentfernung stellen also kein Spezifikum des OPS 2014 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 2014 begrenzt sein soll.

Mit Urteil vom selben Tag hat das BSG nahezu wortgleich einen parallelen Fall entschieden (B 1 KR 38/17 R). Die rechtlichen Ausführungen des BSG sind in beiden Fällen identisch, so dass im Folgenden bei Bezugnahmen und Zitaten nur noch auf die Entscheidung B 1 KR 39/17 R zurückgegriffen wird.

Die o.a. OPS-Definition der Transportentfernung findet sich wörtlich auch im OPS-Kode 8-981 (Version 2018, **Anlage 2 b**), so dass es naheliegt zu untersuchen, ob die BSG-Entscheidung auch für diesen OPS-Kode einschlägig ist (vgl. unten **Punkt II 4**, S. 24).

## **II. Tatsächliche und rechtliche Bedenken gegen das BSG-Urteil vom 19.6.2018**

### **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 19.6.2018 (aaO RdNr. 17) 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)** Es bestehen erhebliche Zweifel, ob sich das BSG mit seiner Definition des Strukturmerkmals "halbstündige Transportentfernung" wirklich eng am Wortlaut des OPS-Kodes orientiert und eigene Bewertungen außer Betracht gelassen hat. Dies gilt umso mehr, als sich das oberste deutsche Sozialgericht im April 2014 schon einmal mit dieser Problematik befasst hatte - damals allerdings zur Auslegung des OPS-Kodes 8-981 (Version 2007). Zur früheren Fassung des OPS führte das BSG aus (U. v. 21.4.2015 - B 1 KR 8/15 R -, Leitsatz 2): "Die halbstündige Transportentfernung stellt ... nicht auf das schnellste Transportmittel ab, sondern muss unabhängig vom Transportmittel gewährleistet sein." Seine damaligen Überlegungen (vgl. dazu unten **Punkt II. 4**, S. 24) erwähnt der Senat bei der jetzigen Entscheidung mit keinem Wort - vor allem nicht, warum er damals allein auf Transportweg und -mittel abgestellt hat, nunmehr aber die Zeit zwischen der Ingangsetzung der Rettungskette durch die Entscheidung, ein Transportmittel anzufordern, und dem Rettungstransportende, der Übergabe des Patienten an die behandelnde Einheit im Kooperationspartner-Krankenhaus, maßgeblich sein soll.

**aa)** Der Präsident der DKG, Gerald Gaß, sieht die flächendeckende Schlaganfallversorgung in Deutschland durch das BSG-Urteil gefährdet (Pressemitteilung der DKG vom 26.6.2018): "Das BSG greift durch die Neudefinition eines wesentlichen Strukturmerkmals für die Abrechnung der Komplexbe-

handlung beim akuten Schlaganfall massiv in das Vergütungsgefüge und damit auch in die Versorgung ein. Es ist nicht Aufgabe des obersten deutschen Sozialgerichts, die Strukturvorgaben zur Versorgung von Schlaganfallpatienten zu definieren. Für diese Festlegungen gibt es im deutschen Gesundheitswesen ein Verfahren, in das Experten eingebunden sind." Er weist ausdrücklich darauf hin, dass die bisher geltende Definition allein die Zeit zwischen Rettungstransportbeginn und -ende bezeichnet habe, also die Fahrzeit des Rettungswagens oder die Flugzeit des Rettungshubschraubers. Das BSG lasse diese Frist nun bereits mit der Entscheidung des behandelnden Arztes zur Verlegung in eine Neurochirurgie beginnen und mit der Übergabe des Patienten an die behandelnden Ärzte der Neurochirurgie enden. Dies führe in der praktischen Anwendung dazu, dass die Komplexbehandlung des Schlaganfalls nur noch in den Kliniken durchgeführt werden könne, die selbst über eine neurochirurgische Abteilung verfügen.

Diese Voraussetzungen erfüllen in der Regel nur Unikliniken und andere große Maximalversorger. Damit werden viele sonstige - leistungsfähige - Kliniken von der Versorgung des akuten Schlaganfalls ausgeschlossen und betroffene Patienten auf lange Transportwege quer durch Deutschland verwiesen, wobei sich ihre Überlebenschancen mit jeder Zunahme der Transportzeit drastisch verringern. Die Entscheidung des BSG ist unter gesundheitspolitischen und vor allem medizinischen Gesichtspunkten fürwahr ein falsches Signal.

**bb)** Die Deutsche Schlaganfallgesellschaft (DSG) hat in einer Presseerklärung vom 25.10.2018 (**Anlage 3**) ähnliche Befürchtungen geäußert: "Als Ärzte sind wir für unsere Schlaganfallpatienten verantwortlich und setzen uns daher grundsätzlich für eine rasche Behandlung und bei Bedarf für eine zügige Verlegung in Spezialzentren ein. Unser Erfolgskonzept liegt in der engen Kooperation zwischen regionalen Einrichtungen - regionalen Stroke Units - und spezialisierten Schlaganfallzentren - überregionalen Stroke Units - begründet. Das Behandlungsprinzip in einer Stroke Unit beinhaltet eine räumliche Behandlungseinheit mit Überwachungsmonitoren sowie ein speziell geschultes, multiprofessionelles Team. Zum anderen sind bestimm-

te diagnostische und therapeutische Maßnahmen sowie ein System der Qualitätssicherung relevant. Das System der deutschen Stroke Units hat im internationalen Vergleich Vorbildcharakter. Dieses Niveau darf im Interesse der Patienten nicht gefährdet werden." In sehr ähnlicher Weise hat auch die Deutsche Gesellschaft für Neurologie (DGN) in einer Presseinformation vom 2.7.2018 (**Anlage 4**) darauf hingewiesen, dass die flächendeckende Versorgung akuter Schlaganfallpatienten in Deutschland durch das BSG-Urteil in großer Gefahr sei.

Beide Fachgesellschaften betonen die Unvereinbarkeit der BSG-Rechtsprechung mit dem vom DIMDI gemäß § 301 Abs. 2 SGB V herausgegebenen Operationen- und Prozedurenschlüssel. Was das BSG nun fordere, könne selbst in Ballungszentren häufig nicht eingehalten werden. Das hätte zur Folge, dass Krankenkassen in zahlreichen Fällen die Zusatzvergütung, die Einrichtungen bisher für die spezielle Betreuung von Schlaganfallpatienten erhielten, für diese Patienten nicht mehr bezahlen würden. Krankenhäuser, die die geforderte Transportzeit nicht einhalten könnten, hätten selbst bei Patienten ohne besondere Komplikationen, die gar nicht in Spezialzentren verlegt werden müssten, keinen Anspruch mehr auf Erstattung der anfallenden Kosten. Oder - wie Berbuir (f&w 2018, 704) seine Urteilsbesprechung zu 1 KR 39/17 R plakativ betitelt: "Die Krankenhäuser trifft der Schlag!"

**cc)** Der Bundesverband Rehabilitation (BDH) sieht das gut eingespielte und flächendeckend funktionierende Versorgungssystem gefährdet und fordert eine baldige Neuregelung (Presseinformation vom 6.9.2018 - **Anlage 5**): "Im Mittelpunkt unserer Bemühungen muss die kontinuierliche Verbesserung der Versorgung der Schlaganfallpatienten stehen. Es muss alles dafür getan werden, dass Stroke Units und weiterbehandelnde Kliniken weiterhin Hand in Hand arbeiten und ihre eingespielten Versorgungswege optimieren können. Das BSG erweist den Häusern, die sich auf die akute Versorgung von Schlaganfallpatienten spezialisiert haben, einen Bärendienst. Die geforderte Verkürzung der Transportzeiten zwischen Akuthäusern und regionalen Schlaganfallzentren kann selbst in urbanen Räumen kaum eingehalten werden. In der Folge verlieren die Häuser die gesamte Sonderversgütung für den

Bereich der Schlaganfallversorgung. Um es klar auszusprechen: Dieses Urteil gefährdet die Versorgung von Schlaganfallpatienten in Deutschland. Wir fordern den Bundesgesundheitsminister auf, zügig für Abhilfe zu sorgen und die Transportzeiten so zu definieren und klar zu formulieren, dass die bestehenden Klinikkooperationen nicht gefährdet werden."

Im Hinblick auf drohende Erstattungsforderungen für vergangene Jahre heißt es weiter: "Es ist vollkommen inakzeptabel, dass in der Vergangenheit gemeinsam gefasste Definitionen von den Krankenkassen verlassen und dazu genutzt werden, das üppige Finanzpolster weiter zu erhöhen und nun Millionenbeträge aus der Vergangenheit von den Häusern zurückzufordern. Und das, obwohl dieses Geld gerade für die gute Versorgung ihrer Versicherten eingesetzt werden soll. Wir fordern die Krankenkassen auf, ihrem eigentlichen gesellschaftlichen Auftrag nachzukommen."

**dd)** Roeder, Heumann und Bunzemeier (Das Krankenhaus 8/2018, S. 711 - **Anlage 6**) stellen fest, dass das BSG jetzt schon wiederholt direkt in die DRG-Definitionssystematik eingegriffen hat. Dies würde nur Sinn machen, wenn es einen qualitätsorientierten patientensteuernden Einfluss hätte - das sei aber gerade bei der halbstündigen Transportentfernung nicht der Fall. Darüber hinaus sei von einer Verlegung auch nur ein kleiner Teil der Schlaganfallpatienten potentiell betroffen; die Frage der Verlegungszeit habe keinen Einfluss bei über 90% der auf der Stroke Unit behandelten Patienten. Nach der BSG-Rechtsprechung fehle nun jedoch ein grundsätzlicher Bestandteil für die Kodierbarkeit der komplexen Gesamtleistung und damit auch für die Abrechenbarkeit der OPS-Ziffer 8-98b für alle mit der Komplexbehandlung versehenen Patienten. Damit sei die Umdefinierung einer DRG erfolgt, die bezüglich der bislang konsentierten Behandlungsinhalte kalkuliert, erbracht und abgerechnet worden sei. Die Folgen seien nur längerfristig korrigierbar. Solche Eingriffe in die komplexe Vergütungslogik des DRG-Systems könnten durchaus erhebliche systemschädigende Wirkungen entfalten. Die Kosten hierfür werde am Ende wieder einmal die Solidargemeinschaft tragen.

**b)** Auch seitens des MDK<sup>1)</sup> ist bislang in den "Checklisten zur Abfrage der Strukturmerkmale des OPS-Kodes 8-98b - 1. Version 2018" lediglich gefordert worden:

*"Die Transportentfernung ist unter Verwendung des schnellstmöglichen Transportmittels (z.B. Hubschrauber) grundsätzlich innerhalb einer halben Stunde (Zeit zwischen Rettungstransportbeginn und Rettungstransportende) erfüllbar?"*

*Ja / Nein*

und

*"Wenn das Zeitlimit nur mit dem schnellstmöglichen Transportmittel eingehalten werden kann, wird dieses auch tatsächlich verwendet?"*

*Ja / Nein*

Dies entspricht dem Wortlaut des OPS, weitere Forderungen hat der MDK nicht aufgestellt. Insbesondere hat er nicht die Entscheidung des behandelnden Arztes zur Verlegung in eine Neurochirurgie als Anfangspunkt und die Übergabe des Patienten an die behandelnden Ärzte der Neurochirurgie als Endpunkt angesetzt, sondern sich an den Klammerzusatz im OPS 8-98b "Zeit zwischen Rettungstransportbeginn und Rettungstransportende" gehalten und dies in der Abrechnungspraxis stets als Zeit definiert, die ein Patient üblicherweise im Transportmittel verbringt.

**c)** Im Ergebnis ist die vom BSG vorgenommene Auslegung der "halbstündigen Transportzeit" im OPS 8-98b weder von dessen Wortlaut noch gemäß den dazu vereinbarten Anwendungsregeln nachzuvollziehen. Entgegen seiner eigenen Rechtsprechung (s.o. S. 11 f.) nimmt der 1. Senat des BSG selbständige Bewertungen vor, die weder durch systematische Erwägungen gerechtfertigt sind noch im Interesse der Versichertengemeinschaft liegen.

Zunächst fällt auf, dass seine Interpretation schon vom Wortlaut her schwer zu verstehen ist, denn es geht bei dem fraglichen OPS-Strukturmerkmal um eine verkehrstechnische Begrifflichkeit, wie die Termini "Transportentfernung" und "Transportmittel" zeigen; auch das *expressis verbis* genannte

---

<sup>1)</sup> [https://www.bkk-sued.de/fileadmin/content/\\_Dokumente/\\_2\\_Fuer\\_Partner\\_im\\_GW/\\_2\\_3\\_2\\_OPS-Checklisten\\_2018/Checkliste\\_898b\\_Version2018\\_Endversion.pdf](https://www.bkk-sued.de/fileadmin/content/_Dokumente/_2_Fuer_Partner_im_GW/_2_3_2_OPS-Checklisten_2018/Checkliste_898b_Version2018_Endversion.pdf) - recherchiert am 12.10.2018



Beispiel "Hubschrauber" lässt erkennen, dass es gerade nicht auf die vom BSG entwickelte imaginäre "Rettungskette" ankommt. Das BSG löst sich vielmehr vom Wortlaut und übernimmt die Rolle des DIMDI bzw. der Selbstverwaltungspartner auf Bundesebene, in deren ureigenster Kompetenz die Entwicklung und Weiterentwicklung der Vergütungsregelungen liegt. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der OPS-Kode selbst eine seit langen Jahren gebräuchliche Definition enthält, die vom Wortlaut her, ihrem konkreten Zweck und der bisherigen praktischen Anwendung zweifelsfrei gewesen ist; sie konnte von niemandem ernstlich missverstanden werden.

Der 1. Senat des BSG beschränkt das OPS-Mindestmerkmal aber noch in einem weiteren Punkt: Im OPS-Kode 8-98b heißt es, das Strukturmerkmal sei erfüllt, wenn die halbstündige Transportentfernung ... "grundsätzlich" erfüllbar ist. Daraus folgt, dass Ausnahmen im Einzelfall durchaus zulässig sein sollen. Das BSG (aaO RdNr. 19) erkennt als Ausnahmefälle aber nur solche an, die auf Katastrophen oder anderen unabwendbaren Ereignissen beruhen; im Übrigen müsse der unmittelbare Zugang des Patienten zu den im OPS-Kode genannten Behandlungsmaßnahmen "jederzeit regelhaft gewährleistet" sein (aaO RdNr. 20). Individuelle Ausnahmen schließt das Gericht damit aus und verschärft die Situation sogar noch, indem es ein "obiter dictum" nachlegt (aaO RdNr. 27), welches vom Text des OPS 8-98b keinesfalls gedeckt ist: "Nur vorsorglich weist der erkennende Senat auch darauf hin, dass einer kontinuierlichen Einbindung neurologischen Sachverstands entgegenstehen kann, dass ein Neurologe im Vertretungsfall einen Anfahrtsweg von 30 Minuten hat, um die spezialisierte Schlaganfalleinheit zu erreichen, in die er fest eingebunden sein soll. Er steht dann jedenfalls nicht umgehend am Krankenbett zur Verfügung, wie dies OPS 8-98b ... verlangen."

**d)** Das DIMDI hat auf die fatale Rechtsprechung des BSG reagiert und in seinen Erläuterungen zu Kodierfragen unter FAQ OPS 8033 (**Anlage 7**) darauf hingewiesen, dass das Mindestmerkmal "halbstündige Transportentfernung" um einen weiteren Satz ergänzt worden ist: "Die Zeit zwischen Rettungstransportbeginn und Rettungstransportende ist die Zeit, die der Patient im Transportmittel verbringt." Mit dieser Ergänzung ist das DIMDI der

Entscheidungen des BSG begegnet und hat klargestellt, dass für die Bemessung der halbstündigen Transportzeit allein die Spanne zwischen Transferbeginn und -ende ausschlaggebend ist und nicht auf den Zeitraum zwischen der Entscheidung, ein Transportmittel anzufordern, und der Übergabe des Patienten an die behandelnde Einheit des Kooperationspartner abzustellen ist. Zwar kommt den Antworten des DIMDI auf Kodierfragen zum OPS keine Rechtsnorm- oder Satzungsqualität zu, seine Auffassung kann als nachgeordnete Behörde des BMG im Sinne einer "authentischen Interpretation" jedoch nicht ohne weiteres ignoriert werden (vgl. auch **Punkt IV. 1**, S. 45).

#### **d) Zwischenergebnis:**

Im Urteil vom 19.6.2018 - B 1 KR 39/17 R - hat das BSG seine neue Interpretation des OPS 8-98b als maßgeblich eingeführt. Hätte das Gericht den Wortlaut der Abrechnungsvorschrift wortgetreu zur Kenntnis genommen und gewürdigt, die dazu vereinbarten Anwendungsregeln berücksichtigt und vor allem die bislang völlig einheitliche Praxis ausgewertet, hätte es bezüglich der halbstündigen Transportentfernung wohl zu einer anderen Entscheidung gelangen müssen. Dies gilt umso mehr, als die Verschärfung der Transportregeln zu einer erheblichen Verschlechterung der Versorgung von Schlaganfallpatienten führen dürfte. 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 erhebliche Auswirkungen auf die Abrechenbarkeit der neurologischen Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls haben und zu einer finanziellen Schlechterstellung der Krankenhäuser führen. Es bleibt abzuwarten, ob und in welchem Umfang die Sozialgerichte dieser OPS-Interpretation folgen werden. Das BSG-Urteil wirkt nämlich nur "inter partes" und führt nicht automatisch zu einer Bindung der Untergerichte in zukünftigen Fällen. Deshalb kann - wie schon zur Rechtsprechung des BSG "Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit" - durchaus erwartet werden, dass sich ein Teil der Instanzgerichte gegen die restriktive Bemessung der halbstündigen Transportzeit durch das BSG stellt. Erneut also wieder ein wirklich systemwidriger Beitrag der höchstrichterlichen Rechtsprechung!

## 2. Auslegung des OPS-Kodes 8-98b "contra legem"

a) 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).

b) 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.

**c)** Unter dem Titel "OPS-Komplexkodes - Das scharfe Schwert des DIMDI" weist Becker (KrV 2018, 96) noch auf zwei weitere interessante Aspekte des OPS 8-981 hin, die entsprechend auch für den OPS 8-98b Geltung besitzen:

**aa)** § 301 Abs. 2 Satz 2 SGB V ermächtigt das DIMDI zur Herausgabe eines Schlüssels für die "Operationen und sonstigen Prozeduren" des Krankenhauses. Das Mindestmerkmal eines unmittelbaren Zugangs zu neurochirurgischen Notfalleingriffen in höchstens halbstündiger Transportentfernung im OPS 8-981 beschreibt indes keine Prozedur und erst recht keine medizinische Prozedur. Wie schnell ein Krankenhaus mit einer neurochirurgischen Fachabteilung erreicht werden kann, ist keine medizinische Frage, sondern in erster Linie eine geographische Frage der Entfernung zwischen zwei Krankenhäusern und in zweiter Linie eine Frage der Geschwindigkeit verfügbarer Transportmittel.

Selbst wenn dabei nicht auf die Transportentfernung, sondern auf den Transport an sich abgestellt wird, geht es um einen Vorgang nach der Entlassung des Patienten aus dem Krankenhaus und damit außerhalb des zeitlichen Rahmens, den die Kodierrichtlinien unter P001f in Übereinstimmung mit § 301 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 SGB V beschreiben. Zudem verdeutlicht auch eine leistungs- und aufwandsbezogene Betrachtung, dass eine Überschreitung des gesetzlich eröffneten Rahmens vorliegt. Denn der medizinisch notwendige Transport eines Patienten in ein anderes Krankenhaus erfolgt grundsätzlich nicht durch das verlegende Krankenhaus, sondern durch einen davon unabhängigen Rettungsdienst und wird diesem gemäß § 60 SGB V gesondert vergütet. Der entsprechende Aufwand wird deshalb auch nicht über die DRG-Fallpauschalen abgebildet, die für eine neurologische Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls abgerechnet werden können.

**bb)** Die Entscheidung, welche Krankenhausleistungen an welchen Standorten vorzuhalten sind, ist eine Kernaufgabe der Krankenhausplanung, die gemäß Art. 70ff. GG ausschließlich den Ländern zugewiesen ist. Mit der Erteilung eines Versorgungsauftrags wird die Standortentscheidung der Krankenhausplanung mit einer Behandlungspflicht des Krankenhausträgers und einer damit korrespondierenden Abrechnungsberechtigung verknüpft. Die Verknüpfung dieser drei Bestandteile des Versorgungsauftrags ist gesetzlich in § 109 Abs. 4 SGB V und § 8 Abs. 1 Satz 4 KHEntgG verankert. Indem der OPS 8-981 ausgewiesene Stroke Units jenseits einer halbstündigen Transportentfernung bis zur nächstgelegenen Neurochirurgie von einer Vergütung für die neurologische Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls ausschließt, wird die Abrechnungsberechtigung von der Behandlungspflicht und der Standortentscheidung abgetrennt. Damit verstößt das Mindestmerkmal gegen § 109 Abs. 4 SGB V und § 8 Abs. 1 Satz 4 KHEntgG. Zugleich schränkt der OPS-Kode das Recht der Länder ein, Standortentscheidungen für die Versorgung von Schlaganfallpatienten zu treffen und verstößt damit gegen die Art. 70ff. GG.

**cc)** Folgt man diesen Ansätzen, dann hätte das DIMDI mit der Forderung nach einer halbstündigen Transportentfernung gegen höherrangiges Recht

verstoßen und rechtswidrig gehandelt. Mit diesen Punkten setzt sich das BSG in der Entscheidung vom 19.6.2018 überhaupt nicht auseinander. Zudem missachtet es die Tatsache, dass die Forderung eines unmittelbaren Zugangs zu neurochirurgischen Notfalleingriffen in höchstens halbstündiger Transportentfernung allein auf medizinischen Erkenntnissen beruht, wonach die Letalität der betroffenen Patienten bei einer längeren Transportdauer als 30 Minuten signifikant ansteigt (so auch Becker aaO S. 99).

### **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, sondern 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 geändert oder gar 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 19.6.2018 gegen das Prozessgrundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen

hat, weil das Gericht seine unerwartete neue Rechtsprechung in Anbetracht der bisherigen langjährigen Verfahrenspraxis zur halbstündigen Transportentfernung 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 besonders 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 Zuzahlung 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 19.6.2018 dieser gemeinsamen Linie aller obersten Bundesgerichte verweigert und seine überzogenen und völlig unerwarteten Anforderungen an die halbstündige Transportentfernung im OPS-Kode 8-98b für einen rückwärtigen Fall aus dem Jahr 2014 entwickelt, obwohl sich Krankenhäuser und Krankenkassen nebst MDK schon damals und weiterhin bis heute am Wortlaut und einer für sie logischen Auslegung der Transportweges orientiert hatten. Zu Streitigkeiten über die Auslegung des OPS-Kodes war es insoweit nie gekommen, 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. 4**, S. 38 ff.).

#### **4. Exkurs: Übertragbarkeit des BSG-Urteils auf den OPS-Kode 8-981**

Das Operationen- und Prozedurenschlüsselverzeichnis 2018 sieht neben der anderen neurologischen Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls (OPS-Kode 8-98b) auch noch eine neurologischen Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls (OPS-Kode 8-981 - **Anlage 2 b**) vor. Auch in diesem Kode wird auf eine "halbstündige Transportentfernung" abgestellt, die Formulierung entspricht exakt derjenigen zum OPS-Kode 8-98b.

Mit Urteil vom 21.4.2015 (B 1 KR 8/15) hatte das BSG zu der Problematik schon einmal Stellung bezogen und im 2. Leitsatz ausgeführt: "Die halbstündige Transportentfernung stellt nach dem Wortlaut des OPS 2007 Kode 8-981 nicht auf das schnellste Transportmittel ab, sondern muss unabhängig vom Transportmittel gewährleistet sein." Damals hatte die OPS-Ziffer allerdings noch eine andere Definition, denn es hieß beim entsprechenden Mindestmerkmal: "Behandlung auf einer spezialisierten Einheit durch ein multidisziplinäres, auf die Schlaganfallbehandlung spezialisiertes Team unter fachlicher Behandlungsleitung durch einen Facharzt für Neurologie mit



... unmittelbarem Zugang zu neurochirurgischen Notfalleingriffen sowie zu gefäßchirurgischen und interventionell-neuroradiologischen Behandlungsmaßnahmen (jeweils eigene Abteilung im Hause oder Kooperationspartner in höchstens halbstündiger Transportentfernung unabhängig vom Transportmittel)."

Das BSG führt zu dieser Altversion 2007 aus (aaO RdNr. 20): "Ob die Mindestvoraussetzung eines unmittelbaren Zugangs zu neurochirurgischen Notfalleingriffen sowie zu gefäßchirurgischen und interventionell-neuroradiologischen Behandlungsmaßnahmen zum Kooperationspartner der Klägerin in höchstens halbstündiger Transportentfernung erfüllt waren, kann der Senat hingegen nicht abschließend beurteilen. Dem LSG ist insoweit zu folgen, dass die halbstündige Transportentfernung nach dem Wortlaut des OPS (2007) 8-981 nicht auf das schnellste Transportmittel abstellt, sondern unabhängig vom Transportmittel gewährleistet sein muss. Erst der OPS 2014 sieht dieses Strukturmerkmal als erfüllt an, wenn die halbstündige Transportentfernung unter Verwendung des schnellstmöglichen Transportmittels (zB Hubschrauber) grundsätzlich erfüllbar ist. ..."

Schon in dieser früheren Entscheidung wird deutlich zwischen den OPS-Versionen vor und nach dem Jahr 2014 unterschieden. Wegen der zwischenzeitlichen Veränderungen der Codes besitzen die damaligen Ausführungen des BSG zum OPS 8-981 deshalb heute - zumindest, was die halbstündige Transportentfernung angeht - keine Bedeutung mehr. Da sich die neueren OPS-Kodes 8-98b und 8-981 hinsichtlich der Transportentfernung nicht mehr unterscheiden, ist es naheliegend anzunehmen, dass die vom BSG im Urteil vom 19.6.2018 entwickelten Grundsätze für beide Komplexbehandlungen einschlägig sind.

### **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 allein in NRW von ca. 350 Mio. 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.

#### **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 19.6.2018 Altfälle der OPS 8-98b und 8-981 wieder aufrollen und Erstattungsansprüche wegen grundsätzlicher Nichteinhaltung der halbstündigen Transportentfernung 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 konkrete Einhaltung der halbstündigen Transportentfernung 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 Umstände offensichtlich wäre, der Fehler dem Abrechnungsverhältnis also quasi "auf der Stirn geschrieben stünde". Das dürfte indes nie der Fall sein, denn die Krankenkassen haben das Mindestmerkmal "halbstündige Transportentfernung" 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 der Krankenhausabrechnung 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 Prüfregeln 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, 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 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 formloses Prüfverfahren nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V einzuleiten. Danach ist von Kassenseite 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 8-98b und 8-981 vorgeschriebene und seitens des BSG im Urteil vom 19.6.2018 neudefinierte halbstündige Transportentfernung grundsätzlich gegeben war. Dies bedingt in aller Regel keine Durcharbeit der Krankenunterlagen, insbesondere der Patientenakte, weil es sich um "normale" Fakten und nicht um medizinische Sachverhalte handelt. Betroffen ist damit die erste Stufe der Sachverhaltserhebung, auf der die Krankenkasse notwendige Ermittlungen selbst vornehmen darf und muss. Deshalb ist auch die gemäß § 275 Abs. 1 SGB V bei medizinischen Erhebungen ansonsten zwingend ("die Krankenkasse ist ... verpflichtet") vorgeschriebene Beauftragung des MDK entbehrlich, ja sogar verboten; es handelt sich bei der Überprüfung der Transportentfernung um einen Sachverhalt, der nicht in den Aufgabenbereich des MDK fällt. Rein tatsächliche Sachverhaltserhebungen muss die Krankenkasse selbst durchführen.

Beauftragt die Krankenkasse den MDK gleichwohl und unter Missachtung von dessen Zuständigkeiten, damit er fallbezogen die Zeit zwischen der Ingangsetzung der Rettungskette und der Übergabe des Patienten an die behandelnde Einheit im Kooperationspartner-Krankenhaus feststellen möge, wird die zweite Stufe der Sachverhaltserhebung in Gang gesetzt; das gilt auch für Sachverhalte in der Vergangenheit. Das Krankenhaus ist bei derartigen internen Ermittlungen auf Kassenseite nicht involviert, da es alle ihm obliegenden Angaben nach § 301 Abs. 1 SGB V bereits vollständig und zutreffend gemacht. Es gibt keine darüber hinausgehende rechtliche Verpflichtung der Leistungserbringer, in bereits abgeschlossenen und von der Krankenkasse nicht beanstandeten Abrechnungsfällen zur Eröffnung von Erstattungsmöglichkeiten weitere Ermittlungen zu unterstützen, soweit die ersten beiden Stufen der Sachverhaltserhebung betroffen sind.

Bisherige Erfahrungen in Abrechnungsstreitigkeiten haben indes gezeigt, dass die Kassen den MDK immer wieder mit nichtmedizinischen Fragestellungen betrauen. Sollte die Krankenkasse den MDK auch bei der vorliegenden Fallgestaltung beauftragen, zur Ermittlung der zeitlichen Dauer der Rettungskette Nachforschungen im Krankenhaus anzustellen und damit die dritte Stufe der Sachverhaltserhebung eröffnen, wäre dies aus den aufgezeigten Gründen rechtswidrig. Medizinische Sachverhalte stünden nicht im Streit, eine Mitwirkung des Krankenhauses wäre daher nicht geboten; es wären weder Auskünfte zu erteilen noch Krankenunterlagen vorzulegen. Zudem sind Überprüfungen des MDK im Krankenhaus seit Jahresbeginn 2016 immer nur unter Wahrung der Sechs-Wochen-Frist des § 275 Abs. 1c Sätze 2 und 4 SGB V möglich (vgl. dazu nachstehend **Punkt III. 2 c**).

Zusätzlich ist noch darauf hinzuweisen, dass Ermittlungen des MDK zur "halbstündigen Transportentfernung" im verlegenden Krankenhaus wenig erfolgversprechend sein dürften. Denn der medizinisch notwendige Transport eines Patienten in ein anderes Krankenhaus erfolgt grundsätzlich nicht durch das verlegende Krankenhaus, sondern durch einen davon unabhängigen Rettungsdienst und wird diesem gemäß § 60 SGB V gesondert vergütet. Der entsprechende Aufwand wird deshalb auch nicht über die DRG-Fallpauschalen abgebildet. Folglich gibt es keine Dokumentationspflicht des Krankenhausarztes, wann die konkrete Rettungskette in Gang gesetzt worden ist. Die Feststellung des Zeitintervalls zwischen dem Beginn der Rettungskette durch die Entscheidung, ein Transportmittel anzufordern, und dem Rettungstransportende, der Übergabe des Patienten an die behandelnde Einheit im Kooperationspartner-Krankenhaus, könnte allenfalls durch Einsichtnahme in das Rettungsprotokoll des Rettungsdienstes erfolgen; hierfür zeichnet das Krankenhaus indes nicht verantwortlich.

**c)** Als Mittel der Wahl hat der Gesetzgeber für das Verfahren zur Überprüfung von Krankenhausrechnungen die sog. Auffälligkeitsprüfung nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 SGB V gesetzlich normiert. 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." Solche Prüfungen sind gemäß § 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V allerdings nur innerhalb einer Frist von sechs Wochen zulässig.

**aa)** Hiervon abweichend 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 begonnenen 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. Diese Prüfform verortete der 1. Senat des BSG systemwidrig - weil Fallanalysen durch den MDK im Krankenhaus durchgeführt werden - auf der zweiten Stufe der Sachverhaltsermittlung, so dass § 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V nicht einschlägig und eine rückwärtige OPS-Prüfung bis zur Verjährungsgrenze von derzeit vier Jahren möglich wäre.

**bb)** 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 Anzeigeregelung 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. 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 des § 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V 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.

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 durch den MDK immer die Sechs-Wochen-Frist zu beachten ist: "Die Prüfung einer Rechnung über eine Krankenhausbe-



handlung nach § 39 SGB V ist spätestens sechs Wochen nach Eingang der Abrechnung bei der Krankenkasse einzuleiten."

**cc)** Diese Frist ist heute bei allen Altfällen längst abgelaufen. Sollten also Krankenkassen den Standpunkt vertreten, sie dürften den MDK im Wege der sachlich-rechnerischen Überprüfung der halbstündigen Transportentfernung mit Ermittlungen im Krankenhaus betrauen, wäre dies wegen Überschreitung der Sechs-Wochen-Frist nicht mehr zulässig ist. Dies gilt sowohl für fälschlicherweise von den Kassen auf der dritten Stufe der Sachverhaltserhebung angesiedelte Prüfungen als auch für solche sachlich-rechnerischer Art nach der überholten Rechtsprechung des BSG, und zwar für alle in der Vergangenheit liegenden Fälle.

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 Versicherungsgemeinschaft 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 in der hier zu begutachtenden Entscheidung zur halbstündigen Transportentfernung sowie in vielen anderen Fällen (s. Auflistung unten **Punkt IV. 1**, S. 45) 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 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 eindeutig von der Abrechnungsprüfung und nicht vom Abrechnungsfall aus.

#### **d) Zwischenergebnis:**

Die Krankenkassen haben grundsätzlich die Möglichkeit zur Überprüfung von Krankenhausrechnungen rückwirkend bis zum Ablauf der derzeit vierjährigen Verjährungsfrist. Deshalb können sie auch die Einhaltung des Mindestmerkmals der "halbstündigen Transportentfernung" in den OPS 8-98b und 8-981 - Ingangsetzung der Rettungskette bis zur Übergabe des Patienten an die behandelnde Einheit im Kooperationspartner-Krankenhaus - vier Jahre rückwirkend überprüfen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass sie sich auf der ersten oder zweiten Stufe der Sachverhaltserhebung bewegen, also weder Krankenhausakten zur Auswertung anfordern noch den MDK mit Ermittlungen im Krankenhaus beauftragen. Das Krankenhaus hat insoweit keinerlei Mitwirkungspflichten. Möglich, wenn auch wenig erfolgversprechend wären deshalb nur externe Ermittlungen und/oder solche bei den Rettungsdiensten. Unabhängig davon bleibt jedoch zu berücksichtigen, dass die Krankenkassen in allen Altfällen die Krankenhausrechnungen vorbehaltlos und vollständig bezahlt haben; ob einem potentiellen Erstattungsverlangen des-

halb ein treuwidriges Verhalten entgegengehalten werden kann, wird noch an anderer Stelle zu diskutieren sein (vgl. nachfolgend **Punkt III. 3**).

Die Fraktionen von CDU/CSU und SPD haben am 5.10.2018 einen Änderungsantrag zum Entwurf des PpSG (vgl. unten **Punkt IV. 2**, S. 49) eingebracht, mit dem Ansprüche der Krankenhäuser auf Vergütung erbrachter Leistungen ebenso wie Ansprüche der Krankenkassen auf Erstattung gezahlter Vergütungen in zwei Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie entstanden sind, verjähren. Diese Neuregelung ist ausdrücklich mit Rückwirkung versehen worden, gilt also auch für bereits entstandene Ansprüche. Sollte dieser Änderungsantrag Eingang in die endgültige Gesetzesfassung erhalten, die zum Jahresbeginn 2019 in Kraft treten soll, würden etwaige Erstattungsansprüche der Krankenkassen aus den Jahren 2016 und früher verjährt sein, falls sie nicht zuvor gerichtlich geltend gemacht worden sind.

Sollten die Krankenkassen den Standpunkt vertreten, sie dürften den MDK im Wege der sachlich-rechnerischen Überprüfung der halbstündigen Transportzeit mit Ermittlungen im Krankenhaus betrauen, wäre dies rechtswidrig und zudem wegen Überschreitung der Sechs-Wochen-Frist (§ 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V) nicht mehr zulässig. Dies gilt sowohl für fälschlicherweise von den Kassen auf der dritten Stufe der Sachverhaltserhebung angesiedelte Prüfungen als auch für solche sachlich-rechnerischer Art nach der überholten Rechtsprechung des BSG (anders, aber rechtsirrig für Fälle aus 2014 und 2015: BSG, U. v. 23.5.2017 - B 1 KR 24/16 R -)

### **3. Treuwidriges Verhalten der Krankenkassen**

Der 1. Senat des BSG hat gerade im Zusammenhang mit Abrechnungstreitigkeiten 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 der OPS 8-98b und 8-981 aufgrund einer allseits akzeptierten und vom

MDK nicht beanstandeten Auslegung des Mindestmerkmals "halbstündige Transportentfernung" vorbehaltlos an die Krankenhäuser bezahlt. Diese durften darauf vertrauen, dass es keine späteren Erstattungsforderungen geben würde. Das gilt hier umso mehr, als die streitigen OPS-Kodes hinsichtlich dieses Mindestmerkmals seit Jahren unverändert geblieben sind. Niemand konnte angesichts des seinerzeit allgemeinen Rechtsverständnisses davon ausgehen, dass plötzlich die Zeit zwischen der Ingangsetzung der Rettungskette und der Übergabe des Patienten an die behandelnde Einheit im Kooperationspartner-Krankenhaus maßgeblich sein könnte. 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 sind. Entsprechenden Forderungen stehe damit das Verbot widersprüchlichen Verhaltens entgegen. Hinzu komme, dass das BSG in ständ. Rspr. betone, dass die 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 Leistungserbringer 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 Aufwandspauschalen) 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 gleicher Weise.

#### **4. Verbotene Rückwirkung der BSG-Entscheidung**

Die vom 1. Senat des BSG mit Urteil vom 19.6.2018 statuierten strengen Anforderungen an die halbstündige Transportentfernung im OPS 8-98b können keine Rechtsgrundlage für Erstattungsverlangen der Krankenkassen aus früheren Zeiträumen sein. Eine solch rückwirkende Feststellung der Nichtkodierbarkeit von 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 Rechtsprechung 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 letztere Voraussetzung ist 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 Rechtsprechung 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 III 4. d**, S. 40 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 Juni 2018 neue Anforderungen an den Transportweg im OPS 8-98b "aus dem Hut zaubern" würde, zumal es um die rechtliche Beurteilung eines Falles aus dem Jahr 2014 ging. Deshalb verbietet das GG auch gerichtliche Entscheidungen, insbesondere von obersten Bundesgerichten, soweit sie rechtliche Gesichts-

punkte 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 Juni 2018 klar und eindeutig, niemand rechnete mit einer derartigen Verschärfung der OPS-Anforderungen und auch besondere Gründe des Allgemeinwohls lassen sich im Hinblick auf die Erstattung von einvernehmlich gezahlten Vergütungen nach OPS 8-98b nicht erkennen. Zudem stehen ganz erhebliche Beträge im Raum, so dass von "Bagatellfällen" sicherlich nicht gesprochen werden kann. Mit der Neudefinition der halbstündigen Transportentfernung 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 die Mindestmerkmale in den OPS 8-98b und 8-981 zu interpretieren und in der Praxis anzuwenden sind; 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 Gebote 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; auch die Verwaltungspraxis war eindeutig. Und - erschwerend kommt hinzu, dass die geänderte Rechtsprechung für zahlreiche Krankenhausfälle den Verlust erheblicher Vergütungsbestandteile bedeutet, obwohl eine solch differenzierende Rechtsfolge von niemandem vorhersehbar war und bis dato Konsens bestand, dass das Abrechnungsverhalten der Krankenhäuser zu den OPS 8-98b und 8-981 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 Rechtsprechung für die Betroffenen praktisch wie eine Rechtsänderung wirkt. Schon der 12. Senat 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 Vertrau-

ensschutz 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 19.6.2018 eine neue, deutlich strengere und völlig unerwartete "halbstündige Transportentfernung" definiert worden ist, und zwar mit Rückwirkung auf das Jahr 2014. 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 8**) 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 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 mindestens 44 Krankenhäuser mit ausgewiesener Stroke Unit (ohne Neurochirurgie) und weitere 17 Krankenhäuser mit ausgewiesener Neurochirurgie von der geänderten Rechtsprechung des BSG zu den OPS 8-98b und 8-981 betroffen. Bei der Durchführung von Erstattungsstreitigkeiten würde in NRW ein potentielles Rückforderungsvolumen von ca. 350 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 4.10.2018 - mehrere Vorschläge unterbreitet, wie auf die zunehmende "Interpretationswut" des 1. Senats des BSG und damit verbundene Erstattungsbegehren der Krankenkassen reagiert werden sollte. Erwähnenswert sind<sup>2)</sup>:

**a)** Die Fallpauschalenvereinbarung (FPV) ist bislang eine sowohl von den Krankenhäusern als auch von den Krankenkassen akzeptierte Grundlage für

---

<sup>2)</sup> [https://www.bundestag.de/blob/572030/7a27ad403791886956e636b2d94bb229/19\\_14\\_0036-12-\\_dkg\\_ppsg-data.pdf](https://www.bundestag.de/blob/572030/7a27ad403791886956e636b2d94bb229/19_14_0036-12-_dkg_ppsg-data.pdf) - recherchiert am 6.10.2018

die Abrechnung von Krankenhausleistungen gewesen, insbesondere durch 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, 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 rele-

vanten 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 halbstündigen 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 Lungenvolumenreduktions-  
spulen - endobrachiale Nitinolspiralen (Coils)
- Urteil vom 19.12.2017 - B 1 KR 19/17 R -  
Dokumentationserfordernisse bei der Abrechnung des OPS-Kodes  
8-550 (geriatrische frührehabilitative Komplexbehandlung)
- Urteil vom 28.3.2017 - B 1 KR 29/16 R -  
Auslegung einer den Vorgaben der FPV entsprechenden Krankenhaus-  
abrechnung 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 -  
Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit einer Krankenhausabrechnung

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 des 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 rechts-sichere 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 PrüfV 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 ge-

setzlich 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 MDK<sup>3)</sup>, 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, ... 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 deutlich 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 die BAHN-BKK." Zudem wird der MDK ausschließlich von den Kranken- und

---

<sup>3)</sup> <https://www.mdk.de/mdk/mdk-gemeinschaft-gesundheitssystem> - recherchiert am 6.10.2018

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 Interpretation der halbstündigen Transportentfernung im OPS 8-98b als "Zeit zwischen der Ingangsetzung der Rettungskette und der Übergabe des Patienten an die behandelnde Einheit im Kooperationspartner-Krankenhaus" durch das BSG rückwirkend bis zum Jahr 2014 ist nur schwer nachzuvollziehen, gefährdet die effektive Versorgung von Schlaganfall-Patienten und bedeutet einen erheblichen Eingriff in die Abrechnungspraxis von Krankenkassen und Krankenhäusern. Dies wird Auswirkungen auf die Kodierbarkeit der beiden neurologischen OPS (8-98b und 8-981) 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 der OPS-Kodes aufgerufen; das DIMDI selbst hat schon in den Erläuterungen zum OPS 8-98b für eine grundlegende Klarstellung gesorgt.
3. Die BSG-Rechtsprechung ist auch auf den OPS-Kode 8-981 übertragbar.

4. Rückwärtige Nachweisverlangen der Krankenkassen gegenüber den Krankenhäusern bis zur Verjährungsgrenze (derzeit: bis 2014) sind nicht zielführend, weil letztere für den vom BSG neu definierten Beginn und das Ende der Rettungskette nicht dokumentationspflichtig sind.
5. Rückwärtige Erstattungsverlangen sind unzulässig, weil
  - 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 und/oder Verwaltungspraxis getroffen haben und entsprechend schutzbedürftig sind.
6. Sollten die Krankenkassen konkrete rückwärtige Fallprüfungen unter Einschaltung des MDK durchzuführen versuchen, obwohl es sich nicht um medizinische Sachverhaltsermittlungen handelt und diese auch nicht zielführend sind (s.o. Punkt 4), wären diese heute für alle Altfälle gemäß § 275 Abs. 1c Satz 2 und 4 SGB V verfristet (nach BSG-Rspr. jedenfalls für die Jahre 2016 und 2017).

Essen, den 19.10.2018



- Rechtsanwalt -