

**Herausgeber: Möller und Partner - Kanzlei für Medizinrecht**Erscheinungsdatum:  
25.08.2022Erscheinungsweise:  
monatlich**7/2022****Inhaltsübersicht:****Anm. 1****Haftung wegen Verlängerung des Lebens(leids)**

Anmerkung zu BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 07.04.2022, 1 BvR 1187/19  
von Michael Graf, RA, FA für Versicherungsrecht und FA für Medizinrecht, Graf Johannes  
Patientenanwälte

**Anm. 2****Behandlungsvertrag bei minderjährigen Patienten - Vereinbarung eines Ausfallhonorars**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.05.2022, III ZR 78/21  
von Dr. Kyrill Makoski, RA und FA für Medizinrecht, Möller und Partner - Kanzlei für  
Medizinrecht, Düsseldorf

**Anm. 3****Beurlaubung keine Alternative bei getrennten Behandlungen ab 2019**

Anmerkung zu LSG Mainz, Urteil vom 07.04.2022, L 5 KR 212/21  
von Dr. Kyrill Makoski, RA und FA für Medizinrecht, Möller und Partner - Kanzlei für  
Medizinrecht, Düsseldorf

**Zitiervorschlag:** Graf, jurisPR-MedizinR 7/2022 Anm. 1  
**ISSN 1869-2982**

## 1

## Haftung wegen Verlängerung des Lebens(leids)

### Orientierungssätze:

**1. Das menschliche Leben ist nach Maßgabe des Grundgesetzes höchstrangiges Rechtsgut und dem Grunde nach absolut erhaltenswürdig. Der Schutzauftrag des Staates zugunsten des Lebens endet aber dort, wo das Selbstbestimmungsrecht beginnt (BVerfG, 26.02.2020, 2 BvR 2347/15 - BVerfGE 153, 182, 261 f. Rn. 209 f. „Suizidhilfe“). Die Schutzpflicht für das Leben erhält gegenüber dem Freiheitsrecht wiederum den Vorrang, wo Menschen Einflüssen ausgeliefert sind, die ihre Selbstbestimmung über das eigene Leben gefährden (BVerfG, 26.02.2020, 2 BvR 2347/15 - BVerfGE 153, 286 Rn. 275).**

**2. Das Urteil des BGH zur Frage „Lebensverlängerung als Schaden“ (vgl. BGH, 02.04.2019 - VI ZR 13/18 - BGHZ 221, 352), in dem er einen immateriellen Schaden wegen eines unterlassenen Behandlungsabbruchs bei krankheitsbedingtem Leiden verneinte, stößt nicht auf durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken.**

**2a. Zwar setzt der BGH das Leben in der angegriffenen Entscheidung in einer Weise absolut, die Zweifel daran wecken könnte, ob das Selbstbestimmungsrecht hinreichend Beachtung findet. Doch beruht die Entscheidung darauf nicht. Der tatsächliche oder mutmaßliche Wille als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts des Verstorbenen war hier nicht feststellbar. Der BGH konnte das Vorliegen der haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmale des vertraglichen wie des deliktischen Schadensersatzanspruchs daher als Revisionsgericht dahinstehen lassen und allein einen kausalen Schaden verneinen.**

**2b. Der BGH hat dabei ausdrücklich offengelassen, ob ein Schadensersatzanspruch auf die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Selbstbestimmungsrecht des Patienten gestützt werden könnte, wenn die lebenserhaltende Maßnahme gegen den Patientenwillen aufrechterhalten würde. Es ist damit nicht von vornherein ausgeschlossen,**

**dass eine lebenserhaltende Maßnahme, die gegen den Willen des Betroffenen durchgeführt wird, haftungsrechtliche Folgen haben kann.**

Anmerkung zu BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 07.04.2022, 1 BvR 1187/19

von **Michael Graf**, RA, FA für Versicherungsrecht und FA für Medizinrecht, Graf Johannes Patientenanwälte

### A. Problemstellung

Die Entscheidung des BVerfG befasst sich zum einen mit verfassungsrechtlichen Problemen (Beschwerdebefugnis des Erben des verstorbenen Patienten: Die Verfassungsbeschwerde müsse der Durchsetzung eigener Rechte dienen; die Geltendmachung höchstpersönlicher Rechte sei auch im Fall des Todes nicht durch Dritte möglich), zum anderen mit medizinrechtlichen Problemen (insbesondere Arzthaftungsfragen zu den §§ 280, 823 BGB: Aufklärungs-/Behandlungsfehler wegen lebenserhaltender Maßnahme gegen den Patientenwillen); des Weiteren schlägt dies auch auf andere Rechtsgebiete durch, beispielsweise auf das Rechtsschutzversicherungsrecht (insbesondere bei der Frage der hinreichenden Erfolgsaussichten einer Rechtsdurchsetzung der Erben zu den §§ 125, 128 VVG).

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Ausgangspunkt der Verfassungsbeschwerde ist ein arzthaftungsrechtlicher Streit um die Behandlung eines dementen Schmerzpatienten, dessen Sohn die Behandlung des Vaters zu beenden versuchte, was ihm nicht gelang. Der Beschwerdeführer ist der in den USA lebende Sohn des im November 2011 verstorbenen Patienten und dessen Alleinerbe. Sein Vater stand von 1997 bis zu seinem Tod unter Betreuung; seit 2006 lebte der Vater in einem Pflegeheim. Der Vater wurde seit September 2006 bis zu seinem Tod mittels einer PEG-Magensonde künstlich ernährt. Sein Hausarzt betreute ihn seit dem Frühjahr 2007. Bereits im Jahr 2003 war beim Vater eine Demenz weit fortgeschritten und wegen einer mutistischen Störung war eine Kommunikation mit dem Patienten nahezu unmöglich.

Seit November 2008 bis zu seinem Tod erhielt der Vater durchgängig Schmerzmittel. Im streitgegenständlichen Zeitraum im Jahr 2011 hatte der Vater regelmäßig Fieber, Atembeschwerden und wiederkehrende Druckgeschwüre; viermal erlitt er eine Lungenentzündung. Ende Mai bis Mitte Juni 2011 wurde der Vater wegen einer Gallenblasenentzündung stationär behandelt, aber aufgrund des schlechten Allgemeinzustandes keine operative Therapie durchgeführt. Am 08.10.2011 wurde der Vater wegen einer Aspirationspneumonie erneut stationär aufgenommen, auf eine intensivmedizinische Behandlung aber verzichtet. Am 19.10.2011 verstarb der Vater im Krankenhaus.

Der verstorbene Vater hatte weder eine Patientenverfügung errichtet noch ließ sich sein Wille zum Einsatz lebenserhaltender Maßnahmen anderweitig feststellen.

Der Sohn machte als Alleinerbe seines verstorbenen Vaters gegen den beklagten Hausarzt Ansprüche auf materiellen und immateriellen Schadensersatz im Zusammenhang mit der künstlichen Ernährung des Patienten in den Jahren 2010 und 2011 geltend. Er ist der Auffassung, der Beklagte hafte für die durch die künstliche Ernährung bedingte sinnlose Verlängerung des krankheitsbedingten Leidens des Patienten. Der Sohn behauptet unter anderem, die Sondenernährung sei spätestens ab Anfang 2010 weder medizinisch indiziert noch durch einen feststellbaren Patientenwillen gerechtfertigt gewesen; vielmehr habe sie ausschließlich zu einer sinnlosen Verlängerung des krankheitsbedingten Leidens des Patienten ohne Aussicht auf Besserung des gesundheitlichen Zustands geführt. Hierdurch seien der Körper und das Persönlichkeitsrecht des Patienten verletzt worden. Deshalb stehe dem Sohn aus ererbtem Recht ein Anspruch auf Schmerzensgeld zu. Zudem habe er einen Anspruch auf Ersatz der im streitgegenständlichen Zeitraum entstandenen Behandlungs- und Pflegeaufwendungen i.H.v. 52.952,00 Euro, die ohne die Behandlung nicht entstanden wären. Das LG München I hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Sohnes hat das OLG München (Urt. v. 21.12.2017 - 1 U 454/17 - MedR 2018, 317) ein Schmerzensgeld i.H.v. 40.000 Euro zugesprochen und die Abweisung der weiter gehenden Klage bestätigt.

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das OLG München ausgeführt, der Beklagte Haus-

arzt sei im Rahmen seiner Aufklärungspflicht gehalten gewesen, mit dem Betreuer die Frage der Fortsetzung oder Beendigung der Sondenernährung eingehend zu erörtern, was er unterlassen habe. Die aus dieser Pflichtverletzung möglicherweise resultierende Lebens- und gleichzeitig Leidensverlängerung des Patienten stelle einen ersatzfähigen Schaden dar. Es stelle sich die Frage, ob das (Weiter-)Leben, wenn auch unter schweren gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Leiden, gegenüber dem Tod bzw. der Nichtexistenz einen Schaden im Rechtssinn darstellen könne. Dies sei im vorliegenden Fall zu bejahen. Wenn nach Beweislastregeln im Rahmen der Kausalität zu unterstellen sei, dass der Betreuer den Patienten hätte sterben lassen, weil der Tod für ihn eine Erlösung gewesen wäre, müsse dies auch schadensrechtlich so gesehen werden. Es würde zudem einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn man einerseits die Beibehaltung einer Magensonde als fortdauernden einwilligungsbedürftigen Eingriff in die körperliche Integrität ansehe und andererseits diesem Sachverhalt eine schadensbegründende Qualität von vornherein abspräche. Bereits die Verletzung des Integritätsinteresses des Patienten, dem ohne wirksame Einwilligung über einen längeren Zeitraum mittels einer Magensonde Nahrung verabreicht worden sei, rechtfertige für sich betrachtet ein Schmerzensgeld. Erschwerend komme hinzu, dass der Patient über einen Zeitraum von 21 Monaten bis zum Eintritt seines Todes massive gesundheitliche Beeinträchtigungen habe durchleiden müssen. Der Beklagte sei zwar nicht für den schlechten Gesundheitszustand des Patienten verantwortlich, wohl aber dafür, dass der Patient in diesem Zustand weitergelebt habe und habe leben müssen.

Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Beklagten hatte Erfolg; die (Anschluss-)Revision des Klägers hatte keinen Erfolg, der BGH kam zu folgenden zwei Kernergebnissen (BGH, Urt. v. 02.04.2019 - VI ZR 13/18 - NJW 2019, 1741):

1. Das menschliche Leben ist ein höchststrangiges Rechtsgut und absolut erhaltungswürdig. Das Urteil über seinen Wert steht keinem Dritten zu. Deshalb verbietet es sich, das Leben – auch ein leidensbehaftetes Weiterleben – als Schaden anzusehen. Aus dem durch lebenserhaltende Maßnahmen ermöglichten Weiterleben eines Patienten lässt sich daher ein An-

spruch auf Zahlung von Schmerzensgeld nicht herleiten.

2. Schutzzweck etwaiger Aufklärungs- und Behandlungspflichten im Zusammenhang mit lebenserhaltenden Maßnahmen ist es nicht, wirtschaftliche Belastungen, die mit dem Weiterleben und den dem Leben anhaftenden krankheitsbedingten Leiden verbunden sind, zu verhindern. Insbesondere dienen diese Pflichten nicht dazu, den Erben das Vermögen des Patienten möglichst ungeschmälert zu erhalten.

Auf die Revision des beklagten Arztes hob der BGH das Urteil des Oberlandesgerichts also auf und wies die Berufung des Beschwerdeführers gegen das landgerichtliche Urteil sowie dessen Anschlussrevision zurück.

Der Sohn rügt mit der Verfassungsbeschwerde die Verletzung von Rechten seines Vaters und eigener Rechte.

### C. Kontext der Entscheidung

Im medizinrechtlichen (I.) und versicherungsrechtlichen (II.) Kontext ist das Urteil praxisrelevant.

#### I. Bedeutung im Medizinrecht: Mögliche Arzthaftung wegen lebenserhaltender Maßnahme gegen den Patientenwillen

Für die ärztliche Behandlung eines Menschen am Ende seines Lebens gilt dasselbe wie für jede andere Behandlung. Rechte und Pflichten des Arztes zur Behandlung ergeben sich primär aus dem Behandlungsvertrag mit dem Patienten (§ 630a BGB). Der Behandlungsvertrag bildet die notwendige Grundlage für eine ärztliche Behandlung und legt insbesondere das Behandlungsziel fest. Dies reicht aber als Legitimation für die Vielzahl der im Rahmen der Behandlung notwendigen ärztlichen Maßnahmen nicht aus. Die einzelnen ärztlichen Maßnahmen müssen jeweils zur Erreichung des Behandlungsziels medizinisch indiziert sein (vgl. § 1901b Abs. 1 Satz 1 BGB), von der Einwilligung des aufgeklärten Patienten getragen (§ 630d Abs. 1 Satz 1 BGB) und lege artis durchgeführt werden (§ 630a Abs. 2 BGB, vgl. Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl., VI. Rechtsfragen der

Transplantation, Transfusion, Sektion und der Intensivmedizin Rn. 93).

#### 1. Behandlungsfehler: Behandlungsabbruch oder Weiterbehandlung?

Fehler bei Beendigung der Behandlung (Behandlungsabbruch) werden im Schrifttum bislang nicht erkennbar als solche erörtert, sind aber gleichwohl vorstellbar.

Ein Arzt, der die Behandlung des Patienten gegen dessen Willen beendet (§§ 630b, 627 Abs. 1 BGB), weil er keine vertretbare therapeutische Möglichkeit mehr sieht, handelt nicht rechtswidrig (§ 627 Abs. 1 BGB). Er darf lediglich die Behandlung nicht zur Unzeit beenden (OLG Naumburg, Urt. v. 18.12.2017 - 1 U 87/17 - MedR 2019, 893). Bei Lebensgefahr für den Patienten ist ein Abbruch der Behandlung nur mit Einwilligung des umfassend aufgeklärten Patienten keine vertrags- und rechtswidrige Schädigung. Ist der Patient nicht (mehr) einwilligungsfähig, ist der bestellte Betreuer für die Einwilligung zuständig (BGH, Beschl. v. 17.09.2014 - XII ZB 202/13 - BGHZ 202, 226 = NJW 2014, 3572 und BGH, Urt. v. 25.06.2010 - 2 StR 454/09 - NJW 2010, 2963; BGH, Beschl. v. 10.11.2010 - 2 StR 320/10 - NJW 2011, 161).

Umgekehrt hat der BGH nunmehr in der oben zitierten Entscheidung (BGH, Urt. v. 02.04.2019 - VI ZR 13/18 - NJW 2019, 1741) ausgeführt, dass ein mit Leiden behaftetes Weiterleben des Patienten, das nicht erkennbar dem Willen des Patienten – etwa in einer Patientenverfügung – widerspricht, allein nicht als „Schaden“ anzusehen ist (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und ohne weitere Umstände kein Schmerzensgeld zu begründen vermag. Auch hier wird nicht das Integritätsinteresse des Patienten berührt, sondern im Gegenteil ein möglicher Wunsch nach einer anderen Integrität ohne Leiden, den der Patient zuvor nicht ausreichend geäußert hat, nicht berücksichtigt. Die Verhaltenspflichten des Arztes sind damit allerdings rechtlich nicht umgrenzt und es ist nach wie vor unklar, was bei einem nicht feststellbaren Willen des Patienten zum Leben oder zum Tode zu geschehen hat (Behandlungsabbruch oder Weiterbehandlung auf Kosten der GKV/PKV bzw. der Erben bis zum Tod?, vgl. Geiß/Greiner, ArzthaftpflichtR, 8. Aufl. 2022, B. Haftung aus Behandlungsfehler Rn. 187a m.w.N.).

## 2. Patienteneinwilligung, Aufklärung und Abwehranspruch gegen lebensverlängernde Maßnahmen?

Der Patient kann die Behandlungsmaßnahme jederzeit ablehnen, also seine Einwilligung auch noch nach Beginn der Behandlung für die Zukunft widerrufen (§ 630d Abs. 3 BGB). Ein Verzicht auf den Widerruf (z.B. in einem Heimvertrag) ist wegen des Persönlichkeitsbezugs der Einwilligung ausgeschlossen. Lehnt der Patient die Behandlung ab, müssen Arzt, Pflegepersonal und Klinik bzw. Pflegeheim diesem Wunsch Folge leisten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich die Entscheidung des Patienten in den Augen des Arztes (oder eines anderen) als vernünftig oder unvernünftig darstellt. Die Patientenautonomie ist damit nichts anderes als das Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seine Person und über seine körperliche Integrität im Rahmen der ärztlichen Behandlung (vgl. Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 8. Aufl., VI. Rechtsfragen der Transplantation, Transfusion, Sektion und der Intensivmedizin Rn. 96).

Wenn eine neue Situation eine Änderung der Behandlung erfordert, dann sind eine neue Einwilligung und ggf. eine neue Aufklärung erforderlich, auf eine mutmaßliche Einwilligung kann ausschließlich dann abgestellt werden, wenn in Zwangslagen der Patient und sein gesetzlicher Vertreter für die Aufklärung und Zustimmung aus objektiven Gegebenheiten nicht erreichbar sind (bewusstloser Patient/Notfall-Patient, nicht vorhersehbare intraoperative Notwendigkeit der Änderung oder Erweiterung des Eingriffs, evtl. auch bei Zeugen Jehovas, vgl. Geiß/Greiner, *ArzthaftpflichtR, C. Haftung aus Aufklärungsfehler Rn. 102 m.w.N.*).

Greiner entnimmt der Entscheidung des BGH (BGH, Urt. v. 02.04.2019 - VI ZR 13/18 - NJW 2019, 1741 und BGH, Beschl. v. 17.09.2014 - XII ZB 202/13 - NJW 2014, 3572) für das Medizinschadensrecht, dass wenn der bekannte oder mutmaßliche Wille dahingeht, lebenserhaltende Maßnahmen zu unterlassen und so das Sterben zu ermöglichen, daraus sogar ein Abwehranspruch gegen lebensverlängernde Maßnahmen folge. Dann trete die Schutzpflicht des Staates für das Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hinter das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zurück, selbst wenn ohne den Behandlungsabbruch noch eine Heilungs- oder Lebensper-

spektive bestanden hätte (Geiß/Greiner, *ArzthaftpflichtR, C. Haftung aus Aufklärungsfehler Rn. 102a*).

Ulsenheimer (in: Ulsenheimer/Gaede, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Aufl., Rn. 708) postuliert hierauf für das Medizinstrafrecht, dann, wenn nicht nachgewiesen werden könne, dass die Einwilligung - nach korrekter Aufklärung - unterblieben wäre, nach den Beweisgrundsätzen des Strafrechts im Zweifel zugunsten des Arztes davon auszugehen ist, dass eine Einwilligung erteilt worden wäre und eine strafrechtliche Verurteilung nicht erfolgen könne. Anders - so Ulsenheimer - aber im Zivilrecht, in dem sich das Risiko, dass die Frage der (auch hypothetischen) Einwilligung nicht geklärt werden kann, zulasten des Beklagten auswirke.

## 3. BVerfG bejaht die Möglichkeit des Medizinschadens

Auch der hier besprochenen Entscheidung des BVerfG kann nun entnommen werden, dass das ärztliche Unterlassen einer Beendigung der Behandlung durchaus zu Schadensersatzansprüchen auf Patientenseite führen könne:

Der Schutzauftrag des Staates zugunsten des Lebens ende dort, wo das Selbstbestimmungsrecht beginnt. Denn die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, sei von existentieller Bedeutung für die Persönlichkeit, Ausfluss des eigenen Selbstverständnisses und grundlegender Ausdruck der zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Person. Die Schutzpflicht für das Leben erhält gegenüber dem Freiheitsrecht wiederum den Vorrang, wo Menschen Einflüssen ausgeliefert sind, die ihre Selbstbestimmung über das eigene Leben gefährden.

Durchaus möglich (aber nicht zwingend) sei es, dass ein Schadensersatzanspruch auf die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Selbstbestimmungsrecht des Patienten gestützt werden könnte, wenn die lebenserhaltende Maßnahme gegen den Patientenwillen aufrechterhalten würde. Will der Patient tatsächlich selbstbestimmt sterben, tritt die Schutzpflicht des Staates für das Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hinter dem Selbstbestimmungsrecht zurück. Damit sei aber nicht gesagt, dass das Leben in jedem Fall absolut erhaltungswürdig sei. Es sei daher auch nicht von vornherein aus-

geschlossen, dass eine lebenserhaltende Maßnahme, die gegen den Willen des Betroffenen durchgeführt wird, stets haftungsrechtliche Folgen haben kann. Zudem folge aus der Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Tod nicht zwingend, immer und in jeder Hinsicht einen Schaden anzuerkennen, der zivilrechtlich geltend gemacht werden könnte. Selbst der BGH habe es insbesondere nicht ausgeschlossen, die wirtschaftlichen Belastungen, die mit dem Leben verbunden sind, unter bestimmten Umständen als materiellen Schaden zu begreifen.

So können Kosten für Pflege, Behandlung und Unterhalt ersatzpflichtig sein, wenn sie ohne eine lebensverlängernde Behandlung, Information oder Aufklärung, die sich als fehlerhaft erweisen, nicht entstanden wären.

## **II. Bedeutung im Versicherungsrecht: Hinreichende Erfolgsaussichten einer Rechtsdurchsetzung der Erben (§§ 125, 128 VVG)**

In Fällen des ärztlichen Unterlassens eines Behandlungsabbruchs tauchen in der Praxis durchaus auch rechtsschutzversicherungsrechtliche Probleme für die Patientenseite auf.

Der Rechtsschutzversicherer erbringt nach § 125 VVG und § 1 ARB 2010 die für die Interessenwahrnehmung „erforderlichen Leistungen“, hierzu gehört vor allem die sog. Deckungszusage. In solchen rechtlich problematischen Rechtskomplexen (z.B. Arzthaftung wegen lebenserhaltender Maßnahme gegen den Patientenwillen) kann der Versicherer nach § 128 Satz 1 VVG seine Leistungspflicht verneinen, wenn im dargelegten Einzelfall (Rechtsschutzfall) die Interessenwahrnehmung keine sog. „hinreichende Erfolgsaussicht“ bietet (vgl. § 3a Abs. 1 ARB 2010, im Folgenden werden die „Harbauer-ARB“ zitiert) auf.

Nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des BGH bemisst sich die hinreichende Aussicht auf Erfolg nach § 128 VVG nach den zu § 114 ZPO entwickelten Grundsätzen (Piontek in: Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, § 1 ARB 2010 Rn. 8). In rechtlicher Hinsicht bedeutet die Auslegung des § 1 ARB 2010 im selben Sinne wie § 114 ZPO, dass der Standpunkt des Versicherungsnehmers nach den von ihm aufgestellten Behauptungen und den ihm bekannten Einwendungen des Gegners zumindest vertretbar und

sein Tatsachenvortrag – soweit erforderlich – lediglich beweisbar sein muss. Darüber hinaus ist erforderlich, dass bloß eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs besteht.

Begehrt der Versicherungsnehmer also Rechtsschutz für einen Arzthaftpflichtfall, so richtet sich der Umfang seiner Informationspflicht, die er dem Rechtsschutzversicherer gegenüber zu erfüllen hat, danach, welche Anforderungen an seine Darlegungs- und Substantiierungslast in dem geplanten Haftpflichtprozess zu stellen sind. An diese sind laut BGH aber nur maßvolle Anforderungen zu richten, weil von Patienten regelmäßig keine genaue Kenntnis bzgl. medizinischer Vorgänge gefordert und erwartet werden darf. Informationen und Nachweise, die über diese maßvollen Anforderungen hinausgehen, kann der Rechtsschutzversicherer deshalb auch nicht zur Prüfung der hinreichenden Erfolgsaussicht verlangen (Harbauer/Cornelius-Winkler, 9. Aufl. 2018, ARB 2010, § 17 Rn. 38).

Es muss zudem als möglich erscheinen, dass der Versicherungsnehmer den Beweis der von ihm zu beweisenden Tatsachen mit Hilfe zulässiger und geeigneter Beweismittel zu führen vermag. Eine Beurteilung der Beweis Chancen durch antizipierte Beweiswürdigung darf jedoch bei der Prüfung der Erfolgsaussichten grundsätzlich nicht stattfinden (Piontek in: Prölss/Martin, VVG, § 1 ARB 2010 Rn. 9 f.).

Der hier besprochenen Entscheidung des BVerfG ist nun zu entnehmen, dass den Erben des Patienten, die sich auf eine rechtswidrige Weiterbehandlung und der Fortführung lebenserhaltender Maßnahme berufen, durchaus (je nach Einzelfall) Schadensersatzansprüche gegen den/die Behandler zustehen können.

Hieraus folgt, dass künftig die hinreichenden Erfolgsaussichten einer Rechtsdurchsetzung der Erben des verstorbenen Patienten vom Versicherer künftig wohl nicht mehr (ohne weiteres) verneint werden können.

In tatsächlicher Hinsicht besteht hier nämlich durchaus die Möglichkeit einer Beweisführung (BGH, Urt. v. 20.04.1994 - IV ZR 209/92 - VersR 1994, 1061; OLG Köln, Beschl. v. 13.08.1986 - 2 U 57/86 - MDR 1987, 62). Bietet der Versicherungsnehmer in seinem Deckungsgesuch zulässige Beweismittel zur Klärung der Frage nach der Patienteneinwilligung (bzw. dem entgegen-

stehenden Patientenwillen?!) oder der Frage des medizinischen Standards im konkreten Einzelfall (lebenserhaltende Maßnahmen noch indiziert?!) an, wird die Möglichkeit einer Beweisführung in der Regel nicht zu bestreiten sein.

Die Haftungsvoraussetzungen können dann (spätestens in einem Gerichtsverfahren) voll bewiesen werden durch gerichtliche Sachverständigengutachten, Einholung der Behandlungunterlagen (§ 142 ZPO), sachverständiges Zeugnis der behandelnden Ärzte und/oder durch Zeugnis der Angehörigen.

Der Versicherungsnehmer ist zudem lediglich für die Voraussetzung des Versicherungsschutzes darlegungs- und beweisbelastet. Dies betrifft insbesondere (nur) das versicherte Wagnis und den Eintritt des Versicherungsfalles im versicherten Zeitraum. Auf die Erfolgsaussichten der von dem Versicherungsnehmer beabsichtigten Rechtsdurchsetzung kommt es aber für den Versicherungsschutz nicht an. Ebenso wenig kommt es auf die Schlüssigkeit, Entscheidungserheblichkeit oder gar Beweisbarkeit an. Dies alles ist eine Frage des Ausschlussstatbestandes nach Ziff. 3.4 ARB 2012 (Clausen in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 4. Aufl., Teil E. Vermögensschadensversicherungen § 27 Rechtsschutzversicherung Rn. 207).

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Liegt eine dauernde Einwilligungsunfähigkeit vor, die z.B. auf einer Geistesschwäche, auf seniler Demenz oder einer Arteriosklerose beruhen könnten, hat der Arzt Veranlassung, sich zunächst auf die Durchführung der dringend gebotenen (und dem mutmaßlichen Willen des Patienten entsprechende) Maßnahmen zu beschränken. Darüber hinaus sollte er sich darum bemühen, in Erfahrung zu bringen, ob ein Betreuer bestellt ist, ob der Patient eine Vorsorgevollmacht erteilt hat bzw. eine wirksame Patientenverfügung i.S.d. § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt (Terbille/Feifel in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl., § 1 Zivilrechtliche Arzthaftung Rn. 433).

Liegt – wie im Besprechungsfall – keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer gemäß § 1901a Abs. 2 Satz 1 BGB

die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt. Der mutmaßliche Wille ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten.

Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme bedarf nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB, wenn der Betroffene einen entsprechenden eigenen Willen bereits in einer wirksamen Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB) niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. In diesem Fall ist eine Einwilligung des Betreuers, die dem betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernis unterfällt, in die Maßnahme nicht erforderlich, da der Betroffene diese Entscheidung selbst in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen hat.

Ist überhaupt nichts über die Präferenzen des Patienten bekannt, dürfen Vertreter und Arzt davon ausgehen, dass der Patient den ärztlich indizierten Maßnahmen zustimmen würde (Terbille/Feifel in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 1 Zivilrechtliche Arzthaftung Rn. 440, unter Hinweis auf BGH, Beschl. v. 17.03.2003 - XII ZB 2/03 - NJW 2003, 1588).

Welche Konsequenzen die Entscheidungen des BVerfG (1 BvR 1187/19) und des BGH (Urt. v. 02.04.2019 - VI ZR 13/18 - NJW 2019, 1741) für das Medizinschadensrecht haben wird, bleibt abzuwarten.

Jedenfalls dürften solche (und ähnliche) Fälle hinreichende Erfolgsaussichten haben, so dass die Erben bei vermuteten Behandlungs-/Aufklärungsfehlern (ggf. nach Einholung des Kostenschutzes eines Rechtsschutzversicherers) den Rechtsweg bemühen können und dürfen, letztlich wird es dann auf den jeweiligen Einzelfall ankommen (wie so oft in der juristischen Praxis).

Der Verfasser schließt mit den Worten von Lipp, der eindrücklich postuliert:

„Die rechtliche Grundstruktur der ärztlichen Behandlung missachtet, wer fragt, ob der Verzicht auf eine Behandlung oder der Abbruch einer einmal begonnenen Behandlung zulässig sei oder zwischen Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht abwägen möchte. Damit verkehrt man die Legitimationslast für eine ärztliche Behandlung in ihr Gegenteil. Denn nicht der Verzicht, sondern die Aufnahme der Behandlung, nicht ihr Abbruch, sondern ihre weitere Durchführung bedarf der Legitimation durch die ärztliche Indikation und die Einwilligung des Patienten. Behandelt der Arzt den Patienten, obwohl diese Voraussetzungen fehlen, begeht er eine Körperverletzung. Auch eine lebensverlängernde Maßnahme ist demnach nur zulässig, wenn und solange sie ärztlich indiziert ist und ihr der gehörig aufgeklärte Patient zustimmt. Mit diesen Grundnormen für die ärztliche Behandlung von schwerkranken und sterbenden Patienten wahrt das Medizinrecht die grund- und menschenrechtlichen Vorgaben, namentlich zum einen die staatliche Pflicht zum Schutz des Lebens und der Gesundheit des Patienten (Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 2 EMRK) und zum anderen die Pflicht zur Achtung seiner Autonomie (Art. 2 Abs. 2 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 EMRK) und seiner Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)“, vgl. Lipp in: Laufs/Katzenmeier, Arztrecht, 8. Aufl., VI. Rechtsfragen der Transplantation, Transfusion, Sektion und der Intensivmedizin Rn. 97.

## 2

### **Behandlungsvertrag bei minderjährigen Patienten - Vereinbarung eines Ausfallhonorars**

#### **Leitsätze:**

**1. Wird ein minderjähriges Kind von seinen Eltern in einer Arztpraxis - oder wie hier in einer Praxis für Ergotherapie - zur medizinischen Behandlung vorgestellt, kommt der Behandlungsvertrag in der Regel zwischen den Eltern und dem Behandelnden als Vertrag zugunsten des Kindes zustande (§§ 630a, 328 BGB). Dies gilt - jedenfalls bei kleinen Kindern - auch dann, wenn diese in der gesetzlichen Krankenversicherung mitversichert sind.**

**2. Die Vorschrift des § 615 BGB ist gemäß § 630b BGB auf Behandlungsverträge i.S.d. § 630a BGB anwendbar. Ein etwaiger Vergütungsanspruch gemäß § 615 Satz 1 BGB richtet sich auch gegen gesetzlich krankenversicherte Patienten.**

**3. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Vereinbarung eines Behandlungstermins eine kalendermäßige Bestimmung i.S.d. § 296 Satz 1 BGB darstellt, verbietet sich eine schematische Betrachtungsweise. Vielmehr sind sämtliche Umstände des jeweiligen Falles, insbesondere die Interessenlage der Parteien und die Organisation der Terminvergabe durch den Behandelnden sowie deren Erkennbarkeit für die Patienten, zu berücksichtigen.**

**4. Zur rechtlichen Unmöglichkeit der Leistungsbewirkung bei Nichtbeachtung von Bestimmungen einer Coronaschutzverordnung (hier: Land Nordrhein-Westfalen).**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.05.2022, III ZR 78/21

von **Dr. Kyrill Makoski**, RA und FA für Medizinrecht, Möller und Partner - Kanzlei für Medizinrecht, Düsseldorf

#### **A. Problemstellung**

Bei minderjährigen Patienten war bisher fraglich, ob ein eigener Behandlungsvertrag zwischen dem Kind, vertreten durch seine Eltern, abgeschlossen wird oder ob die Eltern den Vertrag zugunsten des Kindes schließen. Außerdem war bisher auch nicht hinreichend geklärt, unter welchen Umständen ein Ausfallhonorar vereinbart werden kann.

#### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die beklagte Mutter hatte für ihre 7 und 5 Jahre alten Kinder Behandlungsverträge in der ergotherapeutischen Praxis der Klägerin abgeschlossen. In den Anmeldeformularen wurde für den Fall, dass Termine nicht spätestens 24h vorher abgesagt werden, eine Ausfallpauschale von 25 Euro festgelegt.



Die Beklagte hatte für beide Kinder Termine für den Nachmittag des 23.03.2020 vereinbart. Am Morgen des Tages wurde ein anderes Kind krank. Daher rief die Beklagte in der Praxis an und erklärte, dass sie die Termine nicht wahrnehmen könne. Der von der Beklagten kontaktierte Hausarzt vermutete wegen der Symptome des Kindes eine Corona-Infektion und riet dazu, zuhause zu bleiben.

Am 22.03.2020 hatte das zuständige Bundesland eine Corona-Schutz-Verordnung erlassen. Diese sah u.a. vor, dass Dienstleistungen, bei denen der Mindestabstand von 1,5m nicht gewahrt werden könne, untersagt seien. Therapeutische Behandlungen seien zulässig, wenn die medizinische Notwendigkeit durch ärztliches Attest nachgewiesen sei und strenge Schutzmaßnahmen vor Infektionen getroffen werden.

Die Klägerin machte die Ausfallpauschalen i.H.v. 50 Euro gegenüber der Beklagten geltend. Die Vorinstanzen gaben der Klage statt.

Der BGH hat die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Beklagte habe die Behandlungsverträge nicht als gesetzliche Vertreterin ihrer Kinder (gemäß § 1629 Abs. 1 BGB) geschlossen. Vielmehr habe sie einen eigenen Vertrag zugunsten ihrer beiden Kinder geschlossen. Dies entspreche der ständigen Rechtsprechung. Mit dem Behandlungsvertrag kommen die Eltern ihrer Personensorgepflicht aus § 1626 BGB nach, dem Kind die notwendige Behandlung zu verschaffen. Dies gilt auch bei gesetzlich krankenversicherten Kindern. Diese haben zwar als familienversicherte Personen (§ 10 SGB V) eigene Leistungsansprüche. Der Behandlungsanspruch sei privatrechtlicher Natur, so dass er auch im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter zugewandt werden könne. Ob dies der Fall sei, hänge von den Umständen ab. Hier spreche schon das junge Alter der Kinder dafür, dass der Vertrag mit der Erziehungsberechtigten zustande gekommen sei. Das Formular spreche nicht dagegen. Die Beklagte hatte ihre Daten zwar als „gesetzliche Vertreterin“ angegeben, was aber ersichtlich nur dem Zweck gedient habe, dass die Daten der minderjährigen Kinder erfasst wer-

den könnten. Sie habe auch ohne Vertreterzusatz unterschrieben.

Die Klägerin habe aber keinen Anspruch auf die Ausfallpauschalen – weder aus der Vereinbarung noch aus § 615 Satz 1 BGB i.V.m. § 630a Abs. 1 BGB.

Bei der Regelung in den Anmeldeformularen handle es sich um AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, die unzweifelhaft in den Vertrag einbezogen worden seien. Da in der Regelung auf die „gesetzlichen Regelungen zum Annahmeverzug“ Bezug genommen werde, folge daraus, dass die Ausfallpauschale bei einer Terminsabsage noch voraussetze, dass ein Gläubigerverzug gegeben sei. Dies verweise auf § 615 Satz 1 BGB, wonach der Dienstverpflichtete seinen Vergütungsanspruch behalte, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug gerate. Diese Vorschrift sei auch auf Behandlungsverträge anwendbar. Es entstehe auch kein Wertungswiderspruch zu § 627 BGB (außerordentliches Kündigungsrecht bei Diensten höherer Art) oder dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Denn mit der Kündigung ende das Behandlungsverhältnis, ein Annahmeverzug könne nicht mehr eintreten. Die einzige Obliegenheit des Patienten sei, den Behandler rechtzeitig zu informieren. Dies schränke sein Selbstbestimmungsrecht auch nicht ein.

Diese Vorgaben gälten auch bei gesetzlich krankenversicherten Patienten. Zwar bestehe der Vergütungsanspruch des Behandelnden unmittelbar und ausschließlich gegen die zuständige Krankenkasse – aber nur dann, wenn eine Behandlung stattgefunden habe. Für Leistungsstörungen, die in den persönlichen Verantwortungsbereich des einzelnen Versicherten fallen, habe die Versichertengemeinschaft nicht einzustehen (BSG, Urt. v. 18.02.1970 - 6 RKA 29/69 - BSGE 31, 33, 36 f.). In diesem Fall bleibe es bei der Verpflichtung des Kassenpatienten, dem Behandelnden die versprochene Vergütung zu gewähren.

Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs scheiterten hier nicht daran, dass ein tatsächliches Angebot nicht festgestellt worden sei. Dieses sei nach § 296 Satz 1 BGB entbehrlich gewesen, weil die Beklagte ihre Kinder nicht zur vereinbarten Zeit zur Praxis gebracht und damit eine kalendermäßig bestimmte Mitwirkungshandlung unterlassen habe. Die Vereinbarung eines

Behandlungstermins sei eine Nebenabrede; ob dies eine „kalendermäßige Bestimmung“ darstelle, hänge vom Einzelfall ab. Hier sei festgestellt worden, dass die Klägerin kurzfristig abgesagte Termine nicht habe anderweitig vergeben können. Sie vergebe keine Mehrfachtermine, sondern Exklusivtermine. Deren Verbindlichkeit liege auch im Interesse der Patienten. Es sei auch für die Beklagte erkennbar gewesen, dass die Terminvereinbarungen rechtlich verbindlich sein sollten.

Die telefonische Absage am Morgen des 23.03.2020 sei auch keine Kündigung der Behandlungsverträge gewesen, denn die Beklagte habe nicht die komplette Behandlung beenden wollen, sondern nur eine Verlegung der für diesen Tag vereinbarten Termine. Dies sei auch keine Teilkündigung, wobei diese im Rahmen eines einheitlichen Behandlungsverhältnisses weder vorgesehen noch vereinbart gewesen sei.

Ein Annahmeverzug der Beklagten als Gläubigerin der vereinbarten ergotherapeutischen Leistungen setze aber voraus, dass die Klägerin die geschuldeten Leistungen überhaupt erbringen durfte. Denn ein Gläubigerverzug sei nach § 297 BGB ausgeschlossen, wenn der Schuldner zur bestimmten Zeit die Leistung nicht erbringen konnte. Dies sei hier aber nicht der Fall gewesen, weil die Anforderungen der Corona-Schutz-Verordnung nicht erfüllt gewesen seien. Unstreitig sei die Wahrnehmung dieses konkreten Termins für die Behandlung nicht erforderlich gewesen. Es habe auch kein aktuelles ärztliches Attest oder eine entsprechende Verordnung vorgelegen. Schließlich sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin bereits an diesem Nachmittag ein den Vorgaben der Corona-Schutz-Verordnung entsprechendes Patienten- und Hygienekonzept umgesetzt habe. Gerade angesichts des Vortrags der Beklagten, ihr Kind sei möglicherweise an Corona erkrankt gewesen, hätte die Klägerin näher zu den von ihr getroffenen Schutzmaßnahmen vortragen müssen.

Selbst wenn unterstellt würde, dass die abgesagten Behandlungstermine nicht nachholbar seien, würde sich das Ergebnis nicht ändern – denn endgültige Unmöglichkeit schließe den Gläubigerverzug aus.

## C. Kontext der Entscheidung

1. Es kommt selten vor, dass der BGH über 50 Euro entscheiden muss. Hier ging es um diesen geringen Betrag als Ausfallhonorar einer Ergotherapeutin. Der BGH hat die Gelegenheit genutzt, um zwei Fragen zu klären:

1. Jedenfalls bei kleinen Kindern wird der Behandlungsvertrag nicht mit dem Kind geschlossen, sondern mit den Eltern als Vertrag zugunsten Dritter. Damit sind die Eltern auch selbst aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet, z.B. zur Zahlung des Honorars (§ 630a Abs. 1 Halbsatz 2 BGB). Mit diesem Fall hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung fortgesetzt (vgl. BGH, Urt. v. 28.04.2005 - III ZR 351/04 - BGHZ 163, 42; dazu Gsell, jurisPR-BGHZivilR 28/2005 Anm. 3).

Unbeachtlich ist, was auf dem Formular selbst steht. Auch die Eintragung als „gesetzlicher Vertreter“ führt nicht zum Vertragsschluss mit dem Kind. Vielmehr will der gesetzliche Vertreter nur seine Kontaktdaten deutlich machen; mit dem Behandlungsvertrag erfüllt der gesetzliche Vertreter seine Pflichten aus dem Personensorgerecht.

2. Wenn eine Praxis nur Exklusivtermine vergibt, ist sie berechtigt, vertraglich für den Fall der kurzfristigen Absage eine Entschädigung, ein Ausfallhonorar, zu verlangen. Dies betrifft alle Therapeuten, die nicht mit Wartezeiten arbeiten, sondern für die Patienten jeweils exklusive Zeiten freihalten. Bei einer frühzeitigen Absage hat der Behandler die Möglichkeit, den Termin noch anderweitig zu vergeben; irgendwann gelingt das nicht mehr (vgl. dazu Clausen/Makoski/Schroeder-Printzen in: Clausen/Makoski, GOÄ/GOZ, 2018, Einf. Rn. 46 m.w.N.). Daher haben verschiedene Gerichte die grundsätzliche Berechtigung eines Ausfallhonorars anerkannt (z.B. AG Hamburg-Wandsbek, Urt. v. 20.12.2018 - 713 C 238/18; AG Tettnang, Urt. v. 22.05.1999 - 7 C 719/98 - NJW 2000, 1800; AG München, Urt. v. 11.11.1998 - 212 C 19976/98 - VuR 1998, 421; a.A. LG Berlin, Urt. v. 15.04.2005 - 55 S 310/04 - MedR 2006, 63). Da es meist nur um geringe Beträge geht, werden aber viele Behandler auch vereinbarte Ausfallhonorare nicht einklagen.

Diese Vereinbarung ist auch bei GKV-Patienten angemessen, denn der Behandler hat in die-

sem Fall keinen Vergütungsanspruch gegen die Krankenkasse – eine Leistung wurde ja nicht erbracht, und das Warten auf den Patienten ist gebührenmäßig unbeachtlich (BSG, Urt. v. 18.02.1970 - 6 RKA 29/69 - BSGE 31, 33, 36 f.).

Die Vereinbarung eines „Ausfallhonorars“ ist für Ärzte auch deswegen erforderlich, weil die Möglichkeiten, eine Vorschusszahlung zu vereinbaren, sehr begrenzt sind (vgl. LBerufsG Heilb NRW, Beschl. v. 25.11.2015 - 6t E 441/13.T - ZMGR 2016, 192).

Zu unterscheiden ist dieser Fall von der Konstellation, in der der Patient nicht hinreichend aufgeklärt wurde und er deswegen den Behandlungsvertrag kündigt (vgl. BVerfG, Stattgebender Kammerbeschl. v. 14.09.2016 - 1 BvR 1304/13 - EuGRZ 2016, 694). Die Kündigung nach § 627 BGB führt zum Wegfall des Vergütungsanspruchs.

II. „Gerettet“ hat die Beklagte die Corona-Schutz-Verordnung, die genau am Tag der vereinbarten Behandlung in Kraft trat. Danach hätte die hier vereinbarte ergotherapeutische Behandlung nur durchgeführt werden dürfen, wenn sie medizinisch dringend notwendig gewesen wäre und die Klägerin ein Schutzkonzept gehabt hätte.

Ein Schutzkonzept hätte die Klägerin vielleicht noch so kurzfristig erstellen können – zumal sie ohnehin ein Hygienekonzept für ihre Praxis haben muss. Aus prozessualen Gründen ging hier der BGH davon aus, dass (noch) kein entsprechendes Konzept erstellt worden war.

Allerdings war die Behandlung nicht medizinisch dringend notwendig. Auch lag kein entsprechendes ärztliches Attest vor. Damit war sie unzulässig.

Und wenn die Behandlung nach der Corona-Schutz-Verordnung untersagt war, dann war die Absage des Behandlungstermins durch die Beklagte nicht der Grund für das vergebliche Warten der Klägerin.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Wenn eine Praxis als Bestellpraxis geführt wird mit Exklusivterminen, dann bietet es sich an, mit den Patienten eine Vergütungsregelung für

den Fall zu vereinbaren, dass Termine kurzfristig nicht wahrgenommen werden können.

Ob diese Vereinbarungen auch Ausnahmen vorsehen müssen (z.B. Beweismöglichkeit des Patienten, dass der Termin doch anderweitig vergeben werden konnte; Wegfall bei Absage aus wichtigen Gründen), hat der BGH nicht weiter entscheiden müssen. Tendenziell dürfte er aber derartige Ausnahmen nicht für zwingend erachten, denn aus seiner Sicht stellt das Ausfallhonorar einen Ausgleich der beiderseitigen Interessen dar: Wenn der Patient einen Exklusivtermin mit Ausfallhonorar vereinbart, bedeutet dies zugleich, dass er nicht warten muss.

### **3**

#### **Beurlaubung keine Alternative bei getrennten Behandlungen ab 2019**

##### **Orientierungssatz zur Anmerkung:**

**Spätestens seit der Einführung von § 8 Abs. 5 Satz 3 KHentgG ist eine Fallzusammenführung aus Gründen des Wirtschaftlichkeitsgebots (als Beurlaubung nach § 1 Abs. 7 Satz 5 FPV) nicht mehr möglich.**

Anmerkung zu LSG Mainz, Urteil vom 07.04.2022, L 5 KR 212/21

von **Dr. Kyryll Makoski**, RA und FA für Medizinrecht, Möller und Partner - Kanzlei für Medizinrecht, Düsseldorf

#### **A. Problemstellung**

Im Rahmen des Fallpauschalensystems wird grundsätzlich jeder Aufenthalt gesondert abgerechnet. Mehrere kurz aufeinander folgende Behandlungen sind nach § 2 FPV in bestimmten Fällen zusammenzuführen. Dies ist in vielen (aber nicht allen) Fällen billiger als die getrennte Abrechnung.

Eben deswegen haben viele Krankenkassen den Krankenhäusern vorgeworfen, Aufenthalte künstlich aufzuspalten und die Patienten zu entlassen, auch wenn sie diese eher hätten beurlauben können. Diese Auffassung hat das BSG 2018 gebilligt. Daraufhin hat der Ge-

setzgeber zum 01.01.2019 § 8 Abs. 5 Satz 3 KHEntgG eingeführt und festgelegt, dass verschiedene Aufenthalte nur dann abrechnungstechnisch zusammenzuführen seien, wenn die Vertragsparteien dies so vereinbart hätten; eine Argumentation mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot sei nicht mehr zulässig.

Dennoch hat diese Gesetzesänderung nicht zur Beruhigung geführt, vielmehr sind noch viele Prozesse anhängig. Nunmehr liegt eine erste obergerichtliche Entscheidung vor, die zudem Grundlage für ein Revisionsverfahren ist.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Krankenhaus der Klägerin wurde ein Mitglied der beklagten Krankenkasse stationär wegen eines Rektumkarzinoms behandelt. Die erste Behandlung erfolgte vom 09. bis 18.10.2019 und wurde mit der Fallpauschale G60B abgerechnet. Die interdisziplinäre Tumorkonferenz empfahl eine Operation. Hierzu wurde der Patient erneut am 23.10.2019 aufgenommen; bei der Operation wurde festgestellt, dass der Tumor doch nicht operabel war. Der Patient wurde am 05.11.2019 entlassen, die Behandlung mit der Fallpauschale G18C abgerechnet.

Die Beklagte glich nur die erste Rechnung aus und beauftragte den MDK mit einer Begutachtung. Dieser kam zu dem Ergebnis, dass es sich um die Fortsetzung einer noch nicht abgeschlossenen Behandlung gehandelt habe, die Wiederaufnahme zur Operation sei bereits im Voraufenthalt geplant gewesen. Daher forderte die Beklagte die Zusammenführung der Fälle, weil eine typische Beurlaubung vorgelegen habe.

Das Krankenhaus klagte den offenen Betrag ein; ein einfacher Zusammenhang zwischen den Fällen reiche für die Zusammenführung nicht aus; bei der Fallpauschale des ersten Aufenthalts sei markiert, dass eine Zusammenführung nicht erfolgen solle (Spalte 13); eine Beurlaubung sei nach § 6 des Landesvertrages nur für 24 Stunden vorgesehen.

Die Beklagte zahlte während des Prozesses einen Teilbetrag und blieb ansonsten bei ihrer Auffassung, dass der Patient hätte beurlaubt werden müssen, weswegen § 8 Abs. 5 Satz 3 KHEntgG nicht einschlägig sei; der gesamte Auf-

enthalt sei nur mit der Fallpauschale G18C abzurechnen.

Das SG Koblenz (v. 23.09.2021 - S 1 KR 101/21) gab der Klage statt. Eine Zusammenführung der beiden Aufenthalte sei in den Abrechnungsregelungen ausgeschlossen worden. Die Rechtsprechung des BSG zum wirtschaftlichen Alternativverhalten sei mit der Gesetzesänderung überholt.

Die Beklagte legte gegen das Urteil Berufung ein und vertiefte ihren Vortrag, dass hier eine Beurlaubung hätte erfolgen müssen; in dieser Konstellation sei § 8 Abs. 5 Satz 3 KHEntgG nicht einschlägig.

Das LSG Mainz hat die Berufung zurückgewiesen. Dabei übernahm es die Argumentation des Sozialgerichts und betonte, dass die von der Beklagten herangezogene Rechtsprechung des BSG durch die Gesetzesänderung deutlich überholt sei. Der Gesetzgeber habe in Wortlaut und Begründung deutlich gemacht, dass er die Argumentation des BSG für unzutreffend erachte.

Gegen das Urteil ist beim BSG die Revision zum Aktenzeichen B 1 KR 10/22 R anhängig.

## C. Kontext der Entscheidung

I. Das BSG hatte das erste Mal im Jahr 2014 entschieden, dass eine Zusammenführung verschiedener Behandlungsfälle nicht nur in den Fällen erfolgen soll, die in der FPV ausdrücklich genannt sind, sondern auch dann, wenn die Zusammenführung zu einer niedrigeren Vergütungsforderung führt (vgl. BSG v. 01.07.2014 - B 1 KR 62/12 R - BSGE 116, 138; dazu Frigger, MedR 2015, 897; Makoski, SGB 2015, 576; BSG v. 10.03.2015 - B 1 KR 3/15 R - KHE 2015/15; dazu Plagemann, GuP 2015, 114; BSG v. 28.03.2017 - B 1 KR 29/16 R - BSGE 123, 15; dazu Knopke, NZS 2017, 512; Makoski, jurisPR-MedizinR 7/2017 Anm. 3; Schliephorst, KH 2017, 860; Schütz, jurisPR-SozR 25/2017 Anm. 3).

Diese Rechtsprechung hat das BSG jedenfalls für Fälle vor 2018 weiter aufrechterhalten (BSG v. 19.11.2019 - B 1 KR 6/19 R - MedR 2020, 693; dazu Makoski, jurisPR-MedizinR 2/2020 Anm. 1; BSG v. 27.10.2020 - B 1 KR 9/20 R; BSG v. 26.04.2022 - B 1 KR 14/21 R).

II. Im Rahmen des Pflegepersonalstärkungsgesetzes, welches am 11.12.2018 verkündet wurde (BGBl I, 2394), hatte der Gesetzgeber folgende Ergänzung von § 8 Abs. 5 Satz 3 KHEntgG vorgenommen:

„In anderen als den vertraglich oder gesetzlich bestimmten Fällen ist eine Fallzusammenführung insbesondere aus Gründen des Wirtschaftlichkeitsgebots nicht zulässig.“

Eine parallele Änderung erfolgt in § 17b Abs. 2 Satz 2 KHG als Ermächtigungsgrundlage für die Fallpauschalenvereinbarung. Zur Begründung führte der Gesetzgeber aus (BT-Drs. 19/5593, S. 125):

„Die Ergänzung von § 8 Abs. 5 stellt klar, dass die von den Vertragsparteien auf Bundesebene von der Fallpauschalenvereinbarung (FPV) getroffenen Abrechnungsbestimmungen zur Fallzusammenführung als abschließende Konkretisierung der Zulässigkeit einer Fallzusammenführung aus Gründen 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.“

Bisher hat das BSG sich noch nicht festgelegt, ob diese Regelung auch für Fälle ab 2019 gilt.

Die Instanzgerichte gehen weit überwiegend davon aus, dass die Rechtsprechung überholt ist (z.B. SG Aachen v. 12.08.2021 - S 13 KR 345/20; SG Augsburg v. 13.12.2021 - S 10 KR 400/21; SG Duisburg v. 26.08.2021 - S 17 KR 1272/20; SG Duisburg v. 21.10.2021 - S 17 KR 834/21 KH; SG Duisburg v. 17.12.2021 - S 46 KR 1295/20; SG Duisburg v. 12.01.2022 - S 54 KR 312/20; SG Duisburg v. 27.01.2022 - S 54 KR 1269/20; SG Duisburg v. 17.03.2022 - S 17 KR 1793/20; SG Mannheim v. 14.12.2021 - S 6 KR 2240/21).

III. Nach den Regelungen der Fallpauschalenvereinbarung gibt es eine Fallzusammenführung nur in den in § 2 FPV vorgesehenen Fällen:

- Wiederaufnahme innerhalb der oberen Grenzverweildauer und Einstufung in dieselbe Basis-DRG (§ 2 Abs. 1 FPV) (zur Proble-

matik der Zusammenführung bei drei Aufenthalten vgl. BSG v. 16.07.2020 - B 1 KR 22/19 R; zur Vorinstanz Bockholdt, NZS 2019, 790);

- Wiederaufnahme innerhalb von 30 Tagen und Eingruppierung des ersten Aufenthaltes in die medizinische Partition und des zweiten Aufenthaltes in die operative Partition (§ 2 Abs. 2 FPV) (dazu LSG München v. 19.03.2019 - L 20 KR 148/18);
- Wiederaufnahme innerhalb von 30 Tagen nach Komplikation (§ 2 Abs. 3 FPV) (dazu BSG v. 12.07.2012 - B 3 KR 18/11 R - BSGE 111, 200; BSG v. 12.07.2012 - B 3 KR 15/11 R - GesR 2013, 104; dazu Korthus, KH 2012, 1308; Sinn, GuP 2012, 235; vgl. auch Vollmöller in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2018, § 8 KHEntgG Rn. 21 f.).

Im Fallpauschalenkatalog ist eine Fallzusammenführung in bestimmten Fällen ausdrücklich ausgeschlossen (§ 2 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 FPV). Umstritten war in der Vergangenheit, ob dieser ausdrückliche Ausschluss auch bei einer Zusammenführung nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten sei (dafür: LSG Hamburg v. 25.02.2021 - L 1 KR 114/19 - MedR 2022, 355; dagegen LSG Essen v. 08.07.2020 - L 10 KR 276/19 - KrV 2020, 261; LSG Essen v. 15.04.2021 - L 16 KR 683/18). Mit seinem Urteil vom 26.04.2022 (B 1 KR 14/21 R), von welchem bisher nur die Pressemitteilung bekannt ist, hat das BSG festgestellt, dass eine Vereinbarung im Fallpauschalenkatalog nicht das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V aushebeln könne.

IV. Soweit das BSG vorgeschlagen hat, dass die Klägerin den Patienten hätte beurlauben können, ist dies mit den Regelungen zur Beurlaubung nicht zu vereinbaren. § 1 Abs. 7 Satz 5 FPV regelt hierzu:

„Eine Beurlaubung liegt vor, wenn ein Patient mit Zustimmung des behandelnden Krankenhausarztes die Krankenhausbehandlung zeitlich befristet unterbricht, die stationäre Behandlung jedoch noch nicht abgeschlossen ist.“

Weitere Regelungen finden sich in den Verträgen nach § 112 Abs. 2 Nr. 1 SGB V, hier beispielhaft § 10 des Vertrages für das Land Nordrhein-Westfalen:

„(1) Mit der Notwendigkeit einer Krankenhausbehandlung ist eine Beurlaubung grundsätzlich nicht vereinbar.

(2) In Ausnahmefällen kann der Patient im Rahmen einer voll- oder teilstationären Krankenhausbehandlung zur Erledigung unaufschiebbarer persönlicher Angelegenheiten – soweit ärztlich vertretbar – oder zur Stabilisierung des Behandlungserfolges beurlaubt werden. Urlaub soll nur für einige Stunden gewährt werden, möglichst nicht über Nacht. Zur Beurlaubung von mehr als 24 Stunden ist die Einwilligung der Krankenkasse erforderlich; diese kann für den Einzelfall oder – z.B. bei psychiatrischer Behandlung – allgemein erteilt werden.

(3) Die Patienten werden vom Krankenhaus für die Dauer der Beurlaubung mit Arznei- und Hilfsmitteln versorgt, welcher sie entsprechend der laufenden Therapie bedürfen. Die Kosten hierfür sind mit dem von der Krankenkasse zu zahlenden Pflegesatz abgegolten.

(4) Die durch eine notwendige Behandlung eines Beurlaubten außerhalb des Krankenhauses entstehenden Kosten werden direkt zwischen dem Leistungserbringer und der zuständigen Krankenkasse bzw. Kassenärztlichen Vereinigung abgerechnet.

(5) Krankentransport- und Fahrkosten während der Dauer der Beurlaubung gehen nicht zu Lasten des Krankenhauses. Das Krankenhaus darf keine Verordnung eines Krankentransports zu Lasten der Krankenkasse ausstellen.

(6) Für die Dauer der Beurlaubung werden der Krankenkasse lediglich die Tage mit dem Pflegesatz in Rechnung gestellt, an denen der Patient den Urlaub antritt und aus dem Urlaub zurückkehrt. Fallen Urlaubsantritt und Urlaubsende auf einen Tag, wird der Pflegesatz weiterberechnet. Die Urlaubstage sind der zuständigen Krankenkasse in der Rechnung mitzuteilen.“

Die Initiative für die Beurlaubung muss vom Patienten ausgehen (a.A. BSG v. 27.10.2020 - B 1 KR 9/20 R). Die Beurlaubung ist mit der Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung nicht vereinbar. Anders ausgedrückt: Wenn die Krankenhausbehandlung nicht mehr notwendig ist, ist der Patient zu entlassen (vgl. auch LSG München v. 27.02.2019 - L 4 KR 476/17; LSG Essen

v. 06.12.2016 - L 1 KR 358/15). Eine unzulässige Beurlaubung verstößt aber auch gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot (vgl. LSG Darmstadt v. 26.02.2017 - L 8 KR 64/15).

Die Beurlaubung ist nur dann sinnvoll, wenn absehbar ist, ob und/oder wann der Patient wieder aufgenommen wird. Steht dies nicht fest, wäre der Patient auf unabsehbare Zeit zu beurlauben – mit dem Problem, dass die Behandlung noch nicht abgerechnet werden kann, bis feststeht, dass keine Fortsetzung der Behandlung erfolgt. Wann wäre dann die Behandlung beendet – mit der Entlassung aus dem Krankenhaus oder dem Zeitpunkt, an dem die Nichtfortsetzung feststeht?

Dieser Aspekt war schon bei dem Fall, zu dem sich das BSG 2017 geäußert hatte, kritisch: Dort wollte der Patient eine Zweitmeinung einholen. Dann hätte er aber nach Auffassung des BSG beurlaubt werden müssen, auch wenn nicht klar war, ob überhaupt eine Fortsetzung der Behandlung erfolgt (vgl. BSG v. 28.03.2017 - B 1 KR 29/16 R - BSGE 123, 15; dazu Makoski, jurisPR-MedizinR 7/2017 Anm. 3).

Im vorliegenden Fall war zwar zeitnah zur Entlassung eine erneute Aufnahme zur Operation geplant; wann genau dies erfolgen sollte, stand aber noch nicht fest.

Auch dem Interesse des Patienten entspricht die Beurlaubung nicht, weil während der Beurlaubung der Patient weiterhin die Eigenbeteiligung nach § 39 Abs. 4 SGB V zahlen muss (Wagner in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 39 SGB V Rn. 58 [101. Erg.-Lfg. 11/2018]; Gerlach in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2018, § 39 SGB V Rn. 130). Anders ausgedrückt: Der Patient soll nicht im Krankenhaus sein, aber selbst dafür zahlen.

Während der Beurlaubung ist der Patient weiterhin Patient des Krankenhauses, d.h. sämtliche Behandlungsleistungen sind vom Krankenhaus zu erbringen. Hat der Patient also in der Zwischenzeit eine Erkältung, darf er nicht – wie sonst – seinen Hausarzt aufsuchen, sondern muss wieder in das Krankenhaus zur Behandlung kommen.

Dies gilt auch für die Versorgung mit Arzneimitteln, für die das Krankenhaus weiter zuständig ist. Erhält der Patient dennoch das Rezept ei-

nes niedergelassenen Arztes, darf ein Apotheker das Rezept nicht einlösen; hat der verordnende Vertragsarzt Kenntnis von der Krankenhausbehandlung, kann er schadensersatzpflichtig sein (vgl. BSG v. 28.09.2016 - B 6 KA 27/16 B; LSG Niedersachsen-Bremen v. 02.02.2022 - L 3 KR 57/19; SG Mainz v. 28.04.2021 - S 7 KA 50/19 - MedR 2022, 70).

V. Die Rechtsprechung des BSG ist auch aus einem weiteren Grund problematisch: Welches Vorgehen „wirtschaftlicher“ ist, kann erst rückblickend beurteilt werden, d.h. wenn der gesamte Behandlungsvorgang abgeschlossen ist. Dann ist die Behandlung aber durchgeführt worden. Und die Behandlung ist so abzurechnen, wie sie durchgeführt wurde, nicht nach einem theoretischen Behandlungsplan. Es ist weder medizinisch möglich noch für Ärzte und Patienten zumutbar, Behandlungsentscheidungen nicht von medizinischen Aspekten abhängig zu machen, sondern an einer – theoretischen – „Wirtschaftlichkeit“.

Insofern widerspricht diese Rechtsprechung der sonstigen Linie des BSG, dass die Abrechnungsregelungen immer strikt wortlautbezogen ausulegen sind, damit die Ergebnisse nachvollziehbar und vergleichbar bleiben (vgl. BSG v. 08.11.2011 - B 1 KR 8/11 R - BSGE 109, 236; dazu Makoski, jurisPR-MedizinR 4/2012 Anm. 2).

VI. Schließlich kann die Rechtsprechung des BSG im Rahmen der zertifizierten Abrechnungsoftware nicht umgesetzt werden, weil nach den einzugebenden Parametern nicht automatisch entschieden werden kann, welche Fälle deswegen zusammenzuführen wären, weil dies – für die Krankenkasse (!) – „wirtschaftlicher“ wäre. In jedem Einzelfall müsste dann eine Rechnung erstellt werden, die nicht auf den Abrechnungsdaten nach § 301 SGB V basieren kann.

VII. Schließlich hatte das BSG in einer anderen Entscheidung eine andere Hürde aufgestellt: Wenn zwei Fälle zusammenzuführen sind, liegt erst dann eine korrekte und verzugsbegründende Rechnung des Krankenhauses vor, wenn es nur noch eine Rechnung gibt (vgl. BSG v. 28.03.2017 - B 1 KR 3/16 R - SozR 4-2500 § 109 Nr 60; dazu Makoski, SGB 2018, 234; Schütz, NZS 2017, 514).

VIII. Die Überlegungen zum wirtschaftlichen Alternativverhalten wendet die Rechtsprechung

auch in anderen Fällen an – z.B. beim Ersetzen einer vollstationären durch eine teilstationäre Behandlung (BSG v. 26.04.2022 - B 1 KR 5/21 R) oder bei der Abrechnung einer ambulanten Operation bei fehlender stationärer Behandlungsnotwendigkeit (LSG Essen v. 19.04.2021 - L 10 KR 448/20).

IX. Nicht hinreichend beachtet ist die Frage, ob die Krankenkassen im Fall einer Fallzusammenführung aus Gründen des Wirtschaftlichkeitsgebots aufrechnen dürfen (im Rahmen des § 109 Abs. 6 Satz 1 SGB V) oder ob dieser angebliche Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht (nur) einen eigenständigen – nicht aufrechnungsfähigen – Schadensersatzanspruch der Krankenkasse nach § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V i.V.m. § 280 Abs. 1 SGB V begründet (vgl. SG Duisburg v. 26.08.2021 - S 17 KR 1272/20; SG Duisburg v. 17.12.2021 - S 46 KR 1295/20; zur Verjährungsfrage vgl. SG Marburg v. 31.07.2020 - S 14 KR 154/19). Damit würden jedenfalls die Probleme, die aktuell oft im Zusammenhang mit Aufrechnungen bzw. Rück- und Verrechnungen entstehen, vermieden – und die Krankenkassen hätten ein größeres Prozessrisiko.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Es bleibt zu hoffen, dass das BSG jetzt diese Gelegenheit nutzt und zeitnah klarstellt, dass die Frage einer „Beurlaubung“ bei zwei Behandlungsfällen ab 2019 nur noch rein nach dem Wortlaut der Fallpauschalenvereinbarung zu beantworten ist und nicht mehr ein „theoretisch optimierter“ Abrechnungsverlauf im Nachhinein zu einer Änderung der Abrechnung führen muss.

Damit könnten viele anhängige Gerichtsverfahren kurzfristig beendet werden, was die Sozialgerichte entlasten wird.

Sollte das BSG seine frühere Rechtsprechung hingegen fortsetzen wollen, müsste in nahezu jedem Verfahren ein Sachverständigengutachten eingeholt werden, ob bei der Entlassung des Patienten bereits sicher absehbar war, dass kurzfristig eine erneute stationäre Aufnahme erfolgen würde (vgl. SG Duisburg v. 03.05.2022 - S 54 KR 317/20). In vielen (insbesondere Krebs-)Fällen wird dies nicht gegeben sein, weil es verschiedene Behandlungsoptio-

nen gibt – von der Operation über die (ambulant durchführbare) Strahlentherapie und die (ebenfalls ambulant durchführbare) Chemotherapie bis zum Verzicht auf weitere kurative Therapie und eine Umstellung auf palliative Behandlung. Eben deswegen sind die entsprechenden Fallpauschalen auch als Ausnahmefall einer sonst vorzunehmenden Zusammenführung markiert; die Vertragsparteien haben dabei die medizinische Wirklichkeit berücksichtigt.