

Reincke

Hamburg, den 12.12.2018

Kommentiert [DF1]: Frau Reincke war so nett, die Arbeit für die nach ihr folgende Studierende zur Verfügung zu stellen. Es handelt sich – trotz der zahllosen folgenden Anmerkungen, die zeigen sollen, wie man es noch besser hätte machen können – um eine sehr anspruchsvolle Arbeit, die eine durchaus schwierige Thematik unter Berücksichtigung der juristischen Methodenlehre und der verfassungsrechtlichen Vorgaben anschaulich erörtert und dabei eine klare eigene Position bezieht. Auch in sprachlicher und handwerklicher Hinsicht ist die Arbeit gut gelungen. Insgesamt war die Bewertung mit der Note „gut“ deshalb vollumfänglich gerechtfertigt.
Danke, liebe Franziska Reincke, für Ihre Unterstützung!

Die Aufwandspauschale bei MDK Prüfungen im Krankenhaus

Erläutern Sie die gesetzlichen Grundlagen und setzen Sie sich mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auseinander

Kommentiert [DF2]: Es handelt sich um ein gelungenes, schön formatiertes Deckblatt mit allen notwendigen Informationen

*Examenshausarbeit
im Rahmen des SPB IV: Sozialrecht mit arbeitsrechtlichen Bezügen
in der Veranstaltung: Sozialversicherungsrecht I
bei Prof. Dr. Dagmar Felix*

Gliederungsverzeichnis

I.	Problemaufriss	I
II.	Gesetzliche Grundlagen	3
III.	Differenzierende Rechtsprechung des BSG.....	6
1.	BSG Rechtsprechung vor dem 1.7.2014.....	6
a)	3- Stufen Prüfschema in ständiger BSG Rechtsprechung.....	6
b)	Indikatoren einer Differenzierung der Prüfverfahren.....	7
c)	Zwischenfazit	9
2.	BSG Rechtsprechung seit dem 1.7.2014.....	9
a)	Implementierung des sachlich rechnerischen Prüfverfahrens	9
b)	Unmittelbare Folgen der Rechtsprechung.....	11
IV.	Kritik an der BSG- Rechtsprechung.....	11
1.	Einfachgesetzliche Vereinbarkeit des sachlich rechnerischen Prüfverfahrens	11
a)	Wortlaut	12
aa)	Sachlich- rechnerisches Prüfverfahren	12
bb)	Ausschluss ambulanter Krankenhausbehandlungen	14
b)	Historie.....	14
c)	Systematik.....	15
d)	Sinn und Zweck	16
e)	Zwischenfazit.....	17
2.	Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen.....	17
a)	Bindung an Recht und Gesetz, Art. 20 III, 2. HS GG	18
aa)	Voraussetzungen der Rechtsfortbildung.....	18
bb)	Grenzen der Rechtsfortbildung.....	19
b)	Zwischenfazit.....	20
V.	Reaktion des Gesetzgebers auf differenzierende Rechtsprechung	21
VI.	Praktische Auswirkungen der differenzierenden Rechtsprechung	22
1.	Rückforderung bereits gezahlter Aufwandpauschalen.....	22
a)	Streitige Fälle vor dem 1.7. 2014	22
b)	Streitige Fälle ab dem 1.7.2014	24
2.	aktuelle Verjährungsfragen.....	25
3.	Zwischenfazit.....	26
VII.	Ausblick	27

Kommentiert [DF3]: Besser wäre entweder „Gliederung“ oder „Inhaltsverzeichnis“.

Kommentiert [DF4]: Eine schön formatierte und gut strukturierte Gliederung, die dem Leser einen Eindruck davon vermittelt, was ihn erwartet

Literaturverzeichnis

Arnold, Wiebke, Zur Aufwandspauschale nach § 275 I c Satz 3 SGB V, KH 2017, S. 42-52.

Kommentiert [DF5]: Das Komma sollte nicht kursiv gesetzt sein

Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten, SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, 6. Aufl. München 2018.

Beyer, Christopher, Die faktische Eliminierung der Aufwandspauschale, KH 2015, S. 324-328.

Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht, 33. Aufl. Heidelberg 2018.

Detting, Heinz-Uwe/Gerlach, Alice (Hrsg.), Krankenhausrecht Kommentar, 2. Aufl. München 2017.

Drechsler, Stefan, Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung, ZJS 2015, S. 344-355.

Kommentiert [DF6]: S. und Zahl sollte man nicht trennen

Felix, Dagmar, Das Schlichtungsduell am Bundessozialgericht, zur jüngsten Rechtsprechung und zur Zukunft des Schlichtungsverfahrens nach § 17c KHG, NZS 2015, S. 681-687.

Hambüchen, Ulrich, quo vadis, KH 2017, S. 978-988.

Hambüchen, Ulrich, Rechtsgutachten für die Krankenhausgesellschaft Nordrhein-Westfalen e. V. vom 4. 1. 2016, abrufbar unter:
<http://www.westphalmanagement.de/files/westphal/content/pdf/Gutachten%20KGNW%2012%20-%202015.pdf>, zuletzt abgerufen am: 5.12.2018.

Kommentiert [DF7]: Hier hätte der Hyperlink (die Unterstrichung) entfernt werden müssen

Handel, Stephan, Pflegebedürftige Gerichte, Süddeutsche Zeitung v. 18.11.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/klagewelle-pflegebeduerftige-gerichte-1.4216289>, zuletzt abgerufen am 7.12.2018.

Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Hrsg.), SGB V gesetzliche Krankenversicherung- Kommentar, Band I, Berlin 2018, Stand: Juni 2018.

Huster, Stefan/Ströttchen, Jonathan, Die Überprüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit, KrV 2017, S. 45-52.

Kommentiert [DF8]: Literaturangaben über zwei Seiten nach Möglichkeit vermeiden

Juris Praxiskommentar SGB V – Sozialgesetzbuch Fünftes Buch, Engelmann, Klaus/Schlegel, Rainer, 3. Auflage, Saarbrücken 2016, Stand 2018.

Knispel, Ulrich, Zu den Auskunfts- und Prüfpflichten zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen bei der Prüfung von Krankenhausrechnungen nach der Rechtsprechung des BSG, GsR 2015, S. 200-207.

Krauskopf, Soziale Krankenversicherung und Pflegeversicherung Kommentar, Wagner, Regine/Knittel, Stefan (Hrsg.), Band II, München 2018, Stand: Juni 2018.

Leber, Wolfgang, Anmerkung zur sachlich-rechnerischen Prüfung einer Krankenhausrechnung, KH 2015, S. 340-343.

Makoski, Kyrill, Anmerkung zu BSG, Urteile vom 25.10.2016 -B 1 KR 16/16, 18/16, 19/16, 22/16 R, jurisPK- MedizinR 3/2017 Anm. 5, S. 1-7.

Münzel, Hartmut, Paradigmenwechsel - Das Verhältnis von Krankenkassen und Krankenhäusern in der aktuellen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes, MedR 2016, S. 778- 786.

Penner, Andreas/ Büscher, Anna/Nierner, Johanna F./Reimer, Felix, Freirechtsschule in der BSG Rechtsprechung: eine grobe Verkennung rechtsstaatlicher Grundsätze?, GuP 2017, S. 15-24.

Scharmann, Heiko, sachlich-rechnerische Richtigkeit, ein von § 275 SGB V unabhängiges Prüfverfahren?, GesR 2018, S. 81- 86.

Schliephorst, Ingo, Geriatrische frührehabilitative Komplexbehandlung (OPS-Code 8-550.) als Gegenstand einer Abrechnungsprüfung, KH 2015, S. 749- 753.

Sell, Stephan, Warum prüfen, wenn man sich auszahlen lassen kann. Über einen modernen Ablasshandel bei Krankenhausabrechnungen, Aktuelle Sozialpolitik v. 24.8.2018, abrufbar unter: <http://aktuelle-sozialpolitik.de/2018/08/24/ein-moderner-ablasshandel-bei-krankenhausrechnungen/>, zuletzt abgerufen am 12.12.2018.

Wagener, Andreas/Haag, Ina, Rückwirkung höchstrichterlicher Rechtsprechung?, NZS 2016, S. 613-616.

Kommentiert [DF9]: Abgesehen von den kleineren Anmerkungen überzeugt das Literaturverzeichnis. Es enthält alle wichtigen und keine überflüssigen Angaben. Es werden nicht nur Kommentare, sondern auch einschlägige Aufsätze berücksichtigt.

I. Problemaufriss

Aufgrund der stetig steigenden Kosten für Krankenhausbehandlungen¹ einerseits und des komplexen Abrechnungssystems der Krankenhäuser² andererseits herrscht seit Jahren Streit zwischen den Krankenkassen und den Krankenhäusern hinsichtlich der Anzahl und des Umfangs der Prüfungen von Krankenhausrechnungen. In diesem Zusammenhang wird den Krankenkassen vorgeworfen, die gesetzlich vorgesehenen Prüfungsmöglichkeiten in unverhältnismäßiger und nicht sachgerechter Weise auszunutzen.²

Kommentiert [DF10]: Es ist nicht das System „der Krankenhäuser“, sondern das Abrechnungssystem für im Krankenhaus erbrachte Leistungen

Kommentiert [DF11]: Tippfehler

Mit Wirkung zum 1.4.2007 hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) § 275 Ic SGB V³ eingeführt, welcher den Krankenkassen einen Anreiz bieten soll, die übermäßige Einschaltung des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) durch Einzelfallprüfungen nach § 275 I Nr. 1 bei Krankenhausabrechnungen einzudämmen.⁴ Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber mit § 275 Ic S. 3 eine Aufwandspauschale eingeführt, wonach die Krankenkasse dem Krankenhaus eine Pauschale von 300 €⁵ zahlen muss, falls die Prüfung durch den von der Krankenkasse beauftragten MDK nicht zu einer Minderung des Rechnungsbetrags führt. Durch die Einführung der Aufwandspauschale soll unnötige Bürokratie, sowie zusätzlicher personeller und finanzieller Aufwand, welcher in der Regel zu hohen und nicht gerechtfertigten Außenständen und Liquiditätsproblemen der Krankenhäuser führt, vermieden werden.⁶

Kommentiert [DF12]: Es muss heißen „sollen“, denn es folgen neben der unnötigen Bürokratie weitere Stichworte

Der Streit zwischen den Krankenkassen und den Krankenhäusern gilt insbesondere der Frage, unter welchen Voraussetzungen den

¹ BT-Drs. 17/3650, 90.

² BT-Drs. 16/3100, 171.

³ Alle nicht näher ausgewiesenen Normen sind solche des SGB V. (Dieser Hinweis ist völlig in Ordnung, wenn man bei einer Umfangsbeschränkung Platz sparen will).

⁴ BT-Drs. 16/3100, 171.

⁵ BGBl I 534.

⁶ BT-Drs. 16/3100, 171.

Krankenhäusern eine Aufwandspauschale nach § 275 I c S. 3 gezahlt werden muss.

Das BSG hat durch mehrere Urteile aus dem Jahr 2014⁷ für Unsicherheiten bezüglich der Anspruchsvoraussetzungen gesorgt, indem es ein unabhängiges Prüfverfahren der „sachlich-rechnerischen Richtigkeit“ kreiert hat, welches im Gegensatz zur Auffälligkeitsprüfung keinen Anspruch auf eine Aufwandspauschale auslöst.⁸ Seit dieser prägenden Rechtsprechung des 1. Senats wird nicht nur Kritik durch die Literatur⁹ sondern auch durch Sozialgerichte¹⁰ hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der richterlichen Entscheidung des BSG laut. Trotz dieser Kritik hat das BSG in nachgehenden Urteilen seine Rechtsprechung verteidigt.¹¹

Kommentiert [DF13]: Einmal sollte man den Begriff ausschreiben und dabei in Klammern (BSG) hinzufügen, dann kann man später von dem BSG sprechen

Kommentiert [DF14]: Komma falsch

Kommentiert [DF15]: Klingt so etwas gestelzt, besser: Sowohl Rechtsprechung als auch Literatur haben die Rechtsprechung des 1. Senats des BSG heftig kritisiert.

Der Gesetzgeber reagierte auf die Rechtsprechung des BSG und klärte mit Wirkung zum 1.1.2016 die Rechtslage durch Einführung des § 275 I c S. 4, indem er konkretisierte, dass als Prüfung im Sinne der vorgenannten Vorschrift *jede* Prüfung der Abrechnung von Krankenhäusern, also sowohl die Auffälligkeitsprüfung, als auch die Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit, anzusehen ist.¹²

⁷ BSG, Urt. v. 1.7.2014-B 1 KR 48/12, 1/13, 29/13- juris; alle aufgeführten Urteile und Beschlüsse, soweit nicht anders bezeichnet, sind der juris Datenbank entnommen. (Auch dieser Hinweis ist völlig in Ordnung. Wenn man noch mehr Zeichen einsparen will, reicht es auch von „BSG v. 1.7.2014 ...“ zu sprechen, das „Urt.“ also wegzulassen.)

⁸ So BSG, Urt. v. 1.07.2018- B 1 KR 29/13 R, Rn. 23.

⁹ Beyer, KH 2015, 324; Knispel, GesR 2015, 200; Leber, KH 2015, 656; Penner/Büscher/Nierner/Reimer, GuP 2017, 15.

¹⁰ LSG Celle-Bremen, Urt. v. 21.06.2016 - L 16/1 KR 541/14; LSG Celle-Bremen, Urt. v. 18.05.2016- L 16/1 KR 314/13; LSG Hamburg, Urt. v. 19.02.2015 - L 1 KR 70/14; LSG Celle- Bremen, Urt. v. 17.02.2016 - L 16/4 KR 208/13 (aufgehoben durch BSG, Urt. v. 1.7.2014- B 1 KR 22/16 R); LSG Celle-Bremen, Urt. v. 26.01.2016 L 16/1 KR 66/14; SG Aachen, Urt. v. 13.09.2016- S 13 KR 418/15, 413/15, 410/15; SG Augsburg, Urt. v. 15.03.2016 - S 6 KR 166/15; SG Darmstadt, Urt. v. 07.12.2015 - S 8 KR 434/14; SG Halle, Urt. v. 27.05.2015 - S 35 KR 570/13; SG Mainz, Urt. v. 04.05.2015 - S 3 KR 428/14. (Bei Urteilsangaben bitte unbedingt auf einheitliche Zitierweise achten, die auch Kleinigkeiten beinhaltet: Hier und auch in anderen Fußnoten sind die Leerzeichen nach dem Datum bzw. vor dem Aktenzeichen nicht einheitlich gesetzt. Im Übrigen werden Zahlen nicht einheitlich genannt – in Fn. 7 „1.7.2014“, hier etwa „21.06.2016“; da muss man sich für eine Zitierweise entscheiden).

¹¹ So BSG, Urt. v. 14.10.2014- B 1 KR 25/13; 26/13; 34/13 R.

¹² BT-Drs. 18/6586, 110; Wagner in: Krauskopf soz. KV, § 275 SGB V, Rn. 16. (Hier hätte auch der Hinweis auf „Krauskopf“ allein gereicht – Stichwort:

Zudem gehen seit der differenzierenden Rechtsprechung Krankenkassen vermehrt dazu über, bereits gezahlte Aufwandspauschalen zurück zu verlangen. Solche Rückforderungen wären, innerhalb der Verjährungsfrist, nur zulässig, wenn die Unterscheidung des BSG zwischen zwei unabhängig von einander existierenden Prüfverfahren rechtmäßig wäre und die Rechtsprechung rückwirkend gelten würde.¹³

Kommentiert [DF16]: Zunächst einmal ist diese Rechtsprechung in der Welt – sie könnte nur vom Bundesverfassungsgericht korrigiert werden. Bei Urteilen ist von „Rechtmäßigkeit“ üblicherweise nicht die Rede.

Die in dieser Arbeit dargestellten Probleme beziehen sich insbesondere auf die Prüfung bei Auffälligkeiten von ordnungsgemäßen Abrechnungen durch den MDK und der damit im engen Zusammenhang stehenden Aufwandspauschale. Die Arbeit setzt sich mit den gesetzlichen Grundlagen der Aufwandspauschale auseinander und möchte eine kritische Betrachtung der einschlägigen BSG Rechtsprechung hinsichtlich der strittigen Fragen der Anspruchsvoraussetzungen einer Aufwandspauschale bei MDK Prüfungen im Krankenhaus vornehmen.

Kommentiert [DF17]: Besser: Rechtsprechung des BSG

Kommentiert [DF18]: Bindestrich fehlt

Kommentiert [DF19]: Hier hätte man ruhig auch auf das konkret geplante Vorgehen eingehen können

Kommentiert [DF20]: Insgesamt eine sehr gelungene Einleitung – der Leser weiß, worum es geht, was das BSG damit zu tun hat und was ihn erwartet. Eine Einleitung, die hier als „Problemaufriss“ bezeichnet wird, muss genau diese Voraussetzungen erfüllen.

II. Gesetzliche Grundlagen

Die Aufwandspauschale findet ihre Gesetzesgrundlage in § 275 I c S. 3. Den rechtlichen Rahmen bildet § 275, welche als Grundnorm das Aufgabenspektrum, insbesondere die Einzelfallbegutachtung und -beratung, des MDK regelt.¹⁴

Kommentiert [DF21]: Besser: durch den MDK

§ 275 I nennt die Fälle, in denen die Krankenkasse verpflichtet ist eine gutachterliche Stellungnahme durch Einzelfallüberprüfungen durch den MDK einzuholen.¹⁵ Demnach sind die Krankenkassen in den gesetzlich bestimmten Fällen oder wenn es nach Art, Schwere, Dauer

Kommentiert [DF22]: Komma

Kommentiert [DF23]: Kursivdruck bleibt normalerweise auf Namen beschränkt.

Umfangsbeschränkung; wenn man mehr angibt, sollte man nach dem Namen des Kommentars ein Komma setzen und dann den richtigen Titel angeben).

¹³ *Hambüchen*, Gutachten, 6.

¹⁴ *Strack* in: *JurisPK-SGB V*, § 275 Rn. 6.

¹⁵ aaO, Rn. 10. (aaO. ist nicht sehr leserfreundlich, aber jedenfalls dann zu akzeptieren, wenn es um die unmittelbar vorhergehende Fußnote geht).

oder Häufigkeit der Erkrankung *oder* nach dem Krankheitsverlauf erforderlich ist, verpflichtet, nach § 275 I Nr. 1 bei Erbringung von Leistungen, insbesondere zur Prüfung von Voraussetzungen, Art und Umfang der Leistung, sowie bei Auffälligkeiten zur Prüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung eine gutachterliche Stellungnahme des MDK einzuholen.

In den gesetzlichen Fällen besteht eine Begutachtungspflicht durch den MDK ohne Ausnahme; sie finden sich nicht abschließend im Auffangtatbestand des Absatzes II und zudem außerhalb des 9. Kapitels des SGB V, wie z.B. in § 37 I S. 4.¹⁶ Zu den Leistungen, deren Erbringung und Abrechnung durch den MDK zeitnah zu prüfen sind, gehören nach § 275 I c S. 1 Krankenhausbehandlungen iSd § 39.

Die Verpflichtung der Krankenkassen resultiert aus der Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots gemäß § 12 I¹⁷, wonach die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein müssen und das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfen. Das Merkmal der „Erforderlichkeit“ schränkt die Verpflichtung der Krankenkassen dahingehend ein, dass die Krankenkasse einen Beurteilungsspielraum hat, in welchem sie zunächst selbst einschätzen kann, ob eine Begutachtung nach „Art, Schwere, Dauer oder Häufigkeit der Erkrankung *oder* nach Krankheitsverlauf erforderlich ist“. Stellen sich Fragen hinsichtlich der medizinisch-optimalen Leistung, der medizinischen Notwendigkeit oder auch eines möglicherweise unberechtigten Leistungsbegehren, ist demnach eine Begutachtung durch den MDK verpflichtend.¹⁸

§ 275 I Nr. 1-3 nennen Begutachtungsanlässe und konkretisieren insofern Absatz I hinsichtlich der Frage, wann es zu einer Begutachtung durch den MDK kommt. Nr. 1 bezieht sich dabei auf alle Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung iSd § 11. Mit Wirkung zum

Kommentiert [DF24]: „sie“ ist in diesem Kontext nicht eindeutig – es geht offenbar um die „gesetzlichen Fälle“. Besser: Das SGB V sieht in einer Reihe von Fällen eine Begutachtungspflicht des MDK vor; entsprechende Regelungen finden sich etwa auch in § 275 II oder § 37 I 4.

Kommentiert [DF25]: Das ginge präziser: Auch Krankenhausbehandlung fällt unter § 275 I 1; hier allerdings muss die Prüfung eben zeitnah erfolgen.

Kommentiert [DF26]: Hier fehlt: „zur Einschaltung des MDK“

Kommentiert [DF27]: Kein Fettdruck

Kommentiert [DF28]: Man kann den Gesetzestext kursiv wiedergeben; wenn man das tut, muss man aber einheitlich verfahren und das immer so tun.

Kommentiert [DF29]: Ungenau formuliert, besser: Ob eine Behandlung erforderlich ist, kann die Krankenkasse im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums zunächst selbständig beurteilen

Kommentiert [DF30]: Was ist das?

Kommentiert [DF31]: s fehlt

Kommentiert [DF32]: Diese Bezeichnung ist unschön, da man entweder schreibt: § 275 Abs. 1 oder § 275 I

¹⁶ Gerlach in: Hauck/Noftz SGB V, § 275 Rn. 22.

¹⁷ Knispel, GesR 2015, 201, 201.

¹⁸ Gerlach in: Hauck/Noftz SGB V, aaO. (hier fängt man schon an zu suchen – wo aaO.)

1.1.2003¹⁹ wurde die Regelung der Nr. 1 um die Prüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung bei Auffälligkeiten erweitert. Zu Auffälligkeiten der Krankenhausrechnungen gehören bspw. die Überschreitung der oberen Grenzverweildauer²⁰, die Entlassung am Montagmorgen oder die Wiederaufnahme der versicherten Person am Tag nach der Entlassung innerhalb der oberen Verweildauer.²¹

Die Prüfungen nach § 275 I Nr. 1 unterliegen einem prüfrechtlichen Beschleunigungsgebot²². In diesem Fall haben die Krankenkassen eine Prüfung *zeitnah* durchzuführen. § 275 Ic S. 2 konkretisiert für den Fall der Überprüfung bei Krankenhausbehandlungen nach § 39, dass der Krankenkasse eine Abrechnung vorliegt, dass ein Prüfverfahren nach Absatz I spätestens sechs Wochen nach Eingang bei dieser einzuleiten und durch den MDK anzuzeigen *sei*.

Kommentiert [DF33]: Zur Kursivschrift siehe schon oben

Die Einzelheiten des Prüfverfahrens durch den MDK iSd § 275 Ic sind gemäß § 17c II KHG²³ in einer, zwischen dem GKV Spitzenverband und der Deutschen Krankenhausgesellschaft verhandelten, Prüfverfahrensvereinbarung (PrüfV) geregelt.²⁴

Kommentiert [DF34]: Satz umständlich und so auch nicht ganz korrekt, besser: § 275 Ic S. 2 konkretisiert die Überprüfungspflicht bei Krankenhausbehandlung nach § 39 dahingehend, dass die Prüfung spätestens sechs Wochen nach Eingang der Abrechnung bei der Krankenkasse einzuleiten ist.

Führt die von der Krankenkasse angestrengte Prüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung nicht zu einer Minderung des Abrechnungsbetrags, besagt § 275 Ic S. 3, dass die Krankenkasse eine Aufwandspauschale in Höhe von 300 € an das Krankenhaus zu entrichten hat. Die Zahlung einer Aufwandspauschale kann nur bei Einzelfallprüfungen durch den MDK nach § 275 Ic S. 3 erfolgen. Stichprobenprüfungen gemäß § 17c II KHG können keinen Anspruch auf eine Aufwandspauschale nach § 275 Ic auslösen.²⁵

¹⁹ BGBl I 2002, 1412.

²⁰ BSG, Urt. v. 17.12.2013- B 1 KR 52/12 R, Rn. 13.

²¹ *Sichert* in: Becker/Kingreen SGB V, § 275 Rn. 11.

²² *Leber*, KH 2015, 340, 340.

²³ Krankenhausfinanzierungsgesetz, durch FPG v. 23.04.2002 mWv 1.1.2003.

²⁴ *Gerlach* in: Dettling/Gerlach KHR, § 17c, Rn. 25a; *Leber*, KH 2015, 340, 340; neue Fassung der PrüfV vom 3.2.2016 mWv 1.1.2017.

²⁵ BSG, Urt. v. 22.6.2010-B 1 KR 1/10 R, Rn. 13.

III. Differenzierende Rechtsprechung des BSG

Kommentiert [DF35]: Eine Überschrift darf allein nie am Ende einer Seite stehen (Umbruch)

Hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen zur Zahlung einer Aufwandspauschale hat das BSG seine Rechtsprechung in den letzten Jahren stark verändert. Dabei geht es vor allem um die Frage, welche Art von Prüfverfahren einen Anspruch auf eine Aufwandspauschale nach § 275 I c S. 3 auslösen. Wendepunkt **der**, bis dahin ständigen Rechtsprechung des BSG (s. unter III 1.) sind drei Entscheidungen des 1. Senats vom BSG vom 1.7.2014²⁶, in welchen das BSG unabhängig von dem Prüfverfahren nach § 275 I c Kriterien eines Prüfverfahrens der sachlich-rechnerischen Richtigkeit der Abrechnung neben einer Auffälligkeitsprüfung gemäß § 275 I Nr. 1, 2. Alt. kreierte (s. unter III 2.).

Kommentiert [DF36]: Komma entbehrlich

1. BSG Rechtsprechung vor dem 1.7.2014

a) 3- Stufen Prüfschema in ständiger BSG Rechtsprechung

Bis zu besagten Entscheidungen unterschied die ständige BSG-Rechtsprechung die Prüfung für Abrechnungen bei Krankenhausbehandlungen **lediglich** auf drei Stufen.²⁷

Kommentiert [DF37]: Wieso lediglich?

Auf der 1. Stufe erhalten die Krankenkassen die für die Abrechnung von Behandlung im Krankenhaus nötigsten Informationen gemäß § 301 I. ²⁸ Sind die Mindestangaben nicht zutreffend und/ oder vollständig, dürfen die Krankenkassen „nicht medizinische“ Nachfragen stellen. ²⁹ Sollten diese Angaben für die Prüfung der Ordnungsgemäßheit der Abrechnung nicht ausreichend sein, kann die Krankenkasse das Prüfverfahren nach § 275 I Nr. 1 einleiten (2.Stufe). Der MDK wird dabei von den Krankenkassen mit einer gutachterlichen Stellungnahme zu der streitgegenständlichen Frage beauftragt, welche er allein anhand der bereits vorliegenden Unterlagen vornehmen darf.³⁰

²⁶ BSG, Urt. v. 1.7.2017-B 1 KR 48/12, 1/13, 29/13.

²⁷ BSG, Urt. v. 22.4.2009-B 3 KR 24/07 R; 16.5.2012- B 3 KR 14/11 R; 13.11.2012- B 1 KR 14/12 R.

²⁸ *Knispel*, GesR 2015, 200, 201.

²⁹ BSG, Urt. v. 16.5.2012- B 3 KR 14/11 R, Rn.19; *Arnold*, KH 2017, 42, 42.

³⁰ BSG, Urt. v. 16.5.2012-B 3 KR 14/11 R, Rn. 20.

Die Krankenkasse hat dem MDK gemäß § 276 I S.1 alle in ihrem Verfügungsreich liegenden und für die Begutachtung notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.³¹ Erst, wenn auch diese Stufe der Prüfung der Abrechnung durch den MDK nicht zu einer Klärung geführt hat, können durch den MDK über § 301 hinaus weitere Unterlagen und Angaben gemäß § 276 II S. 1, 2. HS vom Krankenhaus angefordert werden (3. Stufe).³²

Kommentiert [DF38]: Tippfehler

Kommentiert [DF39]: . Komma weg

Nach der Rechtsprechung des BSG, gilt die in § 275 I c S. 2 genannte Ausschlussfrist von sechs Wochen nur für das Prüfverfahren auf der 3. Stufe.³³ Die erweiterte Sachverhaltsermittlung durch die Anforderung von Unterlagen durch den MDK muss durch die Krankenkassen bis spätestens sechs Wochen nach Eingang der Rechnung veranlasst werden. Eine Prüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung auf der 1. und 2. Stufe ist hingegen noch nach sechs Wochen zulässig.³⁴

Kommentiert [DF40]: Komma weg

Kommentiert [DF41]: Besser: „noch nach Ablauf von...“

So lässt der systematische Zusammenhang von § 275 I c S. 2 und S. 3 darauf schließen, dass auch die Aufwandspauschale nur dann gezahlt werden soll, wenn es sich um eine Prüfung der Abrechnung auf der 3. Stufe handelt. Soll doch die Aufwandspauschale den Aufwand der Krankenhäuser entschädigen, den Krankenkassen weitere Unterlagen zur Verfügung zu stellen.³⁵

Kommentiert [DF42]: Hier besser: Doppelpunkt – dann macht der folgende Satz, der ansonsten kein vollständiger ist, Sinn.

Kommentiert [DF43]: dem MDK

b) Indikatoren einer Differenzierung der Prüfverfahren

Fraglich ist, ob das BSG bereits vor 2014 seine differenzierende Rechtsprechung angedeutet hat. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2010³⁶ führte das BSG zur engen Auslegung des § 275 I c aus.³⁷ Diese ergebe sich aus der grundsätzlichen Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgebots für das SGB V. Dieses veranlasse die

Kommentiert [DF44]: Sprachlich nicht schön, besser: „In einer ... betonte das BSG mit Blick auf die grundsätzliche Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgebots für das SGB V die Notwendigkeit einer engen Auslegung des § 275 I c.“

³¹ Arnold, KH 2017, 42, 42.

³² BSG, Urt. v. 16.5.2012-B 3 KR 14/11 R, Rn. 21.

³³ aaO, Rn. 23.

³⁴ Knispel, GesR 2015, 200, 202.

³⁵ BSG, Urt. v. 16.05.2012-B 3 KR 12/11 R, Rn. 14; Knispel, GesR 2015, 200, 202; Arnold, KH 2017, 42, 42.

³⁶ BSG, Urt. v. 22.6.2010-B 1 KR 1/10 R.

³⁷ aaO, Rn. 19.

Krankenkassen) die Krankenhausabrechnungen bei Krankenhausbehandlungen iSd § 39 hinsichtlich der Erforderlichkeit der Behandlung und Höhe zu kontrollieren. Eine einseitige Regelung, wonach eine pauschale Ausgleichspflicht durch Zahlung einer Aufwandspauschale nur die eine Seite träfe (in diesem Fall die Krankenkassen) stehe dem Gleichordnungsverhältnis, in welchem Krankenkassen und Krankenhäuser auf vertraglicher Ebene stehen, entgegen.³⁸ § 275 I c stelle somit eine Ausnahme dar, die einer weiten Auslegung nicht zugänglich sei.³⁹

Kommentiert [DF45]: Komma

Kommentiert [DF46]: Kammersetzung sollte vermieden werden – besser sind Gedankenstriche oder aber die Aufnahme des Textes in eine Fußnote.

Kommentiert [DF47]: Hier wird der Einsatz des Konjunktiv schön deutlich: Die Verfasserin referiert die Entscheidung des BSG und gibt nicht etwa ihre Einschätzung der Rechtslage wider.

Den Urteilsgründen ist ebenfalls zu entnehmen, dass ein Anspruch auf eine Aufwandspauschale auch dann nicht besteht, wenn das Krankenhaus die Prüfung der Krankenkasse (MDK) durch eine falsche Abrechnung veranlasst habe, da dieser Verstoß gegen die Übermittlungspflichten aus § 301 wohl nicht mit der Zahlung einer Aufwandspauschale „belohnt“ werden dürfe.⁴⁰

In einem weiteren Urteil⁴¹ führte der 1. Senat aus, dass sich Auffälligkeiten iSd § 275 I insbesondere aus Fragen bezüglich der sachlich-rechnerischen Richtigkeit ergeben.⁴² So existierte der Begriff der sachlich-rechnerischen Richtigkeit zwar bereits vor der Rechtsprechung aus 2014, jedoch wurde er als Teil der *Auffälligkeit* und nicht als eigene Prüfart verstanden.⁴³ Diese Definition war mit dem 3. Senat in gemeinsamer Findung abgestimmt. Durch das entscheidende Urteil vom 1.07.2014 ist der 1. Senat von der, bis dahin gemeinsamen, Definition der Auffälligkeit abgewichen und hätte dies gemäß § 41 II SGG zwingend dem Großen Senat vorlegen müssen.⁴⁴ Weder ist eine, im Wege der Revisionsgerichtbarkeit übliche,

Kommentiert [DF48]: Hier fehlt ein Beleg; es wird auch nicht deutlich, um was für eine „gemeinsame Findung“ es geht.

Kommentiert [DF49]: Einheitlich zitieren: Entweder 01.07. oder 1.7. – und dann auch einheitlich im gesamten Text.

³⁸ BSG, Urt. v. 8.11.2011-B 1 KR 8/11 R, Rn. 10.

³⁹ BSG, Urt. v. 22.06.2010-B 1 KR 1/10 R, Rn. 19.

⁴⁰ BSG, Urt. v. 22.6.2010-B 1 KR 1/10 R, Lts.

⁴¹ BSG, Urt. v. 17.12.2013-B 1 KR 52/12 R.

⁴² aaO, Rn. 11.

⁴³ Scharmann, GsR 2018, 81, 81.

⁴⁴ Hambüchen, KH 2017, 978, 981.

Ankündigung der neuen Rechtsfigur ergangen,⁴⁵ noch eine Vorlage beim Großen Senat.

Kommentiert [DF50]: Der gesamte Text ab „Durch das entscheidende Urteil...“ gehört eigentlich nicht hierin, sondern passt in den Teil, in dem die neue differenzierende Rechtsprechung dargestellt wird.

c) Zwischenfazit

Die Urteile zeigen zwar noch keine Unterscheidung zwischen verschiedenen Prüffarten auf, jedoch wird die Tendenz des 1. Senats zugunsten der Krankenkassen deutlich, den Anwendungsbereich des § 275 Ic einschränken zu wollen.⁴⁶ Es ist weiterhin festzuhalten, dass die Urteile des 1. und 3. Senats⁴⁷ bis 2014 deutlich machen, dass eine fehlende Rechnungsminderung grundsätzlich zur Zahlung einer Aufwandspauschale nach § 275 Ic S. 3 führte.⁴⁸

2. BSG Rechtsprechung seit dem 1.7.2014

a) Implementierung des sachlich rechnerischen Prüfverfahrens

Kommentiert [DF51]: Schön ist es, wenn auch die Überschriften entsprechend eingerückt sind

Der 1. Senat des BSG unterschied erst seit seinen Urteilen vom 1.7.2014⁴⁹ zwischen einer Prüfung der Auffälligkeit und der sachlich-rechnerischen Richtigkeit. Entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung entschied das BSG, dass die Prüfung der sachlich-rechnerischer Richtigkeit einem eigenen, von § 275 nicht erfassten, „Prüfregime“ unterliegt.⁵⁰ Der 1. Senat konkretisierte in seinen Urteilen aus 2016 und 2017 seine Entscheidung durch die Nennung von, seiner Ansicht nach, einschlägigen Rechtsgrundlagen.⁵¹

Kommentiert [DF52]: „n“ statt „r“

⁴⁵ aaO, 982.

⁴⁶ So auch BSG Urt. v. 13.11.2012-B 1 KR 24/11 R, Rn. 25; welches die 6 Wochenfrist des § 275 Ic allein auf die Prüfanzeige beschränkt.

⁴⁷ Erst seit 2015 ist allein der 1. Senat für das GKV-Leistungserbringerrecht zuständig.

⁴⁸ *Hambüchen*, Gutachten, 6.

⁴⁹ BSG, Urt. v. 1.7.2014-B 1 KR 29/13, 48/12, 1/13 R; BSG Urt. v. 14.10.2014-B 1 KR 26/13 R.

⁵⁰ BSG, Urt. v. 1.7.2014-B 1 KR 29/13 R, Rn. 16; BSG Urt. v. 14.10.2014-B 1 KR 34/13 R, Rn. 24.

⁵¹ BSG Urt. v. 23.05.2017-B 1 KR 24/16, Rn. 16; 27/16 R, Rn. 9; BSG, Urt. v. 25.10.2016-B 1 KR 22/16 R, Rn. 18.

Abweichend von der bis dahin gemeinsamen Definition des 1. und 3. Senats, liegen *Auffälligkeiten* nunmehr dann vor, wenn die Abrechnung Fragen hinsichtlich des zu beachtenden Wirtschaftlichkeitsgebotes aufwerfen, die die Krankenkassen, nicht ohne medizinische Sachverhaltsermittlung durch den MDK aus sich heraus beantworten könnten.⁵² Unter diese neue Definition der *Auffälligkeit* fällt somit nur noch das Wirtschaftlichkeitsgebot. Währenddessen wird die sachlich-rechnerische Richtigkeit nicht mehr als Teil der Auffälligkeit, sondern als eigenständiges Prüfverfahren verstanden. Die Abweichung von der alten Definition lies das BSG in seinen Urteilen unbegründet.⁵³ Eine Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit liegt nach Auffassung des BSG bspw. dann vor, wenn die Krankenkasse Fälle der ordnungsgemäßen Kodierung der Krankenhäuser überprüft.⁵⁴

Kommentiert [DF53]: Komma weg

Kommentiert [DF54]: Hier liest sich der Konjunktiv nicht gut – besser: „...sollen Auffälligkeiten nunmehr dann vorliegen, wenn...“

Kommentiert [DF55]: Komma weg

Kommentiert [DF56]: Sprachlich nicht schön, besser: „Im Gegensatz dazu wird die ... nicht mehr ...“.

Kommentiert [DF57]: ließ

Das eigenständige Prüfreime ergibt sich nach Ansicht des BSG daraus, dass der MDK, jedenfalls bei der Prüfung von Kodierfragen, das beweisbelastende Krankenhaus lediglich dahingehend „unterstützt“, seinen Informationsobliegenheiten aus § 301 nachzukommen.⁵⁵ Durch die Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit schaffen die Krankenkassen über die Verpflichtung der Krankenhäuser des § 301 hinaus eine für die Zusammenarbeit unerlässliche Vertrauensbasis.⁵⁶ Zu einem Anspruch auf Zahlung einer Aufwandspauschale soll es demnach nicht kommen, wenn das Prüfverfahren durch das Fehlverhalten der Krankenhäuser, so durch fehlerhafte Datenübermittlung, veranlasst wurde.⁵⁷

Ob eine Krankenkasse eine Auffälligkeitsprüfung nach § 275 I oder eine Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit veranlasst hat,

⁵² BSG, Urt. v. 1.7.2014-B 1 KR 29/13 R, Rn. 21.

⁵³ *Hambüchen*, KH 2017, 978, 982.

⁵⁴ *Beyer*, KH 2015, 324, 327.

⁵⁵ BSG Urt. v. 1.7.2014-B 1 KR 29/13 R, Rn. 23.

⁵⁶ BSG Urt. v. 14.10.2014-B 1 KR 26/13 R, Rn. 17.

⁵⁷ BSG Urt. v. 25.10.2016-B 1 KR 16/16 R, Rn. 8; *Makoski*, juris PK 2017, 5.

bestimmt sich **nach** den Grundsätzen der Auslegung von Willenserklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB.⁵⁸

Kommentiert [DF58]: nach Ansicht des BSG (immer deutlich machen, ob man das alles teilt oder nur die Rechtsprechung referiert)

b) Unmittelbare Folgen der **Rechtsprechung**

Kommentiert [DF59]: Umbruch

Die Schaffung eines eigenen Prüffregimes einer sachlich-rechnerischen Prüffart hat laut BSG **Urteil** konsequenterweise zur Folge, dass auch die in § 275 I c S. 2 genannte Ausschlussfrist von sechs Wochen nicht für die Prüfung einer sachlich-rechnerischen Richtigkeit greift.⁵⁹ Weiterhin schränkt das BSG die Anwendung der Aufwandspauschale dahingehend ein, dass es die Zahlung einer Aufwandspauschale nach § 275 I c S. 3 nicht für ambulante Krankenhausbehandlungen gemäß § 115b vorsieht.⁶⁰

Kommentiert [DF60]: Besser: „nach Ansicht des BSG“

Kommentiert [DF61]: Dieser Hinweis verwirrt eher, weil er vieles voraussetzt und für das eigentliche Thema nicht zielführend ist.

IV. Kritik an der BSG- Rechtsprechung

Fraglich ist, ob die differenzierende Rechtsprechung des BSG mit den für die Aufwandspauschale in Verbindung stehenden Normen vereinbar ist und dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Nur dann wäre die **Kreation** einer sachlich-rechnerischen Prüffart **rechtmäßig**.

Kommentiert [DF62]: Besser: Konzeption (bei Kreation denkt man eher an Mode ☺)

1. Einfachgesetzliche Vereinbarkeit des sachlich rechnerischen **Prüfverfahrens**

Kommentiert [DF63]: Woran messen Sie das – siehe schon oben? Es könnte sich allenfalls um eine unzulässige Rechtsfortbildung contra legem handeln.

Zunächst stellt sich die Frage, welche Normen zur Vereinbarkeitsprüfung mit der neueren BSG **Rechtsprechung** herangezogen werden müssen, wenn das Prüfverfahren der sachlich-rechnerischen Richtigkeit unabhängig von § 275 **existiert**.

Kommentiert [DF64]: Vereinbarkeit – mit was? Hier fehlt etwas in der Überschrift.

Kommentiert [DF65]: Rechtsprechung des BSG oder BSG-Rechtsprechung

Bis 2016 nannte das BSG in mehreren Urteilen ⁶¹ nur die vage Rechtsgrundlage des § 301. Diese geht allerdings fehl, da § 301 den MDK gar nicht erwähnt.⁶² Die Implementierung eines sachlich-

Kommentiert [DF66]: Unklar formuliert – gemeint ist doch: Gibt es für die neue Rechtsprechung und das, was die Kassen und der MDK nach dieser Rechtsprechung tun können, überhaupt eine Rechtsgrundlage?

⁵⁸ BSG Urt. v. 23.6.2015-B 1 KR 23/14 R, Rn. 18.

⁵⁹ BSG Urt. v. 23.6.2015-B 1 KR 23/14 R, Lts. (diese Abkürzung ist jedenfalls ungewöhnlich)

⁶⁰ BSG, Urt. v. 1.7.2014-B 1 KR 1/13, Rn. 23.

⁶¹ BSG, Urt. v. 23.6.2015-B 1 KR 20/14 R, Rn. 25; BSG, Urt. v. 21.4.2015-B 1 KR 8/15 R, Rn. 21; BSG, Urt. v. 10.3.2015-B 1 KR 4/15 R, Rn. 15; BSG, Urt. v. 1.7.2014-B 1 KR 29/13 R, Rn. 17.

⁶² Hambüchen, KH 2017, 978, 982.

rechnerischen Prüfverfahrens auf Grundlage des § 301 würde gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstoßen⁶³, da § 301 allein die Weitergaben von Daten durch das Krankenhaus an die Krankenkasse regelt. Demnach fehlt es an einer Rechtsgrundlage für die Übermittlung von sachverhaltsrelevanten Daten zwischen dem MDK und dem Krankenhaus.⁶⁴

In einem späteren Urteil nennt das BSG als Rechtsgrundlage § 69 I S. 3 iVm den zivilrechtlichen Regelungen für Abrechnungen aus dem BGB.⁶⁵ Jedoch finden auch diese Normen keine Anwendung, da ihnen die Subsidiarität der zivilrechtlichen Regelungen gemäß § 69 I S. 3 entgegensteht. Nach § 69 I S. 3 finden Regelungen aus dem BGB ausschließlich „im Übrigen“ Anwendung. Demnach können die Normen aus dem BGB erst herangezogen werden, wenn sich im SGB V keine ausdrücklichen Regelungen zu Abrechnungen finden würden. Solche finden sich jedoch im SGB V. Eine Heranziehung zivilrechtlicher Normen ist daher ausgeschlossen.⁶⁶

Daher bleibt nur die Prüfung mittels Auslegung, ob die Schaffung eines sachlich-rechtlichen Prüfverfahrens von § 275 I Nr. 1 erfasst wird. Fraglich ist, ob das BSG mit der Implementierung eines eigenen Prüfregimes die Grenzen der Auslegung beachtet hat und sich eine solche Kreation nach den Grundsätzen der Auslegungsmethoden herleiten lässt.

a) Wortlaut

Zu prüfen ist, ob eine sachlich- rechnerische Prüfmethode vom Wortlaut des § 275 umfasst ist.

aa) Sachlich- rechnerisches Prüfverfahren

Kommentiert [DF67]: entgegen steht

Kommentiert [DF68]: sprachliche Variation besser, etwa: „zivilrechtliche Normen“

Kommentiert [DF69]: ...nämlich unter anderem in § 275

Kommentiert [DF70]: So ist das nicht präzise formuliert – es geht um die Frage, ob sich dem Wortlaut die vorgenommene Differenzierung entnehmen lässt.

Kommentiert [DF71]: Das ist eine spannende Frage, die allerdings nicht mehr unter die vorstehende Überschrift passt – denn jetzt geht es um Methodenfragen bzw. die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.

Kommentiert [DF72]: Besser: „die vom BSG vorgenommene Differenzierung“

⁶³ Huster/Ströttchen, KrV 2017, 45, 49; Hambüchen, Gutachten, 17.

⁶⁴ Hambüchen, Gutachten, 16.

⁶⁵ BSG, Ur. v. 25.10.2016-B 1 KR 16/16 R, Rn. 19.

⁶⁶ Scharmman, GesR 2018, 81, 82.

Der Wortlaut der Regelung § 275 I Nr. 1 unterscheidet bei der Erbringung von Leistungen zum einen zwischen der Prüfung von **den** Voraussetzungen, der Art und dem Umfang der Leistungen und zum anderen zwischen der Prüfung von Auffälligkeiten bei Abrechnungen.⁶⁷ Die Prüfung von Auffälligkeiten bei Abrechnungen existiert im Gesetz erst seit dem 1.1.2003, also seit der Einführung des Fallpauschalensystems⁶⁸. Bis zu diesem Zeitpunkt war nur eine Prüfung bei der Erbringung von Leistungen vorgesehen.⁶⁹ Die Prüfung der Wirtschaftlichkeit ist also, entgegen der Auffassung des BSG, kein Teil der Prüfung bei „Auffälligkeiten der ordnungsgemäßen Abrechnung“, sondern, wie bereits vor 2003, ein Teil der „Erbringung von Leistungen“.⁷⁰ Der Wortlaut der „Prüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung“ deutet auf eine umfassende Prüfung der Rechnung hin, die nicht nur die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebotes meint.⁷¹ Vielmehr zeigt der Wortlaut „insbesondere“ **des** § 275 I Nr.1, dass die beiden Prüfvarianten nicht **abschließend** und sämtliche Prüfanlässe von der Norm erfasst sind.⁷² Das BSG verkennt in seiner **Kreation**, dass Auffälligkeiten lediglich hinsichtlich der ordnungsgemäßen Abrechnung Anlass zu einem Prüfverfahren bieten. Bei der Prüfung der Voraussetzungen, Art und Umfang der Leistung bedarf es keiner solcher Auffälligkeiten.⁷³ Es ist daher schwer nachvollziehbar, dass das BSG allein bei Auffälligkeitsprüfungen die Überprüfung der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebotes annimmt. Das BSG nimmt den Gesetzestext unvollständig wahr; es widerspricht sogar dem Wortlaut der Norm, wenn es den Anwendungsbereich des § 275 I Nr. 1 lediglich auf Auffälligkeitsprüfungen reduziert und die Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit ausklammert.⁷⁴

Kommentiert [DF73]: Besser: „der“ statt „von den“

Kommentiert [DF74]: Besser: „in“

Kommentiert [DF75]: Besser: „sind“ nach vorne stellen

Kommentiert [DF76]: Hierzu schon eben...

⁶⁷ SG Osnabrück, Urt. v. 27.1.2016-S 34 KR 98/15, Rn. 25; SG Mainz, Urt. v. 4.5.2015-S 3 KR 428/14, Rn. 39.

⁶⁸ Gesetz zur Einführung des diagnoseorientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (FPG), BGBl. I, 1412.

⁶⁹ *Huster/Ströttchen*, KrV 2017, 45, 48.

⁷⁰ *Sichert* in: Becker/Kingreen SGB V, § 275 Rn. 11.

⁷¹ *Knispel*, GesR 2015, 201, 206; *Schliephorst*, KH 2015, 749, 753.

⁷² SG Mainz, Urt. v. 4.5.2015-S 3 KR 428/14, Rn. 35.

⁷³ aaO.

⁷⁴ SG Darmstadt, Urt. v. 7.12.2015-S 8 KR 434/14, Rn. 83.

Die Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit ist demnach ebenfalls vom Wortlaut des § 275 I Nr. 1 erfasst.

bb) Ausschluss ambulanter Krankenhausbehandlungen

Zu keinem anderen Ergebnis kommt die Auslegung nach **Wortlaut** hinsichtlich der Rechtsprechung des BSG, dass die Aufwandspauschale keine Anwendung für ambulante Krankenhausbehandlungen nach § 115b findet.⁷⁵ Gemäß § 275 Ic werden Krankenhausbehandlungen nach § 39 erfasst. Der Wortlaut des § 39 I erwähnt explizit neben der voll-, teil- und vor- sowie nachstationären Behandlung auch die ambulante Krankenhausbehandlungen gemäß § 115 b. Somit wird § 115b ausdrücklich in § 39 genannt und § 39 wiederum ausdrücklich in § 275 Ic.⁷⁶

Kommentiert [DF77]: Einfügen: „dem“

Kommentiert [DF78]: Besser: „Nicht überzeugend ist angesichts des Gesetzeswortlauts auch die Einschätzung des BSG, wonach § 275 Ic nicht für ambulante Krankenhausbehandlung nach § 115b gilt“.

Kommentiert [DF79]: Das ist seit dem 29.7.2017 nicht mehr so.

b) Historie

Das BSG stützt das eigenständige Prüfverfahren auf § 17 c KHG und die Reichsversicherungsordnung (RVO).⁷⁷ So ist § 275 I zunächst als Fortsetzung **zu** § 369b I Nr. 1 RVO geschaffen worden.⁷⁸ Jedoch ist die Prüfung der sachlich- rechtlichen Richtigkeit bereits seit der Ergänzung des § 275 I Nr. 1 um den **Absatz** „Prüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung“ 2002, im Rahmen des FPG, Bestandteil der Prüfung nach § 275 I Nr. 1.⁷⁹ Die Ergänzung zeigt, dass der Gesetzgeber gerade die bis dahin nicht im Gesetz erwähnte sachliche und abrechnungsmäßige Richtigkeit der Krankenhausabrechnungen von § 275 I Nr. 1 umfasst wissen wollte.⁸⁰ Die Gesetzesbegründung **nennt** ausdrücklich, dass auch die Rechnungslegung vom MDK überprüft werden könne.⁸¹ Mit

Kommentiert [DF80]: Besser: „Nachfolgeregelung“

Kommentiert [DF81]: Kein Absatz, sondern Teilsatz

Kommentiert [DF82]: erwähnt

⁷⁵ BSG, Urt. v. 1.7.2014- B 1 KR 1/13, Rn. 23.

⁷⁶ Beyer, KH 2015, 324, 327; Hambüchen, Gutachten, 10.

⁷⁷ BSG Urt. v. 25.10.2016-B 1 KR 18/16 R, Rn. 22.

⁷⁸ Makoski, juris PK 2017, 2.

⁷⁹ Scharmann, GesR 2018, 81, 83.

⁸⁰ aaO.

⁸¹ BT-Drucks. 14/7862, 6.

„Rechnungslage“ ist gerade die Überprüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit einer Abrechnung gemeint.⁸² Aus diesem Grund ging auch das BSG vor besagtem Urteil 2014 davon aus⁸³, dass die sachlich-rechnerische Richtigkeit von der Auffälligkeitsprüfung umfasst sei.

Kommentiert [DF83]: deutlicher: „gerade auch das BSG selbst vor seinen Entscheidungen aus dem Jahr 2014 davon aus....“

Auch wenn man die Historie des Gesetzes betrachtet, kommt man zu dem Ergebnis, dass § 275 I Nr. 1 neben der Prüfung des Wirtschaftlichkeitsgebotes auch die Prüfung der sachlich-rechtlichen Richtigkeit umfasst.

c) Systematik

Zu prüfen ist weiterhin, ob sich die Implementierung einer sachlich-rechnerischen Richtigkeit aus der Gesetzessystematik ergibt. Zweifelhafte erscheint dies schon aus dem Grund, dass ein eigenes Prüfverfahren sich nicht mit den Übermittlungen von Sozialdaten gemäß § 276 II S. 1 vereinen lässt.⁸⁴ Demnach darf der MDK Sozialdaten nur erheben und speichern, wenn es für Prüfungen iSd § 275 erforderlich ist. Es fehlt somit schon an einer Rechtsgrundlage für die Übermittlung von Daten bezüglich einer sachlich-rechnerischen Prüfung zwischen der Krankenkasse und dem MDK.⁸⁵

Kommentiert [DF84]: Besser: „mit der Gesetzessystematik vereinbar ist“.

Kommentiert [DF85]: Besser: „der Übermittlung von“

Kommentiert [DF86]: Besser: „vereinbaren“

Auch deutet § 17c IVb KHG darauf hin, dass § 275 ebenfalls ein Prüfverfahren der sachlich-rechnerischen Richtigkeit miteinschließt.⁸⁶ Bis Ende des Jahres 2015 veranlasste § 17c IVb KHG vor der Klagerhebung bei Streitigkeiten bzgl. der Vergütung bei Abrechnungsprüfungen gemäß § 275 I c die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens, wenn die Forderung 2000 € nicht übersteigt. Wenn die Prüfung einer sachlich-rechnerischen Richtigkeit nicht von § 275 erfasst sein sollte, ginge die Intention des Gesetzgebers fehl,

Kommentiert [DF87]: Besser umstellen: „Auch § 17c IVb KHG deutet darauf hin ...“

Kommentiert [DF88]: Besser: „auch“

Kommentiert [DF89]: So ist das nicht ganz richtig – das Schlichtungsverfahren war Voraussetzung für eine Klage.

⁸² Knispel, GesR 2015, 201, 206.

⁸³ Zuletzt: BSG Urt. v. 17.12.2013-B 1 KR 14/13 R, Rn. 9.

⁸⁴ Scharmann, GesR 2018, 81, 84.

⁸⁵ SG Darmstadt, Urt. v. 7.12.2015-S 8 KR 434/14, Rn. 111.

⁸⁶ aaO, Rn. 109.

durch § 17c IVb KHG die Sozialgerichte zu entlasten⁸⁷, da das Schlichtungsverfahren eine Prüfung nach § 275 voraussetzt.⁸⁸

Nähme man ein solches eigenständiges Prüfverfahren an, ergäben sich auch Fragen hinsichtlich der zuletzt 2016 geänderten PrüfvV. Gemäß § 3 S. 1 PrüfvV haben die beiden Parteien miteinander vereinbart, dass die Prüfung neben der Wirtschaftlichkeit der Krankenhausleistung auch die Korrektheit der Abrechnung betrifft.⁸⁹ Der Auffassung des BSG folgend, würde die PrüfvV mangels gesetzlicher Grundlage nicht für das sachlich-rechnerische Prüfverfahren gelten, da eine solche nicht von § 275 umfasst ist.⁹⁰ Die Ansicht des BSG konterkariert dabei die Intention des Gesetzgebers, durch die PrüfvV eine einheitliche Regelung für die Ausgestaltung des Prüfverfahrens durch die Krankenkassen auf Bundesebene zu schaffen, da die PrüfvV für eine Vielzahl der Fälle nicht gelten würde.⁹¹

Auch nach der Auslegung der Regelungssystematik ist ein sachlich-rechnerisches Prüfverfahren von § 275 I erfasst.

d) Sinn und Zweck

Fraglich ist, ob die Schaffung eines eigenen Prüfverfahrens mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar ist. In seiner Gesetzesbegründung machte er deutlich, dass er bei Einführung der Aufwandspauschale lediglich zwei Prüfverfahren bei der Überprüfung von Krankenhausbehandlungen im Sinn hatte, die Einzelfallprüfung nach § 275 und die Stichprobenprüfung nach § 17c KHG.⁹² Eine weiteres, von den beiden Alternativen, unabhängiges Prüfverfahren ist dem Willen des Gesetzgebers nicht zu entnehmen.⁹³

Kommentiert [DF90]: Besser: „Nähme man mit dem BSG ein solches eigenständiges...“

Kommentiert [DF91]: Welche sind das?

Kommentiert [DF92]: Besser: „Auch die systematische Auslegung spricht daher gegen die Differenzierung des BSG“.

Kommentiert [DF93]: durch das BSG

Kommentiert [DF94]: Tippfehler

Kommentiert [DF95]: Hier vermischen sich die Ebenen etwas – was der Gesetzgeber wollte, ist Teil der historischen Auslegung.

⁸⁷ Felix, NZS 2015, 681, 683.

⁸⁸ Münzel, MedR 2016, 778, 784.

⁸⁹ Knispel, GesR 2015, 200, 206.

⁹⁰ Schliephorst, KH 2015, 749, 752.

⁹¹ Scharmann, GesR 2018, 81, 84.

⁹² BT-Drucks. 16/3100, 171.

⁹³ SG Darmstadt, Urt. v. 7.12.2015-S 8 KR 434/14, Rn. 97.

Zudem war das Anliegen des Gesetzgebers, durch die Einführung der Aufwandspauschale unverhältnismäßige und nicht sachgerechte Prüfungen durch die Krankenkassen zu vermeiden und die Bürokratie weg von Detailgerechtigkeit zu bewegen.⁹⁴ Prüfverfahren sollten beschleunigt und Rechtssicherheit geschaffen werden.⁹⁵ Es würde dem Willen des Gesetzgebers entgegenwirken, wenn man eine Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit ausnehmen würde, da doch gerade die einen Großteil der Prüfungen ausmacht.⁹⁶ Vielmehr erhöhte der Gesetzgeber im Rahmen der Reform des KHG vom 17.3.2009 die Aufwandspauschale von 100 € auf 300 €, da sich die Prüfungen nicht in dem vom Gesetzgeber erhofften Umfang reduziert haben.⁹⁷

Kommentiert [DF96]: Sprachlich nicht schön

Kommentiert [DF97]: Rechtssicherheit sollte ...

Kommentiert [DF98]: Besser: widersprechen

Kommentiert [DF99]: Besser „Zudem“

Kommentiert [DF100]: Hier fehlt die Fundstelle im BGBI

Kommentiert [DF101]: Besser: „hatten“

Im Ergebnis spricht auch der Sinn und Zweck des § 275 gegen ein eigenes Prüfverfahren der sachlich-rechnerischen Richtigkeit.

e) Zwischenfazit

Es ist festzustellen, dass sich für die Argumentation des BSG zu einem eigenen Prüfverfahren der sachlich-rechnerischen Richtigkeit keine Rechtsgrundlage außerhalb des § 275 findet. Die Auslegung des Wortlautes, der Historie, der Gesetzessystematik und des Sinn und Zwecks des Gesetzes ergeben, dass auch die Prüfung des sachlich-rechnerischen Prüfverfahrens von § 275 erfasst ist. Eine eigenständiges Prüfverfahren steht dem Willen des Gesetzgebers entgegen. Es scheint daher zweifelhaft, dass allein Auffälligkeitsprüfungen einen Anspruch auf Aufwandspauschalen auslösen.

Kommentiert [DF102]: Ein

Kommentiert [DF103]: Besser: „Es ist daher wenig überzeugend, ...“

Kommentiert [DF104]: auslösen sollen

2. Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen

Neben der einfachgesetzlichen Vereinbarkeit stellt sich die Frage, ob die differenzierende Rechtsprechung des BSG mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist. In Betracht käme ein

Kommentiert [DF105]: Besser: Angesichts der gewonnenen Auslegungsergebnisse stellt sich zudem die Frage,...

⁹⁴ BT-Drucks. 16/3100, 171.

⁹⁵ BT-Drucks. 17/13947, 38.

⁹⁶ SG Darmstadt, Urt. v. 7.12.2015-S 8 JR 434/14, Rn. 118.

⁹⁷ BT-Drucks. 16/11429, 47.

Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip, welches seine Ausprägung in verschiedenen Grundsätzen findet, wie der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) oder dem Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 II GG).⁹⁸

a) Bindung an Recht und Gesetz, Art. 20 III, 2. HS GG

Die Kreation eines sachlich-rechnerischen Prüfverfahrens unabhängig von § 275 I lässt sich mittels Auslegungsmethoden nicht herleiten. Sie könnte trotz dessen den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen, wenn die Schaffung sich innerhalb der Grenzen der richterlichen Befugnis der Rechtsfortbildung (Art. 20 II S. 2, III GG) bewegen und somit kein Verstoß gegen Art. 20 III, 2. HS GG vorliegen würde. Insoweit stellt die Rechtsfortbildung über die einfache Gesetzesauslegung hinaus, deren Fortsetzung unter denselben Kriterien dar.⁹⁹

Kommentiert [DF106]: Siehe oben

Kommentiert [DF107]: Besser: Durch Auslegung

Kommentiert [DF108]: Besser: Die Rechtsprechung...

Kommentiert [DF109]: trotzdem

Kommentiert [DF110]: Besser: wenn sie sich...

Kommentiert [DF111]: Dann auch: „bewegt“

Kommentiert [DF112]: Der Satz erschließt sich nicht wirklich aus dem vorgehenden und ist auch schwer zu verstehen. Der Sache nach geht es doch um die Frage, ob das BSG die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung, durch die Gerichte in einem bestimmten Umfang Normen weiterentwickeln dürfen, eingehalten hat.

aa) Voraussetzungen der Rechtsfortbildung

In seinem Beschluss vom 23.5.2016¹⁰⁰ machte das BVerfG Ausführungen zu den Voraussetzungen der Rechtsfortbildung. Eine solche kann auch dann zulässig sein, wenn es an einer Gesetzesgrundlage fehlt¹⁰¹, jedoch bedarf es eines Anlasses zur gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung.¹⁰² Ein solcher besteht insbesondere dann, wenn Programme ausgefüllt, Lücken geschlossen oder Wertungswidersprüche aufgelöst werden müssen.¹⁰³

Kommentiert [DF113]: Nicht nur da! Besser abstrakt formulieren – wann dürfen Gericht das Recht „fortbilden“ und dann Hinweis in der Fußnote auf die Rechtsprechung des BVerfG.

Ein solcher Anlass ist hinsichtlich des eigenständigen Prüfverfahrens nicht erkennbar. Es handelt sich auch nicht um eine veraltete Norm, die den Anpassungen durch richterliche Fortbildung in Form einer

Kommentiert [DF114]: Besser: „der Anpassung“

⁹⁸ Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 138, 290.

⁹⁹ Drechsler, ZJS 2015, 344, 344.

¹⁰⁰ BVerfG, Bes. v. 23.5.2016-1 BvR 2230/15.

¹⁰¹ BVerfG, Bes. v. 25.4.2016-1 BvR 1147/12, Rn. 5.

¹⁰² BVerfG, Bes. v. 23.5.2016-1 BvR 2230/15, Rn. 37.

¹⁰³ aaO.

einschränkenden Auslegung bedarf. Vielmehr handelt es sich um eine junge **Reglung**, die im Zuge der zahlreichen Gesetzesreformen **hätten** geändert werden können, wenn der Gesetzgeber die bis 2014 gängige Praxis missbilligt hätte.¹⁰⁴ Auch bot die Praxis bis 2014 keinerlei Unstimmigkeiten, die einer veränderten Rechtsprechung **bedurften**. So waren **sowohl** Rechtsprechung als auch Literatur, die Krankenhäuser und selbst die Krankenkassen von einer solch unvorhersehbaren Kehrtwende des BSG überrascht¹⁰⁵, haben die Krankenkassen doch einvernehmlich bis zu diesem Zeitpunkt auch für die Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit Aufwandspauschalen gezahlt.

Kommentiert [DF115]: Tippfehler

Kommentiert [DF116]: „hätte“

Kommentiert [DF117]: Besser: „bedurft hätten“.

Kommentiert [DF118]: Besser: „nicht nur die Instanzgerichte und die Literatur, sondern auch Krankenhäuser und Krankenkassen von... überrascht – schließlich hatten die Krankenkassen doch ...“

Ungehindert des fehlenden Anlasses, hat das BSG eine solche Rechtsfortbildung hinsichtlich der Kreation des eigenen Prüfverfahrens **vorgenommen**. Fraglich ist, ob sich diese in den Grenzen der Rechtsfortbildung als richterliches Privileg zur Fortentwicklung des Rechts bewegt und damit verfassungskonform ist.¹⁰⁶

Kommentiert [DF119]: Kein schöner Satz, besser der gesamte Absatz in etwa so: „Angesichts der bisher vorliegenden Ergebnisse stellt sich die Frage, ob das Vorgehen des BSG sich noch in den Grenzen einer zulässigen Fortentwicklung des Rechts bewegt und damit verfassungskonform ist.“

bb) Grenzen der Rechtsfortbildung

Die Grenzen der Rechtsfortbildung ergeben sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) und dem Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 II GG), wonach die Rechtsprechung eng an den Wortlaut der Norm und an das Regelungskonzept, also den Willen des Gesetzgeber, gebunden ist.¹⁰⁷

Zwar stellt der Wortlaut keine starre Grenze der Rechtsfortbildung dar, jedoch darf sie dem Wortlaut auch nicht **entgegenstehen**. Das ist immer dann gegeben, wenn die Rechtsfortbildung keinen Ansatzpunkt im Gesetz oder im gesetzgeberischen Willen findet.¹⁰⁸

Kommentiert [DF120]: Genauer: Das Gericht darf seinen Willen nicht über den Willen des Gesetzgebers stellen.

¹⁰⁴ Huster/Ströttchen, KrV, 45, 52; Hambüchen, KH 2017, 978, 982.

¹⁰⁵ Hambüchen, Gutachten, 8.

¹⁰⁶ Penner/ Büscher/ Niemer/ Reimer, GuP 2017, 15, 17.

¹⁰⁷ BVerfG, Urt. v. 30.3.2004-2 BvR 1520/01, Rn. 145.

¹⁰⁸ BVerfG, Bes. v. 14.6.2007- 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 91.

Eine über eine Gesetzesgrundlage hinaus schöpferische Rechtsfortbildung unterliegt von vornherein engeren Grenzen, wenn sie zu einer „Verschlechterung der Situation des Einzelnen“ führt.¹⁰⁹ Auch bei der differenzierenden Rechtsprechung **müssen** die Grenzen der Rechtsfortbildung eng gefasst werden, da die teilweise **grundrechtberechtigten Krankenhäuser Rückforderungsansprüchen** bereits geleisteter Aufwandpauschalen ausgesetzt sind. Trotz dieser engen Grenzen nimmt das BSG eine einschränkende Auslegung des § 275 I, 1c vor, indem es die Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit von der Aufwandpauschale ausnimmt. Jedoch bietet die vorgenommene Gesetzesauslegung, gerade im Hinblick auf die **Systematik**, keine Anhaltspunkte für die Vornahme einer solch einschränkenden Auslegung.

Kommentiert [DF121]: Besser ergänzen: „des BSG“

Kommentiert [DF122]: Tippfehler

Kommentiert [DF123]: hinsichtlich

Kommentiert [DF124]: Komma weg

Einer solchen Rechtsprechung steht klar der Wille des Gesetzgebers entgegen. Schließlich deutet gerade der Sinn und Zweck des § 275 I c S. 3 darauf hin, dass alle Prüfverfahren dem Anspruch einer Aufwandpauschale unterliegen sollten. Nur so könnten laut Gesetzesbegründung die Einzelfallprüfungen der Krankenkassen eingedämmt und Bürokratie abgebaut werden.

b) Zwischenfazit

Das BSG hätte, mangels fehlenden Anlasses, schon gar keine Rechtsfortbildung vornehmen **dürfen**. Die Grenzen der dennoch angewandten **Rechtsfortbildung** wurden insoweit überschritten, als **dass** es nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers keine ersichtliche Rechtsgrundlage für die **Kreation** eines sachlich-rechnerischen Prüfverfahrens außerhalb von § 275 I c gibt.¹¹⁰ Die strittige Frage, ob die Wortlautgrenze der einfachgesetzlichen Vorschrift als Grenze der Rechtsfortbildung dient¹¹¹, kann aufgrund der offensichtlichen

Kommentiert [DF125]: Ganzer Satz kann weg.

Kommentiert [DF126]: Besser: „Das BSG hat die Grenzen der Rechtsfortbildung insoweit überschritten, als...“

Kommentiert [DF127]: weg

Kommentiert [DF128]: Sie oben

¹⁰⁹ Huster/ Ströttchen, KvR 2017, 45, 51.

¹¹⁰ Vgl. Hambüchen, Gutachten, 23.

¹¹¹ Zur subjektiven und objektiven Theorie: Drechsler, ZJS 2015, 344, 349.

Überschreitung der Grenze des objektiven Willens des Gesetzgebers unerörtert bleiben.

Die Konstruktion des BSG verfehlt das gesetzgeberische Ziel der Norm, vielmehr stellt das BSG seine Schaffung an die Stelle der vom Gesetzgeber gewollten Regelungskonzeption des § 275 I. Für eine solche Erhebung liegen keinerlei gesetzgeberische Anhaltspunkte vor. Durch die Rechtsfortbildung *contra legem* kommt es zu einem Eingriff in die gesetzgeberischen Kompetenzen und die Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grundsätze der Rechtsfortbildung. Von Verstößen gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz gemäß Art. 20 II GG und den Grundsatz der Bindung an Recht und Gesetz gemäß Art. 20 III, 2. HS GG muss mithin ausgegangen werden.

V. Reaktion des Gesetzgebers auf differenzierende Rechtsprechung

Im Zuge des Krankenhausstrukturgesetzes (KHSG) vom 10. Dezember 2015 konkretisierte der Gesetzgeber § 275 I c S. 3 durch Satz 4, indem er klarstellte, dass als Prüfung nach Satz 1 jede Prüfung der Abrechnung eines Krankenhauses gilt, mit der die Krankenkasse den MDK beauftragt und die eine Datenerhebung durch ihn beim Krankenhaus erfordert.¹¹² Der Gesetzgeber reagierte damit ausdrücklich auf die differenzierende Rechtsprechung des BSG und den daraus resultierenden Unsicherheiten.¹¹³ In seiner Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber explizit auf das 3-stufige Prüfsystem des BSG vor 2014 Bezug genommen und damit seinen Willen diesbezüglich und der Rechtsprechung des BSG vor 2014 deutlich gemacht.¹¹⁴ Dass der Gesetzgeber von einer „Neuregelung“ spricht, steht dem ausdrücklichen Willen, die differenzierende Rechtsprechung des BSG in Gänze zu beseitigen, nicht entgegen. Es handelt sich hierbei lediglich

Kommentiert [DF129]: Besser: „Ziel der Norm nicht nur; vielmehr ersetzt es die vom Gesetzgeber gewollte Regeung.“

Kommentiert [DF130]: Welche „Erhebung“? Unklar

Kommentiert [DF131]: Besser: „werden überschritten“.

Kommentiert [DF132]: Besser: „die differenzierende Rechtsprechung des BSG“

Kommentiert [DF133]: Hier fehlt die Fundstelle im BGBI.

Kommentiert [DF134]: „die“

Kommentiert [DF135]: Satz so nicht sehr gelungen

Kommentiert [DF136]: Was ist damit gemeint?

¹¹² BT-Drucks. 18/6586, 110.

¹¹³ BT-Drucks. 18/6586, 110.

¹¹⁴ Scharmann, GesR 2018, 81, 81; BT-Drucks. 18/658.6, 110.

um ein redaktionelles Versehen.¹¹⁵ Eine vorherige Gesetzesbegründung spricht ausdrücklich von einer „Klarstellung“.¹¹⁶

Über die Gesetzeskonkretisierung vom 1.1.2016 hinaus, hält das BSG auch in seiner jüngeren Rechtsprechung¹¹⁷, jedenfalls für den Zeitraum bis zur Gesetzeskonkretisierung, an der Konstruktion des sachlich-rechnerischen Prüfverfahrens fest, ohne jedoch zu konkretisieren, für welche Fallkonstellationen eine Aufwandspauschale nicht gezahlt bzw. zurückgefordert werden sollte.

Kommentiert [DF137]: Satz nicht gelungen – das BSG sieht keine Rückwirkung der neuen Regelung und lässt offen, wie es mit der neuen Rechtslage in Zukunft umgehen will.

VI. Praktische Auswirkungen der differenzierenden Rechtsprechung

Die praktischen Auswirkungen der Rechtsprechung zeigen sich insbesondere hinsichtlich der Frage, ob bereits gezahlte Aufwandspauschalen durch die Krankenkassen von den Krankenhäusern zurückgefordert werden können.

Kommentiert [DF138]: Besser: „ob die Krankenkassen bereits gezahlte Aufwandspauschalen von den Krankenhäusern zurückfordern können“.

1. Rückforderung bereits gezahlter Aufwandspauschalen

Probleme ergeben sich insbesondere hinsichtlich des Zeitraums vor Inkrafttreten des KHSG am 1.1.2016 und seiner Einführung des § 275 I c S. 4, insofern von dem Zeitpunkt vor der differenzierenden Rechtsprechung vom 1.7.2014 bis zum 31.12.2015.

Kommentiert [DF139]: Umständlicher Satz

a) Streitige Fälle vor dem 1.7. 2014

Es stellt sich die Frage, ob die Rechtsprechung des BSG zur Konstruktion eines sachlich-rechnerischen Prüfverfahrens auch rückwirkend Anwendung findet. Wäre dies zu bejahen, hätten Krankenhäuser einen Anspruch auf die Rückzahlung bereits gezahlter Aufwandspauschalen für Abrechnungen bezüglich Kodierfragen vor dem 1.07.2014.

Kommentiert [DF140]: Zur Zitierweise siehe schon oben.

¹¹⁵ *Hambüchen*, Gutachten, 37 f.

¹¹⁶ BT- Drucks 18/5372, 16.

¹¹⁷ BSG, Urt. v. 25.10.2016- B 1 KR 22/16 R.

Grundsätzlich entfaltet ein Urteil seine Geltung *inter partes*, also für die am Rechtsstreit Beteiligten.¹¹⁸ Allerdings kann höchstrichterliche Rechtsprechung in gleichgelagerten Fällen Berücksichtigung finden und über den entschiedenen Einzelfall hinaus gehen.¹¹⁹ Eine höchstrichterliche Entscheidung durch das BSG hinsichtlich der Rückwirkung seiner Rechtsprechung liegt derzeit noch nicht vor. Doch gehen bereits unterinstanzliche Sozialgerichte von einer zulässigen Rückwirkung aus, da das BSG lediglich eine bereits bestehende Rechtslage klärt und keine gänzlich neue schafft.¹²⁰ Es scheint jedoch problematisch von einer zulässigen Rückwirkung auszugehen. Warum sollte die Zulässigkeit der Rückwirkung höchstrichterlicher Rechtsprechung anderen Voraussetzungen unterliegen, als die Zulässigkeit der Rückwirkung von Gesetzesänderungen? Eine echte und damit unzulässige Rückwirkung liegt immer dann vor, wenn rückwirkend in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt eingegriffen wird und dieser nachträglichen Bedingungen unterworfen wird, eine zulässige unechte Rückwirkung immer dann, wenn auf noch andauernde Sachverhalte nachträglich eingewirkt wird und diese erstmalig einer veränderten Rechtsfolge unterworfen wird. Die nachteilig Beteiligten können sich auf den Vertrauensschutz berufen.¹²¹ Diese Grundsätze sind immer dann auf die Rückwirkung von höchstrichterlicher Rechtsprechung anwendbar, wenn diese die gleiche Wirkung, wie eine Änderung der Rechtslage aufweist.¹²²

Der 1. Senat ist daher in seiner Behauptung inkonsequent, die Gesetzeskonkretisierung vom 1.1.2016 unterliege, richtigerweise, einem Rückwirkungsverbot¹²³, seine höchstrichterliche Rechtsprechung allerdings nicht. Hat das BSG doch mit der Schaffung einer bis dahin unbekanntes Prüffart eine grundlegende Änderung der,

Kommentiert [DF141]: hinausgehen

Kommentiert [DF142]: Das geht an der eigentlichen Frage etwas vorbei. Gilt die Rechtsprechung auch für „Altfälle“? Darum geht es doch...

Kommentiert [DF143]: Besser: „Das BSG selbst hat sich zu dieser Frage nicht geäußert“.

Kommentiert [DF144]: Komma

Kommentiert [DF145]: Komma weg

Kommentiert [DF146]: Hier fehlt eine Fundstelle

Kommentiert [DF147]: Betroffenen

Kommentiert [DF148]: So versteht man das nicht.

Kommentiert [DF149]: Komma weg

¹¹⁸ LSG Berlin- Brandenburg, Bes. v. 27.8.2010-L 7 KA 11/10 KL ER, Rn. 24.

¹¹⁹ BSG, Urt. v. 12.9.2012- B 3 KR 10/12 R, Rn. 31.

¹²⁰ LSG Nordrhein- Westfalen, Urt. v. 22.2.2018-L 5 KR 537/17, Rn. 24.

¹²¹ *Wagner/Haag*, NZS 2016, 613, 615 f.; *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 394.

¹²² *Wagner/Haag*, NZS 2016, 613, 615.

¹²³ Anders: *Hambüchen*, Gutachten, 37; SG Aachen, Urt. v. 13.09.2016- S 13 KR 413/15 Rn. 21, welches die Gesetzesänderung aufgrund der Gesetzesbegründung als Auslegungsbestimmung für rückwirkend hält.

bis dahin geltenden Rechtslage, mit der gleichen Wirkung wie eine Gesetzesänderung herbeigeführt. Die Krankenhäuser können sich als nachteilig **Beteiligte** auf den Vertrauensschutz berufen, da sie nicht damit hätten rechnen müssen, dass bereits gezahlte Aufwandspauschalen nachträglich einem Prüfverfahren unterliegen, welches gerade keinen Anspruch auf eine **solche** auslöst. Die differenzierende Rechtsprechung wirkt wie eine Änderung der Rechtslage, da bis zu diesem Zeitpunkt, selbst aus Sicht des BSG, alle Prüfungen solche des § 275 I Nr. 1, 2. Alt gewesen sein **müssen** und somit einen Anspruch auf eine Aufwandspauschale auslösten.

Kommentiert [DF150]: Betroffene

Kommentiert [DF151]: Besser: „keinen entsprechenden Anspruch“

Kommentiert [DF152]: „mussten“

Die Krankenkassen unterliegen der Pflicht, den Prüfauftrag an den MDK durch Zielrichtung und Konkretisierung des Inhalts der Prüfung vorzugeben.¹²⁴ Wenn der Prüfauftrag uneindeutig ist, ergibt er sich durch Auslegung nach den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung von Willenserklärungen aus Sicht des Empfängerhorizontes.¹²⁵ Vor der differenzierenden Rechtsprechung existierte kein sachlich-rechnerisches Prüfverfahren, also müssen aus Sicht des Empfängerhorizontes der Krankenkassen alle Prüfungen der Abrechnungen solche der Auffälligkeitsprüfungen gewesen sein.

Derzeit sind allein Fälle aus den Jahren 2014 und 2015 streitig, da bereits gezahlte Aufwandspauschalen aus den Jahren 2012 und 2013 der Einrede der Verjährung gemäß § 45 I SGB I **unterliegen**.

Kommentiert [DF153]: Besser: „nach § 45 SGB I bereits verjährt sind“

b) Streitige Fälle ab dem 1.7.2014

Das Prüfgebot der Krankenkassen gilt insoweit auch für die Fälle ab dem 1.7.2014. Ein Rückforderungsanspruch ist jedenfalls immer dann ausgeschlossen, wenn sich aus dem Prüfantrag oder dem Empfängerhorizont der Krankenkassen nicht eindeutig ergibt, dass es

¹²⁴ BSG, Urt. v. 22.11.2012- B 3 KR 20/12 R, Rn. 12.

¹²⁵ BSG, Urt. v. 13.11.2012- B 1 KR 10/12 R, Rn. 14.

sich bei der vorgenommenen Prüfung um **eine** der sachlich-rechnerischen Richtigkeit handelt.

Kommentiert [DF154]: solche

Die Krankenkassen verstoßen mit ihren Rückforderungen zudem gegen die, aus Dauerschuldverhältnissen **resultierenden**, Treuepflichten gemäß § 242 BGB, indem sie einvernehmlich gezahlte Aufwandspauschalen nachträglich zurück fordern.¹²⁶ So zeigt die für Krankenkassen verbindliche PrüfvV in § 4 I PrüfvV, dass selbst die Krankenkassen noch im Jahr 2015 davon ausgingen, dass auch Kodierfragen zur Abrechnungsprüfung iSd § 1 PrüfvV zählen.¹²⁷ Ein Anspruch auf Rückzahlung bereits gezahlter Aufwandspauschalen kann zudem schon allein aus dem Grund nicht bestehen, da es keine Rechtsgrundlage für ein sachlich-rechnerisches Prüfverfahren gibt, die Rechtsprechung mithin rechtswidrig ist.¹²⁸

Kommentiert [DF155]: besser: „in Dauerschuldverhältnissen bestehenden“

2. **aktuelle** Verjährungsfragen

Kommentiert [DF156]: Das hatten Sie oben schon festgestellt – hier passt es nicht wirklich.

Kommentiert [DF157]: „Aktuelle“

Angesichts des von den Fraktionen CDU/CSU und SPD gestellten Änderungsantrags zu § 109 im Zuge der Einführung des Pflegepersonal-Stärkungsgesetzes (PpSG) könnten die hier dargestellten streitigen Zeiträume jedoch bereits ab spätestens 1.1.2019 verjährt sein. Der Antrag sieht durch Ergänzung des § 109 V eine Verkürzung der Verjährungsfrist im Krankenhausleistungsrecht von vier auf zwei Jahre vor, gemäß Satz 2 soll dies auch für Ansprüche der Krankenhäuser gelten, die bereits vor dem 1.1.2019 entstanden, nach alter Rechtslage aber noch nicht verjährt sind.¹²⁹ Dies betrifft die Rückerstattungsansprüche der Krankenkassen aus den Jahren 2014/15, da diese nach aktueller Gesetzeslage am 1.1.2019 noch nicht verjährt wären.

¹²⁶ SG Reutlingen, Urt. v. 14.3.2018- S 1 KR 3632/16, Rn. 16; SG Stralsund, Urt. v. 10.8.2012-S 3 KR 181/11, Lts.

¹²⁷ *Hambüchen*, Gutachten, 35.

¹²⁸ *Hambüchen*, Gutachten, 34.

¹²⁹ BT-Drucks. 19/5593, 103 f.

Der Gesetzesentwurf verstößt durch die Rückwirkung vor dem Inkrafttreten am 1.1.2019 als „echte“ Rückwirkung gegen das Rückwirkungsverbot. Zwar geht der Gesetzgeber davon aus, dass ein Vertrauen auf die Dauer der Verjährungsfrist nicht schutzbedürftig ist¹³⁰, jedoch verkennt der Gesetzgeber die Bedeutung der Einrede für **Anspruchsteller** hinsichtlich der **Rechtssicherheit**. Der Gesetzgeber will durch seine Änderung die regelrechten „Rückforderungsorgien“¹³¹ der Krankenkassen eindämmen ¹³², doch übersteigt er seine Kompetenzen, wenn er pauschal von ungerechtfertigten Ansprüchen ausgeht und damit rechtsstaatliche Prinzipien **untergräbt**.

Kommentiert [DF158]: Anspruchsteller

Kommentiert [DF159]: Unklar formuliert

Kommentiert [DF160]: Das bleibt so zu vage

3. Zwischenfazit

Entgegen der Ansicht des **BSG** unterliegt dessen differenzierende Rechtsprechung einem Rückwirkungsverbot, da die unvorhersehbare Änderung der Rechtsprechung wie eine Änderung der Rechtslage wirkt. Somit entstehen keinerlei Rückforderungsansprüche von bereits gezahlten Aufwandspauschalen vor 2014. Diese unterliegen **sowieso** der Einrede der Verjährung gemäß § 45 I SGB I. Rückforderungsansprüche ab dem Zeitpunkt der differenzierenden Rechtsprechung bis zur Einführung des PrüfvV am 1.1.2015 hätten nur Bestand, wenn die BSG Rechtsprechung nicht rechtswidrig **wäre** und sich aus den Prüfanträgen eindeutig ergäbe, dass die Krankenkassen eine Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit vorgenommen haben. Jedoch fehlt es auch bei richtiger Angabe an einer rechtmäßigen Rechtsgrundlage. Seit der Einführung der PrüfvV am 1.1.2015 ergibt sich zudem eine Treuwidrigkeit der Rückforderungsansprüche der Krankenkassen aus § 4 I PrüfvV.

Kommentiert [DF161]: Hatten sie sich doch geäußert? Oben anders?

Kommentiert [DF162]: Was hat das damit zu tun – darauf käme es nach der hier vertretenen Sichtweise gar nicht an.

Kommentiert [DF163]: Siehe oben

Die aktuell streitigen Zeiträume reduzieren sich auf die Jahre 2014/15. Haben die Krankenkassen aufgrund der Gesetzesänderung zum 1.1.2019 in den streitigen Fällen nicht bis 9. 11. **2018** Klage eingereicht,

Kommentiert [DF164]: Leerzeichen weg

¹³⁰ Ausschussdrucks. 19(14)38.1, Änderungsantrag 6 zu Art. 7 Nr. 8a (§109), 2.

¹³¹ *Handel*, Süddeutsche Zeitung v. 18.11. 2018, Pflegebedürftige Gerichte.

¹³² BT-Drucks. 19/5593, 103 f.

verfallen mögliche Ansprüche. Sollte das BVerfG die differenzierende Rechtsprechung als rechtswidrig **anerkennen**, wären jedwede Rückforderungsansprüche der Krankenkassen unzulässig. Die vorliegende Arbeit kommt zu der Auffassung, dass die differenzierende Rechtsprechung des BSG **rechtswidrig** ist. Im Ergebnis damit verbunden ist die Unzulässigkeit etwaiger Rückforderungsansprüche der Krankenkassen.

Kommentiert [DF165]: „als verfassungswidrig ansehen“

Kommentiert [DF166]: Siehe oben. Das gehört im Übrigen eher nicht in ein „Zwischenfazit“, denn es ist das Ergebnis

VII. Ausblick

Zum Ende des Jahres werden die Entscheidungen des BVerfG¹³³ zu Fragen bezüglich der differenzierenden Rechtsprechung **erwartet**. Bis zu den Urteilen bleibt zu hoffen, dass Rechtsanwender und Instanzgerichte sich weiterhin kritisch zu der aktuellen BSG Rechtsprechung des 1. **Senats** äußern.¹³⁴

Kommentiert [DF167]: Mittlerweile hat das BVerfG entschieden und eine noch zulässige Rechtsfortbildung gesehen.

Kommentiert [DF168]: Besser: „kritisch zur Rechtsprechung des 1. Senats des BSG“

Folge der undurchsichtigen Voraussetzungen für die Zahlung von Aufwandspauschalen und die durch die Rechtsprechung des BSG beförderten Unklarheiten führen zu, vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen, **Maßnahmen**. So schließen Krankenkassen mit Krankenhäusern Verträge, in denen die Krankenhäuser pauschalen Kürzungen der **Rechnung** zustimmen, wenn die Krankenkasse dieser Rechnung dann im Gegenzug zustimmt.¹³⁵ Solche Maßnahmen führen zum Verstoß gegen die gesetzliche Verpflichtung der Krankenkassen, bei Auffälligkeiten eine Prüfung der Krankenhausabrechnungen durch den MDK durchführen zu lassen.

Kommentiert [DF169]: Das ist so gar kein Satz

Kommentiert [DF170]: Rechnungen

Selbst der Gesetzgeber fühlte sich berufen, die Position der Krankenhäuser zu stärken. Die Verkürzung der Verjährungsfrist zum

¹³³ Az.: 1 BvR 318/77; 1 BvR 1477/17; 1 BvR 2207/17.

¹³⁴ Vgl. *Arnold*, KH 2017, 42, 46, die die Rechtsprechung des 1. Senats als „Lobbyismus- gestützt“ bezeichnet.

¹³⁵ *Sell*, Aktuelle Sozialpolitik v. 24.8.2018, Über einen modernen Ablasshandel bei Krankenhausabrechnungen.

1.1.2019, als Reaktion auf die Urteile des 1. Senates des BSG¹³⁶, führte jedoch zuvorderst zu exorbitanten Klagewellen der Krankenkassen und ging einem gewollten Entgegenwirken der Auswirkungen der Rechtsprechung des BSG **fehl**.

Kommentiert [DF171]: Besser: „...und hat die negativen Auswirkungen der Rechtsprechung nicht eindämmen können.“

Es bleibt zu hoffen, dass das BVerfG mit seinen Entscheidungen den **Ansichten** des 1. **Senates** Einhaltung gebietet und sich die Prüfungsverfahren durch den MDK allein auf die vom Gesetzgeber geschaffenen Rechtsgrundlagen beziehen.

Kommentiert [DF172]: Besser: „der Auffassung“

Kommentiert [DF173]: Ohne es (Senats)

Das BSG hat hinsichtlich der Rückforderungsansprüche der Krankenkassen noch nicht abschließend entschieden. Sollte das BVerfG die verfassungsrechtlichen Einwände bestätigen, wären auch etwaige Rückforderungsansprüche der Krankenkassen unzulässig und damit hinfällig, da solch Ansprüche auf der Unterscheidung der verschiedenen Prüfarten **fußen**.

Kommentiert [DF174]: Besser: „beruhen“ oder „gründen“

Dass das BSG trotz der breiten Kritik nicht von seiner Linie abweicht, muss doch sehr **verwundern**.

Kommentiert [DF175]: Das ist ein bisschen vage, wenn auch völlig zutreffend.

Kommentiert [DF176]: Ein Ausblick rundet die Arbeit ab – auch das ist hier weitgehend gelungen.

¹³⁶ BSG, Urt. v. 19.6.2018-B 1 KR 39/17 R; BSG, Urt. v. 23.6.2015-B1 KR 21/14 R.

