

Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht

Chefredaktion:

Alois Birklbauer, Markus Grimm,
Wolfgang Kröll und Oliver Neuper

JMG 3|2018

GEORG STREIT

Aktuelles in Kürze

GERALD GANZGER | LORENZ VOCK

Aus aktuellem Anlass: Zum Vorhalten von Sprachdienstleistungen für fremdsprachige Patienten

BARBARA BREUNLICH | BERNHARD BREUNLICH

Minderjährige Transgender – Der Wunsch nach einem Körper des anderen Geschlechts

MARIA KLETEČKA-PULKER | LAURA FISCHER | THOMAS WENZEL

Handlungspflichten der Gesundheitsberufe nach dem Istanbul-Protokoll

ALEXANDER KOUKAL | THOMAS HÖHNE

Ernährungsberater, individuell (teil-)befähigt?

WOLFGANG HEISSENBERGER

105 Jahre „Epidemiegesetz“ – Ein Gesetz im Wandel!

MATTHIAS HEIDRICH

Schwangerschaftskonfliktberatung heute – Teil 2

ANDREAS BECKER

Blick nach ...: Der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige für Qualitäts- und Risikomanagement in Krankenhäusern

GEORG STREIT

Rechtsprechung: Arzneimittel oder Medizinprodukt?! – Anwendungsvorrang des AMG gilt auch für Präsentationsarzneimittel

ALOIS BIRKLBAUER

Der interessante Fall: Vergiftung durch Cannabis-Muffins: Verletzung der Volksgesundheit und/oder Körperverletzung?



Inhaltsverzeichnis

Editorial	125
Impressum	126
Aktuelles in Kürze	128
<i>Georg Streit</i>	

Aus aktuellem Anlass

Zum Vorhalten von Sprachdienstleistungen für fremdsprachige Patienten	132
<i>Gerald Ganzger Lorenz Vock</i>	

Fachbeiträge

Minderjährige Transgender – Der Wunsch nach einem Körper des anderen Geschlechts	139
<i>Barbara Breunlich Bernhard Breunlich</i>	
Handlungspflichten der Gesundheitsberufe nach dem Istanbul-Protokoll	146
<i>Maria Kletečka-Pulker Laura Fischer Thomas Wenzel</i>	
Ernährungsberater, individuell (teil-)befähigt?	155
<i>Alexander Koukal Thomas Höhne</i>	
105 Jahre „Epidemiegesetz“ – Ein Gesetz im Wandel!	163
<i>Wolfgang Heissenberger</i>	

Schwangerschaftskonfliktberatung heute – Teil 2	170
<i>Matthias Heidrich</i>	

Blick nach ...

Der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige für Qualitäts- und Risikomanagement in Krankenhäusern	176
<i>Andreas Becker</i>	

Rechtsprechung

Arzneimittel oder Medizinprodukt?! – Anwendungsvorrang des AMG gilt auch für Präsentationsarzneimittel	184
<i>Georg Streit</i>	

Der interessante Fall

Vergiftung durch Cannabis-Muffins: Verletzung der Volksgesundheit und/oder Körperverletzung?	189
<i>Alois Birklbauer</i>	
Veranstaltungen	175
Buchrezensionen	191



Prof. Dr. Andreas Becker

Öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Qualitäts- und Risikomanagement in Krankenhäusern

Der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige für Qualitäts- und Risikomanagement in Krankenhäusern

• In Deutschland müssen nach § 108 SGB V¹ zugelassene Krankenhäuser bei der Leistungserbringung das sogenannte Qualitätsgebot berücksichtigen, welches in § 2 Abs. 1 SGB V genannt und durch vielfältige weitere Anforderungen im SGB V sowie Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) ausgestaltet wird.

• Dabei sind die Krankenhäuser u.a. verpflichtet, ein Qualitäts- und Risikomanagementsystem zu betreiben, welches insbesondere auch die Patientensicherheit erhöhen soll.

• Der vorliegende Beitrag beschreibt die Einführung eines neuen Sachgebietes im Rahmen der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen in Deutschland, das sich mit dem Qualitäts- und Risikomanagement in Krankenhäusern beschäftigt.

• Neben den Grundlagen zur Bestellung werden auch die vielfältigen thematischen Handlungsfelder beispielhaft erläutert.

1. Grundlagen zu öffentlich bestellten und vereidigten (öbuv) Sachverständigen in Deutschland

1.1 Was ist ein Sachverständiger?²

In Deutschland gibt es kein Sachverständigengesetz und daher fehlt eine gesetzliche Definition des „Sachverständigen“.

Aus der GewO³, den Sachverständigenordnungen der Bestellungskörperschaften, dem Inhalt des im Rahmen der öffentlichen Bestellung zu leistenden Eides und auch aus der Rechtsprechung zum UWG⁴, unter welchen Voraussetzungen einem Sachverständigen die Führung dieser Bezeichnung untersagt werden kann, lässt sich die folgende Definition formulieren:

„Ein Sachverständiger ist eine natürliche Person, die auf einem abgrenzbaren Spezialgebiet über überdurchschnittliches Fachwissen und besondere Praxis-

erfahrung verfügt und persönlich integer ist. Er muss die Gewähr bieten, dass er seine jeweilige Aufgabe unparteiisch, unabhängig, weisungsfrei, gewissenhaft und persönlich erledigt.“

Ein Sachverständiger sollte auch in der Lage sein, fachlich komplizierte Sachverhalte für den Laien verständlich und nachvollziehbar darzustellen und somit als Mittler zwischen der „Fachwelt“ und dem Laien zu fungieren.

1.2 Öffentliche Bestellung und Vereidigung

Ein öffentlich bestellter und vereidigter (öbuv) Sachverständiger ist von einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung (Bestellungskörperschaft) auf gesetzlicher Grundlage bestellt und vereidigt worden.

Die öffentliche Bestellung und Vereidigung ist die öffentlich-rechtliche Zuerkennung einer überdurch-

1 Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung – (Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. August 2017 (BGBl. I S.3214) geändert worden ist.

2 Hier und im Folgenden nach: Dr. Peter Bleutge, Seminarunterlagen „Rechtliches Umfeld der Sachverständigentätigkeit“. Institut für das Sachverständigenwesen e.V. Köln 2015. www.ifsforum.de.

3 Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3562) geändert worden ist.

4 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 233) geändert worden ist.

schnittlichen Qualifikation und Seriosität von Sachverständigen.

Rechtsgrundlagen sind §§ 36, 36a GewO, Landesarchitekten- sowie Ingenieurgesetze und § 91 Nr. 8 HWO⁵ sowie die als Satzungsrecht ausgestalteten Sachverständigenordnungen (SVO) der bestellenden Kammern⁶, die einen umfassenden Pflichtenkatalog enthalten und dessen Einhaltung die bestellende Kammer als Aufsichtsbehörde überwacht.

Die öffentliche Bestellung hat den Zweck, Gerichten, Behörden und der Öffentlichkeit besonders sachkundige und persönlich geeignete Sachverständige zur Verfügung zu stellen, deren Aussagen besonders glaubhaft sind. Sie ist nicht auf den Bezirk der bestellenden Industrie- und Handelskammer beschränkt.

Öffentlich bestellte Sachverständige werden darauf vereidigt, ihre Sachverständigenleistungen unabhängig, weisungsfrei, persönlich, gewissenhaft und unparteiisch zu erbringen und sind zur Verschwiegenheit verpflichtet.

Sie sollen nach den Prozessordnungen in Gerichtsverfahren vorrangig herangezogen werden (§ 404 Abs. 3 ZPO, § 73 Abs. 2 StPO, § 173 VwGO)⁷.

Sachverständige müssen für eine öffentliche Bestellung besondere Sachkunde, praktische Erfahrung und persönliche Eignung nachweisen. Dies wird durch die Bestellungskörperschaft bei der Erstbestellung und nach Ablauf der regelmäßig auf 5 Jahre befristet erteilten Bestellung auch bei einer erneuten Bestellung überprüft.

Die Bestellungs Voraussetzungen der IHK zu Köln sind in § 3 SVO geregelt, danach ist ein Sachverständiger auf Antrag öffentlich zu bestellen, wenn ein Bedarf an Sachverständigenleistungen besteht und der Antragsteller weitere Voraussetzungen erfüllt⁸:

- Er eine Niederlassung als Sachverständiger im Geltungsbereich des Grundgesetzes unterhält;
- er über ausreichende Lebens- und Berufserfahrung verfügt;

- keine Bedenken gegen seine Eignung bestehen, er insbesondere über die erforderliche geistige und körperliche Leistungsfähigkeit entsprechend den Anforderungen des beantragten Sachgebiets verfügt;
- er erheblich über dem Durchschnitt liegende Fachkenntnisse, praktische Erfahrungen und die Fähigkeit, die Sachverständigenleistungen zu erbringen, nachweist;
- er über die zur Ausübung der Tätigkeit als öffentlich bestellter Sachverständiger erforderlichen Einrichtungen verfügt;
- er in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen lebt;
- er die Gewähr für Unparteilichkeit und Unabhängigkeit sowie für die Einhaltung der Pflichten eines öffentlich bestellten Sachverständigen bietet;
- er nachweist, dass er über einschlägige Kenntnisse des deutschen Rechts und die Fähigkeit zur verständlichen Erläuterung fachlicher Feststellungen und Bewertungen verfügt.

Der Gesetzgeber hat ihnen deshalb auch eine hervorgehobene Stellung eingeräumt. Nur öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige können auf ihrem Spezialgebiet sowohl vor den Gerichten als auch im privaten Bereich als öffentlich bestellte Sachverständige tätig werden.

Öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige sind auf Grund des Gesetzes über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen (Verpflichtungsgesetz⁹) zur gewissenhaften Erfüllung ihrer Obliegenheiten verpflichtet. Damit unterliegen sie – ohne Amtsträger zu sein – den verschärften Amtsdelikten des Strafgesetzbuches.

1.3 Sachverständigenleistungen

Die öffentliche Bestellung umfasst nach § 2 Abs. 2 SVO IHK zu Köln die Erstattung von Gutachten und

5 Handwerksordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. September 1998 (BGBl. I S. 3074; 2006 I S. 2095), die zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2143) geändert worden ist.

6 Hier zum Beispiel: Sachverständigenordnung der Industrie- und Handelskammer (IHK) zu Köln (letzte Aktualisierung am 22.03.2018), auf die sich der Beitrag nachfolgend bezieht.

7 Hierzu § 404 Abs. 3 ZPO und § 73 Abs. 2 StPO gleichlautend: *Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, so sollen andere Personen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es erfordern.* In § 173 VwGO wird wie folgt ausgeführt: *Soweit dieses Gesetz keine Bestimmungen über das Verfahren enthält, sind das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozessordnung einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a entsprechend anzuwenden, wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen.*

8 Auch Antragsteller, die in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis stehen, können öffentlich bestellt werden, wenn sie zusätzlich nachweisen, dass der Anstellungsvertrag Gewähr für die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit sowie für die Einhaltung der Pflichten eines öffentlich bestellten Sachverständigen bietet; er seine Sachverständigentätigkeit persönlich ausüben kann; er bei seiner Sachverständigentätigkeit im Einzelfall keinen Weisungen unterliegt und seine Leistungen als von ihm selbst erstellt kennzeichnen kann; ihn sein Arbeitgeber im erforderlichen Umfang für die Sachverständigentätigkeit freistellt.

9 Verpflichtungsgesetz vom 2. März 1974 (BGBl. I S. 469, 547), das durch § 1 Nummer 4 des Gesetzes vom 15. August 1974 (BGBl. I S. 1942) geändert worden ist.

andere Sachverständigenleistungen wie Beratungen, Überwachungen, Prüfungen, Erteilung von Bescheinigungen sowie schiedsgutachterliche und schiedsrichterliche Tätigkeiten.

Nach dem RDG¹⁰ können Sachverständige ihre Auftraggeber in eingeschränktem Umfang im außergerichtlichen Bereich auch rechtlich beraten, vertreten und betreuen.

Dies ergibt sich zunächst aus den Fallgestaltungen, die in § 2 Abs. 3 RDG u.a. aufgeführt sind und zwar rechtliche Berührungspunkte haben können, aber nicht als Rechtsdienstleistungen eingestuft werden sollen. Hierzu gehört die Erstattung wissenschaftlicher Gutachten; die Tätigkeit von Einigungs- und Schlichtungsstellen, Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern; sowie die Mediation und jede vergleichbare Form der alternativen Streitbeilegung, sofern die Tätigkeit nicht durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Gespräche der Beteiligten eingreift.

Als erlaubte Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit nennt § 5 Abs. 1 RDG: *Erlaubt sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist nach ihrem Inhalt, Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse zu beurteilen, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind.*

Es muss sich also um eine so genannte Annextätigkeit von untergeordneter Natur handeln, die einen Bezug zur sachverständigen Hauptleistung hat.

1.4 Besondere Sachkunde

Neben einigen formalen Voraussetzungen müssen Sachverständige für die öffentliche Bestellung außer der körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit auf dem Sachgebiet, für das sie öffentlich bestellt werden möchten, überdurchschnittliche Fachkenntnisse nachweisen.

Zusätzlich nachzuweisen sind praktische Erfahrungen und die Fähigkeit, Gutachten zu erstatten und andere Sachverständigenleistungen zu erbringen. Dazu gehört insbesondere, das Ergebnis ihrer Begutachtung für den Auftraggeber verständlich und nachvollziehbar schriftlich und ggf. mündlich zu erläutern. Zum Nachweis der besonderen Sachkunde legen die Sachverständigen

der Kammer Unterlagen zu ihrem beruflichen Werdegang, Referenzen, Arbeitsproben, Veröffentlichungen, etc. vor. In der Regel haben sich Antragsteller einer Überprüfung (zum Beispiel schriftlich, praktisch, mündlich) zu unterziehen.

Öffentlich bestellte Sachverständige werden überdies daraufhin überprüft, ob sie über die für ihre Tätigkeit erforderlichen Kenntnisse ihres rechtlichen Umfeldes verfügen (Prozessordnungen, Vertrags- und Haftungsrecht, Werbung, etc.) und sich im gerichtsgutachterlichen Bereich auskennen (zum Beispiel Verhalten vor Gericht, Ortsbesichtigung, Befangenheit, Vergütung). Dies wird in entsprechenden Seminarveranstaltungen geschult.

1.5 Qualitätssicherung

Die Bestellungskörperschaften verfügen über ein weitreichendes System, um die fachlichen und persönlichen Anforderungen an öbuv Sachverständige dauerhaft sicher zu stellen. Hierzu gehören umfassende Überprüfungen der vorgelegten Arbeitsproben (zum Beispiel Gutachten und andere Sachverständigenleistungen) bei der Erstbestellung und auch bei einer erneuten Bestellung nach Ablauf der Befristung. Bei der erneuten Bestellung wird zudem geprüft, ob der Sachverständige sich während der Bestellungszeit fort- und weitergebildet hat. Hierzu werden der bestellenden Kammer aussagekräftige Fortbildungsnachweise (Fach- und Rechtsseminare, Besuche von Sachverständigentagungen, etc.) vorgelegt, die diese prüft. Ein Beschwerdemanagementsystem und verwaltungsrechtliche Steuerungs- und Sanktionsmöglichkeiten wie Beschränkungen, Auflagen und Widerruf der öffentlichen Bestellung gewährleisten ein hohes Qualifikationsniveau öffentlich bestellter Sachverständiger.

1.6 Schutz der Bezeichnung¹¹

Wer die Bezeichnung „öffentlich bestellter Sachverständiger“ im Rechts- und Geschäftsverkehr unbefugt führt, macht sich strafbar nach § 132a Abs. 1 Nr. 3 StGB¹². Strafbar macht sich auch, wer Bezeichnungen führt, die zum Verwechseln ähnlich sind (§ 132a Abs. 2 StGB).

Die §§ 3 und 5 UWG verbieten irreführende Werbung, an diesem Maßstab muss sich auch das Auftreten

10 Rechtsdienstleistungsgesetz vom 12. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2840), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Mai 2017 (BGBl. I S. 1121) geändert worden ist.

11 Nach: Prof. Wolfgang Roeßner, Seminarunterlagen „Die Sachverständigentätigkeit im Privatauftrag“. Institut für das Sachverständigenwesen e.V. Köln 2015. www.ifsforum.de.

12 Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist.

von (selbsternannten) Sachverständigen nach außen im Geschäftsverkehr messen lassen. Dies gilt beispielsweise für die Gestaltung von Briefbögen, Visitenkarten, dem Auftritt im Internet oder anderen Werbeaktionen.

Schon die Benutzung der Bezeichnung „Sachverständiger“ alleine oder gar mit schmückenden und hervorhebenden Attributen wie „unparteiisch“ oder „vereidigt“ zu Werbezwecken ohne öffentlich bestellt zu sein, kann ein Verstoß gegen das UWG sein.

Hierzu gehört natürlich auch die Verwendung von Rundstempeln durch nicht öffentlich bestellte Sachverständige, wenn sie mit den Rundstempeln¹³ öffentlich bestellter Sachverständiger (beabsichtigt) verwechselt werden können.

1.7 Exkurs: Rechtsgrundlagen der Tätigkeit bei Gericht und beim Privatauftrag¹⁴

Wird ein Sachverständiger für ein Gericht tätig, so beruht das Rechtsverhältnis zwischen dem Gericht und dem Sachverständigen auf öffentlichem Recht. Der Sachverständige wird aufgrund Gesetzes (zum Beispiel ZPO¹⁵, StPO) oder sonstiger Prozessordnungen „herangezogen“. Das Rechtsverhältnis ist vergleichbar mit dem eines Zeugen. Es wird kein Vertrag abgeschlossen, sondern die Heranziehung ist ein einseitiger Hoheitsakt im öffentlich-rechtlichen Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat einerseits und Staatsbürger andererseits.

Daraus erwächst konsequenterweise u.a. die Weisungsgewalt des Gerichts gegenüber dem Sachverständigen, die strikte Bindung an den Beweisbeschluss, die Möglichkeit der Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, der Einsatz von staatlichen Ordnungsmitteln bei Pflichtverstößen, die Vergütung nach dem JVEG¹⁶ statt einer vertraglich ausgehandelten Vergütung, aber auch die den Sachverständigen privilegierende Sonderregelung bei der Haftung gemäß § 839a Abs. 1 BGB¹⁷: *Erstattet ein vom Gericht ernannter Sach-*

*verständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht.*¹⁸

Die Tätigkeit im privaten Auftrag setzt immer einen Vertrag voraus, die Vertragsfreiheit steht im Mittelpunkt dieses Rechtsverhältnisses. Zustande kommt ein Werkvertrag mit den Rechtsgrundlagen in §§ 631 ff. BGB.

Nach § 631 BGB wird der Sachverständige zur Herstellung des versprochenen Gutachtens, der Auftraggeber zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Der Sachverständige ist nach § 633 BGB verpflichtet, das Gutachten frei von Sach- und Rechtsmängeln herzustellen.

Im Falle nachgewiesener Mängel hat der Auftraggeber Ansprüche aus § 634 (Nacherfüllung; Ersatz von Aufwendungen, wenn der Auftraggeber den Mangel beseitigt; Rücktritt vom Vertrag; Minderung der Vergütung). Haben Fehler im Gutachten beim Auftraggeber einen Schaden verursacht, so muss der Sachverständige Schadensersatz leisten, wenn ihn ein Verschulden trifft (§§ 634 Nr. 4 und 280 BGB).

2. Sachverständiger für Qualitäts- und Risikomanagement in Krankenhäusern

2.1 Von der Idee zur Bestellung

Der Verfasser wurde am 30.09.2016 von der Industrie- und Handelskammer zu Köln zum „Sachverständigen für Qualitäts- und Risikomanagement in Krankenhäusern“ öffentlich bestellt und vereidigt; bis heute wurde in Deutschland keine weitere Bestellung in diesem Sachgebiet (Nr. 5960) vorgenommen.¹⁹

Die Idee zu einem neuen Sachverständigengebiet ist aus einem konkreten Anlass heraus entstanden: Im Juli 2014 hatte das Bundessozialgericht entschieden, dass ein Krankenhaus keinen Vergütungsanspruch für die elek-

13 Der Sachverständige erhält mit der öffentlichen Bestellung neben dem Bestellsbescheid eine Bestellsurkunde und einen Berechtigungsschein zum Erwerb eines Rundstempels (§ 5 Abs. 3 SVO IHK zu Köln) und hat diesen bei der Erbringung von Sachverständigenleistungen auf dem Sachgebiet, für das er öffentlich bestellt ist, zu verwenden (§ 13 Abs. 1 SVO IHK zu Köln).

14 Nach: Prof. Wolfgang Roeßner, Seminarunterlagen „Die Sachverständigentätigkeit im Privatauftrag“. Institut für das Sachverständigenwesen e.V. Köln 2015. www.ifsforum.de. Siehe dazu auch: Roeßner/Bayerlein in Praxishandbuch Sachverständigenrecht, Kapitel 6 §§ 32–34. C.H. Beck Verlag, 5., vollständig überarbeitete Auflage 2015.

15 Hierzu in der ZPO „Titel 8 Beweis durch Sachverständige“ mit den §§ 402–414.

16 Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718, 776), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 2 des Gesetzes vom 11. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2222) geändert worden ist.

17 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2787) geändert worden ist.

18 Unterstreichung nicht im Original.

19 Laut letzter Suche im bundesweiten Sachverständigenverzeichnis am 20.09.2018 (<http://svv.ihk.de/content/home/home.ihk>)

tive Operation eines Bauchaortenaneurysmas geltend machen kann, wenn die Qualitätssicherungs-Richtlinie des G-BA zum Bauchaortenaneurysma nicht eingehalten wird²⁰. Grundlage der Zahlungsverweigerung der erstinstanzlich vom Krankenhaus verklagten Krankenkasse war ein Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenkasse (MDK). Unabhängig von den verfahrensrechtlichen Fragestellungen dieses konkreten Falles stellte sich die Frage, wen ein Krankenhaus oder auch ein Gericht in einem ähnlichen oder ganz anders gelagerten Fall mit einer Begutachtung zu den vielfältigen Anforderungen aus den G-BA Richtlinien beauftragen könnte. Denn es kann in einem Einzelfall ja sein, dass zusätzlich zu den Feststellungen eines MDK ein weiteres Gutachten durch ein Gericht oder ein Krankenhaus angefordert wird. Im Idealfall würde hierzu ein öbuv Sachverständiger zur Verfügung stehen, der nach den Prozessordnungen in Gerichtsverfahren vorrangig herangezogen werden soll.

Ausgehend von der Prämisse, dass sich die meisten – wenn nicht sogar alle – Planungen und Handlungen im Krankenhaus den Themen Qualitäts- und Risikomanagement zuordnen lassen, formulierte der Verfasser als Sachgebiet „Qualitäts- und Risikomanagement in Krankenhäusern“. Sodann erfolgte im bundesweiten Sachverständigenverzeichnis die Prüfung, ob es einen öbuv Sachverständigen für dieses Sachgebiet gibt. Überraschenderweise gab es hierzu jedoch keinen Eintrag.

Es wurden dann Gespräche mit Ansprechpartnern aus Krankenhäusern, Rechtsanwälten, Gerichten, Verbänden, Haftpflichtversicherern und Banken geführt. Bei diesen Gesprächen wurde ausführlich unter Berücksichtigung der spezifischen Handlungsfelder darüber diskutiert, zu welchen Anlässen Bedarf für die Tätigkeit des neuen Sachverständigen bestehen könnte.

Nach einem ersten Gespräch mit der IHK zu Köln im Dezember 2014 begann ein komplexes Verfahren mit vielfältigen inhaltlichen und formalen Anforderungen, da zum einen durch die IHK zu Köln ein bis dahin völlig neues Sachgebiet nach den rechtlichen Vorgaben zu entwickeln war und der Verfasser die formulierten Anforderungen durch entsprechende Dokumente, Expertenmeinungen im Rahmen der sogenannten abstrakten Bedarfsprüfung für das Sachgebiet, verfasste Gutachten und auch eine Prüfung nachzuweisen hatte.

2.2 Zielgruppen und Themenübersicht

Potenzielle Auftraggeber für den öbuv Sachverständigen sind u.a. Krankenhäuser, Ministerien und Planungsbehörden, Haftpflichtversicherungen, Banken sowie Sozial-, Verwaltungs-, Zivil- und Strafgerichte.²¹ Typische Fragestellungen werden nachfolgend aufgeführt:

Krankenhäuser

- Überprüfung zur Einhaltung der Richtlinien des G-BA²².
- Krankenhausplanung.
- Überprüfung der Daten der externen Qualitätssicherung.²³
- Bewertung von Qualitäts- und Risikomanagement.
- Gutachten zu Findung von Haftpflichtprämien.
- Analyse von (Beinahe-) Schadensfällen.
- Ermittlung des leistungsbezogenen Personalbedarfs.
- Medizinische und organisatorische Fortführungsprognose im Krisen- bzw. Sanierungsfall.
- Unterstützung bei außergerichtlicher Streitbeilegung (Moderation, Schlichtung, Schiedsgutachten, Schiedsgericht).

Ministerien und Planungsbehörden

- Überprüfung zur Einhaltung der Vorgaben des G-BA.
- Evaluation der Ergebnisse planungsrelevanter Qualitätsindikatoren zur Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität, die als Grundlage für qualitätsorientierte Entscheidungen der Krankenhausplanung geeignet sind.²⁴
- Gutachten zur Krankenhausplanung.

Haftpflichtversicherungen

- Überprüfung zur Einhaltung der Vorgaben des G-BA.
- Überprüfung der Daten der externen Qualitätssicherung.
- Bewertung von Qualitäts- und Risikomanagement im Rahmen der Findung von Haftpflichtprämien.
- Analyse von (Beinahe-) Schadensfällen.

Banken

Begutachtung der medizinischen Qualität oder des Risikomanagements im Rahmen einer Bonitätsprüfung

20 BSG, Urteil vom 01. Juli 2014 – B 1 KR 15/13 R –, BSGE 116, 153–164, SozR 4-2500 § 137 Nr 4.

21 Gesetzliche Krankenversicherungen gehören nicht zu den potenziellen Auftraggebern, da ihnen der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) für gutachterliche Fragestellungen zur Verfügung steht.

22 Grundlage in § 92 SGB V und näher in §§ 136 ff. und 137 SGB V [Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung – (Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. August 2017 (BGBl. I S.3214) geändert worden ist].

23 § 135a Abs. 2 Nr. 1 SGB V.

24 § 136c Abs. 1 SGB V.

bzw. im Rahmen des kontinuierlichen Risikomonitorings von Kreditnehmern.

Sozial-, Verwaltungs-, Zivil- und Strafgerichte

- Sachverständigengutachten zur Einhaltung der Vorgaben des G-BA für Krankenhäuser: Beispielhaft sei hier die Qualitätsmanagement Richtlinie für Krankenhäuser oder auch die Qualitätssicherungs-Richtlinie zum Bauchaortenaneurysma genannt.^{25,26}
- Sachverständigengutachten zur Frage, ob im Krankenhaus bestimmte strukturelle Merkmale als Voraussetzung zur Abrechnung bestimmter Leistungen vorliegen.²⁷
- Sachverständigengutachten zur Fragestellung eines möglichen Organisationsverschuldens.²⁸

2.3 Thematische Beispiele

Nachfolgend werden beispielhaft einige Beschäftigungsfelder des öbuv Sachverständigen für Qualitäts- und Risikomanagement in Krankenhäusern näher erläutern.

2.3.1 Präventiver Ansatz

Es wird ein zunehmender Bedarf auf Seite von Krankenhäusern entstehen, die Erfüllung der rechtlichen Anforderungen überprüfen zu lassen. Dies ist ein präventiver Ansatz zur Vermeidung möglicher negativer Folgen, die sich u.a. aus der Nichterfüllung der Richtlinien des G-BA ergeben können.²⁹

Unter präventiven Gesichtspunkten können natürlich auch (Beinahe-) Schadensfälle hinsichtlich ihrer Entstehung unter besonderer Berücksichtigung der unsicheren Handlungen (Fehler und Verstöße) sowie der sogenannten „beitragenden Faktoren“ untersucht werden.

Diese spielen nach der Erfahrung des Verfassers eine erhebliche Rolle bei typischen Fallkonstellationen im Rahmen der Arzneimitteltherapie oder auch der Seiten- bzw. Patientenverwechslung, bei der die Gestaltung von und auch die Compliance³⁰ mit einer chirurgischen Sicherheitscheckliste immer wieder im Fokus der Analyse steht.

2.3.2 Schadensfälle

Im Rahmen von (außergerichtlichen) Verfahren bei (behaupteten) Schadensfällen wird zukünftig die Erfüllung- oder Nichterfüllung der Anforderungen zum Qualitäts- und insbesondere Risikomanagement eine besondere Rolle im Zusammenhang mit der Frage der Organisationshaftung spielen. Die verstärkten Patientensicherheitsbemühungen im SGB V werden hier zum Tragen kommen und die Pflicht zum Risikomanagement als zusätzlicher Haftungsgrund herangezogen werden.

Bedarf wird hier auf Seiten von Patienten, Krankenhäusern, Haftpflichtversicherern und Rechtsanwälten im Rahmen außergerichtlicher Verfahren bestehen. Im gerichtlichen Streitfall kommt dann die Gerichtsbarkeit durch Beauftragung des öbuv Sachverständigen hinzu.

Beispiel für eine Fragestellung im Zusammenhang mit einer schwerwiegenden Komplikation im Rahmen einer Vollnarkose: Wurde das Risiko einer malignen Hyperthermie gemäß den Vorgaben in § 5 der Qualitätsmanagementrichtlinie des G-BA identifiziert, analysiert, bewertet und wurden geeignete Maßnahmen zur Risikobewältigung organisational umgesetzt?

2.3.3 Krankenhausplanung

Im Rahmen zukünftiger Krankenhausplanung in Deutschland kann die vermeintliche oder tatsächliche Nichterfüllung definierter Anforderungen zu einem

25 Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über Maßnahmen zur Qualitätssicherung für die stationäre Versorgung bei der Indikation Bauchaortenaneurysma, zuletzt geändert am 6. Dezember 2017 veröffentlicht im Bundesanzeiger (BAnz AT 22.12.2017 B3) in Kraft getreten am 1. Januar 2018.

26 Dazu: BSG, Urteil vom 01. Juli 2014 – B 1 KR 15/13 R –, BSGE 116, 153-164, SozR 4-2500 § 137 Nr 4 / BSG, Urteil vom 19. April 2016 – B 1 KR 28/15 R –, SozR 4-2500 § 137 Nr 7.

27 Dazu beispielsweise: BSG, Urteil vom 18. Juli 2013 – B 3 KR 25/12 R –, SozR 4-5562 § 7 Nr 4.

28 Hierzu ausführlich: Neelmeier T (2014). Organisationsverschulden patientenferner Entscheider und einrichtungsbezogene Aufklärung. Herausgeber: Neelmeier T. Nomos. Baden-Baden. 2014 (1. Aufl.). / Neelmeier T (2015). Infrastrukturbedingte Behandlungsfehler. Zur Verantwortung und Haftung sog. „patientenferner Entscheider“ im Medizinrecht. Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Justizministerialblatt Schleswig-Holstein). 2015 (11):

420–426 / Neelmeier T, Koch J (2016). Unternehmensstrafbarkeit für Krankenhausträger? Deutsches Ärzteblatt. 2016; 113 (51–52): A2367–A2371.

29 Hierzu ausführlich: Becker A, Wucherpennig U-B. Die neue QM-Richtlinie für Krankenhäuser in Deutschland: Inhalte und Exkurs zu den möglichen Folgen der Nichtbeachtung. In: Qualitätssicherung in Krankenanstalten. Rechtliche Grundlagen in Deutschland und Österreich. Herausgeber: Becker A, Neuper O. Neuer Wissenschaftlicher Verlag. Wien, Graz 2018 (1. Auflage).

30 Dazu beispielsweise: Becker A. Checklisten in der Medizin. In: Beiträge zu Patientensicherheit im Krankenhaus. Herausgeber: Becker A. Mediengruppe Oberfranken - Fachverlage GmbH et Co. KG, Kulmbach. 2015 / Sendhofer G et al. (2015). Implementation of a Surgical Safety Checklist: Interventions to Optimize the Process and Hints to Increase Compliance. PLoS ONE. 2015; 10 (2): e0116926. PubMed-ID: 25658317. Doi: 10.1371/journal.pone.0116926.

teilweisen oder vollständigen Entzug der Zulassung einer Fachabteilung oder eines Krankenhauses führen.

Zur Feststellung der Erfüllung bzw. Nichterfüllung der Anforderungen könnten sich die Planungsbehörden auch eines öbuv Sachverständigen bedienen. Dies gilt natürlich auch für das Krankenhaus bzw. ein Verwaltungsgericht, welches ggf. über die Rechtmäßigkeit eines behördlichen Bescheides zu entscheiden hätte.

2.3.4 Krankenhausfinanzierung

Im Rahmen gesetzlicher Regelungen kann in Deutschland die vermeintliche oder tatsächliche Nichterfüllung definierter Anforderungen in erweitertem Umfang zu Abschlägen bei der Vergütung der Krankenhausleistungen führen.

Hierzu gehört nicht nur die Nichterfüllung von Vorgaben aus Richtlinien des G-BA; auch die Nichterfüllung bestimmter Vorgaben zur Struktur- und Prozessqualität, die sich aus dem Schlüsselwerk zur Dokumentation bestimmter komplexer Therapien ergeben, führen schon seit langer Zeit zu Zahlungsverweigerungen der Krankenkassen mit nachfolgenden sozialrechtlichen Streitfällen.

2.3.5 Außergerichtliche Streitbeilegung

Die zunehmende Belastung der Gerichte hat in den letzten Jahren zu einem Popularitätsaufschwung der sogenannten außergerichtlichen Streitbeilegung geführt. Hierunter versteht man unterschiedliche Verfahren, die sogar ihren Niederschlag in der Gesetzgebung gefunden haben.

Allen Verfahrensweisen liegt das Prinzip der Freiwilligkeit zugrunde, die Beteiligten verständigen sich also darüber, ein solches Verfahren stattfinden zu lassen, anstatt eine Streitigkeit durch ein Gericht klären zu lassen.

Öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige nehmen in der außergerichtlichen Streitbeilegung eine wichtige Position ein und sie können aufgrund der Möglichkeiten der verschiedenen Verfahren unmittelbar in die Entscheidungsfindung einbezogen werden als in einem Gerichtsverfahren. Dies hat erhebliche Vorteile für die Beteiligten, da hierdurch die Verfahrensdauer verkürzt und Kosten gesenkt werden können.

Typische Verfahren, die von öbuv Sachverständigen durchgeführt werden oder an denen sie beteiligt sein können, sind:

- Moderation.
- Schlichtung.
- Schiedsgutachten.
- Schiedsgericht.

2.3.6 Bonitätsprüfung

Krankenhäuser haben in Deutschland einen steigenden Finanzierungsbedarf, der nur bei positiven Bonitätsprüfungen durch die Kreditgeber befriedigt werden kann.³¹

Natürlich erfolgt bei der Bonitätsprüfung im Rahmen eines Neukredits in erster Linie eine ökonomische Prüfung. Ist diese erfolgreich, wird auch die Markt- und Zukunftsfähigkeit des Krankenhauses untersucht. Hierzu gehört dann auch im Rahmen der Compliance eine Prüfung auf Einhaltung gesetzlicher Vorgaben, wozu auch das Qualitäts- und Risikomanagement zählt. Negative Ergebnisse in diesem Bereich können dann zu der Annahme eines erhöhten Risikos für Qualitätsmängel bis hin zu öffentlichkeitswirksamen Schadensfällen führen. In beiden Fällen kann dies zu deutlichen Einnahmerückgängen oder gar vollständigen Ausfällen von Einnahmen führen (wie z.B. bei Schadensfällen in der Geburtshilfe bereits geschehen). Hieraus ergäbe sich dann ein erhöhtes Kreditausfallrisiko.

Nicht nur bei der Bonitätsprüfung wegen eines Neukredits kann es zukünftig zur Inanspruchnahme eines öbuv Sachverständigen kommen. Dies könnte auch der Fall sein, wenn das Krankenhaus während eines laufenden Kreditarrangements durch behauptete oder tatsächliche Mängel in eine wirtschaftliche Krise gerät, die sich negativ auf die Kreditbedienung auswirken könnte. Auch in dieser Situation kann die objektive Prüfung des Qualitäts- und Risikomanagements gefragt sein.

2.3.7 Fusionen, Zusammenschlüsse, Übernahmen, Insolvenzverfahren, Schutzschirmverfahren

Im Krankenhausesektor besteht ein Trend zu Fusionen, Zusammenschlüssen und Übernahmen, dies gilt insbesondere im kommunalen und kirchlichen Bereich. Auch geraten Krankenhausunternehmen aus unterschiedlichen Gründen in eine wirtschaftliche Schieflage, hier geht es mitunter um die Abwendung einer Insolvenz.

Auch hier erlangt die Frage der Compliance bezüglich der (klinischen) Qualitäts- und Risikomanagementvorgaben und die damit verbundene Markt- und Zukunftsfähigkeit, die durch die Bewertung entspre-

31 Ein erstes Projekt hierzu wurde durch den Verfasser in Deutschland bereits mit einem Krankenhaus und einer im Gesundheitswesen engagierten Bank durchgeführt.

chender Daten der gesetzlichen externen Qualitätssicherung unterstützt wird, eine zunehmende Bedeutung.

Ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger kann also im Rahmen einer geplanten Übernahme eines Krankenhauses oder während eines Schutzschirmverfahrens³² damit beauftragt werden, die Umsetzung definierter rechtlicher Anforderungen, der Qualitätsdaten, des Leistungsspektrums, des Einweisermanagements etc. zu beurteilen.

3. Zusammenfassung

Mit der Einführung des neuen Sachverständigensachgebietes können vielfältige Aufgaben- und Fragestel-

lungen für die unterschiedlichen Auftraggeber in beratender Funktion bzw. im Rahmen eines schriftlichen Sachverständigengutachtens bearbeitet werden.

Dabei kann nicht nur reaktiv, beispielsweise nach einem Schadensfall, agiert werden, sondern auch präventiv. Gerade der präventive Ansatz, der sich u.a. mit Fragen zur Erfüllung vielfältiger gesetzlicher oder richtlinienbasierter Anforderungen bzw. mit organisationalen Rahmenbedingungen auseinandersetzt, erlangt dabei nach der Erfahrung des Autors eine zunehmende Bedeutung. Diese ergibt sich nicht nur aus der haftungsrechtlichen Perspektive, sondern insbesondere aus den vielfältigen Sanktionsmöglichkeiten der Behörden und Krankenkassen gegenüber Krankenhäusern, die definierte Anforderungen nicht erfüllen.

32 Dazu u.a.: Becker A, Konermann S, Schlarman U. Frühe Wege aus der Krise. Zum Schutzschirmverfahren für Krankenhäuser. *KU Gesundheitsmanagement*. 2016; 85 (9): 13–16.