

**Haftungsrechtlicher Rahmen des Einsatzes von Erstein-  
schätzungsverfahren im Krankenhaus vor dem Hinter-  
grund von § 120 Absatz 3b SGB V**

**RECHTSGUTACHTEN**

erstattet für das

**Zentralinstitut für die kassenärztliche Versorgung in der Bundesrepublik  
Deutschland (Zi)  
Salzufer 8, 10587 Berlin**

von

**Professor Dr. jur. Raimund Waltermann**

Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der  
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn  
Adenauerallee 8a  
53113 Bonn

Dezember 2023

## Inhaltsverzeichnis

A.	Ausgangspunkte und Untersuchungsgegenstand .....	5
I.	Gesetzeslage .....	5
II.	Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie .....	7
III.	Beanstandung durch das Bundesministerium für Gesundheit.....	7
IV.	Die krankenversicherungsrechtliche Gesetzeslage und deren Bewertung in Stellungnahmen .....	9
1.	Krankenversicherungsrechtlicher Hintergrund .....	9
2.	Bewertung der Haftungsfolgen in Politik und Recht .....	10
a)	Gesetzesmaterialien .....	10
b)	Politische Stellungnahmen.....	10
c)	Kritische rechtliche Stellungnahmen.....	11
V.	Untersuchungsgegenstand .....	13
B.	Haftungsrechtlicher Rahmen.....	13
I.	Ausgangspunkt: Ärztliche Prüfung geboten?.....	13
II.	Amtshaftung, § 839 BGB iVm Art. 34 GG.....	16
III.	Deliktshaftung .....	17
1.	Ausgangspunkt .....	17
2.	Haftung des Krankenhauses .....	18
a)	Haftung für Auswahl und Überwachung von Hilfskräften.....	18
b)	Organisations- und Verkehrssicherungspflicht.....	19
c)	Haftung bei Verletzung eines Schutzgesetzes .....	21
3.	Haftung der Handelnden .....	21
a)	Keine Vertragshaftung.....	21
b)	Behandlungsfehler als Voraussetzung.....	21
IV.	Vertragshaftung .....	22
1.	Ausgangspunkt .....	22
2.	Konstruktive Unterschiede gegenüber dem Deliktsrecht .....	22
3.	Haftung der Krankenhausträger .....	23
V.	Bedeutung sozialrechtlicher Vorgaben für das Haftungsrecht.....	24
1.	Ausgangspunkt .....	24
2.	Bedeutung des krankenversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots 25	
3.	Bedeutung von Beschlüssen des Gemeinsamen Bundesausschusses.....	27

C.	Haftung des Krankenhauses im Ersteinschätzungsverfahren.....	28
I.	Ausgangspunkt: Organisationspflicht .....	28
II.	Bedeutung der sozialrechtlichen Vorgaben für die Haftung .....	30
1.	Wirksame gesetzliche Grundlage .....	30
2.	Vorgaben der beanstandeten Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie 31	
a)	Verfahren .....	31
b)	Personal.....	32
c)	Behandlungspriorisierung.....	33
d)	Erweitertes Einschätzungsverfahren und Weiterleitung in die vertragsärztliche Versorgung .....	33
3.	Überwachungspflicht des Krankenhauses .....	35
4.	Fazit .....	36
D.	Haftung der Ersteinschätzenden .....	36
I.	Ausgangspunkt: Organisationspflicht des Krankenhauses .....	36
II.	Pflichten der Ersteinschätzenden.....	37
E.	Haftungsfragen bei eingeführtem digitalem Einschätzungsinstrument.....	38
I.	Rechtlicher Rahmen .....	38
II.	Folgerung für die Haftung .....	40
III.	Qualität eines Medizinprodukts.....	41
IV.	Haftung bei Fehlern des Medizinprodukts .....	41
F.	Haftungsfragen nach Beanstandung des Richtlinienbeschlusses .....	41
I.	Ausgangspunkt .....	41
II.	Ersteinschätzung bis zum Inkrafttreten der Ersteinschätzungs-Richtlinie ....	42
III.	Probetrieb mit einem entwickelten oder in der Entwicklung befindlichen Ersteinschätzungsinstrument .....	43
1.	Ersteinschätzungsverfahren gemäß § 75 Abs. 7 S. 1 Nr. 6 SGB V.....	44
2.	Erprobung der Instrumente.....	45
3.	Haftungsrechtlicher Rahmen.....	46
IV.	Möglichkeiten der Weiterleitung in die ambulante Versorgung .....	47
1.	Ausgangspunkt .....	47
2.	Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie .....	48
3.	Ärztliche Prüfung erforderlich?.....	49
a)	Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie.....	49
b)	Haftungsrechtliche Bewertung .....	50
c)	Bundessozialgericht Urteil v. 1. Februar.1995 .....	52

G.	Möglichkeit regionaler Kooperationen .....	54
I.	Ausgangslage.....	54
II.	Auslegung des § 6 Abs. 3 Ersteinschätzungs-Richtlinie.....	55
1.	Wortlaut.....	55
2.	Gesetzeszweck und systematischer Zusammenhang .....	56
3.	Sinn und Zweck.....	57
4.	Folgerung.....	57
III.	Ärztliche Prüfung erforderlich?.....	57
H.	Ergebnisse .....	59

## A. Ausgangspunkte und Untersuchungsgegenstand

### I. Gesetzeslage

Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung bestimmt gemäß § 120 Abs. 3b SGB V<sup>1</sup>:

„<sup>1</sup>Der Gemeinsame Bundesausschuss beschließt bis zum 30. Juni 2023 eine Richtlinie, die Vorgaben zur Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung des medizinischen Versorgungsbedarfs von Hilfesuchenden, die sich zur Behandlung eines Notfalls nach § 76 Absatz 1 Satz 2 an ein Krankenhaus wenden, beinhaltet. <sup>2</sup>Die nach § 136c Absatz 4 beschlossenen Festlegungen sind zu berücksichtigen. <sup>3</sup>Dabei ist auch das Nähere vorzugeben

1. zur Qualifikation des medizinischen Personals, das die Ersteinschätzung vornimmt,
2. zur Einbeziehung ärztlichen Personals bei der Feststellung des Nichtvorliegens eines sofortigen Behandlungsbedarfs,
3. zur Form und zum Inhalt des Nachweises der Durchführung der Ersteinschätzung,
4. zum Nachweis gegenüber der Terminservicestelle, dass ein Fall nach § 75 Absatz 1a Satz 4 Nummer 2 vorliegt,
5. zur Weiterleitung an Notdienstpraxen gemäß § 75 Absatz 1b Satz 3 und
6. zu Übergangsfristen für die Umsetzung der Richtlinie, soweit diese für eine rechtzeitige Integration der Richtlinie in die organisatorischen Abläufe der Krankenhäuser erforderlich sind.

<sup>4</sup>Die Vergütung ambulanter Leistungen zur Behandlung von Notfällen nach § 76 Absatz 1 Satz 2 im Krankenhaus setzt ab dem Inkrafttreten der Richtlinie nach Satz 1 voraus, dass bei der Durchführung der Ersteinschätzung nach Satz 1 ein sofortiger Behandlungsbedarf festgestellt wurde oder zu diesem Zeitpunkt keine Notdienstpraxis in oder an dem jeweiligen Krankenhaus gemäß § 75 Absatz 1b Satz 3 in unmittelbarer Nähe geöffnet ist. <sup>5</sup>Der ergänzte Bewertungsausschuss in seiner Zusammensetzung nach § 87 Absatz 5a beschließt bis zum Beginn des übernächsten auf das Inkrafttreten der Richtlinie nach Satz 1 folgenden Quartals die sich aus der Richtlinie nach Satz 1 ergebenden notwendigen Anpassungen des einheitlichen Bewertungsmaßstabs für ärztliche

---

<sup>1</sup> In der Fassung des Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetzes (PUEG), BGBl. I 2023 Nr. 155 S. 26. Zur Entstehungsgeschichte siehe die Tragenden Gründe zum Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses über eine Erstfassung der Richtlinie zur Ersteinschätzung des Versorgungsbedarfs in der Notfallversorgung gemäß § 120 Abs. 3b SGB V (Ersteinschätzungs-Richtlinie) vom 6. Juli 2023, S. 3.

Leistungen. <sup>6</sup>Der Gemeinsame Bundesausschuss hat die Auswirkungen der Richtlinie nach Satz 1 hinsichtlich der Entwicklung der Inanspruchnahme der Notaufnahmen, der Auswirkungen auf die Patientenversorgung sowie die Erforderlichkeit einer Anpassung seiner Regelungen bis zum 31. Dezember 2026 zu prüfen. <sup>7</sup>Der ergänzte Bewertungsausschuss in seiner Zusammensetzung nach § 87 Absatz 5a hat die Entwicklung der Leistungen in Notaufnahmen zu evaluieren und hierüber dem Bundesministerium für Gesundheit bis zum 31. Dezember 2026 zu berichten; § 87 Absatz 3a gilt entsprechend.“

Kommen Hilfe suchende Patientinnen oder Patienten ohne ärztliche Überweisung in die Notaufnahme eines Krankenhauses, stellt sich oft die Frage: „medizinischer Notfall oder nicht?“. Krankenhäuser weisen seit vielen Jahren auf eine Überlastung ihrer Notaufnahmen hin. Eine wesentliche Ursache der Überlastung liegt in der Inanspruchnahme der Notfallversorgung durch Patientinnen und Patienten, die in der vertragsärztlichen Versorgung behandelt werden könnten.<sup>2</sup> Die gesetzliche Regelung des § 120 Abs. 3b SGB V zielt vor diesem Hintergrund auf die Einführung eines qualifizierten und standardisierten Verfahrens, mit dem in dem angegangenen Krankenhaus der medizinische Versorgungsbedarf von Hilfesuchenden, die sich zur Behandlung eines Notfalls an ein Krankenhaus wenden, eingeschätzt werden kann. Denn nur in Notfällen dürfen gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V andere Ärzte als die zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzte, medizinischen Versorgungszentren etc. im Sinn von § 76 Abs. 1 S. 1 SGB V in Anspruch genommen werden.

Versicherte können sich also, außer in Notfällen, nur an die in § 76 Abs. 1 S. 1 SGB V genannten zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Einrichtungen wenden, sie haben keinen Anspruch auf die Behandlung in einem Krankenhaus, und die Krankenhäuser dürfen im Grundsatz Leistungen nicht erbringen.<sup>3</sup> Soweit

---

<sup>2</sup> Aufschlussreich dazu die Studienergebnisse „Bedarfsgerechtes Lenken von Hilfesuchenden in der Notaufnahme“, Kassenärztliche Vereinigung Bayerns, Vernetzung mit Praxen entlastet Notaufnahmen, KVB-Presseinformation vom 9. August 2023, <https://www.kvb.de/ueber-uns/pressearbeit/09082023>. Zu tatsächlichen Hintergründen und möglichen Wegen zu einer Steuerung der Patienten und zu einer Entlastung der Notaufnahmen unter Einschluss von Kooperationsmodellen von Krankenhäusern und vertragsärztlicher Versorgung ausführlich mit Nachweisen von *Stillfried*, Gesundheits- und Sozialpolitik (G+S) 2023, 32 ff..

<sup>3</sup> Siehe zu möglichen Effizienzgewinnen der gesetzlichen Regelung von *Stillfried*, Gesundheits- und Sozialpolitik (G+S) 2023, 32 (35 ff.).

ambulante Leistungen im Krankenhaus erbracht werden können, werden diese gemäß § 120 Abs. 1 S. 1 SGB V nach den für Vertragsärzte geltenden Grundsätzen aus der vertragsärztlichen Gesamtvergütung vergütet.<sup>4</sup>

## **II. Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie**

Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) hat auf der Grundlage von § 120 Abs. 3b SGB V am 6. Juli 2023 die Erstfassung der Richtlinie zur Ersteinschätzung des Versorgungsbedarfs in der Notfallversorgung (Ersteinschätzungs-Richtlinie) beschlossen. Die an den gesetzlichen Vorgaben orientierten Inhalte der Ersteinschätzungs-Richtlinie dienen (unabhängig davon, ob das Krankenhaus an der gestuften stationären Notfallversorgung teilnimmt oder nicht) der Feststellung, ob ein für die ambulante Notfallbehandlung im Krankenhaus gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V erforderlicher sofortiger Behandlungsbedarf vorliegt (§ 1 Abs. 3 EE-RiL). Es geht dabei um die Ersteinschätzung in den Fällen, in denen gesetzlich Krankenversicherte mit einem von ihnen für dringend gehaltenen gesundheitlichen Anliegen eigenständig ein Krankenhaus aufsuchen; dieser Personenkreis wird in der Richtlinie als „die Hilfesuchenden“ bezeichnet (§ 2 Abs. 1 EE-RiL).

Der Gemeinsame Bundesausschuss hat den am 6. Juli 2023 beschlossenen Entwurf über eine Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie gemäß § 94 SGB V dem Bundesministerium für Gesundheit vorgelegt.

## **III. Beanstandung durch das Bundesministerium für Gesundheit**

Das Bundesministerium für Gesundheit hat unter dem 12. September 2023 die Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie gemäß § 94 Abs. 1 S. 2 SGB V beanstandet. Das Bundesministerium für Gesundheit ist der Ansicht, der vom Gemeinsamen Bundesausschuss vorgelegte Beschluss begegne in materiellrechtlicher Hinsicht insgesamt durchgreifenden Bedenken. Das Bundesministerium für Gesund-

---

<sup>4</sup> Zu Zahlen und tatsächlichem Aufkommen von Patienten in Notaufnahmen, die vertragsärztlich behandelt werden könnten, siehe von *Stillfried*, Gesundheits- und Sozialpolitik(G+S) 2022, 71 (73 ff.).

heit hält eine Beanstandung für erforderlich, um ein Wirksamwerden des Beschlusses zu verhindern. Von der durch § 94 Abs. 1 S. 4 SGB V eröffneten Möglichkeit, die Richtlinie nicht zu beanstanden und dies mit Auflagen zu verbinden, hat das Bundesministerium für Gesundheit nicht Gebrauch gemacht.

Das Bundesministerium für Gesundheit stützt die Beanstandung auf zahlreiche Gesichtspunkte. Im Hinblick auf das Ergebnis – Beanstandung und nicht Nichtbeanstandung, verbunden mit Auflagen (§ 94 Abs. 1 S. 2, S. 4 SGB V) – steht im Vordergrund, dass die Erstfassung der Richtlinie für die Zeit von ihrem Inkrafttreten bis zum 1. Juni 2024 keine ausreichenden Vorgaben für die Krankenhäuser zur Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung enthalte. Das verstoße gegen den ausdrücklichen gesetzlichen Auftrag, Vorgaben für eine qualifizierte und standardisierte Ersteinschätzung zu beschließen. Gemäß § 120 Abs. 3b S. 1 SGB V müsse von dem Inkrafttreten der Richtlinie an ein Verfahren vorgegeben werden, welches Bedingungen im Sinn von Qualitätsvorgaben bzw. besondere, ausschlaggebende Merkmale aufweise (siehe Ziffer 1 des Schreibens vom 12. September 2023). Der gesetzliche Auftrag sei insoweit erst vom 1. Juni 2024 an mit der Regelung von § 10 Abs. 4 S. 1 EE-RiL erfüllt. Da kraft Gesetzes für die Abrechnung ambulanter Leistungen im Notfall von dem Inkrafttreten der Richtlinie an ein sofortiger Behandlungsbedarf dargelegt werden muss (§ 120 Abs. 3b S. 4 SGB V) und im Zeitpunkt des Inkrafttretens keine qualifizierten und erprobten Ersteinschätzungsverfahren oder Instrumente vorhanden seien, ist nach Auffassung des Bundesministeriums für Gesundheit die Beanstandung das einzige geeignete Mittel, um den Zweck der Patientensicherheit und die Wahrung der berechtigten Interessen der Krankenhäuser zu erreichen (siehe Ziffer 8 des Schreibens vom 12. September 2023).

Rechtswidrig ist nach der Bewertung des Bundesministeriums für Gesundheit ferner, dass die Erstfassung der Richtlinie das Ersteinschätzungsverfahren auch auf Hilfesuchende erstreckt, die mit einem Rettungswagen in ein Krankenhaus eingeliefert werden, das Ministerium beanstandet sodann die in der Erstfassung enthaltenen räumlichen Vorgaben zur Errichtung einer Zentralen Notaufnahme, ferner die

in der Erstfassung vorgesehene Möglichkeit, Hilfesuchende der Dringlichkeitsgruppe 1 an ein Medizinisches Versorgungszentrum in Trägerschaft des Krankenhauses weiterzuleiten, es beanstandet auch die in der Erstfassung vorgesehene verbindliche Weiterleitung auch an Notdienstpraxen, die noch nicht geöffnet haben sowie den Umstand, dass Leistungen von Krankenhäusern in bestimmten Hinsichten unvergütet bleiben (siehe Ziffer 6 des Schreibens vom 12. September). Datenschutzrechtlich ist nach Auffassung des Bundesministeriums nicht zulässig, wenn personenbezogene Daten des Personals der Ersteinschätzung erfasst werden.

#### **IV. Die krankensicherungsrechtliche Gesetzeslage und deren Bewertung in Stellungnahmen**

##### *1. Krankenversicherungsrechtlicher Hintergrund*

Die gesetzlich vorgesehene Ersteinschätzungs-Richtlinie soll das in § 120 Abs. 3b SGB V gesetzlich vorgesehene Verfahren konkretisieren, um vor dem Hintergrund von § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V die Behandlung in der vertragsärztlichen Versorgung zu gewährleisten, wenn die Voraussetzungen eines Notfalls nicht gegeben sind. § 120 Abs. 3b SGB V und die konkretisierende Ersteinschätzungs-Richtlinie sollen damit die gesetzlich gestaltete „Friedensgrenze“ zwischen der ambulanten Leistungserbringung durch die Vertragsärzte etc. und der ambulanten (sowie stationären) Leistungserbringung durch die Krankenhäuser sichern.<sup>5</sup> Die einschlägigen Fragen liegen im Spannungsfeld von Interessen der Leistungserbringer und deren Verbänden im ambulanten und stationären Sektor, zugleich geht es darum, in der Fortentwicklung eines funktionierenden Gesundheitswesens Effizienzmöglichkeiten zu nutzen und Patientensicherheit zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund sind die gesetzlichen Vorgaben in diejenige Gesetzesvorschrift integriert, die die Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen regelt.

---

<sup>5</sup> Ausführlich, auch zur Entstehungsgeschichte und zu neueren Entwicklungen, *Seitz*, Die Erbringung ambulanter Leistungen durch Krankenhäuser, 2012.

## 2. *Bewertung der Haftungsfolgen in Politik und Recht*

### a) *Gesetzesmaterialien*

In ihrem Gesetzentwurf zu dem am 20. Juli 2021 in Kraft getretenen Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz, GVWG)<sup>6</sup> vom 1. Januar 2021<sup>7</sup> und in weiteren Materialien des Gesetzgebungsverfahrens sind Haftungsfragen, die sich im Zusammenhang mit dem Ersteinschätzungsverfahren auf der Grundlage von § 120 Abs. 3b SGB V ergeben könnten, nicht angesprochen. In dem vorangehenden Referentenentwurf der Bundesregierung vom 23. Oktober 2020 ist der Gesichtspunkt der Haftung erwähnt<sup>8</sup>:

„Bei dem Verfahren handelt es sich um ein qualifiziertes und standardisiertes, softwarebasiertes Abfragesystem, welches beim ersten Kontakt zwischen dem Hilfesuchenden, der die Notfallambulanz des Krankenhauses aufsucht, und dem Krankenhauspersonal zum Einsatz kommt. Durch Anwendung dieses Verfahrens wird eindeutig und für alle Beteiligten verbindlich festgestellt, dass es sich um einen ambulant zu behandelnden Notfall nach § 76 Absatz 1 Satz 2 gehandelt hat. Hilfesuchende, die keiner sofortigen ambulanten Behandlung bedürfen, können aufgrund des durch die Software vorgegebenen Umfangs der Abklärung der Behandlungsnotwendigkeit schneller identifiziert und haftungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Abweisung ausgeräumt werden.“

### b) *Politische Stellungnahmen*

Aus der Vielzahl der Stellungnahmen zum Referentenentwurf des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG)<sup>9</sup> sind im Hinblick auf die Frage der haftungsrechtlichen Wirkungen von § 120 Abs. 3b SGB V in der Ausgestaltung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss hervorzuheben: Der GKV-Spitzenverband hält es in seiner Stellungnahme vom 12. November 2020 (S. 58 f.) für zielführend, den Krankenhäusern durch die Vorgabe einer softwarebasierten qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung eine verbindliche Bewertung für die

<sup>6</sup> BGBl. I S. 2754.

<sup>7</sup> BR-Drs. 12/21, S. 90 f.

<sup>8</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz – GVWG) vom 23.10.2020, S. 82.

<sup>9</sup> <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/guv-19-lp/stellungnahmen-refe/gvwg.html>.

Prüfung der Frage zur Verfügung zu stellen, welche Patienten ein Notfall gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V sind. Im Hinblick auf die Frage haftungsrechtlicher Auswirkungen heißt es in diesem Zusammenhang:

„Insbesondere der resultierende Wegfall haftungsrechtlicher Bedenken ist hier hervorzuheben, da diese Bedenken bislang häufig als Grund für die Behandlung von Patienten angeführt wurden, die nach objektiven Kriterien eigentlich nicht als Notfall einzuschätzen waren.“

Dagegen sehen die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG), die Deutsche Gesellschaft Interdisziplinäre Notfall- und Akutmedizin e.V. (DGINA) und der Marburger Bund ungünstige Haftungsfolgen des gesetzlich vorgesehenen Ersteinschätzungsverfahrens für die Krankenhäuser. Es wird insbesondere darauf hingewiesen, dass sich nach dem Wegschicken von Patienten eine Zustandsverschlechterung ergeben könnte, aus der eine (Mit-)Haftung folgen könne. Die Weiterleitung von Notfallpatientinnen und -patienten ohne einen ärztlichen Kontakt nur aufgrund einer Triage stelle eine erhebliche Gefährdung der Patientensicherheit (mit haftungsrechtlichen und berufsrechtlichen Folgen) dar. Es sei ungeklärt, ob dann die Verantwortung bei den Kassenärztlichen Vereinigungen oder bei den Krankenhäusern liegt. Nach Ansicht der Deutschen Gesellschaft Interdisziplinäre Notfall- und Akutmedizin e.V. (DGINA) muss eine ärztliche Untersuchung in der Notaufnahme erfolgen, welche als ärztliche Leistung entsprechend vergütet werden müsse. Auch die Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 12. November 2020 (S. 12) kann in diesem Sinn gedeutet werden, auch wenn die Frage der Haftung dort nicht ausdrücklich angesprochen ist; das Einschätzungsverfahren gefährdet nach Ansicht der Bundesärztekammer durch die zeitliche Verzögerung und die potentielle Fehleinschätzung die Patientensicherheit.

### *c) Kritische rechtliche Stellungnahmen*

In einer der Ecclesia erstatteten gutachterlichen Stellungnahme zur Bewertung der künftigen Haftungssituation durch Implementierung einer „standardisierten Ersteinschätzung“ i.S.v. § 120 Abs. 3b SGB V vom 5. März 2022 kommen die Rechtsanwälte und Fachanwälte für Medizinrecht *Dr. Max Middendorf und Dr. Carolin Wever* zu der Einschätzung, dass auf der Grundlage der allgemeinen (vor-)vertrag-

lichen und deliktischen Haftung für die standardisierte Ersteinschätzung die allgemeinen Sorgfaltsanforderungen gelten und die Haftung nach allgemeinen Grundsätzen unabhängig davon ist, ob ärztliches und/oder nichtärztliches Personal die Ersteinschätzung vornimmt. Es bestehe eine potentielle Spannung zwischen den definierten Kriterien zur Ersteinschätzung in der Richtlinie einerseits und den Anforderungen der zivilrechtlichen Rechtsprechung andererseits. Das gelte insbesondere mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH, nach der eine Diagnose nicht vor-schnell getroffen werden darf, weil sonst das Feld des Befunderhebungsfehlers mit den verschärften Rechtsfolgen des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB eröffnet werde. Darüber hinaus fänden die Grundsätze zur therapeutischen Information („Sicherungsaufklärung“) Anwendung, sodass auch unter diesem Aspekt Haftungsrisiken bestünden. Das gelte etwa für Konstellationen, in denen nicht mit ausreichender Klarheit der zeitliche Korridor für einen weiteren Behandlungsbedarf außerhalb des Krankenhauses kommuniziert werde.

Eine kritische Stellungnahme enthält auch ein Zeitschriftenbeitrag von *Frank Sarangi* „Die qualifizierte und standardisierte Ersteinschätzung der Notaufnahmen nach § 120 Abs. 3b SGB V – ein kompakter Überblick“.<sup>10</sup> *Sarangi* geht davon aus, dass, aus welchem (vor-)vertraglichen oder deliktsrechtlichen Grund auch immer, sämtliche typischen arzthaftungsrechtlichen Pflichten begründet sind.<sup>11</sup> Das in der Notaufnahme eingesetzte Personal ist nach der Auffassung von *Sarangi* patienten-individuell verpflichtet, alle medizinisch indizierten Befunde zu erheben (Anamnese, ergänzende körperliche Untersuchung, Gerätediagnostik). Werde, weil das unterbleibt, ein Patient fälschlich in den vertragsärztlichen Bereich verwiesen, obwohl eine akute Behandlungsnotwendigkeit besteht, komme die Haftung aus dem Gesichtspunkt der unterlassenen Befunderhebung in Betracht.

---

<sup>10</sup> *Sarangi*, *Gesundheit und Pflege (GuP)* 2023, 24 ff.

<sup>11</sup> *Sarangi*, a.a.O., S. 26 f.

## **V. Untersuchungsgegenstand**

Gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V dürfen andere als die zur vertragsärztlichen Versorgung Zugelassenen nur in Notfällen in Anspruch genommen werden. Vor diesem Hintergrund sieht das Gesetz in § 120 Abs. 3b SGB V die Gestaltung einer Ersteinschätzungs-Richtlinie durch den Gemeinsamen Bundesausschuss vor. Die zu erlassende Ersteinschätzungs-Richtlinie soll nach Maßgabe von § 120 Abs. 3b SGB V die Vorgaben zur Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung des medizinischen Versorgungsbedarfs von Hilfesuchenden regeln, die sich zur Behandlung eines Notfalls an ein Krankenhaus wenden. Zu untersuchen sind die haftungsrechtlichen Rahmenbedingungen für Fälle, in denen (nach den zu erwartenden Vorgaben der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses) in Anwendung des qualifizierten und standardisierten (in Zukunft softwarebasierten) Abfragesystems verbindlich festgestellt wird, dass es sich um einen ambulant zu behandelnden Notfall gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V handelt. Konkret ist zu fragen, ob eine Verpflichtung des Krankenhauses besteht, das Ergebnis einer durchgeführten qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung vor der Weiterleitung in den vertragsärztlichen Bereich durch einen Arzt überprüfen zu lassen.

## **B. Haftungsrechtlicher Rahmen**

### **I. Ausgangspunkt: Ärztliche Prüfung geboten?**

1.) Das Gesetz bestimmt in § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 1 SGB V, dass der Gemeinsame Bundesausschuss das Nähere zur Qualifikation des medizinischen Personals vorzugeben hat, und in § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 2 SGB V ist ebenfalls dem Gemeinsamen Bundesausschuss aufgegeben, das Nähere zur Einbeziehung ärztlichen Personals bei der Feststellung des Nichtvorliegens eines sofortigen Behandlungsbedarfs festzulegen. Dass bei der Durchführung der Ersteinschätzung eine ärztliche Prüfung stets oder unter bestimmten Voraussetzungen zu erfolgen hat, ist in § 120 Abs. 3b SGB V nicht bestimmt.

2.) In den Materialien des Gesetzes zur finanziellen Stabilisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzstabilisierungsgesetz) vom 7. November

2022<sup>12</sup> findet sich zu einer geplanten Änderung des § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 2 SGB V die folgende Begründung:

„Es handelt sich um eine Klarstellung der gesetzgeberischen Intention. Das medizinische Personal wird bereits nach der Nummer 1 dazu berechtigt, eine Entscheidung im Sinne der Richtlinie nach Satz 1 mit dem Ziel einer Steuerung in die medizinisch gebotene Versorgungsebene zu treffen. Dieses bedarf keiner ärztlichen Überprüfung. Die Einbeziehung des ärztlichen Personals ist erst dann erforderlich, wenn das nichtärztliche medizinische Personal zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage ist. Hierzu hat der G-BA in der Richtlinie Vorgaben zu machen.“

Vorgesehen war, § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 2 SGB V wie folgt zu fassen:

„2. Zur Einbeziehung ärztlichen Personals in den Fällen, in denen das nichtärztliche medizinische Personal zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage ist,“.

Auch wenn die geplante Änderung am Ende nicht Gesetz geworden ist (die Änderung soll nach dem Vorschlag des Bundestagsausschusses in einem späteren Gesetzgebungsverfahren eingebracht werden<sup>13</sup>), sondern § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 2 SGB V in der Fassung des Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetzes vom 11. Juli 2021<sup>14</sup> bestehen blieb, zeigt die Begründung in Einklang mit der Intention des Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetzes, dass eine ärztliche Untersuchung oder Überprüfung der Ersteinschätzung des nichtärztlichen medizinischen Personals nach der Vorstellung der Bundesregierung nicht erfolgen soll.

3.) Im systematischen Zusammenhang der Nummern 1 und 2 in § 120 Abs. 3b SGB V kann nur darauf geschlossen werden, dass im Grundsatz eine ärztliche Untersuchung sozialversicherungsrechtlich nicht ohne weiteres kraft Gesetzes vorgesehen ist. Anderenfalls wäre nicht verständlich, dass es dem Gemeinsamen Bundesausschuss obliegt, „das Nähere zur Qualifikation des medizinischen Personals vorzugeben“ (Nr. 1), und es hätte keine Veranlassung bestanden, dem Gemeinsamen Bundesausschuss die nähere Regelung dazu aufzugeben, unter welchen Um-

---

<sup>12</sup> BT-Drs. 20/3448, S. 39.

<sup>13</sup> BT-Drs. 20/4086, S. 66.

<sup>14</sup> BGBl. I, 2754.

ständen bei der Feststellung des Nichtvorliegens eines sofortigen Behandlungsbedarfs die Einbeziehung ärztlichen Personals geboten ist (Nr. 2). Diese Regelungen in § 120 Abs. 3b SGB V können nur dahin verstanden werden, dass – unter den gesetzlichen Vorgaben der Nummern 1 und 2 – die Ausgestaltung in die Hände derjenigen gelegt ist, die den Gemeinsamen Bundesausschuss bilden. Eindeutig ist, dass bei dieser Ausgestaltung die gewissermaßen automatische Befassung ärztlichen Personals mit den Hilfesuchenden nicht gesetzlich vorgesehen ist. Zugleich sind die Vorgaben des Gesetzes in § 120 Abs. 3b Nr. 1 und Nr. 2 SGB V offen gefasst. Daraus folgt, dass dem Gemeinsamen Bundesausschuss ein nicht näher begrenzter Gestaltungsspielraum eingeräumt ist, der sich natürlich innerhalb der rechtlichen Grenzen halten muss.

4.) In der Erstfassung der ausgestaltenden Ersteinschätzungs-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 6. Juli 2023 ist eine körperliche Untersuchung (durch Ärztinnen oder Ärzte) in Einklang damit nicht vorgesehen. Die Hinzuziehung ärztlichen Personals ist an zwei Stellen angesprochen. § 4 Abs. 1 S. 3 EE-RiL bestimmt:

„Das ärztliche Personal kann von der Ersteinschätzungskraft insbesondere bei Fragen der Behandlungsdringlichkeit, zur geeigneten Versorgungsebene, sowie in den Fällen, in denen die Ersteinschätzungskraft zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage ist, hinzugezogen werden.“

Und § 7 der Richtlinie bestimmt:

„Bevor eine Codevergabe für Hilfesuchende der Dringlichkeitsgruppe 2 erfolgt, prüft ein Facharzt oder eine Fachärztin des Krankenhauses, die oder der fachlich und organisatorisch eindeutig der Versorgung von Notfällen zugeordnet ist, auf Basis des Ergebnisberichts der Ersteinschätzung gemäß § 5 Abs. 4 den durch das Ersteinschätzungsverfahren vorgeschlagenen Ressourcenbedarf und das vorgeschlagene medizinisch vertretbare Zeitfenster bis zur Behandlung. Die Hinzuziehung kann persönlich oder über eine telemedizinische Anbindung erfolgen.“

Es ist somit auch nach der Erstfassung der ausgestaltenden Ersteinschätzungs-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 6. Juli 2023 eine körperliche Untersuchung (durch Ärztinnen oder Ärzte) im Grundsatz nicht geboten.

5.) Diese ausgestaltende Regelung in der Erstfassung der Richtlinie vom 6. Juli 2023 hat das Bundesministerium für Gesundheit nicht beanstandet. Unter Ziffer 6 des Schreibens vom 12. September 2023 wird (am Ende) vielmehr ausdrücklich festgehalten, dass von den in dieser Ziffer kritisierten vergütungsrechtlichen Folgen der Gestaltung der Erstfassung die den Krankenhäusern und deren Personal obliegende haftungs-, berufs- und sozialversicherungsrechtliche Entscheidung, ob sie Hilfesuchende überhaupt untersuchen und gegebenenfalls ohne entsprechende Untersuchung abweisen oder in den ambulanten Sektor weiterleiten, unberührt bleibe. Es heißt dort:

„Davon unberührt bleibt die allein den Krankenhäusern und deren Personal obliegende haftungs-, berufs- und sozialversicherungsrechtliche Entscheidung, ob sie Hilfesuchende überhaupt untersuchen und gegebenenfalls ohne entsprechende Untersuchung abweisen oder in den ambulanten Sektor weiterleiten. § 120 Abs. 3b SGB V stellt einen rein vergütungsrechtlichen Auftrag an den G-BA dar.“

6.) Die streitige und zu untersuchende Frage ist, ob und gegebenenfalls inwieweit bei Anwendung der Vorgaben des § 120 Abs. 3b SGB V Haftungsrisiken für das Krankenhaus und für zuständige Ärztinnen und Ärzte der Notaufnahme entstehen können.

Der haftungsrechtliche Rahmen stellt sich, dargelegt mit Bezug auf die Ausgangsfrage, vor diesem Hintergrund folgendermaßen dar:

## **II. Amtshaftung, § 839 BGB iVm Art. 34 GG**

Die Amtshaftung gemäß § 839 BGB iVm Art. 34 GG reicht im Ausgangspunkt weiter als die Deliktshaftung gemäß § 823 ff. BGB für privatrechtliches Handeln, weil eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung auch dann vorliegen kann, wenn keiner der Tatbestände der zivilrechtlichen Haftung gemäß § 823 ff. BGB etc. erfüllt ist. Voraussetzung für die Amtshaftung ist, dass jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Dann ist der Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der hoheitlich Handelnde steht, schadensersatzpflichtig. Es handelt sich um eine Amtshaftung.

Die Voraussetzungen für eine Staatshaftung in diesem Sinn werden im hier zu untersuchenden Zusammenhang in aller Regel von vornherein nicht vorliegen. Der Anwendungsbereich der Staatshaftung ist auf die Ausübung öffentlicher Gewalt begrenzt. Darum geht es nicht, wenn in der Notaufnahme eines Krankenhauses die Ersteinschätzung eines medizinischen Versorgungsbedarfs durchgeführt wird. Das bedarf keiner näheren Darlegung, und dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn der Krankenhausträger (wie namentlich die meisten Universitätskliniken) öffentlich-rechtlich organisiert ist.

Sollte eine Behandlung von einem Beamten (bei Hinzuziehung ärztlichen Sachverständigen von einem beamteten Krankenhausarzt) durchgeführt werden, haftet dieser für Pflichtverletzungen unter den Voraussetzungen von § 839 BGB. Weil der beamtete Krankenhausarzt keine Hoheitsgewalt ausübt, liegen die Voraussetzungen für eine Staatshaftung auch dann nicht vor, der Krankenhausarzt ist nicht Beamter im haftungsrechtlichen Sinn. Der beamtete Krankenhausarzt könnte sich bei dieser (eher seltenen) Konstellation auf das Privileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB berufen und Geschädigte auf ihre Ersatzansprüche gegen das Krankenhaus gemäß § 31, 89, 823, 831 BGB sowie auf die Vertragshaftung des Krankenhauses verweisen. Der Beamte würde also nicht haften, eventuelle Schäden des Krankenhauses könnten jedoch unter Umständen im Weg des Regresses auf den Beamten übergewälzt werden (bei grob fahrlässigem oder vorsätzlichem Verhalten).

### **III. Deliktshaftung**

#### *1. Ausgangspunkt*

Das Haftungsrecht für Behandlungsfehler im Bereich der Medizin ist durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf der Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB entwickelt worden. Mit dem Patientenrechtegesetz von 2013 hat der Gesetzgeber dann die §§ 630a bis 630h in das BGB eingefügt. Diese Bestimmungen sind eng an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur deliktsrechtlichen Haftung für Behandlungsfehler gemäß § 823 Abs. 1 BGB etc. angelehnt. Das dienstvertragsrechtliche Pflichtenprogramm unterscheidet sich nach der die Praxis bestimmenden

Rechtsprechung nicht von den Sorgfaltsgeboten des § 823 Abs. 1 BGB, wie sie der BGH entwickelt hat.<sup>15</sup>

Weil sich die Tatbestandsmerkmale der Haftung für Behandlungsfehler geschichtlich an den Vorschriften des Deliktsrechts herausgebildet haben und mit dem Behandlungsvertrag eine Teilkodifikation gesetzlich gestaltet worden ist, werden im Folgenden die deliktsrechtlichen Voraussetzungen der Haftung zuerst abgehandelt. Die Auslegung der Bestimmungen der §§ 630a ff. BGB durch die höchstrichterliche Rechtsprechung folgt den Strukturen der deliktsrechtlichen Haftung.

## 2. Haftung des Krankenhauses

### a) Haftung für Auswahl und Überwachung von Hilfskräften

Die Haftung des Krankenhauses folgt, wie die Haftung von Unternehmen allgemein, in erster Linie § 831 BGB. Gemäß § 831 BGB haftet, wer andere zu einer Verrichtung bestellt hat, wenn diese Verrichtungsgehilfen in Ausführung der Verrichtung einen Dritten widerrechtlich schädigen. Es handelt sich deliktsrechtlich um die Haftung für vermutetes eigenes Verschulden (hier: des Krankenhauses) für das Handeln von Hilfskräften, wobei die Haftung mit der Möglichkeit der Exkulpation verbunden ist; die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn den Geschäftsherren (hier: das Krankenhaus) kein Verschulden trifft.<sup>16</sup>

Gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB liegt Verschulden im Einzelnen dann nicht vor, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl des Gehilfen, bei der Beschaffung von Vorrichtungen und bei der Leitung der Ausführung der Verrichtung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Dabei gelten die folgenden Maßstäbe: Je größer die Gefahren sind, die sich mit der Verrichtung verbinden, desto größere Anforderungen sind an die Sorgfaltspflichten des Geschäftsherren bei Auswahl und Überwachung zu stellen.

---

<sup>15</sup> Zu allem MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl., BGB vor § 630a Rn. 2 f.

<sup>16</sup> Zu den rechtlichen Maßstäben BGH 10.3.2009 – VI ZR 39/08, NJW 2009, 1740 ff. Rn. 11.

Wesentlich ist, dass bei größeren Unternehmen (hier Krankenhäusern) es dem Geschäftsherrn oft nicht möglich ist, das Personal selbst auszuwählen und zu überwachen. Dann genügt es nach ständiger Rechtsprechung, wenn der Geschäftsherr seinen Betrieb sorgfältig organisiert und die für die Auswahl und die Überwachung zuständigen Personen (wie z.B. Leiter von Abteilungen) sorgfältig auswählt und überwacht. Die „Zwischenpersonen“ können dann wiederum selbst nach § 831 BGB ersatzpflichtig sein (vgl. § 831 Abs. 2 BGB). Man spricht von der Möglichkeit eines „dezentralisierten Entlastungsbeweises“.<sup>17</sup> Im hier zu untersuchenden Zusammenhang würde dies bedeuten, dass die Krankenhäuser die Leitungspersonen ihrer Notaufnahmen sorgfältig auswählen und überwachen müssen. Diese wiederum sind verpflichtet, ihre Verrichtungsgehilfen (bei der Übertragung von Aufgaben) sorgfältig auszuwählen und zu überwachen.

Diese (nicht nur) kompliziert erscheinende Rechtslage ist eine Besonderheit des deutschen Haftungsrechts. In fast allen anderen Ländern haften die Geschäftsherrn ohne weiteres, also ohne die Möglichkeit der Exkulpation, für die von ihnen eingesetzten Hilfspersonen (wie es im deutschen Recht gemäß § 278 BGB, dazu noch unten IV., der Fall ist, wenn eine vertragliche Verbindung besteht).

#### b) Organisations- und Verkehrssicherungspflicht

Auch wenn damit – ungeachtet einer strengen Anwendung des Entlastungsbeweises durch die Rechtsprechung – an sich die Möglichkeit für das Krankenhaus eröffnet ist, der vermuteten Haftung für die unsorgfältige Auswahl und Überwachung ihres leitenden Personals zu entgehen, wirkt sich dies bei der Haftung des Krankenhauses am Ende doch nicht aus. Wie im Bereich der allgemeinen Unternehmenshaftung hat die Rechtsprechung auch für die Krankenhäuser eine von der Auswahl und Überwachung unabhängige Organisations- und Verkehrssicherungspflicht angenommen. Unternehmen allgemein und auch die Krankenhausträger haften vor dem Hintergrund ihrer allgemeinen Organisations- und Verkehrssicherungspflichten für sämtliche Pflichtverletzungen im Rahmen der von ihnen veranlassten betrieblichen Arbeitsteilung, ohne dass die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises eröffnet wäre.

---

<sup>17</sup> Ausführlich MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl., BGB § 831 Rn. 34 ff., insbes. 44 ff. m. Nachw.

Durch die auf § 823 Abs. 1 BGB zurückgeführte Organisationshaftung, die nicht delegiert werden kann, wird der gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB an sich mögliche Entlastungsbeweis im Ergebnis ausgeschlossen (sodass unter dem Strich insofern ein Gleichlauf des deutschen deliktsrechtlichen Haftungsrechts mit dem Deliktsrecht anderer Länder hergestellt ist). Zugleich sind Geschädigte davon entlastet, darzulegen und zu beweisen, welche Person aus dem Bereich des Krankenhauses für die Körper- oder Gesundheitsverletzung letztlich verantwortlich ist. Es genügt der Nachweis, dass das Krankenhaus „organisatorisch“ in einem nicht ordnungsgemäßen Zustand war. Dann muss der Krankenhausträger darlegen und beweisen, dass alle Sorgfalt angewandt worden ist, um den fehlerhaften Zustand auszuschließen. Der Krankenhausträger haftet dabei nach Maßgabe von § 31 BGB für seine Repräsentanten, ohne sich entlasten zu können.<sup>18</sup>

Die Haftung für die Verletzung von Organisationspflichten beruht auf § 823 Abs. 1 BGB. Die Verpflichtung der Unternehmen und also auch der Krankenhausträger geht inhaltlich dahin, die arbeitsteilige Erfüllung der Behandlungspflichten durch organisatorische Maßnahmen zu gewährleisten.<sup>19</sup> In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die Rechtsprechung den Kreis der verfassungsmäßigen Vertreter, für den eine juristische Person gemäß §§ 31, 30 BGB einzustehen hat, weit zieht.<sup>20</sup> Als „verfassungsmäßiger Vertreter“, für den die Körperschaft einzustehen hat, wird jeder angesehen, dem durch organisatorische Regeln oder Handhabung bedeutungsvolle, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind.<sup>21</sup> Auf dieser Grundlage wird Krankenhäusern das Verhalten von Chefarzten zugerechnet, ohne dass eine Entlastungsmöglichkeit besteht.<sup>22</sup>

Im Zusammenhang mit der gemäß § 120 Abs. 3b SGB V den Krankenhäusern obliegenden Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung

---

<sup>18</sup> Vgl. stellvertretend BGH 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313; BGH 18.6.1985 – VI ZR 234/83, NJW 1985, 2189 (2190 ff.). Ausführlich MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl., BGB § 823 Rn. 106 ff.

<sup>19</sup> Vgl. näher MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl., BGB § 630a Rn. 227 ff mit Nachweisen.

<sup>20</sup> Vgl. RGZ 91, 1 (3 ff.); BGHZ 49, 19 (21).

<sup>21</sup> Vgl. RGZ 94, 318 (320); BGHZ 49, 19 (21); BGHZ 101, 215 (218).

<sup>22</sup> Vgl. BGHZ 77, 74 (78 f.); BGHZ 101, 215 (218).

des medizinischen Versorgungsbedarfs von Hilfesuchenden müssen also sämtliche durch das Gesetz und durch die konkretisierende Ersteinschätzungs-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses vorgegebenen Organisationspflichten in der Organisation der Abläufe, in den Dienstplänen etc. zielführend organisiert sein. Darauf ist zurückzukommen.

### *c) Haftung bei Verletzung eines Schutzgesetzes*

Zu erwähnen ist abschließend, dass die deliktsrechtliche Haftung des Krankenhauses auch auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz gestützt werden kann, wenn gegen eine Rechtsvorschrift verstoßen wird, die den Schutz der Geschädigten bezweckt. Der Vorteil gegenüber der Haftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB und § 831 BGB liegt darin, dass dann auch ohne die Verletzung eines Rechtsguts (hier: Körper oder Gesundheit), also auch für den reinen Vermögensschaden, Schadensersatz zu leisten sein kann. Das ist hier nicht zu vertiefen.

## *3. Haftung der Handelnden*

### *a) Keine Vertragshaftung*

Die persönliche Haftung angestellter Ärztinnen oder Ärzte in Krankenhäusern oder des Pflegepersonals oder sonstiger Bediensteter gegenüber Patienten und Hilfesuchenden im Sinn von § 120 Abs. 3b SGB V lässt sich allein auf das Deliktsrecht stützen, weil es an einer vertraglichen Verbindung zu den Patienten fehlt. Der Behandlungsvertrag wird mit dem Krankenhaus geschlossen.

### *b) Behandlungsfehler als Voraussetzung*

Im Hinblick auf die Haftung der behandelnden Personen gemäß § 823 Abs. 1 BGB und gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz gelten die allgemeinen Regeln, die hier nicht darzulegen sind. Die entscheidende Frage ist, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, der im Zusammenhang mit den Vorgaben des Gesetzes in § 120 Abs. 3b SGB V und den Ausführungsbestimmungen der Ersteinschätzungs-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses steht. Darauf ist zurückzukommen.

## IV. Vertragshaftung

### 1. Ausgangspunkt

Das Arzthaftungsrecht ist, wie dargelegt, durch die höchstrichterliche Rechtsprechung im Hinblick auf das Deliktsrecht entwickelt worden. Die durch das Patientenrechtegesetz in das BGB genommenen Vorschriften der §§ 630a bis 630h BGB beinhalten eine Kodifikation des Arzthaftungsrecht, wie es richterlich gestaltet worden ist, die Bestimmungen sind eng an die Rechtsprechung des BGH angelehnt.<sup>23</sup> Unter dem Strich unterscheidet sich vor diesem Hintergrund das vertragsrechtliche Pflichtenprogramm, was die entscheidende Frage der Sorgfaltspflichtverletzung angeht, in der Auslegung der §§ 630a ff. BGB durch die Rechtsprechung nicht von den Sorgfaltsgeboten, die im Rahmen der deliktsrechtlichen Haftung gemäß §§ 823 ff. BGB gelten.<sup>24</sup>

### 2. Konstruktive Unterschiede gegenüber dem Deliktsrecht

a) In der rechtlichen Konstruktion unterscheidet sich die Vertragshaftung von der Deliktshaftung allerdings insofern, als sie keine Rechtsgutverletzung (hier: an Körper oder Gesundheit) voraussetzt. Entscheidend ist der Verstoß gegen eine vertragliche Pflicht. Der Schuldner (hier: der Krankenhausträger) kann sich nur durch den Nachweis entlasten, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Wegen dieser konstruktiven Verschiedenheit war notwendig, gemäß § 630d BGB den Behandelnden zur Einholung einer Einwilligung zu verpflichten und diese Pflicht gemäß § 630e BGB mit der Pflicht zur Aufklärung zu verbinden sowie im Zusammenhang damit gemäß § 630h Abs. 2 BGB die Beweislast umzukehren. Mit diesen Bestimmungen ist ein Gleichlauf zwischen Vertragsrecht und Deliktsrecht erreicht. Mit diesen Maßgaben sind entscheidende Voraussetzungen der Vertragshaftung die Pflichtwidrigkeit und das Vertretenmüssen, sofern der Behandelte infolge der Pflichtverletzung einen Körper- oder Gesundheitsschaden erleidet.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Näher MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl., BGB vor § 630a, Rn. 2 ff.

<sup>24</sup> Vgl. BGH 20.9.1988 – VI ZR 37/88, NJW 1989, 767 (768); MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl., BGB vor § 630a Rn. 3.

<sup>25</sup> Vgl. stellvertretend MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl., BGB vor § 630a Rn. 20.

b) Eine wesentliche rechtliche Verschiedenheit zwischen der Vertragshaftung und der Deliktshaftung liegt darin, dass auf der Basis eines entstandenen Schuldverhältnisses (hier: Behandlungsvertrag) für die Haftung von Hilfspersonen gemäß § 278 BGB ohne die Möglichkeit einer Exkulpation (wie bei § 831 BGB) gehaftet wird; die rechtlich möglichen Auswirkungen dieses Unterschieds sind praktisch allerdings dadurch im Grunde eingeebnet, dass die in § 831 Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehene Möglichkeit des Entlastungsbeweises durch die von der Rechtsprechung entwickelten Organisationspflichten (hier der Krankenhausträger) und die damit verbundene Organisationshaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB weit zurückgedrängt ist (oben III.2.b.).<sup>26</sup>

### 3. Haftung der Krankenhausträger

a) Die Anwendung der allgemeinen Regeln hat im hier interessierenden Zusammenhang zur Folge, dass die Krankenhausträger für das Verhalten ihrer Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB haften, ohne dass die Möglichkeit einer Entlastung besteht. Entscheidend ist also, ob die Hilfskraft (hier: bei der Durchführung des qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzungsverfahrens) einen Fehler gemacht hat. Ist das zu bejahen, wird das Verhalten dem Krankenhausträger zugerechnet. Das gilt für die Fehler von Ärzten, von Pflegekräften und von sonstigen Beschäftigten gleichermaßen. Für die Haftung aufgrund des Verhaltens von Erfüllungsgehilfen kommt es auf die Verletzung von Organisationspflichten durch das Krankenhaus selbst nicht an.

b) Zu beachten ist, dass die Organisationspflichten des Krankenhauses Bedeutung haben für die persönliche Haftung des Chefarztes eines Krankenhausträgers. Hier gelten die Vorschriften der §§ 31, 823 Abs. 1 BGB.

c) Noch ein Gesichtspunkt ist im Zusammenhang mit der Ersteinschätzung in Notaufnahmen des Krankenhauses zu bedenken: Die Organisationspflichten des Krankenhauses, wie sie von der Rechtsprechung zum Deliktsrecht gestaltet sind, sind

---

<sup>26</sup> Näher Staudinger/*Gutmann*, 2021, BGB § 630a Rn. 168; MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl., BGB § 630a Rn. 223 ff. mwN.

auch für die Vertragshaftung des Krankenhauses von Bedeutung. Der für die Behandelnden (also auch für Krankenhausträger) maßgebende Standard des § 630a Abs. 2 BGB ist, wie die Begründung des Patientenrechtegesetzes belegt<sup>27</sup>, ausdrücklich auch auf Organisationspflichtverletzungen bezogen.<sup>28</sup> Folglich wird ein Behandlungsfehler des Behandelnden – bei der Erstaufnahme in der Notaufnahme des Krankenhauses, also des Krankenhausträgers – vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, welches für das Krankenhaus beherrschbar war. Der potentiell Geschädigte muss damit nicht das für den Gesundheitsschaden kausale Verhalten einer konkreten Hilfskraft in der Notaufnahme darlegen.<sup>29</sup>

## V. Bedeutung sozialrechtlicher Vorgaben für das Haftungsrecht

### 1. Ausgangspunkt

Die Deliktshaftung und die Vertragshaftung von Ärzten und Krankenhäusern hängen letzten Endes davon ab, ob die Dienstverpflichteten alles getan haben, was die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gebietet (§ 76 Abs. 4 SGB V, § 276 Abs. 2 BGB). § 630a Abs. 2 BGB ergänzt im Hinblick auf die Vertragshaftung den allgemeinen Sorgfaltsmaßstab.<sup>30</sup> Danach sind die zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu beachten. Darunter ist der jeweilige Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis und ärztlicher Erfahrung zu verstehen, wie er zur Erreichung des Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.<sup>31</sup> Der BGH formuliert, dass diejenigen Maßnahmen ergriffen werden müssen, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden.<sup>32</sup> Die Sorgfaltsanforderungen sind dabei objektiv zu bestimmen (also nicht an den

---

<sup>27</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 20.

<sup>28</sup> Vgl. Staudinger/*Gutmann*, 2021, BGB § 630a Rn. 131; MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl., BGB § 630a Rn. 225.

<sup>29</sup> Siehe nochmals MüKoBGB/*Wagner*, a.a.O.

<sup>30</sup> Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 19.

<sup>31</sup> Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 19.

<sup>32</sup> Vgl. stellvertretend BGH 29.11.1994 – VI ZR 189/93, NJW 1995, 776; BGH 16.3.1999 – VI ZR 34/98, NJW 1999, 1778 (1779); BGH 24.2.2015 – VI ZR 106/13, NJW 2015, 1601 ff.

Fähigkeiten des handelnden Individuums orientiert), und die Sorgfaltsanforderungen sind nach Verkehrskreisen differenziert; dies bedeutet etwa, dass von Fachärzten der sog. Facharztstandard eingehalten werden muss. Der medizinische Standard wird insbesondere in ärztlichen Leitlinien fixiert, welche in ihrer Fassung im Zeitpunkt der Behandlung maßgeblich sind.<sup>33</sup> Eine Bindung der Gerichte an diese Leitlinien kommt dabei nicht in Betracht; die rechtliche Bewertung ist unter Berücksichtigung derartiger Leitlinien, jedoch orientiert an Recht und Gesetz, vorzunehmen.<sup>34</sup>

## 2. Bedeutung des krankensicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots

Gemäß § 12 Abs. 1 SGB V müssen sozialversicherungsrechtlich die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen.<sup>35</sup> Für die Krankenhausbehandlung konkretisiert § 39 Abs. 1 SGB V vor diesem Hintergrund den allgemeinen Anspruch des § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 SGB V.<sup>36</sup>

Die Frage, inwieweit die Konkretisierungen des Sozialversicherungsrechts und insbesondere der Vorbehalt der Wirtschaftlichkeit von Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung am Maßstab von § 12 Abs. 1 SGB V auf die Haftung von Ärzten und Krankenhäusern durchschlägt, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht endgültig geklärt.<sup>37</sup> Ganz überwiegend geht man zu Recht davon aus,

<sup>33</sup> Dazu Greiner, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl., 2022, BGB §§ 823 ff. Rn. 28.

<sup>34</sup> Siehe näher Staudinger/Gutmann, 2021, BGB § 630a Rn. 153 ff.; MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl., BGB § 630a Rn. 150 ff.

<sup>35</sup> Überblick bei Waltermann, in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 8. Aufl. 2023 m. w. Nachw.

<sup>36</sup> Siehe nur Jousen, in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 8. Aufl. 2023, § 39 SGB V Rn. 1.

<sup>37</sup> Siehe grundsätzlich Kullmann, VersR 1997, 529 ff.; Steffen, FS Geiß, 2000, S. 487 ff.; Stöhr, MedR 2010, 214 ff.

dass die zivilrechtlich im Verkehr erforderliche Sorgfalt durch das sozialversicherungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot beeinflusst wird.<sup>38</sup> Die Anforderungen an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt können vom Sozialrecht und von ökonomischen Erwägungen nicht unberührt bleiben. Das ist nicht überraschend, sondern deckt sich mit dem Vorgehen der höchstrichterlichen Rechtsprechung im zivilrechtlichen Haftungsrecht allgemein. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt wird auch im Zivilrecht allgemein unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Erwägungen geprüft. So besteht keine Verpflichtung eines Einzelhändlers, Mineralwasserflaschen oder Limonadenflaschen in Verkaufsräumen bei hochsommerlichen Temperaturen zu kühlen, um das (immer wieder einmal verwirklichte) Risiko einer Verletzung von Kunden durch die Explosion einer mit Kohlensäure versetzten Mineralwasserflasche oder Limonadenflasche zu verringern. In dem auf die Prüfung der Verkehrs-sicherungspflicht bei Explosion einer Limonadenflasche gerichteten Fall ist der BGH, seiner ständigen Rechtsprechung folgend, davon ausgegangen, dass der beklagte Einzelhändler in den Grenzen des technisch Möglichen und ihm wirtschaftlich Zumutbaren dafür zu sorgen hatte, dass Verbraucher durch die von ihm angebotene Ware keine Gesundheitsschäden erleiden. Es sind nur diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren, wobei zu berücksichtigen ist, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann.<sup>39</sup> Auch der Umfang gebotener Diagnose- und Heilbehandlungsmaßnahmen kann nicht ohne Rücksicht auf die sozialversicherungsrechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bewertet werden. Wirtschaftliche Erwägungen sind in das Recht der Arzthaftung und der Haftung von Krankenhäusern von vornherein genauso eingebaut wie in anderen Fällen. Es ist nicht das Optimum des Möglichen geschuldet.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Siehe näher BeckOKBGB/*Katzenmeier*, BGB § 630a Rn. 173; *Spickhoff*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 4. Aufl., 2022, § 630a Rn. 46; *Steffen*, FS Geiß, 2000, S. 487 (493); *MüKoBGB/Wagner*, 9. Aufl., BGB § 630a Rn. 165 ff.

<sup>39</sup> BGH 31.10.2006 – VI ZR 223/05, NJW 2007, 762 ff.

<sup>40</sup> Vgl. *Stöhr*, MedR 2010, 214 (214 f.).

### 3. Bedeutung von Beschlüssen des Gemeinsamen Bundesausschusses

a) Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses dienen der Sicherung der ärztlichen Versorgung und zielen auf die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten (§ 92 Abs. 1 SGB V). Ein wesentlicher Gegenstand des Richtlinienrechts des Gemeinsamen Bundesausschusses sind gemäß § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB V die Rahmenbedingungen der ärztlichen Behandlung. Der Gemeinsame Bundesausschuss ist das zentrale Steuerungsgremium für das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung. Wie auch an anderer Stelle weist über die allgemeine Regelung des § 92 SGB V hinaus das Krankenversicherungsrecht in § 120 Abs. 3b SGB V dem Gemeinsamen Bundesausschuss eine konkrete Aufgabe zu und formuliert dazu die näheren Vorgaben für die Gestaltung der Ersteinschätzungs-Richtlinie.

b) Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (§ 91 ff. SGB V) sind verbindlich (§ 91 Abs. 6 SGB V). Sie legen die Standards der medizinischen Behandlung fest.<sup>41</sup> Schon deshalb wird die Anwendung einer vom Gemeinsamen Bundesausschuss zugelassenen Behandlung oder vorgegebenen Behandlungsweise nicht als generell fehlerhaft bewertet werden können.<sup>42</sup> Die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses haben eine deutlich größere Bedeutung für den medizinischen Standard als namentlich Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften. Die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses spiegeln vor dem Hintergrund der Zusammensetzung des Gemeinsamen Bundesausschusses die Akzeptanz und den Konsens in dem betreffenden Fachkreis wider. Die Richtlinien gestalten Empfehlungen, die vor dem Hintergrund des Fachwissens über Standards entstehen und ihrerseits den Standard prägen. Ein von Empfehlungen des Gemeinsamen Bundesausschusses abweichendes Vorgehen wird sich in der Praxis kaum zum Standard entwickeln können.<sup>43</sup> Umgekehrt wird die Anwendung einer vom Gemeinsamen

---

<sup>41</sup> Näher Greiner, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 4. Aufl., 2022, § 823 Rn. 21; Stöhr, *MedR* 2010, 214 (215).

<sup>42</sup> Vgl. BGH 15.4.2014 – VI ZR 382/12, *NJW-RR* 2014, 1053 (1055); BSG 20.3.1996 – 6 RKa 62/94, *NJW* 1997, 823.

<sup>43</sup> Stöhr, *MedR* 2010, 214 (215).

Bundesausschuss zugelassenen Vorgehensweise kaum als generell fehlerhaft bewertet werden können.<sup>44</sup> Einem vom Gemeinsamen Bundesausschuss zugelassenen Vorgehen bei Diagnose oder Behandlung kommt deshalb jedenfalls eine Indizwirkung für den medizinischen Standard zu. Man wird sagen können, dass unter Berücksichtigung der gesetzlich geregelten Verbindlichkeit der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses die Richtlinien den Standard festlegen; dieser darf nicht unterschritten werden, die Einhaltung des Standards ist andererseits regelrecht. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass eine Ersteinschätzung, welche den Vorgaben der Ersteinschätzungs-Richtlinie folgt, nicht deshalb sorgfaltswidrig sein kann, weil sie sich an die Vorgaben der Ersteinschätzungs-Richtlinie hält.

### **C. Haftung des Krankenhauses im Ersteinschätzungsverfahren**

#### **I. Ausgangspunkt: Organisationspflicht**

1. Die dargelegte (oben B.III.2.b.) Organisationspflicht des Krankenhauses besteht sowohl im Hinblick auf die Vertragshaftung als auch im Hinblick auf die Delikts haftung. Ausweislich der Gesetzesbegründung ist die Organisationspflicht Bestandteil des allgemein anerkannten fachlichen Standards i.S.v. § 630a Abs. 2 BGB.<sup>45</sup> Das Organisationsverschulden ist im Zusammenhang mit der Vertragshaftung ein Unterfall des Behandlungsfehlers.<sup>46</sup> Die Organisationspflicht beinhaltet, dass das Krankenhaus die arbeitsteilige Erfüllung der Behandlungspflichten durch Organisation gewährleisten muss.<sup>47</sup> Im Hinblick auf das Ersteinschätzungsverfahren bedeutet dies, dass das Krankenhaus die Vorgaben des § 120 Abs. 3b SGB V in der näheren Ausgestaltung einer rechtmäßigen Ersteinschätzungs-Richtlinie gewährleisten muss. Es gelten also zum einen die allgemeinen Regeln, zum anderen muss das Vorgehen des Krankenhauses bei der Ersteinschätzung, wenn die Richtlinie er-

---

<sup>44</sup> *Stöhr*, MedR 2010, 214 (215) m. w. Nachw.

<sup>45</sup> BT-Drs. 1710488, S. 20.

<sup>46</sup> MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl., BGB § 630a Rn. 226 m. w. Nachw.

<sup>47</sup> Näher MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl., BGB § 630a Rn. 131 m. w. Nachw.

lassen ist, den Vorgaben der Ersteinschätzungs-Richtlinie folgen. Den aus dem Behandlungsvertrag folgenden Organisationspflichten entsprechen inhaltlich die Anforderungen des Deliktsrechts an die Organisation des Krankenhausträgers.

2. Die Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung des medizinischen Versorgungsbedarfs in den Notaufnahmen der Krankenhäuser erfolgt ohne Zweifel auf der Grundlage eines Behandlungsvertrags gemäß § 630a ff. BGB. Es geht nicht um ein vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinn von § 311 Abs. 2 BGB (welches allerdings zu denselben Rechtsfolgen führen könnte). Der Behandlungsvertrag ist ein besonderer Fall des Dienstvertrags. Er ist nach dem Wortlaut des Gesetzes auf die medizinische Behandlung eines Patienten gegen Entgelt gerichtet. Der Begriff der „medizinischen Behandlung“ erfasst sämtliche Dienstleistungen, die physisches oder psychisches menschliches Leid lindern oder dessen Ursache beheben sollen. Wie die Gesetzesbegründung belegt, gehören dazu alle Maßnahmen der Diagnose und der Therapie, die dem Ziel dienen, Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen nicht krankhafter Natur zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern.<sup>48</sup> Es sollen alle Tätigkeiten erfasst sein, die zu einem Heilberuf oder zu einem Heilgewerbe im Sinn von Art. 74 Nr. 19 GG zählen.<sup>49</sup> Dazu gehören auch einer Diagnostik vorgelegte Ersteinschätzungsmaßnahmen. Diese stehen nicht außerhalb eines Vertragsverhältnisses. Es geht dabei nicht um die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, um die Anbahnung eines Vertrags oder um einen ähnlichen geschäftlichen Kontakt im Sinn von § 311 Abs. 2 BGB.

Für das Zustandekommen des Behandlungsvertrags gelten die allgemeinen Regeln (insbesondere §§ 145 ff. BGB). Der Vertrag ist formlos wirksam. Das ist hier nicht weiter darzulegen.

---

<sup>48</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 17.

<sup>49</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 18.

## II. Bedeutung der sozialrechtlichen Vorgaben für die Haftung

### 1. *Wirksame gesetzliche Grundlage*

a) Die gesetzlichen Vorgaben des Krankenversicherungsrechts in § 120 Abs. 3b SGB V sind rechtmäßig. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die gesetzliche Ausgestaltung der Rahmenbedingungen des Ersteinschätzungsverfahrens gegen das Recht verstoßen könnte. Unter Beachtung des aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Vorbehalts des Gesetzes werden durch § 120 Abs. 3b SGB V die wesentlichen Eckpunkte der vom Gemeinsamen Bundesausschuss zu gestaltenden Richtlinie mit Vorgaben zur Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung des medizinischen Versorgungsbedarfs von Hilfesuchenden vorstrukturiert.

b) In diesem Sinn rechtmäßig sind auch die gesetzlichen Vorgaben zur organisatorischen Einbindung ärztlichen Personals in die qualifizierte und standardisierte Ersteinschätzung. § 120 Abs. 3b SGB V legt die nähere Ausgestaltung im Hinblick auf die Qualifikation des medizinischen Personals, welches die Ersteinschätzung vornimmt, in die Hände des Gemeinsamen Bundesausschusses (§ 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 1 SGB V). Der Gemeinsame Bundesausschuss soll gemäß § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 2 SGB V auch das Nähere zur Einbeziehung ärztlichen Personals bei der Feststellung des Nichtvorliegens eines sofortigen Behandlungsbedarfs vorsehen (siehe auch oben B.I.). Es hält sich ohne weiteres im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, wenn danach die Ersteinschätzung nicht von vornherein allein in die Hände des ärztlichen Personals gelegt ist. Das gesetzlich vorgesehene und mit der Ersteinschätzungs-Richtlinie auszugestaltende Abfragesystem kann das Ziel, die ambulante oder stationäre Behandlung in einem verlässlichen Verfahren zu koordinieren, offensichtlich erreichen, sodass den Anforderungen des Gesetzes in § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V genügt wird. Gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V dürfen andere als die zur vertragsärztlichen Versorgung Zugelassenen nur in Notfällen in Anspruch genommen werden.

## *2. Vorgaben der beanstandeten Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie*

Die vom Bundesministerium für Gesundheit beanstandete Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie sieht für das – insoweit vom Ministerium nicht beanstandete – Vorgehen für die Zeit nach dem 1. Juli 2024, das in einer weiteren Fassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie wieder aufgegriffen werden könnte, folgendes vor:

### *a) Verfahren*

Das Ersteinschätzungsverfahren wird in der Zentralen Notaufnahme des Krankenhauses durchgeführt. Das mit der Richtlinie ausgestaltete qualifizierte und standardisierte Ersteinschätzungsverfahren erfolgt gemäß § 2 Abs. 2 EE-RiL unter Berücksichtigung des strukturierten und validierten Systems zur Behandlungspriorisierung bei der Erstaufnahme von Notfallpatientinnen und -patienten gemäß § 12 Nr. 12 der Regelungen des Gemeinsamen Bundesausschusses zu einem gestuften System von Notfallstrukturen in Krankenhäusern gemäß § 136c Abs. 4 SGB V. Die Anforderungen an das Ersteinschätzungsverfahren und an das Ersteinschätzungsinstrument richten sich nach den Vorgaben von § 3 der Richtlinie. Danach muss das Ersteinschätzungsverfahren gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 EE-RiL relevante Symptome und Risikomerkmale für abwendbar gefährliche Krankheitsverläufe erkennen. Darauf muss die Organisation des Krankenhauses ausgerichtet sein und dabei die in § 3 Abs. 2 EE-RiL formulierten Mindestanforderungen erfüllen. Die vorgesehenen Mindestanforderungen betreffen die Patientensicherheit, die vollständige Abbildung der in der Akut- und Notfallversorgung auftretenden Behandlungsanlässe („Vollständigkeit“), die Unabhängigkeit des Verfahrens vom Einsatzort und von der ersteinschätzenden Person („Objektivität“), die Reliabilität, die strukturierte und zutreffende Validierung der Behandlungsdringlichkeit mit Abbildung in fünf Dringlichkeitsstufen im Sinn des MTS oder des ESI sowie die Ermittlung der sachgerechten Versorgungsebene. Die Inhalte des Ersteinschätzungsverfahrens müssen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen und den medizinischen Fortschritt berücksichtigen; dies schließt eine stetige Aktualisierung und Optimierung der Inhalte im Hinblick auf die formulierten Anforderungen

ein. Schließlich muss die Möglichkeit der Dokumentation und Ausgabe eines digitalen Ergebnisberichts (mit in § 5 Abs. 4 EE-RiL festgelegten) Mindestinhalten bestehen.

Vom 1. März 2025 an sollte nach dem Erstentwurf das Ersteinschätzungsverfahren gemäß § 3 Abs. 3 EE-RiL durch ein digitales Assistenzsystem („Ersteinschätzungsinstrument“) unterstützt werden, für das die in § 3 Abs. 3 EE-RiL aufgeführten Mindestanforderungen gelten sollten.

#### *b) Personal*

Die Ersteinschätzung erfolgt nach dem Erstentwurf durch vom Krankenhaus eingesetztes, nach Maßgabe von § 4 qualifiziertes Personal („Ersteinschätzungskraft“). Es muss am Krankenhaus jederzeit ärztliches und pflegerisches Personal mit den in § 4 Abs. 2 und 3 EE-RiL genannten Qualifikationen zur Verfügung stehen. Die Durchführung und der Ablauf des Verfahrens müssen an den detaillierten Vorgaben des § 5 EE-RiL orientiert sein. § 4 Abs. 3 EE-RiL enthält Bestimmungen zur Vorkhaltung ärztlichen Personals mit Bezug auf die Regelungen des Gemeinsamen Bundesausschusses zu einem gestuften System von Notfallstrukturen in Krankenhäusern gem. § 136c Abs. 4 SGB V.<sup>50</sup>

In diesem Zusammenhang kann die Ersteinschätzungskraft nach dem Erstentwurf der Richtlinie ärztliches Personal hinzuziehen. Das gilt gemäß § 4 Abs. 1 S. 3 EE-RiL insbesondere: bei Fragen zur Behandlungsdringlichkeit, bei Fragen zur geeigneten Versorgungsebene, ferner in den Fällen, in denen die Ersteinschätzungskraft zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage ist. Es heißt in § 4 Abs. 1 S. 3 EE-RiL:

„Das ärztliche Personal kann von der Ersteinschätzungskraft insbesondere bei Fragen der Behandlungsdringlichkeit, zur geeigneten Versorgungsebene, sowie in den Fällen, in denen die Ersteinschätzungskraft zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage ist, hinzugezogen werden.“

---

<sup>50</sup> Siehe dazu die Tragenden Gründe zu § 4 Abs. 3 EE-RiL.

Das als Ersteinschätzungskraft eingesetzte fachlich qualifizierte Personal muss von dieser Möglichkeit nach pflichtgemäßem Ermessen Gebrauch machen. Die Fachkraft muss also wissen, dass sie die Möglichkeit der Hinzuziehung ärztlichen Personals hat, sie muss wissen, dass dies insbesondere die genannten Situationen betrifft, und sie muss wissen, dass auch darüber hinaus im Einzelfall die Notwendigkeit bestehen kann und die Möglichkeit besteht, ärztliches Personal – das organisatorisch erreichbar sein muss – in die Beurteilung einzubinden. Damit ist im Ablauf des Ersteinschätzungsverfahrens ein Weg vorgegeben, der rechtlich nicht beanstandet werden kann und der augenscheinlich die bestehenden tatsächlichen Verhältnisse in den Notaufnahmen der Krankenhäuser abbildet.

*c) Behandlungspriorisierung*

aa) Bei allen Hilfesuchenden muss nach der Erstfassung innerhalb von zehn Minuten nach dem Eintreffen in der zentralen Notaufnahme eine Behandlungspriorisierung nach näherer Maßgabe von § 5 der Richtlinie durchgeführt werden.

bb) Die Prüfung der Weiterleitung von Hilfesuchenden richtet sich nach § 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie. Danach ist im Hinblick auf die Weiterleitung der Hilfesuchenden die Einteilung in Dringlichkeitsstufen zu unterscheiden. Hilfesuchende der Dringlichkeitsstufe 1 (sofortiger Behandlungsbeginn) oder 2 (sehr dringend) werden als ambulanter Notfall durch das Krankenhaus in der zentralen Notaufnahme behandelt oder, sofern erforderlich, stationär aufgenommen. Für alle anderen Hilfesuchenden kommt es nach der Erstfassung zu einem weiterführenden Ersteinschätzungsverfahren, welches unter Beachtung der in § 5 Abs. 3 der Richtlinie im Einzelnen dargelegten Bestimmungen zu erfolgen hat, um (erstens) die Dringlichkeit und (zweitens) die sachgerechte Versorgungsebene zu ermitteln.

*d) Erweitertes Einschätzungsverfahren und Weiterleitung in die vertragsärztliche Versorgung*

aa) Bei Hilfesuchenden, bei denen kein sofortiger Behandlungsbedarf besteht, schließt sich ein erweitertes Ersteinschätzungsverfahren an, welches das Zeitfenster bis zu einer Behandlung und die Versorgungsebene für die Behandlung vorgibt. Je

nachdem, ob eine ärztliche Behandlung innerhalb von 24 Stunden beginnen sollte oder nicht, werden nach Maßgabe von § 5 Abs. 3 der Richtlinie zwei Dringlichkeitsgruppen unterschieden. Bei Fällen der Dringlichkeitsgruppe 1 soll die ärztliche Behandlung binnen 24 Stunden beginnen. Bei Fällen der Dringlichkeitsgruppe 2 muss eine ärztliche Behandlung nicht binnen 24 Stunden beginnen.

bb) Hilfesuchende der Dringlichkeitsgruppe 2 werden nach Maßgabe von § 5 Abs. 3 Ziffer 3 der Richtlinie in die vertragsärztliche Behandlung verwiesen. Dabei ist die erforderliche Fachrichtung (namentlich hausärztliche Versorgung / Allgemeinmedizin, Innere Medizin etc. auszuweisen.

Da gemäß § 75 Abs. 1a S. 4 SGB V für die Vermittlung von Behandlungsterminen bei einem Facharzt an sich eine Überweisung vorliegen muss, erhalten Hilfesuchende der Dringlichkeitsgruppe 2 nach Maßgabe von § 6 Abs. 2 der Richtlinie vom Krankenhaus zum Nachweis gegenüber der Terminservicestelle den Vermittlungscodex des Terminservicestellen-Terminbuchungssystems, damit sie einen Termin bei an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärztinnen und Ärzten oder medizinischen Versorgungszentren buchen können. Damit wird klargestellt, dass gemäß § 75 Abs. 1a S. 4 Nr. 2 SGB V wegen der zuvor erfolgten Inanspruchnahme eines Krankenhauses die Überweisung ausnahmsweise entbehrlich ist.

In diesem Zusammenhang bestimmt § 7 des Erstentwurfs der Richtlinie:

„Bevor eine Codevergabe für Hilfesuchende der Dringlichkeitsgruppe 2 erfolgt, prüft ein Facharzt oder eine Fachärztin des Krankenhauses, die oder der fachlich und organisatorisch eindeutig der Versorgung von Notfällen zugeordnet ist, auf Basis des Ergebnisberichts der Ersteinschätzung gemäß § 5 Abs. 4 den durch das Ersteinschätzungsverfahren vorgeschlagenen Ressourcenbedarf und das vorgeschlagene medizinisch vertretbare Zeitfenster bis zur Behandlung. Die Hinzuziehung kann persönlich oder über eine telemedizinische Anbindung erfolgen.“

Nach der Gestaltung der Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie prüft der Facharzt oder die Fachärztin des Krankenhauses also auf der Basis des Ergebnisberichts der Ersteinschätzung (§ 5 Abs. 4 EE-RiL) den durch das Ersteinschätzungsverfahren vorgeschlagenen Ressourcenbedarf und das vorgeschlagene medizinisch

vertretbare Zeitfenster bis zur Behandlung. Dabei kann die Hinzuziehung persönlich oder durch eine telemedizinische Anbindung erfolgen. Der Ergebnisbericht, auf den die ärztliche Prüfung nach der Erstfassung der Richtlinie bezogen ist, enthält die in § 5 Abs. 4 EE-RiL vorgegebenen Informationen.

Das Krankenhaus organisiert nach dem Wortlaut der Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie das Ersteinschätzungsverfahren in diesem Stadium rechtlich ordnungsgemäß, wenn ohne persönlichen Kontakt zwischen dem ärztlichen Personal und den Hilfesuchenden die Prüfung auf der Basis des Ergebnisberichts der Ersteinschätzung vorgenommen wird. Ergibt sich bei dieser Prüfung auf der Basis des Ergebnisberichts der Ersteinschätzung, dass Symptome oder Risikomerkmale für abwendbar gefährliche Krankheitsverläufe in Betracht kommen oder dass die Einstufung fragwürdig ist, gelten die allgemeinen Regeln zu Befunderhebung und Diagnose.<sup>51</sup> Danach muss die Ersteinschätzungskraft in dem vorgesehenen Verfahren die richtige ersteinschätzende Diagnose stellen, das ärztliche Personal muss nach der Wortfassung des § 7 EE-RiL den Ergebnisbericht in dem vorgesehenen Verfahren (unter persönlicher oder telemedizinischer Hinzuziehung der Ersteinschätzungskraft<sup>52</sup>) prüfen und, wenn Fragen aufkommen, diese Fragen im Zusammenwirken mit der Ersteinschätzungskraft klären und, wenn dafür Gründe sprechen, eine körperliche Untersuchung vornehmen.

cc) Sollte sich eine Diagnose der Ersteinschätzungskraft oder des eingeschalteten ärztlichen Personals ex post als unrichtig erweisen, belegt dies allein nach allgemeinen Regeln nicht bereits eine Pflichtverletzung.<sup>53</sup> Es gilt hier nichts anderes als sonst.

### 3. *Überwachungspflicht des Krankenhauses*

Das Krankenhaus ist verpflichtet, die aus § 120 Abs. 3b SGB V und der Ersteinschätzungs-Richtlinie folgenden Organisationsstrukturen, das eingesetzte Personal und die Abläufe zu überwachen, um Fehler rechtzeitig erkennen und abstellen zu

<sup>51</sup> Siehe dazu MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl., BGB § 630a Rn. 178 ff. m. w. Nachw.

<sup>52</sup> Das ist in § 7 EE-RiL nicht hinreichend klar formuliert.

<sup>53</sup> Vgl. BGH 11.10.1977 – VI ZR 110/75, NJW 1978, 584 f.

können.<sup>54</sup> Zeigen sich Missstände, muss nach allgemeinen Regeln unverzüglich reagiert werden.

#### 4. *Fazit*

Unter dem Strich ist festzuhalten, dass das Krankenhaus seinen Verpflichtungen genügt, wenn die in § 120 Abs. 3b SGB V und, nach deren Inkrafttreten, die in der vom Gesetz vorgesehenen Ersteinschätzungs-Richtlinie aufgestellten Vorgaben eingerichtet und durchgeführt werden. Es ist keinesfalls erforderlich, dass ärztliches Personal, um Haftungsrisiken des Krankenhauses abzuwenden, in das Ersteinschätzungsverfahren unter Einschluss der Weiterleitung in die vertragsärztliche Versorgung über das in Gesetz und Richtlinie Gestaltete hinaus eingebunden wird. Das entspricht auch der ausdrücklich geäußerten gesetzgeberischen Intention des GKV-Finanzstabilisierungsgesetzes vom 7. November 2022 (oben B.I.2.). Die Einbeziehung des ärztlichen Personals soll erst dann erfolgen, wenn das nichtärztliche medizinische Personal zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage ist.

### **D. Haftung der Ersteinschätzenden**

#### **I. Ausgangspunkt: Organisationspflicht des Krankenhauses**

1.) Die Haftung des ersteinschätzenden Personals folgt, wie dargelegt (B.III.3.) deliktsrechtlichen Regeln, eine Vertragsbeziehung besteht nur zwischen dem Hilfesuchenden und dem Krankenhausträger.

2.) Rechtsgrundlage der Haftung des ersteinschätzenden Personals ist vor allem § 823 Abs. 1 BGB. Chefärzte sind für Pflichtverletzungen ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gemäß § 831 BGB verantwortlich.<sup>55</sup> Gemäß § 823 Abs. 1 BGB haben Chefärzte darüber hinaus die Verpflichtung zur Organisation des Krankenhausbetriebs in ihrem Bereich, sodass die fehlerfreie Behandlung (nach den Maßgaben von § 120 Abs. 3b SGB V in der Ausgestaltung durch die Ersteinschätzungs-Richtlinie) gewährleistet ist.

---

<sup>54</sup> Näher MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl., BGB § 630a Rn. 229 m. w. Nachw.

<sup>55</sup> Siehe nur BGHZ 169, 364 (366).

## II. Pflichten der Ersteinschätzenden

1.) Das im Rahmen der Ersteinschätzung tätige Personal des Krankenhauses muss, wie sich aus § 276 Abs. 2 BGB ergibt, alles tun, was die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verlangt. Es sind die zum Zeitpunkt der Untersuchung geltenden allgemein anerkannten fachlichen Standards zu beachten, die im hier untersuchten Zusammenhang wesentlich aus den Vorgaben von § 120 Abs. 3b SGB V und der zu erlassenden Ersteinschätzungs-Richtlinie folgen. Es müssen diejenigen Maßnahmen ergriffen werden, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt oder einer entsprechend handelnden Pflegekraft aus berufsfachlicher Sicht vorausgesetzt und erwartet werden können.<sup>56</sup> Es gelten insoweit die allgemeinen Regeln.<sup>57</sup>

Ärztinnen und Ärzte, die nicht, wie namentlich Chefärzte, die Organisationspflicht des Krankenhausträgers mit tragen, müssen die dargelegten Sorgfaltsanforderungen im Prozess des Ersteinschätzungsverfahrens insbesondere dann erfüllen, wenn sie (wie es § 4 Abs. 1 S. 3 EE-RiL vorsieht) von der Ersteinschätzungskraft hinzugezogen werden und soweit sie (wie es § 7 EE-RiL vorsieht) auf der Basis des Ergebnisberichts der Ersteinschätzung prüfen. Legt man § 7 der beanstandeten Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie gedanklich zugrunde, muss das Ergebnis der Ersteinschätzung richtig interpretiert werden.

2.) Es handelt sich in diesem Zusammenhang nicht um Haftungsrisiken, die aus der Ausgestaltung des Verfahrens mit der zu erlassenden Ersteinschätzungs-Richtlinie folgen, sondern um diejenigen Haftungsrisiken, die im Zusammenhang mit ärztlichem Handeln im Krankenhaus ohnehin bestehen. Man wird eher sagen können, dass durch das strukturierte Verfahren der Ersteinschätzung nach Maßgabe der zu erlassenden Ersteinschätzungs-Richtlinie sowohl das Haftungsrisiko des Krankenhauses als auch das Haftungsrisiko der handelnden Ärztinnen und Ärzte sowie Pflegekräfte verringert wird: Wenn sich die handelnden Personen an das in der zu erlassenden Ersteinschätzungs-Richtlinie vorgeschriebene Verfahren halten, kann darauf kein Haftungsvorwurf gestützt werden. Worauf es ankommt, ist, dass bei dem

<sup>56</sup> Vgl. BGH 29.11.1994 – VI ZR 189/93, NJW 1995, 776.

<sup>57</sup> Dazu näher MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl., BGB § 630a Rn. 143 ff.

Vorgehen auf der Grundlage der Vorgaben der Ersteinschätzungs-Richtlinie keine haftungsrelevanten Behandlungsfehler unterlaufen. Es geht also um das Haftungsrisiko, welches ohnehin besteht.

3.) Eine Verpflichtung des ärztlichen Personals, anders als in der zu erlassenden Ersteinschätzungs-Richtlinie zu verfahren und – aus Vorsicht – eine körperliche Untersuchung des Hilfesuchenden vorzunehmen, besteht nicht. Gemäß § 120 Abs. 3b SGB V soll eine ärztliche Untersuchung im Krankenhaus ohne weiteres gerade nicht durchgeführt werden. Das qualifizierte und strukturierte Ersteinschätzungsverfahren nach § 120 Abs. 3b SGB V in der Ausgestaltung durch die zu erlassende Ersteinschätzungs-Richtlinie hat den Zweck, die gesetzliche Anforderung von § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V zu verwirklichen; andere als die zur vertragsärztlichen Versorgung Zugelassenen dürfen nur in Notfällen in Anspruch genommen werden.

## **E. Haftungsfragen bei eingeführtem digitalem Einschätzungsinstrument**

### **I. Rechtlicher Rahmen**

Die Bundesregierung hat in ihrem Entwurf eines Gesetzes zur finanziellen Stabilisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzstabilisierungsgesetz) vom 19. September 2022<sup>58</sup> der Vorschrift des § 120 Abs. 3b SGB V (von den Änderungen durch das PUEG abgesehen) die gegenwärtige Gestalt gegeben. Ein Grund lag darin, dass sich im Verlauf der Beratungen des Gemeinsamen Bundesausschusses und im Rahmen des durchgeführten Stellungnahmeverfahrens gezeigt hat, dass ein geeignetes Software-System nicht existierte, mit dem das standardisierte Ersteinschätzungsverfahren und die entsprechende Weiterleitung in die medizinisch gebotene Versorgungsebene, insbesondere in die ambulante Versorgung, durchgeführt werden kann. Aufgrund dessen und im Hinblick auf weitere noch zu klärende Fragen wurde die Frist für die Entwicklung der Ersteinschätzungs-Richtlinie durch den Gemeinsamen Bundesausschuss bis zum 30. Juni 2023 verlängert.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> BT-Drs. 20/3448.

<sup>59</sup> BT-Drs. 20/3448 S. 39.

Zugleich ging der Gesetzgeber davon aus, dass mit dem Inkrafttreten der Richtlinie weiterhin ein geeignetes Software-System für die Ersteinschätzung nicht zur Verfügung stehen könnte. Durch das Vorliegen der Ersteinschätzungs-Richtlinie werde aber den Software-Herstellern die Möglichkeit gegeben, sich an den Vorgaben des Gemeinsamen Bundesausschusses bei der Software-Entwicklung zu orientieren. Der Gesetzgeber hat deshalb in § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 6 SGB V bestimmt, dass der Gemeinsame Bundesausschuss das Nähere „auch zu Übergangsfristen für die Umsetzung der Richtlinie, soweit diese für eine rechtzeitige Integration der Richtlinie in die organisatorischen Abläufe der Krankenhäuser erforderlich sind“, vorzugeben habe. Die Bundesregierung weist in diesem Zusammenhang in der Gesetzesbegründung darauf hin, dass die Krankenhäuser mit dem Vorliegen der Richtlinie bereits beginnen könnten, ihre Abläufe entsprechend zu organisieren.

Aus der Gesetzesbegründung des GKV-Finanzstabilisierungsgesetzes vom 7. November 2022 (in Verbindung mit der Gesetzesbegründung des Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetzes vom 11. Juli 2021) folgt, dass der Gesetzgeber von der Einführung einer Unterstützung der Ersteinschätzung durch ein geeignetes Software-System nicht nur ausgeht, sondern dieses anstrebt. Der Gemeinsame Bundesausschuss hat in dem Erstentwurf der Ersteinschätzungs-Richtlinie, dem folgend, in § 3 Abs. 3 EE-RiL normiert, dass das Ersteinschätzungsverfahren von März 2025 an durch ein digitales Assistenzsystem („Ersteinschätzungsinstrument“) unterstützt werden muss (§§ 3 Abs. 3, 10 Abs. 4 S. 2 EE-RiL).

Nach den Tragenden Gründen zum Erstentwurf der Richtlinie ist ein Probetrieb mit bereits existierenden Ersteinschätzungsinstrumenten erlaubt (Tragende Gründe zu § 10 Abs. 3 EE-RiL). Die Tragenden Gründe sind so zu verstehen, dass der Gemeinsame Bundesausschuss die Anwendung von bereits in der Entwicklung befindlichen Ersteinschätzungsinstrumenten im Sinn eines Probetriebs begrüßt (Tragende Gründe zu § 10 Abs. 4, 3. Absatz):

„Bis ein Ersteinschätzungsinstrument zur Verfügung steht, können die Krankenhäuser eines der sich derzeit bereits in der Entwicklung befindlichen Ersteinschätzungsinstrumente im Sinne eines Probetriebs einsetzen. Die im Zuge einer solchen Parallelanwendung gewonnenen Daten können dann für die Evaluation der Ersteinschätzungsinstrumente

zur Verfügung gestellt werden. Dadurch werden bereits praktische Erfahrungen in der Anwendung generiert und die bereits angestoßenen Evaluationen auf eine breitere Grundlage gestellt.“

## II. Folgerung für die Haftung

Die dargelegten Grundsätze über die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des Krankenhauses und der handelnden Personen gelten auch, wenn Möglichkeiten der Telemedizin oder der elektronischen Unterstützung eingesetzt werden.<sup>60</sup> Die geltende Rechtslage bringt (in anderem Zusammenhang) etwa § 7 Abs. 4 MBO-Ärzte<sup>61</sup> zum Ausdruck. Danach ist auch eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird. Im Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist damit beispielhaft klargestellt, dass der unmittelbare physische Kontakt zum Patienten nicht zwingend erforderlich ist. Grundsätzlich ist dabei auch die Frage, ob die Fernbehandlung im konkreten Einzelfall angewendet werden darf, eine Frage, die sich unter Berücksichtigung der allgemeinen Sorgfaltsanforderungen beurteilt.

Ist, wie im hier zu untersuchenden Zusammenhang, die Ersteinschätzung unter Verwendung eines geeigneten Software-Systems vorgegeben und ist dieses Software-System als geeignet anzusehen, ist die routinemäßige Anwendung des Software-Systems auf der Grundlage von § 120 Abs. 3b SGB V und der ausgestaltenden Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses ohne weiteres pflichtgemäß. Es ist dann eine Frage des Einzelfalls, ob und inwieweit ein von dem Standard abweichendes Vorgehen wegen der Besonderheiten, die Hilfesuchende mitbringen, geboten ist; auch insofern gilt die standardmäßige Sorgfalt gemäß § 630a Abs. 2 BGB.

---

<sup>60</sup> Siehe stellvertretend MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl., BGB § 630a Rn. 137 f., 163 f. m. w. Nachw.

<sup>61</sup> Dazu Katzenmeier, NJW 2019, 1769 f.

### III. Qualität eines Medizinprodukts

Es ist davon auszugehen, dass das im Zusammenhang mit der Ersteinschätzung einzusetzende Software-System die Qualität eines Medizinprodukts haben wird; in der Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie ist dies in § 3 Abs. 3 S. 4 lit. b EE-RiL vorgegeben. Die Haftung des Krankenhauses und der behandelnden Personen bezieht sich dann im Wesentlichen auf Fälle der „fehlerhaften Bedienung“ des Systems. Die fehlerhafte Bedienung führt zu einer Verletzung des Behandlungsvertrags, und sie löst die deliktsrechtliche Haftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB aus.

### IV. Haftung bei Fehlern des Medizinprodukts

Eine „Garantiehaftung“ unter dem Gesichtspunkt einer – von Rechtswidrigkeit und Pflichtwidrigkeit des Handelns unabhängigen – Gefährdungshaftung gemäß § 1 ProdHaftG trifft weder das Krankenhaus noch die behandelnden Personen; weder das Krankenhaus noch die behandelnden Personen sind Hersteller (oder Quasi-Hersteller oder sonst nach dem ProdHaftG Haftende). Beruht der in einem Einzelfall eingetretene Schaden auf einem Fehler des Medizinprodukts, kommt es zur Haftung der nach dem Produkthaftungsrecht Verantwortlichen.<sup>62</sup> Allerdings kommt die Haftung des Krankenhauses oder handelnder Personen dann in Betracht, wenn sie den Fehler des Produkts hätten erkennen müssen. Es tritt dann die Haftung des Krankenhauses und handelnder Personen neben die Produkthaftung des Herstellers. Die Haftenden sind Gesamtschuldner gemäß § 840 Abs. 1 BGB.

#### F. Haftungsfragen nach Beanstandung des Richtlinienbeschlusses

##### I. Ausgangspunkt

Das Bundesministerium für Gesundheit hat die Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie gemäß § 94 Abs. 1 S. 2 SGB V beanstandet und von der durch § 94 Abs. 1 S. 4 SGB V eröffneten Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht, die Richtlinie nicht zu beanstanden und dies mit Auflagen zu verbinden. Wesentlicher Gesichtspunkt für die Beanstandung ist, dass die Erstfassung der Richtlinie für die Zeit von

---

<sup>62</sup> Näher MüKoBGB/*Wagner*, 8. Aufl., BGB § 823 BGB Rn. 786 ff. sowie MüKoBGB/*Wagner*, 8. Aufl., ProdHaftG § 4 ProdHaftG Rn. 1 ff.

ihrem Inkrafttreten bis zum 1. Juni 2024 keine ausreichenden Vorgaben für die Krankenhäuser zur Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung enthalte (siehe oben A.III.). Gemäß § 120 Abs. 3b S. 1 SGB V muss nach der Auffassung des Bundesministeriums für Gesundheit von dem Inkrafttreten der Richtlinie an ein Verfahren vorgegeben sein, welches Bedingungen im Sinn von Qualifikationsvorgaben bzw. besondere, ausschlaggebende Merkmale aufweist. Der gesetzliche Auftrag ist nach Ansicht des Bundesministeriums für Gesundheit durch die Richtlinie insoweit erst vom 1. Juni 2024 an erfüllt.

Mit der Beanstandung des Richtlinienbeschlusses kommt es vorläufig nicht zu einer Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben des § 120 Abs. 3b SGB V. Danach sollte die vom Gemeinsamen Bundesausschuss zu beschließende Richtlinie in der Mitte des Jahres 2023 vorliegen, sodass die Krankenhäuser auf verbindliche und auch Haftungsfragen betreffende (vgl. B.V.3.) Vorgaben zur Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung des medizinischen Versorgungsbedarfs von Hilfesuchenden hätten zurückgreifen können. Mit der Beanstandung entsteht, bis der Gemeinsame Bundesausschuss eine neue Fassung der Richtlinie beschließt oder das Bundesministerium für Gesundheit nach Maßgabe von § 94 Abs. 1 S. 5 SGB V selbst die Richtlinie erlässt, eine Zeitspanne, in welcher den Krankenhäusern Vorgaben gemäß § 120 Abs. 3b SGB V nicht zur Verfügung stehen.

## **II. Ersteinschätzung bis zum Inkrafttreten der Ersteinschätzungs-Richtlinie**

In der Zeitspanne bis zum Inkrafttreten der gesetzlich in § 120 Abs. 3b SGB V vorgesehenen Ersteinschätzungs-Richtlinie müssen die Krankenhäuser auf der Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelungen und der vorhandenen untergesetzlichen Gestaltungen die Ersteinschätzung vornehmen, wenn Hilfesuchende in die Notaufnahme eines Krankenhauses kommen. Im Hintergrund steht, dass gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V nur in Notfällen andere Ärzte als die zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzte, medizinische Versorgungszentren etc. im Sinn von § 96 Abs. 1 S. 1 SGB V in Anspruch genommen werden dürfen. Versicherte können sich, außer in Notfällen, nur an die in § 76 Abs. 1 S. 1 SGB V genannten

zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Einrichtungen wenden, sie haben keinen Anspruch auf Behandlung in einem Krankenhaus, und die Krankenhäuser dürfen im Grundsatz Leistungen nicht erbringen.<sup>63</sup>

Die Ersteinschätzung liegt vor diesem Hintergrund, ohne dass konkretisierende Vorgaben einer Ersteinschätzungs-Richtlinie vorliegen, in den Händen des Krankenhauses. Haftungsrechtlich hat das Krankenhaus nach Maßgabe der dargelegten haftungsrechtlichen Gesetzeslage (oben B.I.-V.) die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht zu erfüllen. Der dargelegte Vorteil einer in Kraft befindlichen Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses (oben B.V.3.) kommt den Krankenhäusern bei der Ersteinschätzung nicht zugute. Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses legen, wie dargelegt (B.V.3.b.) die Standards der medizinischen Behandlung verbindlich fest. Das gilt auch für die Richtlinie, welche auf der Grundlage von § 120 Abs. 3b SGB V die Vorgaben zur Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung betrifft. Die Anwendung einer vom Gemeinsamen Bundesausschuss zugelassenen Behandlung oder vorgegebenen Behandlungsweise kann nicht als generell fehlerhaft bewertet werden.<sup>64</sup> Das gilt auch für das Vorgehen des Krankenhauses bei der Ersteinschätzung des medizinischen Versorgungsbedarfs von Hilfesuchenden, die sich zur Behandlung eines Notfalls an das Krankenhaus wenden. Der damit verbundene Vorteil für die Krankenhäuser besteht vorerst nicht.

### **III. Probetrieb mit einem entwickelten oder in der Entwicklung befindlichen Ersteinschätzungsinstrument**

Mit der Beanstandung der Erstfassung der Richtlinie stellt sich die Frage, ob Krankenhäuser ein entwickeltes oder in der Entwicklung befindliches qualifiziertes und standardisiertes Ersteinschätzungsverfahren im Hinblick auf den medizinischen

---

<sup>63</sup> Ausführlich *Lang*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 8. Aufl., 2022, § 76 Rn. 21 ff.

<sup>64</sup> Vgl. nochmals BGH 15.4.2014 – VI ZR 382/12, NJW-RR 2014, 1053 (1055); BSG 20.3.1996 – 6 R Ka 62/94, NJW 1997, 823.

Versorgungsbedarf von Hilfesuchenden<sup>65</sup> einsetzen können und welche haftungsrechtlichen Fragen sich damit verbinden.

1. *Ersteinschätzungsverfahren gemäß § 75 Abs. 7 S. 1 Nr. 6 SGB V*

Die Servicestellen der Kassenärztlichen Vereinigung setzen seit einigen Jahren ein bundeseinheitliches Ersteinschätzungsverfahren nach Maßgabe von § 75 Abs. 7 S. 1 Nr. 6 SGB V im Rahmen der telefonischen Ersteinschätzung in den Servicestellen ein. § 75 Abs. 7 S. 1 Nr. 6 SGB V bestimmt, dass die Kassenärztliche Bundesvereinigung Richtlinien für ein bundesweit einheitliches, standardisiertes Ersteinschätzungsverfahren aufzustellen hat, auf dessen Grundlage die Vermittlung in Akutfällen erfolgt. Es geht in diesem Sinn gemäß § 75 Abs. 1a S. 3 Nr. 3 SGB V um Fälle, in denen Versicherten in Akutfällen auf der Grundlage eines bundesweit einheitlichen, standardisierten Ersteinschätzungsverfahrens eine unmittelbare ärztliche Versorgung in der medizinisch gebotenen Versorgungsebene, in geeigneten Fällen auch in Form einer telefonischen ärztlichen Konsultation, zu vermitteln ist. Kurz zusammengefasst ist nach der Richtlinie der Kassenärztlichen Bundesvereinigung bei Versicherten, die sich telefonisch unter der Rufnummer 116117 mit akuten medizinischen Beschwerden bei der Servicestelle melden, ein Ersteinschätzungsverfahren nach den Vorgaben der Richtlinie durchzuführen. Das Ersteinschätzungsverfahren ermittelt den adäquaten Versorgungszeitpunkt und die adäquate Versorgungsebene. Das Ersteinschätzungsverfahren erfolgt strukturiert auf der Basis eines elektronischen Programms. Die strukturierte Abfrage ist situationsentsprechend anzuwenden und kann insbesondere bei einer Eskalation der Dringlichkeit jederzeit beendet werden. Es werden Dringlichkeitsstufen („lebensbedrohlicher Notfall“, „schnellstmögliche ärztliche Behandlung“, „ärztliche Behandlung binnen 24 Stunden“ und „ärztliche Behandlung später“) unterschieden. Die adäquate ärztliche Versorgung ist nach der vom Ersteinschätzungssystem empfohlenen Versorgungsebene, der relevanten Dringlichkeitsstufe und der Verfügbarkeit ärztlicher Ressour-

---

<sup>65</sup> Siehe zu einem in der vertragsärztlichen Versorgung eingesetzten Ersteinschätzungsverfahren unter Verwendung einer Software und zu Entwicklungsmöglichkeiten von *Stillfried*, Gesundheits- und Sozialpolitik (G+S) 2022, 71 (72 f.).

cen und der jeweiligen Tageszeit zu bestimmen. Im Fall der Durchführung des Ersteinschätzungsverfahrens erfolgt eine im Einzelnen geregelte Dokumentation. Dabei sind sämtliche aus fachlicher Sicht für die Behandlung wesentliche Ergebnisse des Ersteinschätzungsverfahrens zu dokumentieren, insbesondere die Dringlichkeitsstufe und die erfolgte Aufklärung im Hinblick auf die weitere Behandlung. Das Einschätzungssystem muss Gütekriterien erfüllen, die in wesentlichen Hinsichten mit den in der beanstandeten Erstfassung der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses in § 3 Abs. 2 EE-RiL gestalteten Mindestanforderungen übereinstimmen. Die Richtlinie der Kassenärztlichen Bundesvereinigung enthält im Übrigen Anforderungen an die Qualität des Personals und sieht die Evaluation vor. Das Zentralinstitut für die kassenärztliche Versorgung in Deutschland stellt nach der Richtlinie den Kassenärztlichen Vereinigungen ein softwaregestütztes strukturiertes medizinisches Ersteinschätzungsverfahren zur Verfügung, welches die Anforderungen der Richtlinie an das Ersteinschätzungssystem (die Gütekriterien) erfüllt.

## *2. Erprobung der Instrumente*

Wie die Tragenden Gründe der Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie zu § 10 Abs. 4 EE-RiL belegen, ist der Gemeinsame Bundesausschuss davon ausgegangen, dass die Krankenhäuser, bis ein Ersteinschätzungsinstrument zur Verfügung steht, eines der sich bereits in der Entwicklung befindlichen Ersteinschätzungsinstrumente im Sinn eines Probetriebs einsetzen können. Die im Zug einer solchen Parallelanwendung gewonnenen Daten sollten dann für die Evaluation der Ersteinschätzungsinstrumente zur Verfügung gestellt werden können. Es sollten dadurch praktische Erfahrungen in der Anwendung generiert und die angestoßenen Evaluationen auf eine breitere Grundlage gestellt werden.

Wenn danach in der Einschätzung des Gemeinsamen Bundesausschusses ein Probetrieb mit vorhandenen und in der Entwicklung befindlichen Ersteinschätzungsinstrumenten möglich sein sollte, diene dies dem Zweck, die Entwicklung eines belastbaren und praxistauglichen Ersteinschätzungsinstruments voranzubringen. Das steht in Einklang mit den Vorstellungen des Gesetzgebers, der davon ausgeht,

dass mit dem Erlass einer Richtlinie den Softwareherstellern die Möglichkeit gegeben wird, sich an den Vorgaben des Gemeinsamen Bundesausschusses bei der Software-Entwicklung zu orientieren.<sup>66</sup> Die hauptsächlichen Gründe der Beanstandung des Richtlinienbeschlusses durch das Bundesministerium für Gesundheit und die mit der Beanstandung entstandene tatsächliche Situation verdeutlichen, dass die Anwendung und gegebenenfalls Weiterentwicklung von Ersteinschätzungsinstrumenten im Probetrieb zielführend sein kann.

### 3. *Haftungsrechtlicher Rahmen*

a) Die Krankenhäuser werden, bis eine in Kraft getretene Ersteinschätzungsrichtlinie vorliegt, die in § 120 Abs. 3b SGB V gesetzlich beschriebene Situation zu bewältigen haben. Die Krankenhäuser müssen eine Ersteinschätzung des medizinischen Versorgungsbedarfs von Hilfesuchenden, die sich zur Behandlung eines Notfalls an das Krankenhaus wenden, durchführen. Sie müssen dabei eine tatsächliche Situation bewältigen, die durch einen beträchtlichen Anteil von Personen gekennzeichnet ist, die aus eigenem Antrieb in die Notaufnahme kommen.<sup>67</sup> Ein großer Anteil der in der Notaufnahme versorgten Personen ist in die Kategorien „Normal“ bzw. „Nicht dringend“ einzugruppieren.<sup>68</sup> Unter dem Strich bleibt die Aufgabe, eine große Zahl von niedrigschwellig Hilfesuchenden<sup>69</sup> richtig zuzuordnen.

b) Die Krankenhäuser können sich bei ihrer Ersteinschätzung an den Gesichtspunkten des § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 1-6 SGB V orientieren, zu denen die gesetzlich erforderliche Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses das Nähere regeln soll. Soweit diese Gesetzesbestimmungen Kriterien formulieren, kann ein Vorgehen nach den Kriterien haftungsrechtlich nicht als fehlerhaft bewertet werden.

c) Die Krankenhäuser können dabei vorhandene Ersteinschätzungsinstrumente und -verfahren zugrunde legen, wenn diese den gesetzlichen Rahmenbedingungen des

---

<sup>66</sup> BT-Drs. 20/3448, S. 39.

<sup>67</sup> In der Studie in Rosenheim, Pilotprojekt der Kassenärztlichen Vereinigung Bayerns (Fn. 2, siehe dort die Datei Studienergebnisse) 45 %, siehe Abbildung 7.

<sup>68</sup> In der Studie (Fn. 2, Folie 9) 50 % „Normal“, 2 % „Nicht dringend“.

<sup>69</sup> In der Studie waren etwa die Hälfte der Patienten Selbsteinweiser, und etwa die Hälfte der Patienten benötigte keine dringliche Behandlung (Fn. 2, Folie 11).

§ 120 Abs. 3b SGB V entsprechen. Dass die Anwendung derartiger Ersteinschätzungsinstrumente und -verfahren als solche nicht zu einer Haftung führen kann, bedarf keiner Darlegung, soweit das Ersteinschätzungsinstrument oder -verfahren als solches aufgrund der in ihm enthaltenen Vorgaben nicht zu Behandlungsfehlern führt. Es geht um dieselbe Situation, die ohnehin bei der Ersteinschätzung durch das Krankenhaus besteht: Nach den dargelegten allgemeinen Regeln des Haftungsrechts (B.I.-V.) gelten die Sorgfaltsanforderungen im Hinblick auf Organisation und Durchführung der Ersteinschätzung. Entscheidend ist, ob ein Behandlungsfehler (zu dem auch Fehler im Rahmen der Ersteinschätzung gehören) vorliegt.

d) Wenn bis zum Inkrafttreten der durch § 120 Abs. 3b SGB V gesetzlich geforderten Richtlinie die Krankenhäuser Wege finden müssen, eine (auch) haftungsrechtlich sichere Ersteinschätzung zu organisieren und durchzuführen, kann es im Hinblick auf Haftungsrisiken zweckmäßig sein, die Ersteinschätzung auf der Grundlage eines vorhandenen strukturierten Modells vorzunehmen. Die durch vorhandene oder in der Entwicklung befindliche Ersteinschätzungsinstrumente strukturierte Ersteinschätzung in der Notaufnahme des Krankenhauses kann Haftungsrisiken verringern, weil sie konkrete Vorgaben macht, mit Kriterien für die Dokumentation verbunden ist und gegebenenfalls als Medizinprodukt einzustufen ist. Wird ein solches Ersteinschätzungsinstrument angewandt, gelten die allgemeinen Regeln der Sorgfaltspflicht. Es muss (bei gerichtlicher Prüfung in der Wahrnehmung durch das Gericht ex post) das angewandte Instrument beanstandungsfrei sein und es muss dessen Anwendung durch das Personal des Krankenhauses die allgemein geltenden Sorgfaltspflichten beachten. Das geschieht, wenn nach den (als rechtlich einwandfrei zu qualifizierenden) Arbeitsschritten des Ersteinschätzungsinstruments vorgegangen wird.

#### **IV. Möglichkeiten der Weiterleitung in die ambulante Versorgung**

##### *1. Ausgangspunkt*

Wesentlicher tatsächlicher Hintergrund der gesetzlichen Regelung des § 120 Abs. 3b SGB V ist, dass Hilfe suchende Patientinnen oder Patienten ohne ärztliche

Überweisung in die Notaufnahme von Krankenhäusern kommen und ein medizinischer Notfall nicht vorliegt. Nur in Notfällen dürfen jedoch gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V andere Ärzte als die zur vertragsärztlichen Versorgung Zugelassenen in Anspruch genommen werden. Versicherte haben keinen Anspruch auf die Behandlung in einem Krankenhaus und die Krankenhäuser dürfen im Grundsatz Leistungen nicht erbringen. Es besteht also krankenversicherungsrechtlich ohne weiteres die Notwendigkeit, diejenigen Hilfesuchenden in die ambulante Versorgung weiterzuleiten, für die eine Zuständigkeit des Krankenhauses für die Behandlung nicht besteht. Haftungsrechtlich kann die Umsetzung dieser krankenversicherungsrechtlichen gesetzlichen Vorgabe für sich genommen keinesfalls in Ansprüche münden. Wenn sich später im Rückblick herausstellen sollte, dass eine Weiterleitung nicht der richtige Weg war, gelten für die haftungsrechtliche Beurteilung dieser Situation die dargelegten allgemeinen Regeln. Es kommt darauf an, ob ein Sorgfaltsverstoß vorliegt oder nicht.

## *2. Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie*

a) In der beanstandeten Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie hat der Gemeinsame Bundesausschuss die Weiterleitung von Hilfesuchenden in die ambulante Versorgung in § 5 Abs. 3 EE-RiL ausgestaltet. Für diejenigen Hilfesuchenden, bei denen nicht ein sofortiger Behandlungsbeginn erforderlich ist oder bei denen die Behandlung nicht sehr dringend ist, ist in § 5 Abs. 3 EE-RiL ein „weiterführendes Ersteinschätzungsverfahren“ vorgesehen, mit dem die Dringlichkeit und die sachgerechte Versorgungsebene zu ermitteln ist. Der Erstentwurf unterscheidet im Hinblick auf die Dringlichkeit des Behandlungsbedarfs Fälle, in denen die ärztliche Behandlung binnen 24 Stunden beginnen soll von Fällen, in denen die ärztliche Behandlung nicht binnen 24 Stunden beginnen muss. Nicht vom Bundesministerium für Gesundheit beanstandet, ist in dem Erstentwurf in den Fällen der Dringlichkeitsgruppe 1 die Versorgung im Krankenhaus zur ambulanten Notfallbehandlung gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V und die vertragsärztliche Versorgung in Notdienstpraxen am oder in unmittelbarer räumlicher Nähe des Krankenhausstandortes vorgesehen. Für Hilfesuchende der Dringlichkeitsgruppe 2 ist nach der Erstfassung

der Ersteinschätzungs-Richtlinie, ebenfalls vom Bundesministerium für Gesundheit nicht beanstandet, die zur vertragsärztlichen Behandlung erforderliche Fachrichtung auszuweisen, und Hilfesuchende der Dringlichkeitsgruppe 2 erhalten vom Krankenhaus zum Nachweis gegenüber der Terminservicestelle, dass ein Fall nach § 75 Abs. 1a S. 4 Nr. 2 SGB V vorliegt, den Vermittlungscode des TSS-Terminbuchungssystems.

b) In diesen vom Bundesministerium für Gesundheit nicht beanstandeten Bahnen kann bis zum Inkrafttreten der gemäß § 120 Abs. 3b SGB V erforderlichen Richtlinie die Weiterleitung erfolgen. Dabei dürfen Hilfesuchende der Dringlichkeitsgruppe 1 unter Berücksichtigung der Begründung des Bundesministeriums für Gesundheit in der Beanstandung vom 12. September 2023<sup>70</sup> nur an eine Notdienstpraxis weitergeleitet werden, die zum Zeitpunkt der Durchführung der Ersteinschätzung geöffnet ist. Aus dem Blickwinkel des Haftungsrechts verbindet sich mit dem Vorgehen des Krankenhauses in diesen Bahnen kein Risiko.

### *3. Ärztliche Prüfung erforderlich?*

Welche praktischen Möglichkeiten der Weiterleitung in die ambulante Versorgung bestehen, hängt auch von der Frage ab, inwieweit damit haftungsrechtlich Risiken verbunden sein können.

#### *a) Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie*

Wie dargelegt (C.II.2.d.), bestimmt § 7 des Erstentwurfs der Ersteinschätzungs-Richtlinie im Zusammenhang mit der Verweisung von Hilfesuchenden der Dringlichkeitsgruppe 2 in die vertragsärztliche Behandlung in § 7 EE-RiL:

„Bevor eine Codevergabe für Hilfesuchende der Dringlichkeitsgruppe 2 erfolgt, prüft ein Facharzt oder eine Fachärztin des Krankenhauses, die oder der fachlich und organisatorisch eindeutig der Versorgung von Notfällen zugeordnet ist, auf Basis des Ergebnisberichts der Ersteinschätzung gemäß § 5 Abs. 4 den durch das Ersteinschätzungsverfahren

---

<sup>70</sup> Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 12. September 2023 zu Ziffer 5.

vorgeschlagenen Ressourcenbedarf und das vorgeschlagene medizinisch vertretbare Zeitfenster bis zur Behandlung. Die Hinzuziehung kann persönlich oder über eine telemedizinische Anbindung erfolgen.“

Danach prüft also der Facharzt oder die Fachärztin des Krankenhauses auf der Basis des Ergebnisberichts der Ersteinschätzung den durch das Ersteinschätzungsverfahren vorgeschlagenen Ressourcenbedarf und das vorgeschlagene medizinisch vertretbare Zeitfenster bis zur Behandlung.

#### *b) Haftungsrechtliche Bewertung*

Vor dem Hintergrund der dargelegten haftungsrechtlichen Maßstäbe muss man fragen, ob bei der Verweisung in die vertragsärztliche Behandlung eine – wenn auch auf den Ergebnisbericht bezogene – (fach-)ärztliche Beteiligung im Hinblick auf die Fragen der Haftung notwendig ist. Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden: In dem Zeitraum, in dem die von § 120 Abs. 3b SGB V zu erlassende Richtlinie nicht in Kraft getreten ist, stellt sich die Frage, ob eine (fach-)ärztliche Prüfung (eventuell auf der Basis des Ergebnisberichts) notwendig ist, um nach allgemeinen Regeln der Sorgfaltspflicht zu genügen. Es stellt sich zweitens die Frage, ob die ausgestaltende Ersteinschätzungs-Richtlinie die (fach-)ärztliche Prüfung (auf der Basis des Ergebnisberichts) in dem qualifizierten und strukturierten Ersteinschätzungsverfahren, wie in der Erstfassung geregelt, vorsehen müsste. In Bezug auf beide Fragen geht es darum, ob die ärztliche Prüfung prinzipiell geboten ist; dass sie nach Lage des Einzelfalls geboten sein kann, steht außer Frage.

Beide Fragen können letzten Endes nicht nur aus dem Blickwinkel des Rechts beantwortet werden. Denn es kommt entscheidend darauf an, ob dasjenige Personal, welches (nach den Qualifikationsanforderungen der zu erlassenden Ersteinschätzungs-Richtlinie, siehe § 4 EE-RiL) die Ersteinschätzung vorzunehmen hat – also zunächst das dafür eingesetzte qualifizierte pflegerische Personal –, prinzipiell (bis zum Inkrafttreten der Richtlinie im konkreten Fall) die Qualifikation und die Fähigkeit hat, um eigenverantwortlich die Ersteinschätzung vorzunehmen und diejenigen Hilfesuchenden der Dringlichkeitsgruppe 2 zuzuordnen und in die richtige

Versorgungsebene zu weisen, die nicht binnen 24 Stunden ärztlich behandelt werden müssen. Wenn es – wie der Gemeinsame Bundesausschuss in dem Erstentwurf der Ersteinschätzungs-Richtlinie annimmt – möglich ist, dass diese Ersteinschätzung durch pflegerisches Personal mit der gebotenen Qualifikation vorgenommen werden kann, stellt sich aus dem Blickwinkel des Haftungsrechts die Frage, weshalb dann noch eine (wie auch immer geartete) ärztliche Prüfung prinzipiell geboten sein könnte. Das ganze Ersteinschätzungsverfahren dient vor dem Hintergrund der tatsächlichen Verhältnisse<sup>71</sup> dem Zweck, diejenigen Hilfesuchenden der vertragsärztlichen Behandlung zuzuführen, die nicht als medizinischer Notfall einzustufen sind und also im Krankenhaus nicht behandelt werden dürfen. Im Hintergrund steht, worauf nochmals hingewiesen sei, dass gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V von Rechts wegen andere Ärzte als die zur vertragsärztlichen Versorgung Zugelassenen nur in Notfällen in Anspruch genommen werden dürfen und die Krankenhäuser, wenn ein Notfall nicht vorliegt, im Grundsatz Leistungen nicht erbringen dürfen. Kurz zusammengefasst kann aus der Perspektive des Haftungsrechts gesagt werden: Wenn es möglich ist, dass bei dieser Sachlage die Ersteinschätzung durch eine qualifizierte pflegerische Fachkraft vorgenommen werden kann, dann kommt die (fach-)ärztliche Prüfung im Hinblick auf die einzuhaltende Sorgfaltspflicht prinzipiell nur in Betracht, wenn (wie im Erstentwurf der Ersteinschätzungs-Richtlinie gemäß § 4 Abs. 1 EE-RiL vorgesehen) die Ersteinschätzungskraft Fragen zur Behandlungsdringlichkeit oder zur geeigneten Versorgungsebene nicht ohne ärztliche Hilfe beantworten kann oder wenn sich die Ersteinschätzungskraft zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage sieht. Das Krankenhaus hat auf der anderen Seite im Rahmen seiner Organisationspflicht die Ersteinschätzungskraft daraufhin zu überwachen, ob sie die Anforderungen, die von Rechts wegen an die Ersteinschätzungskraft gestellt sind, fortlaufend erfüllt; dies folgt haftungsrechtlich u.a. aus § 831 BGB.

Unter dem Strich ist aus dem Blickwinkel des Haftungsrechts in meiner Bewertung eine Regelung, wie sie § 7 des Erstentwurfs der Ersteinschätzung-Richtlinie trifft,

---

<sup>71</sup> Siehe dazu und zu möglichen Wegen von *Stillfried*, Gesundheits- und Sozialpolitik (G+S) 2022, 71 (72 ff.).

nicht erforderlich, um die Sorgfaltspflicht des Krankenhauses zu erfüllen. Wenn man eine solche Regelung, die nicht mehr als eine Plausibilitätskontrolle vorsieht, für erforderlich halten wollte, müsste man auch fragen, ob das Ersteinschätzungsverfahren in einem Krankenhaus in zweckmäßiger Weise in die Weiterleitung an die ambulante Versorgung führen könnte. Denn es erscheint fraglich, ob eine kurz angebundene Prüfung auf der Basis eines Ergebnisberichts Risiken im Interesse der Patientensicherheit (aus denen sich zugleich Haftungsrisiken ergeben würden) abwenden könnte. Wenn man aber haftungsrechtlich eine eingehendere ärztliche Untersuchung für geboten halten wollte, stellt sich die Frage, ob dann nicht die mit der gesetzlichen Regelung des § 120 Abs. 3b SGB V verfolgten Ziele verfehlt werden müssten. Nach der geltenden Rechtslage soll eine Behandlung gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V gerade nicht erfolgen. Die Vorgaben des § 120 Abs. 3b SGB V sollen eine sachgerechte Steuerung der Patientinnen und Patienten, die sich als Notfall melden, in die jeweils medizinisch gebotene Versorgungsebene ermöglichen.<sup>72</sup>

*c) Bundessozialgericht Urteil v. 1. Februar.1995*

Das Bundesministerium für Gesundheit weist in seinem Beanstandungsschreiben auf ein Urteil des Bundessozialgerichts vom 1. Februar 1995 hin.<sup>73</sup> Das Bundesministerium für Gesundheit beanstandet mit Bezug auf dieses Urteil, dass Leistungen von Krankenhäusern gegenüber Hilfesuchenden, die nach dem im Richtlinienentwurf vorgesehenen Ersteinschätzungsverfahren der Dringlichkeitsstufe 2 zugeordnet werden, gemäß § 6 Abs. 2 i.V.m. § 7 EE-RiL über eine bloße ärztliche Überprüfung des Ergebnisses des Einschätzungsverfahrens hinaus unvergütet bleiben.

Das Urteil des BSG vom 1. Februar 1995 betrifft den Fall einer Honorarberichtigung und Rückforderung durch eine Krankenkasse. Das Krankenhaus erhält nach der Entscheidung für die Klärung des Krankheitsbildes, wenn es wegen einer Notfallbehandlung aufgesucht wird, auch dann eine Vergütung, wenn sich herausstellt, dass objektiv ein Notfall nicht vorgelegen hat. Die Erhebung der Anamnese und

---

<sup>72</sup> BT-Drs. 20/3448, S. 39.

<sup>73</sup> BSG, Urt. v. 1.2.1995 – 6 RKa 9/94, BeckRS 1995, 30875862. Siehe Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 12.9.2023 zu Ziffer 6.

des Aufnahmezustatus ist danach eine im Rahmen von § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V vergütungspflichtige ärztliche Leistung. Die gemäß § 120 Abs. 3b SGB V zu erlassende Ersteinschätzungs-Richtlinie müsse dem Rechnung tragen.

Die hier zu untersuchende Frage ist von der Entscheidung des BSG vom 1. Februar 1995 nicht berührt. Es geht in dem Urteil des BSG nicht darum, ob haftungsrechtlich bei der Ersteinschätzung ein Arzt oder eine Ärztin hinzugezogen werden muss, ehe die Entscheidung über das weitere Vorgehen getroffen wird. Ob auf der Grundlage von Vorschriften des Krankenversicherungsrechts immer dann, wenn Versicherte die Ambulanz eines Klinikums aufsuchen, weil sie subjektiv eine Notfallsituation annehmen, zur Klärung, ob eine sofortige Untersuchung und Behandlung notwendig ist, ein Arzt hinzugezogen werden muss, der sich zumindest über die Beschwerden und den Zustand des Patienten unterrichten muss, ehe er eine Entscheidung über das weitere Vorgehen treffen kann, ist hier nicht zu prüfen. Dies erscheint aber fraglich und wäre, wenn es – anders als in dem Urteil des BSG vom 1. Februar 1995 – darauf ankommen sollte, näher zu begründen. In dem vom BSG in dem Urteil vom 1. Februar 1995 entschiedenen Fall kam es auf diese – nicht weiter begründete – Feststellung nicht an; es ging allein um die Frage, ob die Krankenhausleistung, die nicht in der gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V dem Krankenhaus verwehrt Behandlung, sondern in der Ersteinschätzung bestand, vergütet werden musste oder nicht.

Unter dem Strich steht in meiner Bewertung auch die Entscheidung des BSG vom 1. Februar 1995 der Gestaltung des Ersteinschätzungsverfahrens in der Weise, wie es in § 4 Abs. 1 S. 3 des Erstentwurfs der Ersteinschätzungs-Richtlinie vorgesehen ist, nicht entgegen. Danach kann die Ersteinschätzungskraft das ärztliche Personal (nach pflichtgemäßem Ermessen) insbesondere bei Fragen zur Behandlungsdringlichkeit, zur geeigneten Versorgungsebene sowie in den Fällen hinzuziehen, in denen die Ersteinschätzungskraft zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage ist. Aus der Perspektive des Haftungsrechts unterliegt es im Übrigen der Organisation und Einschätzung des Krankenhauses, ob ärztliches Personal bei der Ersteinschätzung hinzugezogen wird oder nicht.

Die gemäß § 120 Abs. 3b SGB V zu erlassende Ersteinschätzungs-Richtlinie kann sich auf eine Regelung, wie sie in § 4 Abs. 1 S. 3 der Erstfassung vorgesehen ist, beschränken. Einer Regelung wie sie § 7 der Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie vorsieht, bedarf es nicht. Dies entspricht auch der Auffassung der Bundesregierung. Wie dargelegt (siehe oben B.I.2.), findet sich in den Materialien des GKV-Finanzstabilisierungsgesetzes vom 7. November 2022<sup>74</sup> zu einer geplanten Änderung des § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 2 SGB V die folgende Begründung:

„Es handelt sich um eine Klarstellung der gesetzgeberischen Intention. Das medizinische Personal wird bereits nach der Nummer 1 dazu berechtigt, eine Entscheidung im Sinne der Richtlinie nach Satz 1 mit dem Ziel einer Steuerung in die medizinisch gebotene Versorgungsebene zu treffen. Dieses bedarf keiner ärztlichen Überprüfung. Die Einbeziehung des ärztlichen Personals ist erst dann erforderlich, wenn das nichtärztliche medizinische Personal zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage ist. Hierzu hat der G-BA in der Richtlinie Vorgaben zu machen.“

Vorgesehen war, § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 2 SGB V wie folgt zu fassen:

„2. Zur Einbeziehung ärztlichen Personals in den Fällen, in denen das nichtärztliche medizinische Personal zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage ist,“.

Die Begründung zeigt in Einklang mit der Intention des Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetzes, dass eine ärztliche Untersuchung oder Überprüfung der Ersteinschätzung des nichtärztlichen medizinischen Personals nach der Vorstellung der Bundesregierung nicht erfolgen soll.

## **G. Möglichkeit regionaler Kooperationen**

### **I. Ausgangslage**

§ 6 Abs. 3 der beanstandeten Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie bestimmt im Zusammenhang mit der Weiterleitung und Behandlung von Hilfesuchenden:

„(3) Die Kassenärztliche Vereinigung, in deren Zuständigkeitsgebiet sich das ersteinschätzende Krankenhaus befindet, kann es durch weitere Maßnahmen bei der nach Durchführung der erweiterten Ersteinschätzung nach § 5 Absatz 3 empfohlenen Weiterleitung unterstützen, dies

---

<sup>74</sup> BT-Drs. 20/3448, S. 39.

umfasst insbesondere regionale Kooperationen (z. B. Partnerpraxen, Kooperationspraxen auf oder in unmittelbarer Nähe des Krankenhausstandortes). Darüber hinaus kann die Kassenärztliche Vereinigung eine Videosprechstunde oder eine telefonische ärztliche Konsultation durch einen von der TSS benannten Arzt oder eine benannte Ärztin anbieten.“

Die Tragenden Gründe der Ersteinschätzungs-Richtlinie formulieren dazu, dass durch Abs. 3 klargestellt sein soll, dass insbesondere regionale Kooperationen, die sich bewährt haben, weiterbestehen können. Ein Eingriff in bestehende regionale Strukturen ist durch die Ersteinschätzungs-Richtlinie nicht beabsichtigt.

## **II. Auslegung des § 6 Abs. 3 Ersteinschätzungs-Richtlinie**

### *1. Wortlaut*

Der Wortlaut des (vom Bundesministerium für Gesundheit nicht beanstandeten) § 6 Abs. 3 EE-RiL stellt ab auf „weitere Maßnahmen bei der nach Durchführung der erweiterten Ersteinschätzung nach § 5 Absatz 3 empfohlenen Weiterleitung“. Die kassenärztliche Vereinigung (in deren Zuständigkeitsgebiet sich das ersteinschätzende Krankenhaus befindet) kann danach also unterstützende weitere Maßnahmen treffen, wenn diese sich auf die empfohlene Weiterleitung von Patientinnen und Patienten beziehen, nachdem die erweiterte Ersteinschätzung gemäß § 5 Abs. 3 EE-RiL durchgeführt worden ist. Die erweiterte Ersteinschätzung nach den Vorschriften des § 5 Abs. 3 EE-RiL bezieht sich auf alle Hilfesuchenden, die nicht nach Maßgabe von § 5 Abs. 2 EE-RiL der Dringlichkeitsstufe 1 (sofortiger Behandlungsbeginn) oder 2 (sehr dringend) unterfallen und also als ambulanter Notfall durch das Krankenhaus in der zentralen Notaufnahme behandelt oder, sofern erforderlich, stationär aufgenommen werden. Für alle anderen Hilfesuchenden gilt das „weiterführende Ersteinschätzungsverfahren“, welches nach Maßgabe von § 5 Abs. 3 EE-RiL entweder in die Dringlichkeitsgruppe 1 (ärztliche Behandlung sollte binnen 24 Stunden beginnen) oder in die Dringlichkeitsgruppe 2 (ärztliche Behandlung muss nicht binnen 24 Stunden beginnen) führt. Ist Dringlichkeit entweder nach der Dringlichkeitsgruppe 1 oder nach der Dringlichkeitsgruppe 2 festgestellt, ist bei Hilfesuchenden der Dringlichkeitsgruppe 1 die Versorgungsebene zur ambulanten Behandlung zu bestimmen, für Hilfesuchende der Dringlichkeitsgruppe 2 ist die zur

vertragsärztlichen Behandlung erforderliche Fachrichtung auszuweisen. Mit Bezug auf diese Fragen kann die Kassenärztliche Vereinigung die empfohlene Weiterleitung nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 3 EE-RiL unterstützen. Dies kann insbesondere regionale Kooperationen (z.B. Partnerpraxen, Kooperationspraxen auf oder in unmittelbarer Nähe des Krankenhausstandortes) umfassen. Eine Unterscheidung nach den Dringlichkeitsgruppen 1 oder 2 ist nach dem Wortlaut der nicht in Kraft getretenen Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie nicht vorgegeben.

## 2. *Gesetzeszweck und systematischer Zusammenhang*

Nach den Tragenden Gründen zu § 6 Abs. 3 EE-RiL sollen insbesondere regionale Kooperationen, die sich bewährt haben, weiterbestehen können.<sup>75</sup> Die beanstandete Ersteinschätzungs-Richtlinie beabsichtigt danach ausdrücklich nicht, in bestehende regionale Strukturen einzugreifen. Vor dem Hintergrund dieses Regelungszwecks kommt in Betracht, dass Unterstützungsmaßnahmen im Sinn von § 6 Abs. 3 EE-RiL auch die Weiterleitung in die vertragsärztliche Versorgung in Notdienstpraxen umfassen. Die Bestimmung der sachgerechten Versorgungsebene in Fällen der Dringlichkeitsgruppe 1 erfordert es, zu bestimmen, ob die Hilfesuchenden gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V der ambulanten Notfallbehandlung im Krankenhaus zugeführt werden oder die sachgerechte Versorgungsebene in der vertragsärztlichen Versorgung in Notdienstpraxen (am oder in unmittelbarer räumlicher Nähe des Krankenhausstandorts) liegt. Von der Systematik der Richtlinie her betrachtet geht es innerhalb der Dringlichkeitsstufe 3 (im Sinn von § 5 Abs. 3 S. 2 EE-RiL) sowohl bei der Einordnung in die ambulante Notfallbehandlung im Krankenhaus als auch bei der Zuweisung in die vertragsärztliche Versorgung in Notdienstpraxen um eine Weiterleitung im Sinn von § 6 Abs. 3 S. 1 EE-RiL. Gesetzssystematisch ist auch bedeutsam, dass gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V nur Notfälle in die Krankenhausbehandlung gelangen dürfen. Zeigt sich im Rahmen des Ersteinschätzungsverfahrens, dass ein Notfall nicht vorliegt – also die Zuweisung in die ambulante Notfallbehandlung gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V nach Maßgabe von § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2

---

<sup>75</sup> Siehe die Praxisstudie in Fn. 2 und von *Stillfried*, Gesundheits- und Sozialpolitik (G+S) 2022, 71 (76 f.).

lit. a EE-RiL nicht in Betracht kommt –, geht es um Fälle, die (binnen 24 Stunden oder später) in der vertragsärztlichen Versorgung behandelt werden sollen. Bei der durch die Richtlinie konkretisierten Koordination der Behandlung sollen die Kassenärztlichen Vereinigungen, in deren Zuständigkeitsgebiet sich das ersteinschätzende Krankenhaus befindet, eingebunden sein können.

### 3. *Sinn und Zweck*

Es ist der Sinn und Zweck der nicht beanstandeten Bestimmung des § 6 Abs. 3 S. 1 EE-RiL, mit dem Ziel, bewährte regionale Kooperationen bestehen zu lassen, die Kassenärztlichen Vereinigungen im Zuständigkeitsgebiet des ersteinschätzenden Krankenhauses bei der Weiterleitung einzubinden. Diese Einbindung, deren Ausgestaltung den Beteiligten in die Hände gelegt ist, kann die mit § 120 Abs. 3b SGB V verfolgten Anliegen fördern. Es geht darum, je nach Dringlichkeit der Erkrankung oder Verletzung den medizinischen Bedarf bestmöglich zu koordinieren. Ist Ergebnis der durchgeführten Ersteinschätzung, dass ein Fall der Dringlichkeitsstufe 3 (im Sinn von § 5 Abs. 3 S. 2 EE-RiL) vorliegt, ist nach vorliegenden Untersuchungen die zeitnahe Weiterleitung eines hohen Anteils derjenigen Patienten, die aus eigenem Entschluss in die Notaufnahme kommen, in die vertragsärztliche Behandlung möglich.<sup>76</sup>

### 4. *Folgerung*

Die durch § 6 Abs. 3 der beanstandeten Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie vorgesehene Möglichkeit beschränkt sich eindeutig nicht auf Fälle der Dringlichkeitsgruppe 2 (innerhalb der Dringlichkeitsstufe 3), sondern umfasst auch die Beteiligung in der Versorgungsebene zur ambulanten Behandlung von Hilfesuchenden der Dringlichkeitsgruppe 1.

## **III. Ärztliche Prüfung erforderlich?**

Auch im Zusammenhang mit Kooperationsmodellen, wie sie nach § 6 Abs. 3 des Erstentwurfs der Ersteinschätzungs-Richtlinie möglich sein sollen, stellt sich die

---

<sup>76</sup> Vgl. die Studie <https://www.kvb.de/ueber-uns/pressearbeit/09082023>, siehe dort insbesondere S. 34 f.

Frage, ob ärztliches Personal beteiligt werden muss. Im Hinblick auf die Frage der Haftung gelten hier dieselben Grundsätze wie sie im Hinblick auf die Weiterleitung in die ambulante Versorgung dargelegt worden sind (oben F.IV.3.). Wenn es möglich ist, dass die Ersteinschätzung auch im Zusammenhang mit Kooperationsmodellen durch pflegerisches Personal mit der gebotenen Qualifikation vorgenommen werden kann, ist es nicht erforderlich, die prinzipielle ärztliche Prüfung in der zu erlassenden Ersteinschätzungs-Richtlinie vorzusehen, und es ist, bis die Ersteinschätzungs-Richtlinie in Kraft getreten ist, nicht prinzipiell erforderlich, dass in entsprechenden Kooperationen<sup>77</sup> die prinzipielle Beteiligung ärztlichen Personals praktiziert wird. Wenn es fachlich möglich ist, die Ersteinschätzung durch eine qualifizierte pflegerische Fachkraft vornehmen zu lassen, dann kommt die (fach-)ärztliche Prüfung prinzipiell auch in diesem Zusammenhang nur in Betracht, wenn (wie im Erstentwurf der Ersteinschätzungs-Richtlinie gemäß § 4 Abs. 1 EE-RiL vorgesehen), die Ersteinschätzungskraft Fragen zur Behandlungsdringlichkeit oder zur geeigneten Versorgungsebene nicht ohne ärztliche Hilfe beantworten kann oder wenn sich die Ersteinschätzungskraft zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage sieht. Auch hier gilt: „Das medizinische Personal wird bereits nach der Nr. 1 [gemeint ist § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 1 SGB V] dazu berechtigt, eine Entscheidung im Sinne der Richtlinie nach Satz 1 mit dem Ziel einer Steuerung in die medizinisch gebotene Versorgungsebene zu treffen. Dieses bedarf keiner ärztlichen Überprüfung. Die Einbeziehung des ärztlichen Personals ist erst dann erforderlich, wenn das nichtärztliche medizinische Personal zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage ist. Hierzu hat der G-BA in der Richtlinie Vorgaben zu machen.“<sup>78</sup> Auch hier muss die Ersteinschätzungskraft dann im Rahmen der Organisationspflicht daraufhin überwacht werden, ob sie die Anforderungen, die von Rechts wegen an die Ersteinschätzungskraft gestellt sind, fortlaufend erfüllt.

---

<sup>77</sup> Siehe nochmals das Pilotprojekt (Fn. 2).

<sup>78</sup> BT-Drs. 20/3448, S. 39.

## H. Ergebnisse

1. Gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V dürfen andere als die zur vertragsärztlichen Versorgung Zugelassenen nur in Notfällen in Anspruch genommen werden. Vor diesem Hintergrund sieht das Gesetz in § 120 Abs. 3b SGB V die Gestaltung einer Ersteinschätzungs-Richtlinie durch den Gemeinsamen Bundesausschuss vor. Die Ersteinschätzungs-Richtlinie soll nach Maßgabe von § 120 Abs. 3b SGB V die Vorgaben zur Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung des medizinischen Versorgungsbedarfs von Hilfesuchenden regeln, die sich zur Behandlung eines Notfalls an ein Krankenhaus wenden. Zu untersuchen sind die haftungsrechtlichen Rahmenbedingungen für Fälle, in denen (nach den zu erlassenden Vorgaben der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses) in Anwendung des qualifizierten und standardisierten (in Zukunft softwarebasierten) Abfragesystems verbindlich festgestellt wird, dass es sich um einen ambulant zu behandelnden Notfall gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V handelt. Konkret ist zu fragen, ob eine Verpflichtung des Krankenhauses besteht, das Ergebnis einer durchgeführten qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung vor der Weiterleitung in den vertragsärztlichen Bereich durch einen Arzt überprüfen zu lassen.

2. Das Gesetz bestimmt in § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 1 SGB V, dass der Gemeinsame Bundesausschuss das Nähere zur Qualifikation des medizinischen Personals vorzugeben hat, und in § 120 Abs. 3b S. 3 Nr. 2 SGB V ist ebenfalls dem Gemeinsamen Bundesausschuss aufgegeben, das Nähere zur Einbeziehung ärztlichen Personals bei der Feststellung des Nichtvorliegens eines sofortigen Behandlungsbedarfs festzulegen. Dass bei der Durchführung der Ersteinschätzung eine ärztliche Prüfung stets oder unter bestimmten Voraussetzungen zu erfolgen hat, ist in § 120 Abs. 3b SGB V nicht bestimmt. Den Materialien ist zu entnehmen, dass eine ärztliche Untersuchung oder Überprüfung der Ersteinschätzung des nichtärztlichen medizinischen Personals nach der Vorstellung der Bundesregierung nicht erfolgen soll. Der systematische Zusammenhang innerhalb der Gesetzesbestimmung des § 120 Abs. 3b SGB V bestätigt dies.

3. Das Krankenhaus haftet deliktsrechtlich für die Auswahl und die Überwachung seines Personals, wobei die Haftung gemäß § 831 BGB mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises verbunden ist. Wie im Bereich der allgemeinen Unternehmenshaftung besteht jedoch auch in den Krankenhäusern nach der ständigen Rechtsprechung eine von der Auswahl und Überwachung unabhängige Organisations- und Verkehrssicherungspflicht gemäß § 823 Abs. 1 BGB. Die Verpflichtung der Krankenhausträger geht inhaltlich dahin, die arbeitsteilige Erfüllung der Behandlungspflichten durch organisatorische Maßnahmen zu gewährleisten. Im Zusammenhang mit der gemäß § 120 Abs. 3b SGB V den Krankenhäusern obliegenden Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung des medizinischen Versorgungsbedarfs von Hilfesuchenden müssen also sämtliche durch das Gesetz und durch die konkretisierende Ersteinschätzungs-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses vorgegebenen Organisationspflichten in der Organisation der Abläufe, in den Dienstplänen etc. zielführend organisiert sein. Im Hinblick auf die persönliche Haftung angestellter Ärztinnen oder Ärzte oder des Pflegepersonals oder sonstiger Bediensteter des Krankenhauses gegenüber Patienten und Hilfesuchenden im Sinn von § 120 Abs. 3b SGB V gelten die allgemeinen Regeln der Deliktshaftung. Die entscheidende Frage ist, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, der im Zusammenhang mit den Vorgaben des Gesetzes in § 120 Abs. 3b SGB V und den Ausführungsbestimmungen der Ersteinschätzungs-Richtlinie steht. Die Vertragshaftung des Krankenhauses gemäß §§ 630a bis 630h BGB ist eng an die Rechtsprechung des BGH zur deliktsrechtlichen Haftung angelehnt; unter dem Strich unterscheidet sich das vertragsrechtliche Pflichtenprogramm nicht von den Sorgfaltspflichten, die im Rahmen der deliktsrechtlichen Haftung gelten. Für das Verhalten ihrer Erfüllungsgehilfen haften die Krankenhausträger gemäß § 278 BGB, ohne dass die Möglichkeit einer Entlastung besteht.

4. Die Deliktshaftung und die Vertragshaftung von Krankenhäusern und Ärzten hängen davon ab, ob die Dienstverpflichteten alles getan haben, was die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gebietet (§ 76 Abs. 4 SGB V, § 276 Abs. 2 BGB). Nach der Rechtsprechung des BGH müssen diejenigen Maßnahmen ergriffen werden, die

von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden. Die zivilrechtlich im Verkehr erforderliche Sorgfalt wird durch das sozialversicherungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot beeinflusst. Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses sind verbindlich (§ 91 Abs. 6 SGB V). Sie legen die Standards der medizinischen Behandlung fest. Schon deshalb wird die Anwendung einer vom Gemeinsamen Bundesausschuss zugelassenen Behandlung oder vorgegebenen Behandlungsweise nicht als generell fehlerhaft bewertet werden können. Einem vom Gemeinsamen Bundesausschuss zugelassenen Vorgehen bei Diagnose oder Behandlung kommt eine Indizwirkung für den medizinischen Standard zu. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass eine Ersteinschätzung, welche den Vorgaben der Ersteinschätzungs-Richtlinie folgt, nicht deshalb sorgfaltswidrig sein kann, weil sie sich an die Vorgaben der Ersteinschätzungs-Richtlinie hält.

5. Aus der Organisationspflicht des Krankenhauses folgt, dass das Krankenhaus die Vorgaben des § 120 Abs. 3b SGB V (in der näheren Ausgestaltung der zu erlassenden Ersteinschätzungs-Richtlinie) gewährleisten muss. Es gelten also zum einen die allgemeinen Regeln, zum anderen muss das Vorgehen des Krankenhauses bei der Ersteinschätzung, wenn die Richtlinie erlassen ist, den Vorgaben der Ersteinschätzungs-Richtlinie folgen. Es ist davon auszugehen, dass die gesetzlichen Vorgaben des Krankenversicherungsrechts in § 120 Abs. 3b SGB V rechtmäßig sind. Das gilt auch für die gesetzlichen Vorgaben zur organisatorischen Einbindung ärztlichen Personals in die qualifizierte und standardisierte Ersteinschätzung. Das Krankenhaus genügt somit unter dem Strich seinen Verpflichtungen, wenn die in § 120 Abs. 3b SGB V und, nach deren Inkrafttreten, die in der vom Gesetz vorgesehenen Ersteinschätzungs-Richtlinie aufgestellten Vorgaben eingerichtet und durchgeführt werden. Es ist keinesfalls erforderlich, dass ärztliches Personal, um Haftungsrisiken des Krankenhauses abzuwenden, in das Ersteinschätzungsverfahren unter Einschluss der Weiterleitung in die vertragsärztliche Versorgung über das in Gesetz und Richtlinie Gestaltete hinaus eingebunden wird.

6. Das im Rahmen der Ersteinschätzung tätige Personal des Krankenhauses muss alles tun, was die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verlangt (§ 276 Abs. 2 BGB). Die gesetzlichen Vorgaben gemäß § 120 Abs. 3b SGB V und die Vorgaben der zu erlassenden Ersteinschätzungs-Richtlinie müssen beachtet werden. Ist die Ersteinschätzungs-Richtlinie erlassen, wird durch das strukturierte Verfahren der Ersteinschätzung nach Maßgabe der Ersteinschätzungs-Richtlinie sowohl das Haftungsrisiko des Krankenhauses als auch das Haftungsrisiko der behandelnden Ärztinnen und Ärzte sowie Pflegekräfte verringert, soweit sie sich an das in der (zu erlassenden) Ersteinschätzungs-Richtlinie vorgeschriebene Verfahren halten. Eine Verpflichtung des ärztlichen Personals, anders als in der zu erlassenden Ersteinschätzungs-Richtlinie zu verfahren und – aus Vorsicht – eine körperliche Untersuchung des Hilfesuchenden vorzunehmen, besteht nicht. Gemäß § 120 Abs. 3b SGB V soll eine ärztliche Untersuchung im Krankenhaus ohne weiteres gerade nicht durchgeführt werden. Das qualifizierte und strukturierte Ersteinschätzungsverfahren nach § 120 Abs. 3b SGB V in der Ausgestaltung durch die zu erlassende Ersteinschätzungs-Richtlinie hat den Zweck, die gesetzliche Anforderung von § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V zu verwirklichen.

7. Die dargelegten Grundsätze über die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des Krankenhauses und der handelnden Personen gelten auch, wenn Möglichkeiten der Telemedizin oder der elektronischen Unterstützung eingesetzt werden. Ist die Ersteinschätzung unter Verwendung eines geeigneten Software-Systems vorgegeben, ist die routinemäßige Anwendung des Software-Systems auf der Grundlage von § 120 Abs. 3b SGB V und der ausgestaltenden Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses ohne weiteres pflichtgemäß. Die Haftung des Krankenhauses und der behandelnden Personen bezieht sich, wenn das einzusetzende Software-System die Qualität eines Medizinprodukts hat, im Wesentlichen auf die Fälle der fehlerhaften Bedienung des Systems.

8. Mit der Beanstandung des Richtlinienbeschlusses durch das Bundesministerium für Gesundheit kommt es vorläufig nicht zu einer Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben des § 120 Abs. 3b SGB V. Die Krankenhäuser können nicht auf verbindliche

Vorgaben zur Durchführung einer qualifizierten und standardisierten Ersteinschätzung des medizinischen Versorgungsbedarfs von Hilfesuchenden zurückgreifen. Der dargelegte Vorteil einer in Kraft befindlichen Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses kommt den Krankenhäusern bei der Ersteinschätzung nicht zugute. In der Zwischenzeit kommt in Betracht, dass Krankenhäuser ein entwickeltes oder in der Entwicklung befindliches qualifiziertes und standardisiertes Ersteinschätzungsverfahren einsetzen. Damit kann zugleich das (vom Gemeinsamen Bundesausschuss ausweislich der Tragenden Gründe der Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie zu § 10 Abs. 4 in Betracht gezogene) Ziel verfolgt werden, die Entwicklung eines belastbaren und praxistauglichen Ersteinschätzungsinstrumentes voranzubringen. Im Hinblick auf Haftungsrisiken kann es zweckmäßig sein, die Ersteinschätzung auf der Grundlage eines vorhandenen strukturierten Modells vorzunehmen. Die durch vorhandene oder in der Entwicklung befindliche Ersteinschätzungsinstrumente strukturierte Ersteinschätzung in der Notaufnahme des Krankenhauses kann Haftungsrisiken verringern, weil sie konkrete Vorgaben macht, mit Kriterien für die Dokumentation verbunden ist und gegebenenfalls als Medizinprodukt einzustufen ist.

9. Liegt ein Notfall nicht vor, besteht vor dem Hintergrund von § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V die Notwendigkeit, Hilfesuchende, für die eine Zuständigkeit des Krankenhauses für die Behandlung nicht besteht, in die ambulante Versorgung weiterzuleiten. Ist das Personal, welches (später nach den Qualifikationsanforderungen der zu erlassenden Ersteinschätzungs-Richtlinie) die Ersteinschätzung vorzunehmen hat, als geschulte Sichtungskraft fachlich geeignet und in der Lage, eigenverantwortlich die Ersteinschätzung vorzunehmen und die Hilfesuchenden im Hinblick auf Dringlichkeit und Versorgungsebene einzuordnen, ist aus der Perspektive des Haftungsrechts eine zusätzliche (wie immer geartete) ärztliche Prüfung prinzipiell nicht geboten. Wenn es möglich ist, dass die Ersteinschätzung durch eine qualifizierte pflegerische Fachkraft vorgenommen werden kann, kommt die (fach-)ärztliche Prüfung im Hinblick auf die vom Krankenhaus einzuhaltende Sorgfaltspflicht prinzipiell nur in Betracht, wenn die Ersteinschätzungskraft Fragen zur Behandlungsdringlichkeit oder zur gebotenen Versorgungsebene nicht ohne ärztliche Hilfe beantworten kann

oder wenn sich die Ersteinschätzungskraft zu einer abschließenden Ersteinschätzung nicht in der Lage sieht. Das Krankenhaus hat im Rahmen seiner Organisationspflicht die Ersteinschätzungskraft daraufhin zu überwachen, ob sie die Anforderungen fortlaufend erfüllt.

10. Die beanstandete Erstfassung der Ersteinschätzungs-Richtlinie enthält in § 6 Abs. 3 eine Regelung, nach der Kooperationsmodelle zwischen Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenhäusern möglich sein und bleiben sollten. Die Einbindung der Kassenärztlichen Vereinigungen im Zuständigkeitsgebiet des ersteinschätzenden Krankenhauses bei der Weiterleitung kann die mit § 120 Abs. 3b SGB V verfolgten Anliegen fördern. Die in § 6 Abs. 3 EE-RiL vorgesehene Möglichkeit beschränkt sich nicht auf Fälle der Dringlichkeitsgruppe 2, sondern umfasst auch die Beteiligung in der Versorgungsebene zur ambulanten Behandlung von Hilfesuchenden der Dringlichkeitsgruppe 1. Die Frage, ob eine ärztliche Überprüfung im Rahmen der Ersteinschätzung und Weiterleitung in derartigen Kooperationsmodellen geboten ist, beurteilt sich nach den im Hinblick auf die Weiterleitung in die ambulante Versorgung dargelegten Kriterien. Wenn es möglich ist, dass die Ersteinschätzung auch im Zusammenhang mit Kooperationsmodellen durch pflegerisches Personal mit der gebotenen Qualifikation vorgenommen werden kann, ist es nicht erforderlich, die prinzipielle ärztliche Prüfung in der zu erlassenden Richtlinie vorzusehen oder (bis dahin) zu praktizieren.



Bonn, im Dezember 2023

Professor Dr. Raimund Waltermann