

Jörn Bachem, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht,
Darmstadt

Prof. Dr. Alexandra Jorzig, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht,
Düsseldorf/Berlin

Dr. Albrecht Philipp, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungs- und Sozialrecht,
Freiburg i.Br./München

Rechtsgutachten für den Qualitätsausschuss Pflege: „Medikamentengabe und Behandlungspflege in der Tagespflege“

25. Oktober 2022

Inhalt

	Seite
A. Problemskizze und Rechtsgrundlagen.....	4
I. Anlass des Gutachtens, Problemaufriss und Auftrag.....	4
II. Rechtsgrundlagen	9
1. Strafrecht.....	9
2. Zivilrecht.....	9
a) Deliktsrecht	9
b) Vertragsrecht	10
3. Sozialrecht	13
B. Grundüberlegungen / rechtlicher Rahmen	15
I. Sozialrecht	15
1. Grund- und Behandlungspflege.....	15
a) Grundpflege	15
b) Behandlungspflege	16
2. Arztvorbehalt.....	16

3.	Ausnahmen vom Arztvorbehalt.....	17
	a) Ärztliches Hilfspersonal	17
	b) Externer Leistungserbringer	18
	c) Keine Leistung ohne ärztliche Anordnung	19
4.	Wortwahl: Anordnung und Verordnung.....	20
5.	Behandlungspflegerische Leistungen durch Pflegeeinrichtungen....	20
	a) Ambulante Pflege.....	20
	b) Vollstationäre Pflege	21
	c) Teilstationäre Pflege.....	22
6.	Sozialrechtliche Bewertung – Kommunikationsmodell in der teilstationären Pflege.....	24
	a) Auslegung nach Leistungsinteresse und Einwirkungsbereich.....	24
	b) Umgang mit Veränderungen und Unklarheiten	26
	c) Rolle der Verordnung häuslicher Krankenpflege.....	27
	d) Authentizität und Aktualität der ärztlichen Verordnung	29
	e) Übermittlung der ärztlichen Verordnung durch den Tagespflegegast, Angehörige oder rechtliche Vertreter:innen.....	30
7.	Zusammenfassung	31
II.	Haftungs- und Berufsrecht.....	32
	1. Was sind Medikamente?	32
	2. Medikationsfehler.....	34
	3. Sorgfaltsmaßstab ärztlicher Verantwortungsbereich	34
	a) Behandlungsfehler.....	35
	b) Fehlerhafter Medikationsplan.....	36
	c) Fehlerhafte Delegation	37
	d) Anordnungs-kompetenz für medizinische Behandlungspflege	39
	4. Sorgfaltspflicht pflegerischer Verantwortungsbereich	41
	a) Pflegefehler	41
	b) Weigerungsrecht/Remonstrationsrecht	43
	c) Eigenständige Feststellung des Unterstützungsbedarfs bei der Medikamentengabe	44
	5. Zusammenfassung	46

C. Zu den Gutachtenfragen.....	49
I. Fragestellungen aus dem Praxistest	49
II. Fallkonstellationen.....	50
1. Fallkonstellation a.....	50
2. Fallkonstellation b	51
a) Selbstmedikation	51
b) Informationsbeschaffung im Rahmen eines ärztlichen Behandlungsplans	52
c) Richtigkeit der Medikamentenstellung	52
d) Risikomanagement	53
3. Fallkonstellation c.....	54
a) Rechtliche Grundlage.....	54
b) Risiken	54
c) Zusammenarbeit mit einem ambulanten Dienst	54
4. Fallkonstellation d	56
a) Grundsatz	56
b) Tatsächliche Unsicherheiten	56
c) Folgerungen	57
D. Empfehlungen für eine rechtssichere Leistungserbringung	59
I. Handlungsempfehlungen an Tagespflegeeinrichtungen	59
II. Handlungsempfehlungen an den Qualitätsausschuss Pflege.....	60
III. Sonstige Handlungsempfehlungen	61

A. Problemskizze und Rechtsgrundlagen

I. Anlass des Gutachtens, Problemaufriss und Auftrag

Anlass dieses Gutachtenauftrags sind die im Praxistest zur Einführung des Strukturmodells in der Tagespflege festgestellten und im Abschlussbericht¹ ausgewiesenen Schnittstellenprobleme bei der Durchführung der Behandlungspflege und insbesondere bei der Medikamentengabe. Diese Schnittstellenprobleme ergeben sich aus der arbeitsteiligen Versorgung sowohl in der Häuslichkeit durch pflegende Angehörige und/oder einen ambulanten Pflegedienst als auch in der teilstationären Pflegeeinrichtung.

Das leistungsrechtliche System, welches nur bei der häuslichen Krankenpflege eine ärztliche Verordnung von Leistungen der medizinischen Behandlungspflege als Abrechnungsgrundlage erfordert, nicht hingegen für das Erbringen solcher dort pauschal mitvergüteten Leistungen in der Tagespflege, erschwert die Aufnahme unmittelbarer Kontakte zwischen der ausführenden Einrichtung und den behandelnden Ärzten:Ärztinnen. Gerade mit Blick auf die Herausforderungen des Haftungsrechts, aber auch hinsichtlich der sozial- und berufsrechtlichen Anforderungen und ganz praktischer Notwendigkeiten benötigen die Einrichtungen Verfahrenssicherheit, wenn es darum geht, Leistungen der medizinischen Behandlungspflege zu erbringen und sich dabei hinreichend sicher im Rahmen des ärztlichen Behandlungs- und Therapieplanes zu bewegen.²

Eine wesentliche Rolle spielen dabei die Verordnungen häuslicher Krankenpflege sowie Medikamentenpläne, deren rechtliche und praktische Bedeutung für die Leistungserbringung in der Tagespflege eingehender Untersuchung bedarf, zumal es sich zumeist um die einzig verfügbaren, unmittelbar von den behandelnden Ärzten:Ärztinnen herrührenden Informationen und Vorgaben für die behandlungspflegerische Leistung handelt.

¹ IGES Institut, Praxistest in der Tages- und Kurzzeitpflege: Ergebnisse – Abschlussbericht“, Berlin 2017, Ziff. 4.1.5.

² Vgl. die Anforderung insoweit in Ziffer 3.4.2, Abschnitt „Intervention/Durchführung“ der Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und die Qualitätssicherung sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements nach § 113 SGB XI in der teilstationären Pflege (Tagespflege) vom 18.02.2020, zuletzt geändert am 06.09.2022.

Ärztliche Verordnungen behandlungspflegerischer Maßnahmen, welche analog derjenigen für die häusliche Krankenpflege nach § 37 SGB³ V gestaltet sind, kann es rechtlich nicht geben. Ärztliche „Anordnungen“⁴, welche Ärzte:Ärztinnen unmittelbar an die Tagespflegeeinrichtung richten, dürften zu Beginn der teilstationären Leistungen in den seltensten Fällen erfolgen und sind auch in der laufenden Leistungsbeziehung in der Praxis regelmäßig nur schwer zu erlangen, wie der Abschlussbericht des Praxistests⁵ darlegt und mit der Praxis Vertrauten ohnehin bekannt ist.

Ebenso zu untersuchen ist der Umgang mit von Dritten vorgerichteten Medikamenten, welche in der Tagespflegeeinrichtung eingenommen oder verabreicht werden sollen. In diesem Zusammenhang ist Klarheit über die Verteilung der rechtlichen Verantwortung in einem arbeitsteiligen Leistungserbringungssystem erforderlich, für dessen Ausgestaltung es keine *konkreten* rechtlichen Vorgaben gibt und die deshalb in der bisherigen Praxis letztlich von den Vorstellungen und Entscheidungen der Beteiligten – versicherte Personen, Ärzte:Ärztinnen, pflegende Angehörige, ambulanter Pflegedienst und Tagespflegeeinrichtung – abhängt. Individuelle Motivationen und praktische Möglichkeiten führen hier bislang zu unterschiedlichsten Erscheinungsformen, was unweigerlich erhebliche Unsicherheiten insbesondere auf Seiten der verantwortlichen und ausführenden Personen der Tagespflegeeinrichtungen auslöst. Hier ist insbesondere von Bedeutung, ob und auf welche Weise sich die Tagespflegeeinrichtung Gewissheit über den Inhalt vorgerichteter Tagesdosetten für die Medikamenteneinnahme in der Einrichtung verschaffen muss.⁶

In beiden Fällen wird juristisch auch die Annahme des Abschlussberichts⁷ zu überprüfen sein, dass die Tagespflegeeinrichtung ohne eine „aktuelle An- oder Verordnung“ keine eigenständigen Behandlungspflegemaßnahmen ausführen darf, wobei es auf den Bedeutungsgehalt dieser Begriffe ankommen wird.

³ Sozialgesetzbuch; die nachstehende römische Ziffer bezeichnet das jeweilige Sozialgesetzbuch, hier V für die Gesetzliche Krankenversicherung.

⁴ Das ist ein landläufig verwendeter Begriff, der allerdings im Kontext der Leistungserbringung durch selbständige Pflegeeinrichtungen fragwürdig ist, siehe dazu B.I.4.

⁵ S. Fn. 1.

⁶ Der Abschlussbericht (s. Fn. 1) erwähnt hier insbesondere fehlende Originalpackungen mit Beipackzettel, übersichtliche Verfallsdaten, unklare Anweisungen zur Dosierung etc.

⁷ S. Fn. 1.

Problematisiert wird im Abschlussbericht insoweit auch der Geltungsbereich der für die häusliche Krankenpflege ausgestellten Verordnung, der ebenso einer näheren Betrachtung zu unterziehen ist wie die Situation reiner Angehörigenpflege, in der es zu einer Verordnung über Leistungen der häuslichen Krankenpflege erst gar nicht kommt.

Der Qualitätsausschuss Pflege hat die festgestellten Probleme zum Anlass genommen, die „Vorbehaltsklausel“ in Fußnote 3 der Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität, die Qualitätssicherung und -darstellung sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements nach § 113 SGB XI⁸ in der teilstationären Pflege vom 18.02.2020 mit Leben zu erfüllen. Darin heißt es:

„Sofern die Medikamentengabe bereits in der Häuslichkeit vorbereitet wurde (vorbereitete Tagesdosis), ist mit den An- und Zugehörigen zu besprechen, dass grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass die Dosierung und das Medikament der ärztlichen Anordnung entsprechen. Dies ist zu dokumentieren. **Sobald zu dieser Problematik neue Expertise vorliegt, ist eine Anpassung der Maßstäbe und Grundsätze für die Tagespflege zu prüfen.**“

Dieses Gutachten soll insbesondere dazu dienen, neue rechtliche Erkenntnisse zu dieser Problematik zu gewinnen und davon ausgehend zu überprüfen, inwiefern die Maßstäbe und Grundsätze einer Aktualisierung bedürfen. Denn die Maßstäbe und Grundsätze sind nicht nur Richtschnur für die Leistungserbringung der teilstationären Einrichtungen einschließlich der Gestaltung der rechtlichen und praktischen Beziehungen zu den leistungsberechtigten Menschen, sondern auch Maßstab für die Qualitätsprüfungen gemäß §§ 114 ff. SGB XI und somit auf allen sozialrechtlichen Ebenen zu beachten. Ihre Vorgaben haben auch erhebliche Bedeutung für die Gestaltung der zivilrechtlichen Vertragsbeziehungen zwischen der Einrichtung und den Tagespflegegästen.

Folgende Fallkonstellationen sind zu untersuchen und dabei die zusätzlich in der Leistungsbeschreibung zum Gutachtenauftrag genannten Fragen zu beantworten:

⁸ SGB XI: Soziale Pflegeversicherung.

Fallkonstellation a)

„Die pflegebedürftige Person ist in der Lage, die Medikamente selbständig zu richten und eigenständig einzunehmen (keine Unterstützung bei der Auswahl, der Zusammenstellung, der Einnahme der Medikamente und keine Erinnerung zum Zeitpunkt der Einnahme notwendig).“

Frage: *Darf dem Tagesgast die selbständige Medikamentengabe verwehrt werden?*

Fallkonstellation b)

„Die pflegebedürftige Person benötigt bei der Einnahme von in der Häuslichkeit gerichteten und mitgebrachten Medikamenten Unterstützung.“

Frage: *Wo liegen die rechtlichen Risiken und wie kann diesen begegnet werden?*

Fallkonstellation c)

„Für die pflegebedürftige Person müssen durch die Tagespflegeeinrichtung die Medikamente gerichtet werden und eine Unterstützung bei der Einnahme erfolgen.“

Frage: *Auf welcher rechtlichen Grundlage erfolgt die Medikamentengabe, welche Risiken sind damit verbunden und wie kann diesen begegnet werden?*

In den Fällen b) und c) erhält die pflegebedürftige Person in der Häuslichkeit Leistungen der häuslichen Krankenpflege, insbesondere der Medikamentengabe, durch einen ambulanten Pflegedienst und/oder auch entsprechende Unterstützung durch eine im Haushalt lebende Person.

Fallkonstellation d)

„Die Art und/oder der Umfang der ärztlich verordneten Medikamente ändern sich, aber die Veränderung wird der Tagespflegeeinrichtung nicht kommuniziert.“

Frage: *Wie ist in diesen Fällen rechtsfehlerfrei vorzugehen?*

Weil in den vorgegebenen Fallkonstellationen sowohl die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen, die Pflegedienste, die behandelnden Ärzte:Ärztinnen sowie die Tagespflegeeinrichtung als Akteure untereinander in einem Beziehungsgefüge stehen, ist deren Rolle und Verantwortung erforderlichenfalls bei der jeweiligen Fallkonstellation zu berücksichtigen und rechtlich zu bewerten.

Mit der rechtlichen Bewertung der vorgegebenen Fallkonstellationen sind nachvollziehbar begründete Handlungsempfehlungen für die Praxis zu verbinden.

Die nachfolgend aufgezählten Dokumente haben die Autor:innen auftragsgemäß bei ihrer Prüfung einbezogen:

- Praxistest in der Tages- und Kurzzeitpflege: Ergebnisse – Abschlussbericht, IGES Institut, Berlin 2017
- Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und die Qualitätssicherung sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements nach § 113 SGB XI in der teilstationären Pflege (Tagespflege) vom 18.02.2020
- Informations- und Schulungsunterlagen zur Einführung des Strukturmodells in der ambulanten, stationären und teilstationären Langzeitpflege, Version 2.0, Berlin 2017 (S. 113-114)

II. Rechtsgrundlagen

Die nachfolgend wiedergegebenen Rechtsgrundlagen waren für die Gutachter:innen maßgeblich:

1. Strafrecht

Medikationsfehler können zu Schäden an Gesundheit, Körper und Leben führen und den Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung gemäß § 229 StGB⁹ oder der fahrlässigen Tötung gemäß § 222 StGB erfüllen. Eine erzwungene Einnahme oder das heimliche Verabreichen eines Medikaments kann den Tatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) bzw. den der vorsätzlichen Körperverletzung nach § 223 StGB verwirklichen.

2. Zivilrecht

a) Deliktsrecht

Medikationsfehler können zu Verletzungen der Rechtsgüter Leben und Gesundheit oder Persönlichkeitsrecht führen und den Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB¹⁰ begründen. Ein strafrechtlich relevanter Medikationsfehler kann nach § 823 Abs. 2 BGB zu Schadensersatz verpflichten. Grundlage der deliktischen Haftung ist die Verletzung eines individuellen Rechtsguts aufgrund der faktischen Übernahme einer Behandlung (sog. Garantenstellung). Dies gilt sowohl für ärztliche Behandlungsfehler als auch für Pflegefehler. Zugleich besteht eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht zum Schutz von Personen, denen wegen körperlicher oder geistiger Einschränkungen durch eine Medikamentengabe Gefahren drohen.

Darüber hinaus kann der Geschäftsherr (das ist die Einrichtung) für vermutetes Verschulden eines Verrichtungsgehilfen (der Pflegekraft) nach § 831 BGB haften. Danach ist derjenige, welcher einen Gehilfen zu einer Verrichtung bestellt, für den Schaden ersatzpflichtig, den der Gehilfe bei der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Hierbei handelt es sich um einen eigenen Anspruch.

⁹ Strafgesetzbuch.

¹⁰ Bürgerliches Gesetzbuch.

Voraussetzung ist, dass der im Interessenkreis des Geschäftsherrn tätige weisungsgebundene Verrichtungsgehilfe den objektiven Tatbestand des § 823 Abs. 1 oder 2 BGB erfüllt.

b) **Vertragsrecht**

Die Haftung des:der Arztes:Ärztin und Angehöriger anderer Heilberufe für Fehler in ihrer Tätigkeit ergibt sich in der Regel aus dem Vertrag. Sowohl der ärztliche Behandlungsvertrag als auch der Tagespflegevertrag begründen Obhutspflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit der anvertrauten Person. Im Rahmen der vertraglichen Haftung eröffnen §§ 280 Abs. 1 BGB, 278 BGB den Weg zu Schadensersatz auf Grund des ärztlichen Behandlungsvertrages (§ 630e ff. BGB). Das Gleiche gilt für Schadensersatzansprüche aus dem Tagespflegevertrag.

Der **Tagespflegevertrag** kann von der pflegebedürftigen Person selbst abgeschlossen werden oder als Vertrag zugunsten Dritter durch Angehörige (§ 328 BGB). Sind Pflegebedürftige geschäftsfähig, kann auch eine Vollmacht für einen Dritten erteilt werden oder für den späteren Fall der Einwilligungsunfähigkeit durch eine Vorsorgevollmacht gem. § 1901c BGB. Außerdem kommt auch der Vertragschluss durch eine:n Betreuer:in in Betracht.

Der Leistungsinhalt Medikamentengabe wird in Tagespflegeverträgen als Teil der sog. medizinischen Behandlungspflege typischerweise wie folgt formuliert:

„§ 6 Leistungen der medizinischen Behandlungspflege

(1) Die Einrichtung erbringt die während des Aufenthaltes des Tagespflegegastes in der Einrichtung erforderlichen Leistungen der medizinischen Behandlungspflege durch das Pflegepersonal. Bei den Leistungen der medizinischen Behandlungspflege handelt es sich um pflegerische Verrichtungen im Zusammenhang mit ärztlicher Therapie und Diagnostik (z.B. Verbandswechsel, Wundversorgung, Einreibung, Medikamentengabe etc.), für deren Veranlassung und Anordnung der jeweils behandelnde Arzt des Tagespflegegastes zuständig ist. Die ärztlichen Leistungen sind nicht Gegenstand dieses Vertrages.

(2) Die Leistungen der medizinischen Behandlungspflege werden unter der Voraussetzung erbracht, dass

- sie vom behandelnden Arzt veranlasst wurden und im Einzelfall an das Pflegepersonal delegierbar sind,
- die persönliche Durchführung durch den behandelnden Arzt nicht erforderlich ist,
- der Tagespflegegast mit der Durchführung der ärztlich angeordneten Maßnahmen durch Mitarbeiter der Einrichtung einverstanden ist und
- die Leistungen notwendigerweise während des Aufenthaltes in der Einrichtung erbracht werden müssen.“

Vertrags- und deliktsrechtliche Ansprüche auf Schadensersatz wegen Gesundheits- und Körperschäden stehen selbständig nebeneinander (Anspruchskonkurrenz), d.h. sie überlagern sich insoweit, als für die Reichweite der deliktischen Garantenstellung neben dem Fachgebiet und der organisatorischen Rollenverteilung auch die vertraglich übernommene Behandlungsaufgabe bedeutsam ist und faktische Kontrollzuständigkeiten die vertragliche Behandlungsaufgabe begrenzen können. Beide Ansprüche setzen ein Verschulden voraus. Für die ärztliche Behandlung geht die Rechtsprechung von einem **einheitlichen Bewertungsmaßstab** für Behandlungsfehler im Delikts- und Vertragsrecht auf Grund des einzuhaltenden fachlichen Standards aus.¹¹ Von diesem einheitlichen Bewertungsmaßstab von Delikts- und Vertragsrecht ist auch bei Pflegefehlern auszugehen.

Allerdings ist festzuhalten, dass ein Pflegevertrag, der die Übernahme medizinischer Behandlungspflege beinhaltet, kein medizinischer Behandlungsvertrag nach § 630a BGB ist. Zwar können Pflegekräfte Behandelnde nach § 630a Abs. 1 BGB sein, weil sie Angehörige eines anderen Heilberufs (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG) sind.

¹¹ Jorzig, Handbuch Arzthaftung, S. 2ff. m.w.N.

Allerdings handelt es sich bei der medizinischen Behandlungspflege nicht um eine medizinische Behandlung im Sinne des § 630a BGB, weil sie keine Heilbehandlung beinhaltet. Von der Heilbehandlung sind neben Diagnose und Therapie sämtliche Maßnahmen und Eingriffe am Körper eines Menschen erfasst, um Krankheiten, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern. Die medizinische Behandlungspflege ist daher keine Heilbehandlung im Rahmen der Humanmedizin. Medizinische Behandlungspflege sind krankheitsspezifische Pflegemaßnahmen. Diese flankieren die ärztliche Behandlung, indem nichtärztliche Hilfeleistungen vorgenommen werden; sie setzen die ärztliche Therapie durch Pflegekräfte fort.

3. Sozialrecht

Das SGB XI enthält lediglich in § 41 Abs. 2 Satz 1 eine Regelung zu medizinischer Behandlungspflege in teilstationären Pflegeeinrichtungen, welche erstens den Leistungsanspruch der Versicherten insoweit bestimmt, zweitens die Berücksichtigung der entsprechenden Aufwendungen in der Pflegevergütung ohne gesonderte Honorierung aus Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung vorgeht und drittens damit auch einen Handlungsbefehl zum Erbringen dieser Leistungen an die teilstationäre Pflegeeinrichtungen adressiert:

„Die Pflegekasse übernimmt im Rahmen der Leistungsbeträge nach Satz 2 die pflegebedingten Aufwendungen der teilstationären Pflege einschließlich der Aufwendungen für Betreuung und die Aufwendungen für die in der Einrichtung notwendigen Leistungen der medizinischen Behandlungspflege.“

Mit der Ausgestaltung der Verwirklichung des Leistungsanspruchs und den komplexen Anforderungen der Leistungserbringung hat sich der Bundesgesetzgeber nicht eigens befasst.

Diese Lücke zumindest ansatzweise zu schließen, oblag damit der Pflege-Selbstverwaltung nach § 113 Abs. 1 SGB XI.

Konkrete normative Vorgaben des Sozialrechts für das Erbringen behandlungspflegerischer Leistungen in der Tagespflege ergeben sich daher nur aus den Maßstäben und Grundsätzen für die Qualität und die Qualitätssicherung sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements nach § 113 SGB XI in der teilstationären Pflege (Tagespflege)¹², dort unter Ziffer 3.4.2. betreffend den Betreuungs- und Pflegeprozess, und dessen Dokumentation:

„Maßnahmenplanung

(...) Die Maßnahmenplanung umfasst ggf. die im Rahmen der Tagespflege erforderlichen körperbezogenen Pflegemaßnahmen, Prophylaxen (z.B. zur Vermeidung eines Dekubitus) und Maßnahmen der Behandlungspflege. (...)

¹² Vom 18.02.2020, zuletzt geändert am 06.09.2022.

Intervention/Durchführung

Die Tagespflegeeinrichtung handelt bei ärztlich verordneten/angeordneten Leistungen im Rahmen des ärztlichen Behandlungs- und Therapieplanes.³

(...)

³ Sofern die Medikamentengabe bereits in der Häuslichkeit vorbereitet wurde (vorbereitete Tagesdosis), ist mit den An- und Zugehörigen zu besprechen, dass grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass die Dosierung und das Medikament der ärztlichen Anordnung entsprechen. Dies ist zu dokumentieren. Sobald zu dieser Problematik neue Expertise vorliegt, ist eine Anpassung der Maßstäbe und Grundsätze für die Tagespflege zu prüfen.

(...)

Die verordnete/angeordnete Behandlungspflege ist zu dokumentieren.

(...)

3.7 Zusammenarbeit mit weiteren Institutionen

Die Tagespflegeeinrichtung arbeitet zur Sicherung der Versorgung in Abstimmung mit den An- und Zugehörigen insbesondere mit

- der behandelnden Ärztin beziehungsweise dem behandelnden Arzt
- Heilmittelerbringern
- ambulanten Diensten
- ambulanten Rehabilitationseinrichtungen und
- Krankenhäusern

zusammen.

(...)“

Maßgeblich sind für den Gutachtenauftrag insbesondere die Vorgaben des Handelns der Einrichtung im Rahmen des ärztlichen Behandlungs- und Therapieplanes, die gegebenenfalls erforderliche Abstimmung mit An- und Zugehörigen sowie das Kooperationsgebot bezogen auf die behandelnden Ärzte:Ärztinnen und ambulanten Dienste.

B. Grundüberlegungen / rechtlicher Rahmen

I. Sozialrecht

Zu beschreiben ist zunächst, welche sozialrechtlichen Rahmenbedingungen der Ausführung von Leistungen der Behandlungspflege durch Pflegeeinrichtungen (ambulant, teilstationär, stationär) zugrunde liegen.

1. Grund- und Behandlungspflege

Bei den pflegerischen Leistungen, die ambulante Pflegedienste, vollstationäre Pflegeeinrichtungen und teilstationäre Einrichtungen erbringen, ist die Grundpflege von der Behandlungspflege zu unterscheiden.

a) Grundpflege

Von Grundpflege wird bei Leistungen gesprochen, die vorrangig Defizite in den typischen Verrichtungen im Tagesablauf ausgleichen. Sie sind nicht medizinischer Natur. Die wesentlichen Ansatzpunkte dafür lassen sich den Bereichen entnehmen, die in § 14 Abs. 2 SGB XI beschrieben sind. Dies sind Hilfebedarfe in den Bereichen Mobilität, kommunikative und kognitive Fähigkeiten, Verhaltensauffälligkeiten, Selbstversorgung, Umgang mit krankheits- und therapiebedingten Belastungen und Gestaltung des Alltagslebens.

Leistungen der Grundpflege werden von den Pflegeeinrichtungen ohne ärztliche Anordnung und oft auch ohne ärztliche Beteiligung erbracht.¹³

¹³ Zur Abgrenzung siehe nur BSG 30.09.1993, 4 RK 1/92 – st. Rspr.; Beck OGK SGB-Nolte, Stand: 01.03.2021, § 37 SGB V Rn. 22 bis 23.

b) **Behandlungspflege**

Leistungen der Behandlungspflege sind dagegen durch eine bestimmte Erkrankung verursacht, gehören originär zur ärztlichen Behandlung und sind Teil des ärztlichen Behandlungsplans.¹⁴ Pflegekräfte dürfen diese Leistungen, von Notfällen abgesehen, im Regelfall nicht eigenständig und ohne eine ärztliche Anweisung erbringen.¹⁵

Auch wenn diese Kataloge nicht abschließend sind, finden sich die meisten relevanten Leistungen der Behandlungspflege in den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die häusliche Krankenpflege¹⁶ und ihrer Anlage.¹⁷

Diejenigen Leistungen der Behandlungspflege, die nur Pflegefachkräfte erbringen dürfen, sind beispielsweise auch in Baden-Württemberg in der Anlage zu § 9 Abs. 2 Nr. 4 der Landespersonalverordnung geregelt.

2. **Arztvorbehalt**

Behandlungspflegerische Leistungen gehören zur ärztlichen Behandlung und sind im Ausgangspunkt von dem:der Arzt:Ärztin selbst zu erbringen. Dies ist in §§ 15 Abs. 1 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1 SGB V ausdrücklich vorgeschrieben.¹⁸

Die Pflicht zur ärztlichen Selbsterbringung hat Gründe der Gefahrenabwehr; die besondere Qualifikation approbierter Ärzte:Ärztinnen soll zwingend genutzt werden.¹⁹

¹⁴ BSG 19.02.1998 B 3 P 3/97 R.

¹⁵ Beck OGK SGB-Nolte, a.a.O., § 37 SGB V Rn. 23a; Beck OK Sozialrecht-Knispel, Stand 01.03.2022, § 37 SGB V Rn. 23.

¹⁶ HKP-Richtlinien vom 17.09.2009, letzte Änderung vom 19.11.2021.

¹⁷ Beck OGK SGB-Nolte, a.a.O., § 37 SGB V Rn. 23a; Beck OK Sozialrecht-Knispel, a.a.O., § 37 SGB V Rn. 27 ff.

¹⁸ „Ärztliche oder zahnärztliche Behandlung wird von Ärzten oder Zahnärzten erbracht“; „Die ärztliche Behandlung umfasst die Tätigkeit des Arztes, die zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausreichend und zweckmäßig ist“.

¹⁹ Ausführlich BSG 26.04.2022, B 1 KR 26/21 R, Rn. 19 und beispielsweise Freudenberg, in jurisPK-Sozialrecht, Stand: Juni 2020, § 15 SGB V Rn. 28 sowie Scholz, in Beck OK Sozialrecht, a.a.O., § 15 SGB V, Rn. 4.

3. Ausnahmen vom Arztvorbehalt

So lange die Gesamtverantwortung und der Behandlungsplan bei dem:der Arzt:Ärztin bleibt, können freilich auch medizinische Leistungen auf Dritte delegiert werden. Dabei sind zwei Varianten zu unterscheiden (sogleich a, b). Dies betrifft aber jeweils nur ausführende Teile der Behandlung (c).

a) Ärztliches Hilfspersonal

Nach § 28 Abs. 1 Satz 2 SGB V gehört zur ärztlichen Behandlung auch die Hilfeleistung anderer Personen, die von dem:der Arzt:Ärztin angeordnet wird und von ihm:ihr zu verantworten ist. § 15 Abs. 1 Satz 2 SGB V präzisiert, dass Hilfeleistungen anderer Personen im Falle ihrer Erforderlichkeit nur erbracht werden dürfen, wenn sie von dem:der Arzt:Ärztin angeordnet und von ihm:ihr verantwortet werden.

Diese Regelungen knüpfen an die überkommene Lehre von der Delegation ärztlicher Leistungen an, die nicht nur im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung gilt.²⁰ Die Übertragung von Teilen der Hilfeleistungen und ihrer Ausführung auf Dritte setzt danach nicht nur die Gesamtverantwortung des:der Arztes:Ärztin und dessen:deren Anordnung voraus. Vielmehr muss der:die Arzt:Ärztin danach auch die Kräfte ordnungsgemäß auswählen, schulen und überwachen, welche die Hilfeleistungen erbringen sollen.

In der ambulanten ärztlichen Versorgung geht man deshalb davon aus, dass das Hilfeleistung ausführende Personal in der Regel in der Arztpraxis selbst beschäftigt sein soll und unter ständiger Kontrolle des:der Arztes:Ärztin steht.²¹ Folgerichtig werden solche Hilfeleistungen von dem:der Arzt:Ärztin regelmäßig selbst mit abgerechnet.²²

²⁰ Dazu ausführlicher unten B.II.

²¹ Freudenberg, in jurisPK-Sozialrecht, a.a.O., Rn. 36, 38.

²² Wagner in Krauskopf, Gesetzliche Krankenversicherung, Stand: Juni 2022, § 28 SGB V Rn. 11.

In ähnlicher Weise setzt § 3 der Anlage 24 zum Bundesmantelvertrag Ärzte zwar kein Beschäftigungsverhältnis bei dem:der Arzt:Ärztin voraus, aber doch eine schriftlich niedergelegte und abgesicherte Weisungsbefugnis. § 4 Abs. 2 derselben Anlage regelt die persönliche Überwachung.

Auch das Bundessozialgericht ging früher davon aus, dass jede Anordnung der Ausführung von Teilen des Behandlungsplans durch Dritte eigenes Personal und die persönliche Überwachung durch den:die Arzt:Ärztin voraussetze.²³

b) Externer Leistungserbringer

Eine andere Variante ist die Beauftragung eines externen Leistungserbringers mit der Ausführung des ärztlichen Behandlungsplans.²⁴ Diese Variante gewinnt ständig an Bedeutung. Hier schuldet der:die Arzt:Ärztin zwar den Behandlungsplan und die Gesamtverantwortung. Auswahl und Überwachung des Hilfspersonals ist dagegen nicht mehr ärztliche Aufgabe.²⁵

Das Bundessozialgericht sieht inzwischen einen Anwendungsfall der §§ 15 Abs. 1 Satz 2, 28 Abs. 1 Satz 2 SGB V ausdrücklich auch in dieser Variante, insofern hat sich seine Position seit 1968 (oben a) geändert.²⁶

Bereits die Auswahl des Leistungserbringers im Nachgang zur ärztlichen Verordnung obliegt hier dem:der Versicherten selbst. Mangels Einbindung in die ärztliche Organisationsgewalt – in vielen Fällen wird der:die Arzt:Ärztin die Leistungserbringer nicht einmal kennen – liegt die Ausführung außerhalb der ärztlichen Verantwortung.

Ob diese Variante wirklich ein Anwendungsfall der §§ 15 Abs. 1 Satz 2, 28 Abs. 1 Satz 2 SGB V ist oder eigenständig danebensteht, mag man diskutieren.²⁷ Unstreitig ist jedoch, dass auch diese Variante rechtlich zulässig ist und eine andere Verteilung von Verantwortung und Leistungspflichten mit sich bringt.

²³ BSG, 22.11.1968, 3 RK 47/66, BSGE 29, 27.

²⁴ Beispielsweise Physiotherapeut:innen, Apotheken, auch – zumindest ambulante – Pflegeeinrichtungen.

²⁵ Instruktiv zur Abgrenzung Scholz, in: Beck OK Sozialrecht, Stand: Juni 2022, § 15 SGB V, Rn. 8.

²⁶ Zuletzt 18.12.2018, B 1 KR 34/17 R, Rn. 15 und 17.12.2020, B 1 KR 6/20 R, Rn. 13.

²⁷ A.A. etwa Scholz, in: Beck OK Sozialrecht, Stand: Juni 2022, § 15 SGB V, Rn. 7.

c) Keine Leistung ohne ärztliche Anordnung

Freilich darf die praktische Verbreitung der zweiten Variante (oben b) nicht zu der Annahme verleiten, externe Leistungserbringer dürften ganz ohne ärztliche Beurteilung und Steuerung ihre Leistungen erbringen. Anders als im Bereich der Grundpflege – die wie beschrieben von vornherein keine ärztlich-medizinische Leistung ist – beschränkt sich deren eigene Fachlichkeit auf die Ausführung. Die Entscheidung über das „Ob“ einer behandlungspflegerischen Maßnahme bleibt bei dem:der Arzt:Ärztin.

Zwar möchte die Fachliteratur Ausnahmen zu diesem Grundsatz anerkennen und relativiert ihn durch den Zusatz der Formulierung „in der Regel“.²⁸ Nun fällt auf, dass die medizinische Behandlungspflege im SGB V nur für den ambulanten Bereich geregelt ist, in § 37, nicht aber für den stationären Bereich. Dies könnte zu der Annahme verleiten, mangels einer eigenständigen Ausgestaltung der Leistungen der medizinischen Behandlungspflege in stationären Einrichtungen im SGB V liege ein solcher Ausnahmefall hier vor.

Zweck des Arztvorbehalts ist es aber, zum Schutz der Patient:innen Leistungen durch fachlich nicht hinreichend qualifizierte Kräfte auszuschließen.²⁹ Dann kommen für die Medikamentengabe und andere Leistungen der medizinischen Behandlungspflege in Einrichtungen der Tagespflege Ausnahmen vom Arztvorbehalt nicht in Betracht. Denn das Gesetz sieht für die ambulante Erbringung dieser Leistungen in § 37 SGB V einen Leistungsanspruch nur vor, soweit eine ärztliche Verordnung vorliegt. Grund für das Fehlen eines vergleichbaren Anspruchs in vollstationären und teilstationären Einrichtungen ist nicht etwa, dass deren Fachkräfte im Vergleich zu denjenigen der ambulanten Dienste vom Gesetz als fachkundiger eingeschätzt würden. Vielmehr entfällt der Bedarf an vergleichbaren Regelungen im SGB V nur, weil die medizinische Behandlung in stationären Pflegeeinrichtungen durch die Pflegesätze bereits abgegolten ist.³⁰

²⁸ Scholz, in: Beck OK Sozialrecht, Stand: Juni 2022, § 15 SGB V, Rn. 8; Beck OGK SGB-Nolte, Stand: 01.03.2021, § 37 SGB V Rn. 23a.

²⁹ Oben 2 und BSG 26.04.2022, B 1 KR 26/21 R, Rn. 19.

³⁰ §§ 43 Abs. 2 Satz 1, 41 Abs. 2 Satz 1 SGB XI.

Ebenfalls wäre denkbar, die Selbstmedikation des Tagespflegegastes als Ausnahmefall zu betrachten, der dem Arztvorbehalt nicht unterfällt, aber von den Pflegekräften der Tagespflegeeinrichtung unterstützt oder übernommen werden kann. Hierzu ist eine Aussage aus der Sicht des Sozialrechts aber nicht möglich. Denn der Selbstmedikation entspricht krankens- und pflegeversicherungsrechtlich gerade kein Anspruch des:der Versicherten. Es gibt also gar keine sozialrechtlichen Regelungen, die diesen Fall behandeln.

4. Wortwahl: Anordnung und Verordnung

Nicht nur im Sprachgebrauch, sondern auch in den leistungserbringungsrechtlichen Regelungen des SGB V hat sich für die insgesamt von dem:der Arzt:Ärztin zu überwachende Leistung der Begriff der „Anordnung“ durchgesetzt. Endet dagegen die ärztliche Verantwortung mit der Auswahl des Heil- oder Hilfsmittels oder der sonstigen Leistung, wird von „Verordnung“ gesprochen.³¹

5. Behandlungspflegerische Leistungen durch Pflegeeinrichtungen

Die Erscheinungsformen der institutionellen Pflege – ambulant – stationär – teilstationär – sind in der Ausführung behandlungspflegerischer Leistungen auf der Grundlage dieser Rahmenbedingungen wie folgt zuzuordnen:

a) Ambulante Pflege

Für die ambulante Pflege gibt es in § 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 SGB V eine gesetzliche Regelung. Zur vertragsärztlichen Versorgung gehört danach insbesondere die Verordnung häuslicher Krankenpflege und außerklinischer Intensivpflege. Auch die Verordnung der Medikamente selbst ist gleichlautend geregelt.³² Umfasst der ärztliche Behandlungsplan die Tätigkeit eines Pflegedienstes, endet die ärztliche Verantwortung für die konkrete Ausführung mit der Wahl des:der Versicherten unter den Pflegediensten.

³¹ So bereits BSG vom 22.11.1968 a.a.O., § 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 einerseits und § 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, 7a, 8, 12 und 14 SGB V andererseits.

³² § 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB V.

b) Vollstationäre Pflege

Für die vollstationäre Pflege fehlt es an einer vergleichbaren gesetzlichen Regelung. Aus pflegeversicherungsrechtlicher Sicht hat die stationäre Pflegeeinrichtung alle Leistungen der medizinischen Behandlungspflege ohne Berechnung an die Krankenkasse zu erbringen.³³

Zu betonen ist indes, dass die kostenmäßig abweichende Behandlung der ambulanten medizinischen Behandlungspflege einerseits in § 37 SGB V und der medizinischen Behandlungspflege in stationären Pflegeeinrichtungen in § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB XI andererseits keine Ursachen in der medizinisch-fachlichen Bewertung hat. Sie kam im Gesetzgebungsverfahren des SGB XI vielmehr etwas zufällig zustande, als die Gesetzgebungsgremien um die Finanzierungsstruktur des neuen Zweigs der Sozialversicherung rangen. Ihr einziger Zweck war damals eine Entlastung der Krankenkassen zu Lasten der Pflegekassen und Eigenanteile der Menschen in Pflegeeinrichtungen.³⁴

Die medizinische Behandlungspflege in stationären Pflegeeinrichtungen ist daher ein „Zwischending“ zwischen Anordnung und Verordnung. Aus der *formalen* Sicht der Leistungs- und Vergütungsbeziehungen der gesetzlichen Krankenversicherung liegt keine Verordnung vor, weil der ärztliche Behandlungsplan nicht zu Vergütungsansprüchen Dritter für ihre Leistungen führt. *Materiell* handelt es sich dagegen durchaus um eine Verordnung. Denn der:die Arzt:Ärztin hat schon auf die Auswahl der stationären Pflegeeinrichtung durch die:den Versicherte:n keinen Einfluss und kann kaum alle Pflegekräfte der Einrichtung kennen, auswählen und überwachen. Nachfolgend wird hier daher von der materiellen Verordnung gesprochen und ist auch mit dem alleine stehenden Begriff der Verordnung im Zusammenhang mit den Leistungen in der Tagespflege eine solche materielle Verordnung gemeint.

³³ § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB XI.

³⁴ Dazu s. nur Udsching/Schütze, SGB XI, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 4.

Die stationäre Praxis behilft sich hier anstelle einer formellen Verordnung mit Eintragungen der die Einrichtung besuchenden Hausärzte: Hausärztinnen in der Pflegedokumentation oder mit per Telefax zwischen Arztpraxis und Einrichtung übermittelten Anordnungen. Mündliche Anordnungen von Seiten der Ärzte: Ärztinnen reichen den Einrichtungen nämlich regelmäßig unter dem Gesichtspunkt rechtlicher Absicherung nicht aus, weil sie das Vorliegen der ärztlichen Anordnung schon aus haftungsrechtlichen Gründen zu dokumentieren haben, aber auch, weil dies Gegenstand der Qualitätsprüfung gemäß den §§ 114 ff. SGB XI ist. Frühere Fassungen der Qualitätsprüfungs-Richtlinien gemäß § 114a Abs. 7 SGB XI (QPR) haben den Einrichtungen insoweit nahegelegt, sich mit dem „v.u.g.-Prinzip“³⁵ zu behelfen, also bei telefonischem oder sogar direktem Kontakt mit dem: der behandelnden Arzt: Ärztin dessen: deren Anweisungen schriftlich festzuhalten, anschließend vorzulesen und sich die Richtigkeit der schriftlichen Dokumentation der Anweisungen mündlich bestätigen zu lassen.³⁶

Die aktuelle Fassung der QPR³⁷ enthalten keinerlei Vorgaben oder Empfehlungen zur Form der Dokumentation der dort so bezeichneten ärztlichen „An- oder Verordnungen“.

c) **Teilstationäre Pflege**

In der teilstationären Pflege tritt eine weitere Besonderheit hinzu. Aus pflegeversicherungsrechtlicher Sicht gilt dasselbe wie in der vollstationären Pflege: Auch nach § 41 Abs. 2 Satz 1 SGB XI umfasst die Leistungspflicht der Tages- und Nachtpflegeeinrichtungen die medizinische Behandlungspflege. Der: die Versicherte hält sich aber nur an manchen Tagen für begrenzte Zeitabschnitte in der Einrichtung auf. Die Einrichtung kann daher nur für diejenigen Leistungen der medizinischen Behandlungspflege zuständig sein, die in diese Zeiträume fallen.

³⁵ „Vorgelesen und genehmigt“.

³⁶ So etwa noch die QPR v. 11.06.2009 i.d.F. v. 30.06.2009, Broschüre, Hg.: MDS e.V. u. GKV-Spitzenverband, Essen u. Berlin 2009, S. 139, Ausfüllanleitung zu 12.2.

³⁷ Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes über die Durchführung der Prüfung der in Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 114 SGB XI für die Tagespflege vom 26.10.2020, abrufbar unter https://md-bund.de/fileadmin/dokumente/Publikationen/SPV/PV_Qualitaetspruefung/220222_QPR_Tagespflege.PDF (Stand 15.10.2022).

Indes hat der:die Arzt:Ärztin auch auf die Entscheidung des:der Versicherten, sich nur an einzelnen Tagen oder nur zu bestimmten Zeiten in einer teilstationären Einrichtung aufzuhalten, keinen Einfluss. Die Auswahl der konkreten Einrichtung ist ebenso wenig Teil der ärztlichen Verantwortung. Der:die Versicherte übt das Recht zur Auswahl des pflegerischen Leistungserbringers letztlich so aus, dass er:sie sich entweder teilweise durch eine ambulante Pflegeeinrichtung zuhause und teilweise durch eine teilstationäre Einrichtung betreuen lässt. Oder er:sie übt die Wahlfreiheit so aus, dass Familie oder persönliches Umfeld zuhause die Versorgung sicherstellen, und zu den Belegungszeiten die teilstationäre Einrichtung. Daher ähnelt die teilstationäre Pflege entgegen ihrer Bezeichnung unter den Gesichtspunkten der Entscheidungsgewalt des:der Versicherten und der Gesamtverantwortung eher der ambulanten Versorgung als der stationären.

Dies legt aus sozialrechtlicher Sicht eine Betrachtung nahe, nach der der ambulante Dienst und die Tagespflegeeinrichtung oder das persönliche Umfeld und die Tagespflegeeinrichtung ärztliche Verordnungen arbeitsteilig und damit im Ergebnis in gewisser Weise auch gemeinsam umzusetzen haben.

Für die sozialrechtliche Bewertung führt dies zu folgendem Schluss: Ähnlich wie in der vollstationären Pflege bedarf es einer praktikablen Kommunikationsstruktur. Sie muss soweit als möglich sicherstellen, dass ärztliche Anordnungen nicht nur dem:der Versicherten und ggf. dem ambulanten Dienst bekannt werden, sondern sehr zeitnah auch der teilstationären Einrichtung. Den Aufbau dieser Kommunikationsstruktur wird die Einrichtung jedenfalls nicht allein den übrigen Beteiligten überlassen können.

Aus dieser Betrachtungsweise folgt, dass die Verpflichtung zur laufenden Information über Medikamentenverordnungen, -gaben und andere Leistungen der medizinischen Behandlungspflege gegenüber den an der Versorgung Beteiligten nicht primär bei der Arztpraxis liegt. Denn diese Verantwortung geht bei Vorliegen einer Verordnung im Gegensatz zur Anordnung auf die:den Versicherte:n und ggf. die von ihr:ihm gewählten Leistungserbringer über.

6. Sozialrechtliche Bewertung – Kommunikationsmodell in der teilstationären Pflege

a) Auslegung nach Leistungsinteresse und Einwirkungsbereich

Hier soll zunächst, isoliert unter sozialrechtlichen Gesichtspunkten, knapp ein Kommunikationsmodell für die Anbahnung und Durchführung von Leistungen der medizinischen Behandlungspflege dort entwickelt werden.

Weil die versicherte Person aufgrund ihres Wahlrechts letztlich alleine entscheidet, von welchem Leistungserbringer sie Leistungen der medizinischen Behandlungspflege im Rahmen der Nutzung einer teilstationären Einrichtung in Anspruch nehmen will, ist sie im Mindesten verpflichtet, dem ausgewählten Leistungserbringer das Erlangen einer ärztlichen Verordnung – im oben erläuterten materiellen Sinne – zu ermöglichen.

Unverzichtbar ist insoweit, dass die versicherte Person ihre behandelnden Ärzte:Ärztinnen gegenüber dem Träger der Einrichtung und ebenso natürlich auch die Tagespflegeeinrichtung gegenüber den behandelnden Ärzten:Ärztinnen von ihrer jeweiligen gesetzlichen Schweigepflicht befreit, um Rückfragen und Aktualisierungen auf der Grundlage der im Rahmen der Aufnahme und des Tagespflegeaufenthaltes selbst erlangten Informationen über die pflegebedürftige Person zu ermöglichen. Diese Befreiung gestattet nicht nur die Mitteilung der Verordnung, sondern auch eine anschließend unter Umständen punktuell oder fortlaufend erforderliche weitere Kommunikation über die Notwendigkeit der medizinischen Behandlungspflege, ihre Erweiterung, Änderung oder konkrete, individuelle Modalitäten ihrer Ausführung.

Die Schweigepflichtentbindung stellt jedoch nur die notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Verordnung dar. Erst aufgrund der eigentlichen Verordnung ist die Pflegeeinrichtung überhaupt berechtigt, durch ihr Personal Leistungen der medizinischen Behandlungspflege zu erbringen. Jedenfalls dann, wenn solche Leistungen notwendig während des Aufenthaltes in der Tagespflegeeinrichtung erbracht werden müssen, kann eine Aufnahme in Gestalt des Abschlusses eines Tagespflegevertrages nur in dem Fall – oder unter einer entsprechenden Bedingung – abgeschlossen werden, dass die notwendige ärztliche Verordnung der Leistungen vorliegt oder jedenfalls bekannt ist.

Zwar verhält sich das Sozialrecht nicht ausdrücklich dazu, wer die ärztliche Verordnung zu beschaffen hat. Auch die zivilrechtlichen Bestimmungen des WBVG³⁸, welche über § 119 SGB XI entsprechende Anwendung auf den Tagespflegevertrag finden, enthalten keine solche Verantwortungszuweisung. Nur die aufnahmewillige versicherte Person ist aber rechtlich in der Lage, überhaupt einen Kommunikationskanal zwischen Tagespflegeeinrichtung und behandelnden Ärzten:Ärztinnen zu eröffnen. Daher liegt es nahe, ihr auch die vorrangige Pflicht zur Verschaffung der für die Leistungserbringung erforderlichen ärztlichen Verordnung zuzuordnen.

Denn zum einen kann ohne ihr aktives Handeln die von ihr gewünschte Leistung nicht erbracht werden. Eine andere Betrachtungsweise würde dem zivilrechtlichen Grundsatz widersprechen, dass jede Partei eines Vertrages in ihrem Einwirkungsbereich die Voraussetzungen dafür zu schaffen verpflichtet ist, dass die andere Partei die vereinbarte Leistung erbringen kann. Andernfalls wird zivilrechtlich vom Annahmeverzug gesprochen.³⁹

Zum anderen steht alleine der versicherten Person der gesetzliche Leistungsanspruch zu. Dieser wird aber nur dann aktualisiert, wenn auch die ärztliche Verordnung vorliegt. Eine Leistungspflicht der Tagespflegeeinrichtung ohne eine Verordnung kann hinsichtlich der medizinischen Behandlungspflege nicht eintreten.

Für diese Betrachtungsweise spricht zuletzt auch die oben bereits erläuterte Ähnlichkeit der teilstationären Versorgung in der sozialen Pflegeversicherung mit der ambulant erbrachten häuslichen Krankenpflege der gesetzlichen Krankenversicherung. Auch dort muss die versicherte Person sich eine ärztliche Verordnung beschaffen.

³⁸ Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz.

³⁹ Vgl. § 295 Satz 1 Hs. 2 BGB.

Die versicherte Person ist also in umfassender Weise dafür verantwortlich, die Voraussetzungen für das Entstehen des konkreten Leistungsanspruches zu schaffen. Die Einrichtung kann die versicherte Person auf diese Grundpflicht lediglich hinweisen.

b) Umgang mit Veränderungen und Unklarheiten

Davon zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit im Falle von Änderungen oder Unklarheiten auch die Tagespflegeeinrichtung dazu angehalten ist, eigeninitiativ mit den behandelnden Ärzten:Ärztinnen in direkten Kontakt zu treten. Hier sind sozialrechtlich pflegequalitätsbezogene Anforderungen ebenso wie berufsrechtlich Abstimmungspflichten angesprochen, die zivilrechtlich ihre Entsprechung in Nebenpflichten aus dem Tagespflegevertrag finden.

Die Einrichtung muss bei Unklarheiten hinsichtlich der – ggf. weiteren – Ausführung von Behandlungspflegeleistungen, bei unerwarteten Entwicklungen des Heilungsverlaufs, insbesondere Verschlechterungen, sowie bei Veränderungen des Gesundheitszustandes, die Auswirkungen auf die Behandlung haben können, auch von sich aus Kontakt mit den behandelnden Ärzten:Ärztinnen aufnehmen, soweit der Informationsfluss nicht auf andere Weise sichergestellt ist.

Eine Besonderheit gegenüber dem vollstationären Bereich ergibt sich hier insoweit, als oftmals weiterhin Behandlungsmaßnahmen durch den beauftragten ambulanten Pflegedienst ausgeführt werden und Aktualisierungen von diesem, in Abstimmung mit Angehörigen oder rechtlichen Betreuer:innen, bereits veranlasst sein werden. So kann es in solchen Fällen ausreichend sein, wenn sich die Tagespflegeeinrichtung beim ambulanten Pflegedienst über die Kommunikation mit den Ärzten:Ärztinnen vergewissert und von dort die notwendigen Informationen zur eventuell gebotenen Anpassung der eigenen behandlungspflegerischen Maßnahmen bezieht.

Das Gleiche gilt – nach dem rein sozialrechtlichen Maßstab –, wenn die versicherte Person, deren rechtliche Betreuung oder Angehörige versichern, die eingetretenen Veränderungen den Ärzten:Ärztinnen zu übermitteln und, gegebenenfalls nach einer ärztlichen Untersuchung, die (neu oder anders) verordneten Maßnahmen der Pflegeeinrichtung weiterzugeben.

Tatsächlich ist dieser Weg an sich vorzugswürdig. Denn über den Kopf der versicherten Person hinweg darf die Einrichtung ärztliche Maßnahmen nicht veranlassen und nicht ausführen.

c) Rolle der Verordnung häuslicher Krankenpflege

In diesem Zusammenhang ist auch zu klären, ob eine Verordnung von Maßnahmen der häuslichen Krankenpflege ausreicht, um von einer ärztlichen Delegation ausgehen zu können und den Anforderungen des § 15 Abs. 1 Satz 2 SGB V zu genügen.

Die Verordnung häuslicher Krankenpflege hat einen doppelten Inhalt: Sie ist einerseits Voraussetzung des ambulant zu erfüllenden Sozialleistungsanspruchs der Versicherten und Abrechnungsgrundlage des ambulanten Pflegedienstes, aber andererseits eben auch materielle ärztliche Verordnung der medizinisch gebotenen Behandlungspflegeleistungen. Die zweite Komponente kann sich genauso an die Tagespflege richten bzw. diese daraus die notwendigen Informationen über den ärztlichen Behandlungsplan gewinnen.

Fraglich ist in diesem Kontext, ob die Verordnung an eine bestimmte Tagespflegeeinrichtung adressiert sein muss und ob sie überhaupt auch in Kenntnis des Besuchs einer Tagespflegeeinrichtung erteilt worden sein muss. Von der Parallele der häuslichen Krankenpflege ausgehend, ist eine konkrete Adressierung aber nicht erforderlich. Denn die behandelnden Ärzte:Ärztinnen stellen die Verordnung ohnehin abstrakt aus⁴⁰ und haben oft keine Kenntnis von der Person des ausgewählten ambulanten Pflegedienstes.

Die Auswahl spielt in diesem Stadium aber jedenfalls noch keine Rolle. Es ist die versicherte Person, die nach ihrer Entscheidung die Verordnung dem ausgewählten Pflegedienst übergibt. Die leistungsrechtlich erforderliche Genehmigung der Verordnung erfolgt erst nach dem Einreichen der Verordnung bei der Krankenkasse durch den Pflegedienst.

⁴⁰ Oben B.1.3.b.

Die materielle Verordnung im Sinne der Mitteilung der im Rahmen des ärztlichen Behandlungsplans erforderlichen Behandlungspflegeleistungen ist bei der häuslichen Krankenpflege abstrakt an irgendeinen nach § 132a Abs. 4 SGB V vertragsgebundenen Pflegedienst gerichtet, aber nicht an eine bestimmte Einrichtung. Insofern ergibt sich gegenüber der über den Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI in das Leistungssystem eingebundene und der Sache nach sogar eine der gesetzlichen Krankenversicherung zuzuordnende Leistung erbringenden Tagespflege inhaltlich kein Unterschied.

Allerdings zielt die ärztliche Verordnung auf das Erbringen gerade ambulanter Pflegeleistungen in der Häuslichkeit der versicherten Person.

Oftmals wird der Besuch einer Tagespflegeeinrichtung dem:der verordnenden Arzt:Ärztin gar nicht bekannt sein. Selbst wenn das einmal der Fall ist, wird der:die verordnende Arzt:Ärztin beim Ausstellen der Verordnung von Leistungen der häuslichen Krankenpflege nicht immer daran denken, dass diese zu den maßgeblichen Tageszeiten auch in einer Tagespflegeeinrichtung erbracht werden müssen.

Relevanz können ärztliche Vorstellung und ärztlicher Wille bezogen auf den Leistungsort allerdings nur dann erhalten, wenn dies Einfluss auf den Behandlungsplan haben könnte. Geht es um Leistungen wie das Richten oder Verabreichen von Medikamenten, das Wechseln von Verbänden, das Vornehmen von Einreibungen oder auch das Verabreichen von Injektionen mit beispielsweise Heparin oder Insulin, spielt der Leistungsort keine erkennbare Rolle. Die Unterscheidung des § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB V zwischen geeigneten Orten für das Erbringen von Leistungen der häuslichen Krankenpflege zielt vielmehr nur darauf ab, ob dort bereits ein anderweitiger gesetzlicher Anspruch auf die Leistung besteht.⁴¹ Insofern ist eine Tagespflegeeinrichtung nach dem Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung kein geeigneter Ort für das Erbringen von Leistungen der häuslichen Krankenpflege, weil der Leistungsanspruch auf die medizinische Behandlungspflege bereits nach § 41 Abs. 2 Satz 1 SGB XI besteht und vorrangig ist.

⁴¹ S. nur Rixen, in: Becker/Kingreen, SGB V, 8. Aufl. 2022, § 37 Rn. 3.

Was die auf der zweiten Ebene zu betrachtenden fachlichen Voraussetzungen für das Erbringen der notwendigen Leistungen angeht, ist jedoch kein Unterschied erkennbar. Im Zweifel werden sogar die räumlichen, organisatorischen und hygienischen Anforderungen in der Tagespflegeeinrichtung besser verlässlich zu erfüllen sein als in der privaten Häuslichkeit. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht als notwendig, dass der:die verordnende Arzt:Ärztin die Verordnung im Wissen um den Tagespflegebesuch für den ambulanten Pflegedienst oder sogar eine materielle Verordnung unmittelbar adressiert an die Tagespflegeeinrichtung ausstellt.

d) Authentizität und Aktualität der ärztlichen Verordnung

Ein für die Tagespflegeeinrichtung wesentlicher Aspekt in diesem Zusammenhang ist, welchen Grad an Sicherheit sie haben muss, dass es sich bei der ihr mitgeteilten ärztlichen Verordnung tatsächlich um eine authentische und aktuelle ärztliche Verordnung handelt.

Bei Leistungen der häuslichen Krankenpflege ist das durch die physische Verfügbarkeit der Originalverordnung ohne weiteres gewährleistet. In dem Fall, dass die Tagespflegeeinrichtung mit den behandelnden Ärzten:Ärztinnen unmittelbar kommuniziert, besteht ebenfalls absolute Sicherheit über Authentizität und Aktualität der ärztlichen Verordnung.

Erfolgt die Kommunikation mit den behandelnden Ärzten:Ärztinnen mit dem Willen des jeweiligen Tagespflegegastes mittelbar, nämlich über den ambulanten Pflegedienst, steht dieser in der Verantwortung, den Inhalt der ärztlichen Verordnung vollständig und inhaltlich zutreffend weiterzugeben. Denn es handelt sich bei dem ambulanten Pflegedienst um einen sozialrechtlich vertragsgebundenen Leistungserbringer. Auf die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der Informationsübermittlung bei arbeitsteiliger und damit letztlich gemeinsamer Ausführung von Leistungen der medizinischen Behandlungspflege muss sich eine Tagespflegeeinrichtung verlassen dürfen. Anzustreben ist also die Weitergabe von HKP-Verordnungen und Medikamentenplänen sowie anderweitiger schriftlicher Vorgaben der behandelnden Ärzte:Ärztinnen durch den Pflegedienst an die Tagespflegeeinrichtung. Denn so ist allseits maximale Verfahrenssicherheit gewährleistet.

Zu ergänzen ist, dass die Kommunikation zwischen Tagespflegeeinrichtung und ambulantem Pflegedienst jeweils eine Schweigepflichtentbindung des parallel ambulant versorgten Tagespflegegastes erfordert, was im ambulanten Pflegevertrag und ebenso im Tagespflegevertrag durch entsprechende Anlagen sicherzustellen ist.

Während die Tagespflegeeinrichtung entsprechende Kommunikation im Eigeninteresse führt, stellt sich außerdem die Frage nach einer entsprechenden Kooperationspflicht des Pflegedienstes. Soweit er neben dem Vertrag gemäß § 132a Abs. 4 SGB V mit den gesetzlichen Krankenkassen auch über eine Zulassung nach § 72 SGB XI verfügt, was die absolute Regel ist, ergibt sich diese Kooperationspflicht bereits aus Ziffer 3.2.4 der Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und Qualitätssicherung sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements nach § 113 SGB XI in der ambulanten Pflege vom 27. Mai 2011. Die Verträge nach § 132a Abs. 4 SGB V dürften entsprechende Pflichten ebenfalls vorsehen, sollten das widrigenfalls zumindest künftig tun. Auch die Rahmenempfehlungen nach § 132a Abs. 1 SGB V zur Versorgung mit Häuslicher Krankenpflege vom 10.12.2013 i. d. F. vom 14.10.2020 sollten nach hiesiger Empfehlung eine entsprechende Ergänzung erfahren.

e) Übermittlung der ärztlichen Verordnung durch den Tagespflegegast, Angehörige oder rechtliche Vertreter:innen

Hinsichtlich der Entgegennahme von Informationen über die ärztliche Verordnung vom Tagespflegegast selbst, dessen rechtlicher Betreuungsperson oder von entsprechend beauftragten Angehörigen stellt sich jedenfalls dann kein Problem, wenn eine Kopie der für die häusliche Krankenpflege ausgestellten ärztlichen Verordnung übergeben wird. Das ist auch hier der sicherste und für die Praxis auch zu empfehlende Weg.

Aber auch eine mündliche oder schriftliche Übermittlung der verordneten Leistungen dürfte aus der rein sozialrechtlichen Sicht so lange ausreichen, wie kein begründeter Anlass zu Zweifeln an ihrer Richtigkeit besteht.

Ein solcher Anlass kann bei wahrnehmbaren kognitiven Beeinträchtigungen gegeben sein oder wenn in der Vergangenheit bereits Fehlinformationen erfolgt sind. Ebenso hat die Tagespflegeeinrichtung sich der verordneten Maßnahmen zu vergewissern, wenn der Behandlungsverlauf und die Entwicklung des Gesundheitszustandes des Tagespflegegastes aus der Sicht einer Pflegefachkraft erkennbar im Widerspruch zu der mitgeteilten ärztlichen Verordnung stehen.

7. Zusammenfassung

- Aus sozialrechtlicher Sicht ist die Delegation von Ausführungsleistungen zu ärztlichen Anordnungen auch dann weitreichend anerkannt, wenn außenstehende Leistungserbringer wie Apotheken oder Pflegeeinrichtungen tätig werden. „Ob“ und „Ausmaß“ der Leistung werden dann von dem:der Arzt:Ärztin verantwortet, die „Umsetzung“ vom außenstehenden Leistungserbringer. In diesen Fällen ist von einer – ggf. nur materiellen – Verordnung zu sprechen.
- Die Rahmenbedingungen, in denen Tagespflegeeinrichtungen agieren, sind durch die Mehrzahl von Beteiligten besonders komplex. Zu ihren Aufgaben gehört daher auch die Mitorganisation von Kommunikationsstrukturen, welche die rasche Kenntnis von Veränderungen bei den ärztlichen Verordnungen gewährleisten.
- Die Erteilung der erforderlichen Entbindungen von der Schweigepflicht sowie die Weitergabe aller relevanten Informationen und Unterlagen zur Behandlungspflege obliegen vorrangig den Tagespflegegästen und deren Umfeld. Die Tagespflegeeinrichtung muss aber aktiv an der Kommunikation mit Ärzten:Ärztinnen, dem ggf. ebenfalls tätigen ambulanten Dienst und anderen medizinischen Einrichtungen teilnehmen.
- Tagespflegeeinrichtungen bedürfen keiner eigenständigen Anordnung o.ä. aus ärztlicher Hand, wenn der ärztliche Behandlungsplan bereits aus anderen Quellen – insbesondere einer Verordnung gegenüber einem ambulanten Pflegedienst – ersichtlich ist.
- Die Tagespflegeeinrichtung darf sich auf Informationen anderer, zugelassener Leistungserbringer, insbesondere des ambulanten Pflegediensts, verlassen.

II. Haftungs- und Berufsrecht

Unter Ziffer 5 der Leistungsbeschreibung zum Gutachtenauftrag wird eine Stellungnahme verlangt, die „unter Berücksichtigung der vertrags-, haftungs-, leistungs- und berufsrechtlichen Aspekte“ Antworten für die aufgeführten Fallkonstellationen erarbeitet. Für die vorliegende Stellungnahme im Haftungs-, Vertrags- und Berufsrecht wird zu Grunde gelegt, dass hiermit in erster Linie die Haftung für Schäden an Leben, Körper und Gesundheit durch Medikationsfehler zu erörtern ist.⁴²

Regeln zur Medikamentengabe durch Pflegekräfte sind nicht gesetzlich normiert. Für die Frage, wer für Medikationsfehler gegenüber einem Tagespflegegast haftet, ist maßgeblich, in wessen Verantwortungsbereich eine Handlung oder ein Unterlassen im Medikationsprozess fällt. Insoweit ist zunächst zu erörtern, wie die Begriffe „Medikament“ oder „Medikamentengabe“ im Sinne des Haftungsrechts einzuordnen sind.

1. Was sind Medikamente?

Medikamente sind Arzneimittel. Arzneimittel sind Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die zur Anwendung im oder am menschlichen Körper bestimmt sind und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder Linderung oder zur Verhütung menschlicher Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmt sind oder die im oder am menschlichen Körper angewendet werden.⁴³ Hinsichtlich der potentiell gefährlichen pharmakologischen Wirkungen lässt sich die Abgabe von Arzneimitteln danach unterscheiden, ob diese freiverkäuflich, apothekenpflichtig oder verschreibungspflichtig sind. Die Verschreibungspflicht für Arzneimittel folgt aus § 48 Abs. 1 AMG.

⁴² Zum grundsätzlichen Anspruchssystem bereits oben A.II. Zivilprozessuale Aspekte, insbesondere Beweislastfragen, werden nicht erörtert.

⁴³ vgl. § 2 Arzneimittelgesetz – AMG.

Danach dürfen die in § 1 Ziff. 1 bis 4 AMG angeführten Arzneimittel nur bei Vorliegen einer ärztlichen (...) Verschreibung abgegeben werden (verschreibungspflichtige Arzneimittel). § 2 der AMVV⁴⁴ regelt alle notwendigen Angaben, welche eine Verschreibung enthalten muss.⁴⁵

§ 4 Abs. 1 AMVV erlaubt die Abgabe eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels in anderer als schriftlicher Form, insbesondere durch fernmündliche Unterrichtung eines Apothekers. Aus der Vorschrift wird das Erfordernis der **Schriftlichkeit einer Verschreibung** gefolgert, die auch für die Medikamentengabe in der Pflege Bedeutung hat. In der Pflegepraxis wird empfohlen, dass Unterstützung bei der Medikamentengabe nur bei Vorlage der schriftlichen Verschreibung erfolgen soll. § 4 Abs. 3 AMVV regelt die wiederholte Abgabe eines zur Anwendung bei Menschen bestimmten verschreibungspflichtigen Arzneimittels.

Das Verabreichen von Medikamenten kann auch hinsichtlich der Applikation, also Darreichungsform, eines Arzneimittels unterschieden werden, welche neben der pharmakologischen Wirkung ein unterschiedliches Gefährdungspotential haben kann.⁴⁶

⁴⁴ Arzneimittelverschreibungsverordnung.

⁴⁵ 1) Name, Vorname, Berufsbezeichnung und Anschrift der Praxis oder der Klinik der verschreibenden ärztlichen, tierärztlichen oder zahnärztlichen Person (verschreibende Person) einschließlich einer Telefonnummer zur Kontaktaufnahme,

2) Datum der Ausfertigung,

3) Name und Geburtsdatum der Person, für die das Arzneimittel bestimmt ist,

4) Bezeichnung des Fertigarzneimittels oder des Wirkstoffes einschließlich der Stärke,

4a) bei einem Arzneimittel, das in der Apotheke hergestellt werden soll, die Zusammensetzung nach Art und Menge oder die Bezeichnung des Fertigarzneimittels, von dem eine Teilmenge abgegeben werden soll, sowie eine Gebrauchsanweisung; einer Gebrauchsanweisung bedarf es nicht, wenn das Arzneimittel unmittelbar an die verschreibende Person abgegeben wird;

5) Darreichungsform, sofern dazu die Bezeichnung nach Nummer 4 oder Nummer 4a nicht eindeutig ist,

6) abzugebende Menge des verschriebenen Arzneimittels,

6a) sofern das Arzneimittel zur wiederholten Abgabe auf dieselbe Verschreibung bestimmt sein soll, einen Vermerk mit der Anzahl der Wiederholungen,

7) die Dosierung; dies gilt nicht, wenn dem Patienten ein Medikationsplan, der das verschriebene Arzneimittel umfasst, oder eine entsprechende schriftliche Dosierungsanweisung einer verschreibenden Person vorliegt und wenn die verschreibende Person dies in der Verschreibung kenntlich gemacht hat oder wenn das verschriebene Arzneimittel unmittelbar an die verschreibende Person abgegeben wird,

8) Gültigkeitsdauer der Verschreibung,

9) die eigenhändige Unterschrift der verschreibenden Person oder, bei Verschreibungen in elektronischer Form, deren qualifizierte elektronische Signatur.

⁴⁶ Oral, sublingual, rektal, subkutan, intravenös, intraarteriell, intramuskulär, kutan, perkutan, vaginal, konjunktival, nasal.

„Medikamentengabe in der Tagespflege“ umfasst danach die Unterstützung einer leistungseingeschränkten Person bei der Einnahme oder Verabreichung von Arzneimitteln.

2. Medikationsfehler

Medikationsfehler können sich im gesamten Medikationsprozess ergeben, der sich grob wie folgt gliedern lässt:

- Verschreibung (synonym Verordnung) nebst Anordnungen zur Darreichungsform und Dosierung⁴⁷
- Richten von Medikamenten: sog. Stellen und Verteilen
- Verabreichen

Für die Frage, ob ein Medikationsfehler im Einzelfall einem:einer Arzt:Ärztin oder einer Pflegeperson zuzurechnen ist, ist auf die unterschiedlichen Aufgaben und Verantwortungsbereiche abzustellen.

Dies gilt auch für Kommunikationsfehler, wie sie in der Leistungsbeschreibung zum Gutachten bzw. im Praxistest beschrieben werden.

3. Sorgfaltsmaßstab ärztlicher Verantwortungsbereich

Nach § 2 Abs. 3 der Musterberufsordnung Ärzte (MBO-Ä)⁴⁸ erfordert eine gewissenhafte Ausübung des Arztberufs die notwendige fachliche Qualifikation und die Beachtung des anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse. Nach § 630a Abs. 2 BGB ist die Behandlung nach dem zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standard zu erbringen.

Hierdurch wird eine ärztliche Garantenstellung begründet. Der:die Arzt:Ärztin ist damit verpflichtet zu handeln und Schaden von dem:der Patienten:Patientin abzuhalten.

⁴⁷ vgl. § 48 Abs. 1 AMG i.V.m. § 2 AMVV.

⁴⁸ (Muster)Berufsordnung in der Fassung des Beschlusses des 118. Ärztetages 2015.

a) Behandlungsfehler

Ein:e Arzt:Ärztin haftet danach im Rahmen der ärztlichen Behandlung für Körperschäden, die auf einem **Verschreibungs- bzw. Verordnungsfehler** beruhen, welcher nicht dem medizinischen Standard entspricht. Dagegen ist die Befolgung ärztlicher Verordnungen und die konforme Einnahme verordneter Medikamente (Compliance) nur eine Obliegenheit des:der Patienten:Patientin.⁴⁹

Ärzte:Ärztinnen sind auch bei der Weiterleitung von behandlungsrelevanten Informationen (von anderen Fachärzten:Fachärztinnen) zu besonderer Sorgfalt verpflichtet.⁵⁰ Zum Beispiel hat der BGH⁵¹ zum Umgang mit Arztbriefen und den enthaltenen Informationen festgestellt, dass Arztbriefe vollständig zur Kenntnis zu nehmen sind, selbst wenn die dort behandelte Erkrankung nicht in das eigene Fachgebiet fällt. Die unzureichende Lektüre von Arztbriefen und Befundberichten hat der BGH als groben Behandlungsfehler gewertet.⁵²

Diese Maßstäbe sind auch auf die Frage von Medikationsfehlern anzuwenden, die daraus entstehen können, dass ein Medikament von einem:einer anderen Facharzt:Fachärztin verordnet wird. Der:die behandelnde Arzt:Ärztin hat die Vereinbarkeit von unterschiedlichen Medikamenten selbständig zu prüfen, entsprechend zu dokumentieren und, wenn ein Medikamentenplan erstellt worden ist, diesen zu aktualisieren und Änderungen den an der Behandlung beteiligten Dritten, wie häuslichen Pflegepersonen oder Pflegedienst, entsprechend mitzuteilen. Widersprüche und Zweifel müssen zum Schutz der betroffenen Patient:innen durch ausreichende Kommunikation zwischen den an der Behandlung Beteiligten ausgeräumt werden. Es besteht auch eine ärztliche Erkundigungspflicht.

⁴⁹ Missachtet ein:e Patient:in in vorwerfbarer Weise ärztliche Anordnungen oder Empfehlungen, kann sich ein:e Arzt:Ärztin hinsichtlich eines eingetretenen Schadens entlasten, Oberlandesgericht (OLG) Hamm, Urteil vom 02.02.2018, Az. 26 U 72/17.

⁵⁰ § 24 Abs. 6 BMV-Ä.

⁵¹ Bundesgerichtshof.

⁵² BGH v. 26.06.2018, VI ZR 285/17.

In einer Entscheidung des AG⁵³ Neubrandenburg hatte es der Arzt im zugrundeliegenden Fall versäumt, das Pflegebuch einer Bewohnerin einzusehen, deshalb eine Allergie übersehen und ein fehlerhaftes Medikament verordnet.⁵⁴

b) Fehlerhafter Medikationsplan

Patient:innen können sich für einen besseren Überblick über die Medikamente und die Dosierung von dem:der behandelnden Arzt:Ärztin einen Medikationsplan⁵⁵ erstellen lassen. Für gesetzlich Versicherte besteht ein Anspruch auf Ausstellung, wenn sie mehr als drei Medikamente einnehmen müssen.⁵⁶ Der Medikationsplan muss auf der elektronischen Gesundheitskarte gespeichert werden, wenn der:die Patient:in dies wünscht und er:sie Zugriff auf die Daten gewährt. Die elektronische Speicherung der Medikationsdaten ist für den:die Versicherte:n freiwillig – Anspruch auf die Papierversion hat er:sie weiterhin. Der Medikationsplan soll alle verschreibungspflichtigen Arzneimittel enthalten, die der:die Patient:in einnimmt, sowie die Selbstmedikation. Dazu werden unter anderem Wirkstoff, Dosierung, Einnahmegrund und sonstige Hinweise zur Einnahme aufgeführt. Der elektronische Medikationsplan enthält zusätzlich Kommentarfelder und ermöglicht es, historisierte Daten zu speichern.

Allerdings ist mit dem Medikationsplan nicht die Vollständigkeit oder die Aktualität gewährleistet. Patient:innen können sich Arzneimittel verschreiben lassen oder als Selbstmedikation erwerben, ohne den Medikationsplan vorzulegen oder aktualisieren zu lassen. Zudem ist es zulässig, dass auf Wunsch des:der Patienten:Patientin einzelne Arzneimittel nicht in den Medikationsplan aufgenommen werden. In der **Praxis** erfolgt der Hinweis, bei der Aufnahme in die Tagespflege stets ergänzend zum Medikationsplan zu erfragen, ob die Arzneimittel noch wie auf dem Plan angegeben eingenommen und ob gegebenenfalls weitere Arzneimittel angewendet werden. Ungeachtet einer patient:innenseitig veranlassten Unvollständigkeit, fällt die Richtigkeit des Medikamentenplans, soweit ein solcher erstellt wurde, in den ärztlichen Verantwortungsbereich.

⁵³ Amtsgericht.

⁵⁴ AG Neubrandenburg v. 16.01.2001 - 18 C 739/00.

⁵⁵ In der Praxis und nachfolgend abweichend vom gesetzlichen Wortlaut zuweilen auch als „Medikamentenplan“ bezeichnet.

⁵⁶ § 31a SGB V.

Dies wird durch die S3-Leitlinie Multimedikation gestützt, die umfangreiche Hinweise zum Umgang mit Mehrfachmedikation, der Erstellung von Medikamentenplänen und zu den Schnittstellen insbesondere zu pflegenden Angehörigen enthält.⁵⁷

c) Fehlerhafte Delegation

Grundsätzlich können ärztliche Leistungen auf andere Berufsgruppen übertragen (delegiert) werden. Der Begriff Delegation ist gesetzlich nicht definiert und lässt sich als unter fachlicher Verantwortung des:der Arztes:Ärztin stehende einmalige oder wiederholte Übertragung unter Arztvorbehalt stehender Tätigkeiten auf nicht-ärztliches Personal verstehen. Hierfür ist kennzeichnend, dass das „Ob“ der delegierten Maßnahme stets bei dem:der Delegierenden verbleibt. Dagegen geht die Verantwortung für das „Wie“ auf den:die Delegationsempfänger:in über.

Der Umfang von sich aus einer Garantenstellung ergebenden Pflichten kann durch die Übertragung insbesondere bei einem arbeitsteiligen Handeln maßgebliche Änderungen erfahren. Kommt es zu einer Aufgabenverteilung bzw. -delegation bedeutet dies grundsätzlich nicht, dass hierdurch der:die ursprünglich Verantwortliche gänzlich von seinen:ihren Pflichten frei wird.

Bei der Bestimmung der die Beteiligten treffenden Pflichten ist bei einem arbeitsteiligen Handeln zwischen einer **horizontalen** Verteilung von Aufgaben durch Bildung verschiedener Zuständigkeitsbereiche sowie in vertikaler Richtung durch Bildung von Hierarchien im Wege einer fachlichen Über- und Unterordnung zu unterscheiden. Beiden Arten der Arbeitsteilung ist gemein, dass eine Verpflichtung zu einer näheren Überwachung und ggf. einem Einschreiten jedenfalls dann besteht, sobald sich Zweifel an der Zuverlässigkeit eines:einer Beteiligten auftun.

Bei **horizontaler** Arbeitsteilung darf grundsätzlich auf die Zuverlässigkeit der anderen Beteiligten vertraut werden. Dieses Vertrauen in die Zuverlässigkeit eines Dritten setzt jedoch eigenes sorgfaltsgerechtes Verhalten voraus, welches jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn einem:einer Mitwirkenden für das arbeitsteilige Handeln maßgebliche Informationen vorenthalten werden.

⁵⁷ Hausärztliche Pharmakotherapie, AWMF 2021: 053 – 043, gültig bis 04.05.2026, hier insbesondere S. 61, 63,108; https://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/053-043I_S3_Multimedikation_2021-08.pdf.

Bei arbeitsteiligem Handeln auf horizontaler Ebene – jedenfalls bei komplexen oder besonders gefahrgeneigten Vorhaben – besteht zudem eine Verpflichtung zu wechselseitiger Koordination und Information.⁵⁸

Dies gilt insbesondere dann, wenn gerade aus dem arbeitsteiligen Handeln selbst Gefahren erwachsen können.

Bei einer vertikalen Arbeitsteilung bestehen neben der Pflicht zu einer sorgfältigen Auswahl und Instruktion zur Erfüllung der übertragenen Aufgabe allgemeine, jedenfalls stichprobenartige Überwachungspflichten, die dabei umso strenger sind, desto höher die drohende Gefahr ist. Der Umfang der Kontrollpflichten hängt im Einzelfall davon ab, inwieweit dem:der Empfänger:in der Delegation⁵⁹ bei der Ausführung seiner:ihrer Tätigkeit **Eigenverantwortlichkeit** zukommt. Es verbleibt umso mehr Verantwortung für das gefährdete Rechtsgut bei dem:der Delegierenden, desto weniger derjenigen Person, welcher eine Aufgabe übertragen worden ist, **Handlungsspielraum** zukommt.

Die Delegation von Leistungen aus dem Kernbereich ärztlicher Tätigkeiten ist unzulässig. Dazu gehören alle Maßnahmen mit besonderen **Gefahren** für den:die Patient:Patientin, Maßnahmen mit **besonderer Schwierigkeit** der Durchführung, bei denen **erhebliche Komplikationen** möglich sind.

Entsprechend der Vereinbarung zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung⁶⁰ und dem GKV-Spitzenverband über die Delegation ärztlicher Leistungen an nichtärztliches Personal in der ambulanten Versorgung vom 1.10.2013 entscheidet nach § 4 Abs. 1 der:die Arzt:Ärztin, ob und an wen eine Leistung delegiert wird. Gemäß Abs. 2 hat der:die Arzt:Ärztin sicherzustellen, dass der:die Übernehmende für die konkrete Tätigkeit objektiv ausreichend angeleitet (Anleitungsverantwortung) wurde und der:die Übernehmende subjektiv in der Lage ist, die Aufgabe zu übernehmen (Übernahmeverantwortung).

⁵⁸ vgl. zur Arbeitsteilung zwischen mehreren Ärzten:Ärztinnen BGH, Urteil vom 26.01.1999 - VI ZR 376/97.

⁵⁹ In der Fachsprache: Delegat:in.

⁶⁰ KBV.

Insbesondere scheidet eine Delegation aus, wenn die **Wirkung der Medikamente** oder **die Art der Verabreichung** oder der **Zustand des:der Patienten:Patientin** im konkreten Fall eine unmittelbare ärztliche Präsenz bei der Verabreichung fordern.⁶¹

Delegiert ein:e Arzt:Ärztin nicht delegationsfähige Leistungen oder wählt den:die Delegaten:Delegatin nicht hinreichend sorgfältig aus, gehen dadurch verursachte Schäden der Patient:innen als Organisationsfehler im Sinne des Übernahmeverschuldens zulasten des:der Arztes:Ärztin.⁶²

d) Anordnungskompetenz für medizinische Behandlungspflege

Pflegebedürftige Patient:innen können auf Grund unterschiedlicher kognitiver oder physischer Leistungseinschränkungen Unterstützungsbedarf bei der Umsetzung des medizinisch erforderlichen Medikationsprozesses haben. Die Unterstützungsleistungen können je nach Art und Umfang durch nicht-professionelle Pflegepersonen im Rahmen der häuslichen Pflege oder durch ausgebildete Pflegepersonen erbracht werden.

Im professionellen Setting wird die Unterstützungsleistung mit dem Begriff „medizinische Behandlungspflege“ umschrieben, welche das Teilgebiet der Medikamentengabe umfasst.⁶³

Der Begriff wird z.B. in der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung häuslicher Krankenpflege vom 17.9.2009 (HKP-Richtlinie) bzw. auf dem Formular M 12 verwandt.

⁶¹ Ärztliche Kernkompetenz und Delegation in der Anästhesie, Anästh. Intensivmed. 2007, 48, S. 712-714; Ärztliche Kernkompetenz und Delegation in der Intensivmedizin, Anästh. Intensivmed. 2008, 49.

⁶² Vgl. OLG Dresden v. 24.07.2009 – 4 U 1857/07 - intravenöse Injektion durch eine medizinisch-technische Radiologieassistentin.

⁶³ Vgl. Rixen in: Becker/Kingreen, SGB V, 2014 § 37 Rn. 6 mit Bezug auf BSG NZS 2006, 32 (34).

Für die teilstationäre Versorgung im Rahmen der Tagespflege nach § 41 SGB XI ist gesetzlich keine ärztliche Verordnung medizinischer Behandlungspflege vorgesehen. Allerdings folgt hieraus nicht, dass die Feststellung des Umfangs professionellen Unterstützungsbedarfs und die Anordnung der erforderlichen Unterstützungsleistung keine ärztliche Aufgabe ist. Der:die Arzt:Ärztin trägt die **Gesamtverantwortung** für das Behandlungsverhältnis. Ist ein:e Patient:in bei der Einnahme von Medikamenten auf Grund von Leistungseinschränkungen auf Unterstützung angewiesen, **muss der:die Arzt:Ärztin im Interesse der Arzneimitteltherapiesicherheit in geeigneter Weise sicherstellen, dass der:die Patient:in diesen Unterstützungsbedarf erhält und Hilfspersonen alle notwendigen Informationen und Hilfestellungen erhalten, die sie dazu befähigen, die benötigte Unterstützung zu leisten.**

Zum Umfang der ärztlichen Anordnungscompetenz kann auf die in der HKP-Richtlinie aufgeführten Leistungsbereiche abgestellt werden, welche den Unterstützungsbedarf dem Grunde nach abbilden: Im Bereich der „Medikamentengabe“ sind hier zu nennen das Herrichten der Medikamentenbox, die Medikamentengabe und auch die Injektion (Herrichten, intramuskulär, subkutan). Die **Präparate**, Dauer und Häufigkeit der Einnahme sind anzugeben. Unter sonstigen Maßnahmen der Behandlungspflege ergeben sich weitere Möglichkeiten des:der Arztes:Ärztin, insbesondere kann auch eine Anleitung zur Behandlungspflege für den:die Patient:in bzw. dessen:deren Angehörige angeordnet werden. Schließlich ist die ICD-10-Diagnose anzugeben und entsprechend dem Leistungsverzeichnis der HKP-Richtlinie die persönlichen Einschränkungen, die eine häusliche Krankenpflege erforderlich machen. Liegen diese Informationen einer Pflegekraft vor, kann sie in der Regel auf Grund ihrer Fachlichkeit eine sorgfältige Durchführung der Unterstützungsleistungen planen und umsetzen, **auch wenn diese Informationen nicht formularmäßig, sondern in anderer Weise durch den:die Arzt:Ärztin übermittelt werden.**

Allerdings ist der Umfang notwendiger ärztlicher „Anordnungen“ nicht auf den Leistungskatalog der HKP-Richtlinie begrenzt. Mit Blick auf das Behandlungsverhältnis ersetzt die Unterstützungsleistung einer Pflegeperson die auf Grund der Leistungseinschränkung fehlende Mitwirkung des:der Patient:in bei der medizinisch erforderlichen Medikamenteneinnahme.

Haftungsrechtlich ist daher jeder Einzelfall gesondert zu betrachten und an Hand der konkreten Umstände zu beurteilen. Hier kann es auf die individuelle Situation des:der Patienten:Patientin ankommen, das häusliche Umfeld, die potentiellen Wirkungen des Arzneimittels oder die Art der Verabreichung. Insgesamt ist danach zu fragen, ob die medizinisch gebotene Unterstützungsleistung ein kompensationsbedürftiges Kenntnisgefälle beinhaltet, welches der überlegenen ärztlichen Entscheidung bedarf.

4. Sorgfaltspflichten pflegerischer Verantwortungsbereich

Voraussetzung der Haftung einer Pflegekraft ist die schuldhafte Pflichtverletzung einer Sorgfaltspflicht und eines hierdurch verursachten, „kausalen“, Schadens bei dem:der Pflegebedürftigen. Der pflegerische Verantwortungsbereich ergibt sich aus dem Fachgebiet des Pflegeberufs, wie dieser sich insbesondere nach §§ 1 ff. PflBG⁶⁴ darstellt, und dem Tagespflegevertrag, den der Pflegegast mit der Einrichtung schließt.

a) Pflegefehler

Ein Pflegefehler ist ein Handeln oder Unterlassen einer Pflegeperson im Rahmen der professionellen Pflege, welches nicht dem Erkenntnisstand der Pflegewissenschaft entspricht. Der BGH hat zu Pflegeeinrichtungen entschieden, dass sich die vertragliche Obhutspflicht des Heimträgers zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit deren Bewohner:innen aus dem Heimvertrag ergibt. Daneben bestünde eine inhaltsgleiche Verkehrssicherungspflicht zum Schutz der Bewohner:innen vor Schäden.⁶⁵ Grundsätzlich seien die Pflichten einer Pflegeeinrichtung auf die für Pflegekräfte üblichen Maßnahmen begrenzt, die mit einem vernünftigen finanziellen und personellen Aufwand realisierbar sind.⁶⁶

Der Umfang der Schutzpflichten bei der Medikamentengabe ist damit einzelfallabhängig und mit Blick auf die konkrete Pflegesituation zu bewerten.⁶⁷

⁶⁴ Pflegeberufegesetz, vom 17.07.2018, BGBl. I S. 2581, zuletzt geändert am 11.07.2021 (BGBl. I S. 2754).

⁶⁵ BGH, 28.04.2005 - III ZR 399/04.

⁶⁶ Vgl. BGH, NJW 2005, 1937.

⁶⁷ Zuletzt BGH, Urteil vom 14.01.2021 – III ZR 168/19 – Fenstersturz Pflegeheimbewohner; Landgericht (LG) Dortmund, Urteil vom 25.02.1985 – 17 S 368/84 - Verletzung der Harnröhre bei Katheterentfernung durch nicht-ärztliches Pflegepersonal; AG Bühl, Urteil vom 21.04.2004 – 1 Cs 200/Js 698/03 – Fahrlässige Tötung, Tod eines Heimbewohners nach verschluckter Zahnprothese.

Konkrete gesetzliche Regelungen zur Medikamentengabe durch Pflegekräfte bestehen nicht. In der Ausbildung und der Praxis der organisatorischen Strukturen wird auf Schutzmaßnahmen verwiesen, welche Medikationsfehler im Pflegebereich vermeiden sollen. Pflegekräfte dürfen danach nur die Leistungen erbringen, für die sie nach der entsprechenden Ausbildung qualifiziert sind. Beim Einsatz von Pflegehilfskräften soll sichergestellt werden, dass Pflegefachkräfte die fachliche Überprüfung des Pflegebedarfs, die Anleitung der Pflegehilfskräfte und die Kontrolle der geleisteten Arbeit gewährleisten.⁶⁸

Pflegekräfte haben über die Berücksichtigung der ärztlichen Verordnung hinaus z.B. darauf zu achten, dass Medikamentenschränke verschlossen sind, die Lagerungstemperatur der Medikamente eingehalten wird, Medikamente in Originalverpackung verbleiben und Beipackzettel aufbewahrt werden. Beim Stellen der Medikamente ist besondere Sorgfalt geboten. Störungsquellen sollen vermieden werden. Zudem hat sich in der Praxis die sog. 5-R-Regel etabliert: **R**ichtige:r Patient:in, **R**ichtiges Medikament, **R**ichtige Dosierung und Konzentration, **R**ichtige Applikationsform, **R**ichtiger Zeitpunkt.

Soweit Zivil- oder Strafgerichte Einzelfälle mangelhafter Pflegeleistungen zu bewerten hatten, ist erkennbar, dass das eigenverantwortliche Richten und Verabreichen von Medikamenten nach **Maßgabe ärztlicher Verordnungen** zu den Kernaufgaben einer Pflegekraft gezählt wird.

Das LG Frankfurt hat z.B. eine stationäre Pflegefachkraft, welche sich bei der verordneten Medikation verlesen und einer Patientin nicht das im EDV-System der Klinik verordnete Medikament Melperon, sondern Methadon verabreicht hatte, wegen Verletzung der in der konkreten Situation erforderlichen und nach ihren **persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten** als Gesundheits- und Krankenpflegerin erwarteten Sorgfaltspflicht nach § 222 StGB (fahrlässige Tötung) verurteilt.

⁶⁸ Hinsichtlich der erforderlichen Qualifikation haben einige Bundesländer Leitlinien für die Behandlungspflege erlassen, z.B. Regierungspräsidium Hessen, Leitlinie zur Durchführung von pflegerischen Maßnahmen in stationären Einrichtungen der Altenhilfe 2020, S. 6 https://rp-giessen.hessen.de/sites/rp-giessen.hessen.de/files/2022-04/leitlinie_behandlungspflege_ba.pdf.

Gerade das „eigenverantwortliche Richten und Verabreichen von Medikamenten nach Maßgabe ärztlicher Verordnungen gehöre zu den Kernaufgaben einer Gesundheits- und Krankenpflegerin, bei der eine besonnene und gewissenhafte Pflegefachkraft sich besonders sorgfältig verhalten wird, um Medikamentenverwechslungen mit potentiell tödlichen Auswirkungen zu vermeiden.“⁶⁹

Zur Frage, wer für eine übertragende Aufgabe im Rahmen der Medikamentengabe verantwortlich ist, hat z.B. das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein in einem Kündigungstreit ausgeführt, dass die Überdosierung eines durch einen Arzt ordnungsgemäß verordneten Medikaments nicht dem Arzt, sondern der dosierenden Pflegekraft zuzurechnen ist. Die Haftung der dosierenden Pflegekraft gelte auch dann, wenn das Medikament von einer anderen Pflegekraft verabreicht werde. In diesem Fall gelte die das Medikament verabreichende Pflegekraft als „verlängerter Arm“ der dosierenden Pflegekraft.⁷⁰

Haftungsrechtlich besteht im Grundsatz kein Unterschied, ob die professionelle Unterstützung durch Pflegekräfte im ambulanten oder im stationären Bereich oder im teilstationären Bereich der Tagespflege erbracht wird. Jedenfalls sind, wie dargestellt, die konkreten Umstände des Einzelfalls maßgeblich.

b) Weigerungsrecht/Remonstration

Eine Pflegekraft kann und muss sich weigern, eine Handlung vorzunehmen, insbesondere, wenn sie ein Gesetz übertreten müsste. Das wäre beispielsweise dann der Fall, wenn ein:e Patient:in ein Medikament abgelehnt hat, der:die Arzt:Ärztin die Pflegeperson aber dazu drängt, dem:der Patient:in das Medikament heimlich zu verabreichen.⁷¹ Eine Pflegeperson kann die Ausführung auch dann verweigern, wenn sie haftungsrechtlich nicht ausreichend abgesichert ist – etwa bei Auszubildenden oder Pflegenden ohne abgeschlossene dreijährige Ausbildung.

⁶⁹ LG Frankfurt, Urteil vom 04.04.2017 – 5/27 KLS - 16/16.

⁷⁰ Landesarbeitsgericht (LAG) Schleswig-Holstein, Urteil vom 24.07.2001 – 1 Sa 78 e/01.

⁷¹ § 240 StGB.

Ein Weigerungsrecht ist auch dann denkbar, wenn eine Kommunikation mit dem:der Arzt:Ärztin nicht erfolgt, z.B. wenn diese:r sich weigert, telefonische Verordnungen zumindest im Nachhinein in der Dokumentation abzuzeichnen. Die Haftung der Pflegeperson kann auch dann in Betracht kommen, wenn sie aufgrund ihrer Ausbildung erkennt oder erkennen muss, dass das Vorgehen eines:einer Arztes:Ärztin vollkommen regelwidrig und unverständlich ist, sie aber gleichwohl nicht remonstriert.⁷²

c) Eigenständige Feststellung des Unterstützungsbedarfs bei der Medikamentengabe

Aus der Perspektive einer in der Tagespflege tätigen Pflegefachkraft stellt sich die Frage, ob die Unterstützung bei der Medikamentengabe auch ohne Vorlage einer ärztlichen Verordnung der medizinischen Behandlungspflege, wie sie für die häusliche Krankenpflege vorgesehen ist, durchgeführt werden darf.

Dies lässt sich nicht klar an Hand der gesetzlichen Vorgaben beantworten und muss nach den Umständen des Einzelfalls bewertet werden. Wie dargestellt, trägt der:die Arzt:Ärztin die Gesamtverantwortung für das Behandlungsverhältnis mit dem:der Patienten:Patientin und damit auch für die Arzneimitteltherapiesicherheit. Dies bedeutet allerdings nicht, dass jede pflegerisch gebotene Unterstützungsleistung eine ärztliche Verordnung voraussetzt. Lässt sich die erforderliche Medikation z.B. unproblematisch an Hand der ärztlichen Verschreibung oder an Hand eines aktuellen Medikationsplans von der Pflegefachkraft nachvollziehen und ist als Unterstützungsleistung z.B. nur die Erinnerung des:der Pflegebedürftigen an die Medikamenteneinnahme erforderlich, bedarf es zur Vermeidung von Haftungsrisiken keiner weiteren ärztlichen Anweisungen. Bestehen dagegen wegen der **Art** der Verabreichung der Medikamentengabe oder der möglichen **Gesundheitsgefahren** für den:die Patienten:Patientin Zweifel an der sachgerechten Durchführung, ist die Pflegefachkraft gehalten, entsprechende ärztliche Anordnungen einzuholen. Schätzt die Pflegefachkraft den Unterstützungsbedarf fehlerhaft ein oder holt sie die notwendigen ärztlichen Anordnungen nicht ein, haftet sie für die daraus folgenden Schäden.

⁷² vgl. etwa BGH, Urteil v. 01.12.2015 - 8 U 79/14 - Hebamme; OLG Frankfurt v. 06.04.1990 - 24 U 18/89, NJW-RR 1991, 1373, 1373 f.; OLG Düsseldorf v. 26.04.2007 - 8 U 37/05.

Zudem kann diskutiert werden, ob mit dem Inkrafttreten des PflBG eine verstärkte Eigenständigkeit der Pflegeberufe verbunden ist, welche sich auch in der Feststellung und praktischen Durchführung der erforderlichen Unterstützungsleistung niederschlägt, so dass auch die haftungsrechtlich bedeutsamen Spielräume erweitert worden sind.

Nach § 4 Abs. 1 PflBG sind bestimmte pflegerische Tätigkeiten Pflegekräften mit einer Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 PflBG vorbehalten (sog. Vorbehaltsaufgaben). Diese Aufgabenbeschreibung soll auch den pflegerischen Verantwortungsbereich vom ärztlichen Tätigkeitsbereich abgrenzen.⁷³ Zu den Vorbehaltsaufgaben gehören die **Erhebung und Feststellung des individuellen Pflegebedarfs**, die Organisation, Gestaltung und Steuerung des Pflegeprozesses etc. Die Aufgaben bestimmen sich nach der Ausbildung, welche in § 5 PflBG skizziert ist. Nach § 5 Abs. 3 Nr. 2 gehört dazu die **Befähigung zur eigenständigen Durchführung ärztlich angeordneter Maßnahmen**, insbesondere Maßnahmen der medizinischen Diagnostik, Therapie oder Rehabilitation. Gemäß § 4 Abs. 1 PflBG dürfen die in Abs. 2 definierten pflegerischen Aufgaben nur von Personen durchgeführt werden, die nach § 1 PflBG über eine Erlaubnis verfügen. Erstmals wurden durch das PflBG Pflegefachkräften bestimmte Tätigkeiten zugeschrieben, die von keinem anderen Berufsträger übernommen werden dürfen. Das hebt die Vorbehaltsaufgaben nach dem PflBG z.B. von den Hebammen ab, deren vorbehaltene Tätigkeiten der Geburtshilfe nach § 4 HebG auch von Ärzten:Ärztinnen übernommen werden dürfen. Zudem gilt z.B. in Rheinland-Pfalz seit 2020 eine Berufsordnung, welche von der Landespflegekammer erlassen worden ist und das PflBG landesrechtlich ausführt. Gemäß § 3 ist der Pflegeberuf ein Heilberuf. Die Berufstätigkeit orientiert sich an den pflegewissenschaftlichen Erkenntnissen.⁷⁴ Die Vorbehaltsaufgaben werden als eigenständige Aufgaben definiert.

⁷³ BT-Drucks. 18/7823.

<https://dserver.bundestag.de/btd/18/078/1807823.pdf>, Opolony: Die Vorbehaltsaufgaben nach dem Pflegeberufegesetz, NZS 2020, 491.

⁷⁴ <https://www.pflegekammer-rlp.de/index.php/pflege-als-beruf.html>.

Zur Ausbildung der Pflegeberufe wurden von der nach § 53 PflBG eingesetzten Fachkommission Rahmenlehrpläne erarbeitet, welche zusammen mit der Pflegeberufe-Ausbildungs- und -Prüfungsverordnung (PflAPrV) vom 2. Oktober 2018⁷⁵ eine bundesweit gültige Grundlage für die Entwicklung schul- und einrichtungsspezifischer Ausbildungspläne darstellt.⁷⁶ In der pflegfachlichen Ausbildung werden die notwendigen Kenntnisse und anwendungsorientierten Fähigkeiten im Umgang mit Arzneimitteln und der Planung des Pflegeprozesses und der Pflege diagnostik vermittelt.⁷⁷ Danach sollen Pflegefachkräfte intra- und interprofessionelles Handeln in unterschiedlichen systemischen Kontexten verantwortlich gestalten und mitgestalten, insbesondere nach III. 2 ärztliche Anordnungen im Pflegekontext eigenständig durchführen.

Zwar ist mit dem Pflegeberufegesetz hinsichtlich der Ausbildungsinhalte, z.B. beim Umgang mit Arzneimitteln keine substantielle Veränderung zu beobachten. Allerdings kann argumentiert werden, dass die gesetzliche Verankerung eine stärkere Akzentuierung der eigenständigen Berufsausübung bezweckt hat und dies auch die eigenständige Feststellung des individuellen Pflege- und Unterstützungsbedarfs eines: einer Pflegebedürftigen bei der Medikamenteneinnahme umfasst. Insoweit wird die ärztliche Gesamtverantwortung um die Verantwortung der Pflegekraft für die Planung und Durchführung des gebotenen Unterstützungsbedarfs ergänzt.

5. Zusammenfassung

Die folgenden Grundsätze ergeben sich aus der vorhandenen Fachlichkeit auf Grund der Pflegeausbildung (§§ 1 und 4, 5 PflBG). Zur Verantwortung der Pflegefachkraft gehört auch, dass medizinische Behandlungspflege nicht durchgeführt wird, wenn mangels hinreichender Informationen eine fachgerechte Durchführung nicht sichergestellt werden kann. In einer solchen Konstellation besteht sowohl vertrags- als auch haftungsrechtlich ein Leistungsverweigerungsrecht.

⁷⁵ BGBl. I S. 1572.

⁷⁶ <https://www.bibb.de/dienst/veroeffentlichungen/de/publication/show/16560>.

⁷⁷ vgl. Anlage 2 PflAPrV.

Hierbei spielt es keine Rolle, dass ein:e Arzt:Ärztin die Verordnung nicht unmittelbar gegenüber der Pflegefachkraft in der Tagespflege kommuniziert hat, sondern nur gegenüber seinem:seiner bzw. ihrem:ihrer Patienten:Patientin. Die Pflegefachkraft ist auf Grund ihrer Ausbildung in der Lage zu erkennen, dass bei Informationsmängeln zur medizinischen Grundlage eine Behandlungspflege nicht fachgerecht durchgeführt werden kann.

Wird ein Tagespflegegast mit erkennbarem Unterstützungsbedarf bei der Medikamenteneinnahme aufgenommen und kommt dieser wegen einer fehlerhaften Unterstützungsleistung zu Schaden, kann sich die Pflegefachkraft nicht auf den Arztvorbehalt oder auf Informationsmängel berufen, welche der Tagespflegegast oder eine häusliche Pflegeperson mitverursacht hat. Dies folgt aus der tatsächlichen Verantwortungsübernahme für das Wohl des Tagespflegegastes durch die Aufnahme in die Tagespflegeeinrichtung.

Ob allein die Mitwirkung an einer erkennbar für den Tagespflegegast erforderlichen Unterstützung bei der Medikamenteneinnahme verweigert werden kann, *hinsichtlich derer ausreichendes Wissen über die Notwendigkeiten der konkreten Ausführung besteht*, ist fraglich. Dies ist abzulehnen. Mit der Aufnahme des Gastes übernimmt die Einrichtung die Pflicht zum Schutz von Leib und Leben (§ 823 Abs. 1 BGB - Garantenpflicht). Diese Verpflichtung ist umfassend und kann nicht geteilt werden. Das Unterlassen einer objektiv erforderlichen Unterstützungsleistung ist danach auch als Pflegefehler zu werten.

Für die Beurteilung von Einzelfällen sind somit die folgenden Grundsätze zu beachten:

- Das Haftungsrecht für Fehler im Zusammenhang mit der Medikamentengabe in der Tagespflege unterscheidet sich grundsätzlich nicht vom Haftungsrecht für Pflegefehler bei der Versorgung Pflegebedürftiger in einer stationären Einrichtung oder durch einen ambulanten Pflegedienst.
- Obhutspflichten für Leib und Leben von Tagespflegegästen mit Unterstützungsbedarf bei der Medikamentengabe ergeben sich aus der tatsächlichen Übernahme fachpflegerischer Gesundheitsleistungen. Sorgfaltspflichten ergeben sich aus dem pflegewissenschaftlichen Standard.

- Die Feststellung eines erforderlichen Unterstützungsbedarfs bei der Arzneimitteltherapie ist eine ärztliche Aufgabe. Die Feststellung und Durchführung eines fachpflegerisch erforderlichen Unterstützungsbedarfs ist Aufgabe der Pflegefachkräfte. Für die fachgerechte Durchführung haben Fachpflegekräfte alle notwendigen Informationen zu beschaffen.
- Zu den Kernaufgaben einer Pflegefachkraft gehört die Unterstützung des Tagespflegegastes bei ärztlich verordneter Arzneimitteltherapie.
- Pflegefachkräfte dürfen den durch Ärzte:Ärztinnen oder durch Pflegefachkräfte in Pflegeeinrichtungen oder durch ambulante Pflegedienste übermittelten Informationen hinsichtlich der Medikamentengabe grundsätzlich vertrauen, es sei denn, es bestehen ernsthafte Anhaltspunkte dafür, dass die Informationen unzutreffend sind.
- Gegenüber den von häuslichen Pflegepersonen übermittelten Informationen gilt der Vertrauensgrundsatz nicht. Bereits bei einfachen Zweifeln sind Pflegefachkräfte verpflichtet, die erforderlichen Informationen zur Medikamentengabe selbst zu beschaffen.
- Liegen die für eine festgestellte fachpflegerische Unterstützungsleistung notwendigen Informationen der Pflegefachkraft nicht vor, ist die Tagespflegeeinrichtung gehalten, die Aufnahme des:der Pflegebedürftigen abzulehnen. Die Verantwortung für Leib und Leben eines Tagespflegegastes kann nicht vertraglich abbedungen werden. Einrichtungsinterne Richtlinien und ein Qualitätsmanagement können das Schadensrisiko vermindern.
- Einrichtungsinterne Richtlinien zum Umgang mit Medikamenten, unterstützungsbedürftigen Pflegebedürftigen und medikationsrelevanten Informationen können helfen, Fehler bei der Medikamentengabe zu vermeiden. Einrichtungsinterne Richtlinien müssen dem pflegefachlichen Standard entsprechen. Richtlinien in Tagespflegeeinrichtungen sollen sich an den Erkenntnissen zu Fehlern und zur Sicherheitskultur in der stationären Pflege orientieren. Eine gesetzliche Vereinheitlichung organisationsrechtlicher Vorgaben für Tagespflegeeinrichtungen ist nicht geboten.

C. Zu den Gutachtenfragen

Die Ergebnisse der sozialrechtlichen⁷⁸ und der haftungs-/berufsrechtlichen Untersuchung⁷⁹ sind nun auf die Fallkonstellationen und Fragen aus dem Gutachtenauftrag anzuwenden. Haftungsrechtlich ist für die Frage, wer für Medikationsfehler in der Tagespflege einzustehen hat, auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen. Die vier Fallkonstellationen werden daher nacheinander je für sich beschrieben (unten II.1. – 5.). Als Hintergrund wird noch einmal die Problembeschreibung aus dem Praxistest vorangestellt (I.).

I. Fragestellungen aus dem Praxistest

Im Praxistest zur Einführung des Strukturmodells in der Tagespflege wurden folgende Schnittstellenprobleme aufgezeigt:

Zur Erforderlichkeit einer aktuellen An- bzw. Verordnung ggf. auch eines Medikamentsplans des:der behandelnden Arztes:Ärztin für Maßnahmen der Behandlungspflege als Grundlage für die Erbringung der Behandlungspflege: Einerseits werde von fehlender Ausstellung einer An- oder Verordnung für die Behandlungspflege in der Tagespflege durch den:die Arzt:Ärztin berichtet, andererseits verwiesen Ärzte:Ärztinnen auf bereits ausgestellte Verordnungen im Rahmen der häuslichen Krankenpflege nach § 132a SGB V. Letztere umfassten die Erforderlichkeit der Behandlungspflege für den:die jeweilige:n Versicherte:n nach Umfang, Inhalt und Dauer. Offensichtlich bestehe die Annahme seitens der Ärzte:Ärztinnen, dass die Verordnung der häuslichen Krankenpflege auch für die Zeiträume, in denen sich der:die Versicherte in der Tagespflege befindet, Geltung entfalten.

Sofern für die Tagespflegeeinrichtung keine aktuelle An- oder Verordnung für die Behandlungspflege vorliege, dürfe der:die Pflegebedürftige die Behandlungspflege nur eigenständig durchführen, ggf. könnten die Mitarbeiter:innen der Tagespflege assistieren. Virulent sei dies insbesondere bei der Einnahme von Medikamenten. Problematisch sei die Einnahme von Medikamenten insbesondere dann, wenn die Angehörigen oder der:die Pflegebedürftige selbst die Medikamente von zu Hause mitgegeben erhalten bzw. mitgenommen hat (fehlende Originalpackungen mit Beipackzettel, überschrittenes Verfallsdatum,

⁷⁸ Oben B.I.7.

⁷⁹ Oben B.II.5.

unklare Anweisungen zur Dosierung, Medikamente im Dosierer etc.). Für die Tagespflegeeinrichtung resultiere hieraus eine besondere Herausforderung: Auch wenn formal keine An- oder Verordnung zur Übernahme der Behandlungspflege vorliege und diese nicht tätig werden dürfe, bestehe seitens z.B. der Angehörigen die Erwartungshaltung, dass diese Leistung in der Tagespflege durchgeführt wird. Faktisch sei dies aber unmöglich, wenn einerseits keine ärztliche An- oder Verordnung vorliegt und/oder z.B. die Wirkstoffe der zu verabreichenden Medikamente aufgrund der fehlenden Transparenz nicht nachvollzogen werden können.

II. Fallkonstellationen

1. Fallkonstellation a

- **Die pflegebedürftige Person ist in der Lage die Medikamente selbständig zu richten und eigenständig einzunehmen (keine Unterstützung bei der Auswahl, der Zusammenstellung, der Einnahme der Medikamente und keine Erinnerung zum Zeitpunkt der Einnahme notwendig). Darf dem Pflegegast die selbständige Medikation verwehrt werden?**

Hier liegt bereits kein Leistungs- oder Anwendungsfall nach § 41 SGB XI und keine Pflicht zur Behandlungspflege vor, weil eine Unterstützungsleistung nicht erforderlich ist. Seinen Medikationsbedarf kann der Tagespflegegast selbst decken. Eine Kontrolle der selbständigen Einnahme ist ebenfalls nicht erforderlich, es sei denn, es ergäben sich Anhaltspunkte dafür, dass der Tagespflegegast nicht mehr zur selbständigen Einnahme in der Lage ist oder Medikationsfehler vorliegen. In diesem Fall würde die Obhutspflicht aus dem Pflegevertrag bzw. aus der Garantenstellung nach § 823 Abs. 1 BGB ein angemessenes Einschreiten erfordern.

Sind Tagesgäste einwilligungsfähig, dürfen sie grundsätzlich über all das entscheiden, was sie persönlich betrifft (Art. 2 Abs. 1 GG). Dazu zählt auch die Selbstmedikation. Insoweit darf die Medikamenteneinnahme nicht ohne sachlichen Grund verhindert werden. Ein sachlicher Grund kann auf Grund der Obhutspflicht gegenüber dem Tagespflegegast dann bestehen, wenn Anhaltspunkte für ein potentiell selbstschädigendes Verhalten vorliegen oder wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Einnahme dem Tagespflegegast Probleme bereitet (z.B. mangelnde Pünktlichkeit).

Grundlage der Obhutspflicht ist die tatsächliche Aufnahme des Tagespflegegastes bzw. die Verpflichtung im Tagespflegevertrag.

Dies entspricht der Risikoverteilung im Bereich der Arzthaftung; auch ein:e Arzt:Ärztin kontrolliert nicht die tatsächliche Compliance eines:einer Patienten:Patientin und greift nur anlassbezogen in die Einnahme ein. Die eigenständige Einnahme mitgebrachter Medikamente durch den Tagespflegegast unterliegt seinem Selbstbestimmungsrecht und darf ihm grundsätzlich nicht verwehrt werden. Ist er in der Lage, die Folgen eines unter Umständen riskanten Verhaltens selbst zu überblicken, darf, soweit keine Gefahr für andere Personen droht, selbst dann nicht eingegriffen werden. Anders verhält es sich nur, wenn der Gast Einschränkungen seiner kognitiven Fähigkeiten und/oder seelischen Beeinträchtigungen unterliegt, die seine Fähigkeit zur Einschätzung der relevanten Gefahren beeinträchtigen. Die Garantenstellung der Pflegeperson muss sie dann zum Eingreifen veranlassen.

2. Fallkonstellation b

- **Die pflegebedürftige Person benötigt bei der Einnahme von in der Häuslichkeit gerichteten und mitgebrachten Medikamenten Unterstützung. Wo liegen die rechtlichen Risiken und wie kann diesen begegnet werden?**

Werden Medikamente aus der häuslichen Pflege mitgebracht, besteht das Risiko, dass die Medikamente fehlerhaft gerichtet worden sind und deshalb die Unterstützungsleistung in der Tagespflegeeinrichtung nicht fachgerecht erbracht werden kann.

a) **Selbstmedikation**

Falls lediglich verschreibungsfreie Arzneimittel im Rahmen der Selbstmedikation verabreicht werden sollen und somit ein ärztlicher Behandlungsplan weder existiert noch erforderlich ist, kann das Personal dies in Absprache mit dem Gast und seinem Umfeld umsetzen. Anders als in Fallkonstellation a ist die Einrichtung aber an der Medikation beteiligt und muss daher fachkundig handeln. Bestehen Anhaltspunkte für eine Nachteiligkeit der Selbstmedikation, muss die Einrichtung darauf hinweisen und die Klärung mit dem:der Hausarzt:Hausärztin anstoßen.

b) Informationsbeschaffung im Rahmen eines ärztlichen Behandlungsplans

Falls es um Medikamentengabe im Rahmen eines ärztlichen Behandlungsplans geht, ist die Behandlungspflege fachgerecht im Rahmen des pflegerischen Standards zu erbringen. Die Tagespflegeeinrichtung bzw. deren eingesetzte Pflegefachkraft hat mit dafür einzustehen, dass die Medikamentengabe entsprechend den medizinischen Erfordernissen erbracht wird. Grundlage dafür ist die ärztliche Verschreibung, welche der ausführenden Pflegefachkraft **inhaltlich bekannt** sein muss.

Bestehen Unklarheiten, auf welcher medizinischen Grundlage die Unterstützungsleistung erbracht werden soll (z.B. Fehlen ärztlicher Verordnung oder Medikationsplan etc.), obliegt es der aufnehmenden bzw. im Verlauf der versorgenden Pflegefachkraft, die erforderlichen **Informationen zu beschaffen**, bevor die Leistung erbracht wird. Erfolgt dies nicht oder fehlerhaft, haftet die Pflegefachkraft für Schäden, die sich durch eine fehlerhafte Unterstützung auf Grund unzureichender Informationsgrundlage ergeben. Der Stand der Rechtsprechung im Bereich der Haftung überspielt hier also die sozialrechtlichen Vorgaben, welche die Einrichtung lediglich zur Beteiligung an der Kommunikation verpflichten.

c) Richtigkeit der Medikamentenstellung

Für die Kontrolle der Stellung kommt es darauf an, wer die mitgebrachten Medikamente gerichtet hat. Ist dies durch einen ebenfalls für den Tagespflegegast tätigen ambulanten Dienst oder eine andere medizinisch kompetente Einrichtung erfolgt, darf sich die Tagespflegeeinrichtung auf deren Fachkunde verlassen und muss die Medikamentengabe ohne weitere fachliche Kontrolle durchführen.

Werden die Medikamente dagegen durch den Tagespflegegast oder sein nicht-professionelles Umfeld gestellt, treffen die Tagespflegeeinrichtung weitergehende Kontrollpflichten. Im Zweifel benötigt die Einrichtung dann jedenfalls den Beipackzettel. Besteht Verwechslungsgefahr mit anderen Medikamenten, namentlich wegen optischer Verwechselbarkeit, ist die Kontrolle nicht mehr in der Originalverpackung befindlicher Medikamente nicht zuverlässig möglich.

Hier kann sich die Tagespflegeeinrichtung nicht darauf verlassen, dass dies entsprechend dem pflegerischen Standard erfolgt. Insofern muss die intern verantwortliche Fachkraft erforderliche Medikamente selbst richten und die Übereinstimmung mit der ärztlichen Verordnung selbst prüfen. In kritischen Fällen wird es daher effizienter sein, wenn die Tagespflegeeinrichtung eine eigene Originalpackung erhält und das Stellen selbst übernimmt.

d) Risikomanagement

Wie können Tagespflegeeinrichtungen den Risiken begegnen, die sich aus mangelnder Kenntnis der Verordnung oder der Medikamenteninformationen einerseits oder aus Fehlern bei der Medikamentenstellung durch das nicht-professionelle Umfeld des Tagespflegegastes andererseits ergeben?

Die Risiken können nicht vertraglich ausgeschlossen werden. Die vertragliche Haftung (§ 280 Abs. 1 BGB) ergibt sich aus dem Tagespflegevertrag als Wohn- und Betreuungsvertrag. Die Träger von Einrichtungen haben ihren Betrieb so auszugestalten, dass jede vermeidbare Gefährdung von Tagesgästen ausgeschlossen ist. Ein Pflege- oder Organisationsfehler kann zur Schlechterfüllung des Vertrages führen (§§ 611, 276, 278, 280 BGB). Ein vertraglich, regelhaft im Sinne der AGB-Klausel⁸⁰, vereinbarter Haftungsausschluss, wonach die Tagespflegeeinrichtung die Haftung für die Einnahme mitgebrachter Medikamente oder die sachgerechte Einnahme ablehnt, ist wegen der Garantenpflicht nicht wirksam möglich.⁸¹

Es bleibt daher nichts Anderes übrig, als Voraussetzungen zu schaffen, wie sie auch in der ambulanten und vollstationären Pflege üblich sind: Dies bedeutet zum einen umfassende und durch einen standardisierten Prozess abgesicherte Kommunikation mit anderen Beteiligten aus dem medizinisch-pflegerischen Bereich.

⁸⁰ § 305 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

⁸¹ Nach § 309 Nr. 7 BGB sind Haftungsausschlüsse bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen oder Ausschlüsse und Haftungsbegrenzungen für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen, unzulässig.

Dies bedeutet zum anderen im Einzelfall die Abwägung, ob auf mitgebrachte Medikamente verzichtet und die Vorbereitung stattdessen in die eigenen Hände überführt werden kann.

3. Fallkonstellation c

- **Für die pflegebedürftige Person müssen durch die Tagespflegeeinrichtung die Medikamente gerichtet werden und eine Unterstützung bei der Einnahme erfolgen.**

Auf welcher rechtlichen Grundlage erfolgt die Medikamentengabe, welche Risiken sind damit verbunden und wie kann diesen begegnet werden?

a) **Rechtliche Grundlage**

Rechtliche Grundlage der Leistungen der Tagespflegeeinrichtung ist, soweit der ärztliche Behandlungsplan durch Verordnung von Medikamenten und Medikamentengabe manifestiert ist, diese Verordnung. Denn sie enthält in ihrem materiellen Teil auch die Grundlage für die Tätigkeit der Tagespflegeeinrichtung.

b) **Risiken**

Die Fehlerrisiken sind im Praxistest beschrieben (fehlerhafte Verpackungen, fehlende Verordnungen etc.). Aus dem Vorgenannten folgt, dass sich Fall c hinsichtlich der Risiken nicht grundlegend von Fall b unterscheidet, weil die Unterstützung der Medikamenteneinnahme ganzheitlich als Pflegeleistung erfolgt. Die zu Fall b dargestellten Prüfpflichten betreffen den Rechtskreis der Tagespflegeeinrichtung. Das Richten der Medikamente in der Tagespflege kann sich allenfalls darin unterscheiden, dass die Medikamente auf Grund ärztlicher Verordnung von der Tagespflegeeinrichtung noch beschafft werden müssen.

c) **Zusammenarbeit mit einem ambulanten Dienst**

Die Unterstützungsleistung bei der Medikamentengabe ist objektiv erforderlich. Sie wird in erster Linie von einem Pflegedienst wahrgenommen. Wird der:die Patient:in bzw. Pflegebedürftige auch in einer Tagespflege mit Medikamenten versorgt, haften die Beteiligten für den jeweils übernommenen Teil der gebotenen Unterstützungsleistung. Die Beteiligten dürfen sich wegen der jeweils vorhandenen Fachlichkeit und des Vertrauensgrundsatzes im Rahmen der horizontalen Arbeitsteilung darauf verlassen, dass der jeweils andere Teil die Unterstützungsleistung mit der gebotenen Sorgfalt erbringt, es sei denn, es drängen sich Zweifel auf.

Danach hat der Pflegedienst alle für die gebotene Medikamentengabe in der Tagespflege erforderlichen Informationen oder Medikamente der Einrichtung zu übermitteln oder jedenfalls in geeigneter Weise sicherzustellen, dass die Informationen (wie Medikamentenplan bzw. ärztliche Verordnung oder Verschreibung) an die Tagespflegeeinrichtung übermittelt werden. Denn der ambulante Dienst unterliegt aufgrund seines Versorgungsvertrages mit den Landesverbänden der Pflegekassen und seines Pflegevertrages mit dem Tagespflegegast denselben Pflichten zur Mitwirkung an der notwendigen Kommunikation wie auch die Tagespflegeeinrichtung.

Somit hat auch der ambulante Pflegedienst für Kommunikationsfehler aus seinem Bereich einzustehen, die kausal für eine nicht fachgerechte Unterstützung in der Tagespflegeeinrichtung sind und zu etwaigen Schädigungen des Tagespflegegasts führen (bspw. fehlerhaftes Stellen von Medikamenten und dadurch fehlerhafte Einnahme in der Tagespflege).

Diese Risiko- und Interessenabwägung ist sachgerecht und wurde bereits zu den Grundsätzen der sog. **horizontalen Arbeitsteilung** im Bereich der Arzthaftung entwickelt.⁸² Danach haben Ärzte:Ärztinnen den für ihren Fachbereich geltenden Standard einzuhalten, dürfen aber davon ausgehen, dass ein:e Kolleg:in aus dem anderen Fachbereich seine:ihre Behandlungsaufgaben mit der gebotenen Sorgfalt erfüllt, es sei denn, es drängen sich ihm:ihr deutliche Anzeichen dafür auf, dass die Behandlung nicht sachgerecht ist.

Mag die ärztliche Verordnung der Behandlungspflege im sozialrechtlichen Sinne nicht für die Tagespflege fortgelten⁸³, gilt sie im haftungsrechtlichen Sinne auf Grund des objektiv bestehenden Unterstützungsbedarfs und der vorhandenen Fachlichkeit auch für die Versorgung in einer Tagespflegeeinrichtung. In diesem Sinne darf und muss die Tagespflegeeinrichtung die medizinisch gebotene Unterstützungshandlung auch erbringen, wenn sie mangels ärztlicher Verordnung nicht gegenüber der Krankenkasse abgerechnet werden kann.

⁸² S. o. Fn. 48.

⁸³ Dazu oben unter B.I.5 – das gilt für die formelle Seite, materiell berechtigt die Verordnung auch die Tagespflegeeinrichtung.

4. Fallkonstellation d

- **Die Art und/oder der Umfang der ärztlich verordneten Medikamente ändert sich, aber die Veränderung wird der Tagespflegeeinrichtung nicht kommuniziert.**

Wie ist in diesen Fällen rechtsfehlerfrei vorzugehen?

a) Grundsatz

Grundsätzlich trägt der:die behandelnde Arzt:Ärztin die Verantwortung dafür, dass ein:e bei der Medikamenteneinnahme unterstützungsbedürftige:r Patient:in alle notwendigen Leistungen und Maßnahmen für einen fachgerechten Medikationsprozess erhält. Dies umfasst auch die Pflicht, die im Medikationsprozess tätigen Hilfspersonen über geänderte Medikamente zu informieren. Weiß der:die behandelnde Arzt:Ärztin indes nichts davon, dass der:die unterstützungsbedürftige Patient:in auch in einer Tagespflegeeinrichtung versorgt wird und muss dies auch nicht etwa aufgrund von entsprechenden Informationen wissen, z.B. vonseiten des Pflegedienstes oder des Gastes selbst, kann er:sie demzufolge auch keine Änderungen der Medikation übermitteln. Für ein solches Informationsdefizit trägt dem Grunde nach der:die Patient:in das Schadensrisiko.

b) Tatsächliche Unsicherheiten

Zugleich bietet eine haushaltsangehörige oder sonst nahestehende Person, welche den:die Pflegebedürftige:n pflegt, mangels Fachlichkeit nicht die hinreichende Gewähr dafür, dass eine Änderung von Medikamenten zutreffend in die Tagespflegeeinrichtung übermittelt oder die Inanspruchnahme der Tagespflege gegenüber dem:der behandelnden Arzt:Ärztin angezeigt wird. Zwar kann auch hier haftungsrechtlich argumentiert werden, dass die pflegende Person wegen der tatsächlichen Verantwortungsübernahme für Informationsdefizite haftet. Allerdings ist es im Sinne der Sicherstellung häuslicher Pflege und wegen der strukturellen Unterlegenheit von Pflegepersonen ohne Fachkenntnis nicht sach- und interessengerecht, pflegende Angehörige mit einem solchen Haftungsrisiko zu belasten.

In einer Analyse des Zentrums für Qualität in der Pflege „Medikation in der häuslichen Pflege aus Sicht pflegender Angehöriger – 2019“ gaben drei Viertel der 1.000 Befragten an, dass sie regelmäßig Aufgaben in der Medikamentenversorgung eines:einer Pflegebedürftigen übernehmen. Die Unterstützungsaufgaben umfassten die Beschaffung von Medikamenten aus der Apotheke, das Abholen von Rezepten bei dem:der Arzt:Ärztin, das Richten der Medikamente, die Aufklärung über die einzunehmenden Medikamente, die Information über die Folgen der Einnahme verordneter Medikamente, das Bereitstellen der Medikamente und die Erinnerung an die Medikamenteneinnahme. 63 Prozent der Angehörigen übernehmen Aufgaben, die sie für sich selbst als teilweise schwierig einschätzen, knapp ein Viertel empfindet die Hilfe rund um die Medikamentenversorgung als eher oder sogar sehr belastend, 77 Prozent berichten, dass im letzten halben Jahr mindestens ein Problem in der Medikamentenversorgung aufgetreten sei und gut ein Drittel gibt an, dass dies gelegentlich oder sogar oft passiert. Die Probleme werden dergestalt benannt, dass ein benötigtes Medikament aufgebraucht war, ein Medikament zum falschen Zeitpunkt angewendet wurde oder pflegebedürftige Personen die Medikamenteneinnahme ablehnten.⁸⁴

c) **Folgerungen**

Für die vorliegende Fragestellung bedeutet dies, dass ein hohes Risiko für Medikations- und Übertragungsfehler besteht, wenn ein:e häuslich gepflegte:r Pflegebedürftige:r mit Unterstützungsbedarf in eine Tagespflegeeinrichtung ohne zuverlässige Informationen über die Arzneimitteltherapie aufgenommen wird. Deshalb ist nochmals zu unterstreichen: Es sollte im Interesse der Sicherheit der Patient:innen und der Arzneimitteltherapiesicherheit verbindlich geregelt oder zumindest in geeigneter Weise deutlich klargelegt werden, dass eine Tagespflegekraft vor der Aufnahme eines Tagespflegegastes dafür Sorge zu tragen hat, dass alle für die fachgerechte Unterstützung bei der Medikamentengabe erforderlichen Informationen (insbesondere ärztliche Verordnungen oder Verschreibung oder Medikamentenplan) vorliegen müssen. Darüber hinaus sollte geregelt oder klargelegt werden, dass die Einrichtung in geeigneter Weise die Aufnahme dem:der behandelnden Arzt:Ärztin mitteilt, um sicherzustellen, dass Änderungen der Medikation an die Tagespflege übermittelt werden.

⁸⁴ <https://www.zqp.de/wp-content/uploads/ZQP-Analyse-Medikation.pdf>.

Bei Änderungen der erforderlichen Medikamentengabe oder sonstigen Behandlungspflege **im Verlauf** der Betreuung in der Tagespflegeeinrichtung stößt diese Verlagerung von Teilen der Kommunikationsverantwortung vom Gast auf die Tagespflegeeinrichtung an faktische Grenzen. Es ist nicht praktikabel, von der Einrichtung in kurzen zeitlichen Abständen Rückfragen und Überprüfungen des bisherigen Verordnungsstandes zu verlangen. Eine solche Pflicht zur Nachfrage und Überprüfung besteht nur, wenn die Umstände des Einzelfalls dafür Anlass bieten, z.B. Rückkehr nach längerem Krankenhausaufenthalt oder erhebliche Veränderung im Hilfebedarf.

Ist dagegen im Rahmen der häuslichen Krankenpflege Behandlungspflege ärztlich verordnet, ist der:die Arzt:Ärztin verpflichtet, Änderungen der Medikation oder der für deren Verabreichen notwendigen Maßgaben an den Pflegedienst zu übermitteln. Der Pflegedienst hat im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht diese Informationen an die Tagespflegeeinrichtung weiterzugeben. Praktisch scheint es eher unwahrscheinlich, dass einem Pflegedienst verborgen bleibt, dass ein:e Patient:in auch in einer Tagespflegeeinrichtung versorgt wird. Insoweit ist das Risiko von Übertragungsfehlern gering.

D. Empfehlungen für eine rechtssichere Leistungserbringung

Aus der Beantwortung der Gutachtenfragen können auch einige wenige Handlungsempfehlungen abgeleitet werden.

I. Handlungsempfehlungen an Tagespflegeeinrichtungen

1. In die Tagespflegeverträge ist die Verpflichtung des Gastes aufzunehmen, spätestens mit der Aufnahme den ärztlichen Medikamentenplan und/oder die ärztliche(n) Verordnung(en) zu übergeben. Darüber hinaus ist zu regeln, dass der Gast für die Vollständigkeit, ggf. zutreffende Ergänzung und jederzeitige Aktualität von Medikamentenplan und Verordnungen sorgen muss.
2. Die Entbindung aller an der Versorgung Beteiligten von ihrer jeweiligen gesetzlichen Schweigepflicht gegenüber der Tagespflegeeinrichtung ist im Tagespflegevertrag zu regeln und als zwingende Voraussetzung der Aufnahme und der weiteren Erbringung der Tagespflegeleistungen hervorzuheben.
3. Zur Gewährleistung einer strukturierten Kommunikation über die notwendigen Maßnahmen der medizinischen Behandlungspflege sollte der im Praxistest genutzte Kommunikationsbogen eingesetzt werden, durch den zugleich eine angemessene Dokumentation gewährleistet werden kann.
4. Darüber hinaus sollten Tagespflegeeinrichtungen Standardprozesse einführen, durch die zum einen vor Aufnahme des Gastes und zum anderen im Falle augenscheinlicher Veränderungen Kontakt mit dem Umfeld des Gastes, seinem ambulanten Pflegedienst und seiner Hausarztpraxis aufgenommen wird. Die Aufnahme des Tagespflegegastes bei festgestelltem Medikations- und Unterstützungsbedarf wird gegenüber dem:der Hausarzt: Hausärztin schriftlich angezeigt. Um Mitteilung des aktuellen Standes der Verordnung von Medikamenten und Medikamentengabe sollte dabei gebeten werden. Die Anzeige kann auch Informationen zum durch die Tagespflegeeinrichtung festgestellten Medikationsbedarf einschließen.

II. Handlungsempfehlungen an den Qualitätsausschuss Pflege

1. Die geltenden Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und die Qualitätssicherung sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements nach § 113 SGB XI in der teilstationären Pflege (Tagespflege) führen unter Punkt 3.4.2 aus:

„Die Tagespflegeeinrichtung handelt bei ärztlich verordneten/angeordneten Leistungen im Rahmen des ärztlichen **Behandlungs- und Therapieplans**.

(Fn. 3: Sofern die Medikamentengabe bereits in der Häuslichkeit vorbereitet wurde (vorbereitete Tagesdosis), ist mit den An- und Zugehörigen zu **besprechen**, dass grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass die Dosierung und das Medikament der ärztlichen Anordnung entsprechen. Dies ist zu dokumentieren. Sobald zu dieser Problematik neue Expertise vorliegt, ist eine Anpassung der Maßstäbe und Grundsätze für die Tagespflege zu prüfen).“

Diese Aussage ist aus haftungsrechtlichen Gründen ergänzungsbedürftig. Bei fehlerhaften Absprachen mit dem Tagespflegegast oder der Gabe von in der Häuslichkeit fehlerhaft vorbereiteten Medikamenten in der Einrichtung oder schadensursächlicher Selbstmedikation ergibt sich danach ein eigenes Haftungsrisiko der Pflegekraft bzw. der Einrichtung. Für die Tagespflegeeinrichtung genügt die in Fußnote 3 erwähnte „*Besprechung*“ mit den Angehörigen nicht für die Begrenzung von Haftungsrisiken. Hier sollte darauf hingewiesen werden, dass die Aufnahme eines Tagespflegegastes mit Unterstützungsbedarf bei der Medikamentengabe die Kenntnis der notwendigen ärztlichen Anordnungen voraussetzt.

2. Für die Unterstützungsleistung „Medikamentengabe“ könnte an geeigneter Stelle festgestellt werden, dass die Risiken von Medikationsfehlern (wie fehlende Originalpackungen mit Beipackzettel, überschrittenes Verfallsdatum, unklare Anweisungen zur Dosierung, Medikamente im Dosierer etc.) mit der Aufnahme des Tagespflegegastes in die Einrichtung zu einem eigenen Haftungsrisiko der Tagespflegeeinrichtung führen.

3. Schließlich könnte klargestellt werden, dass bei Zweifeln hinsichtlich der gebotenen Medikation oder der gebotenen Unterstützungshandlung unverzüglich die notwendigen ärztlichen Anordnungen einzuholen sind. Können die notwendigen Informationen zur sorgfältigen Durchführung der gebotenen Unterstützungsleistungen nicht beigebracht werden, ist die Befugnis der Einrichtung vorzusehen, die Versorgung des Pflegebedürftigen in der Einrichtung abzulehnen.

III. Sonstige Handlungsempfehlungen

Zwar sind der:die Hausarzt:Hausärztin und der ambulante Pflegedienst bereits aufgrund ihrer vertraglichen Beziehungen zum Tagespflegegast zur Mitwirkung an der Kommunikation aller Beteiligten verpflichtet. Im Hinblick auf die Einzelfallabhängigkeit der zivilrechtlichen Rechtsprechung wäre aber auch die allgemeine, sozialrechtliche Hervorhebung dieser Verpflichtung wünschenswert. Denn medizinische Behandlungspflege in der Tagespflege ist immer davon abhängig, dass Neuigkeiten sehr zeitnah dort bekannt werden.

Geeignete Regelungsorte aus der Sicht der pflegeversicherungsrechtlichen Selbstverwaltung können die Bundesrahmenempfehlungen zur häuslichen Krankenpflege oder die Vertragsmuster nach § 132a Abs. 4 SGB V sein.