

BEITRÄGE ZUR SOZIALPOLITIK UND ZUM SOZIALRECHT

Band 42

AGnES in der Regelversorgung

**Mangelhafte Umsetzung des § 87 Abs. 2b S. 5 SGB V
in Bundesmantelvertrag und EBM**

Von

Dr. Thomas Ruppel

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter

[ESV.info/978 3 503 16738 8](http://ESV.info/9783503167388)

Gedrucktes Werk: ISBN 978 3 503 16738 8

eBook: ISBN 978 3 503 16739 5

ISSN 0175-5994

Alle Rechte vorbehalten

© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2016

www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen der Deutschen Bibliothek
und der Gesellschaft für das Buch bezüglich der Alterungsbeständigkeit und
entspricht sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso Z 39.48-1992
als auch der ISO Norm 9706.

Satz: multitext, Berlin

Druck und Bindung: Druckerei Strauss, Mörlenbach

Vorwort

Das vorliegende Werk ist eine überarbeitete und erweiterte Fassung meiner gleichnamigen Dissertation am Institut für Community Medicine der Universitätsmedizin Greifswald. Die Dissertation entstand 2014/2015. Die Halbwertszeit sozialrechtlicher Normen und damit auch der sie betreffenden Untersuchungen ist leider kurz. Die untersuchte Delegationsvereinbarung und die sie flankierenden EBM-Ziffern wurden während der Erstellung des Werkes novelliert. Diese Änderungen wurden noch berücksichtigt.

Ich möchte an dieser Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. med. Wolfgang Hoffmann, MPH und Frau PD Dr. rer. med. Neeltje van den Berg (beide Institut für Community Medicine, Universitätsmedizin Greifswald) ganz herzlichen Dank aussprechen. Beide haben diese Arbeit in beispielloser Weise mit persönlichem Engagement betreut.

Herrn Prof. Dr. jur. Dieter Hart (Institut für Informations-, Gesundheits- und Medizinrecht, Universität Bremen) danke ich für die freundliche Übernahme und sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Prof. Dr. phil. Ulrich John (Institut für Sozialmedizin und Prävention, Universität Greifswald) sowie Herrn Prof. Dr. rer. pol. Steffen Fleßa (Lehrstuhl für ABWL und Gesundheitsmanagement, Universität Greifswald) möchte ich für Ihr Mitwirken in der Prüfungskommission und die anregende Diskussion dort danken.

Großen Dank schulde ich Frau Rechtsanwältin Barbara Timm, M.A. (Düsseldorf) für ihre unermüdliche Geduld während unzähliger Spaziergänge, in denen sie immer wieder mit mir über meine Fragen, Ideen und Zweifel diskutiert hat. Mein Dank gilt außerdem Frau Rechtsanwältin Claudia Hintz, LL.B. (Kiel) für die kritische Durchsicht des Manuskriptes. Herrn Jörg Baier (Potsdam) danke ich für jegliche technische Unterstützung.

Danksagen möchte ich meinen Eltern, die die Grundlagen für meinen Lebensweg gelegt haben.

Danken möchte ich schließlich dem Erich-Schmidt-Verlag und dort insbesondere Frau Dr. Linda Nehring für die freundliche Aufnahme dieses Werkes in die „Beiträge zur Sozialpolitik und zum Sozialrecht“.

Die vorgelegte Untersuchung ist an den Schnittstellen von Medizin und Rechtswissenschaften angesiedelt und versucht Lesern aus beiden Wissenschaften gerecht zu werden. Dies zwingt notwendig zu Kompromissen, für die ich den Leser schon jetzt um Nachsicht bitte.

Düsseldorf, im Frühjahr 2016

Dr. Thomas Ruppel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	13
Tabellenverzeichnis	17
A. Einleitung	19
I. Von der „Ärztenschwemme“ zum Ärztemangel	19
II. AGnES und die Delegation ärztlicher Leistungen	22
1. AGnES	22
2. Delegation und ihre Grenzen	23
a) Delegation	23
b) Abgrenzung zur Substitution	24
c) Grenzen der Delegation	25
III. Thesen	30
B. Die Ergänzung des § 87 Abs. 2b SGB V durch S. 5 im Rahmen der Pflegereform 2007	33
I. Gesetzgebungsverfahren	33
II. Auslegung von § 87 Abs. 2b S. 5 SGB V	36
1. Subjektive oder objektive Auslegung von Gesetzen	36
a) Verbreitung beider Ansichten	37
b) Argumente	39
c) Lösung	41
2. Der Kanon der Auslegungsmethoden	42
3. Rang der Auslegungsmethoden	43
4. Wortlautauslegung	45
5. Systematische Auslegung	47
6. Historische Auslegung	51
a) Materialien der historischen Auslegung	53
b) Anwendung	53
aa) Subjektiv-historische Auslegung der Gesetzgebungs- materialien	53
(1) Steuerungsgruppe der Länder zur Überführung von AGnES in die Regelversorgung	54
(2) Beratungsverfahren im Bundesrat	54
(a) Ursprünglich vorgesehene Änderung von Leistungs- und Leistungserbringungsrecht	55
(b) Spätere Änderungen nur technischer Natur	56
(c) Bundesrat meinte mit Gesetzesänderung allein AGnES ..	57

(d) Bedeutung der Stellungnahme nach Art. 76 Abs. 2 S. 2 GG	60
(3) Gegenäußerung der Bundesregierung	64
(a) Exkurs: Die Delegation von Hausbesuchen vor der Einführung des § 87 Abs. 2b S. 5 SGB V.....	65
(b) Bewertung der Stellungnahme der Bundesregierung ...	68
(4) Beratungen im Gesundheitsausschuss des Bundestages..	69
(5) Plenarprotokolle zum Pflege-Weiterentwicklungsgesetz	72
(6) Paktentheorie	73
(7) Schlussabstimmung im Bundestag – kein Anrufen des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat.....	76
(8) Zwischenergebnis.....	77
bb) Weitere Aspekte einer subjektiv-historischen Auslegung: Zeitraum zwischen Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens und Erfüllung des unter- gesetzlichen Normsetzungsauftrages	77
(1) Bundesebene in der 16. Legislaturperiode	77
(2) Landesebene	79
cc) Nachträgliche Äußerungen der Bundesregierung in der 17. Legislaturperiode.....	80
dd) Objektiv-historische Auslegung.....	84
7. Teleologische Auslegung	85
a) Verwendbare Materialien	86
b) Teleologische Auslegung unabhängig von der fehlenden Evaluation anderer Delegationsmodelle.....	87
aa) Gesetzgeberische Ziele können am besten mit dem AGnES-Projekt erfüllt werden.....	87
bb) Sorge vor Qualitätseinbußen streitet für möglichst hohe Qualifikation	91
cc) Interesse der Krankenhäuser und Krankenkassen.....	92
dd) Zwischenergebnis teleologische Auslegung	93
c) Teleologische Auslegung unter Berücksichtigung der fehlenden Evaluation anderer Delegationsmodelle	93
aa) Fehlende Evaluation und bekannte Tätigkeiten	94
bb) Fehlende Evaluation und Nachweis gleicher Entlastungsfunktion	95
cc) Fehlende Evaluation und Qualitätssicherung	96
8. Verfassungskonforme Auslegung	98
a) Inhalt und Bedeutung der verfassungskonformen Auslegung	98
b) Voraussetzungen und Grenzen der verfassungskonformen Auslegung.....	99
c) Berufsfreiheit	100
aa) Fachkräfte.....	101
(1) Schutzbereich	101

(2) Eingriff	101
(3) Rechtfertigung	102
bb) Vertragsärzte	104
d) Finanzielle Stabilität und Beitragssatzstabilität der GKV	105
e) Leben und körperliche Unversehrtheit der Patienten	105
aa) Abwehrrechtliche Dimension	106
bb) Leistungsrechtliche Dimension	107
cc) Schutzpflichten	109
(1) Verstoß gegen grundrechtliche Schutzpflichten	110
(2) Erst-Recht Verstoß gegen den Schutzauftrag bei besonders hochwertigen Grundrechten	113
(3) Weitere Argumente für Verstoß gegen Schutzauftrag bei Einführung nicht evaluierter Delegationsmodelle	114
f) Allgemeine Handlungsfreiheit der Patienten i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip	117
g) Ergebnis	120
III. Ergebnis der Auslegung des § 87 Abs. 2b S. 5 SGB V	121
C. Das AGnES war zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens noch nicht abgeschlossen	123
I. Welcher Projektstand war vom parlamentarischen Gesetzgeber gemeint?	124
1. Subjektive Auslegung	124
2. Objektive Auslegung	126
3. Aktualisierungspflichten des Gesetzgebers	127
II. Ergebnis	129
D. Rechtswidrigkeit der Delegationsvereinbarung	131
I. Delegationsvereinbarung als Anlage zum Bundesmantelvertrag	132
1. Rechtsnatur und Wirkung des BMV	133
2. Regelungsziele des BMV	134
3. Inhalt des BMV	134
4. Anlagen des BMV als Teil des BMV	136
II. Unzureichende Umsetzung des gesetzgeberischen Willens in der Delegationsvereinbarung	136
1. Weiter Spielraum der untergesetzlichen Normgeber	137
2. Vorbehalt des Gesetzes	139
3. Gesetzesvorbehalt	140
4. Vorrang des Gesetzes	141
a) Inhalt des Vorrangs des Gesetzes	141
b) Kein Eingriff in die Regelungskompetenzen des G-BA und der Vertragsparteien auf Landesebene	142
c) Keine verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltung	143
d) Beobachtungs- und Reaktionspflichten der untergesetz- lichen Normgeber	145

e) Anwendbare Auslegungsmethoden	146
III. Auslegung der Delegationsvereinbarung	148
1. Verspätete Einführung	148
2. Vorbemerkungen/§ 1 S. 1: Qualitätssicherung/fehlende Evaluation	148
3. § 2 Abs. 2: Beschränkung auf unterversorgte Gebiete	150
4. § 3 Abs. 2 lit. a): Patientengruppen – Chronisch Erkrankte ...	153
a) Nur wenige Patienten sind in Pflegestufe 2 oder 3 eingestuft	154
b) Dynamische Verweisung auf Chroniker-Richtlinie des G-BA wäre problematisch	154
c) Regelaltersgrenze nicht begründbar	155
5. § 3 Abs. 2 lit. b): Patientengruppen – dauerhafte intensive Betreuung	157
6. § 3 Abs. 2 lit. c): Patientengruppen – akute Erkrankungen ...	158
7. § 3 Abs. 2 lit. d): Notwendigkeit des Hausbesuches	158
8. § 4 Abs. 1: Beschränkung auf Hausärzte	159
9. § 4 Abs. 2: Anstellungszwang der Fachkräfte in den Hausarztpraxen	160
10. § 5 Abs. 1 S. 1 lit a) – i): Delegierbare Leistungen	161
11. § 5 Abs. 1. S. 1, Abs. 2 S. 2: Einzelfallanordnung	165
12. § 6 S. 1, 2: Genehmigungspflicht	169
13. § 6 S. 2 lit. a): Ausgangsqualifikationen	170
14. § 6 S. 2 lit. b) – Dreijährige Berufserfahrung	172
15. § 7 Abs. 1 S. 3, § 7 Abs. 2: Zusatzqualifikation abhängig von der Berufserfahrung	172
16. § 7 Abs. 2: Theoretische Fortbildung	174
a) Regelung von Qualifikationsanforderungen im BMV	174
b) Juristische Aspekte	175
c) Medizinische Aspekte	176
17. § 7 Abs. 3 lit. a): Berufsbild	181
18. § 7 Abs. 3 lit. b): Medizinische Kompetenz	183
19. § 7 Abs. 3 lit c): Kommunikation	184
20. § 7 Abs. 3 lit. c): Nochmals deutlich reduzierte Anforderungen für Gesundheits- und Krankenpfleger	185
21. Einschränkung der delegierbaren Leistungen durch das Qualifikationsniveau	186
22. Telemedizin	187
23. § 7 Abs. 2. Abs. 4: Praktische Fortbildung	191
24. § 7 Abs. 2, Abs. 5: Notfallmanagement	192
25. § 7 Abs. 6: Prüfungen	193
IV. Ergebnis	195
E. Rechtswidrigkeit der Gebührenordnungspositionen	
des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes	197
I. Einheitlicher Bewertungsmaßstab	197

II.	Bewertungsausschuss	198
III.	Gestaltungsfreiheit und Vorrang des Gesetzes	200
IV.	Beide Gebührenordnungspositionen betreffende Aspekte	202
	1. Pflicht zur Schaffung von Gebührenordnungspositionen	202
	2. Verspätete Einführung beider GOP	203
	3. Auslegung	203
	4. Systematische Einordnung	204
V.	GOP 40870.	204
	1. Beschreibung der GOP 40870	205
	2. Obligater Leistungsinhalt.	205
	3. Fakultativer Leistungsinhalt – Verweis auf die Delegationsvereinbarung	206
	4. Fakultativer Leistungsinhalt – Verweis auf Spalte VP	206
	5. Ergänzende Abrechnungsbestimmungen und Abrechnungsausschlüsse	207
	6. Einzelfallanordnung	208
	7. Fehlende Beanstandung führt nicht zur Heilung.	208
	8. Gesamtergebnis zur GOP 40870	210
VI.	GOP 40872.	210
VII.	GOP 03063.	211
VIII.	Vergütung	211
	1. Betriebswirtschaftliche Untersuchung	211
	2. Rechtliche Untersuchung	214
	a) Maßstab für die Vergütungshöhe nach der Rechtsprechung	214
	b) Fehlende ausreichende Berücksichtigung des Zeitaufwandes	216
	c) Keine leistungsgerechte Bewertung.	217
	d) Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes bei nicht einmal kostendeckender Vergütung	218
	e) Verstoß gegen Vorrang des Gesetzes bei fehlender Berücksichtigung telemedizinischer Methoden.	218
	f) Pflicht zur kostendeckenden Einzelleistungsvergütung.	219
	g) Allgemeiner Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG	220
	3. Zwischenergebnis	222
IX.	Auch GOP 40240 und 40260 rechtswidrig.	222
	1. Größere Übereinstimmung der GOP 40240 und 40260 mit dem späteren gesetzgeberischen Willen als GOP 40870 und 40872 und 03062 und 03063	222
	2. Gleichwohl Rechtswidrigkeit der GOP 40240 und 40260	223
F.	Rechtsfolgen des Verstoßes gegen höherrangiges Recht	225
I.	Schicksal von Delegationsvereinbarung und EBM GOP 03062, 03063	225
	1. Delegationsvereinbarung	225
	2. Gebührenordnungspositionen 03062, 03063, 40240, 40260.	226

II. Rechtsfolgen	226
1. Ausnahmen von der ex-tunc Nichtigkeit	227
2. Neuregelung durch KBV und Spitzenverband Bund	229
3. Rechtsschutz	229
G. Zusammenfassung	231
Literatur- und Quellenverzeichnis	233
Übersicht über die angeführten gesetzlichen und untergesetzlichen Normen.	248