

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Inhaltsverzeichnis	9
Erstes Kapitel: Einleitung	19
A. Problemstellung und Diskussionsstand	19
B. Gang der Untersuchung	21
C. Terminologie	23
I. Formen der medizinischen Arbeitsteilung	23
1. Substitution	23
2. Delegation	24
3. Vertretung	25
4. Assistenz	25
II. Gegenüberstellung von Substitution und Delegation in struktureller Hinsicht	27
1. Horizontale Arbeitsteilung	27
2. Vertikale Arbeitsteilung	28
III. Fazit	29
Zweites Kapitel: Zulässigkeit der Substitution ärztlicher Tätigkeit durch nichtärztliches Personal	31
A. Allgemeines	31
B. Zulässigkeit der Substitution ärztlicher Leistungen durch Leistungen nichtärztlichen Personals (allgemein)	32
I. Rechtskonformität der Substitution	32
1. Verfassungsrechtliche Verstöße	32
a) Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	32
aa) Schutzbereich und Eingriff	32
bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (Grundrechtschranken)	33
	9

(a)	Formelle Verfassungsmäßigkeit	34
(aa)	Gesetzgebungszuständigkeit	34
(aaa)	Bundeskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG	35
(bbb)	Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs bzw. Annexkompetenz	36
(α)	Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs	36
(β)	Annexkompetenz	37
(ccc)	Ergebnis	38
(bb)	Gesetzgebungsverfahren und Form	39
(b)	Materielle Verfassungsmäßigkeit	39
(aa)	Verhältnismäßigkeit	39
(bb)	Sonstige verfassungsrechtliche Garantien	41
cc)	Zwischenergebnis zu Verletzung von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	42
b)	Recht der Patienten auf informationelle Selbstbestimmung gem. Artt. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG	42
c)	Recht des Arztes auf Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG	44
aa)	Schutzbereich und Eingriff	44
bb)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (Grundrechtsschranke)	44
cc)	Zwischenergebnis zur Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG	47
d)	Zwischenergebnis zur verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit insgesamt	47
2.	Einfachgesetzliche Verstöße	47
a)	Grundsatz des Arztvorbehaltes	48
aa)	Spezifisch geregelte Fälle	48
bb)	§§ 15, 28 SGB V	50
cc)	Arztvorbehalt zur Heilkundenausübung gem. § 1 und § 5 HeilpraktG	51
(1)	Anwendbarkeit des Heilpraktikergesetzes	51
(2)	Verfassungswidrigkeit des Heilpraktikergesetzes	53
(3)	Teleologische Reduktion bei Heilhilfsberufen	53
(4)	Erlaubnis zur Heilkundenausübung	55
b)	Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung	58
c)	Zwischenergebnis zur Vereinbarkeit mit einfachem Recht	58
II.	Ergebnis zur Rechtskonformität der Substitution	58
C.	Zulässigkeit der Substitution ärztlicher Tätigkeit durch Kranken- und Altenpflegepersonal (§ 63 Abs. 3c SGB V)	59

I.	Rechtsfolge des § 63 Abs. 3c SGB V	59
1.	Auslegung des Merkmals »Übertragung ärztlicher Tätigkeiten«	60
a)	Grammatikalische Auslegung	60
aa)	»Übertragung« und »Substitution«	60
bb)	Verhältnis der Begriffe	61
cc)	Gegenstand der »Übertragung«	61
dd)	Zwischenergebnis zur grammatikalischen Auslegung	62
b)	Systematische Auslegung	62
aa)	Norminterne Systematik	62
(1)	§ 63 Abs. 3b und Abs. 3c SGB V	62
(2)	Zwischenergebnis zur norminternen systematischen Auslegung	63
bb)	Normexterne Systematik innerhalb des SGB V	64
(1)	§ 15 Abs. 1 SGB V	64
(2)	§ 28 Abs. 1 SGB V	65
(3)	§ 87 Abs. 2b S. 5 SGB V	66
(4)	Zwischenergebnis zur normexternen systematischen Auslegung innerhalb des SGB V	66
cc)	Normexterne Systematik außerhalb des SGB V	67
(1)	§ 2 BÄO	67
(2)	§ 1 HeilpraktG	68
(3)	Zwischenergebnis zur normexternen systematischen Auslegung außerhalb des SGB V	68
c)	Historisch – teleologische Auslegung	69
aa)	Gesetzesmaterialien	69
bb)	Gutachten 2007 des Sachverständigenrates	70
cc)	Zwischenergebnis zur historisch – teleologischen Auslegung	71
d)	Objektiv – teleologische Auslegung	72
aa)	Betroffene Interessen	73
(1)	Interesse der Patienten	73
(2)	Interesse der Ärzteschaft	74
(3)	Interesse des einzusetzenden nichtärztlichen Personals	74
(4)	Allgemeinwohlinteressen	74
(5)	Rang- und Wertungsverhältnis	74
bb)	Vermeidung von Wertungswidersprüchen	75
cc)	Zwischenergebnis zur objektiv – teleologischen Auslegung	76
e)	Verfassungskonforme Auslegung	76
f)	Ergebnis der Auslegung	77
II.	Tatbestand und Rechtskonformität des § 63 Abs. 3c SGB V	77
1.	Tatbestandsvoraussetzungen	78

a) »Modellvorhaben nach § 63 Abs. 1«	78
aa) Allgemeines	78
bb) Vereinbarungen von Modellvorhaben	80
(1) Vereinbarungsparteien	81
(a) Krankenkassen und ihre Verbände	81
(b) Einzelne Vertragsärzte, Gemeinschaften dieser oder Kassenärztliche Vereinigungen	82
(c) Leistungserbringer, Gruppen von Leistungs- erbringern	83
(aa) Erforderlichkeit der Zulassung des Leistungs- erbringers	83
(bb) Leistungserbringer i.R.v. § 63 Abs. 3c SGB V	84
(aaa) Zulassung von Krankenhäusern als Leistungserbringer i.R.v. § 63 Abs. 3c SGB V	87
(bbb) Zulassung des Substitutionspflegepersonals i.R.v. § 63 Abs. 3c SGB V	87
(2) Zwischenfazit	88
cc) Personeller Anwendungsbereich	89
dd) Weitere Problemfelder der Modellvorhaben	90
(1) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG	90
(a) Ungleichbehandlung	91
(b) Sachliche Rechtfertigung	91
(2) Verstoß gegen das Vergaberecht	92
(aa) Anwendbarkeit des GWB	93
(aaa) Öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 GWB	94
(α) Eigene Rechtspersönlichkeit	95
(β) Besonderer Gründungszweck	95
(γ) Staatliche Beherrschung	97
(αα) Überwiegende staatliche Finanzierung	98
(ββ) Staatliche Aufsicht der Leitung	99
(δ) Zwischenergebnis	101
(bbb) Öffentlicher Auftrag gem. § 99 GWB	101
(α) Der Vertrag	101
(αα) Vereinbarung zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen	101
(ββ) Rechtsform des Vertrags	102
(β) Die Entgeltlichkeit	103
(αα) Gegenseitigkeit	103
(ββ) Gegenleistung	104
(γ) Zwischenergebnis	105
(ccc) Schwellenwerte	105
(ddd) Zwischenergebnis	106
(bb) Auswirkungen der Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB	106

(cc)	Zwischenergebnis zur Vereinbarkeit mit GWB-Vergaberecht	107
(ee)	Fazit zum Tatbestandsmerkmal »Modellvorhaben nach § 63 Abs. 1 SGB V«	107
b)	Zusatzqualifikation des tätigkeitsübernehmenden Personals	108
aa)	Auslegung	109
(1)	Grammatikalische Betrachtung	110
(2)	Systematische Betrachtung	111
(a)	Norminterne Systematik	111
(aa)	§ 4 Abs. 1 und Abs. 7 KrPflG und § 4 Abs. 1 und Abs. 7 AltPflG	111
(bb)	Zwischenergebnis (norminterne Systematik)	113
(b)	Normexterne Systematik innerhalb des KrPflG/AltPflG	113
(aa)	§ 1 Abs. 1 S. 2 KrPflG/AltPflG	113
(bb)	§ 3 Abs. 3 KrPflG/§ 3 Abs. 2 AltPflG	114
(cc)	§ 4a Abs. 2 und 6 KrPflG/AltPflG	115
(dd)	Zwischenergebnis (normexterne Systematik)	116
(3)	Historisch – teleologische Betrachtung	117
(4)	Objektiv – teleologische Betrachtung	117
(5)	Ergebnis zur Auslegung	118
bb)	Bestimmtheitsgebot	119
cc)	Fazit zum Tatbestandsmerkmal der Qualifikation des tätigkeitsübernehmenden Personals	121
c)	Übertragungsgegenstand (ärztliche heilkundliche Tätigkeit)	122
aa)	Begriff der ärztlichen Tätigkeit	122
bb)	Begriff der Heilkunde	123
cc)	Verweis auf die G-BA-Richtlinie zur Festlegung der Tätigkeiten	124
(1)	Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zur Rechtskonkretisierung	124
(a)	Formentypenzwang des Grundgesetzes	125
(b)	Wesentlichkeitstheorie und Parlamentsvorbehalt	126
(c)	Demokratische Legitimation	127
(d)	Exkurs: Alternative Regelungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Regelversorgung	133
(2)	Bestimmtheitsgebot	134
(3)	Fehlende Richtlinien	138
(4)	Zwischenergebnis zum Verweis auf die G-BA-Richtlinie	139
dd)	Fazit zum Übertragungsgegenstand	139

2.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe	140
a)	Formelle Verfassungsmäßigkeit	140
b)	Materielle Verfassungsmäßigkeit	141
aa)	Verhältnismäßigkeit	141
bb)	Sonstige verfassungsrechtliche Garantien	145
cc)	Zwischenergebnis (materielle Verfassungsmäßigkeit)	145
c)	Ergebnis (verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe)	146
3.	Erlaubnis zur Heilkundeausübung	146
4.	Fazit zum Tatbestand und der Rechtskonformität des § 63 Abs. 3c SGB V	147
III.	Ergebnis zur Zulässigkeit der Substitution gem. § 63 Abs. 3c SGB V	148
D.	Substitution ärztlicher Tätigkeit durch Kranken- und Altenpflegepersonal im Rahmen der Regelversorgung	149
I.	Teilnahme als eigenständiger Leistungserbringer an der GKV-Versorgung	151
1.	Materielle Voraussetzungen	151
2.	Formelle Voraussetzungen: Die Zulassung	151
a)	Zulassung im engen Sinne oder im weiten Sinne	152
aa)	Grammatikalische Auslegung	152
bb)	Systematische Auslegung	153
cc)	Historisch-teleologische Auslegung	154
dd)	Objektiv-teleologische Auslegung	155
ee)	Ergebnis	156
b)	Die Teilnahmeform in Abhängigkeit von Art und Umfang der übertragenen Tätigkeit	157
aa)	Rechtsgrundlagen	157
(1)	§ 95 SGB V	157
(2)	§§ 132 ff. SGB V	157
(a)	§ 132 SGB V (Haushaltshilfe)	158
(b)	§ 132a SGB V (Häusliche Krankenpflege)	158
(aa)	Anwendungsbereich »Häusliche Krankenpflege«, § 37 SGB V	159
(α)	Grundpflege und Behandlungspflege	160
(β)	Zwischenergebnis	162
(bb)	Häusliche Krankenpflege-Richtlinie	162
(c)	Zwischenergebnis (§§ 132ff. SGB V)	163
(3)	Analoge Anwendung des § 95 SGB V oder des § 132a SGB V	163
(a)	Vergleichbare Interessenlage	163

(aa)	Vergleichbarkeit der Interessenlage mit dem Tatbestand des § 95 SGB V	163
(bb)	Vergleichbarkeit der Interessenlage mit dem Tatbestand des § 132a SGB V	164
(cc)	Abwägung	166
(dd)	Zwischenergebnis	167
(b)	Zwischenergebnis zur analogen Anwendung	167
(4)	Einführung neuer Rechtsgrundlage für die Teilnahmeform	167
bb)	Ergebnis	169
II.	Vorschriften zur Substitution heilkundlicher Tätigkeit in der Regelversorgung	170
1.	Formelle Rechtmäßigkeit des Gesetzes	170
2.	Materielle Rechtmäßigkeit des Gesetzes	170
3.	Regelungssystematik	171
a)	Verortung künftiger Substitutionsvorschriften im SGB V	171
aa)	§ 15, § 28 SGB V	172
(1)	§ 15 Abs. 1 S. 3 n.F., § 28 Abs. 1 S. 3 n.F. SGB V	172
(2)	§ 15 Abs. 1 S. 1 a.E. n.F. SGB V	172
(3)	§ 28 Abs. 3a n.F. SGB V	173
bb)	§ 27 Abs. 1 Nr. 5a n.F. i.V.m. § 30 n.F. / § 43 c n.F. SGB V	173
cc)	§ 39 oder § 37 SGB V	174
dd)	Zwischenfazit	175
b)	Substitutionsvorschriften im Berufs-, Haftungs- und Strafrecht	175
4.	Vergaberechtliche Grundsätze	176
5.	Kompetenz des Gemeinsamen Bundesausschusses	177
III.	Fazit zur Einführung der Substitution in die Regelversorgung	178
Drittes Kapitel: Haftungsrechtliche Konsequenzen		181
A.	Haftungsgrundsätze	181
I.	Haftung bei Substitution im Rahmen von Modellvorhaben	182
II.	Haftung bei Substitution in der Regelversorgung	183
1.	Angestelltes Substitutionspflegepersonal	183
2.	Selbstständiges Substitutionspflegepersonal	184
a)	Vertragliche Haftung	184
aa)	Der totale Krankenhausaufnahmevertrag	184
bb)	Der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag	185
cc)	Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag	187

b) Deliktische Haftung	188
III. Haftungsgründe	189
1. Behandlungsfehler	189
2. Übernahmefehler	189
3. Aufklärungsfehler	190
4. Organisationsfehler	190
IV. Zwischenfazit	191
 B. Der Sorgfaltsmaßstab	191
I. Der allgemeine medizinische Standard	191
II. Der medizinische Standard für Substitutionspflegepersonal	193
1. Facharztstandard oder eigener Standard der Berufsgruppe	193
2. Eigener Standard der Berufsgruppe (Gruppensorgfalt)	193
3. Sonderfall Delegation	194
4. Sorgfaltsmaßstab einer fremden Berufsgruppe (Facharztstandard)	195
5. Entscheidung über Sorgfaltsmaßstab bei Substitution	196
III. Bildung des medizinischen Standards für Substitutions- pflegepersonal	197
IV. Zwischenfazit	199
 C. Aufklärungspflicht über die Substitution	200
I. Allgemeines	200
II. Allgemeine Aufklärungspflichten	201
III. Aufklärung über die Substitution	203
1. Aufklärung über die Substitution im Rahmen von Modellvorhaben	205
2. Aufklärung über die Substitution in der Regelversorgung	207
3. Aufklärungspflichtige	207
 D. Fazit	209
 Viertes Kapitel: Zusammenfassung in Thesen und Gesamtfazit	211
 A. Zusammenfassung in Thesen	211
I. Erstes Kapitel – Terminologie	211
II. Zweites Kapitel – Zulässigkeit der Substitution allgemein	211
III. Zweites Kapitel – Zulässigkeit der Substitution in Modellvorhaben gem. § 63 Abs. 3c SGB V i.V.m. § 4 Abs. 7 KrPflG/AltPflG	212
1. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht	213
2. Vereinbarkeit mit einfachem Recht	214



3. Weitere Zulässigkeitsanforderungen aufgrund der Regelungsweise	214
a) Personeller Anwendungsbereich	214
b) Vergaberechtliche Aspekte	214
c) Verweis auf die G-BA-Richtlinie zur Festlegung der übertragbaren Heilkundetätigkeiten und Zusatzquali- fikation des eingesetzten Personals	215
IV. Zweites Kapitel – Substitution in der Regelversorgung	217
V. Drittes Kapitel – Haftungsrecht	218
1. Haftungsgrundsätze	218
2. Der Sorgfaltsmaßstab	219
3. Aufklärungspflicht über die Substitution	220
4. Bewertung der haftungsrechtlichen Folgen	220
 B. Gesamtfazit und Ergebnis	 221
 Literaturverzeichnis	 223