

zung ist, dass die Herstellung für einen bestimmten Patienten erfolgt.

Zu beachten ist allerdings, dass § 13 Abs. 2b S. 2 AMG bestimmte Arzneimittelherstellungen wiederum von der Erlaubnisfreiheit ausnimmt. Danach ist unter anderem die Herstellung von neuartigen Therapien und xenogenen Arzneimitteln erlaubnisbedürftig. Arzneimittel für neuartige Therapien umfassen wiederum somatische Zelltherapeutika, deren Herstellung in der ärztlichen Praxis Realität ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Erlaubnisfreiheit

der Herstellung somatischer Zelltherapeutika insbesondere von den durchgeführten Herstellungsschritten abhängt. Denn es liegt entsprechend 2.1 des Anhangs I Teil IV der Richtlinie 2001/83/EG nur dann eine erlaubnisfreie Herstellung eines Zelltherapeutikums vor, wenn dieses nicht „substanziell“ bearbeitet wurde. Dieses vage (fraglich taugliche) Abgrenzungskriterium macht die Erlaubnisfreiheit bei diesen Herstellungen zu einer Einzelfallfrage, die mit der zuständigen Bundesoberbehörde vor Aufnahme der Herstellung geklärt werden sollte.

DOI: 10.1007/s00350-016-4266-5

Die neue Kurzzeitpflege bei fehlender Pflegebedürftigkeit im SGB V

Ernst-Wilhelm Luthe

1. Einführung

Der neue § 39c SGB V¹ führt für nicht pflegebedürftige Personen zu einem *Leistungsanspruch* auf Kurzzeitpflege. Voraussetzung der Kurzzeitpflege nach § 39c SGB V ist, dass wegen einer schweren Krankheit oder wegen akuter Verschlimmerung einer Krankheit, insbesondere nach einem Krankenhausaufenthalt, nach einer ambulanten Operation oder nach einer ambulanten Krankenhausbehandlung, die häusliche Krankenpflege nicht ausreicht und Pflegeleistungen nicht in Betracht kommen, weil Pflegebedürftigkeit i. S. des SGB XI nicht besteht. § 39c SGB V beinhaltet aufgrund der gesetzlich festgelegten Leistungshöhe einen Teilleistungsanspruch, der auf die SGB XI-Kurzzeitpflege (z. B. bei späterer Pflegebedürftigkeit im gleichen Jahr) jedoch nicht angerechnet wird. Neben den zugelassenen Pflegeeinrichtungen soll es auch für „geeignete Einrichtungen“ die Möglichkeit zum Abschluss eines für die SGB V-Kurzzeitpflege notwendigen Versorgungsvertrages geben. Der Anspruch auf Kurzzeitpflege ist auf vier Wochen (ab 2017 acht Wochen) pro Kalenderjahr beschränkt (§ 39c SGB V i. V. mit § 42 Abs. 2 S. 1 SGB XI). Die Kasse übernimmt die pflegebedingten Aufwendungen, die Aufwendungen der sozialen Betreuung sowie die Aufwendungen für Leistungen der medizinischen Behandlungspflege bis zu einem Gesamtbetrag in Höhe von 1.612 € im Kalenderjahr (§ 39c SGB V i. V. mit § 42 Abs. 2 S. 2 SGB XI). Vorrang hat jedoch der unter gleichen Grundvoraussetzungen gewährte Anspruch auf häusliche Krankenpflege nach § 37 SGB V (vgl. § 39c S. 1 i. V. mit § 37 Abs. 1a SGB V).

Um sicherzustellen, dass die Kurzzeitpflege zeitnah nach der gesetzlichen Einführung dieser Leistung auch tatsächlich von den Krankenkassen erbracht werden kann², werden die Krankenkassen oder die Landesverbände der Kassen (vgl. § 207 SGB V) in § 132h SGB V ermächtigt, mit „geeigneten Einrichtungen“ *Versorgungsverträge* zu schließen, soweit dies für eine bedarfsgerechte Versorgung notwendig ist.

2. Normzweck

Der Gesetzgeber hat mit einem *Kranz neuer Vorschriften* (§§ 37 Abs. 1a, 38 Abs. 1 S. 3 bis 4, 39c und 132h SGB V)

bei schwerer Erkrankung oder bei akuter Verschlimmerung einer Erkrankung, insbesondere nach einem Krankenhausaufenthalt, nach einer ambulanten Operation oder nach einer ambulanten Krankenhausbehandlung, auf seit langem bekannte Versorgungsdefizite bei Personen reagiert, die zwar nicht mehr krankenhausbearbeitungsbedürftig sind, aber auch keinen für die Inanspruchnahme von Pflegeleistungen erforderlichen Pflegebedarf haben (vor allem weil ein Bedarf von mindestens sechs Monaten nicht gegeben ist; vgl. auch § 14 SGB IX). Bei diesem Personenkreis kommt es häufig zu Versorgungsdefiziten, wenn diese allein leben oder alleinerziehend sind und sonstige Personen aus dem näheren Umfeld wegen Berufstätigkeit oder aus sonstigen Gründen nicht zur Verfügung stehen. Der Gesetzgeber hat hieraus die notwendigen Konsequenzen gezogen:

- Im Rahmen der *häuslichen Krankenpflege* wird bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen die erforderliche Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung gewährt (§ 37 Abs. 1a SGB V). Die Voraussetzungen der Krankenhausvermeidungspflege oder Sicherungspflege entfallen, ein gleichzeitiger Bedarf an Behandlungspflege bzw. eine begleitende ärztliche Behandlung ist nicht erforderlich.
- Zudem wird *Haushaltshilfe* gewährt bis zu vier Wochen (bei unter 12-jährigen oder hilfebedürftigen behinderten Kindern im Haushalt bis zu 26 Wochen). Verzichtet wird unter den genannten Bedingungen auf die bisherige Leistungsvoraussetzung eines stationären Aufenthalts und auf das Vorhandensein eines Kindes im Haushalt (§ 38 Abs. 1 S. 3 und 4 SGB V).
- Mit § 39c SGB V wird schließlich ein völlig neuer Leistungsanspruch in Gestalt der in vollstationären oder besonderen Einrichtungen (i. S. des § 42 Abs. 3 und 4 SGB XI) erbrachten *Kurzzeitpflege* geschaffen. Anspruchsvoraussetzung ist, dass die Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 Abs. 1a SGB V nicht ausreichen, ein Verbleib in der eigenen Häuslichkeit also nicht möglich ist.

Prof. Dr. iur. Ernst-Wilhelm Luthe,
Institut für angewandte Rechts- und Sozialforschung,
Braunschweig/Wolfenbüttel, Deutschland

TS-a

1) Die Vorschrift wurde mit Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung v. 10.12.2015 mit Wirkung zum 1.1.2016 ins SGB V eingefügt (BGBl. I S. 2229).
2) BT-Dr. 18/6586, S. 113.

TS-a Anm. der Redaktion: Adresse:

3. Nicht-Ausreichen von Leistungen der häuslichen Krankenpflege

Anspruchsvoraussetzung für die Kurzzeitpflege nach § 39c SGB V ist, dass Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 Abs. 1a SGB V nicht ausreichen. *Häusliche Krankenpflege* nach § 37 Abs. 1a SGB V wird an „geeigneten Orten“ bei schwerer Krankheit oder bei akuter Verschlimmerung einer Krankheit gewährt, insbesondere nach einem Krankenhausaufenthalt, nach einer ambulanten Operation oder nach einer ambulanten Krankenhausbehandlung, soweit keine Pflegebedürftigkeit i.S. des SGB XI vorliegt. Die Leistung besteht aus der erforderlichen Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung. Der Anspruch besteht bis zu vier Wochen je Krankheitsfall kann in begründeten Ausnahmefällen verlängert werden (§ 37 Abs. 1a S. 2 SGB V).

a) „Nicht-Ausreichen“

Das *Nicht-Ausreichen* von Leistungen der Krankenpflege ist rein materiell zu verstehen: es bezieht sich allein auf den Versorgungsbedarf des Versicherten, nicht jedenfalls auf Fälle, in denen die Krankenpflegeleistung bereits vier Wochen oder (auch im Falle ihrer Verlängerung) vollständig in Anspruch genommen wurde. Denn die Frage, ob Leistungen ausreichen, ist innerhalb des Normtextes eindeutig verbunden mit dem Merkmal der schweren oder sich verschlimmernden Krankheit („Reichen Leistungen ... bei schwerer Krankheit ... nicht aus ...“), wodurch der Vorrang der häuslichen Krankenpflege allein von einem Bedarfskriterium, nicht aber von einem zeitlichen Kriterium abhängig gemacht wird. Umgekehrt kommt es für den Rechtsanspruch auf Kurzzeitpflege nicht darauf an, ob und wie lange vorher Haushaltshilfe in Anspruch genommen wurde, wenn ein entsprechender Bedarf besteht.

b) Vorauszusetzender Bedarf speziell für Kurzzeitpflege

Welche Bedarfskriterien in Betracht kommen, ergibt sich typischerweise aus Fallkonstellationen der in § 42 SGB XI geregelten Kurzzeitpflege. Nach ihrer Zwecksetzung³ soll die Kurzzeitpflege Angehörige, Nachbarn und sonstige Pflegepersonen, die die häusliche Pflege sicherstellen, entlasten und verhindern, dass der Pflegebedürftige bei Ausfall der Pflegeperson auf Dauer in vollstationäre Pflege überwechseln muss. In Betracht kommt die Kurzzeitpflege insbesondere für eine Übergangszeit nach stationärer Behandlung, wenn die Pflege zu Hause etwa wegen Umbaumaßnahmen noch nicht sichergestellt ist oder auch für Zeiten des Urlaubs, der Krankheit oder eines sonstigen, vor allem unverhofften Ausfalls der Pflegeperson. Entsprechend bestimmen § 42 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 SGB XI, dass Kurzzeitpflege gewährt wird entweder für eine Übergangszeit im Anschluss an eine stationäre Behandlung oder in sonstigen Krisensituationen, in denen vorübergehend häusliche oder teilstationäre Pflege nicht möglich oder nicht ausreichend ist. In diesen Fällen reichen Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 Abs. 1a SGB V regelmäßig dann nicht aus, wenn trotz der in diesem Rahmen in Betracht kommenden Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung insbesondere in den Zeiten der Abwesenheit der Pflegeperson ein *ungedeckter Restbedarf* verbleibt. Der Restbedarf kann auf psychischen ebenso wie auf physischen Gründen beruhen, wie etwa auf Angstzuständen bei Alleinsein oder auf sporadisch auftretenden körperlichen Ausfallerscheinungen, deren Bewältigung ohne fremde Hilfe nicht möglich oder nicht zumutbar erscheint. Er reicht, wenn die häusliche Krankenpflege nach § 37 Abs. 1a SGB V nicht ausreicht (§ 39c S. 1 SGB V), über die in diesem Rahmen mögliche Grundpflege und hauswirtschaftli-

che Versorgung mithin grundsätzlich hinaus und umfasst, wie in der Kurzzeitpflege der Sozialen Pflegeversicherung, vor allem auch die sonst von Angehörigen erbrachte soziale Betreuung⁴.

c) Beurteilungsspielraum der Krankenkasse

Ob sich der Versicherte i.S. des Nicht-Ausreichens der häuslichen Krankenpflege auch *ohne fremde Hilfe selbst helfen kann*, ist eine Frage des Einzelfalles mit stark prognostischem Einschlag. Dies könnte für sich genommen vor dem Hintergrund gerichtlicher Überprüfung für die Annahme eines *Beurteilungsspielraums* zugunsten der Krankenkasse sprechen. Sprachliche Ungenauigkeiten, die nur durch Wertung geklärt werden können, weist das gesetzliche Merkmal des „Nicht-Ausreichens“ hingegen nicht auf. Für einen Beurteilungsspielraum spricht allerdings der ausgeprägte Fachlichkeits- und Einzelfallbezug der Fallbeurteilung. Dieser aber ließe sich mittels Sachverständigenutachten in einer gerichtlichen Entscheidungsnotwendigkeiten zuträglichen Weise verdeutlichen. Häufig verbleibt aber auch nach Einschaltung von Sachverständigen ein Restbereich gesetzlich nicht determinierter Bewertung, insbesondere in komplexen Entscheidungslagen, wenn ein Abwägen zwischen Erfolgsaussichten mit Risiken erforderlich wird oder wenn die medizinische Komponente durch soziale, familiäre oder humanitäre Gründe mitgeprägt wird⁵. So wie hier: ob und inwieweit der Anspruchsinhaber mit seiner Erkrankung allein zurecht kommt oder ihm dies zumutbar erscheint ist derart intensiv mit den psychosozialen Kontextbedingungen seines Umfeldes verwoben, dass die Entscheidung hierüber in den Details der den unmittelbaren Problemen erheblich näher stehenden Verwaltung überlassen bleiben sollte.

Auch in Ansehung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, die allerdings grundsätzlich nur dasjenige der rechtsstaatlichen Kontrolle unterstellen kann, was nach berechenbaren Maßstäben realistischere auch kontrolliert werden kann, muss der Krankenkasse bei der Frage des Nicht-Ausreichens von häuslicher Krankenpflege mithin ein Beurteilungsspielraum zugestanden werden, der von den Gerichten nur darauf *überprüft* werden kann, ob der Verwaltungsentscheidung ein zutreffend und vollständig ermittelter Sachverhalt zugrunde liegt, ob die durch Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs abstrakt ermittelten Grenzen eingehalten und beachtet worden sind, ob die Verwaltung ihre Entscheidung unter Berücksichtigung der in Art. 2 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommenden Wertbedeutung des Schutzgutes „Gesundheit“ getroffen hat und schließlich ob die hierbei verwendeten Beurteilungsmaßstäbe ebenso transparent wie nachvollziehbar Weise zur Anwendung gebracht worden sind⁶.

4. Schwere Krankheit, akute Verschlimmerung einer Krankheit

a) Schwere Krankheit

Die Leistung der Kurzzeitpflege wird nur im Falle einer – akut vorliegenden – schweren Erkrankung oder wegen akuter Verschlimmerung einer Erkrankung gewährt. Was eine schwere Krankheit ist wird im Gesetz nicht definiert.

3) Vgl. die Gesetzesbegründung in *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB XI, M010, S. 104.

4) Zu den Leistungen der Kurzzeitpflege im SGB XI vgl. *Reimer*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB XI, Stand: 2/2010, § 42, Rdnr. 6a; *Leitherer*, in: *KassKomm.*, SGB XI, § 42, Rdnrn. 6 ff.; *Udsching*, in: *ders.* (Hrsg.), SGB XI, 4. Aufl. 2015, § 42, Rdnrn. 4 ff.

5) So BSG, Urt. v. 10. 4. 2008 – B 3 KR 14/07 R –.

6) Ähnlich wie hier BSG, Urt. v. 6. 4. 2006 – B 7a AL 20/05 R –.

Da bei den Versicherten keine Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit vorliegt, liegt der Schweregrad in jedem Fall unterhalb der hierfür anzusetzenden Schwelle. Immerhin aber muss die Erkrankung doch so schwer sein, dass, wie die gesetzliche Reform-Systematik zeigt, entweder häusliche Krankenpflege (§ 37 Abs. 1a SGB V) und Haushaltshilfe (§ 38 Abs. 1 S. 3 SGB V) bei Verbleiben der betroffenen Person im eigenen Haushalt oder, wenn eine neben der staatlichen Hilfe gebotene weitere Unterstützung durch nahestehende Personen im häuslichen Bereich einstweilen nicht möglich ist, Kurzzeitpflege in einer stationären Einrichtung geboten erscheint. *Grundvoraussetzung* ist also, „dass die Erkrankung so schwer sein muss, dass der Versicherte selbst mehr als nur kurzfristig nicht in der Lage sein darf, sich ohne fremde Hilfe selbst zu versorgen. Sinn der Regelung ist es nämlich, Versorgungslücken zu schließen“⁷.

Deshalb kann es bei der Frage der Schwere der Erkrankung nicht „allein“ auf die *abstrakten Auswirkungen der Erkrankung* auf Körper- und Geistesfunktionen des Versicherten in typischen Fallkonstellationen ankommen. Vielmehr ist auch darauf abzustellen, wie sich die Erkrankung und die hierdurch bewirkten Funktionsbeeinträchtigungen aller Wahrscheinlichkeit nach auf die *Bewältigung einer häuslichen Lebensführung erforderlichen Selbsthilfepotentiale* des Versicherten auswirken. Hierbei kommt es mithin auf die konkreten gesundheitlichen Einschränkungen ebenso an wie auf die räumlichen, haustechnischen und örtlich-sozialen Kontextbedingungen des Lebens zu Hause. Gewisse Parallelen zeigt in dieser Hinsicht der Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 SGB IX⁸. Nur so kann im Übrigen ein geläufiger Systemfehler in der Versorgung vermieden werden, dass nämlich der Patient nur deshalb im Krankenhaus verbleibt, weil seine Versorgung in den eigenen vier Wänden durch Angehörige oder Nachbarn nicht sichergestellt ist.

Im Gegensatz zur häuslichen Krankenhilfe kommt eine Kurzzeitpflege aber auch dann in Betracht, wenn der Hilfebedarf *nur wenige Tage andauert*. Zutreffend wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen⁹, dass die bei der häuslichen Krankenpflege bestehende Regelfrist von vier Wochen (§ 37 Abs. 1a S. 2 i. V. mit Abs. 1 S. 4 SGB V) als Hinweis auf einen längeren Zeitraum der Hilfebedürftigkeit und eine dem entsprechende Schwere der Erkrankung verstanden werden kann. Ein Versicherter also, der etwa nur am Tag der ambulanten Operation und eventuell noch am Folgetag der Unterstützung z. B. beim Waschen und Zubereiten von Speisen bedarf, z. B. weil er sich vorübergehend mit Gehstützen fortbewegen muss, dürfte den Anspruch aus § 37 Abs. 1a SGB V nicht haben. Dies aber kann genau ein Anlass für ein Einsetzen der Kurzzeitpflege sein, wenn gleich ein Hilfebedarf von nur *wenigen Stunden* bei frisch aus dem Krankenhaus Entlassenen auch für die Kurzzeitpflege im Regelfall nicht ausreichen wird. Letztlich entscheidet hier der Einzelfall im Rahmen der vorstehend skizzierten Krankheitsfolgenbewertung.

Dass im Vergleich zur häuslichen Krankenhilfe auch ein *kürzerer Bedarfszeitraum* zur Feststellung einer schweren Erkrankung führen kann zeigen im Übrigen die unterschiedlichen Fristenregelungen: bei der häuslichen Krankenpflege (§ 37a Abs. 1 S. 2 SGB V) besteht der Anspruch bis zu vier Wochen je Krankheitsfall, bei der Kurzzeitpflege (§ 39c S. 2 SGB V) vier Wochen pro Kalenderjahr, was bei insofern möglicher mehrfacher unterjährlicher Inanspruchnahme im Rahmen der Kurzzeitpflege auch die Möglichkeit kürzerer Zeiträume pro Unterbringungsfall impliziert. In diese Richtung verweist letztlich auch der Umstand, dass Leistungen wesensmäßig nur für eine „Übergangszeit“ beansprucht werden sollen (§ 39c S. 1 SGB V), also grundsätzlich nur solange die Versorgung zu Hause nicht gesichert ist. Bei Personen hingegen, die nur wenige Stunden im Anschluss an eine medizinischen Behandlung auf Hilfe angewiesen

sind, dürfte in der Regel ohnehin zumeist noch eine Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit vorliegen. Anderenfalls wird man von den Betroffenen verlangen können, sich die erforderliche Hilfe ggf. auf eigene Kosten selbst zu besorgen. *Bedürftige Personen* haben im Übrigen Anspruch auf die sozialhilfefinanzierte „kleine Haushaltshilfe“, im Rahmen der Hilfe zur Pflege ferner auf Leistungen der Pflegestufe „Null“ und schließlich auf Hilfe zur Weiterführung des Haushalts (§§ 27a Abs. 4, 61 SGB, 75 XII)¹⁰.

Bei *chronischen Erkrankungen* werden im Regelfall die Kriterien der Pflegebedürftigkeit erfüllt sein und deshalb bei der Kurzzeitpflege nach § 39c zum Leistungsausschluss führen (§ 39c S. 1 SGB V). Kategorisch ausgeschlossen sind chronische Erkrankungen in § 39c aber nicht, wenn sie i. S. der vorgenannten Kriterien den erforderlichen Schweregrad aufweisen¹¹.

Nicht erforderlich ist, dass der Kurzzeitpflege ein stationärer *Krankenhausaufenthalt* vorausgegangen sein muss. Dies deutet in zahlreichen Fällen zwar auf das Vorliegen einer entsprechend schweren Erkrankung hin. Leistungen sind bei entsprechendem Schweregrad der Erkrankung jedoch auch möglich „nach einer ambulanten Operation oder nach einer ambulanten Krankenhausbehandlung“ (§ 39c S. 1 SGB V). So kann bspw. eine Chemotherapie den Anspruch auslösen, weil sie unstreitig mit einer schweren Erkrankung in Zusammenhang steht. Allerdings sind auch hier stets die individuellen Krankheitsfolgen i. S. verbleibender Selbsthilfepotentiale in die Entscheidung einzubeziehen (s. vorstehend), so dass es selbst im Falle einer zugrunde liegenden Krebserkrankung nicht zwangsläufig dazu kommen muss, dass Kurzzeitpflege gewährt wird.

Zudem ist zu beachten, dass die Aufzählung der Behandlungsstationen im Gesetzeswortlaut nicht abschließend ist („insbesondere“), so dass auch andere im Gesetz nicht genannte Behandlungsarten und -institutionen, wie etwa eingriffsintensive Facharztbesuche, zur Begründung des Anspruchs führen können.

b) Akute Verschlimmerung einer Krankheit

Leistungen als Folge einer akuten Verschlimmerung einer Krankheit setzen nicht voraus, dass es sich auch um eine schwere Krankheit i. S. der vorgenannten Kriterien handelt. Erkennbarer Zweck dieses Regelungsmerkmals ist die nachhaltige *Sicherstellung der bisherigen Behandlung*, auch vor dem Hintergrund der bereits verausgabten Behandlungskosten, so dass auch *leichte Erkrankungen* im Falle ihrer Verschlimmerung anspruchsauslösend sein können, wenn im Übrigen Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 Abs. 1a SGB V nicht ausreichen.

Allerdings muss die *Verschlimmerung* „akut“ sein, d. h. sie muss bereits eingetreten sein. Die Abwendung einer lediglich drohenden Verschlimmerung, auch wenn sie unmittelbar bevorsteht, stünde zwar im Einklang mit dem Gesetzeszweck. Sie steht jedoch nicht im Einklang mit dem

7) Pade, in: jurisPK-SGB V, 2. Aufl., § 37, Rdnr. 66.2, Stand: 15.1.2016.

8) Anstatt vieler vgl. Neumann, in: Neumann/Pahlen/Majerski=Pahlen, SGB IX, 12. Aufl. 2010, § 2, Rdnrn. 18 ff.; Luthe, in: jurisPK-SGB IX, 2. Aufl. 2015, § 2, Rdnrn. 84 ff.; Jabben, in: Beckscher Online-Kommentar SGB IX, 39. Aufl. 2015, § 2, Rdnr. 6.

9) Pade, in: jurisPK-SGB V, 2. Aufl., § 37, Rdnr. 66.2, Stand: 15.1.2016.

10) Hierzu Luthe/Palsherm, Fürsorgerecht – Grundsicherung und Sozialhilfe, 3. Aufl. 2013, 180, 199; Währendorf, in: Grube/Währendorf (Hrsg.), SGB XII, 5. Aufl. 2014, § 27a, Rdnrn. 29 ff.; Kaiser, in: Beckscher Online Kommentar SGB XII, 39. Aufl. 2015, § 61, Rdnr. 12.

11) A. A. Pade, in: jurisPK-SGB V, 2. Aufl., § 37, Rdnr. 66.1, Stand: 15.1.2016.

insofern unmissverständlichen Gesetzeswortlaut. Wäre Anderes gewollt gewesen, hätte der Gesetzgeber, wie bei präventiver Zielrichtung sonst auch, die Formulierung der „Verhütung“ einer Verschlimmerung wählen müssen (vgl. etwa § 4 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX). Der Gesetzgeber hat somit bei einer akuten Verschlimmerung unter Nachhaltigkeitsaspekten zwar auf das Schwerekriterium verzichtet, nicht aber auf das Akutstadium, wohl um die Inanspruchnahme der Kurzzeitpflege zulasten der Krankenkasse nicht ausufern zu lassen. Stets muss jedoch eine *Krankheit* vorliegen. Dies ist ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat¹².

5. Leistung „entsprechend § 42 SGB XI“

Die Leistungen des § 39c SGB V sind entsprechend § 42 SGB XI (Kurzzeitpflege) zu gewähren. Dies bedeutet, dass die Leistungen grundsätzlich an den Vorgaben des § 42 SGB XI zu orientieren sind, *marginale Abweichungen* hiervon in begründeten Fällen jedoch möglich sind, solange hierdurch der Zweck der Kurzzeitpflege nicht durchkreuzt wird und der Bedarf des Versicherten hinreichend gesichert erscheint. Eine unmittelbare und nicht abänderbare Bindung an § 42 SGB XI erfolgt im Unterschied hierzu nur bei der *Leistungsdauer und der Leistungshöhe*: hier verweist § 39c SGB V in S. 2 ebenfalls zwar „entsprechend“ auf die Vorgaben in § 42 Abs. 2 S. 1 und 2 SGB XI. Allerdings macht es einen Unterschied, ob auf die Regelungen des SGB XI nur allgemein oder wie in S. 2 gezielt unter Bezugnahme auf konkrete Regelungsaspekte verwiesen wird.

Nicht abänderbar aber sind die wesentlichen Strukturmerkmale der in § 42 SGB XI geregelten Kurzzeitpflege. Hierzu gehören:

- die Leistungserbringung in einer *vollstationären Einrichtung* (§ 42 Abs. 1 SGB XI)
- die Begrenzung auf *vier Wochen* im Kalenderjahr und den *Gesamtbetrag* von 1612 € (§ 42 Abs. 2 S. 1 und 2 SGB XI, vgl. insofern § 39c S. 2 SGB V); nicht anwendbar sind die Sätze 3 bis 5 des § 42 Abs. 2 SGB XI, da in § 39c SGB V nur die Sätze 1 und 2 in Bezug genommen werden (Umkehrschluss)
- die in § 42 Abs. 3 und 3 SGB XI zum Ausdruck kommende grundsätzliche Möglichkeit, die Kurzzeitpflege auch in *anderen Einrichtungen* als in zugelassenen Pflegeeinrichtungen in Anspruch zu nehmen, zumal diese Möglichkeit auch nach § 39c S. 3 eröffnet ist.

Hinsichtlich der Inanspruchnahme anderer Einrichtungen aber bestehen Spielräume für eine *Abweichung von den Vorgaben des SGB XI*. Diese bestehen

- für die Option, Kurzzeitpflege in begründeten Einzelfällen auch in *geeigneten Einrichtungen der Behindertenhilfe und anderen geeigneten Einrichtungen* erbringen zu können (§ 42 Abs. 3 SGB XI). In dieser Hinsicht ist innerhalb des SGB V aber die gegenüber Satz 1 speziellere Regelung in S. 3 des § 39c SGB V anzuwenden, der die Leistungserbringung in einer anderen „geeigneten“ Einrichtung weitaus offener, d.h. ohne Berücksichtigung weiterer Kriterien, in das pflichtgemäße Ermessen der Krankenkasse stellt mit der Konsequenz, dass die besonderen Voraussetzungen des § 42 Abs. 3 S. 1 SGB XI im SGB V von § 39c S. 3 verdrängt werden. Daraus folgt, dass es grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob die Pflege in einer zugelassenen Pflegeeinrichtung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, wie dies § 42 SGB XI bestimmt. Auch muss es sich nicht notwendig um eine Einrichtung der Behindertenhilfe handeln. Nicht ausgeschlossen aber ist, dass die Krankenkasse diese Kriterien im Rahmen ihrer Ermessensbetätigung berücksichtigt, wenn dies der Bedarfsdeckung dienlich ist. Voraussetzung aber

ist stets – und zwar in allen Fällen der Unterbringung innerhalb und (erst recht) außerhalb einer zugelassenen Pflegeeinrichtung – ein Vertragsabschluss nach § 132h SGB V (zu den Versorgungsverträgen s. unten)

- aus gleichen Gründen für die Option, Kurzzeitpflege in *stationären Einrichtungen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation* erbringen zu können (§ 42 Abs. 4 SGB XI). Auch hier aber kann die Unterbringung in einer solchen Einrichtung im Rahmen der Ermessensbetätigung besonders angezeigt sein, wenn, wie in § 42 Abs. 4 SGB XI vorgesehen, während einer Maßnahme der medizinischen Rehabilitation und Vorsorge für eine Pflegeperson eine gleichzeitige Unterbringung und Pflege des Kurzzeitpflegeberechtigten erforderlich ist. Im Gegensatz zu § 42 Abs. 4 SGB XI aber kommt die vollstationäre Unterbringung in einer Rehabilitationseinrichtung als einer „geeigneten Einrichtung“ i. S. des § 39c SGB V auch dann in Betracht, wenn eine rehabilitationsbedürftige Pflegeperson nicht vorhanden ist. Voraussetzung aber ist stets – und zwar in allen Fällen der Unterbringung innerhalb und (erst recht) außerhalb einer zugelassenen Pflegeeinrichtung – ein Vertragsabschluss nach § 132h SGB V (zu den Versorgungsverträgen s. unten).

6. Übergangszeit

Dass Leistungen nur für eine „Übergangszeit“ beansprucht werden sollen (§ 39c S. 1 SGB V), ist ein *Wesensmerkmal* der Kurzzeitpflege, mit dem die grundsätzliche Zielrichtung des Gesetzes zum Ausdruck gebracht wird. Kurzzeitpflege wird also nicht gewährt, wenn von Beginn an feststeht, dass eigentlich eine stationär erbrachte medizinische Behandlung oder Pflege nötig ist. Im Übrigen bedeutet dies:

- Leistungen sind grundsätzlich nur möglich, solange die Versorgung im häuslichen Bereich des Versicherten nicht gesichert ist; dies wird im Kern aber bereits auch durch den Vorrang der häuslichen Krankenhilfe nach § 37 Abs. 1a SGB V sichergestellt („Nicht-Ausreichen“, s. oben, sub 3.a)).
- Tritt während der Leistungsgewährung keine erkennbare Verbesserung des Gesundheitszustands ein oder ist eine solche auch kurz vor der Leistungsgewährung nicht zu erwarten, so muss entweder die Möglichkeit eines (ggf. erneuten) stationären Aufenthalts zur Krankenbehandlung bzw. Rehabilitation oder die Möglichkeit der Gewährung von Leistungen der sozialen Pflegeversicherung geprüft werden, da die Kurzzeitpflege des SGB V im Unterschied zu den anderen Leistungen eben nur für eine Übergangszeit in Betracht kommt.
- Wurde der Versicherte im Rahmen der Kurzzeitpflege stationär untergebracht und bessert sich sein Gesundheitszustand in dieser Zeit in einem Maße, dass nicht mehr von einer schweren oder sich akut verschlimmernden Erkrankung ausgegangen werden kann, so endet die Leistungsberechtigung zum Zeitpunkt der Feststellung der Zustandsverbesserung (ggf. unter Anwendung der Aufhebungsvorschriften des SGB X).

7. Nicht-Feststellung der Pflegebedürftigkeit im Sinne des SGB XI

Eine wesentliche Voraussetzung für den Anspruch auf vorübergehende Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung ist die fehlende Pflegebedürftigkeit i. S. des § 14

12) Vgl. im Einzelnen Lang, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl. 2014, § 27, Rdnrn. 14 ff.; Stegge, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB V, Stand: 10/2010, § 27, Rdnrn. 27 ff.

SGB XI. Die vorherige formale „Feststellung“ fehlender Pflegebedürftigkeit ist nicht erforderlich, obgleich der Wortlaut des § 39c SGB V darauf hinzudeuten scheint. Die Regelung ist demgegenüber so zu verstehen, dass von fehlender Pflegebedürftigkeit immer dann ausgegangen werden kann, wenn entweder deren Voraussetzungen (insbesondere der Sechs-Monats-Zeitraum) offensichtlich nicht vorliegen, wenn ferner auch nach medizinisch-pflegerischer Erkenntnis hiervon nicht ausgegangen werden kann oder wenn dies innerhalb eines Feststellungsverfahrens nach § 18 SGB XI bereits verbindlich festgestellt worden ist.

8. Zugelassene Einrichtungen, andere Einrichtungen, Ermessen

a) Einrichtungen

Zugelassene Einrichtungen sind solche, mit denen ein Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI geschlossen wurde. Hinsichtlich des *Einrichtungsbegriffs* sind die Besonderheiten der Kurzzeitpflege und in dieser Hinsicht die Strukturen der beispielgebenden sozialen Pflegeversicherung zu beachten. Es gilt ein selbstständiger pflegeversicherungsrechtlicher Einrichtungsbegriff¹³, der auf den Einrichtungsbegriff in § 39c SGB V übertragen werden kann. Allerdings kann es auf die Einrichtungsdefinition nicht mehr entscheidend ankommen, wenn die Einrichtung nach § 72 SGB XI bzw. § 132h SGB V durch Versorgungsvertrag zugelassen wurde und damit alle bedarfsrelevanten und organisatorischen Anforderungen einer Pflegeinstitution erfüllt.

Andere „geeignete Einrichtungen“ i. S. des § 39c S. 3 SGB V sind solche ohne einen entsprechenden Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI. Die *Eignung* der Einrichtung orientiert sich am Grundsatz individueller Bedarfsdeckung: die Einrichtung ist nur dann geeignet, wenn die sachlichen, personellen und organisatorischen Bedingungen der Einrichtung die Gewähr dafür bieten, dass der Betreuungs- und Versorgungsbedarf des Versicherten (vgl. oben, sub 3. b), 4. a)) im Rahmen der durch § 42 SGB XI vorgegebenen und durch § 39c SGB V in Bezug genommenen Strukturen lückenlos sichergestellt werden kann.

Die Kriterien des § 42 Abs. 3 SGB XI (Kurzzeitpflege in geeigneten Einrichtungen der Behindertenhilfe und anderen geeigneten Einrichtungen) werden durch die im Vergleich hierzu offen ausgestaltete Ermessensregelung in § 39c S. 3 SGB V verdrängt (s. nachfolgend sub c)) was nicht besagt, dass ihnen innerhalb der Ermessensbetätigung keinerlei Bedeutung zukommen kann. Daraus folgt, dass es jedenfalls nicht zwingend darauf ankommen muss, ob die Pflege in einer zugelassenen Pflegeeinrichtung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, wie dies § 42 SGB XI bestimmt. Gleiches gilt für die Kriterien des in Bezug genommenen § 42 Abs. 4 SGB XI (Kurzzeitpflege in stationären Einrichtungen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation wegen Reha der Pflegeperson). So kommt eine vollstationäre Unterbringung in einer Rehabilitationseinrichtung als einer „geeigneten Einrichtung“ i. S. des § 39c SGB V entgegen § 42 Abs. 4 SGB XI auch dann in Betracht, wenn eine rehabilitationsbedürftige Pflegeperson nicht vorhanden ist, vorausgesetzt es wurde ein entsprechender Versorgungsvertrag nach § 132h SGB V geschlossen.

c) Ermessen

Das Ermessen bei der Auswahl der Einrichtung (§ 39c S. 3 SGB V) ist pflichtgemäß auszuüben. Grundsätzlich kann nur diejenige Einrichtung in Betracht gezogen werden, die den *Bedarf des Versicherten* bei objektiver Betrachtung vollständig deckt. Allerdings hat der Versicherte ein gesetzübergreifendes Wunschrecht hinsichtlich der Inanspruchnahme von Diensten und Einrichtungen (§ 33 SGB I). Im

hier maßgeblichen SGB V ist ein solches *Wunschrecht* indes nur unvollkommen ausgestaltet¹⁴. Die Wünsche des Versicherten zugunsten einer bestimmten Einrichtung sind insofern im Rahmen der Ermessensbetätigung zwar neben anderen Kriterien zu berücksichtigen; ein abstraktes Übergewicht in Abwägungen kommt ihnen gerade im SGB V aber nicht zu. Insbesondere ist der Versichertenwunsch von vornherein dann nicht maßgeblich, wenn hiermit eine vollständige Bedarfsdeckung i. S. einer angemessenen psychosozialen Betreuung und nachhaltigen Sicherung des Ergebnisses der vorausgegangenen medizinischen Behandlung nicht erreicht werden kann. Insofern ist ein *objektiver fachlicher Maßstab* anzulegen. Es kommt jedoch auch auf die *subjektiven Vorstellungen und Befindlichkeiten* des Versicherten an. Insbesondere das Bedarfskriterium in § 132h SGB V ist nicht nur unter dem Aspekt zu würdigen, dass die allgemeine Versorgung mittels entsprechender Einrichtungen der Kurzzeitpflege „überhaupt“ sichergestellt ist, sondern der Bedarfsaspekt ist auch unter dem Gesichtspunkt individueller Bedarfsdeckung zu sehen (vgl. oben, sub 3. b), 4. a)). Hierbei sind in besonderem Maße die sozialklimatischen Bedingungen einer typischen Pflegeeinrichtung im Auge zu behalten. So muss gefragt werden, ob es dem Versicherten stets zumutbar ist, in einem ggf. von Morbidität und Mortalität geprägten Klima betreut zu werden, insbesondere wenn dies mit schmerzlichen Erinnerungen an die eigene Erkrankung verbunden sein sollte. Dies wäre ggf. auch unter fachlichen Aspekten zu würdigen, wenn im Zuge derartiger Auswirkungen eine Beeinträchtigung des Heilungsprozesses beim Versicherten zu befürchten ist.

TS-a

9. Versorgungsverträge

Die Krankenkassen oder die Landesverbände der Krankenkassen können nach dem neuen § 132h SGB V¹⁵ mit geeigneten Einrichtungen Verträge über die Erbringung von Kurzzeitpflege nach § 39c SGB V schließen, soweit dies für eine bedarfsgerechte Versorgung notwendig ist.

a) Regelungsgehalt und Normzweck

§ 132h SGB V dient der leistungserbringungsrechtlichen Umsetzung der neugeschaffenen Kurzzeitpflege des § 39c SGB V. Im Unterschied zur Pflegeversicherung und den dortigen Kurzzeitpflege korrespondierenden Finanzierungsvorschriften der §§ 71–76 SGB XI fällt bei § 132h SGB V jedoch dessen ausgesprochen knappe Fassung ins Auge. Insofern erinnert die Vorschrift eher an die §§ 132b und 132c Abs. 1 SGB V, mit denen sie fast wortgleich ist¹⁶. Anstatt inhaltlicher Vorgaben überlässt die Vorschrift die nähere Ausgestaltung einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Krankenkassen oder den Verbänden der Krankenkassen auf der einen und den Leistungserbringern auf der anderen Seite.

Gesetzgeberisches Ziel des § 132h SGB V ist sicherzustellen, dass die Kurzzeitpflege zeitnah nach der gesetzlichen

13) *Udsching*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 71 Rdnr. 5; *Groth*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), *SGB XI*, Stand: 35. Erg.-Lfg. 2010, § 71, Rdnr. 16.

14) *Noftz*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), *SGB V*, § 2a, Rdnrn. 16 ff., sowie § 2, Rdnr. 20; ferner *Peters*, in: *KassKomm.*, Stand: 87. Erg.-Lfg. 2015, § 2, Rdnrn. 5 ff.

15) § 132h SGB V ist eingeführt worden mit Wirkung v. 1.1.2016 durch das Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (Krankenhausstrukturgesetz) v. 10.12.2015 (BGBl. I S. 2229). Die Vorschrift ist erst in den Ausschussberatungen in den Gesetzesentwurf eingefügt worden (vgl. hinsichtlich der Gesetzgebungsmaterialien BT-Dr. 18/6586).

16) Ebenso *Schneider*, in: *jurisPK-SGB V*, 2. Aufl., § 132h, Rdnr. 2, Stand: ■.

Einführung dieser Leistung auch tatsächlich von den Krankenkassen erbracht werden kann¹⁷. Neben dieser an der allgemeinen *infrastrukturellen Bedarfssicherung* orientierten Zielsetzung aber kann im Blick auf das in § 132h SGB V genannte Bedarfskriterium als Ziel auch in Betracht gezogen werden, dass es dem individuellen Bedarf des Versicherten nicht immer entsprechen wird, in einer klassischen Pflegeeinrichtung untergebracht zu werden, und dass er mit der Unterbringung in einer sog. geeigneten Einrichtung dagegen im Einzelfall ggf. eine seiner gesundheitlichen Situation angemessenere Versorgung erhalten kann.

b) Geltung des Öffentlichen Rechts

Die Verträge zwischen Krankenkassen und Erbringern von Leistungen sind nach § 69 SGB V dem öffentlichen Recht zuzuordnen¹⁸. Auf die Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern sind entsprechend ihrem öffentlich-rechtlichen Charakter die §§ 53 ff. SGB X anzuwenden.

c) Vertragspartner

Vertragspartner der Versorgungsverträge auf Kassenseite sind einzelne Krankenkassen oder ihre Landesverbände (§ 207 SGB V). Bundesweite Rahmenverträge wie im Pflegeversicherungsrecht (vgl. § 75 SGB XI) sind nicht vorgesehen. Selbst Empfehlungen für die nähere Ausgestaltung gibt es nicht. Die Betonung der kassenindividuellen Ebene verbietet indessen nicht, einheitlich formulierte Verträge mehrfach abzuschließen¹⁹. Das Gesetz ermöglicht einen unterschiedlichen Inhalt der Verträge für die einzelnen Krankenkassen oder ihre Landesverbände, erzwingt ihn aber nicht.

Abschlussberechtigt auf Seiten der Leistungserbringer sind (geeignete) Einrichtungen. Das Gesetz geht damit grundsätzlich von einrichtungsindividuellen Vertragsschlüssen aus²⁰. Insofern dieser mit Verhandlungs- und Abschlussvollmacht handelt, kann jedoch auch ein Verband für die einzelnen Einrichtungen als Vertragspartner der Kassenseite auftreten.

d) Geeignete Einrichtungen

„Geeignete Einrichtungen“ i. S. der §§ 39c S. 3, 132h SGB V sind zunächst – und vom Gesetzgeber beabsichtigt – solche ohne einen entsprechenden Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI. Die *Eignung* der Einrichtung orientiert sich am Grundsatz individueller Bedarfsdeckung: die Einrichtung ist nur dann geeignet, wenn die sachlichen, personellen und organisatorischen Bedingungen der Einrichtung die Gewähr dafür bieten, dass der Betreuungs- und Versorgungsbedarf des Versicherten (vgl. oben, sub 3. b) 4. a)) im Rahmen der durch § 42 SGB XI vorgegebenen und durch § 39c in Bezug genommenen Strukturen (vgl. oben, sub 5.) lückenlos sichergestellt werden kann.

Hinsichtlich des *Einrichtungsbegriffs* sind die Besonderheiten der Kurzzeitpflege und in dieser Hinsicht die Strukturen der beispielgebenden sozialen Pflegeversicherung zu beachten. Es gilt ein selbstständiger pflegeversicherungsrechtlicher Einrichtungsbegriff²¹, der im Rahmen des § 132h SGB V übernommen werden kann. Allerdings kann es auf die Einrichtungsdefinition nicht mehr entscheidend ankommen, wenn die Einrichtung nach § 72 SGB XI bzw. § 132h SGB V durch Versorgungsvertrag zugelassen wurde und damit alle bedarfsrelevanten und organisatorischen Anforderungen einer Pflegeinstitution erfüllt.

e) Gestaltungsrecht der Vertragspartner

Die Eignung der Einrichtung gehört nach der üblichen rechtsdogmatischen Klassifikation zwar in die Kategorie eines unbestimmter Rechtsbegriffs. Allerdings kommt den Ge-

richten hier im Unterschied zu sonst keine Letzt Konkretisierungsbefugnis zu; diese hat der *Gesetzgeber den Vertragsparteien überantwortet*. Hieraus folgen eine Reihe von Grundsätzen:

- Insofern ist es im Vertragsmodell des SGB V nicht Aufgabe der Gerichte, nach Art von Schiedsstellen vertragliche Details zu regeln und im Streitfall insbesondere die Vergütung festzusetzen²².
- Anderes gilt nur, wenn die Krankenkasse ihre Verhandlungsmacht missbraucht und bspw. gegen das Kartellrecht oder (etwa bei Verweigerung des Vertragsschlusses) gegen die Grundrechte des Anbieters verstößt²³.
- Auch wird durch die Kompetenz der Vertragsparteien ausgeschlossen, dass der Vertragsinhalt durch ein nachträgliches Verhalten eines Vertragspartners einseitig umgestaltet werden darf, etwa durch den eigenmächtigen Erlass von Richtlinien²⁴. Dies folgt aus der im gesetzessystematischen Zusammenhang deutlich werdenden Bedeutung solcher Versorgungsverträge für die ordnungsgemäße Versorgung i. S. eines „Partnermodells“, in dem der einzelne Anbieter nicht als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung, sondern als dem Staat gleichberechtigter Kooperationspartner an der Versorgung mitzuwirken hat²⁵.
- Im Vergabeverfahren (s. unten) wird dem öffentlichen Auftraggeber bei der Eignungsprüfung von den Gerichten ein Beurteilungsspielraum zugestanden²⁶, da die Eignung stets mit einer Prognoseentscheidung verbunden ist, wobei Erfahrungen aus vergangenen Vergabeverfahren berücksichtigt werden können²⁷.

f) Notwendigkeit eines Vertrages

nur mit „anderen geeigneten Einrichtungen“?

Der Gesetzgeber hat bei bereits zugelassenen Pflegeeinrichtungen von entsprechenden Verträgen nach § 132h SGB V abgesehen. Dies folgt direkt aus § 39c S. 3 SGB V, wo zwischen zugelassenen Pflegeeinrichtungen und anderen geeigneten Einrichtungen klar unterschieden wird, sowie aus § 132h SGB V, der die Möglichkeit des Vertragsschlusses auf geeignete Einrichtungen beschränkt. Deutlich wird dies aber auch aus dem Gesetzesziel, andere geeignete Einrichtungen nur zuzulassen, insofern „dies für eine bedarfsgerechte Versorgung notwendig ist“. Schließlich wird man dem Gesetzgeber eine pragmatische Sicht unterstellen dürfen dergestalt, dass für zugelassene Pflegeeinrichtungen angesichts der mittels vorliegender Zulassung bereits sichergestellten materiellen Tätigkeitsanforderungen ein weiterer Vertrag für entbehrlich gehalten wurde. Denn die Leistungen nach § 39c SGB V und § 42 SGB XI sind weitestgehend identisch. Der einzige Unterschied besteht darin, dass Pflegebedürftigkeit i. S. des SGB XI bei § 39c SGB V nicht vorliegen muss.

17) BT-Dr. 18/6586, S. 113.

18) BSG, Urt. v. 24.1.2008 – B 3 KR 2/07 –, LSG Nordrh.-Westf., Urt. v. 12.3.2009 – L 16 KR 64/08 –.

19) Schneider, in: jurisPK-SGB V, 2. Aufl., § 132h, Rdnr. 6, Stand: ■.

20) Schneider, in: jurisPK-SGB V, 2. Aufl., § 132h, Rdnr. 7, Stand: ■.

21) Groth, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB XI, Stand: 35. Erg.-Lfg. 2010, § 71, Rdnr. 16; Udsching, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 71 SGB XI, Rdnr. 5.

22) LSG Nordrh.-Westf., Urt. v. 12.3.2009 – L 16 KR 64/08 –, unter Bezug auf BSG, SozR 4-2500 § 132a Nr. 4 und BSG, SozR 3-2200 § 376d Nr. 1.

23) BSG, Urt. v. 17.7.2008 – B 3 KR 23/07 –, BSG, Urt. v. 24.1.1990 – 3 RK 11/88 –.

24) BSG, Urt. v. 27.10.2009 – B 1 KR 4/09 R –.

25) Zu weiteren prozessualen Implikationen des Partnerschaftsmodells vgl. Luthe, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB V, § 132a, Rdnr. 30; sowie ders., WzS 2014, 315.

26) OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.7.2005 – VII-Verg 104/08 –.

27) OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.3.2004 – 11 Verg 4/05 –, IBR 2004, 452.

Allerdings sind die Pflegekassen trotz ihrer organisatorischen Verbindung mit den Krankenkassen *rechtlich selbstständige Körperschaften* des Öffentlichen Rechts²⁸. Allein aufgrund ihrer organisatorischen Verbundenheit mit den Pflegekassen können Krankenkassen jedenfalls nicht in Rechtsverhältnisse der Pflegekassen eintreten bzw. diese für sich nutzbar machen. Dass der Gesetzgeber zugunsten der Krankenkassen sich des Rechtsinstituts der Organleihe bemächtigen wollte, dafür gibt es im Gesetz keinerlei Anhaltspunkte. Die für zugelassene Pflegeeinrichtungen geltenden Versorgungsverträge gelten für Krankenkassen und ihre Verbände somit nicht. Da § 132h SGB V die einzige für die Leistung des § 39c SGB V in Frage kommende Vertragsnorm ist, müssen entsprechende Verträge mithin nicht nur mit anderen geeigneten Einrichtungen, sondern *auch mit zugelassenen Pflegeeinrichtungen geschlossen* werden²⁹. Diese werden dann gewissermaßen ebenfalls zu „geeigneten Einrichtungen“, treten zumindest als zugelassene Pflegeeinrichtung in deren Rechtsstellung ein – schon weil es der Krankenkasse selbst verwehrt ist, aus einer Einrichtung mittels Vertrags eine zugelassene Pflegeeinrichtung zu machen. Vor diesem Hintergrund aber benötigt die zugelassene Pflegeeinrichtung auch aus rein pragmatischen Gründen einen Vertrag, weil ansonsten gar keine Leistungen abgerechnet werden könnten³⁰.

Den Vertragsparteien bleibt es jedoch unbenommen, einzelne Vertragsinhalte aus Verträgen der Pflegekassen mit insoweit zugelassenen Pflegeeinrichtungen in die Verträge nach § 132h SGB V zu übernehmen. Aus Gründen der Gleichbehandlung müssen diese dann aber auch für andere geeignete Einrichtungen gelten.

g) Inhalt der Verträge

Es bleibt den Vertragsparteien überlassen, ob und inwieweit sie sich bei den Vertragsinhalten der kassenfinanzierten Kurzzeitpflege an vorliegenden Versorgungsverträgen der Pflegekassen orientieren. Nach den gesetzlichen Vorgaben orientieren sich zwar die Leistungen am SGB XI, nicht jedoch die Versorgungsverträge. Man wird bei der näheren Vertragsgestaltung zu berücksichtigen haben, dass es sich bei den Leistungsberechtigten um Personen handelt, die nicht pflegebedürftig sind. Es bleibt dem Fachurteil der Vertragspartner überlassen, inwiefern dies auf eine im Vergleich zu den Vergütungen und Qualitätsstandards der Pflegeversicherung geringere Vergütung und trotz grundsätzlicher Bezugnahme auf § 42 SGB XI in § 39c SGB V im Detail zu anderen Qualitätsanforderungen führen muss (zur Möglichkeit der Abweichung vgl. oben, sub 5.).

Entscheidend ist, dass, wie § 132h SGB V zu entnehmen ist, eine bedarfsgerechte Versorgung sichergestellt wird. Damit ist nicht nur gemeint, dass allgemein „überhaupt“ Einrichtungen zur Verfügung zu stehen haben, sondern auch, dass nach Maßgabe der an der Kurzzeitpflege des § 42 SGB XI orientierten Leistungsnorm des § 39c SGB V der Bedarf des Versicherten unter angemessener Berücksichtigung auch individueller Besonderheiten garantiert sein muss (vgl. oben, sub 3. b) 4. a)). Insofern können unterschiedliche Vertragstypen für unterschiedliche Gruppen von Leistungsempfängern geboten sein. Hierfür spricht auch der in § 2 Abs. 3 S. 1 SGB V geregelte Pluralismusgedanke und das über § 33 SGB I rudimentär gegebene Wunschrecht. Welche Anforderungen genau zugrunde zu legen sind, wird man nach der Evaluationsphase (vgl. § 39c S. 4 SGB V) vermutlich mit größerer Klarheit entscheiden können.

h) Der Versorgungsvertrag als Selektivvertrag

§ 132h SGB V regelt Selektivverträge. Es ist also *nicht so*, dass mit allen Anbietern Verträge zu schließen sind unter der Voraussetzung, dass sie die Eignungskriterien erfüllen. Verträge

sind vielmehr nur abzuschließen, „soweit dies für eine bedarfsgerechte Versorgung notwendig ist“. Der Anbieterkreis ist mithin beschränkt. Durch den vom Gesetzgeber offensichtlich übersehenen Umstand, dass auch bereits zugelassene Pflegeeinrichtungen zur Leistungserbringung nur im Wege des Vertragsschlusses nach § 132h SGB V berechtigt sein können (vgl. oben, sub 9. f)), gehören dem Bewerberkreis bereits zugelassene Pflegeeinrichtungen als Wettbewerber ebenso an wie andere geeignete Einrichtungen. Eine privilegierte Stellung bereits zugelassener Einrichtungen gegenüber den anderen geeigneten Einrichtungen bei der Anbieterauswahl ist somit ausgeschlossen. Man wird aber davon ausgehen können, dass dies auch unabhängig hiervon aus allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Gründen der Fall ist, selbst wenn für bereits zugelassene Pflegeeinrichtungen keine weitere Vertragszulassung nach § 132h SGB V erforderlich gewesen wäre.

Wenn die Krankenkassen verpflichtet sind, Verträge nur dann abzuschließen, wenn dies für eine *bedarfsgerechte Versorgung notwendig* ist, bedeutet dies zunächst, dass eine ausreichende Zahl von Leistungserbringern durch Versorgungsverträge zuzulassen sind. Andererseits sind die Krankenkassen und ihre Verbände berechtigt, die Zahl der zugelassenen Leistungserbringer entsprechend dem Bedarf einzuschränken und damit eine bedarfsorientierte Auswahl zu treffen. Hierbei sind allerdings die strengen Anforderungen der Rechtsprechung des BSG zu beachten, die für den mit einer Bedarfsprüfung verbundenen Eingriff in das *Grundrecht des Art. 12 GG* (Einschränkung der Freiheit der Berufswahl) eine verfassungsrechtliche Legitimation und eine für die Betroffenen nachvollziehbare normative Entscheidungsgrundlage verlangt³¹. Ohne ausreichende Qualitätsanalysen und Prüfungen vor Ort im Rahmen einer aussagekräftigen Bedarfsanalyse aber ist die Ablehnung in Frage kommender Leistungserbringer rechtswidrig³². Grundsätzlich ist der Sachverhalt von Amts wegen bzw. vom Gericht aufzuklären (§ 20 SGB X, § 103 SGG). Für die Unaufklärbarkeit der bedarfsrelevanten Faktoren trägt der Leistungserbringer jedoch die objektive Beweislast.

i) Vergaberecht

Angesichts der gewährten Exklusivrechte an einen mittels Bedarfslenkung ausgesuchten Kreis von Leistungserbringern (vgl. oben, sub 9. h)) ist es zwingend geboten, eine Ausschreibung der Verträge nach den Bedingungen des Vergaberechts vorzunehmen, um das wettbewerbs- und freiheitsrechtlich gebotene Maß an Transparenz, Kostengünstigkeit und Diskriminierungsfreiheit bei der Auftragserteilung sicherzustellen³³. Seitdem die Eigenschaft der Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber nunmehr

28) Näher *Peters*, in: KassKomm., Stand: 87. Erg.-Lfg. 2015, § 1 SGB X, Rdnr. 10; *Wagner*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB X, Stand: 44. Erg.-Lfg. 2013, § 1, Rdnr. 14.

29) Im Ergebnis ebenso *Schneider*, in: *jurisPK-SGB V*, 2. Aufl., § 132h, Rdnr. 9, Stand: ■.

30) *Schneider*, in: *jurisPK-SGB V*, 2. Aufl., § 132h, Rdnr. 9, Stand: ■.

31) Vgl. zur Bedarfsprüfung bei Abschluss von Verträgen mit Rehabilitationseinrichtungen nach § 111 S. 1 Nr. 2 SGB V; BSG, Urt. v. 19.11.1997, BSGE 81, 189 = SozR 2500 § 111 Nr. 1 = NZS 1989, 429.

32) SG Meiningen, Beschl. v. 16.1.2003 – S 5 RJ 881/02 –, RsDE 59, 98.

33) Näher zur Bedeutung des Vergaberechts im Leistungserbringungsrecht des SGB V: *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 69 SGB V Rdnr. 25; *Hess*, in: KassKomm., Stand: 87. Erg.-Lfg. 2015, § 69 Rdnrn. 10a ff.; *Becker/Kingreen*, in: *dies.* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl. 2014, § 69, Rdnrn. 44 ff.; *Wendtland*, in: *Beckscher Online-Kommentar Sozialrecht*, Stand 39. Aufl. 2015, § 69 SGB V, Rdnrn. 22 ff.; *Luthe*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB V, § 132d, Rdnr. 8, § 132, Rdnrn. 22 ff., § 130a, Rdnrn. 40, 45, § 127, Rdnrn. 8 ff., 13 ff.

nicht mehr in Zweifel gezogen werden kann³⁴, darf man die Anwendung von Vergaberecht unter dem Aspekt der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit auch innerhalb des SGB V als zwingendes Erfordernis voraussetzen.

Zu beachten ist, dass der Gesetzgeber mit der Reform des Vergaberechts durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.2.2016³⁵ bei sozialen und gesundheitlichen Dienstleistungen³⁶ zahlreiche Vereinfachungen für die Auftragsvergabe geschaffen hat³⁷. Im sog. Oberschwellenbereich galt bislang das in nationales Recht transformierte und im 2. Abschnitt der VOL/A im Einzelnen umgesetzte europäische Vergabeverfahren, im sog. *Unterschwellenbereich* der aufgrund der BHO, LHO oder GemHVO im Anwendungsfeld sozialer Dienstleistungen für verbindlich erklärte 1. Abschnitt der VOL/A. Der ehemals im Oberschwellenbereich für die Umsetzung europäischen Rechts geltende 2. Abschnitt der VOL/A ist nunmehr entfallen. Alles Wesentliche wird jetzt in der VergaberechtsmodernisierungsVO³⁸ geregelt. Die Ausgestaltung des Unterschwellenbereichs innerhalb der VOL/A war zum Bearbeitungszeitpunkt (Februar 2016) noch nicht abgeschlossen. Allerdings fand bislang unterhalb des Schwellenwertes lediglich §22 der Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung (SVHV) Anwendung, nicht aber die VOL/A, auch nicht nach §22 SVHV. Denn es fehlte stets an einer übergeordneten Norm, die die VOL deutlich in Bezug nimmt. Man wird sehen, ob dies so bleibt oder ob auch die SVHV noch in den Sog der Vergaberechtsreform geraten wird.

Wenn jedoch behauptet wird, der Anwendung von Vergaberecht stünde die *Sondervorschrift des §69 Abs. 2 S. 2 SGB V* entgegen, wonach die Geltung von Vergaberecht ausgeschlossen wird, wenn es sich um Verträge handelt, zu deren Abschluss die Krankenkassen verpflichtet sind, so ist dies nur die halbe Antwort³⁹. Ohne Zweifel besteht eine Verpflichtung zum Vertragsschluss, wenn dies direkt und unmissverständlich im SGB V zum Tragen kommt. Dies ist vor dem Hintergrund des Beitrittsrechts in §127 Abs. 2a SGB V jedoch nur bei der Hilfsmittelversorgung nach §127 Abs. 2 SGB V der Fall.

Ergibt sich der Anspruch anstatt aus dem Gesetz jedoch nur aus Art. 12 Abs. 1 GG, weil und insoweit bestimmte gesetzliche Zulassungskriterien erfüllt sind und sich dann

ein Anspruch vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit gewissermaßen aufdrängt (etwa bei Verträgen nach den §§ 111 Abs. 2, 132, 132a Abs. 2, 132e und § 133, auch bei den bedarfsabhängigen Vertragsschlüssen nach §§ 109 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, § 108 Nr. 3, §§ 132b, 132c, 132d SGB V), so wird man nach dem erkennbaren Zweck des Gesetzes und seinem systematischen Zusammenhang mit §69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. S. des §69 Abs. 2 S. 2 kaum von einer gesetzlichen Verpflichtung zum Vertragsschluss sprechen können. Eine solche Verpflichtung liegt bei lediglich grundrechtlicher Fundierung derselben deshalb nicht vor, als man den mit §69 Abs. 2 S. 1 SGB V bezweckten und nach gesundheitsökonomischer Einschätzung dringend gebotenen⁴⁰ Wettbewerb zwischen den Anbietern hierdurch empfindlich beeinträchtigen, ja unmöglich machen würde⁴¹. Dies wäre ein paradoxes Vorgehen: den grundrechtlich gebotenen, weil nach Kriterien der Leistungsgerechtigkeit „fairen“ Wettbewerb der Leistungserbringer zugunsten einer grundrechtlich garantierten Marktzulassung zu unterminieren. Die Verpflichtung zum Vertragsschluss kann deshalb nur dann gegeben sein, wenn dies im Gesetz eindeutig zum Ausdruck kommt. Da dies *bei §132h SGB V* jedoch nicht der Fall ist, kommt Kartellvergaberecht zur Anwendung.

34) EuGH, Urt. v. 11.6.2009 – C-300/07 –; LSG Nordrh.-Westf., Beschl. v. 23.4.2009 – L 21 KR 36/09 SFB –; *Hattenhauer/Wilke*, ZfBR 2015, 662; *Luthe*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), SGB V, § 127, Rdnr. 11.

35) BGBl. I Nr. 8 v. 32.2.2016, S. 203.

36) Vgl. hierzu die im Anhang XIV der in der Richtlinie 2014/24/EU genannten Referenznummern.

37) Vgl. im Überblick hierzu für die sozialen und gesundheitlichen Dienstleistungen: *Luthe*, in: *ders./Nellissen* (Hrsg.), jurisPK-SGB VIII, § 1, Rdnr. 49.1. bis 49.5. (Stand: Februar 2016); sowie *ders.*, in: *Hauck/Noftz/Luthe* (Hrsg.), SGB XII, Einführung E 010, Rdnr. 249 bis 254 (Stand: März 2016).

38) Vgl. Dr. 18/7318.

39) Vgl. insofern zur Nichtanwendbarkeit von Vergaberecht, hier im Kontext der Palliativversorgung: *Engelmann*, WzS 2015, 67 ff., 75

40) Vgl. die Beiträge in: *Cassel/Jacobs/Vauth/Zerth* (Hrsg.), *Solidarische Wettbewerbsordnung*, 2014.

41) Ebenso *Becker/Kingreen*, in: *dies.* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl. 2014, § 69, Rdnr. 48.

DOI: 10.1007/s00350-016-4267-4

Ärztliche Aufklärungspflichten bei diagnostischen Röntgenuntersuchungen

Peter Wigge und Reinhard Loose

I. Einführung

In der Medizin werden ionisierende Strahlen zu Diagnose- (z. B. Röntgenaufnahmen, Röntgendurchleuchtungen, Angiographien, Computertomographie) oder zu Thera-

piezwecken (z. B. Tumorzerstörung, Reizbestrahlung) eingesetzt. Damit wird notwendigerweise die Grundlage für Strahlenexpositionen, d. h. die Einwirkung ionisierender Strahlen auf den menschlichen Körper, geschaffen.

Die Einwirkung ionisierender Strahlen auf lebende Organismen birgt im Vergleich zu anderen vom Gesetz reglementierten Schadensursachen eine besondere Problematik in sich. Die zur Schädigung führenden sog. Primärvorgänge spielen sich im mikrophysikalischen Bereich unsichtbarer und molekularer Größenordnungen ab. Zwischen diesen Primäreignissen und der sinnlich wahrnehmbaren „Schädigung“ liegen komplizierte und noch immer nicht vollständig aufgeklärte physikalisch-chemische und biologische Reaktionsketten, wobei ein mögliches Schadensereignis

Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Peter Wigge,
Fachanwalt für Medizinrecht, Rechtsanwälte Wigge,
Scharnhorststraße 40, 48151 Münster, Deutschland

Prof. Dr. med. Dr. Reinhard Loose,
Chefarzt, Institut für Radiologie Nord, Klinikum Nürnberg Nord,
Prof.-Ernst-Nathan-Straße 1, 90419 Nürnberg, Deutschland