



Deutsche Stiftung Patientenschutz
für Schwerstkranke, Pflegebedürftige und Sterbende

Patientenschutz Info-Dienst

Ausgabe 7/2016, 12. Oktober 2016

Zur verfassungsrechtlichen Problematik der unterschiedlichen normativen Ausgestaltung der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen und stationären Bereich

Rechtsgutachten
im Auftrag der Deutschen Stiftung Patientenschutz

erstellt von

Universitätsprof. Dr. Wolfram Höfling, M.A.

Direktor des Instituts für Staatsrecht der Universität zu Köln
sowie Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Finanzrecht sowie
Gesundheitsrecht der Universität zu Köln

und

Prof. Dr. Anne Schäfer, M.A.

Professorin für Gesundheits- und Sozialrecht der Hochschule Fulda

Impressum

Patientenschutz Info-Dienst wird verlegt von der Deutschen Stiftung Patientenschutz

Vorstand: Eugen Brysch (V. i. S. d. P.)

Informationsbüro Berlin: Telefon 030 28444840, Telefax 030 28444841

info@stiftung-patientenschutz.de, www.stiftung-patientenschutz.de

Die Deutsche Stiftung Patientenschutz ist eine Stiftung bürgerlichen Rechts. Sie ist vom Finanzamt Dortmund-Ost mit Steuerbescheid vom 28.01.2014, 31759413835, als gemeinnützige und mildtätige Körperschaft anerkannt.

Übersicht

A. Problemstellung und Gutachtenauftrag	5
B. Die normative Ausgestaltung der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen und im stationären Bereich	7
I. Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege	7
1. Überblick zu den Regelungen im SGB V und im SGB XI	7
2. Der Anspruch gemäß § 37 Abs. 1 SGB V	11
3. Der Anspruch gemäß § 37 Abs. 2 SGB V	14
4. Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege in besonderen Situationen und für besondere Personengruppen	16
5. Kostentragung in der GKV	17
6. Kostentragung im stationären Pflegebereich	17
II. Zur historischen Entwicklung der Behandlungspflege im häuslichen Bereich ...	22
1. Die Hauspflege in der RVO	22
2. Das Gesundheitsreformgesetz (GRG) vom 20.12.1988	23
3. Das KOV-Anpassungsgesetz 1990 – KOVAnpG 1990 vom 29.6.1990	26
4. Das Pflegeversicherungsgesetz (PflegeVG) vom 26.5.1994	27
5. Das GKV-Modernisierungsgesetz – GMG vom 14.11.2003	30
6. Das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz GKV-WSG vom 26.3.2007	35
7. Das Hospiz- und Palliativgesetz vom 1.12.2015	43
8. Das Krankenhausstrukturgesetz vom 18.12.2015	44
9. Änderungen zum 1.1.2017 durch das Zweite Pflegestärkungsgesetz	46
III. Zur historischen Entwicklung der medizinischen Behandlungspflege im stationären Bereich	46
1. Die Einführung des SGB XI und das 1. SGB XI-ÄndG vom 14.6.1996	46
2. Das Gesetz zur GKV-Gesundheitsreform 2000 vom 22.12.1999	50

3. Der Zweite Bericht zur Entwicklung der Pflegeversicherung als Weichenstellung	51
4. Das Pflegeleistungs-Ergänzungsgesetz und das Verwaltungsvereinfachungsgesetz	53
5. Das GKV Wettbewerbsstärkungsgesetz GKV-WSG	54
IV. Resümee : Problemverdrängende Perpetuierung einer ungerechtfertigten Unterscheidung	55
V. Zur Kostensituation der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen und im stationären Bereich	56
C. Zur verfassungsrechtlichen Bewertung der unterschiedlichen normativen Ausgestaltung der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen Bereich einerseits sowie im stationären Bereich andererseits	61
I. Verfassungsrechtliche Fragestellung	61
II. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als zentrale Maßstabsnorm	62
1. Grundstrukturen und normative Grundaussagen des allgemeinen Gleichheitssatzes	63
2. Ungleichbehandlung und Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	66
3. Zur Konkretisierung der Rechtfertigungsmaßstäbe	67
a) Verknüpfung von (Un-)Gleichbehandlungen und Freiheitsgebrauch	67
b) Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale	68
4. Rechtsfolge: Gleichheitsspezifische Verhältnismäßigkeitsprüfung	69
5. Sozialpolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und Gebot der Folgerichtigkeit/Sachgerechtigkeit	71

II. Die dualistische Regelungskonzeption der medizinischen Behandlungspflege auf dem Prüfstand des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots	73
1. Rückwirkung auf freiheitsrechtliche Gewährleistungsbereiche: Die Benachteiligung der auf medizinische Behandlungspflege in vollstationären Bereichen angewiesenen Personen als Relativierung selbstbestimmungsermöglichender Sorge und als Beeinträchtigung der vermögensrechtlichen Freiheitssphäre	74
2. Anknüpfung an ein persönlichkeitsbedeutsames Kriterium	76
3. Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	77
4. Kein Gegeneinwand: sog. Folgerichtigkeitsüberlegungen	78
III. Ergebnis	79
D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der rechtsgutachtlichen Untersuchung	80

A. Problemstellung und Gutachtauftrag

Das Recht der medizinischen Behandlungspflege hat eine lange Geschichte. Bereits in § 185 der Reichsversicherungsordnung im Jahre 1911 als Hauspflege normiert, hat sie sich seit den späten 1988er Jahren zunehmend in ein überaus kompliziertes System ausdifferenziert.

Dazu noch anschließend näher sub B. II.

Eine besonders gravierende Unterscheidung innerhalb des Gesamtsystems der medizinischen Behandlungspflege betrifft die – vereinfacht hier zusammengefasst – Zuordnung der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen Bereich zum Krankenversicherungsrecht einerseits und die medizinische Behandlungspflege in stationären Einrichtungen zum Pflegeversicherungsrecht andererseits.

Die normative Entwicklungsgeschichte des Rechts der medizinischen Behandlungspflege läßt immer wieder das legislatorische Unbehagen an dieser dualistischen „Lösung“ erkennen, ohne daß daraus aber die naheliegenden Konsequenzen gezogen worden sind. Gelegentlich finden sich in den Parlamentarischen Beratungen Hinweise auf die „Systemwidrigkeit“

siehe BT-Drs. 13/4091, S. 33

oder Gleichheitswidrigkeit.

Siehe BT-Drs. 13/4091, S. 37. – Eingehend noch zu diesen entstehungs- und entwicklungsgeschichtlichen Aspekten unten sub B. II.

Doch an einer ernsthaften Auseinandersetzung mit der sich darin spiegelnden verfassungsrechtlichen Problematik fehlt es bis heute.

Vor diesem Hintergrund hat uns die Deutsche Stiftung Patientenschutz um eine rechtsgutachtliche Stellungnahme gebeten.

Diese wird hiermit vorgelegt. Sie fokussiert die verfassungsrechtliche Fragestellung auf eine Überprüfung des geltenden Rechts am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes.

Dazu unten sub C.

Die durch die Deutsche Stiftung Patientenschutz wieder in die gesundheitspolitische Debatte eingebrachte Problematik ist jüngst auch in einem Beschluss des Bundesfachausschusses Gesundheit und Pflege der CDU zur Prävention und Rehabilitation für Pflegebedürftige aufgegriffen worden. In dem Papier wird vorgeschlagen, die Finanzierung von Rehabilitationsmaßnahmen für Pflegebedürftige der sozialen Pflegeversicherung (SGB XI) auf die Pflegeversicherung zu übertragen und im Gegenzug die medizinische Behandlungspflege in stationären Einrichtungen dem Finanzierungsregime der Gesetzlichen Krankenversicherung zuzuweisen.

Siehe Beschluss des Bundesfachausschusses Gesundheit und Pflege: Prävention und Rehabilitation stärken – Pflegebedürftigkeit verhindern, abrufbar im Internet unter: <https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/160302-bfa-beschluss-praevention-rehabilitation-staerken.pdf?file=1>. (letzter Zugriff am 20.5.2016)

Dabei soll die Finanzierung der medizinischen Behandlungspflege in Pflegeheimen durch eine pauschale Zahlung der GKV an die soziale Pflegeversicherung erfolgen.

B. Die normative Ausgestaltung der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen und im stationären Bereich

I. Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege

1. Überblick zu den Regelungen im SGB V und im SGB XI

Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. §§ 5 bis 10 SGB V) haben gemäß § 37 SGB V Anspruch auf häusliche Krankenpflege. Die Vorschrift beinhaltet die Krankenhausvermeidungspflege bzw. krankenhausersetzende Pflege (§ 37 Abs. 1 SGB V) und die sog. (Behandlungs-) Sicherungspflege bzw. behandlungssichernden Pflege (§ 37 Abs. 2 SGB V). Die häusliche Krankenpflege ist dabei als eine die ärztliche Behandlung flankierende Nebenleistung zur Krankenbehandlung

vgl. *Stephan Rixen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 37 Rn. 1

ausgestaltet. In der Literatur wird innerhalb des Absatzes 1 teilweise zwischen Krankenhausersatzpflege (Abs. 1, 1. Alt.) und Krankenhausvermeidungspflege (Abs. 1, 2. Alt) differenziert,

so etwa *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 1. Aufl. 2015, § 37 Rn. 1 m.w.N.

ohne dass sich daraus jedoch rechtliche Folgewirkungen ergeben. Auf Seiten der Leistungserbringer korrespondiert § 132a SGB V mit § 37 SGB V. Die Vorschrift regelt, wie die Krankenkasse die Erbringung der häuslichen Krankenpflege „durch geeignete Pflegekräfte“ (§ 37 Abs. 1 S. 1 SGB V) sicherstellt.

Vgl. *Stephan Rixen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 132a Rn. 1; *Doris Armbrüster*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 132a Rn. 1 ff.

Beide Ansprüche bestehen gegenüber der Krankenversicherung nur subsidiär gemäß § 37 Abs. 3 SGB V: Negativvoraussetzung des Anspruchs auf häusliche Kran-

kenpflege ist, dass keine im Haushalt lebende Person den Kranken in dem erforderlichen Umfang pflegen und versorgen kann. Der Ausschluss des Anspruchs setzt zweierlei voraus: erstens muss eine im Haushalt lebende Person *objektiv* zur Pflege und Versorgung in der Lage sein; zweitens muss die Hilfeleistung nach der Rechtsprechung auch subjektiv zumutbar sein. Dabei fordert das BSG wegen der Intensität der pflegerischen Eingriffe im Hinblick auf die Menschenwürde das Einverständnis von beiden Seiten.

Vgl. *Ulrich Knispel*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 40. Edition (Stand: 1.12.2015) § 37 Rn. 11; BSG SozR 3-2500 § 37 Nr. 2; zusammenfassend *Peter Udsching*, in: von Wulffen/Krasney, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 694

Für den Leistungsumfang des Anspruchs auf häusliche Krankenpflege gegenüber der GKV ist mit Ausnahme der ambulanten Palliativversorgung, die seit dem Hospiz- und Palliativgesetz vom 1.12.2015 sowohl von dem Anspruch gemäß § 37 Abs. 1 als auch von dem Anspruch gemäß § 37 Abs. 2 SGB V erfasst wird (vgl. § 37 Abs. 2a SGB V), zwischen der Krankenhausvermeidungspflege (§ 37 Abs. 1 SGB V) und der Behandlungssicherungspflege (§ 37 Abs. 2 SGB V) zu unterscheiden. Anders als der Anspruch gemäß § 37 Abs. 1 beinhaltet der Anspruch auf Behandlungssicherungspflege regelmäßig nicht die Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung.

Dazu nachgehend sub 3.

Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege hat durch das Krankenhausstrukturgesetz vom 18.12.2015 (BGBl. I 2229)

dazu sub B.II.8

eine Ergänzung erfahren. Nach Absatz 1 wurde ein neuer Absatz 1a eingefügt, der im Ausnahmefall der schweren Krankheit oder wegen akuter Verschlimmerung einer Krankheit insbesondere nach einem Krankenhausaufenthalt, nach einer ambulanten Operation oder nach einer ambulanten Krankenhausbehandlung einen Anspruch auf Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung umfasst. Solche Leistungen waren

bisher daran geknüpft, dass der Versicherte pflegebedürftig ist oder eben einen Anspruch auf Krankenhausersatzpflege bzw. Krankenhausvermeidungspflege gemäß § 37 Abs. 1 SGB V hat.

Dazu nachgehend sub 2.

Der Anspruch auf Krankenhausvermeidungspflege bzw. krankenhausersetzende Pflege ist im Gegensatz zu dem Anspruch auf Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V zeitlich auf vier Wochen je Krankheitsfall (§ 37 Abs. 1 S. 3 SGB V) begrenzt, der in begründeten Ausnahmefällen durch die Krankenkasse nach Prüfung durch den Medizinischen Dienst verlängert werden kann (§ 37 Abs. 1 S. 4 SGB V).

Für die Versorgung mit häuslicher Krankenpflege im stationären Pflegebereich hat der Gesetzgeber des SGB XI darauf verzichtet, ein Pendant zu § 37 SGB V zu schaffen.

Die soziale Pflegeversicherung kennt aber unterschiedliche Vorschriften, die die die „medizinische Behandlungspflege“ betreffen. Der Begriff ist dort grundsätzlich wie in § 37 SGB V zu verstehen, also nicht auf verrichtungsbezogene krankheitsspezifische Pflegemaßnahmen beschränkt.

Vgl. *Sonja Reimers*, in: Hauck/Noftz, SGB XI (Stand: 03/2015), § 43 Rn. 11a;

Bezogen auf die noch anzusprechenden Kostenvorschriften im Bereich der stationären Versorgung wird er zum Teil auf krankheitsspezifische Pflegemaßnahmen zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung eingengt,

Vgl. *Bernd Schütze*, in: Udsching, SGB XI, 4. Aufl. 2015, § 84 Rn. 8;

zum Teil unter Bezug auf die Rechtsprechung des BSG als

„nicht abschließend festgelegt“

So *Gerhard Dalichau*, SGB XI Kommentar, 2014, § 84 Rn. 45 unter Bezug auf BSG, Entscheidung vom 19.02.1998 – B 3 P 11/97 R.

beschrieben.

§ 13 SGB XI regelt das Verhältnis der Leistungen der sozialen Pflegeversicherung zu Pflegeleistungen anderer Gesetze. § 13 Abs. 2 SGB XI sieht insoweit vor, dass die Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V unberührt bleiben. Der Gesetzgeber stellt damit klar, dass die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung durch die Schaffung der sozialen Pflegeversicherung nicht eingeschränkt werden.

Vgl. *Ursula Waßer*, KrV 2015, 89, 90.

Die Pflegeversicherung erbringt von dieser Konzeption her zusätzliche Leistungen.

Ab dem 1.1.2017 wird § 13 SGB XI dahingehend erweitert, dass die Leistungen des SGB V einschließlich der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V unberührt bleiben und dies auch für krankheitsspezifische Pflegemaßnahmen gilt, soweit diese im Rahmen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V zu leisten sind. Diese Änderung durch das Zweite Pflegestärkungsgesetz führt jedoch insgesamt nicht zu Leistungsverchiebungen zwischen der sozialen Pflegeversicherung und der gesetzlichen Krankenversicherung. Die Regelungslage bleibt bei der häuslichen Krankenpflege unverändert.

§ 34 SGB XI regelt das Ruhen von Leistungsansprüchen in der sozialen Pflegeversicherung in bestimmten Fällen, in denen die Pflegeversicherung nicht zuständig ist (vgl. § 34 Abs. 1 SGB XI) oder in denen – wie insbesondere bei einem Anspruch auf Leistungen nach § 37 SGB V – eine anderweitige Versorgung mit Leistungen besteht, die als vorrangig erachtet wird.

Vgl. *Gerhard Dalichau*, SGB XI, 1. Aufl. 2014, § 34 Rn. 2

Nach § 34 Abs. 2 SGB XI ruhen Leistungen der Pflegeversicherung bei häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 SGB V mit Anspruch auf Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung sowie bei stationärem Aufenthalt in einer Einrichtung im Sinne des § 71 Abs. 4 SGB XI, soweit § 39 nichts Abweichendes bestimmt. Pflegegeld wird übergangsweise weiter gewährt. Da ein Anspruch auf Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung nur im Fall der Krankenhausvermeidungspflege bzw. der krankenhausersetzenden Pflege gemäß § 37 Abs. 1 SGB V besteht,

siehe dazu nachgehend sub 2. und sub 3.

werden bei einem Anspruch auf Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V weiterhin Leistungen der sozialen Pflegeversicherung gewährt. Für dieses Verhältnis regelt § 37 Abs. 2 S. 6 SGB V jedoch, dass Satzungsleistungen der Krankenkasse in Gestalt der Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung durch die Krankenkasse bei Eintritt der Pflegebedürftigkeit nicht erbracht werden dürfen. Diese Leistungen sind dann ausschließlich der sozialen Pflegeversicherung zugeordnet.

Ab dem 1.1.2017 sieht § 34 Abs. 2 SGB XI vor, dass der Anspruch auf Leistungen bei häuslicher Pflege ruht, soweit im Rahmen des Anspruchs auf häusliche Krankenpflege nach § 37 SGB V auch Anspruch auf Leistungen besteht, deren Inhalt den Leistungen nach § 36 entspricht. § 36 SGB XI, der Voraussetzungen und Umfang der Pflegesachleistung bei häuslicher Pflege regelt, wird mit Einführung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs zum 1.1.2017 neu gefasst. Dies hat jedoch keine Auswirkungen auf die Versorgung mit medizinischer Behandlungspflege im stationären Bereich.

Die weiteren Vorschriften des SGB XI, die die medizinische Behandlungspflege erwähnen (§§ 41 Abs. 2, § 43 Abs. 2, 82 Abs. 1 S. 3 und 84 Abs. 1 S. 1), legen einerseits den Leistungsinhalt fest (§ 41: Inhalt des Anspruchs auf Tages- und Nachtpflege in teilstationären Einrichtungen, § 43: Inhalt der Leistungen in vollstationärer Pflege) und andererseits die Finanzierung von Pflegeeinrichtungen (§ 82) sowie Bemessungsgrundsätze für die Pflegesätze für stationäre Pflegeleistungen (§ 84). Sie sollen im Rahmen der Problematik der Kostentragung im stationären Bereich näher dargestellt werden.

2. Der Anspruch gemäß § 37 Abs. 1 SGB V

Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 1 SGB V unterscheidet sich von demjenigen des § 37 Abs. 2 zum Teil in den Voraussetzungen, dem Inhalt

und dem Umfang der Leistungen. Beiden gemeinsam ist, dass sie eine vertragsärztliche Verordnung gemäß § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 SGB V voraussetzen und nur an bestimmte – sog.

„qualifizierten Leistungserbringern“

so *Stephan Rixen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 37 Rn. 2. Zu diesen Orten noch eingehend im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte II.

i.S.d. § 37 Abs. 1 S. 1 und § 37 Abs. 2 S. 1 SGB V – gebunden sind. Vom Grundsatz so viel vorab – her zielen beide Ansprüche auf die Leistungserbringung „im Haushalt, in der Familie und an sonstigen geeigneten Orten“, wobei diese Orte durch eine Aufzählung konkretisiert werden, nach der dazu „insbesondere“ – also nicht abschließend – betreute Wohnformen, Schulen und Kindergärten und bei besonders hohem Pflegebedarf auch Werkstätten für behinderte Menschen gehören.

Die Krankenhausersatz- bzw. Krankenhausvermeidungspflege gemäß § 37 Abs. 1 SGB V verlangt die Notwendigkeit, aber Nichtausführbarkeit oder Substituierbarkeit von Krankenhausbehandlung.

Vgl. *Stephan Rixen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 37 Rn. 4.

Die Leistung muss durch die Krankenkasse genehmigt werden, wobei sich das Antragserfordernis richtigerweise bereits aus § 19 Abs. 1 Hs 1 SGB IV ergibt und in § 6 HKP-RL des Gemeinsamen Bundesausschusses nur deklaratorisch ausgestaltet wurde.

Vgl. *Stephan Rixen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 37 Rn. 4 m.w.N.

Der Anspruch gemäß § 37 Abs. 1 SGB V umfasst die im Einzelfall erforderliche Grundpflege (Grundverrichtungen des täglichen Lebens), die Behandlungspflege und die hauswirtschaftliche Versorgung des Versicherten (vgl. § 37 Abs. 1 S. 3 SGB V). Zu den Grundverrichtungen des täglichen Lebens zählen insbesondere

„Betten, Lagern, Körperpflege, Körperhygiene, Nahrungsaufnahme, Körpertemperaturmessung, Beobachten der psychischen Verfassung“.

Stephan Rixen, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 37 Rn. 6

Im Einzelnen werden die Maßnahmen in der HKP-RL des Gemeinsamen Bundesausschusses (vgl. § 37 Abs. 6 SGB V) bestimmt.

Von der Grundpflege grenzt sich die Behandlungspflege dadurch ab, dass sie krankheitsspezifische Pflegemaßnahmen umfasst, die nicht allgemein auf Verbesserung des Gesundheitszustands abzielen.

Vgl. *Stephan Rixen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 37 Rn. 6 unter Bezug auf BSG, NZS 2006, 32 (34), das die Behandlungspflege als „Hilfeleistungen“ umschreibt, „die durch bestimmte Erkrankungen erforderlich werden (krankheitsspezifische Pflegemaßnahmen) und typischerweise nicht von einem Arzt, sondern von Vertretern medizinischer Hilfsberufe oder auch von Laien erbracht werden. [...] Der Zielrichtung nach müssen die Maßnahmen der Behandlung einer Erkrankung dienen; dazu reicht es aber bereits aus, wenn eine Verschlimmerung verhütet wird oder Beschwerden gelindert werden.“

Ob die Maßnahmen der Behandlungspflege abschließend durch die HKP-RL des GBA konkretisiert werden, ist umstritten.

Ablehnend *Oliver Ricken*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 37 Rn. 5 unter Bezug auf SG Berlin, Urt. V. 7.11.2014 – S 89 KR 1954/11; a.A. *Judith Ihle*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 91 SGB V Rn. 20

Dagegen wird eingewandt, dass der GBA nicht dazu berechtigt sei, Maßnahmen, die höherrangigem Recht des § 37 SGB V entsprächen, vom Leistungskatalog auszuschließen.

Vgl. *Oliver Ricken*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, 2. Aufl. 2016, § 37 Rn. 5

Für die vorliegende Begutachtung mit der Fokussierung auf den Allgemeinen Gleichheitssatz ist diese Problemstellung nicht entscheidungserheblich, auch wenn sich in Bezug auf die verfassungsrechtliche Legitimation der Entscheidungen des GBA durchaus verfassungsrechtliche Bedenken stellen.

Siehe dazu auch die Andeutung des BVerfG, Beschluss v. 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, JZ 2016, 461 (463): „durchaus gewichtiger – genereller und allgemeiner Zweifel an der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses als Institution“, weiterhin Anmerkung *Joachim Lege*, JZ 2016, 464 (465)

Letztlich soll an dieser Stelle für den Überblick über den Anspruch gemäß § 37 Abs. 1 SGB V auf die hauswirtschaftliche Versorgung eingegangen. Zu ihr gehören alle „Maßnahmen, die zur Aufrechterhaltung der grundlegenden Anforderungen einer eigenständigen Haushaltsführung allgemein notwendig sind“ (vgl. § 1 Abs. 3 lit. c. HKP-RL des GBA). Das Spektrum dieser Leistungen wird im Wesentlichen durch die Aufzählung des § 14 Abs. 4 SGB XI in der derzeit noch geltenden Fassung abgedeckt, wobei diese für § 37 SGB V nicht abschließend ist.

Vgl. *Ulrich Knispel*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 40. Edition 8Stand: 1.12.2015) § 37 Rn. 31

Untergesetzlich wird das Spektrum durch die Maßnahmen konkretisiert, die in Anlage der HKP-RL unter der Überschrift „Leistungen der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung“ aufgeführt sind.

3. Der Anspruch gemäß § 37 Abs. 2 SGB V

Der Anspruch auf Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V erfordert

„einen das Ziel der ärztlichen Behandlung sichernden Effekt.“

Stephan Rixen, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 37 Rn. 4.

Wie der Anspruch aus § 37 Abs. 1 SGB V setzt auch dieser Anspruch nach Absatz 2 eine vertragsärztliche Verordnung gemäß 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 SGB V voraus. Anders als § 37 Abs. 1 SGB V erfasst er als Regelleistung der Krankenkasse ausschließlich die Behandlungspflege. Die Grundpflege und die hauswirtschaftliche Versorgung können als Satzungsleistungen bis zum Eintritt der Pflegebedürftigkeit gewährt werden (vgl. § 37 Abs. 2 S.4, 5, 6).

Die Abgrenzung von Maßnahmen der Behandlungssicherungspflege zur Grundpflege gemäß § 14 Abs. 4 SGB XI ist ein

„kompliziertes Dauerthema“,

So zu Recht *Stephan Rixen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 37 Rn. 9

das vom Gesetzgeber

dazu eingehend unter Aufzählung der einzelnen Maßnahmen nachstehend sub B. II. 7

zwar aufgenommen wurde, die Rechtsprechung aber weiterhin in Anspruch nimmt.

Siehe dazu etwa *Peter Trenk-Hinterberger*, in: Udsching/Rolfs, Jahrbuch des Sozialrechts, Band 33, 2012, S. 232; vgl. auch die Auswertung der Rechtsprechung für das Jahr 2014 zur häuslichen Krankenpflege bei *Astrid Wallrabenstein/Jana Schäfer-Kuczynski*, in: Udsching/Rolfs, Jahrbuch des Sozialrecht, Band 36, 2015 S. 119 (S. 128) sowie zur Berücksichtigung der Behandlungspflege beim Pflegebedarf in der sozialen Pflegeversicherung bei *Peter Udsching*, in: Udsching/Rolfs, Jahrbuch des Sozialrecht, Band 35, 2014 S. 223; *derselbe*, in: von Wulffen/Krasney, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 693: „massive Abgrenzungsprobleme“ der Leistungszuständigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung; jüngst *Ursula Waßer*, KrV 2015, 89 (91f.)

4. Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege in besonderen Situationen und für besondere Personengruppen

Während die Ansprüche gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 SGB V und § 37 Abs. 2 S. 1 SGB V qualifizierte Leistungserbringerrorte erfordern, hat der Gesetzgeber für zwei Versicherungengruppen bzw. für Versicherte in besonderen Situationen mit § 37 Abs. 2 S. 3 SGB V und § 37 Abs. 2 S. 7 SGB V Sonderregelungen geschaffen.

§ 37 Abs. 2 S. 3 SGB V stellt eine Ausnahmeregelung für Versicherte in vollstationären Pflegeeinrichtungen nach § 43 SGB XI dar. Dort gehören die Maßnahmen der medizinischen Behandlungspflege zu den allgemeinen Pflegeleistungen, die je nach Pflegestufe monatlich in Höhe der in § 43 Abs. 2 SGB XI genannten Beträge übernommen werden.

Dazu nachgehend sub 6

Sind die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung nicht auskömmlich, müssen die in darüber hinausgehenden Beträge des Pflegesatzes wie die Kosten für Pflege und Unterkunft von den Pflegeheimbewohnern getragen werden. Anders als bei dem Anspruch auf Behandlungspflege gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung im ambulanten Bereich trägt die Gruppe der Versicherten, die in einer zugelassenen vollstationären Pflegeeinrichtung lebt, diesen Teil der Kosten selbst. Die medizinische Behandlungspflege kann – etwa bei Wachkomapatienten oder Patienten, die dauerhaft eine künstliche Beatmung benötigen – zu erheblichen Kosten führen. Für solche Ausnahmefälle des „besonders hohen Bedarfs an medizinischer Behandlungspflege“ in zugelassenen Pflegeeinrichtungen nach § 43 SGB XI hat der Gesetzgeber § 37 Abs. 2 S. 3 SGB V geschaffen.

Dazu noch eingehend sub B.II.6.

Nach der Vorschrift besteht der Anspruch auf Behandlungspflege bei einem dauerhaften – auf mindestens sechs Monate prognostizierten – besonders hohen Bedarf an medizinischer Behandlungspflege in einer nach § 43 SGB XI zugelassenen Pflegeeinrichtung ausnahmsweise ausschließlich gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung.

Auch Wohnungslose werden im Vergleich zu den übrigen Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung anders behandelt. Für sie wurde der Anspruch auf häusliche Krankenpflege in § 37 Abs. 2 S. 7 SGB V dahingehend modifiziert, dass kein qualifizierter Leistungsort erforderlich ist.

Dazu nachgehend sub B.II.5. und 6.

5. Kostentragung in der GKV

In allen Fällen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 Abs. 1 und nach § 37 Abs. 2 SGB V handelt es sich gemäß § 2 Abs. 2 SGB V um einen Sach- oder Dienstleistungsanspruch der Versicherten gegenüber ihrer Krankenkasse. Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege gegenüber der Krankenkasse ist der Höhe nach unbegrenzt. Er besteht, soweit das SGB V oder das SGB IX nichts Abweichendes vorsehen (vgl. § 2 Abs. 2 a.E. SGB V) und keine im Haushalt lebende Person den Kranken in dem erforderlichen Umfang pflegen und versorgen kann (vgl. § 37 Abs. 3 SGB V).

6. Kostentragung im stationären Pflegebereich

Für Pflegebedürftige in der teilstationären Pflege (§ 41 SGB XI), in der Kurzzeitpflege (§ 42 SGB XI) und in der vollstationären Pflege (§ 43 SGB XI) zahlen die Pflegekassen die pflegebedingten Aufwendungen einschließlich der Aufwendungen für die medizinische Behandlungspflege an die Pflegeeinrichtungen, die durch Versorgungsvertrag dem Finanzierungssystem des SGB XI unterstellt sind.

Vgl. *Gerhard Igl*, in: von Maydell/Ruland/Becker, Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, § 18 Rn. 119 ff.

Die soziale Pflegeversicherung sieht jedoch – anders als die gesetzliche Krankenversicherung – nur „gedeckelte“

BSG, NZS 2000, 555 (558)

leistungsrechtliche Höchstbeträge vor. Sie war vom Gesetzgeber von Anfang an nur als „Teilabsicherung“

so BVerfG, Nichtannahmebeschluss der 3. Kammer des Ersten Senats, NJW 2003, 3044

des Risikos Pflegebedürftigkeit konzipiert.

In allen durch Versorgungsvertrag zugelassenen Pflegeeinrichtungen (§ 72 SGB XI) ist der von der Pflegekasse zu zahlende Betrag entsprechend der jeweils anwendbaren Vorschrift durch die Zuordnung zu den Pflegestufen begrenzt (vgl. für die Tages- und Nachtpflege: § 41 Abs. 2 SGB XI, für die Kurzzeitpflege § 42 Abs. 2 SGB XI, für die Pflege in vollstationären Einrichtungen: § 43 Abs. 2 SGB XI).

Bei der Finanzierung der Pflegeeinrichtungen und der Leistungen in zugelassenen vollstationären Pflegeeinrichtungen können vier Arten von Aufwendungen unterschieden werden: Aufwendungen für die allgemeinen Pflegeleistungen (=Pflegevergütung), Aufwendungen für Unterkunft und Verpflegung – auch als sog. „Hotelkosten“

Peter Udsching, in: von Wulffen/Krasney, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 700

umschrieben – Investitionsaufwendungen und andere Aufwendungen (§ 82 Abs. 2 SGB XI) sowie Aufwendungen für Zusatzleistungen (§ 88 SGB XI).

Vgl. Baumeister/Baumeister, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V, SGB XI, 1. Aufl. 2015, Vor §§ 82 ff. SGB XI Rn. 8

Für die sog. Hotelkosten muss der Pflegebedürftige im stationären Bereich selbst aufkommen (vgl. § 82 Abs. 1 S. 4 SGB XI). Diese von ihm zu tragenden Entgelte werden aber ebenso wie die leistungsgerechte Vergütung der allgemeinen Pflegeleistungen im Pflegesatzverfahren (§§ 85, 87 SGB XI) zwischen den Pflegesatzparteiern (vgl. dazu § 85 Abs. 2 SGB XI) vereinbart.

Die anfallenden Investitionskosten sollen durch das jeweilige Bundesland im Wege finanzieller Unterstützung der Pflegeheime übernommen werden (arg. e. § 82 Abs. 3 und Abs. 4). Sie dürfen nach § 82 Abs. 2 SGB XI nicht in den Entgelten für Unterkunft

und Verpflegung und in der Pflegevergütung berücksichtigt werden (vgl. aber Ausnahmen in § 82 Abs. 3 und Abs. 4 SGB XI). Hier zeigt sich eine Trennung der Finanzierungsverantwortung für die Investitionsaufwendungen bei den Bundesländern und für die Pflegevergütung sowie für die Aufwendungen für Unterkunft und Verpflegung bei den Kostenträgern und den Pflegebedürftigen. In Anlehnung an die Krankenhausfinanzierung wird in diesem Zusammenhang auch für die soziale Pflegeversicherung von einer dualen Finanzierung oder einem

„dualistischen Finanzierungsmodell“

so *Baumeister/Baumeister*, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, SGB V, SGB XI, 1. Aufl. 2015, Vor §§ 82 ff. SGB XI Rn.5 f.; ähnlich: *Gerhard Igl*, in: von Maydell/Ruland/Becker, Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, § 18 Rn. 121: duale Finanzierung

gesprochen.

Allgemeine Pflegeleistungen, zu denen gemäß § 82 Abs. 1 S. 3 SGB XI auch die medizinische Behandlungspflege gehört, werden durch die Pflegebedürftigen oder deren Kostenträger getragen (§ 82 Abs. 1 S.1 und S. 2 SGB XI). Sie werden entsprechend der Bemessungsgrundsätze gemäß § 84 SGB XI im Pflegesatzverfahren zwischen den Pflegesatzparteien vereinbart. Die Einpreisung der medizinischen Behandlungspflege in den Pflegesatz ist gemäß § 84 Abs. 1 S.1 und S. 2 SGB XI aber nur insofern zulässig, als dass der Anspruch auf Behandlungspflege nicht gegenüber der Krankenkasse besteht. Die Kosten für die medizinische Behandlungspflege im Ausnahmefall des § 37 Abs. 2 S. 3 SGB V werden zur Vermeidung einer Doppelvergütung nicht verhandelt. Dafür schließen die Krankenkassen mit den Pflegeeinrichtungen Verträge gemäß § 132a Abs. 2 SGB V.

Die Pflegesätze müssen gemäß § 84 Abs. 2 S. 1 SGB XI leistungsgerecht und so bemessen sein, dass die Pflegeheime die Leistungen gemäß dem Versorgungsauftrag erbringen können (§ 84 Abs. 2 S. 4 SGB XI). Die Vergütung wird allerdings pauschaliert. Dies bedeutet, dass die für jeden Pflegebedürftigen durchaus unterschiedlichen

Einzelleistungen nicht individuell, sondern über einheitliche bzw. vereinheitlichte Pflegesätze abgerechnet werden (vgl. § 84 Abs. 2 S. 2 SGB XI), wobei für Härtefälle Zuschläge zum Pflegesatz der Pflegeklasse 3 vereinbart werden können.

Soweit die medizinische Behandlungspflege Bestandteil des Pflegesatzes ist, gilt gemäß § 84 Abs. 1 SGB XI ein Verbot zusätzlicher Vergütung. Danach sind alle für die Versorgung der Pflegebedürftigen nach Art und Schwere ihrer Pflegebedürftigkeit erforderlichen Pflegeleistungen (allgemeine Pflegeleistungen) mit den Pflegesätzen abgegolten. Zusätzliche Vergütungsforderungen dürfen gemäß § 84 Abs. 1 S. 2 SGB XI vorbehaltlich abweichender Regelungen (so z.B. § 87b SGB XI) nicht gestellt werden.

Die Pflegesatzvereinbarungen sind für das Pflegeheim, die Kostenträger und alle im Heim versorgten Pflegebedürftigen verbindlich (§ 85 Abs. 6 SGB XI). Dies gilt nicht nur für die allgemeinen Pflegeleistungen, sondern auch für die gemäß § 87 SGB XI getrennt zu vereinbarenden Entgelte für Unterkunft und Verpflegung. Dabei ist eine unterschiedliche Behandlung der Pflegebedürftigen – etwa nach Kostenträgern (vgl. § 84 Abs. 3 SGB XI) - innerhalb der jeweiligen Einrichtung nicht zulässig. Die Pflegesätze sind für alle Heimbewohner des Pflegeheims nach einheitlichen Grundsätzen zu bemessen. In zivilrechtlicher Hinsicht wird die Verbindlichkeit der im Pflegesatzverfahren ausgehandelten Beträge durch § 7 Abs. 2 WBVG abgesichert. Nach § 7 Abs. 1 S. 1 WBVG ist der Verbraucher verpflichtet, das vereinbarte Entgelt zu zahlen, soweit es insgesamt und nach seinen Bestandteilen im Verhältnis der Leistungen zueinander angemessen ist. Die aufgrund der Bestimmungen nach § 84 ff. SGB XI festgelegte Höhe des Entgelts gilt dabei für Pflegeheimbewohner, die Leistungen nach dem SGB XI in Anspruch nehmen, als vereinbart und angemessen (vgl. § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI).

Die Pflegekasse zahlt gemäß § 87a Abs.3 SGB XI die dem pflegebedürftigen Heimbewohner gemäß §§ 41 bis 43 zustehenden Leistungsbeträge unmittelbar mit befreiender Wirkung an das Pflegeheim. Durch diese Zahlung wird der Pflegebedürftige insoweit von einer Zahlungspflicht befreit, wie die Zahlung geleistet wird. Dabei ist die Höhe des Betrages abhängig von der Pflegeklasse, in die der Pflegebedürftige aufgrund seiner Pflegestufe gemäß § 84 Abs. 2 S. 2 SGB XI eingeordnet ist.

Kosten für die medizinische Behandlungspflege können nicht als Zusatzleistungen mit der Folge entsprechender Zuschläge zwischen dem Pflegeheim und dem Pflegebedürftigen vereinbart werden, da sie weder besondere Komfortleistungen gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI noch zusätzliche pflegerisch-betreuende Leistungen gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI sind. Zu diesen gehören in entsprechender Anwendung der §§ 45a, 85 und 87a SGB XI nur die zusätzlichen Leistungen für Betreuung und Aktivierung der pflegebedürftigen Heimbewohner mit erheblichem Bedarf an allgemeiner Beaufsichtigung und Betreuung (vgl. § 87b SGB XI).

Vgl. *Gerhard Dalichau*, SGB XI Kommentar, 2014, § 88 Rn. 25

Letztlich werden die Kosten für die medizinische Behandlungspflege daher zwar nur bei den allgemeinen Pflegeleistungen zum Ansatz gebracht (§ 84 Abs. 4 S. 1, S. 2 SGB XI), die unmittelbar von den Pflegekassen an die Heimträger geleistet werden. Gesonderte Entgelte für allgemeine Pflegeleistungen sind dabei ausgeschlossen.

Vgl. BSG, NZS 2000, 555 (559)

Der die Leistungsgrenze des § 43 Abs. 2 SGB XI

„überschießende Teil“

Sonja Reimer, in: Hauck/Noftz, SGB XI (Stand: 7/2015), § 84 Rn. 10

belastet aber den Pflegebedürftigen selbst bzw. den Sozialhilfeträger.

II. Zur historischen Entwicklung der Behandlungspflege im häuslichen Bereich

1. Die Hauspflege in der RVO

Der Anspruch auf Krankenpflege im häuslichen Bereich geht auf die Hauspflege zurück, die 1911 in der Ursprungsfassung des § 185 RVO als Satzungsleistung der Krankenkassen eingeführt wurde.

Dazu eingehend *Dieter Poske*, Hauspflege, 1990, S.70 ff.

Sie wurde durch das Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetz (KVKG) vom 27. Juni 1977 (BGBl. I 1069) mit Wirkung vom 1. Juli 1977 novelliert und in die bis heute geltende Grundkonzeption der Leistung als krankenhausersetzende Pflege und Behandlungssicherungspflege überführt.

Knapp *Ernst-Wilhelm Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V (Stand: 02/15),
§ 37 SGB Rn. 34

Nach § 185 Abs. 1 S. 1 RVO i. d. Fassung v. 22.12.1981 erhielten Versicherte in ihrem Haushalt oder ihrer Familie häusliche Krankenpflege, wenn Krankenhauspflege geboten, aber nicht ausführbar ist, oder Krankenhauspflege dadurch nicht erforderlich wurde. § 185 Abs. 1 S. 2 RVO überließ es der Krankenkasse, die häusliche Krankenpflege als Satzungsleistung vorzusehen, wenn die Krankenpflege zur Sicherung der ärztlichen Behandlung erforderlich war. Gemäß § 185 Abs. 2 RVO wurde häusliche Krankenpflege insoweit gewährt, als eine im Haushalt lebende Person den Kranken nicht pflegen konnte. Absatz 3 enthielt eine Kostenerstattungsregelung. Danach waren die Kosten für eine Krankenpflegekraft im Sinne des § 185 Abs. 1 in angemessener Höhe zu erstatten, wenn diese nicht gestellt werden konnte oder ein Grund bestand, von der Gestellung abzusehen, aber der Betroffene selbst sie beschafft hatte. Die klinikersetzende häusliche Krankenpflege war damit als Regelleistung und die Behandlungssicherungspflege in dieser Fassung des § 185 RVO – wie auch in der Nachfolgefassung durch das „Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur

wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz“ vom 22.12.1981 (BGBl. I 1981, 1568) mit Wirkung zum 1.7.1982 – als freiwillige Satzungsleistung konzipiert.

2. Das Gesundheitsreformgesetz (GRG) vom 20.12.1988

Das „Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheitsreformgesetz – GRG)“ vom 20. 12. 1988 (BGBl. I 2477) hat die Grundkonzeption der häuslichen Krankenpflege aus der RVO in die Erstfassung des § 37 SGB V übernommen und zugleich einige Änderungen herbeigeführt. Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege wurde dahingehend konkretisiert, dass die beiden Fälle der Krankenhauserersatz- und Krankenhausvermeidungspflege in Absatz 1 eingefügt wurden. Während die Krankenhauserersatzpflege erfordert, dass „Krankenhausbehandlung geboten, aber nicht ausführbar ist“ (§ 37 Abs. 1 S. 1, 1. Var. SGB V 1988), wird die häusliche Krankenpflege als Krankenhausvermeidungspflege gewährt, wenn „die Krankenhausbehandlung“ durch sie „vermieden oder verkürzt wird“ (§ 37 Abs. 1 S. 1, 2. Var. SGB V 1988), die Krankenhausbehandlung durch sie also gar nicht erst oder nicht mehr länger erforderlich ist.

So auch *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 1. Aufl. 2015, § 37 Rn. 14.

Die Unterscheidung zwischen den beiden Alternativen (Krankenhauserersatz- und Krankenhausvermeidungspflege) bezweckte einerseits, den Versicherten zu ermöglichen,

„frühzeitig in den häuslichen Bereich zurückzukehren“

so BT-Drs. 11/2237 – Gesetzesentwurf, S. 176

und andererseits einen Anreiz zu geben,

„die teure Krankenhausbehandlung soweit wie möglich abzukürzen oder zu vermeiden.“

So BT-Drs. 11/2237, Gesetzesentwurf, S. 176

Inhaltlich wurde die häusliche Krankenpflege in § 37 Abs. 1 S. 2 SGB V 1988 dahingehend näher gefasst als dass sie

„die im Einzelfall erforderliche Grund- und Behandlungspflege“

sowie seitdem auch die

„hauswirtschaftliche Versorgung“

umfasste. Die Einbeziehung der hauswirtschaftlichen Versorgung stellte im Vergleich zu den Vorgängerfassungen der RVO eine Erweiterung des Leistungsspektrums dar.

Mit der Festlegung des Leistungsinhalts der häuslichen Krankenpflege auf die „erforderliche Grund- und Behandlungspflege sowie hauswirtschaftliche Versorgung“ wurde aber auch eine Konfliktlage mit den erstmals und zugleich durch das GRG eingeführten Leistungen bei Pflegebedürftigkeit (§§ 53 bis 57 SGB V 1988) geschaffen, die bis heute schwierige rechtliche Abgrenzungsfragen aufwirft, die sich in einer ausdifferenzierten Kasuistik Bahn gebrochen haben.

Dazu noch unten

Die Gewährung der Behandlungssicherungspflege als Satzungsleistung der Krankenkasse wurde durch das GRG übernommen, aber nunmehr eigenständig in Absatz 2 geregelt. Im Gesetzesentwurf war die Behandlungssicherungspflege noch als verpflichtende Regelleistung der Krankenkassen vorgesehen.

Vgl. BT-Drs. 11/2237, S. 20 und S. 176

Dies hatte sich aber im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen können.

§ 37 SGB V 1988 hat seine entscheidende Prägung im Rahmen der Ausschussberatungen erfahren.

Vgl. dazu BT-Drs. 11/3320, S. 34 und BT-Drs. 11/3480, S. 54

Durch die Einführung der Leistungen für Schwerstpflegebedürftige in den §§ 53 bis 57 SGB V sollte der Anspruch auf häusliche Krankenpflege zu diesen Leistungen abgegrenzt werden. Der Ausschuss sprach sich dafür aus, dies für die Krankenhauser-satz- und die Krankenhausvermeidungspflege durch eine zeitliche Begrenzung des Anspruchs auf vier Wochen je Krankheitsfall als Regelfall zu bewerkstelligen, die – soweit der Medizinische Dienst die Erforderlichkeit der häuslichen Krankenpflege für einen längeren Zeitraum festgestellt hatte – im Ausnahmefall auch länger von der Krankenkasse bewilligt werden konnte (vgl. § 37 Abs. 1 S. 3 und S. 4 SGB V 1988).

Die Erstfassung des § 37 SGB V lautete danach wie folgt:

„(1) Versicherte erhalten in ihrem Haushalt oder ihrer Familie neben der ärztlichen Behandlung häusliche Krankenpflege durch geeignete Pflegekräfte, wenn Krankenhausbehandlung geboten, aber nicht ausführbar ist, oder wenn sie durch die häusliche Krankenpflege vermieden oder verkürzt wird. Die häusliche Krankenpflege umfaßt die im Einzelfall erforderliche Grund- und Behandlungspflege sowie hauswirtschaftliche Versorgung. Der Anspruch besteht bis zu vier Wochen je Krankheitsfall. In begründeten Ausnahmefällen kann die Krankenkasse die häusliche Krankenpflege für einen längeren Zeitraum bewilligen, wenn der Medizinische Dienst (§ 275) festgestellt hat, daß dies aus den in Satz 1 genannten Gründen erforderlich ist.

(2) Die Satzung kann bestimmen, daß häusliche Krankenpflege auch dann erbracht wird, wenn sie zur Sicherstellung des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist. Sie kann dabei Umfang und Dauer im Einzelfall erforderlicher Leistungen bestimmen. Umfang nicht pflegen und versorgen kann.

(4) Kann die Krankenkasse keine Kraft für die häusliche Krankenpflege stellen oder besteht Grund, davon abzusehen, sind den Versicherten die Kosten für eine selbstbeschaffte Kraft in angemessener Höhe zu erstatten.“

3. Das KOV-Anpassungsgesetz 1990 – KOVAnpG 1990 vom 29.6.1990

Sowohl der Entwurf des „Gesetz[es] über die neunzehnte Anpassung nach dem Bundesversorgungsgesetz sowie zur Änderung weiterer sozialrechtlicher Vorschriften (KOV-Anpassungsgesetz 1990 – KOVAnpG 1990)“ als auch die Beschlussempfehlungen der Ausschüsse sahen zunächst keine Änderungen für § 37 SGB V vor.

Vgl. BT-Drs. 11/6760 – Gesetzesentwurf sowie BT-Drs. 11/7097 Beschlussempfehlung und Bericht sowie BT-Drs. 11/7402 – Beschlussempfehlung.

Im Rahmen des Vermittlungsverfahrens forderte der Bundesrat allerdings zwei Änderungen für § 37 Abs. 2 SGB V. Er wollte erstens die Satzungsleistung der Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 zur Pflichtleistung für alle Krankenkassen machen und zweitens

„die Sicherungspflege ebenso umfassend wie Krankenpflege zur Vermeidung der Krankenhausbehandlung [...] gewähren und dabei gleichzeitig eine Begrenzung entfallen lassen.“

So der Bericht des Abgeordneten Hüsich vor der Abstimmung über den Vermittlungsvorschlag, BT-PIPr. 11/216, S. 17067

Dies warf finanzielle Probleme auf, da die Aufwendungen für Satzungsleistungen der Krankenkassen nicht ausgleichsfähig waren. Die Überführung der Ermessensleistung der Krankenkassen in die pflichtigen Leistungen und die zeitgleiche Streichung der zeitlichen Grenze des Anspruchs hätte zu erheblichen Mehraufwendungen für die Krankenkassen geführt, die auf einen Betrag zwischen 15 bis 17 Milliarden DM jährlich geschätzt wurden.

Vgl. Bericht des Abgeordneten Hüsich vor der Abstimmung über den Vermittlungsvorschlag, BT-PIPr. 11/216, S. 17067

Zudem wurde befürchtet, dass Schwerstpflegebedürftige diese Regelungssituation ausnutzen würden.

„Jedenfalls würde die Neigung wachsen, anstelle der nur unter einschränkenden Voraussetzungen erreichbaren Leistung für Schwerstpflegebedürftige den einfacheren Weg des § 37 Abs. 2 zu wählen“.

So der Abgeordnete Hüscher vor der Abstimmung über den Vermittlungsvorschlag, BT-PIPr. 11/216, S. 17067

Vor diesem Hintergrund entschied sich der Vermittlungsausschuss dafür, die zeitliche Begrenzung des Anspruchs aufrecht zu erhalten und nur die Behandlungssicherungspflege in die Regelleistung der Krankenkassen zu überführen, aber der Krankenkasse weitgehend die Bestimmung weiterer zusätzlicher Leistungen (Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung) durch Satzungsrecht zu überlassen.

Mit dem KOV-Anpassungsgesetz 1990 – KOVAnpG 1990 vom 29.6.1990 (BGBl. I, 1211) erhielt § 37 Abs. 2 SGB V die folgende Fassung:

„(2) Versicherte erhalten in ihrem Haushalt oder ihrer Familie als häusliche Krankenpflege Behandlungspflege, wenn sie zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist. Die Satzung kann bestimmen, daß die Krankenkasse zusätzlich zur Behandlungspflege nach Satz 1 als häusliche Krankenpflege auch Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung erbringt. Die Satzung kann dabei Dauer und Umfang der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung nach Satz 2 bestimmen.“

4. Das Pflegeversicherungsgesetz (PflegeVG) vom 26.5.1994

Mit dem „Gesetz zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit (Pflege-Versicherungsgesetz – PflegeVG) vom 26.5.1994“ (BGBl. I 1014) wurde die soziale Pflegeversicherung als eigenständiger Versicherungszweig der Sozialversicherung in das SGB als elftes Buch (SGB XI) eingefügt.

Obwohl sich Bundestag und Bundesrat bereits im Rahmen der Reformen der gesetzlichen Krankenversicherung durchaus kontrovers mit Finanzierungsfragen der Be-

handlungspflege befasst hatten, wie die Diskussion zur Überführung der Behandlungssicherungspflege in den verpflichtenden Leistungskatalog der GKV gezeigt hatte,

dazu eingehend vorstehend sub 3.

ließ der Gesetzgeber die Versorgung pflegebedürftiger Menschen mit medizinischer Behandlungspflege im stationären Pflegebereich bewusst außen vor:

„Bei Einführung der stationären Pflegeleistungen Mitte 1996 [Erläuterung: die Leistungen zur häuslichen Pflege traten zum 1. April 1995, die Leistungen der vollstationären Pflege zum 1. Juli 1996 in Kraft] wurde deutlich, dass während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens zum SGB XI das Problem der Behandlungspflege in stationären Einrichtungen und ihre Finanzierung totgeschwiegen worden war.“

So *Peter Udsching*, Reform der Pflegeversicherung – in drei Etappen, SGB 2007, S. 694 (S. 695)

Zwar waren im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens durchaus vereinzelt Stimmen laut geworden, den Krankenkassen die Kosten für die Behandlungspflege in Pflegeheimen zuzuordnen,

so der Hinweis des Abgeordneten Dr. Bruno Menzel in der 1. Beratung des PflegeVG im Bundestag, BT-PIPr. 12/173, S. 14957.

Diesen Stimmen ging der Gesetzgeber jedoch offenbar mit Blick auf eine erstrebte Konsolidierung der Finanzlage der Krankenkassen nicht weiter nach.

Vgl. dazu die Äußerung des Abgeordneten Dr. Bruno Menzel in der 1. Beratung des PflegeVG im Bundestag, BT-PIPr. 12/173, S. 14957.

Mit Ausnahme des benannten Einzelhinweises schweigen die Gesetzesmaterialien zur Absicherung dieses Risikos durch die soziale Pflegeversicherung. Stattdessen wurden sogar die Satzungsleistungen der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung, die im häuslichen Bereich zusätzlich zur Behandlungssicherungspflege

von den Krankenkassen nach § 37 Abs. 2 SGB V gewährt werden konnten, mit Eintritt der Pflegebedürftigkeit gänzlich ausgeschlossen, indem § 37 Abs. 2 SGB V um den folgenden Satz 4 ergänzt wurde:

„Leistungen nach den Sätzen 2 und 3 sind nach Eintritt von Pflegebedürftigkeit im Sinne des Elften Buches nicht zulässig.“

Hier zeigt sich, dass der Gesetzgeber zu diesem Zeitpunkt offensichtlich den Anspruch auf medizinische Behandlungspflege ausschließlich in der GKV verankern wollte. Er stellte sich eine klare Abgrenzung der Maßnahmen der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung von der Behandlungspflege in der GKV vor.

„Zur Grundpflege gehören pflegerische nichtmedizinische Leistungen, z.B. Hilfen der Nahrungsaufnahme. Die hauswirtschaftliche Versorgung umfaßt diejenigen Tätigkeiten, die der allgemeinen Wirtschafts- und Lebensführung dienen, insbesondere das Reinigen der Wohnung und die Versorgung mit Wäsche. Die Behandlungspflege hat insbesondere medizinische Hilfeleistungen wie Injektionen, Verbändewechsel oder Verabreichung von Medikamenten zum Gegenstand und ist keine Leistung der Pflegeversicherung; sie wird weiterhin im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht.“

So BT-Drs. 12/5262 – Gesetzesentwurf, S. 90 Zu § 4 Zu Absatz 1

Die Pflegekassen sollten danach eine rein koordinierende Funktion für ein

„reibungsloses Zusammenspiel [...] der Behandlungspflege mit Grundpflege und hauswirtschaftlicher Versorgung“

so BT-Drs. 12/5262 – Gesetzesentwurf, S. 93 zu § 11 Zu Absatz 2

übernehmen. Dass Maßnahmen der Behandlungspflege trotz Pflegebedürftigkeit notwendig sein könnten, sah der Gesetzgeber dabei durchaus.

„Sie [gemeint: Die Pflegekasse] soll z.B. sicherstellen, daß für einen Pflegebedürftigen, der sowohl Maßnahmen der Behandlungspflege (zu Lasten der

Krankenkassen) als auch der Grundpflege (zu Lasten der Pflegekasse) benötigt, nicht mehrere Pflegekräfte zum Einsatz kommen, sondern alle Leistungen von einer Pflegekraft oder einer Sozialstation erbracht werden.“

So BT-Drs. 12/5262 – Gesetzesentwurf, S. 93 zu § 11 Zu Absatz 2

Solange der Versicherte Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V erhielt, sollten die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung jedoch nach § 30 SGB XI ruhen.

Vgl. BT-Drs. 12/5262 – Gesetzesentwurf, S. 94 zu § 11a zu Absatz 2

Ersichtlich wurde damit die medizinische Behandlungspflege nur für die häusliche Pflege und nicht für die stationäre Versorgung in Pflegeheimen gesehen.

5. Das GKV-Modernisierungsgesetz – GMG vom 14.11.2003

Weitere Änderungen der Regelung der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen Bereich brachte das „Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) v. 14.11.2003“ (BGBl. I 2190).

Den Ausgangspunkt für diese Änderungen bildete die Versorgungslage wohnungsloser Menschen.

Vgl. BT-Drs. 15/1525 – Gesetzesentwurf, S. 90 zu Nummer 27 Zu Buchstabe a

Der Gesetzgeber wollte strukturelle Bedingungen schaffen, um wohnungslose Menschen, die häufig von niedergelassenen Ärzten ins Krankenhaus eingewiesen wurden, um die ärztliche und pflegerische Versorgung und die notwendige Bettruhe sicherzustellen, in die ambulante Regelversorgung zu überführen.

Vgl. BT-Drs. 15/1525 – Gesetzesentwurf, S. 90 Zu Nummer 27 Zu Buchstabe a

Bereits der Gesetzesentwurf machte dabei deutlich, dass der Gesetzgeber die Einbeziehung kurzzeitiger stationärer Versorgung mit Behandlungspflege in die GKV ausschließlich für die Gruppe der Wohnungslosen erstrebte. Ziel war es, dass die Behandlungspflege

„in Einrichtungen oder anderen geeigneten Unterkünften, [...], als eine Leistung der Krankenversicherung möglich gemacht wird, um kostentreibende Krankenhausweisungen zu verhindern.“

So BT-Drs. 15/1525 – Gesetzesentwurf, S. 90 Zu Nummer 27 Zu Buchstabe a

Der Anspruch auf Leistungen der Behandlungspflege im stationären Bereich sollte auch für diese Patientengruppe aus der Verantwortung der Gesetzlichen Krankenversicherung ausgenommen sein.

„Dadurch, dass die Aufnahme vorübergehend und nur zur Durchführung der Behandlungspflege erfolgen muss, wird klargestellt, dass bei Daueraufenthalt ohne eigenen Haushalt, z.B. in Heimen, weiterhin kein Anspruch auf Leistungen der Behandlungspflege besteht.

Wie bei allen anderen Leistungen der Behandlungspflege im Haushalt oder der Familie werden weitere Kosten (z.B. Unterhalt, Verpflegung) nicht übernommen.“

So BT-Drs. 15/1525 – Gesetzesentwurf, S. 90 Zu Nummer 27 Zu Buchstabe a

Im Rahmen der Ausschussberatungen wurde ein weiterer Vorschlag eingebracht, der letztlich auch durch den Gesetzgeber des GMG umgesetzt wurde. Er betraf ebenfalls die Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V. Nach Einführung der sozialen Pflegeversicherung hatten sich rasch schwierige Abgrenzungsfragen für einzelne Maßnahmen der Behandlungssicherungspflege (§ 37 Abs. 2 SGB V) zur Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung (§§ 14, 15 SGB XI) ergeben, die für die Bemessung des Pflegebedarfs und die Kostentragung durch die GKV bzw. die soziale Pflegeversicherung von Bedeutung waren.

Dazu eingehend *Gerhard Igl*, Grundprobleme des Leistungsprogramms der Pflegeversicherung im ambulanten Bereich, VSSR 1999, S. 305 ff.; *Peter Udsching*, Reform der Pflegeversicherung – in drei Etappen, SGB 2007, S. 694 ff.; *Ursula Waßer*, Schnittstellen zwischen Kranken- und Pflegeversicherung, KV 2015, S. 89 ff.

Sie wurden (und werden weiterhin) durch die Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit entschieden.

Vgl. dazu vorstehend sub B.I.3.

Die Abgrenzungsproblematik hat zu

„Verwirrung um die Zuordnung der Behandlungspflege“,

so *Peter Udsching*, Reform der Pflegeversicherung – in drei Etappen, SGB 2007, S. 694 (S. 695)

im häuslichen Bereich geführt, die – wie der Blick in das weitere Gesetzgebungsverfahren zum GMG zeigt – nicht

„allein das Werk der Rechtsprechung“

so *Peter Udsching*, Reform der Pflegeversicherung – in drei Etappen, SGB 2007, S. 694 (S. 695)

ist. Zunächst hatte das BSG im Oktober 2001 nach einigen Entscheidungen zur Berücksichtigung krankheitsspezifischer Hilfeleistungen

Vgl. BSG, Urteil v. 22.08.2001 – B 3 P 23/00 R, juris zum Ausschluss rehabilitativer Maßnahmen; BSG SozR 3-3300 § 14 Nr 9 – Pflegebad anstelle eines normalen Bades und anschließender Hautbehandlung bei einem Neurodermitis-Patienten; ferner BSG SozR 3-3300 § 14 Nr. 11

in seinem sog. „Kompressionsstrumpf-Urteil“

Peter Udsching, Reform der Pflegeversicherung – in drei Etappen,
SGB 2007, S. 694 (S. 695)

entschieden, dass Maßnahmen der Behandlungspflege, die mit einer Verrichtung der Grundpflege in einem notwendigen zeitlichen Zusammenhang stehen, in die Leistungspflicht der Pflegeversicherung fallen und nicht als Maßnahmen der häuslichen Krankenpflege von den Krankenkassen zu erbringen sind, wobei es konkret um das An- und Ausziehen von Stützstrümpfen der Klassen II und III als eine mit der Grundpflege zeitliche notwendig zusammenhängende Maßnahmen der Behandlungspflege ging.

Vgl. BSG SozR 3 – 2500 § 37 Nr. 3

Auf diese Entscheidung des BSG reagierte der Gesetzgeber

Vgl. dazu den Bezug auf die Entscheidung in BT-Drs. 15/1600 – Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung, S. 13

im Rahmen des GMG und fügte an § 37 Abs. 2 S. 1 einen Halbsatz 2 an, mit dem das An- und Ausziehen von Kompressionsstrümpfen ab Kompressionsklasse 2 der Behandlungspflege und

„und damit der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung zugewiesen“

so BT-Drs. 15/1600 – Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung, S. 13

wurde. Entgegen der Rechtsprechung des BSG sollte dies auch dann gelten,

„wenn im Einzelfall dieser Hilfebedarf bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI zu berücksichtigen ist. Die Krankenkassen können nicht unter Hinweis auf die Berücksichtigung dieses Hilfebedarfs im Rahmen der Begutachtung und der Zuordnung zu den Pflegestufen nach dem Recht der Pflegeversicherung (§§ 14, 15 SGB XI) ihre Leistungspflicht ablehnen.“

So BT-Drs. 15/1600 – Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung, S. 13

Dabei erfolgte die Zuordnung zur GKV nicht nur als Reaktion auf die BSG-Entscheidung, sondern auch wegen der

„teilweise erheblichen finanziellen Belastungen der Pflegebedürftigen in häuslicher Pflege“,

so BT-Drs. 15/1600 – Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung, S. 13

die der Gesetzgeber zu Gunsten der Betroffenen klären wollte.

Vgl. BT-Drs. 15/1600 – Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung, S. 13

Letztlich fügte der Gesetzgeber einen Absatz 5 an § 37 SGB V an, der eine Zuzahlungspflicht für Versicherte mit Vollendung des 18. Lebensjahres vorsah.

§ 37 SGB V erhielt durch das GMG danach die folgende Gesamtfassung:

„(1) ¹Versicherte erhalten in ihrem Haushalt oder ihrer Familie neben der ärztlichen Behandlung häusliche Krankenpflege durch geeignete Pflegekräfte, wenn Krankenhausbehandlung geboten, aber nicht ausführbar ist, oder wenn sie durch die häusliche Krankenpflege vermieden oder verkürzt wird. ²Die häusliche Krankenpflege umfaßt die im Einzelfall erforderliche Grund- und Behandlungspflege sowie hauswirtschaftliche Versorgung. ³Der Anspruch besteht bis zu vier Wochen je Krankheitsfall. ⁴In begründeten Ausnahmefällen kann die Krankenkasse die häusliche Krankenpflege für einen längeren Zeitraum bewilligen, wenn der Medizinische Dienst (§ 275) festgestellt hat, daß dies aus den in Satz 1 genannten Gründen erforderlich ist.

(2) ¹Versicherte erhalten in ihrem Haushalt oder ihrer Familie als häusliche Krankenpflege Behandlungspflege, wenn sie zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist; der Anspruch umfasst das Anziehen und Ausziehen von Kompressionsstrümpfen ab Kompressionsklasse 2 auch in den

Fällen, in denen dieser Hilfebedarf bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach den §§ 14 und 15 des Elften Buches zu berücksichtigen ist. ²Die Satzung kann bestimmen, daß die Krankenkasse zusätzlich zur Behandlungspflege nach Satz 1 als häusliche Krankenpflege auch Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung erbringt. ³Die Satzung kann dabei Dauer und Umfang der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung nach Satz 2 bestimmen. ⁴Leistungen nach den Sätzen 2 und 3 sind nach Eintritt von Pflegebedürftigkeit im Sinne des Elften Buches nicht zulässig. ⁵Versicherte, die nicht auf Dauer in Einrichtungen nach § 71 Abs. 2 oder 4 des Elften Buches aufgenommen sind, erhalten Leistungen nach den Sätzen 1 bis 4 auch dann, wenn ihr Haushalt nicht mehr besteht und ihnen nur zur Durchführung der Behandlungspflege vorübergehender Aufenthalt in einer Einrichtung oder in einer anderen geeigneten Unterkunft zur Verfügung gestellt wird.

(3) Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege besteht nur, soweit eine im Haushalt lebende Person den Kranken in dem erforderlichen Umfang nicht pflegen und versorgen kann.

(4) Kann die Krankenkasse keine Kraft für die häusliche Krankenpflege stellen oder besteht Grund, davon abzusehen, sind den Versicherten die Kosten für eine selbstbeschaffte Kraft in angemessener Höhe zu erstatten.

(5) Versicherte, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, leisten als Zuzahlung den sich nach § 61 Satz 3 ergebenden Betrag, begrenzt auf die für die ersten 28 Kalendertage der Leistungsanspruchnahme je Kalenderjahr anfallenden Kosten an die Krankenkasse.“

6. Das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz GKV-WSG vom 26.3.2007

Zentrale Stellschrauben für die häusliche Krankenpflege nach § 37 SGB stellte abermals das BSG. Es reagierte auf die Einfügung des § 37 Abs. 2 S. 1, HS 2 SGB V mit einer weiteren Entscheidung,

in der es diese Neuregelung wegen des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig hielt und ein Wahlrecht des Versicherten für die Zuordnung zur Kranken- oder zur Pflegeversicherung schuf. In der Begründung der Entscheidung führte das Gericht aus:

„Zum anderen erscheint die Neuregelung des § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB V unter dem Aspekt des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) bedenklich, weil sie für den zwar relativ häufig auftretenden, in seiner Bedeutung für den Pflegebedürftigen aber als vergleichsweise weniger gravierend einzuschätzenden Fall des Tragens von Kompressionsstrümpfen eine Sonderregelung geschaffen hat, nicht aber für die wesentlich schwerer wiegenden Fälle der Behandlungspflege zur Aufrechterhaltung von Grund- bzw. Vitalfunktionen (Atmung, Kreislauf, Stoffwechsel). Es ist kein die Ungleichbehandlung rechtfertigender Grund ersichtlich, der für die Vorzugsbehandlung von Versicherten, die Kompressionsstrümpfe tragen müssen, gegenüber den schwerer betroffenen Versicherten - darunter insbesondere Familien mit erheblich pflegebedürftigen Kindern - angeführt werden könnte.

Diese rechtlichen Bedenken gebieten es, die Neuregelung über ihren Wortlaut hinaus zu erweitern und die bisherige Rechtsprechung des Senats in diesem Bereich mit Wirkung ab 1. Januar 2004 zu modifizieren.

Es bleibt dabei, dass Maßnahmen der Behandlungspflege nur dann der Grundpflege zugeordnet werden können, wenn sie entweder untrennbarer Bestandteil einer Verrichtung der Grundpflege sind oder sie mit einer solchen Maßnahme objektiv notwendig in einem unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang stehen. Da aber diese Zuordnung nur dann ihrem Zweck, die häusliche Pflege durch Familienmitglieder, Nachbarn oder Freunde zu fördern und diese ehrenamtliche Pflege mit der Möglichkeit einer finanziellen Anerkennung zu stärken, voll gerecht werden kann, wenn sie nicht gleichzeitig zu Nachteilen im Fall der Inanspruchnahme von Sachleistungen führt, ist den Pflegebedürftigen ein Wahlrecht zuzugestehen, ob sie eine solche Zuordnung der Behandlungspflege zur Grundpflege wünschen oder nicht. Dieses Wahlrecht übt der Pflegebedürftige bei der ersten Antragstellung gegenüber

der Pflegekasse aus, indem er Pflegegeld (§ 37 SGB XI), Pflegesachleistungen (§ 36 SGB XI) oder Kombinationsleistungen (§ 38 SGB V) beantragt, es kann aber auch bei einem ggf später erforderlichen Wechsel vom Pflegegeld zur Sachleistung (oder umgekehrt) geltend gemacht werden.“

BSGE 94, 192 (202f.)

Darüber hinaus hatte sich der Haushaltsbegriff des § 37 Abs. 2 SGB V über die Erweiterung durch das GMG für Wohnungslose in § 37 Abs. 2 S. 5 SGB V hinaus als problematisch erwiesen. § 37 Abs. 2 S. 1 SGB V in der Fassung des GMG erfasste – die Gruppe der Wohnungslosen einmal ausgenommen – ausschließliche Leistungsorte „Haushalt“ und „Familie“. Die Rechtsprechung hatte daher in eng begrenzten Ausnahmefällen

Vgl. BSGE 90, 143 ff.: Insulin-Injektionen in einer Kindertagesstätte oder Schule zur Sicherung der ärztlichen Behandlung der Diabeteserkrankung

zur Wahrung des Zwecks des § 37 Abs. 2 SGB V weitere Leistungsorte zugelassen.

Vgl. *Stefan Nolte*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 88. Ergl. (Dezember 2015) § 37 Rn. 12

Nach dieser Rechtsprechung durfte die Leistungserbringung

„bei vorübergehenden Aufenthalten außerhalb der Familienwohnung“

allerdings nur erfolgen, wenn der Versicherte

„ansonsten ständig in seinem Haushalt bzw. in seiner Familie aufhält und dort seinen Lebensmittelpunkt hat.“

So BSGE 90, 143 (147)

Auf diese Entwicklungen der Rechtsprechung reagierte der Gesetzgeber des „Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-

Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV WSG) vom 26.3.2007“ (BGBl. I 378) durch weitere Änderungen des § 37 SGB V. So erweiterte er das Spektrum der möglichen Leistungsorte für die Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 S. 1 auf

„sonstige geeignete Orte“,

die beispielhaft und nicht abschließend nachfolgend genannt wurden:

„insbesondere in betreuten Wohnformen, Schulen und Kindergärten, bei besonders hohem Pflegebedarf auch in Werkstätten für behinderte Menschen“.

Für einen solchen geeigneten Ort hielt der Gesetzgeber auch Arbeitsstätten.

Vgl. BT-Drs. 16/4247 – Bericht des Ausschusses für Gesundheit, S. 33

Für die Leistungserbringung in Werkstätten für behinderte Menschen stellte der Gesundheitsausschuss klar, dass es im Regelfall gleichwohl bei § 10 der WerkstättenVO bleiben sollte, wonach der pflegerische Bedarf durch die Werkstätten selbst abgedeckt wird.

Im Gesetzesentwurf wird dabei deutlich, dass diese Erweiterung keine Ausdehnung auf stationäre Einrichtungen insgesamt sein sollte. Dort ist von einer

„vorsichtigen Erweiterung des Haushaltsbegriffs“

so BT-Drs. 16/3100, S. 104

für

„eng begrenzte Personengruppen“

so BT-Drs. 16/3100, S. 104

die Rede, um

„eine vorschnelle Einweisung in stationäre Einrichtungen“

so BT-Drs. 16/3100, S. 104

zu verhindern. Der Gesetzgeber unterscheidet damit ersichtlich zwischen medizinischer Behandlungspflege im häuslichen Bereich in Gestalt der Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V und in der stationären Versorgung. Dies wird auch in der weiteren Begründung des Gesetzesentwurfs deutlich:

„Ein ‚geeigneter Ort‘ für die Leistung häuslicher Krankenpflege durch die GKV ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn sich der Versicherte in einer Einrichtung befindet, in der er nach den gesetzlichen Bestimmungen Anspruch auf die Erbringung medizinischer Behandlungspflege durch die Einrichtung hat.“

Allerdings fügte der Gesetzgeber an § 37 Abs. 2 S. 1, HS 2 eine folgenreiche Ergänzung an, die zu einer kumulativen Leistungspflicht der GKV und der sozialen Pflegeversicherung führte, weshalb diese Änderung zu Recht als Wende des Gesetzgebers von dem Wahlrecht der Versicherten nach der Rechtsprechung des BSG zu einer

„Sowohl-als-auch“- Zuordnung

so *Peter Udsching*, Reform der Pflegeversicherung – in drei Etappen, SGB 2007, S. 694 (S. 695)

desselben Risikos bewertet werden kann. Nach § 37 Abs. 2 S. 1, HS. 2 SGB V in der Fassung des GKV-WSG erfasst der Anspruch auf Behandlungssicherungspflege seitdem

„verrichtungsbezogene krankheitsspezifische Pflegemaßnahmen auch in den Fällen, in denen dieser Hilfebedarf bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach den §§ 14 und 15 des Elften Buches zu berücksichtigen ist.“

Obgleich damit die Wahlrechts-Lösung des BSG aufgehoben wurde, hatte die Bundesregierung dazu in der Begründung des Gesetzesentwurfs ausgeführt:

„Die Änderung des Absatz 2 Satz 1 zweiter Halbsatz vollzieht die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nach (Entscheidung vom 17. März 2005, Az.: B 3 KR 9/04R, BSGE 91, 192); eine materielle Rechtsänderung ist damit nicht verbunden. Sie macht deutlich, dass verrichtungsbezogene krankheitsspezifische Pflegemaßnahmen zur häuslichen Krankenpflege gehören.“

Begrifflich entsprechen sie den Maßnahmen, die mit der geplanten Neuregelung in § 15 Abs. 3 SGB XI erfasst werden. Insbesondere handelt es sich um:

- das An- und Ausziehen von Kompressionsstrümpfen ab Klasse 2,
- eine oro/racheale Sekretabsaugung,
- das Einreiben mit Dermetika,
- die Verabreichung eines Klistiers, eines Einlaufs,
- die Einmalkatheterisierung,
- das Wechseln einer Sprechkanüle gegen eine Dauerkanüle bei einem Tracheostornapatienten zur Ermöglichung des Schluckens,
- Maßnahmen zur Sekretlimination bei Mukoviszidose oder Erkrankungen mit vergleichbarem Hilfebedarf.

Der Gemeinsame Bundesausschuss konkretisiert in Richtlinien nach § 92 Art und Inhalt der verrichtungsbezogenen krankheitsspezifischen Pflegemaßnahmen.“

So BT-Drs. 16/3100, S. 105

Zugleich setzte der Gesetzgeber zu einer eng begrenzten Verlagerung der Finanzierungszuständigkeit für Maßnahmen der Behandlungspflege von der sozialen Pflegeversicherung in die gesetzliche Krankenversicherung an, die zu einer Differenzierung bei der Kostenbelastung von Pflegebedürftigen führten. Dies betraf zum ersten Patienten in der Kurzzeitpflege in bestimmten Fallkonstellationen und zum zweiten Patienten in stationären Pflegeeinrichtungen, für die ein besonders hoher Versorgungsbedarf mit Maßnahmen der ärztlichen Behandlungspflege bestand. So sollte von dem erweiterten Haushaltsbegriff („an sonstigen geeigneten Orten“) auch der Fall erfasst sein, in dem sich ein pflegebedürftiger Patient nach einem Krankenhausaufenthalt in eine Kurzzeitpflegeeinrichtung begab,

„weil eine Versorgung in der eigenen Häuslichkeit noch nicht ausreichend sichergestellt ist.“

So BT-Drs. 16/3100, S. 104

Für Pflegebedürftige in stationären Einrichtungen nach § 43 SGB XI wurde aus Kostengründen eine Sonderregelung geschaffen, zu der es im Gesetzesentwurf hieß:

„Für besondere, eng begrenzte Personengruppen mit besonders hohem Versorgungsbedarf (z.B. Wachkomapatienten, Dauerbeatmete) regelt Absatz 2 Satz 2 die Übernahme der Kosten für die Behandlungspflege durch die Krankenkassen, die nach § 132a Abs. 2 Verträge mit den Pflegeeinrichtungen zu schließen haben. Für diese Personen fallen im Rahmen der vollstationären Dauerpflegeversorgung (§ 43 SGB XI) sehr hohe Kosten für den behandlungspflegerischen Aufwand an. Da diese bisher von der Pflegeversicherung nur im Rahmen ihrer gedeckelten Leistungsbeträge übernommen wurden, verblieben bei den Pflegebedürftigen und ihren Angehörigen sehr hohe Eigenanteile, die sehr häufig die Finanzkraft der Betroffenen überforderten und zu Sozialhilfeabhängigkeit führten.“

So BT-Drs. 16/3100, S. 105. Die weiteren Änderungen des § 37 SGB V durch das GKV-WSG können mit Blick auf die erbetene verfassungsrechtliche Prüfung in ihrer Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren außen vor bleiben.

§ 37 SGB V erhielt schließlich durch das GKV-WSG und das „Gesetz zur Änderung mediziniproduktrechtlicher und anderer Vorschriften“ vom 14.6.2007 (BGBl. I 1066), das § 37 Abs. 2 S. 4 einfügte,

vgl. dazu *Ernst-Wilhelm Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, 02/15, § 37 Rn. 38

die folgende Fassung:

„(1) ¹Versicherte erhalten in ihrem Haushalt, ihrer Familie oder sonst an einem geeigneten Ort, insbesondere in betreuten Wohnformen, Schulen und Kindergärten, bei besonders hohem Pflegebedarf auch in Werkstätten für behinderte Menschen neben der ärztlichen Behandlung häusliche Krankenpflege durch geeignete Pflegekräfte, wenn Krankenhausbehandlung geboten, aber nicht ausführbar ist, oder wenn sie durch die häusliche Krankenpflege vermieden oder verkürzt wird. ²§ 10 der Werkstättenverordnung bleibt unberührt. ³Die häusliche Krankenpflege umfaßt die im Einzelfall erforderliche Grund- und Be-

handlungspflege sowie hauswirtschaftliche Versorgung. ⁴Der Anspruch besteht bis zu vier Wochen je Krankheitsfall. ⁵In begründeten Ausnahmefällen kann die Krankenkasse die häusliche Krankenpflege für einen längeren Zeitraum bewilligen, wenn der Medizinische Dienst (§ 275) festgestellt hat, daß dies aus den in Satz 1 genannten Gründen erforderlich ist.

(2) ¹Versicherte erhalten in ihrem Haushalt, ihrer Familie oder sonst an einem geeigneten Ort, insbesondere in betreuten Wohnformen, Schulen und Kindergärten, bei besonders hohem Pflegebedarf auch in Werkstätten für behinderte Menschen als häusliche Krankenpflege Behandlungspflege, wenn diese zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist; der Anspruch umfasst verrichtungsbezogene krankheitsspezifische Pflegemaßnahmen auch in den Fällen, in denen dieser Hilfebedarf bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach den §§ 14 und 15 des Elften Buches zu berücksichtigen ist. ²§ 10 der Werkstättenverordnung bleibt unberührt. ³Der Anspruch nach Satz 1 besteht über die dort genannten Fälle hinaus ausnahmsweise auch für solche Versicherte in zugelassenen Pflegeeinrichtungen im Sinne des § 43 des Elften Buches, die auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, einen besonders hohen Bedarf an medizinischer Behandlungspflege haben. ⁴Die Satzung kann bestimmen, dass die Krankenkasse zusätzlich zur Behandlungspflege nach Satz 1 als häusliche Krankenpflege auch Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung erbringt. ⁵Die Satzung kann dabei Dauer und Umfang der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung nach Satz 4 bestimmen. ⁶Leistungen nach den Sätzen 4 und 5 sind nach Eintritt von Pflegebedürftigkeit im Sinne des Elften Buches nicht zulässig. ⁷Versicherte, die nicht auf Dauer in Einrichtungen nach § 71 Abs. 2 oder 4 des Elften Buches aufgenommen sind, erhalten Leistungen nach Satz 1 und den Sätzen 4 bis 6 auch dann, wenn ihr Haushalt nicht mehr besteht und ihnen nur zur Durchführung der Behandlungspflege vorübergehender Aufenthalt in einer Einrichtung oder in einer anderen geeigneten Unterkunft zur Verfügung gestellt wird.

(3) Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege besteht nur, soweit eine im Haushalt lebende Person den Kranken in dem erforderlichen Umfang nicht pflegen und versorgen kann.

(4) Kann die Krankenkasse keine Kraft für die häusliche Krankenpflege stellen oder besteht Grund, davon abzusehen, sind den Versicherten die Kosten für eine selbstbeschaffte Kraft in angemessener Höhe zu erstatten.

(5) Versicherte, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, leisten als Zuzahlung den sich nach § 61 Satz 3 ergebenden Betrag, begrenzt auf die für die ersten 28 Kalendertage der Leistungsanspruchnahme je Kalenderjahr anfallenden Kosten an die Krankenkasse.

(6) ¹Der Gemeinsame Bundesausschuss legt in Richtlinien nach § 92 fest, an welchen Orten und in welchen Fällen Leistungen nach den Absätzen 1 und 2 auch außerhalb des Haushalts und der Familie des Versicherten erbracht werden können. ²Er bestimmt darüber hinaus das Nähere über Art und Inhalt der verrichtungsbezogenen krankheitsspezifischen Pflegemaßnahmen nach Absatz 2 Satz 1.“

7. Das Hospiz- und Palliativgesetz vom 1.12.2015

Durch das „Gesetz zur Verbesserung der Hospiz- und Palliativversorgung in Deutschland (Hospiz- und Palliativgesetz – HPG)“ vom 1.12.2015 (BGBl. I 2114) hat der Gesetzgeber in § 37 SGB V Absatz 2a eingefügt. Mit Wirkung zum 8.12.2015 trat dieser in der folgenden Fassung in Kraft:

„(2a) ¹Die häusliche Krankenpflege nach den Absätzen 1 und 2 umfasst auch die ambulante Palliativversorgung. ²Für Leistungen der ambulanten Palliativversorgung ist regelmäßig ein begründeter Ausnahmefall im Sinne von Absatz 1 Satz 5 anzunehmen. ³§ 37b Absatz 4 gilt für die häusliche Krankenpflege zur ambulanten Palliativversorgung entsprechend.“

Die Regelung war zunächst nur mit den Sätzen 1 und 2 vorgesehen und wurde im Rahmen der Ausschussberatungen um Satz 3 (Evaluation der häuslichen Krankenpflege zur ambulanten Palliativversorgung und Berichtspflicht des GKV-Spitzenverbands) ergänzt. Der Gesetzgeber hielt die Erweiterung des Anspruchs auf häusliche Krankenpflege um Leistungen der ambulanten Palliativversorgung für erforderlich, weil diese bisher weder im Rahmen des § 37 SGB V noch in den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung häuslicher Krankenpflege erwähnt wurden.

Vgl. BT-Drs. 18/5170 – Gesetzesentwurf, S. 16 und S. 24

Der GBA ist nun damit beauftragt, für die ambulante Palliativversorgung konkrete Festlegungen zu den Versorgungsanforderungen zu treffen.

Vgl. BT-Drs. 18/5170 – Gesetzesentwurf, S. 16 und S. 24

Der Anspruch auf ambulante Palliativversorgung im Rahmen der Regelversorgung mit häuslicher Krankenpflege steht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zur spezialisierten ambulanten Palliativversorgung gemäß § 37b SGB V. Nur soweit ein solcher Anspruch nicht besteht, kann die ambulante Palliativversorgung in Gestalt der häuslichen Krankenpflege erbracht werden.

8. Das Krankenhausstrukturgesetz vom 18.12.2015

Das „Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausfinanzierung (Krankenhausstrukturgesetz – KHSG)“ vom 18. 12.2015 (BGBl. I 2229) hat der Gesetzgeber zum Anlass genommen, den folgenden Absatz 1a in § 37 SGB V einzufügen:

„(1a) ¹Versicherte erhalten an geeigneten Orten im Sinne von Absatz 1 Satz 1 wegen schwerer Krankheit oder wegen akuter Verschlimmerung einer Krankheit, insbesondere nach einem Krankenhausaufenthalt, nach einer ambulanten Operation oder nach einer ambulanten Krankenhausbehandlung, soweit keine Pflegebedürftigkeit im Sinne des Elften Buches vorliegt, die erforderliche

Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung. ²Absatz 1 Satz 4 und 5 gilt entsprechend.“

Die Regelung gilt seit dem 1.1.2016. Sie soll eine Versorgungslücke schließen, die dadurch entstehen kann, dass ein Versicherter zwar kurzfristigen Bedarf an Leistungen der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung hat, der aber nicht über den Zeitraum von sechs Monaten besteht und deshalb nicht durch die soziale Pflegeversicherung abgedeckt wird. Andererseits konnten diese Leistungen in der GKV nur im Rahmen der Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V als Satzungsleistungen erbracht werden.

Vgl. dazu auch die Begründung des Gesundheitssausschusses, BT-Drs. 18/6586, S. 100

Für diesen Ausnahmefall der schweren Krankheit oder wegen akuter Verschlimmerung einer Krankheit insbesondere nach einem Krankenhausaufenthalt, nach einer ambulanten Operation oder nach einer ambulanten Krankenhausbehandlung ist seit dem 1.1.2016 weder eine Pflegebedürftigkeit noch

„ein gleichzeitiger Bedarf an medizinischer Behandlungspflege [...] erforderlich“,

so BT-Drs. 18/6586, S. 100

um einen Anspruch auf Grundpflegeleistungen und/oder Leistungen der hauswirtschaftlichen Versorgung zu haben. Nicht darunter fallen nach dem Willen des Gesetzgebers

„Bedarfe der kognitiven Beeinträchtigungen“.

So BT-Drs. 18/6586, S. 101

Zudem soll auch dieser Ausnahmefall eindeutig auf den häuslichen Bereich beschränkt bleiben, wie sich der Begründung des Ausschusses entnehmen lässt:

„Insbesondere sind mit der Erweiterung keine Leistungsverschiebungen bezüglich der sozialen Pflegeversicherung oder der Eingliederungshilfe verbunden.“

So BT-Drs. 18/6586, S. 101

Letztlich wird der Ausnahmecharakter durch die Beschränkung des Anspruchs auf eine Dauer von maximal bis zu vier Wochen je Krankheitsfall hervorgehoben.

9. Änderungen zum 1.1.2017 durch das Zweite Pflegestärkungsgesetz

Zum 1.1.2017 werden Anpassungen redaktioneller Art in Kraft treten, die durch die Einführung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs bedingt sind. Mit dem „Zweite[n] Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Zweites Pflegestärkungsgesetz – PSG II)“ vom 21.12.2015 (BGBl. I 2424) hat der Gesetzgeber in § 37 Abs. 2 S. 6 die redaktionelle Folgeänderung verankert, nach der Satzungsleistungen der Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung nach Eintritt der Pflegebedürftigkeit

„mit mindestens Pflegegrad 2 im Sinne des Elften Buches nicht zulässig“

sind.

III. Zur historischen Entwicklung der medizinischen Behandlungspflege im stationären Bereich

Die normative Entwicklung der medizinischen Behandlungspflege im stationären Bereich der sozialen Pflegeversicherung hat eine im Vergleich zur Entstehungsgeschichte der häuslichen Krankenpflege in der gesetzlichen Krankenversicherung kurze Geschichte. Sie konzentriert sich auf Änderungen des Kostenrechts und wird im Folgenden für die vollstationäre Versorgung dargestellt.

1. Die Einführung des SGB XI und das 1. SGB XI-ÄndG vom 14.6.1996

Nach einer über zwanzig Jahre dauernden Diskussion über die Sicherung bei Pflegebedürftigkeit

vgl. zur Geschichte der Pflegeversicherung *Gerhard Igl*, in: von Maydell/Ruland/Becker, Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, § 18 Rn. 4 – 14

verabschiedete der Gesetzgeber am 28. Mai 1994 das Pflegeversicherungsgesetz (PflegeVG, BGBl. I 1014), mit dem die Leistungen zur häuslichen Pflege zum 1. April 1995 und die Leistungen der vollstationären Pflege zum 1. Juli 1996 in Kraft traten. Die Kostenvorschriften in der Fassung des PflegeVG unterschieden für die stationäre Vergütung zwischen Aufwendungen für allgemeine Pflegeleistungen, Unterkunft und Verpflegung und Zusatzleistungen, ohne dass die Leistungen der medizinischen Behandlungspflege geregelt waren.

„Unmittelbar vor Wirksamwerden der Leistungsvorschriften für die stationäre Pflege setzte allerdings eine hektisch geführte Zuordnungsdebatte ein.“

Peter Udsching, in: von Wulffen/Krasney, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 692

Nach dieser Diskussion wurden mit dem 1. SGB XI-ÄndG vom 14.6.1996 (BGBl. I 830) auch die Aufwendungen für die medizinische Behandlungspflege in § 43 Abs. 2 S. 1 SGB XI – zunächst allerdings befristet – aufgenommen. Den Grund dafür bildeten die Kosten der Betroffenen, die mit dem Wechsel von der häuslichen Pflege in die stationäre Pflege verbunden waren. Die in Heimen erbrachten Leistungen der medizinischen Behandlungspflege wurden zum damaligen Zeitpunkt nicht von Krankenversicherung bezahlt. Aufgrund der

„großen finanziellen Probleme der Krankenversicherung“

so die CDU/CSU-Fraktion im Rahmen der späteren Beratungen des Entwurfs im Gesundheitsausschuss, BT-Drs. 13/4091, S. 35

sei es nicht möglich gewesen, die Kosten der medizinischen Behandlungspflege der Krankenversicherung aufzubürden. Um die Pflegebedürftigen, die bis dato selbst für diese Kosten aufkommen mussten, zu entlasten, sollten diese nunmehr von der Pflegeversicherung übernommen werden.

Vgl. CDU/CSU-Fraktion im Rahmen der späteren Beratungen des Entwurfs im Gesundheitsausschuss, BT-Drs. 13/4091, S. 35

In dem Entwurf des 1. SGB XI-Änderungsgesetzes heißt es dazu:

„Durch die Finanzierung der Kosten der medizinischen Behandlungspflege [...] durch die Pflegekassen werden die Pflegebedürftigen im Rahmen der leistungrechtlichen Höchstbeträge entlastet. Im Interesse einer möglichst weitreichenden und dauerhaften Entlastung sollen Finanzierungsspielräume, die sich im Zeitablauf ergeben, insbesondere auch zu einer Anhebung dieser Höchstbeträge genutzt werden.“

So BT-Drs. 13/3696, S. 14 Zu Nummer 18

Dabei wurde die Entlastung auf den Betrag von insgesamt maximal 2.800 DM monatlich bzw. im Durchschnitt 30.000 DM jährlich begrenzt.

Dieser Ansatz wurde bereits im Rahmen der Anhörungen durch den Gesundheitsausschuss als

„systemwidrig“

so die Stellungnahme des deutschen Paritätischen Wohlfahrts, des Diakonischen Werks der EKD, ebenfalls ablehnend der Bundesverband ambulante Dienste e.V., BT-Drs. 13/4091, S. 33

kritisiert.

Den Beratungen lässt sich entnehmen, dass die auf den Höchstbetrag gedeckelte Kostenbernahme für Maßnahmen der medizinischen Behandlungspflege durch die soziale Pflegeversicherung nicht als Dauerlösung geplant war. Die CD/CSU-Fraktion hatte dazu vorgetragen:

„Im Übrigen sei mit der Übernahme der Kosten der Behandlungspflege keine Änderung des Begriffs der Pflegebedürftigkeit verbunden; es handele sich lediglich um eine „gastweise“ Übernahme der Kosten durch die Pflegeversicherung. Im Jahr 1999 werde geprüft, welcher Anteil der Einsparungen im Bereich

der Krankenversicherung durch den Abbau fehlbelegter Krankenhausbetten, der bis 1999 auf ca. 3 Mrd. DM geschätzt werde, für die Kosten der Behandlungspflege eingesetzt werden könne.“

So BT-Drs. 13/4091, S. 35

Mitglieder der SPD-Fraktion hielten die nur anteilige Kostenübernahme durch die soziale Pflegeversicherung im Rahmen der Diskussion im Gesundheitsausschuss für gleichheitswidrig:

„Kritisiert wurde von den Mitgliedern der Fraktion der SPD die Einbeziehung der Kosten der Behandlungspflege in vollstationären Einrichtungen in den Bereich der Pflegeversicherung. Nach ihrer Auffassung gehöre aus systematischen Gründen die Behandlungspflege in den Bereich der Krankenversicherung. Für den Rechtsanspruch auf Leistungen der Krankenversicherung dürfe es keinen Unterschied machen, ob jemand im Heim oder zu Hause Krankenpflege erhalte. Die Finanzierung von Leistungen der Behandlungspflege durch die Pflegeversicherung sei deshalb systematisch falsch, weil auch Heimbewohner Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung entrichteten. Diese Regelung führe im übrigen zu einer Ungleichbehandlung von Beitragszahlern zur Krankenversicherung: Zu Hause versorgte Pflegebedürftige erhielten Leistungen von der Krankenkasse finanziert, im Heim lebende Pflegebedürftige erhielten diese Leistungen über die Pflegeversicherung. Wegen der Deckelung der Leistungen der Pflegeversicherung kämen deshalb pflegebedürftige Heimbewohner schnell in die Situation, aus eigenen Mitteln zu den Kosten der Krankenpflege beitragen zu müssen, obwohl sie versichert seien. Am Ende könnten Heimbewohner viel stärker von Leistungen der Sozialhilfe abhängig sein als versprochen worden sei. Erforderlich sei nach Ansicht der Mitglieder der Fraktion der SPD daher eine Abgeltung dieser Kostenbestandteile über die Krankenversicherung.“

So die Stellungnahme der SPD-Fraktion im Gesundheitsausschuss, vgl. BT-Drs. 13/4091, S. 37

Ähnlich argumentierten auch die Mitglieder der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen:

„Hiermit [gemeint: mit der gedeckelten Finanzierung der Behandlungspflege durch die soziale Pflegeversicherung] werde der Pflegeversicherung eine versicherungsfremde Leistung aufgedrückt, obschon diese nach den bisherigen Definitionen nur die Grundpflege zu gewährleisten und zu finanzieren habe. Sie [gemeint: die Mitglieder von Bündnis 90/Die Grünen] wiesen darauf hin, daß auch die in Heimen lebenden Menschen Krankenversicherungsbeiträge zahlten.“

So BT-Drs. 13/4091, S. 38

Im Ergebnis blieb es jedoch bei der zunächst bis zum 31.12.1999 befristeten Abdeckung der Kosten der medizinischen Behandlungspflege im stationären Bereich durch die soziale Pflegeversicherung, wie sie durch das Erste SGB XI-ÄndG v. 24.6.1994 in § 41 Abs. 2, § 42 Abs. 2 und § 43 Abs. 2 SGB XI (BGBl. I 830) vorgesehen war.

2. Das Gesetz zur GKV-Gesundheitsreform 2000 vom 22.12.1999

Trotz der Absicht, die Kosten für die medizinische Behandlungspflege im stationären Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung zuzuordnen, änderte sich die Finanzierung auch zwei Jahre später mit dem „Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV Gesundheitsreformgesetz 2000)“ vom 22.12.1999 (BGBl. I 2626) nicht. Vielmehr verlängerte der Gesetzgeber die befristeten Übergangsregelungen des § 41 Abs. 2, § 42 Abs. 2 und des § 43 Abs. 2, 3 und 5 SGB XI um zwei weitere Jahre bis zum 31.12.2001. Die Entscheidung zur Verlängerung des Übergangszustands wurde vom Gesundheitsausschuss vorgeschlagen.

Vgl. BT-Drs. 14/1977, S. 107 und S. 185

Zur Begründung führte der Ausschuss in seinem Bericht aus:

„Die Zwischenzeit von zwei Jahren soll genutzt werden, eine verlässlichere Datenbasis für eine endgültige Entscheidung über die Finanzierung der medi-

zinischen Behandlungspflege in Heimen zu erhalten und gleichzeitig auch weitere Möglichkeiten der notwendigen Weiterentwicklung und Verbesserung des Zusammenwirkens der verschiedenen Sozialleistungsträger bei der Versorgung Pflegebedürftiger zu prüfen.

Gleichzeitig wird die ebenfalls zum 31. Dezember 1999 auslaufende Übergangsregelung des § 43 Abs. 5 SGB XI über die stationären Leistungspauschalen um zwei Jahre verlängert. Die Behandlungspflege stellt einen nicht unwesentlichen Teil des Leistungsgeschehens bei vollstationärer Pflege dar, daher ist es sachgerecht, über die Ausgestaltung einer Dauerregelung für stationären Pflegeleistungen der Pflegeversicherung erst zu entscheiden, wenn die Entscheidung darüber getroffen ist, wer endgültig die Finanzierung der medizinischen Behandlung in vollstationären Einrichtungen übernommen hat.“

So BT-Drs. 14/1977, S. 185

3. Der Zweite Bericht zur Entwicklung der Pflegeversicherung als Weichenstellung

Dass die Politik ursprünglich die Absicht hatte, die medizinische Behandlungspflege im stationären Bereich der GKV als dem sachnäheren Sozialleistungssystem zuzuordnen, zeigt sich für die Bundesregierung im Zweiten Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung. Darin heißt es:

„Die Koalitionsvereinbarung sieht vor, dass die Finanzierung der medizinischen Behandlungspflege in stationären Pflegeeinrichtungen durch die GKV angestrebt wird, denn aus sach- und ordnungspolitischen Gründen spricht vieles dafür, die Kostenverantwortung sowohl für die häusliche als auch für die stationäre Behandlungspflege bei ein und demselben Kostenträger anzubinden, und zwar bei der GKV.“

So BT-Drs., 14/5590, S. 71.

Offenbar fehlte es aber auch im Jahr 2001 an einer verlässlichen Datenbasis:

„Die zu erwartenden finanziellen Auswirkungen wurden unterschiedlich hoch eingeschätzt. Der AOK Bundesverband ging von einer Mehrbelastung der GKV in Höhe von rd. 3 Mrd. DM jährlich aus, andere Schätzungen dagegen von einem durchschnittlichen monatlichen Aufwand von rd. 220 DM pro pflegebedürftigen Heimbewohner. Dies ergäbe bei rd. 550 000 Pflegebedürftigen in Heimen (einschließlich Behinderteneinrichtungen) ein Kostenvolumen von rd. 1,5 Mrd. DM jährlich. Die Datenlage war hier also noch nicht ausreichend zuverlässig.“

So BT-Drs., 14/5590, S. 71.

In der sich daran unmittelbar anschließenden Begründung für die Aufrechterhaltung der dualen Kostenzuordnung zur GKV und zur sozialen Pflegeversicherung macht die Bundesregierung deutlich, dass letztlich die Höhe der Mehrbelastung der GKV den Grund für die unterschiedlichen Finanzierungsregelungen bildet. Die Begründung führt neben der fehlenden validen Datenbasis zwar drei weitere Gründe auf, die jedoch letztlich sämtlich die Kostenbelastung zum Gegenstand haben:

„Für die Verlängerung der Übergangsregelung um zwei Jahre sprachen folgende Gründe:

- Die Datenbasis für eine endgültige Entscheidung über die Finanzierung der medizinischen Behandlungspflege in Heimen war noch nicht ausreichend zuverlässig. Die Zwischenzeit von zwei Jahren kann genutzt werden, eine verlässlichere Datenbasis zu erhalten.
- Der Pflegeversicherung wird für die Zwischenzeit kein zusätzliches Kostenrisiko aufgebürdet; sie leistet weiterhin die im Gesetz vorgesehenen gedeckelten leistungsrechtlichen Höchstbeträge.
- Die Qualität der Pflege und Betreuung in den stationären Pflegeeinrichtungen wird nicht nachteilig berührt. Die Pflegebedürftigen im Heim erhalten weiterhin die im Einzelfall notwendigen Leistungen vergütet, da die Aufwendungen für diese Leistungen wegen des Anspruchs des Heimträgers auf eine leistungsgerechte Vergütung im Rahmen des Pflegesatzes mit berücksichtigt werden müssen. Es kann also kein Heimträger den Vorwurf erheben, ihm fehlten Mittel zur Finanzierung notwendigen Personals, weil die

behandlungspflegerischen Leistungen nicht durch die Krankenversicherung finanziert würden.

- Durch die Einbeziehung der medizinischen Behandlungspflege in den Leistungsrahmen der Pflegeversicherung bleibt weiterhin sichergestellt, dass ein größerer Teil der Pflegebedürftigen von diesen Kosten entlastet wird. Dies ist in allen Pflegeheimen mit niedrigen Pflegesätzen der Fall, also insbesondere in den Einrichtungen in den neuen Bundesländern.“

So BT-Drs., 14/5590, S. 71.

4. Das Pflegeleistungs-Ergänzungsgesetz und das Verwaltungsvereinfachungsgesetz

In der Folge des Zweiten Berichts über die Entwicklung der Pflegeversicherung wurden die Übergangsregelungen für die Finanzierung der medizinischen Behandlungspflege im stationären Bereich verlängert, zuletzt bis zum 30. Juni 2007.

Zwar hatte der Gesetzgeber mit dem Pflegeleistungs-Ergänzungsgesetz vom 14.12.2001 (BGBl. I 3728) mit Wirkung vom 1.1.2002 § 43b in das SGB XI eingefügt. Damit wurde die Übernahme der Kosten der Behandlungspflege in stationären Einrichtungen durch die GKV für das Jahr 2005 angekündigt. Diese Zusage wurde aber nach Ablauf der selbst gesetzten Frist durch das „Gesetz zur Vereinfachung der Verwaltungsverfahren im Sozialrecht (Verwaltungsvereinfachungsgesetz)“ vom 21.3.2005 (BGBl. I 818) rückwirkend zum 1.1.2005 aufgehoben und auf den 1.1.2007 verschoben.

Vgl. dazu *Peter Udsching*, Reform der Pflegeversicherung – in drei Etappen, SGB 2007, S. 694 (S. 696)

5. Das GKV Wettbewerbsstärkungsgesetz GKV-WSG

Mit dem GKV-WSG revidierte der Gesetzgeber seine Absicht, eine Klärung der Finanzierung und die einheitliche Zuordnung der medizinischen Behandlungspflege im stationären Bereich indes wieder herbeizuführen, indem er § 43b SGB XI strich. Sowohl der Gesetzesentwurf als auch der Bericht des Ausschusses schweigen sich allerdings zu den Gründen mehr oder weniger aus.

„Die mehrfach verlängerte befristet geltende Übergangslösung, dass die Pflegekassen im Rahmen der gedeckelten Leistungsbeträge neben den pflegebedingten Aufwendungen der teilstationären Pflege und den Aufwendungen für soziale Betreuung auch für die Aufwendungen für die in der Einrichtung notwendigen Leistungen der medizinischen Behandlungspflege aufkommen, wird nunmehr als Dauerrecht vorgesehen.“

So BT-Drs. 16/3100, S. 185 zu Nummer 11

In § 43 Abs. 2 SGB XI wurde die pauschale Übernahme der Aufwendungen der medizinischen Behandlungspflege durch die Pflegekasse auf bestimmte von der jeweiligen Pflegestufe abhängige Beträge festgeschrieben, die sich in der Folgezeit geringfügig erhöhten. Dabei wurde auch die Begrenzung des Leistungsbetrags der Pflegekasse auf 75 % des Gesamtbetrags aus Pflegesatz, Entgelt für Unterkunft und Verpflegung und gesondert berechenbarer Investitionskosten in § 43 Abs.2 S. 3 SGB XI aufgenommen.

Parallel dazu erfuhren § 82 Abs. 1 S. 2 und S. 3 SGB XI und § 84 Abs. 1 SGB XI ihre derzeitige Fassung.

Für den stationären Bereich wurde nur für eng begrenzte Ausnahmefälle eine Zuordnung der medizinischen Behandlungspflege zur GKV vorgenommen.

Dazu eingehend vorstehend sub B. II. 6.

IV. Resümee : Problemverdrängende Perpetuierung einer ungerechtfertigten Unterscheidung

Lässt man die komplizierte Rechtsentwicklung im Bereich der medizinischen Behandlungspflege Revue passieren, so erweist sich der gesetzgeberische Umgang mit der Problematik als ein *Prozess problemverdrängender Perpetuierung einer* – wie im Folgenden zu zeigen sein wird: ungerechtfertigten – *Ungleichbehandlung*. In unterschiedlichen Phasen der Gesetzgebungsgeschichte(n) wird immer wieder deutlich, dass das Problem der medizinischen Behandlungspflege in stationären Einrichtungen, gerade im Blick auf die gegenüber der häuslichen medizinischen Behandlungspflege unterschiedlichen Regulierung, thematisiert, dilatorisch behandelt und/oder verdrängt worden ist.

Einige wenige Stadien seien noch einmal in Erinnerung gerufen:

- Schon bei den Beratungen des Gesetzes zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit (Pflegeversicherungsgesetz) ließ der Gesetzgeber die Versorgung pflegebedürftiger Menschen im stationären Pflegebereich außen vor.

Siehe dazu bereits oben B. II. 4. – *Peter Udsching*, SGB 2007, 694 (695) spricht davon, dass „das Problem der Behandlungspflege in stationären Einrichtungen und ihre Finanzierung totgeschwiegen worden“ sei

- Allerdings wird ebenfalls erkennbar, daß die Behandlungspflege im System der Pflegeversicherung als eine Art systemwidrige Leistung eingestuft wurde.

Siehe BT-Drs. 12/5262, S. 90

- In den Beratungen zum 1. SGB XI-Änderungsgesetz im Jahre 1996 wurde dann die Systemwidrigkeit bzw. Gleichheitswidrigkeit offen angesprochen.

Siehe dazu die Nachweise oben sub B. III. 1.

- Dies führte indes lediglich zu einer dilatorischen „Lösung“ in den Folgejahren. Bevor die Absicht realisiert werden sollte, die Kosten für die medizinische Behandlungspflege im stationären Bereich einer gesetzlichen Krankenversicherung zuzuordnen,

sollte zunächst eine verlässliche Datenbasis erarbeitet werden. Zugleich aber wird deutlich, daß der Gesetzgeber sich maßgeblich von den zu erwartenden finanziellen Mehrbelastungen in der GKV leiten ließ.

Dazu näher oben sub B. III. 2. Und 3.

- Immerhin aber wurde durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) aus dem Jahre 2007 für besondere Patientengruppen (z. B. Wachkomapatienten, Dauerbeatmete) eine Sonderregelung für Pflegebedürftige in stationären Einrichtungen geschaffen (§ 43 SGB XI).

Insgesamt zeigt sich, dass man wirklich tragfähige Sachgründe

zu den Rechtfertigungsanforderungen für eine derartige Ungleichbehandlung siehe noch nachfolgend sub C.

für die weiterhin bestehende Ungleichbehandlung zwischen der häuslichen medizinischen Behandlungspflege und der medizinischen Behandlungspflege in stationären Einrichtungen in der Entwicklungsgeschichte der normativen Ausgestaltung des Instituts vergebens sucht.

V. Zur Kostensituation der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen und im stationären Bereich

Obgleich die Gesamtkosten der medizinischen Behandlungspflege nicht statistisch erfasst werden,

vgl. *Heinz Rothgang/Rolf Müller*, Verlagerung der Finanzierungskompetenz für Medizinische Behandlungspflege in Pflegeheimen von der Pflege- in die Krankenversicherung, 2013, S. 6,

wurden die finanziellen Auswirkungen für eine einheitliche Zuordnung der Kosten für die häusliche Behandlungspflege und für die stationäre Behandlungspflege zur GKV erstmals vor 15 Jahren berechnet. In dem bereits angeführten Zweiten Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Pflegeversicherung aus dem Jahr 2001

variierten diese Kostenbelastungen der GKV ganz erheblich zwischen 1,5 Mrd. und 3 Mrd. DM jährlich.

Dazu vorstehend sub B. III. 3.

Mit Blick auf die Unterscheidung zwischen dem häuslichen und stationären Bereich liegen für den stationären Bereich Beobachtungen verlässlicher Kenner der Materie vor wie Peter Udsching und Ursula Waßer. Die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung müssen danach als zu gering bewertet werden. Sie deckten bereits im Jahr 2004

„kaum die durch Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung entstehenden Kosten“

so *Peter Udsching*, in: von Wulffen/Krasney, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 700

ab. Der Pflegebedürftige trägt daher tendenziell bereits seit langem

„einen immer größeren Anteil der Gesamtkosten“.

Peter Udsching, in: von Wulffen/Krasney, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 700

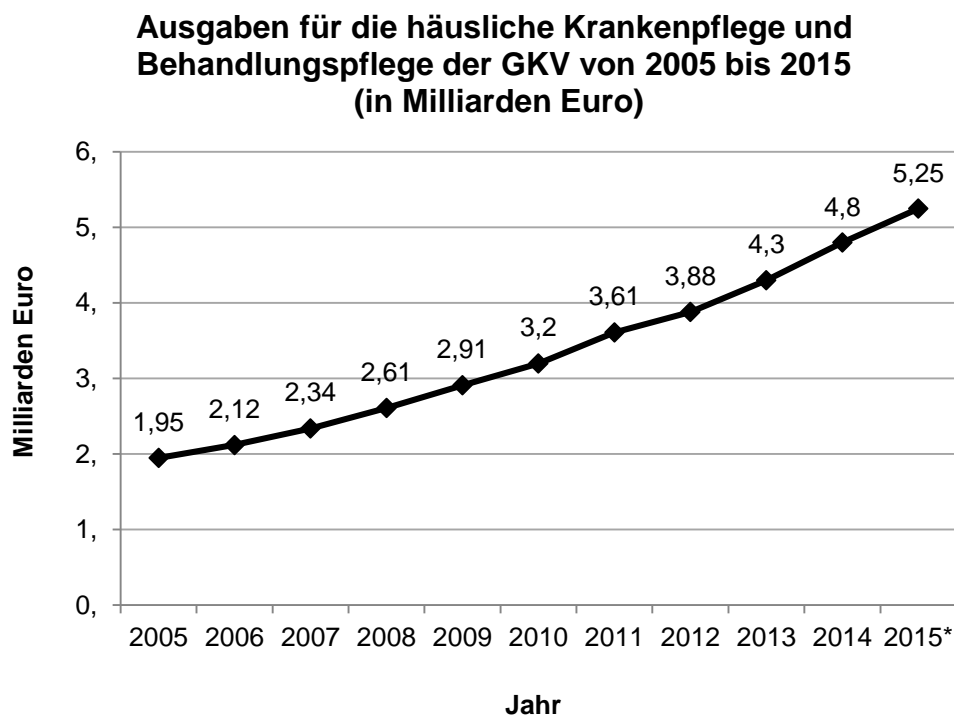
Auch nach der Reform durch das GKV-WSG

Dazu eingehend sub B. II 6.

hat sich an dieser Kostenbelastung nichts geändert. Trotz der seitdem geltenden Zuordnung der medizinischen Behandlungspflege zur gesetzlichen Krankenversicherung im Ausnahmefall des besonders hohen Bedarfs (vgl. § 37 Abs. 2 S. 3 SGB V) verbleiben für Versicherten in stationären Pflegeeinrichtungen, die zwar keiner ständige Anwesenheit einer Fachkraft für die medizinische Behandlungspflege bedürfen, aber die Grenzen des besonders hohen Bedarfs nur leicht verfehlen, hohe Eigenbeteiligungen.

Vgl. *Ursula Waßer*, KrV 2015, 89 (90)

Trotz dieser Einschätzungen und der Absichtserklärung des Gesetzgebers, eine verlässliche Datenbasis für die Gesamtkosten herzustellen, lassen sich diese auch derzeit schwer schätzen. Valide Zahlen liegen nur für die medizinische Behandlungspflege in der Gesetzlichen Krankenversicherung vor. Sie haben sich in den vergangenen zehn Jahren nach dem Bundesgesundheitsministerium von 1,95 Milliarden Euro auf 5,25 Milliarden Euro erhöht:



Allerdings erlauben diese Zahlen keinen Schluss auf die Kosten für die medizinische Behandlungspflege im häuslichen Bereich, da sie auch die medizinische Behandlungspflege im stationären Bereich umfasst, die gemäß § 37 Abs. 2 S. 3 SGB V durch die Gesetzliche Krankenversicherung erbracht wird.

Der tiefer liegende Grund für die fehlende Gesamtdatenlage zu den Kosten für die medizinische Behandlungspflege im häuslichen und im stationären Bereich wird in den ökonomischen Fehlanreizen vermutet, die von der derzeitigen Regelungssituation für den Finanzausgleich der Krankenkassen ausgehen

Dazu *Heinz Rothgang/Rolf Müller*, Verlagerung der Finanzierungskompetenz für Medizinische Behandlungspflege in Pflegeheimen von der Pflege- in die Krankenversicherung, 2013, S. 5.

Für sie ist es günstiger, wenn die Versicherten die medizinische Behandlungspflege stationär und nicht ambulant erhalten, da die Leistungsaufwendungen der Pflegekassen gemäß § 66 SGB XI von allen Pflegekassen nach dem Verhältnis ihrer Beitragseinnahmen gemeinsam getragen werden. Dieser Finanzausgleich umfasst alle in §§ 28 bis 45 SGB XI enthaltenen Leistungen und ist nicht wie der Risikostrukturausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung auf den Ausgleich nur bestimmter Risiken ausgelegt (vgl. § 266 SGB V). Kosten der medizinischen Behandlungspflege, die nicht von der GKV getragen werden, sondern ausschließlich von der sozialen Pflegeversicherung abgedeckt werden, sind daher nicht wettbewerbsrelevant.

So Heinz Rothgang/Rolf Müller, Verlagerung der Finanzierungskompetenz für Medizinische Behandlungspflege in Pflegeheimen von der Pflege- in die Krankenversicherung, 2013, S. 5.

Die Kosten für die häusliche Krankenpflege gemäß § 37 SGB V belasten hingegen die einzelne Kasse, da sie im Risikostrukturausgleich nicht ausgeglichen werden

So auch Heinz Rothgang/Rolf Müller, Verlagerung der Finanzierungskompetenz für Medizinische Behandlungspflege in Pflegeheimen von der Pflege- in die Krankenversicherung, 2013, S. 5.

Das jüngste ökonomische Gutachten aus dem Jahr 2013 geht davon aus, dass eine Verlagerung der Finanzierungskompetenz für die medizinische Behandlungspflege auf die GKV zu Gesamtausgaben in Höhe von 1,8 Mrd. Euro führen wird,

„unterstellt, dass die Inanspruchnahme der medizinischen Behandlungspflege in Heimen eher der Inanspruchnahme von häuslicher Krankenpflege in Haushalten, in denen regelmäßig ein Pflegedienst Leistungen erbringt, entspricht als der Inanspruchnahme in Haushalten, in denen ausschließlich informell gepflegt wird.“

So Heinz Rothgang/Rolf Müller, Verlagerung der Finanzierungskompetenz für Medizinische Behandlungspflege in Pflegeheimen von der Pflege- in die Krankenversicherung, 2013, S. 30.

Dies entspricht einem Jahresbetrag pro pflegebedürftigem Heimbewohner in Höhe von

„2.586 Euro im Jahr bzw. 215,50 Euro im Monat.“

So Heinz Rothgang/Rolf Müller, Verlagerung der Finanzierungskompetenz für Medizinische Behandlungspflege in Pflegeheimen von der Pflege- in die Krankenversicherung, 2013, S. 30.

Für die Pflegeheime wird weiterhin zu berücksichtigen sein, dass die medizinische Behandlungspflege in der Regel in Kuppelproduktion mit anderen Pflegeleistungen erfolgt, weshalb sich die Kosten erheblich reduzieren könnten.

Dazu Heinz Rothgang/Rolf Müller, Verlagerung der Finanzierungskompetenz für Medizinische Behandlungspflege in Pflegeheimen von der Pflege- in die Krankenversicherung, 2013, S. 7 und S. 33

C. Zur verfassungsrechtlichen Bewertung der unterschiedlichen normativen Ausgestaltung der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen Bereich einerseits sowie im stationären Bereich andererseits

I. Verfassungsrechtliche Fragestellung

Die Geschichte der normativen Ausgestaltung der medizinischen Behandlungspflege ist – dies hat die eingehende Darstellung sub B. deutlich gemacht – eine Geschichte der permanenten legislatorischen Ausweichstrategie. Sie hat zu einer komplexen normativen Ausgangssituation geführt. In mehrfacher Hinsicht lassen sich rechtliche Differenzierungen im System der medizinischen Behandlungspflege ausmachen:

(1) Die zentrale Unterscheidung betrifft den kategorialen Dualismus von – durch die GKV finanziell voll abgedeckte – medizinische Behandlungspflege im häuslichen Bereich einerseits und die – durch die Pflegeversicherung nur innerhalb eines begrenzten Leistungsbudgets finanziell aufgefangene – medizinische Behandlungspflege im stationären Bereich.

(2) In gewisser Weise wird dieser Dualismus „abgemildert“ durch Einbeziehung sonstiger geeigneter Orte in die häusliche Krankenpflege einerseits und die Ausklammerung besonderer Gruppen von Pflegebedürftigen in stationären Einrichtungen andererseits.

Auch diese spezifischen Ein- und Ausgrenzungen werfen Gleichheitsfragen auf – etwa diejenige nach der Abgrenzung der von § 37 Abs. 2 Satz 3 SGB V umschriebene und in den Richtlinien des GBA zur häuslichen Krankenpflege unter § 1 Abs. 7 Satz 3 näher konkretisierten Konstellation eines besonders hohen Bedarfs an medizinischer Behandlungspflege von anderen schwerwiegenden Erkrankungen, die von der Norm nicht erfaßt werden. Ihnen ist aber im vorliegenden Kontext nicht näher nachzugehen. Die anschließenden verfassungsrechtlichen Überlegungen konzentrieren sich auf die kategoriale Unterscheidung, wie sie vorstehend (sub 1.) angesprochen worden ist.

Einer der besten Kenner der Materie, der ehemalige Vorsitzende Richter am Bundessozialgericht *Peter Udsching*, hat die Problematik der Behandlungspflege bei begrenzten Leistungsbudgets schon vor knapp 10 Jahren wie folgt charakterisiert:

„Die durch Behandlungspflege verursachte zusätzliche Kostenlast neben dem Aufwand für Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung sowie den von vornherein der Eigenfinanzierung zugewiesenen ‚Hotelkosten‘ ließ eine Realisierung der ursprünglichen Planung nicht mehr zu, nämlich den altersgebrechlichen Pflegebedürftigen durch Leistungen der PV soweit zu entlasten, daß der Eigenfinanzierungsanteil die Höhe der sog. Eckrente nicht überstieg und der durchschnittliche Rentenbezieher so nicht mehr der Sozialhilfe anheim fallen konnte. Denn die Leistungen der PV bei stationärer Pflege decken kaum die durch Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung entstehenden Kosten. Tendentiell hat der Pflegebedürftige entsprechend der wirtschaftlichen Entwicklung einen immer größeren Anteil der Gesamtkosten zu tragen“.

So *Udsching*, in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, aaO, S. 691 (700)

Ob dieser Umstand – nämlich: daß eine pflegebedürftige Person im stationären Bereich ggf. die notwendige medizinische Behandlungspflege aus eigenen Mitteln (teilweise) zu begleichen hat, während im häuslichen Bereich eine vollständige Übernahme durch die Krankenversicherung gewährleistet ist – mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gleichbehandlung zu vereinbaren ist, ist Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen.

II. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als zentrale Maßstabnorm

Als zentrale Maßstabnorm zur Beurteilung der Verfassungskompatibilität der unterschiedlichen Ausgestaltung der medizinischen Behandlungspflege fungiert Art. 3 Abs. 1 GG.

1. Grundstrukturen und normative Grundaussagen des allgemeinen Gleichheitssatzes

Die Gewährleistung der Gleichheit vor dem Gesetz, die in Art. 3 Abs. 1 GG positiviert ist, ist Bedingung für die Legitimität einer Rechtsordnung.

So zu Recht *Paul Kirchhof*, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 2

Die Gleichheitsgarantie der Verfassung erfaßt dabei nicht nur die Anwendung der Gesetze auf alle Betroffenen in gleicher Weise, also die Rechtsanwendungsgleichheit, sondern auch die Rechtsetzungsgleichheit: Die Bindung des (Landes- wie des Bundes-)Gesetzgebers an den allgemeinen Gleichheitssatz ist heute – wie vom historischen Verfassungsgeber vorgesehen –

dazu mit weit. Nachw. knapp *Simon Kempny/Philipp Reimer*, Die Gleichheitssätze, 2012, S. 32

unstreitiges Verständnis in Rechtsprechung und Lehre, das seine argumentative Absicherung in Art. 1 Abs. 3 GG findet. Diese Bindung erfaßt – selbstverständlich – auch den Sozialgesetzgeber. Den Gestaltungsspielräumen, die ihm in spezifischer Weise eröffnet sind,

dazu noch unten

zum Trotz, darf auch er keine Ungleichbehandlungen vornehmen, die sich nicht aus der Sache selbst heraus rechtfertigen lassen.

Mit dieser allgemeinen Umschreibung sind allerdings auch schon die Schwierigkeiten angedeutet, die sich bei der näheren Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes ergeben. In der für die Rechtspraxis maßgeblichen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts läßt sich insoweit ein Entwicklungsprozeß nachzeichnen: In seiner älteren Rechtsprechung dominierte die sog. Willkürformel: Art. 3 Abs. 1 GG gebiete

„weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln“.

So BVerfGE 4, 144 (155); ähnlich bereits E 1, 14 (52)

Als willkürlich gilt eine Maßnahme dann, wenn sie nicht am Gerechtigkeitsgedanken orientiert ist,

BVerfGE 3, 58 (135 f.); 42, 64 (72)

sich für sie also keine vernünftigen Erwägungen finden lassen, die sich aus der Natur der Sache ergeben oder sonstwie einleuchtend sind.

So BVerfGE 10, 234 (246)

Seit den 1980er Jahren griff das Bundesverfassungsgericht, insbesondere dessen Erster Senat, auf die – heute immer noch so genannte – „neue Formel“ zurück. Danach ist der Gleichheitssatz dann verletzt, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“.

So das Grundsatzurteil in BVerfGE 55, 72 (88); eingehend *H.-M. Kallina*, Willkürverbot und neue Formel: der Wandel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 1 GG, 2001, S. 73 ff.

Der Gesetzgeber verstößt auf der Grundlage dieses Ansatzes gegen Art. 3 Abs. 1 GG, „wenn sich für eine Ungleichbehandlung kein in angemessenem Verhältnis zu dem Grad der Ungleichbehandlung stehender Rechtfertigungsgrund finden läßt“.

So BVerfGE 102, 68 (87)

Der Unterschied zwischen der sog. Willkürformel und der sog. neuen Formel soll nach verbreiteter Ansicht darin liegen, daß nach ersterer ein irgendwie sachlicher Grund als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung ausreiche, während nach der

sog. neuen Formel der rechtfertigende Grund in einem angemessenen Verhältnis zur Ungleichbehandlung stehen muß.

Siehe *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Komm., Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 22 mit kritischem Blick auf eine derartige Bestandsaufnahme

Ob beiden Ansätzen tatsächlich wesentliche konzeptionelle Unterschiede zugrundeliegen oder ob sie eher eine vorsichtige Fortentwicklung markieren, ist umstritten,

vgl. auch insoweit mit Nachw. zu den unterschiedlichen Positionen *Heun*, in: Dreier, aaO, Art. 3 Rn. 23

bedarf hier aber keiner näheren Klärung. Das Bundesverfassungsgericht selbst folgt inzwischen im Ausgangspunkt einem eher integrativen Verständnis und geht bei der Prüfung einer möglichen Rechtfertigungsfähigkeit von Ungleichbehandlungen – gleitend – zu weiteren, vor allem sachspezifisch konturierten Differenzierungen über.

Siehe auch *Lerke Osterloh/Angelika Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 30: „zunehmend deutliche Tendenz zu einer Integration von Willkürverbot und Gebot verhältnismäßiger Gleichheit auf einer gleitenden Skala unterschiedlich strenger Anforderungen“

In einer typischen Formulierung des Bundesverfassungsgerichts heißt es dazu:

„Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen“.

So BVerfGE 130, 131 (142) im Anschluß an E 129, 49 (68 f.); ähnlich BVerfGE 126, 400 (416) mit weit. Nachw. aus der eigenen Judikatur

2. Ungleichbehandlung und Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Die zentrale Fragestellung der Gleichheitsproblematik zielt auf die Klärung, ob eine Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Da das Recht in der Wirklichkeit manigfache Verschiedenheiten vorfindet,

siehe *P. Kirchhof*, in: HStR VIII, aaO, § 181 Rn. 1

und die Rechtsordnung selbst vielfache Differenzierungen vornehmen muß,

dazu etwa *Wolfgang Rübner*, in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 50
(Stand: Oktober 1992)

liegt hier der Schwerpunkt der Erwägungen.

Siehe auch *Heun*, in: Dreier, aaO, Art. 3 Rn. 26

Dieser zentralen Problematik vorgelagert ist der Aspekt der Feststellung einer Ungleichbehandlung. Auch hier gibt es unterschiedliche dogmatische Erklärungsmodelle,

siehe etwa den Überblick bei *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze, aaO, S. 46 ff.

die indes für die hier zu erörternde Fragestellung im Ergebnis übereinstimmen: Es ist offensichtlich, daß die medizinische Behandlungspflege im Haushalt (und an sonstigen geeigneten Orten) einerseits und in stationären Pflegeeinrichtungen andererseits vom Gesetzgeber nicht gleich ausgestaltet, sondern unterschiedlich geregelt worden ist.

Dazu eingehend vorstehend sub

Es bleibt damit zu klären, ob diese Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

Dazu noch unten

3. Zur Konkretisierung der Rechtfertigungsmaßstäbe

Diese Klärung setzt eine nähere Konkretisierung der Rechtfertigungsmaßstäbe voraus.

Die neuere Rechtsprechung beider Senate des Bundesverfassungsgerichts verortet die Antwort auf die damit aufgeworfene Frage – wie bereits dargelegt – auf einer gleitenden Skala unterschiedlich strenger Anforderungen. Das Gericht rekurriert auf einen stufenlosen, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab, der nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmt wird.

Siehe etwa BVerfGE 130, 131 (142); 126, 400 (416)

Dabei greift das Gericht auf ein ganzes „Ensemble abwägungsrechtlicher Gesichtspunkte“

so *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs, aaO, Art. 3 Rn. 32; aaO, Rn. 90 ff. liefern dazu einen Überblick; siehe ferner den Überblick bei *Stefan Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 175 ff.

zurück. Allerdings lassen sich innerhalb dieser relativ breiten Kriteriologie *zwei übergreifende Aspekte* als *besonders bedeutsam* identifizieren:

a) Verknüpfung von (Un-)Gleichbehandlungen und Freiheitsgebrauch

Ein erster zentraler Argumentationstopos betrifft die Verschränkung von Gleichheits- und Freiheitsschutz.

Dazu etwa *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs, aaO, Art. 3 Rn. 15 ff.; *Huster*, aaO., S. 53 ff.

Immer wieder und zunehmend akzentuiert hebt das Bundesverfassungsgericht den spezifischen Rechtfertigungs- und Kontrollmaßstab hervor, der dann an eine Ungleichbehandlung angelegt werden müsse, wenn diese Auswirkung auf die Inanspruchnahme grundrechtlicher Freiheit habe.

Siehe bspw. BVerfGE 74, 9 (24); 82, 126 (146); 88, 5 (12); 89, 15 (22 f.); 91, 346 (362 f.)

Eine strenge Prüfung ist beispielsweise geboten, wenn eine Ungleichbehandlung sich auf die engere persönliche Lebenssphäre der nachteilig Betroffenen auswirkt.

Siehe BVerfGE 88, 87 (97)

b) Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale

Mit einem zweiten wichtigen Kriterium knüpft das Bundesverfassungsgericht daran an, ob eine – gesetzgeberische – Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft. Eine „strengere Bindung des Gesetzgebers (sei) insbesondere anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen umso mehr verschärfen, je weniger die Merkmale für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern“.

So BVerfGE 129, 49 (68 f.)

Immer wieder hat das Bundesverfassungsgericht betont: Da der Grundsatz, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich seien, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern solle, unterliege der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengeren Bindung.

Siehe etwa BVerfGE 88, 87 (96 f.); 91, 346 (362 f.); 95, 267 (316 f.); 103, 310 (318 f.); 116, 135 (161)

4. Rechtsfolge: Gleichheitsspezifische Verhältnismäßigkeitsprüfung

Bereits mit der Einführung der sog. neuen Formel näherte sich die Gleichheitsprüfung in gewisser Weise der bei Freiheitsgarantien geläufigen Verhältnismäßigkeitskontrolle an. Die Formulierung „Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht“

so in der Grundsatzentscheidung BVerfGE 55, 72 (88)

wies in diese Richtung. Damit war ein möglicher Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht mehr als ein Problem der Evidenz formuliert, sondern als eines der verfassungsrechtlichen und verfassungsgerichtlichen Abwägung. Zugleich enthielt diese Formel ein „Signal für eine Aufwertung und Effektivierung auch dieses Grundrechts gegenüber dem Gesetzgeber“.

So *Osterloh/Nußberger*, aaO, Art. 3 Rn. 14

Über die Reichweite der Parallelisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Freiheits- und Gleichheitsrechten besteht aber bis heute Streit in der verfassungsrechtlichen Literatur.

Siehe hier nur mit weit. Nachw. *Michael/Morlok*, Grundrechte, aaO, Rn. 795 ff.

Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, die inzwischen auf ein Skalenmodell eines gleitenden Übergangs vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse übergegangen ist,

dazu bereits oben; aus neuerer Zeit siehe etwa BVerfGE 113, 167 (214)

läßt ihrerseits erkennen, daß es durchaus Unterschiede zwischen der freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle als einer Zweck-Mittel-Prüfung an den Maßstabskriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Proportionalität einerseits und dem Ansatz verhältnismäßiger Gleichheit

dazu grundsätzlich *P. Kirchhof*, in: HStR VIII, § 181 Rn. 74 ff.

gibt.

Die komplexen dogmatischen Einzelheiten sind hier nicht zu erörtern.

Entscheidend ist vielmehr, das Strukturierungspotential einer spezifisch auf den Gleichheitssatz bezogenen Verhältnismäßigkeitskontrolle zu entfalten und für die konkrete Rechtsarbeit nutzbar zu machen. Folgende Aspekte erlangen dabei Bedeutung:

Dazu und zum folgenden *Michael/Morlok*, Grundrechte, aaO, Rn. 800 ff.

(1) Gegenstand einer gleichheitsbezogenen Mittel-Zweck-Relation sind die Kriterien der Ungleichbehandlung. In diesem Zusammenhang ist nach dem Zweck bzw. den Zwecken der Ungleichbehandlung zu fragen.

(2) An die Stelle der Geeignetheitsprüfung tritt eine Kontrolle nach Maßgabe der Willkürformel. Hier ist zunächst zu klären, ob es überhaupt einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung gibt.

(3) Eine Erforderlichkeitsprüfung, wie sie zentraler Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Freiheitseingriffen ist, erfolgt nicht.

Das ist durchaus umstritten, entspricht aber auch der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, wenn man diese genauer analysiert; siehe auch *Kempny/Reimer*, Gleichheitssätze, aaO

(4) Zentraler Maßstab der gleichheitsbezogenen Verhältnismäßigkeitskontrolle ist das Kriterium der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also die Angemessenheit. Je gewichtigere Sachgründe für eine Ungleichbehandlung sprechen, desto eher sind auch rechtliche Differenzierungen gerechtfertigt. Oder anders formuliert: Es muß ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Maß der Ungleichbehandlung und dem Grad der Ungleichheit bestehen.

So *Michael/Morlok*, Grundrechte, aaO, Rn. 803

Für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit Ungleichheit zwischen den Vergleichsfällen bzw. zu vergleichenden Personengruppen bestehen, kommt es vor allem auf sachbedingte, d. h. tatsächliche Unterschiede an.

Siehe auch *Michael/Morlok*, Grundrechte, aaO, Rn. 803

Sodann ist ggf. zu fragen, ob im Blick auf die Ausprägung der Ungleichheit die daran anknüpfende rechtliche Differenzierung „übermäßig“ ist.

Michael/Morlok, Grundrechte, aaO, Rn. 804

5. Sozialpolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und Gebot der Folgerichtigkeit/Sachgerechtigkeit

Der vor allem durch die vorstehend skizzierten Argumentationstopoi

vorstehend sub 4.

strukturierte Abwägungsrahmen ist offen auch für weitere berücksichtigungsfähige Gesichtspunkte. Dazu zählt auch der sachbereichsspezifisch je unterschiedlich abgesteckte Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verlangt nicht die „zweckmäßigste und gerechteste Lösung vom Gesetzgeber.

Siehe BVerfGE 55, 72 (90); 81, 108 (117 f.); 117, 1 (36); 118, 79 (110); *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs, aaO, Art. 3 Rn. 95

Im Blick auf den Sozialgesetzgeber erweist sich die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts indes als überaus ambivalent.

So zu Recht *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs, aaO, Art. 3 Rn. 95

So wird in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einerseits immer wieder die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers u. a. auf dem Gebiet der Sozialordnung hervorgehoben, die insbesondere auch auf dem Gebiet des Sozialrechts,

siehe etwa BVerfGE 77, 84 (106) mit weit. Nachw.; 81, 204 (205 f.); 126, 369 (398)

zu beachten sei. Andererseits aber finden sich auch deutlich gegenläufige Tendenzen, zu Fragen der sozialen Sicherheit aus dem Sozialstaatsprinzip strengere Kontrollmaßstäbe zur Begrenzung der legislatorischen Freiheit abzuleiten.

Siehe etwa BVerfGE 38, 187 (197 f.); 39, 316 (327); 45, 376 (387)

In diesem Kontext bedarf auch der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts immer wieder betonte Gedanke Beachtung, daß die gesetzgeberische Regulierung im hinreichenden Maße folgerichtig, systemgerecht, sachgerecht sein muß.

Aus der neueren Rechtsprechung siehe etwa BVerfGE 117, 1 (30); 120, 1 (29, 45); 120, 125 (155); 123, 111 (121); 124, 282 (295); dazu näher auch *P. Kirchhof*, in: HStR VIII, aaO, § 181 Rn. 209 ff.

Das Postulat hinreichender Wertungs- und Begründungsrationalität entspricht durchaus einem legitimen Grundanliegen, ohne daß über verfassungsrechtlich hinreichende Gründe für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung kaum geurteilt werden kann.

So zu Recht *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs, aaO, Art. 3 Rn. 98

Allerdings dürfen die Anforderungen an den Gesetzgeber insoweit nicht überspannt werden.

Siehe zur Kritik etwa *Uwe Kischel*, Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 124 (1999), 174 ff.; *Oliver Lepsius*, Urteilsanmerkung, JZ 2009, 260 (262 f.)

Dies gilt auch deswegen, weil Folgerichtigkeitsüberlegungen immer bezogen sind auf einen bestimmten Referenzpunkt, dieser kann teilsystembezogen sein, aber auch systemübergreifend konstruiert werden.

Siehe hier nur die Analyse bei *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs, aaO, Art. 3 Rn. 101 mit weit. Nachw.

In seiner jüngsten Judikatur hat insbesondere der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts im übrigen weitgehend Abstand genommen von einer an der Folgerichtigkeit orientierten Sonderdogmatik und bettet seine Argumentation wieder ein in die allgemeine Bereichsdogmatik zu Art. 3 Abs. 1 GG, wie sie vorstehend skizziert worden ist.

Siehe hier nur die Analyse bei *Simon Kempny*, Steuerverfassungsrechtliche Sonderdogmatik zwischen Verallgemeinerung und Zurückführung, JöR 64 (2016), S. 477 (487 ff.) mit weit. Nachw.

Vor diesem Hintergrund wird man jedenfalls die ältere Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, wonach schon die Zugehörigkeit vergleichbarer Fälle zu unterschiedlichen Ordnungssystemen als Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung genügen sollte,

siehe BVerfGE 11, 283 (293); 13, 225 (228)

als obsolet ansehen können.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die kriteriengestützte Einsicht, daß eine konkrete Ungleichbehandlung (strengen) Verhältnismäßigkeitserwägungen gerecht werden muß, nicht durch den bloßen Verweis auf den Gestaltungsspielraum des (Sozial-)Gesetzgebers oder eine abstrakte Folgerichtigkeitserwägung wieder dementiert werden darf.

II. Die dualistische Regelungskonzeption der medizinischen Behandlungspflege auf dem Prüfstand des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots

An diesen Maßstäben gemessen, erheben sich gewichtige Bedenken gegen die Verfassungskonformität der gesetzlichen Regelungskonzeption. Die normative Ungleichbehandlung der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen Bereich einerseits und im stationären Bereich andererseits müßte erhöhten Anforderungen einer gleichheitsbezogenen Verhältnismäßigkeitskontrolle gerecht werden.

Dazu nachfolgend sub 1. und 2.

Indes bestehen Zweifel, ob dies gelingen kann.

Dazu nachfolgend sub 3. und 4.

1. Rückwirkung auf freiheitsrechtliche Gewährleistungsbereiche: Die Benachteiligung der auf medizinische Behandlungspflege in vollstationären Bereichen angewiesenen Personen als Relativierung selbstbestimmungsermöglichender Sorge und als Beeinträchtigung der vermögensrechtlichen Freiheitssphäre

Daß im vorliegenden Kontext die strengeren Rechtfertigungsanforderungen der gleichheitsspezifischen Verhältnismäßigkeitskontrolle Geltung beanspruchen, ergibt sich zunächst aus der Rückwirkung der Ungleichbehandlung auf freiheitsrechtliche Gewährleistungsbereiche.

(1) Die medizinische Behandlungspflege, sei es als Krankenhausvermeidungs- bzw. Krankenhausersatzpflege, sei es als Behandlungssicherungspflege, ist Ausdruck verfassungsrechtlich fundierter selbstbestimmungsermöglichender Sorge. Selbstbestimmung bezeichnet die Möglichkeit der Realisierung von je eigenen Handlungsentwürfen und Handlungsentscheidungen. Dabei hängt die Realisierung dieser Möglichkeit von konkreten Bedingungen ab. Diese beziehen sich etwa auf Ort und Zeit des individuellen Lebens, aber auch auf dessen Entwicklungsstadium einschließlich des dabei maßgeblichen körperlichen und seelischen Gesundheitszustands. Der Respekt vor der Selbstbestimmung des Einzelnen schließt dabei die Erwartung ein, die Betroffenen in ihrer je individuellen Situation zu stützen, zu fördern und ihre Selbstbestimmungskompetenzen möglichst wiederherzustellen.

Näher zu diesem Konzept Deutscher Ethikrat, Patientenwohl als ethischer Maßstab für das Krankenhaus. Stellungnahme, April 2016, S. 39 f.

Im häuslichen Bereich kann die selbstbestimmungsermöglichende Sorge in Form der medizinischen Behandlungspflege als regelhafte GKV-Leistung in Anspruch genommen werden. Diese explizite Anerkennung sichert damit zugleich auch die grundsätzliche Realisierung der medizinischen Behandlungspflege. Wenn aber die medizinische Behandlungspflege (lediglich) Bestandteil eines finanziell ohnehin gedeckelten „Gesamtpakets“ ist, besteht die Gefahr einer systemimmanenten Relativierung der medizinischen Behandlungspflege.

(2) Ein zweiter Aspekt tritt hinzu. Er betrifft die vermögensrechtliche Absicherung der individuellen Entfaltungsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht hat im Blick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG immer wieder auf deren elementare Funktion hingewiesen.

Siehe etwa BVerfGE 14, 263 (277); 102, 1 (14)

Das Eigentumsgrundrecht soll dem jeweiligen Grundrechtsträger einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sichern und ihm damit die Entfaltung und eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens ermöglichen.

Siehe bspw. BVerfGE 53, 257 (290); 79, 292 (303 f.); 97, 350 (370 f.); 100, 1 (32); 102, 1 (15); 115, 97 (110)

Dieser Grundgedanke gilt für den verfassungsrechtlichen Vermögensschutz insgesamt. Er hat damit auch Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang. Wenn jemand nämlich nur durch einen finanziellen Eigenanteil diejenige medizinische Behandlungspflege erhält, auf die eine Person im häuslichen Bereich in vergleichbarer Lage einen krankenversicherungsrechtlichen Anspruch hat, muß er eine Schmälerung seiner vermögensrechtlichen Entfaltungsmöglichkeiten – in einer ohnehin durch vielfältige Einschränkungen charakterisierten Situation – hinnehmen.

Insgesamt kann damit festgehalten werden, daß die Ungleichbehandlung im System der medizinischen Behandlungspflege nicht allein eine normative Differenzierung darstellt, sondern daß diese sich für die Bedürftigen in stationären Einrichtungen nachhaltig auf ihren Entfaltungsraum auswirkt.

2. Anknüpfung an ein persönlichkeitsbedeutsames Kriterium

Die erhöhten Rechtfertigungsanforderungen, denen die ungleiche normative Ausgestaltung der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen Bereich einerseits sowie im stationären Bereich andererseits unterliegen, ergeben sich aber auch aufgrund eines weiteren entscheidenden Kriteriums, das das Bundesverfassungsgericht insoweit heranzieht:

Siehe näher vorstehend C. 3. b)

die Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale. Pflegebedürftige (alte) Menschen sind in besonderem Maße vulnerable Personen. Sie bedürfen ganz besonderer Hilfe und erhöhter zeitlicher und persönlicher Zuwendung.

Siehe zu den besonders vulnerablen Personengruppen, die insoweit aus einer ethischen – und man kann hinzufügen: verfassungsrechtlichen – Perspektive gebotenen Verhaltensweisen: Deutscher Ethikrat, Patientenwohl als ethischer Maßstab für das Krankenhaus, aaO, S. 99

Verschärft wird dieser schon grundsätzlich prekäre Status dann, wenn die Betroffenen in stationären Einrichtungen, d. h. außerhalb der vertrauten häuslichen Umgebung – wie das für die Vergleichsgruppe üblicherweise der Fall ist – untergebracht sind.

Wenn nun die normative Ungleichbehandlung im System der medizinischen Behandlungspflege genau an dieses Kriterium anknüpft, dann rückt dieses Kriterium der Sache nach in die Nähe jener Persönlichkeitsmerkmale, an deren Vorliegen das Bundesverfassungsgericht die strengeren verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen für eine Ungleichbehandlung knüpft. Dies gilt umso mehr, als es sich um einen Umstand handelt, der für den Einzelnen weitgehend unverfügbar ist.

Siehe zu dieser Überlegung etwa BVerfGE 129, 49 (68 f.)

3. Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

(1) Damit steht fest, daß die unterschiedliche normative Ausgestaltung der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen und stationären Bereich nicht lediglich einer bloßen Willkürkontrolle unterliegt, sondern strengeren Rechtfertigungsanforderungen gerecht werden muß. Die danach verfassungsrechtliche gebotene gleichheitsspezifische Verhältnismäßigkeitsprüfung

näher dazu oben sub C. I. 4.

erfordert zunächst die Bestimmung des Zwecks bzw. der Zwecke der Ungleichbehandlung. Insoweit hat die eingehende Bestandsaufnahme der normativen Entwicklungsgeschichte der medizinischen Behandlungspflege ergeben, daß ausschließlich der Aspekt der finanziellen Entlastung der Krankenversicherung für die Dualität im System der medizinischen Behandlungspflege für den Gesetzgeber handlungsleitend war.

(2) Nach dieser Feststellung hat nun zunächst eine Kontrolle nach Maßgabe der Willkürformel stattzufinden. Dabei kann durchaus festgehalten werden, daß die Zuordnung zu unterschiedlichen sozialen Sicherungssystemen mit dadurch verknüpften unterschiedlichen Konsequenzen einen sachlichen Grund darstellt.

(3) Nunmehr ist aber der zentrale Maßstab der gleichheitsbezogenen Verhältnismäßigkeitskontrolle zur Geltung zu bringen, d. h. das Kriterium der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Es muß also ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Maß der Ungleichbehandlung und dem Grad der Ungleichheit bestehen. Für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit dabei von einer Ungleichheit zwischen den zu vergleichenden Personengruppen gesprochen werden kann, kommt es auf sachbedingte Differenzierungen an.

- Hier läßt sich nun nicht leugnen, daß es in der Sache liegende Unterschiede zwischen der Gruppe von Pflegebedürftigen, die auf medizinische Behandlungspflege im häuslichen Bereich angewiesen sind, und denjenigen Pflegebedürftigen, die diese medizinische Behandlungspflege im stationären Bereich benötigen, keinerlei Unterschiede erkennbar sind. Die unterschiedlichen Finanzierungsströme im Recht der

Krankenversicherung einerseits und im Recht der Pflegeversicherung andererseits finden in den Vergleichsgruppen selbst und in der bei allen Betroffenen gleichermaßen gegebenen Notwendigkeit von medizinischer Behandlungspflege keine Entsprechung.

- Deshalb ist die dennoch erfolgende Ungleichbehandlung mit ihrer Anknüpfung an persönlichkeitsbedeutsame Umstände – der Status, in einer stationären Einrichtung pflegebedürftig zu sein –

dazu vorstehend sub 2.

sowie die nachteiligen Auswirkungen auf den Freiheitsraum der Betroffenen

dazu vorstehend sub

nicht angemessen. Es ist, um eine Formulierung des Bundesverfassungsgerichts aufzugreifen, kein in der Sache liegender Grund erkennbar, die letztgenannte Personengruppe „typischerweise für nicht (so) schutzbedürftig“ zu halten wie die Vergleichsgruppe der im häuslichen Bereich auf medizinische Behandlungspflege angewiesenen Personen.

Vgl. BVerfGE 102, 68 (90)

4. Kein Gegeneinwand: sog. Folgerichtigkeitsüberlegungen

Nur knapp soll an dieser Stelle auf einen denkbaren Gegeneinwand eingegangen werden. Dieser könnte in den prinzipiell unterschiedlich ausgestalteten Systemen der Krankenversicherung einerseits und der Pflegeversicherung andererseits die Basis für eine Argumentation sehen, die auf die „folgerichtige“ und konsequente Einpassung der medizinischen Behandlungspflege in stationären Einrichtungen in das System der Pflegeversicherung abstellt. In diesen seien „Zuzahlungen“ der Betroffenen gleichsam systemimmanente Elemente.

Ein derartiger Einwand ginge aber fehl. Er würde einerseits die Ambivalenz des Folgerichtigkeitsarguments verkennen, die darin liegt, daß ein entsprechendes Begründungsmuster wesentlich bestimmt wird durch den gewählten Referenzpunkt.

Für das hier interessierende Beispiel: Es kann auch gefragt werden, ob - system-übergreifend – das Institut der medizinischen Behandlungspflege nicht in sich konsequent und für alle Betroffenen gleich ausgestaltet werden muß. Dieser Gedanke ist, wie im Teil B. im Einzelnen dargelegt worden ist, in der Gesetzgebungsgeschichte zur medizinischen Behandlungspflege auch immer wieder betont worden: So war etwa in den Beratungen zum 1. SGB XI-Änderungsgesetz davon die Rede, die Übernahme der Kosten durch die Pflegeversicherung werde nur „gastweise“ erfolgen

siehe BT-Drs. 13/4091, S. 35

und die Zuordnung zur Pflegeversicherung sei eigentlich system- und gleichheitswidrig.

Siehe BT-Drs. 13/4091, S. 37 und 38

Im Übrigen (darauf ist bereits hingewiesen worden)

siehe vorstehend sub C. II. 5.

hat die neuere Judikatur des Bundesverfassungsgerichts die besondere Dogmatik der Folgerichtigkeitserwägung inzwischen überführt in die allgemeine Bereichsdogmatik des Art. 3 Abs. 1 GG.

III. Ergebnis

Nach allem bleibt festzuhalten, daß die unterschiedliche normative Ausgestaltung der medizinischen Behandlungspflege – hier vereinfacht ausgedrückt – im häuslichen Bereich einerseits und im stationären Bereich andererseits auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken im Blick auf die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG stößt.

D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der rechtsgutachtlichen Untersuchung

I. Das Recht der medizinischen Behandlungspflege hat eine lange Geschichte. In den späten 1980er Jahren hat sie sich zunehmend in ein überaus kompliziertes System ausdifferenziert.

II. Eine gravierende Unterscheidung innerhalb des Gesamtsystems der medizinischen Behandlungspflege betrifft die –vereinfacht hier zusammengefaßt – Zuordnung der medizinischen Behandlungspflege im häuslichen Bereich zum Krankenversicherungsrecht einerseits und der medizinischen Behandlungspflege in stationären Einrichtungen zum Pflegeversicherungsrecht andererseits.

III. Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung haben gem. § 37 SGB V Anspruch auf häusliche Krankenpflege. Diese betrifft einerseits die Krankenhausvermeidungspflege bzw. krankenhausersetzende Pflege (§ 37 Abs. 1 SGB V) und die sog. Behandlungssicherungspflege bzw. behandlungssichernde Pflege (§ 37 Abs. 2 SGB V). Die häusliche Krankenpflege ist dabei als eine die ärztliche Behandlung flankierende Nebenleistung zur Krankenbehandlung ausgestaltet.

IV. Während die Ansprüche gem. § 37 Abs. 1 Satz 1 SGB V von § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB V qualifizierte Leistungserbringerorte erfordern, hat der Gesetzgeber für zwei besondere Versichertengruppen mit § 37 Abs. 2 Satz 3 SGB V und § 37 Abs. 2 Satz 7 SGB V Sonderregelungen geschaffen. Der im vorliegenden Zusammenhang vor allem interessierende § 37 Abs. 2 Satz 3 SGB V stellt dabei eine Ausnahmeregelung für Versicherte in vollstationären Pflegeeinrichtungen nach § 43 SGB XI dar.

V. Von dieser Ausnahmekonstellation abgesehen ist die Kostentragung für die medizinische Behandlungspflege im stationären Bereich strukturell anders ausgestaltet. Für Pflegebedürftige im stationären Pflegebereich (für den vollstationären Bereich siehe § 43 SGB XI) zahlen die Pflegekassen die pflegebedingten Aufwendungen einschließlich der Aufwendungen für die medizinische Behandlungspflege an die Pflegeeinrichtungen, die durch den Versorgungsvertrag dem Finanzierungssystem des SGB XI unterstellt sind.

VI. Soweit die medizinische Behandlungspflege Bestandteil des Pflegesatzes ist, gilt gem. § 84 Abs. 1 SGB XI ein Verbot zusätzlicher Vergütung. Dabei sind alle für die Versorgung der Pflegebedürftigen nach Art und Schwere ihrer Pflegebedürftigkeit erforderlichen Pflegeleistungen mit den Pflegesätzen abgegolten. Zusätzliche Vergütungsforderungen dürften gem. § 84 Abs. 1 Satz 2 SGB XI vorbehaltlich abweichender Regelungen (siehe z. B. § 87b SGB XI) nicht gestellt werden.

VII. Insbesondere Kosten für die medizinische Behandlungspflege können nicht als Zusatzleistungen mit der Folge entsprechender Zuschläge zwischen dem Pflegeheim und dem Pflegebedürftigen vereinbart werden. Sie werden letztlich bei den allgemeinen Pflegeleistungen zum Ansatz gebracht (§ 84 Abs. 4 Satz 1, Satz 2 SGB XI).

VIII. Allerdings bedeutet dies angesichts der „Deckelung“ im System der Pflegeversicherung, daß der die Leistungsgrenze des § 43 Abs. 2 SGB XI „überschießende Teil“ den Pflegebedürftigen selbst bzw. dessen Sozialhilfeträger belastet.

IX. Die vorstehend skizzierten Grundstrukturen des geltenden Rechts sind das Ergebnis einer langen historischen Entwicklung (dazu vorstehend sub B. II. und III.).

X. Läßt man die komplizierte Rechtsentwicklung im Bereich der medizinischen Behandlungspflege Revue passieren, so erweist sich der gesetzgeberische Umgang mit der Problematik als ein *Prozeß problemverdrängender Perpetuierung einer – auch vom Gesetzgeber selbst als unbefriedigend empfundenen – Ungleichbehandlung.*

XI. In den unterschiedlichen Phasen der Gesetzgebungsgeschichte wird immer wieder deutlich, daß das Problem der medizinischen Behandlungspflege in stationären Einrichtungen, gerade im Blick auf die gegenüber der häuslichen medizinischen Behandlungspflege unterschiedlichen Regulierung und Kostentragung, zwar thematisiert, dann aber dilatorisch behandelt und/oder verdrängt worden ist.

XII. Dabei wurde teilweise im Gesetzgebungsverfahren auch die Systemwidrigkeit der Zuweisung der medizinischen Behandlungspflege in die Pflegeversicherung und die Gleichheitswidrigkeit des geltenden Rechts angesprochen.

XIII. Letztlich aber scheute der Gesetzgeber vor einer normativen Neuordnung wegen der zu erwartenden finanziellen Mehrbelastung zurück, die mit einer - systemkongruenten – Zuweisung der medizinischen Behandlungspflege auch im stationären Bereich an die GKV verbunden wären.

XIV. Sachgründe für die Ungleichbehandlung findet man in der langen Entwicklungsgeschichte der normativen Ausgestaltung des Instituts der medizinischen Behandlungspflege demgegenüber vergebens.

XV. Das geltende Recht ist gekennzeichnet durch mehrfache Differenzierungen im System der medizinischen Behandlungspflege.

1. Die zentrale Unterscheidung betrifft den kategorialen Dualismus von – durch die GKV finanziell voll abgedeckte – medizinische Behandlungspflege im häuslichen Bereich einerseits und die – durch die Pflegeversicherung nur innerhalb eines begrenzten Leistungsbudgets finanziell aufgefangene – medizinische Behandlungspflege im stationären Bereich.

2. Dieser Dualismus wird in gewisser Weise „abgemildert“ durch Einbeziehung sonstiger geeigneter Orte in die häusliche Krankenpflege einerseits und die Ausklammerung besonderer Gruppen von Pflegebedürftigen in stationären Einrichtungen andererseits.

3. Auch diese spezifischen Ein- und Ausgrenzungen werfen Gleichheitsfragen auf, denen aber im vorliegenden Kontext nicht näher nachgegangen wird.

XVI. Gegenstand der rechtsgutachtlichen Überlegungen ist aber die Frage, ob die kategoriale Unterscheidung, wie sie vorstehend skizziert worden ist, den verfassungsrechtlichen Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG gerecht zu werden vermag.

XVII. Die Gleichheitsgarantie der Verfassung erfaßt nicht nur die Anwendung der Gesetze auf alle Betroffenen in gleicher Weise (Rechtsanwendungsgleichheit), sondern auch die Rechtsetzungsgleichheit. Die Bindung des Gesetzgebers an den allgemeinen Gleichheitssatz ist heute unstreitiges Verständnis in Rechtsprechung und Lehre und findet seine argumentative Absicherung in Art. 1 Abs. 3 GG. Auch der (Sozial-)

Gesetzgeber darf keine Ungleichbehandlungen vornehmen, die sich nicht aus der Sache selbst heraus rechtfertigen lassen.

1. In der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts läßt sich ein gewisser Entwicklungsprozeß in der Konkretisierung der Anforderung des allgemeinen Gleichheitssatzes nachzeichnen.

2. In einer älteren Rechtsprechung dominierte noch die sog. Willkürformel. Seit den 1980er Jahren greift das Gericht auf die – heute immer noch so genannte – „neue Formel“ zurück, wonach der Gleichheitssatz dann verletzt ist, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“ (so das Grundsatzurteil BVerfGE 55, 72, 88).

3. Inzwischen ist die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts geprägt durch eine Art Integration von Willkürformel und einem Gebot verhältnismäßiger Gleichheit. Es gilt nun „ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen“ (so etwa BVerfGE 130, 131, 142).

XVIII. Für die nähere Verortung dieser Prüfung auf der gleitenden Skala stellt das Gericht auf ein ganzes Ensemble abwägungsrechtlicher Aspekte ab.

1. Dabei lassen sich zwei übergreifende Aspekte als besonders bedeutsam identifizieren.

2. Ein erster zentraler Argumentationstopos betrifft die Verschränkung von Gleichheits- und Freiheitsschutz. Danach ist eine strenge Prüfung gesetzgeberischer Entscheidungen dann geboten, wenn eine Ungleichbehandlung Auswirkungen auf die Inanspruchnahme grundrechtlicher Freiheit hat.

3. Aber auch dann, wenn eine gesetzgeberische Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale bestimmter Betroffener anknüpft, bedarf es einer strengeren verfassungsgerichtlichen Kontrolle.

XIX. Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund ergeben sich gewichtige Bedenken gegen die Verfassungskonformität der gesetzlichen Regelungskonzeption der medizinischen Behandlungspflege. Die unterschiedliche normative Ausgestaltung im Blick auf den häuslichen Bereich einerseits und den stationären Bereich andererseits muß strengeren Rechtfertigungsanforderungen der gleichheitsspezifischen Verhältnismäßigkeitskontrolle gerecht werden.

1. Die medizinische Behandlungspflege ist Ausdruck verfassungsrechtlich fundierter selbstbestimmungsermöglichender Sorge. Im häuslichen Bereich kann diese in Form der medizinischen Behandlungspflege als regelhafte GKV-Leistung in Anspruch genommen werden; durch diese explizite Anerkennung wird damit zugleich auch die grundsätzliche Realisierung der medizinischen Behandlungspflege abgesichert.

2. Wenn aber die medizinische Behandlungspflege (lediglich) Bestandteil eines finanziell ohnehin gedeckelten „Gesamtpakets“ ist, besteht die Gefahr einer systemimmanenten Relativierung.

3. Wenn jemand nur durch einen finanziellen Eigenanteil diejenige medizinische Behandlungspflege erhält, auf die eine Person im häuslichen Bereich in vergleichbarer Lage einen krankenversicherungsrechtlichen Anspruch hat, bedeutet dies eine Schmälerung der vermögensrechtlichen Entfaltungsmöglichkeiten des Betroffenen in einer ohnehin durch vielfältige Einschränkungen charakterisierten Situation. Insoweit hat die normative Ungleichbehandlung auch negative Rückwirkungen auf den vermögensrechtlichen Freiheitsraum.

4. Pflegebedürftige (alte) Menschen sind in besonderem Maße vulnerable Personen. Sie bedürfen ganz besonderer Hilfe und erhöhter zeitlicher und persönlicher Zuwendung. Verschärft wird diese Situation und dieser schon grundsätzlich prekäre Status dann, wenn die Betroffenen in stationären Einrichtungen, d. h. außerhalb der vertrauten häuslichen Umgebung, untergebracht sind. Wenn nun die normative Ungleichbehandlung im System der medizinischen Behandlungspflege genau an dieses Kriterium anknüpft, dann rückt sie der Sache nach in die Nähe jener Persönlichkeitsmerkmale, an deren Vorliegen das Bundesverfassungsgericht strengere verfassungsrechtliche Kontrollüberlegungen knüpft.

XX. Es bestehen erhebliche Bedenken, daß die normative Ungleichbehandlung diesen strengeren verfassungsrechtlichen Maßstäben gerecht wird.

1. Es läßt sich nicht bestreiten, daß es in der Sache liegende Unterschiede zwischen der Gruppe von Pflegebedürftigen, die auf medizinische Behandlungspflege im häuslichen Bereich angewiesen sind, und denjenigen Pflegebedürftigen, die diese medizinische Behandlungspflege im stationären Bereich benötigen, nicht erkennbar sind.

2. Auch der Gesetzgeber hat keinerlei in der Sache liegende Gründe in der langen Geschichte der medizinischen Behandlungspflege aufgeführt, die die Annahme legitimieren könnten, daß die in stationären Einrichtungen auf medizinische Behandlungspflege Angewiesenen „typischerweise ... nicht (so) schutzbedürftig“ sind (siehe BVerfGE 102, 68, 90), daß daran eine normative Differenzierung anknüpfen könnte.

XXI. Die Zuweisung an unterschiedliche Systeme der sozialen Sicherheit – die Krankenversicherung einerseits, die Pflegeversicherung andererseits – mit den entsprechenden Finanzierungskontexten ist für sich allein kein hinreichender Grund zur Rechtfertigung der normativen Ungleichbehandlung.

Köln und Fulda, 23. Mai 2016



(Prof. Dr. Wolfram Höfling, M. A.)



(Prof. Dr. Anne Schäfer, M. A.)