

Die spezialisierte ambulante Palliativversorgung „SAPV“ Entstehungsgeschichte, Definitionen und Zweifelsfragen

Dr.med. Bastian Steinberg, Dr.jur. Peter Holtappels

1. Die Entstehungsgeschichte der SAPV

a. Die **spezialisierte ambulante Palliativversorgung** ist ein Kind des Bundesgesetzgebers, das als Nr. 23 des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes vom 30.03.2007 in der Form des § 37b SGB V das Licht der Welt erblickte. Was den Bundesgesetzgeber zu dieser Ergänzung des SGB V motivierte, offenbarte er in der Begründung des Gesetzes. Es heißt dort: *„Es ist ein anerkanntes gesellschaftliches Ziel, dem Wunsch der Menschen zu entsprechen, in Würde und möglichst in der eigenen häuslichen Umgebung zu sterben. Dieses Ziel wird bisher in Deutschland nicht in einer diesem humanitären Anspruch genügenden Weise erreicht.“*¹

b. Damit entsprach der Gesetzgeber – wenngleich erst sehr partiell – seiner rechtlichen Verpflichtung zur Schaffung von Normen, die den Schutz der Würde des sterbenden Menschen gewährleisten. Diese Pflicht folgt aus der Tatsache, dass dieser ein Grundrecht auf einen derartigen Schutz hat.² Der Begriff der Würde des Menschen ist für den sterbenden Menschen durch die Enquete Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ treffend wie folgt präzisiert worden: *In Würde zu sterben heißt, als Mensch in der von ihm gewünschten Umgebung in seinem Dasein bis zuletzt wahrgenommen und angenommen zu werden.*³

c. Diesem Würdebegriff zu entsprechen war erkennbar auch der Zweck des neu geschaffenen § 37b SGB V, den der Gesetzgeber wie folgt definierte: *Die spezialisierte ambulante Palliativversorgung soll Versicherten ermöglichen, bis zum Tode in der vertrauten häuslichen Umgebung betreut zu werden.*⁴

d. Durch den Erlass des § 37b SGB V ist der Gesetzgeber also mit der Fertigung jenes Mantels (pallium), der den sterbenden Menschen schützen soll, ein gutes Stück vorangekommen. Umso bedauerlicher ist es, dass die nachfolgenden Instanzen, die von ihm mit der Umsetzung der gesetzlichen Vorschriften in die Praxis beauftragt worden sind, diesen Auftrag nicht termingemäß und mit hinreichender Sorgfalt ausgeführt haben. So hat der Gesetzgeber in § 37b/III SGB V den Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA) beauftragt, bis zum 30.9.2007 „das Nähere“ über die Leistungen zu bestimmen, auf die der sterbende Bürger nach seinem Willen einen Anspruch gewinnen sollte.⁵ Tatsächlich und ohne jede Erklärung dazu hat der GBA diesen Auftrag jedoch erst am 20.12.2007 durch den Erlass seiner „Richtlinie zur Verordnung von spezialisierter ambulanter Palliativversorgung“ („die Richtlinie“) erfüllt. Die Spitzenverbände der Krankenkassen ließen sich für die von ihnen gemäß § 132d/II SGB V zu erlassenden „Empfehlungen“ weitere 6 Monate – bis zum 23.6.2008 – Zeit. Und die Krankenkassen selber sind mit dem Abschluss der von ihnen mit den Leistungserbringern zu vereinbarenden Verträge bis zum heutigen Tage im Verzug und was die Qualität der erlassenen Vorschriften angeht, wird sich der Leser sogleich selber ein Urteil bilden.

2. Was ist SAPV?

a. Der Gesetzgeber hat sich der Definition der SAPV in Schritten angenähert, deren erster sich in § 37b SGB V findet: *„Versicherte mit einer nicht heilbaren, fortschreitenden und weit fortgeschrittenen Erkrankung bei einer zugleich begrenzten Lebenserwartung, die eine besonders aufwändige Versorgung benötigen, haben Anspruch auf spezialisierte ambulante Palliativversorgung.“* Mit der Definition der Begriffe „nicht heilbar“ und „fortschreitende“ bzw.

„weit fortgeschrittene Erkrankung“ in § 3/I. bis III. der Richtlinie bestätigt der „kleine Gesetzgeber“ dass – soweit es sich nicht um Kinder handelt - nur Palliativpatienten in den Genuss der SAPV kommen können.⁶ Die spezialisierte ambulante Palliativversorgung ist also die besonders aufwändige ärztliche und pflegerische ambulante Versorgung von Palliativpatienten.

Daraus folgt nun, dass

- die SAPV die allgemeine ambulante Palliativversorgung (AAPV) dieser Patienten ergänzt, nicht aber ersetzt⁷ und
- dass die SAPV kein Pilotprojekt ist, das als integrierte Versorgung nach §§ 140a ff. SGB V durchgeführt werden könnte, sondern
- dass es sich bei der SAPV um eine Standardversorgung handelt, auf die der ambulant versorgte Palliativpatient, der ihrer bedarf, einen Rechtsanspruch hat, der - wie der Versorgungsanspruch aller Palliativpatienten - den besonderen Schutz der Verfassung genießt.

b. Damit ist die SAPV zwar gegen häufige Missverständnisse abgegrenzt, ihr Inhalt ist jedoch noch keineswegs hinreichend präzise definiert. Der GBA hat in seiner Richtlinie versucht, sich der Definition des Begriffes SAPV schrittweise weiter anzunähern. So besteht nach § 4/I/1 der Richtlinie Bedarf nach besonders aufwändiger Versorgung, „soweit die anderweitigen ambulanten Versorgungsformen sowie ggf. die Leistungen des ambulanten Hospizdienstes nicht oder nur unter besonderer Koordination ausreichen würden, um die Ziele nach §1 Abs. 1 (der Richtlinie) zu erreichen.“⁸ Das heißt in der Umgangssprache, wenn die medizinischen, pflegerischen oder organisatorischen Fertigkeiten der allgemeinen ambulanten Palliativversorgung (AAPV) und die des ambulanten Hospizdienstes in der ehrenamtlichen Betreuung nicht mehr ausreichen - diese also die Grenze ihrer Kompetenz erreicht haben - hat der Palliativpatient Anspruch auf SAPV. Sodann gibt der GBA dem Arzt, der die SAPV verordnen soll, auch noch „Anhaltspunkte“ zur Findung dieser Grenze. Er traut der AAPV eine sachgerechte ambulante Betreuung eines Palliativpatienten nach § 4/I/2 seiner Richtlinie nämlich nicht mehr zu, wenn es sich um „ein komplexes Symptomgeschehen handelt, dessen Behandlung spezifische palliativmedizinische und/oder palliativpflegerische Kenntnisse und Erfahrungen sowie ein interdisziplinär, insbesondere zwischen Ärzten und Pflegekräften in besonderem Maße abgestimmtes Konzept voraussetzt.“ Und schließlich hielt der GBA es noch für erforderlich, dem verordnenden Arzt Beispiele für ein „komplexes Symptomgeschehen“ schildern zu sollen: „Ein Symptomgeschehen ist in der Regel komplex, wenn mindestens eines der nachstehenden Kriterien erfüllt ist:

- ausgeprägte Schmerzsymptomatik
- ausgeprägte neurologische/psychiatrische/psychische Symptomatik
- ausgeprägte respiratorische/kardiale Symptomatik
- ausgeprägte gastrointestinale Symptomatik
- ausgeprägte ulzerierende/exulzierende Wunden oder Tumore
- ausgeprägte urogenitale Symptomatik. „

Begriffe, gleichgültig ob sie in der medizinischen Wissenschaft oder als Bestandteile juristischer Normen verwendet werden, prägt man nun nicht, indem man theoretische Befunde als Beispiele für Anhaltspunkte zur Ermittlung des Gewollten vorträgt. Offensichtlich ist also, dass es weder dem Gesetzgeber noch dem GBA gelungen ist, die Begriffe SAPV und der „besonders aufwändige Versorgung“ so eindeutig zu klären, dass der Arzt, der die SAPV verordnen soll, aus den ihm präsentierten Normen eindeutige Hinweise zur Rechtmäßigkeit seines Tuns entnehmen könnte.

c. Die von den beiden Gesetzgebern hinterlassenen Lücken sind u.E. nur zu schließen, wenn man sich vergegenwärtigt, wo in der Versorgung von Palliativpatienten in der

Bundesrepublik bereits heute komplexe Befunde, die denen des GBA ähneln, erhoben werden und sodann zur sachgerechten Versorgung dieser Patienten führen. Das ist nach unserer Auffassung in substantieller Zahl zur Zeit vorrangig nur in Palliativstationen und Hospizen jedoch – in geringerem Ausmaß - auch in stationären Pflegeeinrichtungen und Netzwerken der Fall, die von niedergelassenen Ärzten zur Versorgung von schwerstkranken Palliativpatienten betrieben werden. Nur dort wird zur Zeit als Standard eine besonders aufwändige Versorgung von Palliativpatienten betrieben, wie sie in Zukunft in der SAPV für alle ambulant zu behandelnden Palliativpatienten gelten soll. Nur hier ist mithin zur Zeit das für die SAPV notwendige medizinische und pflegerische Fachwissen in der gebotenen Tiefe vorhanden. Wer – wie sehr viele Hausärzte - die AAPV beherrscht, sollte daraus nicht schließen, ihm seien auch die für die SAPV notwendigen Kenntnisse geläufig.

d. Wie also definieren Ärzte und Pflegekräfte aus diesem Bereich mit ihrem Fachwissen die SAPV ?

In der SAPV werden im ambulanten Bereich Leistungen erbracht, die denen am ehesten vergleichbar sind, die in Palliativstationen erbracht werden. Hierbei handelt es sich, wie schon erwähnt, um komplexe Problemlösungen, die sich nicht aus dem Blickwinkel einer medizinisch einseitigen Betrachtungsweise lösen lassen. Fachliche medizinische Kompetenzen, wie sie in der Onkologie oder Schmerztherapie erforderlich sind, führen nicht automatisch zu der notwendigen Lösungskompetenz in der SAPV.

Fast immer stehen sich schnell ändernde und komplexe Symptomkonstellationen im Vordergrund der zu beherrschenden Probleme.

Die SAPV fordert einen ganzheitlichen Versorgungsansatz, wie er bereits in der Allgemeinmedizin etabliert ist.

SAPV verlangt zudem die Koordination der beteiligten versorgenden Personen und zwar auch zur Betreuung der pflegenden Angehörigen. Dazu bedarf es neben der fachlichen Kompetenz der versorgenden „Professionals“ auch des Vertrauens seitens der Patienten sowie deren Angehöriger.

Wesentlich für das notwendige Vertrauen des Patienten gegenüber dem SAPV Team ist dessen vertrauensvolle Zusammenarbeit mit der bereits vorhandenen Versorgungsebene wie dem Hausarzt oder dem mitversorgenden Facharzt. Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass die SAPV nicht als eigenständiges Versorgungsangebot angesehen werden kann.

e. Zusammengefasst kann man die SAPV also wie folgt definieren:

Wegen der Multimorbidität der Patienten und der im ambulanten Bereich noch stärker in den Vordergrund tretenden psychologischen und sozialen Konflikte wird bei den Mitgliedern der SAPV Teams höchstes medizinisches Niveau quer durch alle Fachrichtungen erforderlich sein und zwar auf ärztlicher wie auf pflegerischer Seite. Beide können SAPV separat oder aber gemeinsam betreiben. Bei der Teil- oder Vollversorgung wird jedoch der pflegerische Teil in der täglichen Praxis dominieren. Die Einbindung bereits vorhandener Versorgungsstrukturen ist unumgänglich.

3. Wer ist hinreichend qualifiziert, SAPV zu leisten ?

a. Der Gesetzgeber hat in § 132d/I/Ziffer 1 die Spitzenverbände der Krankenkassen beauftragt, *die sächlichen und personellen Anforderungen an die Leistungserbringung auf Bundesebene einheitlich in Empfehlungen festzulegen*. Diesem Auftrag haben die Spitzenverbände wie folgt entsprochen: In den Ziffern 4.1 und 5.2. der Empfehlungen werden als spezialisierte Leistungserbringer, Ärztinnen(e) bezeichnet, *die über eine anerkannte Zusatzweiterbildung Palliativmedizin nach der aktuell gültigen Weiterbildung der jeweiligen Landesärztekammer (grds. 160 Std. Weiterbildung) und Erfahrung aus der ambulanten palliativen Behandlung von mindestens 75 Palliativpatienten, z. B. in der häuslichen Umgebung oder in einem stationären Hospiz, innerhalb der letzten drei Jahre oder aus einer mindestens einjährigen klinischen palliativmedizinischen Tätigkeit in einer Palliativabteilung in einem Krankenhaus innerhalb der letzten drei Jahre verfügen*, während

die Pflegekräfte nach den Ziffern 4.1 und 5.3. der Empfehlungen über folgende Qualifikationsmerkmale verfügen müssen: *Die Erlaubnis zur Führung einer der Berufsbezeichnungen Gesundheits- und Krankenpfleger(in), oder Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger(in) oder Altenpfleger(in) mit einer dreijährige Ausbildung und den Abschluss einer Palliative-Care-Weiterbildungsmaßnahme von mindestens 160 Stunden und Erfahrung durch mindestens eine zweijährige praktische Tätigkeit als Pflegefachkraft in der Betreuung von Palliativpatienten in den letzten drei Jahren und davon eine mindestens sechsmonatige Mitarbeit in einer spezialisierten Einrichtung der Hospiz- und Palliativversorgung.*

b. Der Gemeinsame Bundesausschuss ist vom Gesetzgeber in § 37b/II SGB V beauftragt worden, Anforderungen und Inhalte der SAPV zu bestimmen, nicht aber sich mit der Qualifikation der Leistungserbringer zu beschäftigen. Gleichwohl aber hat er es getan. In § 5/III der Richtlinie beschreibt der GBA unter dem Titel „Inhalte der SAPV“ die Aufgaben der Ärztinnen(e) und Pflegekräfte in der SAPV. Die entscheidenden Aufgaben sind danach *palliativmedizinische Maßnahmen, die nach ihrer Art, Schwere oder Komplexität eine Kompetenz erfordern, die der einer Ärztin oder eines Arztes mit Zusatzweiterbildung Palliativmedizin entspricht sowie spezialisierte palliativpflegerische Leistungen, die nach ihrer Art, Schwere oder Komplexität eine Kompetenz erfordern, die der einer Pflegefachkraft mit einer curricularen Weiterbildung zu Palliative Care entspricht.* In den vorgehenden §§ 5/I/2 und 5/II/1 der Richtlinie hat der GBA - und zwar sogleich in zwei direkt aufeinander folgenden Sätzen - jedoch dekretiert, dass die Leistungen der SAPV ausschließlich durch Leistungserbringer nach § 132d SGB V erbracht werden sollten. Der „kleine „ Gesetzgeber hat also – wie der große – zur Bestimmung der Qualifikation der Leistungserbringer auf den § 132d/I/Ziffer 1 SGB V und damit auf die Empfehlungen verwiesen. Fraglich bleibt, welchen Stellenwert und welche Bedeutung der § 5/III der Richtlinie hat. Die Antwort ergibt sich u.E. aus der Antwort, die die Staatssekretärin im BMG, Frau Casper-Merk der Bundestagsabgeordneten Birgit Bender am 3.9.2008 auf deren Anfrage, ob die in den Empfehlungen festgelegten Qualifikationsstandards nicht zu hoch sein und es deshalb nicht einiger Übergangsnormen bedürfe, erteilt hat: Sie hat die ihr gestellte Frage mit der Begründung verneint, die Kassen könnten vor Ort entscheiden, ob aus „Sicherstellungsgründen“ Leistungserbringer, die noch nicht alle Voraussetzungen der Empfehlungen erfüllen, unter Vertrag genommen werden sollten.⁹ Es ist schon zweifelhaft, ob man derart mit untergesetzlichen Normen umgehen darf, die im Auftrag des Gesetzgebers verfasst worden sind. Jedenfalls aber muss u. E. das folgende Procedere eingehalten werden um das Entstehen einer slippery slope zu vermeiden.

- Von dem in den Empfehlungen festgelegten Qualifikationsniveau für Ärztinnen(e) und Pflegekräfte in der SAPV darf nach unten ausnahmsweise nur abgewichen werden, wenn, soweit und solange das aus Sicherstellungsgründen, die nachprüfbar beschrieben sein müssen, zwingend erforderlich ist und
- soweit das Qualifikationsniveau des § 5/III der Richtlinie dabei nicht unterschritten wird und
- diese Bedingungen in den Versorgungsverträgen derart vereinbart werden, dass sie gerichtlich nachprüfbar sind.¹⁰

c. Wenig sinnvoll sind in diesem Zusammenhang Überlegungen, die Empfehlungen seien Normen geringerer Ordnung als die Richtlinien des GBA, weshalb der Inhalt der Richtlinie vorgehe.¹¹ Der Gesetzgeber hat in den §§ 37b/II und 132d/I/Ziffer 1 SGB V zwei unterschiedliche Aufträge an – jedenfalls theoretisch - gleichartig kompetente Auftragnehmer erteilt. Das Ergebnis ist schon deshalb gleichwertig. Die Kostenträger könnten aber schlüssig argumentieren, es möge ja sein, dass der kleiner Gesetzgeber die Erlangung der Zusatzbezeichnung für eine ausreichende Qualifikation halte, bezahlen aber wollten sie nur wenn die Leistungen ihren Empfehlungen entsprächen. Dann sollte das aber zur Klarstellung in den abzuschließenden Versorgungsverträgen vereinbart werden.

d. Die Staatssekretärin Casper-Merk hat mit ihren Äußerungen jedoch ein gravierendes praktisches Problem bei der Einführung der SAPV angesprochen: Es gibt zu Zeit noch nicht genügend Ärzte und Pflegekräfte, um eine den oben dargestellten hohen Ansprüchen genügende SAPV zu gewährleisten. Dieses Manko wird man langfristig nur beseitigen können, wenn man die theoretische und praktische Ausbildung von Ärztinnen(en) und Pflegekräften auf das Qualifikationsniveau der Empfehlungen forciert. Kurzfristig werden die Krankenkassen bei den von ihnen abzuschließenden Versorgungsverträgen darauf zu achten haben, dass sich unter den Kooperationspartnern immer ein Krankenhaus mit Palliativstation oder Hausärzte befinden, die einerseits über langjährige Erfahrung in der Versorgung von schwerstkranken Palliativpatienten in Hospizen und stationären Pflegeeinrichtungen verfügen, andererseits aber auch willens sind, ihre theoretische Qualifikation zu vervollständigen. Nur auf diese Weise wird der Nachweis zu führen sein, die Praxis habe jedenfalls ernsthaft versucht, die – notwendig – noch nicht ausreichende Ausbildung vieler Leistungserbringer zu kompensieren, was auch zur Vermeidung von Haftung sinnvoll erscheint.

4. Wer ist befugt, SAPV zu verordnen und wie geschieht dies?

a. § 5/II/2 der Richtlinie unterscheidet zwischen der(dem) verordnenden und der(dem) behandelnden Ärztin(Arzt), um sodann jedoch von den *sonstigen an der allgemeinen Versorgung beteiligten Leistungserbringern* zu sprechen. Daraus ist zu schließen, der kleine Gesetzgeber habe hier die Hausärzte gemeint, die die AAPV leisten. Sie also sollen auch die SAPV verordnen. Dazu heißt es in 7/II/1 der Richtlinie weiter, dass die *SAPV von dem behandelnden Vertragsarzt nach Maßgabe dieser Richtlinie verordnet wird*. Diese Vorschriften werden zur Zeit allgemein so verstanden, dass der behandelnde oder verordnende Arzt eine synonyme Bezeichnung für den(die) behandelnde(n) Hausarzt(ärztin) sind¹² und dass diese(r) über eine palliativmedizinische Qualifikation für die Verordnung der SAPV, wie sie die Richtlinie und die Empfehlungen für den behandelnden Arzt in der SAPV vorschreiben, nicht bedürfen.

b. Diese Interpretation ist aus sachlichen wie rechtlichen Gründen nur zu vertreten, wenn man zwischen der Verordnung und der Aufnahme in die SAPV unterscheidet. Die Verordnung enthält dann die Erklärung des behandelnden Vertragsarztes, er bedürfe der Assistenz bei der sachgerechten, weiteren Behandlung seines Palliativpatienten und die Aufnahme enthält die Prüfung, ob die rechtlichen Voraussetzungen für die SAPV vorliegen und die Festlegung der anzuwendenden Therapie. Diese Prüfung wird immer durch eine(n) Ärztin(Arzt) durchzuführen sein, die(der) gemäß den Empfehlungen qualifiziert ist, denn nur diese(r) verfügt über jenes vollständige Fachwissen, das der verordnende Vertragsarzt vermisst. Die Aufnahme wird in aller Regel zusammen mit einer ebenfalls nach den Empfehlungen qualifizierten Pflegekraft durchgeführt werden. Bei der Aufnahme werden beide – in Abstimmung mit dem behandelnden Vertragsarzt - entscheiden, welche der in §§1/IV und 5/II/3 der Richtlinie vorgeschriebenen alternativen Maßnahmen der Beratung, der Koordination, der additiv unterstützenden Teilversorgung oder – schließlich – der vollständigen Versorgung des Patienten dessen aktuellem Versorgungsbedarf entspricht, oder ob der Patient besonders aufwändiger Versorgung gar nicht bedarf. Diese Entscheidung ist sodann für die weitere Versorgung einstweilen maßgebend. Dieses Procedere stellt auch sicher, dass der Palliativpatient eine ausreichende, zweckmäßige, notwendige und wirtschaftlich zu erbringende weitere Versorgung erfährt, wie sie § 5/II/4 der Richtlinie vorschreibt. Zu seiner rechtlichen Absicherung sollte es in den Versorgungsverträgen verankert werden.

c. Angesichts der oben dargestellten Lücken in den einschlägigen Vorschriften wächst der(m) die Aufnahme durchführenden Ärztin(Arzt) und der sie(ihn) „begleitenden“ Pflegekraft bei der Aufnahme gemeinsam das „Auslegungsmonopol“ für die Schließung dieser Lücken in den Vorschriften zu, weil dies zur Bestimmung einer sachgerechten Versorgung des Patienten erforderlich ist. Sie haben also gemäß § 6/IV der Richtlinie auf der Basis ihres

Fachwissens zu ermitteln, wann die SAPV im konkreten Einzelfall indiziert ist. Es handelt sich mithin um eine der schwierigsten Entscheidungen, die in dem gesamten Prozess gefällt werden muss. Sie stellt zugleich die erste Leistung unter der SAPV, nämlich die Beratung, dar.

d. Neben dem behandelnde Vertragsarzt, spricht dem Hausarzt, kann nach § 7/II/2 der Richtlinie auch ein Krankenhausarzt für von ihm ambulant behandelte Palliativpatienten SAPV verordnen. Schließlich kann nach § 7/1/3 auch ein Krankenhausarzt einem von ihm im Krankenhaus betreuten Palliativpatienten bei dessen Entlassung mit einer Verordnung für die von ihm als notwendig erachtete SAPV versorgen, die dann allerdings nur für 7 Tage Gültigkeit hat.¹³

e. Nach § 7/II der Richtlinie ist die Verordnung auf einem „zu vereinbarenden Vordruck“ zu erstellen. Den aber gibt es noch nicht. Es widerspricht mithin dem auch für Krankenkassen geltenden Grundsatz von Treu und Glauben, wenn diese Leistungsansprüche auf SAPV mit der „Begründung“ abwehren, die Verordnung sei nicht auf dem richtigen Vordruck eingereicht worden. Im übrigen sind von der Ärzteschaft in Hamburg, Hessen und Nordrhein - Westfalen inzwischen im „Eigenbau“ Formulare entwickelt worden, die sich – ziemlich – gleichen und die wesentlichen Angaben enthalten.

f. Entgegen weitläufiger Ansicht hat die Krankenkasse, der die Verordnung binnen drei Arbeitstagen nach ihrer Ausstellung vorzulegen ist, gemäß § 8/1 der Richtlinie die Pflicht, die „Kosten der Leistungserbringung einstweilen zu übernehmen“. Erst über die „weitere Leistungserbringung“ darf sie entscheiden.¹⁴ Daraus folgt, dass die(der) zur Behandlung befugte Ärztin(Arzt) mit derselben unverzüglich beginnen darf, ohne einer Zustimmung der Krankenkasse zu bedürfen oder ihren(seinen) Vergütungsanspruch zu gefährden. Sie (Er) hat auch keine Frist für die Entscheidung der Krankenkasse zu überwachen, denn es ist auch deren Sache, wann sie über die weitere Leistungserbringung entscheiden will.

5. Wer leistet die SAPV ?

a. In den Diskussionen um die Empfehlungen ist viel von den PCTs die Rede gewesen und der Eindruck erweckt worden, diese hätten die SAPV zu erbringen.¹⁵ In den Empfehlungen selber sind diese Arbeitsgruppen dann jedoch nicht mehr erwähnt worden. Das ist auch korrekt, denn nicht sie erbringen die Leistungen in der SAPV, sondern die in ihnen koordinierten Personen. Darüber hinaus sind sie als Träger von Rechten und Pflichten weder akzeptabel noch besteht ein vernünftiger Grund, von den bewährten Strukturen abzuweichen, wonach die niedergelassenen Ärzte ebenso selbstständig tätig werden wie die sonstigen in diversen Rechtsformen im Gesundheitswesen auftretenden Organisationen.

b. Wie oben unter 4.d. dargestellt, kann nach § 7/II/2 der Richtlinie auch ein(eine) Krankenhausarzt(ärztin) für von ihm(ihr) ambulant behandelte Palliativpatienten SAPV verordnen. Dabei wird es sich in aller Regel um eine(n) Ärztin(Arzt) einer Palliativstation handeln, die(der) ihre(seine) dort betreuten Patienten zu Hause weiter betreuen soll, womit das Ziel der SAPV optimal erreicht wird. Ob es dazu noch einer Ermächtigung durch den Zulassungsausschuss nach § 116 SGB V bedarf, ist zweifelhaft, denn immerhin ist der kleine Gesetzgeber in seiner Richtlinie jedenfalls davon ausgegangen, dass im Bereich der SAPV auch der/die Krankenhausarzt(ärztin) ambulant tätig werden dürfe. Aber selbst wenn er/sie dieser Ermächtigung bedürfte: Er/Sie hat auf ihre Erteilung einen Rechtsanspruch, denn ohne die besonderen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden oder Kenntnisse der Ärzte der Palliativstationen ist eine ausreichende ärztliche Versorgung der aus derselben entlassenen Patienten in deren häuslicher Umgebung nicht sichergestellt (§ 116/2 SGB V), schon weil es solchen Patienten in ihren letzten Lebenstagen nicht zuzumuten ist, ihre(n) behandelnde(n) Ärztin(Arzt) zu wechseln. Der „kleine“ Gesetzgeber legalisiert mit dieser Vorschrift zudem ein Verfahren, dass sich bereits als außerordentlich segensreich erwiesen hat: Aus der Palliativstation des Asklepios Westklinikums in Hamburg Rissen können mehr

als die Hälfte aller Patienten nach Hause entlassen werden, weil sie dort von den Ärzten und dem Pflegepersonal der Station solange weiter betreut werden, bis sie in Würde gestorben sind. Erst damit aber ist der Zweck und das Ziel des § 37b SGB V erreicht.

c. Offen bleibt, ob ein(e) zur Aufnahme eines Palliativpatienten in die SAPV berechtigter Arzt(Ärztin) diese bei dem Patienten selber übernehmen kann. Ein derartiges „In-sich-Geschäft“ ist nach der geltenden Rechtslage nicht ausgeschlossen. Hier ist nach unserer Ansicht aber Vorsicht geboten. Es wird Hausärzte geben, die ihre Palliativpatienten abgeben aber auch solche, die sie um jeden Preis behalten möchten. Beides kann durchaus edel motiviert sein. Gegebenenfalls müsste diese Zweifelsfrage in Versorgungsverträgen geklärt werden.

6. Wie wird die SAPV in stationären Hospizen abgerechnet ?

Bei der Lektüre der für die SAPV einschlägigen Vorschriften fällt auf, dass den Versicherten in stationären Pflegeeinrichtungen ein Rechtsanspruch auf SAPV zuerkannt wird (§§ 37/II/1 SGB V und § 1/I der Richtlinie), Versicherte in stationären Hospizen aber unerwähnt bleiben. Aus dem Gemeinsamen Vorschlag der DGP und des DHPV zu den Rahmenempfehlungen vom 28. Februar 2008 und aus der Stellungnahme der DGP zur Erbringung ärztlicher Leistungen in stationären Hospizen vom 15.7.2008 wird der Widerspruch der Leistungserbringer gegen eine von den Krankenkassen geübte Praxis deutlich, die in stationären Hospizen von zugelassenen Vertragsärzten erbrachten palliativ-medizinischen Leistungen der SAPV nicht separat zu vergüten, sondern unter § 39a/I/1 SGB V subsumieren zu wollen.¹⁶ Die Krankenkassen berufen sich dafür überwiegend auf den Wortlaut dieser Vorschrift, mit dem Versicherten ein Anspruch auf einen Zuschuss zur Versorgung in stationären Hospizen zuerkannt wird, *in denen palliativ-medizinische Behandlung erbracht wird.*

Diese Verweigerung der Kostenübernahme widerspricht geltendem Recht.

- Die Krankenkassen verweisen für ihre Rechtsansicht auf den Wortlaut des § 1/I der Richtlinie, aus dem sie schließen, es sei zwischen der häuslichen Umgebung und den stationären Hospizen zu unterscheiden, wobei sie allerdings akzeptieren, dass der Gesetzgeber - und in dessen Folge auch der GBA – die stationären Pflegeeinrichtungen der Häuslichkeit gleichgestellt haben. Der Unterschied – so wird argumentiert - bestehe im wesentlichen darin, dass die Bewohner in den stationären Pflegeeinrichtungen in der Regel länger lebten, als in den stationären Hospizen. Auf dieses Argument einzugehen, ist nicht notwendig, denn unter dem hier diskutierten Aspekt gibt es den Unterschied zwischen stationären Hospizen und stationären Pflegeeinrichtung nicht, weil in der Praxis jedes stationäre Hospiz eine zugelassene, stationäre Pflegeeinrichtung im Sinne des § 72 SGB XI ist. Schon aus dem Wortlaut der §§ 37/II/1 SGB V und § 1/I der Richtlinie ergibt sich mithin, dass die Vergütung von SAPV in Hospizen den Grundsätzen der vertragsärztlichen Vergütung zu folgen hat.
- Dieselbe rechtliche Konsequenz lässt sich auch aus der Rahmenvereinbarung nach § 39a Satz 4 SGB V über Art und Umfang sowie zur Sicherung der Qualität der stationären Hospizversorgung i.d.F. vom 9.2.1999 folgern. In deren §§ 1/I und 3/I ist zwar wiederum davon die Rede, in den stationären Hospizen würden palliativmedizinische Leistungen „erbracht“. Wie diese zu vergüten seien, stellt dann jedoch § 3/VI dieser Vereinbarung fest. Dort heißt es: *Das stationäre Hospiz stellt sicher, dass die notwendige medizinisch-palliative ärztliche Behandlung und Versorgung des Patienten mit Arznei-, Verband- und Heilmitteln gewährleistet ist. Die ärztliche Behandlung, Arznei-, Verband- und Heilmittel werden im Rahmen der §§ 28, 31 und 32 SGB V übernommen.* Aus dem Hinweis auf die §§ 28 ff SGB V ergibt sich u.E. wiederum zwingend, dass die Vergütung der SAPV in stationären Hospizen den Grundsätzen der vertragsärztlichen Vergütung zu folgen hat.

- Wen das noch nicht überzeugt, der sei daraufhingewiesen, dass Vorschriften, die die SAPV regeln, wie oben dargelegt, die Bemühungen des einfachen Gesetzgebers demonstrieren, das Grundrecht jedes Palliativpatienten auf ein Sterben in Würde in die Praxis umzusetzen.¹⁷ Alle Normen des Gesetzgebers und des GBA sind an diesem Maßstab zu messen. Widersprechen sie diesem Grundrecht so sind sie nichtig, es sei denn sie können verfassungskonform ausgelegt werden.

7. Hinweise zur derzeitigen Praxis der gesetzlichen Krankenkassen.

Wiederholt wird aus der ganzen Bundesrepublik berichtet, die Krankenkassen verfielen in Untätigkeit, wenn sie von Palliativpatienten um eine Kostenübernahmeerklärung für SAPV gebeten werden, oder sie bestritten gar ihre Leistungspflicht.

a. Demgegenüber ist folgendes klarzustellen: Jedenfalls seit dem Erlass der Gemeinsamen Empfehlung der Spitzenverbände am 23.06.2008 hat jeder Palliativpatient, der Mitglied einer Krankenkasse der GKV ist und dieser binnen drei Tagen nach ihrer Ausstellung eine Verordnung auf SAPV vorgelegt hat, einen Anspruch auf diese Leistung, vorausgesetzt die Verordnung ist von einem dazu befugten Arzt ausgestellt worden. Das ergibt sich zwingend aus den §§ 2/I; 13/III; 37b; § 92/I/2 Nr. 14; 132d/I SGB V i.V.m. § 8/1 der Richtlinie und den Empfehlungen. Die Staatssekretärin im BMG, Frau Casper-Merk, hat in dem oben (3.b.) zitierten Schreiben die hier vertretene Ansicht ausdrücklich bestätigt. Soweit wir sehen können, bestreitet sie auch niemand mehr. Wenn die Krankenkassen gleichwohl die Anerkennung derartiger Ansprüche ablehnen, so begehen sie vorsätzlichen Rechtsbruch und haften für die Konsequenzen. Je nach den Umständen des Einzelfalles kann sich daraus die persönliche Haftung von Vorstandmitgliedern der Kasse wegen eines Organisationsverschuldens aber auch eine Haftung der Kasse für immaterielle Schäden ergeben, die ein Mitglied oder seine Angehörigen durch das rechtswidrige Verhalten der Kasse erleiden.

b. Unstreitig kann das Mitglied, dem seine Krankenkasse die Leistung verweigert oder seinen Antrag auf Erklärung der Kostenübernahme nicht bescheidet, nach §§ 51;86b/II SGG im Wege der einstweiligen Anordnung eine Leistungszusage erzwingen. Die Sozialgerichte entsprechen solchen Anträgen auch in der Regel. Das Problem aber liegt in der relativ langen Verfahrensdauer auch in Eilsachen vor den überlasteten Sozialgerichten. Verstirbt der Palliativpatient nämlich, bevor das Gericht entschieden hat, so geht der auf die Zukunft gerichtete Leistungsanspruch, der ja höchstpersönlich ist, gemäß § 59/1 SGB 1 unter und das Gericht wird den Antragsteller auffordern, die Hauptsache für erledigt zu erklären, weil die Rechtsgrundlage für zukünftige Leistungen der Krankenkasse entfallen ist.¹⁸ Es wird mithin keine Entscheidung fällen. Der bessere Weg ist der folgende: § 13/III SGB V gewährt jedem Mitglied einen Anspruch auf Erstattung jener Kosten, die er aufgewendet hat, um eine Leistung zu vergüten, die seine Krankenkasse hätte gewähren müssen. Der Palliativpatient legt dieser also binnen drei Werktagen eine von seinem behandelnden Vertragsarzt ausgestellte Verordnung auf SAPV vor und erklärt dabei, er gehe davon aus, dass die Krankenkasse die Leistungen der SAPV und deren Kosten einstweilen übernehmen werde. Er bittet, das binnen drei Werktagen zu bestätigen. Lehnt die Krankenkasse die Kosten- oder Leistungsübernahme ab, oder erklärt sie sich binnen der Frist nicht, so ist das rechtswidrig, weil sie gemäß § 8/1 der Richtlinien zur einstweiligen Leistungsübernahme und zur Übernahme der Kosten verpflichtet ist. Solches Verhalten bietet dem Patienten nun aber die rechtliche Möglichkeit, sich die SAPV im eigenen Namen zu verschaffen und die ihm dadurch entstehenden Kosten der Krankenkasse in Rechnung zu stellen. Solange Versorgungsverträge nicht bestehen, gilt hinsichtlich der Vergütung des behandelnden Arztes, dass dieser die GOÄ zu Grunde legen kann, und zwar auch, wenn die Krankenkasse die Kostenübernahme bestätigt hat, weil eine andere und speziellere Berechnungsgrundlage zur Zeit nicht zur Verfügung steht. Der Weg über den § 13/III SGB V ist auch in der Praxis erprobt, denn das Verfahren vor den Sozialgerichten, das schließlich zu dem berühmten „Nikolausbeschluss“ des BVerfG vom 6.12.2005 führte, handelte von einem solchen Ersatzanspruch.¹⁹

Hamburg, den 19.1.2009

Dr. Peter Holtappels
Windmühlenstieg 5
22607 Hamburg
e-mail: peter@holtappels.de

¹ Begründung BT Drucksache 16/3100 S. 293 <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/031/1603100.pdf>

² Näheres dazu bei Holtappels/Lehmann „Das Recht des sterbenden Menschen“ www.palliativ-rissen.de/downloads

³ Zwischenbericht der Enquete Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin – Patientenverfügung – vom 13.9.2004 (Drucksache 15/3700 des Deutschen Bundestages), dort 2.2. Vergl. dazu auch Hufen in NJW 2001/849/850 und insbesondere Dörner „Der gute Arzt“ 2. Auflage 2003, S. 302 ff. Der Gesetzgeber beruft sich auch auf den Zwischenbericht der Enquete-Kommission "Ethik und Recht der modernen Medizin" zur "Verbesserung der Versorgung Schwerstkranker und Sterbender in Deutschland durch Palliativmedizin und Hospizarbeit" vom 22. Juni 2005 (BT. Drucksache 15/5858 Ziffer 1).

⁴ Begründung a.a.O. So auch § 1/1/1 der Richtlinie des GBA und Ziffer 2.3 der Gemeinsamen Empfehlungen der Spitzenverbände der Krankenkassen.

⁵ Dieses Verfahren der Delegation von Gesetzgebung auf Dritte ist nach ganz herrschender Meinung in der Rechtswissenschaft verfassungswidrig. Näheres dazu bei Holtappels „Zur demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses und zu der Frage, ob dessen Richtlinien der gerichtlichen Kontrolle unterliegen.“ Und „Ist der § 37b SGB V verfassungskonform?“ in www.palliativ-rissen.de/downloads

⁶ So auch die „Gemeinsamen Hinweise von DHPV und der DGP zur Umsetzung der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung (SAPV) gemäß §§ 37b, 132d und 92 SGB V und Eckpunkte für einen Mustervertrag („die Hinweise“) unter II/3

⁷ So auch § 1/IV/1 der Richtlinie

⁸ So auch § 5/II/2 der Richtlinie

⁹ Siehe Schreiben der parlamentarischen Staatssekretärin Caspers-Merk vom 3.9.2008 Arbeitsnummer 8/225 und 8/226

¹⁰ So auch II.6.2. der Hinweise

¹¹ Solche Überlegungen dürften eher als etwas krampfhaft – und erfolglose – Bemühungen des GBA bewertet werden, sich vom Makel der mangelhaften Legitimation zu befreien. Siehe dazu oben FN 5

¹² Ein weiteres Beispiel für die mangelhafte Beherrschung der Kunst der Gesetzgebung durch den GBA.

¹³ Angesichts der unsorgfältigen Wortwahl bedeutet das in der Praxis, dass bei der Ermittlung des Fristablaufes Sonn- und Feiertage mitzurechnen sind.

¹⁴ Völlig abwegig ist mithin ein in Hamburg empfohlenes Verfahren, der Krankenkasse gleich den Bewertungsbogen des MDK mitzuschicken.

¹⁵ So z.B. in dem Gemeinsamen Vorschlag der DGP und des DHPV zu den Empfehlungen vom 26.2.2008.

¹⁶ So in der Stellungnahme der DGP vom 15.7.2008

¹⁷ Siehe Holtappels/Lehmann „Das Recht des sterbenden Menschen“ FN 2

¹⁸ Die Vergütungen für die vor dem Tode des Patienten gewährte SAPV bleiben davon unberührt.

¹⁹ BverfG in NJW 2006/891 ff