

INTENSIVPFLEGE- UND REHASTÄRKUNGSGESETZ

VERFASSUNGS-, UND SOZIALRECHTLICHE VORGABEN FÜR EINE INTENSIVPFLEGE- RICHTLINIE DES GEMEINSAMEN BUNDESAUSSCHUSSES

1. Am 29. Oktober 2020 ist das Gesetz zur Stärkung von intensivpflegerischer Versorgung und medizinischer Rehabilitation in der gesetzlichen Krankenversicherung (Intensivpflege- und Rehabilitationsstärkungsgesetz – **GKV-IPReG**) in Kraft getreten. Das Gesetz hat für gesetzlich Versicherte in § 37c Abs. 1 SGB V einen neuen Anspruch auf außerklinische Intensivpflegeleistungen eingeführt (der **Intensivpflegeanspruch**). Der Intensivpflegeanspruch gewährt den Versicherten unter Wahrung ihrer **verfassungsrechtlich verbürgten Rechte auf Selbstbestimmung und gesellschaftlicher Teilhabe** ausdrücklich ein **freies Wahlrecht** hinsichtlich des Ortes, an dem die Pflegeleistungen erbracht werden können. Danach können die betroffenen Patientinnen und Patienten mit Blick auf ihre individuelle Pflegesituation frei und selbstbestimmt wählen zwischen häuslicher, ambulanter und stationärer Pflege: „**Berechtigten Wünschen der Versicherten ist zu entsprechen**“ (§ 37c Abs. 2 Satz 2 SGB V).
2. Dieses sowohl verfassungsrechtlich verbürgte als auch im Intensivpflegeanspruch ausdrücklich garantierte Recht der betroffenen Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung und gesellschaftliche Teilhabe bei der Wahl der Versorgungsform war im politisch umstrittenen und langwierigen Gesetzgebungsverfahren des GKV-IPReG nicht immer gewährleistet. So sah der ursprüngliche Referentenentwurf des GKV-IPReG (das sogenannte RISG) mit seiner Fokussierung auf die vollstationäre Pflege eine deutliche Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts von intensivpflegebedürftigen Versicherten im Bereich der häuslichen und ambulanten Pflege vor. Dieses Ungleichgewicht zu Lasten des Wahlrechts der betroffenen Patientinnen und Patienten wurde aber im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens korrigiert.
3. Nach dem Inkrafttreten des GKV-IPReG soll nun der Gemeinsame Bundesausschuss (**G-BA**) gemäß § 37c Abs. 1 S. 8 SGB V eine Richtlinie im Sinne des § 92 Abs. 2 Nr. 6 SGB V erlassen, mit der bestimmte Vorgaben an die Leistungserbringung näher konkretisiert werden (**Intensivpflege-Richtlinie**). Die Arbeitsebene des GKV-Spitzenverbandes hat in diesem Zusammenhang als erste Diskussionsgrundlage den Entwurf einer „Außerklinischen Intensivpflege-Richtlinie – AIP-Richtlinie“ (das **Arbeitspapier**) vorgelegt. Das Arbeitspapier beschränkt den gesetzlichen Intensivpflegeanspruch und das Wahlrecht der betroffenen Patientinnen und Patienten durch eine Reihe von erheblichen rechtlichen und faktischen Hürden, welche im Widerspruch zu den gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben stehen. Eine zentrale rechtliche Anforderung an die Intensivpflege-Richtlinie besteht jedoch darin, dass das **verfassungsrechtlich verbürgte und in § 37c Abs. 2 Satz 2 SGB V ausdrücklich garantierte Recht der betroffenen Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung und gesellschaftliche Teilhabe bei der Wahl der Versorgungsform nicht durch die konkrete Ausgestaltung der Intensivpflege-Richtlinie konterkariert wird**.

Hierzu im Einzelnen:

4. Die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer Richtlinie des G-BA sind höchstrichterlich geklärt. Unabhängig von der dogmatischen Einordnung der Richtlinien des G-BA ist anerkannt, dass jedenfalls **gerichtlich überprüfbar** ist, ob eine gesetzliche Ermächtigung vorliegt bzw. ob deren Grenzen eingehalten sind

BSG, Urteil vom 17. März 2005, Az. B 3 KR 35/04 R = BSGE
94, 205-212 Rn. 23,

und **ob der Richtlinieninhalt mit höherrangigem Recht vereinbar ist.**

Grundlegend dazu BVerfGE 115, 25, 42 ff.

Dies beinhaltet insbesondere auch die Frage der **Vereinbarkeit der Richtlinie mit den Grundrechten der betroffenen Patienten** sowie die Vereinbarkeit der Richtlinien mit völkerrechtlichen Verträgen, die von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert wurden. An diesen Voraussetzungen sind alle aktuellen sowie zukünftigen Entwürfe einer Intensivpflege-Richtlinie zu messen.

5. Eine rechtmäßige Intensivpflege-Richtlinie muss also mit den Grundrechten der Betroffenen in Einklang stehen, insbesondere mit dem durch **Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Selbstbestimmungsrecht** der Patienten.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat das Selbstbestimmungsrecht des Patienten Anerkennung gefunden.

Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar,
Werkstand: 91. EL April 2020, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 204-
206.

Dieses umfasst unter anderem das Verfügungsrecht über den eigenen Körper

BVerfGE 91, 1 (29 und 34 ff.),

bis hin zu dem Recht, in Würde sterben zu können.

BGH, Beschl. v. 8. 7. 1987, NJW 1988, 1532.

Die Anerkennung dieses Selbstbestimmungsrechts folgt letztlich aus der besonderen Nähe, die diese Fälle zur Menschenwürde aufweisen (Art. 1 Abs. 1 GG).

Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-
Kommentar, Werkstand: 91. EL April 2020, Art. 2 Abs. 1 GG,
Rn. 147.

Das Selbstbestimmungsrecht gewährt dem intensivpflegebedürftigen Patienten das Recht auf eine möglichst autonome Lebensführung und eine im Grundsatz freie Wahl der Art der Pflegeform und -einrichtung. Dies schließt die Wahlmöglichkeit für die ambulante Pflege ein.

6. Auch der Gesetzgeber hat die Gefährdungslage für pflegebedürftige Menschen erkannt und ihr grundgesetzlich geschütztes Selbstbestimmungsrecht im Rahmen des einfachen Rechts konkretisiert. In **§ 2 SGB XI** hat er das Selbstbestimmungsrecht normiert, in der Gesetzesbegründung heißt es dazu:

„Die Hilfen der Pflegeversicherung sollen so gestaltet und eingesetzt werden, dass sie dazu beitragen, die Möglichkeiten zu einer selbstbestimmten Lebensführung im Rahmen der verbliebenen Leistungsfähigkeit nutzen zu können.

Das Wunsch- und Wahlrecht ist eine wesentliche Voraussetzung zur Führung eines menschenwürdigen Lebens bei Pflegebedürftigkeit. Die Leistungsgewährung darf nicht bevormunden.“

BT-Drs. 12/5262, S. 89.

In Verbindung mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Sozialstaatsprinzip kann hieraus ein **Anspruch intensivpflegebedürftiger Patienten auf Kostenübernahme der häuslichen und sonstigen ambulanten Pflege** abgeleitet werden. Im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses für das GKV-IPReG wurde dieser Anspruch ausdrücklich anerkannt und gegenläufige Passagen wurden im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens aus dem Gesetzesentwurf bewußt herausgenommen. Nach der Konzeption des GKV-IPReG sollen Versicherte mit einem besonders hohen Bedarf an medizinischer Behandlungspflege zukünftig einen gebundenen Anspruch auf außerklinische Intensivpflege haben (s. § 37c Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 2 SGB V).

7. Damit ist festzuhalten: Die **Voraussetzungen, unter denen ein Versicherter die Kostenübernahme beanspruchen kann, sind für die Intensivpflege-Richtlinie verfassungs- und sozialrechtlich verbindlich vorgegeben. Diese gesetzlich vorgegebenen Anspruchsvoraussetzungen können nicht im Wege der Richtlinien-Entscheidung nachträglich beschränkt werden.** Sollten Versicherte mit einem besonders hohen Bedarf an medizinischer Behandlungspflege durch die Intensivpflege-Richtlinie etwa auf stationäre Pflege und Intensivpflege-WG verwiesen werden, sofern eine ambulante Versorgung nicht medizinisch-pflegerisch notwendig ist, würde ihnen die Wahlmöglichkeit zwischen den verschiedenen Pflegeformen weitgehend entzogen. Ebenfalls unvereinbar mit den insoweit klaren gesetzlichen Vorgaben wäre es, den Intensivpflegeanspruch nur unter der Bedingung zu gewähren, dass die Krankenkasse dies genehmigt. Des Weiteren dürften beispielsweise die Voraussetzungen für die Verschreibung und Überwachung der Leistungen nicht so heraufgesetzt werden, dass in der Praxis eine Inanspruchnahme letztlich ausgeschlossen ist. Denn durch solche Regelungen auf der untergesetzlichen Richtlinienzebene würde das verfassungsrechtlich- und sozialrechtlich garantierte Wahlrecht der betroffenen Patientinnen und Patienten konterkariert.
8. Jeder Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Güter – wie beispielsweise eine Einschränkung des Rechts von Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung und

gesellschaftlicher Teilhabe – muss dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** entsprechen. Das bedeutet: der Eingriff muss ein legitimes Ziel verfolgen und geeignet, erforderlich sowie angemessen sein, um dieses Ziel zu erreichen. Ein legitimer Zweck besteht grundsätzlich in allen öffentlichen Interessen. Geeignet ist eine staatliche Maßnahme, wenn sie das verfolgte Ziel überhaupt erreichen oder jedenfalls fördern kann. Die Erforderlichkeit einer staatlichen Maßnahme ist gegeben, wenn es kein milderes Mittel gibt, welches das gesetzte Ziel in gleich geeigneter Weise erreichen kann. Die Angemessenheit ist dann gewahrt, wenn der Grundrechtseingriff nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck steht. Hier muss die Schwere des Grundrechtseingriffs mit dem Nutzen des verfolgten Zweckes abgewogen werden.

BVerfG, Urteil v. 24.04.1991 – 1 BvR 1341/90, NJW 1991, 1667 (1668).

Eine **nachträgliche Einschränkung des gesetzlich verbürgten Intensivpflegeanspruchs durch die Intensivpflege-Richtlinie wäre aber aus Sicht des Verfassungsrechts weder geeignet noch erforderlich oder angemessen, um das immer wieder vorgebrachte Ziel der Kostenreduzierung zu erreichen.**

9. So wäre die Beschränkung des gesetzlichen Leistungsanspruchs auf ambulante Intensivpflege schon **nicht geeignet**, den Zweck der Kostenreduzierung zu erreichen, denn die Verwirklichung droht bereits an den tatsächlichen Umständen zu scheitern: Die Verlagerung von Patienten aus der häuslichen und ambulanten Pflege in die Intensivpflege-WGs und stationären Einrichtungen bei gleichzeitig steigenden Anforderungen an diese Einrichtungen kann nur dann überhaupt zu einer signifikanten Kostenreduzierung führen, wenn dafür Kapazitäten in diesen Einrichtungen existieren. Das ist allerdings vielfach nicht der Fall. Schon heute sind die Kapazitätsgrenzen der stationären Pflegeeinrichtungen erreicht. Wartelisten und Absagen für Versicherte sind an der Tagesordnung.

Deutsches Institut für angewandte Pflegeforschung, Pflege-Thermometer 2018, S. 1.

Kurz- bis mittelfristig dürfte es faktisch unmöglich sein, den Bedarf der zu betreuenden intensiv pflegebedürftigen Menschen mit stationären Pflegeeinrichtungen zu decken.

10. Auch die **Erforderlichkeit** einer Beschränkung des Intensivpflegeanspruchs durch die Intensivpflege-Richtlinie wäre zweifelhaft, da mildere, gleich geeignete Mittel für eine Kostenreduktion existieren. So wäre beispielsweise mit Blick auf *Weaning*- und Dekanülierungspotentiale keine generelle Beschränkung der Wahlfreiheit bei der Versorgungsform erforderlich. Diese Potentiale können bereits dadurch besser realisiert werden, dass die Verordnung der ambulanten Intensivpflege erst erfolgt, wenn ein besonders qualifizierter Vertragsarzt das Potential des *Weaning* zuvor untersucht und dokumentiert hat. Dies ordnet der neue § 37c Abs. 1 S. 3 SGB V als Voraussetzung für die Verordnung der außerklinischen Versorgung an. Es ist nicht erkennbar, warum dieser Mechanismus nicht auch in der häuslichen Pflege effektiv zur Reduktion der Zahl von Beatmungspatienten führen sollte.

11. Die Erschwerung der Inanspruchnahme ambulanter und häuslicher Intensivpflege durch eine Intensivpflege-Richtlinie könnte im Ergebnis auch nicht mit dem Argument der „**Wirtschaftlichkeit**“ der Intensivpflege (das heißt konkret: der angeblichen Kostensenkung) gerechtfertigt werden. Dieser Grund könnte die betroffenen Grundrechte der Patientinnen und Patienten im Ergebnis nicht überwiegen, d.h. ein solcher Eingriff wäre auch **nicht angemessen**. Denn der Eingriff würde den intensivpflegebedürftigen Patienten im Kern seiner Autonomie, seiner sozialen Teilhabe und seiner familiären Anbindung beschränken. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass gerade die ambulante und häusliche Pflege sowohl im Hinblick auf die soziale Teilhabe und die Selbstbestimmung der betroffenen Patienten als auch in Bezug auf die Qualitätssicherung und den höheren Betreuungsschlüssel für die Patienten eine besondere Bedeutung hat.

5. Bericht des MDS über die Qualität in der ambulanten und stationären Pflege (2018), S. 41 ff. und 68 ff.

Vor diesem Hintergrund wäre zu besorgen, dass die Erschwerung der Inanspruchnahme ambulanter und häuslicher Intensivpflege die Pflegequalität absenken und die Gewährleistung der sozialen Teilhabe der betroffenen Patienten erschweren würde. Dieser erhebliche Eingriff wäre mit Gründen der Wirtschaftlichkeit kaum zu rechtfertigen.

Damit ist im Ergebnis festzuhalten: Eine über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende Erschwerung der Inanspruchnahme ambulanter und häuslicher Intensivpflege durch eine Intensivpflege-Richtlinie wäre aus Sicht des Verfassungsrechts im Ergebnis also weder geeignet noch erforderlich oder angemessen, um das verfolgte Ziel zu erreichen und verstieße folglich gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

12. Darüber hinaus dürften etwaige Beschränkungen des gesetzlichen Intensivpflegeanspruchs durch die Intensivpflege-Richtlinie kaum mit den **verfassungsrechtlich verankerten Schutzpflichten für die Ehe und die Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG** vereinbar sein. Zur selbstverantwortlichen Gestaltung von Familie und Ehe gehört unter anderem die Bestimmung des Wohnorts.

BVerwGE 56, 246 (250); BVerfGE 87, 234 (260); BVerwGE 110, 99 (105).

Dies muss auch im Falle einer Feststellung eines Beatmungsentwöhnungspotentials gelten. So dürfte beispielsweise die Beschränkung des Leistungsanspruchs im Bereich der Beatmungsentwöhnung auf stationäre Einrichtungen in der Praxis aller Voraussicht nach für viele intensivpflegebedürftige Patienten bzw. für ihre Angehörigen zumindest zu einem *faktischen* Zwang führen, die stationäre Pflege zu wählen. Auf diesem Wege könnte die Beschränkung des Intensivpflegeanspruchs nicht nur das Wahlrecht des Patienten, sondern auch das Selbstbestimmungsrecht der miteinander lebenden Familienmitglieder verletzen.

13. Ein wichtiger Aspekt in diesem Zusammenhang wird von § 37c SGB V speziell geregelt: Zum Schutz der Familie soll eine **getrennte Behandlung von Ansprüchen**

von Kindern und Jugendlichen einerseits sowie Erwachsenen andererseits durch Regelungen in den G-BA-Richtlinien erfolgen. Dies gesetzlich vorgegebene Unterscheidung muss also in der Intensivpflege-Richtlinie differenziert aufgeschlüsselt werden. Nicht ausreichend wäre demgegenüber ein vager Programmsatz, wonach die Rechte und der Schutz von Kindern und Jugendlichen besonders zu berücksichtigen seien. Im Gesetzgebungsprozess wurde der Schutz dieser hochgradig sensiblen Gruppen besonders betont, weshalb § 37c Abs. 1 S. 8 SGB V ausdrücklich getrennte Regelungen für Kinder und Jugendliche einerseits und Erwachsene andererseits vorschreibt. Ein Richtlinienentwurf, der dies nicht berücksichtigt, verstieße nicht nur gegen die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, sondern wäre zudem verfassungsrechtlich bedenklich. Denn neben einem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 AGG läge durch die Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Vergleichsgruppen auch **ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG nahe.**

14. Darüber hinaus bestünden gegen eine Beschränkung des gesetzlichen Intensivpflegeanspruchs und des Wahlrechts der betroffenen Patientinnen und Patienten durch die Intensivpflege-Richtlinie erhebliche Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit **Artikel 19 der UN-Behindertenrechtskonvention**. Danach dürfen Personen mit Behinderung nicht dazu verpflichtet werden, in einer bestimmten Wohnform zu leben. Da es dem intensivpflegebedürftigen Patienten nur in den seltensten Fällen möglich sein wird, unnötige und überzogene Voraussetzungen zu erfüllen, wird er *faktisch* gezwungen, in einer stationären Einrichtung oder in einer Intensivpflege-WG zu leben. Damit würde dem intensivpflegebedürftigen Patienten im Ergebnis das Recht genommen, seine Wohnform frei zu wählen.
15. Wie bereits aufgezeigt ist eine **Intensivpflege-Richtlinie an die ausdrücklichen Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage in § 37c Abs. 1 S. 8 SGB V gebunden**. Die Richtlinien des G-BA sind für die beteiligten Spitzenverbände, deren Mitglieder und Mitgliedskassen sowie für die Versicherten und die Leistungserbringer verbindlich (§ 91 Abs. 6 SGB V). Als untergesetzliche Normen unterliegen sie jedoch der gerichtlichen Überprüfung, insbesondere im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht. Aus sozialrechtlicher Perspektive betrifft dies die gesetzliche Grundlage der Richtlinie, d.h. ihre Ermächtigungsgrundlage. Da es sich bei der Intensivpflege-Richtlinie um eine spezifisch im Leistungsrecht – konkret in § 37c SGB V – verankerte Richtlinie handelt, die dazu dienen soll, den Leistungsanspruch der Versicherten inhaltlich zu präzisieren, muss diese Richtlinie den Anforderungen des § 37c SGB V genügen.

Vgl. *Roters*, in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 110. EL Juli 2020, § 92 SGB V Rn. 15.

Das bedeutet: Die Intensivpflege-Richtlinie darf einerseits nicht Themen ungeregelt lassen, die ausdrücklich geregelt sein sollten, etwa die unterschiedliche Behandlung von Kindern und Jugendlichen. Andererseits darf die Intensivpflege-Richtlinie nicht Themen regeln, die von § 37c SGB V gar nicht vorgesehen sind, etwa indem neue und zusätzliche Anspruchsvoraussetzungen definiert werden und nicht nur „Inhalt

und Umfang“ des Leistungsanspruchs konkretisiert werden. So könnte der **Anspruch auf Leistungen in Wohneinheiten oder häuslicher Umgebung durch eine Richtlinie beispielsweise nicht auf Fälle begrenzt werden, in denen dafür eine „medizinisch-pflegerische Notwendigkeit“ besteht**. Dies stünde in direktem Widerspruch zu der gesetzlichen Vorgabe des § 37c Abs. 1 und Abs. 2 SGB V, wonach der Intensivpflegeanspruch grundsätzlich auch an den genannten Orten besteht und berechtigten Wünschen der Betroffenen zu entsprechen ist. Eine medizinisch-pflegerische Notwendigkeit ist nicht Voraussetzung des gesetzlichen Leistungsanspruchs und könnte daher auch nicht nachträglich durch eine untergesetzliche Richtlinie eingeführt werden. Ähnliches würde für nicht näher definierte **Genehmigungsvorbehalte der Kostenträger** gelten. Denn solche im Gesetz nicht vorgesehene Genehmigungsvorbehalte suggerieren einen – tatsächlich nicht bestehenden – Ermessensspielraum der Krankenkassen bei der Leistungsgewährung. Dies wäre mit den klaren gesetzlichen Vorgaben des Leistungsanspruchs in § 37c SGB V nicht zu vereinbaren.

16. Schließlich sollten die Regelungen einer Intensivpflege-Richtlinie in Einklang mit geltenden sozialrechtlichen Prinzipien stehen. Nach dem heute geltenden Regelungskonzept der §§ 37 ff. SGB V steht allen Patientengruppen eine **vorrangige Möglichkeit zur ambulanten, häuslichen Krankenpflege** offen. Nach der insoweit relevanten Gesetzesbegründung soll diese Wahlfreiheit unter anderem die vorschnelle Einweisung in stationäre Einrichtungen vermeiden. Dies steht im Einklang mit dem **Grundsatz des Vorrangs der ambulanten Behandlung vor der stationären Pflege**.

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

Daran hat auch die Einführung des Intensivpflegeanspruchs durch das GKV-IPReG nicht grundsätzlich etwas geändert. Anderslautende Passagen wurden im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens aufgrund der erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken wieder aus dem Gesetzesentwurf gestrichen. Es bleibt also dabei, dass das geltende Regelungskonzept im Bereich des Rechts der Gesetzlichen Krankenversicherung das verfassungsrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrechts der Versicherten umsetzt, indem es den Versicherten die Möglichkeit zur Wahl einer selbstbestimmten Krankenpflege einräumt.

Der in dieser Systematik zum Ausdruck kommende **Grundsatz „ambulant vor stationär“** dient auch dem Schutz der Wahlfreiheit und der Selbstbestimmung der Versicherten und findet sich folgerichtig im gesamten Sozialrecht wieder. Eine rechtliche oder faktische Beschränkung des gesetzlich garantierten Wahlrechts der Patientinnen und Patienten hinsichtlich der Pflegeform auf der Ebene der Intensivpflege-Richtlinie wäre mit diesem Grundsatz nicht vereinbar. Mit einer solchen Beschränkung wäre nämlich ein erheblicher Rückschritt für das Selbstbestimmungsrecht verbunden, welches eigentlich durch aktuelle Gesetzgebungsverfahren, wie etwa das Bundesteilhabegesetz, gestärkt werden soll.

17. Legt man die vorgestellten verfassungsrechtlichen und sozialrechtlichen Maßstäbe an das kürzlich zirkulierte Arbeitspapier an, zeigen sich eine Reihe von Regelungen, die

diesen Maßstäben nicht entsprechen. **Das Arbeitspapier beschränkt den gesetzlichen Intensivpflegeanspruch durch eine Reihe von rechtlichen und faktischen Hürden, welche im Widerspruch zu den Vorgaben des § 37c Abs. 1 S. 8 SGB V sowie den verfassungsrechtlichen Vorgaben stehen.** So soll eine außerklinische Intensivpflege in Wohnräumen der Betroffenen oder in speziellen Einrichtungen nur dann gewährleistet werden, wenn medizinisch-pflegerische Gründe dies notwendig machen (§ 1 Abs. 3 S. 2 Arbeitspapier). Des Weiteren macht § 8 Abs. 1 Arbeitspapier den Intensivpflegeanspruch von einer nicht näher definierten „Genehmigung“ durch die Krankenkasse abhängig. Für beide Einschränkungen des Anspruchs bietet § 37c Abs. 1 S. 8 SGB V keine Grundlage, zudem widersprechen diese Einschränkung den verfassungsrechtlich fundierten Ansprüchen der Betroffenen. Ein weiterer Punkt betrifft die von § 37c Abs. 1 S. 8 SGB V geforderte getrennte Regelung des Leistungsinhaltes für Kinder und Jugendliche einerseits und Erwachsenen andererseits. Ausweislich des § 1 Abs. 2 Arbeitspapier soll es für alle Betroffenen – Kinder, Jugendliche und Erwachsene – gelten und bietet nur einen vagen Programmsatz, wonach die Rechte von Kindern und Jugendlichen „besonders zu berücksichtigen“ seien. Das genügt nicht den Vorgaben des § 37c Abs. 1 S. 8 SGB V. Schließlich ist festzuhalten, dass das Arbeitspapier die Verordnung und die Leistungserbringung von Intensivpflegeleistungen durch hohe Hürden – zum Beispiel hinsichtlich der Anforderungen an die verschreibenden Ärzte, siehe § 4 Arbeitspapier – erschwert. Sofern damit eine Inanspruchnahme durch die Betroffenen praktisch unmöglich gemacht wird, läuft die gesetzliche Regelung des § 37c Abs. 1 und Abs. 2 SGB V ins Leere, was wiederum zu einer Rechtswidrigkeit der darauf basierenden Intensivpflege-Richtlinie führen würde.

Berlin und Düsseldorf, 12. Februar 2021

Dr. Michael Ramb, LL.M.

Dr. Tristan Kalenborn

(Rechtsanwälte)
