



## Datum

14. März 2024

## Unser Zeichen

EUROPE-LEGAL-288149024/1  
174917-0002

## Rechtliche Stellungnahme<sup>1</sup>

### zur Verbindlichkeit der Begutachtungsanleitung Außerklinische Intensivpflege nach § 37c SGB V und den dort festgelegten Vorgaben zur Gutachterausswahl

#### A. FRAGESTELLUNG

Der Anspruch auf außerklinische Intensivpflege ist durch die Einführung des § 37c SGB V mit dem Gesetz zur Stärkung von intensivpflegerischer Versorgung und medizinischer Rehabilitation in der gesetzlichen Krankenversicherung (*Intensivpflege- und Rehabilitationsgesetz – GKV-IPReG*) vom 23.10.2020 umfassend neu geregelt worden. Durch § 37c SGB V soll auf die steigende Bedeutung der außerklinischen Intensivpflege reagiert werden, die besonderen Bedarfe intensivpflegebedürftiger Versicherter angemessen berücksichtigen und eine qualitätsgesicherte Versorgung nach dem aktuellen medizinischen, therapeutischen und pflegerischen Standard gewährleisten.

Um dies sicherzustellen, stellt das Gesetz hohe Anforderungen an die Verordnung von Leistungen der außerklinischen Intensivpflege: Nur besonders qualifizierte Vertragsärztinnen und Vertragsärzte dürfen Leistungen nach § 37c SGB V verordnen.<sup>2</sup> Darüber hinaus sehen § 37c Abs. 2 S. 6 SGB V, § 275 Abs. 2 Nr. 5 SGB V vor, dass die verordnete Leistung zusätzlich **durch den Medizinischen Dienst (MD) durch persönliche Untersuchung des Versicherten am Leistungsort überprüft** und von den Krankenkassen genehmigt werden muss. Zweck dieser Kontrolle ist erneut die Sicherstellung der erforderlichen medizinischen und pflegerischen Versorgung.<sup>3</sup> Näheres wird hierzu in der vom MD Bund, als Dachverband der MD in den Ländern, erlassenen **Begutachtungsanleitung Außerklinische Intensivpflege nach § 37c SGB V (BGA AKI)** geregelt, die am 15.09.2023 vom Bundesministerium für Gesundheit genehmigt wurde.

Nachfolgend nehmen wir zur Verbindlichkeit der BGA AKI sowie zu den Anforderungen an die begutachtenden Personen des Medizinischen Dienstes rechtlich Stellung.

Die Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB) hat ihren Sitz in Frankfurt am Main und ist im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main unter der Registernummer PR 2677 eingetragen. Weitere regulatorische Informationen finden Sie unter [www.freshfields.com/support/legal-notice](http://www.freshfields.com/support/legal-notice).

Eine Liste aller Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB stellen wir auf Nachfrage gern zur Verfügung. Die Bezeichnung „Partner“ umfasst sowohl Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB als auch Consultants und Mitarbeiter der Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB, die keine Gesellschafter sind, aber aufgrund vergleichbarer Position und Qualifikation ebenfalls als „Partner“ bezeichnet werden.

## **B. VERBINDLICHKEIT DER BEGUTACHTUNGSANLEITUNG AUßERKLINISCHE INTENSIVPFLEGE NACH § 37C SGB V (BGA AKI)**

§ 37c SGB V selbst enthält nur wenige konkrete Anforderungen an die Begutachtung der Intensivpflegepatienten durch den MD. Neben dem allgemeinen Erfordernis der persönlichen Begutachtung am Leistungsort wird dort nur geregelt, dass die Feststellung jährlich zu überprüfen ist.<sup>4</sup> Allerdings sieht das Gesetz vor, dass der MD Bund das Begutachtungsverfahren zur Sicherstellung einer einheitlichen und qualitätsgesicherten Begutachtung durch untergesetzliche Normen näher konkretisieren kann (§ 283 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB V). Von dieser Möglichkeit hat der MD Bund durch Erlass der BGA AKI Gebrauch gemacht.

Die BGA AKI ist **keine rechtlich unverbindliche Empfehlung**, sondern eine im gesamten Bundesgebiet **rechtlich verbindliche Vorgabe für die Begutachtung von außerklinischen Intensivpflegepatienten durch den MD**.

Dies ergibt sich bereits aus dem gesetzlichen Wortlaut des § 283 Abs. 2 S. 5 SGB V. Die Vorschrift ordnet an, dass Richtlinien des MD Bund als untergesetzliche Regelwerke der Selbstverwaltung rechtsverbindlich sind.<sup>5</sup> Im Gesetz heißt es hierzu klar und eindeutig:

*„Die Richtlinien sind für die Medizinischen Dienste **verbindlich** und bedürfen der Genehmigung des Bundesministeriums für Gesundheit.“*

Die BKA AKI wurde am 15.09.2023 vom Bundesministerium für Gesundheit genehmigt. Die durch sie vorgegebenen Regeln sind infolge dieser klaren gesetzlichen Anordnung rechtlich verbindlich vom MD einzuhalten.<sup>6</sup> Gemäß § 210 Abs. 2 SGB V müssen die Satzungen der Landesverbände der Krankenkassen die Richtlinien für die Landesverbände und ihre Mitgliedschaften ebenfalls für verbindlich erklären, sodass die BKA AKI auch ihnen gegenüber rechtlich verbindlich ist.

Der bereits aus dem Wortlaut klar ersichtliche gesetzgeberische Wille die Richtlinien rechtlich verbindlich auszugestalten, wird auch von der amtlichen **Gesetzesbegründung** eindeutig bestätigt. Dort heißt es:

*„Das vorliegende Gesetz zielt (...) insbesondere auf die Stärkung der Medizinischen Dienste, die Gewährleistung ihrer Unabhängigkeit, die Vorgabe **bundesweit einheitlicher und verbindlicher Regelungen bei ihrer Aufgabenwahrnehmung** (...).“<sup>7</sup>*

Es ist vor diesem Hintergrund daher völlig konsequent und richtig, dass der MD Bund in dem von ihm herausgegebenen Dokument „Fragen und Antworten zur außerklinischen Intensivpflege“ selbst feststellt:

*„Der Medizinische Dienst Bund hat eine Begutachtungsanleitung zur außerklinischen Intensivpflege (BGA AKI) erlassen. **Diese ist für alle Medizinischen Dienste verbindlich.**“<sup>8</sup>*

**Damit ist festzuhalten:** Die BGA AKI ist keine rechtlich unverbindliche Empfehlung, sondern eine im gesamten Bundesgebiet rechtlich verbindliche Vorgabe für die Begutachtung von außerklinischen Intensivpflegepatienten. Dies bedeutet, dass der MD bei der Begutachtung von Patienten die BGA AKI in jedem Fall zwingend und rechtlich verbindlich anwenden muss.

### C. ANFORDERUNGEN AN GUTACHTERINNEN UND GUTACHTER GEM. KAPITEL 7 BEGUTACHTUNGSANLEITUNG ZUR AUßERKLINISCHEN INTENSIVPFLEGE NACH § 37C SGB V (BGA AKI)

In Kapitel 7 der BGA AKI ist geregelt, dass die sozialmedizinische Beurteilung, einschließlich der Prüfung des für Leistungen nach § 37c SGB V erforderlichen besonders hohen Bedarfs an medizinischer Behandlungspflege, durch **eine ärztliche Gutachterin oder einen ärztlichen Gutachter** zu erfolgen hat.<sup>9</sup>

Für beatmete oder trachealkanülierte Versicherte werden erhöhte Anforderungen festgelegt. So schreibt die BGA AKI vor, dass **Fachärztinnen und Fachärzte eingesetzt werden sollten**, die über Kompetenzen im Umgang mit diesen Versicherten und über sozialmedizinische Expertise verfügen. Dies umfasst die in der Regelung aufgezählten Facharztgruppen (u.a. Fachärztinnen und Fachärzte für Innere Medizin und Pneumologie) sowie Fachärztinnen und Fachärzte, welche die Zusatzbezeichnung Intensivmedizin führen oder anderweitig Kompetenzen im Umgang mit beatmeten oder trachealkanülierten Versicherten vorweisen können. All diese Gruppen eint letztlich eine **besondere Expertise** im Umgang mit beatmeten und trachealkanülierten Versicherten.

Die BGA AKI formuliert, dass Fachärztinnen und Fachärzte eingesetzt werden „*sollten*“. Das bedeutet rechtlich, dass **entsprechend qualifizierte Fachärztinnen und Fachärzte im Grundsatz und in aller Regel eingesetzt werden müssen**. Eine **Ausnahme** von diesem allgemeinen Grundsatz ist **nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig**.<sup>10</sup>

Dies folgt bereits aus den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Verwaltungs- und Sozialrechts. Nach allgemeinem Verständnis folgt dort aus einer „Soll-Formulierung“, dass beim Vorliegen der festgelegten Voraussetzungen üblicherweise ein bestimmtes Handeln zu erfolgen hat.<sup>11</sup> Anders formuliert gibt die Regelung damit einen **Regelfall** vor, an den die entscheidende Stelle grundsätzlich gebunden ist. Das heißt: **Normalerweise bedeutet ein „Soll“ ein „Muss“**.<sup>12</sup> Allein in **atypischen Fällen** darf abgewichen werden.<sup>13</sup> Hierfür müssen Umstände vorliegen, welche die üblicherweise zu treffende Entscheidung unangemessen erscheinen lassen.<sup>14</sup> Wann solche Sonderfälle vorliegen, ist insbesondere anhand des Regelungszwecks zu bestimmen.<sup>15</sup> So werden atypische Fälle vor allem dann angenommen, wenn die Voraussetzungen einer Regelung erfüllt sind, aber die typische Folge dem **Zweck der Regelung** nicht gerecht wird.<sup>16</sup>

Konkret ist daher zu fragen, welchem Zweck die erhöhten Anforderungen an die begutachtende Person bei beatmeten oder trachealkanülierten Versicherten dienen. Die Begutachtung soll die angemessene, qualitativ hochwertige Versorgung mit außerklinischen

Intensivpflegeleistungen absichern.<sup>17</sup> Wie fordernd diese Bewertung regelmäßig ist, bringt die BGA AKI klar zum Ausdruck. Dort heißt es:

*„Bei der Beurteilung der außerklinischen Intensivpflege nach § 37c SGB V handelt es sich um eine **komplexe sozialmedizinische Begutachtung**, die grundsätzlich durch besonders qualifizierte und erfahrene ärztliche Gutachterinnen und Gutachter zu erfolgen hat.“<sup>18</sup>*

Bei beatmeten und trachealkanülierten Patienten ist diese Aufgabe besonders anspruchsvoll. Dies folgt u.a. daraus, dass die Behandlungsziele umfassender sind. Angestrebt wird hier neben der Sicherstellung der Vitalfunktionen, der Vermeidung von Komplikationen und der Verbesserung von Funktionsbeeinträchtigungen auch die optimale und individuelle Hinführung zur Dekanülierung, zur Entwöhnung der invasiven Beatmung oder zur Umstellung auf eine nicht-invasive Beatmung.<sup>19</sup>

Insbesondere in Anbetracht des Umstandes, dass die begutachtende Person die Verordnung durch einen **besonders qualifizierten Facharzt bzw. eine besonders qualifizierte Fachärztin**<sup>20</sup> **überprüfen** soll, ist es nur folgerichtig, dass vergleichbare Anforderungen an die eigene Expertise gestellt werden. Denn nur bei einer Überprüfung durch einen Gutachter bzw. eine Gutachterin mit ähnlicher Fachkunde wird gewährleistet, dass tatsächlich die angestrebte Kontrolle auf „Augenhöhe“ erfolgt und damit der Zweck des § 37c Abs. 2 S. 6 SGB V erreicht wird.<sup>21</sup>

**Damit ist festzuhalten:** Der MD hat für die Begutachtung nach § 37c Abs. 2 S. 6 SGB V regelmäßig eine Fachärztin oder einen Facharzt auszuwählen, die bzw. der die in Kapitel 7 BGA AKI aufgelisteten Kompetenzen besitzt. Die Formulierung „sollte“ verleiht den Anforderungen keinen empfehlenden Charakter, sondern eröffnet allenfalls im Einzelfall für atypische Fälle eine Abweichungsmöglichkeit. Mit Blick auf den Regelungszweck, der Absicherung der angemessenen, qualitativ hochwertigen Versorgung durch effektive Kontrolle, sind Abweichungen lediglich bei anderweitiger Sicherstellung der gleichen Begutachtungsqualität denkbar. Liegt ein Ausnahmefall nicht vor, sind die Vorgaben an die Qualifikation des Gutachters oder der Gutachterin hingegen zwingend.

\*\*\*

---

<sup>1</sup> Die rechtliche Stellungnahme wurde im Auftrag der Deutschen Fachpflege Holding GmbH erstellt.

<sup>2</sup> Genaueres wird durch die Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von außerklinischer Intensivpflege ([AKI-RL](#)) geregelt.

<sup>3</sup> Gesetzesentwurf zum Gesetz zur Stärkung von Intensivpflegerischer Versorgung und medizinischer Rehabilitation in der gesetzlichen Krankenversicherung, BT-Drucks. 19/19368, S. 28.

<sup>4</sup> § 37c Abs. 2 S. 6, 7 SGB V.

<sup>5</sup> Dies betont auch SG München, Urt. v. 2.5.2023 – S 7 KR 1032/22, Rn. 66.

<sup>6</sup> *Opolony* in: Kasseler Kommentar, § 283 SGB V, Rn. 11; *Heberlein* in: BeckOK Sozialrecht, § 283 SGB V, Rn. 9; *Seifert* in: Becker/Kingreen, § 283 SGB V, Rn. 7; *Knittel* in: Krauskopf, § 283 SGB V, Rn. 7; *Nebendahl* in: Spickhoff Medizinrecht, § 283 SGB V, Rn. 11.

<sup>7</sup> Gesetzesentwurf zum Gesetz für bessere und unabhängige Prüfungen (MDK-Reformgesetz), BR-Drucks. 359/19, S. 40.

<sup>8</sup> MD Bund, Fragen und Antworten zur außerklinischen Intensivpflege ([FAQ](#)).

<sup>9</sup> MD Bund, Begutachtungsanleitung Außerklinische Intensivpflege ([BG AKI](#)), S. 59f.

- 
- <sup>10</sup> BVerwG, BeckRS 2010, 45510, Rn. 2; BSG, BeckRS 2010, 69711, Rn. 34.
- <sup>11</sup> BVerwG, BeckRS 1992, 30440196; VGH München, NJW 2017, 344, 345; *Geis* in: Schoch/Schneider, § 40 VwVfG, Rn. 26; *Ziekow* in: Ziekow, § 40 VwVfG, Rn. 23; *Riese* in: Schoch/Schneider, § 114 VwGO, Rn. 24.
- <sup>12</sup> BVerwG, BeckRS 1992, 30440196; BVerwG, BeckRS 1978, 106345; *Riese* in: Schoch/Schneider, § 114 VwGO, Rn. 25.
- <sup>13</sup> BVerwG, NJW 1984, 70, 71; BVerwG, NVwZ 1990, 963, 966; *Ziekow* in: Ziekow, § 40 VwVfG, Rn. 23; *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 40 VwVfG, Rn. 26.
- <sup>14</sup> BVerwG, NVwZ 2004, 487, 488; BVerwG, NJW 1987, 2174, 2178.
- <sup>15</sup> BVerwG, NVwZ 2016, 616, 618.
- <sup>16</sup> *Geis* in: Schoch/Schneider, § 40 VwVfG, Rn. 26; *Aschke* in: BeckOK, § 40 VwVfG, Rn. 39; *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 40 VwVfG, Rn. 27.
- <sup>17</sup> MD Bund, Begutachtungsanleitung Außerklinische Intensivpflege ([BG AKI](#)), S. 10.
- <sup>18</sup> MD Bund, Begutachtungsanleitung Außerklinische Intensivpflege ([BG AKI](#)), S. 50.
- <sup>19</sup> MD Bund, Begutachtungsanleitung Außerklinische Intensivpflege ([BG AKI](#)), S. 18.
- <sup>20</sup> Vgl. Gemeinsamer Bundesausschuss, Richtlinie über die Verordnung von außerklinischer Intensivpflege ([AKI-RL](#)), § 9.
- <sup>21</sup> Ebenso: *Knispel* in: BeckOK Sozialrecht, § 37c SGBV, Rn. 48.