

Welche rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen bestehen in Bezug auf interdisziplinäre Kooperation und Aufgabenverschiebung unter den Gesundheitsberufen?

erstellt im Auftrag der

Robert Bosch **Stiftung**

Universitätsprofessor Dr. iur. Gerhard Igl
Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Kiel, April 2010

Inhaltsverzeichnis

1	EINFÜHRUNG	1
2	ÜBERBLICK ÜBER DAS SYSTEM DES GESUNDHEITSRECHTS	3
3	GESUNDHEITSFACHBERUFE IM SYSTEM DES RECHTS DER BERUFE	7
3.1	ZUR TERMINOLOGIE DER BERUFE IM GESUNDHEITSWESEN	7
3.2	GESUNDHEITSFACHBERUFE UND BERUFSFREIHEIT	10
3.3	STRUKTURMERKMALE DES RECHTS DER GESUNDHEITSFACHBERUFE	12
3.4	INTERVENTIONSBEREICHE UND INTERVENTIONSARTEN DER GESUNDHEITSFACHBERUFE	18
4	INTERDISZIPLINÄRE KOOPERATION UND AUFGABENVERSCHIEBUNG UNTER DEN GESUNDHEITSFACHBERUFEN	24
4.1	FORMEN DER KOOPERATION UND AUFGABENVERSCHIEBUNG	24
4.2	EINSCHLÄGIGE RECHTSGEBIETE	26
4.3	RECHTSFRAGEN	26
4.4	AUSÜBUNG VON BESTIMMTEN HEILKUNDLICHEN TÄTIGKEITEN DURCH ANGEHÖRIGE BESTIMMTER GESUNDHEITSFACHBERUFE	28
4.5	BEISPIELE FÜR DIE KOOPERATION VON GESUNDHEITSFACHBERUFEN	34
5	RECHTLICHE MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN EINER INTERDISZIPLINÄREN KOOPERATION UND AUFGABENVERSCHIEBUNG UNTER DEN GESUNDHEITSFACHBERUFEN (DE LEGE LATA)	44
5.1	VORBEMERKUNG	44
5.2	IM DIREKTEN BERUFSRECHT	44
5.3	IM INDIREKTEN BERUFSRECHT	51
5.4	ARZTVORBEHALT IM DIREKTEN UND INDIREKTEN BERUFSRECHT	55
6	MÖGLICHKEITEN EINES HEILBERUFEGESETZES IN HINBLICK AUF DIE KOOPERATION DER GESUNDHEITSFACHBERUFE (DE LEGE FERENDA)	57
6.1	FEHLEN EINES ALLGEMEINEN HEILBERUFEGESETZES	57
6.2	GESUNDHEITSFACHBERUFE - HEILBERUFE	57
6.3	REGELUNGSDEFIZITE UND REGULUNGSMÖGLICHKEITEN	58
6.4	WIRKUNGEN EINES ALLGEMEINEN HEILBERUFEGESETZES IN HINBLICK AUF DIE KOOPERATION DER GESUNDHEITSFACHBERUFE	60
7	SCHLUSSFOLGERUNGEN UND ERGEBNISSE	61
7.1	VERFASSUNGSRECHTLICHE ANFORDERUNGEN	61
7.2	ANFORDERUNGEN AN DAS DIREKTE BERUFSRECHT	61
7.3	ANFORDERUNGEN AN DAS INDIREKTE BERUFSRECHT	62
8	LITERATURVERZEICHNIS	64

Inhaltsverzeichnis

1	EINFÜHRUNG	1
2	ÜBERBLICK ÜBER DAS SYSTEM DES GESUNDHEITSRECHTS.....	3
3	GESUNDHEITSFACHBERUFE IM SYSTEM DES RECHTS DER BERUFE	7
3.1	ZUR TERMINOLOGIE DER BERUFE IM GESUNDHEITSWESEN	7
3.2	GESUNDHEITSFACHBERUFE UND BERUFSFREIHEIT	10
3.3	STRUKTURMERKMALE DES RECHTS DER GESUNDHEITSFACHBERUFE	12
3.3.1	<i>Direktes und indirektes Berufsrecht.....</i>	12
3.3.2	<i>Zum Verhältnis von direktem zu indirektem Berufsrecht auf dem Gebiet der Gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V).....</i>	13
3.3.3	<i>Strukturierung des direkten Berufsrechts</i>	14
3.3.4	<i>Strukturierung des indirekten Berufsrechts</i>	16
3.4	INTERVENTIONSBEREICHE UND INTERVENTIONSARTEN DER GESUNDHEITSFACHBERUFE	18
3.4.1	<i>Interventionsbereiche</i>	18
3.4.1.1	Gesundheitsförderung - Prävention.....	18
3.4.1.2	Kuration	19
3.4.1.3	Langzeitpflege	19
3.4.1.4	Rehabilitation.....	20
3.4.1.5	Palliation	20
3.4.1.6	Öffentlicher Gesundheitsschutz.....	20
3.4.2	<i>Interventionsarten – Interventionsmethoden – Interventionsformen</i>	20
3.4.3	<i>Diskrepanz zwischen rechtlichen Anforderungen und faktischen Interventionsituationen..</i>	22
4	INTERDISZIPLINÄRE KOOPERATION UND AUFGABENVERSCHIEBUNG UNTER DEN GESUNDHEITSFACHBERUFEN	24
4.1	FORMEN DER KOOPERATION UND AUFGABENVERSCHIEBUNG.....	24
4.1.1	<i>Grundmuster.....</i>	24
4.1.2	<i>Horizontale und vertikale Arbeitsteilung</i>	24
4.1.3	<i>Delegation, Substitution und Allokation</i>	25
4.2	EINSCHLÄGIGE RECHTSGEBIETE	26
4.3	RECHTSFRAGEN.....	26
4.4	AUSÜBUNG VON BESTIMMTEN HEILKUNDLICHEN TÄTIGKEITEN DURCH ANGEHÖRIGE BESTIMMTER GESUNDHEITSFACHBERUFE	28
4.4.1	<i>Vorbehaltene Tätigkeiten</i>	28
4.4.1.1	Begriffsinhalt.....	28
4.4.1.2	Arten vorbehaltener Tätigkeiten.....	28
4.4.1.3	Berufliche Qualifikationen, Tätigkeitsgebiete und vorbehaltene Tätigkeiten.....	30
4.4.2	<i>Modellvorhaben (§ 63 SGB V)</i>	32
4.4.2.1	Struktur der Regelung	33
4.4.2.2	Veränderung von Aufgabenverteilungen.....	34
4.4.2.3	Beispiel für die rechtlichen Anforderungen an veränderte Aufgabenverteilungen bei den Gesundheitsfachberufen.....	34
4.5	BEISPIELE FÜR DIE KOOPERATION VON GESUNDHEITSFACHBERUFEN	34

4.5.1	<i>Der Heimarzt in stationären Pflegeeinrichtungen als Beispiel der Notwendigkeit der Kooperation und Kooperation zwischen Gesundheitsfachberufen</i>	34
4.5.1.1	Vorbemerkung	34
4.5.1.2	Problemstellung	35
4.5.1.3	Rechtliche Situation vor der Rechtsänderung durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz	35
4.5.1.4	Rechtliche Situation nach der Rechtsänderung durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz.....	37
4.5.2	<i>Kooperation mit anderen Gesundheitsfachberufen – Wahrnehmung von Poolkompetenzen</i> 38	
4.5.2.1	Das Modell der Poolkompetenzen	38
4.5.2.2	Rechtsfragen	39
4.5.2.3	Anforderung an eine öffentlich-rechtliche Strukturierung des Poolkompetenz-Ansatzes.....	40
4.5.2.3.1	Forderungen im Gutachten des Sachverständigenrates von 2007	40
4.5.2.3.2	Öffentlich-rechtliche Umsetzung	41
4.5.2.4	Haftungsrechtliche Klarstellungen	42
4.5.2.5	Fazit: Bedarf an rechtliche Strukturierung von Poolkompetenzen	43
5	RECHTLICHE MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN EINER INTERDISZIPLINÄREN KOOPERATION UND AUFGABENVERSCHIEBUNG UNTER DEN GESUNDHEITSFACHBERUFEN (DE LEGE LATA).....	44
5.1	VORBEMERKUNG	44
5.2	IM DIREKTEN BERUFSRECHT	44
5.2.1	<i>Eröffnung der Berufsausübung und Berufsbezeichnungsschutz</i>	44
5.2.1.1	Ärzte.....	44
5.2.1.2	Pflegeberufe.....	45
5.2.2	<i>Vergleichende Zusammenfassung</i>	46
5.2.3	<i>Erlaubnispflichtigkeit der heilkundlichen Tätigkeit</i>	47
5.2.3.1	Ärzte.....	47
5.2.3.2	Pflegeberufe.....	48
5.2.3.2.1	Krankenpflege als Ausübung der Heilkunde	48
5.2.3.2.2	Altenpflege als Ausübung der Heilkunde	48
5.2.3.2.3	Modellvorhaben: Weitere Tätigkeiten auf dem Gebiet der Heilkunde	49
5.2.4	<i>Vergleichende Zusammenfassung</i>	49
5.2.5	<i>Einräumung besonderer vorbehaltenen Tätigkeiten</i>	49
5.2.6	<i>Auswirkungen der Begrenzungen von Tätigkeiten auf Kooperation und Aufgabenverschiebung</i>	50
5.3	IM INDIREKTEN BERUFSRECHT	51
5.3.1	<i>Ziviles Haftungsrecht</i>	52
5.3.2	<i>Strafrecht</i>	53
5.3.3	<i>Recht der Sozialleistungserbringung</i>	53
5.3.3.1	Ärzte (SGB V).....	53
5.3.3.2	Pflegeberufe (SGB V und SGB XI)	55
5.3.3.3	Vergleichende Zusammenfassung	55
5.4	ARZTVORBEHALT IM DIREKTEN UND INDIREKTEN BERUFSRECHT	55
6	MÖGLICHKEITEN EINES HEILBERUFEGESETZES IN HINBLICK AUF DIE KOOPERATION DER GESUNDHEITSFACHBERUFE (DE LEGE FERENDA)	57
6.1	FEHLEN EINES ALLGEMEINEN HEILBERUFEGESETZES.....	57
6.2	GESUNDHEITSFACHBERUFE - HEILBERUFE	57
6.3	REGELUNGSDEFIZITE UND REGULUNGSMÖGLICHKEITEN	58
6.3.1	<i>Gesetzgebungszuständigkeiten</i>	58
6.3.2	<i>Regelungsdefizite</i>	58
6.3.3	<i>Regelungsmöglichkeiten</i>	59

6.3.3.1	Aufbau eines Allgemeinen Heilberufsgesetzes	59
6.3.3.2	Begriff der Heilkunde	59
6.3.3.3	Begriff der Heilberufe.....	59
6.3.3.4	Definition der Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche der verschiedenen Heilberufe.....	59
6.3.3.5	Einweisungsvorschriften	60
6.4	WIRKUNGEN EINES ALLGEMEINEN HEILBERUFEGESETZES IN HINBLICK AUF DIE KOOPERATION DER GESUNDHEITSFACHBERUFE	60
7	SCHLUSSFOLGERUNGEN UND ERGEBNISSE	61
7.1	VERFASSUNGSRECHTLICHE ANFORDERUNGEN	61
7.2	ANFORDERUNGEN AN DAS DIREKTE BERUFSRECHT	61
7.3	ANFORDERUNGEN AN DAS INDIREKTE BERUFSRECHT.....	62
7.3.1	<i>Sozialleistungserbringungsrecht</i>	62
7.3.2	<i>Ziviles Haftungsrecht</i>	63
8	LITERATURVERZEICHNIS.....	64

1 Einführung

Die Kooperation der Gesundheitsfachberufe ist in der Praxis der gesundheitlichen Versorgung tagtäglich geübte Realität und Selbstverständlichkeit. Anders als bei der Kooperation auf anderen Gebieten muss diese Kooperation zum Teil sehr strikten rechtlichen Regeln folgen, da die Gesundheitsfachberufe mit dem höchst schutzwürdigen Gut der die Gesundheit und des Lebens von Patientinnen und Patienten, allgemein: den Nutzerinnen und Nutzern von Gesundheitsleistungen, zu tun haben.

Rechtliche Kooperationsregeln beziehen sich auf die Tätigkeit der Gesundheitsfachberufe. Bevor aber nach Kooperationsregeln und ihrer Gestaltung gefragt wird, müssen die Regeln für die jeweilige Tätigkeit der Angehörigen der verschiedenen Gesundheitsfachberufe feststehen. Solche rechtlichen Regeln über die Tätigkeit der Gesundheitsfachberufe existieren aber nicht in gleicher Weise und gleicher Dichte für alle Gesundheitsfachberufe. Zum Teil existieren überhaupt keine Vorschriften über die Tätigkeiten der Gesundheitsfachberufe, zum Teil sind sie nur für einige Bereiche vorhanden, zum Teil sind sie auch wenig präzise gefasst. Auf der anderen Seite hat das zivile Haftungsrecht, geprägt und ausdifferenziert durch die Rechtsprechung, einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf das Handeln der Gesundheitsfachberufe und auch auf ihr kooperatives Handeln.

Der Boden für eine Bestimmung der rechtlichen Fragen der Kooperation der Gesundheitsfachberufe ist somit eher unsicher. Das ist die erste Schwierigkeit. Die zweite Schwierigkeit besteht in Folgendem:

Das Recht der Gesundheitsfachberufe ist ein Gebiet für Spezialisten. Das Rechtsgebiet wird vonseiten der Rechtswissenschaft nur in Teilaspekten, so vor allem bei den haftungsrechtlichen Fragen, aufgearbeitet. Eine Gesamtschau der rechtlichen Fragen und Probleme fehlt. Bisher ist das Gesundheitsrecht und damit das Recht der Gesundheitsfachberufe rechtlich noch nicht systematisch geordnet worden. Das erschwert den Zugang zum Verständnis des Gesundheitsrechts und des Rechts der Gesundheitsfachberufe.

Die gutachterlich zu erörternden Rechtsfragen der Kooperation der Gesundheitsfachberufe und einer möglichen Aufgabenverschiebung innerhalb dieser Berufe sind in einem ersten Schritt systematisch in das Gesundheitsrecht (Abschnitt 2) und im Recht der Gesundheitsberufe (Abschnitt 3) einzuordnen. Vor diesem Hintergrund sollen dann

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

die Rechtsfragen einer interdisziplinären Kooperation der Gesundheitsfachberufe behandelt werden (Abschnitte 4 und 5). De lege ferenda wird die Frage erörtert, ob und wie ein Allgemeines Heilberufegesetz einen Beitrag zur Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen leisten könnte (Abschnitt 6).

2 Überblick über das System des Gesundheitsrechts

Das Gesundheitsrecht hat keine lange Rechtstradition. Gesundheitsrecht befasst sich mit der Gesundheit des Menschen, genauer: der Versorgung des Menschen mit Gütern, die seiner Gesundheit behilflich sind. Die Gesundheit des Menschen ist in vielen Betrachtungsweisen, auch aus verfassungsrechtlicher Sicht, eines der höchsten persönlichen Güter.

Gesundheitsrecht ist sehr viel mehr als Medizinrecht, und noch sehr viel mehr als Arztrecht. Der Bezug eines Rechtsgebiets nur auf eine Wissenschaftsdisziplin oder gar nur auf einen Berufsstand schränkt die Blickweise auf den Gegenstand, nämlich die Gesundheit, zu sehr ein.

Damit ist der Ansatz für eine Festlegung über den Gegenstand oder die Gegenstände des Gesundheitsrechts die Gesundheit. Die Gesundheit ist der definitorische Bezugspunkt dieses Rechtsgebietes.

Zum Verständnis der nachstehenden Übersicht ist darauf hinzuweisen, dass die dort aufgeführten Interventionsbereiche nicht isoliert nebeneinander stehen, sondern miteinander verbunden sein können. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Pflege, der nicht nur im Zusammenhang der Kuration und der Rehabilitation, sondern auch der Palliation stehen kann. Die folgende Übersicht zeigt die Bereiche der Gesundheitsversorgung:

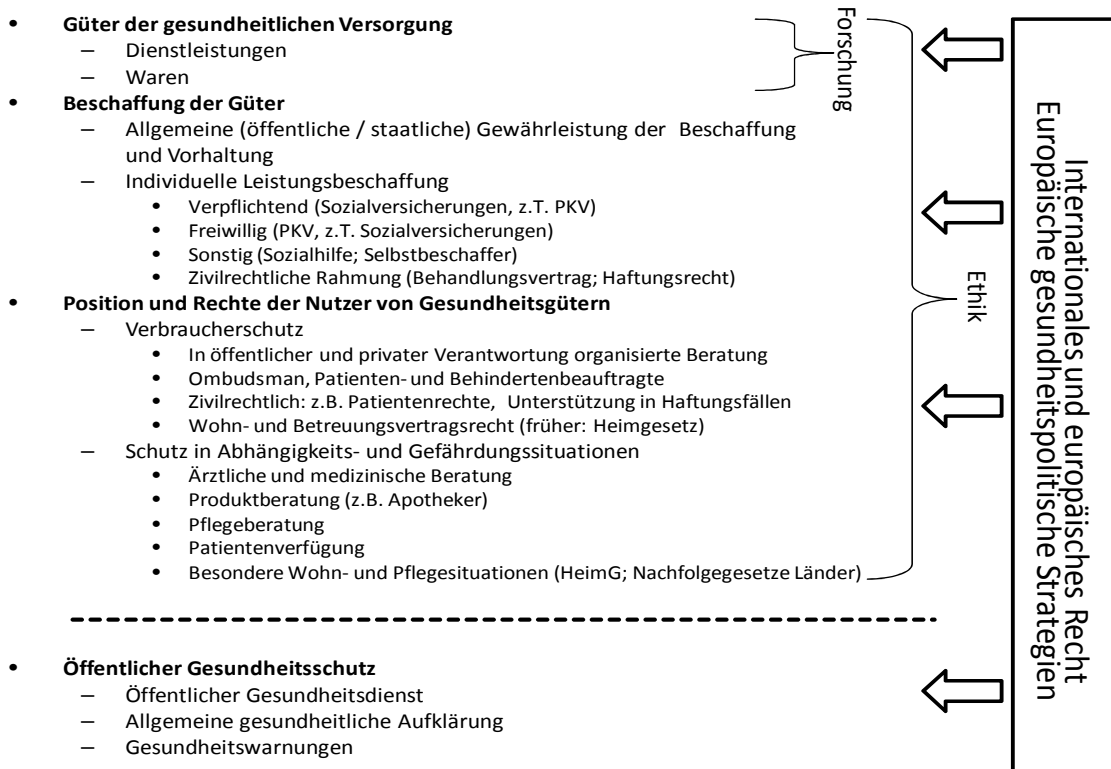
Bereiche der Gesundheitsversorgung



Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Bisher wurde in der Rechtswissenschaft das Gesundheitsrecht vor allem als Recht der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung verstanden. Dies bildet sich in der folgenden Skizze ab, die an dem ökonomischen Vorgang einer Güterbeschaffung ansetzt und die die an dieser Güterbeschaffung beteiligten öffentlichen und privaten Akteure samt der dazu gehörigen rechtlichen Ordnung in den Blick nimmt:

Überblick über die systematische Ordnung des Rechts der Gesundheitsversorgung



Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Die Gesundheitsberufe spielen dabei eine Rolle als Dienstleister im Gesundheitswesen:

Einzelbereiche des Rechts der Gesundheitsversorgung: Güter der Gesundheitsversorgung

Dienstleistungen

- Personen in professioneller Funktion
 - Heilberufe
 - Ärzte
 - Pflegeberufe
 - Apotheker (beratende Funktion)
 - Sonstige Gesundheitsfachberufe
- Personen im bürgerschaftlichen Engagement
 - Selbsthilfegruppen
 - Freiwillige
- Institutionen
 - Krankenhaus
 - Rehabilitationseinrichtungen
 - Pflegeeinrichtungen
 - Hospize
 - Apotheken (Funktion als Verkaufsstellen)
- Besondere Settings
 - Arbeit/Betrieb
 - Schule

Waren

- Pharmazeutische Produkte
- Medizinprodukte
- Hilfsmittel

3 Gesundheitsfachberufe im System des Rechts der Berufe

3.1 Zur Terminologie der Berufe im Gesundheitswesen

Für die Herstellung einer Terminologie der Berufe im Gesundheitswesen und für ihre begriffliche Ordnung liefern das Gesundheitsrecht und andere darauf bezogene Gesetze und Vorschriften nur wenige Anhaltspunkte. Zur terminologischen und begrifflichen Ordnung soll als Bezugspunkt das gesamte Gesundheitswesen genommen werden.

In der Gesundheitsberichterstattung des Bundes¹ wird in der Einteilung der Gesundheitsberufe eine andere als die nachfolgende Zuordnung vorgenommen. Die Einteilung der Gesundheitsberichterstattung folgt nicht immer den rechtlich einschlägigen Kriterien. So wird z. B. der Beruf des Altenpflegers/der Altenpflegerin als sozialer Beruf im Gesundheitswesen gekennzeichnet. Es handelt sich jedoch um einen nicht-ärztlichen Heilberuf.²

Eine Unterscheidung der Gesundheitsfachberufe nach anderen den Kriterien, etwa des Vorliegens eines Berufsbezeichnungsschutzes³ oder eines Tätigkeitsschutzes (im Sinne vorbehaltener Tätigkeiten), wird nicht vorgenommen. Die Art der Tätigkeit im Sinne von eigenverantwortlich / unter Aufsicht oder selbstständig / mitwirkend wird – etwas vergrößernd – dann als Unterscheidungskriterium herangezogen, wenn ein Teil der Gesundheitsfachberufe in Heil- und Heilhilfsberufe untergliedert wird.⁴

Das Bundesverwaltungsgericht unterscheidet anlässlich seiner Urteile zur Heilpraktikererlaubnis zwischen „Heilberufen, die eigenverantwortlich körperliche oder seelische Leiden behandeln dürfen (Arzt, Zahnarzt, Psychotherapeut, Heilpraktiker) und

¹ www.gbe-bund.de. Die Berufsklassifikation der Gesundheitsberichterstattung bzw. des Statistischen Bundesamtes basiert auf einer Gliederungsstruktur aus dem Jahr 1992, die inzwischen als veraltet angesehen wird. Eine derzeitig stattfindende Überarbeitung der Klassifizierung soll eindeutigere Zuordnungen schaffen.

² Böhm, Karin; Afentakis, Anja, Juni 2009.

³ Auf die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung wird jedoch in § 124 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB V (Zulassung zur Heilmittelerbringung) abgestellt.

⁴ So in der Rechtsprechung etwa BFH, Urt. vom 29.01.1998, Az.: V R 3/96, RdNr. 14, zitiert nach juris.de, oder BVerwG, Urt. vom 25. Juni 1970, Az.: I C 53.66 (BVerwGE 35, 308).

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

den Heilhilfsberufen oder Gesundheitsfachberufen, die zur Krankenbehandlung grundsätzlich nur aufgrund ärztlicher Verordnung befugt sind.“⁵

Im Folgenden wird eine Einteilung vorgeschlagen, wonach unter dem Oberbegriff Gesundheitsberufe zunächst die Gesundheitsfachberufe mit staatlich geregelter Ausbildung und Gesundheitsberufe ohne staatlich geregelte Ausbildung sowie Berufe mit und ohne staatliche Ausbildung unterschieden werden, deren Betätigungsfeld sich auch, aber nicht zentral auf die gesundheitliche Versorgung bezieht. Bei den Gesundheitsfachberufen mit staatlich geregelter Ausbildung wird zwischen ärztlichen und nichtärztlichen Heilberufen und technischen und nichttechnischen Gesundheitsfachberufen unterschieden.

⁵ Zuletzt BVerwG, Urt. vom 26. August 2009, Az.: 3 C 19/08, zit. nach juris.de, RdNr. 12. Offensichtlich verwechselt das BVerwG hier die Begriffe Verordnung und Anordnung. Die Anordnung ist in §§ 15 Abs. 1 Satz 2, 28 Abs. 1 Satz 2 SGB V geregelt. Sie betrifft das Verhältnis des Arztes zu einer anderen Person, die eine Hilfeleistung ausführt, und die er zu verantworten hat. Mit dem Begriff der Verordnung sind Leistungen im Rahmen der Krankenbehandlung gemeint, auf die der Versicherte gegenüber seiner Krankenkasse nur dann Anspruch hat, wenn eine ärztliche Verordnung vorliegt, so etwa bei der Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln (§ 27 Abs. 1 Nr. 3 SGB V).

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Die nachfolgende Übersicht ist nicht vollständig. Es werden nur einige Gesundheitsfachberufe beispielhaft aufgenommen:

Gesundheitsberufe					
Gesundheitsfachberufe mit staatlich geregelter Ausbildung				Berufe mit oder ohne staatlich geregelter Ausbildung mit einzelnen Tätigkeitsbereichen auf gesundheitlichem Feld	Andere Gesundheitsberufe ohne staatlich geregelte Ausbildung
Heilberufe		Andere als Heilberufe			
ärztlich	Nicht-ärztlich	technisch	nichttechnisch		
Arzt, Zahnarzt	Psychologische Psychotherapeuten Apotheker (bera- tend)		Apotheker (als Betriebsleiter)	Ernährungswissen- schaftler; Oecotrophologen	
	„pharmazeutisches Personal“	„pharmazeutisches Personal“	„pharmazeutisches Personal“		
	Heilpraktiker	Gesundheitsingenieure			
	Pflegeberufe: Krankenpflege Altenpflege Hebammen	Gesundheitshandwerker			
	MTA	PTA			
	Diätassistenten				
	Orthoptisten				
	Physiotherapeuten Masseure; Ergotherapeuten; Logopäden				

3.2 Gesundheitsfachberufe und Berufsfreiheit

Verfassungsrechtlich ist die Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG verankert: „Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden“.⁶ Dies ist die Grundsatznorm für das gesamte Berufsrecht, soweit es nicht Gegenstand des Rechts des öffentlichen Dienstes ist, das verfassungsrechtlich in Art. 33 Abs. 5 GG lokalisiert ist.

Das Recht der Berufe in der Bundesrepublik Deutschland ist kein besonderes Rechtsgebiet mit einem eigenen Gesetzbuch. Es setzt sich vielmehr in Ansehung der Vielfalt der Berufe aus einem Konglomerat von Rechtsvorschriften der verschiedensten Rechtsgebiete zusammen. Man kann das Berufsrecht gemäß den Phasen der Berufsausbildung, der Berufsausübung und der Berufsbeendigung grob gliedern. Die verschiedenen Berufe können ebenfalls grob unterteilt werden in den Öffentlichen Dienst einerseits, der für sich wieder vielfach untergliedert ist, und die Berufe außerhalb des Öffentlichen Dienstes. Bei letzteren Berufen wird wiederum eine Unterscheidung angebracht zwischen staatsnahen Berufen, die sich wegen der Staatsnähe eine stärkere Reglementierung gefallen lassen müssen,⁷ und anderen Berufen. Bei den anderen Berufen ist die Vielfalt fast unübersehbar. Ein Unterscheidungskriterium ist das Ausbildungsniveau, z. B. die Unterscheidung zwischen Berufen, denen eine Hochschulausbildung zugrunde liegt und anderen Berufen. Dort sind die knapp 350 Ausbildungsberufe, geregelt im Berufsbildungsgesetz (BBiG), von Bedeutung. Die Regulierung der Berufsausübung und schon der Berufsausbildung verdichtet sich überall dort, wo Berufe mit geschützten Rechtsgütern umgehen, insbesondere mit Gütern wie Leben, Gesundheit, Vermögen. Aus diesem Grund rechtfertigen sich auch die besonderen berufsrechtlichen Vorschriften der Gesundheitsfachberufe.

Der Freie Beruf hat in Hinblick auf das Berufsrecht insofern keine besondere Bedeutung, als er kein eigenes verfassungsrechtlich oder sonstig geschütztes Rechtsinstitut

⁶ Das BVerfG hat den nach dem Wortlaut nur auf die Berufsausübung bezogenen Gesetzesvorbehalt auch auf die Wahl des Berufs, der Ausbildungsstätte und des Arbeitsplatzes im Sinne eines einheitlichen Grundrechts bezogen, BVerfGE 54, 237 (246).

⁷ Hierzu rechnet etwa der Beruf des Notars.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

ist.⁸ Angehörige der Freien Berufe genießen gegenüber den anderen Berufen keine besondere verfassungsrechtlich begründete Regulierungsfreiheit; sie sind sogar teilweise besonders hohen Anforderungen an den Berufszugang und die Berufsausübung unterworfen, weil ihre Tätigkeit einen Gemeinwohlbezug aufweist. Bedeutung hat die Anerkennung einer beruflichen Tätigkeit als freiberufliche Tätigkeit jedoch vor allem im Steuerrecht⁹ und im Gesellschaftsrecht¹⁰. Im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) ist in § 1 Abs. 2 Satz 1 auch eine allgemeine Definition der Freien Berufe gegeben. Freie Berufe im Sinne des PartGG sind (§ 1 Abs. 2 Satz 2):

„Ausübung eines Freien Berufs im Sinne dieses Gesetzes ist die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmassseure, Diplom-Psychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildberichterstatte, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.“

Das Bundesverfassungsgericht hat für die Einschränkungen der Berufsfreiheit den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herangezogen. Es wird unterschieden, ob es sich um einen Eingriff in die Berufsausübung handelt, der schon dann möglich ist, wenn vernünftige Gründe des Gemeinwohls die Einschränkung als zweckmäßig erscheinen lassen, wobei dem Gesetzgeber hierfür ein weiter Einschätzungsspielraum zugestanden wird, oder ob es sich um Eingriffe in die Berufswahl handelt, an die strengere Maßstäbe angelegt werden. Hier wird unterschieden zwischen subjektiven und objektiven Berufswahlbegrenzungen. Erstere sind nur möglich, wenn sie dem Schutz überragender Gemeinschaftsgüter dienen, letztere, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchst wahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend geboten sind. Als ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gilt die Volksgesundheit.¹¹ Das bedeutet, dass Einschränkungen der Berufsausübungs- und der Berufswahlfreiheit der Heilberufe unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Volksgesundheit in der Regel zulässig sind.

⁸ Dies geht aus der Arbeit von Sodan, 1997, S. 62, hervor. Anders noch Plantholz, 1995, S. 35. Zu den Veränderungen bei den Freien Berufen s. Kluth, 2007.

⁹ Vgl. die Aufzählung der freiberuflichen Tätigkeiten in § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

¹⁰ So im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) vom 25. Juli 1994 (BGBl. I S. 1744), zuletzt geändert durch Artikel 22 des Gesetzes vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026).

¹¹ BVerfGE 7, 377 (414); BVerfG, Kammerbeschluss vom 03.06.2004, Az.: 2 BvR 1802/02, RdNr. 13, zur Frage, ob ein Wunderheiler eine Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz benötigt.

Der Gesetzesvorbehalt für Einschränkungen der Berufsfreiheit gilt nur für solche Regelungen, die einen direkten Berufsbezug haben, also z. B. Regelungen im Ausbildungs- und Berufszulassungsrecht, oder die eine objektive berufsregelnde Tendenz haben. Fehlt es an einem solchen Berufsbezug oder einer berufsregelnden Tendenz, so kommt nur noch ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit infrage (Art. 2 Abs. 1 GG).

3.3 Strukturmerkmale des Rechts der Gesundheitsfachberufe

Das Recht der Gesundheitsfachberufe folgt keinem einheitlichen, an bestimmten systematischen Erfordernissen ausgerichteten Plan oder Muster. Es weist jedoch zum Teil durchaus konsistente Strukturmerkmale auf.¹² Im Folgenden sollen zum besseren Verständnis des komplizierten und unübersichtlichen Rechts der Gesundheitsfachberufe¹³ diese Strukturmerkmale kenntlich gemacht werden.

3.3.1 Direktes und indirektes Berufsrecht

Ein erstes Strukturmerkmal liegt in der Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Berufsrecht. Diese Unterscheidung dient dazu, die verschiedenen Regelungsbereiche, die sich mit den Gesundheitsfachberufen befassen, zu ordnen.

Zum direkten Berufsrecht gehören in erster Linie die Berufsausbildung, die Berufszulassung und die Berufsausübung, sodann die Verfassung der Berufe z. B. in Kammern, die Berufsordnung, aber auch Bereiche wie die Registrierung von Berufen.

Mindestens ebenso bedeutend wie das direkte Berufsrecht ist das indirekte Berufsrecht. Damit ist dasjenige Recht gemeint, das mit seinen Regelungen an den Berufen anknüpft, aber keine Auswirkungen auf den berufsrechtlichen Status hat. Dieses indirekte Berufsrecht ist im Sozialleistungsrecht gegeben, wenn bestimmte Leistungen von bestimmten Gesundheitsfachberufen erbracht werden sollen. Es ist weiter gegeben im Ordnungsrecht, so im früheren Heimrecht des Bundes und – nach der Föderalismusreform - in den Nachfolgesetzen der Länder. Das zivile Haftungsrecht und das Strafrecht beeinflussen die Berufsausübung ebenfalls indirekt.

Bei der Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Recht handelt es sich nicht um eine verfassungsrechtlich diktierte Unterscheidung, sondern um eine Zuordnung

¹² So auch Schnitzler, 2004, S. 88 ff.

¹³ S. hierzu insgesamt die verdienstvolle Dissertation von Schnitzler, 2004, und die Versuche, das Heilberuferecht strukturell zu ordnen, Schnitzler, 2004, S. 85 ff.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

im Sinne einer Strukturierung des Rechtsgebiets.¹⁴ Das Verfassungsrecht unterscheidet zwischen Berufswahl im Sinne der Berufszulassung, zu der auch die Berufsausbildung rechnet,¹⁵ und Berufsausübung, wobei Einigkeit darüber besteht, dass die Übergänge fließend sind.¹⁶ In der Regel werden die Vorschriften des indirekten Berufsrechts vor allem die Berufsausübung betreffen, während das direkte Berufsrecht zusätzlich noch Materien des Berufszugangs bzw. der Berufsausbildung enthält.

3.3.2 Zum Verhältnis von direktem zu indirektem Berufsrecht auf dem Gebiet der Gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V)

Das indirekte Berufsrecht der Gesundheitsfachberufe wird ganz wesentlich vom Sozialleistungsrecht, insbesondere dem Leistungserbringungsrecht der Gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V), dominiert. Dabei überlagert das indirekte Berufsrecht der Leistungserbringung nach dem Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung das direkte Berufsrecht oft in einer Weise, dass das direkte Berufsrecht kaum mehr wahrgenommen wird.¹⁷ Für Angehörige von Gesundheitsfachberufen, die als Leistungserbringer im Rahmen der Gesetzlichen Krankenversicherung zugelassen werden, kann das Berufsrecht demnach als krankenversicherungsdefiniert bezeichnet werden.

Gesundheitsfachberufe, die nicht als direkte Leistungserbringer der Gesetzlichen Krankenversicherung zugelassen sind, aber indirekt im Zusammenhang mit einer Leistungserbringung auf diesem Gebiet tätig werden, z. B. Orthoptisten, Diätassistenten, medizinisch-technische oder pharmazeutisch-technische Assistenten, sind mit einer eigenartigen Situation konfrontiert. Ihr berufliches Handeln wird zwar ihnen gegenüber vom direkten Berufsrecht bestimmt, da sie aber in der Regel im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines zugelassenen Leistungserbringers, z. B. eines Arztes, wirken, sind sie über dessen Tätigkeit in das Leistungserbringungssystem und dessen rechtlichen Anforderungen eingebunden. Allerdings kommen sie nicht in den Genuss derjenigen Vor-

¹⁴ Das BVerfG spricht im Altenpflegeurteil in diesem Zusammenhang auch von mittelbar wirkenden Normen, BVerfG, Urt. vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, Absatz-Nr. 256. Andere Fundstellen: BVerfGE 106, 62; NJW 2003, 41-58; PflR 2002, 449-467. Im Folgenden stets zitiert nach juris.de.

¹⁵ BVerfG (Altenpflegeurteil) (wie Anm. 14), RdNr. 247.

¹⁶ Hömig in: Hömig, 2007, Art 12, RdNr. 9.

¹⁷ Dies ist z. B. anhand der häufig von Ärzteverbänden vorgebrachten Aussage festzumachen, wonach nur dem Arzt die Ausübung der Heilkunde vorbehalten sei. Diese ungenaue Aussage bezieht sich auf § 15 Abs. 1 Satz 1 SGB V, wonach *ärztliche* Behandlung von Ärzten erbracht wird. Das direkte ärztliche Berufsrecht enthält keinen Totalvorbehalt der Ausübung von Heilkunde durch Ärzte, vgl. § 2 Abs. 5 BÄO. S. dazu unten Abschnitt 5.4.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

teile, die eine direkte Zulassung als Leistungserbringer mit sich bringt, z. B. eigene vergütungsrechtliche Bestimmungen für die Leistungserbringung oder die Sicherung des direkten Marktzugangs für die Erbringung bestimmter Leistungen. Auch besteht keine Artikulationsmöglichkeit in den normsetzenden Institutionen der Gesetzlichen Krankenversicherung, so im Gemeinsamen Bundesausschuss.

Wenn Gesundheitsfachberufe bestrebt sind, als eigenständige Leistungserbringer der Gesetzlichen Krankenversicherung zugelassen zu werden, bedeutet dies nicht nur eine Verlagerung des rechtlichen Schwerpunkts der Definitionsmacht über ihre Berufsausübung. Einige Verbände der Gesundheitsfachberufe sehen darin auch eine Emanzipation des von ihnen vertretenen Berufsstands. Zu bedenken ist allerdings, dass eine solche Emanzipation in dieser Richtung nur tragen kann, wenn wirkräftige eigene Verhandlungsmacht gegenüber den Krankenkassen aufgebaut werden kann und wenn der Berufsstand insgesamt über ein Professionalisierungspotenzial verfügt, das ihn zum ebenbürtigen Player unter den Akteuren des Krankenversicherungssystems ertüchtigt.

Schließlich darf nicht übersehen werden, dass Leistungserbringer, wenn sie auch an der Normsetzung (Richtlinienggebung) im Gemeinsamen Bundesausschuss beteiligt sind, ihre Rolle als Leistungserbringer und ihre Rolle als Berufsangehörige trennen müssen.¹⁸

3.3.3 Strukturierung des direkten Berufsrechts

Das direkte Berufsrecht der Gesundheitsfachberufe bezieht sich vor allem auf folgende Gegenstände:

- Berufsausbildung
- Berufsbezeichnung / Schutz der Berufsbezeichnung
- Berufsausübung:
 - o Schutz der Berufsausübung
 - o Beschreibung der beruflichen Tätigkeit, auch im Verhältnis zu anderen Gesundheitsfachberufen
 - o Wahrnehmung der beruflichen Interessen (durch Berufsverbände oder Kammern)
 - o Selbstorganisation des Berufes (z. B. in Kammern).

¹⁸ Für die Beteiligung der Ärzte, Zahnärzte und Psychotherapeuten wird diese Unterscheidung klar angebracht, vgl. die Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 91 Abs. 5 SGB V bei Belangen der Berufsausübung und die verschiedenen Beteiligungen als Leistungserbringer nach § 92 SGB V.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Das direkte Berufsrecht der Gesundheitsfachberufe¹⁹ hat vor allem die Ausbildung und die Führung der Berufsbezeichnung zum Gegenstand.

Die meisten Gesundheitsfachberufe unterliegen für die Führung ihrer jeweiligen Berufsbezeichnung der Erlaubnispflicht. Die Erlaubnis – die der Approbation beim Beruf des Arztes entspricht – wird nach Absolvierung einer gesetzlich vorgeschriebenen Ausbildung und Prüfung erteilt.²⁰ Diese Erlaubnis ist nicht gleichzusetzen mit einem Berufs- oder Tätigkeitsschutz in dem Sinn, dass nur die Träger dieser Berufsbezeichnung die Tätigkeiten ausüben dürfen, für die sie ausgebildet worden sind. Vielmehr darf jeder andere diese Tätigkeiten, allerdings ohne diese Berufsbezeichnung, ausführen.²¹ Die Erlaubnis hat für die Träger der jeweiligen Berufsbezeichnung aber einen zweifachen Wert: Sie eröffnet grundsätzlich Beschäftigungschancen, wenn dem Arbeitgeber daran gelegen ist, Fachpersonal zu gewinnen. Noch hilfreicher ist die Situation, wenn ein Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet ist, Fachpersonal einzustellen, oder wenn – wie im Sozialleistungsrecht – Sozialleistungen davon abhängen, dass sie durch bestimmtes Fachpersonal erbracht werden.²²

Da der Bezeichnungsschutz nicht mit einem Berufs- oder Tätigkeitsschutz²³ gleichzusetzen ist, bedarf es für den Berufsschutz oder für den Schutz einzelner Tätigkeiten im Sinne einer exklusiven Wahrnehmung des Berufes oder der Tätigkeiten besonderer Regelungen. Berufsschutz oder vorbehaltene Tätigkeit haben – mit einigen Ausnahmen – aber nur Wirkung für die berufliche Ausübung, nicht für die nichtberufliche Ausübung. Diese Unterscheidung ist immer dann wichtig, wenn Personen, z. B. Angehörige, sonstige Nahestehende, oder bürgerschaftlich Engagierte eine gesundheitsbezogene Tätigkeit ausüben.

Normenhierarchisch betrachtet ist das direkte Berufsrecht der Pflegeberufe in der Hauptsache auf vier Ebenen geregelt: Gemeinschaftsrecht, Verfassungsrecht, Bundesrecht und Landesrecht.²⁴

¹⁹ S. auch Schnitzler, 2004, S. 88 ff.

²⁰ Auf die besonderen Vorschriften zur Gewährleistung der gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit wird hier nicht eingegangen.

²¹ BVerfG (Altenpflegeurteil) (wie Anm. 14), RdNr. 254.

²² BVerfG (Altenpflegeurteil) (wie Anm. 14), RdNr. 256 ff.

²³ Schnitzler, 2004, S. 94, verwendet für diese beiden Begriffe den Begriff „Tätigkeitsvorbehalt“.

²⁴ S. auch Schnitzler, 2004, S. 85 ff.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Wegen der gemeinschaftsrechtlich zu gewährleistenden Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit spielt die gemeinschaftsrechtliche Regulierungsebene für die Gesundheitsfachberufe eine wichtige Rolle. Dies wurde beispielsweise zuletzt mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen der Heilberufe vom 2. Dezember 2007²⁵ deutlich.

Im Verfassungsrecht ist vor allem das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie die Gesetzgebungskompetenzvorschrift in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG einschlägig.

Aufgrund der Zuständigkeit des Bundes für die Gesetzgebung zur Berufszulassung, die auch die Berufsausbildung umfasst,²⁶ werden zentrale Bereiche des Berufsrechts durch Bundesgesetze geregelt. Das Landesrecht ist für die berufliche Ausübung zuständig. Die Länder haben hierzu Heilberufsgesetze erlassen. Das direkte Berufsrecht besteht daher aus einer Kombination von Bundes- und Landesrecht.

Bei den verkammerten freien Berufen spielt das Satzungsrecht der Kammern für die Kammermitglieder eine Rolle. Nicht verkammerte Berufe können ihre Angelegenheiten durch freiwillige Zugehörigkeit zu einem Berufsverband regeln, in deren Satzung Verpflichtungen zur Einhaltung z. B. von Qualitätsstandards oder zur Absolvierung von Fortbildungsmaßnahmen enthalten sein können.

3.3.4 Strukturierung des indirekten Berufsrechts

Für die Gesundheitsfachberufe ist insbesondere das Leistungserbringungsrecht der Gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V) einschlägig. Speziell für die Pflegeberufe gilt dies auch für die Soziale Pflegeversicherung (SGB XI). Dabei ist zu betonen, dass diese Gebiete nicht die einzigen sind, in denen leistungserbringungsrechtliche Vorschriften die Berufsausübung der Pflegeberufe bestimmen. Im Sozialleistungsrecht ist dies auch noch das Sozialhilferecht (SGB XII), das Recht der Gesetzlichen Unfallversicherung (SGB VII) und das Recht der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX – Erster Teil). Auch das Heimgesetz des Bundes²⁷ und die Nachfolgegesetze der Länder,

²⁵ BGBl. I S. 2686.

²⁶ BVerfG (Altenpflegeurteil) (wie Anm. 14).

²⁷ S. zur Geltung nach der Föderalismusreform Art. 125a Abs. 1 GG.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

die jetzt für die Gesetzgebung bis auf das Wohn- und Betreuungsvertragsrecht²⁸ zuständig sind, haben Einfluss auf die Berufsausübung.

Das Leistungserbringungsrecht des SGB V ist selbst für den kundigen Sozialrechtler oft ein Buch mit sieben Siegeln, dies vor allem aus zwei Gründen: Erstens ist die Materie schon im Gesetz meist unsystematisch und sehr unübersichtlich dargestellt; zweitens gibt es gerade im Leistungserbringungsrecht eine Reihe von untergesetzlichen Regelungstypen (Empfehlungen, Richtlinien, Verträge mit unterschiedlichen Beteiligten), mit denen ein weiterer Beitrag zur Normierungsvielfalt und damit zur Unübersichtlichkeit geleistet wird. Der Zugang zu diesem Rechtsgebiet erschließt sich daher am Besten mit einem strukturierenden Ansatz, der im Folgenden vorgestellt wird:

- Zulassung zur Leistungserbringung
- Art des Zugangs zur Leistungserbringung
- Leistungsgestaltung:
 - o Leistungseinschluss/Leistungsausschluss
 - o Konkretisierung des Inhalts und des Umfangs
- Qualitätssicherung
- Vergütung
- Nutzerstellung
- Beteiligung der Berufe an der Normsetzung.

Das Leistungserbringungsrecht des SGB V ist für die Gesundheitsfachberufe jenseits der ärztlichen Berufe von sehr unterschiedlicher Relevanz. Teilweise sind die Berufe als Leistungserbringer eingebunden, vor allem als Erbringer von Heilmitteln, teilweise sind sie Akteure im Leistungsgeschehen nur vermittelt über einen anderen Leistungserbringer, vor allem über den Arzt oder das Krankenhaus.

Weiter ist zu beachten, welche Beteiligungen für die Normsetzung im System der Leistungserbringer des SGB V vorgesehen sind (Gemeinsamer Bundesausschuss, Spitzenverbände, verschiedene Vertragspartner etc.) und mit welchen rechtlichen Instrumenten die Regelungen getroffen werden (Richtlinie, Empfehlung, Vertrag u.a.).

²⁸ Gesetz zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz – WBVG) vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2319) = Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der zivilrechtlichen Vorschriften des Heimgesetzes nach der Föderalismusreform.

Zu unterscheiden ist bei einer Einbindung in das Normsetzungssystem des SGB V zwischen der Wahrnehmung berufsständischer Interessen und der Interessen in der Funktion als Leistungserbringer. Gegenwärtig ist die Wahrnehmung beider Funktionen nur bei den Ärzten vorgesehen.

3.4 Interventionsbereiche und Interventionsarten der Gesundheitsfachberufe

3.4.1 Interventionsbereiche

Die Interventionsbereiche der Gesundheitsfachberufe lassen sich nach den verschiedenen Bereichen des Gesundheitssystems untergliedern. Diese Untergliederung wird hier vorgenommen, um die zentralen Einsatzbereiche der jeweiligen Gesundheitsfachberufe zuordnen zu können.

Über die Untergliederung des Gesundheitssystems und über die Definition der Bereiche herrscht keine Übereinstimmung.²⁹ Als die vier wichtigsten Bereiche sind jedoch anerkannt die Prävention, die Kuration, die Rehabilitation und die Pflege im Sinne von Langzeitpflege. Weiter wird man die Bereiche Gesundheitsförderung und Palliation nennen können.

3.4.1.1 Gesundheitsförderung - Prävention

Der Bereich der Gesundheitsförderung überschneidet sich zum Teil mit der Primärprävention. Gesundheitsförderung sind nach der WHO (Ottawa-Charta) alle Maßnahmen, die sowohl auf die Veränderung und Förderung des individuellen Verhaltens als auch der Lebensverhältnisse im positiven Sinne abzielen. Ziel der Gesundheitsförderung ist es, bestehende Ungleichheiten bezüglich des Gesundheitszustandes und der Lebenserwartung unterschiedlicher sozialer Gruppen zu reduzieren. Die Gesundheitsförderung und die gesundheitliche Prävention sind zahlreichen Akteuren und Institutionen im Gesundheitswesen zugewiesen. Eine zentrale Institution oder ein Hauptakteur für die Gesundheitsförderung und die gesundheitliche Prävention ist nicht auszumachen. Seit Anfang 2000 ist die primäre gesundheitliche Prävention Satzungsleistung der gesetzlichen Krankenkassen (vgl. § 20 Abs. 1 SGB V).

²⁹ Allerdings werden in den internationalen Statistiken zu den Gesundheitsausgaben einheitliche Definitionen verwendet. Diese können aber für die Zwecke des Gutachtens nicht herangezogen werden.

3.4.1.2 Kuration

Die Kuration, also das Heilen, ist sicherlich der zentrale Bereich des deutschen Gesundheitswesens. Rechtsterminologisch wird das Heilen als Bestandteil der Krankenbehandlung betrachtet (vgl. § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V). In Deutschland ist der Bereich der Kuration institutionell und systemisch von der Gesetzlichen Krankenversicherung geprägt, in der knapp 86% der Bevölkerung versichert sind. Die Gestalt des deutschen Gesundheitswesens ist auf dem Gebiet der Kuration bzw. der Krankenbehandlung in sehr hohem Maße von den Bedingungen geprägt, die das gesetzliche Krankenversicherungssystem setzt. Das gilt für das Leistungsrecht ebenso wie für die Leistungserbringung und damit für die leistungserbringenden Akteure. Aus diesem Grund kann ohne weiteres gesagt werden, dass das deutsche Gesundheitswesen auf dem Gebiet der Krankenbehandlung sozialversicherungsdominiert ist. Allerdings handelt es sich beim Leistungserbringungssystem der Gesetzlichen Krankenversicherung nicht um ein System, in dem die Leistungserbringer Bedienstete der Sozialversicherungskassen sind. Vielmehr vollzieht sich die Beschaffung von Gesundheitsdienstleistungen auf dem Vertragsweg. Daraus folgt, dass die Leistungserbringer sich den Beschaffungsweisen unterwerfen müssen, die in der Gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehen sind.

3.4.1.3 Langzeitpflege

Die Pflege im Sinne der Langzeitpflege (long-term care), nicht im Sinne der Krankenpflege, die dem Bereich der Krankenbehandlung zuzurechnen ist, ist erst seit 1995 sozialversicherungsrechtlich (im SGB XI: Soziale Pflegeversicherung) ausgestaltet worden. Anders als auf dem Gebiet der Gesetzlichen Krankenversicherung ist hier auch die Private Pflegeversicherung für Personen, die für das Risiko der Krankheit Versicherungsschutz bei einem Privatversicherungsunternehmen haben, dem Leistungsrecht der gesetzlichen Versicherung unterworfen worden. Mittlerweile hat die Einführung einer gesetzlichen Pflegeversicherung für die Leistungserbringer Ähnliches bewirkt wie die Gesetzliche Krankenversicherung: Die Leistungen definieren sich nach den gesetzlich vorgegebenen Inhalten; die Zulassung zur Leistungserbringung folgt einem Vertragssystem. Allerdings sind die Pflegeleistungen nach dem SGB XI begrenzt („gedeckt“), sodass sich jenseits des Leistungskataloges der Pflegeversicherung Leistungsspielräume ergeben können, wenn nicht die Sozialhilfe für den überschießenden Leistungsanteil einzustehen hat.

3.4.1.4 Rehabilitation

Die gesundheitsbezogene Rehabilitation, in der rechtlichen Terminologie als medizinische Rehabilitation bezeichnet (vgl. § 5 Nr. 1 SGB IX), ist Bestandteil insbesondere des Leistungskataloges der Gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V), der Gesetzlichen Rentenversicherung (SGB VI), der Gesetzlichen Unfallversicherung (SGB VII) und der Sozialhilfe (SGB XII). Ein einheitlicher Rehabilitationsträger existiert nicht. Mit dem SGB IX ist es aber immerhin gelungen, für alle Sozialleistungsbereiche, in denen medizinische Rehabilitation stattfindet, gemeinsame Regelungen zu finden (§§ 26 bis 32 SGB IX). Die Leistungserbringer der medizinischen Rehabilitation werden jedoch nach wie vor nach dem jeweiligen Recht des Sozialleistungsträgers zur Leistungserbringung zugelassen.³⁰

3.4.1.5 Palliation

Der Bereich der Palliation stellt sich noch nicht als eigenständiger Systembereich des Gesundheitswesens dar. Seine Bedeutung nimmt aber zu, was sich auch an den seit 2007 vorgesehenen Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung ablesen lässt (vgl. § 37b SGB V).

3.4.1.6 Öffentlicher Gesundheitsschutz

Ein weiterer Bereich des Gesundheitswesens wird vom öffentlichen Gesundheitsschutz gebildet, der vom Infektionsschutz bis zum Lebensmittelschutz reicht und der auch die gesundheitliche Aufklärung und die Warnung vor Gesundheitsgefahren erfasst. Diese – früher so genannte – Gesundheitspolizei ist auf der Ebene der Bundesländer organisiert. Die Tätigkeiten auf diesem Gebiet werden in der Regel von öffentlich Bediensteten vorgenommen.

3.4.2 Interventionsarten – Interventionsmethoden – Interventionsformen

Das Gesundheitsfachpersonal interveniert in den jeweiligen Versorgungsbereichen auf unterschiedliche Art und Weise. Dabei kann einmal auf das Geschehen selbst abgestellt werden, also auf die Interventionsart. Weiter ist von Interesse, wie sich der jeweilige Berufsangehörige im Interventionsgeschehen faktisch und rechtlich platziert, ob er z. B. in Kooperations- oder Koordinationsverhältnissen mit anderen Berufen oder auch nichtberuflich Handelnden steht und welcher Verantwortungsstatus ihm rechtlich beigemessen wird.

³⁰ Hierzu Welti, 2009; Welti, 2008.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Auf den Gebieten der Kuration, Pflege, Rehabilitation und Palliation werden vor allem folgende Interventionsarten von Interesse sein:

- Anamnese
- Diagnose
- Therapieplanung
- Therapieablauf / Verlaufskontrolle
- Ergebniskontrolle.

Alle Interventionen auf dem Gebiet der Gesundheitsversorgung haben sich aus rechtlichen Gründen qualitätsgesichert zu vollziehen. Dabei stehen beim intervenierenden Handeln die Dimensionen der Prozess- und Ergebnisqualität im Vordergrund. Die entsprechenden strukturqualitativen Anforderungen stellen sich als Voraussetzungen für das Handeln dar. Qualitätsgerichtetes Handeln ist deshalb ein integraler Bestandteil der gesundheitlichen Interventionsmethode.

Unter der Vielfalt der Interventionsformen im Sinne der Interaktion zwischen den am Versorgungsgeschehen konkret beteiligten Angehörigen der verschiedenen Gesundheitsfachberufe, ggf. auch unter Einbezug anderer Berufe oder auch von Laien wird in der gegenwärtigen Diskussion vor allem das Verhältnis zwischen Arzt und den anderen Gesundheitsfachberufen gesehen, das berufsrechtlich häufig als Anordnungs- und/oder Aufsichtsverhältnis bezeichnet wird. Berufsrechtlich werden auch die Begriffe der Eigenverantwortlichkeit, der Selbstständigkeit, oder der Mitwirkung verwendet.

Die die Kooperationsthematik früher etwas einseitig beherrschende Diskussion um vorbehaltenen Tätigkeiten bestimmter nicht-ärztlicher Berufe gegenüber dem Arztberuf stellt nur eine Facette der faktisch und rechtlich weiter gefächerten Kooperationsprobleme dar. Sie hat semantisch mit der Wortwahl in einigen Gesundheitsfachberufsgesetzen zu tun, wobei die Wortwahl rechtlich nicht eindeutig, zum Teil sogar missverständlich ist. So sind z. B. die den MTA-Berufen eingeräumten vorbehaltenen Tätigkeiten schon rechtlich durch zahlreiche Ausnahmestimmungen ausgehöhlt,³¹ während die den pharmazeutischen Berufen eingeräumten vorbehaltenen Tätigkeiten im Geset-

³¹ Vgl. §§ 9, 10 MTAG.

zestext gar nicht als solche bezeichnet werden.³² Die den Hebammen eingeräumte vorbehaltene Tätigkeit schließlich ist eine Vorrang-, aber keine Vorbehaltstätigkeit.³³

Die Diskussion der rechtlichen Gestaltung der Koordinations- und Kooperationsverhältnisse in der Interaktion der Berufsgruppen, die im Zeitausschnitt wie im Zeitverlauf zu sehen ist, beschäftigt vor allem das zivile Haftungsrecht. Eine kohärente, d. h. auf das öffentliche Berufsrecht wie auf das zivile Haftungsrecht der beteiligten Berufe abgestimmte Sichtweise zeichnet sich noch nicht ab.³⁴ Selbst in großen Handbüchern des Medizinrechts erscheint der Begriff der Delegation nicht im Stichwortverzeichnis.³⁵ Allerdings wird das Thema in Einzelbeiträgen als relevant erkannt.³⁶

3.4.3 Diskrepanz zwischen rechtlichen Anforderungen und faktischen Interventionssituationen

Zurzeit wird der Thematik der Kooperations- oder Koordinationsverhältnisse bei den Gesundheitsfachberufen hohe Bedeutung beigemessen. Dies beruht unter anderem – nicht ausschließlich – darauf, dass im deutschen Gesundheitswesen, vorgeprägt durch den (nur) im Krankenversicherungsrecht vorgesehenen Arztvorbehalt (vgl. § 15 Abs. 1 SGB V), dem Arzt die zentrale Steuerungsfunktion im kurativen Bereich, also vor allem in der Krankenbehandlung, zugewiesen ist. Diese Steuerungsfunktion bildet sich dann auch haftungsrechtlich ab.

Fragen der Kooperation und Koordination der Interventionen des Gesundheitsfachpersonals haben eine haftungsrechtliche Dimension. In der Praxis tauchen diese Fragen immer mehr auf. Erschwert wird die Situation dadurch, dass sich die tatsächlichen Kooperations- und Koordinationsverhältnisse in der Praxis angesichts zum Teil hochkomplexer Versorgungsweisen oft von den gebotenen rechtlichen Anforderungen weg entwickelt haben. Mitunter sind die rechtlichen Antworten auf diese Kooperations- und Koordinationsverhältnisse auch nicht einfach zu finden.

Damit ist eine besonders komplizierte Lage gegeben, die drei Dimensionen aufweist:

³²

³³ Vgl. § 4 HebammenG.

³⁴ So ist etwa ungeklärt, ob die Anordnung einer bestimmten Tätigkeit durch den Arzt gegenüber einem anderen Berufsangehörigen anderes bedeutet als die Aufsicht, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob die Aufsicht eine ständige Aufsicht sein muss, während sich die Anordnung auf die sachgerechte Auswahl des Personals und der einschlägigen Handlungsmethode beschränkt.

³⁵ So in den jeweiligen Stichwortverzeichnissen bei Deutsch, et al., 2008, und bei Ratzel, et al., 2008.

³⁶ Ratzel, 2008; Sträßner, 2008.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

- Die praktischen Handlungsanforderungen übersteigen oft die öffentlich-rechtlichen Anforderungen des direkten Berufsrechts.
- Das zivilrechtliche Haftungsrecht orientiert sich in seinen Haftungsmaßstäben an den öffentlich-rechtlichen Anforderungen an die handelnden Berufe.
- Damit ist eine Inkongruenz zwischen faktischem Handeln, öffentlich-rechtlichen Handlungsgeboten und haftungsrechtlichen Maßstäben gegeben.

Eine der Möglichkeiten, diese Diskrepanzen zumindest teilweise aufzulösen, besteht darin, die im direkten Berufsrecht verankerten, d. h. in den Ausbildungszielen beschriebenen Tätigkeitsprofile der Gesundheitsfachberufe den realen Verhältnissen anzupassen. Dies ist eine rechtspolitische Aufgabe. Dabei sind zwei Wege zu gehen: Die Tätigkeitsprofile sind in den Berufsgesetzen realitätsgerecht zu beschreiben, und die berufliche Ausbildung muss den realen Anforderungen entsprechen. Letzterer Weg wird von den Berufsverbänden bereits seit einiger Zeit eingeschlagen. Hierfür stehen die vielfältigen Bemühungen, die Ausbildung der Gesundheitsfachberufe zu optimieren. Der weitere Weg, die Anpassung der Tätigkeitsprofile in den Berufsgesetzen, wird ebenfalls beschritten. Allerdings sehen sich die Gesundheitsfachberufe hier mit großen berufspolitischen Widerständen insbesondere seitens der Vertreter der Ärzteschaft konfrontiert. Teilweise sind auch Schwierigkeiten bei der Positionierung der nicht-ärztlichen Gesundheitsfachberufe untereinander zu verzeichnen.

4 Interdisziplinäre Kooperation und Aufgabenverschiebung unter den Gesundheitsfachberufen

4.1 Formen der Kooperation und Aufgabenverschiebung

4.1.1 Grundmuster

Die Tätigkeiten und die Zusammenarbeit der Gesundheitsfachberufe unterliegen rechtlichen Regeln. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den rechtlichen Regeln, die die Tätigkeit eines Gesundheitsfachberufes bestimmen, und den Regeln, die die Zusammenarbeit verschiedener Gesundheitsfachberufe betreffen. Die aktuelle Diskussion bezieht sich dabei vor allem auf das Verhältnis von ärztlicher zu nicht-ärztlicher Tätigkeit, insbesondere pflegerischer Tätigkeiten. Die rechtlichen Fragen von Kooperationsverhältnissen bei Gesundheitsfachberufen gelten aber allgemein für die Zusammenarbeit der Gesundheitsfachberufe.

In der Zusammenarbeit der Gesundheitsfachberufe werden verschiedene Formen genannt:

- Unterscheidung zwischen horizontaler und vertikaler Arbeitsteilung;
- Unterscheidung zwischen Delegation, Substitution und Allokation.

4.1.2 Horizontale und vertikale Arbeitsteilung

Von horizontaler Arbeitsteilung wird fast ausschließlich im ärztlichen Bereich gesprochen. Sie ist gegeben bei der weisungsfreien Zusammenarbeit zwischen Ärzten verschiedener Fachrichtung, zwischen Ärzten und rechtlich selbstständigen nichtärztlichen Leistungserbringern oder zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhausärzten.

Die vertikale Arbeitsteilung umfasst den Bereich der weisungsgebundenen Zusammenarbeit zwischen verschiedenen in eine Behandlungsorganisation eingebundenen, untereinander weisungsberechtigten bzw. –abhängigen Leistungserbringern.

Die Unterscheidung zwischen horizontaler und vertikaler Arbeitsteilung stammt aus dem zivilen Haftungsrecht, also aus dem indirekten Berufsrecht, und wird dort zur Bestimmung der jeweiligen Haftungsverantwortung herangezogen. Direkte berufsrechtliche Relevanz hat diese Unterscheidung zunächst nicht. Die Unterscheidung beruht

jedoch auf Kriterien des direkten Berufsrechts in dem Sinne, als hier an bestimmte qualifikatorische Tätigkeitsmerkmale, z. B. den Facharztstandard, angeknüpft wird.³⁷

4.1.3 Delegation, Substitution und Allokation

Bei den Begriffen Delegation, Substitution und Allokation handelt es sich nicht um Rechtsbegriffe, sondern um Begriffe, die zur Beschreibung des arbeitsteiligen Verhältnisses von ärztlicher zu nicht-ärztlicher, insbesondere pflegerischer Tätigkeit, verwendet werden.

Bei der Delegation handelt es sich um die Übertragung ärztlicher Aufgaben an nicht-ärztliches Personal, wobei der Arzt in der ärztlichen und juristischen Verantwortung bleibt. Anders ist dies bei der Substitution, bei der die Verantwortung an das nicht-ärztliche Personal übergeht.

Während für die Begriffe der Delegation und Substitution noch ein einigermaßen einheitliches Begriffsverständnis zu verzeichnen ist, scheint der Begriff der Allokation nicht einheitlich verwendet zu werden. So wird hier teilweise der Übergang von Tätigkeiten anderer Berufe in den Verantwortungsbereich der Pflege gesprochen, dies auch in wirtschaftlicher und juristischer Hinsicht.³⁸ Dabei kann es sich um Tätigkeiten handeln, die bisher von Ärzten ausgeführt worden sind, die aber nicht zum Kernbereich ärztlicher Tätigkeit gehören. In einem pflegerischen Fachbeitrag wird der Begriff Allokation anders definiert³⁹:

„Fachkompetenz und Professionalität bedeuten, dass das Aufgabengebiet eines Berufes definiert ist, Grenzen zu artverwandten Gebieten gezogen werden und eine Zuordnung der Aufgaben stattfindet. Beschrieben wird dieses auch mit dem Begriff der Allokation.“

Aus diesem Zitat geht hervor, dass mit dem Begriff der Allokation eine Zuschreibung von Tätigkeiten an die Angehörigen einer bestimmten Berufsgruppe gemeint ist. Damit bewegt man sich aber auf dem Gebiet des direkten Berufsrechts, hier der Berufsausübung im Sinne der Zuordnung und Beschreibung einer spezifischen Tätigkeit. Der Begriff der Allokation steht damit nicht für die Beschreibung einer bestimmten Form der Arbeitsteilung, sondern für die Beschreibung einer Tätigkeit.

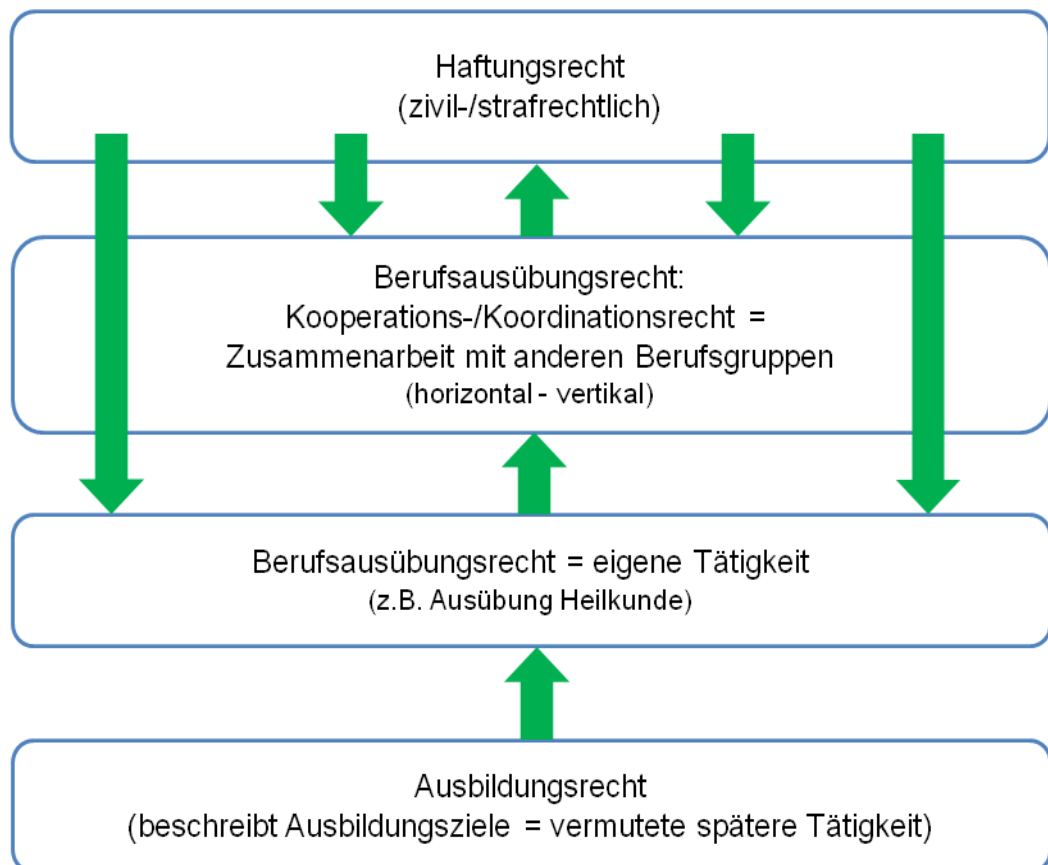
³⁷ Nebendahl, 2010.

³⁸ So Jacobs, 2007.

³⁹ Weskamm, 2007.

4.2 Einschlägige Rechtsgebiete

Die für die Kooperation der Gesundheitsfachberufe einschlägigen Rechtsgebiete sind das Ausbildungsrecht, das Berufsausübungsrecht und das Haftungsrecht. Das Haftungsrecht beeinflusst das Berufsausübungsrecht, auch in Hinblick auf ein arbeitsteiliges Vorgehen.



4.3 Rechtsfragen

Arbeitsteiliges Vorgehen bei Tätigkeiten der Gesundheitsfachberufe ist unter den folgenden rechtlichen Aspekten zu sehen:

- im direkten Berufsrecht: Beschreibung der Tätigkeiten, ausschließliche oder nicht ausschließliche Zuweisung der Ausübung dieser Tätigkeit an einen oder mehrere Gesundheitsfachberufe aufgrund gesetzlicher Anordnung;
- im indirekten Berufsrecht: Beachtung privatrechtlicher Maßgaben, insbesondere des Haftungsrechts.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Unter dem Gesichtspunkt des direkten Berufsrechts ist vor allem entscheidend, ob einem bestimmten Gesundheitsfachberuf gesetzlich vorbehaltene Tätigkeiten zugewiesen worden sind.⁴⁰ Weiter liefert das direkte Berufsrecht in den Ausbildungsvorschriften Hinweise auf die formelle Qualifikation eines Berufes. Allerdings kann nicht ohne Weiteres von der formellen Ausbildungsqualifikation auf die materielle persönliche Qualifikation geschlossen werden. In arbeitsteiligen Prozessen liefert aber die formelle Qualifikation des Absolvierens einer bestimmten berufsfachlichen Ausbildung die Grundlage für die Verteilung von Tätigkeiten und Aufgaben. Kommt es im Einzelfall auch auf die materielle Qualifikation an, ist diese besonders unter Beweis zu stellen.

Unter dem Gesichtspunkt des indirekten Berufsrechts ist auf die besondere Wirkung des zivilen Haftungsrechts (Haftung auf vertraglicher und deliktischer Grundlage) auf die Berufsausübung und damit auch die Tätigkeit in arbeitsteiligen Vorgängen zu verweisen. Das zivile Haftungsrecht bestimmt die Tätigkeit der Gesundheitsfachberufe, insbesondere des ärztlichen Berufes, in breitem Umfang. Damit kommt einem Rechtsgebiet, das der Konfliktlösung dient, auch auf der Ebene der Kooperation von Berufen eine herausragende Bedeutung zu. In der Praxis sind es hauptsächlich die Maßgaben des mittlerweile hochdifferenzierten zivilen Haftungsrechts, die das berufliche Handeln und damit auch das arbeitsteilige Vorgehen von Gesundheitsfachberufen definieren. Deswegen kann die Feststellung getroffen werden, dass es die durch die Rechtsprechung entwickelten haftungsrechtlichen Grundsätze und Maßstäbe sind, die den wohl größten rechtlichen Einfluss auf die berufliche Tätigkeit der Gesundheitsfachberufe haben.

Das zivile Haftungsrecht der Gesundheitsfachberufe hat sich vor allem auf dem Gebiet der Arzthaftung entwickelt. Die Rechtsgrundlagen des zivilen Haftungsrechts sind die für alle Bürger einschlägigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Obwohl es kein Sonderhaftungsrecht der Gesundheitsfachberufe in gesetzlicher Form gibt, ist hier ein haftungsrechtliches Gebiet durch die Rechtsprechung geschaffen worden, das besondere Grundsätze und Maßgaben aufweist. Insofern kann dann von einem Sonderhaftungsrecht, dem Arzthaftungsrecht, gesprochen werden.

Für die nicht-ärztlichen Gesundheitsfachberufe existiert bislang kein solches Sonderhaftungsrecht. Allerdings sind vermehrt Urteile zu verzeichnen, die sich mit Fragen der

⁴⁰ S. dazu unten Abschnitt 4.4.

Delegation im Sinne der vertikalen Kooperation zwischen Arzt und nicht-ärztlichem Personal befassen.

Es wird abzuwarten sein, wie sich die Rechtsprechung entwickeln wird, wenn auf die nicht-ärztlichen Gesundheitsfachberufe mehr fachliche und juristische Eigenverantwortung zukommt. Eine Anlehnung an die im Arzthaftungsrecht entwickelten Grundsätze und Maßstäbe ist dabei wahrscheinlich.

4.4 Ausübung von bestimmten heilkundlichen Tätigkeiten durch Angehörige bestimmter Gesundheitsfachberufe

4.4.1 Vorbehaltene Tätigkeiten

4.4.1.1 Begriffsinhalt

Mit der Verwendung des Begriffs der vorbehaltenen Tätigkeiten in verschiedenen Gesetzen über bestimmte Gesundheitsfachberufe⁴¹ ist die Ausübung von bestimmten heilkundlichen Tätigkeiten durch Angehörige bestimmter Gesundheitsfachberufe gemeint. Die Frage der Ausübung vorbehaltenen Tätigkeiten kann dabei nicht nur das Verhältnis von Ärzten und anderen Gesundheitsfachberufen, sondern auch das Verhältnis der Gesundheitsfachberufe untereinander betreffen. Auch die Dimension zu anderen Personen, die auf dem Gebiet der Heilkunde tätig werden, dies aber nicht beruflich unternehmen, kann dabei eine Rolle spielen.

4.4.1.2 Arten vorbehaltenen Tätigkeiten

Der Begriff der vorbehaltenen Tätigkeit bildet in den verschiedenen Gesetzen kein einheitliches Muster der Abgrenzung von heilkundlichen Tätigkeiten und ihrer Zuordnung zu bestimmten Gesundheitsfachberufen ab. Im Folgenden sollen deshalb die verschiedenen Arten der vorbehaltenen Tätigkeiten inhaltlich und begrifflich unterschieden werden. Obwohl diese Unterscheidungen schon *de lege lata* in den verschiedenen Gesetzen angelegt sind, ist – soweit ersichtlich – bisher noch kein Versuch unternommen worden, für diese unterschiedlichen Arten der vorbehaltenen Tätigkeiten differenzierte Benennungen zu finden.⁴²

Die Einräumung einer vorbehaltenen Tätigkeit kann *absolut und relativ* wirken. Der *absolute Vorbehalt* bedeutet, dass die Vornahme der Tätigkeit erstens nur einer be-

⁴¹ Z. B.- § 4 HebammenG, § 9 MTAG.

⁴² S. dazu schon Igl, 2008, S. 114 ff.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

stimmten Berufsgruppe zugewiesen ist; zweitens dürfen diese Tätigkeit nicht nur andere Berufsgruppen nicht berufsmäßig ausüben, sondern diese Tätigkeit ist – außer in Notfällen - auch allen anderen untersagt.

Die Feststellung eines solchen *absoluten Verbotes* bereitet einige Schwierigkeiten. Hierzu folgendes Beispiel:

§ 3 Abs. 5 Satz 1 Apothekenbetriebsordnung verbietet es, pharmazeutische Tätigkeiten von anderen Personen als pharmazeutischem Personal auszuführen oder ausführen zu lassen, soweit in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist. Diese Regelung ist nur bezogen auf den Betrieb einer Apotheke (§ 3 Abs. 2 Apothekenbetriebsordnung). Da aber der Betrieb einer Apotheke selbst wieder reglementiert ist und nicht jedermann eine Apotheke betreiben kann, könnte man hier von einem absoluten Tätigkeitsvorbehalt bestimmter Berufsgruppen sprechen.

Ein *relativer Vorbehalt* beschränkt sich hingegen auf die Abgrenzung nur im Verhältnis zu anderen Berufsgruppen, wenn die Angehörigen dieser Berufsgruppen *berufsmäßig* tätig werden. Im Verhältnis zu Laien besteht dieser Vorbehalt nicht.

Dies gilt etwa für die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde nach dem Heilpraktikergesetz (§ 1 HeilprG) und nach der Bundesärztleitung (§ 2 Abs. 5 BÄO).

Eine dritte Form des Vorbehalts ist der *prioritäre Vorbehalt*. Der prioritäre Vorbehalt bezeichnet den Vorrang der berufsmäßigen Ausübung der vorbehaltenen Tätigkeit für eine bestimmte Berufsgruppe unter bestimmten Voraussetzungen.

Eine solche Regelung findet sich in § 4 Abs. 1 HebammenG im Verhältnis zwischen Ärzten und Hebammen.

Zur Ergänzung sei noch auf die folgende Abgrenzung von Tätigkeiten hingewiesen: Von den verschiedenen Arten der vorbehaltenen Tätigkeit zu unterscheiden ist eine Tätigkeit, für die eine bestimmte Berufsgruppe eine spezielle Fachlichkeit erworben hat, so z. B. die Angehörigen der Alten- und Krankenpflegeberufe für die Grundpflege nach § 14 Abs. 4 SGB XI. Wenn Angehörige einer anderen Berufsgruppe, die hierfür keine besondere Ausbildung genossen haben, solche Tätigkeiten aus Herkommen oder praktischer Übung oder wegen fachlicher Nähe ausüben, werden diese wie Laien tätig. Ein irgendwie geartetes Vorbehaltsverhältnis besteht in diesem Fall nicht. Dies gilt z. B. auch im Verhältnis von Ärzten zu den Angehörigen der Pflegeberufe bei der Ausübung der genannten Tätigkeiten.

Arten von vorbehaltenen Tätigkeiten		
<i>Art der vorbehaltenen Tätigkeit</i>	anderer Beruf / andere Berufsgruppe	Laien (nicht berufsmäßig tätig)
<i>Absoluter Vorbehalt</i>	ausgeschlossen	ausgeschlossen
<i>Relativer Vorbehalt</i>	ausgeschlossen	nicht ausgeschlossen
<i>Prioritärer Vorbehalt (Vorrang)</i>	grundsätzlich nicht ausgeschlossen, aber anderer Beruf / andere Berufsgruppe kann nur unter bestimmten Voraussetzungen tätig werden	Ausgeschlossen oder nicht ausgeschlossen

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten stellt die *prioritär vorbehaltene Tätigkeit* den mildesten Eingriff im Verhältnis zu den anderen Berufsgruppen und zu den Laien dar, da sie am wenigsten ausschließend wirkt. Diese Form der vorbehaltenen Tätigkeit wird den Kooperationserfordernissen zwischen den an der gesundheitlichen Versorgung Beteiligten dann am ehesten gerecht, wenn aus rechtlichen Gründen nicht ein relativer Vorbehalt, z. B. beim Kernbereich des ärztlichen Handelns, gegeben ist.

4.4.1.3 Berufliche Qualifikationen, Tätigkeitsgebiete und vorbehaltene Tätigkeiten

Die Einrichtung der verschiedenen Arten von vorbehaltenen Tätigkeiten hängt hauptsächlich von der formellen Qualifikation einer Berufsgruppe in horizontaler (= Breite der Qualifikation) und vertikaler (= Höhe der Qualifikation) Hinsicht ab. Weiter hängt sie ab von dem Gebiet, auf dem die Berufsgruppe tätig wird. In den einschlägigen Ge-

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

setzen werden hier unterschiedliche Gebiete genannt oder zumindest vorausgesetzt, so z. B.

- Heilkunde (§ 1 HeilpraktikerG; § 2 Abs. 5 BÄO);
- Humanmedizin (§ 9 Abs. 1 MTAG);
- Geburtshilfe (§ 4 Hebammengesetz).

Gesetzlich kann eine vorbehaltene Tätigkeit nur auf einem bestimmten Tätigkeitsgebiet eingerichtet werden. Die vorbehaltene Tätigkeit kann nicht allgemein über die Tätigkeit eines bestimmten Berufes definiert werden. So wäre es falsch zu sagen, dass etwa die ärztliche Tätigkeit eine vorbehaltene Tätigkeit sei.

Versucht man sich an einem Grundmuster der Herstellung einer Zuordnung von Tätigkeiten anhand der formellen Qualifikation eines Berufes, so ist Voraussetzung für die Einrichtung eines relativen oder prioritären Vorbehaltes, dass diese Berufsgruppe im Verhältnis zu einer anderen Berufsgruppe mit gleicher horizontaler Qualifikation formell höher qualifiziert ist. Die gesetzgeberische Entscheidung, ob ein relativer oder (nur) ein prioritärer Vorbehalt einzurichten ist, ist am Verhältnismäßigkeitsmaßstab zu messen. Bis auf wenige Bereiche, z. B. die als Kernbereich des ärztlichen Handelns definierte Tätigkeit, scheint der prioritäre Vorrang aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, d. h. weil er gegenüber den Angehörigen anderer Gesundheitsfachberufe weniger einschränkend wirkt, geeigneter zu sein als der relative Vorbehalt. Im Vordergrund hat dabei immer der primäre Schutzzweck einer vorbehaltenen Tätigkeit zu stehen, nämlich der Patienten- bzw. Nutzerschutz.

Beispiele für die Ausübung von zunächst einer bestimmten Berufsgruppe vorbehaltenen Tätigkeiten, die dann aufgrund des Hinzutretens einer materiellen Qualifikation auch anderen Berufsgruppen zugewiesen werden, liefern etwa die Ausnahmegesetze in § 10 Nr. 2, 3 und 4 MTAG. Nach diesen Vorschriften dürfen die dort genannten Personen aufgrund ihrer materiellen Qualifikation (Ausbildungsstand oder Dauer der Tätigkeit) bestimmte sonst nur den Angehörigen der MTA-Berufe gemäß § 9 MTAG vorbehaltenen Tätigkeiten ausüben:

§ 10 MTAG

§ 9 Abs. 1 und 2 findet keine Anwendung auf

(...)

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

2. Personen, die sich in einer die erforderlichen Voraussetzungen vermittelnden beruflichen Ausbildung befinden, soweit sie Arbeiten ausführen, die ihnen im Rahmen ihrer Ausbildung übertragen sind,

3. Personen mit einer Erlaubnis nach § 1 Nr. 4, die eine vorbehaltene Tätigkeit auf einem der in § 9 Abs. 1 Nr. 1 genannten Gebiete ausüben, wenn sie nach dem Erwerb der Erlaubnis während eines Zeitraumes von sechs Monaten unter Aufsicht einer der in Nummer 1 oder § 1 Nr. 1 genannten Personen auf diesem Gebiet tätig gewesen sind,

4. Personen mit einer Erlaubnis nach § 1 Nr. 1, die eine vorbehaltene Tätigkeit auf einem der in § 9 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 genannten Gebiete ausüben, wenn sie nach dem Erwerb der Erlaubnis während eines Zeitraumes von sechs Monaten unter Aufsicht einer der in Nummer 1 oder § 1 Nr. 4 genannten Personen auf diesem Gebiet tätig gewesen sind,

Versehen Angehörige der anderen Gesundheitsfachberufe Tätigkeiten, für die sie eine Qualifikation im Rahmen der Heilkunde erworben haben, für die Ärzte nicht speziell ausgebildet werden, erscheint es sinnvoll, hier eine vorbehaltene Tätigkeit für die Angehörigen dieser Berufe einzurichten (vgl. etwa die vorbehaltenen Tätigkeiten in § 9 MTAG). Eine ärztliche Alleinzuständigkeit für alle Bereiche der Heilkunde ist dann nicht geboten.⁴³

In der Diskussion um die Neuverteilung von Aufgaben aus dem ärztlichen Handlungsbereich wird teilweise vorgebracht, dass bestimmte ärztliche Tätigkeiten auch auf nicht-ärztliches Personal übertragen werden können. Hier ist darauf zu achten, dass die Kernbereiche des ärztlichen Handelns schon aus haftungsrechtlichen Gründen nicht übertragbar sind.⁴⁴

Schließlich ist noch auf Tätigkeiten zu verweisen, die außerhalb der Heilkunde liegen und für die Angehörige anderer Gesundheitsfachberufe eine Qualifikation erworben haben. Hier ergibt sich gegenüber den Ärzten kein Vorbehalts- oder Vorrangverhältnis.

4.4.2 Modellvorhaben (§ 63 SGB V)

Im Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung sind Modellvorhaben im Rahmen der Gesetzlichen Krankenversicherung (§§ 63 ff. SGB V) vorgesehen, die zur Ausübung heilkundlicher Tätigkeiten durch die Angehörigen der Alten- und

⁴³ Für nichtärztliche Heilberufe soll auch die Akademisierung der Ausbildung zu einer höheren formellen Qualifikation beitragen, s. dazu die Modellklauseln in § 4 Abs. 7 Satz 4 AltPflG/KrPflG. S. für die Pflegeberufe jetzt Deutscher Bildungsrat für Pflegeberufe (Hrsg.), 2010, S. 24 ff.

⁴⁴ Offermanns, et al., 2008. S. auch das bei Augsten, et al., 2010 geschilderte Beispiel der Übernahme ärztlicher Tätigkeiten durch die Aufnahmekoordination, in dem die ärztliche Anamnese auf nicht-ärztliches Personal übertragen worden ist.

Krankenpflegeberufe führen. Dazu wird eine entsprechende berufsrechtliche Verknüpfung im KrPflG und im AltPflG hergestellt.

4.4.2.1 Struktur der Regelung

Die Struktur der Verknüpfung der Modellvorhaben mit den berufs- und ausbildungsrechtlichen Regelungen stellt sich zusammenfassend wie folgt dar:

- Die Krankenkassen und ihre Verbände vereinbaren Modellvorhaben im Rahmen der Gesetzlichen Krankenversicherung (§ 63 Abs. 1 SGB V).
- Es werden zwei neue Typen von Modellvorhaben eingeführt, die für die Angehörigen der Pflegeberufe von Bedeutung sind:
 - o Modellvorhaben zur Verordnung von Verbandsmitteln und Pflegehilfsmitteln sowie zur inhaltlichen und zeitlichen Ausgestaltung der häuslichen Krankenpflege. Hier darf es sich nicht um eine selbständige Ausübung von Heilkunde handeln (§ 63 Abs. 3b SGB V).
 - o Modellvorhaben zur Übertragung der ärztlichen Tätigkeiten, bei denen es sich um selbständige Ausübung von Heilkunde handelt und für die nach § 4 Abs. 7 KrPflG und AltPflG eine besondere Ausbildung existiert. Der Gemeinsame Bundesausschuss legt in Richtlinien fest, bei welchen Tätigkeiten eine Übertragung von Heilkunde erfolgen kann (§ 63 Abs. 3c SGB V).
- In den Berufsgesetzen wird die Berechtigung zur Ausübung heilkundlicher Tätigkeiten für die aufgrund einer Ausbildung nach § 4 Abs. 7 KrPflG und AltPflG vermittelten erweiterten Kompetenzen gegeben.
- Die Verknüpfung zwischen Tätigkeiten in den Modellvorhaben und Ausbildung wird in § 3 KrPflG und AltPflG hergestellt. Hierfür sollen die Ausbildungsstätten das Nähere regeln. Die Ausbildungsdauer ist entsprechend zu verlängern. Die Ausbildung kann auch an Hochschulen stattfinden.
- Die weitere Verknüpfung wird mit einer Vorschrift zum Ausbildungsmodellvorhaben hergestellt (§ 4 Abs. 7 KrPflG und AltPflG). Die Ausbildungspläne der Ausbildungsstätten sind vom BMG im Einvernehmen mit dem BMFSFJ zu genehmigen.

4.4.2.2 Veränderung von Aufgabenverteilungen

Mit dem Modellvorhaben nach § 63 Abs. 3b SGB V werden die Aufgaben und Kompetenzen der Pflegeberufe und damit das Leistungsspektrum der ambulanten Dienste erweitert. Die Modellvorhaben nach § 63 Abs. 3c SGB V führen zur eigenständigen Leistungserbringung der Pflegeberufe.⁴⁵

Diese Regelungen können auch als ein erster Schritt zur berufsrechtlichen Wahrnehmung der Pflegerealität und der Erfordernisse der Praxis gesehen werden.

4.4.2.3 Beispiel für die rechtlichen Anforderungen an veränderte Aufgabenverteilungen bei den Gesundheitsfachberufen

Unter dem Gesichtspunkt notwendiger Veränderungen der Aufgabenverteilung zwischen den Gesundheitsfachberufen zeigen diese Regelungen die rechtlichen Schwierigkeiten solcher Veränderungen. Es findet hier eine ungewöhnliche Verknüpfung des Berufsrechts (durch Modellvorhaben in der Ausbildung) mit dem Sozialleistungsrecht (durch Modellvorhaben in der Gesetzlichen Krankenversicherung) statt.

Verfassungsrechtlich erhebt sich das Problem, dass diese Regelungen insofern problematisch sind, als sie wegen des Charakters des Modellvorhabens einen auf bestimmte Berufsangehörige begrenzten und damit ungleichen Zugang zu den damit eröffneten Berufschancen bieten. Deswegen muss die Geeignetheit des Instrumentes des Modellvorhabens hier in Frage gestellt werden.

4.5 Beispiele für die Kooperation von Gesundheitsfachberufen

4.5.1 Der Hausarzt in stationären Pflegeeinrichtungen als Beispiel der Notwendigkeit der Kooperation und Kooperation zwischen Gesundheitsfachberufen

4.5.1.1 Vorbemerkung

Die rechtlichen Fragen der Stellung des Hausarztes in stationären Pflegeeinrichtungen sollen hier als ein Beispiel für die rechtlichen Anforderungen an die Kooperation zwischen Gesundheitsfachberufen erörtert werden. Die Thematik ist seit langem bekannt und ist in jüngerer Zeit wieder besonders in den Vordergrund gerückt worden.⁴⁶

⁴⁵ S. die Gesetzesbegründung Deutscher Bundestag, Drucksache 16/7439, S. 97.

⁴⁶ S. die sehr fundierte Veröffentlichung im GEK-Pflegereport 2008 mit dem Schwerpunktthema der Medizinischen Versorgung im Heim Rothgang, et al., 2008, sowie Sauerbrey, 2008, der auf eine Studie von 2005 Bezug nimmt (Hallauer, et al., 2005).

4.5.1.2 Problemstellung

Zunächst ist hier die Struktur der Problemstellungen aufzuzeigen, bevor auf die rechtlichen Lösungsmöglichkeiten eingegangen wird:

- *Versorgungszugang*: Kommt Arzt ins Heim?
- *Versorgungsqualität*: Kann Arzt die speziellen medizinischen Bedürfnisse in einer stationären Situation hinreichend erfassen?
- *Durchführung der Versorgung*:
 - o Wie stimmt sich Arzt hinsichtlich seines Patienten mit Pflegedienstleitung und Pflegepersonal ab? Welches rechtliche Verhältnis ist gegeben? Hilfspersonal? Delegation?
 - o Wie stellt sich diese Situation dar, wenn mehrere Ärzte mehrere Patienten versorgen? (z. B. in Hinblick auf Medikamentengabe)
- *Finanzierung*: Wer finanziert die Intervention des Arztes im Heim?

Aus früheren Studien⁴⁷ ergeben sich noch folgende Hinweise auf die zugrunde liegende Situation:

- Besuche außerhalb von Arztpraxen: 20% der Bewohner
- Ärztliche Versorgung fast ausschließlich durch niedergelassene Ärzte
- Veranlassung der Arztbesuche durch Pflegepersonal; Angehörige und Betreuer nicht involviert
- Vielzahl der Allgemeinmediziner erschwert medizinische Behandlung
- Erhebliche Lücken in der fachärztlichen Versorgung
- Versorgungsrate mit spezifischer Medikation mit erheblichen Unterschieden
- Bedarf an Unterstützung der Ärzte durch medizinische Expertise der Pflegekräfte

4.5.1.3 Rechtliche Situation vor der Rechtsänderung durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz

Im Folgenden werden nur die Rechtsfragen aufgeführt, die bei der ärztlichen Versorgung von Einrichtungsbewohnern als Mitglieder einer gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung auftauchen.

Die ärztliche Versorgung in stationären Pflegeeinrichtungen gilt als ambulante ärztliche Versorgung. Die ambulante ärztliche Versorgung wird durch niedergelassene Ärzte (Vertragsärzte) durchgeführt (§ 95 Abs. 1 SGB V). Pflegebedürftige Patienten in stationären Pflegeeinrichtungen haben freie Arztwahl (§ 76 Abs. 1 SGB V).

⁴⁷ Hallauer, et al., 2005 S. 45 ff.; Sauerbrey, 2008.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Ambulante ärztliche Versorgung kann meinen, dass der Patient zum Arzt in die Praxis oder dass der Arzt zum Patienten kommt (Hausbesuch). Also gilt die ärztliche Versorgung in Einrichtungen als Hausbesuch. Diese ist vom Sicherstellungsauftrag umfasst (§ 72 SGB V).

In Hinblick auf die Kooperation mit dem Pflegepersonal und dem anderen Personal in der Einrichtung kann der Arzt die Hilfeleistungen anderer Personen in Anspruch nehmen unter der Voraussetzung, dass er sie anordnet und die Verantwortung hierfür trägt (§ 15 Abs. 1 Satz 1 SGB V).

Die Verpflichtung der Pflegeeinrichtung bzw. des Personals der Pflegeeinrichtung, auf Anordnung des Arztes tätig zu werden, ist nicht Gegenstand des Versorgungsvertrages der Einrichtung (§§ 71, 72 SGB XI). Gegenstand ist (nur) die Behandlungspflege. Diese ist als Leistungsinhalt (§ 43 Abs. 2 SGB XI) und als Leistungsauftrag definiert. Sie wird als Leistungsbestandteil als medizinische Behandlungspflege, soweit kein Anspruch nach § 37 SGB V besteht, finanziert (§ 83 Abs. 1 Satz 3 SGB XI).

Soweit also Leistungen der Behandlungspflege durch den Arzt angeordnet werden, sind sie Gegenstand der Leistungen der Pflegeversicherung (SGB XI). Andere ärztliche Leistungen sind Gegenstand der Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V).

In berufsrechtlicher Hinsicht ist es Angehörigen der Kranken- und Altenpflegeberufe möglich, Tätigkeiten auf ärztliche Anordnung hin durchzuführen.

Diese Rechtslage vor der Rechtsänderung durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz hat die spezielle Heimsituation bei der ärztlichen Versorgung nicht im Blick gehabt. Zwar war es möglich, bei Versorgungsproblemen eine Ermächtigung als Heimarzt zu erhalten, dies aber nur, wenn die Versorgung durch niedergelassene Ärzte nicht gewährleistet war (§ 95 Abs. 4 SGB V):

§ 31 Ärzte-ZV

(1) Die Zulassungsausschüsse können über den Kreis der zugelassenen Ärzte hinaus weitere Ärzte, insbesondere in Krankenhäusern und Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation, oder in besonderen Fällen Einrichtungen zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ermächtigen, sofern dies notwendig ist, um

a) eine bestehende oder unmittelbar drohende Unterversorgung abzuwenden oder

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

b) einen begrenzten Personenkreis zu versorgen, beispielsweise Rehabilitanden in Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation oder Beschäftigte eines abgelegenen oder vorübergehenden Betriebes.

In der Praxis ist diese Vorschrift jedoch für die Ermächtigung als Heimarzt kaum zum Zuge gekommen, da die niedergelassenen Ärzte vorgebracht haben, dass die Versorgung durch sie wahrgenommen werden kann.

4.5.1.4 Rechtliche Situation nach der Rechtsänderung durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz

Mit dem Pflege-Weiterentwicklungsgesetz⁴⁸ wurde eine Verbesserung der heimärztlichen Versorgungsmöglichkeiten angestrebt (§ 119b SGB V). Durch die Neuregelung sollen der Versorgungszugang und die Versorgungsqualität verbessert werden:

§ 119b Ambulante Behandlung in stationären Pflegeeinrichtungen

Stationäre Pflegeeinrichtungen können einzeln oder gemeinsam bei entsprechendem Bedarf unbeschadet des § 75 Abs. 1 Kooperationsverträge mit dafür geeigneten vertragsärztlichen Leistungserbringern schließen. Auf Antrag der Pflegeeinrichtung hat die Kassenärztliche Vereinigung zur Sicherstellung einer ausreichenden ärztlichen Versorgung von pflegebedürftigen Versicherten in der Pflegeeinrichtung Verträge nach Satz 1 anzustreben. Kommt ein Vertrag nach Satz 1 nicht innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach Zugang des Antrags der Pflegeeinrichtung zustande, ist die Pflegeeinrichtung vom Zulassungsausschuss zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung der pflegebedürftigen Versicherten in der Pflegeeinrichtung mit angestellten Ärzten, die in das Arztregister eingetragen sind und geriatrisch fortgebildet sein sollen, zu ermächtigen; soll die Versorgung der pflegebedürftigen Versicherten durch einen in mehreren Pflegeeinrichtungen angestellten Arzt erfolgen, ist der angestellte Arzt zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung der pflegebedürftigen Versicherten in den Pflegeeinrichtungen zu ermächtigen. Das Recht auf freie Arztwahl der Versicherten in der Pflegeeinrichtung bleibt unberührt. Der in der Pflegeeinrichtung tätige Arzt ist bei seinen ärztlichen Entscheidungen nicht an Weisungen von Nichtärzten gebunden. Er soll mit den übrigen Leistungserbringern eng zusammenarbeiten.

In der ursprünglich im Gesetzgebungsverfahren vorgesehenen Regelung war nur die Ermächtigung als Heimarzt beabsichtigt:

„§ 119b Ambulante Behandlung in stationären Pflegeeinrichtungen

Stationäre Pflegeeinrichtungen sind vom Zulassungsausschuss zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung von pflegebedürftigen Versicherten in der Pflegeeinrichtung zu ermächtigen, soweit eine ausreichende ärztliche Versorgung dieser Versicher-

⁴⁸ Art. 6 des Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz) vom 28.05.2008 (BGBl. I S. 874), s. hierzu Igl, 2008a.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

ten ohne einen in der Pflegeeinrichtung tätigen angestellten Arzt, der in das Arztregister eingetragen und geriatrisch fortgebildet ist, durch niedergelassene Ärzte im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung (§ 73b), der besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung (§ 73c), der integrierten Versorgung (§ 140a) oder anderer Kooperationsverträge nicht sichergestellt ist. Der in der Pflegeeinrichtung tätige Arzt ist bei seinen ärztlichen Entscheidungen nicht an Weisungen von Nichtärzten gebunden. Er soll mit den übrigen Leistungserbringern eng zusammenarbeiten.“

In der Gesetzesbegründung⁴⁹ zur ursprünglichen Fassung der Vorschrift wird dazu ausgeführt:

„Die Vorschrift ergänzt die bereits nach geltendem Recht möglichen Kooperationen zwischen Pflegeheimen und niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten. Solche Kooperationen haben sich vielfach bereits etabliert und funktionieren, zum Beispiel in Form von Netzwerken. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die durch das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz vom 22. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3439) geschaffene verbesserte Möglichkeit der Gründung von Zweigpraxen. Auch mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26. März 2007 (BGBl. I S. 378) wurden den Pflegeheimen zusätzliche Möglichkeiten zur Kooperation mit Vertragsärztinnen und Vertragsärzten eingeräumt (zum Beispiel als so genannte Managementgesellschaft im Rahmen von Verträgen nach den §§ 73b und 73c).“

Auch diese Regelung zur Erleichterung der ärztlichen Versorgung in stationären Pflegeeinrichtungen zeigt, welche rechtlichen Maßgaben bei Veränderungen in der Kooperation zwischen Gesundheitsfachberufen und hier speziell auch mit Pflegeeinrichtungen zu beachten sind. Hier waren es Vorschriften des Leistungserbringungsrechts der Vertragsärzte im SGB V, also Vorschriften des indirekten Berufsrechts, die entsprechend anzupassen waren.

4.5.2 Kooperation mit anderen Gesundheitsfachberufen – Wahrnehmung von Poolkompetenzen

4.5.2.1 Das Modell der Poolkompetenzen

In Hinblick auf die Kooperation mit anderen Gesundheitsfachberufen hat der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen in seinem Gutachten 2007 für die Zusammenarbeit von Gesundheitsfachberufen weniger auf die Einräumung von Vorbehaltsaufgaben als auf das Modell der Poolkompetenzen verwiesen:⁵⁰

⁴⁹ Deutscher Bundestag, Drucksache 16/7439, S. 97.

⁵⁰ Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, 2007, S. 40, RdNr. 13; Gensichen, et al., 2006.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

„Poolkompetenzen, die jeweils einer Gruppe von entsprechend ausgebildeten Gesundheitsberufen eine Tätigkeitsausführung ermöglichen, sind z. B. für eine Verteilung der Aufgaben in den Bereichen Case Management oder Prävention geeigneter.“

Dieses Modell des Rückgriffs auf Poolkompetenzen eignet sich für Aufgabengebiete, die von mehreren Gesundheitsberufen abgedeckt werden können. Dabei geht es z. B. um Aufgaben in der Patientenschulung und -beratung, dem Case Management oder der Prävention. Zum Einsatz kommt dieses Modell beispielsweise im ambulanten multiprofessionellen Team in der Versorgung chronisch Kranker.

4.5.2.2 Rechtsfragen

Aus rechtlicher Sicht erfordert dieser Ansatz wichtige Klarstellungen in Hinblick auf Kompetenzzuweisungen im Zusammenhang der jeweiligen Fachlichkeit der beteiligten Berufe und haftungsrechtliche Klarstellungen. Diese Klarstellungen sind bis jetzt noch nicht getroffen worden. Allgemein ist dazu Folgendes zu sagen:

Das direkte Berufsrecht der Gesundheitsfachberufe enthält keine Beschreibung der Kernkompetenzen, sondern in der Regel nur Ausbildungsziele.⁵¹ Nur für diejenigen Berufe, die vorbehaltene Tätigkeiten ausüben, enthält es auch Beschreibungen der jeweiligen vorbehaltenen Tätigkeit. Solche Berufe stellen sich damit bei der Kooperation mit anderen Gesundheitsfachberufen „im Pool“ besser, weil ihre Kompetenzen klar beschrieben sind. Allerdings widerspricht diese Besserstellung wiederum den Intentionen, die der Sachverständigenrat in der Abkehr von vorbehaltenen Aufgaben vorträgt.⁵² Rechtlich problematisch stellt sich deswegen die Situation der anderen „im Pool“ beteiligten Berufe dar, für die keine vorbehaltenen Aufgaben existieren. Für diese müssten entsprechende Änderungen der Berufsgesetze vorgesehen werden.

Haftungsrechtlich ist die Zusammenarbeit verschiedener Gesundheitsfachberufe bei Wahrnehmung des Poolkompetenz-Ansatzes weitestgehend ungeklärt. Im Haftungsrecht, d. h. vor allem im Arzthaftungsrecht, werden zurzeit erst die Fragen der Delegation ärztlicher Leistungen angegangen. Literatur⁵³ und Rechtsprechung stehen hier erst am Anfang einer grundsätzlich zu führenden rechtswissenschaftlichen Debatte.

⁵¹ S. dazu schon oben Abschnitt 3.3.1.

⁵² S. Anm. 50.

⁵³ Ratzel, 2008; Sträßner, 2008.

4.5.2.3 Anforderung an eine öffentlich-rechtliche Strukturierung des Poolkompetenz-Ansatzes

4.5.2.3.1 Forderungen im Gutachten des Sachverständigenrates von 2007

Die im Gutachten des Sachverständigenrates (2007) dargelegten Vorstellungen zur Poolkompetenz in multiprofessionellen ambulanten Teams⁵⁴ sind bisher öffentlich-rechtlich noch nicht abgebildet worden. Im Sachverständigenratsgutachten werden die Dimensionen aufgeführt, die einer öffentlich-rechtlichen Würdigung bedürften. Diese sind:⁵⁵

- Gezielte Gestaltung der Leistungserbringung und Versorgungsabläufe, insbesondere durch eine effektive Neugestaltung der Aufgabenverteilung im Versorgungsteam, durch Implementierung von Case Management Elementen oder Chroniker-Sprechstunden. Damit wird die Dominanz der akutmedizinischen Versorgung zu Gunsten der geplanten, vorausschauenden Versorgung von Chronikern durchbrochen. Voraussetzung ist eine entsprechende Neuorientierung des gesamten Versorgungsteams.
- Strukturierte Unterstützung des gesamten Praxisteam, z. B. durch evidenzbasierte Leitlinien, und des Patienten, z. B. durch Patientenversionen der entsprechenden Leitlinien.
- Einsatz von Informationstechnologie und klinischen Informationssystemen zur Unterstützung der Patientenschulung, Planung und Organisation der Versorgung sowie zum Monitoring.

Voraussetzung hierfür ist die Beschreibung der Poolkompetenzen:⁵⁶

Neben den Kernkompetenzen existieren Aufgabengebiete, die von mehreren Gesundheitsberufen abgedeckt werden. Dabei kann z. B. an die psychosoziale Betreuung oder das Case Management und Bereiche der Prävention gedacht werden. Diese Gemeinsamkeiten der Gesundheitsberufe müssen identifiziert und als Poolkompetenzen beschrieben werden. Eine Zuordnung dieser interdisziplinären Aufgaben zu lediglich einer Berufsgruppe wäre für ein kooperatives und flexibles Versorgungssystem kontraproduktiv.

Nach Ansicht des Sachverständigenrates sind für eine Neudefinition der Kern- und Poolkompetenzen der verschiedenen Gesundheitsberufe alle Gesundheitsberufe und

⁵⁴ Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, 2007, S. 144 ff., RdNr. 201 ff.

⁵⁵ Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, 2007, S. 147, RdNr. 203.

⁵⁶ Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, 2007, S. 160 f., RdNr. 228.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

auch weitere Akteure des Gesundheitswesens aufgefordert, im Dialog die Gemeinsamkeiten und Abgrenzungen zwischen den Berufsgruppen zu bestimmen.⁵⁷

Mit dieser Aufgabenstellung wird auf ein Grundproblem der rechtlichen Gestaltung von Poolkompetenzen Bezug genommen. Der geforderte berufsgruppenübergreifende Dialog zwischen den Berufsgruppen findet noch nicht politisch wirksam statt. Die Diskussion der Zusammenarbeit von Berufsgruppen wird dominiert von dem Anliegen der Ärzteschaft, bestimmte Tätigkeiten an andere Berufsgruppen zu delegieren. Damit wird aber keine gleichberechtigte berufsfachliche Diskussion der betreffenden Gesundheitsfachberufe befördert.

4.5.2.3.2 Öffentlich-rechtliche Umsetzung

Aus öffentlich-rechtlicher Sicht ist zur Realisierung des Poolkompetenz-Ansatzes Folgendes erforderlich:

4.5.2.3.2.1 Tätigkeitsbeschreibung

Es muss eine Beschreibung der Tätigkeiten, und nicht nur eine Beschreibung der Ausbildungsziele der verschiedenen Gesundheitsfachberufe geschaffen werden. Da dies aufgrund der beschränkten Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Berufsrecht der Heilberufe⁵⁸ nicht möglich ist, bleibt entweder der Weg über die berufsgemeinsame Erstellung einer Muster-Berufsordnung für die betreffenden Heilberufe, die dann landesrechtlich über die Kammern als Berufsordnung festgesetzt wird, oder der Weg über die Gesetzgebungskompetenz der Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG), die in den Sozialversicherungen auch das Leistungserbringungsrecht der Heilberufe umfasst.

Der erstere Weg erscheint schon deswegen als schwierig realisierbar, als die Erstellung einer gemeinsamen Muster-Berufsordnung voraussetzt, dass sich entsprechend legitimierte Berufsverbände hierzu bereit finden. Die rechtlich verbindliche Umsetzung ist insofern problematisch, als die meisten Gesundheitsfachberufe nicht verkammert sind und deswegen keine für die Kammermitglieder verbindlichen Satzungen erlassen können. Bei den als Vereinen organisierten Berufsverbänden könnte allerdings eine privatrechtliche Satzungsbindung erzeugt werden. Eine solche Bindungswirkung könnte nur

⁵⁷ Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, 2007, S. 161, RdNr. 229.

⁵⁸ Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG spricht nur von der Zulassung zu Heilberufen, nicht von der Berufsausübung. S. dazu oben Abschnitt 3.3.3.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

auf freiwilliger Basis erreicht werden, denn kein Angehöriger eines nicht verkammernten Berufes ist verpflichtet, einem Berufsverband beizutreten.⁵⁹

Der Weg über das Leistungserbringungsrecht insbesondere der Gesetzlichen Krankenversicherung ist strukturell bereits über die integrierte Versorgung (§§ 140a ff. SGB V) vorgezeichnet. Allerdings wird dort noch nicht *expressiv verbis* auf Poolkompetenzen abgestellt. Vielmehr geht die integrierte Versorgung nach gegenwärtigem Stand von bereits im Leistungserbringungsrecht des SGB V anerkannten Leistungserbringern aus (vgl. § 140b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V). Deshalb müsste als erste Voraussetzung die leistungserbringungsrechtliche Stellung der verschiedenen am Pool teilnehmenden Angehörigen der Gesundheitsfachberufe definiert und rechtlich ausgestaltet werden. Erst danach wäre zu diskutieren, ob und in welcher Form die rechtliche Struktur der integrierten Versorgung auch für die Schaffung von Poolkompetenzen anzuwenden wäre.

Im Berufszulassungsrecht der Heilberufe, das auch die Mindestanforderungen an das Ausbildungsrecht umfasst, könnte angesichts der beschränkten Gesetzgebungskompetenz des Bundes zumindest im Rahmen der gesetzlichen Regelung von vorbehaltenen Tätigkeiten auch ein Hinweis zu möglichen vorrangigen Tätigkeiten gegeben werden, die sich dann für die Gestaltung von Poolkompetenzen eignen würden. Solche Nennungen von genau beschriebenen vorrangigen Tätigkeiten sind gesetzgebungskompetenzrechtlich ebenso möglich wie die Nennung von vorbehaltenen Tätigkeiten.⁶⁰

4.5.2.3.2 Handlungsbeschreibungen - Leitlinien

Die genauere Beschreibung der jeweiligen Handlungsweisen in einem multiprofessionellen Team könnte dann, wie vom Sachverständigenrat vorgeschlagen,⁶¹ in Leitlinien niedergelegt werden, die von den beteiligten Berufsverbänden zu erarbeiten wären. Dabei wäre auch an eine Verbindlichkeitsklärung durch Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses zu denken.

4.5.2.4 Haftungsrechtliche Klarstellungen

Mit der Ausübung gesundheitsfachberuflicher Tätigkeiten im multiprofessionellen Team wird haftungsrechtliches Neuland betreten. Um die Angehörigen eines solchen

⁵⁹ S. auch für die rechtliche Möglichkeit solcher Verbindlichkeitserklärung § 134a Abs. 2 SGB V.

⁶⁰ S. hierzu im Einzelnen oben Abschnitt 4.4., sowie Igl, 2008, S. 128 ff. Zu möglichen Regelungen in einem Heilberufegesetz s. unten Abschnitt 6.3.3.4.

⁶¹ S. oben Abschnitt 4.5.2.3.1.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Teams haftungsrechtlich zu sichern, ist es erforderlich, dass zumindest öffentlich-rechtlich die Rechtspositionen und Handlungsbefugnisse geklärt sind.

4.5.2.5 Fazit: Bedarf an rechtliche Strukturierung von Poolkompetenzen

Die gesundheitsfachberufliche Arbeit in multiprofessionellen Teams ist öffentlich-rechtlich und zivilrechtlich noch nicht erfasst. Die Feststellung, dass das Recht der Koordination und Kooperation der Gesundheitsfachberufe notleidend ist,⁶² gilt gerade für diese Form gesundheitsfachberuflichen Handelns.

⁶² S. oben Abschnitt 3.4.2.

5 Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer interdisziplinären Kooperation und Aufgabenverschiebung unter den Gesundheitsfachberufen (de lege lata)

5.1 Vorbemerkung

Im Folgenden soll anhand der direkten und indirekten berufsrechtlichen Bindungen bei Ärzten und bei Pflegeberufen exemplarisch gezeigt werden, wie sich die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen einer interdisziplinären Kooperation und Aufgabenverschiebung unter den Gesundheitsfachberufen nach gegenwärtiger Rechtslage (*de lege lata*) darstellen.

5.2 Im direkten Berufsrecht

Das direkte Berufsrecht der Gesundheitsfachberufe begrenzt die Tätigkeiten der Gesundheitsfachberufe auf folgende Weise:

- Eröffnung der Berufsausübung und Berufsbezeichnungsschutz;
- Erlaubnispflichtigkeit der heilkundlichen Tätigkeit;
- Einräumung besonderer vorbehaltenen Tätigkeiten.

5.2.1 Eröffnung der Berufsausübung und Berufsbezeichnungsschutz

5.2.1.1 Ärzte

Die Berufsausübung wird durch die Approbation eröffnet:

§ 2 BÄO

(1) Wer im Geltungsbereich dieses Gesetzes den ärztlichen Beruf ausüben will, bedarf der Approbation als Arzt.

Die Approbation umfasst neben der ärztlichen Ausbildung noch weitere Voraussetzungen:

§ 39 Antrag auf Approbation

(1) Der Antrag auf die Approbation als Arzt ist an die zuständige Stelle des Landes zu richten, in dem der Antragsteller den Zweiten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung bestanden hat. Dem Antrag sind beizufügen:

1. ein kurz gefasster Lebenslauf,
2. die Geburtsurkunde oder ein Auszug aus dem Familienbuch der Eltern, bei Verheirateten auch die Heiratsurkunde oder ein Auszug aus dem für die Ehe geführten Familienbuch,
3. ein Nachweis über die Staatsangehörigkeit des Antragstellers,

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

4. ein amtliches Führungszeugnis, das nicht früher als einen Monat vor der Vorlage ausgestellt sein darf,
5. eine Erklärung darüber, ob gegen den Antragsteller ein gerichtliches Strafverfahren oder ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren anhängig ist,
6. eine ärztliche Bescheinigung, die nicht älter als einen Monat sein darf, aus der hervorgeht, dass der Antragsteller nicht in gesundheitlicher Hinsicht zur Ausübung des Berufs ungeeignet ist und
7. das Zeugnis über die Ärztliche Prüfung.
8. (weggefallen)

Die Berufsbezeichnung ist gesetzlich geschützt:

§ 2a BÄO

Die Berufsbezeichnung "Arzt" oder "Ärztin" darf nur führen, wer als Arzt approbiert oder nach § 2 Abs. 2, 3 oder 4 zur Ausübung des ärztlichen Berufs befugt ist.

Mit diesen Voraussetzungen sollen ordnungsrechtliche Maßgaben (Gesundheit, Straffreiheit) gewährleistet werden, die sich sonst auch im Gewerberecht finden. Die Approbation ist also mehr als nur eine Bescheinigung, dass eine Ausbildung abgelegt worden ist.

Für eine vorübergehende Ausübung der ärztlichen Tätigkeit ist auch die Erteilung einer Erlaubnis vorgesehen (§ 2 Abs. 2 BÄO).

5.2.1.2 Pflegeberufe

Für die Pflegeberufe existiert eine der Approbation nachgebildete Erlaubnis für die Ausübung des Berufes, die an die Führung einer Berufsbezeichnung anknüpft:

KrPflG

§ 1 Führen der Berufsbezeichnungen

(1) Wer eine der Berufsbezeichnungen

1. "Gesundheits- und Krankenpflegerin" oder "Gesundheits- und Krankenpfleger" oder
2. "Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin" oder "Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger" führen will, bedarf der Erlaubnis. (...)

§ 2 Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis

(1) Eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 ist auf Antrag zu erteilen, wenn die Antragstellerin oder der Antragsteller

1. die durch dieses Gesetz vorgeschriebene Ausbildungszeit abgeleistet und die staatliche Prüfung bestanden hat,
2. sich nicht eines Verhaltens schuldig gemacht hat, aus dem sich die Unzuverlässigkeit zur Ausübung des Berufs ergibt,
3. nicht in gesundheitlicher Hinsicht zur Ausübung des Berufs ungeeignet ist und

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

4. über die für die Ausübung der Berufstätigkeit erforderlichen Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt.

(...)

AltPflG

§ 1

Die Berufsbezeichnungen "Altenpflegerin" oder "Altenpfleger" dürfen nur Personen führen, denen die Erlaubnis dazu erteilt worden ist. (...)

§ 2

(1) Die Erlaubnis nach § 1 ist auf Antrag zu erteilen, wenn die antragstellende Person

1. die durch dieses Gesetz vorgeschriebene Ausbildung abgeleistet und die jeweils vorgeschriebene Prüfung bestanden hat,
2. sich nicht eines Verhaltens schuldig gemacht hat, aus dem sich die Unzuverlässigkeit zur Ausübung des Berufs ergibt,
3. nicht in gesundheitlicher Hinsicht zur Ausübung des Berufs ungeeignet ist und
4. über die für die Ausübung der Berufstätigkeit erforderlichen Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt.

Das Altenpflegegesetz schützt die Berufsbezeichnung der "Altenpflegerin" oder "Altenpfleger" (§ 1 AltPflG), indem es eine Erlaubnispflicht mit Rücknahme- und Widerrufsmöglichkeit für das Führen der Berufsbezeichnungen aufstellt (§ 2 Abs. 1 und 2 AltPflG).

Das Krankenpflegegesetz schützt die Berufsbezeichnung der „Gesundheits- und Krankenpflegerin“ oder „Gesundheits- und Krankenpfleger“ oder „Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin“ oder „Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger“ (§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 KrPflG), indem es eine Erlaubnispflicht mit Rücknahme- und Widerrufsmöglichkeit für das Führen der Berufsbezeichnungen aufstellt (§ 2 Abs. 2 und 3 KrPflG).

5.2.2 Vergleichende Zusammenfassung

Ärzte wie Pflegeberufe bedürfen der Approbation bzw. Erlaubnis, um ihre Tätigkeit beruflich auszuüben. Rechtscharakter und rechtliche Wirkungen von Approbation bzw. Erlaubnis sind vergleichbar: Die berufliche Ausübung der jeweiligen Tätigkeiten ist unter Erlaubnisvorbehalt verboten.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Ärzte wie Pflegeberufe genießen einen Berufsbezeichnungsschutz. Das Bundesverfassungsgericht⁶³ sieht in diesen Vorschriften aber nicht nur einen Bezeichnungsschutz, sondern auch eine Regelung zur Berufszulassung.

Das direkte Berufsrecht vermittelt keinen Tätigkeitsschutz in dem Sinn, dass nur die Träger dieser Berufsbezeichnung die Tätigkeiten ausüben dürfen, für die sie ausgebildet worden sind. Vielmehr darf jeder andere diese Tätigkeiten, allerdings ohne diese Berufsbezeichnung, ausführen.

Da der Bezeichnungsschutz nicht mit einem Tätigkeitsschutz gleichzusetzen ist, bedarf es für den Berufsschutz oder für den Schutz einzelner Tätigkeiten im Sinne einer exklusiven Wahrnehmung des Berufes oder der Tätigkeiten besonderer Regelungen. Berufsschutz oder Einräumung einer vorbehaltenen Tätigkeit haben – mit wenigen Ausnahmen – aber nur Wirkung für die berufliche Ausübung, nicht für die nichtberufliche Ausübung. Diese Unterscheidung ist immer dann wichtig, wenn Heilkunde oder Pflege durch Angehörige oder durch bürgerschaftlich Engagierte ausgeübt wird.

5.2.3 Erlaubnispflichtigkeit der heilkundlichen Tätigkeit

5.2.3.1 Ärzte

Der Arzt übt Heilkunde aus:

§ 2 BÄO

(5) Ausübung des ärztlichen Berufs ist die Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung "Arzt" oder "Ärztin".

Was Heilkunde ist, besagt das Heilpraktikergesetz:

§ 1 Abs. 2

Ausübung der Heilkunde im Sinne dieses Gesetzes ist jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienste von anderen ausgeübt wird.

Die Ausübung der Heilkunde ist nicht allein dem Arzt vorbehalten. Dies geht aus dem Heilpraktikergesetz hervor (§ 1 Abs. 1), aber auch aus den berufsrechtlichen Bestimmungen über die Pflegeberufe, die auch auf die Heilkunde Bezug nehmen.

Es gibt keinen Arztvorbehalt für die Ausübung der Heilkunde im direkten Berufsrecht. § 2 Abs. 5 BÄO besagt nur, dass Heilkunde ausgeübt unter einer bestimmten Berufsbe-

⁶³ BVerfG (Altenpflegeurteil) (wie Anm. 14).

zeichnung wird. Von Ausschließlichkeit im Sinne eines Vorbehalts ist in der Vorschrift nicht die Rede.⁶⁴

5.2.3.2 Pflegeberufe

5.2.3.2.1 Krankenpflege als Ausübung der Heilkunde

Die Beschreibung der Aufgaben, für die die Krankenpflegeausbildung befähigen soll, also die Formulierung von Ausbildungszielen, reflektiert die Berufspraxis der Krankenpflege. Damit können aus der Formulierung der Ausbildungsziele in Verbindung mit den dort genannten Aufgaben Rückschlüsse auf die berufliche Tätigkeit gezogen werden. Diese Rückschlüsse sind für die Krankenpflegeberufe eindeutig: Sie üben Heilkunde in verantwortlicher Mitwirkung aus. Dies ist aus der Formulierung „zur verantwortlichen Mitwirkung insbesondere bei Heilung, Erkennung und Verhütung von Krankheiten“ (§ 3 Abs. 1 Satz 1 KrPflG) zu folgern. Zwar ist die zentrale Heilkundevorschrift in § 1 Abs. 2 HeilprG in einer Hinsicht etwas weiter formuliert:

„Ausübung der Heilkunde im Sinne dieses Gesetzes ist jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienste von anderen ausgeübt wird.“

Mit der Bezugnahme auf die Verhütung von Krankheiten ist aber § 3 Abs. 1 Satz 1 KrPflG in dieser Hinsicht weiter gefasst.

Im Zentrum der Ausübung der Heilkunde stehen vor allem die in § 3 Abs. 2 Nr. 2 KrPflG genannten Mitwirkungsaufgaben. Aber auch die in Nr. 1 und Nr. 3 der Vorschrift genannten Aufgaben gehören zur Ausübung der Heilkunde.

Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass die Krankenpflegeberufe Heilkunde ausüben. Die Frage, ob die Krankenpflegeberufe Heilkunde ausüben, ohne dass sie eine Erlaubnis nach dem HeilprG haben, ist hier nicht zu vertiefen. Wenn eine Erlaubnis nach dem HeilprG nur dann erforderlich ist, wenn die heilkundliche Tätigkeit eigenverantwortlich ausgeführt wird, wäre diese Frage zumindest für die Aufgabenbereiche der Krankenpflege zu stellen, die eigenverantwortlich auszuführen sind (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 KrPflG).

5.2.3.2.2 Altenpflege als Ausübung der Heilkunde

Während die Aufgaben und Tätigkeiten, für die in der Krankenpflege ausgebildet wird, ganz überwiegend der Heilkunde zuzurechnen sind, sind dies bei der Altenpflegeausbildung vor allem die in § 3 Satz 2 Nrn. 1 – 3, 5 und 6 aufgeführten Aufgaben, die heil-

⁶⁴ So auch Deutsch, et al., 2008, Rn. 25.

kundlich geprägt sind. Das Bundesverfassungsgericht betrachtet die in den Nrn. 4, 7 und 10 (2. Alternative) genannten Aufgaben als zu den behandlungspflegerischen Bereichen akzessorische Aufgaben zu.⁶⁵ Insgesamt kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass das Altenpflegegesetz dem Berufsbild der Altenpflege einen klaren heilkundlichen Schwerpunkt geben will.⁶⁶

5.2.3.2.3 Modellvorhaben: Weitere Tätigkeiten auf dem Gebiet der Heilkunde

Mit dem Pflege-Weiterentwicklungsgesetz von 2008 sind Modellvorhaben eingeführt worden, nach denen die Kranken- und Altenpflegeberufe auf dem Gebiet der Heilkunde tätig werden können:

§ 63 SGB V

(3b) Modellvorhaben nach Absatz 1 können vorsehen, dass Angehörige der im Krankenpflegegesetz und im Altenpflegegesetz geregelten Berufe

1. die Verordnung von Verbandsmitteln und Pflegehilfsmitteln sowie
2. die inhaltliche Ausgestaltung der häuslichen Krankenpflege einschließlich deren Dauer vornehmen, soweit diese auf Grund ihrer Ausbildung qualifiziert sind und es sich bei der Tätigkeit nicht um selbständige Ausübung von Heilkunde handelt. (...)

(3c) Modellvorhaben nach Absatz 1 können eine Übertragung der ärztlichen Tätigkeiten, bei denen es sich um selbständige Ausübung von Heilkunde handelt und für die die Angehörigen der im Krankenpflegegesetz geregelten Berufe auf Grund einer Ausbildung nach § 4 Abs. 7 des Krankenpflegegesetzes qualifiziert sind, auf diese vorsehen. Satz 1 gilt für die Angehörigen des im Altenpflegegesetz geregelten Berufes auf Grund einer Ausbildung nach § 4 Abs. 7 des Altenpflegegesetzes entsprechend. (...)

5.2.4 Vergleichende Zusammenfassung

Auf dem Gebiet der Heilkunde im Sinne des Heilpraktikergesetzes gibt es keinen Arztvorbehalt. Der Arzt ist hier rechtlich den Heilpraktikern gleichgestellt, die eine Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz haben. Gleiches gilt für die Pflegeberufe. Diese werden, zumindest teilweise, auf dem Gebiet der Heilkunde tätig. Ihre berufliche Tätigkeit ist ebenfalls unter der jeweiligen Berufsbezeichnung erlaubnispflichtig.

5.2.5 Einräumung besonderer vorbehaltener Tätigkeiten

Außerhalb des vorstehend geschilderten Heilkundevorbehalts für Ärzte und Heilpraktiker und der Tätigkeit auf bestimmten Gebieten der Heilkunde seitens der Angehörigen der Kranken- und Altenpflegeberufe existieren noch besondere Tätigkeitsvorbehalte.

⁶⁵ BVerfG (Altenpflegeurteil) (wie Anm. 14).

⁶⁶ BVerfG (Altenpflegeurteil) (wie Anm. 14).

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Dies gilt für die Angehörigen der MTA-Berufe (§ 9 MTA-Gesetz), wobei der Vorbehalt teilweise zugunsten anderer Personen zurückgenommen ist (§ 10 MTA-Gesetz).

Von vorbehaltenen Tätigkeiten kann man auch beim pharmazeutischen Personal sprechen. Nach § 3 Abs. 5 Satz 1 ApBetrO wird die Ausführung pharmazeutischer Tätigkeiten durch nicht-pharmazeutisches Personal verboten:

(5) Es ist verboten, pharmazeutische Tätigkeiten von anderen Personen als pharmazeutischem Personal auszuführen oder ausführen zu lassen, soweit in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist. Die jeweilige Person muss insoweit der deutschen Sprache mächtig sein und über Kenntnis des in Deutschland geltenden Rechts verfügen, wie es für die Ausübung ihrer jeweiligen Tätigkeit notwendig ist. Pharmazeutische Tätigkeiten, die von den in Absatz 3 Nr. 2 bis 4, 7 und 9 genannten Personen ausgeführt werden, sind vom Apothekenleiter zu beaufsichtigen oder von diesem durch einen Apotheker beaufsichtigen zu lassen. Die in Absatz 3 Nr. 9 genannten Personen dürfen keine Arzneimittel abgeben.

Ein weiteres Verbot gilt für das Inverkehrbringen von Arzneimitteln nach § 17 Abs. 1 ApBetrO:

§ 17 Inverkehrbringen von Arzneimitteln und der apothekenüblichen Waren

(1) Arzneimittel dürfen, außer im Falle des § 11a des Apothekengesetzes und des Absatzes 2a, nur in den Apothekenbetriebsräumen in den Verkehr gebracht und nur durch pharmazeutisches Personal ausgehändigt werden.

Ein Verstoß gegen diese Verbote stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 34 ApBetrO).

Mit diesen Verboten werden dem pharmazeutischen Personal vorbehaltene Tätigkeiten geschaffen, ohne dass diese vom Gesetz so bezeichnet werden, wie das bei anderen Gesundheitsfachberufen der Fall ist, wenn vorbehaltene Tätigkeiten eingeräumt werden. Der Vorbehalt gilt nicht nur für die pharmazeutisch-technischen Assistenten, sondern für das pharmazeutische Personal insgesamt. Dies stellt einen absoluten auf mehrere Berufsgruppen bezogenen Vorbehalt dar. Laien, auch wenn sie nicht berufsmäßig tätig werden, sind von dieser Tätigkeit ausgeschlossen.⁶⁷

5.2.6 Auswirkungen der Begrenzungen von Tätigkeiten auf Kooperation und Aufgabenverschiebung

Das direkte Berufsrecht der Gesundheitsfachberufe begrenzt die Tätigkeiten der Gesundheitsfachberufe durch die Vorschriften über die Eröffnung der Berufsausübung und Berufsbezeichnungsschutz, die Erlaubnispflichtigkeit der heilkundlichen Tätigkeit und durch die Einräumung besonderer vorbehaltener Tätigkeiten. Gleichzeitig werden

⁶⁷ S. dazu oben Abschnitt 4.4.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

durch diese Regelungen die Tätigkeiten dieser Berufe bestimmt. Dabei ist allerdings zu unterscheiden, ob diese Regelungen als Ausbildungsvorschriften gefasst sind. Dann kann aus den dort niedergelegten Ausbildungszielen nur indirekt auf eine bestimmte Tätigkeit geschlossen werden. Sind diese Regelungen als Tätigkeitsregelungen im Sinne der Berufsausübung gefasst, wie es bei den vorbehaltenen Aufgaben der Fall ist, kann aus diesen Regelungen direkt der Schluss auf die Tätigkeit gezogen werden.

Beschreibungen von Tätigkeiten setzen die Beschreibung des Handlungsgebietes voraus. So steht der Begriff der Heilkunde oder auch der Humanmedizin für solche Handlungsgebiete. Innerhalb dieses Gebietes können dann wieder einzelne Tätigkeiten beschrieben werden oder solche Tätigkeiten bei berufsmäßiger Ausübung geschützt werden (Berufsbezeichnungsschutz).

Die Kooperation der Gesundheitsfachberufe auf dem Gebiet der Heilkunde oder anders beschriebenen Gebieten setzt also berufsrechtlich voraus, dass den Gesundheitsfachberufen bestimmte Tätigkeiten zugewiesen werden. Ob diese Tätigkeiten dann einem Gesundheitsfachberuf exklusiv oder partiell exklusiv im Sinne der Einräumung einer vorbehaltenen Tätigkeit zugewiesen werden, ist anhand des Maßstabes der Gesundheitsschutzbelange zu entscheiden.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es nicht genügt, nur eine Aufgabenbeschreibung vorzunehmen. Aufgaben, z. B. die Heilung eines Patienten, werden durch Tätigkeiten, d. h. durch individuelle oder kooperativ abgestimmte Handlungen von Personen, erfüllt.

Die Frage, ob Aufgabenverschiebungen zwischen den Gesundheitsfachberufen vorgenommen werden können, ist, vor diesem Hintergrund gesehen, rechtlich so zu beantworten, dass eine Aufgabenverschiebung nur bei entsprechender Veränderung und Anpassung der Ausbildung möglich ist. Aber auch bei einer Aufgabenverschiebung ist es erforderlich, die jeweiligen Tätigkeiten, die der Aufgabenerfüllung dienen, zu beschreiben.

5.3 Im indirekten Berufsrecht

Das indirekte Berufsrecht begrenzt die Tätigkeiten Gesundheitsfachberufe in drei rechtlichen Dimensionen:

- im zivilen Haftungsrecht;

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

- im Strafrecht;
- im Recht der Sozialleistungserbringung.

5.3.1 Ziviles Haftungsrecht

Im zivilen Haftungsrecht sind die Grenzen einer Delegation medizinischer Leistungen vom Arzt auf anderes Fachpersonal wie folgt festgelegt:⁶⁸

„1. Es gibt einen Kernbereich medizinischer Behandlung, der nicht delegierbar ist. Behandlungsmaßnahmen, die wegen

- ihrer Schwierigkeiten
- ihrer Gefährlichkeit oder
- der Unvorhersehbarkeit etwaiger Reaktionen

professionelles ärztliches Fachwissen voraussetzen, sind vom Arzt persönlich durchzuführen und nicht delegationsfähig. Einen Katalog derartiger Kernleistungen hat die Rechtsprechung nicht erarbeitet, sondern immer den Einzelfall entschieden.

2. Im übrigen ist in der arbeitsteiligen Medizin Delegation und Substitution zulässig, soweit sie nicht den Kernbereich, also insbesondere Diagnostik, Differenzialdiagnostik und Therapie nach unverzichtbarem ärztlichem Standard betreffen.

3. Eine Delegation ist unzulässig, wenn nach medizinischem Wissen eine Delegation auf einen Nichtarzt eine konkrete Gefährdung für die Gesundheit des Patienten entsteht und der Arzt nicht bei der Erbringung dergestalt mitwirkt, dass die Leistung insgesamt als solche des Arztes erkennbar ist.

4. Zum Schutz des Patienten hat die Rechtsprechung dem Krankenhausträger umfassende Organisationspflichten auferlegt. Der Krankenhausträger hat die Pflicht, ausreichend qualifiziertes ärztliches und nicht ärztliches Personal zur Verfügung zu stellen, anzuleiten, zu überwachen und weiterzubilden. Im übrigen hat in jeder Behandlungsphase ein qualifizierter Arzt bereit zu stehen, um die notwendigen Anweisungen zu geben, zu überwachen und ggf. zu intervenieren.

5. Im übrigen ist festzuhalten, dass derjenige, der eine Aufgabe ohne berechtigtes Vertrauen in seine Fähigkeiten und Möglichkeiten oder gar in Erkennbarkeit dessen, dass die übernommene Aufgabe die Grenzen seiner Fähigkeiten und Möglichkeiten übersteigt, es übernimmt, aus Übernahmeverschulden zu haften hat. Die Übernahme einer Leistung, die die persönlichen Fähigkeiten des die Aufgabe Übernehmenden übersteigt, stellt einen Qualitätsmangel dar, der zum Schadensersatz verpflichtet.“

Das zivile Haftungsrecht ist neben dem sozialrechtlichen Leistungserbringungsrecht dasjenige Rechtsgebiet, das das berufliche Handeln der Gesundheitsfachberufe am stärksten beeinflusst. Dies gilt insbesondere für das Handeln des ärztlichen Berufes.

⁶⁸ Die Darstellung stammt von Sträßner, 2009.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Hier hat sich mit dem Arzthaftungsrecht schon ein besonderes haftungsrechtliches Gebiet durch die höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelt, obwohl das Arzthaftungsrecht im Verhältnis zum sonstigen Haftungsrecht nicht über berufsspezifische rechtliche Grundlagen im Sinne von besonderen gesetzlichen Regelungen verfügt.

Für die anderen Gesundheitsfachberufe hat sich das Haftungsrecht nicht auf diese Weise entwickelt. Haftungsrechtliche Fragen werden für diese Berufe, d. h. vor allem die Pflegeberufe und die MTA-Berufe, im Wesentlichen unter dem Gesichtspunkte der Delegation ärztlicher Tätigkeiten auf nicht-ärztliche Berufe artikuliert.⁶⁹

Für die Frage der Kooperation zwischen den Gesundheitsfachberufen muss auch das zivile Haftungsrecht schon wegen seiner Praxiswirksamkeit in den Blick genommen werden. Auch wenn sich dieser Rechtsbereich vor allem auf die ärztliche Tätigkeit und die Probleme der Delegation ärztlicher Tätigkeiten auf nicht-ärztliche Berufe bezieht, ist doch seine prägende Wirkung für die Praxis nicht zu unterschätzen.

5.3.2 Strafrecht

Therapeutisches Handeln kann auch Eingriffe in die körperliche Integrität einer Person bedingen. Der Eingriff in die körperliche Integrität erfüllt strafrechtlich den Tatbestand der Körperverletzung (§ 223 StGB). Dieser Eingriff wird jedoch durch die Einwilligung des Patienten oder im Notfall gerechtfertigt.

5.3.3 Recht der Sozialleistungserbringung

5.3.3.1 Ärzte (SGB V)

Für den Großteil der Ärzte ist angesichts der Tatsache, dass etwa 86% der Bevölkerung in der Gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind, der Zugang zur Leistungserbringung in diesem System existenzentscheidend. Der Zugang zur Leistungserbringung ist aber an weitere Ausbildungsvoraussetzungen geknüpft, die im Leistungserbringungsrecht des SGB V geregelt sind.

§ 95 Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung

(1) An der vertragsärztlichen Versorgung nehmen zugelassene Ärzte und zugelassene medizinische Versorgungszentren sowie ermächtigte Ärzte und ermächtigte Einrichtungen teil.

⁶⁹ Zur gesamten Problematik s. jüngst Sträßner, 2008.

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Zur Zulassung als Vertragsarzt muss sich der Arzt in ein Arztregister eintragen lassen (§ 95 Abs. 2 SGB V). Diese Eintragung ist wiederum an bestimmte Ausbildungsvoraussetzungen geknüpft, die in der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) geregelt sind.

§ 3 Ärzte-ZV

(2) Voraussetzungen für die Eintragung sind

- a) die Approbation als Arzt,
- b) der erfolgreiche Abschluß entweder einer allgemeinmedizinischen Weiterbildung oder einer Weiterbildung in einem anderen Fachgebiet mit der Befugnis zum Führen einer entsprechenden Gebietsbezeichnung oder der Nachweis einer Qualifikation, die gemäß § 95a Abs. 4 und 5 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch anerkannt ist.

(3) Eine allgemeinmedizinische Weiterbildung im Sinne von Absatz 2 Buchstabe b ist nachgewiesen, wenn der Arzt nach landesrechtlichen Vorschriften zum Führen der Facharztbezeichnung für Allgemeinmedizin berechtigt ist und diese Berechtigung nach einer mindestens fünfjährigen erfolgreichen Weiterbildung in der Allgemeinmedizin bei zur Weiterbildung ermächtigten Ärzten und in dafür zugelassenen Einrichtungen erworben hat.

Die Nennung im Arztregister ist der Ausweis für die Zulassung als Vertragsarzt:

§ 2 Ärzte-ZV

(1) Das Arztregister muß die Angaben über die Person und die berufliche Tätigkeit des Arztes enthalten, die für die Zulassung von Bedeutung sind.

Die Zulassung als Vertragsarzt ist damit in ihrem Charakter eine sozialleistungserbringungsrechtliche Voraussetzung. Allerdings ist die Aufteilung der Ausbildungsanforderungen an den Arzt im direkten und indirekten Berufsrecht in der ÄApprO und in der Ärzte-ZV etwas ungewöhnlich.

Das SGB V ist auch so konzipiert, dass es die Krankenbehandlung grundsätzlich in die Hand des Arztes legt (§§ 15 Abs. 1, 27, 28 SGB V).

§ 15 SGB V

(1) Ärztliche oder zahnärztliche Behandlung wird von Ärzten oder Zahnärzten erbracht, soweit nicht in Modellvorhaben nach § 63 Abs. 3c etwas anderes bestimmt ist. Sind Hilfeleistungen anderer Personen erforderlich, dürfen sie nur erbracht werden, wenn sie vom Arzt (Zahnarzt) angeordnet und von ihm verantwortet werden.

Daraus wird in der Rechtsprechung der sog. Arztvorbehalt im Recht der Krankenbehandlung nach dem SGB V gefolgert.⁷⁰

⁷⁰ Vgl. Wenner, 2008, S. 23.

5.3.3.2 Pflegeberufe (SGB V und SGB XI)

Für die Angehörigen der Pflegeberufe existiert kein besonderes Zulassungssystem im SGB V und SGB XI. Im SGB XI werden Pflegeeinrichtungen (§ 71 SGB XI), ausnahmsweise auch Einzelpersonen (§ 77 SGB XI), zur pflegerischen Versorgung zugelassen. Im SGB V, insbesondere in der häuslichen Krankenpflege (§ 37 SGB V), sind ebenfalls Voraussetzungen für den Zugang zur Leistungserbringung gegeben (vgl. § 132a SGB V).

5.3.3.3 Vergleichende Zusammenfassung

Ärzten wird der Zugang zur Leistungserbringung im SGB V in einem besonderen Zulassungsverfahren eröffnet, das in rechtssystematisch ungewöhnlicher Weise auch noch erhebliche zusätzliche Ausbildungsvoraussetzungen vorsieht. Die zusätzliche Ausbildungszeit des Vertragsarztes ist im Verhältnis zur Ausbildungszeit des (nur) approbierten Arztes erheblich verlängert. Im Übrigen werden mit der Eigenschaft als Vertragsarzt korporationsrechtliche Verpflichtungen geschaffen (Mitgliedschaft in der Kassenärztlichen Vereinigung). Zugleich hat der Gesetzgeber des SGB V, wie schon früher der Reichsversicherungsordnung, die Systementscheidung getroffen, die Krankenbehandlung grundsätzlich den Ärzten anzuvertrauen (sog. Arztvorbehalt im Leistungserbringungsrecht).

Dieses Leistungserbringungssystem ist auch so konzipiert, dass es die Krankenbehandlung grundsätzlich in die Hand des Arztes legt (§§ 27, 28 SGB V) (sog. Arztvorbehalt im Recht der Krankenbehandlung nach dem SGB V). Damit gehört der Begriff des Arztvorbehaltes dem Leistungserbringungsrecht, also dem indirekten Berufsrecht an.

Für die Angehörigen der Pflegeberufe als Einzelpersonen fehlt es, bis auf wenige Ausnahmen, an einem allgemeinen System der Zulassung zur Leistungserbringung. Aus diesen Gründen ist auch ein direkter Zugang der Versicherten zum Leistungserbringer, wie es beim Arzt möglich ist, nicht gegeben.

5.4 Arztvorbehalt im direkten und indirekten Berufsrecht

Im direkten Berufsrecht besteht kein ausschließlicher Arztvorbehalt in dem Sinn, dass dem Arzt allein die selbstständige und eigenverantwortliche berufliche Ausübung auf dem Gebiet der Heilkunde überlassen bliebe, auch wenn der ärztliche Beruf hier ganz eindeutig rechtlich wie faktisch dominierend ist. Aus der BÄO und der ÄApprO, also aus dem direkten Berufsrecht, kann ein ausschließlicher Arztvorbehalt nicht hergeleitet werden. Schon die Regelungen im Heilpraktikergesetz als auch die Ausbildungsrege-

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

lungen in den Kranken- und Altenpflegegesetzen weisen darauf hin, dass dem nicht so ist.

Im indirekten Berufsrecht ist die Situation anders. Im SGB V ist ein Arztvorbehalt gesetzlich verankert, der aber ebenfalls nicht gegenüber anderen Berufen gänzlich ausschließend wirkt.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass es weder im direkten noch im indirekten Berufsrecht einen ausschließlichen Arztvorbehalt dergestalt gibt, dass jede Tätigkeit auf dem Gebiet der Heilkunde bzw. auf dem Gebiet der Krankenbehandlung nach dem SGB V nur den Ärzten vorbehalten ist.

6 Möglichkeiten eines Heilberufegesetzes in Hinblick auf die Kooperation der Gesundheitsfachberufe (de lege ferenda)

6.1 Fehlen eines Allgemeinen Heilberufegesetzes

Die Tätigkeit der Heilberufe ist in Gesetzen der Länder geregelt. Dies ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen Gesetzgebungszuständigkeit für die Berufsausübung der Länder (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG). Es ist jedoch möglich, bestimmte Materien in einem Bundesgesetz zu regeln, soweit die entsprechenden Vorschriften den Charakter einer Berufszulassung haben.⁷¹ Solche Regelungen auf Bundesebene würden auch bestimmte Probleme der Kooperation der Gesundheitsfachberufe erleichtern. Dies gilt insbesondere in Hinblick auf die Präzisierungen bei der heilkundlichen Tätigkeit⁷² und der Bestimmung der Tätigkeiten der Heilberufe im Verhältnis zueinander, so etwa durch vorbehaltene Tätigkeiten⁷³.

6.2 Gesundheitsfachberufe - Heilberufe

Unter den Gesundheitsfachberufen stehen die Heilberufe im Zentrum. Unter Gesundheitsfachberufen kann man all diejenigen Angehörigen von Berufen fassen, die spezifische Güter (Waren und Dienstleistungen) im Zusammenhang der Gesundheit herstellen. Der Begriff der Gesundheitsfachberufe ist im deutschen Recht noch kein Rechtsbegriff. Anderes gilt für den Begriff der Heilberufe, der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG erwähnt wird. Unter den Heilberufen wird wieder der ärztliche Beruf als wichtigster Heilberuf terminologisch herausgestellt. Zu den Ärzten gehören der Arzt, der Zahnarzt und der Tierarzt.⁷⁴ Der Begriff des Heilberufs wird sehr weit ausgelegt und umfasst auch die helfende Betreuung von Menschen mit gesundheitlichen Problemen. Heilpraktiker und Psychotherapeuten rechnen dazu, auch wenn sie keine ärztliche Ausbildung genossen haben. Auch die sog. Heilhilfsberufe rechnen hierher.⁷⁵ Die Kranken- und Altenpflegeberufe sind ebenfalls Heilberufe im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.

⁷¹ S. unten Abschnitt 6.3.1.

⁷² S. unten Abschnitt 6.3.3.2.

⁷³ S. unten Abschnitt 6.3.3.4.

⁷⁴ BVerfGE 33, 125 (154).

⁷⁵ S. die Aufzählung in BVerfGE 106, 118 f.

6.3 Regelungsdefizite und Regelungsmöglichkeiten

6.3.1 Gesetzgebungszuständigkeiten

Das *indirekte Berufsrecht* in Form des Leistungserbringungsrechts ist vor allem eine sozialrechtliche Materie. Dieses indirekte Berufsrecht bedürfte allgemein einer systematischen Bereinigung. Es handelt sich dabei um Gesetze, die in der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes liegen.

Das *direkte Berufsrecht* verteilt sich in der Gesetzgebungszuständigkeit auf Bund und Länder. Ein umfassender rechtlicher Zugriff auf alle Materien der Heilberufe in der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes ist daher nicht möglich. Der Bundesgesetzgeber kann nur die Zulassung zum Heilberuf regeln (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG).

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Bund auch im Rahmen eines Allgemeinen Heilberufegesetzes keine Gesetzgebungszuständigkeit für die Organisation der Heilberufe in Berufskammern hat. Der Bund kann auch keine Verpflichtung der Länder aussprechen, Berufskammern zu errichten. Der Bund hat keine Zuständigkeit für die Berufsordnungen (Standesrecht), die Berufsgerichtsbarkeit, das Gebührenwesen, die Weiterbildung, das Facharztwesen und die Ausgestaltung der Studienordnungen im Einzelnen.

Möglich ist es jedoch, in einem Bundesgesetz, den Begriff der Heilkunde und der Heilberufe zu definieren und Regelungen zur Ausbildung, zur Beschreibung von Aufgaben und Tätigkeiten und deren Abgrenzung zu den Tätigkeiten anderer Berufsgruppen zu treffen.

6.3.2 Regelungsdefizite

Regelungsdefizite für die Heilberufe ergeben sich in folgender Hinsicht:

- Es fehlt eine den heutigen Notwendigkeiten der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung entsprechende *Definition des Begriffs der Heilkunde*. Nach wie vor wird ein Begriff der Heilkunde zugrunde gelegt, der aus dem Heilpraktikergesetz aus dem Jahre 1939 stammt.
- Entsprechend der Neudefinition des Begriffs der Heilkunde ist eine *Definition des Begriffs der Heilberufe* zu bilden.
- Es fehlt an einer *öffentlich-rechtlichen Festlegung der Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche der Heilberufe*. Die Tätigkeit der Heilberufe ist zwar in den

Igl – Rechtsfragen der Kooperation bei den Gesundheitsfachberufen

Ausbildungsgesetzen als Ausbildungsziel beschrieben. Damit entsteht jedoch keine Festlegung von bestimmten Aufgaben und Tätigkeiten.

- Der Festlegung von bestimmten Aufgaben und Tätigkeiten der Heilberufe muss zum Zweck der Herstellung von Klarheit in der Kooperation der Heilberufe die *Festlegung wesentlicher Kernbereiche eigener Aufgaben und Tätigkeiten* folgen, auch im Sinne der Beschreibung vorrangiger und/oder vorbehaltenen Tätigkeiten.

6.3.3 Regelungsmöglichkeiten

6.3.3.1 Aufbau eines Allgemeinen Heilberufsgesetzes

Ein Allgemeines Heilberufsgesetz könnte wie folgt aufgebaut sein:

- Begriff der Heilkunde
- Begriff des Heilberufes und Aufzählung der Heilberufe
- Definition der Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche, auch im Sinne vorbehaltenen und/oder vorrangiger Tätigkeiten
- Einweisungsvorschriften für die besonderen Heilberufsgesetze.

6.3.3.2 Begriff der Heilkunde

Der Begriff der Heilkunde ist in Richtung auf die verschiedenen Bereiche der gesundheitlichen Versorgung zu erweitern (Gesundheitsförderung/gesundheitliche Prävention; Kuration; Rehabilitation; Pflege; Palliation).

Weiter bietet sich an, den Begriff an die international gebräuchlichen verwandten Begrifflichkeiten anzupassen (Gesundheitsbegriff der WHO; Behinderungsbegriff nach der ICF).

6.3.3.3 Begriff der Heilberufe

Der Begriff der Heilberufe ist entsprechend der Neudefinition des Begriffs der Heilkunde anzupassen.

6.3.3.4 Definition der Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche der verschiedenen Heilberufe

Für jeden Heilberuf ist zunächst zu definieren, welche Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche für ihn einschlägig sind. Sodann ist festzulegen, für welche Aufgaben- und Tätig-

keitsbereiche ein Heilberuf im Verhältnis zu anderen Heilberufen ausschließlich oder vorrangig zuständig ist.

6.3.3.5 Einweisungsvorschriften

Die gesetzgeberische Technik der Einweisungsvorschriften stammt aus dem Sozialgesetzbuch (SGB I). Dort sind in den §§ 18 bis 29 die besonderen Sozialleistungsgesetze genannt. Einweisungsvorschriften geben also eine Übersicht über besondere Gesetze eines Rechtsgebietes.

Solche Einweisungsvorschriften für die Bundesgesetze der Heilberufe würden ebenfalls die Übersichtlichkeit erleichtern.

6.4 Wirkungen eines Allgemeinen Heilberufegesetzes in Hinblick auf die Kooperation der Gesundheitsfachberufe

Ein Allgemeines Heilberufegesetz mit den vorstehend beschriebenen Regelungsinhalten könnte auf dem Gebiet des direkten Berufsrechts dazu beitragen, die Tätigkeiten der Gesundheitsfachberufe, hier der Heilberufe, im Verhältnis zueinander klarer zu beschreiben und damit auch zu mehr Klarheit bei der Tätigkeitsverteilung im kooperativen Handeln der Berufe beizutragen. Im Verhältnis der Tätigkeiten der Angehörigen der Heilberufe zu denen der anderen Gesundheitsfachberufe wäre zudem die Schnittstelle der heilkundlichen Tätigkeit zur sonstigen gesundheitsfachlichen Tätigkeit zu präzisieren.

Mit einer solchen klareren Bestimmung der heilkundlichen Tätigkeit könnte insgesamt zu mehr Handlungssicherheit bei den einzelnen Tätigkeiten wie im kooperativen Vorgehen erzeugt werden. In Hinblick auf die haftungsrechtlichen Probleme gerade bei kooperativen Zusammenwirken wäre der jeweilige Handlungsauftrag der Beteiligten vor dem Hintergrund der öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbeschreibungen ebenfalls klarer definiert.

7 Schlussfolgerungen und Ergebnisse

Zukunftsweisende und tragfähige Grundlagen für die interdisziplinäre Kooperation und Aufgabenverteilung unter den Gesundheitsfachberufen bedürfen eindeutiger und in der Praxis handhabbarer rechtlicher Regulierungen, die eine klare Zuweisung von Tätigkeiten erlauben. Hierzu sind folgende Anforderungen zu erfüllen:

7.1 Verfassungsrechtliche Anforderungen

Gegenstand der Tätigkeit der Gesundheitsfachberufe ist das hochrangige Gut der Gesundheit, das verfassungsrechtlichen Schutz genießt (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Ebenso ist die gesundheitliche Versorgung der Bevölkerung ein wichtiges Gemeinschaftsgut. Aus diesem Grund sind die Anforderungen an die Tätigkeit der Gesundheitsfachberufe, soweit sie sich auf diese Güter auswirken, stets unter dem Blickwinkel des verfassungsrechtlichen Schutzes dieser Güter zu sehen.

7.2 Anforderungen an das direkte Berufsrecht

Das direkte Berufsrecht, also die Ausbildungs- und Zulassungsvorschriften für die Gesundheitsfachberufe, enthält in den Ausbildungsvorschriften die Qualifikationsanforderungen und in den Zulassungsvorschriften die Regelungen, die eine berufsmäßige Ausübung der erlernten Tätigkeit erlauben. Die Ausbildungsvorschriften müssen dabei in den Ausbildungsinhalten das berufliche Tätigkeitsspektrum und den Stand der Künste reflektieren. Dies gilt auch für Ausbildungsinhalte, die auf die Kooperation zwischen den Gesundheitsfachberufen abstellen. Die Vorschriften über die Berufszulassung bestimmen den beruflichen Tätigkeitsbereich in Abgrenzung zu anderen Gesundheitsfachberufen. Diese Vorschriften sagen - außer beim ärztlichen Beruf - nichts über die Tätigkeitsinhalte in der beruflichen Praxis aus, sondern bieten nur einen Berufsbezeichnungsschutz. Anders ist dies bei den Tätigkeiten, die einzelnen Gesundheitsfachberufen vorbehalten sind. Hier ist eine Beschreibung von bestimmten Tätigkeiten gegeben. Solche Tätigkeiten der Gesundheitsfachberufe unterliegen aus Gründen des verfassungsrechtlichen Schutzes der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens besonders hohen Anforderungen an formeller Qualifikation. Sie sind klar zu beschreiben.

Soweit die Tätigkeiten der Gesundheitsfachberufe nicht im Rahmen vorbehaltener Tätigkeiten besonders zugewiesen und beschrieben sind, steht einer Kooperation von Gesundheitsfachberufen in identischen Tätigkeitsbereichen oder bei identischen Tätig-

keiten nichts entgegen, soweit eine entsprechende formelle und ggf. materielle Qualifikation hier gegeben ist.

7.3 Anforderungen an das indirekte Berufsrecht

Im indirekten Berufsrecht sind vor allem das Sozialleistungserbringungsrecht und das zivile Haftungsrecht von Bedeutung.

7.3.1 Sozialleistungserbringungsrecht

Das Leistungserbringungsrecht insbesondere der Gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V) prägt die Tätigkeit der Gesundheitsfachberufe in markanter Weise. Dabei ist zu unterscheiden, ob Gesundheitsfachberufe als eigenständige Leistungserbringer oder im Rahmen von organisatorischen Einheiten (Krankenhaus; Arztpraxis) tätig werden.

Wenn Angehörige von Gesundheitsfachberufen als *eigenständige Leistungserbringer* tätig werden, d. h. nicht in abhängiger Beschäftigung zu einem anderen Leistungserbringer wie z. B. Arzt oder Krankenhaus stehen, bedarf es besonderer Regelungen der Zulassung zur Leistungserbringung. Diese Zulassungsregelungen sind im gegenwärtigen Leistungserbringungssystem sehr stark für die Ärzte („Vertragsärzte“) und die Krankenhäuser („Plankrankenhäuser“) ausgeprägt. In diesen Bereichen besteht praktisch – von Ausnahmen abgesehen - ein Zulassungsanspruch. Anders als bei den Vertragsärzten ist das Zulassungsrecht für die nicht-ärztlichen Gesundheitsfachberufe weniger anspruchsvoll ausgelegt. Um eine Kooperation von und mit nicht-ärztlichen Gesundheitsfachberufen im GKV-Leistungserbringungssystem im Sinne einer jeweils eigenständigen Leistungserbringung zu erleichtern, bedarf es daher einer entsprechenden gesetzlichen Gestaltung.

Wenn Angehörige von Gesundheitsfachberufen als *Leistungserbringer in organisatorischen Einheiten*, so vor allem im Krankenhaus oder in einer Arztpraxis, tätig werden, werden sie leistungserbringungsrechtlich nicht als eigenständige Leistungserbringer, sondern im Rahmen des Leistungserbringungsauftrages etwa des Krankenhauses oder des Arztes tätig (vgl. für den letzteren Fall § 15 Abs. 1 Satz 2 SGB V). In diesem Zusammenhang werden auch die Fragen einer Delegation bzw. Substitution ärztlicher Aufgaben thematisiert. Befriedigende, d. h. auch für die Praxis rechtssicher handhabbare Lösungen sind hier in umfassender Weise noch nicht gegeben. Dies gilt für die berufsrechtliche, insbesondere aber auch für die haftungsrechtliche Dimension.

7.3.2 Ziviles Haftungsrecht

Die Vorschriften des zivilen Haftungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) (deliktische und vertragliche Haftung) enthalten keine besonderen Haftungsbestimmungen für die Tätigkeit der Gesundheitsfachberufe. Auch das Arzthaftungsrecht stützt sich auf die für alle Bürger geltenden Vorschriften des BGB. Es hat aber durch die höchstrichterliche Rechtsprechung seine besondere Ausprägung gefunden, so dass insofern von einem eigenen haftungsrechtlichen Bereich gesprochen werden kann. Ein solches besonderes Haftungsrecht der nicht-ärztlichen Gesundheitsfachberufe existiert bisher noch nicht. Die haftungsrechtliche Relevanz der Tätigkeiten dieser Berufe bildet sich zurzeit vor allem in den haftungsrechtlichen Fragen der sog. vertikalen Kooperation zwischen Arzt und Angehörigen der nicht-ärztlichen Gesundheitsfachberufe ab.

Wenn in Zukunft die ärztlichen und nicht-ärztlichen Gesundheitsfachberufe verstärkt kooperieren und sich dabei die berufsrechtlich zugeschriebenen Aufgaben etwa im Sinne von mehr mehr eigenständiger und eigenverantwortlicher Wahrnehmung verändern, wird auch das Haftungsrecht diesen Phänomenen Rechnung tragen müssen. Besondere gesetzliche Regelungen im zivilen Haftungsrecht sind hierfür nicht erforderlich.

8 Literaturverzeichnis

Augsten, Gabriele und Schlottmann, Fikrete. 2010. Übernahme ärztlicher Tätigkeiten durch Aufnahmekoordination. *Die Schwester Der Pfleger*. 03/ 2010, S. 286-289.

Böhm, Karin; Afentakis, Anja. Juni 2009. Heft 46 - Beschäftigte im Gesundheitswesen - Reihe "Gesundheitsberichterstattung des Bundes". Bonn : Statistisches Bundesamt, Juni 2009.

Deutsch, Erwin und Spickhoff, Andreas. 2008. *Medizinrecht*. Berlin - Heidelberg : Springer, 2008.

Deutscher Bildungsrat für Pflegeberufe [Hrsg.]. 2010. *Pflegebildung offensiv*. Berlin 2010.

Gensichen, Jochen, et al. 2006. Die Zukunft ist chronisch: Das Chronic Care-Modell in der deutschen Primärversorgung. Übergreifende Behandlungsprinzipien einer proaktiven Versorgung für chronische Kranke. *Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen*. 100, 2006, S. 365-374.

Hallauer, Johannes, et al. 2005. *SÄVIP - Studie zur ärztlichen Versorgung in Pflegeheimen*. Hannover : VINCENTZ NETWORK, 2005.

Hömig, Dieter, [Hrsg.]. 2007. *Grundgesetz*. Baden-Baden : Nomos, 2007.

Igl, Gerhard. 2008. *Weitere öffentlich-rechtliche Regulierung der Pflegeberufe und ihrer Tätigkeit – Voraussetzungen und Anforderungen*. München : Urban & Vogel, 2008. S. 169.

Igl, Gerhard. 2008a. Das Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung. *NJW*. 2008, S. 2214-2219.

Jacobs, Peter. 2007. für eine Neudefinition: Delegation – Übernahme – Allokation. *Die Schwester Der Pfleger*. 8/ 2007, S. 739.

Kluth, Winfried. 2007. Zukunft der freien Berufe: Chancen auch in einer globalisierten Welt. *DtschÄrzteBl.* 30. November 2007, Bd. 48, S. 3314-3317.

Nebendahl, Mathias. 2010. Arzthaftungsrecht. [Hrsg.] Gerhard Igl und Felix Welti. *Gesundheitsrecht.* Köln - Berlin - München : Carl Heymanns Verlag, 2010. (im Erscheinen).

Offermanns, Matthias und Bergmann, Karl Otto. 2008. *Neuordnung von Aufgaben des Ärztlichen Dienstes - Bericht des Deutschen Krankenhausinstituts (DKI).* Düsseldorf : s.n., 2008. Kapitel 5 bearbeitet von Bergmann, Karl Otto.

Plantholz, Markus. 1995. Berufsständische Selbstverwaltungsautonomie im Pflegewesen. *Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE).* 1995, S. 27-51.

Rothgang, Heinz, et al. 2008. *GEK-Pflegereport 2008. Schwerpunktthema: Medizinische Versorgung in Pflegeheimen.* [Hrsg.] GEK. Schwäbisch-Gmünd : Asgard-Verlag, 2008.

Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen. 2007. *Kooperation und Verantwortung. Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung, Gutachten 2007.* 2007.

Sauerbrey, Günther. 2008. *Die medizinische Versorgung in Pflegeheimen.* Bayreuth : P.C.O., 2008.

Schnitzler, Jörg. 2004. *Das Recht der Heilberufe. Übersicht, Begriff, Verfassungsfragen.* Baden-Baden : Nomos, 2004.

Sodan, Helge. 1997. *Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung.* Tübingen : Mohr Siebeck, 1997.

Sträßner, Heinz R. 2008. Delegation ärztlicher Tätigkeit auf nichtärztliches Personal im Spannungsverhältnis von wirtschaftlicher Notwendigkeit und rechtlicher Zulässigkeit. *PflegeRecht (PflR).* 11/ 2008, S. 518-531.

— **2009.** Kein Behandlungsfehler bei Übertragung von Injektionen auf MTA. *Pflege- & Krankenhausrecht (PKR).* 04/ 2009, S. 100-105.

Welti, Felix. 2008. Koordination in der medizinischen Rehabilitation: Anforderungen an Berufsgruppen und Institutionen. *Rehabilitation*. 2008, Bd. 47, S. 1-7.

—. **2009.** Leistung und Leistungserbringung in der Rehabilitation: Wettbewerbsordnung im Interesse der Selbstbestimmung. *Sozialgerichtsbarkeit (SGb)*. 2009, S. 330-337.

Weskamm, Andrea. 2007. Advanced Nursing Practice: Chance oder Risiko für die Pflege? *Die Schwester Der Pfleger*. 9/ 2007, S. 823.