

Delegation und Substitution: Berufsrechtliche Sicht

Horst Bonvie

1. Begriffliches

Delegation beschreibt die Durchführung ärztlicher Leistungen unter Aufsicht des zur Leistungserbringung verpflichteten Arztes; Substitution ist die eigenverantwortliche Erbringung der Leistung des ursprünglich zu dieser Leistung verpflichteten Arztes durch einen Dritten.

2. Delegation und Substitution als beruflichrechtliches Problem

In der Vergangenheit war die berufsrechtliche Diskussion auf die Frage beschränkt, welche Leistungen des Arztes delegierbar sind; die Übertragung von Leistungen im Sinne einer Substitution auf Dritte lag außerhalb der durch den umfassenden Arztvorbehalt geprägten berufsrechtlichen Vorstellungen. Ausdruck dieses berufsrechtlichen Verständnisses ist die Stellungnahme der Bundesärztekammer und Kassenärztlichen Bundesvereinigung vom 29.08.2008 zur persönlichen Leistungserbringung. Hier heißt es in Art eines Falals:

„Die persönliche Leistungserbringung ist eines der wesentlichen Merkmale freiberuflicher Tätigkeit. Sie prägt wie kein anderes Merkmal das Berufsbild des Arztes und steht dafür, dass der Arzt seine Leistungen auf der Grundlage einer besonderen Vertrauensbeziehung erbringt... Das Ausüben der Heilkunde im umfassenden Sinne ist dem Arzt vorbehalten.“

Die aktuelle legislative Entwicklung, insbesondere die Verabschiedung des Pflegeweiterentwicklungsgesetzes mit der Neufassung des § 63 Abs. 3 c) SGB V zeigt, dass es berufsrechtlich nicht mehr allein darum geht, den

Umfang der Delegation ärztlicher Leistungen zu bestimmen. § 63 Abs. 3 c) SGB V lautet:

„Modellvorhaben nach Abs. 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 aufgrund einer Ausbildung nach § 4 Abs. 7 des Krankenpflegegesetzes qualifiziert sind, auf diese vorsehen. Satz 1 gilt für die Angehörigen des im Altenpflegegesetzes geregelten Berufes aufgrund einer Ausbildung nach § 4 Abs. 7 des Altenpflegegesetzes entsprechend. Der gemeinsame Bundesausschuss legt in Richtlinien fest, bei welchen Tätigkeiten eine Übertragung von Heilkunde auf die Angehörigen der in den Sätzen 1 und 2 genannten Berufe im Rahmen von Modellvorhaben erfolgen kann.“

Vor der Entscheidung des gemeinsamen Bundesausschusses ist der Bundesärztekammer sowie den maßgeblichen Verbänden der Pflegeberufe Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Stellungnahmen sind in die Entscheidungen einzubeziehen.“

3. Fallgestaltungen

a) Die aufgrund des Pflegeweiterentwicklungsgesetzes angestoßene Diskussion zur Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen hat ausschließlich die Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen auf/durch nicht ärztliches Personal zum Gegenstand; hierbei wird jedoch häufig übersehen, dass die Delegierbarkeit bzw. Substituierbarkeit ärztlicher Leistungen von zwei Rechtsprinzipien abhängt, nämlich zum einen dem in § 2 Abs. 5 Bundesärzteordnung formulierten so genannten „Arztvorbehalt“ und dem in § 613 Abs. 1 BGB niedergelegten Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung. Während bei einer Delegation/Substitution ärztlicher Leistungen auf ärztliches Personal der Arztvorbehalt gewahrt ist, das berufsrechtliche Problem also aus dem Grundsatz der höchstpersönlichen Leistungserbringung resultiert, ist bei der Delegation auf nichtärztliches Personal fraglich, ob die Delegation der konkreten ärztlichen Leistung im Rahmen des Arztvorbehaltes zulässig ist.

Es gibt folgende grundsätzlich denkbare, aus berufsrechtlicher Sicht zu bewertende, Fallgestaltungen:

- Delegation auf ärztliches Personal
- Delegation auf nichtärztliches Personal
- Substitution auf ärztliches Personal
- Substitution auf nichtärztliches Personal

b) Delegation ärztlicher Leistungen auf ärztliches Personal:

Bei der Delegation ärztlicher Leistungen auf ärztliches Personal verbleibt dem die Durchführung der Leistung anordnenden Arzt die Anordnungs- und Überwachungsbefugnis.

Die Delegation ärztlicher Leistungen auf ärztliches Personal ist berufsrechtlich gesehen dann kein Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung, wenn die Praxis durch den Arzt, der die Delegation an das ärztliche Personal vornimmt, geleitet wird. Delegiert der Praxisinhaber eine Leistung an einen angestellten Arzt seiner Praxis, so kann das Tatbestandsmerkmal der Leitung der Praxis durch den Praxisinhaber nicht verletzt sein, weil der Praxisinhaber bei der Delegation die Anordnungs- und Überwachungsbefugnis behält.

Nach § 19 Abs. 1 Satz 2 der Berufsordnung ist der Arzt nicht verpflichtet, jede ärztliche Tätigkeit selbst auszuüben, er leitet die Praxis auch dann noch, wenn er ärztliche Leistungen auf angestellte Ärzte delegiert. Hierbei ist auch nicht entscheidend, ob der ärztliche Mitarbeiter als angestellter Arzt in der Praxis tätig wird oder als freier Mitarbeiter, zum Beispiel im Rahmen eines Konsilmodells. Entscheidend ist, dass der Praxisinhaber die Praxis leitet, was bei einer Delegation schon begriffsimmanent durch die fortbestehende Anordnungs- und Überwachungsverpflichtung des Praxisinhabers der Fall ist.

c) Bei der Substitution ärztlicher Leistungen durch ärztliches Personal stellt sich jedoch die Frage, ob der die Substitution anordnende Arzt seine Praxis noch leitet. Der Satzungsgeber hat den Begriff der „Leitung der Praxis“ nicht definiert. Jedenfalls wird man aus dem Zusammenspiel von § 19 Abs. 1 Satz 1 MBO (Ärztinnen und Ärzte müssen die Praxis persönlich ausüben) und § 19 Abs. 1 Satz 2 MBO zu entnehmen haben, dass die Substitution ärztlicher Leistungen durch andere Ärzte dann gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung verstößt, wenn von einer „Leitung der Praxis“ keine Rede mehr sein kann. Die „Leitung der Praxis“ setzt nicht voraus, dass der Praxisinhaber die Anordnungs- und Überwachungsbefugnis für jede einzelne substituierte Leistung behält. Dies zeigt bereits § 19 Abs. 2 MBO. Danach darf ein Arzt als Praxisinhaber für ihn fachgebietsfremde ärztliche Leistungen auch durch einen angestellten Facharzt des anderen Fachgebietes erbringen lassen, wenn der Behandlungsauftrag des Patienten regelmäßig von Ärzten verschiedener Fachgebiete gemeinschaftlich durchgeführt werden kann.

In diesem Fall fehlt es aber an der – auf einer entsprechenden Indikationsstellung des Praxisinhabers – beruhenden Anordnung der fachfremden Leistung und ihrer Überwachung durch den Praxisinhaber, da diese Leis-

tung für ihn fachfremd ist. Dennoch bestimmt § 19 Abs. 2 MBO, dass eine Substitution dieser Leistung berufsrechtlich zulässig ist.

Umso mehr muss dann eine Substitution einer ärztlichen Leistung durch den Praxisinhaber zulässig sein, wenn sie für ihn nicht fachfremd ist, immer vorausgesetzt, dass der Praxisinhaber die Praxis auch im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 2 MBO „leitet“.

Hieraus folgt, dass der Begriff der Leitung der Praxis nicht auf die konkrete ärztliche Leistung bezogen ist, sondern das allgemeine Direktionsrecht des Praxisinhabers meint. Die Substitution ärztlicher Leistungen durch andere Ärzte ist damit berufsrechtlich zulässig, so lange dem Praxisinhaber das allgemeine Direktionsrecht verbleibt, er der Praxis „sein Gepräge“ gibt.

d) Die Delegierbarkeit und Substituierbarkeit ärztlicher Leistungen durch nichtärztliche Mitarbeiter gehört dem gegenüber nicht in den Anwendungsbereich des § 19 MBO. Die Berufsordnung ist nur auf Ärzte anwendbar; inwieweit ärztliche Leistungen auf nichtärztliche Mitarbeiter delegiert oder durch diese substituiert werden können, ist nicht Regelungsgegenstand der Berufsordnung, sondern bundesgesetzlich geregelt. Gegenstand des ärztlichen Berufes ist nach § 2 Abs. 5 der Bundesärzteordnung die Ausübung der Heilkunde. Die Ausübung der Heilkunde ist in § 1 des Heilpraktikergesetzes legal definiert als die berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienst von anderen ausgeübt wird. Wer also berufsmäßig zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten tätig wird, bedarf damit einer Erlaubnis. Damit wären auch zum Beispiel die kappiläre und venöse Blutabnahme erlaubnispflichtig und damit nicht auf nichtärztliches Personal ohne Erlaubnis delegierbar. Nach allgemeinem Verständnis ist jedoch der Wortlaut des § 1 des Heilpraktikergesetzes zu weit gefasst. Zur ärztlichen Behandlung gehört auch die Hilfeleistung anderer Personen, wenn sie vom Arzt angeordnet und von ihm zu verantworten ist. Dieser Grundsatz findet sich zwar in § 15 Abs. 1 SGB V, also einer sozialversicherungsrechtlichen Norm; § 15 Abs. 1 SGB V wird jedoch ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen, der den zu weiten Wortlaut des § 1 des Heilpraktikergesetzes einschränkt und damit auch berufsrechtlichen Gehalt hat. Konkretisiert wird § 15 Abs. 1 SGB V durch die Regelung in § 15 Bundesmantelvertrag – Ärzte:

„Persönliche Leistungen sind ferner Hilfeleistungen nichtärztlicher Mitarbeiter, die der Arzt anordnet und fachlich überwacht, wenn der nichtärztliche Mitarbeiter zur Erbringung der jeweiligen Hilfeleistung qualifiziert ist“.

Auf dieser Rechtsgrundlage haben die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung die Stellungnahme zu Möglichkeiten und Grenzen der Delegation ärztlicher Leistungen, Stand 29.08.2008, entwickelt. Nicht delegierbar sind danach Leistungen oder Teilleistungen, die der Arzt wegen ihrer Schwierigkeit, ihrer Gefährlichkeit für den Patienten oder wegen der Unvorhersehbarkeit etwaiger Reaktionen unter Einsatz seiner spezifischen Fachkenntnis und Erfahrung höchstpersönlich erbringen muss.

Nicht delegierbar sind dementsprechend:

- Anamnese,
- Indikationsstellung,
- Untersuchung des Patienten einschließlich invasiver diagnostischer Leistungen,
- Stellen der Diagnose,
- Aufklärung und Beratung des Patienten,
- Entscheidung über die Therapie und
- Durchführung invasiver Therapien einschließlich der Kernleistungen operativer Eingriffe.

Leistungen, die der Arzt wegen ihrer Art oder der mit ihnen verbundenen besonderen Gefährlichkeit für den Patienten oder wegen der Umstände ihrer Erbringung, insbesondere der Schwere des Krankheitsfalles, nicht höchstpersönlich erbringen muss, darf er an nichtärztliche Mitarbeiter delegieren. Die Entscheidung, ob und an wen der Arzt die Leistung delegiert, ob er den betreffenden Mitarbeiter gegebenenfalls besonders anzuleiten und wie er ihn zu überwachen hat, muss der Arzt von der Qualifikation des jeweiligen Mitarbeiters abhängig machen. Insofern ist danach zu differenzieren, ob der betreffende Mitarbeiter über eine ihn zur Erbringung der konkreten Leistung befähigende Ausbildung in einem Fachberuf im Gesundheitswesen verfügt. Die Delegation ist dann von folgenden kumulativen Voraussetzungen abhängig:

- Feststellung der formalen Qualifikation des Mitarbeiters
- Feststellung zu Beginn der Zusammenarbeit, dass die Leistungen des Mitarbeiters auch tatsächlich eine seiner formalen Qualifikation entsprechende Qualität haben
- stichprobenartige Überprüfung der Qualität der erbrachten Leistungen.

Verfügt der Mitarbeiter, an den der Arzt delegieren will, nicht über eine abgeschlossene Ausbildung in einem Fachberuf im Gesundheitswesen, die die zu delegierende Leistung einschließt, so ist die Delegation von folgenden kumulativen Voraussetzungen abhängig:

- Feststellung der Eignung des Mitarbeiters für eine Delegation der betreffenden Leistung aufgrund seiner allgemeinen Fähigkeiten
- Schulung des Mitarbeiters zur selbständigen Durchführung der zu delegierenden Leistung
- regelmäßige Überwachung des Mitarbeiters, gegebenenfalls Übergang zur Stichprobenprüfung bei Feststellung der Eignung des Mitarbeiters.

In beiden Fällen ist der Arzt verpflichtet, sich grundsätzlich in unmittelbarer Nähe (Rufweite) aufzuhalten.

e) Dieses Regelungskonzept schließt eine Substitution ärztlicher Leistungen durch nichtärztliche Mitarbeiter aus. Entweder handelt es sich um die Ausübung der Heilkunde, ohne dass die konkrete Tätigkeit sich als Hilfeleistung darstellt, dann bedarf der die konkrete Tätigkeit ausübende Mitarbeiter einer Erlaubnis im Sinne des § 1 des Heilpraktikergesetzes oder § 2 Abs. 5 der Bundesärzteordnung; oder es handelt sich um Hilfeleistungen, dann sind die Grundsätze der Delegation ärztlicher Leistungen auf nicht-ärztliche Mitarbeiter anwendbar. Damit ist die Frage nach dem Rechtsverhältnis zwischen § 2 Abs. 5 der Bundesärzteordnung, § 1 Heilpraktikergesetz und § 63 Abs. 3 c) SGB V aufgeworfen. § 63 Abs. 3 c) SGB V enthält keine Einschränkung von § 2 Abs. 5 Bundesärzteordnung bzw. § 1 Heilpraktikergesetz, so dass fraglich ist, inwieweit Tätigkeiten im Sinne des § 63 Abs. 3 c) SGB V durch Nichtärzte selbständig ausgeübt werden können. Diese Rechtsunsicherheit hat vielfältige Resonanzen ausgelöst. Die AWMF lehnt eine Substitution ärztlicher Leistungen durch Leistungen nichtärztlicher Gesundheitsberufe ab. Die Substitution ärztlicher Leistungen durch Leistungen nichtärztlicher Gesundheitsberufe führe zu schwierigen tatsächlichen Abgrenzungen und daraus resultierenden Haftungsfragen. Auch die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung haben sich in ihrer gemeinsamen Stellungnahme zum Entwurf des Pflegeweiterentwicklungsgesetzes gegen die Substitution ärztlicher Leistungen - und sei es auch nur im Modellvorhaben - ausgesprochen. Dabei würde ein Weg zur Öffnung des Arztvorbehaltes in der medizinischen Versorgung beschritten. Von nichtakademischen Gesundheitsberufen könnten die notwendigen multifaktoriellen, ganzheitlich systemischen Kenntnisse nicht erwartet werden.

Rothers, Justiziar des zur Ausfüllung des § 63 Abs. 3 c) SGB V berufenen gemeinsamen Bundesausschusses hat in der ZGMR 3/2009, S. 171 ff. unter der Überschrift „Risse im Arztvorbehalt?“ die Frage aufgeworfen, welchem Erkenntnisziel die Modellvorhaben des § 63 Abs. 3 c) SGB V überhaupt sinnvoll dienen könnten. Die durch § 63 Abs. 3 c) SGB V geschaffene Nische dürfe nicht dahingehend missverstanden werden, dass die uneingeschränkte Übertragung von Heilkundetätigkeiten erprobt werden dürfe.

Berufsrechtlich gesehen stellt sich zunächst die Frage der verfassungsrechtlichen Wirksamkeit des § 63 Abs. 3 c) SGB V. Zweifelhaft könnte die Gesetzgebungskompetenz des Bundes sein, betrifft doch die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit nach Artikel 70 GG Landesrecht.

Allerdings steht der Arztvorbehalt in engem Zusammenhang zu den Erlaubnistatbeständen der §§ 2 Abs. 5 Bundesärzteordnung, 1 Heilpraktikergesetz, so dass die Frage der Reichweite des Arztvorbehaltes auch als eine Regelung der Berufswahl und damit kompetenzrechtlich als Regelungsgegenstand des Artikel 74 Abs. 1 Nr. 19 GG (Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe), jedenfalls aber als Regelungsgegenstand des Artikel 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Recht der Sozialversicherung) angesehen werden kann.

Eine Verfassungswidrigkeit des § 63 Abs. 3 c) SGB V wird auch nicht aus materiellem Verfassungsrecht, insbesondere Artikel 12 GG und Artikel 2 Abs. 1 GG herzuleiten sein. Sieht man in § 63 Abs. 3 c) SGB V eine die Berufsausübung des Arztes regelnde Rechtsmaterie, so wäre die Berufsfreiheit des Arztes insofern durch Gesetz wirksam einschränkbar; dass § 63 Abs. 3 c) SGB V die Freiheit der Berufswahl des Arztes in einem die immanenten Schranken dieses Verfassungsrechts tangierenden Maße einschränkt, wird man angesichts der vielfältigen verbleibenden Betätigungsmöglichkeiten für Ärzte kaum annehmen können. Auch das Grundrecht des Patienten auf körperliche Unversehrtheit ist durch die Regelung des § 63 Abs. 3 c) SGB V nicht verletzt, da die Regelung nur den Rahmen für Modellvorhaben absteckt. Allerdings ist die Regelung in § 63 Abs. 3 c) SGB V in ihrer konkreten Anwendung, im Übrigen entgegen des Wortlauts der Norm, nicht schrankenlos. An diesen Schranken, dem aus Artikel 12 GG abgeleiteten Kernbereich ärztlicher Tätigkeit und dem aus Artikel 2 Abs. 1 GG abgeleiteten Abwehrrecht des Patienten, durch die Substitution ärztlicher Leistungen auf Nichtärzte keinem nicht beherrschbaren Gesundheitsrisiko ausgesetzt zu werden, werden die Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses zu messen sein. Damit – und dies ist der eigentliche berufsrechtliche Kern – überantwortet der Gesetzgeber das Schicksal des Arztvorbehaltes in die Hände einer Einrichtung des Sozialversicherungsrechts.

Erneut schafft der Gesetzgeber sozialversicherungsrechtliche Fakten, die unmittelbar in das Berufsrecht ausstrahlen. Ob nun sozialversicherungsrechtliche Qualitätssicherungsrichtlinien zur Interpretation des allgemein anerkannten Stands der medizinischen Erkenntnisse herangezogen werden, ob die berufsrechtlichen Kooperationsformen durch das Rechtsinstitut des Medizinischen Versorgungszentrums mittelbar beeinflusst werden, stets wirkt der Gesetzgeber über das ihm zur Verfügung stehende sozialversicherungsrechtliche Regelungsinstrumentarium in das ärztliche Berufsrecht hinein. Dieses regulatorische Vorgehen findet allerdings am Arztvorbehalt seine Grenze. Die Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses und die daraufhin initiierten Modellvorhaben sind zeitlich befristet; eine auf Dauer angelegte Substitution ärztlicher Leistungen auf Nicht-ärzte bedarf berufsrechtlich gesehen einer gesetzlichen Regelung außerhalb des Sozialversicherungsrechts.

Delegation und Substitution – wenn der Pfleger den
Doktor ersetzt...

AG Rechtsanwälte im Medizinrecht e. (Hrsg.)

2010, XI, 136 S., Softcover

ISBN: 978-3-642-15441-6